

קובץ
ליבון
שמעתתא

בבא בתרא
חלק ב'

פרי עמלם של תלמידי הישיבה הגדולה
'בית אהרן וישראל קארלין סטולין
ביתר עילית תז'

יול לדגל
יומא דהילולא קדישא של
ב'ק מרן אדמו"ר
רבי שלמה מקארלין זיע"א

כ"ב תמוז תשפ"ז

קובץ
ליבון
שמעתתא

בבא בתרא

חלק ב'



פרי עמלם
של תלמידי הישיבה הגדולה
'בית אהרן וישראל' קארלין סטולין
ביתר עילית ת"ו
כ"ב תמוז תשפ"ו

הישיבה הגדולה
'בית אהרן וישראל'
קארלין סטולין ביתר ת"ז
בנשיאות כ"ק מרן אדמו"ר שליט"א
רחוב רבי עקיבא 100 ביתר עילית ת"ז
2444602@gmail.com

◆◆◆◆◆ תוכן הענינים ◆◆◆◆◆

שיעורים כלליים שנמסרו ע"י חכמי ורבני הישיבה

בענין ירושה אין לה הפסק, קכט:

הרה"ג ר' יצחק יוסף מרק שליט"א.....ח

בענין אומדנא, קלא:

הרה"ג ר' יצחק יוסף מרק שליט"א.....יב

סוגית רוב וקרוב, כג: - כד.

הרה"ג ר' יעקב עקשטיין שליט"א.....יז

חבורות שנכתבו ע"י חברי הישיבה

בענין חיובי תשלומין בנזקי שכנים, יז.

הבה"ח יו"ט שמחה הלוי קליין הי"ו.....כא

בענין בשי' אביי כשסמך בהיתר ואתא הניזק, יז: - כה:

הבה"ח משה רייכמן הי"ו.....כו

בענין מחלוקת הראשונים בביאור תירוץ הגמ' "בלוקח", יח:

הבה"ח עקיבא פילטשיק הי"ו.....לג

ביסוד דין טענין, כג. נב. ע:

הבה"ח אשר גוטשטיין הי"ו.....לו

בגדר איסור היזק ראיה, כה:

הבה"ח זאב ביניק הי"ו.....מז

בגדר גירי דיליה, כה:

הבה"ח מאיר בר"מ שטיינברג הי"ו.....נב

דין חזקת ג' שנים בקרקעות, כח.

הר"ר פנחס ברנדווין הי"ו.....ס

בגדר הראיה דמדלא מיחה, כט.

הבה"ח שלמה שטרנהל הי"ו.....פ

גדר הנאמנות דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ל.

הבה"ח אפרים פישל הלר הי"ו.....פט

בגדר חוזר וטוען, ל:

הבה"ח חיים דרוק הי"ו.....קד

בענין שי' הרא"ש במיגו נגד אחוי שטרך והמתסעף לזה בגדר אחוי שטרך, לא.

הבה"ח מנחם נחום שבדרון הי"ו.....קיא

בענין טוען חוזר וטוען, לא.

הבה"ח פנחס בוקשפן הי"ו.....קיז

שיטת הרשב"ם בסוגית שטרא זייפא, לב:

הבה"ח שמעון הלל מרק הי"ו.....קכו

בהא דלא אזלינן בתר חזקת מר"ק בספיקא דדינא, לב:

הבה"ח יחזקאל שוורץ הי"ו.....קל

בענין הודאת בע"ד על אכילת פירות, לג.

הבה"ח משה רוזנטל הי"ו.....קלט

בענין מתוך שאין יכול לישבע משלם, לד.

הבה"ח אלימלך רוזנבוים הי"ו.....קמו

בענין יסוד החיוב מתוך שאינו יכול להישבע משלם, לד.

הבה"ח שמואל איידליס הי"ו.....קמט

שיטת ר"י בסוגיית נסכא דרבי אבא, לד.

הבה"ח יחיאל פישל לינדר הי"ו.....קנו

בסוגית נסכא דרבי אבא בענין מיגו במקום חזקה, לד.

הבה"ח זכריה אהרן רובינשטיין הי"ו.....קסז

ביאור סברת המח' אם מפקינן מיד ב"ד לעשות כל דאלים גבר, לד:

הבה"ח ברוך גוטליב הי"ו.....קפח

בביאור שיטת הריב"א בכללי הפסק בספק ממונות, לד:

הבה"ח אהרן זאב הלוי סגל הי"ו.....קצ

בירור מהו עבודת בי"ד מסירת דיני התורה או הבאת שלום בין אדם, לד:- לה.

הבה"ח מאיר רוזנטל הי"ו.....קצה

בענין חזקה בגודרות, לו.

הבה"ח אהרן מרק הי"ו.....ר

בירור טעמי הגמ' דהוי נוגע בעדות במהלך הסוגיא, מג:- מד.

הבה"ח מאיר רוזנטל הי"ו.....רה

בביאור שיטת הגאונים שאין אדם שאין לו ד' אמות, מד:

הבה"ח אשר הכהן גוטשטיין הי"ו.....ריא

בגדר וטעם הא דירד ברשות אין לו חזקה, מז.

הבה"ח מנחם נחום שבדרון הי"ו.....ריט

בענין תלויה וזבין, מז:

הר"ר יוחנן בידרמן הי"ו.....רלב

בענין תלויה וזבין, מז:

הבה"ח אברהם גוטליב הי"ו.....רלה

בגדר חוזר ומגיד, מח:

הבה"ח אלימלך בריזל הי"ו.....רלח

בענין מיגו להוציא לפי ר"ת, נב:

הבה"ח יהודה בידרמן הי"ו.....רמה

דעת בקנינים וביאור הסוגיא במח' רב ושמואל במשיכה, עה:

הבה"ח יוחנן גולומב הי"ו.....רנא

בענין אין חצר להקדש והמסתעף לענין גדר קנין חצר ובעלות הקדש, עט.

הבה"ח יחזקאל שוורץ הי"ו.....רנו

בענין מכירי כהונה, קכג:

הר"ר פנחס רבינוביץ הי"ו.....רסב

בגדר 'פי שנים', קכד.

הבה"ח אלימלך בריזל הי"ו.....רסז

בענין תנאי בירושה, קכו:

הר"ר אשר שטיינברג הי"ו.....רעב

בגדר נאמנות דיכיר, קכז:

הבה"ח יוסף מרק הי"ו.....ערה

בענין יכיר לומר שאינו בנו, קכז:

הבה"ח חיים דרוק הי"ו.....רעט

בענין אח בין האחים לריב"ב, קל.

הבה"ח אלימלך שפירא הי"ו.....רפד

הנחלת ר' יוחנן בן ברוקה יסודו וביאורו, קל.

הבה"ח יחיאל מיכל דאץ הי"ו.....רפז

בגדר אפטרפוס דסוגיין, קלא:

הבה"ח שלמה לואיס הי"ו.....רפט

ביאור דברי הגמ' אם הקלנו בשבויה נקל באשת איש, קלה.

הבה"ח מאיר ברש"ז שטיינברג הי"ו.....רצג

הערות על המסכתא מחברי הישיבה

.....רצה

שיעורים
כלליים
שנמסרו
ע"י חבמי
ורבני
הישיבה



הרה"ג ר' יצחק יוסף מרק שליט"א

דף קכט:

בענין ירושה אין לה הפסק

איתא בגמ' בשם רב אחא בר' דרב עויא שלפי דברי ר' יוחנן בן ברוקה אם אמר נכסי לך ואחריו לפלוני וראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום, והטעם בזה משום שירושה אין לה הפסק. וצריך לבאר טעם דין זה. ועי' בגמ' קלג. שרבא הקשה ע"ז והא אפסקה, ותירץ לו ר' נחמן הוא סבר יש לה הפסק ורחמנא אמר אין לה הפסק.

ויש לעיין איך היה יכול האב להגביל את הירושה לולא דין זה, ולכא' נראה שכיון שניתן לאב לעשותו כיוורש הרי הוא יכול לעשותו כיוורש לזמן מסוים, וכמו ששייך קנין לזמן ה"נ יכול לתת לו דין יורש לזמן. אך קשה למה לפי האמת שאין לירושה הפסק, הרי הוא יורש לעולם, דאין חל ירושה יותר ממה שעשה האב, והו"ל למימר שכיון שלא שייך ירושה לזמן ממילא לא נעשה יורש כלל. והגר"ש כתב יסוד חדש שאין הגדר שעושה רק לזמן, אלא שמצד עשייתו הרי הוא עושה לעולם, אלא יש לו כח להפסיק את בעלות השני, שכיון שהוא עושה אותו בעלים יש לו כח של הפסקה להפסיק את בעלותו, אבל עצם הירושה הוא בעלות עולמית, ואינו קנין לזמן בלבד, אבל מכיון שירושה אין לה הפסק, הרי נשאר יורש לעולם. ועצם היסוד כתב גם הקובץ הערות (נו) ע"ש.

ובטעם דין ירושה אין לה הפסק נראה ב' דרכים בראשונים, (א) הרשב"ם כתב דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה שתנאו בטל. והיינו שהוא תנאי נגד התורה שגדר ירושה של תורה הוא ירושה עולמית. ויש להוסיף ביאור ע"פ מה שכתב הרשב"ם להלן קל. שענין ירושה הוא

שקם תחת המוריש לקנות נכסיו לגמרי, ולכן לא שייך להיות עומד במקומו לזמן מוגבל, שאין זה גדר ירושה של התורה. והרשב"ם הביא את הפסוק 'ובן אין לו עיין עליו'. שנלמד שירושה ממשיך לבני בנים, ונראה שבא לומר שגם בציור של הגמ' שנתן לשני לאחר מיתת הראשון, הרי זה חשוב הפסק בירושה ולא מהני, שסדר ירושה הוא שממשיך לבני בנים, ואם מעבירו לאחר הרי זה נגד דין ירושה שבתורה. (ב) והריטב"א קלג. כתב בשם הר"י מייגאש טעם אחר, דכיון שהוחלטה הירושה ליורש הרי המוריש כאילו הוא מצוה ונותן על נכסים שאינם שלו. וכ"כ הרשב"א והר"ן קכט: ע"ש. ונראה ביאור הדברים שחלות ירושה מבטל את כח המוריש מהנכסים, והרי זה כנכסים שאינו שלו, וממילא חל ירושה עולמית. ונתחדש בזה שירושה אינו דומה לשאר קנינים, שבכל קנין יכול הנותן לשייר לעצמו כח בעלות, ומכח זה חוזר הדבר לבעלותו לאחר זמן, אבל ירושה חל באופן מוחלט ולא נשאר שום כח למוריש, ולכן אינו יכול להגביל את הירושה לזמן מסוים. ונראה בריטב"א שחולק על הטעם של הרשב"ם דהוי תנאי נגד התורה. ונראה בדבריו שאם נותן

לראשון בדרך תנאי שלאחר מיתה יזכה השני
בנכסים, לא חשוב הפסק בירושה ע"ש.

והנה הקשו הראשונים על ר' אחא מהמשנה
לעיל באמר תנו שקל לבני, שמוכח שם
שירושה יש לה הפסק, שאם אמר אם מתו
ירשו אחרים תחתיהם בין שאמר תנו בין
שאמר אל תתנו אין נותנין להם אלא שקל.
וקשה על ר' אחא שאמר שירושה אין לה
הפסק. והר"י מיגאש תירץ שכיון שאמר אל
תתנו להם אלא שקל נמצא שירשו רק שקל,
ועל שאר הנכסים אמר שירשו אחרים. אך
הקשה הרמב"ן שגם שאר הנכסים הוי של
הבנים מדין ירושה, וכשנותן לאחרים הרי הוא
מפסיק את הירושה של הבנים על שאר
הנכסים. ותירץ הרמב"ן שרק בירושה דרך
הנחלה יש דין ירושה אין לה הפסק, אבל
בירושה דממילא שייך הפסק, ולכן יכול האב
להעביר את שאר הנכסים לאחרים. אמנם הר"י
מיגאש כתב שגם בירושה דממילא אמרינן
ירושה אין לה הפסק, ועי' רמ"ה מה שכתב
ליישוב קושית הרמב"ן על הר"י מיגאש.
והרמב"ן הביא ראיה לדבריו, שמצינו בכמה
דוכתי דמהני מתנת שכ"מ בתנאי, וכל זמן
שהמקבל לא קיים את התנאי זכו יורשים
בנכסים מדין ירושה, וקשה איך שייך להפסיק
את הירושה, אלא מוכח שבירושה דממילא לא
אמרינן ירושה אין לה הפסק, אך הרמב"ן סיים
שצריך עיון. [והרשב"א הוכיח כן מכל מתנת
שכ"מ שחל קצת לאחר חלות הירושה, ונמצא
שהמתנה מבטל את הירושה שכבר חלה קודם.
והטעם שהרמב"ן הוצרך להוכיח ממתנת
שכ"מ בתנאי, דס"ל שזמן חלות הירושה הוא
בשעת חלות מתנת שכ"מ מממש].

אך דברי הרמב"ן צ"ב מה החילוק בין ירושה
דממילא לירושה דרך הנחלה לגבי ירושה אין
לה הפסק, ולכאור' היה נראה מסברא להיפך
שבירושה דממילא לא שייך הפסק, ומשא"כ
בהנחלה שע"י האב, מסתבר שיכול לעשות
כמו שרוצה ואפילו לזמן מוגבל, וצ"ב סברת
הרמב"ן. והמקדש דוד כתב לבאר דברי
הרמב"ן שלא שייך דין הנחלת ריב"ב לב' בנים
בזה אחר זה, וכיון שכבר הנחיל פעם אחת לבן
הראשון לא שייך להנחיל עוד לבן אחר, וצריך
ביאור למה אינו יכול להנחיל לב' בנים. וגם
בגמ' נראה שלולא הטעם בירושה אין לה
הפסק היה שייך להנחיל לב' בנים.

עוד תירץ הרמב"ן את הקושיא מאמר תנו שקל
לבני שכיון שמסר את המעות ביד שלישי, על
כן יעשה שלישי מה שהושלש בידו. וצריך
ביאור. והקצות כתב שאע"פ שהיורשים ירשו
את הממון לגמרי מוטל עליהם לתת לאחרים
מטעם מצוה לקיים דברי המת, ודין מצוה
לקד"ה הוא רק בנמסר ביד שלישי וכמו שכתבו
תוס' גיטין יג. וכו' בשיטמ"ק שהטעם משום
מצוה לקד"ה. אך הנתיבות הקשה ע"ז שבגמ'
אמרו שצריך להעמיד את המשנה דוקא
כריב"ב ובראוי ליורשו, ומצד מצוה לקד"ה אין
חילוק בין ראוי ליורשו לאינו ראוי ליורשו, ועל
כרחך דלא אתי מטעם מצוה לקד"ה, וע"ש
בטעמא דמלתא. והמאירי כתב 'שלא נאמר
אין לה הפסק אלא כשהוריד הראשונים
בנכסים אבל זה שלא השליט את הראשונים
אלא שמסרם ביד שלישי ודאי יש לה הפסק'.
ומבואר להדיא שאין הטעם משום מצוה
לקד"ה, אלא שלא נאמר דין ירושה אין לה
הפסק כשהמעות היו ביד שלישי, וכן נראה

בלשון הר"ן. אך צריך ביאור יסוד הדברים למה דין ירושה אין לה הפסק תלוי בהורדה לנכסים ואינו תלוי בעצם דין הירושה, שחל בכל מקום שהוא.

והר"ן כתב ליישב איך מהני מתנת שכ"מ בתנאי, שלא נאמר דין ירושה אין לה הפסק רק באופן שהיורש יכול לעשות כל מה שהוא רוצה בנכסים, דהו"ל יורש גמור וירושה אין לה הפסק, אבל באופן שהיורש צריך לתת את הנכסים לאחרים כשיקיימו את התנאי, אין היורשים נעשים יורשים גמורים, שאינם יכולים למכור את הנכסים, ואין זה ירושה אלא מקבל מתנה ולכן יש לזה הפסק. וצריך ביאור טובא שהרי ודאי הבנים זוכים בנכסים מדין ירושה ולא מטעם מתנה, וא"כ למה יש הפסק בירושה זו.

ואשר נראה בזה בהקדם דקדוק דברי הרמב"ן (מלחמות) שגם אם נאמר שירושה דממילא אין לה הפסק היינו משעת חלוקה ואילך, אבל עד שעת חלוקה יש לה הפסק, וכמו שכתב שם 'שכשם שאין לנחלה הבאה מאיליה הפסק משעה שחלקו כך אין לנחלה הבאה מעצמו הפסק' [כן ראיתי בספר נעימות נצח]. ונראה לבאר דברי הרמב"ן ע"פ מה שכתבנו לעיל בשם הר"י מגאש שהטעם שירושה אין לה הפסק הוא משום שבטל כח המוריש, והוי כנותן נכסים שאינם שלו, ונראה בדעת הרמב"ן שרק לאחר חלוקה בטל כח המוריש, כיון שנעשה ממון פרטי של היורשים, אבל עד החלוקה יש עדיין כח המוריש על הנכסים,

וכמו שייסדו האחרונים שעד שעת החלוקה הוי הממון בחזקת תפוסת הבית, ולא נכנס הממון ברשות היורשים לגמרי, ולכן סובר הרמב"ן שירושה כזו שייך בה הפסק, כיון שלא נכנס לרשות היורשים לגמרי¹. ויסוד הדברים שגם לאחר מיתה שייך בעלות למת על נכסיו [וכ"כ בקונטרס הקנינים להגרש"ש (ס"ז) ע"ש], ובזה חידש ר' אחא שלאחר שירשו היורשים את הנכסים לגמרי, בטל כח המוריש מהנכסים ואין לו כח שיוור בנכסים. וכן משמע בלשון הר"י מיגאש 'דכיון שהוחלטה הירושה ליוורש' ומשמע שהסיבה לביטול כח המוריש אינו מחמת עצם המיתה אלא משום שהוחלטו הנכסים ליורשים. [אמנם אין הכרח שהר"י מיגאש סובר כמו הרמב"ן שתלוי בחלוקה ועיין]. אכן לפי הטעם שכתב הרשב"ם דהוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה מסתבר שגם קודם חלוקה לא שייך הפסק, כיון דהוי נגד התורה ולא שייך לשנות סדר ירושה, ודברי הרמב"ן הוא רק לפי הטעם של הר"י מיגאש שבטל כח המוריש מהנכסים.

וע"פ זה יש לבאר דברי המאירי והראשונים שלא נאמר דין ירושה אין לה הפסק כשהנכסים ביד שלישי, ואע"פ שירושה חלה בכל מקום שהוא. שכל שלא הושלטו היורשים על הנכסים לא בטל כח המוריש מהנכסים, ויש בזה הפסק, וכן מבואר בדברי המאירי להדיא שרק לאחר שהושלטו על הנכסים אין לה הפסק, אבל כל זמן שלא הושלטו על הנכסים לא הוי ירושה גמורה ומהני בה הפסק. ויש

¹ ומצאתי מקור גדול לדברים אלו בח"מ (קז) שאם האב עשה אפוטרופוס ויש בנים גדולים שמתנגדים לכך, שאם הוא קודם חלוקה אינם יכולים לעכב, ומשא"כ לאחר חלוקה. ונראה שם שקודם חלוקה האב הוא הבעלים ולכן יכול לעשות אפוטרופוס נגד רצונם, אבל לאחר חלוקה בטל כח בעלותו, ואינו יכול לעשות אפוטרופוס על כרחם. ועיי' בית מאיר שם.



ר'יבון שמערתתא בבא בתרא

להביא סמך שאם הנכסים ביד שלישי לא הוי ברשות היורשים לגמרי, משיטת ר' טרפון (כתובות פד) לגבי מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, דהיינו רק אם כבר באו הנכסים לרשות היורשים ממש, אבל אם המטלטלים היו בפקדון אצל אחרים בע"ח גובה מהם. ועכ"פ עיקר יסוד דברי המאירי נראה כמו שביארנו בדעת הרמב"ן שביטול כח המוריש בנכסים תלוי בשליטת היורשים, וכל זמן שלא הושלטו היורשים בנכסים לא בטל כח המוריש.

וביסוד דברים אלו נראה לבאר דברי הר"ן לגבי מתנת שכ"מ בתנאי, שכיון שהיורשים אינם יכולים למכור הרי זה כמו מתנה, שודאי אין כוונתו כפשוטו דהוי מתנה, אלא כוונתו שלא בטל כח המוריש מהנכסים כיון שלא זכו היורשים לגמרי, וכן נראה בלשון הר"ן שרק ב"יורש גמור" אמרינן שאין לו הפסק, אבל באופן שאינו יכול למכור לא הוי יורש גמור, ולא בטל כח המוריש, ולכן יש לירושא זו הפסק.

ולפי נראה לבאר דברי הרמב"ן לגבי ירושה דממילא באופן חדש, שבכמה ראשונים נראה שגדר הנחלת ריב"ב הוא שמחזיק את היורש בנכסים ומורידו לנחלה, ועדיף לענין זה משאר ירושה. ויש לומר שרק בהנחלה בטל כח

המוריש כיון שזכה היורש לגמרי בנכסים, אבל ירושה דממילא לא בטל כח המוריש, וזהו כיסוד כל דברינו שביטול כח המוריש תלוי בזכיית היורשים בנכסים. [ויש לציין שבשיעורי ר"ש כיון ליסוד זה שגדר הנחלת ריב"ב עדיף מירושא דעלמא, שאינו רק דין ירושה על הגברא, אלא עושהו יורש כלפי הנכסים ע"ש]. וכן נראה להדיא בנמוקי יוסף שלאחר שהביא את דברי הרמב"ן, כתב שיש חולקים ע"ז שגם בירושה דממילא אמרינן שאין לה הפסק, וביאר הדברים 'דאע"פ שלא הורידם בפירוש בנכסים כיון שמדעתו יורדין לנחלה זוכין בכל הנכסים מדין ירושה ושוב אין לה הפסק', ומבואר כמו שנתבאר שביטול כח המוריש הוא מחמת זכיית היורשים בנכסים, וחידוש הנמוקי יוסף שגם בירושה דממילא הוי כהורדה לנחלה כיון שיורדים מדעת האב.

אמנם יש להדגיש שכל מהלך זה מתאים רק לפי דרך הר"י מיגאש בטעמא דירושה אין לה הפסק, דאתינן עלה משום ביטול כח המוריש, וע"פ זה חידשו הראשונים כל חד כדאית ליה שיש אופנים שגם בירושה יש הפסק, וכמו שנתבאר שבאופנים אלו לא בטל כח המוריש מהנכסים, אבל לפי דרך הרשב"ם דאתינן עלה משום מתנה ע"מ שכתוב בתורה מסתבר שבכל אלו האופנים לא יהיה הפסק.



הרה"ג ר' יצחק יוסף מרק שליט"א

דף קלא:

בענין אומדנא

בסוגיות הגמ' בפרקין מצינו כמה ענייני אומדנות, כגון בדף קלא: הכותב כל נכסיו לאשתו שלא עשאה אלא אפטרופא או בהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים, שלפי ר"ש בן מנסיא אין מתנתו מתנה. וכן בהמשך הגמ' בכותב כל נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא שאבדה כתובתה. וכן בגמ' להלן קמו: יש סוגיא אם אזלינן בתר אומדנא, ויש לעיין מהו יסוד הנידון אם הולכים אחר אומדנא.

אינם דברים. וכתבו תוס' שם שבמקום שיש אומדנא אין חסרון של דברים שבלב, ואע"פ שלא פירש דבריו הולכים כמו האומדנא, וכמו שמצינו בסוגיין לגבי לא עשאה אלא אפטרופא ולגבי שמע שמת בנו לר"ש בן מנסיא. וכן מצינו בעוד ראשונים שבמקום שיש אומדנא אין חסרון של דברים שבלב, דהוי בלבו ובלב כל אדם. [אך עי' תוס' קמו:]. אמנם יש לציין לתוס' רי"ד בקידושין שחולק על תוס', וכתב שרק במכירה דברים שבלב אינם דברים, אבל במתנה דברים שבלב הוי דברים, והובא ברמ"א (רז) בשם יש אומרים. וביאור הדברים דס"ל שהחסרון של דברים שבלב שייך רק במכירה, כיון שמעשה מכירה נעשה בין ב' צדדים, המוכר והקונה, וצריך לדבר עם הקונה בשפה שהוא מבין, והיות שהקונה אינו יודע מחשבת לב המוכר, ובדעת הקונה שהמכירה נעשה בלא התנאי, ממילא גם דעת המוכר כן [עי' תוס' כתובות מז: כעין זה]. אבל מתנה תלוי בדעת המוכר לבד, ואינו זקוק להתחשב עם דעת הקונה, ולכן סובר הרי"ד שבמתנה דברים שבלב דברים. ומבואר שם בתוס' רי"ד דס"ל שגם במקום אומדנא יש חסרון של דברים שבלב, וכל מה שמצינו

א] בגמ' קלב. הקשו על ר' נחמן למימרא דלא אזיל ר' נחמן בתר אומדנא, שפסק כחכמים לגבי כתב כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שטר חוב שמחלה שעבוד כתובתה, וקשה שר' נחמן עצמו פסק כר"ש בן מנסיא דאזיל בתר אומדנא. ומבואר בקושית הגמ' שאם הולכים אחר אומדנא לא בטל שעבוד הכתובה וחוזרת וגובה את כתובתה מהבע"ח, ולכן הקשו סתירה בדברי ר"נ שפסק כחכמים שאינה גובה כתובתה. וקושית הגמ' טעונה ביאור, שמשמע שאם ר"נ לא אזיל אחר אומדנא היה מובן מה שפסק כחכמים שמחלה כתובתה, וקשה שאם אין הולכים אחר אומדנא נמצא שאין כלל מחילה על הכתובה, שכל המחילה הוא רק מכח האומדנא שמסכמת לוותר על הכתובה, ובלא אומדנא ליכא מחילה כלל. וכן הקשה בקובץ שיעורים. ותחילה נעיין בעיקר דין אומדנא ואח"כ נחזור ליישב קושיא זו.

ב] הנה קי"ל בגמ' קידושין מט: שדברים שבלב אינם דברים. וכמו שפסק שם רבא לגבי מכר קרקע אדעתא למיסק לארץ ישראל ורצה לחזור בו, שכיון שלא פירש דבריו בשעת מכירה אינו יכול לחזור בו, שדברים שבלב

בש"ס שסומכים על אומדנות מיירי רק במתנה ולא במכר. ויל"ע לפי התוס' רי"ד מהו הנידון בגמ' אם אזלינן בתר אומדנא, שהרי במתנה אין כלל חסרון של דברים שבלב, וצ"ב למה צריך דוקא אומדנא.

