

קובץ  
**ליבון**  
**שמעתתא**

בבא בתרא  
חלק א'



פרי עמלם  
של תלמידי הישיבה הגדולה  
'בית אהרן וישראל' קארלין סטולין  
ביתר עילית ת"ז

כ"ד בשבט תשפ"ו

הישיבה הגדולה  
'בית אהרן וישראל'  
סטאלין קארלין ביתר ת"ז  
בנשיאות כ"ק מרן אדמו"ר שליט"א  
[2444602@gmail.com](mailto:2444602@gmail.com)

# תזכין העניינים

הרה"ג ר' יצחק בריזל שליט"א (כט:) מסק' הגמ' במקור חזקת ג"ש אמר רבא שתא קמייתא מזדהר איניש בשטריה וכו' טפי לא מזדהר.....ה

הרה"ג ר' שמעון שיין שליט"א (לא:) בגדר חזקת כשרות, והאם יש חזקת כשרות שהוא בעל מידות טובות.....י

הרה"ג ר' יצחק יוסף מרק שליט"א (מ:) בענין מודעה במכירה ומסירת מודעה ערב ר"ה.....טו

הבה"ח שמואל פולטק הי"ו (כח.) האם דין חזקת ג' שנים תקפה גם בזמננו עידן התפשטות רישום מקרקעין בטאבו.....כ

הבה"ח אלימלך ברנד הי"ו (כח:) הבנה יסודית במהלך רש"י ותוס' בענין חזקה שאין עמה טענה.....כז

הבה"ח משה הירשמן הי"ו (כט.) בגדר הריענותא דאחוי שטרך.....ל

הבה"ח אהרן זאב הלוי סג"ל הי"ו (ל.) בענין מיגו למפרע.....לד

הבה"ח פנחס ברנדויין הי"ו (ל.) בענין שכונני גוואי ובר סיסין.....מה

הבה"ח משה ברי"ל בוקשפן יוחנן בידרמן הי"ו (ל.) דין טענין בלוקח כשנאמן ע"י מיגו ובטוען ברי.....נ

הבה"ח שמעון אקער הי"ו (לא.) בעיקר הדין 'טענין'.....נג

הבה"ח חיים יצחק טרבילו ומשה בריזל הי"ו (לב.) ההוא דאמר לחבריה וכו' אמר ליה שטרא זייפא הוא גחין לחיש ליה לרבה וכו'.....סא

הבה"ח משה ברי"ל בוקשפן הי"ו (לב.) בביאור שיטת הר"י מיגאש בסוגיא דרבא בר שרשום ובדין תרי מיגו.....סד

הבה"ח נפתלי וואלפין הי"ו (לב.) בענין דין מוחזק פחות מג' שנים.....ע

הבה"ח יוחנן ברש"י עהרנרייך הי"ו (לב. -) סוגית שטרא זייפא בענין מיגו להוציא.....עד

הבה"ח פנחס ברנדויין הי"ו (לב.) סוגיית אגן אחתינן אגן מסקינן והמסתעף לענין חזקה בתו"ת.....פ

הבה"ח בן ציון בריגר הי"ו (לב:) בענין מיגו להוציא במקום שיש לו שטר.....פז  
הבה"ח יחיאל שיינזון הי"ו (לב:) בענין ספיקא דדינא.....צא  
הבה"ח מרדכי בנימין קורנבליט הי"ו (לב:) בגדר חזקת מרא קמא והמסתעף.....צח  
הבה"ח חיים זאב הכהן שבדרון הי"ו (לג.) ביסוד הדין דאין ספק מוציא מדי  
וודאי.....קז  
הבה"ח יוחנן וייסברג הי"ו (לג:) בענין סוגית לא חציף.....קז  
הבה"ח יוחנן בידרמן הי"ו (מב.) בענין יורד ברשות.....קב  
הבה"ח אפרים הלר ומנחם שבדרון הי"ו (מד.) בענין פסול עדות במוכר שלא  
באחריות.....קכז  
הבה"ח יחיאל דץ הי"ו (מו:) איכא פירא בארעא ליכא פירא בארעא.....קלב  
הבה"ח אלימלך בריזל הי"ו (מח.) בהא דתליוהו וזבין זביניה זבינא.....קלד  
הבה"ח דוד ויינברג הי"ו (מח:) בענין אפקעינהו רבנן קידושין מיניה בזמן הזה.....קלט  
הבה"ח משה ברי"צ בוקשפן הי"ו (נא.) ביאור מהלך הרשב"ם בדברי הגמ' בענין אי אמרינן  
לגלויי זוזי הוא דביעי.....קמה  
הבה"ח מאיר רוזנטל הי"ו (נב: - נג.) בענין טעם אמירת לך חזק וקני, וביאור מהות קנין  
חזקה.....קמו  
הבה"ח אפרים ברגמן הי"ו (נב.) בשיטת רב היכא דחלוקין והיכא דאין חלוקין.....קנח  
הבה"ח דוד טרבילו הי"ו (נג.) בענין חזקה בשדה אחת לקנות חברתה.....קס  
הבה"ח אלימלך בריזל הי"ו (נז.) בגדר חזקת תשמישין.....קסג  
הבה"ח מאיר רוזנטל הי"ו (עו.) בענין מחלוקת ר"ג ורבנן בהקנאת שעבודי  
שטרות.....קעא  
הבה"ח פנחס בוקשפן הי"ו (צב.) סוגית אין הולכין בממון אחר הרוב.....קעד  
הבה"ח זאב ביניק הי"ו (קז.) אחין שחלקו ובא ובע"ח ונטל חלקו של אחד מהן.....קפא  
הערות על המסכתא מחברי הישיבה.....קפז

שיעורים  
כלליים  
שנמסרו ע"י  
חכמי זרבני  
הישיבה



שייעור כללי מאת הרה"ג ר' יצחק בריזל שליט"א

נכתב ע"י הבה"ח מנחם נחום הכהן שבדרון הי"ו

דף כט.

## מסק' הגמ' במקור חזקת ג"ש אמר רבא שתא קמייתא מזדהר איניש בשטריה וכו' טפי לא מזדהר

לט. דאף אם העדים לא אמרו מחאתם כלל ולא הגיעה למחזיק הוי מחאה כיון שמיחה כדין, ובגמ' שם נר' דאף אם לא היתה מחאה זו מיד אלא אף בשנה הב' או ג', וז"ת דהא בשנה הא' דשתק איכא ראייה מדלא מיחה, וטענת אחוי שטרך ליכא דהא לא שמע המחאה ולא ידע לזוהר בשטרו טפי מג"ש דהלא אי ס"ל כרמב"ן צ"ל דהמחאה בשנה הב' מועלת מטעם אחר דאף דאיכא עדיין הראיה מדלא מיחה, מ"מ מועלת שידע המחזיק ויצטרך לזוהר בשטרו טפי מג"ש ובזה מרע הראיה מדלא מיחה, ותועלת זו אינה אא"כ שמע המחזיק, א"כ הכא דלא שמע אמאי לא תהוי חזקה. ובחי' הרי"ם כתב ליישב, וכן נקרא הרבה רה"י ומיבדרן בי מדרשא האי מילתא, דוודאי אין כוונת הרמב"ן כפשוטו,

והק' הריטב"א דצריך תלמוד מה בכך שמאבד שטרו, וידוע שי' הרמב"ן וסיעתו (לק' מב.) דאין טעם החזקה מחמת איזדהורי בשטרא לחוד אלא דמדלא מיחה הוי רגלים לדבר שמכרה, רק דבתוך ג' אמרינן ליה אחוי שטרך - ולאחר שלש דאין הדרך לזוהר בשטרו כ"כ איתרע האי טענה וחוזרת הטענה על שתיקת המערער וכ"כ הריטב"א כאן.

והאחרונים הק' כמה קו' על שי' זו א. בחידו' הרי"ם וכן בשעה"מ הק' - אמאי בעי עדות על כל ג"ש - הא סגי בעדות על שנה אחת דאיכא ראייה מדלא מיחה - והא דלא מועיל הוא רק מחמת הטענה עליו אחוי שטרך - א"כ סגי בטוען שישב בה ג"ש והמע"ה לברר דאיתרע הראיה מן השתיקה. ב. עוד הק' בחי' הרי"ם מגמ' לק'

אלא דאחר דאיכא ריעותא דאחוי שטרך, א"כ ליכא סיבה למערער למחות בתחילת שלש, דהא אף אם לא ימחה תהא ריעותא דאחוי שטרך א"כ כל הראיה מדלא מיחה אינה בשנה ראשונה - אלא בסוף ג"ש אם לא מיחה איכא ראיה, ומיושב ב' הקו' הנ"ל, דאי ליכא עדים על ג"ש א"כ לית ליה ראיה מדלא מיחה והמע"ה, וכן המחאה בשנה הב' אינה להמשיך הריעותא דאחוי שטרך אלא מהני שלא תהא ראיה מדלא מיחה ולזה סגי שימחה אף שלא שמע.

ולכאו' מהלך נכון הוא מסברא אך לא משמע כן בלשון הראשונים וכ"מ בתו"ח בסוגיין דלא הבין כן ב"ד הרמב"ן דבגמ' הק' אביי דא"כ מחאה של"ב לא תהוי מחאה - וכ' בתו"ח דאין קו' אביי אלא בדלא מיחה מיד רק לאחר שנה או שנתיים אמנם במיחה מיד לק"מ - דבשנה הא' המחאה היא שלא תהא ראיה מדלא מיחה וסגי אף שלא בפניו דאי"צ שיגיע לאזניו, ורק משנה ב' ואח"כ מטרת המחאה שתבא לאזניו שיזהר בשטרו ולזה אינו מועיל אלא בפניו, ולד' הנך אחרונים א"ז נכון דמטרת המחאה בכל השנים שווה היא, וכן בספר המקח לר' האי גאון כ' בגמ' להלן (לט:): דצריך למחות בסוף כל ג' וג', דכ"ז במיחה בסוף ג'

אמנם במיחה בתחילת ג' אי"צ למחות עוד לעולם (וז"ש בגמ' כיון שמיחה שנה ראשונה שוב אי"צ למחות) והרמ"ה שם חלק עליו בפירוש וכ' דאין נפק"מ מתי מיחה ודעת רה"ג ידוע לבארו עפ"י שי' הרמב"ן הנ"ל, דמחאת שנה ראשונה היא לבטל הראיה מדלא מיחה ומחאת שאר השנים היא להמשיך הריעותא דאחוי שטרך, ע"כ אם מיחה בשנה ראשונה שוב אי"צ למחות דליכא ראיה מדלא מיחה. אבל אם לא מיחה בשנה הראשונה אלא בשאר השנים צריך כל ג' וג' כדי להמשיך הריעותא דאחוי שטרך, ומוכח שוב דלא כחידו' הרי"ם דלדידיה ליכא חילוק בין מחאת שנה ראשונה לשאר השנים (ולדעתו יש לפרש דהגמ' שם דאע"פ שמיחה בסוף ג' בעי מחויי בסוף כל ג' דחזרת הראיה מדלא מיחה אחר ג"ש דלא מיחה וכן צ"ל לד' היד רמה ולא נצטרך לומר דחלק על הרמב"ן) עוד מוכח מד' הר"ן ל"ק ג' ע"ב - דמתני' היא דסגי בג' כתות עדים אחת על כל שנה, דבגמ' שם דנו במח' ר"ע ורבנן בגדר דבר ולא חצי דבר וסיימו דלרבנן לא מקרי חצי דבר, וביארו הראשונים בכמה אופנים ובי' הר"ן שם דכיון דמעיקר הדין שנה א' סגי להחשיבו מוחזק וא"כ כל שנה הוי דבר

שלם דראיה מספקת היא, וזה לא יתכן לד' חידו' הרי"ם דכיום שנה א' אינה כלום דליכא ראיה מדלא מיחה וא"כ הוי חצי דבר כמשמעו.

והנה ב' הקו' הראשונות היה אפשר ליישב דסוכ"ס המחאה לאחר ג"ש היא מחאה שונה מהא דצריך להיות בתחילת ג"ש, דמוחה כדי שישמור שטרו ובזה שוב לא תהא ראיה מדלא מיחה, וא"כ נכונים דברי התנ"ח דשני מחאות איכא, וכן ד' ספה"מ דבמיחה בסוף ג"ש בעי מחויי' בכל ג"ש כדי להמשיך הריעותא דאחוי שטרך - ואפשר לחלוק בזה אמנם ז"פ דד' הר"ן לא יתורצו כלל אף לפי דחיה זו דסו"ס מעידים על חצי דבר (דז"פ דמה שהועילו בעדותם שצריך מעתה למחות בכל ג"ש אינו נקרא דבר שלם).

ע"כ מוכרח דבי' דעת הרמב"ן באופ"א - דהנה יל"ע דהרמב"ן קאי על הגמ' ל"ק מב. אכלה האב שנה והבן שנתיים, די"א דבנו קטן אין לו חזקה דכיון דא"י למחות בו ליזהר בשטרו שאינו בר שמירה ע"כ אין לו חזקה. אמנם חלק ע"ז מטעמו הנז' לעיל דהחזקה מטעם רגליים לדבר דלא מיחה, וזה היה מיד, א"כ אף בקטן היה כן, ועכשיו שעברו ג"ש דבטלה הריעותא דאחוי שטרך אף לקטן איכא חזקה מחמת

שתיקת שנה ראשונה, והנה מכאן היה מקום להוכיח דלא כחי' הרי"ם דאם נכונים הם דבריו דאין סיבה למחות עד ג"ש א"כ ליכא ראיה כלל בחיי האב, ובסוף ג"ש הא אינו יכול למחות דעכשיו קטן שאינו בר איזדהורי בשטרא הוא א"כ ליכא חזקה, אמנם אפשר לדחות דאה"נ בחיי האב ליכא ראיה שהרי סמך עצמו על המחאה דסוף ג' - מ"מ מיד במיתת האב הו"ל למחות בבנו שלא תהא ראיה מדלא מיחה - דהא אינו יכול לסמוך על המחאה דסוף ג', אמנם בהמשך דבריו הק' הרמב"ן - דא"כ דקטן לאו בר איזדהורי תהא חזקה מיד - דהא לא מיחה בחיי האב (ולחי' הרי"ם קצת אחר מיתת האב) וליכא ריעותא דאחוי שטרך - ובתי' כתב סתרי תורה וז"ל דא"כ מצאנו מי שאין לו דעת מרויח ולא מצאנוהו אלא מפסיד עכ"ל. ולכאו' דברים סתומים הם, ובריטב"א תי' על קו' זו דלא פלוג רבנן ודבריו צ"ב קצת דמנלן לומר דתקנ"ח היא, אמנם ברמב"ן וודאי א"א לומר כן, וצ"ב בדבריו.

והנה בחי' הרי"ם הביא עוד תי' ודבריו אינם מפורשים כה"צ אמנם נר' שכוונתו לזה דאין גדר אחוי שטרך ראיה מצד המחזיק שאינו בעלים. והיינו דאיכא טענה על הבעלים אמאי לא מיחה וכנגדו איכא

טענה היכן שטרו וע"כ חוזר לחזקת מר"ק אלא מד' הראשונים נר' גדר אחר דמטרת כתיבת השטר בכ"מ היה לראיה בכל דו"ד בין בנ"א, במקום עדים דאיכא טירחה בהבאתם וכו' ע"כ כתבו שטר וכוחו הוא דמי שיהא השטר בידו תהא ראייה בד"ת זה, וכגון שטר מכר דכותבין למוכר אע"פ שאין לוקח עמו והיינו דא"צ שתהא מכירה אז, אלא הסכמה מצד המוכר לכתוב בשטר זה ולעשותו שכל מי שיהא בידו תהא הוכחה שהיא שלו וכן בשטרי הלוואה וכל כה"ג, וביותר מבו' בשו"ע דאי השטר אינו בידו - הדין להיפך עכ"כ דהמלווה את חבירו ואבד השטר נאמן הלווה שפרע אף תוך זמנו. ואין לומר דהוא מחמת ריעותא היכן שטרו דהא קי"ל דבתוך זמנו חזקה הוא דלא פרע. ואף ריעותא לא תועיל לבטל חזקה זו - אלא וודאי הסכמה היא בין בנ"א דכח השטר לטב ולמוטב דאם יהא ביד המלווה ולא יהא נאמן בטענת פרעתי וכדו' ואם לא יהא בידו יהא נאמן וכן בשטר מכר בקרקעות הדין כנ"ל, אי השטר בידו נאמן, ואי אין השטר בידו עם כל החזקות והטענות דשלו הוא אינו נאמן וכ"מ בלשון הרמב"ן דלא כ' דאיכא ריעותא תוך ג' או דבר דומה לזה, אלא כ' דבתוך ג' אמרינן

ליה למחזיק אחוי שטרך, והיינו דנשאר הראיה מדלא מיחה אבל הסכימו ביניהם דאף עם ראיות וכנ"ל אם לא יהא השטר בידו לא יהא נאמן, והנה מצד הדין היה צריך להיות כן לעולם, אלא אמר רבא - דכיון דעד ג"ש מיזדהר ההסכמה מתחי' לא היתה אלא לג"ש, וע"כ בעי עדים שעברו ג"ש דאל"ה אינו נאמן כלל עד שיבואר שעברו ג"ש ובזה ד' רה"ג מיושבים לפי פשוטו וכן ד' הר"ן וד' התו"ח - דוודאי המחאה דסוף ג' שונה מתחילת ג' דבסוף ג' היינו לשמור שטרו טפי להמשיך הסכמה זו. ועיין ל"ק לב. בסוגיא דשטרא זיפא כ' שם הרשב"ם דלית ליה מיגו כיון דטעין שטרא זיפא הוא הודאת בע"ד וע"כ אינו נאמן דהוי כמיגו נגד עדים ולכאו' תמוהים דבריו, דהא כל מיגו שבש"ס מודה בטענה שטען וזה גופא כח מיגו, מה דהיה יכול לטעון טענה אחרת (כגון פרעתי מיגו דמזויף דמודה שאינו מזויף ומ"מ נאמן) ומ"ש הכא, ולמשנ"ת יבואר היטב דכתב שם דכל כוחו וחזקתו בשדה זו מחמת שטר זה והיינו דכיון שמודה דאבד שטרו - הר"ז הודאת בע"ד שאין השטר אצלו, וממילא אינו נאמן במיגו דהא דין הוא דאינו נאמן אם נאבד. ולפי"ז מובנים ד' הרמב"ן היטב דהק' בקטן אמאי בעי

ג"ש ות' דכיון דכ' שטר איכא הסכם דתוך ג' אינו נאמן בלא שטר ואף דליכא ראייה מדלא מיחה - דהא קטן הוא וא"י לשמור שטרו - מ"מ הסכימו ביניהם - ול"מ שמי שאין לו דעת ירויח שיבטלו ההסכם בשבילו, וכן מתורצים ד' הריטב"א דלכא' סותר בדבריו שפי' כד' הרמב"ן והוסיף דהוי תקנ"ה, ולמשנ"ת יבואר דס"ל כמהלך הרמב"ן רק דהוסיף דלא ניה"ל בהאי סברא דמעיקרא הסכימו ביניהם לג"ש אלא וודאי ההסכמה הסכמה לעולם - רק אחר שראו חז"ל דאחר ג"ש מאבדים שטרותיהם תקנו הם דגמר ההסכמה בסוף ג"ש ולזה הק' בדף מב. דקטן שמאבד מיד יתקנו לו דגמר ההסכמה מיד, וע"ז תירץ דלא פלוג רבנן וכיון דתקון ג"ש תקון אף לקטן כן.

והנה ידועים ד' יד רמ"ה ל"ק לו. בהא דעבדים יש להם חזקה לאחר ג' דהק' מ"ש מגודרות ות' דעבדים שאני דבני שטרא

נינהו ודבריו צ"ב דהא אטו משום שעושים בהם תוספת ראייה שכותבין שטר עליהם יהיו עדיפים ותהא להם חזקה לאחר ג' ולפמשנ"ת אפשר דאף הרמ"ה מודה לסברא זו רק דהוסיף דהא דאחר ג' נאמן הוא היינו כיון דטפי מג"ש לא מיזדהר איניש א"כ הסכמת בנ"א היא לאחר ג"ש יהיו הנך ג"ש במקום השטר וע"כ כ"ה דעבדין שטר אחר שישב בה ג"ש הר"ז כמחזיק בשטרו ממש ע"י ישיבת ג"ש (וכן אפשר"ל הסברא בחזקת קרקעות לדידיה) וזה יתכן אפי' אם לא עשו שטר - דכיון דבני שטרא נינהו - הסכמה היא דלאחר ג"ש הר"ז כמחזיק בשטר.

ואף דהביא הריטב"א ראייה מגט - גם התם שייך הסכמה זו דכל נאמנות האשה לטעון גרשתני - היינו מחמת חזקה שאינה מעיזה פניה - ובזמן דצריכה להחזיק שטר ליכא נאמנות כלל אם אין השטר בידה.

שיעור כללי מואת הרה"ג ר' שמעון שיין שליט"א

נכתב ע"י הבה"ח יוסף מרק הי"ז

דף לא:

### בגדר חזקת כשרות, והאם יש חזקת כשרות שהוא בעל מידות טובות

הם כשרים להעיד, והיינו דהחזקה בנויה על רוב.

ובבית אפרים כתב ע"ז דאה"נ דהרוב הוא דרוב בנ"א כשרים להעיד, אך לא מזה נובעת חזקת הכשרות בעדים, והא ראיה דהגמ' בחולין מחפשת מקור דהולכים אחר הרוב ברובא דליתא קמן, ולפנ"י אפשר להביא ראיה דאזלי בתר רוב מהא דסמכי' על העדים להרוג על פיהם, דלדבריו ידעי' כשרות העדים רק מרוב ומשם ראיה דאזלי בתר רוב. וע"כ דמה דסמכי' אעדים אי"ז מכח הרוב.

עוד הביא הבי"א ראיה דלא כהפנ"י מהא דמוציאין מרוב עפ"י עדים, וכגון גבי חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו או דחזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה, שהם ג"כ חזקות הבראות מרוב. דטבע בנ"א כן, ואעפ"כ עדים מוציאים מרוב זה, ואם כהפנ"י דכל נאמנות העדים הוא ג"כ מכח רוב האיך יוציא רוב זה מרוב האחר.

הלכה רווחת היא שכל בר ישראל ההולך בדרך הישר מוחזק בחזקת כשרות, ומשו"כ מקבלים עדותו כל עוד שלא נתברר שהוא פסול, ואע"פ שלא בדקו אחריו האם באמת כשר הוא ואינו משקר. ויש לעיין מהיכן נובעת חזקה זו, והשואל בבית אפרים ר"ל שהחזקה בנויה על טבע בנ"א, שטבע בנ"א למאס ברע ולבחור בטוב, וכמו שכתוב "והאלהים עשה את האדם ישר". אך הבי"א דחה דבריו דאדרבה כתיב "יצר לב האדם רע מנעוריו", ו"עיר פרא אדם יולד", וא"כ משום טבע בנ"א אין סיבה לקבוע שסתם בנ"א אינם משקרים.

בפנ"י (גיטין יז.) ביאר הא דמבואר שם בתוס' דיש לאשה חזקת כשרות שלא זינתה, דהוא בנוי ע"ז שרוב ישראל הנוהגים בדרך הישר הם כשרים, ומשמע שם מדבריו דזהו ג"כ טעמא דנאמנות עדים. דרוב ישראל ההולכים בדרך הישר הם דוברי אמת ואינם עושים עבירות ולכן

ולכך ביאר הבי"א דחזקת כשרות עדדים בנוי על חזקה דמעיקרא, דהא כל בר ישראל בשעה שנעשה בר מצוה יש לו חזקת כשרות, דעד שנעשה בר מצוה אעפ"י שעבר עבירה אינו נפסל בכך, וג"כ לא חיישי' לחשש רחוק דבשעה שנעשה בר מצוה עבר עבירה ומיד נפסל, וא"כ לכל בר ישראל יש חזקה שמעיקרא היה עד כשר ועל זה סמכי' דעכשיו הוא ג"כ כשר.

אך לכאן דברי הבי"א צריכים עיון גדול, דהא אפי' אם הוא מוחזק בכשרות שלא נפסל אך מה"ת שדבריו אמיתיים ומנין לקבל דבריו שכך הוה. דבשלמא לפני' יש סיבה להאמינו על מה שמספר דסמכי' ארוב ישראל שהם כשרים ואינם משקרים ולכאן דבריו נכונים אך לב"א דאי"ז בנוי על רוב רק אחזקה שלא נפסל, צע"ג, דמה בכך שלא נפסל מה"ת דמה שהוא מספר לנו עכשיו אכן כך היה.

[ואין לומר דיש ג"כ חזקה דמעיקרא שאינו משקר עכשיו דמעיקרא כשנעשה בר מצוה לא העיד עדות שקר, דמבואר הבי"א דיודה למ"ש הפני דיש רוב בנ"א שאינם עוברים עבירות, דלגבי מה שהביא מתוס' בגיטין דסתם אשה בחזקת שלא זינתה אין שייך חזקה דמעיקרא וע"כ דשם

הוא חזקה מכח הרוב וכדברי הפנ"י, ומשמע שם דכוונת דבריו דחזקה שייך רק על מצב, כגון חזקה דהיא כשרה או חזקה דהיא בתולה, אך כשהנידון הוא על מעשה האם זינתה או לא אין שייך לומר חזקה דלא זינתה, וה"נ גבי עדים שייך לומר דהוא מוחזק שהוא כשר. אך לגבי הנדון האם הוא אומר אמת אין שייך לומר חזקה דלא שיקר, וחזרנו לעיין דמה הטעם להאמינו שאומר אמת.]

ולולא דברי הבי"א, נראה דמה שהקשה דאם הנאמנות דעדות הוא מכח רוב איך הוא מוציא מרוב אחר, דאפש"ל דמה דהעד יותר נאמן מהרוב אינו משום דיש רוב דאומר אמת דא"כ מאי אולמיה האי רוב מהאי רוב, רק דהמעליותא דעדים הוא משום שהבירור של עדות הוא בירור על המעשה שהיה, דהעדים אומרים לנו מה היה המעשה, אך לא משום שהוא יותר נאמן מהרוב, דאדרבה הרוב יותר נאמן שכן הרוב לעולם לא משקר או טועה משא"כ עדים דיש חשש שהם טועים או משקרים, רק דהמעליותא דעדים הוא משום שהם מספרים המעשה משא"כ הרוב שהוא רק תלייה שהוא מהרוב אך לא שכך הוה. [והיינו דמה שאנו מאמינים לעדים הוא משום שכן

גזרה התורה שנאמין לשני אנשים שמעידים על אף החשש שהם משקרים, ודוקא כאשר הם מוחזקים בכשרות מחמת הרוב שאז הם ראויים לספר (ולא משום שאנו סומכים על הרוב שכך היה). אך המעליותא של העדים על פני הרוב אינו דהוא יותר נאמן רק כיון שהוא אופן אחר של בירור דמברר על המעשה שהיה].

וכן מבואר בנודע ביהודה דכתב דמי שאכל חתיכת חלב וסמך על רוב או חזקה שאומרים דהוא שומן דפטור מקרבן דהוא אנוס, ומי שסמך על עדים הרי הוא שוגג וחייב קרבן, ומבאר דמי שסמך על הרוב סמך על ידיעת אמת שהרוב והחזקה הוא לעולם אמת שכך הוא הרוב או החזקה וא"כ הוא אנוס, ומשא"כ מי שסמך על העדים רק נודע מהעדים וכמו שהוא יודע מעצמו שהוא שומן ונתברר שהוא חלב שחייב קרבן כיון שטעה בידיעתו. ומבואר דהאמת של הרוב וחזקה עדיף מעדים, אך המעליותא דעדים הוא שהוא בירור על מה שהיה. ומאחר שנתבאר דכאשר אנו מאמינים לעדים אי"ז משום שאנו סומכים על הרוב דכך היה, רק שאנשים שמחמת הרוב הם ראויים לספר, גזרה התורה שאנו נקבל

דבריהם. אפשר לבאר קצת ג"כ דברי הבי"א, דכוונתו הוא דכיון דעדים אלו מוחזקים כאנשים כשרים ראוי ונכון לקבל מה שהם מספרים ולהאמינם, אך אי"ז שאנו סומכים על החזקה לברר מה שהיה, רק על פי דבריהם שהם מספרים שכך היה.

ועיקר הענין מבואר בסוגיין, דשיטת ר"ה דבתרי ותרי זו באה בפני עצמה ומעידה וזו בפני עצמה ומעידה, ולכאן כאן אין רוב דאינו משקר דאחת מב' הכיתות ודאי שקרנים, אלא דסמכי' אחזקה דמעיקרא, ותמוה מאוד דאיך נוציא ממון עפ"י רוב ואפי' לגבי דיני נפשות נלך בתר חזקה דמעיקרא. ועפ"י הנ"ל מבואר דהחזקה רק מעמידה שהוא ראוי לקבל דבריו, ואע"כ עפ"י עדותו נוציא ממון וכו'.

ובחת"ס נראה דיש לו מהלך אחר בביאור מה דמחזיקין כל אדם בכשרות. דיעו"ש (שו"ת יו"ד סי' של"ז) שדן לגבי חצר שמצאו בה אבן מושכבת על פניה והפכה כהן ומצא שכתוב עליה "פה נטמן איש הגון ר' זכריה ב"ר ידידיה נפטר בעיוה"כ קנ"ט לפ"ק" והיינו יותר מד' מאות שנה לפני שנשאלה השאלה לחת"ס.

ודן שם להתיר עפ"י מה דאיתא במדרש (ויק"ר מצורע פ"ח) שכל עצמות האדם נרקבין ונימוחים חוץ מעצם קטן הנקרא לוז או נסכוי, ולכן יש לתלות שכבר נרקבו ונימוחו רוב העצמות ואין עצמות מטמאות באוהל אלא אם יש מהן רוב מנין או בנין של המת, וא"כ אחר ד' מאות שנה בודאי כבר נימוחו ונאבדו, ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא.

ודחה החת"ס סברא זו, עפ"י דברי הגמ' במס' שבת (קנב:), שדרשו עה"פ "רקב עצמות קנאה" שמי שיש לו קנאה בליבו עצמותיו נרקבין ומי שאין לו קנאה בלבו אין עצמותיו נרקבין, וכתב החת"ס: דא"כ אדרבה אוקי האי גברא ר' זכריה ב"ר ידידיה בחזקת כשרות שלא היה בו קנאה ולא נרקבו עצמותיו.

[ובספר ליקוטי הערות על החת"ס הביא בשם הג"ר יוסף ענגיל והמנחת אלעזר, שהקשו עליו דהגמ' שם לא איירי אלא בצדיקים גמורים כרב אחאי בר יאשיה שאין להם שום שמץ של קנאה אבל סתם בנ"א נרקבים. ונראה ליישב שאין כוונת החת"ס לומר שכל מי שאין לו קנאה ואפי' אינו צדיק גמור ישאר בשלימותו כמו רב אחאי, דרק לענין שעצמותיו לא ירקבו נקט החת"ס שאם

אין לו קנאה אע"פ שאינו צדיק גמור ג"כ לא ירקבו עצמותיו, והגמ' דרב אחאי דמשמע דוקא צדיק גמור הוא לענין שישאר בשלימותו ואפי' בשרו אינו נרקב כלל].

ולכאו' בחזקה זו אין שייך לומר כפנ"י דבנויה על רוב, דבשלמא חזקה דאינו משקר אפשר לברר, אך קנאה שהוא דבר שבלב איך שייך לברר דהרוב אינם מקנאים. וגם אין שייך לומר דיש ע"ז חזקה דמעיקרא, דמה שאדם מקנא או לא אי"ז משנה את מצב האדם, דאינו נפסל או נכשר בזה, והוא שאלה על מעשה האם יש לו קנאה או לא.

ונראה לבאר דברי החת"ס דס"ל כמו השואל בבית אפרים, דס"ל דמטבע וסדר העולם הוא דאדם שמתנהג בכשרות עפ"י התורה יש לו מידות טובות ואין לו קנאה, ולכך מי שבא לומר על אדם שיש לו קנאה הרי"ז נגד החזקה דהחזקה הוא דאין לאנשים קנאה.

ועכ"פ מבואר מדברי החת"ס מהלך שלישי בחזקת כשרות, שבסדר העולם ראוי להיות שאיש ישראל הנוהג בדרך הישר עפ"י תורה, יהיה אדם כשר שאינו משקר ואינו עובר עבירות ואפי' מידות רעות אין לו.

ויש ללמוד מזה מוסר נפלא שכאשר רואים אדם בבית המדרש, חזקתו שהוא אדם ישר ואין לו מידות רעות ואינו מחפש כבוד ואין לו קנאה ושנאה וגאווה, ומי שחושד בסתם בנ"א במדות רעות גם לא היה ראוי לו לקבל סתם אדם לעדות, שהרי היא אותה החזקה, שהוא הולך בדרך הראוי לישראל שקיבלו התורה, והמסתכל בהשקפת התורה יראה כל אחד כאדם כשר וישר בעין טובה.

עוד יש ללמוד ענין זה כ"א לעצמו, כשאדם רוצה לעבוד על מידותיו, ומרגיש שהוא עבודה קשה מידי, ידע שהוא אינו הולך נגד טבעו, שעיקר טבעו של יהודי שמקיים מצוות הוא להיות אדם טוב עם מידות טובות, ורק שצריך להוציא מן הכח אל הפועל, ויש בזה חיזוק נפלא.

ונמצא דיש בזה שני קצוות האם צריך רוב או דרך העולם לקבל עדות דכל שמוחזק בכשרות הוא עד כשר. ונראה דנחלקו בזה האחרונים, דשו"ת מהרש"ך (ח"ג סי' טו) הביא תשו' הר"ר שלמה גאביון ז"ל, שכתב שהקראים שבזמננו כשרים לעדות הגם שהם כופרים בתורה

שבע"פ, כיון שהם אנוסים וכתינוקות שנשבו לבין האומות.

ובמהרש"ך חולק עליו דפסולים לעדות, וכתב הטעם "דאטו תינוק שנשבה לבין הגויים ואוחז כדת הגויים יען כי נתגדל ביניהם היעלה על הדעת שיכשירו לעדות כיון שאינו עושה מעשה ישראל הכשרים אעפ"י שהוא בא מזרע ישראל הכשרים דבר זה לא יעלה על לב לעולם". וכיון לדבריו באגרות משה (ח"א סי' פ"ב ענף י"א) וז"ל: מ"מ לענין פסול עדות גם הם פסולים דנהי דלא גרע מעכו"ם אבל לא עדיף מעכו"ם לענין עדות, דעכ"פ אינו בכלל ישראל לעדות דאנוס אינו כמאן דעבד".

ונראה שנחלקו בחקירה הנ"ל, שדעת המהרש"ך והאג"מ הוא שהגם שאינם רשעים כיון שהם אנוסים, אבל אין להם חזקה שלא ישקרו כיון שאינם נוהגים בדרך התורה. ודעת הר"ר שלמה גאביון הוא כדעת הבי"א שאינו מצריך חזקה שלא ישקר ליתן לו נאמנות, אלא כל שלא נפסל מחמת רשעותו הרי הוא אדם כשר שיכול להעיד וראוי לקבל עדותו.

שיעור כללי מהרה"ג ר' יצחק יוסף מרק שליט"א

דף כז:

**בענין מודעה במכירה ומסירת מודעה ערב ר"ה**

גילה לנו שאצלו לא אמרין אגב זוזי גמר ומקנה.

ולכן כתב הג"ר שמעון מהלך חדש בגדר דין מודעה שאינו מטעם גילוי דעת, אלא המודעה עצמה מבטלת את המכירה. וצ"ב איך המודעה מבטלת את המקח. ויש אחרונים שביארו שהוא מדין 'אתי דיבור ומבטל דיבור' שדיבור של המודעה מבטל את הדיבור של המכירה, וכמו שמצינו בגמ' קידושין לגבי מקדש לאחר ל' יום דס"ל לר' יוחנן שיכול לחזור בו, מטעם אתי דיבור ומבטל דיבור. ומסברא יש לדון בזה שרק דיבור שני יכול לבטל דיבור ראשון המוקדם ממנו, שדרך אדם להתחרט מדיבורו הראשון, ויש עדיפות לדיבור ב' יותר מדיבור ב', דהוי דיבור בתרא, אבל לא מצינו שדיבור א' מבטל דיבור ב' המאוחר ממנו. עוד יש לעיין לפי ריש לקיש דס"ל דלא אמרין אתי דיבור ומבטל דיבור, איך יתפרש לשיטתו דין מודעה. ועי' באבני נזר שנסתפק אם ר"ל מודה שדיבור א' מבטל

א. יש לעיין מה ענינו של מודעה איך המודעה מבטלת את המכירה, שבלא המודעה חל המקח אע"פ שהיה באונס, דאמרין אגב זוזי גמר ומקנה, וצריך ביאור למה כשמסר מודעה המקח בטל. עוד יש לבאר למה מודעה בלא אונס לא מהני לבטל מכירה. ועי' ברשב"ם שרבא ור' הונא נחלקו אם מהני מודעה בשדה סתם, ויש לבאר במה נחלקו.

והנה בחידושי ר' שמעון חקר בגדר דין מודעה, וכתב שבפשוטו הוא גילוי דעת שאינו רוצה את המקח, ואף דקי"ל בדף מח: דאמרין אגב זוזי גמר ומקנה, הרי הוא מגלה שהוא לא גמר ומקנה ע"י האונס. אך הקשה שהראשונים כתבו דמהני ביטול מודעה, שאם בשעת האונס כופים אותו לבטל את המודעה, חל המקח ולא מהני המודעה, דאמרין אגב זוזי גמר ומבטל. ואם טעם דין מודעה משום שמגלה דעתו דלא גמר ומקנה אינו מובן כלל איך שייך ביטול מודעה באונס, שהרי

דיבור ב', ולבסוף מסיק שמסתבר שר"ל חולק גם בזה. וקשה לפי זה איך יפרש ר"ל דין מודעה.

וצריך לומר שגדר דין מודעה שיש לאדם שליטה על עצמו ולקבוע שהמעשה שלו יהיה בטל, ולא יהיה לו תוקף, וכן כתב החזו"א. והוא דבר מחודש שיש לאדם 'כח מבטל' לבטל את המעשים שיעשה בעתיד. ולפי זה מובן שיש דין ביטול מודעה, שביד האדם לבטל את המודעה שעשה. והטעם דלא מהני מודעה בלא אונס כלל. שאם מוכר בלא אונס יש אומדנא שהוא רוצה לבטל את המודעה, אבל אין האונס סיבת ביטול המקח כלל.

ב. אמנם בלשון כמה ראשונים נראה כדרך הפשוט שהמודעה אינו פועל ביטול מקח, אלא הוי גילוי דעת שאינו רוצה במקח. וקשה איך מהני ביטול מודעה באונס. וכמו שהקשה הגר"ש. עוד צ"ב איך מהני כלל גילוי דעת שאינו רוצה, שהרי חכמים אמדו דעת בני אדם דאגב אונס גמר ומקנה, ואיך יכול לצאת מכלל זה. עוד צ"ב שמסתבר שלאחר שמקבל יסורין משתנה דעתו וגמר ומקנה, וכמו בלא מודעה שעומד וצווח שאינו רוצה, ואח"כ כשמאנסים אותו אמרינן דגמר ומקנה,

והכי נמי כשמסר מודעה מסתבר שנשתנה דעתו ולאחר קבלת היסורין הרי הוא רוצה.

ונראה לבאר ענין מודעה שאינו גילוי דעת בעלמא שאינו רוצה במקח, ויסוד הדברים מבואר ברשב"א (בקידושין נ.) שהקשה איך מהני מודעה שהרי קי"ל שדברים שבלב אינם דברים. ואף אם אינו רוצה אין הולכים אחר דעתו, שבמכירה הולכים אחר הדברים שמדבר עם הלוקח, וזה קובע במקח ולא מה שחושב בלבו. וא"כ מה מועיל מודעה. ותירץ הרשב"א שמסירת המודעה מהני שע"י זה הוי דברים גלויים, ואינם דברים שבלב. ואע"פ שבמקח צריך לדבר עם הבעל דבר ולא מהני מה שמדבר עם אנשים זרים, נתחדש בדין מודעה שיכול לדבר עם העדים במקום הלוקח, והטעם בזה שכיון שבשעת המקח הוא אונס ואינו יכול לדבר דברי המקח עם הלוקח, על כן יכול לדבר עם העדים במקומו, שבמקום שאי אפשר לדבר עם הבע"ד יכול לדבר עם העדים, והדיבורים שמדבר עם העדים מועיל לבטל את המקח, שהם דברים גלויים וסותרים את מעשה המכירה. ולפי ביאור זה אתי שפיר דלא מהני מודעה בלא אונס, שאם אין אונס הרי הוא צריך לדבר עם

הלוקח, ולא מהני מה שמדבר עם אנשים אחרים, ואין צריך לומר שהוא מבטל את המודעה בשעת המכירה. ובדברי הרשב"א אלו יתיישב מה שהקשה הגרש"ש איך מהני ביטול מודעה באונס, שענין מודעה אינו גילוי דעת לבד שאינו רוצה במקח, אלא סיבת ביטול המקח הוא מכח הדברים שדיבר בפני העדים, וביטול מודעה הוא שמבטל אותם דיבורים שדיבר בפני העדים, וממילא חל המקח, דדברים שבלב אינם דברים.

ג. והנה בגמ' איתא בדעת רבא שאין כותבים מודעה אזביני. וביאר הרשב"ם שלפי רבא לא שייך מודעה בזביני, שבשדה זו ס"ל דלא הוי זבינא גם בלא מודעה, ולגבי שדה סתם לא הוי אונס, כיון שבירר את השדה מדעתו. והנה לפי הגרש"ש הטעם דלא מהני מודעה בלא אונס, משום דאמדינן דעת המוכר שרוצה לבטל את המודעה, ולפי זה צריך לומר שבשדה סתם יש אומדנא שרוצה לבטל את המודעה. אך לא מסתבר לומר כן, שאע"פ שיש אומדנא שמסכים על המקח, אבל לא מסתבר שרוצה לבטל את המודעה. [ובודאי אין כוונת הרשב"ם דלא הוי אונס כלל, כדמוכח בגמ' שגם בשדה סתם מהני רק במכירה, דאגב זוזי גמר

ומקנה, וכ"כ תוס' מה. שבמתנה לא מהני אף בשדה סתם]. עוד יש לעיין שהרשב"ם כתב שר' הונא חולק על רבא, ומשמע דס"ל שגם בשדה סתם מהני מודעה, וצ"ב בסברת המחלוקת, וביותר קשה דמשמע בראשונים שרבא לא אמר להדיא דלא מהני מודעה בזביני, והגמ' למדה כן ממה שאמר דשדה סתם לא הוי זביניה זביני. וקשה דילמא מיירי בלא מודעה, אבל כשיש מודעה לא חל המקח, וכמו דס"ל לר' הונא [ועי' מהרש"א וקרני ראם].

ונראה ליישב דברי הרשב"ם, ובהקדם קושית האחרונים בסתירת הסוגיות דקידושין ובבא בתרא, שבגמ' ב"ב אמרינן דתלוהו וזבין זביניה זביני, דאגב זוזי גמר ומקנה, ואמרו בגמ' שנלמד מהפסוק יקריב אותו שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ובגמ' קידושין דף נ. רצו ללמוד מפסוק זה שדברים שבלב אינם דברים, וקשה איך מוכח דדברים שבלב אינם דברים, שהרי אמרינן דגמר ומקנה, וא"כ אין כאן דברים שבלב שאינו רוצה. ומאידך קשה למה צריך בב"ב לטעמא דגמר ומקנה, שהרי דברים שבלב אינם דברים, ואף אם לא גמר בלבו מהני, שאין הולכים אחר דברי לבו. ותירץ רעק"א שב' הסוגיות משלימים זה את זה, שהטעם

דאגב זוזי גמר ומקנה אינו בירור גמור שהוא רוצה, אלא הוא בגדר ספק, ולכן צריך להגיע ליסוד שדברים שבלב אינם דברים, אבל אם היינו הולכים אחר דברי לבו, לא היה חל המקח. ולכן שפיר הוכיחו בגמ' קידושין מיקריב אותו גם לגבי דברים שבלב אינם דברים. וכמו כן צריך להגיע להטעם דאגב זוזי גמר ומקנה, שבלא טעם זה יש אומדנא ברורה לפנינו שאינו רוצה, והרי זה כדבר שבלבו ובלב כל אדם, שאין בזה חסרון של דברים שבלב אינם דברים, וכמו שכתבו הראשונים. וע"ז אמר ר' הונא דאגב זוזי גמר ומקנה שיש צד שהוא רוצה למכור. ואף שאינו ברור שהוא רוצה, חל המקח, דדברים שבלב אינם דברים. וכן כתב הגר"ח.

ולפי זה יוצא שהטעם דתליוהו וזבין הוי זבינא לפי ר' הונא הוא משום דקי"ל דברים שבלב אינם דברים, ויש לומר שכל ענין המודעה הוא רק לבטל את החסרון של דברים שבלב, וכמו שביאר הרשב"א דהוי דברים גלויים והם מבטלים את המקח. ולפי זה יש ליישב מה שהקשינו לעיל איך מהני גילוי דעתו שאינו רוצה, שהרי חז"ל קבעו דאמרינן אגב זוזי גמר ומקנה, שלפי מה שנתבאר מטרת המודעה אינו לגלות על אי רצונו, אלא

להעמיד דברים גלויים לבטל המקח. וכן אתי שפיר מה שהקשינו לעיל שמסתבר שלאחר שמקבל יסורין משתנה דעתו וגמר ומקנה.

ולפי זה נראה לבאר דברי הרשב"ם שהטעם בשדה סתם לא מהני מודעה אינו משום שמבטל את המודעה בשעת המקח, אלא שהרשב"ם למד בדעת רבא שהטעם שבשדה סתם הוי זביני, הוא משום שיש אומדנא ברורה שרוצה למכור, והוי כדבר שבלבו ובלב כל אדם שרוצה למכור, ולכן לא מהני בזה מודעה שאין כאן דברים שבלב כלל, וכל ענין מודעה הוא לבטל את החסרון של דברים שבלב. וסבר הרשב"ם שמטעם זה מחלק רבא בין שדה זו לשדה סתם דס"ל שכדי לבטל את המקח צריך אומדנא ברורה שאינו רוצה במקח, אבל אם הוא ספק לא חל המקח, ומזה למד הרשב"ם שלא מהני מודעה לשיטת רבא בשדה סתם, שבמקום שיש אומדנא גמורה שרוצה למכור לא מהני מודעה לשנות את האומדנא. ומשא"כ ר' הונא סבר שחל המקח אע"פ שאין אומדנא גמורה שרוצה למכור, ומטעם זה סובר שגם בשדה זו חל המקח, ומשום דדברים שבלב אינם דברים, ולכן לשיטתו מהני מודעה גם

בשדה זו. וצ"ל שלר' הונא גם בשדה סתם אין אומדנא גמורה שרוצה למכור.

ד. ועתה נבוא לגבי מסירת מודעה על נדרים, שמנהג ישראל למסור מודעה ערב ראש השנה לבטל נדרים שעתיד לנדור במשך השנה, וכן בתפילת 'כל נדרי' ערב יום הקדוש מבטלים את הנדרים דלעתיד. ומקור הדברים הוא בגמ' נדרים כג: [וע"ש בר"ן]. והנה הש"ך (ריא) ביאר ענין מסירת מודעה כמו הרשב"א שע"י המודעה לא הוי דברים שבלב. ומקשה רעק"א שלפי זה שייך מודעה רק באופן שבשעת הנדר אין דעתו לנדור. וקשה שבשו"ע שם מבואר שרק אם שכח את התנאי של המודעה בשעת הנדר מהני, אבל אם הוא זוכר את המודעה לא מהני. ומוכח מזה שעצם המודעה מבטל את הנדרים, והטעם שבזכור התנאי חל הנדר, שמסירת מודעה בנדרים מיירי בלא אונס, ואם הוא זוכר את המודעה בשעת הנדר ואפילו הכי הוא

נודר מוכח שדעתו לבטל את המודעה. אבל עכ"פ מוכח בשו"ע שהטעם שבטל הנדר אינו משום שאין לו דעת בשעת הנדר, שהרי מיירי ששכח את המודעה בשעת עשיית הנדר, והיה לו דעת שלימה לנדור.

ותירץ רעק"א שהטעם דמהני מסירת מודעה בנדרים הוא משום דהוי כנדר בטעות, שאם היה יודע שעשה מודעה לא היה נודר, [ובנדרים צריך דעת שלימה כדכתיב 'האדם בשבועה'], וע"ש שהוכיח מהגמ' שזהו הטעם שבטל הנדר. ויש לציין שכן כתב הר"ן שם דף עה. ומוכח מדברי הר"ן דלא ס"ל כהגרש"ש בגדר דין מודעה. ולהלכה איתא בשו"ע שם שיש לחוש שלא לסמוך על מסירת מודעה לגבי נדרים, שיש חולקים שם דלא מהני. ועי' במנחת שלמה להגרש"ז"א שצידד שלגבי קבלה לדברי מצוה אפשר לסמוך להתיר בלא התרת נדרים. ויש לעיין בזה.

חבורות  
שנכתבו ע"י

חברי

הישיבה



הבה"ח שמואל פולטק הי"ז  
דף כח.

**האם דין חזקת ג' שנים תקפה גם בזמננו  
עידן התפשטות רישום מקרקעין בטאבו**

**דין חזקת ג' שנים**

בריש פרק חזקת הבתים תנן דחזקת הבתים ג' שנים, דהיינו אם דר בבית ג' שנים ובא חברו ומערער על הבית שהיא שלו מימים ימימה והמוחזק טוען שקנאה מיד הערער, כיון דדר בה ג' שנים נאמן המוחזק שהיא שלו והקרקע נשארת תחת ידו וכן פסק המחבר (חו"מ סי' קמא סעיף א').

והנה יש לדון מהו הטעם בזה.

ואמרינן למסקנת הגמרא (ב"ב כט ע"א), "אלא אמר רבא שתא קמייתא מיזדהיר איניש בשטריה תרתי ותלת מיזדהיר טפי לא מיזדהיר" דהיינו שעד ג' שנים אדם שומר על שטרו אבל לאחמ"כ לא, לפיכך נאמן לטעון שקנאה, כיון שמחזיק בה, ומה שאין לו שטר אין בזה

ריעותא, אבל צריך המחזיק לטעון שקנאה מבעליה, דללא טענה אינה חזקה, שאם אינו טוען שקנאה מודה שאינו מחזיק בה בדין, כי אין החזקה קנין על השדה אלא ראייה שקנאה או קבלה או ירשה, וכן אם התובע מביא עדים שהקרקע היתה של אביו, נאמן המוחזק לטעון שקנאה מאביו.

**ב' מהלכי הראשונים בזה**

ובקצוה"ח סי' ק"מ סק"ב כתב

שנתבאר בזה ב' מהלכים בראשונים.

א'- מהלך הרמב"ן, דכיון דאין אדם רואה את חברו אוכל בשלו ושותק ולא מיחה עד סוף ג' שנים, הרי זה ראייה שאינה של המערער אך בראיה זו של מדלא מיחה לא סגי להשאיר את הקרקע ביד המוחזק קודם שעברו ג' ש, משום שגם על המחזיק איכא ריעותא דאחוי שטרך, ואחר ג' שנים

מתבטל הריעותא, דעד ג' מיזדהיר איניש בשטריה וטפי לא מיזדהיר.

ב' - הקצוה"ח כתב שם מהלך אחר בדעת שאר הראשונים, שחז"ל ראו שקשה לשמור על השטר יותר מג' שנים, לכן תקנו שיוכלו למחות רק עד לסוף ג' שנים.

וברבינו יונה נתבאר שלאחר שיש תקנה שהיה צריך למחות בתוך ג' ולא מיחה, אגן סהדי דאינה שלו מדלא מיחה בתוך זמן התקנה.

ומדבריהם נמצא דחזקת ג' שנים בנויה מב' חלקים, א' - מדלא מיחה המערער בתוך ג', ב' - לאחר ג' שנים אין על המחזיק הריעותא של אחוי שטרך.

**חזקת ג' שנים הרשומה בטאבו על שם המר"ק**

והנה יש לברר האם דין חזקת ג' שנים תקפה גם בזמננו שבעלות על הקרקע נכתבת בספרי רישום המקרקעין החוקי במדינה הנקראת טאבו, או שכל התקנה היתה רק בזמן התנאים והאמוראים אבל בזמננו כל זמן שאין הדירה רשומה על שמו הוי ראיה שלא קנאה דאם קנאה היה רושם את הדירה בטאבו על שמו וכל זמן שהדירה אינה רשומה על שמו עליו לשמור על החוזה אף לאחר ג' שנים.

והנה סוגיא זו רחבה היא מאוד ויש בזה הרבה שיטות ודיוקים מדברי הראשונים והרבה קולמוסים כבר נשתברו ע"ז וראיתי לנכון להתחיל לברר הדברים על קצה המזלג ממש, וכמובן שאין הדברים אמורים לקבוע הלכה למעשה אלא להרחיב דעת המעיין בה.

## צדדי הספק

והנה דבר ידוע הוא שכבר מאות שנים שבעלות על קרקע נכתב בספרי רישום המקרקעין החוקי במדינה, ונקראת בימינו טאבו. לאור זה יש להסתפק האם יכול המחזיק לטעון שקנאה, כיון שיש ריעותא גדול מאוד לטענתו, שאם קנאה, היה לו לרשום את הקרקע בטאבו על שמו כיון שעל פי חוקי המדינה רק מי ששמו כתוב בטאבו בעלים על הקרקע, וכיון שלא רשם את הדירה בטאבו על שמו אגן סהדי שלא קנאה, והוי כעדות נגד החזקה. מכל מקום יש לומר, שכיון שחז"ל אמרו שלאחר ג' שני חזקה אין כח לערער על בעלות המקרקעין, ועד היום לא בא שום אדם למחות ולערער עליו, הרי זה מוכיח כמאה עדים שהקרקע שלו. דאל"כ מדוע לא ערערו עליו, ואע"פ שלא רשם את הקרקע בטאבו, יש לומר שחס על הוצאות רישום הנכס בטאבו, ולא הבין עד

כמה יש צורך לרשום בטאבו, לפיכך יש לנו לברר האם יש טענה למערער נגד המוחזק.

**ביאור הצד דבימינו בטלה דין חזקת ג'ש ראייה מדברי הרמב"ן**

בשו"ת תשורת ש"י (מהגאון ר' שלמה יהודה טאבאק מסיגט, ח"ב סי' א') מביא בשם שואל אחד, ראייה מהרמב"ן שמאז רישום הקרקעות בטאבו אין חזקת ג' שנים חזקה. דהנה מבואר בחו"מ (סי' ס"ט ס"א) בשיטת המחבר, שכשם שנאמן אדם לטעון על מלוה בעדים פרעתי, כי המלוה בעדים אין צריך לפרעו בעדים, כמו כן אפילו אם יש למלוה כתב יד שהלוהו, יכול הלוה לטעון פרעתי, ואינו יכול לטעון שטרך בידי מה בעי, דדוקא בשטר בעדים שיש לו קול מקפידים שלא להניחו ביד המלוה, אבל בכתב יד אין אדם מקפיד להניחו ביד המלוה, לכן נאמן לטעון פרעתי אלא אם כן מפורש בשטר שלא יהיה נאמן לטעון פרעתי. (ולכן ראוי להזהר במלוה שנוטל כתב יד של הלוה על ההלוואה, שיכתוב בכתב שלא יהיה נאמן לטעון פרעתי. ובאמת למעשה הרמ"א שם מביא שיטה שאינו נאמן לטעון פרעתי, ופסק שהכל כפי ראות עיני הדיין).

והנה כתב הרשב"א (במיוחסות להרמב"ן סימן כב), שאם יש דינא דמלכותא שלא יהיה נאמן לטעון פרעתי בכתב יד, אין נאמן גם בדנינו לטעון פרעתי, שכיון שבערכאות יהיה נאמן לתבוע את הלוה, אגן סהדי שלא היה מניח את השטר ביד המלוה, כיון שיהיה יכול לתובעו בערכאות, ואם הניח בידו, היא ראייה שבאמת לא פרע, ואף בדינו אינו נאמן לטעון פרעתי.

ולפי זה מוכיח השואל, שגם בדין חזקת ג' שנים בזמנינו, כיון שבערכאות יהיה נאמן לטעון שהקרקע שלו, שבערכאות הכל הולך אחר הרישום בטאבו, אם המחזיק באמת קנה את הקרקע, בודאי היה כותב בטאבו את שמו על המקרקעין, וכיון שלא רשם את הקרקע בבעלותו וידע שיכול המוכר להוציאו בערכאות, אגן סהדי שלא קנה שאם קנאה בודאי היה רושם בטאבו, וכשיטת הרמב"ן בטענת פרעתי.

**ביאור הצד דבימינו עדיין תקפה דין חזקת ג'ש**

**שיטת התשורת ש"י**

אבל התשורת ש"י חולק על דבריו, וטוען שאינו דומה כלל שיטת הרמב"ן בטענת פרעתי, לדין חזקת ג' שנים. דהנה

יש לדקדק מדוע אמרו חכמים שבחזקת ג' שנים יהיה נקנה הבית למחזיק בה, והרי המוציא מחברו עליו הראיה, וכיון שיש עדים שהקרקע היתה שייכת למערער וקרקע בחזקת בעליה עומדת, איך מוציא המחזיק קרקע זו מיד בעליה ללא ראיה, וזה שמחזיק בה אינה ראיה ממש, רק רגלים לדבר שקנאה. ומצינו קושיא זו בקצוה"ח (סי' ק"מ סק"ב) ומבואר בקצות ע"פ הנימוק"י (ריש חזקת הבתים) שהיא תקנת חכמים [והקצות מוכיח שהיא השיטה המחזורת], כיון שדרך הבריות לאחר ג' שנים אינם נזהרים בשטר, כי רואים שהמוכר אינו מערער, ומצוי מאוד ששטרותיהם נאבדים, לכן תיקנו חכמים משום הפסד לקוחות שלא יהיה נאמן להוציא, ואם באמת לא מכרה היה לבעליה למחות, ואם לא מחה איהו אפסיד אנפשיה, אבל בתוך ג' שנים יש רעותא למה לא שמר על שטרו.

ועל פי זה כתב התשורת ש"י, שגם בזמנינו יש תקנה זו, והטעם שלא רשם בטאבו כיון שחושש להוצאות, או שחושש שמלוה שלו יתבע את הקרקע, או שחושש שיודע שהוא בעל נכסים, לכן אינו כותב את הקרקע על שמו. ואינו חושש מהמוכר כי כבר עבר ג' שנים ולא

ערער. מה שאין כן בכתב יד, כיון שיכול לתבוע בערכאות אין לו על מה לסמוך שלא יתבענו שוב, ואינו דומה לחזקה שרואה שהמוכר אינו מערער, לפיכך אינו חושש שיתבענו בערכאות, מה שאין כן בכתב ידו היה לו לחשוש שיתבע ממנו שוב בערכאות. ולפיכך פסק שאף בזמן הזה שקרקע נרשמת בטאבו אם החזיק ג' שנים זכה בקרקע כדין תקנת חכמים, נמצא דא"א להוציא מוחזק מקרקע לאחר ג' שנים כדין חזקת ג' ש.

#### שיטת האמרי יושר

והנהגם בשו"ת אמרי יושר (להגאון ר' מאיר אריק) חו"מ סי' י"ג, כתוב בדין שותפים בבית, ולכל אחד חדר בבית ורשום בטאבו כל חדר על שם האחר, ואחד מהם היה אופה, והתנור עמד בחדר שותפו. לימים מת השותף האחר, וטען האופה לבן המת שקנה מאביו כדין את החדר, ונאבד ממנו השטר, וכבר החזיק ג' שנים בחדר על ידי התנור, ותובע כי ירשום בטאבו את החדר השני ג"כ על שמו, כי כך התחייב לו אביו, ופסק שנאמן הקונה מחמת דין חזקת ג' שנים.

#### ביאור הרעותות כשלא רושמים בטאבו

והנה בזמנינו לכאורה איכא הרבה רעותות בקניית מקרקעין ללא רישומו בטאבו.

א. כיון שהמוכר מניח את שמו רשום על המקרקעין ולא העביר את השם על הקונה, אין לך מחאה גדולה מזו שלא מכר לקונה, וממילא היה לקונה להזהר בשטר המכירה כדין מחאה שצריך לשמור על השטר לעולם. והרי אפילו במחאה, אם מחה כדין ולא נודע המחאה למחזיק הוי מחאה, כמבואר בחו"מ (קמו, ג): "אפילו אם יאמרו העדים שמיחה בפניהם: לא הגדנו לשום אדם, אפילו הכי הוי מחאה לבטל החזקה, כיון שהוא מיחה כראוי וסמך עליהם שיאמרו אותו לאחרים ואחרים יאמרו לו" עכ"ל.

אם כן בזמנינו עיקר המחאה היא הרישום בטאבו.

ב. כיון שעל פי חוק המדינה יכול מי שהקרקע הרשומה על שמו להוציאה מהמוחזק, אם כן באמת אינו צריך למחות, כיון שיש לו דרך להוציאה, ואין לטעון עליו איהו אפסיד אנפשיה, כי אינו מפסיד כלל מדלא מוחה, שהרי יכול להוציאה ממנו בערכאות, אם כן בזמנינו אין חובת מחאה, וכיון שאין חובת מחאה חייב הלוקח לשמור שטרו, כי לא תיקנו חז"ל

להוציא קרקע מיד בעליה בחזקת ג' שנים, רק באופן שיש ביד בעליה חיוב מחאה.

ג. נתבאר לעיל שדרך העולם לאבד השטר במשך הזמן, ולכן תקנו שלאחר ג' שנים יהיה חזקה, ובזמנינו שכל אחד כותב ברישום המקרקעין את שמו, אין צריך להזהר לשמור השטר, כי כתוב בפקנס המקרקעין, אם כן אין שייך תקנה זו, שהרי פשיטא שהיה לו לעשות כמנהג כל האנשים לכתוב בטאבו שיהיה נשמר לעולם.

ד. קרקע ללא טאבו אינו עוברת לזרעו אחריו, והרי כל המתבונן יראה שאין כל הגיון וטעם לומר שאדם יניח קרקעו ללא רישום בטאבו שאפילו שנותן אימון במערער והמערער לא יוציא מהקרקע הרי הקרקע לא תוכל לעבור בנחלה לשום יורש, כי לא תתכן העברת ירושה ללא שינוי בטאבו, והקונה נכס רוצה שתעבור ליורשיו לאחר מאה ועשרים, וכשיבואו יורשיו לרשום הנכס בטאבו לא יוכלו לרשום מפני יורשי המוכר לאחר שנים, נמצא שמי שקונה קרקע או דירה ואינו רושם בטאבו, מניח כספו על קרן הצבי ואין לו בה אלא שימוש זמני כל זמן ששניהם חיים, אבל אין לקרקע שום קיום תמידי לזרעו אחריו,

ואין לך ראייה גדולה מזו שלא קנאה מעולם.

ה. ועוד טעם גדול שצריך לרשום את הנכס מיד על שמו משום דאל"כ יכולה ליאבד כיון שכשהקרקע רשומה על שם המוכר ואם יהיה המוכר בעל חוב, יעקלו הבנק את הקרקע שעל שמו, ונמצא הקונה מפסיד את קרקעו.

ו. ועוד, שעל פי חוקי המדינה, הקונה קרקע הרשומה על שם המוכר בתום לב, ולא ידע הקונה שהמוכר עשה חוזה מכירה עם אחר, ורושם הקונה השני את הקרקע על שמו, עוברת הקרקע לבעלות הקונה השני, ויכול על פי חוק המדינה לסלק את הקונה הראשון, אפילו אם יש חוזה חתום של מכירה בין הקונה הראשון למוכר, א"כ ליכא טענת התשורת שי" שאינו חושש לרשום הקרקע כיון שאין המוכר מערער עליו, אבל יכול המוכר למוכרה לאחר. זאת ועוד, אם ימות המוכר יעבירו בניו את הנכס על שמם, והם יסלקוהו, או ימכרוהו לאחר, כי ברישום המקרקעין בטאבו אין צריך להוכיח שאתה מוחזק בקרקע, אלא להוכיח שקנית את הקרקע ממי שהקרקע רשומה על שמו, ושהמוכר חתם לך שמסכים להעבירה לך בטאבו.

ז. יש בעיות כשהרישום נערך רק לאחר זמן, שעל פי חוק המדינה חייב הקונה לרשום את הקרקע על שמו מיד, ואם אינו רושם צפוי לקנס, ואם יאמר שקנאה עכשיו יתכנו הרבה בעיות חוקיות ברישום הנכס לגבי מס השבחה אם יש שינוי במחיר הקרקע ועוד.

הנוגע לענייננו שהקונה קרקע ואינו רוצה להפסיד את כספו, צריך לרשום את הקרקע על שמו מיידית, ולא זו בלבד, אלא ראוי שלא לשלם למוכר את מלא התשלום עד שתעבור הקרקע ברישום המקרקעין על שם הקונה, ואם לא עשה כן אין לך ראייה גדולה מזו שלא קנה הקרקע. לפיכך לכאורה נראה פשוט לפי הנ"ל שבזמנינו שצריך לרשום לאחר המכירה את הקרקע על שמו בטאבו לכן קרקע שאינה רשומה בטאבו אין בה דין חזקת ג' שנים.

ואחר דנתבאר הריעותות שיש בקניה ללא רישום בטאבו צ"ע לפי השיטות הסוברים דבזמננו איכא דין חזקת ג"ש והתקנה עדיין עומדת היא על תילה.

**דעת הגר"י זילברשטיין שליט"א בספרו חשוקי חמד**

והנה הגר"י זילברשטיין שליט"א כתב בספרו חשוקי חמד על מסכת ב"ב וז"ל:

“ונראה שבימינו החזקה לבד לא מועילה, כי בימינו אין אדם מאבד את השטר שלו לאחר ג' שנים, כי יודע שיזדקק אליו כדי לרשום את הדירה על שמו בטאבו, ובלי טאבו אין אדם קונה דירה בימינו.

לפי זה מאחר ולב כל אדם הוא למכור ולרשום את המכירה בטאבו אם כן היה צריך הלוקח להחזיק את השטר עד הרישום בטאבו, ולא נאמן לומר אבדתי את שטרי.

ויתכן שאז בימי האמרי יושר עדיין לא היה הטאבו כ"כ חזק, והיו שקנו דירות גם בלא טאבו, עכ"ל.

**להצד שאין בימינו דין חזקת ג"ש באלו אופנים עדיין תקף הדין**

אבל יש לדון באופן שאין אפשרות לרשום הנכס על שם הקונה בטאבו, וכל קנינו הוא אך ורק בשטר המכירה, האם הדרין לדינא דגמרא שחזקת ג' שנים הוי חזקה, ואם נאבד שטרו יכול על פי תורה לטעון חזקת ג' שנים ויצא זכאי בדין. כגון הקונה משכניו בעלות על גג או על מחסן שאינה על פי חוק, אינו יכול לרשום המכירה בטאבו, וכל תוקף בעלותו רק בשטר המכירה, וכן כל קניית דירה בטאבו משותף שאינו יכול לרושמה בטאבו על שמו אם כן בזה יש לומר

שחזקת ג' שנים מהני. או כגון שקונה דירה ממוכר שאסור למוכרה לאחר על פי חוק, כגון מי שקיבל מענקים מהממשלה על תנאי שלא ימכור את דירתו עשר שנים וכו'.

אבל גם בזה לכאורה יש להסתפק, שכיון שנתבאר שרישום הטאבו הוי כמחאה, הרי לעולם יצטרך לשמור את שטר המכירה, שכיון שהקרקע רשומה בבעלות אחרת, אם באמת לא מכרה לו אין "המוכר" חושש להוציאו, כי יודע האמת ויוציאו בדיני ערכאות, כי על פי דיניהם דנין רק על פי הטאבו, וכשם שמותר להוציא גזלן על ידי משטרתית מותר להוציא גזלן שירד לנכסיו שלא כדין על ידי ערכאות, לפיכך חובה על הקונה לשמור שטר המכירה לעולם, ואם לא עשה כן איהו אפסיד אנפשיה.

אך בפשטות יש לומר דסוף כל סוף מכיון דהמכירה מתחילתה היתה באופן שאין הולכים לרושמה על שמו בטאבו והמכירה היא רק בשטר, תעמוד תקנת חז"ל של חזקת ג"ש על מקומה.

לפי הנ"ל נמצא בפשטות לרוב הפוסקים דבזמנינו בטלה תקנת חז"ל של דין חזקת ג"ש בקרקעות בגלל התפשטות הרישום בטאבו, אבל באופן שהמכירה

משותף לכאורה תישאר תקנת חז"ל של חזקת ג"ש בקרקעות. רקעות.

נעשית מתחילה על דעת חוזה בלבד ללא רישום הקרקע על שמו בטאבו כגון טאבו

הר"ד אלימלך ברנד הי"ד

דף כח:

### הבנה יסודית במהלך רש"י ותוס' בענין חזקה שאין עמה טענה

והביאור בזה שאינו בעל דברים, ואינו משיב לו על טענתו, היינו כמו מטלטלין שתחת ידו אומרים דשלו הוא ואינו צריך להביא ראיה (לפי רוב האחרונים, אולם עיין קצוה"ח) אז ה"ה בקרקע לאחר ג' שנים שישב בה נמצא שהקרקע תחת חזקתו והיה חז"א לומר שהוי חזקה אפי' שאינו משיב דבר או אומר לו לאו בעל דברים דידי את, ולכאורה אפ"ל שזו היא שיטת רש"י, והיינו שהמוחזק אומר למערער, ישבתי בה שני חזקה ולא אמר לי אדם דבר מעולם. ונמצא שהחזקה טובה היא, ולכן אני צריך עכשיו להוכיח לך מאיפה הקרקע שלי, דלאחר שעשיתי חזקה לאו בע"ד דידי את, וכלומר, מי אומר שרש"י התכוון לומר שהמוחזק משיב למערער על טענתו, וטוען לו שיושב בלי טענה, אולי התכוון רש"י לומר שהמוחזק מסביר שהוא מוחזק, ולכן אינו

הגמ' מקשה אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה אלמה תנן כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, רש"י מפרש דחזקה שאין עמה טענה היינו שאמר לו מה אתה עושה בתוך שלי אמר לו שלא אמר לי אדם דבר מעולם, ולא אמר לו אתה מכרת לי. אולם תוס' הקשו על פירוש רש"י דמה ההו"א שיהיה חזקה כאשר אינו טוען כלום, ולמה שנוקים בידיה כאשר טוען שהוא בקרקע בגניבה. ולכן תירצו דאיירי ששזנתק וההו"א שיהיה חזקה דאית לן למימר שמחל לו (ע"ש עוד תירוצין).

ואפשר ליישב שיטת רש"י ועפ"י שיטת הראשונים, דהנה הרמב"ן והרבינו יונה פירשו דחזקה שאין עמה טענה היינו כגון שאמר לו מה אתה עושה בתוך שלי ושתק. או שאמר לו לא אשיבך דבר ולא בעל דברים דידי אתי

משיב לטענת המערער מאיפה הקרקע שלו. ואפי' שלא משמע בהדיא מדברי רש"י שהמוחזק מסביר למה הוא מוחזק טוב, ולכן אינו משיב לו דבר, אולם כשתעיין בדברי הרבינו גרשום תמצא כן, וז"ל: "חזקה שאין עמה טענה להיכא דקאמר ליה מערער מה אתה עושה בתוך שלי, ואמר הלה אכלתיה שני חזקה ולא אמר לי אדם דבר" - והיינו שהמוחזק מסביר את חזקתו, ולא שמשיב למערער על טענתו, ולכאורה גם רש"י סבר כך, ולזאת התכוון כהרמב"ן וכרבינו יונה.

ובעצם שיטת התוס' שביארו דאיירי שהמ"ק שתק וההו"א שיהיה חזקה דאית לן למימר שמחל לו צריך ביאור. א. הרי הקשו תוס' על רש"י שאם לא טוען מידי אין הו"א לומר שיועיל החזקה דהרי לדבריו הוא מוחזק בעיבה, והנה מה הריוחו תוס' לתרץ אחרת שהמ"ק שתק ואית לן למימר שמחל לו, הרי א"כ אכן יועיל חזקה בלא טענה, דכמו שהמוחזק מוכיח לנו שהקרקע אינו שלו דהרי אין לו טענה. גם מצד שני המ"ק מוכיח לנו שהקרקע אינו שלו שהרי שותק. ולמה הבינו תוס' לומר שבודאי לא יהיה למוחזק כשאינו טוען כלום, הרי מאידך יש לנו הוכחה והודאה הפוכה מהמ"ק שהוא שותק. ב. עוד יש להקשות מה תירצה הגמ' טעמא מאי דאמרינן דלמא כדקאמר השתא איהו לא

טעין אגן ליטעון ליה. הרי לפי תוס' היה הקושיא שנאמר שהיות והמ"ק שותק אית לן למימר שמחל לו, וא"כ מה תירצו שהמוחזק לא טען כלום וכו'. הרי גם בהו"א ידעה הגמ' שאינו טוען ומ"מ רצו שיהיה שלו בגלל שהמ"ק שותק. וצריך לברר היטב דברי התוס', ובהקדם נברר מחלוקת הרמב"ן ותוס'. ולפי הסבר הדברים נבין בעזרת ה"י גם ב' נקודות הנ"ל.

הראשונים נחלקו במהות חזקת ג"ש והרמב"ן והרבינו יונה משמשע דחזקת ג' שנים בנוי משני דברים, א. יש לו תפיסה ב. יש לו הוכחה מדלא מיחה המערער והשילוב ביניהם נתבאר דיסוד מוחזק הוא שמוחזק בו כבעלים וזה נעשה בזה שהוא תפוס בו בשופי באופן שהשני אינו מערער. ולפ"ז יסוד חזקת ג"ש הוא דבג"ש מחזיקים את המחזיק שיהא מוחזק. אולם מתו' מבואר דאינו בא להחזיק את המחזיק שיהא מוחזק, אלא שבאין להחזיק את ההוכחה של מדלא מיחה שיתחזק בזה שנעשה בחזקת שתקן. ולכאורה נראה לבאר דנחלקו הראשונים אם צריך הוכחה מוכחת, או דמעצם המעשה אפשר כבר להוכיח. וכלומר, הרמב"ן לא למד כתוס', משום דסבר דבזה ששותק אין לנו הוכחה מוכחת שמחל, דהרי לא אמר כך אלא דמתוך שתיקתו אית לן למימר שמחל.

וכלשון התוס', אלא דהיות ורק אית לן למימור, ואין זה מוכח ודאית א"א להחזיק את המחזיק בכך. אולם תוס' סברו דאבן שתיקה לבד אינה הוכחה אלא היות ומצד שני יש כאן מחזיק שהחזיק כדין ג"ש, ועל אותו החזקה שתק מוכח לנו מכל המעשה ששתק על החזקה ולא סתם ששתק, ולפי הסבר זה יובן הכל בעזרת ה"י, על מה שהיה קשה על מהלך התוס', שהם הקשו על רש"י שמחזקה בלא טענה אין לנו הוכחה וקשה שמצד שני כאשר המ"ק שותק יש לנו הוכחה הפוכה, י"ל ששתיקה לבד אינה כלום, ורק שתיקה על חזקה טובה, מיקרי שתיקה דאית לן למימור שמחל, וכאן שהמוחזק אין לו טענה נמצא ששתק על כלום. וכן מה שלא היה מובן במהלך הגמ' בקושיא ובתירוץ. יש לומר שבקושיא הקשו ששתיקתו תוכיח לנו, וע"ז תירצה הגמ' דהיות והמוחזק לא טען כלום ואין לא טענין ליה נמצא שהחזקה אינה טובה,

וממילא שתיקתו אינה מוכחת, דשתק על חזקה בלי טענה שאין לא טענין ליה (אולם קצ"ע דעיקר חסר מן הספר). ולפי מהלך זו יובן ויתורץ קושית ר' נחום על תוס' מהמשך הגמ'. שהגמ' תירצה דחזקה צריך להיות כשור המונע, מה שור המונע בעידנא דאית ליה הא נגיחה, לית ליה להאי נגיחה, הכא נמי בעידנא דאיתא להאי פכא ליתא להאי פירא. והקשה ר' נחום דמילא לפי הרמב"ן מובן זאת דלשיטתו מחזיקין אותו עפ"י ישיבתו בקרקע ולכן צ"ל כראוי, אבל לתוס' דמחזיקין אותו עפ"י שתיקת המק"י אז מה משנה איך מוציאה הקרקע את הפירות הרי סו"ס שתק, ונשאר בצ"ע. ולפי הנ"ל יובן כפתור ופרח. דתוס' סברו דבעצם צריך להיות בסיס לשתיקתו והיינו שיהיה חזקה כדתוכדין. ועל אותה חזקה יועיל שתיקתו, וכאן שלא היה כדין ממילא השתיקה אינה הוכחה.

הבה"ח משה הירשמן הי"ד

דף כט.

### בגדר הריעותא דאחוי שטרך

יש לחקור האם כשמוציאין קרקע מידי המחזיק תוך ג' משום הריעותא דאחוי שטרך זהו מדין וודאי דהיינו שאם נכון הוא הדבר שקנה הקרקע אג"ס שיש לו שטר ואם אין לו אג"ס שמעולם לא היה לו שטר ולא קנה את הקרקע מעולם או שאי"ז דין וודאי שבוודאי לא קנה השדה אלא זהו ריעותא שמי שאין לו שטר מוציאין מידו [או משום תקנ"ח שמשום ריעותא מוציאין מידו].

א. הדרישה (קמ"ז - כ"ד) והבית הלוי (ח"ג סט"ז) דייקו מלשון הרשב"ם (דף ל. ד"ה ואת מינאי) דמאן דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא ולית ליה עדים דהיה שלו א"ל המחזיק שלך היה ולקחתיה ממך ואבלתי שני שנים מוציאין הקרקע מיד המחזיק ואע"פ שיש למחזיק מיגו שהיה יכול לומר שלא היתה שלך מעולם, אולם מכיון שאמר שאכל רק שני שנים א"כ יש ריעותא דאחוי שטרך ולא אמרי' מיגו נגד אחו"ש דאחו"ש זה אגן סהדי שלא קנה הקרקע מעולם.