אמנם גם לפי שיטת תוס' דיבור ממש עדיף מאומדנא, ואם דברי פיו סותרים לאומדנא אזלינן אחר דברי פיו, וכן כתב הריטב"א (קידושין), וכן מוכח מתוס' שם שכתבו שהמקור שהולכים אחר אומדנא הוא מכותב כל נכסיו לאשתו שלא עשאה אלא אפוטרופא, וקשה שבגמ' אמרו דהוי הלכתא בלא טעמא. וצריך לומר שמעיקר הדין לא מהני אומדנא נגד דבריו המפורשים שנותן לה מתנה, ולכן צריך לתקנת חכמים שתיקנו שגם בזה מהני אומדנא. [וכן כתבו האחרונים בסוגיא דגילוי דעתא בגיטא (גיטין לד) דאומדנא לא הוי כמו דיבור, לגבי אתי דיבור ומבטל דיבור].

ג] ויש לחקור לגבי אומדנא אם הוי ממש כמו דיבור או לא, ונפק"מ במה שייסד הברכת שמואל (קידושין ס"א) שיש ב' דינים בדברים שבלב, א) הסוגיא בקידושין שמכר קרקע אדעתא דמיסק לארץ ישראל, דקי"ל שדברים שבלב לא הוי דברים. דלא מהני דברים שבלב לפרש את מעשה המכירה שנעשה רק בתנאי שיעלה לארץ ישראל, כיון שהמעשה נעשה בסתמא, ולא פירש כלום בשעת מכירה. ב) ויש חסרון נוסף של דברים שבלב, באופן שצריך לפעול חלות כגון הפקר בלב, דלא מהני משום דהוי דברים שבלב, ולא שייך לעשות חלות במחשבה כי אם בדיבור. [וע"ש שלפי זה

אין סתירה בין הרשב"א בקידושין למה שכתב הר"ן בפסחים לגבי ביטול חמץ דלא מהני הפקר בלב]. ובפשוטו היה נראה שמה שכתבו הראשונים שבאומדנא אין חסרון של דברים שבלב, היינו רק לגבי דין א' שאומדנא מהני לפרש את המעשה מכירה, שכיון שידוע לכל שרוצה לעלות לארץ ישראל, אין צורך לפרש להדיא שמוכר על דעת כן, אבל לפעול חלות לא מהני ע"י אומדנא, שאומדנא הוי כמחשבה ולא מהני לעשות חלות במחשבה.

וכן ראיתי שנקטו כמה ראשי ישיבות (הרב שך והגר"ש) שאפילו אומדנא דמוכח לא מהני לפעול חלות, ולפי זה נתקשו איך מהני מחילה ע"י אומדנא בכתב לאשתו קרקע כל שהוא. והגר"ש כתב שהוא מקולי כתובה ולא מעיקר הדין וכמו שאמרו בגמ'. וכן משמע ברבינו יונה שהטעם שצריך לומר שהוא מקולי כתובה, משום דלא מהני מחילה ע"י שתיקה, ומשמע שבאמת יש אומדנא שמתכוונת למחול ואעפ"כ לא מהני לולא קולי כתובה. אך קשה מהגמ' לעיל בכתב לאשתו כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שטר חוב דס"ל לחכמים שמחלה שעבוד כתובתה, ומוכח דמהני מחילה ע"י אומדנא, ובגמ' משמע שהוא מעיקר הדין ולא מקולי כתובה.

ועיין בקצות (יב) שמוכח מדבריו דאומדנא הוי כדיבור ומהני לפעול חלות, שהקצות דן שם אם מהני מחילה בלב, והביא שהמסגרת השולחן כתב בשם המהרש"ל דמהני מחילה בלב, ולא הוי דברים שבלב. וכנראה שטעמו משום שמחילה הוי דבר בינו בין לבין עצמו, ועדיף אפילו ממתנה שלפי רוב ראשונים יש

חסרון של דברים שבלב, שבמתנה יש מעשה מתנה בין הנותן למקבל, וכל שלא פירש את דבריו הרי זה חל כפי דעת המקבל, וכמו שנתבאר לעיל לגבי מכירה, אבל מחילה נעשה בינו לבין עצמו ולכן מהני גם דברים שבלב. והקצות הקשה עליו שלא שייך מחילה במחשבה כמו דלא מהני הפקר במחשבה. ונראה בקצות שכוונתו למה שכתבנו לעיל בשם הברכ"ש שלא שייך לפעול חלות במחשבה, ואין כוונתו לסוגיא בקידושין. ובדעת המהרש"ל נראה דס"ל שמחילה לא חשוב עשיית חלות, שגדר מחילה הוי כעין סילוק ואינו מעשה הקנאה [וכן ראיתי בשם האמרי בינה שמחילה בלב תלוי אם מחילה הוי כמו סילוק או כעין הקנאה]. ולפי זה כ"ש דמהני מחילה באומדנא, ואתי שפיר מה שהוכחנו מהגמ' לעיל. [ועיין בתורת ראשי ישיבות בשם הרב שך].

והקצות כתב שודאי לא מהני מחילה בלב, אבל במקום שיש אומדנא מהני מחילה, והביא שכן כתב המהרי"ט, והוכיח כן מהגמ' לעיל כט. דעד תלת שנין מחיל אינש, וכן הוכיח מהא דאיתא בכתובות שאם האשה שהתה לגבות כתובתה כ"ה שנה מחלה כתובתה [ויש לדון בראיה זו]. וכוונת הקצות להוכיח שאומדנא יוצא מכלל מחשבה וחשוב כמו דיבור, ולכן מהני לפעול חלות כמו דיבור. ויש לבאר שמעלת דיבור בקנינים וכדומה שהדיבור הוא כלי המבטא את דעת האדם, וע"י הדיבור דעתו גלוי לפנינו ואינו מסור ללב לבד, ולכן גם אומדנא הוי כדיבור שכל שיש אומדנא דברי הלב גלויים לפנינו [אבל בודאי שלענין עדות וכדומה לא סגי באומדנא, אלא

צריך דיבור ממש, עי' תוס' הרא"ש גיטין עא]. אך גם לפי זה פשוט שדיבור ממש עדיף מאומדנא, וכמו שכתבנו לעיל בשם הריטב"א דלא מהני אומדנא נגד דבריו המפורשים.

עוד כתב הקצות להוכיח שאומדנא מהני כמו דיבור ממה שמצינו דמהני הפקר בלב במקום אומדנא, וכמו שאמרו בגמ' (שבת יח:) לבית שמאי לגבי גיגית ונר. וכן יש להוכיח ממה שאמרו בגמ' (ב"ק מח) סתם גללים אפקורי מפקר להו. וכן כתבו תוס' ב"מ ל: לגבי גיגית דאנן סהדי שמפקיר בלבו, ומוכח להדיא כמו הקצות ודלא כמו שכתבו אחרונים הנ"ל. אך ברבינו יונה משמע כדברי האחרונים וצ"ע. [ועי' אגרות משה או"ח קפד ולפי דבריו יש לדחות הראיה מב"ק].

ד] ועתה נחזור בביאור קושית הגמ' 'למימרא דלא אזיל ר' נחמן בתר אומדנא'. וקשה שהרי מדברי ר"נ גופא שפסק כחכמים מוכח דס"ל שהולכים אחר אומדנא, שבלא אומדנא אין כלל מחילה על הכתובה, ואיך הקשו בגמ' להיפך שר"נ אינו הולך אחר אומדנא. והקובץ שיעורים תירץ שאין כוונת הגמ' שיש אומדנא שאינה רוצה למחול, שבודאי דעת האשה למחול, אלא יש אומדנא שאם היתה יודעת שיש בעל חוב שעומד לגבות ממנה לא היתה מוחלת, שעל דעת כן לא מחלה, וכן מבואר בריטב"א ור"י מיגאש. ולפי זה ביאר שכל הצד שאין הולכים אחר אומדנא היינו רק לגבי דיני תנאים, שלגבי תנאי צריך דיבור מפורש ולא מהני אומדנא, אבל לגבי עצם מחילת הכתובה היה פשוט לגמ' שהולכים אחר אומדנא, ולכן שפיר הקשו על ר"נ שסותר דבריו, שפסק

כר"ש בן מנסיא דאזלינן בתר אומדנא לגבי כותב כל נכסיו לאחרים, ומוכח דמהני אומדנא גם במקום תנאי, וקשה למה לגבי מחילת הכתובה לא אזיל בתר אומדנא. ויוצא לפי הקוב"ש שהנידון של הגמ' אם הולכים אחר אומדנא אינו שאלה כללית אם יש חסרון של דברים שבלב באומדנא, אלא הוא נידון מסוים אם מהני אומדנא לגבי דין תנאי. ויש לבאר ע"פ מה שכתבו הראשונים (עי' תוס' כתובות נו) שדיני התנאים לומדים מבני גד ובני ראובן ואינם מסברא, שלולא דיני התנאי לא שייך להגביל את המעשה שיחול רק כפי צד אחד. וגם לאחר שנתחדש פרשת תנאים לא שייך להגביל את עצם המעשה, אלא תנאי מילתא אחריתי, והיינו שהמעשה נעשה בכל צד בין יתקיים התנאי ובין לא יתקיים, וכח התנאי הוא שמגביל את המעשה שלא יחול רק כפי התנאי. וכיון שצריך לדין תנאי היה צד לומר שצריך דיבור מפורש ולא מהני בזה אומדנא. [ובפרט לשיטת ר"מ דס"ל שצריך תנאי כפול. ויש לציין שהרשב"א כתב שלפי האמת לא מהני אומדנא לפי ר"מ].

אך קשה שבגמ' קמו: מוכח להדיא שהנידון של הגמ' אם הולכים אחר אומדנא הוא לאו דוקא לענין תנאי, שהגמ' שם הוכיחה שהולכים אחר אומדנא ממה שאמרו שהיוצא בקולר ואמר כתבו גט לאשתי, כותבים ונותנים לה את הגט, אע"פ שלא אמר תנו, כיון שיש אומדנא שהיה רוצה לומר תנו, ומוכח שהנידון אם הולכים אחר אומדנא אינו תלוי בדין תנאי כלל [ועיי' קוב"ש שם]. וכמו כן בדינא דר"ש בן מנסיא בכותב כל נכסיו לאחרים יש אומרים (ר"ן גיטין לה) שא"צ להגיע לדין תנאי, שכל

תנאי שתלוי בדבר שלעבר אין צריך לדיני תנאי, ורק בדבר שתלוי לעתיד כגון ע"מ שתתני מאתים זוז צריך דיני תנאי, וכמש"נ שלא שייך להגביל את המעשה, אבל בתנאי דלשעבר הוי כעין טעות, שאילו היה יודע שבנו חי לא היה נותן נכסיו לאחרים. עוד נראה לדון שכאן לא שייך לבוא מדין תנאי, שהרי לא חשב כלום בלבו, שהרי היה סובר שבנו מת, ולא שייך תנאי שלא מדעתו.

ה' ולכן נראה באופן אחר, שהנידון של הגמ' אם הולכים אחר אומדנא היינו במקום שאין דעת חיובי של האדם אלא אנו אומדים שמסתמא זהו דעתו, וכגון בדינא דר"ש בן מנסיא שלא היה בדעתו להדיא שנותן את נכסיו רק לצד שבנו מת, וכמו כן ביוצא בשיירא לא היה בדעתו לומר תנו, ורק אנו אומדים דעתו שמסתמא היה רוצה לומר תנו. אבל במקום שיש אומדנא שיש לאדם דעת חיובי עכשיו, לכו"ע מהני אומדנא, ואינו תלוי בנידון של הגמ' אם הולכים אחר אומדנא, ולכן לגבי עצם מחילת הכתובה היה פשוט לגמ' דמהני אומדנא אף לפי הצד שר' נחמן לא אזיל בתר אומדנא. ולפי דרך זה יש לבאר את הגמ' גם לפי שיטת התוס' רי"ד דמהני דברים שבלב במתנה, שהנידון אם אזלינן בתר אומדנא היה באופן שאין דעת חיובי, אלא שאנו אומדים שזה דעתו, ולכן יש צד דלא מהני אע"פ שדברים שבלב הוי דברים. וק"ק שבגמ' קמו: נראה שבאומדנא חזקה פשוט יותר שהולכים אחר האומדנא, ולפמש"נ שהחסרון מצד שלא חשב להדיא צריך ביאור מאי נפק"מ בדרגת האומדנא.

[ו] עוד נראה בעיקר הקושיא הנ"ל איך מהני מחילת הכתובה לצד שר"נ לא אזיל בתר אומדנא, שיש לומר שמחילת הכתובה אינו ע"י אומדנא לבד, אלא הוי כמעשה מחילה ועדיף מאומדנא, שעצם קבלת המתנה מבעלה מתפרש כמעשה מחילה, שאין לה צורך בשעבוד הכתובה אם קיבלה אותם נכסים במתנה, ולכן גם אם בעלמא לא היה מהני שום אומדנא יש כאן מחילה מחמת עצם קבלת המתנה. וסמך לפירוש זה מדברי הרשב"ם (ד"ה ותעמוד) שהקשה על חכמים דהוי מחילה בטעות, ותירץ דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה. וצ"ב קושית הרמב"ם. ולפי מה שכתבנו א"ש שכיון שכל המחילה הוא תוצאה מקבלת המתנה, וכיון שנתברר שלא היה מתנה ממילא בטל המתנה. וע"ז תירץ הרשב"ם שאין זה טעות שהמתנה נתבטלה רק מכאן ולהבא, אבל בשעתו היה מתנה גמורה. ולפי דרך זה אין להוכיח מגמ' זו

שאומדנא דמוכח מהני לפעול חלות מחילה, שכאן עדיף מכל אומדנא [וכ"כ בספר הערות וציונים].

ועיין ברבינו גרשום בביאור קושית הגמ' למימרא דלא אזיל ר"נ בתר אומדנא, שכוונת הגמ' שיש אומדנא שהבעל נתנם לכדי ייפות כחה, ומשמע שמפרש שיש אומדנא שאין כאן מחילה. [וכן משמע ברשב"ם שלא פירש כמו הריטב"א והר"י מיגאש שהאומדנא שאם ידעה שיש בע"ח לא היתה מוחלת ע"ש]. והוא תמוה מאוד דא"כ למה אמר ר"נ שמחלה כתובתה. ולפי מה שכתבנו יש לבאר שהטעם שיש כאן מחילה אינו משום שהאשה חשבה בדעתה למחול, אלא משום שמעשה קבלת המתנה מתפרש כמחילה, אלא שיש אומדנא שאם היתה יודעת שהבעל נתנם לייפות כחה לא היתה מוותרת על שעבודה, ואם הולכים אחר אומדנא לא הוי מחילה.



ליבון שמערתא בבא בתרא

שיעור כללי מאת הרה"ג ר' יעקב אקשטיין שליט"א

נכתב ע"י הבה"ח מאיר רוזנטל הי"ו

דף כג: - כד.

סוגיית רוב וקרוב

א' בגמ' אמר רב חנינא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב ואע"ג דרובא דאורייתא וקורבא דאורייתא אפ"ה רובא עדיף.

ועפ"י הקדמה הנ"ל ביאר החמדת שלמה [בהקדמה לשו"ת] דכפי שרוב וחזקה רובא עדיפא, דחזקה הוא הנהגה בספיקות אך כשיש בירור אי"כ ספק ואזלי' בתר המברר, כמו"כ אם נבאר דקרוב הוי כחזקה, א"ש דאזלי' בתר רוב שמברר הספק.

חלק ב' – חידוש התוס' לענין קורבא דמוכח.

בתוס' מבו' (ד"ה רוב וקרוב) דר' חנינא אתא לאשמועינן דאפי' בקורבא דמוכח אזלי' בתר רובא.

ולולא דברי תוס' היינו מחלקים ביניהם דקורבא דמוכח הוי בירור אלים ושמא נייזיל בתר קורבא, ודווקא בקורבא שאינו מוכח דאינו בירור אלים נייזיל בתר רוב.

אך כ"ז אפ"ל אם נבאר דגדר קורבא הוא בירור ולכן יש לברר מהו בירור אלים ומהו בירור קלוש ואפשר לחלק ביניהם, אך מדברי התוס' שלא חילקו מבו' בפשטות דקורבא הוי הנהגה וא"כ ל"ש איזה דרגה של קורבא איכא, דמ"מ עדיין הוי ספק, והוי הנהגה במקום של ספק, והכא דליכא ספק דהא איכא בירור של רוב אזלי' בתר רובא ואפי' היכא דאיכא קורבא דמוכח.

חלק א' – בירור דין ר' חנינא דרוב וקרוב אזלי' בתר רוב.

ויל"ע אמאי אכן רובא עדיף אע"פ שאף קרוב הוי בירור מה"ת.

וכתב הריטב"א אפשר דגמרא גמיר לה (וכתב כן בדרך אפשר ומשמע דטעמא נמי איכא).

אולם האחרונים נתנו טעם לדבר, דרוב הוי גדר של בירור, שהרוב מברר מה היה, ומשא"כ חזקה אינו מברר מה שהיה אלא הוי הנהגה, דממשיכים להתנהג כפי שהיה עד עתה, ואע"פ שלא נתברר האמת וחידוש התורה הוא דאזלי' בתר חזקה.

ובקוב"ש (ע"ח) דן מהו ההכרעה של קרוב, האם הוי בירור וקרוב, או הוי הנהגה וכחזקה.

והנפק"מ בין הצדדים לענין תו"ת, דידוע דאם יש לכת אחת מיגו, אי"ז מעלה ולא מוריד דתרי כמאה, ואם איכא קרוב ככת א' תלוי לפי בין הצדדים הנ"ל, דאם קרוב הוי בירור אז ניתוסף עוד בירור ותרי כמאה, אך אם קרוב הוי הנהגה וכחזקה, הרי חזקה מנהיג להתנהג כעד עתה היכן שאין מבורר והכא שאין מבורר נייזיל בתר קרוב דהוי הנהגה להתנהג כך ואע"פ שאין ברור האמת.

חלק ג' – בירור שי' הרמב"ן "חזקה כאן נמצא כאן היה".

עכ"פ מב' בסוגיין דינא דר"ח דרובא וקורבא אזלי' בתר רובא, וכך נפסק בשו"ע.

ולהלן בגמ' גבי חצבא דחמרא רצו לאוקים כר' חנינא ואזלי' בתר רובא דאינו ערלה, ודחו דאין מצניעים הגנבים מהשדה שגנבו, וע"כ דהוי משדה אחרת ולא ערלה ומהאי טעמא התיירו ולא משום דאזלי' בתר רוב והוסיפו בגמ' דה"מ חמרא אבל עינבי מצנעי.

אך זה פשוט לכאורה שלר' חנינא אין חילוק בין ענבים ליין, דאף דמצנעי מ"מ אזלי' בתר רובא ואינו ערלה, וכך פסק הרא"ש דל"ש ענבים ויין דהא פסקינן כר' חנינא דאזלי' בתר רוב.

ולפלא יעוין בשו"ע (יו"ד רצ"ד) שחילק בין יין לענבים, ואפי' שפסק השו"ע כר' חנינא, ולכאורה סותר פסקיו.

ומבאר הט"ז דהרי תי' הגמ' אינו להלכה אלא דיחוי בעלמא דהא לפי האמת פסקינן כר"ח, וא"כ אמאי האריכו לחלק בין יין לענבים אם לא נקטי' כן, וע"כ דהוסיפו זאת בגמ' משום שכן פסקינן כך ההלכה, ואכתי צ"ב אמאי והרי ברוב וקרוב פסקינן דאזלי' בתר רובא.

ומבאר הט"ז דהשו"ע פסק כפי המב' ברמב"ן בסוגיין דאפי' לר' חנינא דאזלי' בתר רובא, זה אינו אלא כשיש קרוב או קורבא דמוכח, אבל כאן לאו קרוב לחוד הוא וחזקה כאן נמצא כאן היה, דהיינו שמקומו ממש עדיף מקורבא וקורבא דמוכח ואזלי' בתר מקומו, ויל"ע בי' דברי הרמב"ן.

ובפשטות היה אפשר לבאר דהוי כעין חזקה דמעיקרא דכיון שכאן נמצא מסתבר שכאן היה ואזלי' כפי שהיה מעיקרא, והיינו שכאן גדלו הענבים, וממשיכים לנהוג שגדלו כאן, וממילא הוי ערלה.

ובפשטות אין לפרש כן דהרי חזקה הוא הנהגה, וכל ההנהגות הם במקום ספק אך כשיש בירור של רוב אזי מאכפ"ל דאיכא חזקה דמעיקרא והרי מ"מ איכא בירור שמברר הספק ואמאי לא אזלי' בתר רובא.

ומבאר החזו"א (אה"ע סי' כ"ה ס"ק י') בי' דברי הרמב"ן באופן נפלא, דאימתי אזלי' בתר רוב, היכן שלא ידעי' במקום המסופק עצמו מי מצוי כאן ברוב ומי מצוי כאן במיעוט, וע"כ אזלי' בתר רובא דעלמא נגד בירור של קורבא, אבל היכן שבמקום המסופק עצמו יודעים מי הם הרוב, אזי אין דנים בין קרוב לרוב, ואם הוא בא ממקום קרוב או רחוק, אלא דנים אותו אם הוא מהרוב הנמצאים כאן או המיעוט.

וכגון בחצר הסמוך לביהכנ"ס בעיר שרובה גוים ונמצא שם אבידה, דברוב גוים הא"ש, ובבית הכנסת חייב להכריז, והכא הוי קרוב לביהכנ"ס והוי רוב גוים וקרוב לישראל, אז בפשטות אזלי' בתר רוב והא"ש, אך לפי יסוד הנ"ל יהא חייב להכריז דהרי רוב הנמצאים בחצר ביהכנ"ס הם ישראלים, ונפל האבידה מהולכי החצר, וההולכים שם רובם ישראלים וע"כ פשיטא דאזלי' בתר רובא הנמצאים כאן ורק היכן שאין לתלות ברוב הנמצאים כאן כיון שאין רוב מסוים במקום הזה ע"כ אזלי' בתר רובא דעלמא.

ולפי"ז מובן דברי הרמב"ן שאף בענבים שכאן זה נפל וכאן זה היה והוי ערלה, דיש רוב במקום המסופק שרוב ענבים הם משדה זו וכאן נמצא לכאורה כאן היה, והוי כרובא דענבים שנמצאים כאן, ומשא"כ חבית דאי"כ רוב במקום המסופק ושמא בא משדה אחרת.

ויש להעיר אמאי להו"א רצו לומר דאף בענבים יודה ר' חנינא דאזלי בתר רובא דעלמא, ולכאורה הרי"ז דין פשוט דכאן נמצא וכאן היה אזלי בתר רובא דהכי, ומבאר הפני שלמה דאכן עובדא דהתם איירי בחבית יין, והדין של ענבים הוי רק הוספת הגמ', ומעולם לא היה ס"ד דאף בענבים סבור ר' חנינא דאזלי בתר רובא דעלמא.

חלק ד' – בירור סוגיא באלו מציאות עפ"י הרמב"ן והרא"ש.

אי' באלו מציאות (כ"ה ע"א) מצא כלי ולפניו פירות, דמקבל הנותן סימן לכלי אף הפירות הסמוכים לכלי (ותלוי באופן הנחתם כמבו' התם בתירוצי הגמ' אך כשמונח נגד הכלי ובפתחו בפשטות מקבל אף הפירות).

ומקשה הקצוה"ח (רס"ב) דהא איכא רוב, דרוב פירות הוא מהעולם, ורוב וקרוב פסקינן דאזלי בתר רוב, ואמאי חייב להחזיר ומיישב הקצות דלפי הרמב"ן א"ש דכאן נמצא וכאן היו, ונחשב כבמקומו ממש.

ואכתי לפי הרא"ש יל"ע שלא חילק בין ענבים ליין, א"כ אף אם מוכיח מקומו אזלי בתר רובא, א"כ אמאי במצא כלי ופירות חייב להחזיר, ומבאר הנתיבות ועוד אחרונים דמהו הטעם דאין מחזירים אבידה בלא סימן דהיה אפ"ל דאיכא חשש משקר, אולם תוס' (בב"מ כ"ה ע"ב ד"ה אי) מבארים שאין חשש משקר, אלא דשמא אי"ז שלך, ואדם אחר לקח את שלך.

ולפי"ז א"ש דהאם נאמר שהפירות שנמצאו לפני הכלי אדם אחר לקחן ופירות אלו של אחרים הם, ואפי' דיש חשש רחוק גדול מאוד לומר כן, אך אין לחשוש לכך, ולכן חייב להחזיר ולא משום שזה קרוב, אלא משום דנחשב שנתן סימן לפירות ממש, דאין החשש שזה של אדם אחר



**חבורות
שנכתבו
ע"י חברי
הישיבה**



הבה"ח יו"ט שמחה הלוי קליין הי"ו

דף יז.

בענין חיובי תשלומין בנזקי שכנים

מצאנו בזה מחלו' הראשונים, יש המחייבים ויש הפוטרים.

בשיטת הפוטרים:

הראב"ד (מובא בטור), וכן הרי"ף כתבו שפטור, וכתבו בסברתם משום דהוה 'גרמא'.

ובחזו"א בתחילת דבריו כתב שמה שהביא הראב"ד סברת 'גרמא', היינו לאו דווקא, שבאמת אף בלא גרמא, ונקט גרמא, משום שכל הדין שצריך להרחיק הוה משום ש'גורם' לנזק, אך בעצם עיקר הסברא שמשו"ה סבר שפטור, הוה משום שעושה בתוך שלו - וכסברת רב"ב, (וכן הסביר הנתיבות לשיטתו הנ"ל, שמשום שאין עליו חיוב מדין מזיק, אלא מדין נזקי שכנים, ע"כ סבר הראב"ד שאין עליו חיוב תשלומין) והסביר החזו"א בסברת רב"ב, "שמשום שעושה בתוך שלו דברים הנהוגין לשמש בהן, וכן דרך העולם ששכנים נפגעים זה מזה, והכל כפי תקנת חז"ל", וע"כ סבר הראב"ד, שעיקר התקנה היה רק לעכב לכתחילה, אך לא לגבות תשלומין, וא"כ הוא הדין בלאו גרמא.

אך למעשה חזר בו החזו"א (כמו שיתבאר בעהשי"ת בהמשך), וסבר שסברת הראב"ד הינו אכן זה שהוה 'גרמא' (ודווקא בגרמא), ומסביר הסברא מדוע נחשב ל'גרמא', שמשום שאינו מזיק לפי שעה, ואין הדבר ברור שיזיק,

הנה מצינו בפרקין שדנים בדינים מיוחדים ב'הלכות נזקי שכנים', שכמבואר בהרבה אחרונים הינם תקנות מיוחדות שניתקנו ע"י חז"ל (שלחת"ס נדרש מהפסוק "בין גירו וכו'"), כדי למנוע היזק בין שכנים, וכפי שמשמע תקנות אלו הינם תקנות מיוחדות, שאין נכללים בשאר דיני נזיקין שבב"ק, ומצאנו בזה ב' מהלכים, או משום שבסתם דיני נזיקין איכא רק חובת שמירה, והכא תקנו חז"ל חיוב של מניעת השתמשות, בכדי שלא יזיק ('לא יחפור', 'מרחיקין') - נתיה"מ, או כדמצאנו בדברי רב"ב שמשום שמזיקו מתוך רשותו, אין זה נכלל כשאר מזיקין, וע"ז תקנו חז"ל דינים מיוחדים שצריך להתרחק בתוך שלו, בכדי שלא יזיק את חבריו.

והנה מצאנו נידון גדול בראשונים האם חיובי התקנות הינם רק בחיובי הרחקה, או שישנם גם חיוב תשלומין, ואת דין זה אנסה בעהשי"ת ובס"ד לסכם עד ההלכה למעשה.

ואחלקנו לכמה סוגי אופנים המובאים בדברי הראשונים והאחרונים, בכדי שיהיה הדבר נאה ומתקבל בלב הלומדים שיחי', (נ.ב. כל 'דיני ההרחקות' שיובאו בס"ד הינם בין לרבנן - בכל האופנים, ובין לשיטת ר' יוסי - באופנים שצריך גם לשיטתו להרחיק [כגו' גיריה וכו']).

אופן א' - כשלא הרחיק כדינו: וכשהנזק לא בא בידיים, אלא אח"כ, (כגו' גפת וכדו').

לא חשיב מזיק, אלא 'גרמא' (וא"כ אף בעושה בתוך של חבירו נמי).

ודייק הראב"ד שיטתו מלשונות המשנה, דקתני לשונות ד"לא יחפור", ו"מרחיקין", ולא קתני לשונות דפטור וחייב. משמע שכל הנידון הינו רק לגבי הרחקות, אך לא לגבי תשלומין (שוודאי פטור).

אך הרמב"ן (שחלק על הראב"ד כדלקמן), דחה את הראיה, ואומר שהיו חייבים לכתוב בלשונות הרחקה לאשמועינן הא גופא שצריך להרחיק, משום שאם היה כתוב הלשון חייב, היה משמע שא"צ להרחיק משום שאין מוכח שהולך להזיק, ואין ברור שיזיק, ורק אם יזיק יהא חייב, ע"כ כתב הלשון הרחקה לאשמועינן שצריך להרחיק, אך וודאי שאם הזיק – חייב, (וע"כ אכן סבר הרמב"ן שחייב).

בשיטת המחייבים:

אבל ברוב הראשונים (הרמב"ן הנ"ל, טור בשם רא"ש, ריטב"א, נמו"י, העיטור וכו'), חלקו וכתבו שוודאי חייב בתשלומין (ודווקא בגרמא [ע"י רוח וכו'] פטור, וכדיבואר לקמן).

ובסברתם נביא לשון הרמב"ן, שמבאר בטטו"ד ש"היה כמניח גחלת על בגדו של חבירו שמבעיר והולך, שוודאי חייב", וכתב שהלשון מוכיח כן, שהרי קראוהו 'גירי', והיינו דהוי כמזיק 'בחיציו' ממש.

ומשמע מלשונו שחיובו הוה מדין "אדם המזיק" ממש, (וא"כ חייב אף באונס, שאדם מועד לעולם).

וכן משמע מלשון הרמ"ה והעיטור, שחייב משום שלא הוה גרמא, משמע - שהחשיבו כהזיק בידיים, וא"כ משמע שחלקו כל הראשונים הנ"ל על סברת הראב"ד, וסברו שאין זה גרמא. ולכא"צ"ב שחלקו באותו סברא אי הוה כגרמא או כבידיים, שמצאנו בנ"ל שהחזו"א הסביר שסברת הראב"ד שהוה כ'גרמא' היינו משום "שאינו מזיק לפי שעה..." וברמב"ן מצאנו שאותו סברא עצמה הוה כ"מניח גחלת... שמבעיר והולך..." וע"כ נחשב ב'ידיים'.

ואולי אפ"ל בסברת מחלוקתם, שחלקו בהגדרת הדין 'גיריה דיליה', שהרמב"ן לשיטתו, שאף שלא בא אלא אח"כ, נקרא גיריה דהיי' חיציו, וע"כ סבר שהוה כהזיק בידיים אף שאין הולך להזיק אלא אח"כ (ומדויק בלשונו שכתב "שהלשון מוכיח כן שהרי קראוהו גיריה, והיי' דהוה כמזיק בחיציו ממש"). משא"כ הראב"ד נ"ל שסבר כשיטת רש"י שגיריה דיליה לא הוי אלא כשמזיק בידיים ממש, וע"כ הכא שאין מזיק בידיים, אין זה נקרא 'גיריה' אלא 'גרמא', (ונ"ל שחלקו האם בטוח ההיזק שיבוא, כדמדויק בלשונותיהם, שלראב"ד "אין הדבר ברור שיבוא" וע"כ הוה גרמא. ולרמב"ן הוה "כמניח גחלת" שברור וע"כ הוה כבידיים. אך דוחק לומר שחלקו במציאות, ודו"ק).

והנה בחזו"א מצאנו שיטת ביניים, שמצד אחד סבר כראב"ד שנחשב כגרמא, ומצד שני סבר כרמב"ן שחייב. ומדין 'תולדה דאש', שכתב על הרמב"ן שוודאי לא הוה כמניח גחלת ממש, משום "שאין ההיזק בא אלא

אח"כ" (כראב"ד). אך חלק על הראב"ד שאם זה בא אח"כ, אין זה נחשב כגרמא, אלא כתולדה דאש. (ונ"מ בין הרמב"ן לחזו"א, שלרמב"ן הוה כמזיק בידיים ממש שחייב אף באונס ולחזו"א שאינו אלא תולדה פטור).

והנה להלכה, הביא בשו"ע ב' הדיעות הנ"ל, וממילא אין להוציא ממון, ופטור להלכה (משכן שלום).

אופן ב' - כשלא הרחיק כדינו.

ועשה הנזק בידיים (כגו' החופר בור סמוך לבורו של חברו וכדו'):

הובא ברמב"ן (בסוף קונטרס דינא דגרמי) שוודאי חייב.

וביאר בסברתו שכיון דכל מרא ומרא דקא מחי, מרפיה ליה לארעא, כמאן דמזיק בידיים דמיא וחייב אף לרבנן דלא דייני דינא דגרמי, ומשמע מלשון הרמב"ן שם, שוודאי הוה לכו"ע.

אך לכאו' בראב"ד משמע שאף הכא, נמי פטור, שהרי דייק שיטתו מלשון המשנה, ואף בבור כתיב "לא יחפור", ולא קתני "חייב", וא"כ נמצא שפטור. וכן הסביר החזו"א בתחילת דבריו, שאף הכא נמי יהא פטור, מהסברא שהובאה לעיל בשיטת הראב"ד שכיון שעושה בתוך שלו דברים הנהוגין לשמש בהן, דהיי' שכן דרך העולם ששכנים נפגעים זה מזה והכל כפי תקנת חז"ל. וכמו שביארנו בהקדמה שהכא אין עליו דין מזיק, אלא מדין נזקי שכנים, שבו תקנו חז"ל להרחיק. וסבר הראב"ד שעיקר התקנה הוה רק לעכב

לכתחילה (שלא יסמוך), אך לא לגבות תשלומין (אם הזיק, ואף בידיים).

וע"ז לכאו' קשה שלא מסתבר שהראב"ד סבר שיטתו אף כשמזיק "בידיים", וכן משמע בדברי הרמב"ן שבמזיק בידיים לכו"ע, אין מקום להסתפק בחיובו, וכן נפסק בנתיב"מ שבהזיק בידיים לכו"ע לא פליגי דחייב.

ואכן החזו"א אף שבתחילת דבריו פקפק בדברי הנהגות, אף בסוף אכן חזר בו וסבר כמותו, (וכמבואר באופן א' בדברי הראב"ד). ואכן לא הוה אלא מדין גרמא, אך לא בידיים ממש, ולשון ההרחקה [לא יחפור] שדייק שדייק שאין חיוב תשלומין, צ"ל שנכתב אטו הלשונות דמרחיקין שנכתבו באופנים שאין מזיק בידיים ששם אכן פטור לשיטתו, אך הכא בהזיק בידיים וודאי חייב.

וכן נפסק להלכה, בנה"מ, שבאופן שלא הרחיק וההזיק נעשה בידיים, לכו"ע מודו דחייב.

אופן ג' - כשלא הרחיק כדינו.

והנזק לא נעשה כלל בידיים, אלא בגרמתו, ע"י רוח וכדו' [כגו' רקתא].

נקטו כל הראשונים להלכה, שאינו חייב לשלם מה שהזיק ופטור. (רא"ש, רי"ף, רמב"ם, רמב"ן, רשב"א, רבינו יונה, ריטב"א, וכו') וכן נפסק במחבר להלכה למעשה.

וסברתם שאע"פ שצריך להרחיק (משום גרמא דגיריה) שגרמא בנזיקין אסור, מ"מ בגרמא בנזיקין אם הזיק פטור.

אופן ד' - כשהרחיק כדינו

וכשהזיק בכל סוגי ההיזקות שנזכרו בנ"ל

הנה מצינו בגמ' מחלו' בין רבנן לר"ש לגבי אש, שלרבנן אף שהרחיק האש כשיעור חז"ל מ"מ כשהזיק חייב (וסברתם נבאר בעהשי"ת לקמן), ולר"ש פטור (שלא אמרו כל השיעורין הללו אלא שאם הרחיק והזיק פטור מלשלם).

ונקטו הראשונים להלכה כשיטת רבנן, דאף אם הרחיק כשיעורו, מ"מ אם הזיק, חייב לשלם, (אך וודאי חייב להרחיק כמבואר ברש"י התם [ב"ב כ' ע"ב ד"ה ואם הזיק] שחוששין השכנים שמא ידליק בתיהם, ואין לו מה לשלם).

וחלקו הראשונים, האם מה שנפסק שלגבי תנור חייב (אע"פ שהרחיק), הוי גם בשאר מזיקין, או דווקא בנורא, שלרוב הראשונים בשאר מזיקין פטור, ולרמ"ה ולבעל העיטור אף בשאר מזיקין חייב (חוץ מאונס) ונבאר בעהשי"ת סברותיהם.

שיטת הראשונים, שרק בתנור חייב, ותמיד כשהרחיק פטור:

הובא ברי"ף ובמאירי (וכו'), שהסברא שבתנור חייב אע"פ שהרחיק היינו משום שנחשב כפשיעה, משום שאש הוה הזיקן ניכר ונראה לעין, והרי תנור תדיר מדליקנו, ואין לו רשות במה שעינו רואה שהוא מזיק, והיה צריך לבדוק שלא יזיק - וע"כ חייב שהוא כ'פשיעה', (ונמצא ע"פ הנ"ל שכל החיוב בתנור, היינו דווקא באופן שאכן פשע, אך אם אכן הרחיק באופן שלא יכלה האש להזיק, ואפ"ה הזיקה (באונס גמור...) נמצא לכאור' ע"פ הנ"ל

שפטור). אך, אומר המאירי כל הנ"ל היינו דווקא באש שמשום שהזיקו ניכר הוה כפשיעה אך בשאר סוגי המזיקין שאין הזיקן ניכר, נמצא, שאם לא הרחיק, משום שחז"ל 'כן ראו את ההיזק', וע"כ אמרו שצריך להרחיק ואם לא הרחיק הוה כ"פושע" (כלשון המאירי), אך כשהרחיק, משום שאין הזיקן ניכר, והרי הרחיק ליכא פשיעה, וע"כ סבר שפטור.

וכן משמע לכאור' מדחיית הרמב"ן את ראיית הראב"ד, שלשון לא יחפור בא להשמיע שחייב להרחיק, ולא מספיק שלא ירחיק וישלם, אך משמע בפשטות, שאם כן הרחיק וודאי פטור (ועיין לעיל).

בשיטת הרמ"ה ובעל העיטור שתמיד חייב (חוץ מאונס):

סברתו שהוה ממש כדין 'ממון המזיק', שסבר שאף שחז"ל נתנו שיעורין, אינו אלא סתמא, אך תמיד אם ימצא שיזיק יצטרך להרחיק יותר, ועפ"ז כותב החזו"א בסברתו ש"תמיד אפשר לראות שהולך להזיק וע"כ לא חשיב אונס, אלא פושע וחייב". וכן הובא בתשו' הרא"ש שזהו ה"חומר בנזיקין" (שחייב אעפ"י שהרחיק), (ומזה משמע שמה שנכתב בטור בשם אביו הרא"ש שחייב, הוה אף כשהרחיק כדינו, ולא כמו שרצה החזו"א בדבריו ללמוד שהרא"ש סבר שחייב דווקא כשלא הרחיק כדינו, אך כשהרחיק פטור, אלא תמיד, משמע מתשו' הרא"ש שחייב ואף כשהרחיק כדינו).

ולכאור' נ"ל בסברת מחלקותם, שחלקו האם היה אפשר "לחזות את ההיזק" שבאופן זה הינו פושע, שלמאירי שאין הזיקן ניכר נמצא

ר' יבון שמערתא בבא בתרא

שכשהרחיק, הוי אונס ופטור, אך לעיטור
בלשון החזו"א "שתמיד אפשר לראות שהולך
להזיק", וע"כ נחשב כפשיעה וחייב, וכן משמע
אכן בלשונות הנ"ל. ועוד נז"ל שחלקו האם
חז"ל החשיבוהו כמזיק שחייב בתשלומין,
שלמאירי אם הרחיק ירד ממנו דין מזיק,
משא"כ לעיטור תמיד נשאר עליו דין מזיק,
וע"כ תמיד כשהזיק חייב.

ולמעשה נפסק להלכה במחבר, שבשהרחיק
כדינו וודאי אין חיוב תשלומין ופטור (חוץ
מאש).

[לסיכום ההלכה למעשה, כשהרחיק כדינו:
בתנור – חייב, בשאר מזיקין – פטור (מחבר),
וכשלא הרחיק כדינו: כשהזיק בידיים – חייב
(מחבר), כשהזיק בא אח"כ – פטור (משכן
שלום), ובגרמא וודאי פטור (מחבר)].



הבה"ח משה רייכמן הי"ו

דף יז: - כה:

בענין בשי' אביי כשסמך בהיתר ואתא הניזק

איתא בגמ' פלגותא אביי ורבא באופן שמניח אדם חפץ המזיק קודם שבא הניזק שאביי מתיר ורבא אוסר ומוסיפה הגמ' שרבא מודה שאם היתה רפת בקר קודמת לאוצר מותר – והיינו שמותר לסמוך וכן אפ' אתא ניזק אין חייב להרחיק.

חפצא חדש אחר שבה ניזק אז הוי באיסור וא"כ מדוע אין חייב ריחוק.

וע"כ י"ל דתוס' סובר כקצוה"ח דמה שמתיר אביי לסמוך הוי משום דין קדימה והיינו כפשוטו שהוא קדם לניזק ותפס ולכן אפ' אתא ניזק נשאר הדין שהוא קדם ואין להרחיקו משום שהוא קדם דהמקום עומד ומונח למי שקודם אך עדיין צ"ע דמ"מ בגירי המתחדש הוי כמניח מזיק חדש בכל יום שמדליק שוב התנור וא"כ על המזיק החדש אין לו דין קדימה שכלפי מזיק זה הניזק כפר קדם וא"כ מדוע אין חייב ריחוק וע"כ י"ל ע"פ אחרונים שהדין קדימה אינו שזכה קודם להניח חפצא וע"כ אין מסלקים החפצא דקשה כנ"ל אלא הוי דין שתפס זכות בקרקע להניח שם חפציו אפ' שיזיקו כשיבוא ניזק וא"כ יכול כל ימיו להניח שם דהוא זכה בקרקע לענין זה שיכול להניח לעולם חפצים המזיקים (ולא שזכה לענין חפצא זו שיכול להניחו אלא הוי זכות בקרקע).

ובתוס' כה: (ד"ה עני) הקשה מדוע חייבו את העוצרי שומשום שהזיקו לאפדנא להתרחק אחר שבא הניזק הרי לאביי אין חייבים ריחוק

ובתוס' וד"ה דיקא (ב.) מבואר שאביי אינו סובר מסברת דירה שאני דליכא חידוש ברפת יותר מבשאר ואה"נ ה"ה בשאר מזיקים מותר לסמוך ואין חייב להרחיק באתי הניזק ובתוס' (דיקא א') כתב דרפת הוי גירי דילי הוא"כ נמצא דאביי מתיר לסמוך ואין מחייב ריחוק אפ' בדאתא הניזק ואפ' בגירי דיליה' – וכן מבואר בתוס' כה: (ד"ה עני) שהק' (גבי פאפי יונאה ע"ש) שאפ' בגירי דיליה בעוצרי שושמום לכאו' הו"ל לאביי להתיר להשאר אפ' באתא הניזק ובפשטות היה נראה סברת תוס' דהיתר זה להשאר אפ' באתא הניזק הוי משום שסמך בהיתר והיינו שכיון שלכתחילה היה מותר לו לסמוך שהרי לא אתא ניזק עדיין ולכן אפ' אתא ניזק אין מחייבים אותו להרחיק דהניחו בהיתר וא"א לחייבו בריחוק.

אבל צ"ע דהרי רפת ונחתום דמזיקים לאוצר הוי גירי המתחדש שבכל יום מדליק שוב אור או מכניס שוב בהמות ומזיק וא"כ כאשר מחדש שוב גיריה לאחר שבא הניזק הוי סמך באיסור שעל הגיריה החדש יש איסור שמניחו אחר שבא הניזק וכל ההיתר סמיכה הוי רק על החפצא שהניח קודם לניזק אבל כעת מניח

¹ ואפ' בגירי המתחדש דהרי רפת הוי גירי המתחדש ומתיר אביי להמשיך לסמוך אפ' אחר שבא ניזק.

אפ' בגירי המתחדש – ותי' תוס' א' דהתם הוי תשמיש שאינו קבוע וכוונתו – ביאר ר' שמואל דכיון דלא קבוע אז כל יום הוי כתשמיש מחודש שמה שהשתמש אתמול לא שייך להיום וא"כ בשימוש החדש ליכא דין קדימה שבשימוש החדש כבר קדם הניזק.

וצ"ע דהרי תוס' בסוגיין כתב דלאביי מותר לסמוך ואין חייב להרחיק אפ' באתא ניזק ואפ' בגירי מתחדש דיש דין קדימה וכסברא הנ"ל וסותר לתוס' בכה דבגירי המתחדש ליכא דין קדימה וחייב ריחוק כשאתא ניזק וע"כ נראה לומר דהרי דין קדימה היינו שיש בקרקע הרבה שימושים ואחד מהם זה הנחת חפצים אפ' שמזיקים לשני כשיבוא וכשבא קודם זוכה בזה השימוש מדין נזקי שכנים שהקודם זכה ולכאו' צריך הוא כוונה לזכיה זו בקרקע – ולכן דווקא שמניח דבר קבוע אז רואים שכוונתו לזכות בזכות זה בקרקע לעולם שהרי מניחו לזמן קבוע ולכן זוכה בקרקע לעולם ויכול אח"כ להניח שימושים חדשים אבל כשמניח דבר שאינו קבוע אז רואים שאין כוונתו לקנות זכות זה בקרקע לעולם רק לדבר זה שמניח לקצת זמן א"כ לא זכה בזכות זה בקרקע רק לחפץ זה ואינו יכול להניח חפצים חדשים אחר שכבר בא הניזק – וכוונת תוס' היא שלא קביע תשמישייהו ולכן אינו זוכה בקדימה בקרקע ולכן אינו יכול לחדש גיריה.

ועוד תי' תוס' דהכא באיסור סמך דכמו"מ מרפי לארעא ובפשטות כוונתו דכיון שמיד מתחיל להזיק אז סמך לכתחילה באיסור דכל ההיתר לכתחילה הוא משום דליתא לניזק והכא הרי איתא לניזק וצ"ע דלעיל ביארנו

בתוס' דתלוי בדין קדימה ולא אם סמך בהיתר וי"ל בפשיטות דכל הדין קדימה שזוכה בקרקע הוי רק באופן שמותר לכתחילה להניחו דכל הנזקי שכנים שזוכה ע"י קדימה הוי באופן המותר אבל כשאסור לכתחילה לסמוך לא שייך זכיה וזהו כוונת תוס' דכיון שבאיסור סמך דכמו"מ אז לא שייך דין קדימה דכיון שמזיק מיד בקרקע לענין אפדנא אז כבר חל חיוב ריחוק מיד אפ' לפני שבא ניזק אז לא שייכי לכתחילה דין קדימה לזכות כשהוי באיסור דהנזק מתחיל מיד וחשיב איתא לניזק שאז אפ' לאביי חייב ריחוק אז הוי סמך באיסור וכל מה שמתיר אביי לזכות הוי רק כשבהתיר.

אמנם יש אחרונים (גר"א) שמסבירים דעת תוס' דאפ' דחשיב ליתא לניזק מ"מ אסור לסמוך משום שכל ההיתר של אביי לסמוך ולהשאיר אפ' אחר שבא הניזק היינו משום שסומך בהיתר לכתחילה דליתא לניזק ואין רואים אותו כמזיק ולכן אפ' כשבא ניזק אין חייב להרחיק דלא חשיב מזיק דהניחו בהיתר אבל כשעושה מעשה מזיק ממש בידים אפ' שאין מזיק ממש דליתא לניזק כעת מ"מ נראה כמזיק ולא כמשתמש וע"כ אפ' לאביי חייב ריחוק מיד כשסומך והיינו שלמדו בתוס' שמה שאביי אין מחייב ריחוק כשבא ניזק הוי משום שלכתחילה סמך בהיינו דליתא לניזק וא"כ צ"ע כדלעיל דמדוע בגירי המתחדש שמניח שוב דבר חדש אחר שבא ניזק והוי באיסור ואפ"ה כתבו תוס' שלאביי אין חייב ריחוק באתא ניזק, וע"כ נראה לפרש דסמך בהיתר אינו כפשוטו שסמך שלא היה ניזק אלא כעין הני שכתב תיבות שביאר מה חידש נזקי

שכנים יותר ממזיק רגיל הרי כל מזיק חייב ריחוק וביאר שמצד התורה מזיק חייב רק שמירה ואין דבר כזה ביטול תשמיש שלא ישתמש כלל אך נזקי שכנים חידש דחייב אפ' ביטול תשמיש – וסבר אב"י דודאי אם א"י כבר לניזק ובא לסמוך אסור כי מצד נזקי שכנים חייב ביטול תשמיש אבל כשליטא לניזק אז ליכא חיוב מנזקי שכנים לבטל תשמיש א"כ נשאר בהיתר של התורה שאין צריך לבטל תשמיש כשאינו יכול לשמור כגון רפת דכל חידוש נזקי שכנים שחייב ביטול תשמיש הוי רק בא"י לניזק אבל בליתא לניזק נשאר בפטור התורה ולכן ברפת שאינו יכול לשמור רק לבטל תשמישו אם סמך קודם שבא ניזק חל עליו דין שלא צריך לבטל תשמישו ולכן אפ' יחדש בהמות שוב אחר שבא הניזק אין חייב להרחיק דכלפי רפת עם בהמות יש עליו דין שפטור מלבטל תשמיש – וזהו שסמך בהיתר היינו היתר התורה שאינו חייב ביטול תשמיש והיתר זה נשאר לעולם כלפי תשמיש זה שאמרה תורה שבהמות ברפת אינו חייב להרחיק ולבטל התשמיש אבל אם ישנה לתשמיש אחר מהכנסת בהמות ויעשה היזק דגיריה חדש אחר שע"ז לא אמרה תורה שאינו חייב לבטל תשמישו ואם יעשנה אחר הניזק אז נכנס לחיוב של נזקי שכנים שכן חייב ביטול תשמיש ורק כלפי אותו שימוש שלא היה נזקי שכנים עליו והיה פטור מהתורה שלא יבטל תשמישו אז אין חוזר דין הנזקי שכנים דכל הנזקי שכנים תוקן לכתחילה באופן שמתחילה חייב מנזקי שכנים אבל אם פטור מהתורה ואח"כ אותו שימוש עשה שוב א"א לחייבו מנזקי שכנים והסמך בהיתר נשאר

לעולם שאינו חייב לבטל תשמישו וזהו כוונת תי' תוס' שהכא כיון דכמו"מ והיינו שעשה מעשה מזיק ממש בכזה אופן כן תיקנו הנזקי שכנים שיבטל תשמישו ולפי"ז י"ל דתי' א' בתוס' שלא קביע תשמישייהו כוונתו שלא תמיד עשו שומשום אלא קודם שבא הניזק עשו גיריה אחרים וא"כ רק על התשמיש שעשו קודם שבא הניזק חל הדין שלא יבטל תשמישו ולא נפקע לעולם אבל כששינו לתשמיש אחר היינו שומשום אחר שבא הניזק על זה ודאי חל הדין נזקי שכנים שיבטל את תשמישו כי זה לא התחיל קודם לניזק שיחול עליו ההיתר שלא יבטל תשמישו רק מתחיל באיסור ונכנס מיד לחיוב נזקי שכנים.

וביותר נראה לומר דאפ' כן עשה תשמיש של שומשום קודם לניזק אך לא עשה באופן קבוע ושינה באמצע לתשמיש אחר וכשבא ניזק עשה שוב שומשום דאז כן חל החיוב ביטול תשמיש מדין נזקי שכנים דאפ' בשומשום הראשון חל הדין שלא יעשה ביטול תשמיש אבל כשהוא עצמו אח"כ ביטל התשמיש והוזיזו ועשה תשמיש אחר אז פקע פטור זה דהוא עצמו ביטלו ולכן אח"כ כשעושה שוב שומשום כשכבר אתא ניזק אין לו פטור שלא יבטל תשמישו ומתחיל חיוב חדש מנזקי שכנים.

נמצא דלתי' א' שלא עשה קודם לניזק שומשום או שלא עשה כל הזמן אלא לא חל דין שלא יבטל תשמישו וחיוב הריחוק מתחיל מאז שבנה האפדנא ועשה שומשום שאז נכנס לנזקי שכנים מכשאתא הניזק – אבל לתי' ב' אפ' כשעשה שומשום כל הזמן חייב

ריחוק מיד אפ' קודם האפדנא כיון שעושה מעשה מזיק בידיים שע"ז כן תיקנו שיחול חיוב נזקי שכנים.

ונמצא נפ"מ בין אם ההיתר דין קדימה או דין סמיכה בהיתר אם יכול אח"כ לעשות תשמיש אחר ממה שעשה לסברת קדימה יכול דזכה בקרקע לגמרי ולסברת סמיכה אינו יכול כי רק על אותו שימוש חל היתר התורה.