והרא"ש כתב (סוף סי' ל"א) על הא דאמרי' בגמ' בדף לט: אמר רבא אמר ר"ג

מחאה בפני שניים דאם מיחה המור"ק בפני ע"א ובפני המחזיק ואחר ג' שנים תובע את המחזיק משום הריעותא דאחוי"ש שהרי מיחה [והיה צריך ליזהר עד שיתבע] וא"ל המחזיק אה"צ מחית בפני אבל נאמן אני לומר שהקרקע דידי הוא מיגו דאי בעי אמרתי לא מחית בי לעולם וכתב ע"ז הרא"ש וז"ל דלא שייך להזכיר כאן מיגו, דהיה לו ליזהר בשטרו כיון דידע שזה מיחה עכ"ל אלמא (וכן עי"ש בהג' קובץ מפרשים בשם ר"ג ליפשיץ) אפי' שיש לו מיגו שהוא קנה את הקרקע אולם מכיון שלפי דבריו יש לו ריעותא מוציאין הקרקע מידו דאחוי"ש הוא אגן סהדי שלא היה לו מעולם שטר.

[וכן משמע מהריטב"א דף כט. שכתב לדמות אחוי גיטך לאחוי שטרך].

ועוד ראיה לדבר בדף לג: אמרי' בגמ' שאחוי שטרך מועיל נגד האומדנא של לא חציף אלמא אחו"ש הוא דבר אלים ואינו קצת ריעותא [אלם אי"ז ראיה ברורה דאפשר לומר דגם לא חציף אינו ראיה גמורה ולכן אחו"ש מועיל נגדו].

ואולם הרשב"ם בדף כט: (ד"ה עליו) הביא מהגמ' בכתובות דאם אין למרא קמא עדים שהקרקע היה שלו והמחזיק אומר שלך היתה ולקחתיה ממך נאמן ומשום שיש הפה שאסר הוא הפה שהתיר וביאר הבית הלוי דהא שנאמן הוא משום שטוען שאכל ג' שנים אבל בסוגייתנו אנו דנים באופן שמודה שאכל רק ב' שנים שאז איכא אחו"ש משא"כ כשאומר שאכל ג' שנים הרי לדבריו אין ריעותא דאחו"ש.

ויש עוד להביא ראיה מדברי הרמב"ן הידועים (מב: ד"ה והא) בביאור מהות חזקת ג' שנים שביאר שם דמעיקרא דדינא יש חזקה למחזיק מדלא מיחה המור"ק מיד בשנה ראשונה אולם מכיון דעד תלת שנין מיזדהר איניש בשטרא ותוך ג' איכא ריעותא למחזיק דאחוי שטרך הרי החזקה ג' שנים וחזין מדבריו דבאמת יש כבר למחזיק חזקה גמורה בקרקע אבל מכיון שיש ריעותא כלפיו דאחוי שטרך מתבטל חזקתו בקרקע א"כ אחו"ש הוא דבר אלים כ"כ שהוא חזק יותר מחזקה בקרקע אלמא דאחוי שטרך הוא בגדר אג"ס. ב. אמנם הרמב"ן בכמה מקומות כתב בפירוש דאמרי מיגע נגד אחוי שטרך ונחלק על הרא"ש דלעיל (לט. ד"ה מחאה) דמחאה בפני המחזיק ובפני ע"א יוכל המחזיק לומר מיגע דאי בעי אמרתי לא מחית בי לעולם ונאמן לומר

לקוחה היא בידי אלמא אמרי מיגע נגד אחו"ש [וכן מוכח ברמב"ן בדף ל. ובדף לג:].

ג. ולרשב"ם ולרא"ש דס"ל דאחוי שטרך הוא אג"ס קשה דהא בדף לו. אמר רבא אם היה קטן מוטל בעריסה יש לו חזקה לאלתר והא עבדים יש להם רגילות לכתוב עליהם שטר ובשלמא אם אמרי כרמב"ן דאחו"ש אינה אג"ס א"כ א"ש דאג"פ דיש ריעותא של אחו"ש עכ"ז במקום שיש חזקה גמורה אין האחוי שטרך מרע לחזקה אבל לרא"ש ולרשב"ם שאפי' במקום שיש בירור שהוא הבעלים אחו"ש מרע ליה לבעלים א"כ אמאי האחוי שטרך של העבד לא מרע לתפיסה דאפי' שהתפיסה מוכחת עליו אחוי שטרך אלים גם נגד חזקה [וכן הקשה הקצות ס' קל"ה סק"ב].

ועוד קשה לרשב"ם ולרא"ש דאיתא בגמ' בדף לה: דהיכא דדלי ליה צינא דפירי היינו שהמור"ק עזר למחזיק להכניס הפירות לבית המחזיק הוי חזקה לאלתר אפי' בתוך שלוש שנים ולכאו' אפשר להקשות כדלעיל דבשלמא לרמב"ן אחו"ש לא מרע לחזקה א"ש דהכא הוי חזקה ע"י מעשה הודאה ואחוי שטרך לא מרע לחזקה אבל אי אמרי דאחוי שטרך הוא אג"ס ומרע לחזקה הא הכא איכא אחוי שטרך דהא זה בתוך ג' [וכן הקשה הקצות ס' קל"ה סק"ב].

ד. והנראה לתרץ לרשב"ם ולרא"ש דהא דלא אמרי' מיגו נגד אחוי שטרך אי"ז דאחוי שטרך הוא אגן סהדי ולא מועיל נגדו מיגו והוא אלים נגד חזקה אלא מכיון שדרך הבעלים דרך אחר ג' שנים מאבדים השטר ובכל הג' שנים דרכם להחזיק הקרקע עם השטר, וזה שאין לו שטר תוך ג' עושה אותו כמו שאינו מחזיק בכלל שהרי הצורת בעלות בקרקע תוך ג' שנים הוא רק ע"י השטר שכן דרך הבעלים שבג' שנים הראשונות מחזיקים הקרקע בשטר והוא שאין לו שטר אין הוא מחזיק כדרך הבעלים וזה שבא לומר תוך ג' שהקרקע שלו אין אגו מאמינים לו שהרי הוא בכלל לא מוחזק בקרקע, וא"כ אפי' כשבא לבי"ד בטענת מיגו אין מאמינים לו דהוה מיגו להוציא שהרי הוא אינו מוחזק כלל בקרקע. ולפ"ז מתורץ מה שהקשינו לעיל מעבד קטן, דהא עבד קטן הוי תפיסתן חזקה לאלתר כמו מטלטלין וא"כ אפי' שיש ריעותא של אחוי שטרך עכ"ז אין הריעותא אלימה נגד חזקת מטלטלין דרק בקרקע שצריך צורת בעלות אפשר לומר שבלא שטר אין צורת בעלות אבל בעבד קטן שכבר יש צורת בעלות של מטלטלין תו לא צריך להגיע לצורת בעלות של קרקע ועל כן לא נצרך לעבד שטר ולא מועיל נגדו אחוי שטרך.

וכן בדדליליה צנא א"ש כשיש הודאה אין אגו צריכים להגיע לחזקת קרקע לכן אפי' בלא שטר הוי חזקה. ועיין.  
ה. ויש להקשות קושיא אלימתא על הרשב"ם דהנה איתא בגמ' דף לג: ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבני ואבלתיה שני חזקה אזל איתי סהדי דאבלה תרתי שני אמר רב נחמן הדרא ארעא והדרי פירי והיינו כשטוען שאכל שני חזקה ויש עדים רק על שני שנים צריך לשלם על הפירות שאכל והקרקע חזרת למר"ק ופי' רשב"ם (ד"ה הדרי פירי) דה"מ שחייב על הפירות זה דווקא כשיש עדים שאכל שני שנים אבל כשאין עדים כלל והמחזיק טוען שאכל ג' שנים ויש לו חזקה בקרקע מוציאין מידו לפי שאבד את שטרו תוך ג' אבל על הפירות נאמן לומר שהפירות שלו שהרי יש לו מיגו שהיה יכול לומר לא אבלתי כי עם מעט ולכא' דברים אלו סותרים את שיטת הרשב"ם דלא אמרי' מיגו נגד אחוי שטרך דהא הכא את הקרקע מוציאין מידו משום הריעותא של אחוי שטרך וא"כ גם על הפירות יש ריעותא דאחוי'ש ואמאי נאמן במיגו על הפירות הא הוי מיגו נגד אחוי שטרך.  
[והיה יכולים לתרץ דלפי מ"ש לעיל א"ש דרק על צורת בעלות של קרקע יש ריעותא של אחוי שטרך אבל הפירות שאין אגו

צריכים צורת בעלות של קרקע ותפיסה כמטלטלין מהני אין בזה ריעותא של אחוי שטרך, אבל דחוק הוא דאם הוא אינו בעלים על הקרקע אמאי יהיה בעלים על הפירות וסברא הוא שדין הפירות דהיינו בעלות הפירות תלוי בבעלות הקרקע ורק הכא כשיש מינו על הפירות בלבד חידש הרשב"ם שאמרי' המינו על הפירות בלבד אפי' שמוציאין הקרקע ואין לנו לחדש שהבעלות של הפירות אינה תלויה בבעלות על הקרקע ועיין].

ועוד יש להקשות בסוגיין באופן של הרשב"ם שאין למחזיק עדים כלל שהחזיק ג' שנים אבל הוא טוען שהחזיק ג' שנים אמאי מוציאין מידו הקרקע, ופי' הרשב"ם משום אחוי שטרך (וכ"פ הנמ"י והר"י) הא לדבריו לעיל שאחוי שטרך מרע ליה לצורת בעלות הרי לדבריו כבר עמד בקרקע זו ג' שנים וכבר יש לו בזה צורת בעלות ושוב לא צריך לשטר [ובשלמא אם אמרי' שזה א"ס א"ש משום שאפי' שעבר ג' שנים צריך לשמור השטר אפי' שהוא מוחזק כבר בקרקע כל זמן שלא יודע שיש עדים בדבר שהאחוי שטרך מרע ליה לחזקה אבל לפי דברינו שזה מרע לצורת בעלות מהיכי תיתי לומר שאין לו צורת בעלות].

ובדיוק לשון הראשונים [עי' ר' יונה שכתב דהטעם שמוציאין הוא משום אחוי עדים ולא הזכיר אחוי שטרך והנמ"י כתב וז"ל אחוי שטרך לאו דווקא דהא טעין דאבלה ג' שנים ולא מיזדהר [בשטרך] אלא או עדים שהחזיק או שטרך דהוה לך לאזדהורי כיון שאין לך עדי חזקה] נראה שאי"ז האחוי שטרך של תוך ג' שנים שזה מרע ליה לצורת בעלות או אחוי שטרך של מחאה דכיון שמחה אין לו צורת בעלות.

שהרי הכי לא מיחה המר"ק והמחזיק טוען שאכל ג' שנים אלא ע"כ צריך לומר דהאחוי שטרך דהכי חולק מהחור"ש של תוך ג' דהאחור"ש דג' שנים זהו צורת בעלות והאחור"ש דהכא אי"ז אלא ריעותא שמועיל נגד לא חציף, ואע"פ שזה ריעותא מועיל משום שהמחזיק טוען שאכל ג' שנים והמר"ק טוען שהקרקע שלו ואין אנו יכולים להכריע את הדין לכן צריכים אנו לומר ריעותא שזה יכריע אפי' שאי"ז א"ס [וכן מציעו שרעק"א בדף ל"ט כתב שאפשר שיש שני אחוי שטרך וכ"כ בחי' ר' ראובן סי' י"א הערה ו'].  
(ו) והנה לעיל הקשינו שמהרמב"ן משמע

מחד גיסא שהאחוי שטרך הוא דבר אלים שהרי תוך ג' מועיל נגד מדלא מיחה ומאידך גיסא כתב הרמב"ן כפירוש דאמרי' מינו נגד אחוי שטרך וא"כ אחוי שטרך אי"ז א"ס.

והנה לפימ"ש אפשר לומר דבאמת אחוי שטרך אי"ז אנ"ס כדמוכח דאמרינן מיגו נגד אחו"ש והא דמועיל תוך ג' לומר אחוי שטרך נגד חזקה מדלא מיחה היינו משום שאחוי שטרך מרע ליה מצוות בעלות ואין אנו רואים אותו מוחזק כלל וזהו ביאורו שבאמת היה צריך להיות חזקה תוך שנה מדלא מיחה אולם מכיון שאין לו שטר ואין אנו רואים אותו מוחזק כלל נפלה לו חזקתו.

וביאור המח' בין רשב"ם לרמב"ן האם אמרי' מיגו נגד אחוי שטרך דהרשב"ם סבר שטרך מרע ליה לצורת בעלות ואין הוא מבטל

שלא אמרי' מיגו והרמב"ן סבר אמרי' מיגו נראה לומר דנחלקו האם אחו"ש מרע ליה לצורת בעלות או אחו"ש מבטל לגמרי חזקתו של המחזיק ומשווי ליה כגולן דהרשב"ם סבר דהאחוי שטרך מבטל את חזקתו בקרקע לגמרי [מיהו אנ"פ שתפיסה בקרקע מיהא איכא כדמוכח בדף ל"ב: אבל חזקה ומוחזק ליכא] ומשום הכי אפי' מיגו לא מהני ליה דהוי ליה מיגו להוציא אבל הרמב"ן סבר דהאחוי

לגמרי צורת הבעלות ולפיכך מיגו מהני. ועיין.

הבה"ח אהרן זאב הלוי סג"ל הי"ז  
דף ל.

## בענין מיגו למפרע

יתבארו בו אי"ה דעות הראשונים האם מיגו למפרע אמרינן או לא אמרינן - דהיינו טוען לאחר כדי דיבור מהמיגו אם

### א. דעות וראיות הראשונים

התוס' בדף ל. ד"ה לאו קמודית האריכו בענין מיגו למפרע והוכיחו מכמה מקומות דמיגו למפרע לא אמרינן, והביאו

נאמן בכח המיגו שהיה לו מקודם, והאם נאמן לפרש אז דבריו הראשונים, עוד יתבארו בו אי"ה טעמי וסברות הראשונים. שם דעת רש"י בכתובות (קט:): דמיגו למפרע אמרינן ולהלן יבואר אי"ה.

ראיתם הראשונה של התוס' היא מהא דלקמן דף מא: דבעינן תרי סהדי דדר בה המוכר חד יומא וע"כ הא דאינו נאמן במיגו

דאי בעי אמר מינך זבינתה משום דהוי מיגו למפרע, ומלמל"א.<sup>1</sup>

עוד הביאו התוס' מהא דזה בורר (סנהדרין לא.) דההיא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה וטענה דפרוע הוא ולא הימנה רב נחמן, והקשה לו רבא והא אית לה מיגו דאי בעיא קלתה, והשיב לו ר"ז דכיון דאיתחזק בבי דינא אי בעיא קלתה לא אמרינן, ופי' התוס' דאיתחזק בבי דינא היינו שכבר הביאה השטר לב"ד ולית לה תו מיגו, ומוכח מהא דמלמל"א.<sup>2</sup>

עוד הביאו מהא דתנן בפרק שבועת הדיינים (שבועות לח:) במי שהודה לחבירו שחייב לו מנה ולמחר טען לו שפרע לו דפטור, והקשו מינה בגמ' (שם מא.) אמ"ד המלוה את חבירו בעדים צריך לפרעו בעדים דהא הכא דהודה בפני עדים וא"צ לפרעו בעדים, ומייתו התוס' מהא דל"א מיגו למפרע דאי אמרינן מיגו למפרע מאי קושיא דילמא שאני התם דנאמן במיגו שהיה כופר בתחילה,<sup>3</sup> וע"כ משום דמלמל"א.

ובקיצור כללי מיגו לבעל כנה"ג<sup>4</sup> (אות קט) כתב דגם הרא"ש ס"ל דמיגו למפרע אמרינן,<sup>5</sup> וכן נראה לכא' נמי מדברי הרא"ש בפירקין סי' ל"ז שכתב דאם החזיק אדם בקרקע ג' שנים וטען מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך אינו נאמן לחזור ולטעון קמי דידי זבנה דהו"ל טוען וחוזר וטוען כיון שטען בתחילה דאמר לי ואינו יודע זאת בעצמו ועכשיו טוען שידוע זאת מעצמו, אבל אם אמר בתחילה מפלניא זבינתה דזבנה מינך ואח"כ מוסיף דקמי דידי זבנה נאמן דאין זה חוזר וטוען, ע"כ דברי הרא"ש.

ולכא' מוכח מדבריו דאמרינן מיגו למפרע דהא מבואר לקמן דף מא: דלטענת קמי דידי בעינן מיגו,<sup>6</sup> וא"כ אף דאינו חוזר וטוען מ"מ הא לית מיגו, וע"כ דס"ל דאמרינן מיגו למפרע שהיה יכול לטעון בתחילה מינך זבינתה.

אך התומים בכללי מיגו (שם) ביאר בדעת הרא"ש דודאי ס"ל דמלמל"א, אלא דהכא נאמן משום שאינו אלא מפרש

<sup>4</sup> המובאים בספר אורים ותומים, וכתב עליהם מה שהיה לו להשיג עליו, כאשר יובא להלן כ"פ.

<sup>5</sup> ומקורו מדברי הרא"ש בתשובה (כלל סו), וכתב שם הכנה"ג שמקצת מתברים ס"ל בדעת הרא"ש דס"ל נמי דמיגו למפרע ל"א.

<sup>6</sup> ועיין להלן מש"כ בזה.

<sup>1</sup> אכן הראשונים שם כתבו דל"א כלל מיגו בכה"ג, דלא מפיו אנו חיינן לטעון ליה על פיו, ואכמ"ל.

<sup>2</sup> אכן רש"י לשיטתו דמיגו למפרע אמרינן פי' שם באופ"א ואכ"מ.

<sup>3</sup> וזה דלא כשיטת רבינו חננאל לקמן מה: [הובא שם בתוס' ד"ה המפקיד] דלמ"ד המלוה את חבירו בעדים צריך לפרעו בעדים אין מועיל מיגו.

התוס' משם ראייה ליסוד זה דחיישינן שמא החמיץ.

זבזה יתבאר נמי שיטת הרא"ש דמלמל"א אך לפרש דבריו נאמן אף לאחר זמן במיגו למפרע, דבכה"ג אמרינן דלזה נתכוין מתחילה, וכיון דלזה נתכוין מתחילה א"כ הרי זה כאילו ממשיך טענתו הראשונה והוא באמצע דבריו הראשונים, ועל כן לא חיישינן בזה לשמא החמיץ.

**ג. ביאור לשון התוס'**

אך לכשנעיין בלשון התוס' נראה מדבריהם ביאור אחר בטעם דבר זה דמלמל"א, וז"ל התוס': 'זאין לו להאמינו במאי דקאמר השתא מתוך שהיה יכול לשקר בתחילה קודם שהודה, דלא הוה מסיק אדעתיה שהיה זקוק לטענה זו'. עכ"ד התוס'.

ונראין דבריהם כביאור חדש בהא דל"א מיגו למפרע, והיינו משום דבתחילה לא הוה מסיק אדעתיה שיהא זקוק לטענה זו, והנה לדברי התומים לכאן הם דברים מיותרים דאף אי הוה מסיק אדעתיה מעיקרא שיהא זקוק לטענה זו, מ"מ אז היה כשר והיה בדעתו לומר האמת אך עתה החמיץ ומשקר כדי לזכות בדין.

דבריו ובכה"ג ליכא החיסרון דמיגו למפרע וכאשר יבואר להלן.

והקצות (סקמ"ז סקי"ב) כתב בדעת הרא"ש דס"ל דלא בעי מיגו לטעון קמי דידי זבנה, דחזקה שיש עימה טענה מעלייתא היא, והא דאמרינן בגמ' מיגו היינו שכמו שיכול לטעון מינך זבינתה דחזקה שיש עימה טענה היא ה"נ יכול לטעון קמי דידי זבנה דהא נמי חזקה שיש עימה טענה היא, ועיי"ש מה שהאריך בזה.

**ב. ביאור התומים בהא דמלמל"א**

ובתומים שם מבאר בטעם הדבר דס"ל לתוס' דמלמל"א, דאמרינן דאבן בשעת המיגו היה נאמן אך חיישינן שמא אח"כ החמיץ. וזה לשונו הזהב: ...לומר אח"כ טענה במיגו שהיה טוען מקדם כך דלא מהימן, דהא אפשר ברגע זו החמיץ ורוצה לטעון שקר מה שלא היה רוצה לטעון מקדם כי כשר היה באותו רגע. ע"כ דברי התומים.

והנה לטעם זה מתיישבים היטב ראיות התוס' דשם נמי שייך טעם זה, די"ל דבתחילה היתה דעתו לומר אמת אך לבסוף החמיץ ושיקר, ולכן אינו נאמן עתה במיגו שהיה לו מקודם, ושפיר מייתו

<sup>7</sup> שמעתי מהמג"ש הרה"ג יהושע שטיינברג שליט"א.

ושמעתי לבאר הדברים<sup>8</sup> עפ"י מש"כ שם התומים וכ"כ הסמ"ע (חו"מ סקמ"ו סקי"ד) דהתוס' פליגי על הרא"ש וס"ל דאף במפרש דבריו אינו נאמן במיגו למפרע, דהא כתבו התוס' דבטוען מפלניא זבינתה דזבנה מינך אינו נאמן לפרש אח"כ דבריו דקמי דידי זבנה.

וזהו מה שכתבו התוס' כאן לאפוקי מסברת הרא"ש שנתבארה לעיל דבמפרש דבריו אין לחוש לשמא החמיץ, אך התוס' פליגי ע"ז וס"ל דגם היכא שמפרש דבריו חשיב כטענה חדשה, דהא יתכן דבתחילה לא אסיק אדעתיה שיזדקק לטענה זו והיה סבור שבזה לבד יזכה, וחיישינן שרק עכשיו החליט להוסיף פירוש זה לדבריו, ועל כן אינו נאמן במיגו שהיה לו מקודם.

עוד אפ"ל בביאור מחלוקתם<sup>9</sup> עפ"י מה שידוע בעולם הישיבות לפרש דמיגו אינו מטעם מה לי לשקר אלא כח טענה<sup>10</sup>, וא"כ פליגי אם מיקרי טענה אחת שע"ז יש עדיין כח טענה, או דהוה טענה חדשה כיון

דלא אסיק אדעתיה מתחילה טענה זו, וע"ז כבר לית ליה כח טענה.

## ד. שיטת הש"ך בדעת התוס'

והנה כתב הש"ך (חו"מ סקמ"ו סקי"י) דהתוס' לא פליגי על הרא"ש וס"ל נמי דבמפרש דבריו נאמן במיגו למפרע, והא דכתבו התוס' דאינו נאמן לחזור ולטעון קמי דידי זבנה היינו בדאמר בתחילה מפלניא זבינתה 'דאמר לי' דזבנה מינך, ולכן אינו נאמן לחזור אח"כ ולטעון קמי דידי זבנה דהוה חוזר וטוען<sup>11</sup>.

והגרעק"א חלק עליו דאם כדבריו הו"ל להתוס' לומר דאינו נאמן משום טוען וחוזר וטוען, ומה היו צריכים לטעם דמיגו למפרע ל"א<sup>12</sup>, ולכן כתב דדעת התומים והסמ"ע היא הנכונה, ועי' באוהל משה<sup>13</sup> להג' ר' אלעזר משה הורוויץ מפינסק שכתב ליישב דהא דבעו התוס' לטעם דמלמל"א היינו עמש"כ דגם לא יוכל לטעון אח"כ קמי דידי דר בה חד יומא דאי"ז חוזר וטוען דהא עדיין אינו יודע בעצמו שקנאו ממנו, וא"כ אינו סותר למה

<sup>8</sup> מהנ"ל.  
<sup>9</sup> ג"ז מהנ"ל.  
<sup>10</sup> ועיין לקמן [אות ה] מש"כ בזה דלכא' בדעת התומים אינו מתיישב.

<sup>11</sup> וכ"כ על מש"כ התוס' בהמשך דבריהם שהקשו מהא דלקמן מא. דאמר רב דאם יאמר קמי דידי זבנה יהא נאמן במיגו, והקשו התוס' דהא הוה מיגו למפרע, ואי ס"ל כהרא"ש הא הוה

<sup>12</sup> וכן יקשה על דברי הש"ך שהובאו בהערה הקודמת, דמדוע הקשו התוס' דהוה מיגו למפרע ולא הקשו דהוה חוזר וטוען.  
<sup>13</sup> נדפס בש"ס עוז והדר בילקוט מפרשים.

שאמר 'דאמר לי', ואינו נאמן רק משום דמלמל"א דאי"ז מפרש דבריו אלא מוסיף חלק חדש בטענתו, ודוחק, וע"ע בהערה<sup>14</sup>. והנה לפי המבואר לעיל בדברי התוס' נמצא שמפורש בדברי התוס' דלא כהרא"ש, וא"כ תגדל הקושיא על הש"ך דהא ודאי לא ס"ל לתוס' כהרא"ש, ואף לא מצינו לאחד מהמחברים שהקשה כן על הש"ך, ונראה שביארו באופן אחר דברי התוס', ויש לנו לדעת כיצד והיאך. עוד צ"ע על הביאור הנ"ל בדברי התוס' דהא התוס' שם איירו גבי טוען קמי דידי דר בה חד יומא, והא התם לכאורה גם לדעת הרא"ש לא יועיל מיגו למפרע, דאי"ז מפרש דבריו אלא מוסיף דקמי דידי דר בה חד יומא ואי"ז שייך לטענה הקודמת.

והוה סלקא דעתין לומר דס"ל לתוס' דאי לאו סברא דלא הוה מסיק אדעתיה היה נאמן גם אדר בה חד יומא דהוה נמי פירוש ונאמן במיגו למפרע, והיינו משום דהוה חלק מטענת הפטור וע"כ שזה היתה כונתו מתחילה לטעון זאת כדי ליפטר אי לאו הסברא דלא ידע כלל שיזקק לטענה

זו, ודוחק הוא דמ"מ אי"ז נכלל בדברי טענתו.

אך ביותר יקשה דלפי"ז להרא"ש דלית ליה סברא דלא הוה מסיק אדעתיה כו', נימא דגם בטוען קמי דידי דר בה חד יומא יהא נאמן במיגו למפרע, ואי נימא דאה"נ, יקשה על הש"ך דס"ל דהתוס' ס"ל נמי כהרא"ש והתוס' כתבו בפירוש דבטוען קמי דידי דר בה יומא אינו נאמן במיגו למפרע<sup>15</sup>, ואף החולקים על הש"ך לא הקשו עליו מהא, ונראה כדבר פשוט דודאי בכה"ג יודה הרא"ש [ולשיטת הש"ך - גם התוס'] דל"א מיגו למפרע.

וא"כ שוב נראה מדברי הש"ך והחולקים עליו דאי"ז הביאור בדברי התוס'.

## ה. עיון בסברת התומים

עוד יש לעיין בעצם סברת התומים דאמרינן שבתחילה היה כשר ועתה החמיץ, ונראה מדבריו שהמיגו הוא הוכחה על האדם שהוא איש מהימן, וצ"ע דהא לכאורה אין במיגו הוכחה כי אם על הטענה שטענת אמת היא דאם שקר היא מה לו לשקר בטענה גרועה והיה משקר

<sup>14</sup> הנז' שלא אסיק אדעתיה שיהא זקוק לטענה זו גם בהמשך דברי התוס'.  
<sup>15</sup> וכאן ודאי ל"ש לומר דהוה חוזר וטוען וכמשנ"ת לעיל.

<sup>14</sup> אך לא יתיישב בזה מה שהקשינו לעיל בהערה 12, דהתם הא ודאי איירו התוס' אטוען קמי דידי זבנה, וצ"ע על הגאון

## ו. דרך אחרת בטעם דמלמלא

ולענ"ד נראה דרך אחרת בהא דמלמלא<sup>18</sup>, דודאי דאין במיגו ראייה על האדם שנאמן הוא, אלא ראייה על הטענה שאמת היא וכמשנ"ת, ובזה ביארו התוס' דאי לאו הסברא דלא הוה מסיק אדעתיה כו' יהא נאמן אח"כ לפרש ואף להוסיף על דבריו מה שירצה כדי לזכות בדין, דבלאו הסברא דל"ה מסיק אדעתיה שיהא זקוק לטענה זו היינו אומרים דודאי ידע מתחילה שיצטרך לטעון זאת אח"כ כדי ליפטר, וא"כ איכא הוכחה מהמיגו שדובר אמת גם עתה, דאם משקר הוא היה לו בתחילה לטעון הטענה דעדיפא מינה ומדוע טען טענה זו שידע שיצטרך לבסוף לשקר בה, וע"ז מועילה הסברא דל"ה מסיק אדעתיה בתחילה שיוזקק לשקר גם בטענה זו, ולכן טען טענה זו כיון שמעדיף לומר אמת במקום האפשר, אך עתה שנתגלה לו שעל כרחו צריך לשקר כדי לזכות בדין שיקר שהרי משקר במקום הצורך, וליכא תו הוכחה מהמיגו, ונמצא לפי"ז דדברי התוס' הם ביאור בעיקר טעמא דמלמלא.

## ז. ביאור ראיות התוס' לדרך זו

בטענה הטובה, ואין הוכחה על האדם כי אם שאינו משקר כשיכול לומר אמת, אך יתכן דאם היה מפסיד בטענת האמת היה משקר כדי לזכות בדין, וא"כ תמוהים הם דברי התומים שכתב דחיישינן שמא החמיץ, דאי"צ לחשוש שמא החמיץ דיתכן דאף בתחילה חומץ<sup>16</sup> היה אלא שלא הוזקק עדיין לשקר.

ואולי יש ליישב בדוחק דמ"מ מהא דלא טען טענה המעולה יותר יש ראייה על נאמנותו, ועל כן אי לאו סברת שמא החמיץ היה נאמן גם אח"כ במיגו למפרע, אך צ"ע כנ"ל דיתכן שכעת לית ליה כלל טענת אמת שעל ידה יזכה, ועל כרחו צריך לשקר כדי לזכות בדין.

עוד היה נראה ליישב<sup>17</sup> עפ"י הנז' לעיל דמיגו הוא כח טענה, וא"כ אפ"ל דגדר המיגו הוא שאדם זה נאמן הוא על כל מה שיטעון, וא"כ שייך לומר ע"ז שהאדם נאמן, אך ג"ז צ"ע דל"ש לומר ע"ז שמא החמיץ דגם מה שהיה נאמן בתחילה היה רק משום כח הטענה, והול"ל דאין לו כח טענה אלא בתוכ"ד ולכן ל"א מיגו למפרע דלית ליה תו כח טענה.

ולהלן אי"ה יתיישב במקצת דעת התומים.

<sup>17</sup> ולזאת העיריני ש"ב הבה"ח חיים זאב הכהן שבדרון נ"ו.  
<sup>18</sup> ואי"ז סותר לגמרי דברי התומים וכאשר יבו' אי"ה להלן.

<sup>16</sup> לשה"כ: "אלוקי פלטיני מיד רשע מכף מעול וחומץ" [תהילים עא,ד]. ועיין קידושין נג ע"א.

ולפי דרך זו יש לדון בראיות התוס' דמלמל"א אם התם נמי שייך האי טעמא, דבמה שהביאו מהא דלקמן (מא:): דבעינן סהדי דדר בה המוכר חד יומא ודאי מתיישב היטב דאי הוה אמרינן דאסיק אדעתיה היה נאמן במיגו, וע"כ דאמרינן סברא זו דלא אסיק אדעתיה ולכך אינו נאמן במיגו למפרע, ושפיר איכא ראייה ליסוד זה של התוס'.

אך במה שהביאו מהא דזה בורר בההיא איתתא שטענה פרוע, ומהא דשבועת הדיינים בטוען פרעתי שלא בעדים, לכאו' צ"ע דהתם ודאי אסיק אדעתיה לטעון פרוע דאל"ה במה יפטר ומדוע לא יהא נאמן לטעון אח"כ פרוע מכח המיגו דהא בהא ליכא הסברא דמלמל"א, אך לסברת התומים דשמא החמיץ ודאי ניחא דאף דאסיק אדעתיה שיזדקק לטענה זו כדי ליפטר, מ"מ בתחילה היה כשר והיה בדעתו לטעון האמת ואף שע"ז יפסיד בדין, אך חיישינן שעתה החמיץ ובדעתו לשקר כדי לזכות בדין, אך לדרכינו דאין המיגו ראייה על האדם אלא על הטענה הכא ע"כ טענתו טענת אמת ויהא נאמן במיגו למפרע.

אך נראה דהביאור בזה הוא פשוט, דהא דאמרינן דאי לאו סברא דל"ה מסיק אדעתיה היה נאמן במיגו למפרע, ה"מ בטוען מתחילה טענת פטור דנראה מדבריו שרוצה ליפטר, ולכן ע"כ צ"ל דטענתו טענת אמת דאל"ה היה לו לשקר בטענה דעדיפא מינה, אבל בב' המקומות הנזכרים מי יימר שבכלל רצה בתחילה ליפטר שהרי בתחילה בא בטנת חיוב ורק אח"כ נתחלפה דעתו לטעון טענת פטור, דבהא דז"ב בההיא איתתא באה בתחילה עם השטר לב"ד להראות שפלוגי חייב ורק אח"כ טענה פרוע, וכן בההיא דשבועת הדיינים שבתחילה הודה שחייב לחבירו מנה ואח"כ טען פרוע, וודאי לא יהא נאמן במיגו למפרע דה"נ שייך טעמא דלא אסיק אדעתיה שהרי בתחילה לא עלה על דעתו כלל ליפטר<sup>19</sup>.

אכן יש לדון שיהא נאמן מטעם אחר שהרי כיון שהודה בתחילה ע"כ אדם נאמן הוא, וליכא למימר כדלעיל שכיון שהיה יכול לומר אמת אמר, שהרי מתחייב בזה, ובשלמא בההיא איתתא י"ל דשמא בתחילה לא רצתה לפטור הלווה ורק אח"כ החליטה לפטרו, וליכא בזה משום

<sup>19</sup> אלא עתה בדעתו להתחייב ורק אח"כ עלה בדעתו ליפטר, וודאי ליכא לדבריו אח"כ שפרע החוב.

<sup>19</sup> ונראה דסברא פשוטה היא, דהגע עצמך אם הודה אדם לחבירו מנה ודאי אין דעתו כדי לטעון אח"כ פרוע וליפטר,

ראיה על נאמנותה שהרי אין הדבר נוגע אליה<sup>20</sup>, אך בהא דשבועת הדיינים שבתחילה הודה ע"כ אדם נאמן הוא מהא שלא הכחיש לגמרי, וא"כ מצד זה יהא נאמן לטעון אח"כ שפרע, ואולי אפ"ל גם בזה דדילמא בתחילה לא היה דחוק למעות ולכן הודה ועתה דחוק למעות ומשקר, אך נראה לומר בפשיטות טפי דהכא אכן איכא האי טעמא דשמא החמיץ<sup>21</sup> ולכן אינו נאמן עתה מהא שהיה נאמן בתחילה, ואפשר דלכן נקט התומים סברא זו דהכא בעינן להאי טעמא.

## ה. ביאור דעת הרא"ש

ולפי האמור דסברת מלמל"א היינו משום דלא אסיק אדעתיה, צ"ע בדעת הרא"ש דמודי נמי דמיגו למפרע ל"א א"כ מדוע נאמן לפרש דבריו דבהא שייך נמי האי טעמא דלא אסיק אדעתיה, ולדעת הכנה"ג דהרא"ש פליג לגמרי על התוס' וס"ל דמיגו למפרע אמרי' ניחא, וכן לפמש"כ הקצות להוכיח מדברי הרא"ש דס"ל דלא בעינן מיגו אטענת קמי דידי זבנה נמי ניחא, אך צ"ע לדעת התומים ודעימיה בדעת הרא"ש ולש"ך גם בדעת

התוס' דמלמל"א ולפרש דבריו נאמן מ"ש דלפרש דבריו נאמן.

ואולי אפ"ל דס"ל דכיון דמתיישב היטב בדבריו לא ניחוש בכה"ג דלא אסיק אדעתיה, ומסתבר לומר דלזה נתכוין מתחילה.

עוד נראה לומר אם מיגו הוא כח הטענה אפ"ל דבמפרש דבריו כיון דהוא המשך לטענתו הראשונה עדיין איכא ע"ז כח טענה, ולפי"ז הא דבלאו טעמא דלא אסיק אדעתיה היה נאמן במיגו למפרע, צ"ל דאם הוה מסיק אדעתיה היה נחשב לטענה אחת כיון דבזה היתה דעתו ליפטר ומיחשיב הכל כ'טענת הפטור' ואיכא בזה כח טענה על כל הטענה, אך כיון דלא מסיק אדעתיה מיחשיב כטענה חדשה דליכא ע"ז כח טענה, וצ"ע בכל זה.

## ט. ביאור דעת רש"י

והנה הובא לעיל דהתוס' הביאו דעת רש"י דס"ל מיגו למפרע אמרי', ומקור הדברים בסוגיא ד'עשאה סימן לאחר' בכתובות, דתנן התם (קט.): 'העורר על השדה... עשאה סימן לאחר [שמכר

<sup>21</sup> והיא סברא פשוטה וברורה דודאי לא נאמר דאם הודה אדם פעם אחת על האמת יהא נאמן לעולם על כל מה שיאמר.

<sup>20</sup> אף שיש לדון גם בזה דהא ע"כ אם פוטרנו בשקר יש לה בזה טובת הנאה וא"כ שוב איכא ראיה לנאמנותה שהביאה השטר לב"ד ולא הטמינתו כדי לפטור הלווה, וצ"ע.

השדה אך אח"כ לקחה ממנו, והא דנתן בה סימן על שמו של מוכר היינו משום שנקראת על שמו כיון שהיתה שלו מקודם, וכמו שפי' הריטב"א שם בשם מורו<sup>22</sup>.

ונראה שהתומים הוא לשיטתו בזה דטעם הא דמלמל"א הוא משום דחיישינן שמא החמיץ, ולכן לא היה יכול לקבל דאיכא מ"ד דמיגו למפרע אמרי<sup>23</sup>, דהא סברא פשוטה וברורה היא דאין אדם נאמן לעולם משום שהיה לו מיגו לפני זה, וודאי חיישינן שמא החמיץ<sup>24</sup>.

אך לפי דרכינו המבואר בתוס' דסברת מיגו למפרע היינו דאמרינן דל"ה מסיק אדעתיה שיהא זקוק לטענה זו, י"ל דרש"י פליג ע"ז וס"ל דמסתמא כל אדם שבא לדון בב"ד יודע היטב מה שיש לו לטעון, וודאי מסיק אדעתיה שיהא זקוק לטענה זו אלא שאינו מפרשה כל זמן שלא דרשו זאת ב"ד ממנו, ובפרט לפי מה שביארנו לעיל בדעת הרא"ש דמיגו הוא כח טענה על טענה אחת ודאי אפ"ל דרש"י

המוחזק שדה הסמוכה לה ונתן סימני השדה 'מצר פלוני שדה שלי', וחתם עליה (העורר בעד) איבד את זכותו, ואמרי' בגמ' (שם): 'א"ר יוחנן אם טען ואמר [העורר] חזרתי ולקחתי ממנו נאמן, ופירש"י: 'דהפה שאסר הוא הפה שהתיר דמאחר שיש עדים שהיתה שלו ונגזלה הימנו אין לזה זכות באותו תלם אלא על פיו של זה שעשאה סימן לאחר והרי חזר ואמר לקחתי'. עכ"ל. והתם לאחר זמן היה כשטען חזרתי ולקחתי ממנו, ואפ"ה פירש"י דנאמן במיגו למפרע שלא היה עושה לו השדה סימן, וחזינן מהא דס"ל לרש"י דמיגו למפרע אמרינן.

וכן הביא הכנה"ג בכללי מיגו (אות קט): 'ומדברי רש"י בכתובות גבי מי שאבדה דרך וכו' משמע דסבירא ליה כהרא"ש' [דהיינו מיגו למפרע אמרינן - לכנה"ג דס"ל הכי בדעת הרא"ש], ע"כ. וכתב שם התומים לחלוק על הכנה"ג דודאי ס"ל לרש"י דמלמל"א והתם אית ליה מיגו משום שאינו אלא מפרש דבריו, דהיינו שטוען שמתחילה באמת מכר לו

<sup>22</sup> וכן בדעת הרא"ש כתב דודאי ס"ל דמיגו למפרע אמרי, ופי' דבריו באופ"א כמבואר לעיל.

<sup>24</sup> ואף שיש ליישב בדוחק דעל אותו ממון נימא שיהא נאמן כיון דאין חשוד לשקר עליו, אבל על שאר דברים יהא נאמן.

<sup>22</sup> ושמעתי מידידי הבה"ח חיים דרוק נ"ז קושיא עצומה בזה דכתב שם רש"י להדיא בזה"ל: 'חזרתי ולקחתי הימנו - לאחר שעשיתי סימן בשמו'. ע"כ. הרי מפורש להדיא בדבריו שפי' שטוען שלקח אח"כ, ולא שטוען שלקח מקודם וכתב ע"ש העבר, וצע"ג.

פליג ע"ז וס"ל דאית ליה כח על כל טענה שיטעון על ממון זה ואפי' לאחר זמן. ויש מהאחרונים שכתבו ליישב דעת רש"י עפ"י מה שחקרו האחרונים<sup>25</sup> אם הא דהפה שאסר הוא הפה שהתיר הוא מטעם מיגו שלא היה אוסר, או שהפה שאסר יש לו כח להתיר כיון שעל ידו נאסר ולא מטעם נאמנות, ובכמה מקומות נראה מדברי התוס' דס"ל דהוא מטעם מיגו, ולכן לתוס' בעינן שיתיר תוכ"ד דאל"ה הו"ל מיגו למפרע, ולכן בסוגיא דעשאה סימן לאחר ס"ל לתוס' דאינו נאמן במיגו למפרע, אבל בדעת רש"י י"ל דס"ל דל"ה מטעם נאמנות ולכן א"צ שיתיר תוכ"ד דלעולם נאמן להתיר כיון שעל ידו נאסר, ולכן ס"ל בסוגיא הנ"ל דנאמן לאחר זמן<sup>26</sup>, וע"ע באחרונים שם מה שיישבו דעת רש"י בכמה אנפין ואכ"מ.

## י. דעת הרמב"ן

ויש מן הענין להביא כאן מה שנראה מתוך דברי הכנה"ג בדעת הרמב"ן אי אמרינן מיגו למפרע או לא וכדלהלן.

דהנה כתב הכנה"ג בכללי מיגו אות קי וז"ל: 'מיגו למפרע נחלקו בו תוס' ושאר מחברים, מיגו שכתב הרמב"ן ז"ל בפרק חזקת הבתים (מא:): בהאי דדר בקשתא וכו' דלא אמרינן, ולדעת התוס' (שם ל. ד"ה לאו קמודית) אמרינן' עכ"ל. ועיי"ש שממשיך בנידון זה דמיגו למפרע.

וכונתו למש"כ הרמב"ן בדף מא: אהא דאמרינן התם דבעי ר' חייא סהדי דדר בה המוכר יום אחד כדי לעשות טענינן ללוקח, וכתב הרמב"ן דהא דבעינן תרי סהדי ואין נאמן הלוקח לומר קמי דידי דר בה חד יומא במיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה, היינו משום דלא מפיו אנו חיינן וא"א לעשות טענינן על פיו, וז"ל הרמב"ן: 'ואי משום דהאי אמר הכי אגן לא טענינן ליה שלא מפיו אנו חיינן'<sup>27</sup>, אך התוס' כתבו כמו שהוזכר לעיל דהא דאינו נאמן במיגו היינו משום דמיגו למפרע ל"א, ומשמע מדבריהם דאי לאו טעמא דמיגו למפרע היינו עושים טענינן על פיו.

<sup>25</sup> עיין מחנה אפרים (הל' איסורי ביאה פ"ח הי"ז): 'ואיכא כשאומרת כן תוכ"ד, ואיכא מאן דפריש לה ואפי' לאחר כדי דיבור, ונראה דבהא פליגי דמאן דפריש לה בתוכ"ד סובר דטעמא דנאמנות הוא משום מיגו, ולהכי לאחר כדי דיבור לא מהימנא דמיגו למפרע לא אמרינן, ומאן דפריש לה אפי' בלאחר כדי דיבור סובר דלא צריך למיגו, אלא כיון שאין לנו איסור אלא על פיו נאמן הוא להתיר מה שאסר, וכן כתב הרב בעל נתיבות משפט נתיב כו ח"ג. עכ"ל.  
<sup>27</sup> ועיין בחידושי ר' ראובן מה שביאר בזה.

<sup>26</sup> ועיי"ש במחנה אפרים שכתב שם בהמשך הדברים כעיי"ז וז"ל: 'ולכאורה נראה שזו מחלוקת ישנה בין המפרשים נ"נ דאיכא מאן דפריש לה להאי מילתא דמיירי דוקא

ונראה שכונתו לומר דמדברי הרמב"ן שם מוכח דס"ל מיגו למפרע אמרינן, דמשמע מדבריו דאית ליה מיגו אלא דלא עבדינן טענינן על פיו, והתם הא הוה מיגו למפרע ואפ"ה ס"ל לרמב"ן דאית ליה מיגו, וע"כ משום דס"ל מיגו למפרע אמרינן, וא"כ שפיר מייתי שם הכנה"ג דברי הרמב"ן דפליג על התוס' בהא דמיגו למפרע, וצ"ע.<sup>28</sup>

דאמרי' דודאי הוה מסיק אדעתיה כל טענה שיזדקק לה בהמשך]. לתומים קצות ועוד - מלמל"א [והטעם - כנ"ל בדעת התוס']. ולפרש דבריו נאמן [ - לדעת התומים] [והטעם - לתומים דל"א דל"ה מסיק אדעתיה וא"כ הוה המשך לטענתו הקודמת, לסברת התוס' ס"ל דבכה"ג ל"א דל"ה מסיק אדעתיה, עוד אפ"ל דע"ז עוד יש לו כח טענה].

**דעת רש"י:** לכנה"ג - אמרינן מיגו למפרע [והטעם - כנ"ל בדעת הרא"ש], לתומים - מלמל"א ולפרש דבריו נאמן [והטעם - כנ"ל בדעת הרא"ש], לאחרונים - מלמל"א והפה שאסר אמרינן למפרע

ולכאורה צ"ע מה שהכניס הכנה"ג באמצע הנידון של מיגו למפרע אמרינן או ל"א - מחלוקת התוס' והרמב"ן בטוען קמי דידי דר בה חד יומא במיגו אם עושים טענינן ע"פ דבריו, דמה שייכות למח' זו כאן, ובדוחק י"ל דאגב מה שהביא דברי התוס' בדיבור זה לגבי מיגו למפרע הביא נמי מה שכתבו שם לגבי טענינן ע"י מיגו.

### סיכומם של דברים:

**דעת התוס':** מיגו למפרע לא אמרינן [והטעם - לתומים דחיישינן שמא החמיץ, לעולה מתוך דברי התוס' דאמרי' דל"ה מסיק אדעתיה שיהא זקוק לטענה זו]. ולפרש דבריו לדעת התומים והסמ"ע אינו נאמן [והטעם - משום דאמרי' דל"ה מסיק אדעתיה כו' והוה טענה חדשה], ולדעת הש"ך נאמן [והטעם - כדלהלן בדעת הרא"ש].

**דעת הרא"ש:** לכנה"ג - אמרינן מיגו למפרע [וחלק על הסברות הנ"ל: לסברת התומים י"ל בדוחק דס"ל דעל אותו ממון ל"א שמא החמיץ, לסברת התוס' י"ל דס"ל

הבה"ח חיים זאב הכהן שברון נ"ו שעימם נתלכנו ונתבררו הדברים, ותשו"ח להם.

<sup>28</sup> תודתי נתונה למג"ש הרה"ג יהושע שטיינברג שליט"א שסייעני רבות בהבנת הדברים ויסודות הדברים מושתתים על מה שנאמר בשיעורו, כמו"כ אודה לחברותא הבה"ח אהרן מארק נ"ו ולש"ב

דעת הרמב"ן: [כנראה מדברי הכנה"ג  
-] מיגו למפרע אמרינן.

[והטעם - משום דס"ל דהפה שאסר הוה  
כח להתיר ולא תליא בנאמנות].

הב"ח פוסק בתנודין ה"ז  
דף ל.

### בענין שכונני גואי ובר סיסין

דהמע"ה, ויש להקדים מחלוקת הראשונים  
מהו הציור דשכונני גואי, דלרשב"ם ותוס' הוי  
פירוש שדר בחדר הפנימי והיה עובר דרך  
הבית החיצון (לרשב"ם אף בלא עדים כלל,  
ולתוס' איירי ביש עדים שהיה בבית הפנימי,  
והספק הוא אם יצא דרך החיצון או מדרך  
אחורית, ויבואר לקמן גם מח' רשב"ם ותוס').  
והרמב"ן הרשב"א ורבינו יונה ועוד פירשו  
דשכונני גואי פירוש דהמערער טוען דהוי  
במקום מרוחק דלא יכל לשמוע החזקה/לא  
יכל למחות, ושוב ל"ה חזקה, והרי"ף פירש  
דהמערער טוען דביום שטוען המחזיק  
שמכרתי הייתי במקום מרוחק. (ועי' מה  
שהקשו כל הראשונים על מהלך הרי"ף), ויש  
לעיין לפי כל זה מהו שורש המח'. ועוד צ"ע  
מהו ההשוואה לבר סיסין וכן תי' הגמ' צ"ע  
בדברי ר"ג מהו ההשוואה לשטר, ומהו נוגע  
לענין הא דאין חזקה.

והנה במושכל ראשון נראה דהוי ויכוח  
לגבי יסוד המושג חזקה, דרבא סבר דחזקה

בגמ' איתא ההוא דא"ל לחבריה מאי  
בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתיה ואכלתיה  
שני חזקה א"ל אנא בשכונני גואי הוואי, א"ל ר"ג  
זיל ברור אבילתך, (ואין חזקתו חזקה עד  
שיביא עדים), א"ל רבא דינא הכי? המוציא  
מחבירו ע"ה, (וחזקתו חזקה עד שיביא עדים  
שהיה בשכונני גואי), ובגמ' דימו הציור לבר  
סיסין, דההוא דמכר חבריה כל נכסי דבי בר  
סיסין, והואי ארעא דהוי מיקרי בר סיסין וטען  
המוכר דרק נקראת כך, אך לא קנהו מבר  
סיסין, ופסק ר"ג דהשדה אזלא ללוקח, ורבא  
חלק דהמע"ה, והקשו בגמ' דהוי סברות  
הפוכות, ותי' דרבא ל"ק משום דהכא מוכר  
קאי בניכסיה והכא לוקח, ודר"ג אדר"ג ל"ק  
משום דבר סיסין כיון דנקרא בר סיסין על  
המוכר להביא ראיה דלא הוי דבי בר סיסין,  
אבל חזקה הוי כעין שטר ובעי קיום וכך גם  
חזקה. וסוגיא זו עמומה ביותר.

ובהקדם יל"ע מהו שורש המח' בשכונני  
גואי בין ר"ג לרבא, והרי לכו"ע יש כלל

נהיה ע"י עצם כך שיושב ג"ש כבעלים, ונהיה פשטות דנראה לנו כבעלים, וזהו יסוד חזקה, וכמוכן בעיני שלא יהא מחאה בכדי שלא יערער את ישיבתו כבעלים, ולפי"ז מוכן דרבא סבר דעצם כך שיעבר ג"ש וישב בלא ששמענו ערעור נהיה לנו פשטות דהוי כבעלים ולפיכך המחודש שרוצה לחדש ולשבור המצב הקיים עליו להביא ראיה, וכמו"כ אפ"ל דלמד כמהלך הקצות דהוי חזקת ג"ש תקנ"ח ולכך בעצם ג"ש נהיה מצב קיים והמע"ה. אך ר"נ סבר כמהלך ר"ד דעיקר החזקה הוא מדלא מיחה ורק ע"ז מתבססים אי לכך סבר ר"נ דכל זמן דלא נתברר לנו בוודאות דלא מיחה אין לנו כאן מצב קיים של חזקה, ולכך טען זיל ברור אבילתך, אך בוודאי שמהלך זה אינו נכון דוודאי לא מסתבר לומר דפליגי במח' הראשונים, אך גם אם נדחוק דלכו"ע מבוסס על דברי הראשונים דהוי מדלא מיחה, אך מ"מ פליגי האם כבר יש פשטות ע"י החזקה, והגם דבעי' למדלא מיחה בכדי להוציא, אך שיקרא שיש כבר מצב מסוים של חזקה שהטוען כנגדו יהיה מחדש יתכן דרבא סבר דמיקרי כבר המע"ה. אך מ"מ ישאר קשה מהו

ההשוואה לבר סיסין דשם אין הנידון כלל בדיני חזקה, ולפיכך וודאי דא"ז כוונת הגמ'. לפיכך יש לומר ע"פ פשטות דברי הרשב"ם דפליגי ר"נ ורבא גבי שכונני גוואי האם אמרינן דהיות דבפשטות רואים כאן מעשה חזקה של ג"ש אין לנו לחשוש שהיה מחאה, ואולינן בתר הפשטות. וכך סבר רבא, אך ר"נ פליגי דלא אזלינן בתר ראות עינינו אלא כל זמן דלא ידעינן שהחזיק אזלינן בתר מר"ק<sup>29</sup>. והנה לפי זה נראה דההשוואה הוא דגבי בר סיסין גם יש פשטות דקרקע זו הוי של בר סיסין ולכך הקשו דהוי סברות הפכות. אך יל"ע לפי שא"ד הרמב"ן הרשב"א ועוד שלמדו דשכונני גוואי פירושו מקום רחוק, והסבירו המח' דפליגי רבא ור"נ בהגדרת שכונני גוואי האם חזינן המחזיק כמוחזק ולפיכך על המוחה להביא ראיה שמיחה וכטוען מחית, או דלמא על המחזיק לברר מוחזקתו ע"י ראיה שיכל למחות ולא מיחה, וכטוען לא החזקת, ובפשטות יל"ע מהו הסבר הדבר האם לדמות לחזקה או למחאה<sup>30</sup>, וכן מהו ההשוואה לבר סיסין.

ונדאפ"ל דכוונתם כעין המהלך שהזכרנו לעיל דפליגי אם אזלינן בתר הפשטות, דהיינו

<sup>29</sup> ואפ"ל דחלקו האם שכונני גוואי הוא העדר חזקה, או דשכונני גוואי הוי כמו שמיחה, אך עדיין צ"ע מהו ההשוואה לבר סיסין.

<sup>29</sup> ויש שלמדו נ"א דהוי ויכוח בכח טענה אם שייך לעורר בכח ט"נ טענה מחודשת נגד סתמא, כך בדברי רשב"ם, ותוס' חלק במקצת דבעי' סיוע במקצת ע"י עדים בכדי שיוכל לעורר ספק ע"י טענתו.

דר'נ סבר דלא אזלינן בתר הפשטות ולפיכך לא חזינן כאן חזקה, וכשטוען הייתי במקום רחוק הוי כטוען לא החזקת, ולפיכך על המחזיק לברר מוחזקתו, אך רבא סבר דחזינן כאן בפשטות חזקה, דמהי'ת דהרחיק למקום רחוק, ולפיכך כשטוען הייתי במקום רחוק הוי כטוען מחיתי, שהרי יש כאן בפשטות חזקה. והוא רוצה לחדש דהיה כאן פעולה שמנעה את החזקה, דהיינו שהרחיק למקום רחוק, והוי כעין מחאה דהוי דבר השובר דבר קיים, ולפיכך עליו להביא ראיה, ולפי'נ ניחא ההשוואה לבר סיסין כמבואר לעיל במהלך דפשטות דגם גבי בר סיסין היה פשטות דהוי של בר סיסין.

אך הר'ן על הרי"ף מבאר הסוגיא בענין אחר לגמרי (אכן הר'ן איירי על הרי"ף שלמד מהלך חדש דשכוני גוזאי פירושו שטוען שבתאריך המכירה לא היה באיזור עיי"ש, אך מ"מ מתוכן דברי הר'ן יש כאן מהלך חדש). דהר'ן מקשה מהו ההשוואה בין שכוני גוזאי לבר סיסין, ומתרץ דפליגי בדיני רוב בממון כלפי קרקע, והיינו דרבא ס"ל דהיות דבד"כ אין בעה"ב מתרחק כ"כ, א"כ יש כאן רוב דכן היה בעת המכירה/יכל למחות. ולפיכך מעמידין הקרקע אצל המוחזק, והגם דל"א בממון בתר רוב ה"מ להוציא אבל כאן מיקרי להחזיק. ורבי נתמן ס"ל דמיקרי להוציא משום

דקרקע בחזקת בעליה עומדת. ולפי'נ מתורץ ההשוואה לבר סיסין דשם יש גם רוב שבד"כ קרקע שנקראת בר סיסין הוי דבי בר סיסין, ולפיכך הקשו דהוי סברות הפוכות.

ובפשטות דבריו נראה דפליגי ביסוד קרקע בחזקת בעליה האם מיקרי מוחזק, והיינו דכשמוציאים מחזקת מר"ק למוחזק כשיש הסבר של חזקה מצידו בצירוף רוב לא מיקרי להוציא, או דלמא דהוי כמוחזק רגיל ואין מוציאים אף עם רוב.

ויוצא למעשה ב' מהלכים בהשוואת הסוגיות.

ובתירוץ הגמ' בדברי רבא יש לבאר דת' הגמ' הוא דהא דאמרי' דשייך מושג של סתמא הוא דווקא כאשר אין אנו מוציאים מהתפוס בפועל והיינו דבשכוני גוזאי משאירים ביד המחזיק שתפוס, וגבי בר סיסין משאירים ביד המוכר התפוס, וכן למהלך הר'ן בהשוואת הסוגיות י"ל דהא דאזלי' בתר רוב הוא דווקא לא כנגד התפוס בפועל.

אך בדברי ר'נ יש לבאר התירוץ בפשטות דגם ר'נ סובר דיש מושג של סתמא ול"מ טענה כנגדו, ולפיכך סבר לגבי בר סיסין דהולך ללוקח, אך גבי שכוני גוזאי ישנו סברא דכמו דגבי שטר מצרכינן קיום ה"ה גבי חזקה כל זמן דלא נתקיים בוודאות ל"ה חזקה. (ועי' לקמן ביתר ביאור ההבנה דחזינן בשטר).

אך רבינו יונה לומד בת' הגמ' דלהיפך דר"נ סבר דבאמת מהני טענה נגד סתמא, אך לגבי בר סיסין יש סברא דהיות דהיה לו לפרש ולא פירש הוי כעין הוכחה דהודה דהוי דבר סיסין, (אכן ל"ה ראיה גמורה, דהרי מהני עדים אם יביא כמפורש ברשב"ם אך בתירוח הסתמא מהני שלא יועיל הטענה נגד סתמא והוכחה קצת), ולפיכך בכה"ג סובר ר"נ דאזלי ללוקח כיון שיש כאן הוכחה, והא דהוסיפו בגמ' לכתוב ההשוואה לשטר הגם דכל התירוץ הוא גבי בר סיסין, נראה בדברי רבינו יונה דסבר דהגמ' מסבירה סברת ר"נ בעלמא דמהני טענה נגד סתמא, והיינו דכמו גבי שטר חזין דאף דאין לחוש באמת לזיוף, מ"מ טענת זיוף מעורר ספק, ה"ה בכל טענה כנגד סתמא. והיוצא לנו דרבא סבר דמהני סתמא להחזיק ביד תפוס ולא להוציא. ור"נ סבר למהלך הרשב"ם דמהני גם להוציא (כדמוכח גבי בר סיסין), אך מ"מ גבי שכוני גוזאי ישנו סברא דלא יהני חזקתו משום דהוי כשטר. ולרבינו יונה יוצא להיפך דל"מ כלל סתמא כשיש טענה נגדו, והא דמהני גבי בר סיסין הוא סברא דמדהוי ליה לפרש ולא פירש הוי הוכחה דקרקע זו דבי בר סיסין הוא, [אכן נראה בדברי רבינו יונה דפליג על הרשב"ם בעוד יסוד, דכותב דאם היו שם עדים בשעת מעשה יכול להביאם ולהשאיר קרקעו,

ומשמע דעדים בעלמא לא יהני, ונראה דחלק על הרשב"ם דכותב דפשיטא דמוכר רק קרקע שהיא באמת דבר סיסין, אלא סבר רבינו יונה דע"י ההוכחה שלא פירש, מוכח לנו שנתכוון למכור גם קרקע שאינה באמת של בר סיסין, ורק אם היו שם עדים יכול לומר סמכתי עליהם ולכך לא פירשתי, אך בלא"ה מהני ההוכחה לכל הקרקעות דיכולים להקרא בר סיסין]. (יש לציין דבכל מה שכתבנו לעיל "סתמא" ה"ה גם למהלך הר"ן דלמד רוב נגד מוחזקות בקרקע).

ומה דנשאר לברר הוא ההשוואה בתירוץ שמשווים שכוני גוזאי לשטר, לרבינו יונה נתברר כבר לעיל דהוי ביאור כללי על סברת ר"נ דמהני טענה נגד סתמא. אך לרשב"ם צ"ע, ומילא אם נלמוד דחזקה תקנ"ח כמהלך הקצות, יתכן לבאר דחכמים תקנו חזקה במקום שטר, ולא יותר מכך, ולפיכך כמו דמהני טענה נגד שטר ה"ה נגד חזקה, אך למהלך הרמב"ן ורבינו יונה דחזקה הוי מדלא מיחה (בצירוף סתמא דנראה כבעלים) מדוע יהני טענה נגדו, ול"ד לשטר שאינו מקויים דיש חשש זיוף.

ונדאפ"ל דתי' הגמ' הוא דר"נ באמת חושש לסתמא ול"מ טענה נגדו, אך מ"מ חזקה שאני משום דחזקה לרמב"ן הרי הוי מדלא מיחה, וא"כ כל זמן דעדיין לא הוכח לנו דהוי

מדלא מיחה אין לנו כלל סתמא להסתמך עליו, ולפיכך אף דגבי בר סיסין אזלי בתר סתמא, מ"מ חזקה שאני, וזהו ההשוואה לשטר דכמו דגבי שטר כל זמן דלא נתקיים אין לנו כלל הוכחה והוי כחספא בעלמא, ה"ה חזקה כל זמן דלא הוכח לנו בבירור המדלא מיחה שווה הראיה דחזקה כחספא בעלמא, ואם הנחה זו נכונה יוצא לנו כפתור ופרת, דלמהלך הקצות דהוי תקנ"ח ניחא הגמ' כדפירשנו דהוי גדר בתקנ"ח בחזקה, ולמהלך הרמב"ן הוי חילוק ביסוד דין חזקה. ובהו"א הבינו בגמ' דהיות דמסתמכים גם על הסתמא דהוי כבעלים א"כ שייך להסתמך על הפשטות שישב כאן ג"ש, דבעצם כבר יש פשטות והגם דל"מ לזכות אך כבר עושהו כמוחזק ובתני' דחו דהיות דזקוקים למדלא מיחה, כ"ז דלא נתברר ל"ש כאן כלל סתמא דחזקה.

אך צ"ע דיוצא לפי"ז בפשטות דרבא דפליג גבי שכוני גוואי קסבר דחזקה תקנ"ח/פשטות, ולא מסתבר דפליגי במח' הראשונים, ויתכן דקסבר כעין שביארנו

בהו"א דעיקר החזקה נהיה ע"י הפשטות שיושב כבעלים, ומדלא מיחה משלימו ולכך כשיושב ג"ש חזין בסתמא חזקה, והרצתה לחדש דכן היה מחאה עליו להביא ראיה, והוי מח' האם מתחיל רק כשנתברר דאין מדלא מיחה, או דמתחיל מהפשטות דיושב כבעלים.

אך אפ"ל מהלך אחר דגבי חזקה לא ידעין דהיה כאן איזה שהוא קנין, ולפיכך בסתמא וודאי סבר ר"נ דיכול לעורר בטענה, אך כאן שאני שיש סברא דקנה ורק יש ספק האם גם ע"ז היה קנין. וכעין הסברא דלויית ופרעת, דהרי בעצם מודה דהיה כאן קנין על כל שאר השדות, ולפיכך סבר ר"נ דאזלין בתר הסתמא ולא יכול לעורר טענות, אך גבי שכוני גוואי קסבר ר"נ דהיות דיש כאן צד דכלל לא קנאו, א"כ חלש כח המחזיק, ובטענה בעלמא נאמן לעורר ספק נגד הסתמא, והשוו לשטר דהיות דהוי ספק אם היה כאן כלל דבר ספק יכול לטעון ולעורר ספק, אך גבי בר סיסין דיש כבר צד חזק למחזיק אינו נאמן לעורר ספק, ודו"ק.

הבה"ח משה בר"ל בוקשפן הי"ז והבה"ח יוחנן בידרמן הי"ז  
דף ל.

דין טענין בלוקח כשנאמן ע"י מיגו ובטוען ברי

בה יום א' קמי דידי וטענין ליה, כיון שנאמן  
במיגו.

מבו' מד' התוס' דטעני' לאדם במקום  
שנאמן רק ע"י מיגו, אולם הרבינו יונה בדף מ"א  
כתב דאין טענין כשנ' רק ע"י מיגו, ובי'  
האחרונים בזה שאין בי"ד רואים אותו מוצדק  
כ"כ כדי שנטעון לו טענה זו, שכדי שנטעון לו  
צריך שיהיה ברור שבא מכח האדם שטעני'  
מכחו וע"י מיגו אי"ז מספיק כדי לטעון בשבילו.  
ומ"מ בסוגיא דידן ס"ל להר' יונה דמיירי גמ'  
ביש עדים שדר בה חד יומא (ס"ל דכך  
משמע מדברי הגמ') וממילא טעני' ליה והק'  
כקו' התוס' ות' דכיון דשל אבותי משמע שהיו  
שלהם מעולם ולא שלקחיה מאבותיך - הרי  
הודה בדבריו ולכן לא טעני' ליה כר.

וברשב"א תי' דלא טעני' כשטוען ברי  
ולמד מכאן לכל פעם שטעני' ליה ליתמי היינו  
כשאין טוענין ברי, דטעני' היינו פתח פין  
לעולם, וכך נראה בבי' סברת הר"י דבהודה  
לא טעני' ליה.

אולם הרמ"ה ס"ל שאם יש עדים שדר  
ביה האב חד יומא א"כ אפי' הודה שלא כן כגון

א' בגמ' זה אומר של אבותיו ז"א של  
אבותי האי איתי סהדי וכו' עד והלכתא טוען  
וחוזר וטוען. מבו' בגמ' דכשיש עדי חזקה נגד  
עדים של המר"ק, וטוען המוחזק נגד העדים  
של המר"ק דכשסותר דבריו אין יכול לחזור  
ולטעון. וכשמפרש דבריו יכול לחזור ולטעון.  
וכשסותר קצת נח' נהרדעי ועולא דלעולא  
חוזר וטוען ולנהרדעי לא, וכשאין חוזר וטוען  
נח' בזה בגמ' אם יש לו מיגו שיכול היה לטעון  
מינק' זבינתיה שלרבא נאמן ולאביי לא דהוי  
מיגו במקום עדים.

ובתוס' (ד"ה מ"ל לשקר) הקשה דאי"ז  
מיגו במקום עדים שיתכן שהיתה של אבותיו  
יום א' כמו שטוען הוא, ויש לו מיגו דמינק'  
זבינתיה וטענין ליה שקנאוה אבותיו מאבותיו  
של המר"ק ואי"ז נגד העדים של המר"ק.

ותי' דשל אבותי משמע ולא של אבותיך  
היינו שלעולם היתה של אבותי ולא שלקחיה  
מאבותיך. עד שיפרש בדבריו כן. ולפי"ז מש"כ  
בגמ' בהמשך דמפרש בדבריו שלקחיה אי"צ  
שיטעון קמאי דידי אלא מספיק שטוען שדרו

שאמר של אבותי דמשמע שהיה שלהם מעולם ולא שלקחזה מאבותיך - שהודה שכך הוא מ"מ טעני ליה מכח המוכר וחולק ע"ד הר' יונה דס"ל דכיון שהודה לא טעני ליה.

וכן חולק ע"ד הרשב"א שסובר שלא טעני בטוען ברי. ועל קו' התוס' צ"ל דס"ל שאין טוענין כשנאמן רק ע"י מיגו [ולכן כ' דינו דזוקא כשיש עדים ולא אפי' כשנאמן ע"י מיגו] עוד הוסיף הרמ"ה אפי' אמר בפירוש ולא של אבותיך טעני ליה (ובביאור הדברים יש להאריך ואכ"מ).

והנה הרמ"א בסי' קמ"ו סכ"ד כ' דאם יש עדים שהאב דר בה חד יומא טעני ליה שקנאה מאבותיו של זה אפי' שמשמע שלא של אבותיך ולכאן מקור הדברים בד' הרמ"ה שאפי' שהודה טעני ליה ולפי"ז יבאר ד' הגמ' שאין עדים ולא טעני במקום שנאמן רק ע"י מיגו כמו שבי', וכן משמע מדבריו שכ' דינו רק כשיש עדים, וכן פסק המחבר, והרמ"א הסכים לדבריו.

אך קשה דדבריו אלו סותרים למה שכתב בסי' ר"ד סי"ב דאין טענין עד ששומעין דבריו ובטוען ברי לא טענין ליה. והרי בסי' קמ"ז כ' הרמ"א דבטוען של אבותי ויש עדים שדר בה חד יומא דטעני ליה אפי' בטוען ברי שטוען של אבותי ומשמע שלא של אבותיך ואין טעני שלקחזה כשהוא טוען

שלא כן שאפי' אם נפרש ד' הרמ"א ששומעין דבריו שאם טוען היפך מזה לא טעני ליה ואם טוען כטענה זו טעני והיינו פתח פיך לאלם שאין לו כח לטעון כן, מ"מ כאן הרי טוען היפך הטענה שרוצים בי"ד לטעון בשבילו, וכ"כ בסמ"ע בד' המחבר אך בדברי הרמ"א משמע דדזוקא טוען שמא טענין ליה.

והנראה לומר בדעת הרמ"א שחולק על תי' התוס' שמשמע של אבותי שהיה מעולם שלהם ולא שלקחזה מאבותיך אלא רק משמע ולא של אבותיך אלא היה ודאי פרק זמן מה אצל אבותיו ואי"ז מיקרי ברי כלפי נדו"ד שאנו דנים בשבילו דהיינו אם לקחזה אבותיו מאבותיו של המר"ק שע"ז לא טען כלום, שהוא אמר מה שהוא יודע שקודם שהיה שלו, היה של אבותיו, ולכן מיקרי שמא כלפי טענה זו, וטענין לה שלקחזה אבותיו, מאבותיו של המר"ק.

ומעתה יש לדון מנ"ל להרמ"א שלא טענין אלא בטענת שמא הרי הרשב"א הוכיח כן מסוגיא דידן, ולדעת הרמ"א אין מוכח כן דהרי ביארנו שהרמ"א מוכרח לומר דלא טענין כשאין נאמן אלא ע"י מיגו כדי שלא תקשה קו' התוס', כיון שסובר כהרמ"ה, וא"א לומר דס"ל שמירי הגמ' בעדים וכיון שהודה לא טעני ליה וכדעת הר' יונה שהרי הוא חולק עליו וכמו ש"כ בסי' קמ"ז סכ"ד, דס"ל דמירי

בעדים ולא טענין ליה משום דטוען ברי, וכטענת הרשב"א א"א לומר כיון שחולק ע"ד התוס' לומר דשל אבותי משמע שהיה שלהם מעולם וא"כ אינו טוען ברי וכמוש"כ, דכך מוכח מדבריו שפסק כהרמ"ה וס"ל דלא טעני' בטוען ברי ע"כ דשל אבותי אין חשוב טוען ברי א"כ מנ"ל האי דינא דלא טעני' אלא בטוען שמא.

והנה דברי הרמ"א מקורם גם מר' ירוחם בספרו נתיב מישרים (ני"א ח"ב) שכ' כד' הרשב"א אך גם הוא כ' שהפוסקים הוכיחו כן מסוגיותינו וכמו שביארנו לדעת הרמ"א אין ראיה לזה כלל. והדרא קושיא לדוכתא מנ"ל להרמ"א שאין טוענין בטוען ברי. [יצוין שברשב"ם לקמן ע: ד"ה שטר כ"ס, מפורש שלא כדעת הרמ"א שכ' שם שגם כשטוענין יתומים ברי מ"מ יש דין טענין, אך יתכן שכונתו כדעת הסמ"ע שדווקא כשאין טוענין

ברינגד האי טענה שאנו טוענין בשבילם שבזה מיירי שם, יעו"ש דבריו].

אולם מציעו עוד מקור לדין זה. והוא בתשובת הרשב"א [ח"ו סי' צ"ז והו' דבריו בשיטמ"ק כתובות קיט: וז"ל: "זכן נמי מוכח בפרק דייני גזירות בעובדא דההוא אפטרופא דאתא לקמיה דאביי אמר אי הוה אבוהון קיים הוה אמר כי חזרתיו ולקחתיו ממנו ואמר אביי כל מאן דמוקי אפטרופא מוקי כי האי, ואפ"ה לא טען אביי כלום ליתמי מעיקרא משום דדלמא יטענו היתומים בטענת בריא דלית להו לבי"ד לטעון להם בכל כי האי, עכתו"ד.

אך ראיה זו גם אינה מוסכמת דשם כ' בתוס' רי"ד דלא טעני' להו כיון דחשוב מלתא דל"ש ובכה"ג לא טענין ליתמי'.

ולנידו"ד, יתכן דהרמ"א לקח עיקר מקור הדברים מהגמ' בכתובות שהיא הראיה שניה שהובאה ברשב"א ואיהו לא ס"ל כהתורי"ד.

הר"ר שמעון אקער הי"ז

דף לא.

### בעיקר הדין 'טענין'

וסובר שאם לא טוענים נאנסו ליתמי אף החזרתי לא יטענו, 'דאם נפל היסוד נפל הבנין',

ובמה נחלקו יתבאר בהמשך בס"ד, אבל שי' התוס' לכאו' פשוטה, דאף שלהם אין מיגו כיון שאין טוענים להם נאנסו, אפ"ה אפשר לעשות להם טענין על טענת 'החזרתי', כיון שלמעשה האב היה נאמן בזה, ואפי' שהאב היה נאמן בזה רק ע"י מיגו וליתומים איו מיגו, אפ"ה טוענים ליתומים כל מה שהאב היה יכול לטעון, ולא מה שהם יכולים לטעון אלא מה שהאב יכול לטעון, ואם יכול לטעון החזרתי, מכל טעם שהוא, היתומים כמו"כ יטענו טענה זו, והם רק מצטטים את טענות האב, וכיון שלאב יש מיגו כמו"כ יהיה גם אצל היתומים, ואין הכוונה שכאילו האב הוא הטוען וכאילו הורידוהו מעולם האמת, אלא שב"ד טוענים בשביל היתום את דברי אביו, והם אומרים ליתום טען את מה שאביך היה טוען, וממילא כיון שהאב היה נאמן בטענה זו ע"י מיגו, כמו"כ יהא נאמן היתום בזה.

א. הנה בעיקר הסוג' מצאנו דברים ברורים ב'טענין', והיינו דהא לכאו' פשוט שעיקר הכוונה כך היא, שכיון שהבע"ד לפנינו אינו יכול לטעון כיון שאינו יודע מה היה באמת, וכגון ביורשים שאינם יודעים האם האב החזיר את הפקדון, והתובע בא להוציא ממון מידם בלא ידיעתם, לכן חי' דין זה ד'טענין', והיינו שטוענים לבע"ד והיינו היורשים מה שהאב היה יכול לטעון, כדי לזכות בדין, ויסוד הדבר הוא כלשון הגמ' 'פתח פיך לאילם' וטוענים בשבילו, ב. ובזה מב' בגמ' בדף ע', בענין טענין ליתומים טענה שהאב היה נאמן בזה רק ע"י מיגו, ובאופן שהטענה שהאב היה יכול לטעון אין טוענים ליתומים ונמצא שלהם אין מיגו, וכגון באופן שהאב היה נאמן בטענת החזרתי במיגו שהיה טוען נאנסו, וכלפי היתומים אין טוענים נאנסו דהוי מילתא דלא שכיחא, והחזרתי אין נאמנים אלא במיגו, ולהם אין מיגו דאין טוענים להם נאנסו, אפ"ה שי' התוס' היא, שהם נאמנים בטענת האב וטוענים להם החזרתי במיגו של האב, אך הרמב"ן פליג בזה

ג. אלא שבזה יראה עיקר הראיה, לזה שמיגו הוי 'כח הטענה' ולא סתם נאמנות, דאי הוי נאמנות והיינו שהאב נאמן בטענה כיון שאם הוא משקר יש לו שקר יותר טוב לומר, א"כ לא שייך כלל לומר כן אצל היתומים שיאמנו בטענה זו ע"י המיגו של האב, דכל נאמנות האב היא בזה שטוען החזרתי ואם הוא טוען בשקר היה עליו לטעון נאנסו, אבל אם בפועל אינו טוען כלום רק עושים טענין מה שהאב היה יכול לטעון, א"כ אין כאן שום ראיה שטוען אמת, ובהכרח מבו' כאן שמיגו זה כח לטענות, ולכן אף אצל היתומים אפי' שהאב אינו טוען כלום, אבל כיון שלמעשה לאב יש כח לטעון נאנסו וממילא נאמן גם בטענת החזרתי, כמו"כ יהיה אצל היתומים שיאמנו בטענה זו, ופשוט.

ד. אבל עכ"פ שי' התוס' היא, שכיון שהאב היה נאמן בטענת החזרתי כמו"כ הבן נאמן בזה, ואף שאצל הבן אין את כח הטענה, דהא אין טוענים נאנסו ליתמי כיון שזה טענה דלא שכיחי, אין בכך כלום כיון שאין צורך כלל שלבן יהיה את הכח של האב, אלא הוא מצטט את דברי האב ובאותו כח שהיה לאביו, ואם האב היה

נאמן בטענה זו, הוא חוזר על דברי אביו וטוען 'החזרתי' ונאמן כאביו. ה. והנה עפ"ז הלכו הראשונים בסוג', בענין הטענין ללוקח שהמוכר קנאו מהמר"ק, ואפי' שאין לו חזקה לטענתו, לא מצידו ולא מצד הלוקח שלפנינו, דהא איירי בסוג' בלא שהחזיק, וא"כ מה בכך שטוען, הא אין נאמן בטענה זו, וע"ז אומרים הראשונים שיש לו, למוכר, מיגו שהיה יכול לטעון 'לא היו דברים מעולם', וממילא נאמן אף בטענה זו שלקחו מהמר"ק, ואת זה הטענה טענין ללוקח, ובכך ישאר הקרקע בידו, וזה דומה לפו"ד לסוג' הנ"ל, שאף שא"א לעשות טענין ללוקח את טענת המיגו ש'להד"מ', כיון שהוא הרי הודה למר"ק, שהוא היה כאן מר"ק, אפ"ה אין בכך כלום, כיון שאנו צריכים שיהיה המוכר נאמן במיגו, ואם הוא נאמן טוענים ללוקח בזה ג"כ, דטענין ללוקח בכל הטענות שהמוכר נאמן בהם, וכמו שאצל היתומים אין עושים להם טענין בטענת נאנסו, ואעפ"כ עושים להם טענין על החזרתי, כיון שבפועל האב היה נאמן בזה, כמו"כ יהיה אצל הלוקח שיהיה נאמן בטענת 'מיגן זבינתא' כמו שהמוכר היה נאמן, ואפי' שהמוכר נאמן רק במיגו ואת זה אין ללוקח, אין בכך כלום, כיון

שמהמוכר לוקחים את הטענות והוא נאמן בזה, ופשוט.

ו. רק שכאן יש חיסרון יותר מאצל היתומים, כיון שאף שעושים טענין על טענה שנאמן בזה הטוען רק במיגו, זה שייך ביתומים שכל חיסרון המיגו הוא בזה שאין טענין ליתמי טענות שאינם שכיחים, אבל בסוג' הא החיסרון הוא בזה שהלוקח גופא יודע שהקרקע היתה ביד המר"ק, וא"כ א"א לומר שיש כאן למעשה נאמנות למוכר ויטען כן גם הלוקח, כיון שהלוקח יודע שאין לו כלל מיגו, ואין לו שום כח לטעון את הטענה של 'מינך זבינתא', כיון שכל נאמנותו הוא רק בזה שהיה יוכל לטעון 'להד"מ', אבל אם הוא יודע שזו הטענה היא טענה שקרית א"כ הוא יודע שאין לו מיגו, ואם אין לו מיגו אין לו כח לטעון את טענתו העכשוית שקנאו מהמר"ק, ואיך יכול הלוקח לצטט את טענת המוכר כאשר יודע שכל נאמנות הטענה נעמדת על שקר.

ואין לומר שהמוכר היה לו את כח הטענה, אף אם יש ע"א שהולך נגדו, וכמו שהוכיח התוס' מהסוג' דנסכא דר' אבא, וא"כ הלוקח יכול לומר את טענת המוכר כיון שהוא היה נאמן בזה, ואפי' שהלוקח יודע שאין טענה זו אמת, אפ"ה יכול לטעון

כן כיון שהוא רק מצטט בכח ב"ד את דברי המוכר, והמוכר היה יכול לטעון 'להד"מ', זה א"א כיון שרק כלפי ב"ד אפ"ל שיש לו כח טענה, אפי' שהאמת אינו כן, אפ"ה הוא יכול לטעון כיון שאין שום כח נגדו שיכחישנו, ואף הע"א שיש כאן והיינו הלוקח ג"כ אינו מספיק להכחשתו כמבו' בתוס', אבל עדיין זה רק כלפי ב"ד, אבל העד בעצמו ודאי שאסור לו לסמוך על מיגו זה, כיון שיודע שהוא שקרי, והוי כמו הע"א בנסכא דר"א שידע שאין לו מיגו שלכאן אסור לו לסמוך על הפסק של ב"ד שם, כיון שהוא יודע שזה פסק שקרי, דהוא יודע שאין לו מיגו, וגם כאן הלוקח לא יכול לצטט את דברי המוכר כאשר יודע שאינו אמת, ואף שב"ד אומרים שיכול לטעון, אסור לו לסמוך עליהם כיון שהוא יודע שהם פסקו בשקר שהוא יודע שאין לו מיגו.

ז. והנה כדברים הנ"ל הובא בתוס' בשם הר"י, שאינו דומה סוגיין לנידון אצל היתומים, כיון ששם היותמים לא יודעים מה האמת, וא"כ ודאי שאפשר לטעון להם את טענת אביהם, כיון שהם גם מאמינים לאב שיש לו מיגו, ולא גרע מב"ד עצמם שמאמינים כ"ש היתומים, אבל כאן הלוקח יודע יותר מב"ד, שיודע שטענתו

שלא היו ד"מ היא טענה שקרית וא"כ יודע שאין לו מיגו, ואיך יכול לזכות בקרקע שמגעת על ידו בגזל, וז"ל התוספות "זאור"י דלא דמי לההיא דהמוכר את הבית, דהכא אם היה רוצה המוכר לזכות בטענה זו דלא היתה שלך מעולם, לא היה מעכבה הלוקח, שהרי יודע היה שהיתה שלו", והיינו כנ"ל שבטענה שהוא רוצה לזכות בה, אין הלוקח ישאיר את הקרקע בידו כיון שבגזל בא לידו, וא"כ אף המיגו לא יהא לו.

ה. אמנם הרשב"א בתוס', פליג בזה וסובר שכן אומרים מיגו, ואין זה מגרע מה שהלוקח יודע שאין לו מיגו, ובשי' היה אפש"ל שסבר שגדר הטענין הוא, שכאילו האב בעצמו טוען את הטענות, וכאילו הורידוהו מעולם העליון, וכן אצל המוכר כאילו שהוא בעצמו טוען כאן לפני ב"ד, וממילא אף שיש כאן סתירה מצד הודאת הלוקח, אפ"ה כיון שזה כאילו שהמוכר בעצמו עומד כאן לפנינו, והוא נאמן אף נגד עדותו של לוקח, א"כ מקבלים את טענתו, וממילא יזכה הלוקח בקרקע, ואף שהוא יודע שאין לו מיגו, אפ"ה כיון שב"ד קיבלו את טענתו אין בזה עוד חיסרון, דהוא זוכה בזה ממילא, ועי'.

אמנם אין זה פשוט כלל, ראשית דזה לא יסתדר עם דעת הרמב"ן שיתבאר בהמשך, וגם אין לזה הבנה, כיון שאם הוא יודע שאין לו מיגו, א"כ מה בכך שהמוכר טוען כן לפנינו, הא למעשה אסור לו להישאר בקרקע, כיון שהוא בא ליד המוכר בגזל, ואין בזה שום תועלת במה שב"ד האמינוהו, דהוא יודע יותר מב"ד ויודע שאין לו מיגו.

ט. ובהכרח צ"ל כך, שודאי טענין הכוונה היא שהלוקח הוא זה שטוען, והוא טוען את טענות המוכר, ואה"נ הלוקח יודע שאין לו מיגו, וכמו שנתבאר בשי' הר"ן, ואעפ"כ יזכה בקרקע, כיון שאין כאן ידיעה ברורה שהמוכר לא קנה את הקרקע, דודאי שייך לומר שהוא כן קנה והמר"ק רוצה לעושו, ואמת שהמוכר היה צריך להראות את שטרו, ואין כאן ראיה לזה שקנאו, אבל ודאי שאין כאן ידיעה ברורה לומר שהוא גזל את הקרקע, דכל חסרונו הוא מצד זה שיש כאן תובע וזה רק כלפי ב"ד, דכלפי הלוקח עצמו אין לזה שום תוקף, דמה בכך שהוא טוען, הא המוכר שלו טוען אחרת, ומהיכ"ת להאמין למר"ק יותר, אלא חסרונו הוא רק כלפי ב"ד, וכלפיהם הוא מפסיד בדין, אבל זה לא מכריח את האמת, שהמוכר גזל את

הקרקע בזה שהוא הפסיד בדין, וודאי שייך לומר שהצדק עם המוכר, רק שהמר"ק הצליח להפסידו גם ע"פ דין.

וממילא אומר הרשב"א דאף שאין לו מיגו לפי ידיעתו, דהוא לא יכול לטעון 'להד"מ', כיון שהוא הודה שיש כאן מר"ק, אפ"ה יכול להשאיר את הקרקע בידו, כיון שבעצם יכול להיות שהמוכר הוא האמיתי בנידון ובאמת קנאו, רק שכלפי הטענות של התובע עליו להביא ראיות, וזה נותן תוקף רק בב"ד, אבל אין זה דבר שבאמת אמור לספק את הלוקח האם לזכות בקרקע, ולכן אף שהפסיד בדין אין זה סיבה שיוציא את הקרקע מידו,

רק זה יש להוסיף, שאם הפסיד באמת בדין לא יוכל לטעון שהוא לא חושש לטענת התובע, דאף שאין טענת התובע מעורר אצלו ספיקות, אבל אם ב"ד פסקו שהממון לא שייך לו, אסור לו להישאר בקרקע, דכח הפסק עדיפא אף לאחד שיודע שאין הפסק אמת, ואם ב"ד פסקו שאין הממון שלו, הוא יצטרך להתייחס לזה כאילו שהפסק אמת, ואסור לו לזכות מהגזלן בטענה שהוא יודע יותר מב"ד, ולכן יש להוסיף שאצלנו כיון שב"ד מקבלים את המיגו, אף נגד ידיעתו, כיון שבמיגו נאמן אף נגד ע"א, א"כ כלפי ב"ד

הא זכה המוכר, ואף שהוא יודע שאין הפסק אמת, אבל זה ודאי לא מכריע כלפיו שהקרקע שייכת למר"ק, דאין לו ראיות ברורות שכן הוא, וא"כ הוא יכול להשאיר את הקרקע בידו, דמצד ידיעתו הא אין כאן דבר ברור שיחויב בדינא להוציא את הקרקע מידו, וכלפי הצדק שיצא בב"ד הא זכה המוכר במיגו, ואף שהוא סותר את המיגו ב"ד קיבלוהו, ולכן ישכון בשלום במשכונו.

ואין לומר שכיון שלפי ידיעתו אין הפסק אמת, והפסיד המוכר, עליו להתייחס כאילו הפסק נעשה לרעת המוכר, ואסור לו להישאר בקרקע דהיא גזולה גם לפי ידיעתו, בזה סבר הרשב"א שזה אינו, כיון שלפי מה שהוא יודע אין הוא צריך כלל להתייחס למה שאמרו בב"ד, ולכן אינו חושש כלל לזה, וכל החיסרון יהיה רק כשב"ד יפסקו שהמוכר לא יזכה, וכיון שב"ד פסקו שהוא כן זוכה אפי' נגד עדותו, א"כ יכול להישאר בקרקע בשלום.

אמנם זה אפשר לומר, וכן סבר הר"י לכאן, שכיון שיש למעשה פסק דין שאמור לצאת לפי ידיעתו, והיינו שאין לו מיגו וממילא אין לו כח נגד המר"ק ויפסיד בנידון, א"כ עליו להתייחס כאילו ב"ד

יודעים כן, והם פוסקים שאין לו זכות בממון, ולפי"ז אסור לו להישאר בקרקע, ואה"נ שלמעשה אין כזה פסק, אבל כיון שהוא יודע שכך ב"ד צריכים לפסוק, הרי הוא צריך להתייחס למצב כאילו ב"ד פסקו כך, וממילא אסור לו להישאר בקרקע. ועי'.

י. ובזה נחלקו הר"י והרשב"א, בנידון דידן שהוא יודע שאין למוכר מיגו, האם אומרים שכיון שזה רק במיגו ולא בטענה עצמה, א"כ הוא יכול להחזיק בקרקע על אף ידיעתו, כיון שעדיין יוכל להיות שהמוכר דובר אמת, וכל החיסרון הוא מצד הטוען, וכיון שכלפי זה יש את המיגו שהתקבל בב"ד, אפי' שהוא מעיד דלא כהמיגו, א"כ בדין, המוכר זכה, ותשאר הקרקע בידו, והוא יכול להישאר מוחזק, אפי' שהוא יודע שאין לו מיגו, דלפי ידיעתו, אין כאן פשיטות שהמוכר גזל את הקרקע, וזהו דעת הרשב"א בתוס', אמנם הר"י פליג בזה וסבר דכיון שהוא למעשה יודע שאין לו מיגו, א"כ בדין הוא לא זכאי להישאר בקרקע, ולכן אסור לו לקנות את הקרקע ממנו, כיון שאם בדין הוא לא זוכה, אין לו יכולת לדון את הדברים לבד, ולכן גם מצידו המוכר יושב בקרקע בגזל, וממילא אסור לו לקנות את הקרקע ממנו.

וכיון שכך א"א לעשות את הטענין 'מיגו זבינתא' ובכך לזכות בקרקע, דהוא יודע שאין לו את הזכות לזכות בממון.

י"א. והנה הא הובא לעיל שנחלקו התוס' והרמב"ן בעיקר הדבר האם שייך לעשות טענין ליתמי, בטענה שהאב נאמן בזה רק במיגו, ולהם גופא אין את המיגו.

ובבי' פלוג' יל"ע, דבפשטות היה נראה לבאר שנחלקו בחקירה הידועה מהו הגדר ב'טענין', האם יסודו הוא שהיתום הוא גופא הטוען, או שכאילו מחזירים את האב לכאן והוא הטוען, ובזה תלוי פלוג', דאם גדרו הוא שהיתום טוען, א"כ צריך שיהיה לו הטענות שבזה יש נאמנות לאב, ורק כך יוכל לטעון את הטענה שהאב היה נאמן בזה, אבל אם גדרו הוא שכאילו האב בא לפנינו וטוען, א"כ אפי' שליתום אין את המיגו, אפ"ה הרי האב גופא הוא הטוען, והוא ודאי נאמן ע"י המיגו.

י"ב. ונראה דלפי איך שנתבאר, אפשר ג"כ לחקור אבל בשינוי, דזה ודאי שהבע"ד לפנינו הוא הטוען, ואין מביאים את האב כלל, אלא היתום הוא הטוען, וגם פשוט שב"ד הם אלו שטוענים בשבילו, והם טוענים טענות שהאב עצמו היה נאמן בזה, ולכן בעצם אפשר לטעון טענת שרק האב נאמן בזה במיגו, כיון שב"ד הם אלו

שמעתיקים את הטענות לבן, והם מאמינים לאב בטענת 'החזרתי', וממילא הם נותנים את הכח גם ליתום, רק שיש לדון האם היתום טוען את מה שבפה אביו, וא"כ יכול לטעון כל מה שהיה יכול האב לטעון, אפי' שהוא אינו בר טענה אין בכך שום צורך, או דאמרינן שהיתום לוקח את טענת האב והוא טוענו מעצמו, והחי' הוא שבזכותו לטעון את טענת האב, אפי' שאינו יודע מה באמת היה, אבל עכ"פ צריך שהוא יהיה בר טענה בטענות שטוען, ונראה שבזה נחלקו הראשונים הנ"ל, דלפי תוס' גדרו הוא שהוא טוען כל מה שיש בפי האב, והוא מצטט את אביו ללא כוונה כלל, וא"כ אפשר לעשות טענין אף במיגו, כיון שלמעשה האב היה יכול לטעון טענה זו, אמנם ע"י מיגו, אבל בפועל יש לו גם עכשיו את כח הטענה, א"כ הבן שמצטט את האב בטענותיו, יוכל לטעון ג"כ טענה זו, אך הרמב"ן הבין שהוא אמנם לוקח את טענת האב, אבל הוא טוען את הטענות מעצמו, א"כ הוא צריך להיות בר הגדה, וכיון שאין לו את המיגו, דאין טוענים מילתא דלא שכיחי, א"כ אין לו את כח הטענה כמו שהיה לאב, ונמצא ממילא שאינו יכול לטעון טענת החזרתי.

י"ג. אמנם צ"ע בזה, דהרמב"ן בסוג' דידן לגבי טענין ללוקח, אומר להדיא כמו הרשב"א בתוס', והיינו שאפשר לעשות טענין ללוקח, בטענת המוכר 'מינך זבינתא' שנאמן בו במיגו, ואפי' שהוא לעצמו אין לו את המיגו, דהוא יודע שהקרקע היתה של המר"ק, וא"כ לא יכול לטעון טענה שקרית שלהד"מ, וביותר שלפי ידיעתו גם למוכר אין מיגו וכטענת הר"י, אפ"ה אומר הרמב"ן שעושים טענין אף בהכי, ואיך מסתדרים הדברים בשי' הרמב"ן, הא שי' ביתומים היא שהבע"ד שבשבילו עושים טענין, צריך להיות בר הגדה בטענה שטוענים בשבילו, ולכן אין להם את המיגו של האב, וא"כ הכי נמי כיון שהלוקח יודע שאין כאן מיגו, דא"א לטעון 'להד"מ' דהוא יודע שהקרקע היתה שייכת למר"ק, א"כ אף טענין א"א לעשות, דצריך שהוא עצמו יהיה נאמן במיגו, והכא ליכא, וא"כ איך נאמן.

יד. ולפי המתבאר יש ליישב בפשיטות, דודאי שי' הרמב"ן כנ"ל שצריך שיהיה לו כח המיגו בשבילו גופא, דהוא הטוען בפועל של הטענה שטוענים בשבילו, רק שבסוג' הרי נתבאר שי' הרשב"א בעומק, שכיון שב"ד הם אלו שעושים הטענין, הרי הוא יכול לסמוך

ע"ז, כיון שכל חסרון נאמנות המוכר הוא רק מצד התובע, ולא ידיעה ברורה שהוא גזל הקרקע, וחיסרון זה עומד רק כלפי ב"ד, וב"ד מאמינים לטענה אף נגד ידיעתו שאין כאן מיגו, וכמו שנתבאר באורך לעיל, ולכן עושים טענין אף בזה, ועכ"פ עיקר שי' היא בזה שב"ד הם אלו שעושים את הטענין, והם מקבלים את המיגו, לכן אפשר לטעון אף בטענות שנאמן רק במיגו, אפי' שהוא עצמו אין לו את המיגו. וממילא אפשר שזה גופא שי' הרמב"ן ג"כ, דהא"נ אין לו מיגו לעצמו, דלפי ידיעתו אין כאן מיגו, אבל כיון שבעצם המוכר נאמן במיגו, והמיגו עושים אף כשזה נגד עדותו של הלוקח, דמיגו עדיפא אף נגד ע"א, נמצא שב"ד מקבלים את המיגו עכ"פ בשביל המוכר, אף נגד ידיעתו, וממילא הלוקח ג"כ יכול לטעון את טענת המוכר, ואף שהוא יודע שאין כאן מיגו, וב"ד מאמינים כאן בשקר, אפ"ה יכול לטעון את טענת המוכר, דב"ד הם אלו שטוענים בשבילו והם יודעים את האמת שיש כאן מיגו, דהא כל מה שהרמב"ן חי' הוא בזה שהיתום צריך להיות בר הגדה, אבל ודאי שעיקר הטענין ב"ד הם אלו שעושים את זה, והיינו שהם טוענים בשבילו טענת שהוא עצמו יכול לטעון אותם, אבל הם

אלו שטוענים, וממילא כיון שכלפי ב"ד יש כאן מיגו שלם, ואף נגד עדותו ב"ד מאמינים למיגו, א"כ ב"ד כביכול אומרים ללוקח שהוא טועה בעדותו ובאמת יש כאן מיגו, וממילא הם אומרים לו שהמוכר נאמן ויוכל לטעון כך, ואף שהוא יודע שאינו כן, אינו אלא טועה, והוא יכול לטעון את מה שבפה המוכר.

ואין להקשות דהא הוא לעצמו יודע שאין כאן מיגו, וא"כ הוא מחזיק בקרקע בגזל, זה אינו, כיון שזה כבר נתבאר באורך בבי' דדעת הרשב"א, שאין כאן חשש אמיתי בדיני גזל, כיון שכל החשש שהוא משקר זה רק מצד התובע, ואין שום ברירות שהתובע צודק, ולכן כלפי האמת לא מוטל על הלוקח להחזיר את הקרקע לתובע, רק שאם ב"ד היו פוסקים כהתובע, הרי הוא היה צריך לתת לו את הקרקע, אף שהוא לא חושש לדברי התובע, כיון שלמעשה כך ב"ד פסקו, ואין לזוז מדבריהם, אבל כיון שכאן ב"ד כן מאמינים למיגו, וביותר שהם סוברים שהלוקח טועה, והמיגו מועיל אף בשבילו, א"כ שפיר אפשר להשאיר את הקרקע בידו, ונמצא שיכול להשאיר את הקרקע בידו, בין מצד האמת לפי ידיעתו, ובין מצד ב"ד.

הבה"ח משה בריזל הי"ז והר"ר חיים יצחק טרבילו הי"ז  
דף לב.

ההוא דאמר לחבריה וכו' אמר ליה שטרא זייפא הוא גחין לחיש ליה לרבה וכו'

אבל במסקנת הגמ' פירש תוס' ד"ה  
והלכתא את פסק רב אידי בר אבין  
דהלכתא כוותיה דרבה בארעא והלכתא  
כוותיה דרב יוסף בזוזי דכשרוצה להעביר  
ממון ממקומו דהיינו להעבירו מיד  
המוחזק אז לא אומרים מיגו משום שזה  
מיגו להוציא.

ומשום כך בארעא דרצה רק להחזיק  
אע"פ שלא היה לו חזקת ג' שנים סבר  
כרבה דהוי ליה מיגו ולא אמרינן שזה מיגו  
להוציא משום שזה בידו ואינו רוצה בכח  
המיגו להעבירו אצל מי שאינו מוחזק בו  
אלא להשאיר את השדה במקומו וכי האי  
אין אומרים שזה מיגו להוציא אלא מועיל  
מיגו אבל בזוזי שרצה לתבוע לו ממון סבר  
כרב יוסף דאין אומרים מיגו משום שרוצה  
להעביר את הממון מרשות המחזיק ליד  
המלווה והוה מיגו להוציא ומיגו להוציא  
לא אמרינן.

ורשב"ם כתב פירוש אחר.

ויש לדון אליבא דתוס' במקום דיש  
מיגו להמערער ואין למחזיק חזקת ג' שנים

ההוא דאמר לחבריה וכו' אמר ליה  
שטרא זייפא הוא גחין לחיש ליה לרבה  
וכו' אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא  
מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקיט  
האי בידאי כל דהו. ונחלקו בגמ' רבה ורב  
יוסף, רבה סבר דהוי מיגו דאי בעי אמר  
שטרא מעליא הוא, ורב יוסף סבר דהאי  
שטרא חספא בעלמא הוא וליכא מיגו.

וכן נחלקו לגבי מעשה בשטר חוב  
דאיתא בגמ' ההוא דאמר וכו' גחין לחיש  
ליה לרבה וכו' וגם כאן נחלקו רבה ורב  
יוסף דרבה סבר דהוי מיגו ורב יוסף סבר  
דהאי שטרא חספא בעלמא הוא וליכא  
מיגו.

להלכה אמר רב אידי בר אבין  
שבמקום של שנוי רשות אין אומרים מיגו.  
ובתחילה רצה תוס' ד"ה אמאי  
להעמיד את המחלוקת במיגו להוציא  
דלרבה מיגו להוציא אמרינן ולרב יוסף  
מיגו להוציא לא אמרינן, וזה לפירוש אחד  
בתוס' והביא שם עוד פירושים.

שאולי אפשר לומר דכיוון שזה ביד המחזיק אז אין אומרים מיגו משום דבכח המיגו רוצה להעביר את השדה מיד המחזיק לידו ומשום כך זה נחשב מיגו להוציא ומיגו להוציא לא אמרינן או נימא שזה לא מיגו להוציא משום שיש להמערער חזקת מרא קמא ואין זה להוציא אלא להחזיק אע"פ שהקרקע נמצא ביד המחזיק ורוצה להעבירו מ"מ יכול משום שיש לו חזקת מרא קמא.

שאימתי אומרים שכשרוצה להעביר ממון נחשב למיגו להוציא רק כשרוצה להעביר ממי שמוחזק בו למי שאינו מוחזק בו אבל כשרוצה להעביר ממי שאינו מוחזק למי שמוחזק מועיל מיגו ולא אמרינן שזה מיגו להוציא אע"פ שמעביר ממון מיד אל יד משום שכיוון שהמחזיק אינו מוחזק ומעביר את הממון ממי שאינו מוחזק למי שמוחזק זה לא נחשב להוציא ומתוס' דף לה: ד"ה ואי דלי ליה משמע דהוי ליה מיגו ולא אמרינן שזה מיגו להוציא מזה שתוס' מקשה שיהא נאמן במיגו דאי בעי אמר לפירות הורדתיו ותוס' אינו מתרץ דהוי מיגו להוציא ולא מועיל מיגו בכי האי גוונא משום שרוצה להוציא את הקרקע מיד המחזיק, משמע דאין זה מיגו להוציא והיינו שכיוון שאין

למחזיק בה חזקה של ג' שנים אין זה מיגו להוציא אלא להחזיק אע"פ שרוצה להעביר את השדה מיד המחזיק ליד המרא קמא מ"מ יכול להעבירו לידו במקום שאין למחזיק בה חזקת ג' שנים משום שהמחזיק אינו נחשב למוחזק והמיגו אינו מעבירו אלא ליד המוחזק.

אבל במקום שיש למחזיק חזקת ג' שנים נראה שלא יועיל להמערער טענת מיגו משום דהוי ליה מיגו להוציא וכן מוכח מתוס' בבבא מציעא דף קי. ד"ה אמר ליה רבינא לרב אשי שתוס' מקשה על הגמ' שהמערער נאמן בטוען לפירות הורדתיו ומקשה אם כן לעולם יהיה בעל הקרקע נאמן לומר שבגזל הוא בא מיגו דאי בעי אמר במשכנתא היה אצלך או לפירות הורדתך ומתרץ שאינו נאמן לעולם משום שזה מיגו להוציא כיון שאכלה שני חזקה.

ובמקום שיש למערער מיגו שבטענתו הוא רוצה לערר את החזקה של המחזיק כלומר שטוען שחזקתו אינה חזקה משום דלא החזיק בה המחזיק כראוי ונראה שיועיל לו מיגו בכי האי ואפשר להביא ראיה לזה מהמעשה בדף כט: בשוכני גוואי שרב נחמן שאומר זיל ברור אכילותך בוודאי יהא נאמן שהרי

נאמן גם בלא המיגו אבל אפ' לרבא דאמר המוציא מחבירו עליו הראיה נראה דגם יהא נאמן וכיון שהמיגו זה הראיה ומשום שיש לו ראיה לדבריו יכול לערר את החזקה

ולכאורה קשה מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר מכך שתוס' בבבא בתרא דף נב: מקשה שיהא המרא קמא נאמן בטוען גנובים מיגו דאי בעי אמר שאולים הם ומתרץ לאחד מן התרוצים ולמה"ר דוד נראה דלא מהימן במיגו דהוי מיגו להוציא אע"פ שנוטל דמים שהוציא ולכאורה קשה הרי למחזיק אין חזקה משום שזה דברים העשויים להשאיל ולהשכיר ומיד כשהמרא קמא טוען שאול חייב להחזיר לו ומשום דאין לו חזקה, וראינו בתוס' בבא בתרא דף לה: ד"ה ואי דלי ליה דהא במקום דאין למחזיק חזקת ג' שנים יש להמערער מיגו ולא אמרינן שזה מיגו להוציא כנ"ל וקשה למה בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אומר תוס' דלא הוי ליה מיגו משום דהוי מיגו להוציא ולכאורה אין זו מיגו להוציא משום דאין למחזיק בה חזקה

ונראה לומר שיש לחלק בין מטלטלין לקרקעות שבמטלטלין אנו רואים אותו כעין מוחזק אע"פ שאינו מוחזק כלומר נכון

הוא שאינו מוחזק לגמרי שכשהמרא קמא טוען טענת שאילה או שכירות נאמן המרא קמא להוציא מידי ואינו טענה להוציא אבל כל זמן שטוען המרא קמא טענה אחרת אינו נאמן ויש למחזיק חזקה בו והיינו שזה נמצא בידי אע"פ שמדין אין חזקה לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אנו רואים אותו כעין מוחזק ומשא"כ בקרקע שהקרקע נשאר במקומו ואין בו דין תפיסה ולמחזיק אין עדיין חזקה אז הקרקע לא יצא מיד המרא קמא ולא נתחלפו הבעלים כל זמן שהמערער טוען שהן שאולים רואים את המרא קמא כרוצה להחזיק ולא להוציא.

וזה רק לתירוץ אחד בתוס' דף נב: אבל לתירוץ אחר בתוס' שם נקטו התוס' שזה לא מיגו להוציא.

שלפי תירוץ זה נראה דאין חילוק בין מטלטלין לקרקעות ולא כמו שרצינו לישב לעיל אלא שמטלטלין כקרקעות כלומר שהוא לא נקרא מוחזק מזה שהוא מחזיק בה ואע"פ שהמחזיק מחזיק את החפץ בידו ממש ואפ' המרא קמא אינו נאמן להוציא מידי אלא בטוען שאולים או שכורים הם מ"מ אין רואים אותו כמוחזק משום שזה דברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואין לנו בהחזקתו כל ראיה שזה

שלו אלא שזה כמו קרקעות שכל זמן שאין למחזיק חזקה אמיתית אינו מוחזק בה כלל.

הבה"ח משה בריל בוקשפן הי"ז  
דף לב.

**בביאור שיטת הר"י מיגאש בסוגיא דרבא בר שרשום ובדין תרי מיגו**

בחיי אביהם ולא לאחר מיתה כיון שאין חזקה לנכסי קטן, ולכן כ' דמיירי גם שהיו לו עוד חזקת ג"ש בחיי אביהם, ולכן יכול היה לטעון לקוחה היא בידי שאז יהיה לו חזקה שיש עימה טענה ונהיה מוחזק בהקרקע, ולכן רצה לכבוש השטר ולטעון זוזי אחרינא אית לי גבייהו במיגו דלקוחה ונאמן, וע"ז טען אב"י שמיגו נגד קול אין מועיל וצ"ב מה הטעם ויבואר בעזה"י להלן. אמנם בר"י מיגאש ב' באופן אחר, שלא היו ליתומים עדים שהקרקע היתה של אביהם וגם לרבא לא היו עדים שהחזיק ג"ש קודם מיתת אביהם, ומ"מ צריך למיגו. כיון שע"י שטוען שיש לו מעות אצל יתומים ולכן מחזיק הקרקע, א"כ מודה הוא עצמו שהקרקע היא של אביהם וצריך טענה מוצדקת להוציא מהם. דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי. וכיון שיש לו מיגו שהיה יכול לטעון לקוחה היא בידי נאמן ג"כ בטענתו שיש לו מעות אצלם. ונאמן בזה בטענתו, ולפי"ז יוצא לנו שמיגו מועיל בכה"ג שהודה בעצמו להוציא מהמור"ק

א' בגמ' רבא בר שרשום נפק עליה קלא דקא אכיל ארעא דיתמי א"ל אב"י אימא לי איזי וכו' א"ל ארעא במשכנתא הוה נקיטנא מאבוהון וכו' אמיא אי מהדרנא וכו' עד וכי גדלי יתמי אשתעי דינא בהדייהו.

מבו' בגמ' דרבא בר שרשום אכל קרקע של יתומים והיה לו שטר וגם היה לו חוב אצלם וכיון שאין יכול לפרע מנכסי יתומים אלא בשבועה והם היו קטנים וצריך להמתין עד שיגדלו, לכן רצה להעלים השטר ולטעון שיש לו חוב אצלם ויהיה נאמן במיגו שיכול לטעון לקוחה היא בידי, וא"ל אב"י כיון שיצא קול שאתה אוכל קרקע של יתומים אין מועיל המיגו שלך ולכן צריך אתה ממילא להמתין עד שיגדלו, עכתו"ד הגמ'.

ונח' הראשונים בפרטי המעשה:

בר' יונה כ' שהיו ליתומים עדים שהקרקע היתה של אביהם וא"כ חשובים כמור"ק, ואין יכול רבא בר שרשום להיות מוחזק בקרקע אלא ע"י חזקת ג"ש - דהיינו עדים שהחזיק ג"ש

שנהיה ע"י הודאתו [וכבר דנו בכה"ג הרמב"ן והראב"ד לעיל ל.] וא"ל אב"י שכיון שהמינו הוא נגד קול שמסייע להיתומים א"כ אין לו מינו ונשאר הודאתו וצריך להמתין שיגדלו כדי להשבע ואז יוכל לטעון שיש לו מעות אצלם ויגבה מהקרקע.

ותחילה נבאר סברת רבא בר שרשום שיועיל המינו בכה"ג ואח"כ נבוא לבאר מה שטען לו אב"י:

הנה ברמב"ם פ"ד מהל' טוען ונטען ה"ח כ' בד' הר"י מיגאש שבאופן שאין לו עדי חזקה ואין עידי מר"ק, ויש קול שאוכל מנכסי יתומים וטוען שיש לו אצלם מעות אין לו מינו נגד הקול, וכשאין קול נאמן במינו דלקוחה, ובה"ט כ' שאם יש לו עידי חזקת ג"ש ויש עידי מר"ק אפי' אם יש קול, מהני המינו שיהיה מוחזק בקרקע כבעלים. מבו' מדבריו שס"ל כהר"י מיגאש שבגמ' מחלקים בין יש קול לאין קול וכשי' אב"י כמו שנפסק להלכה, והרשב"ם כ' החילוק באופן שאין עדים, וכשי' הר"י מיגאש.

ובראב"ד השיג עליו בכמה קושיות חדא שהרי טענת לקוחה בעצמו אינו נאמן לטעון מכח עצמה שהרי הודה שקרקע זו היא שלהם אלא צריך להגיע למינו שהיה יכול לטעון לא היו דברים מעולם, וכיון שכן היה לו להרמב"ם לומר שנאמן לטעון שיש לו מעות גבי יתומים

מינו דלהד"מ ואי"צ לומר מינו דלקוחה שהיא במינו דלהד"מ.

ובאבן האזל בי' דעת הרמב"ם שאין לו מינו דלהד"מ כיון שהיא טענה גרועה יותר שיודע שאפשר להכחישו, ומ"מ לקוחה במינו דלהד"מ נאמן כיון שאי"ז מינו רגיל אלא הפה שאסר הוא הפה שהתיר, שהוא אומר שהקרקע היתה של אביהם אולם הוא אומר שלקח מהם הקרקע ושייכת עכשיו לו, אך ק' ע"ז דמדוע אין פ"ש על טענת זוזי אית לי גביהו במינו דלהד"מ, ונראה דפ"ש היינו באותו ענין כגון לקוחה ולהד"מ ששניהם אומרים שהקרקע שייכת עכשיו לו, ולא היתה הודאה שהקרקע שלהם אלא היא שלו אך משום טענה אחרת [וכמו שבי' ברעק"א סברת פה שאסר שלא שומעים הודאה מדבריו אפי' שבאמת הודה] אך טענת חוב ולהד"מ הם ב' סוגי טענות דהודה שהקרקע שלהם עכשיו, אלא יש לו טענה שצריך לגבות חוב ע"י הקרקע חזו היא טענה צדדית (שהרי זה רק משום שעבוד) ובזה אין שייך פה שאסר שהרי הודה במציאות והודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ולכן צריך להגיע למינו דלקוחה שהיא עצמה אין נאמן אלא במינו דלהד"מ [בפה שאסר].

ועתה נברר תחלה הדין בתרי מינו באופן שנאמן ע"י טענה שהיא עצמה אין נאמן אלא

במיגו. ובאופן שאין לו מיגו ישיר מטענה ראשונה, ונידון זה מוזכר בכמה מקומות בראשונים ובאחרונים, כמובא להלן ואח"כ נבוא לבאר לפי"ז מה היא הדין כשטענה שניה נאמן ע"י פה שאסר והאם יהיה ראיה מד' הר"י מיגאש והרמב"ם לדעות שמועיל תרי מיגו.

הנה בקידושין מג: כ' התוס' בד"ה לעולם קסבר וכו', דלמ"ד המלוה חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים באופן שמסר לשלוחין להוליך מעות להחזיר חוב שהוי פקדון גביהו וגבי פקדון לכו"ע אמרי המפקיד אצל חבירו בעדים אי"צ לפורעו בעדים ויכולים לומר החזרתו במיגו דנאנסו וא"כ נאמינם לומר פרענו במיגו דהחזרתו, ואע"פ שהחזרתו נאמן רק ע"י מיגו דנאנסו. מבואר לכאורה דאמרי תרי מיגו. אמנם במהרש"א שם נראה שהבין שהיה שייך לומר פרענו במיגו דנאנסו ולא היה להתוס' לומר מיגו דהחזרתו במיגו דנאנסו. שהק' מדוע כ' התוס' מיגו דנאנסו. והניח בקושיא.

ובפני יהושע שם ביאר שאינם יכולים לטעון פרענו במיגו דנאנסו. כיון שא"כ הם נחשבים בעלי דבר שנאנסו חשוב בע"ד ואין יכולים להעיד שהרי ב"ד נזקקין לשבועה בטענת נאנסו. והביאור בזה שבטענת נאנסו התביעה עוברת אליהם שנעלם כשהיה אצלם שהרי הודו בזה, וחשובים בע"ד, אולם בטענת

החזרת, אין התביעה עליהם שטוענים שהחזירו ואינם בע"ד, וע"ז תי' התוס' שגם בהחז' יש שבועה כיון שנאמן רק ע"י מיגו דנאנסו וצריך שבועה בכה"ג גם על טענת החזרת [כמבואר במסכתין בדף ע:]: ולכן חשובים ג"כ בע"ד ואינם נאמינים להעיד.

מבואר בדברי הפ"י שס"ל - עכ"פ בדעת התוס'. שאמרי תרי מיגו אפי' באופן שאין נאמן ישיר וע"י טענה ראשונה וכן מבואר שם בעוד כמה אחרונים.

וכן בבעל העיטור מפורש דכי היכי דאמרינן חד מיגו אמרי' נמי תרי מיגו וכן משמע בר' יונה מא: שכ' דאמרי' תרי מיגו אך יתכן לפרש דבריו שם באופ"א ואכ"מ. אולם מלשונו שכ' דאמרי' תרי מיגו [כמובא בשיטמ"ק] נראה דס"ל דאמרי' תרי מיגו.

ובביאור דעת הראשונים המובאים לעיל שסוברים שאומרים תרי מיגו, נראה בפשטות כיון שבמציאות יכול לטעון את הטענה השניה אע"פ שאינה מכח עצמה, מ"מ הרי יש לו מיגו שהרי יכול להפטר ע"י טענה זו וצריך ראיה שטוען אמת, וכן אם אומרים שמיגו הוא כח זכות טענה הוא שייך ג"כ כאן שיש לו כח לטענה שניה, וה"ז בר"י מיגאש וברמב"ם בסוגיין כ"ש שמוכן הסברא כיון שהוי פה שאסר וזה אלים יותר ממיגו כמבואר ברעק"א שאין שומעים כלל הודאה בדבריו.

אמנם מציעו כמה חולקים ע"ד הראשונים האלו שס"ל שאמרי' תרי מיגו, דהרדב"ז בשו"ת ח"א תשובה ח"ז ביקש שם השואל מה הם דיני המיגו וכ' לו הרדב"ז בקצרה וא' מן הכללים כ' חד מיגו אמרי' תרי מיגו ל"א, אך שם עצם התשובה אינה מבוארת לגמרי שעירב שם בהמשך דבריו דינים של המלקט פאה שנח' בזה בגיטין רבנן ור"א אם אמרי' תרי מיגו ושם פוסקין כרבנן שלא תרי מיגו ואין זה שייך לדין מיגו שבטוען ונטען.

ובמהר"ם מרוטנבורג בדף לט: הביא דהרי מבואר בדינא דגמרא שהמערער ג"פ כל פעם בטענה אחרת אין יכול להוציא הקרקע אפי' ערער בתוך ג' בפעם ראשונה ולא ישב המוחזק בקרקע ג"ש בלא מחאה, והק' שם מדוע אין לו מיגו שיכול היה להשאר בטענה שניה במיגו שהיה יכול להשאר בטענה ראשונה, וברשב"ם כ' דהוחזק כפרן אך המהר"ם מרוטנבורג לא ס"ל הכא ות' או דמיגו להוציא ל"א או דחד מיגו אמרי' תרי מיגו ל"א מבו' מדבריו שס"ל שלא תרי מיגו באופן שאין לו מיגו ישר לטענה ראשונה כמו הכא [יצוין שס"ל הכא אפי' שמיעו כזה הוא מיגו דאי בעי שתיק והוא מיגו אלים יותר, שהתוס' בב"מ ב. כ' דבכה"ג אמרי' מיגו להוציא, אולם המהר"ם בעצמו בתירוץ הראשון חולק על

דעת התוס' שם, מ"מ עצם המיגו הוא יותר אלים].

ובמיוחד לריטב"א ב"מ פא: בעובדא דנהר פקוד, שדנים שם אם מת במים או לא הק' שם הריטב"א שנאמנהו שלא היה שם מים במיגו שיכול לומר שלא מת במים, במיגו שיכול לומר שלא הלך שם כלל [ויתכן שאין לו מיגו ישיר שירא לטעון הרבה רחוק מן האמת שלא יגלו שדבר שקר, וכעין סברת האבן האזל] וכ' דצ"ע אי אמרי' תרי מיגו.

ושיטה זו של"א תרי מיגו תמוה ביותר דהרי יש לו מיגו ע"י טענה שיכול לטעון כמו שביארנו בדעת הראשונים שהביאו לעיל שסוברים שאמרי' תרי מיגו. ובפרט אי ס"ל דמיגו הוא ראיה שטוען אמת הרי יש כאן ראיה.

ונראה ע"פ מה שביארו מקצת אחרונים בגדר מיגו, שעצם הדבר שאפשר לטעון טענה אחרת מגרע את התביעה ומועיל טענה גרועה נגד תביעת התובע, וא"כ בנידו"ד שטענה זו שמכוחה יש לו מיגו אינה טענה אלימתא יתכן שאין בכחה לגרע טענת התובע ואין לו מיגו, וטענה ראשונה הרי אין יכול לטעון כמו שביארנו בכל האופנים שהובאו לעיל, שלכן צריך לתרי מיגו.

ונראה עוד אפי' ס"ל דמיגו הוא ראיה ואג"ס שטוען אמת, מ"מ יתכן לבאר ע"פ קו'

העילוי ממיציט הידועה, שהק' שכל מיגו לאחר שיודע שיש לו מיגו הרי טוען מתחילה טענה גרועה זו כיון שיודע שנאמינו, וא"כ אין כבר ראיה שטוען אמת.

ותי' שאה"נ שנהיה גלגל החוזר שאם אין כבר ראיה הרי לא יטעון כבר טענה זו וחזרה ראיה למקומה וא"כ חזרה לטעון כך וחוזר חלילה, ולכן באופן כזה מוקמי' לממון במקומו ולכן ל"א מיגו להוציא רק להחזיק שמאלם עצמו במה שמחזיק הממון, ולפ"ז ניחא שכל מיגו רואים אותו מוצדק בממון שמחזיק דווקא אחר שטוען כן שנהיה כל החשבון של גלגל החוזר וראיה באופן כזה מועיל להחזיק, אך קודם שטוען אין רואים אותו דובר אמת, ולכן אין מיגו על דבר שנאמן רק ע"י מיגו שאין רואים שייכול לטעון טענה זו, וגם באופן זה הוי גלגל החוזר התלוי על צד אחד בגלגל החוזר שהיה לו בטענה השניה אם היה טוען כן, ולכאורה זה לא שייך להאמינו בכה"ג.

ודעת הראשונים שס"ל שאמרי' תרי מיגו, נראה ע"פ מה שאי' בתשו' הרא"ש על קו' העילוי ממיציט שאפי' שיודע שנאמינו בטענה זו ע"י מיגו מ"מ הטענה הראשונה נראית יותר טובה וני' לו לטעון אותה שהרי גם בזה נאמינו ומ"ל לשקר ונשאר הראיה שדובר אמת.

אך יש לציין שתירוצו של העילוי ממיציט אזלה רק לשי' התוס' של"א מיגו להוציא, אך לשי' הרמב"ן שאמרי' מיגו להוציא צ"ל כתי' הרא"ש. והר"י מיגאש ס"ל כהתוס' דל"א מיגו להוציא וא"כ יכול לומר כהעילוי ממיציט אך בסוגיין לכאורה מבואר שס"ל שאמרי' תרי מיגו.

ובאמת נראה שאין תלוי זב"ז שבסוגיין מיירי בפ"ש ובודאי שבפ"ש אין דין גלגל החוזר אפי' לד' העילוי ממיציט ובודאי שמועיל תרי מיגו בכה"ג לכו"ע.

ולפ"ז תמוה שבגידולי תרומה הק' ע"ד הרמב"ם של"א תרי מיגו כנודע. והיינו אף בפ"ש, ואפי' שאין בזה גלגל החוזר כמבואר ברעק"א שפה שאסר היינו שאין אנו שומעים הודאה מפיו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. ונראה שהוא למד כהבי' הראשון שהבאנו שמיגו הוי כח טענה שמגרעת התביעה. ועדיין נצטרך לדחוק שגם בפ"ש, כיון שעצם הטענה אינה טענה אלימה אלא ע"י פ"ש שהרי באמת הודה מתוך דבריו, לכן לא מגרע טענת התובע ואין שייך מיגו.

וכן יש לדייק בדבריו שכ' דל"א תרי מיגו כנודע, וצ"ע היכן נודע, וכי ד' המהר"ם מרוטנבורג והרדב"ז זה מקרי נודע והלא בכמה ראשונים מפורש דאמרי' תרי מיגו, ונראה שרצה לדמות להגמ' בב"מ ט: שנוח ר"א

ורבנן אי אמרי' בפאה מיגו דאי בעי מפקד נכסיה וחזי ליה ומגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה דרבנן ס"ל דלא אמרי' תרי מגו וכן נפסק להלכה, וזהו כנודע והשתא אי ס"ל שמייגו הוא ראיה הרי השואה זו אין לה שחר, אך אם נאמר כמו שביארנו שהוא כח טענה, אפי' שתלוי בריעותא בטענת התובע, מ"מ שייך להשוות שהרי זה כח מטענה לטענה וב"פ להעביר כח זה ל"א כמו פיאה, ועדיין צ"ע בהשוואה זו שהם ב' דינים חלוקים.

היוצא לנו מדברינו שיתכן דעת הר"י מיגאש והרמב"ם דבעלמא ל"א תרי מיגו ובפ"ש אמרי' [וכן ברמב"ם פי"א משכירות ה"ח גבי אומן כ' כה"ג ושם הוי ג"כ פ"ש], אך בגידולי תרומה הבין שגם בפ"ש ל"א תרי מיגו, ולכן הקשה ע"ד הרמב"ם מדוע מועיל תרי מיגו בסוגיא דידן.

איברא דגם המהר"ם מרוטנבורג מיירי באופן שנאמן בטענה שניה ע"י פה שאסר גבי ערער וחזר וערער שהוא הודה שאי"ז מטעם טענה שטען וטוען טענה אחרת, והוא כ' דאין מועיל בכה"ג תרי מיגו וכדעת הגידולי תרומה. ויש לדון בדעת הר"י יונה שחולק על דעת הר"י מגיאש והרמב"ם, וס"ל שהיה לו לרבא בר שרשום עדות חזקת ג"ש בחיי האב והיו ליתומים עדים שהקרע הייתה של אביהם.

ואין לומר שחולק עליו על ענין תרי מיגו וס"ל שאינו מועיל אפי' במקום שיש פ"ש, וכסברת הגידולי תרומה והמהר"ם מרוטנבורג, שהרי בדף מא: משמע בר' יונה שס"ל שמועיל תרי מיגו אפי' במקום שאי"ז משום פה שאסר.

ונראה שחולק על הדין השני של הרמב"ם ומכח זה חולק על מהלכו בסוגיין, שבהלכה ט' כ' הרמב"ם שבאופן שיהיו לו עדים על חזקת ג"ש בחיי האב ולהם עדות מר"ק אפי' יהיה קול יועיל לו המייגו וע"ז חולק ר' יונה וס"ל שע"י הקול מרע המייגו והרי הודה והודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ועל טענת זו יצטרך להישבע וימתין שיגדלו היתומים וכטענת אב"י, וצ"ל לבאר במה נחלקו.

והנה בר' יונה ביאר שהקול מועיל שהמערער אי"צ למחות שסמך על הקול, שלא יאבד שטרו בדבר שידוע לרבים שאינו שלו, ולפי"ז גם כשיש עדים אין לו מיגו שאין לו חזקה כלל, ואפי' החזיק ג' שנים קודם הקול עדין יש לטעון כטענת התוס' שהר"ז מיגו דהעמה נגד הקול ומיגו דהעמה ל"א.

ובדעת הרמב"ם שסובר שחשיב מיגו צ"ל שחולק

על סברות אלו, שסברת רבינו יונה היא סברא מחודשת שהרי הוא יכול לטעון שלא חשש להחזיק נגד הקול ולאבד שטרו, שהרי

כשאין עדים במקום קול אין לו מיגו שחשוב מיגו דהענה כיון שאין לו עדים שאומרים כטענתו והתו' ס"ל שכיון שמ"מ טוען נגד קול אע"פ שיש לו עדים עמו נח לו לטעון כן ואין לו מיגו כיון דהוי מיגו דהענה.

קול אינו מספיק להוציא ממנו א"כ אין אך להוציא ממנו. ועל טענת תוס' י"ל שכיון שהוא בא מכח עדים א"ז חשוב מיגו דהענה, שהרי יש לו עדים שטוענין כמוהו ששייך השדה לו ואין חושש לטעון נגד הקול, וא"ז מיגו דהענה ולכן

**הבה"ח נפתלי וואלפין הי"ז**  
דף לב.

**בענין דין מוחזק פחות מג' שנים**

משום דאמר' מיגו לאוקומי ממונא ואית לן לאוקומי ארעא בחזקת מרא דקיימא השתא ע"כ. הרי שמבואר כאן בסוגין דכל המוחזק בקרקע אפי' קודם שלש שנים אין להוציא ממנו הקרקע, ובפשטות נראה לפי שהוא מוחזק, ואפי' לשי' הרשב"ם במהלך הסוגיא שכתב מספיקא הלכתא כרבה משום דבספיקא דדינא דמספקא לן דינא כמאן התם לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרא קיימא ונוציא מיד המוחזק. גם אפשר להביא ראיה לזאת שהרי הדין הוא דמוחזק עדיף ממור"ק, הרי דמבואר שמוחזק יחשב, ובאמת לפי ר"י בר' מרדכי בתוד"ה אמאי בשי' ר"י, דס"ל לר"י שהכא אין שייך מיגו לפי דחשוב מיגו להוציא. נראה שנו' בזה עם

בגמ' ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתה והא שטרא, א"ל שטרא זייפא הוא. גחין לחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקיט האי בידאי כל דהו, אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר שטרא מעליא הוא א"ל רב יוסף אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא. ובמסקנא דשמעתתא אמר רב אידי בר אבין הלכתא כוותיה דרבה דהיכא קיימא ארעא תיקום.

וברשב"ם ד"ה א"ל שטרא זייפא הוא. וגם שני חזקה לא החזקתי. ובתוד"ה והלכתא כוותיה דרבה כתב ונראה לר"י דהיינו טעמא דהלכתא בארעא כרבה וכרב יוסף בזווי

רב אידי בר אבין ולדידיה סבירא שאין המחזיק פחות מג' שנים חשוב מוחזק.

ודין זה יש להוכיח מעוד הרבה סוגיות במס' ב"ב וביא מקצת מהם, וכבר ציין לזאת רעק"א בגליון הש"ס, לסוגיא לקמן בדף מ: שהנותן מתנתא טמירתא לחבירו לא קנה. ונח' במה חשוב מתנתא טמירתא, ובסוף הסוגיא מיבעיא בגמ' (מא.) סתמא מאי וקאמר בגמ' רבינא אמר לא חיישין ר"א אמר חיישין "והלכתא חיישין" ע"כ. וברשב"ם ד"ה חיישין לטמירתא ולא מגביין בה "זאי מגביין לו מהדרין עובדא והיינו דלא קאמר ר"א דלא מגביין אלא חיישין דספק הוא והיכא דקיימא ארעא תיקום" עכ"ל. הרי שמבואר שהמחזיק בה אפי' פחות מג' שנים חשוב מוחזק ואין להוציא מתחת ידו.

וכן מציעו דלכאו' דין זה תלוי במח' ראשונים, שרעק"א בהגהות על שו"ע סי' פ' סק"א הביא, מה שכתב המהרח"ש בדין שאם טוען וחוזר וטוען, ונתבאר בשו"ע שבטוען מפטור לפטור מקבלין טענתו. וכתב המהרח"ש שכ"ז בנתבע אך תובע אפי' מפטור לפטור אין טוען וחוזר וטוען. וביאר בזה מח' ראשונים לקמן לט: דאמר בר קפרא ערער וחזר וערער וחזר וערער, אם מחמת טענה ראשונה ערער אין לו חזקה ואם לאו יש לו חזקה. וברשב"ם ד"ה ערער פי' דאיירי בין

במוחה בסוף כל ג' וג' שצריך למחות באותה טענה. וה"ה למוחה ג' מחאות בתוך שלש שנים משני טענות המכחישות זו את זו דאין כאן מחאה כלל לא ראשונה ולא אחרונה והויא חזקה לסוף ג'. ואילו ברא"ש סי' כ"ט כתב דלא נהירא לי דאין אדם מוחזק כפרן אלא ע"פ עדים אבל אם טוען שתי טענות לפני ב"ד המכחישות זו את זו לא נתבטלו אותן הטענות אלא בוחר איזה מהן שירצה ויכול הוא לומר טעיתי במחאה ראשונה עכ"ל. וכתב המהרח"ש דבזה נח' הרשב"ם והרא"ש, שהרשב"ם ס"ל שהמערער חשיב תובע מאחר והמחזיק נתבע. שהמחזיק בקרקע אפי' פחות מג' שנים חשוב מוחזק, והמערער תובע הימנו הקרקע ולהכי אין יכול לטעון מטענה לטענה אפי' מפטור לפטור. והרא"ש ס"ל שהמחזיק פחות מג' שנים אינו מוחזק רק נשאר בחזקת מר"ק, נמצא שהמערער נתבע ויכול לטעון מטענה לטענה מפטור לפטור. ובאמת קשיא דלכאו' הרא"ש נסתר מהגמ' כאן שהמחזיק פחות מג' חשוב מוחזק.

אך קשה מאד שי' ר"א דהא קתני במתני' כת. חזקת הבתים ג' שנים והנה כאן מציעו דאף בפחות מכן נעשה מוחזק ואפי' לומר שבתורת תפיסה היא בידו ומשו"ה אין מוציאין מידו ג"כ אין נראה, שידוע דברי התוס' בב"מ קג. ד"ה פרדיסי שכתב שקרקע בחזקת בעליה עומדת

ואין שייך בהתפיסה<sup>31</sup> א"כ הדרא קושיא לדוכתה, אמאי אין מוציאין מידי המחזיק פחות מג' שנים.

ובברכת שמואל סי' ל' הוכיח מסוגין ומסוגיא דשכונא גוזאי דקאמר התם רבא דהואיל וספק הוא אם הוי חזקה, הואיל ולוקח קם בנכסיה אין מוציאין מידו, יסוד גדול שאפי' שכתבו התוס' דאין תפיסה בקרקעות מ"מ שייך תפיסה כל שהיא דמועיל.

ובביאור הדברים נראה שהוא יסוד גדול דאפי' שאין נעשה מוחזק, מ"מ הואיל ובמציאות הדברים תפוס בה אין חשוב מוציא. לפי שישנם הרבה טענות שיש לבע"ד ואין בכולן נאמן. ויש אשר אם מחזיק לעצמו נאמן בטענה זו, ואם בשביל להוציא אינו נאמן בטענה זו. והכא הואיל לתפוס בה תועיל טענותא בכדי להחזיקו. ובכל מקום נצטרך לדון איזה טענה יש שבשבילו אין מוציאין מתחת ידו. והא דקאמר התוס' בב"מ שאין תפיסה בקרקעות היינו שאין דיני תפיסה כגון תפיסה בטענת ברי דמהני לכמה ראשונים. וכן תפיסה ברשות או תפיסה קודם שגולד הספק ותפיסה בהיתה שכתבו התוס' בב"מ ו: ד"ה פטר ממזנו בממון כהן דמהני, לפי שהתם רוצה לתפוס בכדי ליחשב מוחזק, וזה ודאי לא

מהני שקרקע בחזקת בעליה עומדת. אך לתפוס בכדי להיות תפוס ושלא ליחשב מוציא הא ודאי מהני. שכן עדיין אינו מוחזק שהמוציא הימנו יחשב למוציא שכן המר"ק נאמן במיגו ולא חשיב מיגו להוציא.

והכא דמהני מיגו ולא חשוב נגד חזקת המר"ק. שמעתי לבאר ממו"ר הרה"ג ר' שמעון שיין שליט"א שהחסרון במיגו להוציא אינו שאין זה ראיה כ"כ בשביל להוציא, או שאין לה כח להוציא. רק הביאור הוא דמאחר שמיגו הוא כח בנאמנות בדין זה שמקבל הואיל ויש לו סמכות לטעון טענה אחרת בדין זה, א"כ אפשר לבאר שאחר אינו מחויב לנהוג ע"פ נאמנות שיש בשביל עצמו, שזה כח רק בשביל שינהג הוא עצמו בדין, אך אחר אין מחויב להאמינו, ולהכי אין מיגו להוציא. נמצא לפ"ז שכל הדין דמיגו להוציא הוא דין שבמציאות הדברים אם צריך שאחר ינהג על פיו או אין צריך, א"כ לפי דברינו הנ"ל מיושב שפיר שהכא מאחר שהוא הרי אין מוציא מתחת האחר שכן במציאות הדברים אין מוציא. וזה לפי ר"י ולפי הרשב"ם שהוא מחמת דדררא דממונא הוא שאין מוציאין מתחת ידי מי שהוא מוחזק השתא. ג"כ כנ"ל שהוא דין במציאות אם מוציאין או אין

<sup>31</sup> אמנם התוס' ב"ב דף סא: ד"ה ארענא חולק וס"ל דאף בקרקעות יש דין תפיסה.

מוציאין הכא שהוא תפוס אין חשוב מוציא מיד אחר לא מפקין מיניה בשביל לתת למר"ק<sup>32</sup>.

ובמתנתא טמירתא הוא ממש כדברי הרשב"ם הכא, וכפי שמציין רעק"א שהתם אפי' דלכאו' אין לו טענה מיוחדת שתועיל לו. מ"מ הואיל וספיקא בדינא הלכתא כמאן להכי אין מוציאין מן המוחזק בשביל לתת למר"ק<sup>33</sup>. ואפי' לשי' הרשב"א ורבינו יונה שבמתנתא טמירתא ובסתמא אפי' אי גבו מפקין מיניה, אי"ז משום שחולקין על היסוד הנ"ל רק דס"ל שהכא אין טענה מספקת אף בשביל להחזיק, ואפשר דפליגי על הרשב"ם ומה"ד בספיקא דדינא.

ומה שהביא המהרר"ש שנוח' הרשב"ם והרא"ש מי חשוב תובע ומי נתבע לענין אי יכול לטעון מטענה לטענה מפטור לפטור, דלרשב"ם המחזיק נתבע והמר"ק תובע ולרא"ש המחזיק תובע והמר"ק נתבע. ובפשטות קשיא דהכא מבואר שהמחזיק נתבע. לפי דברינו מיושב דהכא איירי שאינו מוציא כשיש לו טענה, אך לענין תובע ונתבע היא סוגיא אחרת מי חשוב תובע שיצטרך

לדייק בטענתו ומי נתבע. דבביאור הדבר שנתבע רשאי לטעון מפטור לפטור ביארו האחרונים לפי שיכול לומר שמתחילה הייתי דוחהו, ואח"כ סידר טענתו במה יפטר, אך בתובע אין שייך זאת שצריך שידע באיזה טענה בא עליו. והרשב"ם סבר שה"ז צריך המערער לידע באיזה טענה מוחה מקודם שיבוא למחות. והרא"ש ס"ל דהכא מקודם מוחה בכדי שידחה הלה מקרקעו ואח"כ יאמר לו מה טענתו. וזה אתי שפיר אם אינו מוחזק בקרקע. אך אם נאמר שהמחזיק מוחזק ודאי צריך לסדר טענתו שכן "מוציא" ממנו.

ולפי זה מובן מה שכתבו הראשונים בסוגיא דלא חציף (לג:) דבתוד"ה א"ה ארעא נמי ביאר שהקושיא היא שלא יצטרך להחזיר הפירות מה שאכל אך על הקרקע אין נאמן לפי שנאמן רק על העבר ולא על להבא. אך הרמב"ן והרשב"א כתבו שאף הקרקע תשאר בידו וז"ל "כיון דאיהו מוחזק בגוה לי המניה ואוקמוה היכא דקיימא" ע"כ. וכנ"ל שהואיל והוא תפוס בה אין חשוב מוציא והוי כמו על העבר שכבר בידו היא ונאמן בחזקה דלא חציף.

<sup>32</sup> ולפי מה דהקשינו לעיל בהערה 2 דאכתי למר"ק יש כח להוציא ממוחזק כזה, ניתן ליישב הכא באופ"א ע"פ מה שמביאים בשם החקרי לב דהכא שאני שבאמת היה כאן מתנה לפי הפשטות ורק הוא רוצה לטעון שלא נתן, זה טענה מעלייתא בשביל להחזיק.

<sup>33</sup> אכתי יש לדון לפי מה שמבואר מהרמב"ן שאף המר"ק אין חשוב מוציא ונאמן ע"י מינו, איכ אפשר שהכא חזקת המר"ק יכול להוציא מתחת ידי המוחזק השתא, שכן לשון התוס' היא שהכא דמספקא דינא כמאן לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מר"ק ונוציא מיד המוחזק. הרי שלפום ריהטא החסרון הוא במר"ק ולא מעלה במוחזק ולפי הנ"ל אין כאן חסרון זה.

אך על כל הנך קשיא מהגמ' לעיל דף ל"א. דקתני בגמ' זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר ר"נ אוקי אבילה לבהדי אבילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתיה. ולקמן בל"א: קאמר הדר אייתי סהדי דאבהתיה היא אמר ר"נ אגן אחתינן אגן מסקינן ע"כ.

ובשלמא לדברי הרמב"ן ופי' הראשון בתוס' שמי שבתחילה לא היה לו עדי אבות ואח"כ הביא, היה מוחזק בתחילה נוחא, שאפי' שהוא מוחזק עכשיו מ"מ מועיל רק שלא יחשב מוציא כשיש לו טענה אך הכא שאין לו טענה ודאי מחזירים למר"ק. ועוד שמר"ק ג"כ אין חשוב מוציא. אך לרשב"ם וכן פי' התוס' בפי'

השני שאין כאן מר"ק כלל רק תפוס כאן ואמאי נוציא מידו והלא תפוס הוא ואינו מוציא כלל מאחר א"כ תועיל לו תפיסתו. ובספר נעימות נצח אות ל' כתב שאכן הכא מצד דיני תפיסה ומוחזקות היה הדין שתשאר ביד המחזיק. אך הכא איכא דין מיוחד על ב"ד דהואיל והחזיקו בטעות לאחר ונמצאו מפסידין האחר. מוטל עליהם להחזיר הדין. וכן מדויק מהרשב"ם לקמן מג: ד"ה ואי בעית אימא שכתבו שלא היה לב"ד להחזיק יותר מחבירו, והוא ממש כדברים האלה שמצד ב"ד מחזירים טעותם. אך עדיין צריך עיון בזה דאי נאמר שמצד ב"ד יוכלו להוציא מתפוס בלא טענה אמיתית וצ"ע.

הבה"ח יוחנן ברש"י עהרנרייך הי"ז

דף לב. :-

## סוגית שטרא זיפא בענין מינו להוציא

יש מח' ראשונים האם אמרינן מינו להוציא או לא, השאלה נשאלת מהו הצד שלא אמרינן מינו להוציא. בדרך כלל ההסתכלות הראשונה של רוב האנשים שמינו אינה ראויה ברורה משום שאולי לא טען את הטענה הטובה משום שלא עלתה

בדעתו בשעה שרצה לטעון או שאולי אינו יודע כלל מטענה זו או שאולי יש לו סיבה שבגללה הוא רוצה לטעון דוקא את הטענה שהוא טוען עכשיו, ולכן לא אמרינן מינו להוציא משום שכאשר רוצים להפסיד

לאדם צריכים ראה ברורה. השאלה היא האם תשובה זו נכונה.

בא נבדוק לפי מה שמצאנו בסוגיין בענין מיגו להוציא.

בסוגיין נחלקו רבה ורב יוסף במעשה שהמר"ק בא לתבוע את הקרקע מהמחזיק והמחזיק השיב לו שיש לו שטר והמר"ק אמר לו שהשטר מזויף ולא היה לוראיה על זה, ואבן אח"כ המחזיק חזר בו והודה שהשטר מזויף אבל שטרא מעליא הוה לי ואירכס השטר האמיתי נאבד.

ובזה נחלקו רבה ורב יוסף, לרבה המחזיק נאמן במיגו שלא היה צריך להודות שהשטר מזויף לרב יוסף המחזיק אינו נאמן וכבר דנו בזה הרבה בסברת מחלקותם, ואח"כ בא רב אידי בר אבין ופסק הלכתא כותיה דרבה בארעא והלכתא כותיה דרב יוסף בזוזי.

ופירש ר"י בתוס' שרב אידי פסק בעצם שמיגו להוציא לא אמרינן אבל במעשה בקרקע המחזיק נאמן במיגו כיון שיושב בקרקע משא"כ בזוזי שהכסף עדיין אצל הלוח והוי מיגו להוציא.

ותירוץ זה צ"ב שהרי בקרקע אפשר להחזיק רק ע"י ג"ש וכאן למחזיק הרי לא היו ובישוב מהלך זה מצאני כמה מהלכים במפרשים, ג"ש שהרי הוצרך לשטר וא"כ

המחזיק בקרקע הוא רק המר"ק ולמה אינו מיגו להוציא.

התומים תירץ שכיון שיושב בקרקע הוי חזקה לענין שביחד עם המיגו מהני המיגו להוציא.

מהלך זה צ"ב בכללות שהרי יום אחד בקרקע אין לו שום ממשות נגד חזקת מר"ק לא ראה מהשייבה בקרקע ולא חזקה דמעיקרא שהרי יש מר"ק ובקרקע א"א להחזיק בידיים (ובהמשך נבארו במקצת).

נחזור לענייננו למהלך זה א"א לומר שמיגו להוציא לא אמרינן הוא משום שהמוציא מחבירו עליו הראיה שהרי הדבר פשוט שהמחזיק בקרקע נגד המר"ק על מי להביא ראיה, ודאי על המחזיק ואם מיגו אינה ראיה טובה א"כ מיגו לא מהני להוציא מהמר"ק שהרי יום אחד בלא מיגו אינו מוחזק והמיגו אינו ראיה טובה להחזיק.

עוד מהלך אמר המג"ש הרה"ג ר' יהושע שטיינברג שלהשאר המציאות כמו שהוא אינו נחשב מיגו להוציא.

גם למהלך זה א"א לומר שמיגו להוציא אמרינן משום המוציא מחבירו עליו הראיה כמו שכבר אמרנו שהרי גם כאן פשוט שעל המחזיק להביא ראיה ואם מיגו לא מהני משום שאינה ראיה טובה הרי גם כאן יש את הדין שהמוציא מחבירו עליו הראיה.

## ליבון שמערתהא בנא בתרא

אותו דבר גם לרבינו יונה שאמר שבקרקע מהני המיגו משום שפסקו כמותו וגם אינו מחוסר גביינא גם לשיטתו הרי פשוט שבלא המיגו על המחזיק להביא ראיה ואיך מהני המיגו.

אותו דבר גם לקצות שביאר שבקרקע שאני כיון שאינו מחזיק הקרקע בידו ולכן מיגו מהני, גם כאן אפי' אם נאמר שזה רק חזקה דמעיקרא סוף סוף מי המפסיד, ממי באים להוציא, מהמר"ק, והמוציא מחבירו עליו הראיה בקיצור אם מיגו לא מהני משום הדין של המוציא מחבירו עליו הראיה ומיגו אינה ראיה טובה א"כ כל פעם שבלא המיגו עליו להביא ראיה לא מהני המיגו וא"כ מהם כל התירושים שבקרקע שאני הרי ברור שגם בקרקע על המחזיק שמוציא מהמר"ק להביא ראיה.

אלא צ"ל שאפי' אם נאמר שמיגו אינה ראיה ברורה אין בזה את הבעיה של המוציא מחבירו עליו הראיה.

ובביאור הדבר צ"ל כמו שכבר שמעתי כמה פעמים מהמג"ש ר' יהושע שטיינברג כע"ז שב"ד קודם מבררים אם יש טענה טובה נגד טענה חלשה ופוסקים כטענה הטובה ורק אח"כ אם יש ב' טענות טובות המוציא מחבירו עליו הראיה ומיגו הוא בשלב הקודם מיגו נותן

כח לטענות וכאן לא נכנס המוציא מחבירו עליו הראיה.

א"כ סוף סוף חזרה וגם ניצבה הקושיא אם במיגו אין את הבעיה של המוציא מחבירו עליו הראיה א"כ למה לא אמרין מיגו להוציא. ומצאנו בזה כמה מהלכים.

א. מהלך הסמ"ע שסובר שמיגו לבד אינו ראיה כמו שאמרנו קודם שיתכנו כמה סיבות למה לא טען את הטענה הטובה, ואפי' להחזיק לא היה מועיל אם לא שיש עם המיגו חזקה, שחזקה ומיגו דהיינו ב' סיבות לצד בעל המיגו אז המיגו ביחד עם החזקה מהני.

מהלך זה קשה לומר לפירוש הקצות שסובר שמיגו מהני להוציא ממר"ק אפי' בלא חזקה עמה וגם לרבינו יונה א"א לומר כן שלמה צריך בקרקע הסברא שאינו מחוסר גביינא הרי יש סברא שיש עם המיגו חזקה.

ולמהלך ר' יהושע שטיינברג ודאי א"א לומר כן שלמהלך זה מיגו לבד מהני במקום שאינו רוצה לשנות המציאות.

אבל לתומים מהלך זה נראה ביותר שלכן סובר שמיגו לא מהני אלא א"כ הוא ג"כ מוחזק ואפי' חזקה קלושה של יום אחד.

ובזה ג"כ מוטעם דעת התומים שאם למר"ק יש מיגו המיגו מהני גם למר"ק שלכאורה צ"ב מי המוציא כאן אם המר"ק הוא המוציא שרק המחזיק יוכל להשתמש עם

מיגו ואם המחזיק הוא המוציא שרק המר"ק יוכל להשתמש עם מיגו ולפי"ז הדברים מאירים ושומחים שלשיטת התומים מיגו לא מוציא לא בגלל שיש חזקה אלא בגלל חלישות המיגו וא"כ מי שיש חזקה לדידו יכול להשתמש עם מיגו ועוד נבאר לפי"ז למה לתומים כשיש שטר אינו מיגו להוציא (וכך גם ביאר מהרח"ש בתורת חיים).

כ"ז לשיטת התומים למהלכים האחרים מה הפשט למה לא אמרינן מיגו להוציא?

לפי הקצות צ"ל כמו שיבאר בקצות עצמו שמייגו לא מהני נגד חזקת ממון שחזקה בממון שתחת ידו היא חזקה אלימתא ומיגו אינו יכול לחזק את טענת המוציא עד כדי כך.

ולכן כתב הקצות שלענין מוחזקות בקרקע לא שייך כלל לדון מדין מיגו להוציא אם אמרינן או לא כיון שבקרקע יש רק חזקת מר"ק (חזקה דמעיקרא).

מהלך זה הוא רק להקצות אבל למהלכים האחרים שאין שום חילוק בין חזקת מר"ק לחזקת ממון א"א לומר כן.

ואולי י"ל עוד מהלך לפי המהלך שמייגו הוא כח הטענה פירוש כח הטענה הוא שהכלל בטענות ב"ד הוא שטענה חזקה נגד טענה חלשה הטענה החזקה היא המוחזקת.

למשל המלוה אומר לוית אם הלוח אינו יכול לטעון להד"ם כי יש עדים שלוח ויכול

לטעון רק מחלת לי [למ"ד המלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים] המלוה הוא המוחזק אבל אם הלוח יכול לטעון להד"ם כי אין שום ראיה שלוח בכה"ג כשהמלוה אומר לוית אינו נעשה מוחזק בטענתו כיון שהלוח יכול לטעון להד"ם ולכן הכסף נשאר אצל הלוח שהוא מוחזק בו מקודם, כלומר כח הטענה אינו עושה את בעל המיגו למוחזק אלא כח טענתו של בעל המיגו משאיר את המוחזקות אצלו ובעל הטענה הנגדית אין מסתכלים עליו כבעלים כיון שיש מה להשיב עליו.

לפי"ז מיגו רק יכול לעשות שהמוחזקות לא תעבור לתובע אפי' שיש לו טענה חזקה כיון שהיה מה להשיב עליו והמוחזקות נשאר אצל בעל המיגו ולכן לא אמרינן מיגו להוציא שאם לשני יש טענה חזקה שבלא המיגו היתה מנצחת אז מה שאני יכול לסתור טענתו לא עושה אותי מוחזק בדבר אם לא הייתי מוחזק בו קודם.

ואולי זה הפשט ברשב"ם שהרי ר' אלחנן פירש רשב"ם לפי כח הטענה ולפי"ז אין שום חילוק בין קרקע למטלטלים שמייגו לא מתפרש כלל באופן שאין לו מוחזקות.

וכאן סוף סוף יש למר"ק לכה"פ חזקה דמעיקרא ומיגו אינו יכול להוציא ורשב"ם למד כפשוטו שחזקת יום אחד אינו כלום ולכן

## ליבון שמערתהא בנא בתרא

א"א לומר שרב אידי פסק שמינו יכול להוציא בקרקע ולכן הוכרח רשב"ם ללמוד שרב אידי הסתפק וכו' עיי"ש.

אך עדיין נשאר קשה פ' רבינו יונה שלמד שבקרקע מהני מינו כיון שב"ד כבר פסקו כמותו וגם אינו מחוסר גוביינא שכבר ביארנו שאינו יכול ללמוד כסמ"ע ולא כקצות וכח הטענה ודאי אינו יכול ללמוד שאם מה שפסקו כמותו עושה את המחזיק למוחזק א"כ למה במטלטלים חסר מה שהוא מחוסר גוביינא הרי פסקו כמותו והוא המוחזק וניסתי ליישב בלא הצלחה מרובה.

וכן פירוש המג"ש הרה"ג ר' יהושע שטיינברג אך למד למה מינו להו' לא אמרין איני חולק עליו ח"ו באמת האחרונים אומרים שם משהו אבל לא הבנתי בדיוק מהם הם אומרים שם. לסיכום יש לנו ג' מהלכים למה לא אמרין מינו להוציא.

א' סמ"ע כיון שאין בזה חזקה המסייע למינו ולפי"ז הסברנו את התומים.

ב' מהלך הקצות שנגד חזקת ממון החיזוק של המינו לטענה לא מספיק חזק.

ג' המהלך שכח הטענה מקיים את המוחזקות של בעל הטענה החלשה עיי"ז שיכול לטעון טענה טובה אבל אינו יכול

לעשותו מוחזק ולהוציא ואולי אפשר להסביר בזה את הרשב"ם.

ועכשיו נבא לדון לפי"ז מה הסברא שכשיש שטר אמרין מינו להוציא.

הקשו בתוס' מהמעשה בבני מחוזא שאבימי היה חייב לבני מחוזא כסף ושלח להם את הכסף ע"י שליח וכשביקש השליח את השטר לאחר שפרע טענו בני מחוזא שהם תופסים את הכסף עבור חוב ישן שאבימי חייב להם ואינם רוצים להחזיר את השטר כיון שאבימי עדיין לא פרע להם חוב זה ואמר רב אבהו שכיון שיש להם מינו שיכולים לומר להד"ם כיון שלא היו עדים שראו את הפרעון יכולים לומר סיטראי ניהו ולחבוע ע"י השטר את החוב הכתוב בו ומבואר שע"י המינו יכולים להוציא ממון מאבימי וקשה לשיטת התוס' שלא אמרין מינו להוציא.

ותירץ התוס' ששאני התם שהיה להם שטר ולכן אמרין שם מינו.

ובביאור התירוץ מצאנו ב' דרכים ש' במפרשים:

א. בתומים ובתורת חיים כתבו שכיון שיש גם ראייה מהשטר לכן מהני המינו.

והם הולכים לשיטתו שמינו לבד לא מהני ומינו בסיוע עוד משהו מהני ולכן כאן שיש גם שטר מהני המינו.

אלא שכאן יש קושיא על התומים שהרי כל הראיה של שטר הוא שיש חזקה ששטרך בידי מאי בעי ובבני מחוזא אגו יודעים אך הגיע השטר לידם שהרי כולם מודים שהיה כאן הלואה והויכוח הוא רק אם ההלואה בעל פה נפרעה או לא ואך אפשר לומר שהראיה של השטר מצטרף עם המיגו להוציא כן מקשים האחרונים (באמרי בינה ובעין משפט).

ואולי יש לתרץ בזה שהשטר אינו רק ראיה של שטרך בידי מאי בעי אלא ההסכם בשטר אומר שמי שמחזיק את השטר יש לו זכות לגבות את הכסף וא"כ יש כאן סיבות לטובת בעל המיגו, והוא כמו שאמר הרה"ג ר' יצחק בריזל שליט"א בגדר שטר.

ב. ברשב"א רבינו יונה וכן בקצות למדו שכיון שיש שטר הכסף הוי כגבוי ואינו מיגו להוציא.

והיינו שהקצות לשיטתו שאמרין מיגו נגד חזקה, חוץ מחזקת ממון שבזה תועלת המיגו לטענה לא מספקת, ולכן הוצרך ללמוד שהכסף כגבוי ואין כאן כ"כ חזקת ממון כיון שיש שטר בידו וכשיש שטר בידו הכסף באופן אוטומטי צריך ללכת לבעל השטר ולכן כשאין כ"כ חזקת ממון המיגו מהני.

בסמ"ע כתב כמו הקצות שמיגו עם שטר מהני כיון שנחשב כמוחזק שנשום בידו השטר נחשב הכסף כגבוי ואינו מיגו להוציא.

ולכאורה צ"ב שהרי הסמ"ע למד כתומים שהטעם שמיגו להוציא לא אמרין הוא שמיגו בעצמו אין לו כח רק עם עוד נאמנות וכאן שיש נאמנות של שטר למה הוצרך הסמ"ע לומר שכגבוי דמי אפי' אם אינו כגבוי שהמיגו יוציא בצירוף השטר כמו שהסמ"ע בעצמו אמר שמיגו ביחד עם חזקה מהני שהרי לסמ"ע כל הבעיה של מיגו הוא לא החזקה אלא חולשת המיגו.

ואולי אפשר לומר שהוקשה לסמ"ע מה שהקשינו קודם שבסיטראי הרי אין את הראיה של שטרך בידי מאי בעי ולכן סבר שהראיה של השטר אינו מספיק חזק אפי' כשמצטרף עם המיגו ולכן תירץ שכגבוי דמי והמיגו מהני ביחד עם החזקה.

ומה למד התומים, אולי אפשר לומר שחלק קצת על הסמ"ע כמה נאמנות יש למיגו ולמד שלמיגו יש יותר נאמנות אך עדיין אין לה מספיק נאמנות שתוכל להתקבל בב"ד זה ממש על הקצה שצריך רק עוד קצת נאמנות ולכן למד שמיגו עם שטר מהני להוציא.