הפנ"י והגרע"א הוכיחו דהרא"ש ס"ל דלאביי אפ' שסמך בהיתר בדליתא לניזק מ"מ באתי ניזק חייב להרחיק מהא דלא הביא הרא"ש כלל את קו' תוס' בדף כה מוכח דהבין פשוט שאפ' סמך בהיתר חייב להרחיק באתי לניזק וביאר הרע"א דאין כוונת הרא"ש דבכל מזיק חייב להרחיק באתא הניזק אלא רק מזיק של גירי דיליה חייב להרחיק בבא ניזק אבל מזיקים שאינם גירי דיליה אין חייב להרחיק כלל וצ"ע בסברתו שהרי אם נלמד שבלאו גירי דיליה אינו חייב להרחיק משום דסמך בהיתר א"כ גם בגירי דיליה הרי סמך בהיתר ואינו מתחדש ומדוע יהא חייב ריחוק באתא הניזק.

ונראה לומר ע"פ הברכ"ש בשם הגר"ח שביאר מה חידשה התורה בנזקי שכנים יותר ממזיק דאו' שגם חייב שמירה וביאר שמדאו' מזיק הוי רק כשנכנס לרשות הניזק ומזיקו אבל כשמזיקו מרשות המזיק לא חשיב מזיק ואינו חייב שמירה אך נזקי שכנים כן מחשיבו מזיק אפ' מניחו ברשותו וחייב ריחוק וסבר אביי דנזקי שכנים הוי בדאיתא לניזק שאז חשיב ממש מזיק אפ' מניח ברשותו ואסור לסמוך אבל בליתא לניזק והניח דבר שמזיק לא מגירי דיליה כגון אילן אז לא חידשו דהוי מזיק

ונשאר בהיתר התורה שלא חשיב מזיק ואפ' שלבסוף אתי ניזק וניזוק ולכאו' עכשיו חשיב מזיק י"ל דכל תביעת הניזק שירחיק הוי על נטיעת האילן ונטיעת האילן היתה בהיתר התורה שלא חשיב מזיק דעשאו ברשות, ולא ה"י עליו נזקי שכנים שייעשה מזיק רק בא"י לניזק, אבל כשמניח גירי דיליה אע"פ שעצם ההנחה היתה בהיתר שאינו מזיק מדאו' וליכא עליו חידוש נזקי שכנים מ"מ כשאתי ניזק ותובעו ריחוק אז התביעה מעצם מה שמזיק לו בעצמו כגון בגפת שחשיב גירי דיליה וא"כ התביעה מכח שהוי מזיק כעת אז כן נכנס לחידוש של נזקי שכנים שחשיב באמת מזיק אפ' עשאו ברשותו ורק בלאו גירי דיליה דליכא שום סברי שיהיה מזיק אז נשאר בהיתר אבל בגירי דיליה שיש בו מזיק דהוי ג"ד אז נכנס בנזקי שכנים דרואים שעושה מעשה מזיק ממש, ולפ"ז ניחא הגמ' דפפי ונאה שחייבו ריחוק באתא הניזק כי התם הוי ג"ד וביותר הוי גירי מתחדש שאב"י מודה דחייב ריחוק באתא ניזק.

אך בפנ"י ביאר דעת הרא"ש דרק בגירי המתחדש כתב הרא"ש דחייב ריחוק לאביי באתא הניזק אבל בגירי שאינו מתחדש אינו חייב ריחוק באתא הניזק ויש לבאר דודאי סבר כהסבר ברע"א בדין סמיכה בהיתר שלא חשיב מזיק מדאו' רק למד הפנ"י כתוס' שגירי דיליה היינו שמתחיל להזיק מיד כשמניחו אבל אם הניחו כשלא היה הניזק ולא התחיל הנזק ואח"כ אתא ניזק כבר כלו גיריה וא"כ התביעה כעת הוי משום עצם ההנחה שהיתה בהיתר ולא משום עצם ההיזק שנעשה עכשיו שזה נעשה ממילא ולא ע"י גירי דיליה וע"כ נשאר

ההיתר שאינו מזיק ורק בגירי המתחדש שבכל יום עושה מעשה בידים אפ' אחר שבא הניזק אז שייך תביעה מדין מזיק ממש שאז ודאי נעשה מגירי דיליה שהרי מזיק מיד אז כשעושה מעשה מזיק ממש כן נכנס בדין נזקי שכנים שחייב ריחוק אפ' עשאו ברשותו דעשה מעשה מזיק ממש בידים דעל זה תביעתו.

אבל הרע"א למד כרמב"ן דג"ד היינו שמזיק ממקום הנחתו ואינו צריך ללכת שאז רואים שהניח דבר שמוכן להזיק אז לא בעי גירי המתחדש בשביל שיראה כמעשה מזיק ממש אלא אפ' גירי דלא מתחדש אלא שמזיק ממקום הנחתו אז אפ' הניחו קודם לניזק מ"מ כשבא הניזק רואים מעשה מזיק ממש – דהרי חשיב גירי דיליה ואז כן נכנס לדין נזקי שכנים שחייב ריחוק אפ' רק בגירי דלאו מתחדש כשאתא הניזק.

ונמצא דהרא"ש חולק אתוס' בין לרע"א ובין לפני' שלתוס' לעולם לא בעי הרחקה אפ' בגירי המתחדש ולרא"ש תבעי בגירי הרחקה באתא ניזק לרע"א או בגירי המתחדש לפני'.

והנתיבות למסקנא פירש כפנ"י שהרא"ש מחייב ריחוק באתא לניזק לאב"י רק בגירי המתחדש מקשים האחרונים דבנתיבות עצמו (קנה סק"ב) הקשה על הרא"ש שפסק שרפת מותר לסמוך ולהשאיר אפ' שבא ניזק משום דדירה שאני. וקשה שהרי הרא"ש עצמו פסק כר"ת וכו"ח שאפ' לרבא למסקנא מותר לסמוך כשליתא לניזק ולמאי בעי טעמא דדירה שאני – וקשה על הנתיבות שבעצמו פירש שהרא"ש מודה בגירי המתחדש שכן

חייב ריחוק כשאתא ניזק וברפת הרי הוי גירי המתחדש ולכן בעי לטעמא דדירה שאני ומה כלל מקשה על הרא"ש.

ומיישב המשכן שלום דיש ב' סוגי גירי המתחדש דיש גירי המתחדש כעין שומשום כותשי ריפות שבכל מכה הוי מכה חדשה בפני עצמה שלא נשאר מהמכה הקודמת כלום שהרי גמרה להזיק וכעת מזיק שוב בפני עצמו וזה הוי גירי המתחדש ממש – אך יש אופן של גירי המתחדש כגון בתנור שמדליק אש ויש הבל אם כשמדליק בפעם השניה עדיין יש הבל מהפעם הראשונה ורק מוסיף כעת הבל יותר אך אינו מחדש לגמרי רק מחדש היינו שמוסיף על הקודם שהרי הבל נשאר הרבה זמן אך המכה נגמרה ולפי"ז מה שכתב נתיבות שמודה הרא"ש שחייב ריחוק בגירי המתחדש זה רק בגירי המחדש ממש כששומשום שמכה – שלא נשאר כלום מהראשונה אבל בגירי המחדש שלא מחדש לגמרי רק מוסיף היזק להיזק הראשון שנשאר עדיין אז לא חשיב גירי המתחדש ממש ולא חייב ריחוק כשאתא הניזק וע"ז הקשה נתיבות דברפת ג"כ אינו מחדש ממש שהרי ריח הבהמות תמיד נשאר ורק מוסיף וא"כ מדוע בעי לטעמא דדירה שאני הרי בכל גירי שרק מוסיף אינו חייב ריחוק.

ואפשר לבאר סברת הנתיבות בין אם למד סמיכה בהיתר ובין אם למד קדימה שבגירי המתחדש ממש לגמרי אז כעת סומך שוב באיסור שכבר בא ניזק דלמד סמיכה בהיתר כפשוטו שליתא לניזק והכא איתא לניזק כשמחדש אז הוי באיסור וכן ליכא קדימה

כפשוטו שקדם ולא למד קדימה מה שהויה זכיה והכא שמחדש ממש דבר חדש אז בזה כבר גדם ניזק ולא המזיק – אבל בגירי שרק מוסיף לגירי הראשון אז יש כאן חלק הבל שהיה בהיתר שהיה קודם לניזק אך כשמוסיף מוסיף להבל המותר אפ' שמוסיף אחר שבא הניזק מ"מ בטל להבל המותר שהיה קודם לניזק ואין רואים שמוסיף באיסור ולכן אין חייב הרחקה כי יש חצי הבל שמותר וא"א לומר להרחיק מחצה שאיזה מחצה אז נעשה הכל להיתר וביותר יש לומר דאפ' כבר נגמר ההבל הראשון שהיה בהיתר מ"מ הרי הבל השני כבר בטל להיתר שהרי כשעשה השני כן היה הראשון אז אפ' בשלישי ליתא לראשון מ"מ השני כבר בטל והוא ההבל בהיתר אז השלישי בטל להיתר השני שהוא עצמו נתבטל לראשון.

ולאחר פירוש זה י"ל דהתוס' כלל לא פליג על הרא"ש – והיינו שתוס' כה בקו' ודאי ידע דשומשום הוה גירי המתחדש והקשה שהרי אביי סובר דאין חייב להרחיק אפ' בגירי המתחדש דתוס' לשיטתו ומדוע בשומשום כן מחייב אפ' בגירי המתחדש – ומיישב תוס' דלא קביעי תשמישיו והיינו שאין זה תשמיש שנשאר קבוע אלא כל מכה ומכה הוה דבר חדש בפנ"ע ואין נשאר מהראשון כלום ואז מודה אביי שחייב להרחיק שמחדש ממש וכסברא לעיל בדעת הרא"ש אבל בתנור שרק מוסיף הבל ולא מחדש דבר חדש לגמרי אז באמת אין חייב ריחוק לאביי שבטל להיתר להבל הראשון שהיה מותר והיינו כרא"ש ונמצא דהתוס' ממש כרא"ש וכן למד כסברת הרא"ש ואפשר ללמוד בדעת תוס' בין סמיכה

בהיתר כפשוטו דליתא לניזק ובין קדימה בהיתר כפשוטו שהניח ראשון וזה ליכא בגירי המחחדש ממש ורק בגירי שמוסיף בטל לראשון וכן"ל בדעת הרא"ש ע"פ נתיבות.

ותי' ב' בתוס' היינו שאפ' שאינו מחדש ממש רק מוסיף מ"מ חייב בריחוק ולא בטל לחלק הראשון המותר והטעם י"ל ע"פ חזו"א שכתב לבאר את הב"י דהיכי דהוה היזק גדול ממש כקוטרא אז כמו שאין לזה חזקה כמו"כ אין לזה היתר לאביי לסמוך – וביאר החזו"א דכיון דהוה נזקים שאין דרך בנ"א לסבול חשיב כנכנס ברשות חבירו ממש דהוה היזק גדול ממש וא"כ לא שייך ההיתר שסמך בהיתר קודם לניזק שזה רק כשסומך ברשותו אבל כשסומך ברשות חבירו ודאי ליכא לשום היתר סמיכה כלל (שהוה כמזיק לכל דבר) וזהו הביאור בתוס' שאפ' רק מוסיף אינו בטל דכעת הוה פעולה חדשה לגמרי ברשות הניזק עצמו וכל ההבל הקודם בהיתר היה ברשות המזיק אבל כעת שעושה מעשה חדש לגמרי ברשות ניזק אין רואים כלל קשר בין הבל זה להבל הראשון שנעשה ברשותו.

ונמצא ג' שיטות בהא האם חייב מזיק ריחוק באתא הניזק לאביי – א' תוס' ורא"ש ע"פ נתיבות בכל אופן אינו חייב ריחוק רק בגירי המחחדש ממש שלא מוסיף שאז אינו בטל וליכא קדימה והוה באיסור. ב' רא"ש ע"פ פנ"י בכל גירי המתחדש חייב ריחוק אבל בלא מתחדש אינו חייב ריחוק שאז כבר כלו גיריה כשאח"כ בא הניזק ורק במתחדש הוה מעשה מזיק ממש. ג' רא"ש ע"פ רע"א בכל גירי אפ' אינו מתחדש חייב ריחוק דנשאר גיריה אפ'

הניזק בא רק אח"כ וחשיב מעשה מזיק ממש שנכנס לדין נזקי שכנים.

ויש עוד שיטה מחודשת והיא ר' יונה – שתלוי לפי הא"ד דלא"ד א' שפליגי אביי ורבא בשדה שאינה עשויה לבורות אבל בשדה העשויה לכו"ע אינו סומך אז אביי סובר שבעי להרחיק בגירי דיליה המתחדש ובעי ברפת לטעמא דדירה שאני – אבל לא"ד ב' שפליגי בשדה העשויה אבל בשדה שאינו עשויה לכו"ע סומך אז סובר אביי שאין חייב להרחיק אפ' באתא ניזק אפ' בגיר המתחדש וצ"ע מה זה תלוי בא"ד ונראה לבאר שלא"ד א' שאביי סובר שמותר רק באינה עשויה לבורות היינו משום שהניזק שינה מדרך העולם כ"מ בקצוה"ח דחייב נזקי שכנים חידש רק ביטול תשמיש/מזיק ברשותו שחייב אבל לא חידש כשהניזק שינה וכביכול הזיק לעצמו א"כ אפ' גירי המתחדש לגמרי ליכא לחייבו דאין מהיכן לחייבו שהרי מדאו' ליכא ביטול תשמיש או היזק מרשות ומדין נזקי שכנים נמי ליכא דזה רק כשלא שינה אבל כששינה חייב (ורבא סבר דכן יש נזקי שכנים אפ' כששינה דהו"ל לאסוקי אדעתיה שכן יחפור וחייבוהו ריחוק) ולפי"ז קשה מדוע ברפת שלא שינה מדרך העולם כי דרך העולם לעשות אוצר מדוע כן חייב ריחוק ולכן בעי לסברא של דירה שאני והיינו כפי שלומד ר' יונה בפ"א שאין מחמירין עליו למנוע ממנו לעשות מה שרוצה בדירתו כל זמן שאינו מזיק את חברו – והיינו שיש דין מיוחד בדירה אבל בשאר מזיקים שלא שינה מדרך העולם חייב ריחוק המזיק כי הניזק לא שינה – וכן בפ"ב של ר' יונה בדירה שאני היינו

כר"י מיגאש שדירה שאני היינו שאין דרך העולם לעשות כלל דירה לאוצר וא"כ הוי שינה כבבור ובשינה אין חייב אפ' אתא ניזק והיינו שהגמ' מיישבת שרפת הוי בדיוק כבור ששינה מדרך העולם אבל שאר מזיקים שלא שינה חייב ריחוק.

ונמצא דרבינו יונה לומד שלמ"ד א' לא חשיב גירי דיליה כי אינה עשויה לבורות דלא חשיב נזק (ולכן למ"ד א' לא אמרו שרבא כר"י דבאמת אינו כר"י) ואפ"ה כל הסיבה שאינו חייב ריחוק וזה חי' עצום שלפי"ז נמצא שלא"ד א' בגמ' לכו"ע חייב להרחיק במזיקים שלא שינה אפ' לאו גירי דיליה רק אליבא דרבנן ופליגי רק באופן ששינה מדרך העולם אבל כשלא שינה אסור כלל לסמוך לכתחילה דבזה סובר כרבא לגמרי ונמצא כאן סברא חדשה מדוע אין חייב ריחוק כשבא הניזק משום ששינה מהדין וליכא מהיכן לחייבו אבל לא"ד ב' שאביי חולק בשדה העשויה לבורות שאין חייב להרחיק וע"כ אין הטעם משום ששינה שהרי לא שינה דעשויה לבורות ע"כ שכל ההיתר שאין חייב להרחיק הוי או משום דין קדימה וזה הוי סברא גם לגירי המתחדש כרפת דדין קדימה הוי זכיה או משום סמיכה בהיתר היינו היתר שחל עליו שלא יבטל רשותו ולכן לא בעי ברפת לטעמא דדירה שאני דאביי אינו מחייב ריחוק כשבא ניזק בכל אופן אפ' גירי מתחדש ורק לאד"א שכל ההיתר משום ששינה מדרך העולם ומדוע ברפת מותר הרי לא שינה וע"כ בעי לטעמא דדירה שאני – או שלא החמירו עליו או שלא הדרך לשנות וא"כ הוי כבור ששינה.

הבה"ח עקיבא פילטשיק הי"ו

דף יח:

בענין מחלוקת הראשונים בביאור תירוץ הגמ' "בלוקח"

בגמ' מקשינן לרבא דסבר דאין סומכין דבר המזיק, אף דאין שם הדבר הניזק, מהא דתנן אם אילן קדם לא יקוץ, דמשמע שמותר לסמוך, ומתריצין דמדובר בלוקח.

ונחלקו הראשונים בביאור תירוץ הגמ':

רש"י ביאר דהלוקח הוא הניזק, וריב"ם ביאר דהלוקח הוא המזיק, ור"ח ביאר דמדובר כאן דלמזיק יש חזקה וטענינן ללוקח, ולא רצה לפרש כרש"י משום דסבר דלרבא לא מהני סמך בהיתר כשבא הניזק, ויצטרך להרחיק, וכמו שכתב תוס' בסוגיא דחרדל בשיטת רש"י (ד"ה ואי לא סמך) דלוקח יכול לסמוך עד שיבוא הניזק, וכשבא הניזק צריך להרחיק, ותוס' מחלק בין אילן למשרה דדווקא באילן יכול להשאיר אף כשבא הניזק, כיון שיש הפסד מרובה. אבל ר"ח אינו מחלק, וכמו שהקשה תוס' (בד"ה וסבר ר' יוסי) על שיטת רש"י דדוחק לחלק בין לוקח דאילן ללוקח דמשרה.

ור"י מקשה על הר"ח, דא"כ מה הפירוש אם אילן קדם. מה שייך קדימה לענין חזקה. בשלמא לרש"י ולריב"ם אם אילן קדם היינו שקדמה נטיעת האילן לערעור בעל הבור, היינו שעדיין לא היה שייך ערעור, אבל לר"ח אין שום נפק"מ מי קדם.

ועוד הקשה מדוע נקטו בגמ' לוקח, גם בלא לוקח באופן שיש חזקה היה אותו הדין.

והקצות החושן (סימן קנ"ה ס"ק ט"ז) מיישב הקושיא הראשונה בהקדם מה שיש לבאר בדין חזקת נזקין, דהנה הקשה הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהן ש"ן (אחיו של הקצוה"ח) למה בחזקת נזקין אין הניזק יכול לחזור בו, הרי הוה כמו האומר לחבירו קרע כסותי והפטר (ב"ק צג.) דאם כבר קלקל פטור כיון דעשאו ברשות אבל אם עדיין לא עשה, ומוחה בידו שלא לקרוע, ודאי יכול למחות בידו ואפילו אם כבר התחיל לקרוע ומוחה בידו שלא לקלקל יותר, מחויב לשלם מה שקלקל אח"כ כיון דאינו נותן לו את הבגד במתנה אלא מוחל לו על נזקיו, ויכול למחות שלא להזיק יותר, ומאי שנא חזקת נזקין מקרע כסותי.

ומבאר הקצוה"ח דחזקת נזקין אינו משום מחילת הנזק, אלא כיון שהדין בנזקי שכנים הוא שאם סמך בהיתר אין צריך להרחיק גם אם לבסוף אין ההיתר, אם בשעת הסמיכה היה בהיתר מותר לשאר שם, ואם מחל או מכר לו הניזק הרי הוא כמי שסמך בהיתר ואין צריך להרחיק אח"כ, אף שהניזק חוזר בו כיון שסמך בהיתר, ואף לשיטת התוס' דלרבא לא מהני בהיתר אלא באילן היינו כשהיה בהיתר מאליו, אבל כשהניזק התיר לו ונותן לו רשות ודאי מהני ליה דאז יש לו רשות להזיק, ולא רק היתר לסמוך בלא שיזיק לחבירו. ובזה מיישב הקצוה"ח קושיית הר"י דהקשה מה הפירוש אם אילן קדם, דלפי זה שכל החזקה הוא שסמך ברשות אפשר לפרש כמו לרש"י

ולריב"ם, דאם אילן קדם היינו דקדם לערעור בעל הבור, וכן לר"ח אם אילן קדם היינו דקדם לערעור בעל הבור כיון שסמך ברשות ועל הקושיא השנייה שהקשה ר"י על ר"ח, מדוע נקטו לוקח תירץ הקצוה"ח (שם ס"ק י"ד) ע"פ פירושו בסוגיא דחרדל לשיטת ר"ח, דשם הוצרך לנקוט לוקח אז יש לומר דגם כאן נקטו לוקח.

והקצוה"ח (שם ס"ק ט"ז) מקשה לפירוש ר"ח מהא דתנן (כה:): ספק זה קדם וספק זה קדם לא יקוץ, ולפי ר"ח דמייירי בהחזיק א"כ ספק זה קדם היינו ספק חזקה וא"כ אמאי לא יקוץ, הרי על המחזיק להביא ראיה שיש כאן חזקה, והקצוה"ח נשאר בצ"ע.

ויש ליישב קושית הקצוה"ח, ובזה יתבאר גם מדוע רש"י לא רצה לפרש כר"ח דהנה נחלקו הראשונים בדין חזקת נזקין ותשמישין, איך נעשה החזקה, ונאמרו בזה ארבע שיטות הרמב"ם (שכנים פ"א ה"ד) וסיעתו סוברים דאין צריך טענה ואין צריך שלוש שנים, דסברו דאין ראיה ממה ששתק או שמחל דיכול להיות שלא מחל ועכ"ז לא מיחה, ועד שאינו טוען שמחל לו בפירוש או שמכר לו אין שום ראיה, וצריך שלוש שנים דיש ריעותא של אחוי שטרך.

ורש"י סבר דצריך טענה ואין צריך שלוש שנים דסבר דאין דרך לכתוב שטר על דברים כאלו.

ורבי"ם סבר דאין צריך טענה אבל צריך שלוש שנים שסבר דמשתיקתו יש ראיה שמחל רק אם שתק שלוש שנים.

וכשיש ספק בחזקה, כגון שהניזק טוען דלא ראה עד עכשיו, כתב הרמב"ם (שם ה"ו) דעל הניזק להביא ראיה.

וכתב הטור (סימן קנ"ב סנ"ב) דהלכה זו היא לשיטת הרמב"ם דאין צריך טענה ושלש שנים, אבל לרא"ש דצריך טענה ושלש שנים, על המזיק להביא ראיה והב"ח מבאר החילוק דלרמב"ם דחזקה הוא ממילא בלא טענה אז כשעשה חזקה והניזק שתק נעשה מוחזק, אבל לרא"ש דצריך טענה א"כ עד שטוען אין לו חזקה, ואינו נעשה מוחזק אלא כשטוען נמצא דכשבאו לבי"ד עדיין היה הניזק מוחזק, ולפי"ז יש ליישב קושית הקצוה"ח על ר"ח דספק זה קדם היינו ספק חזקה, וכגון שטוען הניזק דלא ראה עד עכשיו, ור"ח סבר כרמב"ם דאין צריך טענה ואין צריך שלוש שנים כמובא ברמב"ן במלחמות (דף ו) א"כ בספק חזקה על הניזק להביא ראיה.

ולפי"ז מבואר מדוע רש"י לא רצה לפרש כר"ח, משום דרש"י סבר שצריך טענה וא"כ קשה קושיית הקצוה"ח על ר"ח, דהרי ספק חזקה על המזיק להביא ראיה ודו"ק.

והנה לכאורה יש ליישב קושית הקצוה"ח, דרבא לשיטתו בסוגיית שכוני גוואי (כט:): דהמוציא מחבירו עליו הראיה ועל המערער להביא ראיה, והקצוה"ח דוחה זאת דעדיין קשה ההלכה דאנן קיי"ל כרב נחמן בסוגיא דשכוני גוואי וכרבא בדיני סמיכה, ולכאורה יש לתרץ באופן פשוט דר"ח בסוגיא דחרדל סבירא ליה דרבא מודה לאביי א"כ אינו קשה ההלכה, ורש"י לשיטתו לא היה יכול לתרץ כן, ובאמת צ"ע על הקצוה"ח דזהו דבר פשוט.

רִיבּוֹן שְׁמַעְתָּתָא בְּבֵא בְּתֵרָא

אם נאמר דחזקת מרא קמא הוא מוחזקות אבל אם הוא כמו חזקא מעיקרא באיסורין עדיין קשה שיש לילך אחר חזקת מרא קמא דעדיין יש חיוב להרחיק, ולפי זה מבואר דהקצוה"ח לא תירץ כן משום דסבר דחזקת מרא קמא הוא כמו חזקה דמעיקרא באיסורין, כדמוכח בשב שבעתתא (שמעתתא ד' פרק כד) דכותב דרוב כנגד חזקת מרא קמא הולכים אחר הרוב כדין כל החזקות, דרובא וחזקה רובא עדיף ורק בחזקת ממון שמוחזק עכשיו לפנינו אין הולכים אחר הרוב.

ונראה דהקצוה"ח לא היה לו גירסא שר"ח סובר כר"ת, דכשמביא (שם ס"ק יב) שיטת ר"ת אינו מביא בשם הר"ח אלא רק בשם ר"ת, ועוד דפירש (שם ס"ק יד) באופן אחר שיטת הר"ח בסוגיא דחרדל ולא כמו שמובא בתוס' שלנו.

והגרש"ש (סימן ב' ובמהדורא חדשה סימן ג) תירץ על קושיית הקצוה"ח, דלשיטתו דהוה ספק אם סמך ברשות הוה ספק במציאות ולא ספק ממון וא"כ לא שייך בזה חזקת מרא קמא. ובשערי יושר (שער ה' פרק יד) כתב דזה ניחא



הבה"ח אשר גוטשטיין הי"ו

דף כג. נב. ע:

ביסוד דין טענין

איתא בברייתא [ע:]: ששטר כיס היוצא על היתומים שכתוב בו שהפקיד ממון אצל אביהם שמת, אין המפקיד יכול לגבות מהם, משום דטענין להו שאביהם פרע כבר את הממון שהפקידו אצלו. וביארו התוספות [בד"ה מ"ד]. שאין טוענים להם שנאנסו המעות, משום שאם נאנסו היה לזה קול, וכיון שעכשיו אין קול, אין שכיח שיהא אנוס, ומילתא דלא שכיח לא טענין ליתמי, אבל טענין פרוע, "כיון דאבוהון היה מהימן בטענה זו מיגו דאי בעי אמר נאנסו".

א'. אם היסוד הרוס האין יתקיים הבנין.