ולפי"ז יתיישב קצת מה שלמד התומים שחזקת יום אחד מהני עם המיגו להוציא ודבר

וחזקת יום אחד שמוסיף עוד קצת לצידו של בעל המיגו מצטרף עם המיגו ובכה"ג כבר מועיל המיגו.

זה צ"ב היכן מצאנו שחזקת יום אחד מהני במקום שיש מר"ק.

ואולי לפי"ז הדבר יתיישב קצת שלתומים הנאמנות של המיגו הוא ממש על הקצה

הבה"ח פחס בתדוויין הי"ז  
דף לב.

### סוגיית אגן אחתינן אגן מסקינן והמסתעף לענין חזקה בתו"ת

להכשירו, ורק מחמת ענין צדדי של זילותא דב"ד חלקו האם מעלין אותו לכהונה. ויש לדון מדוע נכשירו במקום תו"ת דלכאורה הוי ספק האם הוא כהן, ומה חזקה שייך כאן, והנה רשב"ם כתב דמוקמינן אחזקה דאבוה דהאי כהן הוא, ויל"ע בדבריו דלכאורה חזקה דמעיקרא לא שייך הכי, שהרי אגו דנין האם נולד בפסול או לא, וחזקה דמעיקרא שייך היכא דנתעורר ספק אם נפסל במהלך חייו, כגון ספק על אשה אם נתגרשה וכן ספק אם נתקדשה דאיכא חזקת פטויה דמעיקרא, אך כאן אגו דנין אם מעיקרא כשנולד נולד מגרושה שנשאת לכהן או לא, ול"ש חזקה דמעיקרא.

ומצד שני גם חזקה דהשתא ל"ש הכא, דהרי בד"כ חזקה דהשתא הכוונה דכל דבר שלא נתעורר לנו צד ספק חזק, אין לנו חשוש

#### הקדמה

בגמ' איתא "תגן ר"י אומר אין מעלין לכהונה ע"פ ע"א אמר ר"א אימתי במקום שיש עוררין אבל במקום שאין מעלין ורשב"ג אומר בשם ר"ש בן הסגן מעלין לכהונה, ומקשינן בגמ' מה חלקו ר"א ורשב"ג, ואוקמינן בגמ' באוקימתא א' דמיירי כשהגיע קול שאדם זה פסול לכהונה, ואח"כ הגיע ע"א והכשירו ואח"כ

הגיעו כת והעידו שהוא פסול, ואח"כ הגיע ע"א להכשיר ומצטרף להעיד לכשרותו עם הע"א הראשון, ואמרי' בגמ' דפליגי האם חיישינן לזילותא דב"ד דאחר שהורדנה נעלהו ולכך לא נעלה אותו לכהונה או דלא חיישינן ומעלים אותו, ע"כ דברי הגמ'. היוצא לנו מדברי הגמ' דלכו"ע אף שיש תו"ת יש לנו

אולי יש כאן צד איסור, אלא אמרינן מהיכי תיתי, אך בסוגיין הרי הוי קול מעיקרא שמערער על ה"מהיכי תיתי" ונותן לנו צד ספק. **ביאור החזקה בדעת רשב"ם ודעת הרמב"ן בדעת הרשב"ם**

וע"כ דהוי חזקה מחודשת בסוגיין, ובכדי לברר דברי הרשב"ם ע"פ האמת יש להקדים דברי הרמב"ן בקידושין סו דמקשה על שיטת רש"י גבי ינאי המלך דהוי שם תו"ת האם אמו נשבית ולא אוקמיה רבנן אחזקת אמה דלא נשבית, וביאר רש"י דחזקת האם לא מהני לבן, דחזקה שקשורה לאם אינה יכולה להשפיע על הבן ולהכשירו, (ויבאר עוד לקמן החולקים ויסוד שורש המוח), ומקשה הרמב"ן דלכאורה מסוגיין מוכח דמהני שהרי חזינן דבמקום תו"ת מחזקינן ע"פ חזקת האב ומסקינן לכהונה, וע"כ דחזקת האב מהני לבן, וכותב שם הרמב"ן דרשב"ם נזהר בסוגיין מקושיא זו וכתב דהחזקה הוא "חזקה ע"פ עד אחד", ולא חזקה דאבוב, עיי"ש.

ויש לעיין ראשית דבר מהו כוונת דבריו "חזקה ע"פ עד אחד" דלכא' הוי מדין עדות, וע"א ל"מ להכשיר כשיש תו"ת, ועוד יל"ע דרשב"ם עצמו כותב גם "דהוה מוחזק לן באבוב דכהן הוא" ומשמע דכן הוי חזקה דאבוב, ואכן בד"ה דר"א מוסיף רשב"ם "וגם הכשרנהו תחילה ע"פ עד אחד", דמשמע

דל"ס בחזקה דאבוב, ובעי' להכשרה ע"פ הע"א, אך יל"ע מהו הצירוף של הע"א לחזקה דאבוב, אך ביותר קשה דהרשב"ם בד"ה והכא כותב במפורש דהחזקה הוא דמוחזק לן באבוב דכהן הוא, ושם מדבר רשב"ם כשהגיעו תו"ת ביחד ול"ה הכשרה של ע"א מקודם והיכן נזהר הרשב"ם מקושיית הרמב"ן דחזקה דהאב לא מהני לבן.

ועל כרחק נראה לבאר בכוונת דברי הרשב"ם ודברי הרמב"ן בדעת הרשב"ם, דרשב"ם התכוון לחזקה דהשתא והא דכתב חזקה דאבוב היינו דהיות דמוחזק לן באבוב דהאי דכהן הוא, א"כ מסתמא גם בנו כשר, (והא דכותב גבי ינאי דחזקת אם ל"מ לבן יבואר לקמן דאיירי בחזקה אחרת), והיינו דכשיש לנו ספק על הבן אם הוא כשר אמרינן דמסתמא כשר הוא.

והגם דיש לנו תו"ת דלכאורה עליהם לערער הסתמא. יש לומר דאם נלמוד דתו"ת כמאן דליתא פשוט דאין להם לערער הסתמא דהרי כל כת הוכחשה ושוב חזרנו למצב הקודם ויש לנו סתמא, ואפי' אם נלמוד דתו"ת כמאן דאיתא, מ"מ אפשר עדיין להשתמש עם החזקה דהשתא, דכל כת בעצם אינה באה לעורר ספק אלא מבררת ממש, ולפיכך כשיש לנו שני בירורים דהוי בירורים סותרים חזרנו למצב הספק הקודם,

וביתר ביאור יש לבאר דבע"א ובקול נתעורר לנו ספק במציאות ולפיכך אין לנו לנהוג ע"פ סתמא, דיש לנו צד חזק דנשתנה, אך בב' כיתי עדים לא נתעורר הספק במציאות אלא שיש לנו ידיעה לכאן וידיעה לכאן, ושוב חזרנו לאותו מצב ספק דאין אנו יודעים עם מי לנהוג, ולכך אמרינן דמסתמא לא נשתנה מהפשטות, ודו"ק.

אך צ"ע מה שהקשינו בתחילה דל"ש כאן חזקה דהשתא היות דהיה כאן קול ונראה דלכך הוסיף הרשב"ם גם "הכשרוהו תחילה ע"פ ע"א" דהוקשה לו דלכאורה אף דתו"ת לא מחשב ספק במציאות לערער החזקה, אך מ"מ הוי בסוגיין ציור דיצא קול חזק וודאי מעורר ספק במציאות ואיך סומכים אחזקתיה, ולכך ביאר הרשב"ם דהיות דהיה כאן ע"א לפני שבאו העדים האחרים, א"כ שוב לא מקרי שהיה כאן קול, ויש לבאר דהוי הרשב"ם לשיטתו לעיל בד"ה ואחתנייה דקול גורם שמחמת מעלה בכהונה נחמיר ונורידו מכהונה עד שיבדקו את הדבר, והיינו דברגע שיש לנו בירור מסויים ע"י הע"א סגי דנוריד הקול, ושוב איכא חזקה והגם דלכאורה צ"ע דאח"כ באה כת המכחישה וטוענת דדבריו שהורידו הקול אינם נכונים ולכאן צריך לעורר הקול, דהא וודאי אם תבוא כת ותטעון דע"א זה פסול לעדות וודאי דיתעורר הקול ומ"ש

הכא, ונדצ"ל דאם תו"ת כמאן דאיתא פשיטא, משום דהאמירה של העד הרי קיימת, רק דעכשיו אין אנו יודעים איך לנהוג, אך מ"מ היה כאן אמירה ולענין החומרא בכהונה סגי ע"י האמירה להוריד החיוב בדירה, ושאיני מכת הפוסלת את העד עצמו דשוב מתברר דל"ה כאן אמירה.

אך אפי' אם נאמר דתו"ת כמאן דליתא ועכשו נחשב דאין כאן אמירתו הראשונה נדצ"ל דיסוד החומרא בכהונה של קול הוא דכל כהן שאין לנו ידיעה כלפיו ומתעורר לנו צד בעלמא ע"י קול יש לנו לחשוש מכיון שאין לנו שום ידיעה אחרת, ולכך בצעד ראשוני אנו מורידין אותו לחומרא מכהונתו, אך ברגע שכבר יש לנו ידיעה כל שהיא ע"י הע"א שוב יורד החיוב בדיקה וחוזר למצב הקודם, ולפיכך אף דכרגע כמאן דליתא מ"מ החיוב בדיקה היה רק כשלא היה לנו שום ידיעה, ואפי' אם כלפי הדינים אנו מחשיבין אותו כמאן דליתא, מ"מ וודאי שיש לנו ידיעה מסוימת ע"י אמירתו, ולא הוי כמו שהיה מקודם שלא ידענו כלום. והחומרא היא רק כשאנו במצב של חוסר ידיעה, ודו"ק.

עכ"פ נתברר לנו דהחזקה הוא חזקה דהשתא - חזקת סתמא, ולפיכך כותב הרשב"ם דמוחזק לן ע"פ עד אחד בכדי שהקול לא יפריע.

החילוק בין סוגיין לתרת גבי ינאי לפי רשב"ם אך בדברי הרמב"ן משמע דהחזקה הוא לא חזקה דאבוב, מחמת הקושיא דרשב"ם סובר דחזקת האם לא מהניא לבן. ויש לברר מהו החזקת האם דלא מהני לבן ומ"ש חזקה דהכא דמהני דליהוי עי"ז חזקה לבן.

ויש להקדים את תורן עיקר דברי רש"י שם גבי ינאי דהיות דגבי אימיה דינאי ל"ה שום נפק"מ עכשו אם נשבית או לא, א"כ ל"ש להשתמש עם החזקה עכשיו, ע"כ. וביתר ביאור יש לבאר דחזקה הוא הנהגה שיש לנהוג כאשר אדם מגיע למצב שיש לו ספק ואין לו מושג איך לנהוג, אומרת התורה סמוך על החזקה ונהוג כמו שיש לך ידיעה שהדבר מותר/אסור, ולפיכך היות דהחזקה הוא על אימיה דינאי, א"כ כשהיא לא תדע איך לנהוג יהיה לה דין חזקה, אך היות דעכשיו הספק הוא על ינאי אין לו שום חזקה לנהוג עפ"ז. והיינו דחזקה הוא לא בירור כמו רוב, אלא הנהגה והנהגה הוא רק כשיש לאדם ספק איך לנהוג, ולפיכך סובר רש"י דחזקת אם ל"מ לבן.

והנה החזקה דהאם אם תועיל הוי חזקה מעיקרא, דהיינו היות דהבן הוא תולדה מהאם מחשבינן לדבר אחד, והיות דמעיקרא היתה בכשרות כך גם אמרינן דלא נשבית, ולפיכך ינאי כשר. ובחזקה זו פליגי רש"י ותוס' אם איכא גבי ינאי וע"ע לקמן בביאור מחלוקתם

אך בסוגיין כפי שביררנו לעיל הוא חזקה דהשתא על הבן ולא תליא כלל בהאב, והא דכותב רשב"ם חזקה דאבוב כוונתו רק דהיות דהאב כשר איכא סתמא על הבן, והיינו דהחזקה הוא למעשה על הבן, ונראה דזהו כוונת דברי הרמב"ן דהוי "חזקה ע"פ עד אחד" דנתכוין לומר דבדקדוק הרשב"ם מוכח דאין כוונת דברי רשב"ם לחזקה דאבוב כפשוטו כמו גבי ינאי, דהרי רש"י סובר דליכא חזקת אב לבן, אלא כוונתו לחזקה דהשתא ומוכח כך מלשון הרשב"ם דכתב וגם הכשרנו "ע"פ ע"א" והיינו כדי שיהא סתמא לחזקה דהשתא בסוגיין בעי' ע"א שיוריד הקול, אך אם הוי חזקה דמעיקרא ל"ה בעיה שיהא קול דהחזקה גוברת עליו, דהיות דעד השתא היה בכשרות ממשיך הכשרות, אך כשכל החזקה הוא דמהיכי תיתי דנשתנה, הרי שקול סגי לערער, וע"ז בעי' ע"א ומדכתב חזקת ע"פ ע"א נתכוון לחזקה דהשתא ולכך קורא הרמב"ן לחזקה "מוחזקת ע"פ ע"א" דחזקה דהשתא בסוגיין נקבע רק ע"פ ע"א דמוריד קול.

ושוב ל"ה סתירה מהרשב"ם דבד"ה והכא כתב דהוי חזקה דאבוב, שהרי למעשה גם חזקה דהשתא הוי מחמת דהיות דאביו כשר מסתמא גם בנו ולפיכך כותב הרשב"ם בד"ה הכא חזקה דאבוב, אך אין כוונתו לחזקה דמעיקרא והא דשם לא כתב רשב"ם ע"א

דיכשיר לכאורה יש לומר דשם איירי בלא קול ולכך שייך חזקה דהשתא אפי' בלא ע"א. דרשב"ם כותב שם אם יבואו עדים תו"ת ביחד וודאי יצטרפו אך לא איירי בציור סוגיין עם קול. ודו"ק

**ביאור בשיטת הרשב"ם על קושיות תוס' ושורש המחלוקת דרשב"ם ותוס'**

והנה תוס' בד"ה אגן מסקינן פליג על רשב"ם ומקשה דלפי רש"י דחזקת האם ל"מ לבן מאי שנא בסוגיין דמהני חזקת האב, וכן מקשה על יסוד הדבר מדוע לא יסייע חזקת האם לבן היות דתליא הא בהא, שהרי אם נשבית הרי דוודאי הוא פסול, ואם לא, הוי וודאי כשור, ועל ב' קושיות אלו נדצ"ל כפי מה שכבר נתבאר לעיל דבסוגיין אין הכוונה חזקה דמעיקרא מהאב כלפי הבן דוודאי לא תסייע. אלא כוונת רשב"ם חזקה דהשתא כלפי הבן, (והא דתוס' לא הבין כן בדברי רשב"ם יבואר לקמן).

ועל הקושיא דהא בהא תליא ומדוע לא יהני חזקת האם לבן, נראה לומר בב' דרכים: (א) דרשב"ם סבר כמו שנתבאר לעיל דהוי כל חזקות התורה הנהגה בעלמא למסתפק ולכך לא תסייע לינאי, שהרי לאימיה אין עכשיו ספק שהתורה תאמר לה להתנהג באופן מסוים, אך תוס' פליג דהגם דחזקה ל"ה בירור כמו רוב, אך אחרי שהתורה מורה להתנהג

באופן מסוים הדבר מתקבל בעינינו כדבר ברור דאסור או מותר, אך דרך זה צ"ע קצת מהסוגיא דשני שבילין דחזינן דאף דלמעשה שני אנשים יוצאים משני שבילין, שאחד מהם וודאי טמא. ועכ"ז מוקמינן כל אחד מהם אחזקת טהרה, ולכא' איך שייך שיתברר לנו דשני אלו אינם טמאים, דוודאי אחד מהם עבר בשביל הטמא, אלא ע"כ דהוי רק הנהגה כלפי המסתפק כשרוצה לדעת למעשה אך אין לנו להוציא מהנהגה כלפיו כלפי דברים אחרים. ואפשר לדחות ולחלק בדקות דגם גבי שני שבילין כל אחד אנו נוהגים כלפיו כמו שהוא הטהור והגם דנסתך במציאות אין זו סתירה, דהתורה מורה לנו לקבל בוודאות על כל אחד שהוא טהור, ודו"ק.

(ב) אך אפ"ל דתוס' גם מודה דכל החזקה הוא הנהגה ואין לנו לנהוג כלפי דברים אחרים מחמת הנהגה זו, אך באופן נקודתי גבי אב ובן/אם ובנה קסבר תוס' דהשאלה על הבן הוי שאלה על האם. שהרי תלוי הא בהא, וא"כ כשדנים על ינאי אם הוא כשור לכהונה, אין אנו דנים על ינאי אלא על אימיה שהיא שורש הספק, ולכך אף דהוי הנהגה, מ"מ וודאי כלפי שורש הספק יש לנו הנהגה איך להתנהג.

ומהלך זה יותר נראה בדברי התוס' דמקשה "דלמה לא יועיל חזקת האם לבן הואיל ואינו יכול להיות שתהא האם כשרה אם לא יהיה

הבן כשר". ע"כ. והיינו דהיות דקשורים הא בהא מיקרי דשורש הספק הוא גבי האם. ויש להוסיף הבנה במהלך זה דקסבר תוס' דההגדרה של חזקה הוא לא חזקה על הספק למעשה אלא על שורש הספק, התלוי במעשה, ולפיכך גבי אימיה דינאי מהני החזקה היות דאפי' דלא מהני על דברים שאינם קשורים בפועל, מ"מ שורש הספק בינאי הוא אימיה דינאי, ולפיכך מוקמינן אחזקתיה.

## הבנת שיטת התוס' בסוגיין

עכ"פ נתברר שורש המח' בין רשב"ם ותוס' גבי חזקת אם ל"מ לבן. אך יל"ע מדוע תוס' לא סבר מהחזקה דהשתא שיש כאן לבן כמו שנתבאר בדעת רשב"ם, ונראה דהוי מח' לשיטתם לעיל גבי מהות "ערעור קול", דרשב"ם סובר דקול הוי חיוב בדיקה וכמו שנתברר לעיל באריכות הגדרת החיוב, אך תוס' כותב במפורש שכח קול שפוסל יותר גדול מכח ע"א הפוסל, והיינו דקול ל"ה רק צד קטן אלא פוסל ממש, ולכך סבר דלא שייך חזקה דהשתא על הבן דאפי' דכבר הגיע ע"א שהכשיר, אך כאשר יש כרגע תו"ת מתעורר הקול, דכל ההסברים בדעת רשב"ם היו שקול הוא רק חיוב בדיקה שיווד ע"י אמירה, אך לתוס' דהוי ממש ערעור כיון דהגיעו תו"ת שוב גיעור הקול ולפיכך אי"כ שום חזקה.

עכ"פ היות דתוס' חלק על החזקות הנ"ל כמו שנתבאר לעיל, לפיכך לומד דבאמת גבי ינאי ל"מ משום דתו"ת ספיקא דרבנן ומדרבנן אין לנו לסמוך על החזקה, ורק בסוגיין דהוי תרומה דרבנן הקילו. ובדעת רשב"ם דכתב (בדף לא: ד"ה אין מעלין) דמהני גם לנשיאות כפיים ועבודה הגם דתו"ת ספיקא דרבנן ויש להחמיר מדרבנן אפשר דקסבר דבשביל שלא יפסיד עבודה ונשיאות כפיים הקילו עליו, אך צ"ע דיש כאן צד דזר עובד ונשא כפיו, ואפשר דהיות דמדאורייתא יש כאן חזקה ומיקרי כהן. ורק מדרבנן החמירו, אפשר דבעיני רבנן יש כאן כהן דמפסיד עבודה ונשיאות כפיים לפיכך הקילו.

ואפשר דלמד כהר"טב"א דרק גבי איסור ערוה החמירו, אבל בשאר דברים סמכינן אחזקה גם מדרבנן.

## שיטות הראשונים בחזקה דסוגיין

אבן רו"ר כן לומדים חזקה דאבואה כפשוטו, ובדבר ה"חזקה דאבואה" מציעו מהלך נוסף והוא המהלך דר' שמעון ור' אלחנן, והוא דכל כהן יש לו חזקה דבעו יהיה גם כהן (לכא' משום דמסתמא ישא כשרה כמו רוב כהנים), ולפיכך הא דמכשירין הבן משום דאם נפסלו אנו מערערין חזקת האב, והיינו דהדיון על כשרות הבן הוי דין על כשרות האב, ולפיכך אמרינן "חזקה דמעיקרא", דהיות דמתחילה

היה כשר אמרינן דנשאר בחזקתו, וכתוצאה  
מכך כמובן יוכשר הבן, דא"א לפוסלו דפיסולו  
יגרום לפסול האב.

ואפשר לומר עוד נוסח כעין זה ולבאר  
דהוי חזקה דמעיקרא, והגם דהוי דיון אם נולד  
בפסלות, מ"מ יש לומר דיטעו שושלת כהונה  
שנמשכת מאהרן הכהן, ועכשיו יש לנו ספק  
האם נשתנה המצב ונשא גרושה, ונפסק  
השושלת ולפיכך אמרינן חזקה דמעיקרא  
שנשאר המצב בקדמותו וממשיך השושלת,  
אך אפשר לדחות דבכל נישואי כהן הוי  
שאלה חדשה האם הוא נושא כשרה וממשיך  
הכהונה או לא, ולפיכך אי אפשר לומר חזקה  
דמעיקרא ודו"ק.

ומצינו עוד מהלך של הריטב"א שכותב  
בתוך דבריו דהחזקה הוא בכלל על האב  
דמסתמא לא ישא אשה בעבירה ויעשה בנו  
בן גרושה וחלוצה. ולפי"ז אי"צ לא חזקה  
דמעיקרא ולא חזקה דהשתא כלפי הבן, אלא  
תרומה דרבנן הקילו, אך גבי ינאי הוי דיון

חזקה גבי האם שמשפיעה על הבן, ולכאן  
וודאי חולק על רש"י ורשב"ם וקסבר דחזקת  
אם מהני לבן כשיטת תוס', ודו"ק.

ואחרי כל המהלכים שנתברר מהו החזקה  
שיש בסוגיין דלפיכך מסקינן לכהונה בתו"ת,  
שזמה עלינו לברר מדוע גבי ינאי ל"ה כל אלו  
החזקות, ויש לבאר לרשב"ם משום דשם הוי  
קול ול"ה ע"א מקודם שיוריד קול אלא דהוי  
תו"ת שהגיעו ביחד, ולתוס' פשיטא משום  
דתו"ת דרבנן ול"ה נידון לגבי תרומה,  
ולריטב"א גם לא שייך חזקת צדקות משום  
דנסבית בע"כ, וגם בעלה לא ידע דנשבית ולא  
שייך חזקה דלא ישא בעבירה, אך לב'  
המהלכים דנתבאר דהוי חזקה דמעיקרא (או  
משום דהוי ערעור בחזקת האב או משום  
שושלת הכהונה) צ"ע, דלכאורה יגבר על  
הקול, (כמו כל חזקה דמעיקרא) אך היות  
דל"ה בדעת רשב"ם אפ"ל דלמדו כתוס' דגבי

בדאורייתא, ודו"ק.

הבה"ח בן ציון בריגער הי"ו  
דף לב:

בעניין מיגו להוציא במקום שיש לו שטר

איתא בתוס' ד"ה והילכתא דלא אמרינן מיגו להוציא, אבל במקום שיש לבעל המיגו שטר מוכיח תוס' מפרק הכותב (פ"ה). דאמרינן מיגו, דשם איתא דרב אבהו היה חייב זוזי לבני חוזאי מחמת הלוואה ושלח להם הכסף, והם לא רצו להחזיר לו השטר דטענו דהני סיטראי ניהו דהיינו שהיה חייב להם חוב אחר ואותן מעות היו בשביל אותו חוב אבל בשביל חוב זה הכתוב בשטר עדיין חייב להם, ופסק ר' אבהו דכיון דאין עדים שפרע החוב נאמנים לומר בסיטראי ניהו במיגו דיכלי למימר להד"ם (דלא פרע החוב) ואע"ג דמיגו להוציא הוא נאמנים כיון שיש להם שטר.

וצ"ב אמאי כשיש לו שטר אמרי' מיגו להוציא, והנה התוס' לא כתבו טעמא דמילתא, אבל בשו"ת הרשב"א המיוחסות (סי' ק') איתא וז"ל "זטעמא דמילתא משום דשטרא מוחזק הוא וכאילו ממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקמי ממונא הוא" עכ"ל: בלשון בעל התרומות ראיתי אחרת וז"ל "דלקיומי שטרא מעליא אמרי' מיגו" עכ"ל, ובעזה"ת יתבאר בהמשך.

**מהלך האמרי ברוך**

באמרי ברוך מבואר דכשיש לו שטר אינו מוציא מכח המיגו רק המיגו מגיד לנו שהשטר אינו פרוע וממילא יכול להוציא מכח השטר [וכעין מה שביאר החתם סופר לעיל ל"א: בתוד"ה וזו באה בפנ"ע לגבי עדים עיי"ש] וכן נראה בלשון בעל התרומות שכתב "דלקיומי שטרא מעליא אמרי' מיגו" דהיינו שהמיגו מקיים השטר (שאינו פרוע) וממילא מוציא מכח השטר, וכמו"כ נראה בלשון התוס' לעיל ד"ה אמאי דכתב "א"נ אם יש לו שטר... יכול לקיימו ע"י מיגו".

ובאמרי ברוך הוסיף עוד שדברי שו"ת הרשב"א מורים לביאור זה, ומיהו לולא דבריו נראה מלשון שו"ת הרשב"א אחרת דהא לא כתב דהמיגו מקיים השטר, אלא "משום דשטרא מוחזק הוא וכאילו ממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקמי ממונא הוא", ומכח המיגו עצמו יכול לתבוע כיון דלא הוא מוציא.

**מהלך הסמ"ע**

ובפשטות הביאור בשו"ת הרשב"א הוא כמו שביאר הסמ"ע (סי' פ"ב ס"ק מ"ה) דבשטר העומד לגבות כגבוי דמי, וממילא באופן דיש לו שטר הוא מוחזק בחוב וכאילו ממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ולכן לא הוא מוציא אלא

להחזיק, והוסיף הסמ"ע דלכן סתמו הטור דמיגו להוציא לא אמרי' דכשיש לו שטר לא הוי מיגו להוציא.

והקשה התומים ע"ז דהא אגן קי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי, דמח' מפורשת היא בסוטה (כה.) דב"ש סברי דשטר העומד לגבות כגבוי דמי ולב"ה לאו כגבוי דמי, והקצוה"ח (סי' פ"ג ס"ק ה') דחק לפרש עפ"ד הכנה"ג דאף דקי"ל כב"ה דלאו כגבוי דמי, לגבי הא דלא יחשב מיגו להוציא כגבוי דמי, ודבריו צ"ב דאם קי"ל דלאו כגבוי דמי אמאי לעניין מיגו כגבוי דמי, וצ"ע.

## מהלך התומים

בתומים (קיצור ת"כ ס"ק קל' ד"ה ומה) ביאר דבמקום שיש לו שטר יוצא השני ממוחזקותו, ואף דלא נעשה בעל השטר מוחזק השני יוצא ממוחזקותו, ולכא' הביאור הוא דאף דאחד מוחזק במשהו וגם יש לו חזקת מר"ק אם יש שטר שכתוב בו שהוא אינו הבעלים אלא שני, אף שהשני עדיין לא הוציאו ממנו ועדיין הוא ברשות הראשון מ"מ יצא ממוחזקותו, ואף דהשני עדיין לא נעשה מוחזק דעדיין אינו בידו אבל הראשון כבר אינו מוחזק והוי כמו שמונח בסימטא וממילא במקום שיש לבעל המיגו שטר לא הוי מיגו

להוציא [ואף דהוי הראשון תפוס אמרי' מיגו להוציא מתפוס].

וכמו"כ בסיטראי לא הוי מיגו להוציא, אף דהוי ספק שטר מ"מ כיון דבי"ד רואין לפניהם שטר שכתוב בו שהמלוה הוא הבעלים באותו ממון, בעיניהם מתבטלת מוחזקות הלוח והנידון הוא אם שילם ונעשה מוחזק או לא, וכל זמן שלא נתברר שהוא מוחזק אין לו כח מוחזקות, וממילא לא הוי המלוה מוציא ע"י המיגו ואף דגם המלוה אינו מוחזק ולא הוי מיגו להחזיק מ"מ לא הוי מיגו להוציא דאינו מוציא ממוחזק.

והנה לפי מה שביאר מו"ר הגרי"י מרק שליט"א דהא דמיגו להוציא לא אמרי' אינו משום דאין כח במיגו להוציא משום דאינו מספיק ראייה, אלא דבעצם יש בו כח להוציא וראייה אלימא הוא רק דיסוד מיגו הוא דין בתובע ונטען שכשיש לו מיגו נתחזק צידו בדין תורה, ודין הוא במיגו דלא נאמר רק להעמיד להעמיד קרקע אצלו ולעכב הוצאת ממון ולא להכניס דבר לרשותו [דכן הגדירו חכמים גבר המיגו] לא אתי שפיר מהלך זה דהא אף דאינו מוציא ממוחזק מ"מ אינו מעמיד קרקע תחת ידו ואינו ממשיך מצב קים אלא מכניס קרקע המונח בסימטא

לרשותו ובהא לא נאמר מיגו, ולא אתי שפיר רק לביאור הקצוה"ח דהא דמיגו להוציא לא אמרי' הוא משום דאינו מספיק ראיה להוציא ממוחזק דראיה קלושה היא, ולכן הכא כיון דאינו מוציא אף דמכניסו לרשותו אמרי' מיגו.

[ויש לדון אם אפשר לפרש דברי הקצוה"ח עפי"ז, "דלגבי הא דלא יחשב מיגו להוציא כגבוי דמי" היינו דאף דלא נעשה מוחזק בשטר העומד לגבות, מ"מ לגבי מיגו אי"צ להיות מוחזק רק צריך שהשני לא יהיה מוחזק ולזה מהני השטר שלא יהיה השני מוחזק, אבל לכאן אין זה מדין שטר העומד לגבות כגבוי דמי.]

## מהלך התומים ע"פ ההגהות מרדכי

בתומים (קיצור כ"מ ס"ק ח') ביאר באופן אחר ע"פ מה שכתב בהגהות מרדכי בב"מ (ב.) דחזקה המסייע למיגו מועיל להוציא [והוכיח מהמשנה דמשארסתני נאנסתי (כתובות י"ב): דנאמנת להוציא כיון דחזקה מסייע לה ואף דהתם הוי ברי ושמא ביחד אם חזקה מוכיח דכמו ברי ושמא לא מהני להוציא וכשחזקה מסייע מהני להוציא כמו"כ מיגו] ולכן באופן שיש לו שטר יש חזקה דשטרך בידי מאי בעי, וממילא הוי מיגו ביחד עם חזקה ולכן מועיל אף להוציא.

ומיהו עדיין לא נתבאר דברי השו"ת הרשב"א דביאור זה לא נראה בדבריו דהא כתב דהוא מוחזק בממון הכתוב בשטר.

## ביאור אחר במהלך הסמ"ע

ולכן נראה לבאר הסמ"ע דשטר העומד לגבות כגבוי דמי ונקדים לבאר המח' בין ב"ש לב"ה בסוטה (כ"ה.) והכי איתא אשה שנסתרה ולא הספיק הבעל להשקותה ומת וספק הוא אם נתחייב בכתובה אם לאו דאם זינתה לא נתחייב הבעל בכתובה ואם לא זינתה נתחייב דב"ש סברי דכל העומד לגבות כגבוי דמי וממילא האשה מוחזקת בנכסי הבעל המשועבדים לכתובתה והיורשים הוו מוציאים מיד האשה ועליהם להביא ראיה וב"ה סברי דלאו כגבוי דמי והוי האשה מוציאה מיד היורשים ועליה להביא ראיה. ולתרץ קושיית התומים כתבו האחרונים דלא נחלקו ב"ש וב"ה רק באופן דספק שטר הוא כמו התם דספק אם נתחייב הבעל בכתובה, דהתם סברי ב"ה דכיון דלמעשה אינו עומד לגביה לאו כגבוי דמי וב"ש סברי דאף דספק הוא כגבוי דמי, ולכאן הביאור הוא דב"ש סברי דכשהבעל משעבד נכסיו לכתובה כאילו מוסר נכסיו לאשתו על הצד שימות

תחילה או יגרשנה ואם היא תמות תחילה או יפטר הבעל מהכתובה יחזיר הנכסים להבעל וממילא מתחילה היא מוחזקת בנכסיו, ואם נפטר מהכתובה מוציא נכסיו מאשתו, וב"ה סברי דהשיעבוד הוא דאם יתחייב בכתובה יימסר לה הנכסים ואז תיעשה מוחזק אבל לפני שנתחייב לא הוי מוחזק, אבל בוודאי שטר אף ב"ה מודי דכגבוי דמי וכמו שנתבאר דכיון דנתחייב נעשה האשה מוחזק, והכי איתא בתוס' שם ד"ה ב"ה סברי, דמוכיח מפרק המקבל (ב"מ ק"י ע"א) דלב"ה במקום שטר מעליא אמרי' דכגבוי דמי, ועפ"ז מבארים דבסוגיין מודי ב"ה דכגבוי דמי וממילא לא הוי מיגו להוציא.

וצ"ב דהא אף בסוגיין הוי ספק שטר ולפי ב"ה לאו כגבוי דמי, ונראה לבאר דב"ה סברי דאין הנכסים מוחזקין ביד האשה בשעת השיעבוד אבל כיון שנתחייב נעשית מוחזקת ולכן בשטר מעליא נעשה מוחזק, וכמו"כ הכא כיון דנתחייב הלוח למלוה נעשה מוחזק בנכסים וכל הספק הוא אם פרע או לא פרע אבל שניהם מודים דנתחייב ולכן נעשה מוחזק והספק הוא אם החזירם ללוה ואף דבלי המיגו נאמן הלוח לומר דפרוע הוא וממילא אין המלוה מוחזק

מ"מ נאמן המלוה ע"י המיגו לומר שחייב לו והקרקע משועבד לו כיון שמעמיד הקרקע במוחזקתו דמעיקרא ומעכב ההוצאה, ורק התם גבי כתובה דספק הוא אם נתחייב הבעל לאשה כלל סברי דלאו כגבוי דמי.

## נפק"מ בין המהלכים

ונמצא נפק"מ בין המהלכים דלפי מהלך הסמ"ע הא דמוצאין במיגו כשיש לו שטר אינו אלא כשיש בו שיעבוד נכסים דהא דאמרי' דשטר העומד לגבות כגבוי דמי אינו אלא כשיש בו שיעבוד נכסים וכמבואר ברש"י שם, ולפי שאר המהלכים [האמרי ברוך והתומים] אף כשאין בו שיעבוד נכסים כיון דיש לו שטר אמרי' מיגו להוציא.

## שיטת הרמב"ן

הרמב"ן כתב לפרש הגמ' דסיטראי דהתם לא הוי מיגו להוציא כיון דהנידון הוא בהממון שתפוס בו אם סיטראי נינהו או לאו ולא בהממון שרוצה להוציא, ולכן מהני המיגו להכריע שאותו ממון סיטראי נינהו וממילא יכול להוציא הממון שחייב לו, אבל כשהנידון הוא באותו ממון שרוצה להוציא הוי מיגו להוציא אף כשיש לו שטר.

אבל הכא שהנידון הוא על מה שבידו אמרי' שפיר מיגו.

ולסיכום בדברי התוס' ובעל התרומות נראה בביאור האמרי ברוך דהמיגו מקיים השטר ומוציא מכל השטר, ובדברי שו"ת הרשב"א נראה כביאור הסמ"ע דכל העומד לגבות כגבוי דמי ולא הוי מיגו להוציא, ונמצא דלפי הרשב"א הא דמהני מיגו להוציא כשיש לו שטר אינו אלא כשיש שיעבוד נכסים על החוב וכדלעיל, ולפי התוס' ובעל התרומות מהני אף כשאין שיעבוד נכסים על החוב, ע"כ.

ודבריו צ"ב דסוף סוף מוציא מכח המיגו אף דהמיגו מכריע שממון האחרים שלו הוא מכח מיגו זה מוציא.

ולפי הביאור דמיגו להוציא לא אמרי' משום דגדר המיגו אינו אלא להעמיד מה שבידו אבל בעצם יש בו כח להוציא [כדלעיל] אתי שפיר, דכיון שהנידון הוא בהמענות שהוא מחזיק שייך דין מיגו להעמידו בידו וממילא יכול להוציאו אף בכח המיגו די ש בו כח להוציא רק שלא נאמר באופן שאינו מעמיד מה שבידו

הבה"ח יחזאל שיינזון הי"ו

לב:

### בענין ספיקא דדינא

ומקשה תוס' דאדרבה היה לנו לתתה למרה קמא דהרי בקרקעות אין היושב בה נחשב לכלום ואזלין רק בתר מרה קמא וא"כ מדוע אמר ר' אידי דנותנים את הקרקע למוחזק בה השתא.

ומתרץ תוס' וז"ל וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא דלא אוקמה בחזקת מרה קמא כמו בנכסי דבר שטיא דאמרינן אוקי תרי בהדי

איתא בגמ' מח' רבה ור' יוסף באדם שאמר שהשטר שלו מזויף אבל שטר כשר היה לי ונאבד לרבה נאמן במיגו דיכל לומר דשטר זה שטר כשר הוא ולר' יוסף אינו נאמן במיגו וכתוב בגמ' דר' אידי פסק [בקרקע] הלכה כרבה ומבאר הרשב"ם דר' אידי נסתפק אם לפסוק כרבה או כר' יוסף וממילא נשאר אצל המוחזק דהיינו הקונה שטוען שהיה לו שטר כשר.

תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא התם דהוי זה  
 וזה כמאן דליתנהו דמי ואוקמינן ארעא  
 בחזקת מרה קמא אבל הכא דמספקא לן  
 דינא כמאן לא שייך כולי האי למימר אוקמה  
 אחזקת מרה קמא ונציא מיד המוחזק ודוחק  
 הוא עכ"ל.

והנה לכאורה יש להקשות דהרי בתוס'  
 מבואר דבספיקא דדינא לא אזלינן בתר  
 חזקת מרה קמא ולכאורה במסכת ב"מ (דף  
 קב) מבואר להדיא דאף בספיקא דדינא  
 אזלינן בתר חזקת מרה קמא דאיתא התם  
 המשכיר בית לחבירו לשנה ונתעברה השנה  
 וכו' ומעשה בציפורי באחד ששכר מרחץ  
 מחבירו ואמר לו שנים עשר זהובים לשנה  
 מדינר זהב לחדש כו' ונסתפק שם ר' נחמן אם  
 תפוס לשון ראשון וצריך לשלם שנים עשר  
 לשנה או תפוס לשון אחרון וצריך לשלם י"ג  
 זהובים לחדש העיבור ולכן פסק ר"ג דמשלם  
 י"ג זהובים דקרקע בחזקת בעליה קיימי והיינו  
 חזקת מרה קמא ומצינו דאף דהוי ספיקא  
 דדינא אזלינן בתר חזקת מרה קמא.

ונבאר תחילה סברת החילוק בין ספיקא  
 דתרי ותרי לספיקא דדינא ולפי"ז נראה מה  
 אפשר לתרץ על קושיא זו.

ובשו"ת רעק"א מבאר חילוק התוס' ומקור  
 ביאור זה הוא המשנה למלך [בהלכות  
 טומאת צרעת] והוא דתוס' מחלק בין ספק  
 למציאות לספק בדין, דספק במציאות אם  
 היה במציאות כך וכך בזה שייך לילך ע"פ  
 חזקת מרה קמא אבל כשמסתפקים מה הדין  
 לא שייך לילך בתר חזקת מרה קמא.

ובביאור הדבר, דהנה בקונטרס הספיקות  
 מסתפק מהו גדר חזקת מרה קמא האם הוי  
 כמו חזקת איסורים והיינו חזקה דמעיקרא  
 דאנו תולים דמה שהיה עד עתה לא נשתנה  
 ונמשך אותו מצב שהיה עד עכשיו או שהוי דין  
 מוחזקות דאנו רואים את הקרקע בחזקתו  
 שהרי שם הבעלות עליו.

וממלא לצד דחזקת מרה קמא הוי חזקה  
 דמעיקרא מבואר היטב החילוק דדייקא  
 בספק של מציאות שייך לומר דמשום שעד  
 עתה היה כך וכך ממילא לא נשתנה המציאות  
 ונשאר כמו שהיה עד עכשיו אבל בספק של  
 דין לא שייך לומר דנלך בתר חזקה להכריע  
 דין דאולי אמרה התורה דבמעשה זה הדין  
 שונה, ולא שייך להכריע דין ע"י חזקה בשעה  
 שעל מעשה זה ממש אולי אמרה התורה  
 דהדין שונה<sup>34</sup>.

זה אין חזקה דמעיקרא שלא הוי מינו. ויש רק חזקה דמעיקרא על  
 המציאות שהיה שלו אבל לא על נאמנות של המינו.

<sup>34</sup> ויש עוד נוסחאות בדבר זה יש מהאחרונים שכתבו דמשום שדין  
 הוי דין כללי בכל התורה ולא רק ספק על מעשה זה א"כ לא שייך  
 להכריע ע"י חזקה כאן דין כללי של כל התורה ויש שכתבו דעל  
 הדין אין חזקה דמעיקרא כגון בספק אין מועיל המינו אם לאו על

וצריך להוסיף דאף שכאן בסוגיא דידן הספק הוא על מציאות אם הוי מכירה אם לאו מ"מ צדדי הספק הוא אם מועיל מינו אם לאו דהרי לרבה דסובר שיש לו מינו בוודאי הוי מכירה ולר' יוסף בוודאי לא הוי מכירה וא"כ כשאנו מסתפקים אם הוי מכירה אנו בעצם מסתפקים אם מועיל מינו אם לאו וממילא לא שייך להכריע ע"י החזקה במעשה זה דא"א להכריע דין ע"י חזקה.

אולם לכאורה צ"ע על ביאור זה דהרי אף שלא יועיל חזקת מרה קמא מדין חזקה דמעיקרא מ"מ הוי ליה להועיל מדין מוחזקות דהרי המרה קמא הוא המוחזק והוי לן למימור המוציא מחבירו עליו הראיה ולתתה לתובע דהרי בקרקע הוי המרה קמא מוחזק.

ומבאר בקה"י דלביאור זה צריך לומר דהא דמרה קמא נחשב למוחזק אין זה משום ששם הבעלות של הקרקע עליו אלא רק משום דאזלינן בתר חזקת מרה קמא מדין חזקה דמעיקרא וממילא מן הדין הקרקע שלו ויש לו שליטה על הקרקע ורק משום כך נחשב למוחזק אבל בספיקא דדינא אין מועיל חזקה דמעיקרא ממילא אינו מוחזק.

ומבואר מזה דלשיטה זו המוחזקות בקרקע אינה תלויה במי שיושב בה דווקא וכן אינה תלויה בשם הבעלות אלא תלויה במי שיש לו שליטה בקרקע.

ובתוס' כתבו על חילוק זה ודוחק הוא ומבאר רעק"א דתוס' חולקים על הרשב"ם וסוברים דאף בספיקא דדינא מועיל חזקת מרה קמא. אולם לכאורה צ"ע מה הסברא בתוס' הרי לעיל ביארנו היטב דלא שייך חזקת מרה קמא בדינא וא"כ מהו סברת התוס' בזה ובקה"י ביאר דהתוס' סברו דחזקת מרה קמא הוי מוחזקות וממילא אין שום חילוק בין ספיקא דדינא לספק של מציאות דהרי א"א להוציא ממון ממוחזק בלא ראיה ולכן סברי התוס' דאף בספיקא דדינא שייך לילך בתר חזקת מרה קמא.

ואולי אפשר לומר עוד דהתוס' סברו דחזקה הוי הנהגה והתורה אמרה דכשיש מצב של ספק ואין יודעים מה לעשות צריך לנהוג מה שעשו עד עתה וממילא לא שנא ספק בדין או ספק של מציאות דהרי אין אנו מכריעים את הדין אלא נוהגים כמו שנהג עד עתה אף שנשאר הספק מה הדין בכהאי גוונא. והא דכתוב בתוס' דבתרי ותרי אזלינן בתר חזקה משום דהוי כמאן דליתא ולכאורה אם הוי הנהגה אין צריך לזה דאף דהוי כמאן דאיתא מ"מ כשיש ספק נוהגים כמו שנהג עד עתה נראה דאפשר לומר דתוס' כתבו כן רק לדעת הרשב"ם דהוי הכרעה וממילא א"א להכריע נגד עדות של עדים דעדות הוי בירור גמור אבל באמת לדעת התוס' שייך לילך

בתר חזקה אף אם הוי כמאן דאיתא משום שהווי רק הנהגה.

ועוד נראה לומר דאף אם נסבור דחזקה הוי הנהגה מ"מ א"א לנהוג בשעה שיש "עדות" שאומרת שאסור לך לנהוג כן וא"א לנהוג נגד עדות של עדים ורק אם נאמר דתרי ותרי כמאן דליתא אז שייך לנהוג אף נגד עדותם ולכן אף לתוס' דסובר דהוי הנהגה מ"מ בעינן לומר דתרי ותרי כמאן דליתא.

ואפשר עוד בסברת התוס' דוודאי אף לתוס' לא שייך להכריע דין ע"י חזקה דמעיקרא אלא דהתוס' סברי דכאן במעשה דידן לא הוי ספק בדין אלא ספק של מציאות דהרי אגו מסופקין אם הוי מכירה של קרקע או לא אלא שנחלקו רבה ור' יוסף אם יש הוכחה מכח מינו אם לאו אבל הספק למעשה הוא אם הוי מכירה אם לאו וממילא הספק שייך להכריע בחזקה דמעיקרא דלא הוי מכירה<sup>35</sup>. [וזה שלא אמר הטענה היותר טובה נתרץ אך שהוא, מה היתה כוונתו אבל מ"מ מוכרע דלא הוי מכירה, מכח החזקה].

ולפי"ד ניחא לשון התוס' "ודוחק" דמשמע דאינו חולק לגמרי עם הרשב"ם. ולפי הפירושים לעיל בסברת התוס' יוצא דתוס' חולק לגמרי עם הרשב"ם אבל לפי הבנה זו

בתוס' ניחא דתוס' מודה לרשב"ם דבספיקא דדינא לא אזלינן בתר מוחזק אלא דסברו התוס' דכאן בסוגיא דידן הוי ספק של מציאות ולא ספק של דין וניחא הלשון "ודוחק".

ובקו"ש מבאר התוס' אף לפי ההבנה דחזקת מרה קמא הוי מוחזקות ולא חזקה היינו דאגו רואים הקרקע בחזקת המרה קמא והמוציא מחבירו עליו הראיה.

דהנה איתא ברשב"ם דף קסו: דב"ה תיקו דרשב"ד מסתפקים איך לפסוק ואינם יודעים הדין אז אין ב"ד פוסקים פסק של ספק כגון יחלוקו אלא ב"ד מסתלקים מן הדין ואינם דנים כלום ונשאר ביד מי שהקרקע עכשיו אצלו.

וממילא מבאר דברי התוס' כאן דדווקא כשמסתפקים במציאות שייך לומר דהמרה קמא מוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה אבל כשמסתפקים מה הדין אז ב"ד מסתלקים מן הדין ונשאר ביד זה שהקרקע אצלו.

ולפי"ז מבאר הקו"ש דבסברת התוס' יש לומר דחלקו וסברו דאף בספיקא דדינא שייך לפסוק דין של ספק כגון יחלוקו והמוציא מחבירו עליו הראיה וממילא כאן הקרקע תלך למרה קמא דהרי הוא המוחזק.

ביארנו לעיל דסבר דהספק הוא אם הוי מכירה ואולם צדדי הספק הוא אם מועיל מינו אם לאו.

<sup>35</sup> ובאמת סברא זו איתא באו"ש [טעון ונטען פט"ז ה"ט] ובאמת מקשה על רעק"א דכאן הוי ספיקא דמציאות ובסברת רעק"א

אולם לכאורה צ"ע על דברי הקוב"ש דמה הדמיון בין הרשב"ם להלן בדף קס"ו למעשה דידן הרי התם איירי בדין יחלוקו ובוודאי יחלוקו דהוי פסק של ב"ד דחולקים, זה בוודאי אינם פוסקים כשמסתפקים מה הדין אבל המוציא מחבירו עליו הראיה אינו פסק דין אלא מציאות דאם האחד מוחזק א"א להוציא ממנו בלא ראיה ועצם מוחזקותו גורמת שהשני יצטרך להביא ראיה ואף בלא פסק של ב"ד וממילא כאן בוודאי שייך ליתן למרה קמא דהרי אף שמסתפקין בדין מ"מ חזקת מרה קמא אינו פסק אלא מציאות של מוחזקות.

[ואפשר אולי דהא גופא סברו התוס' דכתבו ודוחק דבוודאי יחלוקו אין פוסקים כספק של דין דהרי לא שייך לפסוק פסק מכח ספק של מה הדין אבל בוודאי שייך ליתן הקרקע למרה קמא דזה אינו פסק. ואם נפרש כן בתוס' ניחא גם הלשון ודוחק שהרי אין התוס' חולקים לגמרי עם הרשב"ם אלא רק בזה דמוחזקות הוי מציאות של מוחזקות בלא פסק של דין וממילא דין המוציא מחבירו וכו' שייך אף בספק של דין].

ועתה נחזור לתרין הקושיא מבב"מ דף קב: דאיתא התם דאף בספיקא דדינא אזלין

חזקת מרה קמא, והנה ע"פ הבנת הרעק"א והמשנה למלך בחזקת מרה קמא דהוי חזקה דמעיקרא ובספיקא דדינא לא שייך הכרעת חזקה דמעיקרא, מתרין המשנה למלך דהתם הוי ספק במציאות מה היה דעתו אם כלשון ראשון אם כלשון אחרון ובספק של מציאות שייך חזקה דמעיקרא, אלא דעדיין צריך ביאור בסברתו דהרי סוף סוף הא הוי ספק של דין האם הדין הוא תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון וע"י חזקה מכריעים הדין ומה בכך שזה גם ספק במציאות, ונראה הביאור דהרי תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון הוא אומדנא בדעתו של אדם מה נתכוון אם למה שאמר בתחילה או למה שאמר בסוף וממילא שייך להכריע המציאות, שבמעשה זה היתה דעתו על מה שאמר בתחילה ואפשר דאף שבעלמא יהיה הדין תפוס לשון ראשון מ"מ כאן יש לנו הכרעה דנתכוון למה שאמר בסוף<sup>36</sup> [ואינו דומה לסוגיא דידן דצדדי הספק הם אם אמרינן מינו אם לאו וזה אינו מציאות כלל אלא דין אם מועיל מינו אם לאו ואף שהספק הוא אם הוי מכירה אם לאו דזהו ספק במציאות מ"מ צדדי הספק הם במינו כדכתבו לעיל משא"כ תפוס לשון

<sup>36</sup> אולם צ"ע קצת מדוע לא אמרינן דבטלה דעתו אצל כל אדם שהרי אם בעלמא נאמר דתפוס לשון ראשון א"כ איך נוכל לומר דעתו נתכוון למה שאמר בסוף הרי בטלה דעתו.

ראשון או אחרון הוי מציאות ממש אך הוי דעתו].

עוד מתרץ המשנה למלך דהתם אף שאין מועיל חזקה דמעיקרא להכריע ספיקא דדינא מ"מ התם הוי מוחזק משום שסופה לחזור.

וביאור דבריו יתבאר היטב ע"פ הקה"י דהבאנו לעיל דמוחזקות של מרה קמא תלויה בחזקה דמעיקרא היינו דמשום שאזלין בתר חזקה דמעיקרא ויש לו שליטה על הקרקע ממילא נחשב למוחזק וממילא מתרץ המשנה למלך דאין הכי נמי כשהספק הוא במכירת קרקע אם קרקע זו נמכרה אם לאו אז וודאי משום שאין חזקה דמעיקרא ממילא אין כאן מוחזקות אבל התם איירי בשכירות וממילא אף שלא יהיה לו דין מוחזקות מכח חזקה דמעיקרא מ"מ יהיה מוחזק מכח דסופה לחזור. והיינו שיש שני אופנים להיות מוחזק או דאזלין בתר חזקה דמעיקרא ממילא הוי מוחזק או באופן דסופה לחזור אף שאין חזקה דמעיקרא הוי מוחזק.

ולהבנת הקו"ש בתוס' לכאורה עדיין צ"ע איך פסקו במסכת ב"מ דקרקע בחזקת בעליה דהיינו מוחזקות הרי בספיקא דדינא ב"ד מסתפקים ואינם עושים דין.

ואולי שייך כאן תירוץ הראשון של המשנה למלך דבספק של תפוס לשון ראשון או אחרון דהוי ספק במציאות מה היתה דעתו אז אין ב"ד מסתלקים אלא אזלין בתר מוחזקות. ועדיין צ"ע.

ובקונטרס הספיקות הביא עוד מהלך בשם המהר"א ששון בביאור דברי התוס' דדוקא בספק של תרי ותרי דכמאן דליתא אז שייך לילך בתר חזקה אבל בספק איך לפסוק במחלוקת של אמוראים [פלוגתא דרבוותא] אז לא שייך לילך בתר חזקה ולפ"ז בספק של דין הנשאר בתיקו שייך לילך בתר חזקה דמעיקרא.

ובביאור סברת המהר"א ששון נראה לבאר ע"פ מה שביארנו לעיל בדעת התוס' דאף אם חזקה הוי הנהגה מ"מ א"א לנהוג כן באופן שיש עדות ברורה נגד אותו הנהגה<sup>37</sup> וממילא אפשר לבאר דסבר המהר"א ששון דחזקה הוי הנהגה ולכן בספק של תרי ותרי שייך לילך בתר חזקה אף שיש עדות נגד אותו הנהגה מ"מ משום דהוי כמאן דליתא שייך לילך בתר חזקה.

אבל בספק של פסק בין מח' אמוראים דבזה לא שייך לומר כמאן דליתא [דהרי

<sup>37</sup> דלא שייך לעשות מעשה שיש עדות האומרת שאסור לו לעשות כן וצריך לעשות להיפך אף שיש עדות לטובתו מ"מ א"א לעשות נגד עדות של עדים.

כמאן דליתא הוא שמתבטל כח העדות יותר מאם לא העידו אבל אמורא שאומר דין אין זה כח וממילא לא שייך בזה כמאן דליתא]. ממילא לא שייך לנהוג נגד פסק של אמורא דכשאמורא אומר דאינו נוהג כדין וצריך לנהוג להיפך אז לא שייך לעשות הנהגה [כמו הסברא בתרי ותרי אם כמאן דאיתא].

ולפי"ז מבאר הקונטרס הספיקות דלא קשה מהוגמ' מב"מ ומבאר דהתם ר"נ לא נסתפק כמאן הלכתא אי כמ"ד תפוס לשון ראשון אי כמ"ד תפוס לשון אחרון אלא סבר דתפוס לשון שניהם וממילא הוי ספיקא דדינא מה עושים בכהאי גוונא שאדם סותר עצמו ואמר פעם י"ב זהובים ופעם י"ג זהובים ובספיקא דדינא שייך חזקה.

ובאור שמח ביאר התוס' דסברת התוס' הוא דדווקא בספק השקול היינו שיש לנו שני צדדים שקולים אז שייך לילך בתר חזקה אבל בספק שאינו שקול לא שייך לילך בתר חזקה וממילא בספק של תרי ותרי הוי ספק השקול דהרי יש לנו בירור של עדות לצד אחד ובירור של עדות לצד אחר וממילא הוי ספק השקול [ולו יצויר היה לנו מאזניים היו המשקלות שוות].

אבל בספק כמאן הלכתא אין זה ספק השקול דשמא סברת רבה עדיפא אלא דאנו אין יודעים סברת רבה וסברת ר' יוסף לאמיתה ואולי אם היינו יודעים סברתם היתה סברת רבה עדיפא וממילא אין זה ספק השקול ולא אזלין בה בתר חזקה<sup>38</sup>. [ולו יצויר היה כאן מאזניים אולי היתה צד אחד יותר מהצד השני].

והתוס' שחלקו על הרשב"ם אפשר לבאר עוד לפי מהלך האו"ש דסברו התוס' דאף שבאמת לא הוי ספק השקול אבל סוף סוף לדין הוי ספק השקול שהרי יש שני אמוראים שאמרו שני צדדים ואחר שיש לנו שני צדדים אלו א"כ לדין הוי ספק השקול.

ולפי"ז ג"כ מתורץ הגמ' בב"מ דהתם הוי ספק השקול כפי שביאר הקונטרס הספיקות דר"נ לא נסתפק כמאן הלכתא אלא סבר תפוס לשון שניהם ונסתפק מה הדין בכהאי גוונא שסותר את עצמו וזה הוי ספק השקול, שיש לנו שני צדדים שקולים מה היתה דעתו כשסותר עצמו.

ובפרי חדש ביאר דהנה יש שני סוגי ספיקות יש ספק דהוא ספק גמור דהיינו ספק מכח שני בירורים הסותרים זה את זה ויש ספק

<sup>38</sup> ובספק דהגמ' נשארה בתיקו נראה דזה הוי ספק השקול דהרי הגמ' עצמה נשארה בתיקו וא"כ הוי שני צדדים שקולים ואין כאן

סברא שאין אנו יודעים לאמתה אלא הוי ספק אף לגמ' וממילא שייך בה חזקה דמעיקרא.

לשון שניהם וסתר עצמו א"כ זה לא הוי חסרון  
ידיעה דספק כזה לא שייך לברר בעולם דאם  
סוברים תפוס לשון שניהם וסתר עצמו א"כ  
הוי ספק שלעולם אינו יכול להתברר ואולי  
בזה שייך חזקה.

ולפי"ז אפשר לומר בפשיטות דהתוס'  
סברו דלא שנא ספק גמור ולא שנא ספק  
שאינו גמור מ"מ באופן שמסתפקין אזלין  
בתר חזקה.

שאינו גמור והיינו דיש לנו חסרון חכמה וידיעה  
וממילא אין אנו יודעים מה היה.

וממילא ספק של תרי ותרי הוי ספק גמור דיש  
לנו שני בירורים הסותרים זה את זה ובספק  
כזה שייך לילך בתר חזקה.

אבל בספיקא דדינא דאינו ספק מכח  
עודף של בירור אלא מכח חסרון של בירור  
דאינם יודעים מה הדין ובספק כזה לא אזלין  
בתר חזקה דמעיקרא.

ולפי"ז אפשר לומר דהגמ' בב"מ אף דהוי  
ספיקא דדינא מ"מ משום שר"נ סבר תפוס

**הבה"ח מרדכי בימין קורנבליט הי"ז**  
**דף לב:**

**בגדר חזקת מרא קמא והמסתעף**

ועי' בתוס' שכתבו לחלוק מכח כמה קושיות,  
עי"ש.

וכתבו התוס' בביאור דברי הגמ' ונראה  
לר"י דהיינו טעמא דהלכתא כרבה בארעא  
וכרב יוסף בזווי משום דאמרין מנו לאוקמי  
ממונא ואית לן לאוקמי ארעא בחזקת מרא  
דקיימא השתא וכו' עיי"ש.

ובביאור דברי התוס' צ"ב דלכאורה אנ"פ  
שמחזיק השתא בשדה מ"מ בא להוציא

בגמ' א"ר אידי בר אבין הלכתא כוותיה  
דרבה בארעא והלכתא כוותיה דר' יוסף בזווי  
וכו', ע"כ.

בביאור הפסק דין של ר' אידי בר אבין  
נחלקו הרשב"ם והתוס' בשם ר"י, דהרשב"ם  
כתב דהוי פסק דין משום דמספקא ליה  
לראב"א טעם של מי משניהם נראה יותר (ר'  
יוסף או רבה), הלכך פוסק בראשון כרבה  
דאמרי' מה לו לשקר ויעמוד על מקחו, וכו'.

הקרקע מחזקת מר"ק. דהרי המערער הוא מרא קמא ומדוע לא מקרי מגו להוציא.

## מהלך הקצוה"ח

הקצוה"ח [בס' פ"ב סק"ג] לומד בדברי התוספות יסוד גדול, דלהוציא ממרא קמא מהני מגו ולא חשיב מגו להוציא. וכן מבואר בשב שבעתא (שמעתא ד' פכ"ד) שלמד כן בדברי התוספות, והביאור בדבריו הוא לכאורה דבחזקת ממון לא מהני מגו להוציא משום דחזקת ממון זה חזקה "שעכשיו רואים הממון ביד המחזיק" וזה פשוט דלהוציא ממון מיד מוחזק כזה לא מהני מיגו. אבל חזמ"ק יסודו הוא כמו חזקה דמעיקרא, ובחזקה דמעיקרא מהני מגו כדי לברר שגשתנה החזקה. שהרי יסוד חזקה דמעיקרא הוא דכיון דמעיקרא הוא הכי, לא אמרי' שגשתנה הדבר, העמד דבר אחזקתו, אבל זה ברור שאם יבוא אחד, או שאם יביא אחד ראיה שגשתנה מה שידענו מעיקרא, וודאי דמקבלים הראיה, רק דכל זמן שלא יודעים שגשתנה אומרים בכל ספק שלא נשתנה. וכדי לשנות מה שידענו מעיקרא אין צריך ראיה ברורה כמו כשבא אחד להוציא ממון ממוחזק, משום שלהוציא ממון ממוחזק לא מוצאין בלא ראיה ברורה משום דסברא הוא כדאמרינן בריש פרק הפרה, דאין להוציא ממוחזק בלא ראיה ברורה, אבל לברר שגשתנה מה שידענו

מעיקרא וודאי אפשר לברר אפי' בדבר חלש יותר כמגו או רוב. ולפ"ז א"ש לכאורה דברי התוספות דמגו להוציא ממור"ק לא חשיב מגו להוציא (רק מיגו לברר החזקה או הידיעה).

## ראיות כדעת הקצוה"ח

וכדברי הקצוה"ח מציעו עוד שלמדו דמר"ק הוא מדין חזקה דאיסורין (עי' נתיב"מ פ"ח סק"ד שו"ת רעק"א מהדו"ת סי' ל"ז בדעת התוס' ב"ב לב: ובשו"ת הרעק"א מהדו"ק סו"ס קל"ז, ועוד).

והקצוה"ח בספרו שב שמעתתא מביא ראיה לדבריו מדברי התוס' כאן ב"ב לב: (על דרך הקצוה"ח) [בד"ה והלכתא] משום דבזווי לא מהני מגו דהוי להוציא, אבל בקרקע אמרי' מגו להוציא מחזמ"ק. הרי מבואר מדברי התוס' דחזקת מר"ק הוא חלש יותר מחזקת ממון שמוחזק בו השתא. וכן מביא ראיה מפלוגתא דסומכוס וחכמים בממון המוטל בספק דס"ל לסומכוס דחולקים. ומשמע בגמ' בפרק השואל (דף ק. בד"ה האמני) וכן מבואר בתוס' שם דחולקים דווקא בחזקת מר"ק. אבל היכא דאיכא חזקת ממון לא חולקים. ומשמע דחזקת מר"ק הוא חזקה חלשה יותר דהיינו חזקה דמעיקרא. ואע"ג דחכמים ס"ל דממון המוטל בספק המע"ה וזה אפי' בחזקת מר"ק. וא"כ משמע דהוי מוחזק. דוחה הש"ש דזה אינו דרך בספק ס"ל לחכמים דחולקים משום

דחזקה קמייתא מכריע בספקות אבל מנא  
ודאי מהני להוציא וכו', עיי"ש.

ועוד ראיה מציעו דכתב הרמב"ן בכללי  
תפיסה אשר לו (ב"מ ו.) העתיקו מזה"ד  
בצלאל אשכנזי בשטתו לב"מ (שם) בסוגיית  
תקפו כהן. עמד שם על מה שהקשו  
הראשונים ז"ל בהאי דפ"ב דכתובות (כ.)  
דקאמרי' התם לא מגבי גבין ליה ולא מקרע  
קרעין ליה, ופרש"י (ד"ה ואוקי) דאי תפס לא  
מפקי' מניה, אלמא דמהני תפיסה לספקא.  
ובתקפו כהן מסקינן דמפקינן מניה. ותירץ ז"ל,  
אבל י"ל דכל תו"ת ל"א אוקי ממונא בחזקת  
מריה אלא מאן דתפס תפס במטלטלי  
דספיקא דאורייתא הוא, וכל ספיקא  
דאורייתא אפי' איסורא נמי לא אמרינן  
אוקמה אחזקה וכו', ומבאר מדבריו דחזמ"ק  
בממונא מכח חזקה קמייתא דאיסורי אתיא,  
ומשו"ה דן בתו"ת דבאיסורי לא מוקמי'  
אחזקה קמייתא גם בממון לא מוקמי' אחזמ"ק.  
ועוד ראיה מציעו שהביא בשער משפט (סי'  
מו סק"ד) להוכיח מסוגיא ערוכה ביבמות  
(לא.) גבי נכסי דבר שטיא דתרי אמרי'  
כשהוא שוטה זבין ותרי אמרי' כשהוא חלים  
זבין, דלמאן דס' לתו"ת ספיקא דאורייתא ולא  
מוקי' אחזקה מה"ת, לא מוקמי' נמי הכי  
אחזמ"ק, הרי להדיא דחזמ"ק הוא מטעם

חזקה דאיסורא. (וכ"כ נמי בשו"ת באר יצחק  
י"ד סי' יח).

והפ"י כתב נמי כדעת הקצוה"ח דחזמ"ק  
הוא מטעם חזקה דאיסורא (פ"י ב"מ ו: בגמ'  
ד"ה והכא) והוסיף דהיא חשיבא אפי' להכריע  
בענין איסורא, ומביא ראיה מהמקדיש  
בהמתו לא הקדיש את הכוי (גדרים יח:), והיינו  
משום דהכוי בחזקת מר"ק קיימא (בחזקת  
המקדיש) וא"כ מוכח דהוי מטעם חזקה  
דמעיקרא דמהני להכרועי בספיקא דממונא.  
**ביאור דעת הקונטרס הספיקות והגרש"ש  
(החולקים על הקצוה"ח)**

ובאמת ענין זה שנוי במח', דדעת הקונטרס  
הספיקות (כלל א' ס"ה - ו) וכן דעת הגרש"ש  
(שער ה' פי"ד) ועוד הרבה נוטה שענין חזקת  
מרא קמא הוא ענין מוחזקות דחזקת ממון.  
והביאור בזה כמוש"כ להדיא בקונה"ס דכמו  
דבחזקת ממון הסברא נותנת שאין להוציא  
הימנו בלי ראיה, ה"נ אין להוציא מוחזקת מר"ק  
בלי ראיה, דכל שידוע שהיתה שלו מתחילה,  
אף שהוא עומד ברה"ר או באגם בי גזא  
דבעלים איתא, וחשבינן ליה כאילו עדין הוא  
מוחזק, דדל ספיקא מהכא ותשאר ביד  
הבעלים, עכ"ל. דהיינו שדין מוחזק אינו תלוי  
במה שהממון נמצא כרגע מתחת ידו  
וברשותו, אלא יסוד דין מוחזק הוא במה שאנו  
רואים הממון בחזקתו. שכיון שתמיד ידענו

שהיתה שלו, ממילא היא עכשיו שלו, דהיינו כדביאר הגרש"ש בספרו שערי יושר (שער ה' פ"ד), דיש פסק דין של ב"ד לאוקמי בחזקת המר"ק בדין וודאי שכל פעם שאנו יודעים שיש כאן מר"ק נפסק בב"ד שהממון שלו. כיון דמכח זה שהוא מר"ק אז רואים את הממון כשלו. אא"כ יביא אחר ראיה שקנאו או שהממון שלו ואז ישתנה הדין. אבל הוא וודאי דרואים את הממון בחזקת המר"ק. והמר"ק הוא מוחזק מכח זה שלא אומרים שהדין שונה.

**ביאור התוס' לדעת החולקים על הקצוה"ח**

והנה לכאורה צ"ב בביאור דברי התוס' להקצוה"ח, דהא בתוס' מוכח דלא כדבריו, שהרי לדעת הקצוה"ח מדוע לא חשיב מגו להוציא משום דמגו נגד חזמ"ק לא חשיב מגו להוציא, ובתוס' מדוייק דלא חשיב מגו להוציא משום דאית לן לאוקמי בחזקת מריה דקיימא השתא. דהני משום שהמחזיק בקרקע חשיב תפוס.

ומשו"ה באמת כתבו האחרונים לבאר את דעת הר"י בתוס' באופן אחר, דהטעם דלא חשיב מגו להוציא הוא משום דסוף סוף יש כאן תפוס בקרקע, ואע"ג דתפוס לא מועיל בקרקע מ"מ הכא שאני שע"י המגו הוא מחזק את התפיסה שלו, שכן יהיה בגדר תפוס שמועיל (תפוס בשטר) ומשו"ה מהני המגו

דלא חשיב מגו להוציא אלא להחזיק הקרקע בחזקתו.

וכן מבואר בשו"ת מהרי"ט (חו"מ סי' כ"ח בסוף הסימן) וז"ל ומה שהביא החכם השלם דמחזיק חשיב מוחזק ממ"ש התוס' בההיא שמעתתא דפ' חזקת הבתים (לב): דאמרי' הלכתא כוותיה דרבה בארעא, היכא דקיימא ארעא תיקום, משמע דחשיב כמחזיק ולא כמוציא, תמה אני דמה ענין זה לזה, דוודאי כל היכא דאיכא מגו מהמנין ליה ולא נחשב' לזה מוציא שהרי המערער בא להוציא מתחת ידו ונאמן וכו'. אבל היכא דלית ליה מגו ויש עדים למערער שהיתה של אביו כל שאתה יכול להרבות ספיקות וספיקי ספיקות מעמידין את הקרקע בחזמ"ק. והוא מקרי מוחזק. וכו', עכ"ל. ומוכח כדלעיל. דחשיב מוחזק בעי' המיגו רואים אותו בב"ד כמוחזק. וזה בא להוציא, וק"ל.

**ראיות לדעת הקוה"ס והגרש"ש**

ולכאורה דברי הקצוה"ח צ"ב דמציעו כמה פעמים בש"ס ונוקמיה בחזקת מר"ק ולהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה (ב"מ דף ק.). דמשמע דחזמ"ק זה דין מוחזקות של חזקת ממון וכדי להוציא ממר"ק בעי' ראיה כדמבואר דבעי' ראיה מדין הממע"ה דהיינו דאין להוציא ממון ממוחזק בלא ראיה. וכן נראה נמי להוכיח מכמה ראשונים שלמדו

דחמ"ק הוא בגר חזקה כחזקת ממון בש"ס דלא כדעת הקצוה"ח.

(א) מהסוגיא בב"מ (דף ב:) דהגמ' רוצה להוכיח ונימא מתני' דלא כסומכוס, דאי אמרת בשלמא דהמשנה דחולקים בשבועה (בשניים או חזין) אזיל כרבנן א"ש, דהתם דלא תפסי תרוויהו אמרו רבנן הממענה הכא דתרוויהו תפסי לה יחלקו בשבועה ופי' שם בתוס' (בד"ה התם דלא תפסי) דלא תפסי לה תרוויהו כי אם האחד, ואע"ג דאפי' עומדת באגם אית להו לרבנן הממענה מ"מ מקרי האחד תפוס מחמת חזקת מר"ק וכו', ומשמע דחזמ"ק הוי מוחזקות, ולא מדין חזקה קמייתא. (ב) התוס' לקמן (דף לה.) ד"ה ומאי שנא חז"ל אין להוכיח מכאן דהלכה כסומכוס מדפריך מניה, דעד כאן לא פליגי עליה התם בהשואל (ב"מ ק.) אלא משום דאזלי בתר חזקה דממונא ומוקמי' בחזקת מר"ק וכו' עכ"ל. ודקדק המהרש"א (ב"מ ק.) מדברי התוס' חז"ל אית לן למימר דהכי נמי מהני חזמ"ק להעמיד הממון בחזקתו, והו"ל כאלו הוא מוחזק ממש בממון. וכן הוא לשון התוס' בפרק חזקת הבתים (לה. הנ"ל), וכו' עכ"ל.

(ג) וכן מבואר נמי בתוה"ד (ב"מ צז:) שכ' דבדררא דממונא חשיבי (לסומכוס) כאילו שניהם מוחזקין. וביאר דין זה, חז"ל דחזקת שניהם לסומכוס כמו לרבנן חזקת מר"ק, עכ"ל.

ומוכח מדבריו דס"ל דחזמ"ק הוא מדין מוחזקות, דאם נלמד בדברי התוה"ד שלמד שזה מדין חזקה קמייתא דאיסורן, אין דבריו מובנים לכאורה.

(ד) וכן נמי מבואר בריטב"א (ב"ב לה.) שכתב חז"ל דעד כאן לא פליגי אלא משום דחשבינן לבעל הפרה מוחזק כיון שהיו הבעלים הראשונים עכ"ל. ומבואר בדבריו דחזמ"ק עושה מוחזקות.

(ה) וכן נמי משמע בשטמ"ק בשם התוס' חיצוניות (ב"מ ב:) חז"ל: איכא למימר אוקי ממונא בחזקת מר"ק שאין להוציא הממון מחזקתו מספק בלא ראיה. עכ"ל.

(ו) וכ"כ הקוב"ש (ח"ב סי' ח') להוכיח מדברי הרא"ש בפ"ב דקידושין (סי' ח') שכתב דרוב לא מהני לאפוקי מחזמ"ק, ומבואר דחזמ"ק הוא מדין מוחזק. דאי הוי מדין חזקה דמעיקרא הא קיי"ל רובא וחזקה רובא עדיף.

(ז) וכן מוכח מדעת הריב"ם (כאן בתוס' ד"ה אמאי) דמוכח דס"ל דלא מהני מעג נגד חזמ"ק, וחשיב כמעג להוציא, ומוכח דהוי מוחזקות ודלא כהקצוה"ח.

**ביאר הראיות שהבאנו לעיל לדעת הקצוה"ח, כדעת החולקים**

(א) מש"כ בש"ש להביא ראיה מדברי התוס' נדחה כדלעיל.

(ב) על מש"כ הרמב"ן בכללי תפיסה כדלעיל, כתבו לתרין בקונה"ס, ויש לדחות ולומר דזהו טעמא דהרמב"ן (ולא משום דחזמ"ק הוא מטעם חזקה דאיסורא אלא מטעם אחר), דכל מה שלא מועיל תפיסה בספקות הוא מטעם דחשבינן לתופס בגזלנותא, דכיון דאילו היו באים לב"ד קודם שתפס היינו פוסקים ששאר ביד המר"ק והממע"ה. א"כ עכשיו שתפס דנינן ליה בגזלנותא, משום דדין מוחזק הוא פסק דין בגדר וודאי, ולא מהני להוציא ממוחזק בלא ראייה, אפי' בספק ממון כיון שיש כאן פסק דין וודאי שהממון שייך למוחזק, וא"כ מי שתופס ממנו חשיב גזלן, וא"כ אתי שפיר דבספקא דתרי ותרי, דלא שייך בזה הכרעה כלל, א"כ כשהוא תפס לא מפיקין מניה.

והגרש"ש כתב לבאר באופן אחר, דכיון דספיקא דתרי ותרי הוי ספיקא מה"ת (למ"ד תרי ותרי ספיקא דאורייתא), ואין לעשות שום מעשה כנגד העדים ועלינו לעשות כב' הכיתות עדות, עד שיוודע מי מהם משקר, וכיון דאין אנו יודעים עכשיו עם מי האמת יש לב"ד להסתלק מלפסוק, ואין בי"ד יכולים להוקים בחזקת מר"ק באופן כזה, ואע"ג דחזמ"ק אינה מכרעת בספיקות, מ"מ כיון דיש לב"ד להסתלק מן הספק, ממילא א"א להוציא הקרקע מיד המוחזק בה. והיכי דקיימא תיקום

[וכן משמע יותר מלשון הרמב"ם בכתובות (טז:): דעדים אלימי ולא מפיקין כנגדן ע"ש דמשמע דהא דלא מוקמי אחזמ"ק בספק דתו"ת הוא משום דלא עבדינן מעשה נגד עדים ודו"ק].

(ג) ולפי הנ"ל ברמב"ן א"ש נמי הראיה מסוגיא דנכסי דבר שטיא, דהתם נמי בספק דתו"ת א"א לאוקמי אחזמ"ק כדלעיל, ודו"ק.

(ד) ועל הראיה שהביא הפ"י מהמקדיש את בהמתו לא הקדיש את הכוי, כבר ביאר בקונה"ס, דאיכא למימר דהתם טעמא אחרנא איכא, ולא משום דחזמ"ק הוא מטעם חזקה דאיסורין ומשו"ה מכריע בספיקות, אלא משום דלא מעיל איניש ממזנו לספיקא וכדאיתא פ"ב דנדירים, ע"ש.

## הקושיות דאיכא על דברי הפ"י והקצוה"ח ודעימיה

והנה הגרש"ש (בשער ה' פי"ד) מביא כמה ראיות וקושיות עצומות על דברי הפ"י שכתב דחזמ"ק הוא מדין חזקה קמייתא דאיסורין, ומכריע אף בספיקות דאיסורין, ראייה ראשונה דלא כפ"י הביא הגרש"ש מהא דאמר' בגמ' (ב"ב דף פ"א) דראובן שקנה אילן בשדה שמעון מביא ואינו קורא (לרבנן באילן אחד ולר"מ בב' אילנות), דהיינו שיש ספק אי קרינן ביה אדמתך, וכתב הגרש"ש בפ"ו לדמות ענין זה דביכורים לספק בכור דאמר' בפ"ק דב"מ

דקדושה הבאה מאליה שאני, דלא אזלי ביה בתר מוחזק. ואם היה ענין חזמ"ק כחזקה קמייתא דאיסורין מדוע מביא מספק. הרי קרקע בחזקת בעליה עומדת ולענין השתמשות זה שייך למר"ק, וא"כ מדוע לא מכריע נמי לענין ביכורים שברר החזקה קמייתא (דממונות) לענין זה שהקרקע שייכת למר"ק ולא קרינן ביה אדמתך (של הלוקח) ואינו מביא ביכורים כלל, דהנה בספק בכור כתב הפנ"י לתרץ מה דלא מהני חזמ"ק להכריע דהא מותר בגיזה ועבודה, משום דקודם שיצא לאויר העולם איתרע חזמ"ק, עי"ש. (פנ"י ב"מ ו: ד"ה והא הכא). אבל הכא דאזלי לענין ממון בתר חזקה זו דמוכח דנקטנן דהוי חזקה מעלייתא. למה לא אזלי בתרה נמי לענין הבאת ביכורים, אלא וודאי מוכח דחזמ"ק אינה מכרעת כלום לענין איסורים.