מת, גם נאמין לטענה הנאמנת פחות, ורבו ההסברים והפלפולים בזה ואכמ"ל. [ועיין בקוב"ש, ובגרש"ש ב"מ ס"ה, וב"ב סי"ח, ושיעורי ר' שמואל ב"מ אות כ"ג, וחידושי ר' נחום אות ט.]. ולפי"ז הרמב"ן לא סבר שמיגו הוא כח הטענה אלא נאמנות, ולכן הקשה על תוספות שאם היסוד הרוס האין יתקיים הבנין, או שסבר שגם אין כח הטענה משום שעכשיו כבר אינם יכולים לטעון דנאנסו. [עיין בזה בשיעורי ר"ש הנ"ל, ועיין הסבר הקוב"ש בזה. ואכמ"ל.].

אמנם חוץ מזה שהוא חידוש גדול מאוד, לכאורה מפורש ברא"ש שאינו כן, שהרא"ש בכתובות [תוהרא"ש ק"ט: ד"ה חזר]. כתב בדיוק כדברי התוס' כאן, ומ"מ כתב בשו"ת [ע"ט, ח'] בזה"ל: לא שייך מיגו אלא בב' טענות שאיזה מהם שיטעון זוכה בממון שבידו אלא שאותה טענה שהוא טוען כדי לזכות בממון שבידו אינה בריאה וטובה ולא היינו מאמינים לו בטענה שטוען לזכותו בממון אלא ע"י מיגו של טענה אחרת טובה, ואמרי' מה לו לשקר, וודאי שגם טענה שטוען אמת

ודברי התוס' תמוהין מאוד וקשה להבינם, שאם ליתומים עצמם אין טוענים שנאנסו, דלא שכיחא, גם אין להם מיגו לטעון פרוע במיגו דנאנסו, שהרי נאנסו אין טוענים להם ואין יש להם מיגו דנאנסו, "ואם היסוד הרוס היאך יתקיים הבנין", כמו שהקשה כאן הרמב"ן במלחמות ועוד הרבה אחרונים.

ועל זה הדרך יש לתמוה מה שייך כלל לומר מיגו במקום שלא הם טוענים, והטוען אינו כלל בנאמנות, שהרי היתומים עצמם אינם יודעים כלום, ולא יועיל מיגו להאמינם, והטוענים הם ב"ד, ולא שייך כלל לומר שנאמין לב"ד משום שיוכלו לטעון טענה אחרת שאין ב"ד יודעים כלום, וגם שב"ד אינם אומרים כלום שהיה כך במציאות, ולא שייך כלל למימר מיגו בכה"ג, וכן הקשו כמה מהאחרונים.

ומשו"ה חידשו האחרונים חידוש גדול בגדר מיגו, שאינו נאמנות מדלא טוען טענה הנאמנת יותר אלא הוא כח הטענה, וכיון שיש בדין זה יכולת לטעון טענה אחרת, אפי' שהאב

היא, דאם היה רוצה לשקר היה טוען טענה שנראית לעולם יותר אמת מזו הטענה שטוען... וכן כל מיגו שבתלמוד על דרך זה, עכ"ל. הרי שמפורש בדבריו שמיגו אינו כח טענה אלא נאמנות בכל מקום שמוזכר בגמ' מיגו, וכן אצלינו, ומ"מ כתב דטענין ליתמי אפי' אין להם מיגו.

ולכאורה יש מקום ליישב קושית הרמב"ן לפי תוס', דכל זה דטענין להו פרוע אינו משום שיש להם מיגו, אלא כמו דטענין להו תמיד טענות אפי' שבמציאות לא טען האב כלום, כמו"כ טענין להו ראיות, ואע"פ שלאב לא האמינו אלא ע"י ראיה, מ"מ גם לא האמינהו אלא ע"י טענה ואפ"ה אצל יורשים טענין גם כשאין טענה, והוא הדין דנטעון להו כמו שיש להם ראיה ומיגו, אפילו שלאב עצמו האמינו רק ע"י מיגו ולהם אין מיגו, דמאי שנא דלטענה טענין אפי' במציאות אין טענה ובראיה לא טענין אם אין ראיה, ולפי"ז ניחא שיטת תוספות דטענין ליתמי שאפילו אין מיגו הוי כמו שיש מיגו.

אמנם גמרא מפורשת היא [נ"ב]. דלא טענין טענה שהאב לא היה נאמן אלא ע"י ראיה, דאמרי' בגמרא, אח שהיה נושא ונותן בנכסי אחיו מה שירשו מאביהם שמת, ויש שטרות שכתוב בהם שאותו האח קנה קרקעות, ולא ידוע אם היה לו לאותו אח עוד נכסים חוץ מממה שנושא ונותן בהם, פסק רב שאין הקרקעות שייכים לאותו אח עד שיביא ראיה שהיו לו עוד נכסים, ואם אין לו ראיה אמרי' שאולי קנה הקרקעות מנכסי אחיו, שהרי הוא נושא ונותן בהם, ולכן אינם שייכים לו עד

שיביא ראיה שהיו לו עוד נכסים, ואמר שמואל שרב מודה שאם אותו אח מת ויש שטרות שקנה קרקעות, אפי' אם אין יודעים שהיו לאותו אח עוד נכסים מ"מ הקרקעות שייכים ליתומים, והקשה עליו ר"פ כלום טענין להו ליתמי מידי דלא טען להו אבוהון, דהיינו שטענין הוא רק בדבר שהאב יכול לטעון בלי ראיה אבל בדבר שהאב ה"צ ראיה כדי להאמינו לא טענין ליתמי, ור"פ מביא ראיה מדברי רבא, והלכתא כרבא כדפסקו כולם משום דהוא בתרא, א"כ חזינן דלא טענין במידי שהאב ה"צ ראיה, וא"כ הוא הדין אצל מיגו, שבמקום שהאב ה"צ מיגו וסיוע לטענתו לא טענין להו ליתמי שהאב היה נאמן ע"י מיגו, כיוון שהוא ראיה וסיוע ולא טענין לראיה, וא"כ הדרא קושיין למה לתוס' טענין ליתמי כיוון שאין להם מיגו.

אבל לכאורה אפשר לומר דהא דלא טענין לראיה היינו בדבר שהאב ה"צ להביא ראיה, אבל במקום שהאב היה נאמן ע"י דיבורו לבד, כגון בטענת פרוע, שע"י דיבורו יש ראיה במיגו דנאנסו וא"צ להביא ראיה אלא נאמן מדיבורו לבד, טענין אפי' אם האב נאמן רק ע"י ראיה, וכן תירצו כמה אחרונים וצריך ביאור בהטעם לזה.

ובאמת שיש לעיין מה הסברא דלא טענין לראיה, וכבר מבואר לעיל שאין לומר דמשום שאין כאן ראיה, שהרי אין גם טענה, ומ"מ טענין כאילו יש טענה, ולמה לא נטעון גם כאילו יש ראיה, ובפשטות י"ל דלא טענין לראיה משום דמנין שאילו האב היה טוען כך היה לו ראיה, רק אם המעשה היה באמת יש

לו ראייה, משא"כ טענה יכול לטעון אף אם המעשה לא היה, ונמצא שטענין הוא כאילו האב עומד כאן וטוען, אבל אין אומרים שכאילו האב עומד כאן ומביא ראייה, דטענה מצוי שיטעון אבל מנין שהיה לו ראייה, שהרי אין ראייה אא"כ הוא צודק בטענותיו, ולכן אינו מצוי כ"כ שימצא ראייה, ולכן לא טענין לראיה, ולפי"ז אפשר להבין הסברא הנ"ל דהא דלא טענין לראיה הוא משום שאינו מצוי כ"כ שימצא ראייה, וא"כ כל ראייה שא"צ שיביא, אלא נאמן ע"י דיבורו לבד, מצוי יותר שיביא, ואפילו אם הוא ראייה טענין לראיה כיון שהוא מצוי שימצא ראייה זו שע"י דיבורו לבד.

אבל המבין יודע שאין בסברא זו ממש, מב' טעמים, א – אם מיגו הוא סיוע וראיה קטנה עבור טענתו, היינו משום דאמרין שאין אדם טוען בדבר"כ טענה הפחות נאמנת אם הוא אינו אמיתי, כמו שנתבאר דברי הרא"ש לעיל, דהמיגו הוא סיוע שטענתו אמיתית, שאם שיקר בטענתו היה לו לטעון הטענה הנאמנת יותר, א"כ גם הכא היה לו לאב מיגו להאמינו דפרוע מכיון שאם הוא משקר היה טוען נאנסו, א"כ חזי' שאם באמת לא נפרע לא היה טוען שהוא פרוע, א"כ הוא מצוי בדיוק כמו שיהא המעשה עצמו, וכמו דלא טענין לראיה משום שאין לאדם ראייה אלא אא"כ היה המעשה באמת, הוא ג"כ לא יטעון פרוע אא"כ באמת פרע, ומצוי אותו דבר . ב – ובאמת שתמיד בכל טענין אפי' במקום שאי"צ ראייה, ג"כ אינו שכיח שיטעון, יותר משכיחות המעשה עצמו, דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ולמה נאמר שהאב היה טוען אם לא שבאמת היה המעשה, וא"כ מ"ש דטענין

שהאב היה טוען טענה ולא טענין שהיה מביא ראייה, הרי ממ"נ, אם המעשה היה, ג"כ ימצא ראייה, ואם המעשה גם לא היה גם לא יטעון.

וכן צ"ע שא"כ כל הטענין הוא משום שאולי היה משקר וטוען טענה שקרית, ואינו דין צדק שניתן ליתומים ממון משום דאביהם היה גונב אילו היה קיים, כדאמר' בערכין [כ"ב.] "יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו", דהיינו שלא ניתן ממון ליתומים שאינו שלהם, שעיי"ז יעשו כמעשה אביהם וימותו ע"י עוון הגזל.

והנה י"א בלשון אחר קצת, דטענין הוא כאילו האב עצמו בא בלי שום דברים אחרים שהרי כל הסיבה דטענין הוא משום שאם היה האב קיים היה טוען ונפטר ולמה יפסידו היתומים בגלל מיתת אביהם, וכיון דחזי' רק כאילו האב עצמו הוא כאן ולא דברים אחרים לכן טענין רק דבר שהיה אם האב עצמו היה כאן, בלי דברים אחרים, ולכן לא טענין שהיה מביא עדים, דמתחילה לא היה להם בוודאי עדים, משא"כ טענה שהאב נאמן ע"י ראייה שא"צ להביא דברים אחרים, כגון מיגו, טענין להו ליתמי.

ולכאורה הוא נראה כהלכתא בלא טעמא, דאמאי נטעון רק דבר שהאב היה נאמן ע"י דיבורו לבד, הרי אפי' אם אמרי' רק כאילו האב עצמו בא וטען, מ"מ אם האב היה וטען גם היה מוצא ראייה, כדפירשתי לעיל שאין אדם טוען סתם בדבר"כ, ולמה נאמר רק שהאב יאמר בפיו לבד, הרי באותה מידה נאמר שהיה מביא ראייה, ועוד, שאפילו אם נאמר שבפיו לבד

מדבר, הרי גם יכול לומר לב"ד מי הם העדים בלי שיביאם בעצמו, ולמה לא נטעון כך, ואפי' אם נאמר שמ"מ הראיה נעשית גם על ידי דבר אחר, שהעדים צריכים להעיד, מ"מ אולי ע"י דיבורו לבד היה מוצא לומר ראייה, כגון שהיה

ב'. 'טענינן' במילתא דלא שכיחא.

ועוד קושיא אחרת הקשה הרמב"ן במלחמות על שיטת התוס', דפירשו תוס' בהא דלא טענינן להו נאנסו, דהיינו משום דלא שכיחא שיהא נאנסו, שיש קול לנאנסו, ומקשה מהא דתנן [ס.] שאסור להוציא זיזין מביתו לרה"ר, מפני שמזיקין את הרבים ונכשלים בהם, אמנם אם לקח בית שיוצאין ממנה זיזין הרי זו בחזקתה, ואין מחייבים אותו לחתוך את הזיזין, ומפורש בגמרא [כ"ג.] דהיינו משום דטענינן ליתמי וטענינן ללקוחות, ומקשי' בגמ' דאמאי צריך לומר הרי זו בחזקתה, הרי כבר כתוב שאסור לאדם שיעשה שובך בחצירו אם אין לו מחצירו נ' אמות לכל רוח, משום דהיונים מזיקות לבעלי השדות הסמוכין, ואם קנה קרקע שיש בה שובך ואין נ' אמות לכל רוח הרי זה בחזקתה, והיינו משום דטענינן ליה ללקוח, ואמרי' שמחלו השכנים, וא"כ אמאי צריך תרתי, ומתריצין שאם כתבו רק זיזין חשבנו שדווקא בזיזין טענינן שכינס לתוך שלו, דהיינו שלא הוציא הזיזין לרה"ר אלא שלכתחילה לא בנה ביתו כ"כ בסמוך לרה"ר אלא נכנס לרשותו ובנה וא"כ הזיזין הם ברשותו, א"נ דטענינן שמחלו לו בני רה"ר, משא"כ בשובך שאין אדם מוחל שיהא קבוע היזק לידו שמזיקו תמיד, וגם לא מועיל לו שהוא ברשותו, שמ"מ אסור. ואי תנא רק שובך הו"א שרק בשובך טענינן שמחלו לו

מזכיר להדיינים מעשה כל דהו שע"ז מוכח טענתו, וא"כ הדרא קושיא שהקשה הרמב"ן, כשבנתיים נתוספה קושיא אחרת מ"ש דטענינן רק טענה ולא ראייה.

אבל בני רה"ר מאן פייס ומאן שביק, דהיינו שאין מועיל שא' מבני רה"ר ימחול, שצריך שכל בני העיר ימחלו [כדפירשו שם בתוד"ה אחולי, שצריך מחילה מז' טובי העיר במעמד כל העיר]. וא"כ לא שכיחא שימחלו, אימא דלא טענינן, צריכא, עכ"פ משמע בגמרא דלמסקנא טענינן גם שמחלו לו והוא מילתא דלא שכיחא, שהרי "מאן פייס ומאן שביק", וגם שאם הוא נגד כל אנשי העיר יש לזה קול, ולמה אמרו תוס' דלא טענינן נאנסו משום דלא שכיח כיוון שיש קול, הרי מצינו דטענינן בדבר שג"כ אינו שכיח ויש בו יותר קול, שהרי הוא נגד כל אנשי העיר, וקשיא לתוס'.

אמנם בפשטות י"ל כמו שכתבו כמה מהראשונים שצ"ל דכוונת הגמרא למסקנא אינו דקמ"ל דאפ"ה טענינן שמחלו, אלא דקמ"ל דאפי' שאין טענינן שמחלו מ"מ טענינן ליה שכינס לתוך רשותו ולא הוציאם לרה"ר, אבל באמת הוא נכון דמילתא דלא שכיחא לא טענינן.

אבל לכאורה אין לומר כן לתוס' מכמה פירכות, א – המאירי [שם בד"ה זה] מביא בשם "חכמי הצרפתים" דכוונת הגמרא דקמ"ל דמ"מ טענינן "שמחלו" או שכינס, וחכמי הצרפתים הם בעלי תוספות וא"כ מפורש דלתוס' טענינן שמחלו לו בני רה"ר

אע"פ שאינו שכיח כיון שיש קול. ב – הריטב"א כתב דקמ"ל דנהי דלא טענינן שמחלו לו מ"מ טענינן שכינס, "אע"פ שגם כינס לא שכיח", והריטב"א מבאר דכינס אינו שכיח משום דלא ידענו אף פעם שהיה לו קרקע מתחת הזיזין, ולמה נאמר שהיה לו לקרקע, הרי אם היה לו קרקע ה"צ לידע מזה, עכ"פ חזינן בהדיא שאפילו אם לתוספות טענינן רק שכינס עדיין יקשה דאינו שכיח, ג – רוב הראשונים שלמדו דקמ"ל דטענינן רק שכינס, לא למדו כן בפשטות, שמפרשים שבפשטות קמ"ל דטענינן שמחלו אע"פ שאינו שכיח, אלא שדוחקים הגמ' דקמ"ל

דטענינן שכינס, ואם תוס' סברו כך ה"צ לומר זאת בהדיא, ד – הראשונים למדו כך רק מכח הכרח, שסברו שלא שייך כלל מחילה של רבים, ולא למדו כך מכח ההכרח שלא טענינן מילתא דלא שכיחא, וכגון המאירי שג"כ סובר דלא טענינן מילתא דלא שכיחא [כמש"כ בע:]: ומ"מ כותב שההכרח דקמ"ל דטענינן שכינס ולא דקמ"ל דטענינן שמחל, הוא משום שלא שייך מחילה, אבל בלא"ה ניח"ל הא דטענינן שמחל, ואמאי, הרי לא טענינן מילתא דלא שכיחא, וא"כ צ"ב מה סברו התוס' ועוד כמה מהראשונים, והדרא קושיא לדוכתה.

ג'. 'טענינן' לראיה.

והנה התור"ד מקשה על הא דאמרי' דלא טענינן מידי שהאב היה נאמן רק ע"י ראייה [נ"ב. והובא לעיל], דא"כ אמאי טענינן אצל שובך שהמוכר ריצה את השכנים שיסכימו שלא ירחיק נ' אמות, [כ"ג. והובא לעיל] הרי האב ה"צ להביא ראיה אילו אמר שהשכנים מחלו, והיינו ע"י חזקה של ג"ש שהשכנים אינם מוחים על היזק השובך, ואמאי טענינן, הרי אין טוענים מידי דהאב ה"צ להביא ראיה, וכאן היה האב צריך להביא ראיה, ותירץ התור"ד שדווקא כשאינו מוחזק לא טענינן לראיה, אבל בשובך הוא מוחזק וטענינן לראיה.

והנה בתוס' [נ"ב ד"ה ומודה] פירשו דאין לומר ששמואל [שאמר שאפי' שאותו אח צריך ראיה מ"מ בניו א"צ ראיה] סבר דטענינן אפי' לראיה, דא"כ אמאי תנן במתני' [מ"א]. שצריך

חזקה עם טענה, ויורש א"צ טענה, דמשמע שיוורש צריך חזקה ורק טענה אינו צריך, הרי אם טענינן לראיה א"צ לא חזקה ולא טענה, דטענינן ליתמי שאביהם היה מביא ראיה בלי חזקה, או ע"י חזקה, שאולי כבר החזיק מקודם, אלא וודאי מוכח ממתני' דלא טענינן לראיה, וא"כ צ"ל ששמואל לא רצ"ל דמשום טענינן א"צ היתומים ליתן הקרקעות לאחי אביהם אלא מסיבה אחרת, ולכאורה צע"ג בדברי התוס', א – אמאי הקשו רק ממתני', הרי לכאורה קשה שא"כ כל אב שמת ונשארו יתומים, נטעון ליתומים כאילו היה לאביהם ראיה שכל קרקעות שבעולם שייכים לו, וא"כ לא שבקת חיי לכל בריה, שאפי' אם יש לאדם שטר על קרקעו ששייך לו, נטעון ליתומים שלאביהם היה עדים וראיה שמכרו לו הקרקע, ב' – לכאורה אין שום ראיה מהא דצריך

חזקה אצל יתומים, דשאני התם שאינו מוחזק ולכן לא טענינן לראיה, אבל כאן י"ל שהוא נקרא מוחזק ולכן טענינן לראיה, אלא בוודאי צ"ל שסברו התוס' שגם בכל מקום שאדם דר בקרקע גם כשאין חזקה של ג"ש אלא יום אחד, ג"כ נקרא מוחזק, וזהו קושית תוס' דחזינן אפי' במקום שנקרא מוחזק דלא טענינן לראיה ואין לומר אצלינו דלר"פ טענינן לראיה, עכ"פ רואים לשיטת התוס' שחולקים על התורי"ד וסוברים שגם במוחזק לא טענינן לראיה, וא"כ קשה קושית תורי"ד אמאי טענינן אצל שובך אפי' לראיה, הרי מוכח ממתני' דלא טענינן לראיה אפי' אם הוא מוחזק.

ונראה שהתוס' לשיטתם [כ"ג. ד"ה והא] שחזקת נזיקין צריך טענה, ואין מספיק שיהא חזקת ג"ש אלא צריך טענה, שיטעון שמחלו ע"י קנין, ולפי"ז ניחא שבאמת מדובר בשובך שהיה כבר חזקה של ג"ש ולכן טענינן לטענה בלבד, ואכן אינו טענינן לראיה, משא"כ התורי"ד לשיטתו [שם]. שחזקת נזיקין א"צ טענה, וא"כ אם מדובר שכבר היה חזקת ג"ש וידוע ע"י עדים, מה שייך לומר טענינן, הרי לא חסר טענה, אלא בוודאי מדובר שלא היה חזקת ג"ש כלל, ומ"מ טענינן אפי' שהוא לראיה. אמנם קשה ששיטת ריב"ם [בתוס' שם] היא שחזקת נזיקין א"צ טענה, וא"כ טענינן בוודאי לראיה, ויש לומר שאכן הריב"ם סובר דטענינן לראיה היכא דמוחזק, שהרי הריב"ם סובר [ל"ב: תוד"ה אמאי, ע"פ הסבר הביה"ל ח"ג, ל"ג]. שאדם המחזיק עכשיו בקרקע בלי ג"ש אינו נקרא מוחזק, וא"כ ל"ק קושית תוס' [שהובא לעיל]. שאם טענינן

לראיה א"צ ביתומים לא חזקה ולא טענה, שדווקא במקום שאינו מוחזק, כגון כשאין ג"ש שלריב"ם אינו נקרא מוחזק, לא טענינן לראיה אבל אצל שובך טענינן לראיה כיון שהוא מוחזק בשובך. [או שמתרץ כלהלן לתורי"ד].

והנה התורי"ד [כ"ג.] מקשה אמאי אצל יתומים צריכים חזקה ולא טענינן להו שהאב היה מביא ראיה, כמו שהקשו תוס' אם נאמר דטענינן לראיה, ואכן התורי"ד סובר דטענינן לראיה וא"כ קשה שאצל יתומים א"צ ראיה, [ומכאן מוכח שסבר שגם כשדר פחות מג"ש ג"כ נקרא מוחזק, שאל"כ מה קושייתו, הרי טענינן לראיה רק כשמוחזק וכשאין חזקה אינו מוחזק, אלא וודאי סבר שתמיד נקרא מוחזק, כמו שסברו תוספות], וכמו שאצל שובך טענינן לראיה כמו"כ נטעון ליתומים תמיד, כאילו האב הביא ראיה, ומתרץ התורי"ד שאפי' דטענינן לראיה מ"מ לא טענינן גם לראיה וגם לטענה, אלא או ראיה או טענה, ולכן בשובך שא"צ טענה טענינן לראיה, כאילו האב החזיק ג"ש, ובחזקה בלא טענה טענינן כאילו יש טענה, אבל כשאין חזקה ואין טענה, שחסר ראיה עם טענה, לא טענינן להו.

ודבריו תמוהין ביותר, דאם טענינן לראיה אמאי לא נוסף טענינן לטענה, הרי אם היה ראיה בוודאי שגם יטעון, דאטו יש לך אדם שאינו טוען בשעה שאחד חייב לו ממון ויש לו ראיה ע"ז, הרי זה אינו שכיח כלל, [ואפי' על הצד שהובא לעיל שאולי טוען כשאנו נכון, מ"מ כשנכון בוודאי שטוען], וכאן על הצד שהיה ראיה א"כ בוודאי שגם המעשה היה,

ואם המעשה היה, בוודאי שיטעון, שהרי יש לו ראייה, ועכ"פ אינו שכיח שלא יטעון, ולמה לא טענינן לטענה וראיה, וביותר תמוה אמאי לא נטעון אצל יתומים שאין להם לא חזקה ולא טענה דאילו היה אביהם קיים היה מביא ראייה

שמחלו לו, ע"י עדים שהם מעידים ע"ז שראו שמחלו השכנים, וא"צ טענה כלל, וא"כ אמאי לא טענינן גם אצל יתומים ראייה לבד בלא טענה ויועיל שיהא הקרקע שלהם, ותמוה מאוד.

ד'. יסוד חדש בדין טענינן.

ולכן נראה יסוד חדש בהא דלא טענינן לראיה ובזה יתיישב הכל על נכון בס"ד, ונראה שבכ"מ שצריך ראייה הוא משום שאין לו קשר לממון כ"כ דנאמר שיהא הממון אצלו, עד שיביא ראייה ובזה נתחדש הקשר והזיקה לממון כלפיו, שמסתבר לנו יותר שהממון הוא שלו, ולכן בכל מקום שצריך ראייה לא טענינן להו ליתומים, משום דהסברא של טענינן אינו אלא כשיש ליתומים זיקה וקשר לממון, ובמקום שצריך ראייה אין כ"כ זיקה לממון, והצדק אומר שדווקא כשיש ליתומים קשר חזק א"צ להפסיד ממה שמת אביהם, אבל במקום שאין להם קשר חזק הרי שגם השני העומד נגד היתומים ג"כ אין לנו להפסידו, וכמו שכתב הר"י מיגש [בשו"ת ס' קכ"א, והובא בקוב"ש באות קל"ט] בטעם אמאי לא טענינן להוציא, שכתב בזה"ל: בממון שרוצים הם להוציא מאחרים לא נתן להם מספיקא, לפי שכמו שאין לנו להוציא מהן אלא בראיה ברורה, כן לא נוציא להן ממון מיד אחרים אלא בראיה גמורה, עכ"ל, ונראה שזהו גם הטעם במקום שהם מוחזקים וצריכים ראייה, שמסתבר יותר שהממון הוא של השני, שאל"כ אין לחייב להביא ראייה, וכיון

שמסתבר שהממון של השני לא נטעון להו ליתמי.

ונראה שזהו כוונת התורי"ד [כך שמעתי מהגאון ר' משה פרידמן שליט"א] ומובנים דבריו, שאצל אדם שהחזיק פחות מג"ש, אפי' שאינו מוחזק מ"מ יש לו זיקה לממון זה, שהרי השכנים אילו הקפידו ה"צ למחות, והוא ראייה שמחלו, אלא שלכך תיקנו ג"ש משום שאולי אינו מקפיד כ"כ ולכן לא מיחה, אבל בפשטות ה"צ להקפיד על הזיקו ויש כבר ראייה, ולכן חשיב ראייה קצת, ועושה זיקה וקשר לממון אצל המחזיק, אמנם אינו כ"כ שנחשיבו כמוחזק אבל מ"מ מועיל דנטעון ליתמי אם האב כבר החזיק בו מעט, שיש כבר זיקה לממון אצל היתומים. ולפי"ז דווקא במקום שא"צ טענה יש מקצת ראייה והויא זיקה, אבל במקום שצריך טענה הוא משום שאנו מעצמינו לא נחשוב בגלל החזקה שכך עשה השני ומכר או מחל לו, שמעצמינו לא נחדש שכך היה אא"כ יש טענה, א"כ אין לו זיקה כ"כ ע"י שתיקה שאינה של ג"ש, ורק אם שתק ג"ש אפי' שאין טענה מ"מ יש לו זיקה וקשר מעט ולכן טענינן לטענה, ולכן כשאין לו חזקה ולא טענה שאין ליתומים זיקה לממון אפי' מעט, לא טענינן להו, ורק בחזקת נזיקין שיש כבר

מעט זיקה ליתומים ע"י זמן שתיקה, טענין
להו שהאב היה מביא ראיה .

ולפי"ז לא קשה כלל ב' הקושיות שהוקשו
מתחילה [א' – שאין מיגו כיון שלא היו יכולים
לטעון דנאנסו ואם היסוד הרוס היאך יתקיים
הבנין. ב' – שאין מיגו כיון שב"ד הם הטוענים
ולא שייך כלל נאמנות אצלם כמו שמבואר
לעיל], שלא אמרו התוס' כלל שסומכין על
המיגו, ונדייק בדברי התוס' שכתבו בזה"ל:
וטענין להו החזרתיו לך אע"ג דלא טענין להו
נאנסו, כיון דאביהם היה נאמן בטענה זו מיגו
דאי בעי אמר נאנסו, עכ"ל, ולא הזכירו התוס'
כלל וכלל שנאמנים היתומים ע"י מיגו, ואף
אינו מרומז בדבריהם, אלא כתבו שמשום
שלאביהם היה מיגו טענין להו פרוע, ואינו
משום שיש להם מיגו, אלא משום דהא דלא
טענין לראיה הוא משום שאין לו זיקה כ"כ
במקום שצריך ראיה, ולכך הרי הצריכוהו
ראיה, משא"כ במקום שהאב לא ה"צ אלא
מיגו ולא ראיה, הא דלא הצריכוהו ראיה הוא
משום שיש לו כבר זיקה, ולא חסר כ"א סיוע
לטענתו, שהוא מוחזק עם זיקה וקשר
מספקת, ולכן פירשו תוספות שכיון שהאב
היה נאמן ע"י מיגו ולא ה"צ ראיה, מוכח שיש
לו זיקה וטענין ליתמי אפי' שליתומים אין
מיגו, משא"כ אם האב ה"צ ראיה גמורה [כמו
למ"ד השני שם בגמרא] הרי שאין לאב זיקה
לממון ולא טענין ליתמי, וכ"ז הוא ברור
ופשוט.

ואפילו שהתוספות עצמם נחלקו על התורי"ד
וסוברים דלא מועיל הזיקה אפי' כשמוחזק זהו
רק כשאין מיגו אלא צריך ראיה, דסברי תוס'
שאינו זיקא כ"כ, אבל במקום שמועיל מיגו
שיש יותר נאמנות וזיקה ליתומים בוודאי
טענין אפי' לראיה.

ולפי"ז שוב לא יקשה קושיא שלישית על
תוספות [שאצל זיזין טענין מילתא דלא
שכיחא], שהרי הא דלא טענין מילתא דלא
שכיחא הוא משום שע"י שאין לו ליפטר אלא
ע"י טענה דלא שכיחא, משום דיש קול לזה
אם נאנסו, נמצא שאין לו שוב זיקה לגבי
הממון אפי' אם הוא מוחזק, דמשום שלשני
יש שטר [ואם נאנסו היה קול ועכשיו אין קול].
נתבטל זיקתו, שאינו מסתבר שהוא שלו, אבל
לתוס' כבר אוקימנא לעיל אצל שובך
דהטענין הוא אם כבר החזיק ג"ש ואין חסר
כ"א טענה, וטענין אותה טענה, ובאופן זה
שיש כבר זיקה גדולה ע"י הראיה שבג"ש לא
מיחה, [אפי' שבפחות מג"ש אין ראיה לתוס',
היינו דווקא כשאין ג"ש, אבל בג"ש בוודאי
שהוא ראיה מעט], בוודאי דטענין מילתא
דלא שכיחא, ודווקא אצל שטר כיס היוצא על
היתומים ששם האב ה"צ מיגו, ולא האמינהו
ע"י טענה לבד, רואים שאין לו כ"כ זיקה ולא
טענין אם הוא מילתא דלא שכיחא, משא"כ
אצל חזקת נזיקין כגון אצל שובך ואצל זיזין
אם החזיק האב ג"ש, שהאב לא ה"צ מיגו אלא
טענה, מוכח שיש לו זיקה גדולה יותר ואפילו
במילתא דלא שכיחא טענין להו.

ה'. יישוב קושיות ע"פ היסוד.

ועפי"ז יש ליישב מה שקשה מאוד לר' יונה וריטב"א ותורי"ד שכתבו [הובא לעיל]. דהיכא שהוא מוחזק טענינן אפי' לראיה, ולכאורה גמרא מפורשת שאינו כן, דאצל שטר כיס היוצא על היתומים אמרינן בגמרא שרק למ"ד דהאב נאמן פרוע במיגו דנאנסו טענינן ליתמי פרוע, אבל אם אין האב נאמן ע"י מיגו לא טענינן להו, ואמאי, הרי היתומים הם המוחזקים בממון זה ואם הם מוחזקים טענינן אפילו לראיה, ולמה לא טענינן שהאב היה מביא ראיה שהוא פרוע, אלא בוודאי י"ל כפי הנ"ל, שהסברא דטענינן היכא שהוא מוחזק הוא משום שיש לו זיקה גדולה לזה אבל אם יש שטר נגדו והוא צריך לפטור עצמו, לא טענינן לראיה אפי' אם הוא מוחזק דהא דצריך ראיה הוא משום שהריעותא של "שטרך בידי" [שאם באמת פרע ה"צ להיות השטר אצלו, שמחזירין השטר בשעת פרעון] חזק מאוד, ודווקא דיברו ר' יונה והריטב"א על אח הנושא ונותן דטענינן לראיה משום שאין ראיה נגדו כ"כ אלא שלא ידוע על ממון שיש לו, וכן התורי"ד דיבר דווקא בשובך שהוא מוחזק ואין ראיה נגדו, שאז יש לו זיקה ע"י מוחזקותו, אבל כשיש ראיה נגדו בטל הזיקה.

ועפי"ז ניחא מה שמצינו קושיא להרא"ש דכתב [פ"ג, י"ז] דטענינן ליתמי לחייב את שכנגדם שבועת היסת, ולכאורה צ"ע דהוא טענינן לראיה, שהרי הא דמשביעין שבועת היסת הוא משום דאין אדם תובע אא"כ יש לו, כדאמרי' בשבועות [מ:], ואצל היתומים אין ראיה זו, ואמאי טענינן, ואפי' אי נימא דטענינן

לראיה היכא דהוא מוחזק, מ"מ כתב ר' יונה שבוודאי מדובר שהיתומים אינם מוחזקים, וכגון שאכל כבר הפירות, דאל"כ הוי מיגו להוציא, ואם היתומים אינם מוחזקים הרי לא טענינן לראיה לכו"ע, ולמה מחייבים שבועת היסת, ולהנ"ל ניחא דהא דלא טענינן לראיה היינו משום שאין זיקה כ"כ לממון, אבל התם [ל"ג.] מדובר בשידוע שהקרקע היא של אביהם, ואין לשני ראיה שהפירות הם שלו, ומשום שיש זיקה גדולה להיתומים טענינן אפי' שהאב ה"צ ראיה, ובפרט שהאב לא ה"צ ע"ז ראיה טובה אלא מספיק טענה לבד ואמרי' אין אדם תובע אא"כ יש לו עליו, ובשביל לחייב שבועת היסת א"צ זיקה גדולה כ"כ, ולכן טענינן אפי' לראיה ואפי' אינם מוחזקים, וצ"ל שהתוס' [שם ד"ה מיגו.] שסברו דלא טענינן להו לחייב את שכנגד שבועת היסת, סברו שאינו זיקה מספקת בשביל לחייב שבועת היסת, או שסברו כמו שכתב השער המשפט [קמ"ט, כ"ב] דהוי מילתא דלא שכיחא ולא טענינן להו ליתמי, דכיון שאכל ג"ש בלי ערעור הוי מילתא דלא שכיחא שאוכל ג"ש ע"י גזילה, ומילתא דלא שכיחא לא טענינן, וא"כ צ"ל שהרא"ש סבר דלא הוי מילתא דלא שכיחא כ"כ שלא נטעון להו, שהרי הרא"ש סובר [כתובות ק"ט: ד"ה חזר] דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא, אלא בוודאי שהוא שכיח יותר מנאנסו.

ולפי"ז ניחא מה שיש להקשות [כמו שכתבתי בהערה 11] לפי ר' יונה והריטב"א שכתבו [נ"ב.] שלפי שמואל טענינן לראיה היכא דהוא

מוחזק, ולא קשה קושית ר"פ, שדווקא אצל דברים העשוין להשאל ולהשכיר שאינו מוחזק לא טענינן לראיה משא"כ היכא דמוחזק, ופסקו שכן הלכתא, וא"כ איך הביאו ראיה [כ"ג.] שחזקת נזיקין צריכה טענה דאל"כ מה שייך טענינן שהרי מספיק עדים שהיה חזקה אצל האב, הרי אפשר לומר שא"צ טענה ומדובר כשאין חזקה וטענינן שהאב היה מביא ראיה, שהרי אצל שובך הם מוחזקים ונטעון לראיה ולעולם א"צ טענה, אכן להמבואר אין קשיא כלל, שהרי דווקא אצל אח הנושא ונותן טענינן לראיה, כיון שהנידון הוא למי שייך הממון הרי הממון בחזקתו, משא"כ אצל שובך שאין הנידון למי שייך השובך אלא האם מחל לו השני או לא, ובדבר זה אינו מוחזק, שהוא מוחזק בממון ולא בהיזק לחבירו, וצריך להשתמש במוחזקות לגבי השובך שלא יוציאו ממנו, ואי"ז מוחזקות גמורה וטובה ואין לו זיקה שלא נוציא השובך ממנו, לכן לא טענינן לראיה, אבל אצל אח הנושא והנותן שהנידון למי שייך הממון, הרי מוחזק בממון שהוא אצלו וטענינן לראיה שיש זיקה מספקת.

ונמצא לפי ר' יונה והריטב"א שיש כמה דרגות, באותו אח הנושא ונותן שמוחזק בממון טענינן לראיה, אבל בשטר כיס למ"ד שיש ריעותא של שטרך בידי לא טענינן אפי' אם הוא מוחזק אלא אם נאמר שהאב עצמו ה"צ רק מיגו, ואצל דשובך שאינו מוחזק בדבר שעליו דנים לא טענינן לראיה, [ויש להסתפק מה יהא אילו היה האב נאמן בשובך ע"י מיגו האם אמרי' טענינן.] ותלוי בכל אופן כמה יש למחזיק זיקה ע"י מוחזקותו וכמה זיקה צריך

כדי להשאירו אצל היתומים ע"י שנטעון להם לראיה, ורק כשיש זיקה מספקת טענינן להו, והדברים ברורים.

והנה יל"ע בשיטת הרמב"ן מה סבר, שהרי אם לא טענינן לראיה כבר הוכח שהוא רק משום סברא שבמקום שצריך ראיה אין לו זיקה כ"כ, וא"כ לא מובן לא קושייתו שאין טענינן ולא קושייתו מטענינן מילתא דלא שכיחא, וכמו שהובא מקודם.

ונראה שלרמב"ן הא דלא טענינן לראיה הוא מסיבה אחרת, ובאמת אין משנה אם יש ליורש זיקה מעט או הרבה, אלא דטענינן הוא בדרגת ספק, דאמרי' תמיד דטענינן ליתמי במקום שהם מוחזקים שהוא כספק ולא מוציאים מספק, ולכן לא טענינן לראיה שספק ראיה אינו ראיה, ואף במקום שהם מוחזקים, אם האב ה"צ ראיה לא טענינן להו, שבספק הוא כאילו אינו ראיה כלל, אבל כיון שאין משנה אם יש מעט זיקה או הרבה הקשה הרמב"ן גם ממקומות שאין בהם דרגת זיקה זו, וכבר מצאנו בזה מח' הראשונים האם הוא כטענת שמא או כטענת בריא ואולי בזה נחלקו, [הובא בשעה"מ סימן ל"ט ס"ק ז', ועיין בקוב"ש חלק ב' ס"ה.] ואולי תלוי מחלוקת זו במחלוקת האם טענינן מן התורה או מדרבנן, שהגמ' [מ"א.] מביאה הפסוק [משלי ל"א, ח'] פתח פיו לאילם, שמשמע שהוא מדאורייתא, אמנם י"א שהוא אסמכתא [ראה בחידושי ר"מ שמחה שם.], והנה מצאנו שהקצוה"ח סובר שהוא מדאורייתא שהרי כתב [סע"ה ס"ק ט"ז] דהא שדרשו ששבעת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, הוא משום דטענינן

רִיבּוֹן שְׁמַעֲרַתָּא בְּבֵא בִּתְרָא

ליתמי, חזי' שהוא מדאורייתא וגם כתב [סקל"ג ס"ק ז'] דטענינן כאילו הוא טענת בריא, וי"ל דהא בהא תליא, שהרי מדת הצדק אינו כ"כ שנאמר דטענינן בריא אם לא שנלמד מקרא, שהרי גם את שכנגדו אין להפסיד כ"כ, אבל מ"מ אפי' אם הוא מקרא אינו אלא כשיש לו זיקה גדולה כמו שביארנו לתוס' מקודם, אבל מ"מ י"ל שלכו"ע הוא מדרבנן אלא חכמים תקנו שיחשיבהו כטענת בריא משום שאין להם להפסיד, ואינו כ"כ הפסד לכשכנגד משום שהוא יכול למצוא ראיות, ואפי' שפעמים לא ימצא, מ"מ אין חוששים כ"כ משום שליתומים אין ראיות כלל.

וצ"ע אמאי מקשה הרמב"ן רק שהיסוד הרוס ולא הקושיא השניה שלא שייך מיגו היכא שהטוען אינו אומר בוודאות, וצ"ל דעדיפי מינה מקשה, שהרי אין כאן מיגו מיסודו ולא

רק שהמיגו אין לו את הנאמנות אלא שאין טענה אחרת כלל.

[ובאמת י"ל שאם דין טענינן נלמד כפשוטו ממש מ"פתח פייך לאילם", שמשמע שנשלים מה שנחסר ליתומים משום "פה" האב שאין להם, א"כ אפי' דלא טענינן לראיה היינו דווקא בראיה שצריך להביא והוא גזיה"כ שדווקא מה שחסר בפה עצמו, ולכן כל ראיה שהוא ע"י הפה וא"צ להביא בוודאי טענינן, ולכן אצל שטר כיס היוצא על היתומים שהנאמנות של האב ע"י הפה לבד, טענינן לראיה, ולפי"ז ג"כ ניחא מה שהוקשה להרא"ש שסובר דלא טענינן לראיה ומ"מ טענינן לחייב את שכנגד שבועת היסת, והיינו משום שהוא ע"י הפה לבד, ולפי"ז הרמב"ן חולק ע"ז וסובר שתמיד לא טענינן לראיה אפי' באופן שהוא ע"י הפה, אמנם הוא חידוש גדול].



הבה"ח זאב ביניק הי"ו

דף כה:

גדר איסור היזק ראייה

שו"ע (חו"מ סימן קנ"ד ס"ג) נפסק: לא יפתח אדם חלון לחצר חבירו; ואפילו אחד מהשותפים בחצר שבקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר, מעכב עליו שותפו, מפני שמסתכל בו ממנו, עכ"ל. הרי דמצי מעכב עליו שלא לפתוח חלון לחצר חבירו מפני שמזיקו בהיזק ראייה.

דר' יוסי, כיון דמה שנכנס עם המחרישה לתוך שדה חבירו הוי היזק של גירי דילה ולכן חייב.

ויש אחרונים דפירשו בנימוקי יוסף (דף ב. ד"ה אומר) בשם היש מפרשים (הרמב"ן ד"ה נפרצה), דאין זה נחשב היזק של גירי דילה דהיינו דבגלל שאין נעשה עכשיו הנזק של גירי דילה אין זה נזק של גירי דילה, וזה לשונו של הנימוקי יוסף "אומר לו גדור, משום דכרם הסמוכה לשדה תבואה או שדה ירק הכרם אוסר, ונאסרו שניהם בהנאה ואפילו קש התבואה ועצים של גפנים אלא אם יש גדר מפסיק או שיהא ד' אמות ריוח ביניהם כדי עבודת כרם הלכך אומרים לבעל הכרם שהוא המזיק גדור. וכתבו מן המפרשים ז"ל דהך ברייתא לא אתיא כר' יוסי דאילו ר' יוסי סבר על הנזק להרחיק עצמו אלא כרבנן דאמרי על המזיק ואע"ג דבי"ל כר' יוסי אפ"ה קי"ל כהך ברייתא לענין דדיינינן דינא דגרמי, אבל היא גופא ליתא", עכ"ל הנמ"י.

וקשה דהרי למדנו שיש איסור לבנות כותל סמוך לחלון חבירו, שמא יעלה ע"ז ויוכל לראות בתוכו ולכן צריך להרחיק הכותל, ולפי היש מפרשים דאין זה נזק של גירי דילה במקום שאינו עושה הנזק עכשיו, קשה מדוע מחייבים אותנו להרחיק הכותל מחלון חבירו

אי איסור היזק ראייה הוא גיריה דיליה:

והנה במשנה במסכת ב"ב (כה:): נחלקו ת"ק ור' יוסי בחיוב הרחקת נזיקין, לת"ק לעולם על המזיק להרחיק עצמו מן הנזק, לר"י על הנזק להרחיק עצמו מהמזיק, וכן פסקו להלכה כדברי ר' יוסי דעל הנזק להרחיק עצמו (טור סי' קנ"ה סמ"ו, ושו"ע סל"ב).

וכתב המאירי (ו: ד"ה למדנו) שהיזק ראייה הוא היזק של גירי דילה (דהיינו נזק הנעשה ע"י כוחו ולא דרך דבר אחר) וכן נפסק להלכה שחייבים לבנות כותל בחצר שהיזק ראייה שמיה היזק (רמב"ם שכנים פ"ב ה"ד).

ויש שהקשו ממה שמצינו מחלוקת הראשונים בגדר היזק גירי דילה בדבר שאין נעשה נזק עכשיו אבל על ידו יגרם בעתיד שיזיק את שכנו בהיזק של גירי דילה, האם אפשר להרחיק עכשיו משום דיעשה לאחמ"כ היזק, מקור המחלוקת הוא במה ששנינו (כו.) "לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו, אלא א"כ הרחיק ד' אמות", ומבואר בגמרא דטעם ההרחקה כדי שלא יכנס לשדה חבירו ע"י המחרישה שיבאו לחרוש סביב לאילן, וכתבו תוס' (ב. ד"ה אומר) שדין זה הוא ג"כ אליבא

והרי אין עושה נזק עכשיו אלא רק חוששין שמה אח"כ יעלה על כותלו ויביט בתוך חלון ביתו של חברו, ומדוע מחייבים אותו להרחיק את כותלו.

והנה מצינו בגמ' (דף ב:) דנחלקו האם היזק ראייה שמייה היזק או לאו שמייה היזק. ומבארים שם דבכמה אופנים שבהם לכו"ע היזק ראייה שמייה היזק אפי' למ"ד דהיזק ראייה לאו שמייה היזק [למ"ד היזק ראייה שמייה היזק, ממשנתינו דתנן השותפים שרצו לעשות מחיצה ומחיצה הוי פלוגתא, וכיון דרצו בחלוקה בונים את הכותל, בע"כ ש"מ היזק ראייה שמייה היזק]. וכן מצינו במתני' בגינה, שמחייבים אותו לבנות כותל, ומוקמינן כדר' אבא (ב"מ קז.) דבגינה יש היזק ראייה משום שיש שם פירות ויש בו היזק של עין הרע ואין זה היזק ראייה.

אך ראיתי כמה מהאחרונים דפירשו דיש ג"כ היזק של עין הרע וכן היזק ראייה, ומקשה תוס' דמהאי טעמא אפשר לחייב בבקעה לבנות כותל דהרי גם שם יש פירות והוי עין הרע אלא משום דבבקעה עומד רק חודש אחד ובזמן מועט כזה אין מחייבים אותו לבנות כותל אך אסור לו לעמוד שם בזמן המועט הזה¹. ומשמע מדברי תוס' דסובר שבבקעה וגינה יש רק היזק של עין הרע ולכן צריך לאסרו להסתכל אבל אין הנזק של היזק ראייה, דאל"כ מה החילוק בין שעה ליותר והרי אפשר לומר לו דאסור להסתכל וכו', אך יש דפירשו דשיטת תוס' דיש ג"כ היזק ראייה ולזמן מועט

יכולים לומר לאדם שלא יסתכל אבל לזמן מרובה אין אדם יכול לעמוד בזה.

עוד מצינו (דף ז:) לקמן דכופין אותו לבנות בית שער ודלת לחצר ש"מ דהיזק ראייה דרבים שמייה היזק אפי' למ"ד היזק ראייה לאו שמייה היזק, וכן מצינו (כה.) החלונות בין מלמעלה בין מלמטה ובין כנגדם ד' אמות ותני עלה (כב:) מלמעלן כדי שלא יציץ ויראה, מלמטן כדי שלא יעמוד ויראה כנגדן כדי שלא יאפיל, ש"מ דהיזק ראייה דבית שמייה היזק, וכן גם הסמוך לחצר חברו (ו.) צריך לבנות גדר ומוקמינן דבעל הגג צריך לעשות הכותל משום דבעל החצר טוען דיש אצלו השתמשות שדרכם לעשות בהצנע אבל בגג אינו משתמש, ובב' חצרות יודע דאינו יכול לעשות השתמשות בחצר לדברים אלו אבל בחצר וגג שאין צריך לשמור ואינו יודע מתי יכול להשתמש בחצרו (רש"י) ולכן מחייבים לבעל הגג לעשות הגדר.

גדר דין מניעת היזק ראייה:

חקרו האחרונים ביסוד החיוב למ"ד היזק ראייה שמייה היזק מהו ההיזק שעושה דחייב ע"כ, ויש בזה ג' צדדים.

א. דבשעה שחבירו משתמש בחצר והוא מביט לתוך חצירו של חברו, יש לחבירו צער גוף.

ב. ההיזק הוי מניעת תשמיש בלבד, שאין זה נזקי גופו אלא דהחיוב הוי חיוב ממון משום שמאחר דהוא חושש שמא חברו יסתכל, נמנע מלהשתמש בחצר בדברי הצנע, ונמצא מזיק את חברו כיון דמצמצם פעולתו של

¹ כתוב בספר חסידים סי' קיט שאיסור עין הרע הוי משום גזל, והחזו"א כתב דעין הרע הוא דבר טבעי.

חבירו בתוך חצירו ואף שאין עושה פעולת היזק אלא דגורם להיזק, מ"מ גרמא בנזיקין אסור (כב:).

ג. הקהילות יעקב ועוד אחרונים מבארים דהטעם הוי שאסור להביט לתוך חצר חבירו וחייב לבנות כותל לחצירו כדי להימנע מאיסור זה, דהיינו שאין לו עליו דין של תביעה דאסור, אלא דצריך לעשות גדר, כדי להציל עצמו מהאיסור שהוא לא יחטא בהסתכלותו לתוך חצר חבירו.

והנה אי אמרין דחיובו מטעם מניעת השתמשות ודאי א"ש דמיקרי גירה דיליה, כיון דהא גופיה שיש לו אפשרות להסתכל בחצירו מזיקו אף אם עדיין לא הסתכל בו, אך אי אמרין דחיובו מטעם מזיק אכתי צ"ע אמאי מיקרי גירה דיליה, וילע"ב.

אך יותר נראה ללמוד דלכו"ע בהיזק של גירי דיליה אפי' שנעשה ההיזק לאחמ"כ הוי היזק של גירי דיליה, ואפשר להרחיקו בשעה שעושה המעשה, וכשיטתו אינו קשה כלל, כיון דאם לומדים דהיזק ראייה הוי היזק ממוני שבונה הכותל הוי ליה היזק מיד, אבל אפי' ללומדים דהיזק ראייה היינו דווקא בשעה שמסתכל, צריך ללמוד כמו בשאר דברים שעושים היזק בגירי דיליה לאחמ"כ, אבל כיון דדרך בנ"א להשתמש בתשמיש המזיק את חבירו אח"כ, והרי הולך להזיק בוודאי, ולכן מחייבים אותו כבר עכשיו להרחיק המזיק, וכן בבונה כותל, דרך בנ"א לעלות על הכותל ולהביט בתוך בית חבירו והוי היזק ראייה, והיזק ראייה הוי היזק של גירי דיליה לכן מחייבים אותו להרחיק עכשיו את הכותל

ומסתכלים על המזיק כמו שמזיק עכשיו, ויש לו דין של מזיק בהיזק של גירי דיליה.

ויעויין עוד באבן האזל (פ"ב מהל' שכנים הט"ז) כתב דיש לעיין בעיקר דין היזק ראייה שמיה היזק (דמשו"ה חייב לבנות כותל) האם הוי היזק ממש בעצם ראייתו דמה שמסתכל עליו מפריע לו ומזיקו בזה ומדיני הרחקת נזקין כופין אותם לעשות מחיצה, או דילמא ההיזק הוי במה שמונע ממנו מלהשתמש בחצירו דע"י שמסתכל בחצירו אינו רוצה להשתמש שם בדברים של צנעא, ונמצא שגורם לחבירו הפסד בזה שמונע ממנו תשמיש, ואף דהוי גרמא מ"מ הא קי"ל דגרמא בנזיקין אסור, ע"כ.

ובאמת הרמב"ן (סוף חזקת הבתים דף נט.) כתב וז"ל וה"ה וכל שכן בהיזק ראייה דנזקי אדם באדם הוא אי משום עין הרע אי משום לישנא בישא, אי משום צניעותא, ע"כ (מבואר להלן).

משמע דעצם מה שמסתכל עליו זהו ההיזק ולא רק מה שמונע ממנו ההשתמשות בחצר, אלא דלכאו' בשלמא אי נימא דמזיקו ממש בעצם הראיה שפיר, ומחוייב הוא להתרחק ולא להזיקו אבל אם כל ההיזק הוא רק מה שמונע ממנו השתמשות אמאי מחוייב הוא להתרחק ולמנוע תשמיש מעצמו כדי שלא ימנע מחברו דמאי עדיף חבירו ממנו, והלא כמו שהוא מזיק את חבירו בגרמת מניעת השתמשות כן מזיקו חבירו במה שמכריחו למנוע תשמישו בשבילו.

וכתב האבן האזל דאה"נ כל מה דמניעת ההשתמשות חשיב היזק הינו דוקא באופן שיש לו לניזק זכות על השתמשות בחצירו.

וכמו דתנן לקמן (כב.) דאסור לעשות כותל סמוך לכותל חבירו אלא א"כ הרחיק ממנו ד' אמות, ומפרש טעמא בגמרא משום דוישא, פירוש כדי שיהיה מקום בין שני הכתלים לדריסת רגלי בני אדם שע"ז מתחזק הכותל.