ומוסיף הגרש"ש דאין לומר דמשום דהוי ספיקא דדינא משו"ה לא אזלי בתר חזקה קמייתא, דמצינו שכתב הר"ן בפ"ק דקידושין דף א: מספר הרי"ף ד"ה תנו).

לענין נתן הוא ואמרה היא, דכתב שגם בספיקא דדינא אזלי בתר חזקה קמייתא. ומוכח מזה דחזמ"ק אינה מכרעת כלום לענין איסור והיתר.

וכן מוכח להדיא מדברי הנימוק"י בפרק מי שמת (ב"ב ס"ט ע"ב מדפי הרי"ף ד"ה איבעיא) שכתב בהא דאיבעיא שם בגמ' לענין שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ועמד אם יכול לחזור, דאסיק בש"ס בתיקו. וז"ל הילכך ודאי נכסים בחזקת נותן קיימי, ואף ספק איסור מעילה ליכא דאיהו ידע בנפשה עכ"ל. הרי מפורש דמחלק בין דין ממון לאיסור, דלענין ממון מוקמינן בחזמ"ק, ולענין איסור לא מהני חזמ"ק, וכל נאמנותו גבי איסור זה רק מכח זה שנאמן לומר אנפשיה שכן היתה כוונתו. [והא דלא מהני בביכורים ידיעת המוכר אם כיון להקנות הקרקע או לא, נראה משום דהתם הוי ספיקא דדינא. אם בקונה ב' אילנות כלול בזה קרקע או לא. ואינו תלוי בכוננתם כלל. דהא הוי דברים שבלב ואינם דברים כמו דאיתא בקידושין דף כ'. לענין ספק תנאי ספק חזרה, במעכשיו ולאחר ל' יום. דלא אמרי' שמא אחד כיון בלשונו ענין תנאו והשני ענין חזרה, אלא אם לא הוא תנאי, הוי דין תנאי לכולם, עי"ש (קידושין נט: - ס.). והטעם לזה דאף אם כן בהפוך הוי דברים שבלב]. ובשכ"מ שהקדיש שאינו ספק לישנא אלא ספק אומדן דעת, סובר הנימוק"י שמתחלק הדין לכל אחד לפי כוונתו בשעה שהקדיש עכ"פ מוכח מהנימוק"י דחזמ"ק אינה מכרעת כלום לענין איסור מעילה.

ועוד כתב הגרש"ש דיש להשכיח מהא דקי"ל (ב"ב צב. דקי"ל כשמואל) לענין מכר שזר לחבירו ונמצא נטון דאין הולכים בממון אחר הרוב להוציא מן המוכר הכסף שנתן הלוקח. דלפי מש"כ בעה"מ והרמב"ן ז"ל במלחמות ר"פ ב' דכתובות דהיכא דאיכא רובא וחזקה גם שמואל מודה דהולכים בממון אחר הרוב (המאור הגדול דף ה: מדפי הרי"ף).

וכן כתב בגליון תוס' דף ט"ז ובשטה מקובצת שם הנה במוכר שזר איכא חזמ"ק על השזור להעמידו בחזקת בעלים הראשונים וראוי להצטרף עם רוב להוציא מן המוחזק, ואע"פ דבמטלטלין מוחזק טוב יותר מחזקת בעלים הראשונים כדאיתא בש"ס בכתובות ותפוס במטלטלין משו"ה מהני להדיא מחזמ"ק. אבל הכא אדרבא הקונה אינו תופסו, אלא רוצה לבטל המקת, ולפ"ז למה לא מהני החזקת מר"ק על השזור להצטרף עם הרוב להוציא הדמים מן המוכר. דהרי גבי דין השזור שהוא קיים הוכרע מדין מרא קמא שהוא של המוכר, וגבי הדמים אין לומר דגם השזור וגם הדמים יהיו למר"ק, דהיינו שלא שייך במציאות לומר שהמוכר מוחזק בשזור ובדמים שקיבל עבור השזור, דהרי הוי תרתי דסתרי, ואף אם נאמר לדחות דמש"כ הרמב"ן והבעה"מ שם הוא רק לענין חזקת הגוף כמו חזקת בתולה וכדומה, אבל חזקה אחריתא

אינה מועלת להצטרף עם רוב להוציא מן המוחזק, הוא דבר תימא לומר שהדמים והשזור יהיו למוכר, אלא וודאי מוכח דחזמ"ק אינה בגדר חזקה כלל, רק מדין מוחזק הוא, דהיכא דליכא חזקה דהשתא הוא עומד בחזקת בעלים הראשונים, ומשו"ה כיון שהמוכר אינו חפץ להחזיקו ליכא חזמ"ק, דלא שייך מוחזק רק אם בעלים מחזיקים אותם ברשותם.

ולפ"ז מבאר נמי הגרש"ש את הסוגיא (בב"ב דף יח) דתנן מרחיקין את האילן מן הבור כ"ה אמה. ואם אילן קדם לא יקוץ, ספק אילן קדם ספק בור קודם לא יקוץ, ואמר' בגמ' מרחיקין את האילן מן הבור - טעמא דאיכא בור הא ליכא בור סמוך, לא כי ליכא בור נמי לא סמיך והא קמ"ל דעד כ"ה אמה אזלי שרשים ומזקי לבור, אי הכי אימא סיפא ואם אילן קדם לא יקוץ ואי דלא סמיך הכי משח"ל, כדא"ר פפא בלוקח ה"ג כלוקח (ופרש"י אדם שנטע אילן בתוך שדהו, ואח"כ מכר חצי שדה לאיש אחר, ובא הלוקח וחופר בור אין זה צריך לקוץ אילן שנטעו ברשותו). ומפרש בר"ח בלוקח שהחזיק ג' שנים, והקשה הקצוה"ח (סי' קנ"ה סקט"ז) דלפ"ז בספק אם אילן קדם או בור קדם היינו ספק אם החזיק ג' שנים. ובספק חזקה הא קי"ל כר' נחמן דאמר זיל ברור אכילתך (ב"ב כט:): יעו"ש שנסאר

בצ"ע. ומבאר הגרש"ש, דאם לומדים שחזקת מר"ק זה כעין חזקה קמייתא יש מקום לקושיית הקצוה"ח. דכיון דמדין חזמ"ק הוכרע הדין שאין לו זכות ליטע אילן סמוך לבורו של חברו, דכיון דמהני חזקת ג"ש בע"כ דמהני נזקי שכנים, עניני הקנינים [אף דעל הזיק ראיא לא מהני שום קנין, וכמו שעמד בזה קצוה"ח סימן הנ"ל. כבר ביארנו ענין זה בס"ד במקו"א שהטעם בזה משום דברשותו שלו רשאי להחזיק כל דבר המזיק, ועל הניזוק להרחיק א"ע, וזהו ענין הקנינים בכל נזקי שכנים, שזכה רשות בחצר חברו על ענין זה, ומעשה הקנין על זה שעושה בתוך שלו דבר שחברו יכול לעכב עליו. וכמו בשביל של כרמים שזוכה הלך כיון שנעשה להילוך, אבל אדם המזיק אינו רשאי בשום פנים אף אם עומד ברשות שלו, ומשו"ה בהזיק ראיא לא מהני שום קנין על זה, ואברהמ"ל].

ולפ"ז כותב הגרש"ש בספק חזקת ג"ש אם מוקמינן בחזקת מר"ק והוכרע הדין שמעולם לא היה לו רשות בחצר חברו להכניס שורשי אילנו לתוכו, הוי כמו סמך באיסור, ומהראוי להיות הדין שיקוץ, שע"י החזקה הוכרע הדין שסמך באיסור, אבל לפמש"כ שחזמ"ק זה לא בגדר חזקה להכריע איך היה הדין, אלא שמחמת ספק הבעלים הראשונים הם המוחזקים, והשני נקרא מוציא מחברו דעליו

להביא ראיה, באופן דלפ"ז לא הוכרע כלום לענין אם ספק באיסור או בהיתר, והוי ספק שקול. ומספק לא יקוץ קודם שחפר חברו בור, ורק לאחר שיחפור בור ונמצא שורשי חברו נכנסים לתוכו רשאי לקוצצם, דהיינו דחזמ"ק לא מכריע אם יש לו או אין לו קנין בשדה חברו - וממילא הוי ספק אם סמך באיסור או בהיתר, אלא הוי רק ענין מוחזק שהשני נקרא מוציא שעליו הראיה, ובנידו"ד בעל האילן אינו בא להוציא את קנין חברו, אלא משתמש בשלו וממילא מזיק לשדה חברו. וכדברי הגרש"ש בחידושו (ב"ב סי' ב) דהכא לא שייך דין מוציא מחברו דעליו הראיה, או פסק דין של מר"ק דאינו בא להוציא ממנו ממון שבחזקתו, ואינו משתמש בממון של חברו, רק משתמש בממון של עצמו השאלה היא האם יש לו זכות באופן כזה שהרי ממילא מזיק לשדה חברו ע"י ההשתמשות בשדה שלו, או שאין לו זכות דהיינו האם סמך באיסור או שסמך בהיתר, ודו"ק.

(ועיי"ש בשער ה' פי"ד שמביא שם עוד ראיות ליסודו).

**ביאור מדוע סוף סוף לא מכריע חזמ"ק באיסורים מטעם חזקה דמעיקרא**

ועכשיו בא הגרש"ש לבאר הצד דמר"ק זה בגדר מוחזק ולא בגדר חזקה קמייתא. ומקשה

דלכא' צ"ב מדוע באמת אין חזקה זו מכריעה כשאר חזקות המכריעות את הספק. וכותב דלכא' צ"ל דכיון דחזקה קמייתא דאזלי בתורה זה נלמד מקראי דנגעים ולמאן דדרי האי ראיה מקראי דנגעים. בע"כ סובר דהוי הלכה למשה מסיני, וכמוש"כ המהרש"א שם (חולין דף יא. בש"ס ד"ה מנא), וממונא מאיסורי לא ילפיני והא דאזלי בתר חובא בממונא, היכא דליכא מוחזק, לכו"ע הוא משום דדין רוב נלמד מקראי דאחרי רבים להטות, והאי קרא נאמר גם במשפטי הממון. דאמרה תורה לילך בתר רוב דיינים, אבל בל"ה ממנונא מאיסורא לא ילפינן, ומה שמציעו כל מיני חזקות דמציעו דאזלי בממונות בתריה כמו חזקה אין אדם פורע בתו", התם אין זה בגדר חזקה, אלא בגדר הוכחה ואומדן דעת שהוא בגדר בירור המעשה, אבל חזקה קמייתא דילפינן מעגעים לא ילפינן משם לענין דיני ממונות.

## ראיות דודאי שייך דין חזקה דמעיקרא גם בדיני ממונות

ומביא הגרש"ש דבאמת אין לומר כן (דלא למדו חז"ל את המושג חזקה דמעיקרא בממונות משום דממונא מאיסורא לא ילפינן). שהרי מציעו בכמה מקומות בדיני ממונות שכן אומרים דין זה דאיסורא מממונא לא ילפינן.

וכדמבואר בכתובות (יב:) גבי מארסתני נאסרתי דנאמנות לר"ג לומר דנאנסה אחר האירוסין כיון דיש לה חזקת הגוף, הרי להדיא דיש דין חזקה גם בממונות, דעיי"ש בגמ' שהוכיחו מזה דמהני חזקה בחזקת ממון, ועיי"ש בתוספות (דף לו.) בד"ה החרשת דגם בלא טענת ברי מהני חזקת הגוף להוציא ממון יעו"ש. וכן מציעו בפרק המדיר (עה:) גבי מצא בה מומין דנאמנת לר"ג מכח חזקת הגוף לומר דאחר האירוסין נלדו בה המומין. וכן בפרק השואל (ב"מ דף ק.) כתבו התוספות שם דמהני חזקת מעוברת לענין להצטרף עם חזקת ממון לסומכוס, וכ"כ התוס' ב"ק ריש פרק הפרה ועיי"ש עוד מש"כ הגרש"ש להביא ראיות דאיכא מושג של חזקה דמעיקרא בממונות. ומוסיף הגרש"ש דאין לחלק בין חזקת הגוף לומר שזה חלש יותר משאר חזקות. דודאי חזקת הגוף עדיף יותר משאר חזקות, כמש"כ הפנ"י בפרק המדיר ובקו"א פ"ק דכתובות וכ"כ בשב שמעתתא (ש"א פט"ז) דחזקת הגוף מהני נמי בספק טומאה ברה"י עיי"ש, דהרי עיקר דין של חזקה דילפינן מעגעים הוא בחזקת הגוף. ומ"מ קיבלו חז"ל דמ"מ גם שאר חזקות מהני, ועי' מש"כ הגרש"ש להאריך לבאר ענין זה (כאן, וגם בשער ב' פ"א ד"ה נראה) עיי"ש ודו"ק.

ומקשה הגרש"ש דלפ"ז דמציעו שיש מושג שזה חזקה דמעיקרא בממונות, א"כ הדרא קושיא לדוכתיה, מדוע אין חזקה דממון מכריע נמי לגבי איסורין.

## ביאור יסוד הגרש"ש בחזקה קמייתא, ובכח חזמ"ק בממונות

וכותב הגרש"ש לבאר ענין זה ע"פ יסוד בגדר חזקה קמייתא, דכמו שקיבלו חז"ל דלא מהני להכריע חזקת טהרה בספק טומאה ברה"י, שהטעם בזה כדביאר הגרש"ש (שער א' פ"ט ד"ה ובוה) דכל דין חזקה לא נאמרה אלא להכריע את הספק (במקום שיש ספק) מדין הנהגה של התורה, שזה חזקה קמייתא, וכיון דספק טומאה ברה"י עשתה התורה כוודאי, שוב ליכא ספק לענין דינא (עיי"ש שהאריך בזה) וכמו"כ נאמר לענין ספיקא דממונא, דהכא דאיכא חזמ"ק דמתורת משפט דיני הממון נעשה בזה דין וודאי, ע"י דין של הממע"ה, ומשו"ה לא שייך בזה דין חזקה דמעיקרא, וכמו בספק טומאה ברה"י, ואף דלגבי הדינים הנולדים מתולדה אי הוי קנין נשאר ספק מ"מ אין כאן מקום לדין חזקה דמעיקרא, כיון דעיקר יסוד הספק הוכרע כבר, ואף דבביכורים היה מקום לומר העמד דבר אחזקתו, וכיון דמדין חזמ"ק נשאר ביד הבעלים הראשונים, גם לגבי ביכורים לא יבא כלל, אולם כיון דסוף סוף דין ביכורים בא

בתולדה מדין הממון, ובדין הממון ליכא דין של חזקה קמייתא כיון דהוכרע כבר (בדיני חושן משפט) מדין הממע"ה, וכל היכא דליכא דין חזקה על עיקר הספק, לא מהני דין חזקה על הדברים הבאים בתולדה, דבשלמא אם עיקר דין ביכורים היה תלוי בדין ההקנאה, אם קנה קרקע או לא, היה מקום לומר להעמיד הדבר על חזקה קמייתא דלא קנה קרקע, אבל באמת ענין ביכורים הוא בתולדה כי במציאות נעשה הקרקע שלו וקרינן ביה אדמתך, וחייב בביכורים, וספק זה אם נעשה הקרקע שלו, הוא ספק בדיני ממונות שעל זה אין הכרעה מחזקה קמייתא, ומשו"ה ליכא בזה חזקה גם בדברים הבאים בתולדה] - והביאור בזה לכאור' שאין לחלק בין ענין הממון לענין השליטה וההשתמשות, או בין ענין הממון לענין הקנין עצמו בממונות, דלענין דיני הממונות הכל הוא ענין אחד, האם הדבר שלו - או שאין הדבר שלו. ואין לומר שזה שלו לענין השתמשות, ורק ספק שלו לענין הקנין האמיתי, ומשו"ה ליכא דין חזקה קמייתא בממונות, משום דהרי בי"ד הולכים בתר דין דהמע"ה, והוכרע הדין דהוי דין הממון כשלו, ואע"פ שאם יבוא אליהו ויברר האמת יוחזר החפץ לבעלים האמיתיים דלא נפקע קנין הבעלים מדין הממע"ה, ולכן לכל הדברים הבאים בתולדה מדין הממון לא שייך לומר

חזקה דמעיקרא כיון דעיקר הדין הוכרע, אבל הא דהוכרע לגבי דיני הממונות לא מועיל עדיין אי הוי אדמתך או לא, ודו"ק].

ולפי"ז נאמר דמהדמצינו דמהני בספק ממון איזה חזקה, זה דווקא אם חזקה זו כחזקת הגוף, וכמו שמצינו בס"ק דכתובות ובפרק המדיר שאנו מכריעים בזה את הספק העיקרי, דהיינו חזקת הגוף התם אין הספק של האיסור או הקדושה תלוי בדין הממון של החפץ אלא ההפוך דין הממון של החפץ הוא זה שתלוי במצב של הגוף, והספק העיקרי הוא איך היה הגוף, ולא לענין הממון. ומשור"ה מהני לפסוק הממון ע"פ חזקת הגוף, ודו"ק. וכמו נמי דמצינו שכתבו הפנ"י והש"ש (הובא לעיל) שחזקת הגוף מהני נמי לפסוק בספק טומאה ברה"י, ודו"ק שזה יותר חזקה משאר חזקות, ומשור"ה שאר חזקות באמת אינו מועיל בו לאחזוקי ממון, ורק בחזקת הגוף כדלעיל (ועיי' בשער"י פ"ה סי"ד שכתב שם באריכות, ע"ש).

ואיכהמ"ל.

ולפי"ז א"ש דברי הגרש"ש ודעימיה בביאור כל צדדי הדינים בחזמ"ק. אולם צ"ב עדיין דברי הקצוה"ח והפנ"י ודעימיה כדלעיל. מכל ראיות הראשונים ומקושיות הנ"ל.

ביאור מהלך הקצוה"ח תי' הקושיות הנ"ל לפי"ז ונראה לי להציע מהלך בדברי הקצוה"ח שצריך לחלק דחזמ"ק קובע רק לגבי

השתמשות של החפץ אבל לגבי הבעלות האמיתית לא קובע, דהא בשלמא להגרש"ש דחזמ"ק הוי פסק קין וודאי, א"כ תו לא שייך לחלק בין הבעלות להשתמשות, משום דהא בכח ב"ד לעשות פסק וודאי, אבל לדעת הקצוה"ח שגם חזקת ממון הוי מדין חזקה דמעיקרא דהיינו שכל דבר שאני רואה אני אומר שזה ככה באמת כמו מה שנראה או מכח הידיעה שלי, וגם שם צריך לחלק בין החזקת ממון למה שהוי תפוס בממון. דהיינו שיש חזקה מסויימת שקובעת לי בדין של אומדנא שהממון נשאר בכח המר"ק. ואפש"ל שזה דווקא לגבי השתמשות אבל לגבי דין הממון שבמציאות לא נתברר למי שייך באמת, וממילא א"ש דבביכורים זה ספק במציאות האם אדמלך קרינן ביה או לאו, והחזמ"ק לא מכריע לי כלום לענין זה, ואתי שפיר ודו"ק.

וכן נראה לי לבאר דברי הקצוה"ח דבאמת כמו דמצינו דבחזקת ממון קרי ליה חזקה דמעיקרא וקרינן ליה מוחזק, אז צ"ל בדברי הקצוה"ח שחזקה דמעיקרא עושה לי לראות את המר"ק כמוחזק בגלל החזקה דמעיקרא שיש לי, אלא דאם רוצה ללכת נגד ולהוציא מחזמ"ק, לא חשיב כמוציא ממוחזק. אלא כמי שבא לברר שהחזקה קמייתא השתנה ממה שידענו מאז ומעולם. ולפי"ז א"ש מה דקשה

מלשונות הראשונים דמשמע שמר"ק הוא דין מוחזק בחזקת ממון, שהרי לקצוה"ח גם חזקת ממון הוא על יסוד חזקה דמעיקרא וא"כ אפשר לקרוא למר"ק (שהוא ע"י חזקה קמייתא) מוחזק, וכטעם הנ"ל וק"ל.

ולפי"ז מתורץ הקושיית על הקצוה"ח לכאורה וכן הראיות דלא כקצוה"ח, אלא דנשאר לבאר דעת הקצות בדברי התוספות (דף לב:): שלמד בדבריו דמהני מעו להפוך ממר"ק בחזקת מר"ק. דהא לכא' לשון התוס' אינו כן, אלא דנראה לומר דהיה הכרח לקצוה"ח ללמוד כן, דהרי לדעת הקצוה"ח (בסי' פ"ב סק"ג) לא שייך תפיסה בקרקע, ובשלמא אם לומדים דשייך תפיסה בקרקע רק דלא מועיל, אפשר ללמוד בדברי התוס' כמוש"כ המהר"ט דתפיסה עם מעו מועיל, אבל אם לא שייך כלל תפיסה, א"כ אפי' ע"י מינו לא מועיל, משום דלא שייך במציאות צורה של תפיסה. אלא ע"כ דהא דמועיל כאן זה בגלל שמעו להוציא ממר"ק אמרינן. ונראה להוסיף נופך דלפ"ז א"ש מדוע למד הקצוה"ח דמר"ק הוא מטעם מר"ק. דאם היה לומד שמר"ק זה מטעם מוחזק, א"כ הדרך היחידה להוציא ממוחזק, הוא על ידי זה שהשני יעשה מוחזק דהיינו על תפיסה, או ע"ז שיראו את הקרקע ברשותו, ואם לא שייך תפיסה כלל, לא שייך להוציא ממר"ק עד סוף כל הדורות

(או עד שישתקע שם בעלים), ומשו"ה ס"ל דחזמ"ק הוא מדין חזקה דמעיקרא, וא"כ ע"י ראייה יכול לשנות מה שידוע בב"ד מעיקרא, ובאמת משו"ה א"ש נמי הא דכתב הקצוה"ח דחזקת ג' שנים הוא תקנ"ח. דהני שמעיה"ד היה צריך להחזיק עד סוף ימיו בשטר לראיה, שאל"כ לא יוכל להוציא דהא איכא חזקה מעיקרא דהוי של המר"ק, ומשו"ה עשו חכמים תקנה שמספיק שיחזיק ג' שנים ואינו יכול ללמוד כמהלך ההפשוט ומהלך שאר הראשונים והאחרונים בזה, וק"ל.

ולפ"ז א"ש דמציעו מח' הקצוה"ח והגרש"ש ודעמיא ביסוד דין חזקת מר"ק, אולם גם לקצוה"ח לפי"ז זה אמנם חזקה קמייתא אבל לא מועיל באיסורין, ולכא' בדעת הפ"י אין לומר כן כדעת הקצוה"ח משום דלא מוכח שלמד כן במהלך הדין של חזקה קמייתא, ומזה שכתב דמכריע באיסורין, כמ"ש ראייה מהקדש, איכא נמי להוכיח דאין ללמוד כמש"כ לעיל בדעת הקצוה"ח, ולפ"ז מבואר נמי שפיר מדוע לא הזכיר הקונה"ס את דברי אחיו (בעל הקצוה"ח) וכן מה דלא הקשה הגרש"ש על הקצוה"ח אלא על הפ"י, ודו"ק.

**ביאור דברי הקונטרס הספיקות בהכרעה לדינא לפי הנ"ל**

ולפי מש"כ לעיל בביאור שיטת הגרש"ש בדין דחזמ"ק הוי מדין מוחזק נראה לי נמי

לבאר דברי הקונה"ס בסוף סעיף ו' (כלל א) שכתב להכריע, בזה"ל: "ודעתי יותר מסכמת דחזקת מרא קמא אינה חזקה המכרעת כמו חזקה קמייתא באיסורי, אלא מעין חזקת ממון דמסברא ידעין לה וכמו שכתבתי למעלה, ועיין בטור ח"מ סי' ר"מ (סעיף ד') מ"ש בשם הרמ"ה בענין שני שטרות היוצאין ביום אחד היכא שנתנו זה לזה, והשתמש שם ג"כ בחזמ"ק, ואם נאמר דחזמ"ק חזקה המכרעת מעין חזקה קמייתא דאיסורא לא נוכל לכלכל דבריו במשפט ודוק. עכ"ל, עיי"ש.

והנה בביאור הראיה שהביא הקונטרס הספיקות מהרמ"ה צ"ב. דהתם מיירי באופן שראובן הקנה כל נכסיו לשמעון, וחזר שמעון והקנה כל נכסיו לראובן באותו יום, ולא פירשו בשטר את שעת הקנין, ומספקא לן שטר מכירתו של מי קדם, וכתב הרמ"ה דאם נמצאים הנכסים ברשות שאינה של שניהם מוקמין כל א' מנייהו מחזמ"ק, ופירש הקוה"ס דבכה"ג לא שייך שתועיל חזמ"ק מדין חזקה המכרעת באיסורין אלא רק מטעם מוחזק, דהרי כל חד מינייהו מכר כל נכסיו לחבירו, וא"כ פקעה בעלותו הקודמת, אבן דברים אלו לכאורה צריכים ביאור רב. דהרי אפי' אם נימא דחזמ"ק מטעם מוחזק לא נוכל לכלכל דבריו במשפט, דכיון דוודאי יצאו כל הנכסים מרשותו לא שייך בזה ענין חזמ"ק כלל. ועי'

בחזמ"א (ח"מ בליקוטים סי' י' סק"ח) שתמה על דברי הרמ"ה דבכה"ג לא שייך כלל דין חזמ"ק, עיי"ש.

ונראה דע"פ יסוד הנ"ל שביארנו בס"ד בדברי הגרש"ש א"ש הראיה שהביא בקוה"ס מדברי הרמ"ה, שאם לומדים דחזמ"ק הוא דין מוחזק שנעשית ע"י הכרעת ב"ד בגדר וודאי בכל ספק, א"כ ה"ה הכא. אע"פ שידוע לנו שמכר נכסיו וצא מבעלותו, סוף סוף בכל מקום שיש ספק בממונות יש דין מכח הממענה של מוחזקות, והמוחזקות מכריע לנו בעלות אפי' במקום שאנו יודעים דלכאורה נשתנה הבעלות.

דהיינו, בשלמא אם לומדים שמוחזקות דמר"ק הוא ע"פ יסוד חזקה קמייתא, דכיון דהיה ידוע פלוני בב"ד אתמול כבעלים ממילא ב"ד רואים אותו גם היום כבעלים, אז קשה דהכא לא שייך לומר כן. כיון דהוא וודאי דנשתנה החזקה שהיה ידוע לנו מתמול שלשום, אבל אם לומדים שחזמ"ק הוא הכרעה של פסק דין דכיון דאיכא ספק מוקמי' אחזמ"ק, א"כ הוא פס"ד אף במקום דידוע דמה שידענו אתמול יש צד שנשתנה, משום דבב"ד אין מושג כזה של ממון בספק אצל א' משניהם, וא"כ במקום דמוקמי' הממון בחזקת המר"ק אז הממון אצלו כבעלים, ודוק, וזה ברור.

לסיכום: נתחדש דאיכא ג' מהלכים בגדר חזקת מרא קמא.

מהלך הפנ"י שהוא חזקה דמעיקרא ממש, ומכריע גם גבי איסורין. וצ"ב.

מהלך הקצוה"ח שהוא ע"פ יסוד חזקה דמעיקרא דאפשר להוציא ממנו בקל כמו דאפשר לשנות חזקה דמעיקרא ע"י כל ראיה שנשתנה מה שהיה ידוע בב"ד מתמול שלשום אולם זה עושה מוחזקות מכח החזקה דמעיקרא, ובמקום שאין מוציא, רואים אותו כמוחזק והוא פסק דין מכח האי חזקה ומכריע גבי השימושים של החפץ שהוא בחזקת המור"ק. אבל אינו מגלה לעו לגבי הקנן שהוא באמת בדיני הקנינים הממוניות של המור"ק, מועיל לברר גם בממונות, משום דהדין ממון

רק דאנו מוקמי' בחזקתו, ומשו"ה נמי אינו מכריע באיסורין ע"י חזקה מעיקרא זו, משום דאינה הכרעה לגבי עיקר דין הממון אלא גבי השימושים של הממון. ולכן אינו מכריע בביכורים כדהוכחנו לעיל בס"ד.

ועוד מהלך שהוא מהלך הגרש"ש ודעימיה שחזומ"ק הוא בגדר חזקה כחזקת ממון, שהוא ממש כמו בידי הבעלים (לא כתפיסה ממש אלא ההגדרה), ולא שייך שיכריע באיסורין כלל, משום דהוא פסק דין. ובמקום שאין ספק בגלל שהוכרע הדין (ע"י הממענה) אין מקום לחזקה דמעיקרא לברר גבי הדינים שיוצאים מתולדה מהחזקת ממון. ולכר"ע חזקת הגוף

תלוי במציאות הגוף, וכדלעיל. ודו"ק.

הבה"ח חיים זאב הסקן שבדרון ה"ו

דף לג

## ביסוד הדין דאין ספק מוציא מדי וודאי

א. איתא בב"ב דף לג. קריביה דר"א בר אבין שכיב ושבק דקלא ר"א ב"א אמר אנא קריבנא טפי אתא ההוא גברא אמר אנא קריבנא טפי לסוף אודי ליה דאיהו קריב טפי אוקמה ר"ח בידיה א"ל ליהדר לי פירי דאבל

מההוא יומא עד השתא אמר זה הוא שאומרים עליו אדם גדול הוא אמאן קא סמיך מר אהאי הא קאמר דאנא מקרבנא טפי אביי ורבא לא סבירא להו הא דר"ח כיון דאודי אודי.

## ליבון שמערתהא בנא בתרא

ב. ובסוגיא זו איכא כמה וכמה גירסאות בראשונים וגירסת ר"ח דאייתי ר"א סהדי דאיהו קריב (אך לא דקרוב טפי) ואוקמ' לדקלא בידיה ובפירות נחלקו ר"ח ואב"י ורבא עי"ש.

ג. והנה על עיקר הדין דאוקמנא הדקל בידיה לכאן אינו מובן דהא לא אייתי סהדי דקרוב טפי מההוא גברא! ומבאר התוס' שאוקמ' בידיה מדין אסממ'!

ד. והנה לכו' צ"ע טובא דמה בכך שאייתי סהדי דאיהו קריב ליעשות וליחשב כוודאי? דהלא דילמא ההוא גברא קריב טפי ורק הוא צריך לירש כולה! וכדי לבאר ענין זה צריך להקדים ולבאר יסוד הדין דאסממ'!!

ה. א' בב"ד דקנ"ח: מתנ': נפל הבית עליו ועל אמו אלו ואלו שווין דיחלוקו (כלומר - ב"ש וב"ה דנחלקו במתנ' דלעיל שווין כאן דיחלוקו).

וביאור הציור: דאיכא ספק האם האם רחל מתה ראשונה או הבן יוסף יורשי האם טוענין דיוסף מת ראשון ולא ירש את אמו, וכשמתה רחל רק הם יורשין. ויורש הבן (האח ראובן) טוען רחל מתה ראשונה ויוסף ירש אותה ונמצא דהוא צריך לירש הכל! והוי ממון המוטל בספק דיחלוקו!

ו. ופר"ש: דהיינו דווקא אם לא נשארו בניו לרחל. דאם יש לה בן אחר (בנימין) נמצא

דאפי' עה"צ דרחל מתה ראשונה הוא יורש חצי ונמצא דהוי וודאי במקצת ויורש הבן הוי ספק אם יורש כלל דדילמא יוסף מת ראשון ובנימין הבן השני יורש הכל ודמיא לספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דא' אסממ'!

ומוסיף הרשב"ם: דמינה שמעינן דכ"מ דהאחד יורש במקצת והשני ספק אם יש לו חלק בנכסים או לא - דהוודאי יורש את הכל! כלומר - דכ"מ שלאחד יש וודאי במקצת והשני ספק אמר' אסממ'!

ביאור סברת הרשב"ם בפשטות - קו' התוס' ע"ז

ז. ונראה בביאור סברת הרשב"ם (בפשטות ועכ"פ כפי הבנת התוס') שבגלל דוודאי מקצת הנכסים שייכים לו - נמצא שאית ליה שם בעלים על כל הנכסים (-) וכמו הסברא של מוחזקתו דמ"ק בקרקע דאית ליה שם בעלים. ה"נ כאן רואים זאת בחזקתו.

ח. אך מקשי התוס' (ר"י, ריב"א, ר"ת, ריב"ם ועוד...)

א. מסברא: דאטו מי שיש לו וודאות על חלק אחד נקרא וודאי על חלק האחר

ב. משנים או חזין: דמצין באחד טוען כולה שלי ואחד חציה שלי. דזה דטוען כולה שלי ישבע שאין לה בה פחות מג' חלקים. ולכאן למה לא נוטל כולה.

והא חצי וודאי שייך לו, ואיכא שם בעלים עליו.  
ומקשה מעוד סוגיות בש"ס דאבמ"ל.

ט. התומים רוצה לתרץ על הקו' משנים אוחזין דהתם דהשני טוען ברי א"א להוציא ממנו ע"י אסממ"ז! ודווקא בספק ויבם דהספק שמא!  
י. אך אא"ז בשו"ת מהרש"ם מקשה עליו מכמה וכמה מקומות ואחד מהם הוא התוס' בסוגיין דרואים דאפי' דההוא גברא ברי מוציאין.

יא. ועל כל קו' מקו' התוס' נתרבו התירושים אך ע"פ היסוד של חזקה הוא שעל ג' קו' מתרצים תירוצין אחד! ע"כ נראה לבאר בעזרה"ת כביאור דנקטו עלמא ע"פ הר"י:

**א. ביאור אסממ"ז ע"פ הרשב"ם (בהסבר הראשי ישיבות)**

דהרשב"ם סבר דבירושה בעצם כ"א יורש כולה, ורק אח"כ באין שני האחין שירשו כ"א כולה ומפקיעין כ"א חצי.

יב. ולפ"ז א"ש בספק ויבם דמשום דהיבם בוודאי יורש מקצת נמצא דבעצם יורש כולה. והספק הוא ספק אם יורש כולה או לא נמצא דאסממ"ז.

וכמו"כ בגלל הבית עליו ועל אמו דבנימין בוודאי יורש מאמו כולה וראובן ספק אם יורש כולה אמר' דאסממ"ז.

וכמו"כ בגלל הבית עליו ועל אמו הוא יורש בוודאי מאמו כולה, ואיכא ספק אם ראובן יכול להפקיע עכשיו או לא.

משא"כ בשנים אוחזין דאית ליה בעלות רק על חצי - ולמה יהיה ליה וודאות על החצי השני יותר מהאחר?

יג. ביבמות פסק' בספק ובני יבם שבאו לחלוק נכסי מיתנא דאע"פ דהספק יורש ממ"ז חצי עכ"ז א"א אסממ"ז. והוי ממון המוטל בספק ויחלוקו (למסק).

ולכאן מה בכך דזה רק ממ"ז הא עכ"פ הוי וודאי במקצת ויורש כולה. וצריך לבאר שדווקא בספק ויבם נמצא דהוא יורש בוודאי הסבא לגמרי ואיכא ספק הפקעה ממנו וא"כ אין הספק יכול להוציא.

אך כאן איכא וודאי הפקעה, וא"כ הספק הוא על הספק עצמו האם יורש ע"י היבם דהתם איכא וודאי הפקעה דמפקיע. אי יורש מצד המיתנא דליכא הפקעה.

יד. ולכאן לפי הפירוש הנ"ל א"ש חידוש ר' ברוך בער דאסממ"ז הוי וודאי ממש. דהלא הוא יורש בוודאי הכל. ואין מפקיעין ממנו בגלל הדין דאסממ"ז ולא דנוחטין לו בגלל דהוא מוחזק, אלא דאין מפקיעין ממנו, וק"ל.

טז. אך תוס' (ר"י, ר"ת, ריב"ם ועוד...) חולקין על הרשב"ם בגלל הבית וסוברים דאפי' אם איכא בן לאם פסק' יחלוקו.

## ליבון שמערתהא בנא בתרא

והסברא - דדווקא בספק ויבם היבם בוודאי יורש הסבא, והספק ספק אם הוא יורש כלל, משא"כ הכא אין בנימין וודאי יותר מראובן. ולכא' דבריו צריכין ביאור דמ"ש הא בשניהם בנימין/היבם וודאי.

ב. ביאור אסממ'ו ע"פ התוס' (בהסבר הריטב"א)

טז. הסבר הריטב"א בדעת התוס' דאסממ'ו ביאורו דמי שיש לו טענה המבוררת טפי נחשב למוחזק. והוי דין בטונ"ט. כלומר דביבם וספק שבאו לחלוק בנכסי מיתנא. היבם טוען שרצה לירש הכל מכח דהוי וודאי יורש של הסבא. משא"כ הספק הוא ספק אם הוא יורש של הסבא כלל. נמצא דעל החצי השני היבם יותר וודאי מהספק, דהוא יודע ברי באיזה זכות יורש הוא בא ולזה נחשב למוחזק והממע"ה.

יז. ומשא"כ בנפל הבית עליו ועל אמו, הספק אינו מי הירש, אלא דבנימין הוי וודאי יורשו של האם, וראובן הוי וודאי יורשו של יוסף, והספק הוא מי המוריש. כלומר למי שייך הממון, והוי ממון המוטל בספק וחולקין.

(ומשא"כ לרשב"ם - לגבי יוסף ובנימין, בנימין וודאי ירש הכל ובנימין ספק, ואסממ'ו. אבל לתוס' דתלוי בטענות - תלוי בבע"ד עכשיו כלומר ראובן ובנימין ואין אחד מהם יותר ברי וודאי מחבירו).

יח. ולפ"ז א"ש בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דפסק' יחלוקו דאנ"פ דהספק ממ"נ יורש חצי, עכ"ז על החצי השניה הוי ספק כמותם, די"ל דהוא בן היבם וא"כ וודאי דאית ליה רק חצי.

וכלשון הריטב"א דוודאותו של ספק אינו בנכסי המת מפני שהוא יורש וודאי יותר מהם, אלא משום דאתי ממ"נ, אבל גם הוא אינו בריא יותר מהם מכח מי הוא בא לירש, ובכי האי גונא לא חשיב בריאות לעשות מוחזק ובריא בכל הנכסים ומסיים הריטב"א דפירוש התוס' נכון יותר (מפירוש הרשב"ם).

ג. מהלך הרא"ש בביאור אסממ'ו

יט. יבמות דל"ז: ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא, יחלוקו מקשה הרא"ש דלכא' קשה דהיבם וודאי והספק ספק ואסממ'ו. ולכא' לפי ב' המהלכים הנ"ל קו' אינה מובנת. דלפי' הרשב"ם הרי שניהם אינם וודאים, דאיכא ספק אם הספק יורש כולה ואם הספק הוא בנו של יבם היבם יורש כולה, ואין אחד וודאי בכולה יותר מהשני, ולפי התוס' ג"כ רק הספק נקרא יורש או רק היבם, (דבמקום בן לא נחשב ליורש).

כ. ונראה דלמד ביאור חדש (והאור זרוע מפרש זאת בתוס') בסברת אסממ'ו וכדלהלן:

מעולם וודאי מוחזק בכל הנכסים דהרי יוסף אחיו היה, ואיכא הרי ספק אם מת קודם אמו א"כ נמצא שא"י להוציא מספק ויחלוקו. היוצא לנו מזה דיש לנו ג' מהלכים בביאור דין אסממ"ז:

- א. הרשב"ם: דמי שיוורש וודאי במקצת נחשב לוודאי בכולה (וכביאור הר"י).
- ב. התוס': דמי שיש לו טענה וודאית מכח מי בא לירש נחשב מוחזק (ע"פ הריטב"א).
- ג. הרא"ש: דמי שהיה היורש היחידי נחשב למוחזק בכולה.
- כה. ביבמות דף ק. בספק בן תשעה לראשון בן שבעה לאחרון הוא אינו יורש אותם דהבנים האחרים הוו וודאים והוא ספק, נחלקו הראשונים האם הוי דווקא בבן או אפ' בבת. דהרא"ש סבר דאפ' בת והריטב"א סבר דדווקא בן וביאר הקובץ הערות דהרא"ש סבר דאף קרובים רחוקים יש להם כח יורש בעצם ולא בפועל ועיי"ש.
- כו. ולפי הנ"ל א"ש דהרא"ש לשיטתו דכיון דלפני שנולד הספק, הבת יורשת נמצא דהיא וודאי, אבל לריטב"א הרי הבת אינה בוודאי יורשת ואין לה וודאות יותר מהספק דאי הספק אחיה רק הוא יורש.

דסבר דבן שנולד נחשב למוחזק בנכסי אביו מדין ירושה אף בחיי אביו וכמו"כ כל יורש, וא"כ נמצא דלפני שהספק נולד היה היבם וודאי מוחזק בנכסי המיתנא ונמצא דכשהספק נולד בספק אם יורש הוי המע"ה. דהרי היבם מוחזק. (וא"כ קו' א"ש, דלכאור' בספק ויבם בנכסי מיתנא הוי היבם וודאי, דלפני שנולד הספק היה וודאי הוא יורשו וא"כ היצ"ל דאסממ"ז).

כא. ומתוך הרא"ש דמדובר דהסבא חי עד שנולד הספק, והאב יורש לפני האת, ונמצא דלא היה היבם וודאי בירושה בשום זמן.

(ולפ"ז נמצא חידוש עצום, דבאופן דהסבא אינו קיים הדין הוא דאסממ"ז וכן מביאו הרמ"מ בשם יש מי שאומר).

כב. אך מקשה המהרש"א דלפ"ז למה בסבא וספק בנכסי יבם אמר' דחולקין ולכאור' הסבא היה וודאי לפני שנולד הספק, ומתוך הערוך לנר שהתם מדובר שהיה ליבם בנים ומתו כשנולד הספק.

כג. ולפ"ז א"ש בספק ובני יבם בנכסי מיתנא דהספק לא נחשב לוודאי כלל, דמתי היה מוחזק בכל הנכסים (ואף הבני יבם אינם נחשבים לוואים דהספק וודאי מפקיע מהם).

כד. ולפ"ז י"ל דגם התוס' סברו כן, וא"ש בגפ' הבית עליו ועל אמו דהרי בנימין לא היה

ורק ההוא גברא בטענתו עושה ספק, אבל לפני טענתו היה ברור שהולך לר"א ונקרא ג"כ אסממ"ז (כמו באופן שהיה וודאות שהולך אליו).

התודה והברכה לידידי אהובי וריעי הבה"ח אהרן זאב הלוי סגל הי"ז שעוזרני רבות בלימוד ועיון, ליבון ופולפול הסוגיות ובפרט בסוגיא זו לצרף ולהבין היטב עומקא דשמעתתא הדק היטב.

כו. ולפ"ז יש להסביר בסוגיין דקריביה דר"א וכדלהלן:

א. ע"פ הרשב"ם: ע"פ הקובץ הערות דאף קרובים רחוקים נקראים יורש, ורק דהקרוב טפי מפקיע ממנו, נמצא דכשהביא עדים דהוא קרוב הרי יורש כולה, וההוא גברא הוא ספק אם בכלל יורש וא"כ אסממ"ז.

ב. ע"פ התוס': א"ש, דהרי ר"א יותר מבורר בטענתו, דהוא וודאי קרוב ואע"פ שאין אנו יודעים אם טפי אבל ההוא גברא הוי ספק אם הוי קרוב כלל, ואסממ"ז.

ג. ע"פ הרא"ש צ"ל דבגלל דיש לו עדים דהוא קרוב ואין יודעים דאיכא קרוב טפי ממנו נמצא דב"ד רואים דהוא הוודאי יורש.

הבה"ח יוחנן ויסברג הי"ז

דף לג:

## בענין סוגית לא חציף

וניתן להבין בסברת לא חציף ב' סברות א' דאין אדם מעיז לעגוב מחבירו דאינו רוצה להיות רשע. ב' דחושש שמא יבאו הבעלים ויוציאהו.

וכותב הרשב"ם דכל הנאמנות של לא חציף הוא רק למפרע דהיינו על מה שכבר אבל אבל מכאן ולהבא אינו נאמן דאם נאמינו כל

אמרינן בגמ' ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבני ואבלתיה שני חזקה אזל אייתי סהדי דאכלה תרתני שני... אמר ר"ז אם טען ואמר לפירות ירדתי נאמן וכותב הרשב"ם דטעם הנאמנות הוא דלא חציף איניש למיחת לארעא דחבריה ולמיכל פירי דחבריה בתנם כדמפרש ואזיל.

אדם ירד לקרקע חבירו ויאמר לפירות ירדתי מאחר שלא נחוש לערעורו של בעל הקרקע. והנמוק"י מבאר יותר דהא דלא נאמן מכאן ולהבא דא"כ ליכא סברת לא חציף דאינו מפחד מהבעלים שיוציאו דאינם יכולים להוציאו דכל סברת לא חציף הוא משום שחושש שמא הבעלים יוציאו אבל אם נאמר שנאמן מכאן ולהבא אינו חושש שיוציאו.

ומבאר בנמוק"י דלא חציף היינו פחד מהבעלים שיוציאו.

אולם היד רמ"ה לעיל (דף לו) כותב דהא דאינו נאמן מכאן ולהבא דלא מהני סברת לא חציף להוציא ממוחזק וע"כ מכאן ולהבא לא מהני סברת לא חציף שעדיין בעל הקרקע מוחזק מהני.

ונראה ביד רמ"ה שחלק על הנמוק"י בסברת לא חציף דאם למד בנמוק"י היה צריך לומר דליכא סברת לא חציף מכאן ולהבא ולא לומר שאיכא לא חציף רק לא מהני להוציא ממוחזק ונראה לומר דהיד רמ"ה למד כסברא א' שכתבנו לעיל דסברת לא חציף היינו שאין אדם מעיז לעוב מחבירו מחמת שאינו רוצה להיות גב.

וניתן לומר דמשו"ה סבר היד רמ"ה דלא מהני לא חציף להוציא דהיד רמ"ה למד דהוי רק הרגשה בעלמא שאינו רוצה להיות רשע וזה אינה ראיה מוכחת ע"כ לא מהני להוציא

משא"כ לפי סברת הנמוק"י ניתן לומר דמהני להוציא דפחד מהבעלים הוי מספיק ראיה להוציא.

ובתוס' נראה שחלק על היד רמ"ה וסובר דמהני לא חציף להוציא דתוס' שואל מאי איריא משום דלא חציף תיפוק ליה משום דתפיס... ומתריך תוס' דאיירי שהניחן ברשות שאינו שלו דאינו תפיס ורואים מתוס' שלמד שמהני לא חציף להוציא דהרי אינו תפיס אולם הריצב"א (בהגה"מ פרק ט' מה' ט"ז הל' ה') מקשה על עיקר קושית תוס' דתוס' שואל מדוע לא אמרינן שמהני משום תפיסה ושואל הריצב"א דהא דאמרינן במטלטלין חזקה כל מה שתחת יד אדם שלו היינו משום שאני אומר היאך בא הדבר לידו אם לא שמכר לו המ"ק אבל הכא בפירות אני יודע אין בא לידו דהרי יכול להיכנס לשדה חבירו בלא רשותו ונראה מדבריו שסבר שייסוד החילוק בין קרקע למטלטלין הוא דבקרקע יכול להיכנס בקלות בלא רשות משא"כ מטלטלין, דהיאך בא הדבר לידו אם לא שמסר לו המ"ק דזה קשה לקחת חפץ חבירו בלא רשותו וע"כ למד שפירות שקל לתופסם דינם כקרקע לענין זה. ויש לבאר מדוע תוס' סבר שמהני תפיסה הרי בקל יכול לתופסם.

ונראה לבאר סברת תוס' ע"פ מש"כ לקמן בד"ה א"כ אפ' ארעא נמי דהגמ' מקשה מאחר

שאכא סברת לא חציף א"כ אפ' באופן שטוען שקנה קרקע יהא נאמן ותוס' כותב דקושית הגמ' היא רק על פירות באופן שטוען מינך זבינתא אבל בקרקע פשיטא שיחזיר דאינו נאמן להבא והרמב"ן כותב דאפשר לומר שקושית הגמ' היא אף על הקרקע כיון שהוא מוחזק.

ויש לבאר מה נחלקו הרמב"ן ותוס' ומה נתכוון הרמב"ן במה שכותב כיון שהוא מוחזק הרי בקרקע בעינן ג' שנים כדי להחזיק.

וצריך לומר דהרמב"ן אזל לשיטתו דמעיקר הדין מיד כשמחזיק בקרקע נהיה מוחזק מדלא מיחה הבעלים והא דבעינן ג' שנים משום דעד ג' איכא ריעותא דאחוי שטרך אבל מעיקר הדין שייך תפיסה וע"כ למד דקושית הגמ' הוי אף על הקרקע דהוא כבר מוחזק בקרקע ולא הוי מכאן ולהבא.

אבל תוס' למד דלא שייך תפיסה בקרקע עד אחר ג' שנים דזה שיושב בקרקע אינו אומר דהקרקע שלו דעדיין שם בעליו עליו.

וניתן לומר שתוס' למד שזהו החילוק בין קרקע למטלטלין דבמטלטלין שייך תפיסה ובקרקע במציאות לא שייך תפיסה.

ובזה חלק תוס' על הריצב"א דהריצב"א למד דהחילוק בין קרקע למטלטלין הוא דמטלטלין קשה לתפוס ובקרקע קל להיכנס וא"כ פירות הוי כקרקע אבל תוס' למד

דהחילוק בין קרקע למטלטלין דמטלטלין שייך לתפוס וקרקע לא שייך לתפוס וא"כ פירות הוי כמטלטלין ומהני תפיסה ויש לבאר מדוע סבר תוס' דמהני תפיסה תמיד הרי סברת האריך בא לידו אינה תמיד בתפוס.

ונראה כמו שכתב הקו"ש (ח"ב סי' ג' אות י"ד) דחזקה אינה משום היאך בא לידו אלא משום דאחזוקי אינשי בעבי לא מחזקינן וסברא זו איכא אף בפירות והא דבעינן שיהיה תפוס משום דאחזוקי אינשי אינה ראייה גמורה ולא מהני אלא לשווייא לספיקא ודררא דממונא וע"כ מהני רק היכא שהוא מוחזק.

ופשטות נראה שסברת תוס' במוחזקות זהו סברת היד רמ"ה בלא חציף והסברא היא דאחזוקי אינשי בעבי לא מחזקינן.

ואולם יש לעיין בשיטת הסוברים דחזקת כל מה היינו משום אחזוקי אינשי בעבא אם הוא משום פחד שיתפסוהו או חזקת כשרות ועיין תומים (סי' קלג סע"ק ה') דלומד דהוי משום פחד אולם הנתיבות (שם, סע"ק ח) שחולק עליו וסובר דהוי משום חזקת כשרות.

ובעיקר סברת לא חציף מקשים האחרונים דמציעו בפירוש דלא אמרינן לא חציף דאמרינן בב"מ (דף ק.) דבמשכנתא דסורא היכא דהמלווה אמר שהקרקע ממושכנת לג' שנים לאכול פירות והלווה אמר ב' שנים ואבל כבר ג' אז באופן דאין הספק עתיד להתברר

מוצאים את הפירות מהמלווה ויל'ע מדוע לא אמרינן התם לא חציף.

וביותר קשה על תוס' שלומד דבפירות מהני תפיסה והתם אמרינן שאזלינן בתר חזקת קרקע ולא בתר חזקת פירות ולא מהני תפיסה בפירות והב"ח (סי' קל"ז סע"ק א') מתרץ דהתם שטרא מסייע למלווה דכתיב שנין ושנין יכול להיות אף ג' וא"כ ליכא סברת לא חציף דהוא חציף וחציף וצריך להסביר דלכא' מדוע חציף כשכתוב שנין ונראה דאומר כיון דהלווה לא כתב כמה יכול לומר דשנין דהכא היינו ג'.

ולכא' לתוס' א"א לתרץ תי' זה דאע"ג דהתם חציף מ"מ צריך להיות של המלווה מדין תפיסה ורק אם לומדים כריצב"א ניתן לתרץ זאת דלומד דבפירות לא שייך תפיסה וכדלעיל.

והש"ך (שם) מתרץ להפך דהתם השטר מסייע ללווה וע"כ מהני להוציא דבשטר כתיב

שנין וסתם שנין היינו ב' שנים ומיושב אף לפי תוס' מדוע לא מהני תפיסה.

ועוד מתרץ הש"ך דהתם חציף וחציף כיון שירד מתחילה ברשות אינו חושש להשאיר שם עוד אע"פ שאינו שלו.

ופשטות תי' זה מהני רק לריצב"א דלתוס' צריך להשאיר אצלו מדין תפוס ואפשר לומר דלפי מה שכותב תוס' בדף לט: (וכן מציעו בעוד מקומות) דהיכא שירד בתחילה ברשות ליכא דין תפיסה מיושב שפיר דהתם אינו תפוס דירד ברשות.

ושואל השע"מ דא"כ הכא אולי בתחילה היה ברשות דלא חציף איניש לירד שלא ברשות אבל אח"כ ישב שלא ברשות ומתרץ דכיון דיש לו נאמנות של לא חציף והוא מוחזק אז נאמן אף על אח"כ שליכא סברת לא חציף ויל'ע לפי תוס' שלומד דלא חציף מהני אף אם אינו מוחזק מדוע נאמן על כל ימי אבילותו.

הבה"ח יותנן בידרמן היז

דף מב.

### בענין יורד ברשות

מתניתין: האומנין והשותפין והאריסין והאפטרופין אין להם חזקה לא לאיש חזקה

בנכסי אשתו ולא לאשה חזקה בנכסי בעלה וכו', מבואר דיורד ברשות אין לו חזקה וטעון בירור הסברא בזה וגדרי הדינים בדין זה.

## מהלך הרמב"ן

ברמב"ן כתב דבכל אלו אין להם חזקה לעולם וכן מפורש בריב"ש (שכ"ז) דבכל שירד שלא בתורת מקח אין לו חזקה לעולם ואפי' לאחר שנמרה האריסות או האפטרופוסות מ"מ אם נשאר לדור ולא הסתלק ונמצא שירד שלא בתורת מקח אין לו חזקה, וכן ביורד למשכנתא או לפירות אין לו חזקה לעולם. והא דצריך למחות (כדמבואר בגמ' לה:) הוא רק שלא ישכחו שלא ירד שלא בתורת מקח, והביא הרמב"ן ראיה לשיטתו דמבואר בדף מה: דאדם אחר שאינו אומן שראו שהפקידו חפץ אצלו (ויש עדים שהחפץ עדיין בידו דאין יכול לומר החזרתני) אין נאמן לומר שחזר ולקח החפץ כיון שבא לידו בתורת פקדון ואין לו חזקה.

אך צ"ע בסוגית הגמ' דף נ: דמבואר דיורד לתוך שדה אשת איש אין לו חזקה כיון שהאשה סומכת על הבעל שימחה ומבואר בגמ' דאם החזיק שלש שנים אחר מיתת הבעל צריכה האשה למחות והקשה הרמב"ן מדוע צריכה למחות הרי הוא ביורד ברשות דהרי ירד לשדה זו בחיי הבעל ותירץ דהא דצריכה למחות הוא רק לוודא שיודעים

שירד בחיי הבעל ולא ישכחו אך אם לא ישכחו גם בלא מחאה אין לו חזקה. ולכאורה צ"ע דהרי ביורד לנכסי אשת איש אין ידוע דירד שלא בתורת מקח אלא שאין לו חזקה כיון שאין האשה צריכה למחות אך עכשיו לאחר מיתת הבעל שהאשה צריכה למחות לכאורה יהיה חזקה משעת הירידה ויהיה יורד בתורת מקח, (ואכן יש מפרשים שפירשו דלא הוא יורד ברשות וכדיתבאר להלן) ושמעתי דמבואר הכא ברמב"ן דהסברא דיורד ברשות אין לו חזקה הוא דכיון דכשירד לא היו זקוקים למחות ולא היה המחזיק נראה כבעלים בשעת הירידה לשדה כיון שירד שלא בתורת מקח שוב אין מקפידים למחות כיון שלא נכנסו לקרקע שלהם אלא רק נשארו שם מחמת שירדו שם קודם לפיכך אין חשים כ"כ צורך למחות ולכך ל"ה חזקה.

ואף בראשונים דאכן פירשו התם בסוגיא דל"ה יורד שלא בתורת מקח כיון ששייך שירד לקרקע בתורת מקח ועתה שלא מיחה אכן נתברר שירד מתחילה בתורת מקח אפשר לבאר בדין יורד ברשות כסברא דלעיל והכא שאני דבעצם מיד יש לה למחות אלא שפטורה כיון שסומכת על בעלה ולא גרע מהיה במקום חירום דיש חזקה אם בא למקום קרוב בסוף שלש כיון דבעצם מחויב למחות.

**מהלך הרשב"א**

ברשב"א מבואר דיורד ברשות אין לו חזקה מטעם אחר. והיינו משום דאין תפיסתו מראה לנו על בעלותו דכל חזקה היינו משום שע"י ישיבתו בקרקע רואים אותו כבעלים. אך כשירד ברשות אין ישיבתו גורמת שיראה כבעלים דהרי יודעים מדוע יושב בקרקע ולכך בתוך זמן המשכון והאריסות וכדומה בוודאי אין לו חזקה, אלא דנחלקו הראשונים לאחר זמן המשכון אם יש לו חזקה, דלבהע"ט ור"ת יש לו חזקה אם ישב ג' שנים לאחר זמן המשכון וכדומה דאז כיון שכבר נגמר הזמן נראה כבעלים דאין מניעה לראותו כבעלים וגם הוה ליה למחויי אזי יש לו חזקה, ויש שחלקו דאין לו חזקה וסברתם מבואר ברשב"א (נ): וז"ל לדעת מי שסובר דכל היורדים ברשות אין חזקה עולה להם לעולם דכל הטוען בדבר חדש עליו הראיה עכ"ל ומבואר דאין נראה כבעלים כשירד ברשות ואע"ג דטוען דעכשיו חזר ולקחה משנגמר זמן המשכון מ"מ עליו הראיה דחזר ולקחה דאנו אין רואין אותו כבעלים דאין ישיבתו מראה לנו בעלותו כיון דיושב כאדם זר בקרקע חבירו.

ועל פיסברא זו כתב הרשב"א דלסוברים דיש חזקה לאחר זמן המשכון ואם הפקידו עבד איכא חזקה לאחר שלש שנים כיון שאין הדרך להניח יותר מזמן מועט ולכך בגמר

שלש שנים יש חזקה דאיבעי ליה למחויי, והיינו כיון דאחזיתו מראה לנו על בעלותו בגמר שלש שנים, וכן לגבי מטלטלין שמסוך לאומן דמבואר בגמ' (מוה): דאין לו חזקה צריך שיעור חכמים כמה הזמן שהדרך למסוך ואח"כ יש לו חזקה משא"כ עבד באומן אין לו חזקה לעולם כיון שהדרך לשלחו לכמה שנים ללמדו אומנות, ובזה מיישב הרשב"א ראית הרמב"ן דלעיל דאחר שיש עדים שהפקידו אצלו אין לו חזקה דלרשב"א היינו דווקא לאלתר (ורק במטלטלים דבעלמא יש להם חזקה לאלתר) אך לאחר הזמן שישערו חכמים יש לו חזקה וכן בדף נ: פירש הרשב"א כהראשונים דלא חשיב יורד שלא בתורת מקח כיון דעתה נתברר דמתחילה היה נראה כבעלים, ועי' נימו"י (ב"מ קי.) דחידש בשיטת הרשב"א דאומן בקרקע יש לו חזקה לאחר שלש שנים כיון דאין דרכו לרדת לשלש שנים ומתניתין דמבואר דאין לאומן חזקה הוא רק במטלטלין (משא"כ שותף ואריס דרכם לישוב שנים רבות).

שיטת הריטב"א: בריטב"א מבואר דיורד ברשות אין לו חזקה לעולם, ונראה מדבריו דסבר כסברת הרשב"א, דבדף לו: כתב דאומן שמחזיק מטלטלין אם ידוע שקבלם בתורת אומנות אין לו חזקה לעולם אך אם אין ידוע שקבלם בתורת אומנות ורק אנו תולים

מסתמא דקבלם בתורת אומנות אם שהו בידו יותר מדרך בני אדם להשאיר חפץ זה ביד אומן יש לו חזקה דאומרים דבאו לידו מתחילה בתורת מקח ומוכרה כסברת הרשב"א דלרמב"ן מ"מ אין לו למחות, ובדף נ: ג"כ כתב כהראשונים דלא חשיב יורד שלא בתורת מקח (ומהתם אינו ראיה מוכחת כדנתבאר במהלך הרמב"ן).

בדין אין ידוע אם נגמר הזמן: נחלקו הרשב"א והעדר"י כשירד בתורת משכון וכדומה ואין ידוע אם נגמר זמן המשכון דלעדר"י אין לו חזקה ומהרשב"א מבואר דיש לו חזקה (דברשב"א לג. הביא ראיה לשיטת הסוברים דיורד ברשות יש לו חזקה מהא דאריס שאינו אריס בתי אב דיש לו חזקה כדמבואר בגמ' (מו:): ופירש דמשמע בגמ' דיש לו חזקה אף אם מחזיק רק בחצי השדה שאוכל בתורת אריסות כיון דאין ידוע לכמה שנים ירד לאותה אריסות ולכך איבעי ליה למחויי וכן כתב בשיטמ"ק ב"מ ק". בשם הרשב"א בשם אחרים) ונראה דנחלקו בסברא דלעיל אם הא דאין נראה כבעלים בתוך הזמן היינו שבעצם ישיבתו נראה כבעלים אלא שיש לנו מניעה שלא לראותו כבעלים וכשאין יודעים שיש מניעה כיון שאין יודעים אם לא נגמר הזמן ממילא רואים אותו כבעלים מעיקר ישיבתו וכן סבר הרשב"א, משא"כ העדר"י

סבר דכדי לראותו כבעלים צריכים לראות בישיבתו דיושב בתורת מקח וכל כמה דאין יודעין אם נגמר זמן המשכון אין רואים אותו כבעלים.

והנה בדף לט: מבואר בגמ' דצריך למחות כל שלש ושלש וכתבו הר"ן והנימו"י בשיטת הרשב"א הא דאין מספיק מחאה אחת כיון דיכול לומר חזרתי ולקחתי, אך בעדר"י כתב דאם מודה דמתחילה ירד בתורת גזילה אין לו חזקה לעולם דגזלן אין לו חזקה. (שיראים למחות בו) והנה על טענת העדר"י דגזלן אין לו חזקה יל"ע דהרי הטעם דאין לו חזקה הוא דירא למחות בו ולגבי עכו"ם דאין לו חזקה משום דיראים למחות בו כתב המרדכי (סי' תקנ"ה) ונפסק ברמ"א (סי' קמט) דאם מיחה פעם אחת גילה דעתו דאינו ירא למחות בו וצריך למחות כל שלש ולכאורה ה"ה גזלן ובדף לט: מיירי דכבר מחה פעם אחת ואולי לכן חלק הרשב"א, אך על פי האמור לעיל אפשר לומר דהרשב"א לשיטתו (וכן מבואר בגמ' ב"מ ק"י) לא פירש בגזלן אלא דאומר דירד לפירות וכדומה וכיון דאין ידוע לכמה זמן ירד יכול לומר חזרתי ולקחתי, משא"כ העדר"י אין יכול לפרש כן דהרי כשאין ידוע לכמה זמן ירד אין לו חזקה לעולם והוכרח לפרש בשיטה זו דטוען בגזילה ירדתי ולכך הקשה דג"כ אין לו חזקה לעולם.

אך צ"ע בשיטת העדר"י דבדף לא. בהא דאמרה הגמ' דאם החזיקו בקרקע שש שנים ויש למערער שטר מכירה דכבר קנה הקרקע מן המוכר הראשון זה ד' שנים דאין לך מחאה גדולה מזו דהיינו דהמכירה עצמה הוי מחאה. והקשו הרשב"א והעדר"י דלכאורה אף אם החזיקו בקרקע רק שש שנים יהיה נאמן במיגו דיאמר מינך זבנתה (לפני שלש שנים) ותירצו באופנים שונים מדוע ליכא מיגו וכתבו דליכא למימר דאין לו מיגו כיון דירד ברשות דהרי נאמן לטעון לפירות ירדתי ואח"כ לקחתיה ולכאורה העדר"י סתר עצמו דלשיטתו כשאין זמן ידוע אין לו חזקה ואין נאמן לומר לפירות ירדתי [ועי' רמב"ן (מלחמות לט:)] דאכן כתב דהא דליכא מיגו הוא משום דהוי יורד ברשות ואין יכול לומר לפירות ירדתי] ונראה בפשיטות וכ"מ בעדר"י: דהכא שטוען מתחילה לפירות ירדתי ואחר ב' שנים מכרה המוכר הראשון לך ולכך הפסקתי לאכול פירות והוכרתי לקנות ממך השדה לגמרי באופן זה יכול לטעון כן (וה"ה ביורד לנכסי אש"א שמת בעלה) דהוי כידוע הזמן דישי סיבה מוכרחת דיפסיק לקחת פירות כיון שנסתלק המוכר ממנו [והרמב"ן דכתב דאין יכול לטעון מינך זבינתה כיון דהוי יורד ברשות הוא לשיטתו וסברתו דלעיל דיוורד ברשות אין לו חזקה כיון דא"צ למחות כל שירד

בקרקע זו ברשות והכא נמי נכנס לקרקע זו ברשות].

### מהלך המאירי

במאירי ביאר באופן מיוחד ולשיטתו אף דבכל הני דמתניתין אין להם חזקה לעולם מ"מ ביורד למשנכתא וכדומה יש להם חזקה מיד דהיינו מיד בשלש שנים משנכנסו לקרקע כשאר קרקעות ומבאר המאירי דכל הטעם דאומן וכדומה אין להם חזקה כיון דהוא קורא להם לעבוד בקרקעו ורוצה שישהו בקרקע לכך אין מקפיד עליהם ואין דרכו למחות בהם, משא"כ בשאר אופנים דאין רוצה שישהו בקרקעותיו אלא שהוא מוכרח בכך מקפיד ומקפיד הוא ולכך אם לא מחה הוי חזקה, והא דיוורד מאומנתו יש לו חזקה היינו שנכנס לאומנות אחרת דהיינו שהפסיק לעבוד אצלו והלך אצל אחר וכן בן שחלק היינו שפירש משולחן אביו דמקפידים זה על זה וכן אשה בספק גירושין מקפיד עליה אע"ג שחיב במזונותיה כיון דרוצה לגרשה דהיינו הכל תלוי במחאה.

שיטת תוס' והרא"ש: בתוס' וברא"ש בסוגית רבא בר שרשום (לג.) מבואר דהא דהוצרך רבא בר שרשום להחביא שטר המשכון דאל"כ אין לו חזקה כיון דירד ברשות כאומן ואריס ולפום ריהטא מבואר דיוורד שלא בתורת מקח אין לו חזקה לעולם וכן דייק בטור

(סי' קנ) דנראה מדברי הרא"ש דסבר דיוורש שלא בתורת מקח אין לו חזקה לעולם (ועי' בדרישה דהא דרק נראה מדברי הרא"ש משום דאין מפורש דאין לו חזקה לאחר גמור זמן דהרי אפשר דמדבר רק בתוך הזמן אך מדסתם ולא פירש משמע מדבריו כהרמב"ן) אך צ"ע שתוס' והרא"ש בדף מז. כתבו דאומן ואריס שירד מאומנתו ואריסתו דמבואר בגמ' דיש לו חזקה היינו אף אם נשאר אצלו חפץ מזמן האומנתו ומבואר דלאחר הזמן שירדו ברשות יש להם חזקה ודלא כהרמב"ן. עי' דרישה דדייק בלשון הטור דדברי התוס' והרא"ש דאין חזקה ליורד במשכנתא לעולם הוא רק לגבי משכנתא ולא באומן ואריס, דבמשכנתא אומרים שנשאר לדור שם מזמן המשכנתא ואין צריך למחות כיון שירד ברשות (או כסברת הרמב"ן או כסברת הרשב"א) אך היכא שנשתנה שמם וענינם דהיינו דעד עתה היו משועבדים לבעל השדה ומעתה הופסק שעבודם ומעתה אין נקראים אריסו של זה ושותפו של זה נחשב כירידה חדשה וצריך למחות וכתב בדבר"מ דעפי"ז נחא שפיר תוס' בדף מז. דמיירי באומן ואריס. שיטת הרשב"ם: א. בשו"ת בעי חיי סי' צ"ד (תשובת מכמוה"ר יצחק קאואליירו לכמוה"ר חיים בנבישתי בעל כנה"ג) דייק מדברי הרשב"ם מט. (ד"ה דכיון) דסבר כהרמב"ן

דמיירי דהתם לגבי אין לאיש חזקה בנכסי אשתו כיון דהכל יודעים שבתורת פירות ירד לקרקע זו וסיים הרשב"ם וז"ל ולא דמי למשכנתא דסורא דאמון דצריך למחות בסוף כל שלש דהתם היינו טענא שמא לסוף זמן מרובה לא יהיו העדים זכורים שבתורת משכון באה לידו ויכול לטעון לקוח הוא בידי אבל נכסי אשה לבעלה כל העולם יודעים שפירות יש לו בקרקע אשתו ולא תהיה לו חזקה בחייה עכ"ל ומבואר דאם לא ישכחו לא יהיה חזקה ליורד במשכנתא גם בלא מחאה כיון דירד ברשות (וכן דייק מדברי הרשב"ם לט: (ד"ה אמר ר"ל) דהטעם דצריך למחות כל שלש אינו משום שיכול לטעון חזרתי ולקחתי דאינו נאמן לטעון כן כיון דמעיקרא לא ירד בתורת מכירה ושוב אינו נאמן לומר אח"כ החזקתי בה בתורת מכירה, אך לפי מה שביארנו בשיטת הרשב"א אין ראיה מסוגיא זו עיי"ש). אך ברשב"ם נ: לכאורה מוכח דלא כהרמב"ן דמיירי התם בהא דאין מחזיקין בנכסי אש"א וכתב הרשב"ם וז"ל ולא דמי לאריס שאין יכול לטעון לקחתי אח"כ משום דסתם אריס אין זמן לאריסתו אלא כל הימים בתורת אריסתו עומד אבל זה שלקחה מן האיש ע"מ שאם ימות יפסיד מקחו שתטול האשה נכסי מלוג שלה התם וודאי כשמת הבעל הרי זה כאילו יורד עכשיו מחדש לשדה

זו והא שותקת שלש שנים איכא למימר דזבוגי זביני ליה עכ"ל ודייק המהרש"ח (סי' מ"ז) דדווקא משום דאין זמן לאריסותו אין לאריס חזקה אך אם יש זמן לאריסותו נאמן לומר לקחתיה אחר זמני ודלא כהרמב"ן והשיב בשו"ת בעי חיי דמסוף דברי הרשב"ם מוכח כדבריו מדהדגיש הרשב"ם דיוורש לנכסי אש"א יש לו חזקה דהוי כאילו יורד עכשיו מחדש לשדה זו דהיינו דאם זמנו הוא רק בחיי הבעל וכשמת נגמר זמנו אז האשה מחויבת למחות דהוי כירידה חדשה ואין לו דין יורד ברשות וסוף דבריו מוכיח על תחילתו דמה דמשמע דאריס שיש לו זמן יש לו חזקה היינו שהוא אריס רק בבעה"ב זה ולא לאחר מיתתו דאם מת בעה"ב יש לו חזקה כיון דהוי כיוורד מחדש אך וודאי אריס שיש לו זמן ונגמר זמנו בעוד שהמוכר חי אין לו חזקה כשאר יורד ברשות וכדמוכח מהרשב"ם מט. כדמבואר לעיל.

ב. בסי' צ"ה (תשובה מכמוה"ר חיים בניבשתי בעל כנה"ג לכמוה"ר יצחק קאזואליירו) השיב דמדברי הרשב"ם מט. מוכח להיפך דסבר דלא כהרמב"ן (וכן כתב המהרש"ח סי' נ"ח) דהרי חזין דלא הוקשה לרשב"ם על משכנתא עצמה מדוע צריך למחות הרי אין ליורד ברשות חזקה ויתרין שמא ישכחו העדים אלא הקשה מהא דאין לאיש חזקה

בנכסי אשתו מאי שנא ממשכנתא משמע דמשכנתא עצמה לא קשה, אלא מוכרח דהרשב"ם מיירי במשכנתא בתוך הזמן והקשה מאי שנא מיורד לנכסי אש"א דאין חזקה וא"צ למחות ובמשכנתא צריכים וע"ז תירץ דהא דצריכים למחות במשכנתא בתוך הזמן הוא רק שמא ישכחו, ולפי"ז הא דכתב הרשב"ם בדף נ: א"ז משום דהוי כיוורד מחדש אלא דסבר דיוורד ברשות יש לו חזקה אחר שנגמר זמנו ולכך כשמת הבעל הוי כנגמר זמנו וה"ה באריס שנגמר זמן אריסותו. אך לכאורה צע"ק דבלשון הרשב"ם משמע דביוורד לנכסי אש"א הוא דווקא משום דהוי כיוורד מחדש.

ג. ונראה דצריך לפרש בדעת הרשב"ם כפירוש הדרישה בדעת התוס' והרא"ש דמשכנתא שאני מאומן ואריס דמשכנתא אין לו חזקה לעולם משא"כ אומן ואריס הוי כירידה חדשה וכדנתבאר בשיטת תוס' ולפי"ז מתיישב היטב לשון הרשב"ם בדף נ: דהא משמע דאריס שיש זמן לאריסותו יש לו חזקה לאחר שנגמר זמן אריסותו והיינו משום דהוי כיוורד מחדש וכסוף דבריו לגבי יורד לנכסי אשת איש דהוי כיוורד מחדש.

וברשב"ם מט. נבאר כדלעיל דבלא אין לאיש חזקה בנכסי אשתו הייתי אומר דיוורד ברשות יש לו חזקה בחזקת ג' שנים ולכך הקשה מאין לאיש חזקה בנכסי אשתו ויישב דבמשכנתא

דבאמצע זמנו התחיל לירד בקרקע עצמה בתורת מקח והוי יורד מתחילה בתורת מקח והקשה מאריס דג"כ אוכל רק פירות ולא ירד לקרקע עצמה ותירץ דאריס אריסותו מוכחת עליו שעדיין אוכל רק פירות דהרי מיירי דאריסי בתי אב שא"א לסלקם כמבואר בגמ' (מו:): ועוד דאריס הוי כשותף בקרקע עצמו ונמצא דירד מתחילה לקרקע וכן במשכנתא הקרקע עצמה משועבדת לו דהרי משכנתא היינו דשכונה גביה (כדמבואר בב"מ קח:).

מוחים רק כדי שלא ישכחו וכמו דבתוך הזמן אין לו חזקה ה"ה ללאחר הזמן כיון שלא נשתנה שמו וענינו.

שיטת בעה"מ: בבעה"מ (לט:): מבואר חילוק מחודש דאף דיורד ברשות אין לו חזקה מ"מ יורד לפירות יש לו חזקה וכן מפורש במאירי (שם) דאף למ"ד יורד ברשות בעלמא אין לו חזקה ביורד לפירות יש חזקה וצ"ב סברתם, ומלשון בעה"מ משמע דלפירות כיון דלא ירד לגופה של הקרע והחזיק רק בפירות אינו נחשב יורד ברשות ואם טוען חזרתי ולקחתיה נמצא

**הבה"ח אפרים פישל הלר הי"ז**

**והבה"ח מעוס נחום שבדרון הי"ז**

**דף מד.**

## בענין פסול עדות במוכר שלא באחריות

דווקא ביארו דבריו דבאחריות הוי נוגע, כיון דאין הפסד ללוי אם יחזיר החפץ, דיכול לתבוע אחריותו מראובן, חשיב שמעון נוגע דיכול להוציא הגזילה מלוי. משא"כ שלא באחריות דמפסיד לו ללוי, אין יכול שמעון להוציא הגזילה ולפיכך לא חשיב נוגע. ובש"ך (סי' ל"ז סקכ"ט) כ' דאין דבריהם נראין מכמה סיבות א. דכי בשביל שאין הפסד ללוי יוכל שמעון להוציא הגזילה הלא קנאה ביאוש ושינוי רשות. ב. דילמא רוצה לוי בגוף החפץ וחשוב הפסד בשבילו.

בגמ' איתא דראובן שגזל פרה או טלית משמעון, ומכרם ללוי ואתא יהודה וקמערער, דיכול שמעון להעיד ללוי דלאו דיהודה היא, ולא חשיב נוגע בעדות משום דלוי לא יצטרך להחזיר לשמעון את הגזילה, לפי שקנאה ביאוש ושינוי רשות, וכיון שקנאו לוי אין לשמעון בפרה או בטלית כלום, ולפיכך לא חשיב נוגע, וברשב"ם (ד"ה משום) כ' דדווקא במכרם ראובן שלא באחריות, יכול שמעון להעיד ללוי, אבל מכרן באחריות אין שמעון יכול להעיד, משום דחשיב נוגע, ובתוד"ה

ולתרין ד' התוס' אפשר לומר - דהנה יש לדמות לנידוד' מש"כ הראב"ד בב"ק קי"ד. דאף בגונא דקנה הלוקח ביאוש וש"ר מ"מ חייב להחזיר הגזילה לבעלים בדמים והיינו דאם יתן לו דמי החפץ חייב להחזיר הגזילה לבעלים - וגם שם ילה"ק כנ"ל דאמאי יתחייב הרי קנאו ביאוש ושינוי רשות, ובסברת הראב"ד כ' החזו"א (ב"ק סי' ט"ז סק"י) דס"ל דטעמא דקנה ביאוש וש"ר בכל מקום הוא רק מחמת תקנת השוק - שלא יפסידו הלקוחות ולא באמת קנה אלא תקנה הוא ולפיכך כשמקבל דמים ואין לו הפסד ליכא תקנת השוק וע"כ לא קנה.

ובדומה לזה יש ליישב בד' תוס' הנ"ל דהיכא דנטל אחריותו מהמוכר ראובן ליכא תקנת השוק [ואף שרוצה בגוף החפץ מ"מ לא תיקנו בזה תקנת השוק דאינו הפסד ממש שע"י זה יפסקו מלקנות]. אמנם דחה שם החזו"א דאין לשמוע דברים אלו דהא נחלקו לקמן אם רשות יורש כרשות לוקח לקנות בשינוי רשות, ומאי תקנת השוק שייך ביורש ובהכרח דש"ר מועיל לקנין, ולא רק מתקנת השוק [דמעיקר הדין הו"ל לקנות ביאוש אלא דבאיסורא אתי לידיה, דמחויב בהשבה, ושינוי רשות הרי בהתירא אתי לידיה, וקונה בקנין גמור] וע"כ צ"ל ד' התוס' הנ"ל באופ"א.