והקשו הראשונים איזה חיוב יש עליו להניח מקום בחצירו לדריסת רגלי אדם בשביל שיתחזק כותלו של חבירו, ופירשו הראשונים דמייירי דוקא בקונה החצר מן המלך או מן ההפקר, דבשעה שקנה החצר כבר זכה בזכות דוושא מסביב לחצירו, ולכן זה שבא אח"כ לשם אסור לו לסמוך כותלו לכותל חבירו אלא א"כ הרחיק ד' אמות כיון שהראשון כבר זכה מקודם בחצר השניה זכות לענין דוושא.

וא"כ כתב האבן האזל דה"ה הכא י"ל דכל הדין היזק ראייה דחשיב היזק במה שמונע ממנו השתמשות היינו דווקא באופן שכבר זכה מקודם זכות השתמשות בחצירו באופן שלא ימנעו ממנו, כגון שלא היה להבית חלונות לחצר הסמוכה לו, שאז זכה בעל החצר בכל השתמשות החצר או אם היה לבית חלונות זכה בעל החלון שלא יפתח חבירו כנגד חלונותיו שלא ימנענו להשתמש, וכמו לענין דוושא.

וכן כתב בקצוה"ח (סימן קנ"ה סק"ו) שהביא תשובת הרשב"א דדווקא לענין דוושא, וכגון שקונה מן המלך או מהפקר, אבל לענין היזק ראייה אין צריך זכות בחצר חבירו, דאף בלא זה אינו יכול להזיקו ע"ש.

ולפי זה מוכח דהרשב"א ס"ל דדין היזק ראייה לא הוי ההיזק במה שמונע ממנו ההשתמשות אלא דהוי מזיק ממש בעצם מה שמסתכל עליו.

טעם ההיתר במקום שנהגו שלא לגדור:

וכן מצינו בחצר שנהגו שלא לגדור האם מחייבים אותו במתני (דף ב.) וכן בגינה מקום שנהגו לגדור מחייבים אותו אבל בבקעה מקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבים אותו, ובגמרא (דף ד.) מסקינן דהכי קאמר סתם גינה הוי כמקום שנהגו לגדור ומחייבים אותו, וסתם בבקעה הוי כמקום שנהגו שלא לגדור ואין מחייבים אותו, ומבואר דאף בגינה מה שמחייבים אותו היינו משום דדוקא בסתם גינה אבל במקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבים אותו.

הרא"ש בסימן ו' כתב דנחלקו הראשונים בדין חצר במקום שנהגו שלא לגדור, יש דפירשו דאין מחייבים אותו. דהרי מצינו בגמרא (ב:) דגינה איכא יותר נזק ראייה מבחצר, וא"כ כיון דבגינה מקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבים אותו כ"ש בחצר, ובמשנה שכתוב שמחייבים אותו הוי עיר חדשה שאין בה מנהג קודם?

אולם כתב הרא"ש די"מ דבחצר במקום שנהגו שלא יגדור מחייבים אותו לגדור, משום דבחצר נפיש היזקא, והא דאיתא בגמרא דהיזק דגינה נפיש היינו למ"ד דאית ליה דהיזק ראייה לא שמיה היזק דמ"מ בגינה כיון שעמדת בקומיתה שולט עין הרע, אבל למ"ד היזק

² וכ"ז ניחא רק למפרשים הנ"ל דגינה הוי עין הרע והוי איסור חזק טפי מהיזק ראייה, אבל לחזו"א דמפרש דאיסור עין הרע הוי איסור טבעי אין ניחא משום דגינה אין חמור טפי יותר מבחצר אלא יש איסור שונה מבחצר וצ"ע.

ראיה שמיה היזק יש בו היזק של תדירות, ונפיש היזקא מהיזק דגינה, ע"כ.

ולכאורה צ"ב בשיטת הראשונים דאין מחייבים אותו לגדור במקום שנהגו שלא לגדור, ואמאי באמת אין מחייבים והא כיון דחייבו חכמים לעשות כותלו משום איסור מזיק דהיזק ראייה מה אכפ"ל שלא נהגו לגדור.

ובשיעורי רבי דוד (סימן ה') מצינו לומר דלכאורה מוכרח דהחייב שחייבוהו חכמים הוי חיוב ממון שחייב אחד לשני ומהני מחילה. וזהו הטעם שבמקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבים אותו משום שמוחל לו דהרי כולם נוהגים כן דאין עושים כותל, [ולדברי הקהילות יעקב דסובר דהיזק ראייה הוי איסור על עצמו ואין זה תביעת חבירו אלא צריך לעשות מחיצה כדי להינצל מאיסור שהוא יסתכל, במקום שאין מנהג לעשות גדר אין רגילות לעשות דברים בהצנעה ולכן לא חייבוהו חכמים במקום כזה ואין כאן שום איסור להסתכל בחצר חבירו במקום שאין רגילות לעשות גדר וממילא אין רגילים לעשות דברי צנעה].

וכן מצינו ברמב"ן (נט. ד"ה ומפורש) מפורש שהיזק ראייה היזק הגוף הוא, שהביא שם דברי הר"ף שלא מועילה חזקה בהיזק ראייה וכתב ע"ז שמסתבר כמותו שאין חזקה מועילה אלא בנזקי ממון אבל לא בנזקי הגוף, והיזק ראייה נזק הגוף הוא, וראיה זו הביאו החידושי רבי ראובן, והקהילות יעקב (סימן ה'), וז"ל הרמב"ן: ומסתברא כותיה, שאני אומר קוטר א ובית הכסא לפי שהן נזקין בגוף אין להם חזקה

לא אמרו חזקה אלא בנזקי ממון דאמת המים וסיד וסלעים והשנויין עמהם, שאין נזקן אלא בכותלו של חבירו דאדם מוחל על כותלו אפילו יפיל אותו ממש, אבל קוטר א ובית הכסא שהוא עצמו נזק ומצטער בהם אין להם חזקה וזה טעמו של רב יוסף בקורקור שהאיסטניסטיין ואניני הדעת מצטערין ונזקין הן בכך. והוא הדין וכ"ש בהיזק ראייה דנזקי אדם באדם הוא. אי משום עין הרע אי משום לישנא בישא אי משום צניעותא, עכ"ל.

[אך יש להעיר מלשון הרמב"ן (ב: ד"ה אלמא) לגבי היזק ראייה שמבית לחצר וז"ל, איכא למימר קא סלקא דעתך הני מילי מבית לבית ומבית לחצר ודכיון דקביעא בבית לא מצי האיך לאשתמושי כלל בחצר ומשמע שמוניעת תשמישו בחצר זהו ההיזק ראייה, עכ"ל].

וכן נראה מדברי תוס' (ב: ד"ה גינה) משמע דסובר דהיזק ראייה הוי איסור גופי, משום דאל"כ מדוע לשיטתו בקעה אינו צריך לעשות גדר כיון דזה שעה אחת והרי אם היזק ראייה הוי היזק ממוני של מניעת שימושים הרי ג"כ בבקעה כיון דאינו עושה גדר אינו משתמש בדברי צנעה, ואינו עוזר דלא מסתכל לגינת חבירו, וא"א לחלוק בין זמן מרובה לזמן מועט לגבי עין הרע.

אך ללומדים דבגינה יש רק היזק של עין הרע ואינו היזק ראייה כלל, אפשר לומר דבעין הרע לזמן מועט יכול למנוע ההסתכלות אבל לזמן מרובה אינו יכול, ולכן יכול לחלק לזמן מועט ומרובה אך להיזק ראייה א"א לחלק לזמן מועט או מרובה, ולכל זמן יש היזק ראייה.

ליבון שמערתתא בבא בתרא

הבה"ח מאיר שטיינברג הי"ו

דף כה:

בגדר גירי דיליה

איתא בגמ' דף כה: מרחיקין את האילן מן הבור כ"ה אמה. ר' יוסי אומר אע"פ שהבור קודמת לאילן לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו. ומבואר בגמ' אמר רב אשי... מודי ר"י "בגירי דיליה".

ובגמ' דף כב: מרחיקין את הסולם מן השוכך ארבע אמות, כדי שלא תקפוץ הנמייה. ומקשינן בגמ' לימא מתנ' דלא כר"י דאי ר"י הא אמר זה חופר בתוך שלו... ומתמצת הגמ' דאפי' תימא ר"י... הא אמר רב אשי... דמודי ר"י "בגירי דיליה", ה"נ זימנין דבהדי דמנח ליה (ית' בחור) וקפצה. דהיינו שהוא יביאנה ע"י הסולם ממשי, ומקשית "והא גרמא הוא", א"ר טובי... זאת אומרת גרמא בנזיקין אסור.

שמזיק מצד עצמו, אסור להניחו קרוב ומחויב בהרחקה.

דהרי עיקר ההיתר דר"י שמותר לזרוע אילן סמוך לבור, הוא משום דאין עושה מעשה מזיק דהרי אין האילן עושה שום היזק, אלא מעשה תשמיש בתוך שלו, וזה שהשרשין הולכים ומזקין, זה הרי "נולד", וזה תוצאה ממעשיו וע"כ מעשה הנטיעה, אינו מעשה מזיק אלא תשמיש.

אבל כשהחפץ מצד עצמו מוכן לגמרי להזיק, ורק לוקח זמן עד שיזיק למעשה, אז א"א להחשיבו מעשה תשמיש, דהרי מוכן ועומד להזיק, אלא מעשה מזיק הוא וע"כ מחויב להרחיק וזהו במקומו.

ועפ"ז מבואר כל מילי דמתני דבאמת המים ובנברכת הכובסים המים פועלים מתונתא שמלחלח את העפר, הרי במקומו עומד ומזיק, וכן גפת וסיד ומחרישה הרי במקומם עומדים ומזיקים ומשלחים הבל, וע"כ יכולים להיחשב

ומפרש רש"י הא דאקשינן תימא דלא כר"י. לאו דוקא, דאפי' בשאר מילי דמתני' דוודאי לאו כר"י, אלא לימא אף זו דלא כר"י, מבואר ברש"י שבכל שאר האופנים דמתני' אין שייך שיחשב גירי דיליה.

אולם תוס' רמב"ן יד רמ"ה ועוד חולקים על רש"י ומדייקים דדוקא הכא היה צד דלא כר"י אבל בשאר מילי דמתני' יתפרש שפיר כר"י ויוכל ליחשב גירי דיליה, וצריך ביאור איך שייך גירי דיליה בכל אופני דמתני, ומתוך דבריהם יתפרש גדר גירי דיליה.

ביאור א' בשיטת הרמב"ן והריטב"א

הריטב"א והרמב"ן מפרש דכל דבמקומו מזיק נחשב גירי דיליה, [הרמב"ן מוסיף ועדיפי מגירי ויבואר לקמן] והרי גפת ומחרישה וכו' במקומם מזיקים וע"כ הוה גירי דיליה, ומבואר מדבריו גדר גירי דיליה דאינו תלוי "במעשה האדם" שעושה עכשיו מעשה מזיק, אלא תלוי "בחפצא" שהוא מניח ברשותו שחפץ

גירי דיליה ומעשה מזיק וע"כ ר"י מודה בהם שמחוייבים בהרחקה.

ואפי' כשאין הניזק קיים מחויב בהרחקה דהרי הוא העמיד דבר המזיק ואי"ז מעשה תשמיש.

ביאור א' בשיטת תוס'

והנה תוס' כב: ד"ה לימא תנן מדייק נמי דבשאר מילי דמתני יחשב גירי דיליה, ומפרש בשם הר"ח "דמהיא שעתא משתכחא היזיקא" ולא פליג אלא באילן. ותוס' עצמו מוסיף והא דמרחיק כותלו מכותל חבירו ג"כ יחשב גירי דיליה "דמיד כשסומך הכותל מונע הדוושא".

ותוס' במתני יז ע"א ד"ה לא יחפור מבאר היזק בור לבור חבירו, שההיזק הוא ע"י מתונתא, והא דאמרין בגמ' (ע"ב) "כל מרא ומרא דקא מחית מרפית לי לעראי", ומשמע דזהו ההיזק מפרש ר"י דלא קאמר אלא שמאותה שעה מתחיל ההיזק, וכיון דמתחילת ההיזק היה גירי דיליה מודה ר"י ומיהו אי לאו משום מיא לא בעי הרחקה ג"ט, עכ"ל.

וצריך ביאור, מה החיבור בין כל מרא ומרא למתונתא, ויש מהאחרונים שמבארים דבאמת סבר כריטב"א שצריך "חפצא" להחשב גירי דיליה, ומעשה עשיית הבור הוא תשמיש אחד מתחילתו ועד סופו, וכיון דבתחילת תשמישו הוה גירי דיליה כבר אינו מעשה תשמיש אלא מעשה הזיק, דהרי בחפירה יש בו גירי דיליה, והגם שמתונתא אינו גירי דיליה לתוס', מ"מ באותו תשמיש, יש חלק שהוא מעשה מזיק ע"י גירי, הרי כלך המעשה הזה אינו בגדר תשמיש והגם

שההיזק של כל מרא ומרא... עדיין אינו מחייב בהרחקה, מספיק לגרום לכל התשמיש לגירי ויתחייב בהרחקה משום מתונתא.

ולכאורה קשה דהרי תוס' מפורש שמתונתא אינו גירי דיליה, והרי הוא במקומו מזיק. מ"מ אינו גירי דיליה, רק ע"י סברת כל מרא ומרא... מוכח דחולק על הריטב"א.

ועוד קשה דתוס' י"ז ע"ב ד"ה מרחיקין מפרש דסברת כל מרא ומרא הוא רק לר"י ולרבנן לא בעי סברת כל מרא ומרא וע"כ הקושיא בגמ' מגפת הוא רק לרבנן אבל לר"י הרי גפת אינו גירי דיליה, ואם סובר כרמב"ן הרי הוא במקומו עומד ומזיק ואינו מעשה תשמיש, אלא מעשה מזיק, וצריך להיחשב גירי דיליה, והרי בתוס' מפורש שהוא מעשה תשמיש, ואינו גירי דיליה, והגם דבמקומו עומד ומזיק.

ועוד קשה דתוס' בדף י"ח ע"א ד"ה דייקא נמי גבי רפת מתחת לאוצר, דהגמ' מדייקת דדווקא הכא, אם היתה הרפת קודמת לאוצר מותר, אבל בשאר מילי דמתני' אסור, לסמוך אפ' מקודם שבא הניזק, ומקשה תוס' אולי בכל שאר מילי דמתני נמי מותר וגבי רפת אתי לאשמועין חידוש שאפי' לר"י שמודה בגירי דיליה שצריך להרחיק אם קדם מותר ומפורש בתוס' שדווקא רפת נחשב גירי דיליה ולא גפת והגם שתוס' סובר דכל מילי דמתני מתפרש כר' יוסי והוה גירי מ"מ כשהניזק אינו קיים אינו נחשב גירי דיליה, וזהו הפירוש בתוס' דהכא אינו נחשב גירי דיליה, ואם סובר כריטב"א הנ"ל הרי העמיד מזיק במקומו, וצריך להיחשב גירי דיליה ואפ' כשהניזק עדיין אינו קיים.

שיצא מתחת לפטיש דאינו מזיק מצד עצמו
אלא ע"י הרוח.

ביאור ב' בשיטת הרמב"ן והריטב"א

וע"כ נראה דצ"ל דהא דהריטב"א מצריך
במקומו אינו שע"י כך יחשב מזיק מצד עצמו,
ואפי' שאינו מזיק מוכן לגמרי יכול להחשב
גירי דיליה והוא "דכל שהנזק מגיע מכוחו ע"י
מעשיו ממש ואחרי שנגמרו מעשיו אין צריך
להוסיף ע"ז עוד מעשים שיהא נזק, נחשב גירי
דיליה ושמגיע מכוחו". ואז אינו נחשב שעושה
מעשה תשמיש אלא מעשה מזיק, וע"כ
במקומו שהאדם גמר מעשיו, ומכאן אין צריך
להוסיף עוד מעשים להזיק, הרי המעשה היזק
מגיע "ממעשי האדם ממש" וע"כ נחשב גירי
דיליה. והוא גדר גירי דיליה לשיטת הריטב"א.

משא"כ באילן דהשרשים מזיקים, שאינו
ממעשה האדם כלל אלא "נולד ממעשה
האדם" הוא שהולך ומזיק, אז עדיין נחשב
מעשה האדם "לתשמיש ולא להיזק", וכן כל
"שאינו" מזיק במקומו עדיין מעשה האדם
הוא תשמיש "דצריך להתוסף עוד מעשים"
בכדי שיזיק דבעי שיגיע למקום ההזיק, לא
נחשב כלל לגירי דיליה דכבר "גמרו מעשי
האדם" ועדיין לא הזיקו, נמצא שאין הנזק בא
מגירי דיליה.

ועפ"ז מובן בנמייה דהגם דהוא אינו מזיק מצד
עצמו, ואינו מוכן להיזק, מ"מ זה שהנמייה
תלך לאכול, הוא "ע"י מעשי האדם" שהביאו
לשובך, ורק נתוסף עוד כח של הנמייה, אבל
אי"ז מגרע מכח האדם, רק ב' הכוחות ביחד
מזיקים הנמייה והאדם [דהרי גרמא הוא ג"כ
מכח האדם] וההיזק יבא מכוחו, "ומיד בגמר

ועוד קשה על פירוש האחרונים בריטב"א
דהרי בדף כב: במעשה דנמייה שקפצה לשובך,
אמרינן בגמ' שזה גרמא ואסור. והגם שהוא
ג"כ גירי, דבהדי דמנח לה קפצה, ומתפרש
המשנה שפיר ג"כ כר"י כמבואר בגמ', והרי
הסבר דין גרמא הוא, "שיש עוד כח מעורב
בהיזק", כגון הכא שהנמייה צריכה להחליט
לאכול את היונים, וע"כ אין זה מעשה שלו
לגמרי, וא"כ קשה, דהרי האדם לא הניח כאן
מזיק, דאין הנמייה מזקת מיד מצד עצמו, ולא
הניח במקומה "חפצא המזקת" אלא "ע"י כח
אחר" של הנמייה, ולמה מתפרש לגירי דיליה,
הרי זה גרמא ואין שייך לשיטתם גרמא דגירי.

ועוד קשה גבי אדם שהקיז דם מתחת לאילן,
ובאו עורבים ואכלו את הדם, וקנחו בפירות
האילן, וחייבו בהרחקה, והוה גיריה דיליה
וגרמא, ואפ' לשיטות הראשונים [רשב"א
ריטב"א] שהאדם משלח את העורבים לאילן
וע"כ מחשיבים אותו גירי דיליה, מ"מ עדיין
העורב צריך להחליט אם לילך לאילן או לא,
ומ"מ נחשב גירי. והרי "אי"כ מזיק מוכן"
דהעורב אינו מזיק מצד עצמו, וא"כ איך נחשב
גירי דיליה.

וכן קשה מרקתא שהרוח מפריח את הפשתן
שמנער ומזיק, ונחשב גרמא דהרוח מסייע
וגירי, והרי הכא אין המזיק מוכן, דאין הפשתן
מזיק בצד עצמו, דהרוח עדיין צריך לסייע
להזיק, ואינו יכול להחשב גירי דיליה ולא
גרמא דגירי דאי"כ כלל גירי ומעשה מזיק,
ובכל הג' ציורים נחשבים למעשה תשמיש,
וכולם עדיין מעשה תשמיש, וכן קשה מגץ

מעשיו של האדם הולך ומזיק, וע"כ נחשב גירי דיליה, והוא מה שנקרא גרמא דגירי שהוא ע"י מעשיו עם עוד כח, וכן בעורב שמשלח האדם את העורב לאילן הוא מכוחו, ולא נגמר כוחו ע"י מעשה העורב דהרי הוא הביא את העורב למקום הנזק, וכן ברקתא שהרוח מסייעו ואי"ז מזיק מוכן מ"מ ההיזק מגיע מכוחו ואפ' שנתערב עוד כח עדיין לא נגמר כוחו ונחשב לגרמא דגירי.

ועפ"ז בגפת שהניחו, ואפי' ברשותו, ואפי' כשאין הניזק קיים דלרבא אסור להניחו שם, משום דנחשב מעשה מזיק מובן שפיר, דעדיין מצד האדם שעשה מעשיו וגמר מעשיו הולכים להזיק מכוחו ע"י הנחתו ואפי' שעכשיו אינם מזיקים מ"מ מכוחו ופעולתו, הוה גירי דיליה, ואי"צ שיהא עכשיו ההיזק והתוצאות ממש בכדי להחשיבו גירי דיליה ומעשה מזיק, אלא רק ע"י המעשה שהוא מכוחו וגירי דיליה, שלבסוף יזיק מכוחו נחשב מעשה מזיק ולא מעשה תשמיש ואסור לעשותו.

ביאור ב' בשיטת התוס'

ובתוס' כב: ד"ה לימא שמוסיף על פירושו"ח שמיד מונע הדוושא, משמע שבכדי שיחשב גירי דיליה ומעשה מזיק, "צריך שיתחיל ההיזק מיד", אז נחשב מעשה מזיק ולא מעשה תשמיש, וע"כ מתונתא אינו מתחיל ההיזק מיד ואינו נחשב גירי דיליה, אלא א"כ יש בו ג"כ כל מרא ומרא, שיחשב בתחילת השימוש גירי דיליה דמיד מתחילת המעשה נתחל ההזק, ממילא כל התשמיש נחשב למעשה מזיק ולא שימוש. [מ"מכל מרא ומרא עדיין

אי"צ לחייב בהרחקה דעדיין אינו מזיק לגמרי, אלא מעויל לגבי החשבת המעשה למעשה מזיק ע"י התחלה בתורת מזיק] וכן גפת אינו גירי דיליה במקום שהניזק אינו נמצא דאינו מתחיל ההיזק מיד [משא"כ אם הניזק נמצא כן מתחיל ההיזק מיד, וצ"ע מאי שנא ממתונתא לעיל]. וכן בתוס' יח ע"א ד"ה דייקא יתפרש שפיר שגפת אינו גירי דיליה במקום שהניזק אינו נמצא שאינו מתחיל ההיזק מיד וכן מפורש ברעק"א.

אולם צע"ג בתוס' מה יפרש גבי עורב ונמייה. שאינו מתחיל ההיזק מיד, דעדיין בעי שילכו להזיק אחרי מעשיו.

ויש שתירצו שתוס' ג"כ מודה לראשונים שבמקומו הוה גירי דיליה, ועורב ונמייה נחשבים במקומו, אולם לפי"ז יקשה הקושיות לעיל שמוכח מג' תוס' שבמקומו אינו נחשב גירי דיליה,

ואולי לתוס' לא בעי ממש התחלת ההיזק בתוצאה אלא במעשה המזיק בעי שיהא תחילת מעשה המזיק ממש, וע"כ בעורב ג"כ נחשב גירי דיליה דזהו תחילת הזיקו, וכן בנמייה משא"כ כשהניזק אינו נמצא א"א להחשיבו תחילת מעשה המזיק דאי"כ ניזק והוא מצד עצמו אינו כלום וכמו שאדם זורק אבן ממקום גבוה מאד על אדם שעומד למטה דמיד בתחילת הזריקה כבר מתחיל "המזיק" והגם שעדיין לא הזיק כלום וכן האדם שעומד למטה עדיין יכול לזוז ולא יזוק מ"מ האדם שעומד למעלה "מזיק הוא", וכמ"כ בתוס' הגם שאינו ברי הזיקו דזהו גרמא ולוקח זמן עד שיזיק מ"מ מעשה ההזיק כבר התחיל זהו גדר

גירי דיליה לתוס "דמיד מתחיל להזיק במעשה, ולא בעי שיהא מזיק בתוצאה.

שיטת הרשב"א

והנה ברשב"א נחלקו האחרונים בביאורו, דלשון הרשב"א הוא, וכתב הרב ז"ל דהיינו טעמא דכל דבר שמזיק בשעת הנחתו ואין הנזק שמגיע להם נולד לאחר מכן, אלא כמות שהוא מזיק "וממקום שהניחו שם", חשבינן ליה מזיק בשעת הנחתו (וגם) גיריה הו"ע כ"ל ועוד כותב הרשב"א ז"ל במקום שהניזק אינו קיים לר"י דבגפת ומחרישה יכול לסמוך. וכתב מורי... מפני שבשעת מעשיו דהיה גירי, אכתי ליתיה לניזק, ובשעה דאיתיה לניזק... בההוא שעתא לא הו"ע גירי דכבר כלו מעשיו, ולדידי קשיא לו דהא זרעים בשעה שהוא זורען אין מזיקין כלל עד שישרישו... וא"כ למה אנו מחשבים אותו כגירי. אלא דכל שהוא "מזיק ממקום הנחתו" חשבינן גירי, והני נמי "ממקום הנחתו" הם מזיקין. וי"ל דמכל מקום לא חשיבי גירי אלא כשהניזק מצוי בשעת הנחתו דומיא דגירי ממש דמורה לאדם במטרה, ואולי מורה ואח"כ בא הניזק וקבלו פטור דלא הו"ע גירי, וכל זה איננו שווה לי עכ"ל.

והנה מלשוננו אפשר לדקדק לכאורה שלמד כרמב"ן וכריטב"א. דמבואר בדבריו כמה פעמים דההיזק הוא "ממקום הנחתו", וכן בקושייתו מזרעים משמע שזה בא להוכיח שממקומו היה מזיק, ואפי' שלא התחיל ההיזק, ואפי' בתירוצו מתרץ שכשהניזק אינו נמצא אינו נחשב גירי וכן פירשו הרבה אחרונים.

אולם יש שמדייקים שלמד כשיטת התוס' דלשוננו הוא דכל "שמזיק בשעת הנחתו ואין הנזק שמגיע להם נולד לאחר מכן" עכ"ל וכן מדדייקים מתירוצו על זרעים מלשוננו דכל "שמורה לאדם במטרה דומיא דגירי ממש ואז הרי מיד מתחיל מעשה ההיזק [וכמו שביארנו בתוס'] וצע"ג בשיטת הרשב"א.

שיטת רש"י

והנה רש"י בדף כב: ד"ה בגירי דיליה, וז"ל בחצים הבאים לו "מיד גופו של בעה"ב ממש", וכן רש"י בדף כה: ד"ה בגירי דיליה וז"ל "היכי דמטי ליה היזיקא מתוך ידיו של מזיק", משמע דבעי מגופו ממש שיחשב גירי דיליה.

והפסקי רי"ד מפרש רש"י וז"ל "דלא יקראו גירי אלא "שמיד" עושה נזק לחבירו בכחו, אבל כל נזק הבא לאחר מכן לא יקרא גירי, ואע"פ שהוא שם המזיק שם כיון שלא הזיק באותה שעה כששם אותו אלא לאחר מכן לא הו"ע גירי... וכשמשים הגפת "לא הזיקו מיד" אלא כשירבה ההבל ויתחמם הכותל, והילכך שרי ר"י, עכ"ל.