והגרש"ש (סי' כ"ו) כתב לבאר דאמדין דעתו של לוי הלוקח שאם היה יודע שגזולה היתה הפרה ביד ראובן לא היה לוקחה, דלא ניח"ל לסייע ידי עוברי עבירה, ועוד דמצינו דאבידה שאין בה סימן שע"פ דין אינו חייב להחזיר מ"מ יש לו להשיב משום לפנים משורת הדין ומבואר דיאוש דגזילה נלמד מאבידה, ולפיכך לא ניח"ל דלקני דגם בגזילה צריך להחזיר משום לפנים משורת הדין ובטל המקח למפרע, ונמצא דאין כאן שינוי רשות דהוה כאי' לא לקחה מעולם אך כ"ז באחריות, דלא יפסיד הלוקח אם יבטל המקח, שהרי יתבע אחריותו, אבל שלא באחריות דאם יבטל המקח יפסיד הלוקח ליכא האי אומדנא דאף שאם היה יודע מתחילה שגזולה היא לא היה מתרצה במקח, מ"מ באופן זה שנעשה בלא ידיעתו רוצה שיתקיים המקח כדי שלא יפסיד ובחזו"א שם כתב ג"כ כע"ז אלא הביא סיבה אחרת לאומדנא שיבטל המקח למפרע דלמסקנת הגמ' דאיירי שמת הגולן אי"צ היוורשים לשלם לשמעון הנגול, משום שאי"צ לשלם חובות אביהם, שלוי הלוקח מזיק בגרמי לשמעון הנגול, שע"י שקנאו יפסיד גם את המעות וע"כ אמדין דעתו דלא נתרצה במקח ובטל המקח וכנ"ל.

ולכא' דבריהם אינם מובנים. דמ"מ אף שלא באחריות יש לנו לאמוד דעתו דלא נתרצה

במקח מהסיבות הנ"ל, דלא יפסיד אם יבטל המקח, דהא הוה כמקח טעות, דלא היה כאן מעשה מכירה נכון וכאילו לא מכרה כלל, וא"כ אף שלא באחריות יוכל הלוקח לתבוע כספו מהגזלן כדין מקח טעות, וא"כ ליכא חילוק בין מכר באחריות למכר שלא באחריות דאותו האומדנא איכא אף באין בו אחריות.

והיה אפשר לתרץ דהנה לקמן (מד:) נח' ר"פ ור"ז במוכר שדה שלא באחריות ונמצאת שאינה שלו אם יכול הלוקח לתבוע מעותיו מן הגזלן - דר"פ ס"ל דאפי' שלא באחריות יוכל לתבוע ממונו דהוי כאילו לא מכר כלל, דלא הרויח הלוקח ממכירה זו כלום (דאף הפירות נוטל הגזל) ולפיכך חשיב מקח טעות ויכול לתבוע את הגזלן ור"ז ס"ל דאין יכול לתבוע ממונו מהגזלן משום דא"ל להכי זביני לך שלא באחריות. שלא תתבעני אם ימצא שאינו שלי, ולפי"ז ניחא דלהלכה נקטו רוב הפוסקים כרב זביד וא"כ בנידו"ד אם מכר שלא באחריות א"י לתבוע כספו אע"פ דהוי מקח טעות כיון דבשלא באחריות מכר לו וכרב זביד, משא"כ באחריות יכול לתבוע מדין מקח טעות וכנ"ל, ולפיכך רק במכר באחריות אמדין דעתו דלא נתרצה במקח כלל.

אמנם נראה דד' התוס' אינה כן דהנה לקמן מה. בתוד"ה אי כתבו אהא דאמר' בגמ'

דהמוכר שדה לחבירו שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בע"ח, ומקשינן ה"ד, אי דאית לי ארעא אחריתי עליה דידיה הדר [היינו דאם אית ליה לראובן הלוה עוד קרקעות מה מרויח ראובן בזה שמעיד לשמעון, הרי בע"ח לא יפרע מקרקע זו, דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בג"ח וא"כ לא חשיב נוגע ומדוע אינו מעיד לן] וכתבו התוס' דהו"מ לשנויי כגון שעשאה אפותיקי (מפורש), דאז לא הדר אארעא אחריתי דאית ליה דאם תפול ביד המערער יצטרך לפרוע לו קרקע אחרת וע"כ הוי נוגע, [דאם תשאר ביד שמעון הלוקח יגבה הבע"ח מיניה דכיון דעשאה אפותיקי גובה ממשועבדים אפי' כשיש בג"ח, וכשיגבה לא יחזור הלוקח על המוכר, דמכר שלא באחריות אבל אם תפול ביד המערער יטרוף הבע"ח מקרקעות אחרים שיש לו כיון דהאפותיקי נמצא שאינו שלו]. ובנמצא שהאפותיקי אינו שלו ס"ל לתוס' דיכול לחזור לתבוע כספו מבעליו.

והנה הבעל התרומות (ח"ב אות ב') והרמב"ן תירצו לק' התוס' דבכה"ג גם אם תפול ביד המערער לא יצטרך הלוה לפרוע קרקע אחרת לבע"ח כיון דאפותיקי מפורש הוי כמוכר (לבעל חובו, ששיעבד לו הקרקע) שלא באחריות, וע"כ אינו נוגע דממילא לא

יחזור הבע"ח ליפרע אצלו ארעא אחריתי דהוה כמכר שלא באחריות.

וכתב בגידו"ת דכפי תעראה פסקו בעה"ת והרמב"ן כרב זביד ולהכי כיון דמכר שלא באחריות אפי' אם נמצאת שהיא גזולה לא הדר עליה, דא"ל להכי מכרתי לך שלא באחריות. והתוס' דלא כתבו כן פסקו כר"פ ולהכי אם תפול ביד המערער יחזור ויפרע ארעא אחריתי מיניה אעפ"י דמיחשב שמכר שלא באחריות כיון דנמצאת שאינה שלו והוי מקח טעות, יכול לחזור והיינו דנחלקו תוס' והרמב"ן במח' ר"פ ור"ז.

ולפי"ז וודאי אין לתרץ כמוש"כ לעיל דחלוק שלא באחריות מאחריות, דשלא באחריות אינו חוזר עליו דסבר כר"ז דהרי הוכחנו דהתוס' פסקו כר"פ, אמנם בפני שלמה כתב לדחות דליכא ראיה שפסקו תוס' כר"פ (דזה נגד פשטות השו"ע והרמב"ם) דאפשר דפסקו כר"ז ונחלקו על בעה"ת בסברא, דבעה"ת והרמב"ן ס"ל דאף באפותיקי ששיעבד לו, שייך סברת ר"ז דלהכי מכרתי לך שלא באחריות, דכיון דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו היינו מזו, ולא מאחרת ע"כ אין חייב באחריותו כלל. אבל תוס' ס"ל דדווקא במכירה ממש אמר ר"ז דאינו חוזר עליו, משום דא"ל להכי זביני לך שלא באחריות דסברתו משום דעביד איניש דזבין ארעא

ליומא, והיינו כיון דקנה שלא באחריות הורה בזה דמסכים להקרא בעל הקרקע אפי' ליום אחד, אבל באפותיקי מודה ר"ז דחוזר עליו אם תמצא שאינה שלו דאדעתא דהכי וודאי לא קיבל אפותיקי דהא ירד המערער לתוכה ולא נקראת על שמו, ומה הנאה יש לו שיאבד מעותיו ע"ז, וא"כ לכאו' א"ש מש"כ לעיל.

אך בפנ"ש עצמו הוסיף דהיא גופא סברת הרמב"ם שחילק בין מטלטלין לקרקע, דהנה כתבו הפוסקים בד' הרמב"ם (ש"ך סיל"ז סקכ"ה דרישה סק"ט ובתומים סק"ד) דס"ל דר"ז לא איירי אלא בקרקעות, אבל במטלטלין מודה לר"פ (וכ"כ הרי"ף דהוסיף בד' ר"ז דאי מכר שדה שלא באחריות וכו' וס"ל דאוקימתא דגמ' דמכיר בה שהיא בת חמורו אינה רק לר"פ אלא אף ר"ז מודה בה).

והחילוק בין קרקע למטלטלין כתב הש"ך דטעמא דר"ז משום דעביד איניש דזבין ארעא ליומא, ומשו"ה אינו מקח טעות ואינו חוזר, אבל מטלטלין דליכא למימר הכי [דקרקע דבר חשוב ליקרות עליו בעלים אפי' ליומא משא"כ מטלטלין אין בהם כ"כ חשיבות ליקרות עליהם בעלים ומשו"ה קנה המטלטלין רק לתשמישו וע"כ הוי מקח טעות וחוזר עליו]. וא"כ תוס' דפי' טעמא דר"ז דאיכא דזבין ארעא ליומא בהכרח ס"ל כד' הרמב"ם דר"ז לא מיירי אלא בקרקע ובסוגין איירי

במטלטלין (דרק בכה"ג איכא יאוש ושינוי רשות) ונמצא דממ"נ אין לפרש החילוק שחילקו תוס' בין מכר באחריות למכר שלא באחריות כמוש"כ [דשלא באחריות אינו חוזר עליו כר"ז] דלד' גידו"ת פסקו התוס' כר"פ, ולד' פנ"ש ס"ל כד' הרמב"ם דר' זביד לא מיירי אלא בקרקעות וסוגיין במטלטלין היא (דמהני בהו יאוש וש"ר), וא"כ אין לפרש ד' התוס' כמוש"כ הגרש"ש והחזו"א (עכ"פ לגידו"ת והפני שלמה).

ובנחל יצחק (סי' לו סי' י"א) כתב לבאר ד' התוס' באופ"א, דיאוש דגזילה נלמד מאבידה, ובאבידה איתא בשו"ע (רנט ס"ה) דלפנים משורת הדין חייב להחזיר לבעלים אף אחר יאוש (ומקורו מגמ' ב"מ כד: בעובדא דאבוה דשמואל) ומה"ט נהיגי להחזיר כל גניבה אף לאחר יאוש וש"ר וכמוש"כ קצוה"ח (שם סקג) ולכך י"ל לרשב"ם דבמכר באחריות הוי תגזל נוגע בעדות, דכיון דאין הפסד ללוקח שיחזור על הגזלן המוכרה לו, מחויב הלוקח להחזיר החפץ לגזל לפנים משורת הדין כיון שיוכל לתבוע ממונו מהגזלן משא"כ שלא באחריות כיון דמפסיד אי"צ להחזיר לפנים משורת הדין. וכמוש"כ תוס' ב"מ כד:

ואף דאיכא להקשו"י דאי מחזיר לפנים משורת הדין, איך יכול לתבוע אחריותו הא החזיר מדעתו וא"כ מה צריך הגזלן להפסיד

משום דהלוקח רצה לעשות לפנים משורת הדין וכע"ז הק' חזו"א (ב"ק סי' ט"ז סק"ח). נראה דהנחל יצחק הרגיש לזה והביא ד' המרדכי (ב"מ פ"ב רמ"ז רנ"ז) דיכולת היה בידינו לכפות על לפנים משורת הדין ונמצא דהוי חיוב ממש ויכול לתבוע אחריותו כיון דחייב להחזירו, אמנם ד' המרדכי הנ"ל אין מוסכם להלכה דהב"י (סי' י"ב ס"ק ה) פסק כהרא"ש דלא כייפין וכן נקטו כמה פוסקים ולדידהו יל"ב באופ"א.

ונוכל לומר עפ"י מש"כ תוס' בכתובות מז: (ד"ה שלא) דכ"מ דתלוי המעשה בדעת שניהם ל"מ אומדנא דחד להפסיד לחבריה, כגון במכר וכדו' דכיון דתלוי גם בדעת המוכר בעינן שיפרש להדיא, כדי שתסכים דעתו על דבר זה וא"כ י"ל עפ"י מש"כ הגרש"ש דאיכא אומדנא שרוצה הלוקח לבטל המכר ואה"נ דהאי אומדנא איכא גם שלא באחריות מ"מ רק באחריות מועיל האומדנא, כיון דפירש בהדיא שיחזיר לו מעותיו אם תמצא גזולה, שהרי מכר לו באחריות, וחשיב כפירש האומדנא, משא"כ שלא באחריות הוי כלא פירש ול"מ האומדנא להפסיד למוכר כיון דהיה לו לפרש אומד דעתו וכיון דקיבל שלא באחריות הוי כלא פירש ולהכי מפסיד.

ויש להוסיף דהנה לקמן הובא מח' אמוראים אי רשות יורש כרשות לוקח והיינו אי יורש

הדין צ"ע אמאי ביורש דלא מיקרי הפסד לא מחייב לפנים משורת הדין דהרי מכיון שלא יפסידו כלום כיון דירושה הוי כמתנה ולא שילם כלום ע"ז יתחייב לפנים משורת הדין, דהרי כייפינן ע"ז כמש"כ המרדכי וא"כ מדוע אמרינן בגמ' דיוורש מיפטר ויש מקום לומר דירושה חשיב כחוב כיון דמ"מ היה לו להגיע ירושה זו ועכשיו מפסידו וצ"ע.

מיחשב שינוי רשות לקנות, ולכא"ו צ"ע דהלא יורש לא מיקרי הפסד אם יחזיר דלא נתן מעות ע"ז, וא"כ אמאי לא מחייב להחזיר הגזילה כדין לוקח באחריות וכמוש"כ תוס', ובשלמא לד' הגרש"ש והחזו"א או למהלך שביארנו י"ל דביורש ל"מ אומדנא כלל - דאף דאמדינן בדעתו שאינו רוצה לזכות זוכה בע"כ, כדקי"ל לקמן מ"ט. דנחלה דאו' א"א להתנות עליה שלא ירשנה אלא זוכה בה בע"כ אמנם לד' נח' דטעמא משום לפנים משורת

הבה"ח יחאל מעכל דאין הי"ו

דף מו:

### איכא פירא בארעא ליכא פירא בארעא

א. הרשב"א מקשה דארעא לאריסי קיימי ולמה שלא יקבל כלום כדין נגזל.  
ב. בתוס' מבואר שיזכה שמעון אז האריסי ידו על התחתונה ולא יותר אבל עדיין מקבל פירות.  
ג. בדליכא פירא בארעא אמרי' שיכול להעיד לבעל השדה. ע"ז מקשה הרי"ף לכאורה שלא יוכל להעיד דניחא ליה שישאר בעבודתו ולמה אומר רשב"ם שלא אכפת ליה ומזה לומד הרי"ף שאריסי בתי אבות לעולם אינם מעידים דמזהרים על עבודתם.

למדנו בגמ' האם אריס מעיד לבעל השדה או"ל ומתוך ר' יוסף שהיכן שאיכא פירא בארעא אז אינו מעיד דנוגע בעדות היא.  
והיכא דליכא פירא בארעא אז מעיד ופרש רשב"ם שהיכא פירא בארעא אינו מעיד משום שאם שמעון יצא זכאי אז לא יקבל פירותיו שעבד עליהם כדין נגזל ובליכא פירא לא שייך לו מ"מ.  
וע"ז תמהו הראשונים הרשב"א וכן משמע מתוס'.

ד. שיטת הריטב"א דמקשה לכאורה למה שיהא דינו כגזול ולומר שאיכא פירא אינו מעיד לכאורה הדין שמקבל רק שבח המגיע לכתפיים שמענו, אבל דינו כגזול לא שמענו.

ה. שיטת הרשב"א: מביא ג' קושיות א. לשיטתו סו"ס למה שלא יעיד באיכא פירא הרי סו"ס משמע שמקבל אותו דבר? דארעא לאריסי קיימא וא"כ הוא אינו נוגע דעדיין (מבואר ברשב"ס) דלאנטל חלקו כלל.

ועוד מקשה הרשב"א אפי' ליכא פירא בארעא שלא יעיד הרי יכול להעמידו על פירות משנים שעברו ואם תאמר שמדובר באריס חדש א"כ שתתלה הגמ' הא דאבל פירא בארעא הא דלא אבל... זה אינו. אלא אומר הרשב"א גם אית ליה פירא בארעא ועדיין צריכים לקרקע לא יעיד שאם יסתלק לא יטול אלא לפי שבחו כדין שאריס נותן עד גמר פירות דסו"ס יש כאן דין סילוק ולא יעיד דניחא ליה לקבל לא כדין סילוק, והא דליכא פירא שאז לא אכפת לאריס שתצא מיד שמעון ליד ראובן?

הוצא לנו מזה כמה שיטות:

שיטת הרשב"ס: שבאיכא פירא מקבל כדין גזול משמעון [ותמהו הראשונים] ולכן לא ניחא ליה ששמעון יצא זכאי ולכן אינו מעיד.

שיטת תוס': שבאיכא פירא אינו מעיד דמקבל כידו על התחתונה ולכן לא ניחא ליה ולכן אינו מעיד דנוגע בעדות ובדליכא פירא ניחא ליה ולכן מעיד דלא משנה לו. נפק"מ של רשב"ס באיכא פירא משמע שלא חושש שיעזבו אבל עדיין יש קצת חשש נגיעה שמפטרו מעבודתו משא"כ משיטת התו"ח משמע שלא אכפת ליה כלל שיעזבו נפק"מ אריסי בתי אבות שלרשב"א (ורי"ף) אינו מעיד ולתוס' מעיד (מבואר בראשונים).

שיטת הרשב"א: שבאיכא פירא וצריך לקרקע מקבל דמי שבחו ובדליכא פירא לא חושש ואין לו הפסד כלל ומשמע שהרשב"א סובר שאין חשש נגיעה של עזיבת עבודתו.

שיטת הריטב"א שבאיכא פירא נוגע ואינו מעיד משום שמשמעון לא יזכה בשבח המגיע לכתפיים.

ובדליכא פירא מעיד דאריסותיה שקיל.

שיטת הרי"ף איכא פירא אינו מעיד דנוגע דמשמעון מקבל רק מעכשיו ולא מפירות שייתבשלו.

ליכא פירא ונחשוש לנגיעה של עזיבת האריסות אבל בדוחק ומצא מקום אחר ומעיד אבל אריס בתי אבות לעולם אינו מעיד.

הבה"ח אלימלך בריזל הי"ז  
דף מח.

**בהא דתליוהו חבין זביניה זבינא**

מסקי' בגמ' בטעמא דר"ה בתליוהו חבין  
דזביניה זביני ד"אגב אונסא גמר ומקני".  
ובביאור טעמו דר"ה כתב הרשב"ם בד"ה  
אלא וז"ל "דמתוך ייסורין גמר בליבו ומקני,  
הואיל ואיכא תרתי ייסורין ומתן מעות דלא  
מפסיד מיד", ע"כ.  
ובהשקפה ראשונה מד' הרשב"ם משמע  
דהאונס גורם הריצוי כדפי' "מתוך ייסורים גמר  
ומקני" ודבריו צריכים ביאור. כמו שכבר עמד  
ע"ז החי' הרי"ם בסוגי', דכיון דאינו רוצה למכור  
נכסיו אמאי נימא שמחמת שמייסרין אותו  
תהא דעתו ורצונו מסכמת לזה, ואדרבה,  
האונס מהווה סיבה שיותר יתנגד למכירה, ואף  
שרוצה להינצל ולהיפטר מהאנשים  
שמצערים אותו ביסורים וכדו', הרי מחמת זה  
אכן אמר בפיו שמסכים למעשיהן, אבל  
מהיכי תיתי ומאיזה טעם נימא שמסכים  
בדעתו ובלבו להתרצות שתהא החפץ קנוי  
להם.  
אמנם בחי' הגרש"ק (ב"ב סי' כ"ז אות ב')  
כתב דאונס גורם לריצוי שהרי הכל יסכים

ליתן בעד נפשו ונתקשה דבמתנה הול"ל ג"כ  
דהוי מתנה דאי' רצון דבעד נפשו יתן הכל.  
ופשוט שדבריו דחוקים מאוד דפשיטא ופוק  
חזי דאונס אין גורם לריצוי אלא מונע רצון  
להקנות אנ"פ שבפעל כדאי לו להקנות אבל  
סו"ס רצון לית ליה. (מדין ראש הישיבה הגר"ש  
שליט"א).  
ובחי' הרי"ם כתב לפרש בדעת הרשב"ם  
דבאמת רק קבלת המעות גורמות לריצוי,  
ולפיכך במתנה דליכא מעות ליכא ריצוי כלל,  
אבל אנ"פ דאי' מעות צ"ל דאי' ריצוי ע"י  
ייסורין, דהייסורין הוי היכי תמצא שיתרצה  
בגין המעות שקיבל (ולפיכך בחמסן ל"ה קנין  
אנ"פ שנתן מעות וכיון שלא ייסר אותו ואין  
שום מניע לרצון עבור המעות שקיבל).  
וכמש"כ רשב"ם "דמתוך ייסורים גמר ומקני,  
הואיל ואיכא תרתי, ייסורין ומתן מעות דלא  
מפסיד" וא"ש לפ"ז דבאמת הכסף גורם הקנין  
אך המניע לרצון הוי הייסורין ומתוך הייסורים  
גורם הרצון למעות שקיבל, ויש להוסיף  
דהמעות שמקבל צריך להיות שווי המעות

כש"כ הרשב"ם דלא מפסיד מידי, אמנם  
בנתיבות המשפט (סי' ר"ה סק"א וסקט"ז)  
פירש דאף האונס גורם להתרצות המוכר,  
מטעם דבהאי הנאה שיפטר מהאונס גמר  
ומקני, וקבלת המעות מסייעות להתרצותו,  
בצירוף הזוי שנותן הלוקח, ולפ"ז ד' הרשב"ם  
אתי כפשוטו, דדייקא מחמת דא' תרתי  
ייסורין ומתן מעות גמר ומקני, והקנין חל מכח  
שניהם דווקא.

ויש להביא ראיה לדבריו, דהנה בלקח מן  
האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל  
שיכולה לומר נח"ר עשיתי לבעלי (לקמן מט:)  
ופרשב"ם ד"ה תימא וז"ל "דלא דמי לתליוהו  
חבין דזביניה זביני דאגב אונסא גמר ומקני  
אבל הכא דליכא אונס כ"כ לא גמר ומקני".

ותמהו עליו ברשב"א ובריטב"א (שם) וכי  
האונס גורם לריצוי דנימא דהיכא דליכא אונס  
לא גמר ומקני, ולפ"ד הנתיבות א"ש  
דהרשב"ם לשיטתו, דאף האונס גורם  
להתרצות, וכיון שליכא אונס כ"כ, ל"ה זבני  
אע"פ שמקבלת מעות, דלא סגי בהכי, ובעי  
אף אונס וליכא.

אולם במאירי כתב (מ"ח ע"ב ד"ה כל  
שכתבנו) וז"ל "זענית המעות גוררת את הלב  
להיות גמר ומקני" ומפו' להדיא בדבריו דעצם  
קבלת המעות גורמת הריצוי ואין האונס גורם

כלום, ולפ"ז במתנה פשיטא דכיון דליכא  
מעות לא גמר ומקני.

והנה לגבי תליוהו וקדיש אי' בע"ב דלאמימר  
הווקידושין. ואף לר"א מעיקר הדין הוי קידושין  
ורק משום שהוא עשה שלא כהוגן עושים לו  
שלא כהוגן.

והקשו התוס' שם ד"ה אלא דכיון דבקידש  
בביאה לא קיבלה האשה מעות הר"ז כתליוהו  
ויהיב, ות' התוס' דכיון שמקבל שאר כסות  
ועונה הר"ז נחשב כתמורה עבור הקידושין  
וכתליוהו חבין.

ולכא' היה תוס' יכול להקשות אף בקידושי  
כסף דהוי כתליוהו ויהיב כגון שקיבלה רק שו"פ  
ומפסדת ומשמע דהתוס' לא הוקשה  
מקידושי כסף.

ובדעת התוס' אפש"ל בתרי אנפין, או דס"ל  
דאף בתליוהו חבין סגי בשו"פ וס"ל כמאירי  
דנתינת המעות גוררת את הלב להיות גמר  
ומקני, וא"כ אפי' בשו"פ אי' גרירת הלב, וכן  
כתבו להדיא הר"י מיגא"ש והרבינו יונה דכיון  
דתליוהו וקדיש הוי קידושין ואמימר אפי'  
בשו"פ מהא חזי דבתליוהו חבין זביניה זביני  
אפי' בשו"פ.

ובאופן אחר אפש"ל בדעת התוס' דאפש"ל  
דס"ל דבמכירה בעי' דמי כל המקח, ואעפ"כ  
קידושין שאני. דהנה יש לחקור בכסף קידושין  
חקירה הידועה שנחלקו בה הסמ"ע והט"ז, מהו

הגדר של כסף קידושין אי נחשב ככסף קנין או ככסף תשלום, דהיינו, דמצד א' אפש"ל דבעצם האשה נקנית בשו"פ גרידא ששוה הרבה יותר משו"פ ואלא נקנית בשאר כסות ועונה שנתחייב בה הבעל, והכסף אינם אלא לבטא את הקנין ע"כ נותנים דמים לשם קנין אך לא לשם תשלום, ומצד אחר אפש"ל דכסף הקידושין הינם הכסף תשלום שהאשה מתקדשת בהם.

ועפי"ז אפש"ל בדעת התוס' לפי שני צדדים הנ"ל. דאי ס"ל דהוי כסף קנין א"ש דאנ"פ שבמכירה בעי' דמי כל המקח, מ"מ קידושין שאני שאי"צ אלא שו"פ כיון דלא הוו דמי תשלום אלא דמי קנין והתשלום הוי השאר כסות ועונה דשויים דמי כל המקח.

או דס"ל דכסף קידושין הוי ג"כ כסף תשלום ואנ"פ תיסגי בשו"פ כש"כ הריטב"א, דבקידושי אש הכו"ע ידעי' שהקנין הוי בשו"פ וגמר ומקני אפי' בשו"פ.

ואף בדעת הרשב"ם שכתב דאגב אונסא גמר ומקני דלא מפסיד מידי אפש"ל באשה ג"כ כשני צדדים הנ"ל, או דבאשה בקנין שו"פ הוי הפסד ואנ"פ כנקנית דאינה נקנית בכסף אלא בשאר כסות ועונה דהוי כשווי כל המקח. או דס"ל דהכסף הוי תשלום ואנ"פ שאינם אלא פרוטה אין האשה מפסדת כיון דבאשה כו"ע ידעי' דנקנית בשו"פ.

והנה לפמש"נ נחלקו הראשונים במכירה אי בעי' כל שוי המקח או סגי בשו"פ, דלרשב"ם בעי' כל דמי המקח, ולמאירי ור"י מיגאש, והרבינו יונה סגי בשו"פ. ובזכר יצחק לר' איצלה פנוויז'ער (בסי' מד) הק' עש"י הראשונים דבמכירה סגי בשו"פ, דהוגע עצמך דהרי בתליוהו ויהיב ל'ה מתנה אנ"פ שלקח ממנו שו"פ, וא"כ במכירה להנ"ל יהיה אפשרות שיחול המכירה בשו"פ אנ"פ ששווה עשרת מונים יותר,

והאיך שבהפסד של עשרת מונים יותר יהיה מקח.

ועוד יל"ע בשי' הרמב"ם (בפ"י מכירה ה"א) שכתב וז"ל "מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפי' תליוהו עד שמכר ממכרו ממכר בין במטלטלין בין בקרקעות שמפני אונסו גמר ומקני" ע"כ,

ומבו' מדבריו דמכר נקנה דאגב אונסיה גמר ומקנה כפשוטו ממש. שמפני שאונסו לחוד גמר ומקני ולפי"ז תיקשי מדוע במתנה אין נחשב מתנה כיון שאי' אונס וייסורין. והרי שהאונס גורם לרצון.

ואשר מוכח לבאר בזה דבהקנאה איכא ב' דינים, אית ד'רצון', ואית 'עזותא'. רצון היינו שבעצמו רוצה בהתרצות גמורה שהלה יקבל מתנתו או שיקנה ממכרו, וניחותא היינו שבעצמו לא היה רוצה מעיקרו ליתן המתנה

ולמכור ממכרו אך לאחר שנאנס גמר בדעתו למכור, והמוכר גרם לזה שיהיה התרצות ואין התרצות בא מעצמו, אבל סו"ס אי' התרצות, והנה אפי' דחידושו של ר"ה הוי דהו"א דא"א להקנות ללא רצון ולא סגי בניחותא כיון דבעי' התרצות גמורה, ואתא ר' הונא וחידש דאי"צ רצון גמור וסגי בניחותא, דהיינו התרצות שאינו מגיע מעצמו, דאגב גמר ומקניה. ושמח ליבי כאשר ראיתי שכיוונתי להגאון הרוגטשובער שכ' דברים הללו (צפנת פענח, פ"ב גירושין ה"ב).

אבל דבר פשוט הוא דחידושו דר"ה דסגי בניחותא ל"ה אלא במכירה שכיון שג"כ מקבל תמורה עבור חפצו שמכר ע"כ האונס גרם התרצות, אבל במתנה פשיטא דאפי' לר"ה לא תיסגי נוחותא, דהרי כל שורש מתנה הוי שנותן מעצמו מתנה וא"כ אע"פ שבמכר תיסגי בניחותא אבל במתנה בעי' רצון גמור. וכדאי' ברמב"ם (בפ"י מכירה ה"ג) וז"ל "שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן שאם אינו רוצה להקנות בכל ליבו לא קנה המקבל מתנה". הרי דמבו' להדיא מד' דבמתנה בעי' בכל ליבו וכדברינו בעי' רצון אע"פ שהרמב"ם בעצמו ס"ל דבמכירה סגי בניחותא כנ"ל. ולפי"ז א"ש הרמב"ם דמכירה דהאונס גורם הריצו, דאע"פ שהאונס גורם הריצו שאני מתנה דבעי' בכל ליבו רצון. וג"כ א"ש שי' הר"י

מינאש והרבינו יונה והמאירי דבמכירה סגי בשו"פ ובמתנה לא תיסגי אע"פ שבמכירה אי' הפסד יותר גדול דשאני מכירה דסגי בניחותא ואפי' בשו"פ סגי, משא"כ במתנה דבעי' רצון ולפיכך אפי' הפסד שו"פ מונע המתנה.

ולפי"ד יש ליישב באופן נפלא ג"כ מה שפסק הרמב"ם (רפ"ד אישות) וז"ל "אין האשה מתקדשית אלא מרצונה והמקדש אשה בעל כרחה אינה מקודשת, אבל האיש שאנוסוהו עד שקידש בעל כרחה הרי זו מקודשת" עכ"ל וכתב הראב"ד ז"ל "והוא שיאמר רוצה אני עכ"ל. וצ"ע בדעת הרמב"ם דמ"ש גבי מכר בתליוהו וזבין דממכרו ממכר כמבו' ברמב"ם בפ"י מהל' מכירה ה"א ולא הזכיר שצריך שיאמר רוצה אני וגם הראב"ד לא השיגו. ומה החלוק בין מכר לקידושין, דבמכר אי"צ רוצה אני ובקידושין יצטרכו רוצה אני.

ולפי"ד א"ש, דהנה בדין אמירת רוצה אני נתבאר בסוגי' לגבי קרבן וגט שמכריחין אותו להגיד רוצה אני, וילפי' דין זה מפסוקים, דבקרבן ילפי' מיקריב לרצונו. ובגט מבו' ברמב"ם (פ"א גירושין ה"ב) שנאמר והיה אם לא תמצא חן בעיניו מלמד שאינו מערש אלא לרצונו, ודבר פשוט הוא דהפסוק לא אתא לאשמועינן דבעי' דעתו דפשטא דבעי' ל"מ בגט ובקרבן דמ"ש מכל הקנאות דבעי' דעת, וע"כ דהפסוק אתא לאורוויי דין חדש של רצון

חזן מדין דעת שבכל קנין. ולפי"ד א"ש דר' הונא חידש דבמכר אי"צ רצון גמור וסגי בניחותא ודעת בקנין ואע"פ שאין רצון מדעתו תיסגי בדעת.

ולפיכך אי"צ במכר שייגיד רוצה אני דהרי אי"צ רצון דסגי בדעת משא"כ בגט ובקרובן אי"צ פסוק דלא סגי בדעת ובעי' רצון כמו במתנה לפיכך בעי' שייאמר רוצה אני, אבל בקידושין דליכא פסוק דבעי' רוצה הדין נותן דסגי בדעת דמ"ש במכר ולפיכך לא כתב הרמב"ם דבעי' אמירת רוצה אני אבל הראב"ד ס"ל דכיון דמקשי' יציאות להוויית ומקשי' דיני גירושין לקידושין, על כן אע"פ שמדין הג' בקידושין בדעת אע"פ שאין רצון כמו שחידש ר' הונא במכר, אבל כיון דבגירושין חידשה התורה דלא סגי בדעת ובעי' רצון א"כ אפי' בקידושין הדין כן, וק"ל.

ועד"ז ניתן ליישב קושי' האחרונים בניטין (נ"ה ע"ב) גבי ג' גזירות (א) כל דלא קטיל ליקטלוהו (ב) כל הקוטל - 4 זוז, ג) כל דקטיל לקטלוהו ואי' בגמ' דבשני גזירות הראשונות מקחו קיים. ובגזירה שלישית אין מקחו קיים דהוי קנין בלא דעת, והקשו כל האחרונים דהיפלא שבשני גזירות ראשונות שהורגים הוי זביניה, דכיון דלא מקבל מידי הוי כתליוהו ויהיב ואפי' לר"ה דתליוהו חבין זביניה זביני תליוהו ויהיב ל"ה מתנה.

ותי' הבית יוסף דשאני שני גזירות ראשונות שאין האונס בא לאונסו אלא להרגו אלא שהוא בעצמו מציל עצמו בעד שדה זו בכה"ג לא מיקרי אונס. והוי כאונס דידיה ואי' רצון גמור ולכן מהני.

וכן מציעו גבי אשה דאם מרצונה נבעלה לאחר אסורה לבעלה, ואם מאונס נבעלה מותרת לבעלה, ואי' בגמ' שאם נבעלה בגין שהבעל רצה להרעה והיא הצילה נפשה בעד בעילה הר"ז נחשב כמרצונה ואסורה לבעלה, וכמו בגזירה קמייתא ומציענתא, וכן מציעו גבי הדין דיהרג ואל יעבור של"ה באונס, אבל אם היה חולה והיה רק רפואה אחת והיא עי"ז אי"ז נחשב כאונס דהוי מרצונו הגמור, והכ"נ דווקא בגזירה שלישית שאין לאגס מותר להרגו ורק עושה עמו עסקה שיקח השדה תמורת שלא יהרגו אזי לא חל המכירה דשלא מרצונו עשהו ועלה בליבו שהיום ולמחר יתבע את האגס לערכאות ויקטלוהו ויקח השדה. וכן שלא ברצונו עשהו, אבל בשני גזירות ראשונות שהאגס מצווה להרגו ובא מצד עצמו ליפטר בהא מהני האונס דהוי מרצונו הגמור אע"פ שנבע מאונס. אמנם הקשה הגרש"ק (כתובות סי' ד) דכ"ז א"ש בדיני אונס דבאונס גמור אי"ז נחשב אונס, אבל בדיני דעת פשיטא דבאונס אינו מתרצה ואע"פ דהוי אונס גמור לא גמר ומקני.

## ליבון שמערתהא בבא בתרא

היכא דהוי אונס גמור הר"ז גורם לרצון גמור כש"כ הב"י, ובכהאי אפי' בתליוהו ויהיב הוי מתנה דאי' רצון גמור, מתוך האונס הגמור, ובכה"ג ליכא לחלק בין מתנה למכר, והדברים מאירים ושמחים ונכונים לאמיתה של תורה בעה"י.

ולפי"ד יש ליישב דבאמת מעיקר הדין אי"צ רצון, כמו שחידש ר"ה דסגי בדעת של נחותא כש"כ הרמב"ם "דמתוך אונסו גמור ומקני" ולכן גבי מכר מועיל באונס, אבל במתנה בעי' בכל ליבו כש"כ הרמב"ם והכא ל"ה בכל ליבו כיון דהוי באונס.

אבל כ"ז באונס פשוט דבזה אי' רק נחותא ולא רצון, ולפיכך יש לחלק בין מכר למתנה, אמנם

הבה"ח דוד וייברג הי"ז

דף מח:

### בענין אפקעינהו רבנן קידושין מיניה בזמן הזה

ב' - אדם שהכריח אשה להתקדש לו, כיון שעשה שלא כהוגן הפקיעו חכמים את הקידושין, כך מבואר בבבא בתרא דף מח: והטעם בזה מצינו ד' דעות:

א. הריטב"א המובא בשיטמ"ק בכתובות דף ג. והמרדכי בקידושין כתבו שהוי תנאי, ורעק"א בכתובות דף ג. הוסיף דהוי ע"מ שלא ימחו.

ב. הרמב"ן בשיטמ"ק בכתובות דף ג. כתב שהוי הפקעה, ובשו"ת חת"ס אה"ע ק"ט בסופו כתב טעם שמקור קידושין בכסף הוא משדה

יש להקדים לבאר דין אפקעינהו, בכתובות דף ג. גיטין לג. יבמות צ: ב"ב מח: יבמות ק: מוזכר שחכמים יכולים להפקיע קידושי אשה. ומצינו בזה שני דוגמאות:

א' - השולח גט לאשתו וביטל את הגט, מדאורייתא הגט בטל והיא אשת איש, אך חכמים תיקנו שהגט קיים, ואע"פ שמדאורייתא הגט בטל, תקנתם היתה להפקיע את הקידושין, כך מבואר במס' גיטין דף לג.

עפרון דכמו שיכולים רבנן להפקיע שדה, כך יכולים רבנן להפקיע קידושין.

ג. משמע מהרשב"ם ב"ב מה: וכן הו"א בתוס' ד"ה תנית, שם, שהוי מח' הסוגיות. מב"ב דף מה: ויבמות דף ק: משמע דהוה הפקעה, ומכתובות דף ג. גיטין לג. ויבמות צ: משמע מדין תנאי משום שהגמ' הוסיפה בהם כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש.

ד. תלוי באיזה מקרה: כשהקידושין נעשו שלא כהוגן כגון שהכריח אותה להתקדש לו הפקעה, אך כשהקידושין נעשו שלא כהוגן כגון שביטל את הגט משום שלא יכול להפקיע זה עובד מדין תנאי.

ומתוס' בבא בתרא דף מה: הוסיפו שהפקעה היא מדין יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה, וכך מבואר בשו"ת הריב"ש שצ"ט ד"ה ואין.

ועתה נבוא לבאר דין אפקעינהו רבנן בזמן הזה:

כתב הראב"ן מס' גיטין דף ל. ונראה לי דהני מילי בימי חכמים הראשונים שהיה כח בידם להפקיע קידושין אבל בזמן הזה לא, והנה בראב"ן מס' גיטין דף סא. מביא מעשה בקלוניא בבחור ששידך נערה מן אביה ואמה, והגיע שני שהיה בעל נכסים ושידכה, ולבסוף רצו אביה ואמה בשני, ומיד לפני הקידושין קפץ הבחור ששידך ראשון וקידשה לפני

השני באותו מעמד, והוריה אמרו לה זרקו קידושין מידך, והנערה קיבלה קידושין מהשני, ואבי הנערה הגיע למנצא וקיבץ כל חכמי הקהילות שם ודנו במעשה זה, וכל חכמי הדור רבינו יעקב הלוי מזורמישא וישיבתו, ורק יצחק הלוי מאשפירא ובני ישיבתו, רצו לפסוק שיפקיעו קידושי הראשון, מראיה מגמ' ביבמות ק. דהיה ברנש שקידש נערה, ואביה ואמה הביאו כבר הנערה לחופה בפני הברנש, ואתא שני וחטפה מיניה וקדשה, ופסקו שם דהוי קידושי ראשון קידושין ולא הצריכוה גט מהשני, ורב אשי פירש משום שעשה השני שלא כהוגן תקנו חכמים שיפקיעו קידושי שני, א"כ ג"כ במעשה בקלוניא פסקו שמפקינן קידושי ראשון משום שעשה שלא כהוגן.

וכתב הראב"ן שמורי חמי רבינו אליקים וחביבי הלוי רבינו יעקב שהוא רבינו היעב"ץ ואני אחריהם אמרנו, שלא יהא קידושין משום שבקידושין הראשון כבר יצא קול שמקודשת וחוששים לקול.

והמעשה במס' יבמות מההוא ברנש צריכים לפרש שהויה באופן שאביה ואמה הביאו אותה לחופה א"כ הוי קידושין אחר נישואין משום שהוריה כבר השיאוה ולכן לא מהני קידושין אח"כ.

ועוד מחלק ששם הוה קידושין ואח"כ רצה לקדש השני א"כ אין קידושי שני כלום, אבל

הכא בקלוגיא היה שידוך ואח"כ קידשה הראשון אבל היתה פנויה ואולי באמת נתרצה לראשון אבל זרקה הקידושין רק בצווי אביה ואמה ולכן הוא קידושי ראשון קידושין.

ועוד מחלק דאולי שם בגמ' הוה בכוחם להפקיע קידושין אבל אגחנו אין לנו כח להפקיע קידושין, כמבואר במס' גיטין דף פח: דאביי אשכחיה לר' יוסף דהוי עוסק ועושה בגט, א"ל אביי דאגן הדיוטות אגן ותניא לפניהם ולא לפני הדיוטות, אז כ"ש אגן הוי הדיוטי הדיוטות לגבי אמוראים אלו, ור' יוסף נמי שסובר שבני ארץ ישראל יכולים להפקיע מדין שליחות, אז אגן שלוחים מב"ד של א"י דהם כן יכולים להפקיע, ואם אגן שלוחים א"כ אגן יכולים להפקיע ויש מח' רשב"ג ורבי אם יכולים להפקיע או לא, ופסקין כרבי דלא יכולים להפקיע, ואפי' את"ל דפסקין כרשב"ג דיכולים להפקיע כאן שאני דלא הוי הפקעה, דהוי הפקעה רק באופן שקידש ראשון ואח"כ קידשה השני אבל כאן שלא קידש אף אחד לפני זה אין אגן יכולים להפקיע.

ועוד מחלק אולי משום דכתוב בקידושין דף מה: "הוא אמר לקריבאי והיא אמרה לקריביה כפתיה עד דאמר לה תיהוי לקריבה אדאבלי ושתיה אתא לקריביה וקידשה" והפקיעו קידושין, משום שהיתה קטנה ותלו קידושין ברצוי האב,

והאב לא נתרצה ולכן לא הוי קידושין, אבל הכא הנערה אולי נתרצה.

ומשום כל סיבות אלו אמרו דלא יכולים להפקיע קידושין.

וסוף המעשה היתה דהנערה חשד הבחור בממון להתירה, והבחור נתן לה גט, ואח"כ קידשה השני ולבסוף נישאת בהיתה, עד כאן הראב"ן.

משמע מהראב"ן שכל מה שאגן יכולים להפקיע הוא מכח שליחתייהו קעבדין, והיינו רק באותו מקרה שבני ארץ ישראל הורו בו להפקיע משום שהיה סמוכים לא"י והנה בספר מקור מים חיים להגר"מ פאדווא ס"ח' שכתב שביאר הראב"ן שבזמן הזה לא מהני אפקיענהו.

ומבאר שכבר שמעתי מפה קדוש הגאון המפורסם מו"ה יעקב נ"י מהאראדאק אב"ד דק"ק קרלין בעל המשכנות יעקב, שג"כ ביאר שבזמן הזה לא מהני אפקיענהו, והביא ראיה ברורה לדעת הראב"ן מגמ' ב"מ דף צו: "בעל בנכסי אשתו מי מעל... נימעלו ב"ד וכו' ", ופירש רש"י שם ב"ד של ישראל שבאותו הדור שכל תקנות משפט תלויה בהן ועל ידיהן נוהגות חוקות המתוקנים לציבור מאז, והוי כמי שתקנו לו הם קנין זה ונמצאו הם המקנין לנכסי הקדש והוציאם לחולין, ע"כ לשון רש"י. משמע שכל ב"ד שבאותו הדור המה ב"ד

בתקנה זו, א"כ ג"כ הפקעה בזמן הזה אמרינן משום שאנחנו צריכים לתקן תקנה זו ואין לב"ד בדורינו כח לזה לכן לא אמרינן אפקעינהו. והמקור מים חיים הקשה עליו מגמ' גיטין דף לו: "דהלל תיקן פרוזבול לדרי עלמא כגון ב"ד דידיה או כרב אמי וכרב אסי, דאלימיא לאפקועי ממונא אבל לכו"ע לא, וצריכים דני רבא לאלומי לאפוקי ממונא בדין הפקר ב"ד הפקר וא"כ אולי בזמנינו יהא יכולים להפקיע ממון אפי' שאין לנו ב"ד אלים ויפקיעו מכח שליחות? ועיין שם מה שפירש.

ויש לתרץ דכאן שאני מקולוניא דהרי שם שהורו בו להפקיע דהיו סמוכים לא", ועוד יש לתרץ דכל דין אפקעינהו היינו לרשב"ג ואינו להלכה, וא"כ צריכים ביאור מדוע האריך כאן לפרש בזמן הזה אין לנו כח אם לא פסקינן כן? וצ"ע.

והנה מובא בשו"ת שרידי אש להגאון רבי יחיאל וויינברג זצ"ל בתשובה שם שכל הראשונים חולקים על הראב"ן דמהני אפקעינהו, או כרש"י בשבת דף קמה: שמפרש שהוא מדין כל המקדש, או כהר"ן בנדרים דף צו: ד"ה ואיכא באומרת טמאה אני לך דמהני אפקעינהו, או כרש"י ורשב"א לגבי הא דמעשין אגט מכח אפקעינהו, וכן גט שאין בו זמן כשר פירש הנמוקי' בריש פרק ב' דסנהדרין דהוי מדין אפקעינהו, ועל הראב"ן

עצמו לכאורה אין יכולים להקשות דהוי יחידי, ואולי מפרש באופן אחר. ע"ש.

אבל בעיקר קשה על הרה"ג ר' יעקב מהארדאק בעל המשכנות יעקב שהביא ראיה מרש"י בב"מ שאין הפקעה בזמן הזה, והרי עד אחד נאמן במיתת הבעל משום הפקעה, וא"כ סותר דבריו? ועוד מקשה המקנה בקידושין דף יב. דב"ש סבר דאפקעינהו רבנן, משום שלא יהיו בעות ישראל הפקר בקידושין הפחותים מדינר, והרי כל המקדש ג"כ על דעת ב"ה אין קידושי שני קידושין והרי רק לב"ש נפקע? ומתרץ המקנה שנפקע ע"י הכח של ב"ד שהיה לפניהם ולא מב"ש, ולכן מקני אפקעינו ג"כ לב"ה, וזה ג"כ שיטת רש"י שנפקע משום שליחות מב"ד קדמונים. ולכאורה כך סבר בעל משכנות יעקב, וממשיך לבאר בעל השרידי אש, אבל שיטת רש"י דס"ל דמהני לכאורה אפקעינהו משום תנאי, דבשעת קידושין אמר הבעל כדת משה וישראל, וא"כ תלה הקידושין במשה וישראל ואם ע"פ דעת תורה לא הוה קידושין א"כ נפקע קידושין מיד, ולא במה שאנחנו מפקיעים אלא נפקע בתנאי שתלוי בדעת חכמים קדמונים. ולכאורה יש לפרש שכך ג"כ סבר הראב"ן שביאר שבזמן הזה לא מהני אפקעינהו היינו רק במקום שלא אמר כדת משה וישראל, אבל במקום שכן אמר

בשעת קידושין כדת משה וישראל לכאורה מפקעין קידושין.

וג"כ מביא תשובת הריב"ש ס' שצ"ט בקהל שתיקן שלא יקדש איש אלא בפני עשרה אם יעבור וקידש שלא בפני עשרה יהיה ממונו הפקר ויהא קידושין בטלים. וביאר שם הריב"ש דהקהל יש לורשות לעשות כן משום שעבר על תקנת הקהל, והביא ראיה מהגמ' בב"מ דף קד: הלל היה דורש לשון הדיוט דתניא אנשי אלכסדריא וכו' ביקשו חכמים לעשות בניהם ממזרים אמר להם הביאו כתובת אמכם, אזי לכאורה התכוון לכתובת בנות המדינה. משום שבאותו מקום קידשו על דעת מקום זה, ואם לא הוה כמו אותו מקום נפקע קידושין, ע"כ חידוש נפלא מהשרידי אש.

אולם לא כן מובא בספר אבן שלמה לראב"ן שחולק וסובר שבכל דור ודור מפקיעים קידושין ע"כ בזמן הזה אין כח לחכמים להקפיע, והוא כדברי הגאון טשאטה ז"ל, ומהוה דב"ב דאמרינן אפקעינהו בתליוהו וקדיש, וכן ביבמות בבעובדא דברנש, משום שעשה שלא כהוגן אזי אפי' בזמן חכמים היתה הפקעה משום שעשה שלא כהוגן.

והנה מצאתי בשו"ת משיב דבר סימן ע"ט שהשו"ת הרשב"א כתב בס' תקנ"א וז"ל ואלו רצו כל קהילה לנדור בפני תקלות אלו יעשו

תקנה במעמד כולם ויפקיעו הפקעה גמורה אלא תקבלם האשה מדעתה ומדעת אביה, או בפני פלוני ופלוני וכו' עכ"ל. והביא שכך הנהיג רב שרירא גאון. וכתוב בשלטי הגבורים משום דמקדש על דעת רבנן והפקר ב"ד הפקר, לכן לא הוה קידושין ומפקעין קידושין. ובנו של בעל שו"ת משיב דבר מפרש דמקדש על דעת תורה ולא על דעת רב העיר, וקשה על השלטי הגבורים דכל מי שהתנה מתחילה על דעת רבנן ולא הוי קידושין טוב נפקע על דעת רבנן, משום הפקר ב"ד הפקר, ודווקא בכסף דב"ד יכולים להוציא כסף הקידושין מהאשה וליתנם שוב לבעל, או שהוי אצל האשה במתנה, אבל ביאה אין ב"ד יכולים להוציא. וקשה דדין הפקר ב"ד הפקר הוא אפי' שלא עושה תנאי א"כ מדוע בעינן תנאי?

ומתרץ דהפקר ב"ד הפקר נעשה ע"י ב"ד כיהושע ועזרא, ולכן מהני. אבל מודה דאפקעינהו דמהני רק עם תנאי ע"י ב"ד דהוה אתרה, דמקדש ע"ד גדולים. וא"כ קשה דאם מקדש על דעת ב"ד של העיר א"כ יצטרך לקבל גט רק מב"ד של אותו העיר ולא מצאנו דין זה שהגירושין צריכים להתקיים ע"י ב"ד דהוה אתרא.

ומסיים בדבריו ומקשה על עצמו שאיני מבין מה שאני מדבר?

ולכן מבאר באופ"א ע"פ גמ' בנדרים דף עג שהבעל יכול להפר נדרי קטנה הנשואה עליו, ובוגרת שהייתה י"ב חדש, משום שבשעת הנדר על דעת בעלה נודרת, וכותב שם הר"ן דמ"מ הנדר חל מן התורה וצריכה הפרה דוקא בלשון שגזרה התורה בבעל, ואפי' שאינו בעל מן התורה, משום דמחליש הנדר אפי' שאין עוקר הנדר אלא נעשה ע"פ דעת תורה, א"כ ג"כ כאן יכול ב"ד בזמנינו להפקיע קידושין ממה שהוא ע"פ דעת תורה אפי' שאינם ב"ד אלים, כך חידש בספר שו"ת משיב דבר. זאת תורת העולה:

הבה"ח משה (ברי"צ) בוקשפן ה"ו

דף טא.

## ביאור מהלך הרשב"ם בדברי הגמ' בענין אי אמרינן לגלויי זוזי הוא דביעי

ולגלויי זוזי נתכוין גם בכתיבת השטר דכ"כ לא מסיק איניש אדעתיה, עכ"ד. והנה בתוס' ר"ד תמה, שאם יתכן שבטענה זו להערמה ולגלויי זוזי נתכוונתי יכול לשבר השטר [וכמו שבטענה זו משבר קנין קבלת מעות], אמאי לא מסיק אדעתיה לכתוב שטר כדי להערים ולגלויי זוזי, הא קא חזינן דכל מה דקעביד לגלויי זוזי הוא דקעביד. ברם פליגי הראשונים [רמב"ן רבינו יונה ר"ן ותורי"ד ועוד] על רשב"ם וסברי דאין יכול

בגמ' המוכר שדה לאשתו קנתה ולא אמרינן לגלויי זוזי הוא דביעי, א"ל פשיטא, דל זוזי מהכא ותיקני בשטרא. ע"כ. וביאר רשב"ם שטוען הבעל הערמה עשיתי שתגלה לי מעותיה ולא לדעת קנין מכירה קבלתיה, ולא גמרתיה והקניתי, והיינו גבי קבלת מעות, אבל בשטר מכירה לא שייך למימר הכי דמה ריוח יש לו בכתיבת שטר המכירה, אלא ודאי גמר ואקני לה. והא ליכא למימר דאי לא כתב לה שטר לא הוה יהבה זוזי

לטעון כלל להערמה נתכוונתי אפי' אקבלת מעות, דאטו קנין בר השטאה הוא, אלא ביארו דטענת הבעל היא דאין כאן מקח כלל הואיל והמעות שלו הם, משא"כ כשא"כ שטר דהוי ודאי קנין.

אולם לרשב"ם שסובר דיכול לשבר קנינים בטענת הערמה, הוצרך לחלק ששטר לא אמרינן שלהערמה כתבו הואיל וכ"כ לא מסיק איניש אדעתיה, ועל דא תמה התור"ד שאם יתכן לשבר השטר בטענה זו אמאי לא יסיק אדעתיה לכותבו בתחילה כדי להערימה ולגלות מעותיה.

ומטעם זה נראה די"ל כוונת הרשב"ם באופן קצ"א, דשאני שטר שלא יעשה אותה לשם הערמה, משום שבדעתו סבור שלא יוכל לשבר השטר כי לא תתקבל טענתו בב"ד שעשה כל זה רק משום הערמה, דיאמרו לו ב"ד אי משום לגלויי זוזי נתכוונת לא היית עושה מעשה שטר והוצאת קול שמכרת ע"י השטר, וממילא לא מסיק אדעתיה לעשותו לשם הערמה ואי עשה שטר אמרינן דודאי משום דגמר ואקני לה.

ולפי"ז יש לבאר אף בת' הגמ', ולא איתמר עלה אמר שמואל לא שנו אלא בשטר מתנה

אבל בשטר מכר לא קנה עד שיתן לו דמיה, ע"כ.

דלראשונים ניחא דכיון שהוא קנין של "שטר מקח", כל שאין כאן מעות לא נעשה שטר מקח, אבל להרשב"ם שבאמת יש כאן מעות של מקח אלא שאין כאן דעת להקנות, צ"ב מסקנת הגמ' דלמה לא קנתה בשטר, מאחר שבעצם הכא יש מעות מקח א"כ אף השטר הוי שטר המקנה.

וצ"ל: דכיון דשטר מכר בלא זוזי לאו כלום הוא, כבר מסיק אדעתיה לכתוב שטר לשם הערמה, דסומך עצמו שיוכל לשבר השטר מאחר שיטעון דלא נחשב שא"כ קבלת מעות כי בחזקת שהן שלו לקחו, [ובזה לכפה"ח יאמינוהו שכל המכירה לגלויי זוזי עשה ולא להקנות], ותיהוי כשטר מכר בלא זוזי דלאו כלום הוא ואפי' מתנה לא הוי, וניחא.

ושו"ד בספר נעימות נצח שביאר מסקנת הגמ' באופן פשוט: דלא איכפת ליה להבעל לכתוב שטר, דכיון שלא גמיר ומקני סמך עצמו שיאמר שכתב שטר בכדי לגלויי זוזי ויאמינוהו, וכ"ז משום שהורע כח השטר, דהרי שטר בלא זוזי לאו כלום הוא.

הבה"ח מאיר יחיאל מיכל רוזנטל הי"ו

בענין טעם אמירת לך חזק וקני, וביאור מהות קנין חזקה

ידוע ביאור העולם במה שמועיל מעשה קנין שמטרתו הוא שיהא "גמירות דעת", והיינו שכ"ז שעסוקים בעניני המכירה עדיין אי"ז מוכיח באופן גמור שאכן רצונו לקנות, וע"י המעשה קנין שמשללט על החפץ ומכניסו לרשותו בזה נראה רצונו שרוצה להכניסו לרשותו והיינו לקנות, וכ"ה הפשטות.

ולכאורה צ"ב דאכן שע"י המעשה קנין נתגלה דעת הלוקח, אך עדיין מנין מתברר לנו דעת המקנה באופן ברור וגמור. מהלך א' בטעם אמירת לחו"ק.

ומבאר ר' שמואל (סי' ה' אות ה') שזהו כוונת סוגין שבפניו אי"צ לומר לך חזק וקני, ומשא"כ אם מחזיק שלא בפניו צריך המוכר לומר ללוקח לחו"ק כדי שיהא הקנין שיעשה בעתיד קנין, ומבאר שטעם האמירה של לחו"ק הו"מ דלולא אמירתו עדיין ליכא גמירות דעת מוחלטת לעצם המכירה<sup>39</sup>, וכשמחזיק בפניו כבר כתב הרשב"ם שמכח זה שמסכים המוכר שיחזקנו ושתיק זה מראה גמירות דעתו,

וכשמחזיק שלא בפניו אכן ליכא הוכחה מצד הבעלים שגמור דעתו, וע"כ צריך לומר לחו"ק שזה מוכיח שכל דיבורם בעניני הקנין לא היה רק מו"מ בעניני הקנין אלא זה מראה שאכן רצון המוכר הוא שילך ויחזיקהו ויקנהו, ובזה רואים דעתו המוחלטת לקנין.

וענין זה ידוע להביאם בשם האבן האזל (שכנים פ"ב ה"י) שכבר כתב יסוד זה, ובדבריו כתב בנו"א דכשמחזיק שלא בפניו חיישי' שמא חזר בו המוכר מזמן שדיברו על המכירה עד עכשיו שעושה הלוקח קנין, ולכן אי"כ הסכמת המוכר לקנין ונשאר הבעלות אצל המוכר, וע"י אמירת לחו"ק ה"ה מגלה דעתו שבוודאי מכר לו וכבר לא חיישי' שיחזור, דהרי אמר שילך ויחזיק.

וצ"ל דהאבהא"ז סבר דהסכמת מכירה שדיברו ביניהם, הרי"ז הסכמה גמורה ואע"פ שלא אמר לו לחו"ק, ולכן כתב דמ"מ חיישי' שמא חזר בו, ור' שמואל ביאר דעצם דיבורי הקנין אינם הוכחה

ההכרח וע"כ אין ברור באופן גמור שאכן רוצה למכרו וע"י האמירה מתברר לנו שאין לו מנוס ומוכרח למכור ואפי' כבר אמר בהדיא לקונה שילך ויקחנו.

<sup>39</sup> ואפשר לבאר דבריו בתוספת ביאור שהרי מבואר בגמ' (מ"ז ע"ב) שמכירה בא מצד שאנוס וצריך מעות, וא"כ כל הזמן מצד המוכר אין רצונו למכרו כי רוצה בחפציו, ואלא מאי הוא מוכרח אך דעת האדם הוא שמסתלק מהכרחו ומנסה להסתדר בלא

מוחלטת להסכמת הקנין וע"כ פירש באופן פשוט יותר דהאמירת לחו"ק מגלה דעתו, ואחר שגילה דעתו ממילא ג"כ לא חיישי' לחזרה, [ועיקר החילוק ביניהם הוא האם קודם האמירה כבר יש גמירות דעת מוחלטת ומ"מ חיישי' לחזרה או דאי"כ גמירות דעת מוחלטת, וע"כ צריך לגלות דעתו, ואחר שנתגלה דעתו ממילא לא חיישי' לחזרה].

וכדבריהם כבר משמע בגמ' ובראשונים בסוגין, דרב בעי במתנה האם צ"ל לחו"ק, וקאמר שמואל דק"ו הוא שצ"ל, דמה מכר דקא יהיב זוזי ומ"מ צ"ל לחו"ק כ"ש במתנה דלא יהיב זוזי צ"ל לחו"ק, ותירץ רב דאכתי שמא במתנה אי"צ לומר לחו"ק דהנותן מתנה בעין יפה נותן, ובדברי הגמ' מבו' ב' דיוקים כבי' האחרונים, א. דמבוא' בדברי שמואל דבנתנת מעות יש יותר סיבה שלא יצטרכו לומר לחו"ק, ולהנ"ל מתפרש באופן נפלא, דזה פשוט דאם קיבל המוכר את המעות, אזי יש לו יותר גמירות דעת להקנותו כי כבר קיבל דמים, משא"כ במתנה אולי שמא אינו רוצה ליתן המתנה, כיון שמוציא ונחסר בממונו, וכך כתב הרשב"ם להדיא (ד"ה מתנה) דשמא עד

שיחזיק הלוקח כבר חזר בו הנותן כיון שנחסר בממונו, ב. בטענת רב דמשום שאדם נותן מתנה בעין יפה ע"כ מסתפק דשמא אי"צ לומר לחו"ק, ולהנ"ל מבוא' הייטב דכיון שאמר לו שנותן מתנה הרי משום חיבה הוא נותן לו, ומסתבר שבוודאי רוצה לתת לו המתנה ולכן לא חיישי' שיחזור בו כי הרי רצונו לתת מתנה<sup>40</sup>, ולהלן נדון בזה עוד בעזה"ת.

עכ"פ מדבריהם מבואר דלמעשה המעשה שעושה הלוקח הוא וודאי לשם קנין והנידון הוא רק האם המוכר מסכים באופן גמור או שמא חזר בו, והיינו, (ע"פ הרשב"ם ד"ה ה"ק) דכיון שסיכמו ביניהם ונתרצה לו למוכרה במחיר מסוים, רק שלא אמר לו בפועל לילך ולקנות, מ"מ מכיון שסיכמו ביניהם אז אם הלוקח ילך ויעשה מעשה של בעלות וודאי שיתכון לשם קנין, ואלא מ"מ שמא המוכר לא הסכים או חזר, אבל למעשה ההסכמה המועטת לר' שמואל וההסכמה הגמורה להאבהא"ז, זה וודאי גורם שהלוקח כשילך ויעשה המעשה קנין יעשנו לשם קנין, אך מ"מ צריך לברר ענין צדדי שיוכל לחול הקנין והיינו הסכמת המוכר, או

<sup>40</sup> ולפי מה שפירשתי בהערה הנ"ל א"ש, דבמכירה אין רצונו למוכר, אך הכא אין צריך לתת מתנה, ואלא מאי הוא בעצמו

החליט בדעתו לתת המתנה, וא"כ אינו אנוס בדבר אלא מדעתו נתנו, א"כ מסתבר שגמר בדעתו לתיתו לו וכן לא חיישי' שיחזור בו.

ידיעת הסכמתו או לסלק החששות של חזרתו.

אולם הרמ"ה [סוף אות רכ"ד] כתב נו"א קצת, דחיישי' אף לחזרת הלוקח ואף לחזרת המוכר דאם ירד להנאה דידיה או שמא ירד שם לפי שעה ולא ע"מ לקנותו, ואם ירד שם לתקן הקרקע שמא עשאו עבור הבעלים ולא בשביל קנין וכיורד לתוך ביתו של חבירו שלא ברשות, והשביחן בשביל הבעלים שלא ברשות, ואם הבעלים עומד שם בפניו אפ"ל ג"כ דשמא שותק משום שלא איכפת לו שישביח הלה את קרקעו, וע"ז אם אמר לחו"ק אז הלוקח עושה המעשה כדעת המוכר וכאמירתו והיינו לשם קנין, ואם עומד בפניו אכן מחדש הרמ"ה שלא יועיל רק כשעסוקין באותו ענין שאז מוכח שמה שירד הלוקח לשדה הוא ע"מ לקנותו, אבל עם עבר זמן רב קסבר דצ"ל לחו"ק וזהו חידוש.

והנה זה פשוט למה האחרונים לא חששו מחשש זה, וכדנתבאר ע"פ הרשב"ם דהרי כיון שסיכמו ביניהם על המכירה ואף על מחיר התשלום, א"כ אפי' כשיעשה הלוקח החזקה לאחר זמן בפניו, ודאי שיועיל שפשוט הוא שעושהו לשם קנין ועושהו משום מה שהתנו ביניהם שיקנהו, ולכן

פירשו שאכן מה שהלוקח יורד ודאי שעושהו לשם קנין וכל החשש הוא רק מצד המוכר דשמא לא הסכים לגמרי או חזר בו, אך ירידת הלוקח לקרקע ודאי שזהו משום כוונה לעשות מעשה של קנין ולקנות הקרקע.

והרמ"ה חידש חשש גדול שאע"פ שדיברו ביניהם על המכירה, מ"מ אם עושהו לאחר זמן ובפניו עדיין חיישי' דשמא לא לשם קנין עושהו אלא בשביל הבעלים משבח הוא קרקעו.

ומצינו עד עכשיו ג' נוסחאות בשורש מהלך אחד מה מועיל שתיקת הבעלים בפניו ואמירת לחו"ק כשמחזיק שלא בפניו, א. ר' שמואל מבאר שהאמירה מגלה דעת גמורה של המוכר להסכמה המכירה וכן שתיקתו כשמחזיק בפניו, ב. האבהא"ז מבאר דהאמירה מבטל חשש חזרת המוכר מהקנין וכן שתיקתו כשמחזיק בפניו, ג. החידוש המבואר ברמ"ה דמסיר החשש מחזרת הלוקח והמוכר דהמעשה הוא מעשה של קנין ולא מעשה של פועל לבעלים, ושתיקתו בפניו אה"נ מהני רק כשעסוקים באותו ענין שאז מסתבר שהמעשה הוא מעשה של קנין ולא של פועל עבור הבעלים.

## ליבון שמערתהא בנא בתרא

ומצינו נפק"מ ביניהם כשמחזיק בפניו לאחר זמן דלפי האחרונים הוי קנין, דכיון שסיכמו בענייני המכירה ע"כ פשוט הוא שהלוקח עושה המעשה של עכשיו עבור קנין ולא בגלל פועל, משא"כ לרמ"ה חיישי' שחזר בו ועושהו בשביל הבעלים ולא לקנין.

מהלך ב' בטעם אמירת לחו"ק.

והנה האבהא"ז מבאר מהלך נוסף בבי' הטעם שצריך לומר לך חזק וקני, ונעתיק לשונו דצריך הקנאה על החזקה שהמקנה יקנה להקונה את הקרקע מדעתו וכו', ומש"ה אם אמר לו לך חזק וקני הוי מעכשיו דעת על שעה שיחזיק ויהיה הקנאה מצד המוכר אף שיחזיק אח"כ שלא בפניו עכ"ל, ובחידושי ר' שמואל ביארו בנו"א קצת דאי"צ דעת רק על עצם המכירה רק צריך גם על מעשה הקנין.

וקודם שנבאר הדברים צריך להפשיטם קצת והיינו דאפי' אם נאמר שלולא אמירת לחו"ק יש כבר הסכמה גמורה לעצם המכירה, ודיברו ביניהם כל ענייני המכירה, ונתרצה באופן גמור למוכרה לו ואפי' בפסיקת דמים ואפי' שלא חיישי' כלל שיחזור בו, מ"מ יש כאן ענין נוסף שצריך, לא רק הסכמה לקנין רק הקנאה בפועל ודעת המוכר על מעשה הקנין.

ועדין צריך לבאר מהו המושג החדש שרואים כאן שצריך הקנאה בקנין.

ומתחילה נקדים במה שפתחנו ברייש מאמרינו, שבדרך כלל מעשה קנין מתפרש לענין של גמירות דעת, אך לכאורה בסוגין מבואר ענין אחר מהו מעשה קנין, דקנין הוא "העמדת בעלות" והמעשה קנין הוא המעשה המעמיד את עצמו בבעלות והיינו דקנין הוא הרי העברת והעמדת בעלות, שעד עכשיו היה בעלים אחד ועתה מעמידים בעלים אחרים זהו קנין, ומעשה קנין הוא פעולת בעלות, שמבטא העמדת בעלות, והיינו לא רק שסיכמו ביניהם בהסכמה גמורה ומוחלטת שיעמוד כבעלים ולהשתלט על השדה כבעלים.

ואכתי צ"ב מהו אכן הענין להעמיד עצמו בבעלות, ובפשטות מבארים שהצורך הוא כדי לגלות דעתו, והכי שמכח זה שמעמיד עצמו כבעלים זה מראה שאכן זהו רצונו להיות בעלים כי כך הוא עושה מעשה של בעלות, אך לפי מהלך זה הרי אין החיסרון משום גמירות דעת או חששות של חזרה, ובוודאי שרצונם לעשות הקנין, ואזלי' כפשטות ולא חיישי' לחששות, וא"כ מהו הצורך להעמיד עצמו בבעלות על הקרקע, [ואכן אחר שנבין למה צריך

להעמיד בעלות, ע"כ ג"כ רואים בזה גמירות דעת, אך לא זהו מטרת המעשה כי לזה לא חיישי'.

וצ"ל דצריך להעמיד עצמו כבעלים משום שזהו מהותו של קנין חזקה שהלוקח רוצה שהוא יהיה הבעלים, ולכן צריך להעמיד עצמו בבעלות.

ונרחיב בדבר קצת דהרי מצינו בפירקין עניני חזקות, והיינו חזקת ראייה וזה פשוט שאינו ראייה מוכרחת, אלא פשטות וכגון חזקת כל מה שתח"י אדם ה"ה שלו, או חזקת ג"ש, שאין שום הכרח מתוך אחיזת המטלטלין וישיבתו בקרקע שהם וודאי שלו, אך כ"ה הסתמא וזהו ההסתכלות הנכון על האדם שנושא מלבושיו שמסתבר שהוא הבעלים ואע"פ שאין שום הכרחות לזה, ומשא"כ פרשת הקנינים שונה בפרט זה מעניני חזקות דהרי בקנין אין רצון הקונה להיות נראה כבעלים, אלא שיהא הוא באמת הבעלים ושיהא מוכח בוודאות שהוא הבעלים.

ובזה מובן הצורך של מעשה קנין, שהרי זה הוא מהותו של קנין חזקה שמעמיד עצמו בבעלות, וזה בא לעשות רצונו והיינו להיות בעלים וע"כ צריך להראות שהוא באמת בעלים, ולא רק שיראה כפשטות של בעלים אלא וודאי שיהא בעלים והמעשה

זהו הראיה והוכחתו הודאי לבעלות וכמובן שלא כל מי שעושה מעשה בעלות על חפץ חבירו נעשה בעלים, ורק אם יש הסכמת המוכר שמסכים להוציא הבעלות ממנו ולהעבירו לרשות חדש, אז מועיל מה שמעמיד עצמו בבעלות וזהו הוכחתו לבעלותו שהוא עומד בזה כבעלים והוא מעמיד עצמו בבעלות בהסכמת המוכר.

ואחר הקדמה זו מחדש האבהא"ז חידוש עצום דלא מספיק הסכמת המוכר בשביל שיעמיד עצמו בבעלות, אלא המוכר בעצמו צריך להעמיד את הלוקח בבעלות, וצריך הקנאה בפועל מהמוכר והקנאה זו אינה הסכמה של המוכר שהלוקח יעמוד בבעלות, אלא הקנאה הוא שהמוכר עצמו מעמיד את הלוקח בבעלות אך למעשה איך אפשר להעמיד לאחר בעלות, והרי בשביל להעמיד בעלות צריך לעשות פעולה וכמו שהלוקח עושה ואיך יכול המוכר להעמיד את הלוקח בבעלות, ע"ז דנו בסוגיין ב' אופנים, והיינו דכשמחזיק הלוקח בפניו של המוכר אזי שתיתק הבעלים זהו הקנאתו, והיינו ששתיקה לא הוי רק הסכמה והודאה, אלא ה"ה משאירו ברשות השני, כי מה שאינו מתנגד זה כמו שהוא עצמו מקנהו,

דשתיקה אינו רק מושג שלא יהא סיבה שלילית לקנין, אלא זה סיבה חיובי לקנין ולהעמדת הבעלות, [וכמו באדם שנותן מתנה לחבירו והמקבל אינו רוצה לקבלו, ומשאירו ביד המקבל ואינו מסכים לקבלו בחזרה, וזהו השתיקה כאן שהוא דוחה את השדה ללוקח], ועוד אופן מבו' בסוגין כשמחזיק הלוקח שלא בפני המוכר מ"מ מהני החזקתו ע"י אמירת לחו"ק, והאמירה ג"כ הוי הקנאה ולא רק הסכמה, שאין אומר לו אני מסכים שאתה תעמיד בעלות ותשתלט, רק הוא אומר לו תשתלט, והמוכר בזה מקנהו ומוסר לו הבעלות בפועל, וזהו מציאות של הקנאה שלא בפניו.

וסברא פשוטה היא למה צריך הקנאת המוכר, דהרי כיון שהבעלות היה מונח עד עתה אצל המוכר, ע"כ צריך להוציא ממנו הבעלות ולמסרו לאחר, וחידוש גדול הוא כי היה אפשר להבין שמספיק הסכמת המוכר להעביר הבעלות ושהלוקח עצמו יעמיד את עצמו בבעלות ויקח הבעלות וחידוש האבהא"ז שצריך המוכר להוציא הבעלות ממנו ולהעבירו ולהקנותו ללוקח. ונסכם בקצרה יסוד הדברים, קנין הוא העמדת בעלות והיינו שיהא ראיה וודאית לבעלות וע"כ צריך מעשה בעלות, כי זהו

קנין להעמיד עצמו בבעלות על הקרקע, ובפשטות זה היה מספיק בהסכמת המוכר, ונתחדש שהמוכר צריך אף להעמיד את הלוקח בבעלות ובסוגין מבו' ב' אופנים איך יכול המוכר להעמיד את הלוקח או ע"י שתיקה כשמחזיקו בפניו או ע"י אמירת לחו"ק שאומר לו תשתלט.

ובעסקינו בענין זה נוסף להשוות קנין חזקה לשאר קנינים, כגון משיכה והגבהה ומסירה, וידוע החקירה האם פעולות אלו הם מעשה בעלות או הכנסה לרשותו, והפשטות הוא דהוי הכנסה לרשותו (דהאם בעלים מגביה את מטלטליו, ודוחק לומר שזהו מעשה של בעלים), והנה מה שמכניסו לרשותו אי"ז פעולה שמעמיד עצמו בבעלות כמו חזקה, אלא הרי"ז כמו שמכניס לחצירו שהחפץ תחת רשותו, והרבינו גרשום בדף ע"ז ע"ב ביארו באופן מחודש וז"ל ואימא להכי אם מסר לו קנה משום דהוציא מחזקתו וכוחו ע"כ, ומובן דההכנסה לרשותו אין מטרתו העמדת בעלות אלא הוצאת בעלותו והיינו בעלות הראשון והכנסתו לרשות חדש, (בלא העמדת בעלות ברשות החדש אלא מציאות זו שזה ברשות חדש אחר שיצא מהראשון).

וסבר האבהא"ז דלא גרע חזקה משאר קנינים, דאכן שמעמיד בעלות אך אי"ז מספיק ומקודם הכל צריך הוצאה מהמוכר וזה נעשה ע"י מה שהמוכר נותן לו להחזיק בשתיקה או אמירה שהמוכר עצמו מוציאאו הבעלות ומסרו ללוקח.

ואחר שנתבאר היטיב מהלך ב' האבהא"ז צריך לחזור וליישב הראיות שהבאנו במהלך א', א' מהקו' דשמואל שמשמע שקבלת דמים הוי סיבה שלא נאמר לחוק, וצ"ב לפי מהלך ב' דאטו משום שקיבל מעות אי"צ הקנאה, (ולמהלך א' א"ש דזה סיבה שיותר יסכים לקנין), וכמו"כ מבו' להדיא ברשב"ם דשמואל חזר בו, ב' קשה מטענת רב דבמתנה היה צד שאי"צ לומר משום שאדם נותן בעין יפה הוא נותן, וקשה דהא אכתי צריך הקנאה של המוכר ומה אכפ"ל שנותן בעין יפה (ולמהלך א' א"ש דכיון שנותן בעין יפה הרי"ז יותר סיבה שיסכים למתנה ולא יחזור מהנתינה).

הערה א' אפשר ליישב בב' אופנים, א' שבעת שמשלם הלוקח מעות הרי יוצא הבעלות של הראשון מהשדה, ונשתעבד השדה ללוקח וכבר חשוב תחת בעלותו, אך מ"מ צריך חזקה היכן שאין קונים בכסף, אך מ"מ הכסף הועיל שיהא

משועבד כבר אצלו, ואי"צ אח"כ במעשה החזקה הקנאת המוכר והוצאת בעלות. אך אינו מיושב דיוק הרשב"ם שכתב בהדיא דחיישי' שמא חזר בו.

וע"כ צריך לדחוק ולפרש באופ"א דאכן בהא פליגי רב ושמואל ושמואל הבין שטעם האמירה הוא החשש דשמואל חזר בו, וע"כ הבין שיש ק"ו, וכמו"כ הרשב"ם אזיל אליבא דשמואל, אך לרב אכן לא קשה מידי דהרי סבר דהוי משום הקנאה ומחודש ודוחק הוא.

ואכתי צ"ב נמי בהערה ב', ובחידושי ר' שמואל כתב וז"ל ומיהו ס"ל לגמ' דבמתנה כיון דבעין יפה הוא נותן א"כ כלול מיד בהסכמתו גם דעת מתנה עכ"ל, ויל"ע כוונתו, ור' שמואל מתחילה ביאר שזה אכן מדעת על מעשה הקנין, ולא כתב הקנאה וכדביארנו עד כה, ודבריו הכא לכאורה מבוסס על על יסוד שיטתו, שאין מבואר כדה"צ, ותוכן דבריו אפשר לבאר שכמו שצריך הסכמה למכור, כך צריך הסכמה שיעמיד את עצמו במעשה חזקה זו, ובמתנה שיש הסכמה כבר ע"כ נכלל בהסכמת המכר אף הסכמה למעשה הקנין ועדיין צ"ב.

וידוע שי' הרמב"ם הסבוכה (הלכות זכיה ריש פרק שני) שכתב ב' דינים סתומים

ביותר, א' דאכילת פירות הוי קנין חזקה אך רק בקונה מחבירו ולא בזוכה מנכסי הגר, ב' דיפוי והשבחת קרקע לקנין חזקה מהני רק בנכסי הגר ולא בקונה מחבירו [ואכן כל האימרות בגמ' בענין זה נאמרו לגבי גר וכגון מציע מצעות וכו' ויש עוד לדון בזה]. וכל דין צריך ביאור רב לגבי אכילת פירות דהרי לא עשה חזקה בקרקע וא"כ למה הוי חזקה בנכסי חבירו, ולגבי תיקון הקרקע צ"ב אמאי ל"ה חזקה בנכסי חבירו והרי הוא מחזיק בגוף הקרקע וזהו פליאה.

לקו' הא' לגבי אכילת פירות הק' הראב"ד והביא המ"מ, (הלכות מכירה פ"א הל' ט"ו) ותירץ המ"מ וז"ל ונראה דעת רבינו ז"ל דלא בעינן מידי דמועיל לקרקע אלא כשהלוקח אינו נהנה ודעת אחרת מקנה ודאי קנה, עכ"ד, וצ"ב.

והשיטמ"ק הביא בשם הראב"ד (וכן הביאו המאירי) ב' הדברים דנכסי הגר כיון שאין דעת אחרת שמקנה אותו, ע"כ המחזיק עצמו צריך להראות בעלות על גוף הקרקע ולכן פירות לא מהני ותיקון הגוף מהני ומשא"כ בקונה מחבירו שיש דעת אחרת שמקנה, א"כ צריך לברר בכל פעולה ופעולה האם הבעלים מקפידים על פעולה זו או לא, דעל אכילת פירות מקפיד ובתיקון הקרקע אינו מקפיד, וא"כ עיקר

החזקה הוא שעושה פעולה נגד רצון הבעלים והבעלים מקפידים בזה ומ"מ שותקים הם.

וזה מתבאר היטיב עפ"י היסודות שכתבנו ע"כ דבפשטות הראשונים למדו שיסוד קנין חזקה, הוא להעמיד עצמו בבעלות, ונתחדש דצריך שהבעלים ג"כ יעמידנו בבעלות, והרמב"ם סבר שכמו שבשאר קנינים שנתבאר מהרבינו גרשום שיסוד הקנין שעשה פעולה המוציא הבעלות, כמו"כ קנין חזקה צריך לעשות מעשה בעלות באופן שיראה כאן הוצאת בעלות של הראשון, וזהו ע"י עשית מעשה שהראשון מקפיד ע"ז ומ"מ מחזיקו זה מראה שהלוקח מוציא מהמוכר.

(ועיין בדברות משה ח"ב סי' נ"ד, בהגדרת הדברים בתוספת ביאור).

עכ"פ ע"כ ביארנו ב' יסודות גדולים במהות הקנין או גמירות דעת או העמדת בעלות, ועפ"ז נתבאר בי' הצורך באמירת לך חזק וקני, באופן נפלא כפתור ופרח.

והשתא נראה בענינים הנ"ל המובאים בגדולי האחרונים ועוד פרטים במעשה חזקות.

דידועים דברי הרשב"ם הקשים כברזל בענין נעילת דלת ומסירת מפתח, אשר דבריו אינם מובנים ואינם מוסברים ואינם

תואמים הן בעצם דבריו והן עם גמרות ערוכות שהביאו תוס' שמבו' דלא כדבריו, והאריכו האחרונים ליישב ולבאר דבריו ולא נעמיק בענין זה כי הוא מקצוע נפרד, ומ"מ נתמקד בדין נפלא היוצא מתוך דבריו ע"פ מה שביאר הפנ"י בב"ק דף נ"ב ע"א דבריו הקדושים.

ויסוד הדבר שכתב הוא, דנעילת דלת הוי מבריה ארי, ומסירת מפתח לא הוי קנין אך מהני כאומר לך חזק וקני, אולם כשמצרפים שניהם יחד אז מהני לקנות, דהמסירת מפתח מגלה שילך ויקנה בנעילת דלת, וע"כ מועיל הקנין, ולכאורה אין מובן יסוד הדברים דבסוגין שמועיל לך חזק וקני הוא באופן שיש מעשה חזקה וצריך אמירת לך חזק וקני לשלמות הדעת והרצון וההסכמה למכירה או להקנאה בפועל, אך זה מועיל על מעשה של קנין אבל עם עצם המעשה אינו אלא מבריה ארי מנכסי חבירו א"כ לא מהני מה שיאמר לו שילך ויבריה את הארי מנכסיו. ומבאר הפנ"י וכ"כ הפני שלמה בסוגין, דכיון שהמוכר נתן לו ע"מ שילך ויקנה בו, והלך הוא ועשה הפעולה שאמר לו הבעלים לעשות לקנין, אז ניכר הדבר דלשם קניה נעל ולא להיות מבריה ארי,

והיינו שכוונת נעילתו היה לשם קנין ולא למצווה.

אך צ"ב דאכתי מעצם הדבר שרואים אין מוכרח שזה לשם קנין, דשמא מסר לו המפתח כדי שיבריה את הארי ולא לקנין, וא"כ אין כוונתו לקנין אלא למצווה והלך להבריה את הארי בשליחות הבעלים, [או אפ"ל דשמא בכלל שוכר הוא את הבית]. ונראה שלכן הביא הפני שלמה, (והפנ"י בתוך דבריו שם) עוד טעם למה ע"י המסירת מפתח לא יהא חיסרון בנעילה ממבריה הארי, והיינו דמה שמסר את המפתח הרי"ז כמו שהתנו ביניהם שיקנה בנעילה, והיינו שהרי היו מדברים מעניני מכירה ועכשיו מסר לו המפתח הרי גילה המוכר דעתו שכוונתו להקנותו בזה הענין ואע"פ שזה נראה בדרך כלל כמבריה ארי. ומבו' בדבריהם שאפי' שהמעשה הוא מעשה ממבריה ארי ולא מעשה בעלות [וכ"ס הרשב"ם ואכן כל הראשונים נחלקו עליו], מ"מ ע"י מסירת מפתח גילה המוכר דעתו שרוצה שיקנהו באופן הזה שהרי נתנו לקנות בו, וע"כ מהני מעשה המבריה הארי לקנין, ולכאורה לפי"ז אם יאמר לו לך חזק וקני וילך הלוקח וינעול הדלת בפשטות לא יועיל כי נעילה אין פירושו 'חזק', ורק כשגילה המוכר שרצונו בזה

ואפי' שזה מבריה ארי וכגון במסירת מפתח אז הרי"ז קנין, וכ"כ הנעימות נצח להוציא מדבריהם, דהמסירת מפתח הוי כמו חלק מהקנין, שזה מגלה דעת שפעולת ההברחת הרי הוא לשם קנין.

והנה אנו ברייש מאמרינו הבאנו דברי הרמ"ה שכתב שלולא אמירת לך חזק וקני היינו מפרשים מעשה החזקות לא לשם קנין אלא לשם משביח נכסי חבירו שלא ברשות, והאמירה יש בו הכח לגלות שהפעולה שאפשר לדונו לקנין או משביח שיהא לקנין, וא"כ ה"נ אמירת לך חזק וקני שיברר שאי"ז מבריה ארי אלא מעשה קנין, ואכן אפ"ל דהרמ"ה אינו חולק על היסוד הנ"ל, וסבר דאכן מהני אמירת לך חזק וקני בנעילת דלת, [ומה שכתבו מסירת מפתח ולא לך חזק וקני, לחדש שאי"צ אמירה ויש אופנים מפעולות שאינם קנין ומגלים ג"כ כמו מה שפועל האמירת לך חזק וקני].

אך מצד שני אפ"ל דנעילת דלת גרע, דהרי נעל [קביעת מנעול] גדר ופרץ הוי תיקון והשבחה בקרקע שזה מסתבר יותר לקנין ויש צד דשמא משביח שלא ברשות הוא ולא לשם קנין, משא"כ נעילת דלת אינו משביח את הקרקע אלא פשטותו מורה למבריה ארי, ואפשר ג"כ לתלותו במעשה

בעלות (ובמעשה שאינו תיקון והשבחה) ובזה היה אפשר לדון דפרץ וגדר שנוטים לקנין אז מהני הלך חזק וקני להסיר את הצד הרחוק דהוי שלא ברשות ולהשבית, אבל נעילת דלת שנוטה למבריה ארי, דהרי אפי' לצד דהוי קנין אז אינו מעשה בעלות משובח כתיקון אלא מעשה בעלות בעלמא, וע"כ צריך יותר לגלות שפועל הקנין, וזה נעשה רק ע"י מסירת מפתח.

ובאמת בגדר נעילת דלת נחלקו הראשונים אם הוא מעשה בעלות, או דחשיב ג"כ תיקון והשבחה (עיין נעימות נצח אות כ' שהביא השיטות בארוכה), ואם נאמר דחשיב תיקון א"כ הרי"ז דומה לשאר חזקות, ולפלא הרמ"ה לומד דאי"ז אלא מעשה בעלות ולא נחשב לתיקון א"כ אפשר לומר דכזה דרגת חזקה צריך יותר לגלות שזה לשם קנין.

וכ"ז הוא לדרך הרמ"ה שהאמירת לך חזק וקני מגלה דהוי לשם קנין, אולם כפי שאנו ביארנו בדרך האבהא"ז שדרך נעל גדר ופרץ הוי בפשטות מעשה קנין (ולא חיישי' דירד שלא ברשות להשבית), א"כ מבריה ארי שאין פשטותו לקנין אלא מבריה ארי, לכאורה וודאי לא מהני אמירה, רק מסירת המפתח שיש לו הכח לגלות הקנין.

אך היה אפשר לומר דמה שכתב הרשב"ם דנעילת דלת הוי מבריה ארי, אי"צ לומר דזה פשטותו וזה מהות של נעילה, אלא זהו סיבה שאפשר לתלות יותר, וא"כ כשאומר לו שילך להחזיק ויאמר לך חזק וקני, והוא עושה פעולה זו, אחר שאמר לו אז אפשר להבין שנגקוט שכן הוי לשם קנין.

והיינו שהפני שלמה הבין דאם פשטותו הוא מבריה ארי א"כ זהו מהותו, וא"א להבין ענין זה באופ"א וע"כ צריך כח של מסירת מפתח שיהא חלק מהקנין וכדנתבאר, אבל אפשר להבין דאכן זהו פשטותו אך מ"מ אם אומר לו שילך ויחזיק והוא נועל א"כ אפשר לתלותו לשם קנין.

וא"כ מהו החידוש של מסירת מפתח, לכאורה הוי כמו לך חזק וקני, אה"נ אדרבא ר' יהושע בן לוי (ב"ק נ"ב) בא לגרע שמסירת מפתח אינו קנין אלא כאומר לך חזק וקני.

ועיין בדברי הפנ"י שכתב דבעינן נמי חזקה עם מסירת המפתח והיינו שינעול עם המפתח או שאר עניני חזקה כדין המועיל לו, והיינו שמסירת מפתח אינו רק חידוש שירד בו הכח להסיר החשש ממבריה ארי, אלא הרי"ז כמו כל לך חזק וקני, ואפשר לעשות אפי' שאר חזקות אחר

שנתן לו המפתח כי אין קפידת הבעלים שינעל אלא כוונתו הוא למסור את הכח להעמיד עצמו כבעלים, ומסתבר שכמו"כ יועיל לך חזק וקני בנעילת דלת, דמה שמסירת מפתח הוי כאומר לך חזק וקני אינו רק כפיתרון לנעילת דלת אלא הוא דין לכל החזקות שלא צריך לומר שילך ויחזיק ויקנה אלא מסירת המפתח הוא במקום האמירה.

[והפני שלמה לא כתב כן, דאכן הכא ברשב"ם משמע מתירוצו שהמסירת המפתח מועיל לנעילת דלת, וע"ז כתב דהוי פיתרון לנעילת דלת, אבל לפי האמת זה גמ' ערוכה בב"ק שריב"ל אמר שמסירת מפתח אינו קנין אך מועיל במקום אמירת לך חזק, ולך חזק מועיל ג"כ, דאז אומר דפי' שיקנה ובמפתח חידש שבמסירתו יש ג"כ אמירה של לך וקני].

ויעויין בפנ"י שהוסיף שם לבאר וז"ל ואדרבא יותר יש לו להועיל משאר חזקה כיון שהמוכר גילה דעתו להקנותו בזה הענין, ולדברים אלו רצינו להגיע, שגילוי המוכר אינו סיוע למבריה ארי, אלא זה מועיל במקום לך חזק וקני, ויותר משאר הקנינים, והנה אם נבאר דמטרת אמירת לך חזק וקני הוא בשביל הסכמה גמורה, א"כ מה יש במסירת מפתח יותר הסכמה

הלוקח בבעלותו, וזה עדיף מאמירת לך  
חזק וקני שהעמיד אותו רק ע"י אמירה  
שילך ויקנה וזהו כוונת הפנ"י.

ועדיף משאר קנינים, ואלא מאי דהאמירה  
הוי הקנאה בפועל והיינו שמעמידו  
כבעלים, ואם המוכר עצמו נותן לו את  
המפתח בכדי שינעול אז יותר העמיד את

הבה"ח אפרים ברגמן הי"ו

דף נ"ב

### בשיטת רב היכא דחלוקין והיכא דאין חלוקין

שידעו העדים שהיו לו כ"כ הרבה מעות  
משלו שיכל לקנות אותה קרקע שבשטר,  
ובהגות מיימוניות כתב שצריך להעיד על  
אותן השטרות שהן שלו.

והנה אמרינן לקמן לא שנו אלא שאין  
חלוקין בעיסתן אבל חלוקין בעיסתן  
אימור מעיסתו קימין, ובפשטות נראה  
דהיכא דחלוקין בעיסתן אי"צ להביא  
ראיה כלל, דאמדינן שקימין וצבר כ"כ  
הרבה מעות, אבל הרשב"ם כתב דצריך  
להביא ראיה דמעיסתו קימין (ד"ה ראיה  
בעדים), והוסיף המהרש"א דמ"מ לא הוי

איתמר אחד מן האחין שהיה נושא ונותן  
בתוך הבית, והיו אונות ושטרות יוצאין על  
שמו ואומר שלי הם שנפלו לי מבית אבי  
אמא, אמר רב עליו להביא ראיה.

נחלקו הראשונים האם הא דקאמר רב  
צריך להביא ראיה היינו שהיו לו ממון  
מיוחד משלו מספיק כדי לקנות הקרקע או  
שצריך גם שהן אותן המעות שבשטר,  
שיטת הריב"ם שצריך ראיה שהיה לו ממון  
מיוחד ותו לא, שאם יעידו עדים שמצא  
מציאה ואפי' כל דהו ה"ז כראיה שהממון  
שבשטר שלו הו', ור' ברוך סובר שצריך

כירושה, אלא יביא ראיה שקימץ [ואי"צ להביא ראיה כמה קימץ], או יביא ראיה כמה קימץ [ואי"צ להביא ראיה שהן אותן המעות שבשטרות] (ויש אחרונים שחלקו על המהרש"א, שהרשב"ם אינו סובר שצריך להביא ראיה דמעיסתו קימץ, והא דקאמר דיביא ראיה היינו היכא שאין ידוע אם חלוקין בעיסתן היו).

ומ"מ מוכח בגמ' דהיכא דחלוקין בעיסתן יותר קל מאין חלוקין, דל"ש שצריך אלא אין חלוקין אבל חלוקין אין צריך, ואם בחלוקין אמר הרשב"ם שצריך להביא ראיה שקימץ ע"כ בירושה צריך להביא ראיה כמה קימץ או גם שהן אותן המעות שבשטרות, ולכאו' תלוי בב' התירוצים שבמהרש"א אם בירושה סובר כר' ברוך או כהגהות מיימוניות כמשנת"ל.

וצ"ע בביאור החילוק בין קמיצה לירושה, דהרשב"ם סבר דבקמיצה צריך ראיה שקימץ ובירושה צריך ראיה כמה ירש, וכן לר' ברוך דבקמיצה אמדינן שקימץ ובירושה צריך להביא ראיה כמה ירש, וכן להגהות מיימוניות דבירושה צריך להביא ראיה שהשטרות שלו הן ובקמיצה אמדינן שקימץ ותו לא, והניחא לריב"ם דלעולם צריך לדעת שהיה לו ממון מיוחד משלו,

דבקמיצה אמדינן ובירושה ידעינן, אבל לשא"ר מאי איכא למימר.

ובראש יוסף ביאר דאין החילוק בין קמיצה לירושה אלא בין חלוקין לאין חלוקין, דחלוקין בעיסתן הרי יש לכולן ממון מיוחד וכולן יכולין לתת וליתן כמו הבכור, וכיון שהוא שוה לכולן, הרי הוא סבור שאינו צריך לזוהר בכתיבת השטר, אפי' שהוא גם נותן במעות של כולן, כיון שכשהוא נותן במעות שלו הוא עושה דבר ששייך אצל כל אחד משא"כ אם אינם חלוקין הרי הוא היחיד מבין האחין שנותן מעות במסחר, ולכן כשהוא נותן במעות שלו סבור הוא שצריך לזוהר בכתיבת השטר כיון שהאחים יקפידו עליו אם כל מה שעשה במעותיהן כדין עשה, ובודאי אם היו המעות משלו היה מעמיד עדים שהמעות שבשטר שלו הן, או שהיו לו כ"כ הרבה מעות, ומדאין לו עדים ע"כ שאי"ז שלו אלא שלהן, ולפי"ז אם חלוקין היו אזי גם כשטוען ירשתי אינו צריך להביא ראיה, ולעולם אין החילוק בין קמיצה לירושה, אלא בין חלוקין לאינם חלוקין.

ושיטת התוס' אפשר לדייק מדבריו בד"ה אימא שלא סבר כהרשב"ם, שכתב דחלוקין מעיסתן ואומר מאבי אמא ירשתי נאמן במיגו אי בעי אמר מעיסתי

בעיסתן הרי הוא נאמן בין לירושה ובין לקמיצה ולא שנא, ואפשר לומר דתוס' דיבר אם אין ידוע שירש דבזה לא מהני מה שהם חלוקין בעיסתן דכמו שבקמיצה צריך אומדנא כך בירושה צריך ידיעה, וע"ז קאמר דיש לו מיגו וכיון דחלוקין אי"צ ראייה כמה ירש ואם הם אותן המעות.

קמצתי, ומבואר שלא כהרשב"ם, דהא לרשב"ם אפי' אם חלוקין אינו יכול לטעון קמצתי אלא בראיה, ודוחק לומר דאיירי שיש לו ראייה שקימץ דמשמע בלשונו דיש לו מיגו 'אי בעי אמר' ותו לא, ולכאו' גם מוכח דלא סבר כהחילוק של הראש יוסף דלדבריו אי"צ כלל מיגו כיון דחלוקין

הבה"ח דוד טרבלו הי"ז

דף נג

### בענין חזקה בשדה אחת לקנות חברתה

אלא גמור קנין לבן מועיל, אבל אין מועיל חזקה משדה א' אחברתה בתחילת קנין. ובר"י מיגאש (והביאוהו הרמב"ן והרשב"א והר"ן) תי' דשאני התם דדעת אחרת מקנה, ועי' להלן והא דצריך לדידהו דמי כולן לאו היינו משום שעבוד אלא משום דכשלא נתן דמי כל השדות איכא גריעותא שאין המוכר מתרצה להקנות לו הכל עד שנותן דמים, ובמתנה שאינו מחוסר דמים קונה אף בלא דמים כיון דאיכא דא"מ, משא"כ לרשב"ם דטעמא משום שעבוד במתנה דליכא שעבוד אינו קונה.

איתא בב"ב (נג) וא"ר אסי א"ר יוחנן שתי שדות ומצר אחד ביניהן, החזיק באחת מהן לקנותה קנאה, לקנות אותה ואת חברתה אותה קנה חברתה לא קנה כו'. והקשו הראשונים דהא אמר שמואל (קידושין כז: לקמן סז. ב"ק יב:) מכר לו עשר שדות בעשר מדינות החזיק בא' מהן קנה כולן. ותי' הרשב"ם דהתם שאני דנתן לו דמי כולן וכולהו אישתעבוד ללוקח בשביל מעותיו. ולכאורה נראה הביאור דכיון שכל הקרקעות משועבדים לו בשביל החוב והחזקה אינה

והראשונים נסתפקו דשמא כוונת הרשב"ם ג"כ כחילוק הר"י מיגש [ונראה שלא גרסו בדבריו דכולהו אשתעבוד כו' דלפ"ז מפורש שהוא רק כשיש שעבוד, אמנם מתחילת דבריו משמע כדבריהם שכתב דוקא נכסי הגר דממילא קני].

והוסיף הרשב"א דמסברא אין דמים מועיל כלום להשוות הקנין שיועיל, אלא הוא מועיל לסלק הגרעיותא שכשאין נותן דמים אין למוכר דעת שקונה ככל, עיי"ש.

ומצינו עוד שיטה והוא שיטת הרא"ש והעליות דרבינו יונה דבמכר כשנותן דמים קונה אף בסתמא ובמתנה בעי' שיאמר בפירוש החזק בא' מהן וקנה כולן, וביאר העליות דר' יונה דהטעם דדמים מועילים הוא משום שיש גילוי דעת שמתרצה בהכל ואפי' בסתמא, ובמתנה אע"פ שאינו מחוסר דמים מ"מ כשאין גילוי דעת חיובית שמתרצה אינו קונה, דסתם תורת חזקה הוא לקנות השדה שמחזיק בה לבדה אם לא שיש ג"ד ליותר, [והעדר"י כתב א"נ דכ"ז דמתנה אינו קונה הוא רק כשהחזיק בפניו ולא א"ל לך חזק וקני. ובהא כשנותן דמים מועיל, אבל היכא דא"ל לך חזק וקני קנה אף במתנה דמסתמא בהכי ניחא ליה].

ויש לחקור לשיטתם מה הסיבה דבמכר כשנותן דמים מועיל אף בסתמא, אם משום

דכיון דמקבל תמורה בעבור שדותיו מסתמא גמר ומקנה הכל, או משום דעשה מעשה וקבל המעות מידו גלי אדעתיה דניח"ל להקנות כנגד כל המעות.

ונראה דנחלקו בזה הרא"ש והרבינו יונה, דברא"ש כתב דאחין שחלקו הוי כמו מכר ונתן דמים כיון דהלה זוכה בחלקו בחזקתו של זה עיי"ש, והיינו משום שמקבל תמורה ולכך מקנה הכל כנגד מה שקיבל תמורה, אמנם ברבינו יונה דימה אחין שחלקו למתנה לכל דינו עיי"ש, ונראה דס"ל דהא דמכר עדיף הוא משום דעשה מעשה נתינת המעות והמוכר קיבל מידו וגלי אדעתיה שנתרצה כנגד המעות משא"כ באחין שחלקו אע"פ שקבל תמורה מ"מ לא זה ראיה להתרצותו אלא דוקא ע"י מעשה קבלת המעות.

והנה בשכירות פסק הרמב"ם (מכירה פ"א ה"כ) דקונה ע"י חזקת שדה אחת שאר השדות אף בלא מעות והביאו הטור (ס"ס קצ"ב), וביאר הב"י דהוה כמתנה שא"צ מתן מעות כיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף אין עכוב נתינת המעות סיבה שלא יתרצה, וכתב ע"ז בדרכי משה דלהחולקים במתנה [רא"ש ועדר"י] יחלקו ג"כ בשכירות, אמנם בפרישה כתב דאף החולק במתנה יודה בשכירות דכיון שמקבל דמים על השכירות הוי כמכר, ומה שאין נותן לו עתה אינו מעכב כיון דאין זמנו

עתה והוא סומך על מה שיתן כמו שכבר נתן עיי"ש. ונראה דכ"ז הוא רק אם לומדים דהמעליותא במכר הוא שמקבל ע"ז תמורה וא"כ ה"ה שכירות וכדלעיל, אבל אם נלמוד דבעי מתן מעות בפועל וע"י מעשה זה בדוקא נראה התרצותו א"כ בשכירות דליכא מעשה נתינת מעות עתה הוי כמתנה [ומ"מ בדברי הדרכי משה א"צ ללמוד כצד זה די"ל דס"ל דאפי' אם המעליותא הוא התמורה מ"מ בשכירות עדיין לא קיבל תמורה ואע"פ שאין זמנו עתה מ"מ לא הוי כמו שקיבל כבר].

והנה בקידושין (כו.) אמר רבא אקני אנב ל"ש אלא שנתן לו דמי כולן [דמי כל המטלטלין והקרקע, רש"י ועיי"ש ברש"ש] אבל לא נתן דמי כולן לא קנה. ומביאה הגמ' תניא כוותיה דרבא בו' יפה כח חזקה [מכח כסף ושטר] שחזקה מכר לו' י' שדות בו' בד"א שנתן לו דמי כולן בו'. וביאור הדמיון כתב רש"י דכשקונה מטלטלין אג"ק הוי נמי כשדה שאינה סמוכה, וביתר ביאור כתבו הראשונים דבשניהם הוא קונה איזה דבר בלא לעשות הקנין בו עצמו והוי קנין גרוע ולכן בעי דמי כולן, ולכאורה נראה שהוא קנין גרוע בעצם [שאינו כ"כ מעשה בעלות וכדו'] אך קשה א"כ מה מועילים הדמים הא כתבו הראשונים דדמים אינו מועיל כלום אלא לסלק הריעותא שכשאין נתן דמים אין מתרצה, וצ"ל דמש"כ

קנין גרוע הכונה היא מחמת דעת המוכר, והיינו כמו שביארו הראשונים שם לעיל (כו.) דאף דבשטר מכר אין קונה עד שיתן הדמים מ"מ בחזקה מועיל אף בלא דמים שכיון שעשה מעשה בט"פ השדה ונכנסה לרשותו גלי המוכר אדעתיה דניח"ל שיקנה מיד בלא דמים, וכמו"כ י"ל הכא דאע"פ שקונה בחזקה מ"מ אקרקות שלא יעשה בהם מעשה החזקה אין ראיה להתרצות המוכר ולכן בעי' נתינת דמים דעיי"ז יש ראיה להתרצות המוכר אכולן.

[אך ע"ש בתורא"ש שם שביאר בעית הגמ' (כו.) שדה במכר ומטלטלין במתנה, דכיון שהוא קנין גרוע ס"ד דאין מועיל אלא דומיא דקרא שהכל היה מתנה, והביא ראיה שהוא קנין גרוע מהא דבעי דמי כולן. ולדלעיל לכאור' קשה שהרי אין זה קנין גרוע בעצם אלא שאין ראיה להתרצותו ואם יש דמים אי"ז קנין גרוע כיון דידיעין שנתרצה וא"כ מה סברא יש לחלק בין שדה במתנה לשדה במכר. ואולי יש לדחות דאף אחר שנתן דמים אין ראיה גמורה להתרצותו ואכתי הוי חידוש ואין לך בו אלא חידושו].

ויש לדון אם אפשר לדמות שני הקנינים אף לענין דא"מ, דבאגב כתבו האחרונים [נתייה"מ סי' ער"ה ועוד] דאין מועיל בהפקר וביארו בזה שצריך לדעת הבעלים כדי להטפיל

המטלטלין להקרקע, והיה אפשר לומר דה"נ דעת המוכר מטפיל שאר הקרקעות לזו וקונה השאר ע"י חזקה דזו, אך לכאורה אינו, חדא דמי יימר שאפשר להטפיל קרקע לקרקע [עיין תוס' ב"ק י"ב שקרקע אין נקנה אג"ק] ועוד א"כ אמאי אינו קונה אלא בקנין חזקה [כמבואר בברייתא קידושין כז.]. הא כיון ששאר הקרקעות נטפלו לזו ובזו עשה מעשה קנין המועיל מ"ש איזה קנין, ועוד הא סברת הגמ' בקידושין הוא משום דסדנא דארעא חד הוא ולא משום שנטפל.

ולכן נראה דהנה לקמן (נד.) נחלקו רב ושמואל, בשדה המסויימת במצריה דלרב כיון שהכיש בה מכוש אחד קנה כולה, ולשמואל לא קנה אלא מקום מכושו בלבד, וביאר הרמ"ה דרב ס"ל דמצריה מוכיחין עליה ששדה אחת היא. ושמואל ס"ל דלא אלימי מצרים לשוויה לכולה שדה אחת אלא היכא דדעת אחרת מקנה אותה אבל בנכסי הגר כל פורתא ופורתא באנפי נפשה קאי, חזי' דבדעת אחרת מקנה מועיל לשוויי בשדה א', וה"נ י"ל בי' שדות דבנכסי הגר ה"ל שדות מוחלקות ודא"מ מחברתן [ומ"מ בעי' לסברת סדנא דארעא חד הוא דהא במטלטלין דגופין מוחלקין אין מועיל דא"מ, אלא בקרקע שבאמת חדא שדה הוא דסדנא דארעא חד הוא, אלא הא דבנכסי הגר א"א לקנות האחרת

ע"י זו הוא משום שאין נראה לנו שהוא חדא שדה ע"ז מועיל דא"מ].

והנה ילה"ק לשיטת הרשב"ם והרא"ש דבי' שדות קונה רק במכר [ולהרא"ש אף במתנה כשפירש] דהא הגמ' מביאה סייעתא לדברי רבא מי' שדות, הא ע"כ י' שדות הוא קנין יותר גרוע מקנין אגב דהא מועיל רק במכר [ואף דלהרא"ש מועיל אף במתנה כשפירש, מ"מ הא באגב לא מציינו שצריך לפרש, ועי' שם בהמקנה דכיון דפסקי' דבעי' אגב וקני הו"ל כמפרש ע"ש. אמנם ברשב"א שם מפורש דאמירת אגב וקני לא הוי כמפרש] ובשלמא להרא"ש, אפשר"ל דהגמ' אינה מביאה ראיה גמורה אלא שמציינו כע"ז דבקנין גרוע בעי' דמי כולן [עי"ש בתורא"ש שכתב כן להדיא] אך להרשב"ם מטרת הדמים בי' שדות אינו כלל אותה מטרה דדמים באגב, דבאגב א"א לומר דבעי' שעבוד דהא מפורש בקרא ויתן להם אביהם וגו' דמועיל אף במתנה דליכא שעבוד, וא"כ קשה מאוד מהו הדמיון, ואולי הרשב"ם ס"ל כהרי"ף והרמב"ם (הל' מכירה פ"ג ה"ח) דמוכח מדבריהם שפסקו דבאגב לא בעי' דמי כולן דהיה להם גירסא אחרת בגמ' דרבא לא קאי אאגב אלא אי' שדות [עיי"ש במאירי ובר"ן], ובאמת לא דימתה הגמ' אגב לי' שדות.

הבה"ח אלימלך בריזל הי"ו

דף נז.

**בגדר חזקת תשמישין**

דף נז. נתחדש בגמ' דחזקה ל"ה רק לקבוע בעלות על קרקע כנגד מר"ק כשאין שטר, דפעמים קרקע קובע בעלות על **השתמשות** בקרקע חבירו, ומודה **שהקרקע** שייך לחבירו, אך החזיק בקרקע להשתמש בה, אע"פ שאין קניי לו.

ולאורך הסוגיא מציעו ב' סוגי חזקת תשמישין, (א) מתני' בדף נ"ז ע"א, דהעמדת בהמה תנור וכיריים ומחיצה בחצר השותפין דחזקת תשמישין זו הוי השתמשות בגוף הקרקע. (ב) מתני' דף נ"ח ע"א דחלונות מרזב, וסולמות ומתני' דנ"ט ע"ח דזיזין, וסוגי דף ו' ע"א דאחזיק להורדי, דכל הני הוי חזקת תשמישין שלא בגוף הקרקע.

בחלון המצרי וכן במתני' דהזיזין דנ"ט ע"א בד"ה הזיז, דג"כ בעי חזקת ג"ש וטענה, ומב' מד' הרשב"ם דבחזקת תשמישין בעי ג"ש אע"ג דאין החזקה בגוף הקרקע ודומה לחזקת קרקעות.

ויל"ע דהרשב"ם גופיה בדף מ"א ע"א כתב בד"ה והא אחזוקי, דבאחזיק להורדי (חזקת תשמישין שלא בגוף הקרקע) דבעי טענה ואי"צ ג"ש ולכא' הרשב"ם סותר א"ע. דבסוגי נתבאר דבעי ג"ש אפי' כשאין מחזיק בגוף הקרקע ובדמ"א כתב דאי"צ ג"ש כשלא החזיק בגוף הקרקע.

ועוד ישלה"ק בדעת הרשב"ם דמעיקרא צ"ב רב דמאי ענין ג"ש לחזקת תשמישין, דהרי כל

ובדיני אופני חזקה בציורים הנ"ל נחלקו הראשונים, ונשנו בה כמה וכמה מהלכים מרבותינו הראשונים בביאור החילוק ביניהם, א"ה יבואר כאן ד' מהלכים יסודיים בראשונים. א' - שי' הרשב"ם, ב' - רמב"ן, ג' - רמב"ם ד' - ריב"ם, ותן לחכם ויחכם עוד.

**שי' הרשב"ם** - (א) במתני' דף נ"ז ע"א דהעמדת בהמה תנור וכיריים ומחיצה בחצר השותפין, כתב הרשב"ם בד"ה אלו דברים ובד"ה אלא אמר ר"נ וכן בריש דנ"ז ע"ב בד"ה והכא, דבהעמדת בהמה תנור כו' בעי חזקת ג"ש וטענה. והוי כחזקת קרקעות ממש דבעי ג"ש וטענה. (ב) וכן במתני' דנ"א ע"ב דהמרזב סולמות וחלונות כתב בד"ה המרזב ובד"ה

דין דג"ש מבוסס על הא דתלת שנין מיזדהר אינש בשטרא והרי דבמטלטלין אי"צ שטר ומדוע בעי' ג"ש.

והנה בטור (סו"ס קנ"ג) כתב בדעת הרשב"ם דכל מה דבעי' ג"ש הוי דווקא בתשמישין גדולים, אבל בתשמיש קטן דאין רגילין לכתוב עליהן שטר אי"צ ג"ש. ולפי"ז מה שכתב הרשב"ם דבעי' ג"ש איירי בתשמיש גדול שרגילין לכתוב עליהן שטר, וא"כ דהכא שייך טובא הדין דג"ש דאף במטלטלין כותבין שטר כשהוא תשמיש גדול, ולפי"ז א"ש ג"כ שי' הרשב"ם בדמ"א דכתב דאי"צ ג"ש דהתם איירי בתשמיש קטן שאין כותבין עליהן שטר, אולם יל"ע בשי' הרשב"ם בדף מ"א שכתב שאי"צ ג"ש ובעי' טענה, שהרי כל הדין של טענה הוי רק כשיש חזקה, דדין הוא דבעי' חזקה עם טענה אבל במקום שאי"צ חזקה מדוע יצטרכו טענה וצ"ע (ולקמן יתורץ קושי' זו).

**נקוט כללא דהרשב"ם בידך:** במקום שכותבין שטר בעי' ג"ש (ואפי' שהחזיק שלא בגוף הקרקע) וכשאין כותבין שטר אי"צ ג"ש (אפי' כשהחזיק בגוף הקרקע).  
**שי' הרמב"ן - א)** במתני' בדנ"ז דהשתמשות בגוף הקרקע (העמדת בהמה תנור וכיריים מחיצה בחצר השותפין).

כתב הרמב"ן בד"ה הא דתנן דבעי' ג"ש וטענת מכר. ב) במתני' דהמרזב, סולמות, חלונות, וכן במתני' דזיזין נקט הרמב"ן בדנ"ח ע"ב בד"ה והוי יודע דבכל הני דל"ה בגוף הקרקע אי"צ ג"ש.

**נקוט כללא דהרמב"ן בידך:** כשעושים השתמשות בגוף הקרקע בעי' ג"ש וטענה (אפי' כשאין עליהן שטר) וכשאין עושים השתמשות בגוף הקרקע אי"צ ג"ש (אפי' כשכותבין עליהן שטר).

ובשיטת הרשב"ם דנקט דאע"פ שאין עושים השתמשות בגוף הקרקע יצטרכו ג"ש כשכותבין עליהו שטר יש לעיין טובא דלכא' כל דינא דחזקה הוי אבילת פירות ומבוסס על מדלא מיחה א"כ כשאין אוכל פירות - דהיינו השתמשות מדוע יחשב חזקה.

ובביאור שי' הרשב"ם יש לפרש דנחלק על הרמב"ן ביסוד דין דחזקה. דהנה נחלקו הראשונים בביאור מסקנת הגמ' בדכ"ט ע"א דיאמר רבא תלת שנין מיזדהר אינש בשטרא טפי לא מיזדהר. דהקצוה"ח כתב (וכ"ה בתוס'). ולכא' אף ברמב"ם (טו"נ פי"א ה"ב) ובתוס' ל"ה ע"א ד"ה לפירות). דלמסקנא דגמ' דינא דחזקה הוי משום תקנ"ח דהפסד הלקוחות דתיקנו דלאחר ג"ש כיון שדרך של בנ"א לאבד שטרם אחר ג"ש לכן יכול לדרוש השטר עד ג"ש, ואחר ג"ש הפסיד המערער אנפשיה. (ואע"ג דאפי' דטענת המערער נכונה,

מ"מ אפסדיה נפשיה). אמנם ברמב"ן (מ"ב ע"א) ביאר דחזקה בגויה על ההוכחה דמדלא מיחה ובאמת הוכחה זו נעשה לאלתר. דבשעה שהשני ראה הלה אוכל פירותיו ושתק ע"כ שמכרוהו ובעי' ג"ש רק מכח הריעותא דאחוי שטרך, דעד ג"ש יכול לדרוש ממנו השטר וכיון דאי' ריעותא אצל מחזיק לכן עד ג"ש לא קנאו, אבל החזקה מבוסס על ההוכחה מדלא מיחה. אבל לרשב"ם חזקה מבוסס על המציאות דתלת שנין מיזדהר איניש בשטרא ולא על ההוכחה דמדלא מיחה.

ועפ"ז אפש"ל דהרמב"ן לשיטתו, והרשב"ם ס"ל כקצוה"ח. דהרשב"ם הכריע כלל שתלוי דין דג"ש בכתיבת שטר לכאו' משום דס"ל דחזקת ג"ש מבוסס על דתלת שנין איזדהורי אינש בשטרא, ויש להוכיח כן מהרשב"ם בדף לח. בד"ה היה וז"ל "ולא היה מחאת בעל הקרקע מחאה שהרי אין מי שיגיד לו למחזיק ויזהר בשטרו" ומוכח מדבריו שכל הנידון בחזקה הוא איזדהורי בשטרא וכ"מ מכ"כ פעמים שבו מתבטא הרשב"ם "מדלא מיחה הפסיד" ומשמע כקצוה"ח דהוי מטעם תקנ"ח שהרי הפסיד, ועוד יש להוכיח מהרשב"ם כן, ואבמ"ל.

והרמב"ן דהכריע הכלל דדין ג"ש תלוי בהשתמשות בגוף הקרקע אזיל לטעמיה

דחזקה מבוסס על אבילת פירות בפני המר"ק א"כ ע"כ דמיירי בשימוש בגוף הקרקע דאל"ה אין זה נחשב השתמשות ואבילת פירות. ועד"ז יש ליישב שי' הרשב"ם בדף נ' ע"ב. דהקשו בגמ' הדא דאמר רב דאשה צריכה למחות כשהבעל החזיק בחזקת נזיקין דעשה בורות שיחין ומערות ודהא אמרי' אין חזקה לנזיקין ותי' בגמ' דאימא אין דין חזקה לנזיקין ועוד תי' בגמ' עיי"ש, ובביאור השקו"ט בגמ' נחלקו הרשב"ם והרמב"ן, דברשב"ם ביאר - דהמקשה סבר דר' נחמן קאמר דהמזיק קרקע חבירו ג"ש אין יכול לטעון לקוח הוא בידי, ומתרצים דאין דין חזקה לנזיקין דאי"צ ג"ש אלא לאלתר הוי חזקה, דאין אדם רואה שמזיקין קרקע שלו ושותק. וברשב"ם מבוי' חידוש גדול דיתכן מציאות של חזקת קרקעות שאי"צ ג"ש.

**אולם הרמב"ן ביאר** - דהמקשה סבר דכמו דאמר ר' נחמן דהמזיק בתוך שלו אין לו חזקה, משום דאין הוכחה משתיקתו דעביד איניש דלא מחי. ומתרצים דיש לחלק בין מזיק בתוך של חבירו כגון סוגי' דבורות שיחין ומערות, ממזיק בתוך שלו כקוטרא ובית הכסא דכאשר מזיק בתוך שלו לא הוי מדין חזקה, דחזקה הוי השתמשות - אבילת פירות ולכך היזק בתוך של חבירו דבורות שיחין ומערות חשיב חזקה דהוי השתמשות וכאבילת פירות,

אבל בקוטרא ובית הכסא דהוי בתוך שלו ליכא דין חזקה כלל שהרי אין ההיזק כהשתמשות, אלא היזק ממש ומדין מחילה אתינן עלה ולא מדין חזקה.

אמנם ד' הרשב"ם מחודשים מאוד דיתכן מציאות דחזקת קרקעות הוי לאלתר, יען כי לא מציעו דבר זה אלא פעם אחת בב"ב בדף ל"ה בסוגי' דדלי ליה צנא לפירא.

וצ"ב מדוע לא ביאר הרשב"ם כפשוטו כש"פ הרמב"ן שיש לחלק בין היזק בתוך שלו להיזק בתוך של חבירו, אכן לפי"ד א"ש דכל ד' הרמב"ן שחילק בין היזק בתוך שלו להיזק בשל חבירו הוי רק לשיטתו דיסוד חזקה מבוסס על השתמשות ואכילת פירות, אולם לפי הרשב"ם דחזקה מבוסס על ג' שנים דאיזדהורי אינשי בשטרא הרי בקוטרא וביהכ"ס לא כתבי' עליה שטרא וגם בבורות שיחין ומערות לכאו' אין כותבין עליה שטרא וא"כ בדיני חזקה אין שום חילוק ביניהם לכן יש לאוקמא דאין חילוק ביניהם בדין שיעור החזקה ובשניהם הוי החזקה לאלתר וזהו חידושם והבן.

אמנם אי"ז מוכרח וברור כלל לבאר כן בשי' הרשב"ם, דהרשב"ם כתב כו"כ פעמים לאורך בב"ב דחזקה מבוסס על אין אדם רואה חבירו אוכל פירותיו ושותק ומשמע דחזקה מבוסס על ההוכחה דמדלא מוחה. וכן בסוגיין בדף נ'

ע"ב בד"ה אימא אין דין חזקה כתב דחזקה מבוסס על ההוכחה דאין אדם רואה כו', (והרבה כבר התחבטו בנידון זה, ואכמ"ל.)

ועוד דוחק לבאר הנ"ל דכל חידושו של הרשב"ם אזיל לשיטתו וכנ"ל, דהרי הריטב"א ס"ל דחזקה מבוסס על ההוכחה דמדלא מיחה וכש"כ לעיל כ"ט ע"א, ואעפ"כ כתב בסוגיין כרשב"ם בתירוץ הגמ' דאימא אין דין חזקה לנזיקין דהחזקה הוי לאלתר, ולכאו' לפי"ד הול"ל לשיטתו, וכרמב"ן בסוגי' דכיון דחזקה מבוסס על אכילת פירות - לכן דווקא בבורות שיחין ומערות דחשיב כהשתמשות בשדה בעי' ג"ש. אבל בקוטרא ובית הכסא של"ה בגוף הקרקע ל"ח השתמשות ולכן לית בהו דינא דג"ש, ומדלא פ"י כן הריטב"א משמע שלא בהכרח דפי' כן משום דאזלי' לשיטתייהו.

**שי' הרמב"ם - אי' ברמב"ם (שכנים פ"ח, הל' ה')** דחזקת תשמישין הוי לאלתר וא"צ טענה בכל אופן (ואע"ג דהוי בגוף הקרקע). דחזקת תשמישין ל"ד כלל לחזקת קרקעות, וצ"ב בדעת הרמב"ם, דבשלמא בהשתמשות שלא בגוף הקרקע אינו דומה לחזקת קרקעות כש"כ הרמב"ן דחזקה הוי השתמשות וכשל"ה בגוף הקרקע אי"ז נחשב כאכילת פירות אבל בהשתמשות בגוף הקרקע כגון בהעמדת בהמה תנור וכיריים בחצר השותפין דהוי בגוף

הקרקע קשה מדוע לא יחשב כחזקת קרקעות.

ובביאור שי' הרמב"ם, ומה שנחלק עליו הרמב"ן והרשב"ם יש להקדים הלכה ברורה דהמוכר בית לתבירו והקדישו יכול הלוקח לדור בבית אנ"פ שהמוכר הקדישו שאין על המוכר יכולת להקדישו שכיון שמוכרו תו אין נחשב ברשותו למוכרו, ונחלקו הראשונים מה יהא הדין בשכירות, כגון שהמשכיר הקדיש הדירה שהשכיר אי הוי כלוקח וא"צ השוכר לצאת ואין הדירה נחשבת מקודשת שאין כל יכולת על המשכיר להקדיש הבית כיון שזה ברשות השוכר, או דשוכר שאני שאין גוף הבית - קרקע קנוי לו, התוס' בב"ק (נ"א ע"ב ד"ה השותפין) כתבו דכשהמשכיר יקדיש הדירה יצטרך השוכר לצאת והדירה מקודשת, אמנם הרמב"ן שם נקט דאין השוכר צריך לצאת כדרך כל לוקח ואין הדירה מקודשת כלל, שאין על המשכיר יכולת להקדישו.

ובביאור מח' כתב ר' אלחנן (בקובה"ע סי' נ"ג) דנחלקו בגדר שכירות אי הוי קנין ממשי בגוף הקרקע להשתמש בו, או שכירות אינה קנין אלא שעבוד חכות בקרקע להשתמש בו.

דהרמב"ן ס"ל דשכירות הוי קנין בגוף הקרקע ולכן אין יכולת למשכיר להקדיש הבית שהרי אין הדירה שייכת לו והשוכר יכול לישאר

לדור בדירה. והתוס' ס"ל דל"ה קנין בקרקע אלא שעבוד חכות אבל הקרקע שייכת למשכיר ולכן יכול המשכיר להקדישו, ולכן המשכיר יכול להקדישו והשוכר צריך לצאת מהבית.

וכן יש להוכיח דכן ס"ל לתוס' בפירקין, דכתבו התוס' בדף נ"ז ע"ב (ד"ה אסורין ליכנס לחצר) דכיון הגמ' אוקמא המשנה דשותפין שמדרו הנאה זה מזה אסורין ליכנס מחצר אנ"ג בחצר שאין בו דין חלוקה, ובתוס' נתקשו דאנ"ג דבחצר שאין בו דין חלוקה אין יכול למחות עליו שלא יכנס בחצירו מ"מ יכול להקדישו כשמ"צ כשמשכיר יכול להקדיש הדירה שהשכיר וזהו ממש תוס' לשיטתו וכן יש להוכיח מהתוס' לעיל בפירקין בדף נ"א ע"א (ד"ה המוכר) שכתבו לחלק בין מכר לשכירות דדווקא במכר שייכא קנין פירות כקנין הגוף אבל בשכירות ל"ש קנין פירות כקנין הגוף, ובביאור החילוק יש לבאר עפ"י הנ"ל דהתוס' ס"ל דשכירות ל"ה אלא זכות ושעבוד ולכן דווקא במכר שגוף החפץ שקנה שייך לו אפש"ל קנין פירות כקנין הגוף, אבל בשכירות שאין לו בה אלא זכות ושעבוד ל"ש למימר קנין הפירות כקנין הגוף.

ובקובה"ע (שם) כתב להוכיח דהרמב"ם ג"כ ס"ל כתוס' דשכירות ל"ה קנין אלא זכות השתמשות, דהנה אי' בב"מ (ק"ג ע"א)

דהמשכיר בית לחבירו ונפלה דאי א"ל מעיקרא "בית זה" אזדא ליה ואי"צ להעמיד לו בית נוסף שהרי התחייב לו מעיקרא רק בית זה, ודנו הראשונים מה הדין בדמי השכירות דדבר פשוט הוא שעל הימים שכבר דר בבית צריך לשלם דמי שכירות, אבל על הימים שעדיין לא דר בה המשכיר נחלקו הראשונים אי חייב לפרוע לו הדמים דהריטב"א כתב (שם) בשם רבו הרא"ה, דחייב לפרוע לו דמי שכירות של כל הימים כדרך כל הלוקחין. אמנם ברמב"ם פסק (בפרק ה' שכירות ה"ז) דעל הימים שעדיין לא היה דר בהם אי"צ לפרוע לו שהרי בפועל לא היה דר בבית.

וביאר ר' אלחנן שנחלקו בזה היסוד דהרא"ה ס"ל דשכירות הוא קנין כרמב"ן ולכן צריך לפרוע דמי כל הימים שהרי נחשב כאילו שקנה הקרקע למשך תקופה מסוימת (וצע"ג דהרמב"ן בב"מ (שם) נקט דאי"צ לפרוע רק על הימים שדר בהם וזה סותר לשיטתם. והקובה"ע הניח בצ"ע). והרמב"ם ס"ל כתוס' דשכירות ל"ה אלא זכות ושעבוד להשתמש בקרקע ולכן צריך לפרוע לו הדמים רק על הימים שנשתמש בו בפועל עכ"פ היוצא לנו מהג"ל דשי' הרמב"ן הוא דשכירות הוא קנין בקרקע. ושי' הרמב"ם (וכן שי' התוס', אין זו ענינו לע"ע) הוא דשכירות ל"ה קנין אלא זכות ושעבוד.

וע"פ הג"ל יתכן לבוא לידי ביאור בשי' הרמב"ם בסוגי' דאפי' בהשתמשות בגוף הקרקע אי"צ ג"ש. דהרמב"ם ס"ל דהשתמשות בקרקע חבירו אינה קנין אלא שעבוד. ולכן ל"ש הכא דינא דחזקה, דחזקה שייך רק בהכרעת 'בעלות' על קרקע, אבל על הכרעת 'השתמשות' בקרקע של"ה קנין ל"ש לא חזקה ולא טענה אבל הרמב"ן והרשב"ם ס"ל דהשתמשות בקרקע חבירו אינה שעבוד או זכות גרידא, אלא קנין ממשי ולכן בעי' ג"ש כדרך כל חזקת קרקעות.

ולפי"ז א"ש מה שהקשינו בתחילה בשי' הרשב"ם בדף מ"א ע"א שכתב דבהורדי אי"צ ג"ש ובעי' טענה ובהא דאי"צ ג"ש נתבאר לעיל דכיון שאין הדרך לכתוב עליהן שטר לכן לא שייכא דין דג' שנים, אמנם צ"ב דא"כ מדוע יצטרכו טענה שהרי כל דין דטענה מיוסדת על חזקה, ועפ"י הג"ל יש לומר דטענה בעינן משום דהרשב"ם ס"ל דהשתמשות הוא קנין, ובקנין בעי' טענה, אבל ג"ש אי"צ מפני שאין שייך שהרי לא כותבין עליה שטרא.

**שי' הריב"ם** - בתוס' (דף כ"ג ע"א ד"ה והא) כתבו בשם הריב"ם דבחזקת תשמישין בעי' ג"ש אבל אי"צ טענה, ויל"ע דממ"ז אי הוא כקרקעות ולכן בעי' ג"ש תיקשי מדוע יועיל בלא טענה דחזקה שאין עימה טענה ל"ה

חזקה, ואי ל"ה כחזקת קרקעות ולכן אי"צ טענה תיקשי מדוע בעי' ג"ש.

איברא דגם בשי' הרמב"ם הנ"ל צ"ב האין קנה הזכות להשתמש בקרקע ללא כל טענה, דקי"ל שאין לקבוע בעלות כנגד מר"ק ללא טענה, ולכא' דין זה תקף אפי' על קניני זכות. והנה כתב הרשב"א בדף כ"ח ע"ב (ד"ה אלא מעתה) חידוש גדול דשעבודין נקנין במחילה וא"כ הכא דהוי שעבוד הר"ז נקנה במחילה. אמנם הא גופא קשה מ"ש שעבודין מקנין פשוט דצריך טענה.

וביאר הברכ"ש (סי' כ"ד וסי' כ"ה) דהרי בדין דחזקה שאין עמה טענה כתב הרבינו יונה (כ"ח ע"א) דדווקא בקרקעות בעי' חזקה שיש עמה טענה, אבל מטלטלין אי"צ חזקה שיש עמה טענה.

ובביאור ד' הרבינו יונה כתב דהנה יש חילוק בין קרקעות למטלטלין בקביעת בעלות כנגד מר"ק כשאין שטר, דבכדי לקבוע בעלות כנגד מר"ק בעי' "תפיסה" "מוכחת" ולכן במטלטלין עצם אחיזתו הוי גם תפיסה וגם תפיסה מוכחת, דבמטלטלין שייך שפיר לקבוע בעלות ע"י אחיזה, דאי טענה דהאין הגיע לידו. דאחזוקי אינשי בנבא לא מחזקי' וע"כ שמה שנמצא תח"י משום שקנאו א"כ מה שאחזו הוי תפיסה - שאחזו בה, והוכחה - שאחזו בה ואי' הוכחה דהאין הגיע לידו.

אבל קרקעות אין לקבוע בעלות ע"י אחיזה שהרי אין לאחוז בקרקע ולכך תיקנו חזקה, דג"ש דהשתמשות בקרקע שזה מוכיח שהקרקע הינה של המוחזק, אבל אכתי הוי רק הוכחה, ובכדי לקבוע בעלות בעי' תפיסה מוכחת, והכא אי' רק הוכחה, ופשוט הדבר שאין לקנות ולקבוע בעלות ע"י הוכחה לחודה, ע"ז כתבו במשנה דבעי' טענה שהטענה הוי כתפיסה, שהרי מכח הטענה תופס בה, וא"כ אי' ע"י הטענה תפיסה מוכחת, ולפ"ז כל מה דבעי' טענה הוי בקרקעות שאין לקבוע הבעלות ללא חזקה שיש עימה טענה, אבל במטלטלין אפי' לקבוע בעצם אחיזתו בה. ועפ"ז א"ש שי' הרשב"א דשעבודין נקנין במחילה ואי"צ טענה לזה, דבשעבודין אינו מטרתו לקנות גוף השדה, דכשרוצה לקנות גוף שהדה הרי רוצה לשנות שם הבעלות, ושם הבעלות אין לשנות אלא ע"י חזקה שיש עימה טענה אבל השתמשות שאין בכוחו לקנות גוף הקרקע אלא להשתמש בקרקע חבירו וזה מהני אפי' ללא טענה דשעבוד נחשב כמטלטלין שאין משנה שם הבעלות ואפי' לקבוע הבעלות בעצם ההשתמשות כמטלטלין. והריב"ם ס"ל דאנפ"כ בעי' ג"ש דהראי' שמחל הוי רק ע"י ג"ש.

ובקצוה"ח (קנ"ג, סק"ג) הביא טעם אחר דיועיל ללא טענה (ולרמב"ם ללא ג"ש) עפ"י שי'

סק"א) דאף במטלטלין בעי' חזקה שיש עמה טענה (ואבה"מ לבאר שי' זו). וא"כ אין לפרש כמהלך הנ"ל שנתבאר דחזקת השתמשות הוא כמטלטלין שעצם ההשתמשות יכולה לקבוע שהוא קנאו ממנו להשתמש בו, דהרי אינו משנה שם הבעלות. ולכן הוצרך לבאר באופ"א, וק"ל.

הרמב"ם דאבילת פירות גופא הוא חזקה, א"כ הא גופא שמתשמש בקרקע הוא קנין, ולכן אי"צ לא"ג"ש (לרמב"ם) ולא טענה שהרי הקנין הוא באבילת הפירות. ואפ"ל בדרך פלפול דהקצוה"ח לארצה לבאר כפשוטו בדרך שביארנו עפ"י הגר"ד כשמ"פ ברשב"א כבר דהקצוה"ח לשיטתו (קל"ג

הבה"ח מאיר יחזאל מיכל רחזנטל הי"ד  
דף ע"ז.

### בענין מחלוקת ר"ז ורבנן בהקנאת שעבדי שטרות

אולם בתוס' ביארו להיפך, דת"ק סובר כרב ור"ז סובר כשמואל, וביארו טעם הדבר, דכי היכי דבעי ר"ז קנין חשוב גבי אותיות טפי מת"ק דהא מצריך אף שטר, ה"נ בספינה מצריך ר"ז קנין חשוב והיינו עקירת כל הספינה ולא כל שהוא.

ויש להעיר בדברי התוס', דלכאורה הא דבעי ר"ז קנין חשוב גבי אותיות, היינו משום דהוי הקנאת שעבוד, ואין גופו ממון, ולא מהני להקנותו במסירה, ולכך מצריך שטר, אבל ספינה דגופו ממון, מי יימר דבעי' קנין חשוב, ושמא מספיק במסירה לחוד, והיינו דאין הוכחה מהא דמצריך ר"ז קנין חשוב גבי

אי' בגמ' להו"א דרבנן ור"ז פליגי בפלוגתת רב ושמואל, אם קניית ספינה במשיכה, הוא ע"י משיכה כל שהוא, או ע"י משיכת כל הספינה והיינו שתצא לגמרי ממקומה הראשון שעמדה שם, וההוכחה שנחלקו בפלוגתא הנ"ל הוא, דהא תרוויהו אמרי, דספינה נקנית במשיכה, וא"כ במאי פליגי, וע"כ דנחלקו בכמות המשיכה שצריך למשוך.

אולם לא נתבאר בגמ' מי סבר כרב ומי סבר כשמואל, והרשב"ם ביאר דר"ז הוא מאמוראי בתראי ולטפויי אתי את"ק, וע"כ דחידש דאי"צ עקירת כל הספינה, אלא מספיק כל שהוא, והיינו דת"ק סבר כשמואל ור"ז סבר כרב.

אותיות שכמו"כ בכל קנין בעי' קנין חשוב, דהא דבעי' גבי אותיות קנין חשוב טעם מיוחד ונפרד יש בזה שאין שייך טעם זה בכל הקנינים, וכדנתבאר דגבי אותיות בעי' הקנאת שעבוד ומשא"כ שאר מטלטלי דגופן ממון תסגי במשיכה כל שהוא.

וכמו"כ כתבו התוס' להלן (ד"ה א'), דהא דלרבנן מספיק מסירה גבי אותיות, מ"מ בעי' מסירה מיד ליד, ואע"פ שבכל הקנינים לא בעי' מיד ליד, וטעם הדבר ביארו תוס' דהכא בעי' טפי לקנות השעבוד שבתוכו, ומוכח שיש צורך מיוחד גבי אותיות לקנין חשוב, ואפי' לרבנן, אך אי"ז בכל הקנינים.

והנה הראשונים והאחרונים האריכו באריכות גדולה בהבנת גדרי הקנינים בסוגין, ולפי"ז אפשר שיתיישב קו' הנ"ל, והנה נבאר ענין נוסף בסוגין אשר יבאר הענין בפשיטות. דיש להעמיד באופן ברור יסוד פלוגתת רבנן ור"ג, ועפי"ז יתיישב הענין.

דלפי הפשטות אפשר להבין דדבר שגופו ממון אפשר להקנותו במסירה ואפי' כשאינו מיד ליד, דהרי מ"מ מצווהו המוכר לקחת את המוסירה, וזהו מעשה בעלות. [וכדמבו' ברשב"ם ובתוס' ע"ה ע"א]. אך בשעבוד א"א לומר ללוקח בציווי המוכר שיקח את השעבוד, דהרי אין גופו ממון, ופי' הדבר הוא, שאינו חלות חפצא, אלא זכות המונח בגברא.

וגביית זכותו והראיה לזכותו הוא ע"י השטר, ועפי"ז אפשר להבין שבשעבוד בעי' מסירה מיד ליד, שע"ז הגברא עצמו מוסר זכויותיו ללוקח, והנה ר"ג סבר דמסירה מיד ליד ג"כ לא מספיק דשמא מסרו לצור עפ"י צלוחיתו והעבירו הבעלות של השטר ולא של השעבוד, ולכן צריך שטר שיכתוב שם בהדיא שמוסר לו ג"כ השעבוד שבשטר.

ולפי הבנה זו, אכן מטרת השטר אינו משום שיהא קנין חשוב, אלא הו"מ שיחול בכלל קנין, והיינו שהשטר הוא חלק מהפועל חלות הקנין, דהרי במסירה בלא שטר אינו כלום לר"ג, דשמא מסרו לצור עפ"י צלוחיתו ורק ע"י השטר חל הקנין, וא"כ עדיין אין מבוררים דברי התוס', דהרי הא דבעי' שטר באותיות, הו"מ דלולא השטר אין בכלל קנין, והשטר פועל הקנין. ואין הוא משום חשיבות הקנין אלא משום קיום עצם הקנין. ועדיין יש לברר דברי התוס'.

ולכך נראה לבאר יסוד המחלוקת בין ר"ג ורבנן באופ"א לפי שי' התוס', דבתחילה יש להקדים בענין פשוט ביותר. שע"כ ביארנו שכאשר אדם מוכר שט"ח יש צד שמוכרו לצור עפ"י צלוחיתו, ולכאורה אי"ז מוכח כלל. דהרי סתם שט"ח שמקנים הו"מ החוב שכתוב בשטר ובשביל זה מוכרו לו, וסברא פשוטה היא ששט"ח אין קוננין משום לסתום חביות, אלא

אדם קונה שט"ח בשביל לקנות החוב הכתוב בשטר וזה פשוט. ויסוד הנ"ל שנתבאר דבעי מסירה מיד ליד עדיין עומד במקומו. דאכן שדרך אדם המוכר שט"ח הוא בשביל לגבות החוב. אך מ"מ כיון שאין גופו ממון. אלא זכותי גברא הן, לכן בעי שאופן המסירה יהיה מיד ליד שמוכיח שהגברא מוסר זכויותיו ללוקח, וגבייתו יהא ע"י השטר.

והנה לפי ב' הקדמות אלו מבו' דאף ר"נ יודה דלפי האמת היה אפשר להקנות שט"ח ע"י מסירה מיד ליד, דהרי עד השתא נתבאר דהא דבעי שטר הו"מ דשמא מסרו לצור, אך כדנתבאר חשש זה אין לה שחר, ומסתבר דכשקנה שט"ח לחוב הוא מקנהו, וא"כ אף לר"נ מעיקר הדין מספיק מסירה מיד ליד. ומ"מ סבר ר"נ דבעי שט"ח, משום שצריך מעשה קנין ברור, המבטא באופן ברור וגמור שהמעשה קנין הוא להקנות השעבוד, ומשא"כ רבנן סברי דמספיק מעשה קנין של מסירה.

ובכדי לבאר ענין זה, נקדים ביסוד הידוע גבי קנינים, דלפי האמת עיקר הפועל חלות קנין, הוא הגמירות דעת של המקנה להקנות ושל הקונה לקנות, אך מ"מ בעי שיבוא הדבר לידי ביטוי, שזה גומר הגמירות דעת [או בנו"א שזה מגלה דעתו באופן ברור לכל], וביטוי הדעת נעשה ע"י מעשה קנין.

ועפ"ז יבו' הענין באופן נפלא, דר"נ סבר דאכן שהמסירה הוי מעשה קנין המבטא בדרך כלל, מסירת זכויות והקנאת שעבוד, ולא רק הקנאת שטר רק אף הקנאת השעבודים, אך מ"מ ר"נ מצריך שיהיה מעשה הקנין באופן ברור לגמרי, שמבטא את הקנאת השעבודים, וזה נעשה ע"י כתיבת שטר, שכתוב בוה באופן ברור ביותר דעת המקנה, שהוא מקנה את השעבודים. אולם רבנן סברי דמעשה קנין של מסירה מיד ליד מספיק, וכיון שבדרך כלל מוכרים שט"ח אף עם שעבודיו, ומתבטא הקנאת השעבודים, ע"י מסירת השטר מיד ליד.

ולפי"ז א"ש דברי התוס' על בורים, שר"נ מצריך קנין חשוב, דלפי האמת ומעיקר הדין אף קנין מסירה מיד ליד מהני גבי אותיות, ומטרת השטר אינו משום דין מיוחד גבי שעבודים, אלא הוא דין כללי גבי קנינים שצריך שיבטאו את הדעת באופן ברור ביותר, וזהו קנין חשוב. וכשנעניין בפלוגתת רב ושמזאל גבי ספינה, נראה בעינינו באופן מפליא, שדומים הדברים לסוגין, בדמיון גמור, דבבי' פלוגתת רב ושמזאל נאמרו ביאורים רבים. ואפ"ל דנחלקו בגדר משיכה שהוא הכנסה לרשותו, ונחלקו כמה הכנסה לרשותו בעי. דרב סבר שיכניסנה ויזינה מעט ועי"ז מכניסה לרשותו ותחת בעלותו, ושמזאל סבר שמוציאה

מהמקום שעמדה ומכניסה לגמרי לרשותו. והנה מה שהצריך שמואל הכנסת כולו, אינו משום שכל שהוא אין מבטא הכנסה לרשותו, דודאי לכו"ע אפי' הזזה מעט הוי הכנסה לרשותו, אלא דסבר שבעי' שיראה באופן ברור את הגמירות דעת לקנות ויכניסנה לגמרי לרשותו והאופן הברור ביותר של הכנסה הוא ע"י שמוציאה לגמרי מרשות הראשון ומכניסה לרשות אחר וחדש. וזהו כיסוד הנ"ל שהוא מעלה בחשיבות הקנין. ולא ענין בעצם הקנין, אלא מהווה את הקנין לקנין חשוב אולם רב סבר שאי"צ מעשה ברור, אלא כל שכבר הואים בזה דעתו להקנות הרי"ז מספיק. ודברי התוס' מבוארים כפתור ופרח, דכפי שר"נ אמר הכא דבעי' שטר כדי שיהא קנין חשוב ושיתבטא הקנין והבעלות באופן ברור וגמור, כמו"כ גבי משיכה בספינה בעי' משיכת כולו והיינו קנין חשוב. אולם רבנן אין סוברים דבעי' קנין חשוב, אלא אם המעשה מבטא בעלות הרי"ז מספיק. א"כ אף בספינה מספיק משיכת כל שהוא שכבר מראה מסירת בעלות.

הבה"ח פנחס בוקשפן הי"ז

דף צב.

אולם יש לציין ולהבהיר דמה שנתבאר ששט"ח אין מוכרים בשביל לצור עפ"י צלוחיתו, אי"ז למסקנא דשמעתין, דלהלן (ע"ב) במסקנת הגמ' מבו' דכן שייך שאדם ימכור שט"ח בשביל לצור, ולפי"ז נצטרך לבאר פלוגתת ר"נ ורבנן דלא כנתבאר בשי' תוס', והשטר לפי ר"נ פועל עצם חלות הקנין, ולא רק לחשיבות הקנין, והדק"ל, וצ"ל דאה"נ ומ"מ הכא ס"ד דאין חשש כזה שמכרוהו לצור, וא"כ נחלקו שפיר ביסוד הנ"ל בחשיבות הקנין, ולכך מובן שמחלוקתם דומה למחלוקת רב ושמואל, ואכן לפי המסקנא בגמ' כאן שלא נחלקו ברב ושמואל, אכן איכא למימר טעמא אחרינא בפלוגתתם, וכמסקנת הגמ' להלן. ולפי"ז יבו' עוד אמאי לא פירש הרשב"ם כפי' התוס', משום שהבין מתחילה טעמא דר"נ דבעי' שטר כמסקנת הסוגיא דשמא הקנהו לצור עפ"י צלוחיתו, וא"כ השטר פועל לעצם הקנין ולא לחשיבות הקנין.

סוגית אין הולכין בממון אחר הרוב

איתמר המוכר שור ונמצא נחן רב אמר הרי זה מקח טעות ושמואל אמר יכול לומר לו לשחיטה מכרתי לך והטעם דבתר רובא אזלינן ושמואל אמר כי אזלינן בתר רובא באיסורא בממונא לא.

ויש לעיין מאי שנא מאיסור ששמואל סובר שאין הולכין בתר הרוב ומתי סובר שכן.

עיין לשון היד רמה (סימן יג.) וז"ל וש"מ דרובא וחזקה חזקה עדיפא לאוקמיא ממונא בחזקת מריה, וכן מציעו בהרבה לשונות של ראשונים מציעו מזה שמחזקת הממון יותר חזק מראיית רוב ויש שני מהלכים שמציעו ברבותינו האחרונים. מהלך תרומת הדשן (סו"ס מובא בקצוה"ח סימן רפב) דרוב זה בעיה בממון מפני שכדי להוציא ממוחזק צריך ראיה ורוב זה לא מספיק ראיה כדי להוציא ממון ממוחזק, ולכאורה משמע כן מגמרא בב"ק (דף מו.) שהגמרא מביאה את מחלוקת רב ושמואל והגמרא מביאה זה הכלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה, משמע שזה מדין זה ולכאורה לפי הבנת התרומת הדשן מובן מאד משום שרוב לא מספיק ראיה להוציא ממוחזק אבל מלשון הראשונים משמע שזה עדיף חזקה מרובא אבל לא משמע שזה לא מספיק, אלא חזקת ממון עדיפא מרובא לפי תרומת הדשן זה ווארט של חוסר ראיות שזה בעיה ברוב, בראשונים

משמע שזה חזקת ממון גובר על הרוב, מגמרא של בב"ק דף מו. משמע שכל טעם של שמואל שאין הולכין בממון אחר הרוב זה רק במקום שיש מוחזק אבל במקום דליכא מוחזק הולכין אחר הרוב אפילו בממון (עיין תוס' דף כג: ב"ב) ועוד ראשונים שאומרים דין זה ולא מביאים ראיה מגמרא בב"ק וצ"ע אבל לפי תרומת הדשן מובן הדין שאין כאן כבר דין מוציא מחבירו עליו הראיה כי אין מוחזק.

מהלך הקצות

הקצות סימן (רפב.) שעצם חזקת ממון יותר טוב מן רובא זה משום דכל חזקת איסורים זה עצם הספק אם נתגרשה או לא אם שחוטה או לא הולכין מה שהיה עד עכשיו חזקה מעיקרא, אבל ממון חזקת ממון זה תחת ידיים של אחד יש כאן חזקה בכל מקום זה ספק אם נשאר אותו חזקה או לא אבל חזקת ממון זה וודאי חזקה השאלה אם רוב כזה יוכל להוציא חזקת ממון כן או לא ובאופן דליכא חזקת ממון אין משהו שמעכב את ראיה של רוב זה מספיק ראיה רק באופן דאיכא חזקת ממון זה לא מכריע את חזקת הממון.

ולפי שני מהלכים יש לתרץ מה שהקשו מגמ' יבמות דף קיט הרי קיימי לן שרוב וחזקה רובא עדיף ולפי תרומת הדשן מתורץ משום שזה לא מספיק ראיה זה דין של המוציא מחבירו עליו הראיה. ולפי הקצות שזה לא כמו חזקה

שאדם חזקת בספק אבל בחזקת ממון זה נמצא תחת ידי אדם.

הסבר מחלוקת רב ושמואל

לפי תרומת הדשן יש הבנה במחלוקת כן הסבירו כמה אחרונים פני שלמה ועוד יש לסבור אם רוב זה הכרעה שכן עושים במצב שאין בירור זאת אומרת שהוא מצב של ודאי או לא זה רק הנהגה מספק כן נוהגים משום שיש רוב לכאורה רב סבר שזה ודאי ולכן זה מספיק ראיה כדי להוציא מן מוחזק שזה ראיה כי זה מצב ודאי אבל שמואל סובר שזה רק הנהגה מספק ולכן זה לא מספיק ראיה [אגב בקצות בסימן זה לומד שרוב זה ודאי לגבי סוגית של בנכסי מיתנא לגבי הגהות אשרי עיין שם אבל ראיתי בהערות ר' יצחק דזימיטרבסקי מביר רש"י בכמה מקומות שמשמע משם שזה כן ספק ולפי זה תרומת הדשן לכאורה לומד כרש"י, ורש"י לא לומד כקצות, ולפי הקצות המחלוקת שלפי רב שרוב גם עדיף מחזקת ממון אפילו שנמצא עכשיו תחת ידם של אחד מהם ושמואל סובר שחזקת ממון עדחף משום דנמצא בידים של אחד ורב סבר מזה כמו איסורין שמספיק בעצם זה שאתה יש לך רוב.

שיטת הרשב"ם

הרשב"ם ד"ה יכול וכו' דממונא לא אזלינן בתר רובא אלא אחר טענה טובה וד"ה לא אלא

אחר המוחזק אם יש לו שום טענה, ולכאורה יש לעיין למה צריך טענה בלי טענה לא מספיק בזה שאם מוחזק הרי לפי שני מהלכים לפי תרומת הדשן שזה דין של מוציא מחבירו ולפי קצות מזה דין של מוחזק למה צריך טענה בכדי שיהיה מוחזק.

ויש לתרץ שבאמת צריך טענה בכדי שיהיה מוחזק ויש בזה שני הסברים. הפני יהושע (בליקוטים של ב"ב) שהרי הרשב"ם פוסק כמו סומכוס ולפיו אין כזה דין של המוציא מחבירו עליו הראיה, ויש לדון שלכאורה זה רק כמו שלומד התרומת הדשן שזה דין של מוציא מחבירו עליו הראיה אבל לפי דעת הקצות עיין ודו"ק.

המוכר פירות

בראשונים יש נושאים עם שיטת סומכוס אך לתוס' בב"ד בשיטה מקובצת (דש') מבואר להדיא שגם לפי סומכוס יכולים ללמוד שרוב אין מוציא ממוחזק, ואולי לפי קצות זה מובן שלפיו זה לא דין של המוציא אלא זה ווארט במוחזקות שבאיסורין החזקה זה לבד הספק אבל בממון הוא מוחזק תחת ידיו ולא שאנו מסתפקים במוחזקות כן נראה לי, אבל הרשב"ם חולק על שאלה זו וסובר שלפי סומכוס זה לא מהני משום דאין דין מוחזק מספיק כן לומד פני יהושע [לענ"ד הבין הפני יהושע כתרומת הדשן ולא כהקצות] וכן מוכח

מלשון הרשב"ם ד"ה לשחיטה מכרתי לך וז"ל אבל הכא שאגו יודעים היאך היה המעשה שהרי זה מכרו לזה סתם ונתגלה הדבר שהיה נאמן קודם לכן מודה סומכוס דלא הוי ממון המוטל בספק אלא אזלין בתר ההוא שטוען יפה דכיון דרובא לאו כלום הוא לא היה למוכר לפרש אלא הלוקח.

רואים מדברי רשב"ם אלו (א) שסומכוס מודה לדין זה ולא כמו תוס' שזה פשטות אלא היה קשה לו ותירץ משום ד'יודעים' איך נעשה (הספק ב) שנותנים לו את משום שהוא טוען יפה שהלוקח צריך לפרש ולא המוכר, פני יהושע לומד שבלי טענה לא היה נותנים לו משום דמ' לבד לא עושה כלום לפי שיטת סומכוס רק משום דיש שם טענה טובה זה נותן שהמוחזקות שלו זה לא סתם והטענה זה המכריע שהיה לו לפרש את המקח הלוקח ולא המוכר אבל פני יהושע נתחדשה לפי זה מהו לשון הגמ' בע"ב כי אזלין בתר רובא באיסורא בממונא לא ואומר שלמה לפי שמואל זה טענה טובה שהיה לו ל' לפרש זה רק משום דאין סמוכין על הרוב ואם כן היו סומכין על רוב היה טוען הלוקח שהוא מן רוב ובגלל זה חולק ממון שיש לו טענה ובטוען ונטען, וזה לא מושג של מוחזקות ולפי רב סומכין על הרב אין עטנה ובגלל זה מקח טעות לפי פני יהושע זו יוצא שני חידושים לדינא א.

שאפילו הלוקח לא נתן מעות חייב ליתן לו את מעות ב. שאפילו טוען המוכר שמא מכרתי וכו' זה מספיק משום שזה טענה על לוקח שצריך לפרש ולא משני ל' מה מוכר טען (חוסן ישועות חולק על ד' אולי לומד כקצות או תרומת הדין) ומב' גמ' בב"ק מזה משמע שזה מדין המוציא מחבירו עליו הראיה אומר הפני יהושע ששני הגמרות חולקים ולגבי ה' שרובא וחזקה רובא עדיף שכאן זה טענה מכריע ולא מוחזקות.

אלא מה שנשאר קצת קשה על פני יהושע זה מדברי הרשב"ם ד"ה ורב נשים וא"ל אלא וודאי בממונא לא אזלין בתר רובא אלא אחר מוחזק כשמואל, ומשמע מ' זו שאין צריך שום טענה אלא עצם מוחזק אבל נראה שיש עוד מק' בשיטת הרשב"ם על פי תוס' ר"ד וז"ל אבל היכא דתובע אית ליה על הנתבע טענה מעליותא אי לא התם שמואל מודה דאזלין בתר רובא הרי כתיב אחרי רבים להטות דאי חזינן טענה ברורה לתובע דנתבע צריך למיתם בה מי לא מפיקין מנתבע ויהיבין לתובע וכו' משמע מתוך דברי התוס' ר"ד דבר נפלא שעצם הרוב זה טענה ומחלוקת רב ושמואל אם זה טענה כדי להוציא מוחזק (זה כעין ברי ושמואל), וזה חידוש כי בכל פעם לומדים שרוב רק מסייע לטענה אבל זה לא הטענה אבל בתוס' ר"ד זו לומדים שעצם הרוב זה טענה

שלא היה לפרש למוכר, ולפי ? גמרא בב"ק (דף מו:): יש להגיד שאפילו אם צריך שיהיה דין המוציא מחבירו עליו הראיה כדי שזה יעצור את טענת הרוב אבל אם הוא לא מוחזק הטענת רוב מנצח זו כמו ברי ושמא ששמא לא מוחזק שלכו"ע הברי יקבל זאת כי בטוען ונטען יש דין של ושפטתם צדק איש בין אחיו וכו' מבואר שכן צריך לשמוע את דברי הבעלי דינים אנ"ג שבעל דבריסו הם ואינם נאמנים התורה ציותה לב"ד לשמוע את דבריהם. ויש פעמים שאם מישהו יותר חזק בטוען ונטען מחייב שבועה או לפעמים אם יש הודאת בעל דין הוא מקבל אם טענתו את כל כסף גם כאן זה לא נא, אלא מי עדיף בטוען ונטען הלוקח שיש לו רוב או המוכר בטענתה שהיה לו הלוקח לפרש והוא מוחזק ואין להקשות מאי שנא איסורין ממזמן כי זה דין של טוען ונטען וגם רובא וחזקה רובא עדיף כי כאן זה דין של טוען ונטען.

עד כאן אלו טעמים של אין הולכין אחר הרוב יש עוד כמה טעמים שזה לא מובא בראשונים 1. קונטרס הספיקות לומד שזה משום סמוך מיעוטא לחזקת ממון והוי פלגא ופלגא ורשב"א שואל זה שלהלכה לא פוסקים כן אלא כאן שיטת דרבנן נש' עם שתירץ בכאן זה להחמיר וצ"ע אם רוב זה דרבנן וכן משמע מתוס' בב"ק אבל בראשונים לא משמע אלא

כקצות או כתרומת הדשן (קה"ס כלל ג) דין שטמ"ק בשם תוס' הרא"ש משמע ש' מדין זה ?

2. שיש (ש"ד פ"ח) עמד שזה גזירת הכתוב על פי שניים עדים יקום דבר שדוקא עדים ולא רוב וחזקה וקשה עליו א. בגמרא בגיטין דף ב: מבואר שלומדים דבר דבר ממון שצריך שני עדים בדבר שבממון ודבר שבערוה וודאי שייך רובא. ב. מגמרא בב"ק ששם מבואר שזה לא מגזירת הכתוב אף מסברא זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה וצ"ע ויש לתרץ על פי שערי יושר (ש"ג פ"ב) שפסוק ממעט שעד אחד אינו נאמן ורוב וחזקה זה לא עד ויש לעיין מרשב"א כתובות יא. שכן משמע שבעינין ראיה בחסרה מ' של עדים כן ראיתי ב' זהב אבל לא נראה לי שזה כוונת הרשב"א אלא כמו התרומת הדשן שכדי להוציא זה דין של מוציא מחבירו עליו הראיה ומהו הראיה זה רק עדים אבל לא מוחזק אין צריך ראיה ברורה כי הרוב זה הראיה ברורה 3. פני יהושע בגיטין (דף מח:): שזה מפסוק מי בעל דברים יגש אליהם ואפילו שגמ' אומרת שיש סברא זה למ"ד הולכין בתר הרוב אבל למ"ד שאין הולכין צריך פסוק.

דין רבא דאיתא קמן או דליתא קמן ב' אין הולכין בתר הרוב, הרשב"ם דף צג. ד"ה והוא דאפיה מוחזק משמע שסבר ששמואל סבר

אין הולכין בתר הרוב זה רק דיהא בליתא קמן אבל ברובא דאיתא קמן הולכין בתר הרוב אבל רשב"א (בגליון) מביא שרשב"ם דף צב: ד"ה באיסורא מביא הרשב"ם שם ציור של תשע חנויות וזה ציור של שרבא דאיתא קמן ועם כל זה אין הולכין בתר הרוב בממון וזו סתירה התרומת הדשן סימן (שיד) לומד מרשב"ם ד"ה והוא מרשב"ם שסובר שרובא דאיתא קמן לכו"ע הולכין בתר הרוב וצ"ב מהו חילוק מרובא דאיתא קמן בין ליתא קמן ועוד סתירת דברי הרשב"ם ראיתי כמה תירוצים לישב את סתירת הרשב"ם האילת השחר מתרין שרשב"ם לפני זה כמו שיטת רבנן שחולקים על רב אחא ורק לפי רב אחא שיש חילוק בין דאיתא קמן ובין דליתא קמן ראיתי עוד תירוצן בנעימות נצח שמקשה למה הרשב"א מביא כאן רובא דליתא קמן מהיכן ראה את זה כאן בדברי גמרא ויש לתרין שרשב"ם לומד שכל הו"א עד כאן היה ששמואל סובר גם בדאיתא קמן אין הולכין בממון אחר הרוב כי כאן דברי הגמרא בהרבה שזורים אבל סוף הגמרא אוקמיתא שזה ללא שזורים אחרים זאת אומרת שגמרא חזרה שזה דוקא בדליתא קמן.

הרשב"א בשו"ת (מהדו"ת סי' קגסה"ק) מבאר חילוק בין רובא דאיתא קמן בין ליתא קמן על פי רש"י קידושין (דף פ.) דרובא דאיתא קמן

לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה וזה ה' דאין הולכין בתר הרוב בממון וצ"ע מה אם רב לא סבר סמוך מיעוטא לחזקה וכו' ועיין תוס' הרא"ם ששואל את זה ומשמע שלמד כרשב"א ומתרין שרב סובר מחזקה שמשותנית לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה כי צריך לזה חזקה מעיקרא וצ"ע בדברי התוס' הרא"ש שאומר שזה חזקה מעיקרא ואולי לומד שחזקת מרא קמא זה חזקה מעיקרא או ש' זה אבל אם דין מוחזק לא חזקה משום פסק דין זה וודאי שזה מספיק כדי לעשות פלגא ופלגא, ויש להסביר שיטת רש"י בקידושין שרובא דאיתא קמן זה גדר של גזירת הכתוב אבל רובא דליתא קמן זו סברא ואת התרומת הדשן שעמד שדין רוב צריך מספיק ראיה כדי להוציא ממון ממוחזק יש להסביר שרובא דאיתא קמן זה גזירת הכתוב שזה מכריע את הממון ואם זה ראיה ברורה כי כן מכריעים אבל רובא דליתא קמן זה לא גזירת הכתוב שזה מכריע זה לא סברא מוחלטת אלא זה בעצם גדר הנהגה סברא של רוב אבל לא מספיק ראיה אבל לענ"ד לפי הרשב"ם אין דברים לכל. והנשאל של הכרעה וכו' כי זה בגדר טענה מאי שנא בשניהם יש לו טענה טובה ויש לתרין שרובא דאיתא קמן זה טענה יותר טוב מן המוחזקות ואולי משום שזה

גזירת הכתוב שזה סברא להכריע וברובא דליתא קמן זה לא מספיק טענה טובה.

[בעצם סמוך מיעוטא אחזקה צ"ב שחזקה זה לא כמו מוחזק ואיך זה יכריע רק אם נלמד שחזקת מרא קמא זה חזקה מעיקרא יש פשט וראיתי בזר זהב שכתב שאפילו אם זה מוחזק גם שייך אם זה דין וודאי המיעוט זה עושה פלגא ופלגא וצ"ע לפי תרומת הדשן שזה ספק ולא וודאי שפירש הרשב"ם שיש חילוק בין רובא דאיתא קמן בין ליתא קמן יש לתרץ שב"ד זה רובא דאיתא קמן ובגלל זה הולכין בממוזן אחר הרוב (וכן נשמע מתוס' סנהדרין דף ג: חילוק זה).

עיין תוס' ר"ד שמביא את הקושיא בסוגיתנו ואומר שיש שמתרצים הכל והוא מתרץ לפשיטותו שכל ט' שאין הולכין בממוזן אחר הרוב זה משום טענה טובה ואם רוב ב"ד מסייע לתובע או לתבע אז זה רוב שיש לו טענה יותר טובה ובגלל שנותנים למי שב"ד פסקו ולעיל הסברנו מה זה טענה טובה).

ועיין תוס' סנהדרין שכתבו שרוב כזה יותר חשוב מרובא דזבינא להדיא ולכאורה לפי תרומת הדשן מסביר התוס' משום דאם זה מספק חשוב הרוב זה כמו ראיה של עדים שזה כן ולא שייך המוציא מחבירו עליו הראיה כי זה הראיה שרוב הדיינים פוסקים כמוהו.

לפי טעמו של פני יהושע שזה משום פסוק מי בעל דברים יגש אליהם זה לא שייך להגיד לב"ד להביא ראיה למי למ"ד הם הב"ד בעצמם.

ולפי טעמו של ש"ש שזה משום גזירת הכתוב על פי שניים עדים יקום דבר הרי כאן זה רק מיעוט על טוען ונטען ולא על ב"ד.

עיין תוס' בב"ק (דף כז:) ששואל למה בדיני נפשות רואים שפוסקים על פי הרוב והרי ק"ז אם בנפשות רואים שפוסקים על פי הרוב כל שכן בממוזן הקל ותוס' מתרצים שב"ד זה לא רוב ומיעוט משום דמיעוט הדיינים נחשבים כמי שאינו ולכך יוצא שכל הב"ד פוסקים ולא רוב פוסקים אלא כל הב"ד ומה פשט בתוס'.

הרענ"א לומד שכל דין זה סמוך מיעוטא לחזקה אבל אין סומך מיעוטא כי המיעוט זה אינו ובגלל הולכין אחר הרוב.

המהר"ם חביב עיין קונטרס הספיקות (כלל יד) שהמיעוט מבטלים דעתם מפני הרוב.

ומפני שמבטלים דעתם נשאר שכל הב"ד פוסק כמוהו. וזה קשה אם מבטלים דעתם שכל הב"ד פוסק אם אך לומדים דין רוב מפסוק זה כאן שאני כי כולו ולא רובו [אגב יש מחלוקת בין הקונטרס הספיקות ומהר"ם חביב אם דין זה שצריך לבטל הדעת זה רק בב"ד הגדול לגבי שבעים ואחד לגבי סורר ומורה או שזה לכל ב"ד] עיין ב' (הגהות השלם

עמ' קבז) שתירץ שענד שלא נברר שאמת זה כמו הרוב לא מבטלים דעתם המיעוט ואם כן יוצא שרוב זה המכריע ואופן שהכריע כרוב אז אין מיעוט יוצא שכל הדין זה הרוב ואם כן אפשר ללמוד מפסוק.

מהלך חדש

ולענ"ד נראה להציע פשט מחודש תוס' ד' כג: (ב"מ) אומר שמתי הדין שלא הולכין בממון בתר הרוב זה מתי שיש מוחזק ומתי שאין מוחזק הולכין לכו"ע אחר הרוב, ואם כאן שב"ד פוסקים שהוא לא מוחזק הולכין בתר הרוב משום דאין מוחזק ויש להסביר זה, אך כל מוחזק אומר המוציא מחבירו עליו הראיה הרי זה ספק גזל [יש ת' שספק גזל מותר ויש שרצו לתרץ שאומר שאם לשני אומרים שזה ספק גזל ויש כזה סי' (מ"ה דף קנד: כבתירון מהר' באסון כן אמר האדמו"ר שליט"א למישהו]. אבל זה תירוצים מחודשים. ר'

שמעון שקאפ מתרץ תירוצ' נפלא מי אומר שהוא לא גזלן זה בבב, הרואים לדבר משפטי הממון ובגלל לפי משפטי הממון נקבע שמ' שהוא מוחזק לא מוצאים ממנו ואם כן כאן בדיני משפטי הממון נקבע שהוא לא מוחזק אלא אם הוא ממשיך להחזיק בזה הרי הוא גזלן ובגזלן הולכין בתר הרוב.

לפי שיטת דרבנן:

1. קצות שחזקת ממון רואים אבל מי זה
  2. תרומת הדשן דין של המוציא מחבירו עליו הראיה
  3. רעק"א ותוס' הרא"ש סמוך מיעוטא לחזקה והוי פלגא ופלגא.
  4. פני יהושע בגיטין מי בעל דברים יגשו וכו'.
  5. ש"ש על פי שניים עדים יקום דבר.
- לפי סומכוס: 1. פני יהושע שצריך טענה  
2. תוס' רי"ד טוען ונטען

הבה"ח זאב ביניק הי"ו

דף קז.

## אחין שחלקו ובא ובע"ח ונטל חלקו של אחד מהן

במעות רב אמר בטלה מחלוקת קא סבר האחין שחלקו יורשין הן ושמואל אמר ויתר קא סבר האחין שחלקו לקוחות הוון וכלוקח שלא באחריות דמי רב אסי

שנינו בגמ' (ב"ב ק"ז.): איתמר אחין שחלקו ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהן רב אמר בטלה מחלוקת ושמואל אמר ויתר ורב אסי אמר נוטל רביע בקרקע ורביע

מספקא ליה אי יורשין הוו אי לקוחות הוו הלכך נוטל רביע בקרקע ורביע במעות אמר רב פפא הלכתא בכל הני שמעתתא מקמצין אממר אמר בטלה מחלוקת והלכתא בטלה מחלוקת, ע"כ.

**א. האיך יכול המלוה לטרוף מאחד מן האחין:**

והקשו הראשונים איך טרף בעל חוב את חובו מאחד מהם, והרי כולם חייבין לפרוע חוב אביהן ויטול הבע"ח מכל אחד חלקו המגיע כדתניא ביש נוחלין (בב"ת קכד.) יצא עליהן שטר חוב בכור נותן פי שנים.

א. תוס' (ד"ה ובא) תירצו דמיירי כגון שאביהם עשה השדה אפותיקי בסתם, ולכן יכול הבעל חוב לטרוף השדה ממנו, ופירשו בתוס' דאין זה באפותיקי דהמקבל (ב"מ דף קי:) דשם איתא דאינו יכול לסלקו בזוזי משא"כ כאן הא איכא לרב אסי דס"ל דנוטל רביע מעות, משמע שיכול לסלק הבעל חוב בזוזי.

ב. הרשב"א (ד"ה ואיכא) והמגיד משנה כתבו דמיירי בשעשה האב אפותיקי מפורש (ולא כתוס' שמדובר באפותיקי סתם).

ובביאור מדוע נקטו התוס' דאיירי באפותיקי דסתם ולהרשב"א באפותיקי מפורש, נראה לבאר דהנה הרשב"ם (ד"ה

מספקא ליה) הביא ב' מהלכים בביאור דברי רב אסי: א' דס"ל דפוטרו במעות. ב' דנותן לו דווקא קרקע. ונראה דהתוס' פירשו כפירוש א', ולכך ס"ל דאיירי באפותיקי סתם (דאל"כ הרי אין יכול לפוטרו במעות).

ולהרשב"א ולמגיד משנה פירשו כדרך ב' ברשב"ם ולכך פירשו דאיירי באפותיקי במפורש שבכה"ג אין יכול לפוטרו במעות.

ג. הרמב"ן תירץ דאיירי שאחד מהאחים ירש קרקע שהיא בינונית וכיון דדינו של בע"ח בבינונית לכן הבעל חוב יכול לפרוע כל חובו מאותו אח, ואינו יכול לטעון לו שייבקש חלק מאחיו, ועוד כתב הרמב"ן דאם היה לכל האחים קרקע שהיא בינונית, יכול הבעל חוב לפרוע חובו מאחד אחד ומאיזה אח שהוא ירצה (וכן מבואר ביד רמה (ד"ה ואגב) ורבינו יונה (קכד: ד"ה ואם) וכן כתבו הרשב"א והריטב"א, שבעל חוב יכול לגבות את כל חובו מכל אח שירצה, כשמדובר שכל הקרקעות שוות).

**ב. ביאור דברי הרמב"ן:**

הקצוה"ח (סימן קז סק"ט) והתרומת הכרי מקשים דהאיך אנו למדים את דברי הרמב"ן דמתחילת דבריו ראינו דדינו של

הבע"ח בבינונית, ולכן יכול הבעל חוב לפרוע חובו ממנו, אך אם יהיה לב' האחים קרקע בינונית צריך לפרוע את חובו מב' האחים, ובסוף דברי הרמב"ן למדנו דאם יש לב' אחים שדה בינונית יכול הבעל חוב לפרוע חובו מכל אח ורוצה מזה גובה, רוצה מזה גובה.

ולכן ביאר הקצוה"ח שלרמב"ן כלל לא היה קשה האיך לקח הבעל חוב את חובו מאח אחד כיון דזה דבר ברור שיכול הבעל חוב לפרוע את חובו מכל אח שירצה, אלא הוקשה הרמב"ן מדוע פרע הבעל חוב את חובו דווקא מאותו אח אחד ולא פרע את חובו מכל האחים (ונראה כן מלשון הרמב"ן דכתב אמאי נטל חלקו ולא כלשון תוס' דכתב האיך טרף) ותירץ הרמב"ן דמשום שרק לאותו אח היתה שדה בינונית ולכן רצה הבעל חוב לפרוע חובו דווקא מאותו האח ולא משאר האחים.

התרומת הכרי (סימן קעה ס"ד) והאבן האזל (הלכות מלוה פכ"ה ה"י ד"ה והנה) הקשו על ביאור הקצוה"ח ברמב"ם דאין נראה לומר דקושית הרמב"ן היתה על רצון הבעל חוב, משום דמה שייך להקשות על רצון המלוה, ועוד דלשון הרמב"ן בתירוץ אינו משמע כן משום

שכתב דשעבודא דבעל חוב עלה מוכח דדינא בא להשמיענו הרמב"ן.

ומכח קושיתם למדו שקושית הרמב"ן היתה כקושית הראשונים, דהאיך מותר לבעל חוב לפרוע חובו מאח אחד בזמן שזה חוב האב המוטל על כל האחים לפרוע. ותירץ מעיקרא דמיירי כשרק לאותו אח יש בינונית ולבסוף חזר בו ונקט לדינא דגם בשדותיהן שוות רצה מזה גובה רצה מזה גובה. (וכן נראה מדברי הרשב"א שמפרש שהאיך יכול הבעל חוב לפרוע חובו מאח אחד ותירץ דלקח אח אחד בינונית, ואח"כ מפרש הרשב"א ומסתברא דאם יש לשני אחים שדה בינונית יכול הבעל חוב לפרוע את חובו מאיזה אח שירצה, ומכאן נראה דיש בזה ב' שיטות ואינו שיטה אחת).

## ג. אמאי גובה מן הבינונית הא דין היתומים בזיבורית:

עוד מקשה הקצוה"ח (שם) על מאי דכתב הרמב"ן דמיירי כשלאותו אח יש בינונית ועל כן גובה מאותו אח דהא קי"ל דאין נפרעים מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית (גיטין מח:): וא"כ מדוע פרע החוב מקרקע שהיא בינונית.

והנה זה פשוט דבאופן שיש קרקע זיבורית ובינונית נפרע הבעל חוב מיתומים בקרקע

זיבורית, אבל באופן שיש רק קרקע בינונית בודאי נפרע הבעל חוב מקרקע בינונית אפי' מיתומים.

ועתה יש לדון מה יהיה הדין באופן שלאח אחד יש קרקע שהיא בינונית ולאח השני יש קרקע שהיא זיבורית, האם בעל הקרקע הבינונית יכול לדחות הבעל חוב לבעל הקרקע הזיבורית.

ונראה לפרש דבזה נחלקו התוס' והרמב"ן, דלתוס' שתירצו מדוע יכול לפרוע הבעל חוב את חובו מאחד אחד ותירצו שהיה לשדה זו אפותיקי ולכן מותר, ולכאורה קשה מדוע לא תירץ התוס' כרמב"ן דמדובר בשהיה לאח שדה בינונית, אלא דלרמב"ן אפי' שיש אחנוסף שיש לו קרקע זיבורית ודינו של בע"ח ביתומים בזיבורית, אינו יכול לטעון לו שילך לאחיו בעל השדה הזיבורית, אך לתוס' פורע את חובו מכולם יחד.

ובאחרונים פירשו דיסוד מחלקותם שאם לאחר חלוקת הירושה האחים יש בהם דין כגוף אחד, וא"כ יכול וצריך לפרוע חובו מזיבורית כיון דדינו של בעל חוב ביתומים בזיבורית (ואינו מובן כ"כ דא"כ לשיטת תוס' צריך שיהיה פורע כל חובו רק מבעל השדה הזיבורית ולא מכל האחים ולא כפירוש הקצוה"ח), או דלאחר שחלקו

הירושה כל אח יש בו דין לפני עצמו, וא"כ כשבא הבעל חוב לבעל השדה בינונית אין לאותו אח שדה אחרת שהיא זיבורית, ואינו יכול לדחותו אצל אחיו משום דיש לו דין בפני עצמו, וכל הדין שהבעל חוב פורע את חובו ביתומים בזיבורית. זה רק אם יש שדה זיבורית אבל אם אין לו אלא בינונית בודאי פורע את חובו משדה הבינונית, וכשיטת הרמב"ן דרוצה גובה מזה, ורצה גובה מזה ויכול לבחור מאיזה שרוצה [אך צריך להבין מהו הגדר שיש לכל אחד דין בפני עצמו והרי מדובר על חוב של אביהם, והאיך אפשר לומר דאין זה קשור אלא רק לאותו אח שהבעל חוב רוצה לפרוע את חובו, אך ע"פ דברי רבי ארי' לייב דלהלן א"ש].

ולכן התוס' לא תירצו כרמב"ן שמדובר שאחד מהאחים ירש שדה בינונית כיון דעדיין קשה מדוע שלא ידחה אותו לבעל השדה הזיבורית כדין בעל חוב אצל יתומים, ולכן תירץ שמדובר שאביו עשה השדה אפותיקי. אך לרמב"ן דלומד שיכול הבעל חוב לפרוע חובו מכל אח שירצה ואינו יכול בעל השדה לדחות את הבעל חוב שיפרע לו משדה זיבורית משום שרוצה מזה גובה.

ונראה דלכן רצה הקצוה"ח ללמוד בתחילה דקושית הרמב"ן אינו אלא על רצון הבעל חוב, ולא למד האיך מותר כיון דא"כ גם לשיטת הרמב"ן באופן שיש זיבורית צריך לפרוע וכו'.

ב. התרומת הכרי חולק על הקצוה"ח ולמד דלהה"ג שכתב שיש שדחקו שאין לשאר האחים בינונית, וקשה דאין גובין מנכסי יתומים אלא מזיבורית, ואפי' הם גדולים, ומתרץ דזה דווקא ביורש אחד אבל ב' יורשין אין התקנה [משום דאין ניחא להם התקנה משום דתינח לשמואל דויתר, אבל לרב דבטלה החלוקה עדיף אחים שיפרע כל חובו מזיבורית ואח"כ יחלקו מבינונית]. ונראה לתרומת הכרי דנתכוון לומר עידית ולא זיבורית ולא בינונית וזיבורית דבאופן כזה יגבה כל החוב מבעל הבינונית כיון דבעל העידית ידחה אותו, ולפ"ז אפשר לומר דלזה עידית ולזה זיבורית אלא אמאי קרי ליה בינונית משום דקי"ל (ב"ק ז:) בשלו הם שמין וכל שאין לו בינונית הזיבורית אקרי בינונית, (ואל"כ משום דלא כתבו המפרשים מה יש לאחים האחרים אלא דלאותו אח יש שדה בינונית).

ואפשר דבאמת יוכל הבעל השדה הזיבורית לומר לאותו בע"ח שאני אפרע

לך חצי ומה איכפת לי שאחי נטל שדה עידית אלא דבאמת יכול לומר כן אלא דאינו ניחא לו, ונתן לו כל חובו מבינונית ואח"כ מתחלק עם אחיו שדה העידית אז זה רק לשיטת רב דבטלה מחלוקת, אבל למ"ד ויתר י"ל דלא ניחא ליה בהאי תקנתא משום דנוח לזה ואינו נוח לזה אך יותר מסתבר לומר דכלאחד עידית, ולאחד בינונית שיפרע מהעידית משום דיכול לטעון לו לבעל חוב דלא עדיפא מאבינו שבחיינו אין לך זכות בעידית, והלכך שפיר לומר דלקח כל חלקו מבינונית.

ג. האבן האזל מתרץ (מלוה פר"כ ה"י ד"ה אלא) שבגמרא (גיטין) דכתיב שבעל חוב ביתומים דינו בזיבורית כל תקנת החכמים לטובת היתומים הוי, ובשעה שהאב מת והאחים חולקים בירושה וכל אחד לוקח חלק משדה בינונית ומשדה זיבורית אז עדיף ליתומים שיקח הבעל חוב משדה הזיבורית, אבל בשעה שחלקו האחים שאח אחד לקח בינונית ואח שני לקח זיבורית אין התקנה של חכמים של בע"ח גובה ביתומים מזיבורית, כיון דזה רק לטובת האב שלקח השדה הבינונית, אבל לבעל השדה הזיבורית אין זה תקנה טובה

ולכן חוזר הבעל חוב לדינו הראשון שזה שדה בינונית.

אך התרומת הכרי אינו לומד כן משום שלהלכה הדין הוא כשמואל שאמר בטלה המחלוקת, וא"כ עדיף לאח שיקחו ממנו כל השדה הזיבורית ואח"כ יחלוק עם האח השני את שדה הבינונית.

ד. בחידושי רבי ארי' לייב (סימן נח ס"ה ד"ה ונראה) יישב קושיית הקצוה"ח על דברי הרמב"ן דהרי אין נפרעים מנכסי יתומים אלא מהזיבורית, וז"ל: די ש להסתפק בעיקר הדין דאין נפרעין מנכסי יתומין אלא מן הזיבורית, אם הוא הפקעה מעיקר השעבוד שהפקיעו חכמים את השעבוד של מיטב מנכסי יתומים, או רק דין בגוביינא שאין גובין מנכסי יתומין אלא מן הזיבורית, אבל עצם השעבוד לא הפקיעו. והנפ"מ יהא לגבי לקוחות שלקחו מן היתומים, דאם עצם השעבוד הופקע א"כ הוא הדין בלקוחות שלקחו מהם לא יגבו אלא מן הזיבורית אבל אם השעבוד כמו שהיה אלא רק שאמרו חכמים שאין גובין מן היתומים אלא מן הזיבורית כל זה הוא רק אצל היתומים אבל על הלקוחות שלקחו מהם לא תקנו חכמים,

ונראה לומר בזה דבר חדש דעיקר הדין דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן

הזיבורית אינו שום הפקעה לא בשעבוד ולא בגוביינא. אלא דכיון דיתומים יש להם דין שיכולים לפרוע חוב אביהם ומטעם ברא כרעיא דאבוהון ורק שמדין זה מחוייבים הם בכל חיובי האב, בזה אמרו חכמים שיתומים יכולים לפרוע חוב אביהם גם בזיבורית, וכיון דעושים פרעון ממילא אינו יכול לבוא עליהם מדין שעבוד או מדין גוביינא. אבל הדין עידית שיש בשעבוד וכן בזכות הגוביינא לא נפקע כלל ויוצא. ויוצא מזה דעיקר התקנה היתה שיוורש יכול לסלק את הבעל חוב גם בזיבורית, אבל מה שנוגע לזכות הבע"ח לא נפקע כלל הדין עידית.

ולפי"ז מתבאר פשוט דברי הרמב"ן דכ"ז לא שייך אלא רק היכא שיש להיורש זיבורית במה לפרוע אבל היכא שאין לו רק בינונית ואין לו כלל זיבורית והזיבורית אצל האח השני, הרי אינו יכול לפרוע במה שתחת יד האח השני שהלה אינו רוצה לפרוע, וממילא הדר דינא דגובה מן הבינונית משום דזהו עיקר שעבודו, דמה שנוגע לשעבוד שלו לא הפקיעו חכמים, עכ"ל.

ונראה לומר כן בדברי הרמב"ן, דמלשון הרמב"ן שהקשה מדוע לקח הבעל חוב את חלק אח אחד ולא משאר האחים,

ומתרץ הרמב"ן דשיעבודא דבע"ח עליה,  
ומשמע מכאן ללמוד כאבן האזל  
והחידושי רבי ארי' לייב דלשיטתם כל  
ההלכה שמותר לקחת מבינונית הוי משום

השעבוד. וביתומים ג"כ דין השעבוד  
בזיבורית.

דמ"מ ראה יש ב' דכל מיגו בזה שטוען פרוע  
הרי למעשה הודה שאין זה מזויף.

וידוע לבאר מהלך הנמוקי' ע"פ היסוד שמיגו  
הוי כח הטענה ולכן בכל מיגו כגון פרוע אף  
שהודה מ"מ הרי מזה גופא שהיה יכול לטעון  
ולא טען יש לו כח טענה הראשונה אבל כאן  
כיון שהודה ממש בפניו לפני טענתו א"כ  
נתבטלה כח הטענה ולכן אין לו מיגו ודמי  
למיגו במקום עדים.

והאחרונים הקשו דיש גמ' מפורשת שמהני גם  
ראשונה מיגו והיא ררהוריה ג"ז ומודה ר'

הר"ד יהודה אשר שווארץ הי"ז  
לב:

בדעת הנמוקי' בביאור שיטת הרשב"ם בדעת  
רב יוסף דהאי שטרא חספא  
רשב"ם ד"ה אמאי קא סמכת אהאי שטרא  
וכו'. רבים נתחבטו בהבנת הרשב"ם עיין  
הראשונים ויודו והיה הומוה"ל רמ"א דנוח

# הערות על המסכתא

הראשונה אינה אמת שהרי אמר דשטרא  
זייפא הוא ולכן אין לו מיגו. והדברים צ"ב א'

יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה  
ולקחתיה הימנו שהוא נאמן שהפה שאסר

הוא הפה שהתיר. והרי שם הודה ממש בפניו ואע"פ כן יש לו מיגו. והאחרונים תירצו שזה הפה שאסר ובמקום הפה שאסר ודאי מהני דיסוד הפה שאסר הוא שהוא הבעלים על הדבר וא"כ צריכים להאמינו. אך עדיין צ"ב דנמצא שבכל מקום שיאמר אין זה מזויף אלא פרוע אטו לא יהא לו מיגו.

וע"כ נראה לענ"ד לחלק באופן אחר והוא דכל מקום שבתוך הטענה הודה ואפי' שהודה קודם שטען אבל עכ"פ זה היה ביחד עם הטענה ומכח הטענה הודה בזה אמרינן דמ"מ נאמן שהרי הא גופא מכח שהיה יכול לטעון יכול לטעון טענה זו. אבל כאן לא היה זה בתוך הטענה אלא היה זה הודאה צדדית שלחיש ליה לרבה דשטרא זייפא הוא ולכן נחשב כהודה ממש בפניו וביטל כח טענתו ואין לו כח בטענה, וק"ל.

## הבה"ח נפתלי וואלפין הי"ז

דף לח:

בגמ' לח: "ה"ד מחאה אמר ר"ז פלניא גולנא הוא לא הויא מחאה, פלניא גולנא דנקיט לארעא בגולנותא ולמחר תבענא ליה בדינא הויא מחאה" ע"כ.

נחלקו הראשונים אם זה שאמר רב זביד ולמחר תבענא ליה בדינא אי דוקא נקיט ובלא זה אינה מחאה, או שבלא"ה הוי מחאה שפיר ולא דק בלישנא. וברשב"ם ד"ה ולמחר הביא שי' הר"ח וכן נקט הרמ"ה אות צ"ה שצריך לומר ולמחר תבענא ליה לדינא ובלא"ה אינה מחאה. אך ברשב"ם הנ"ל ובתוס' ד"ה ולמחר נקטו שאי"ז דוקא רק בזה שאמר "פלניא גולנא דנקיט לארעא בגולנותא" הוי מחאה מעליתא. והא דנקט ולמחר תבענא ליה דינא ביאר ברא"ש דאורחא דאינש למימר הכי כשמוחה ומודיע הדבר לרבים לומר להם דברים הנשמעים ואל תתמהו אם הוא כדברי למה איני תובעו לדין להוציא הקרקע מידי לכן הוא אומר אין העתנות עתה שאוכל להוציא מידי אלא היום או למחר אתבענו לדין ואוציא מידי לכן אני מודיע לכם הדבר שלא יוכל לטעון חזקה עכ"ל.

ובתוס' הוכיחו מזה שלא אמר ר"ז שדנקיט לארעא בגולנותא אינה מחאה מוכח דהוי מחאה, יצוין שביד רמ"ה הוכיח מזה גופא שאינה מחאה מדלא אמר שבזה הוי מחאה). ויש לעיין בטעמו של שי' הר"ח, דלכא"ו עיקר המחאה שידע המחזיק שהמכ"ק מוחה וס"ל שמעולם לא מכר קרקע זו וידע ליהור בשטרו ומה עוד אנו צריכים שיזהירונו שלמחר תבענא ליה בדינא. עוד יש לדייק דברי הרשב"ם ד"ה

ה"ד מחאה, שכתב אמחאה שלא בפניו קאי ע"כ. ומה חילוק יש בין מחאה בפניו או שלא בפניו בשניהם העיקר שידע המר"ק ליזהר בשטרו.

וברשב"ם כתב שאם לא אמר למחר וכו' הרי הוא כנותן פגם בחבירו ולא כמוסר עדות ואינה מחאה כן ע"כ, ודבריו צ"ב מה כוונתו ואיזה מסירת עדות צריך כאן. וביאור דבריו נראה כמו שפי' הרא"ש סי' כ"ח דכל כמה דלא קאמר למחר וכו' אינו אלא כנותן פגם לחבירו ואין השומעים חוששין להגיד למחזיק ע"כ. וזהו כוונת הרשב"ם שאינו מוסר למחזיק אזהרתו שאל ישב בקרקע שאין נראה אמייתי בדבריו כ"כ שיאמרו השומעים למחזיק, ובזה אתי שפיר דברי הרשב"ם שאמחאה שלא בפניו קאי, שמדבריו מדויק שהחסרון שלא יאמרו השומעים למחזיק אך אם המחזיק שמע הוא עצמו לזהר בשטרו יהא שמא יפסיד בדין שיתבעו הלה.

אך ביד רמ"ה ביאר באופן אחר קצת דכל היבא דלא גלי דעתיה דדעתיה למיתבעניה בדינא סמכא דעתיה דמחזיק דלא תבע ליה ולא מזדהר בשטריה ע"כ. הרי שמבואר הכא שאפי' שמע מזה המחזיק ולכאו' אפי' בפניו הוי אמחאה לפי שנראה בעיניו כמשחק ואין כוונתו באמת לתבעו בדין ולכך אין נזהר בשטרו. ומדבריו נראה מרגעיתא בכל סוגית

חזקה ומחאה. שצריך שתהא מחאה כ"כ נגד החזקה, מאחר וחזקה היא שהמחזיק נראה כבעלים בקרקע זו כאילו קנאה ולכך צריך מחאה בשביל שהוא עצמו לא ירגיש כבעלים בקרקע זו עד כדי שיצטרך ליזהר בשטרו ובאמת לא סגי בזה שאמר לו סתם שסבור שהוא גולן שהרי בעיניו נשאר לבעלים בקרקע ורק כשמרגיש שלא תשאר הקרקע בידו זו נקראת מחאה. שבעלים אי"צ ליזהר בשטר שלהם [ואף הרשב"ם לכאו' אין חולק בזה רק חלק בגדר הדבר].

## הבה"ח אהרן זאב הלוי סג"ל הי"ו

דף מ: -מא.

### מתנתא סתמא אי הוי מודענא לחבירתה

איבעיא להו בגמ' סתמא מאי, וברשב"ם הביא ב' פירושים באיבעיא ובפירוש השני מבאר דאמודענא קאי, דאמרינן דמתנתא טמירתא ל"ה מודענא לחבירתה, ואיבעיא להו אי מתנתא בסתמא הוי מודענא או לאו, והקשה הרשב"ם וז"ל: ולא נהירא כלל דלהווא לישנא דאמרי' סתמא פסולה ודאי לא הויא מודענא דהיינו טמירתא. ע"כ.

וצ"ב בטעם מחלוקתם, ובדברות משה (סי' נח הערה ס"א) ביאר דדעת (היש מפרשים הוא דס"ל דסתמא הוי ספק ולכן בטלה המתנה

איז מטעם ספק וכנ"ל אלא – ודאי ל"ה מודענא  
דהיינו טמירתא, היינו שזהו ממש טמירתא,  
וק"ל.

**הבה"ח שמואל איידליס הי"ז**

**דף מ:**

**מודענא במעשה דפרדיסא**

איתא בגמ' דף מ: ומודי רבא היכא דאניס  
וכמעשה דפרדיסא  
וביאר הרשב"ם שמשום שרואים שטוען  
שלקח ומצד שני מבקש שטר זה סתירה  
ובגלל זה מהני המודענא.  
ולכ' קשה שמעשה דפרדיסא הוי שדה זוא"ב  
למה מצריך רבא מודענא.

וביאר הבית יוסף דבאמת אם יודעים האונס  
אי"צ מודענא רק כאן שרק ע"י מודענא שאמר  
להם יודעים האונס אז צריך מודענא, ומה  
דביאר הרשב"ם דהוי אונס גמור רצה לומר  
שאפי' באונס ממון אפשר דהוי אונס, ואפי'  
שלכ' העדים רואים לבד שמצד אחד טוען  
שקנה לפני ג' ועכשיו רואים שטר שמכר  
עכשיו מ"מ חיישינן שמא בשעת מכירה  
נתרצה.

וצל"ע דלכ' בציוור זה אין דין מודענא רק שצריך  
לדעת שהיה אונס, וא"כ מה אמרה הגמ'  
שמודי רבא כאן שצריך מודענא.

מספק, אך גם מודענא הוי מספק דשמא ל"ה  
טמירתא וכיון דהוא מוחזק תהא בטילה  
המתנה מספק, ואף שממ"נ אינה שלו אלא או  
של הראשון או של השני, כיון שעשה בכונה  
שיהיה ספק הוא מבטל בין לזה ובין לזה  
דיתבטל מדין ספק מתנה לראשון רק לגבי  
דידיה ולא לגבי השני, והרשב"ם לא מסתבר  
ליה לומר הכי וס"ל דממ"נ יצא מרשות  
הבעלים ויהא נידון בין שני בעלי השטרות.

אך צ"ע בלשון קושיית הרשב"ם דמשמע  
מדבריו דפליג משום דלמ"ד דסתמא פסולה  
ודאי ל"ה מודענא דלא שנא מטמירתא, ולפי  
משנ"ת לק"מ דאינו ממש כטמירתא כיון דהוי  
ספק, ואי פליג בסברא הו"ל לפרש זאת ולומר  
דאינו נכון כיון דממ"נ יצא מרשותו.

ונראה לבאר דהא דפליג הרשב"ם הוא מטעם  
אחר. ופירוש דבריו כך הוא, דהא אמרי' לעיל  
היכי דמי מתנתא טמירתא וע"ז הובא ב'  
לשונות ובלשון ב' נתבאר דמתנתא טמירתא  
היינו בסתמא דלא אמר להם לכתוב בשוקא  
ובברייתא, א"כ ודאי אאפ"ל דבסתמא הוי  
מודענא דהא ללישנא דסתמא פסולה היינו  
דזהו מתנתא טמירתא שהרי על השאלה היכי  
דמי מתנתא טמירתא פירשו דהיינו סתמא  
וא"כ הא אמרי' לעיל דמתנתא טמירתא ל"ה  
מודענא. וזהו פירוש דברי הרשב"ם: ולא נהירא  
כלל דלהווא לישנא דאמרי' סתמא פסולה –

ומטעם קושייא זו ביאר הב"ח דהגמ' תירצה  
דבאונס ממון מצריך רבא מודעא וזהו גופא  
מעשה דפרדיסא.

ודברי הב"ח תמוהין מאוד חדא דלמה תפסה  
הגמ' מעשה דפרדיסא הגמ' יכולה לומר כל  
אונס ממון. ועוד מה רצה הרשב"ם להוסיף  
שהוי אונס גמור, להיפך הרשב"ם רוצה לומר  
שפחות מאונס הגוף, ועוד דתוס' בדף מח.  
(ד"ה אמר) ביאר שר"ה דיבר גם באונס ממון  
ואחר כך בדף מח: (בד"ה אבל) ביאר שרבא  
חולק ואי"צ מודעא משמע שאפי' באונס ממון  
לא מהני מודעא.

ועל כן נראה לומר ע"פ הריב"ש סי' רל"ב דיש  
מציאות של אונס קצת כמו במתנה טמירתא  
שנתן מעות בשביל הקידושין ושם מהני גם  
לרבא מודעא כמו כן כאן, ומשום שכאן לא  
יודעים את גודל האונס אולי היה אונס קצת  
ובגלל זה אומר רבא שצריך מודעא, שבלי  
מודעא הייתי אומר אולי היה אונס קצת וע"ז  
מהני מודעא. ולפי"ז מובן מה דאמר הרשב"ם  
דאונס גמור שע"י מודעא יודעים דאונס גמור.  
ולפי"ז מתורץ למה הגמ' לא הביאה גם את  
מעשה דמתנה טמירתא ששם גם מודה רבא  
שיש מודעא, ששם זה אותו ציור שזה אונס  
קצת ובגלל זה מהני מודעא.

הבה"ח אהרן זאב הלוי סג"ל הי"ד

דף מא:

בהא דבעי' עדים דדר בה המוכר חד יומא

בגמ': אתא לקמיה דרבי חייא א"ל אי אית לך  
סהדי דדר בה איהו דזבנת מיניה ואפי' חד  
יומא אוקימנא לה בידך ואי לא לא, אמר רב  
הוה יתיבנא קמיה דחביבי ואמרי ליה וכי אין  
אדם עשוי ליקח ולמכור בלילה. עכ"ל הגמ'.  
והנה בהא דבעי' סהדי דדר בה חד יומא איכא  
כמה דרכים בראשונים ובאחרונים, וכתבו  
כמה מן הראשונים דהטעם הוא משום דאי  
ליכא סהדי דדר בה ואפי' חד יומא נראה מזה  
דהמוכר גזל השדה דאל"ה היה נראה בה,  
ולפי"ז א"ש קושיית רב זכי אין אדם ליקח  
ולמכור בלילה דאפשר שלקח ומכר מיד  
וליכא ריעותא מהא דלא דר בה אפי' חד  
יומא, אך צ"ע לשי' המהרי"ט (שהובאה  
בקצות סי' קמ"ז סק"ט) דבעי' סהדי דדר בה  
חד יומא דאל"ה אמרין שהמחזיק משקר  
שאין לו במה לתלות עצמו ולכן תולה עצמו  
באחרים, וא"כ מה מקשה רב דאדם עשוי  
ליקח ולמכור בלילה דמ"מ הא חיישין  
שמשקר, וכן צ"ע לשי' הקצות (שם) דבעי'  
קצת אומדנא כדי לעשות טענין וא"כ מה  
הקשה רב וכי אין אדם כו' הא מ"מ ליכא קצת  
אומדנא שקנאו זה, ונראה ליישב במקצת  
דכוונת קושיית רב דכיון דתיקנו חכמים ללוקח

וּיִוֹרֵשׁ שְׁטַעֲנִינָן לִיה בְּבִד אִכ עִכ לֹא תִיקְנו  
 שִׁיזְטָרְךְ לִהְבִּיא עֵדִים שְׂדֵר בַּה הַמוֹכֵר חֹד  
 יוֹמָא דִּהָא אָדָם עֵשׂוּי לִיקַח וּלְמִכּוֹר בְּלִילָה  
 וְאִכ אִם יִקַּח וּיִמְכּוֹר הַמוֹכֵר בְּלִילָה יִפְסִיד  
 הַלּוֹקַח וְהָרִי חֲכָמִים תִּיקְנו לְטוֹבַת הַלּוֹקַח וְלֹא  
 מִסְתַּבֵּר שְׁחִיבוּ עֵדִים אֲדָר בַּה חֹד יוֹמָא. עוּיִל  
 (וְלִזְאֵת הַעִירְנִי הַרְהִיג ר' שְׁלֵמָה זְלִמָן מִרְק  
 שְׁלִיט"א) עִפְיִמְשׁ"כ הַרְבִּיעוּ יוֹנָה בְּבִיאֹר מֵהַלֶּךְ  
 הַגְּמִי, שְׂאֲחִ"כ אִמֵּר רַב: וְחִזִּיתִיה לְדַעְתִּיה אִי  
 אִל קִמְאִי דִּיִּדִי זְבִנָה מִיַּךְ מֵהִימָן מִיַּג דְּאִי בְּעִי  
 אִל, אֲנָא זְבִנְתָּה מִיַּךְ. ע"כ. וּבִיאַר הַרִיזוּ שְׁיִיכּוֹת  
 הַדְּבָרִים דְּרַב הוּ"א דְּסִל לְר"ח דְּאָף אִם יִטְעוּן  
 קָמִי דִּיִּדִי זְבִנָה לֹא יֵהָא נֶאֱמָן דִּהָא גַם כְּשֵׁלֵא  
 אִמֵּר אֲלֵא מִפְּלַנְיָא זְבִינְתָּה דְּזְבִנָה מִיַּךְ יֵשׁ  
 לְשִׁמוּעַ מִדְּבָרִיו דִּהִינּוּ שְׁיִוְדַע שְׁמִיַּךְ זְבִנָה,  
 וְהוֹקְשָׁה לוֹ מִדּוּעַ לֹא יֵהָא נֶאֱמָן בְּמִיַּג וְע"כ  
 מִשּׁוּם דִּהוּי מִיַּג נֶגַד עֵדִים דְּאֲגִ"ס שְׂאֵם לְקַחָה  
 הִיָּה דֵר בַּה חֹד יוֹמָא וְע"ז הַקְּשָׁה לוֹ דְּאִיזְ אֲגִ"ס  
 שְׂאֲפִשֵׁר שְׁלִקַּח וּמִכֵּר בְּלִילָה, וְאֲחִ"כ אִמֵּר  
 שְׁהָבִין בְּדַעְתּוֹ שְׁוֹדָאִי אִם הִיָּה טוֹעֵן קָמִי דִּיִּדִי  
 זְבִנָה הִיָּה נֶאֱמָן בְּמִיַּג, ע"כ דְּבָרִיו הַרִיזוּ.  
 וּלְפִיז נִמְצָא דְּלִפִּי מִסְקֵנַת הַבֵּנַת דְּבָרִי רַב  
 בְּר"ח אֲבָן לִיכָא חִסְרוֹן דְּאֲגִ"ס שְׁלֵא לְקַחָה  
 וְצ"ל טַעַם אַחֵר בַּה דְּבַעִי ר"ח עֵדִים אֲדָר בַּה  
 חֹד יוֹמָא וְהִינּוּ מִשּׁוּם דְּבַעִי קִצַּת אֲוִמְדָנָא  
 וְכַנְל.

הַבְּהִיחַ מִרְדְּכִי בְּנִימָן קוֹרְעֵבְלִיט הִיזְ  
 דָּף מִז.

קִבְלָן אִמְרִי לַה מַעֲיֵד וְאִמְרִי לַה אִינּוּ מַעֲיֵד  
 בְּגַמִּי תִדֵּר עֵרַב מַעֲיֵד לְלוּה וְהוּא דְּאִית לִיה  
 אֲרַענָא כּוֹ קִבְלָן אִמְרִי לַה מַעֲיֵד וְאִמְרִי לַה אִינּוּ  
 מַעֲיֵד וְכוּ.

וּפִירֵשׁ רִשְׁבִּים וְאִמְרִי לַה אִינּוּ מַעֲיֵד דְּאֲכַתִּי  
 נוֹגַע בְּעֵדוֹת הוּא כּוֹ. וּמִשְׁמַע שְׁהַרְשִׁבִּים  
 מוֹקִים דְּבָרִי הַגְּמִי בְּצִיּוֹר שִׁישׁ לְלוּה בְּנוֹנִית  
 וְזִיבּוֹרִית. וְלַעֲרַב קִבְלָן יֵשׁ בְּנוֹנִית. וְעַכְשִׁיו בְּא  
 מַעֲרַעֵר עַל הַבִּיעוּנִית דְּלוּה, אִזְאִין הַקִּבְלָן מַעֲיֵד  
 לוֹ, מִשּׁוּם דְּחִיִּישִׁין שְׁמָא נוֹגַע בְּעֵדוֹת הוּא, כִּי  
 דִּירָא שְׁמָא יוֹצִיאֵו הַבִּיעוּנִית מִיַּד הַלוּה. וְאֲחִ"כ  
 יְבֵא הַמְּלוּה לְגַבּוֹת מִמֶּנּוּ (מִהַקִּבְלָן) דְּאִית לִיה  
 בְּנוֹנִית, וְעִי מִשׁ"כ בְּתוֹס' עַל דְּבָרִי הַגְּמִי (בְּד"ה  
 קִבְלָן).

וּלְכַאוּרָה נִשְׂאֵר קִשָּׁה עַל הַרְשִׁבִּים קוֹ  
 הַתּוֹסְפוֹת דִּהְבִּיאֵו הַתּוֹס' רֵאִיה מֵהַגְּמִי בְּגִטִּין  
 (דָּף מִט'): דָּאִם אִין לְלוּה בִּיעוּנִית אִ"א לְגַבּוֹת  
 מִהַקִּבְלָן מִבִּיעוּנִית, וְאִכ אִיךְ אֲוִמֵּר הַרְשִׁבִּים  
 דִּהוּי נוֹגַע כִּי יֵרָא שְׁמָא יַעֲבֵה מִמֶּנּוּ מִהַבִּיעוּנִית,  
 הָרִי כְּמוֹ שְׁהַבִּיאֵו הַתּוֹס' רֵאִיה אִ"א לְגַבּוֹת  
 מִבִּיעוּנִית דְּקִבְלָן בְּמִקְרָה כּוּזָה.

וְנִרְאָה דְּזוּה לֹא קִשָּׁה כְּלָל עַל דְּבָרִי הַרְשִׁבִּים,  
 וְאֲדַרְבָּה קִשִּׁיא עַל דְּבָרִי הַתּוֹס' גּוֹפִיָה אִיךְ  
 הַבִּיעוּ אֵת הַגְּמִי בְּהַנְזִיקִין (גִּיטִין מִט'): דְּאִמְרִי

בגמ' שם הניחא למ"ד קבלן אנ"ג דלית ליה נכסי ללוה משתעבד שפיר, אלא למ"ד אי אית ליה משתעבד ואי לית ליה לא משתעבד מאי איכא למימר, ומשני אב"א בדהוי ליה ואישתדוף וכו', ולכאורה לדעת הש"ס צ"ב ומה איכפת לו דהוי ליה ואשתדף, הוי כרגע יש לו נכסים, לא אז איך גובה, ובפשטות דברי הגמ' משמע דלא כמו שכתבו כאן התוספות, שביארו דבמקום דהיה לו בינונית, אם עכשיו בשעת גביה לית ליה בינונית אז אין לו לגבות מהקבלן בינונית, וצ"ע.

והנה ביסוד דברי הגמ' התם כתב רש"י שם לבאר [וכ"כ הרשב"ם לקמן דף קעד:]. דכתב רש"י בד"ה "דאית ליה" נכסי ללוה בשעת הלוואה, דאיכא למימר עלייהו סמיך הערב הזה וגומר ושיעבד נפשיה "משתעבד" ואם שטפו נהר אחרי כן נפרעין מן הערב עכ"ל, עיי"ש. ומשמע שלמד את דברי מ"ד אית ליה נכסי משתעבד וכו', שאם יש ללוה נכסים בשעת הלוואה, אז סמיך הערב דעתו על זה, ומשעבד נפשיה שיוכלו לגבות גם מנכסיו ואם אין לו נכסים בשעת הלוואה אז לא סומך דעתו ואינו משעבד נפשיה. ולפי"ז הכא דמעיקרא בשעת הלוואה הוי ליה בינונית אז שעבד גם את השדה בינונית שלו, ולכן אנ"ג דאח"כ נשדף, או שנלקח ע"י עוררין, עדיין נשאר השעבוד על נכסי הקבלן, ויכול לגבות

ממנו אפי' מבינונית, וזהו נמי דעת הרשב"ם הכא ולא קשיא מידי קושית התוס', ודו"ק. אולם עדיין צ"ב באמת בדעת התוס', איך הבינו שם את דברי הגמ', וצ"ל שלמדו ביסוד הדברים כדעת רש"י, אלא דנחלקו בענין אחר, דצ"ל דס"ל לתוס' דאולי באמת אם הווי ליה ואשתדף אז גובה מנכסי הערב, אבל מ"מ גובה מזיבורית, דהיינו שהתוס' לא חולק על היסוד הזה שאם היה ללוה נכסים בשעת הלוואה אז נשתעבד הקבלן, ואפשר להפרע מנכסיו, אבל ס"ל דלא יגבה מהקבלן מבינונית אלא מזיבורית, דאנ"פ שנשתעבד מ"מ יש הגבלה בכח הגביה,

דהיינו, שבעצם הקבלן נשתעבד בשעת הלוואה לכל נכסיו, וכן כל בע"ח משעבד עצמו בשעת הלוואה גם העידית, דאל"כ איך גובה העידית במקום שמכר הלוה את הבינונית שלו והזיבורית אחר הלוואה והדין הוא דמגבינן מבני חורין, וא"כ גובה מעידית, ואיך יכול לגבות מעידית אם לא נשתעבד לזה מעיקרא. אלא לאו דנשתעבד מעיקרא, וכלשון הרא"ש "דכל נכסי הלוה משועבדים לפרוע חובו", (רא"ש ב"מ). וכן הכא הקבלן משעבד כל נכסיו, אבל מ"מ ס"ל לתוס' דבמקום שיש ללוה רק זיבורית, אז יש הגבלה בכח הגביה שאינו יכול לגבות מהערב יותר ממה שיוכל לגבות מן הלוה עצמו, וק"ל. אולם

לרשב"ם לא ס"ל הכי, וס"ל דסוף סוף לפי מה ששיעבד בתחילה גובין, ואם שיעבד גם בינונית אז גובה מבינונית אף דלית ללוה בינונית, וכדיניה דבע"ח בבינונית, כיון שעל זה נשתעבד, ודו"ק.

ובענין מהו שדייקו התוס' דבריהם מהתם, עיי"ש בתוס' (גיטין דף מט: בסוף העמוד) דעל פי היסוד שכתבו מדוייק כד' התוס' כאן.

וביסוד המח' דהרשב"ם ותוס' נראה, דהתוס' למדו שהדין דאי אית ליה נכסי ללוה משתעבד ואי לית ליה נכסי ללוה לא משתעבד, זה דין בעצם כח הגביה, שכל זמן שיש לווה נכסים משתעבד הערב, ואם אין ללוה נכסים לא משתעבד, ואף אם היה לו נכסים בשעת הלוואה ונשתעבדו נמי נכסי הערב, מ"מ כל זמן שיש לו נכסים בינונית אז הכח גביה מן הערב מוגבל לבינונית, ואם אין לו בינונית רק זיבורית אז הכח גביה מוגבל עד זיבורית, שאי אפשר לגבות יותר מזיבורית אבל מ"מ שיעבד עצמו לפרוע חובו, א"כ במקום דלית ליה נכסים כלל שוב יש שעבוד, ששעבד עצמו בשעת הלוואה, והוא לא צמוד לפי נכסי הלוה, אלא כמו ששעבד עצמו סתם, וגובין מבינונית לפ"ז (כן יוצא לפי הנ"ל, וצ"ע לדינא).

והרשב"ם ס"ל דהדין אי אית ליה ללוה נכסי משתעבד כו', זה לא דין בכח הגביה רק שזה

דין בעצם שעבוד. האם משעבד הערב כל נכסיו, גם בינונית וגם זיבורית וכו', או דלא משעבד הבינונית, וזה תלוי איזה נכסים יש ללוה בשעת הלוואה. וא"כ במקום שהיה לו בינונית. ואח"כ נלקח הבינונית מאיזה סיבה שהוא. אפשר לגבות מבינונית דערב. כיון דכבר משועבד. ולא ס"ל מכל החידוש של תוס'. שזה הגבלה בכח הגביה, וק"ל.

## הבה"ח אלימלך ברזל הי"ד

מה:

פלפול קצר בדעת הרמב"ם גבי נתינת המעות בתליוהו חבין

בגמ' הקשו על שי' ר"ה דתליוהו חבין זביניה זביני משמעתין דסיקריקון דמבו' דבאמירה גרידא לכו"ע בטל מקח. ולא כד' ר"ה דבתליוהו חבין זביניה זביני. ותי' דלכך בשטר יקנה וכש"פ ר"ה, ולשמאל דאפי' בשטר לא קנה צ"ל דמודה היכא שנתנו מעות שקנה, ובביאור שקו"ט בגמ' ביארו התוס', דהקשו מסיקריקון דחזי' דאפי' היכא דנתנו מעות לא מהני, ותירצו דבאופן שבוודאי נתנו מעות כו"ע ס"ל כר"פ דהוי זביני. ובסיקריקון איירי שלא ידע' אי נתנו מעות ובה נחלקו, דלרב שטר מוכיח שהיה מעות, ולשמאל שטר גרידא אין מוכיח עד שיכתוב לו אחריות נכסים.

ולפי ד' התוס' צ"ל דבסוגי דזביניה זביני היינו שידעי' בבירור שהיה מעות וכגון ע"י עדים, דאל"ה ל"ה זביני אנ"פ דהודה, דחיישי' דהודה רק מאימת התולה. ומעתה תיקשי דהרמב"ם ברפ"ב דמכירה פסק דתליוהו זבין זביניה זביני **"ואנ"פ שאין עדים על נתינת המעות"**, וקשה דאי ליכא עדים הרי הוי כשמעתין דסיקריקון דלכו"ע בדיבור דהודאה גרידא לא קנה, דתלי' שמאימת הסיקריקון הודה, ודוחק לומר דר"ה איירי בשטר, א' - כדפי' בתוס' דבפשטות ד' לא משמע הכי, ב' - דלשמואל אפי' בדאי' שטר אין מועיל אלא ע"י אחריות, ואין לפרש דהכא אי' שטר ואחריות דא"כ מאי פליג ר"ב עליה דר"ה.

אכן בראב"ד (שם) חולק על הרמב"ם וס"ל דע"כ מיירי בעדים, דאל"ה יכול לומר לו דאי לאו דמודי כו', וצ"ב לפי הרמב"ם איך יועיל בלא עדים דהרי יכול לומר לו דאי לאו דאודי ליה הוי ממטי ליה כו'.

והנראה לבאר בזה דלכאו' פסיקת ר"ה א"ש יותר לרמב"ם מלראב"ד, דהרי בדין מוחזק ידוע' דהממענה, וא"כ הכא דהלוקח מוחזק בחפץ, ובמטלטלין כידוע שחזקה לאלתר מכח הוכחה דהאיך היגע לידו ואחזקי אינשי בעבי לא מחזקי' ולכן תלי' שקנאו מהמר"ק. א"כ אפי' בסוגי' כיון שלע"ע נמצא החפץ ביד הלוקח אי' חזקה שקנאו, ופשיטא שאי"צ

לעדות, ועל כן פסק הרמב"ם דאי"צ עדות על נתינת המעות דבלא"ה תלי' שהיה מעות, ובדעת הראב"ד יש לפרש דהרי כל מה דבמטלטלין הוי חזקתן לאלתר היינו דווקא בסתם מטלטלין. אבל בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר שאין מוכח מתפיסתו דשלו הן אפי' במטלטלין לא קנה בחזקה. וא"כ הכא גבי תליוהו זבין שהרי תליוהו הוי כדברים העשויין להשאיל ולהשכיר שהרי כל אדם עשוי ליתן לאגס את חפצו בעד נפשו אבל חושב בדעתו שהיום ולמחר תבענא ליה בדינא, ע"כ הוי כדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואין חזקה לאלתר ולפיכך צריכים לעדות על נתינת המעות לדעת שהיה מכירה. ולכן לפי הראב"ד א"ש, דבסוגי' איירי בעדים ולכן לכו"ע הוי זביני ובשמעתין דסיקריקון דאין עדים נחלקו אי שטר הוי הוכחה אמנם תיקשי דלפי הרמב"ם דמהני מוחזקותו אף בלא שטר ועצם תפיסתו בחפץ הוי חזקה, תיקשי דהרי הוי כדברים העשויין להשאיל ולהשכיר וכש"פ הראב"ד, וצ"ל דהרמב"ם לשיטתו שכתב דאל תטעה לומר דדברים העשויין להשאיל ולהשכיר היינו דברים שיש לתלות שהשאלין או שהשכירן, אלא דברים העשויין להשאיל ולהשכיר הוי שלכתחילה משעת ברייתן נעשו לכך, ולפי"ז א"ש שי' הרמב"ם הכא דהוי מטלטלין פשוטין שלא

נעשו בתחילת ברייתן להשאיל ולהשכיר, ולפיכך נהי דאיכא הוכחה שלא החזיק בה ולא קנאו, מ"מ לא איכפ"ל דהרי ל"ה דברים העשויין להשאיל ולהשכיר, וא"ש.

אבל יש לעיין בשי' הרמב"ם דסוגי בעצם תפיסה לתלות דהוי שלו, דג"כ מדוע שמעתין דסיקריקון שאני שאין מועיל בתפיסה לחוד, ויש לפרש כמו שפירש הכס"מ שם, דבאמת הרמב"ם ג"כ ס"ל שיכול לומר לו אי לאו דמודי כו' אבל היינו דווקא בסיקריקון ולא באדם פשוט דתליוהו חזבין, ובביאור ד' נראה דהרי באדם פשוט בעצם תפיסתו כבר החזיק בה, וכנ"ל. אבל בסיקריקון מודה הרמב"ם דכבר הוי בבחינת דברים העשויין להשאיל ולהשכיר כיון שידוע לכל שהוי סיקריקון ואין בידו לטעון כלום. וא"ש, וק"ל, ודו"ק.

## הבה"ח חיים דרוק הי"ו

דף מח.

## תליוהו חזבין

בגמ' אלא מדתניא יקריב אותו מלמד שכופין אותו יכול בע"כ ת"ל לרצונו הא כיצד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ודלמא שאני התם דניחא ליה דתיהוי ליה כפרה אלא מסיפא וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו... ודלמא

שאני התם במצווה לשמוע דברי חכמים וברייתא זה הובא גם בקידושין נ. בסוגיא דדברים שבלב שהגמ' רצתה להוכיח מזה דאינם דברים ומקשה שם הרשב"א וכן רעק"א הכא מדוע דוחה הגמ' דניחא ליה בכפרה ולא דוחה ששאני התם דאגב אונסיה גמר ומקני כמו שהגמ' דוחה הכא.

ושמא נוכל לתרץ דלא קשה מידי דהא התם הוי רבא מראי דשמעתא ורבא ס"ל הכא דסוגין דתליוהו חזבין זבינה זבינה רק בשדה סתם אבל בשדה זו לא שלא ס"ל טעמא דאגב אונסיה גמר ומקני וכשכופין אותו להביא קרבן ולגרש הוי כשדה זו שחייב להביא קרבן וחייב לגרש אותה ולכך ניחא שא"א לדחות דאגב אונסיה גמר ומקני דלרבא בזה לא גמר ומקנה.

ובאמת שהמדדיק ברעק"א יראה שלא הקשה רק מרישא מקרבן ולא מגיטי נשים ובקרבן י"ל שהוי כשדה סתם שרק כופין אותו שיפריש איזה קרבן שירצה ויביא לביהמ"ק ואין כופין אותו להביא קרבן שהפריש כבר ודווקא זו כמ"ש הרשב"ם בד"ה מלמד שכופין אותו להקריב מה שנדר עכ"ל ולא כתב מה שהפריש ולכך כיון שיכול לברור איזה שירצה הוי כשדה סתם שגם רבא מודה שהוי זבינה שאגב אונסיה גמר ומקני ולכך שפיר הקשה

רעק"א שהיו יכולים לתרץ התם שאני קרבן באגב אונסה גמר ומקני.

אך מסיפא בגיטי נשים עדיין קשה שודאי הוי כשדה זו שהרי כופין אותו לגרש דווקא את אשתו וברשב"א שם הקשה מגיטי נשים וצ"ע כנ"ל.

ותירץ לי אחד שאפשר לומר שרבא ס"ל שעצם זה שכפחו ליתן שדה זו ולא נתן לו זכות בחירה לא הוי גילוי דעת שהוי אונס ורק אם גם היה מעות ולא מנה ורק כשיש שניהם שדה זו ולא מנה המעות אז הוי גילוי דעת וכמ"ש הרשב"ם בד"ה לא ארצי זוזי לא מנה המעות גילה דעתו דע"כ מקבל עכ"ל ומשמע שאם הוי שדה זו ולא היה מעות שיהיה גילוי דעת שזה בע"כ לא הוי אונס וגם רבא ס"ל שאגב אונסה גמר ומקנה.

ולפי"ז ניחא שכשכפחו לגרש את אשתו אנ"פ שהוי כשדה זו מ"מ עדיין אין גילוי דעת שזה בע"כ שהרי אין מעות [שיהיה עי"ז ג"ד שהיה יכול למעות ולא מנה] ולכך גם רבא מודה ששייך שם אגב אונסיה גמר ומקני ושפיר הקשה הרשב"א.

הבה"ח נפתלי וואלפין הי"ז

דף מט.

תוס' בד"ה ירד מאומנותו יש לו חזקה בא"ד כתבו אנ"י אפי' מאותן כלים שנתנו לו בשעה שהיה עדיין אומן והוא ששהו אחר אומנותו כ"כ שהוא רגילות שמחזירים לבעלים ע"כ. ובשיהוי זמן יש לדון מהו תוקפה. אם ראייה גמורה היא מדשהה כ"כ זמן שרגילות כבר לבקשה מוכח דבתורת מכר בא לידו ואפי' אם אין לו חזקה מ"מ ראייה יש לו ומוציאין מיד המר"ק לאומן. או אפשר שרק אם יש לו חזקה אפשר בראיה זו להסיר חששות דלמא בתורת מקח בא לידו אך אינה ראייה גמורה להוציא ממון. והנה הטור סי' קלד סעי' ב' וכן בשו"ע שם כתבו, שאומן אין לו חזקה ואפי' אם שהה בידו כמה שנים ע"כ. מוכח מדבריהם שאינה ראייה גמורה רק מסיר חששות למי שיש לו חזקה. ובסמ"ע שם הביא שרבינו ירוחם הביא בשם הרשב"א מ"ז ע"א שאם שהה בידו כמה שנים יש לאומן חזקה. נראה מדבריהם שלמדו שראיה גמורה היא מדלא ביקשה מהאומן, אפי' שאין לו חזקה כלל אך ראי' זו סגי להוציא מיד המר"ק.

הבה"ח שמואל ב"ר חנינאל הי"ז

דף נב:

ראיה בקיום השטר

בגמ' ראייה במאי, רבה אמר ראייה בעדים ורב ששת אמר ראייה בקיום השטר. רשב"ם בד"ה בקיום שטרות כתב שכתבו לו ב"ד... וכיון

דקיימינהו ב"ד בדקו השטר וחקרו ועמדו על אמיתת הדבר שכל הכתוב בשטר אמת הוא, והשטר הרי כתוב בשמו של זה. וקשה דהרי אע"פ שב"ד מקיימין שכל מה שכתוב בשטר אמת הוא דהיינו שזה מה שכתוב על שמו אמת הוא, והרי מ"מ דילמא הממון אינו שלו.

ורבינו גרשום מפרש שקיום השטר היינו שאם קיימו ב"ד אלו השטרות על שמו, ודאי דשלו הן דב"ד לא הוי מקיימי אי לא דבקיאין הן דשלו הן - שב"ד לא היו כותבין את שמו על השטר אם לא שביררו אם הממון באמת שלו הן ע"כ דהן שלו וניחא מה שפירש הרשב"ם שהשטר הרי כתוב בשמו של זה, דאם הממון לא היה שלו ב"ד לא היו כותבין את שמו על השטר. אבל קשה דאם קיום השטר הוי שב"ד מבררין מה היה המעשה א"כ מה החילוק בין ראיה של עדים לראיה של שטר והרי שניהן מבררין מה היה המעשה.

וצ"ל דהחילוק הוא שעדים מבררין - מעדין על המעשה ממש, משא"כ קיום השטר ב"ד אינם מבררין על המעשה ממש אלא מבררין אם מה שכתוב בשטר הוא אמת וממילא מבררין מה היה המעשה.

ולפי"ז יש לפרש את הר"ח שהרשב"ם הביא בד"ה מתניתא ידענא ד"ההלכה כרבה דאפי' רב ששת מודה דראיה בעדים שווה יותר מקיום השטר, עכ"ל.

וצריך ביאור דמה עדיף עדים מקיום השטר והרי סו"ס גם העדים וגם קיום השטר מעידים/מבררין על דבר אחד - בירור המעשה, וא"כ קשה מה שכתב הרשב"ם שעדים שווים יותר והרי סו"ס שניהם מבררין על דבר אחד, ולפי היסוד הנ"ל אתי שפיר דאין הכי נמי דסו"ס שניהם מבררין על דבר אחד ומ"מ יש חילוק דעדים מעידים על המעשה ממש וקיום השטר, ב"ד מבררין שמה שכתוב בשטר אמת הוא וממילא מבררין מה היה המעשה.

## הברה'ח יחזקאל ווייבערגער הי"ז

דף נד:

### דינא דמלכותא דינא

הרשב"ם כתב בד"ה א"ל אנא לא ידענא בסוף דבריו וז"ל "זהאי דקשיא ליה (לאביי) דינא דמלכותא דינא, לרב יוסף לא ס"ל האי דאמר אביי "זמלכא אמר לא ליכול ארעא אלא בשטרא" דלא דינא דמלכותא הוא, אלא בחזקה נמי ליכול. ע"כ.

האילת השחר מקשה על הרשב"ם - צ"ע מה שייך מחלוקת בזה, וכי לא יכולים לברר אין הוא חוק המלך? והוא נשאר בצ"ע.

והנה בהקדם להתירוץ אנו צריכין להבין מה זה דינא דמלכותא ובאיזה אופן דינא דמלכותא נוגע.

הר"ן בנדרים (כת.) בד"ה מוכס העומד מאליו אמר "שדינא דמלכותא הוא רק נוגע במלכי אומות העולם (ולא במלכי ישראל משום יש חלק לכל ישראל בארץ ישראל) מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם, אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ, ע"כ. משמע מהר"ן שהביאור בדינא דמלכותא הוא - שכל מלך יכול לעשות ולשנות החוקים איך שהוא רוצה וכולם חייבים לשמוע לו בין אם הם רוצים ובין אם אינם רוצין.

משא"כ הריטב"א (שם בנדרים על הר"ף ועיין גם בריטב"א בסוגיין) חולק על הר"ן והוא סבר שהדין של דינא דמלכותא הוא רק נוגע בהחוקים שמלכים הראשונים של מדינה זו עשה, ואין המלך עכשיו רשאי לעשות חוקים חדשים רק אם הם ע"פ כללי חוקי המלכות הקבועים עליהם שהוא וכל אשר לפניו הנהיגו הדברים והם כתובים בדברי הימים ובחוקי המלכים, אבל מה שהמלך עושה לפי שעה (וכמובן רק אם הם אינם לי הכללים של החוקים הקבועים) הן על יחיד הן על רבים או שגזר חק חדש על מלכותו שלא נהגו בימי האבות לקיום העם - "חמסנותא היא ולא דינא ואין דנין באותו הדין (רוב הלשון כאן הוא

לשוננו של הריטב"א) משמע מהריטב"א שהביאור בדינא דמלכותא הוא רק בהחוקים שקבוע מאבות המלוכה (ולכאורה גם כל שהמלך גזר הם לפי כללים אלו) אבל מה שהמלך עושה מדעתו אין זה נכנס לגדר של דינא דמלכותא רק זה נחשב כחמסנותא דמלכותא.

והנה שיטת הרשב"ם הוא שיטה ממוצעת בין שיטת הר"ן ושיטת הריטב"א. והוא הרשב"ם כתב בד"ה "ואמר שמואל לדינא וכו', וז"ל כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם, דינא הוא שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו, עכ"ל. לכאורה משמע שהרשב"ם הלך בין שיטת הר"ן ובין שיטת הריטב"א משום הוא סבר כהר"ן שהמלך יכול לעשות חוקים חדשים (ולזה להדיא לא כהריטב"א) וגם הרשב"ם סבר שצריך לזה שני תנאים שהם לכאורה כהריטב"א. א' - שהחוקים צריכין להיות חוקים רגילים. ועוד האילת השחר מדייק מהרשב"ם שבני המלכות יקבלו עליהם החוקים מרצונם, וזה יותר נראה כשיטת הריטב"א (משום החוקים הקבועים מאבות המלכות כבר קיבלו כולם עליהם, גם בדרך כלל הם חוקים רגילים) (וכל כלל יש יוצא מן הכלל!) ולא כהר"ן שהמלך יכול

לעשות חוקים איך שהוא רוצה ובני המלכות צריכין לקבלו עליהם בעל כרחם.

לפי כל הנ"ל אפשר לבאר בס"ד דברי הרשב"ם, משום המלך שהיה אז בזמן אב"י ורב יוסף עשה חק שאין יכולים לקנות קרקע בלי איגרתא (ויש שני פירושים בהריטב"א מה הפירוש של איגרתא, א' - אגרת רשיון מהמלך שיכול לקנות קרקע זו. וב' - שנותנים לכל קניית קרקע (בין במכירה ובין מן ההפקר) דבר קצוב להמלך. אב"י סבר כשיטת הר"ן שהמלך יכול לעשות חוקים חדשים וחק שהמלך עושה נחשב כדינא דמלכותא, והמלך אמר שאין להקנות ארעא בלי איגרתא משא"כ רב יוסף סבר כשיטת הרשב"ם והריטב"א שהגם שיכול המלך לעשות חוקים חדשים (כרשב"ם) אבל זה צריך להיות חוקים רגילים, ואין זה מן ההרגל שיהא צריך לשטר מהמלך או ליתן דבר קצוב להמלך ואין זה נקרא אלא חמסנותא דמלכותא (כהריטב"א) ולפי כל זה לכאורה גם הרשב"ם סבר מחמסנותא דמלכותא רק קצת משונה מהריטב"א. וזהו הביאור בדברי הרשב"ם והאי דקשיא ליה דינא דמלכותא דינא רב יוסף לא ס"ל האי דאמר אב"י ומלכא אמר לא ליכול ארעא אלא בשטרא - דלאו דינא דמלכותא הוא, אלא בחזקה נמי ליכול - רב יוסף אמר לאב"י שהגם שהמלך עשה חוק

שצריכין שטר אבל אין זה מדינא דמלכותא דינא משום אין המלך רשאי לעשות חק כזה, ואין זה אלא חמסנותא דמלכותא.

## הבה"ח יחיאל שיינזון ה"ז

דף עא.

### בענין חלוקת אחין

במשנה כתוב דאחין שחלקו זכו בשדה זכו בכולה והיינו שכל אחד קיבל כל מה שיש באותה שדה וכתב הרשב"ם דהטעות משום דנתכוונו להסתלק זה מזה ולכן כל אחד קיבל כל מה שיש באותו שדה ומוסיף הרשב"ם דהא דאיתא בגמ' לעיל בדף סה. דלכך יש לפנימי דרך על החיצון היינו משום תחת אבותיך יהיו בניך דעל דעת כן חילקו שישתמש כמו שנסתמש בו אביו.

ולכאורה צ"ע דאיך אומר הרשב"ם דטעמו של רב משום "תחת אבותיך" הרי לעיל אמרה הגמ' סברא זו רק לצריכותא דהוצרכו לכתוב מח' רב ושמואל שני טעמים משום שאם היה כתוב מחלקותם רק בחלוקת אחין היה הו"א לומר שרק שם סובר רב דיש לו דרך דתחת אבותיך יהיו בניך וקמ"ל שטעמו של רב משום שבעין רעה מכר וא"כ סברא זו של תחת אבותיך הוא רק הו"א אבל באמת סברת רב הוא משום עין רעה וא"כ הדרא קושית

הרשב"ם לדוכתא מדוע לרב יש לו דרך הרי רוצים להסתלק זה מזה [אולם לפי התוס' נחא דתוס' מבאר דהסברא שזכו בכולה היא כרשב"ם דדעתם להסתלק זה מזה והא דיש לו דרך הוא משום "שצריך לזה" א"כ בעין רעה מכר ושייר הדרך].

**הבה"ח דוד צבי בריזל הי"ד**

**דף עז.**

אמר אממר הלכתא אותיות נקנות במסירה כרבי, אמר ליה רב אשי לאממר גמרא או סברא א"ל גמרא, אמר רב אשי סברא נמי הוא דאותיות מילי ניעוה ומילי במילי לא מיקנין, ע"כ, וזה גירסת הרשב"ם ותורי"ד שגרסו שאממר אמר שאותיות כן נקנות במסירה ורב אשי בא לסייע לאממר ונתן סברא בשיטת רבי. אולם שאר הראשונים וכן תוס' גרסו אין אותיות נקנות במסירה, ורב אשי בא להסביר מדוע אכן מסברא אין נקנית במסירה דמילי - שטר, במילי - באמירה שמסר לו השטר, לא קנה, אלא בשטר.

והנה בסוגיא לעיל בדף עז: - אמר רב פפא שהמוכר שטר צריך לכתוב דקני הוא וכל שיעבודה והקשה שם ע"ז רב אשי וכי לא כתב כן לא קנה, וכי לצור עפ"י צלחיתו הוא צריך וכו' עיי"ש ופי' הרשב"ם (בד"ה הא לא

כתב) שרב אשי סבר כרבי דאותיות נקנות במסירה, והקשה על דעת רבנן מדוע צריך שטר - וכי קנאו לצור עפ"י צלחיתו, ותוס' שם (בד"ה אמר רב פפא) הוכיח דדברי רב פפא נאמרו לכו"ע וגם לרבי - דמיירי בשטר ראיה ולא בשטר קנין - שבזה נחלקו רבי ורבנן, ולפי"ז מה שהקשה רב אשי לרב פפא הוא קושיא על רב פפא ולא על רבנן ואין כאן ראיה שרב אשי סבר כרבי.

ולכן נחלקו רשב"ם ותוס' (וכן שאר ראשונים שכתבו כתוס' בדף עז:) בדף עז. בגירסת הגמ' שלפי"ז יוצא שלרשב"ם רב אשי פסק כרבי וכשיטתו בדף עז.; ולתוס' רב אשי פוסק ונתן סברא בדעת רבנן כי אין מקור בדף עז: שרב אשי סבר כרבי.

**הבה"ח יחיאל שיינזון הי"ד**

**דף צח.**

איתא בגמ' דהמוכר יין והחמיץ אם היה בכליו של לוקח אינו חייב באחריות אבל בכליו של מוכר חייב באחריות וברשב"ם ד"ה "אבל בקנקנים דמוכר" מבאר הסברא דחייב באחריות וז"ל "מצי אמר ליה לוקח אפי' לזמן מרובה הא חמריך והא קנקניך דודאי ייניך וכליך גרמו וסבירא ליה דמימות הבציר הוה

יין מקולקל כבר אלא שאין ניכר הדבר עד שעת חימוץ".

ולכאורה צ"ע בדברי הרשב"ם א. דלכאורה הרשב"ם כתב שני טעמים מדוע חייב באחריות טעם ראשון משום שאומר לו ייניך וכליך גרמו וטעם שני דאומר לו שכבר היה מקולקל משעת הבציר, ומדוע הוצרך לשני הטעמים.

ב. דאם יש לו טענה שכבר מקולקל משעת הבציר א"כ אף בכליו של לוקח יתחייב באחריות דהרי הוא מקולקל משעת הבציר [וא"א לומר דדווקא בכליו של מוכר תולים שנתקלקל משעת הבציר], דמאי שנא איזה כלי לגבי הא דתולים שנתקלקל משעת הבציר.

ג. מדוע דווקא בדאמר ליה למקפה חייב באחריות הרי אף שלא אמר ליה למקפה ולא הוה ליה לשהוי מ"מ יתחייב באחריות דהרי כבר היה מקולקל משעת הבציר.

ד. מהו סברת ר"ח בר יוסף שסובר דאינו חייב באחריות דמזליה האם חולק על ר"י ב"ר חנינא בסברא זו שאומרים שכבר היה מקולקל בשעת הבציר וסובר דאין אומרים כן.

ולכן נראה בביאור דברי הרשב"ם דבכליו של מוכר חייב באחריות משום שממ"נ יש לנו לחייבו דאו כליו גרמו לקלקול היין או שכבר היה מקולקל בשעת הבציר ולכן ממ"נ חייב באחריות אבל בכליו של לוקח אף שיש צד שכבר מקולקל משעת הבציר מ"מ יש גם צד שכליו של לוקח גרמו ממילא אין ממ"נ לחייבו ולכן אינו חייב באחריות וכן בלא אמר ליה למקפה משום שיש צד שכליו של מוכר גרמו ולא הוי ליה לשהויי א"כ אין כאן ממ"נ לחייבו ולכן אין חייב באחריות ור"י ב"ר חנינא סבר דאף בכליו של מוכר אין ממ"נ לחייבו דשמא מזלו גרם לקלקול וממילא אינו חייב באחריות [אולם פי' זה קצת דחוק בדברי הרשב"ם דברשב"ם אין שום משמעות לממ"נ לחייבו].