ומשמע מדבריו שמבאר רש"י שזה תלוי אם מזיק מיד בלא עיכוב או אינו מזיק מיד, וצ"ע מה שייכות הזמן לגבי הא דחשב מכוחו או לא דהרי ג"כ כשאדם ישפוך מים ממקום גבוה שאינו מזיק מיד הרי בוודאי נחשב מכח האדם, א"כ גם כשמניח הגפת הגם שיקח זמן עד שיזיק מ"מ הו"ע מעשה האדם ממש.

ואולי י"ל שגדר הזמן "אינו זמן ממש" רק "בלי מניעות אלא מהאדם ישיר", אז נחשב גירי דיליה ומעשה היזק, אבל אם ההיזק אינו

עכשיו רק לאחר זמן יהא כאן מזיק "ונתוסף" עוד דברים למזיק, אז אינו נחשב גירי דיליה והוא מעשה תשמיש, ועדיין צ"ע, דהרי מהפסקי רי"ד משמע "ממש זמן ומיד" ועוד קשה שהרי רש"י כותב "מיד גופו של בעה"ב ממש". ומשמע דרק ע"י כך נחשב גירי דיליה.

ולולי דברי התורי"ד אפשר דרש"י בעי שיהא בגדר "אדם המזיק" שבשאר ההיזקות שבב"ק ולא בגדר "ממון המזיק" שבב"ק, וזהו גירי דיליה דחץ הוא כל הזמן מהאדם ממש, ולא גרע ממכה במקל, וכן בנמייה הוא הביא בידיים את הנמייה על הסולם, וכן בעורב, כמו שפירשו הראשונים שהאדם משלח את העורב לאילן, ומ"מ נחשב גרמא שעדיין עוד כח נתערב בו לעשותאת ההיזק, וכן ברקתא שהוא והרוח מזיקים, וכן בגץ, ובחופר בור שההיזק לשיטתו הוא "דכל מרא ומרא דקא מחית מרפית ליה לעראי", שהאדם מזיקו ממש ע"י שמכה ע"כ נחשב מעשה מזיק וגירי דיליה.

משא"כ גפת דהאדם מניח "ממונו" שיזיק מההבל וכן כל שאר מילי דמתני דממונו של האדם הוא המזיק, וכן בשפך מים מהעלייה ומיתם תיימי על הארץ ואח"כ נפל על התחתון, "הממון הוא שהולך ומזיק ואי"ז מכח האדם", וע"כ אי"ז גירי דיליה אלא מה שדומה להאדם עצמו שמזיק.

אולם התורי"ד שמפרש זמן ולא גופו וכוחו עדיין צ"ע דבלשונו של רש"י משמע גופו ואינו תלוי בזמן ההיזק, ואולי הלשון הזמן הוא להגדיר אם בא מגופו והוא אדם המזיק, או לאחר זמן ולא מכוחו אלא ע"י ממונו שהוא

תמיד אינו מיד מזיק וזה הגדרתו על ממון המזיק וצ"ע.

שיטת היד רמה

והי"ד רמ"ה דף כה: (אות קה.) מפרש וז"ל מודי ר"י בגירי. "כגון דאזיל הזיקא משעת הנחתו או מעידן מעשה דעביד האי מזיק ברשותיה, בלא עיכובא עד דמטי גבי הדבר הניזק ומזיק ליה דכי האי גוונא על המזיק להרחיק את עצמו, "דכמאן דעביד מעשה ברשותיה דחבריה", עכ"ל וכן מפרש בדף כב: (אות עח).

ומשמע מדבריו שחולק על כל היסוד בטעם דברי ר"י דמודה בגירי דיליה דאינו משום דמעשיו הוה מעשה מזיק, וכל התיירו דר"י הוא כשעושה מעשה תשמיש. אלא מפרש טעמא דר"י חולק באילן שסמכו לבור שמותר משום "דהוא עושה בתוך שלו", משא"כ בגירי דיליה מודי דאז נחשב "עושה בתוך של חבריו", ורק בשלו מותר לעשות תשמיש ולא בשל חבריו. "ולא שבגירי דיליה נחשב מעשה מזיק" אלא עדיין יכול להחשב מעשה תשמיש רק אסור לעשותו בשל חבריו.

ועפ"ז מפרש גדר גירי דיליה שאפי' שלוקח זמן עד שיזיק מ"מ כל שמגיע בלא עיכוב ובלא שום מניע עד הניזק הרי נחשב מעשיו כעושה בתוך של חבריו, דהרי ע"י מעשיו מיד בלא עיכוב מזיק בשל חבריו וזהו גדר גירי דיליה לשיטתו (וכעין ביאור א' ברש"י לעיל) שצריך להגיע מהאדם בלא שום מניעות.

וע"פ יסודו של הרמ"ה בנמייה הגם שכח אחר מעורב בו ונחשב לגרמא, מ"מ הוה גירי

ומעשה בתוך של חבריו בזה שמביא הנמייה לשובכו של חבריו, וכן ברקתא וגץ ועורב.

[ויש מהאחרונים (ברכת אברהם ועוד) שמפרשים בטעמא דר"י כמו הרמ"ה ג"כ בדברי הרמב"ן ובריטב"א ורש"י, דטעמו משום דעושה בתוך של חבריו וצ"ע למה כשמזיק במקומו אסור דנחשב שעושה בתוך של חבריו בשלמא אם הולך בתוך של חבריו כגון נמייה וחץ וגץ וכו' נחשב עושה בתוך של חבריו, אבל כשעושה מעשה תשמיש בעלמא במקומו למה יחשב עושה בתוך של חבריו, דהרי לשיטתם נחשב עדיין מעשה תשמיש, ואולי יתבאר דחכמים חייבו בהרחקה במקום שמזיק "ונטלו זכותו ממנו" בריחוק זה, וע"כ נחשב עושה בתוך של חבריו, דחכמים נטלו זכותו ממנו כשמזיק במקומו והוא סברא חדשה שנטלו זכותו במקום שמחוייב הרחקה וצ"ע].

שיטת הר"ן

הר"ן מפרש דבשאר מילי דמתנ' דמזיקים במקומם לא נחלק ר"י מעולם והוה "מזיק ממש" ועדיף מגירי, והא דר"י מודה הוא דווקא בנוטע אילן ואזלי שרשיו ומזקי ליה חולק ר"י שעל הניזק להרחיק את עצמו, בכה"ג מודה ר"י דאם יהא גירי דיליה יתחייב המזיק להרחיק אבל כשמזיק במקומו "מעולם לא נחלק", ועוד מפורש בר"ן "דכהזיקא דבידיים ממש הוא".

וצריך לבאר דבריו דמי חמור לגבי הא דיחשב גירי דיליה ומכח האדם הא דבמקומו מזיק לאחר זמן, יותר מזה שאדם עומד ושולח כמו שרשים, וצע"ג בדבריו, ועוד צ"ב בדבריו,

דכותב דאע"פ שאינו מזיק במקומו כיון "שהולך מיד ומזיק" בגירי מודה ביה ר"י עכ"ל וצ"ב לשיטתו מהו גדר גירי דיליה דהגם שהולך ומזיק נחשב גירי דיליה.

ואפ"ל דסבר כשיטת רש"י, שצריך מכח האדם ממש ויחשב כאדם המזיק, ע"כ נחשב גירי דיליה הגם שהולך, אולם עדיין יקשה מה דבמקומו עדיף להחשיבו אדם המזיק ממש ועדיף מגירי שאינו מכח האדם ממש עכשיו אלא לאחר זמן, יותר ממה שהאדם עצמו מזיק מכוחו ממש עכשיו.

ושמעתי הסבר ממורי ורבי הגר"י מרק שליט"א, דהר"ן סובר דמעלת במקומו הוא שהחפץ מצד עצמו כבר נחשב למזיק בלא האדם דהכל מוכן להזיק, וכמו שביארו הרבה אחרונים לעיל בדעת הריטב"א, וע"כ אפשר לייחסו לאדם המזיק, משא"כ כשאין החפץ מצד עצמו מזיק הוא רק בגדר גירי דיליה.

והוסיף דהרי אדם המזיק שונה מממון המזיק, דהרי ממון השייכות לאדם הוא שנתחייב "לשמרו ואחריותו עליו", משא"כ אדם אינו שאחריותו עליו אלא עושה מעשיו ואין שייך שמירה ואחריותו עליו רק צריך אסור לו לעשות מעשים המזיקים, אבל אי"ז מדיני שמירה ואחריות,

וע"כ כשהאדם מזיק ואין החפץ מצד עצמו מזיק צריך להתייחס לאדם לפי מעשיו וע"כ צריך לדון אם המעשה והפעולה שעושה יזיק מכוחו ואז אפשר לייחסו לאדם ויהא גירי דיליה אבל עדיין אינו מזיק ממש אלא לפי פעולתו, משא"כ, כשהוא שם חפץ המזיק שאחריותו מהחפץ עליו הרי מיד יודיעם

שהוא מזיק דהחפץ מצד עצמו מזיק נמצא פעולתו היא פעולת מזיק ממש דאי"צ לדון על מעשיו, וצ"ע בסברא זו. ועפ"ז מסביר שכהחפץ מצד עצמו אינו מזיק הוא מכח אדם המזיק וזהו גיריה דיליה [וע"כ מובן נמייה ועורב כנ"ל ברש"י] משא"כ כשהחפץ הוא המזיק הוא מזיק ממש ע"י ממונו וצ"ע.

ביאור בשיטת הרמב"ן

והרמב"ן כשמפרש הזיק גירי דיליה, דבמקומו נחשב גירי דיליה מוסיף "דעדיפי מגירי" וז"ל "ושמענו שכל היזק המזיק במקום שמניחין אותו אע"ג דלית בה גירי השתא דלבתר שעתא הוא דמזקי כגיריה דמו ועדיפי נמי מגירי דממש הוא ומחייב לסלוקי היזקא", ולא אמרו גירי אלא דומיא דנמיא שקופצת מסולם לשובך ודומיא דגירי עצמן עכ"ל.

והיה אפשר לפרש דבריו כר"ן הנ"ל דעדיפי מגירי והוה בגדר מזיק אבל אינו משמע כן דאינו כותב דגיריה היינו כשהולך כר"ן אלא דומיא דנמייה, [והגם שלקמן קוראו הרמב"ן גרמא דגירי] ועוד דאח"כ קראו הרמב"ן דמזיק

במקומו "גיריה" משמע שזהו ב' דרגות בגירי דיליה.

ומורי ורבי הגר"י מרק שליט"א מפרשו לפי דרכו הנ"ל שתלוי בחפצא וע"כ במקומו עדיף מגירי, משא"כ בנמייה הוא בגדר אדם המזיק, ואין נראה כלל דהרי הרמב"ן קוראו גירי וא"כ כן צריך שימדד לפי מעשי האדם והדרא קושיא לדוכתא מה עדיף במקומו שהוא אינו ע"י מעשי האדם ממש, ממעשה האדם ממש לגבי הא דחשב יותר שמגיע מהאדם, [דבשלמא בר"ן שקוראו מזיק ממש שאינו צריך להימדד לפי האדם אפשר לומר כן, אבל הרמב"ן הרי קוראו גירי שכן צריך להימדד לפי האדם א"א לפרש כן]

ומוכח לומר (וכן שמעתי מהגרמ"פ) דהרמב"ן הוא על דרך הריטב"א הנ"ל, והא דעדיפי משום דכל ההיזק מצומצם עכשיו להזיק ואי"צ לעוד כח שיתוסף דהיינו דאינו גרמא דגירי. משא"כ נמייה הוה גרמא דגירא שנתוסף עוד כח להזיק.



הר"ר פנחס ברנדויין הי"ו

דף כח.

בדין חזקת ג' שנים בקרקעות

מצינו בפרק חזקת הבתים חידוש בדיני חזקת ראייה, דשאני חזקת ראייה בקרקעות מבמטלטלין, דבמטלטלין מיד כשתופס החפץ¹, אנו מחזיקים התופס כבעליו של החפץ, משא"כ בקרקעות נתחדש דע"י תפיסתו לבד אין עדיין חזקה, ובעי-לר' ישמעאל ג' אכילות בקרקע, ולרבנן בעי ג' שנים מיום ליום בכדי שתהא חזקה בקרקע

ונתבאר בגמ' דלר' ישמעאל ילפי' משור המועד דבג' פעמים נהיה מוחזק², אך לרבנן דבעי ג"ש נתקשו בגמ' מנ"ל דבעי ג"ש, ובתחילה רצו ללמוד מהפסוק "וכתוב בספר וחתום" דחזינן שם דצדקיהו הורה לבני ישראל לפני הגלות לכתוב שטרות משום דעדיין ל"ה עובר ג"ש עד הגלות, ולכך ל"ה להם חזקה, והוצרכו לשטרות שכשיחזרו יהיו להם הוכחה על הקרקעות, ומשמע דאם היה ג"ש ל"ה נצרכים לכתוב שטרות. ודחינן דעצה טובה קמ"ל, שהרי אפשר דלא ימצאו את העדים. ולכך רצו ללמוד דהוי משום דעד ג"ש מחיל איניש, ולכך ל"ה לו למחות, ודחו דאם מחיל לא יצטרכו להחזיר הפירות של הג"ש. ולכך אמרינן דהוי משום דעד ג"ש לא קפיד איניש, ולכך ל"ה לו למחות עד ג"ש, ודחו דא"כ נתת דברך לשיעורין, ויהיה תלוי כל אדם כפי זמן הקפדתו, ולכך אמר רבא וזהו לשון הגמרא: "שתא קמייטא מיזדהר איניש בשטריה תרי ותלת מיזדהר טפי לא מיזדהר", עד כאן עיקר דברי הגמ', ונתקשו כל הראשונים בהבנת עניין זה, דלכא' מדוע נוציא מהמר"ק דמוחזק בקרקע, משום דדרך אדם לאבד שטרו, וכי משום דהתפוס מאבד שטרו על המר"ק להפסיד הקרקע, ונאמרו בזה כמה מהלכים בראשונים בהבנת המוחזקות, ויל"ע טובא בדבריהם וכדלקמן:

ענף א' שיטת הרמב"ן וסייעתו

דאחוי שטרך דדרך בנ"א לשמור שטרם עד ג"ש, ובפשטות כוונתו דהריעותא דאחוי שטרך גובר על ההוכחה דמדלא מיחה, (וע"ע לקמן בהבנת הריעותא דאחוי שטרך), ע"כ. ובפשטות דבריו נראה דיש כאן הוכחה ע"י המדלא מיחה ומכח זה מפסיד המר"ק, וצ"ע דוודאי ל"ה אנ"ס שיכול להוציא ממוחזקות המר"ק, שהרי הרמב"ן בעצמו שם בדף מב:

דברי הרמב"ן והקושי בדבריו

ומצינו שיטת הרמב"ן בדף מ"ב: וז"ל: "דטעמא דחזקה לאו משום איזדהורי ידיה בלחוד, אלא כיון דהאי שתיק רגליים לדבר, אלא שתוך שלש אמרינן ליה למחזיק אחווי שטרך" עכ"ל. והיינו דאיכא רגליים לדבר מדלא מיחה ג' שנים, הרי שהודה דהוי של המוחזק, והא דבעי ג"ש משום דעד ג"ש איכא ריעותא

¹ ובפשטות הדברים משום דאחזוקי אינשי בגנבי ל"מ, לכן רואים אותו כבעלים, והממע"ה.
² וע"ע בראשונים גדר הלימוד משור המועד:

כותב דהוי רק "רגליים לדבר", ועוד דהרשב"א בדף כ"ט: כותב גבי קושיית הגמ' דאלא מעתה חזקה שאין עמה טענה ליהוי חזקה, ותי' הגמ' דאם אינו טוען לא טענינן ליה, והקשה הרשב"א דלכא' יש לנו לומר שמחל לו, ומדוע לא טענינן ליה, שהרי עכשיו כולם רואים שמחל לו ול"ב לכך טענינן, ומתרץ דמחילה לא מהני בקרקעות כשרוצה לתת לו את גוף הקרקע ובעי' קנין לכך, ולכך אף אם באמת מחל לו לא יהני. עד כאן דברי הרשב"א, ולפי"ז וודאי דכל ג"ש ל"ה הוכחה גמורה, שהרי יתכן דמחל לו ולא הודה לו, ושוב לא מהני שתיקתו כלל, וכן הרמב"ן בדף ל"ה: דכותב דוודאי דחזקה ל"ה כעדים, דמיגו במקום חזקת ג"ש אמרי' בכל מקום. וכן הרשב"א בדף מ"ב הביא בשם הרמב"ן "דמדלא מיחה הוי ריעותא בטענת המערער", ומשמע דל"ה הוכחה גמורה, אלא רק ריעותא בטענת המערער. וא"כ יל"ע מהו כוונת הרמב"ן דמהני המדלא מיחה להוציא מהמר"ק.

מהלך בשיטת הרמב"ן

וע"כ צריך לומר בדעת הרמב"ן דבקרקה כאשר נכנס התפוס רואים אותו כמו שנכנס לקרקע של מר"ק, משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, והיות דאי"כ אחזוקי אינשי בגנבי שהרי יכול להיכנס בשופי (כדמוכח בדברי רבינו יונה בדף כט לגבי הא דבעי' טענה בקרקע דכתב דבקרקה ל"ש אחזוקי אינשי היות דיכול להיכנס בשופי ועיי"ש), אין אנו

רואים אותו כלל כמוחזק אלא כנכנס לרשות מר"ק. וכמו"כ ל"ה הוכחה גמורה גם המדלא מיחה, כמו שהוכחנו לעיל, אך כאשר עובר ג"ש אף דאי"כ שום הוכחה וודאית, מ"מ נהיה כאן פשטות דהוא הבעלים, דחזינן בו עכשיו כבעלים, ולא כנכנס ברשות האחר', ולפיכך מצד זה יש לו מוחזקות על קרקע זו, לא כמחזק במטלטלין דל"ב טענה, דוודאי ל"ה ראייה גמורה שנטען מאיליו, מחמת דאחזוקי אינשי בגנבי ל"מ, דבקרקה ל"ש סברא זו, ואפי' דכבר עבר ג"ש עדיין אם אינו טוען אין תפיסתו מורה כלל על בעלות, ולכך בקרקע בעי' טענה} והיות דכבר הוי מוחזק וטוען שהוא שלו המחדש עליו להביא ראייה, והנה הא דכותב הרמב"ן רגליים לדבר י"ל דהוי צירוף לכך דחזינן פשטות ישיבתו בקרקע כבעלים, והיינו דעצם כך שיושב ואין מוחים, זהו הישיבה כבעלים, ולכך המדלא מיחה הוי חלק מכך שרואים אותו כבעלים. ואפ"ל עוד דהיות דלא מיחה יש כאן הוכחה מסוימת, והוי עוד סיבה שיקבלו לטענתו והיינו דלא סגי בעצם כך דמשתנה ההסתכלות, ובעי' גם צירוף של הוכחה צדדית, או כנוסח הרשב"א בדף מ"ב: דהמדלא מיחה מרע הזכות טענה דמערער, ובצירוף זה מהני השינוי הסתכלות, ולפי"ז נתבאר דהא דבעי' ג"ש הוא בכדי ליצור את הפשטות.

אך צ"ע דברמב"ן מבואר דהמדלא מיחה נהיה באכילה ראשונה, והא דבעי' ג"ש הוא רק להוריד הריעותא דאחוי שטרך, ומשמע דל"ב

¹ ביאור"ד הוא דכל מוחזק מוחזק לנו בפשטות כבעלים והמחדש עליו להביא ראייה, ואין להוציא ממנו, אך בקרקע היות דאיכא מר"ק ואין הפשטות דאחזוקי אינשי, הרי שאין רואים אותו כבעלים, אלא כנכנס ברשות מר"ק, ולכך אזיל למר"ק, אך אחר ג"ש משתנה ההסתכלות ורואים אותו כבעלים, דבד"כ אדם שיושב ג"ש בקרקע הוא הבעלים, ולכך נהיה מוחזק, והממע"ה

לשון הנתיבות דהחזקה והראיה לא נשלם עד אחר ג"ש.

ולפי"ז ניחא גם מה שיש שהקשו דלפי הנתיבות בדעת הרמב"ן דא"כ נתת דברין לשיעורין גבי בר אלישיב, שהרי יש נפק"מ לגבי הקדישה לאחר אכילה אחת שהרי גבי בר אלישיב כבר יש מדלא מיחה באכילה אחת והוי חזקה, והגם דבעי" ג"ש שירד הריעותא דאחוי שטרך בהקדישה גם ירד, שהרי לא מיחה בפני עדים, ולכך יהיה חזקה, משא"כ בשאר בנ"א דליכא מיד מדלא מיחה שוב לא יהיה מדלא מיחה, דבסוף ג"ש ל"ה בר אחויתא בכדי שיוכל לעשות חזקה. אך לדברינו דבעינן שינוי הסתכלות וודאי דבכל מקום בעי" ג"ש לצורך שינוי ההסתכלות, ורק על הצירוף דלא מיחה יש ויכוח מתי נהיה, אך ל"ה נפק"מ להלכה, ול"ה דברים לשיעורין, ודו"ק.

שיטת הקצוה"ח ברמב"ן

אך הקצוה"ח (ק"מ, ב') והשעהמ"ש (ק"מ, ג') לומדים בדעת הרמב"ן כפשוטו דההוכחה נהיה מיד, והא דבעי" ג"ש הוא רק בכדי להוריד הריעותא דאחוי שטרך,

וכן משמע בריטב"א בסוגיין דהקשה דלכאוי מדוע יפסיד המר"ק, ותי' דהיות דמחזיק בקרקע בשופי בלא מחאה, ויודעים הבעלים, דין הוא דתהוי ראייה, ואפי' באכילה אחת "כמו דהוי ראייה במטלטלין", והא דבעי" ג"ש הוא בכדי להוריד הריעותא דאחוי שטרך, ומשמע כהקצוה"ח, דהרי הריטב"א משווה אכילה אחת לראיית מטלטלין והיינו ראייה גמורה.

לשנות ההסתכלות על ישיבתו שהרי סגי בשנה אחת, ואפ"ל דהרמב"ן סבר דהמדלא מיחה גורם שנראה עכשיו ישיבתו כבעלים ול"ב לכך ג"ש, ועל אף דלא הוי ראייה גמורה, לא בעי' ראייה, שהרי אינו מוציא מכח הוכחת המדלא מיחה, אלא מדין המוחזקות, ואכן בעי" ג"ש רק להוריד הריעותא דאחוי שטרך.

שיטת הנתיבות בדעת הרמב"ן

אכן הנתיבות (סי' קמ"ד, ג') מקשה על הרמב"ן משו"ת הרשב"א דכתב דהקדישה המערער ל"ה חזקה, ואין הכוונה דפעולת ההקדשה הוי כמחאה, שהרי ל"ה מכירה בשטר, והיות שכך אין כאן קול למחאתו והוי כמכרה שלא בפני עדים דל"ה מחאה היות דאי"כ קול, וע"כ דהטעם הוא דבגמר הג"ש לא היו כאן בעלים שיכולים למחות, (דהרי הקדישה), והוי כהחזיק כשהבעלים הוי במקום חירום, ע"כ דברי הרשב"א. והקשה הנתיבות דאם לפי הרמב"ן הוי חזקה מיד, מדוע בעי' שיהא בגמר ג"ש בר מחויתא, והרי הראיה דלא מיחה כבר היה בתחילת הג"ש, ובעי' רק שלא יהא ריעותא דאחוי שטרך, וכאן אין ריעותא שהרי לא שמע מחאתו, ושוב תהוי מחאה, ומכאן מוכיח הנתיבות דגם להרמב"ן נהיה החזקה אחר ג"ש, ודברי הרמב"ן דמדלא מיחה נהיה מיד, הוי רק באנשים כעין בר אלישיב דמקפדי מיד, אבל בד"כ וודאי ל"ה ראייה עד ג"ש, ע"כ דברי הנתיבה"מ.

ולפי"ז ניחא מה דהקשינו לעיל, דאפשר דלזה נתכוון הנתיבות, דההוכחה דנהיה מכח המדלא מיחה ל"ה עד אחר ג"ש, והיינו משום דשנוי ההסתכלות לא נהיה עד אחר ג"ש, וזהו

וכ"כ הר"ן לקמן בדף נ"ו לגבי כתי עדים שכל כת מעידה על שנה אחת הוי עדות, ולא מיקרי חצי דבר, דמדינא סגי בשנה אחת, ובעי"ג ש להוריד הריעותא דאחוי שטרך, ושם מוכח דהוי מדלא מיחה מיד באכילה אחת. ובפשטות זהו גם שיטת הרמב"ן שם בתי' שהביא בדעת רש"י, עיי"ש דחילק דב' שערות הרי שערות אחת לאו כלום, אך שנה אחת בחזקה עושה כבר דבר, וכ"כ ר' מאיר שמחה (כ"ט) והגר"ב (סי' מ"ט) בדעת הרמב"ן שם, וצ"ע מהו ההוכחה דמדלא מיחה שנהיה באכילה אחת שיש בכוחו להוציא ממר"ק.

ונראה דגם בדבריהם מוכרחים לומר דהוי מדין מוחזקות ולא מדין הוכחה, אך הם סברו דכאשר יושב בקרקע ויש גם מדלא מיחה, הרי שבשנה אחת משתנה ההסתכלות, ופליגי רק בזמן של שנוי הפשטות, אך לכו"ע יסוד הדבר הוא מוחזקות. וכן משמע בלשון הריטב"א דלעיל דכותב דהוי כמו הראיה דאיכא בתפיסת מטלטלין, והיינו דכמו דשם ע"י תפיסתו רואים אותו כבעלים ומהני טענתו כך גם בקרקע, היות דאיכא מדלא מיחה, רואים אותו כמוחזק ולפיכך יש לו זכות טענה, [אכן במטלטלין ל"ב טענה, משום דעצם אחיזתו אומר לנו דהוי שלו משום דאחזקי אינשי בגנבי ל"מ, משא"כ בקרקע דבעי' טענה משום דיכול להיכנס שם בשופי כגודרות, (ועיין רבינו יונה דף כ"ח: ד"ה ופרקינן עוד טעם מדוע ל"ב טענה במטלטלי, ועיין קצוה"ח (קל"ג, א') דחלק דכן בעי' טענה, עיי"ש.)], היוצא לנו דהוי ויכוח בדעת הרמב"ן בזמן שנהיה הפשטות, אך לכו"ע יסוד מוחזקות הוי שינוי הסתכלות.

הבנת לשון הגמ' לפי המהלך הנ"ל

והנה לפי מהלך זה צ"ע בלשון הגמ' דהגמ' מתייחסת רק לעניין דעד תלת שנין מיזדהר איניש בשטריה, ואין שום התייחסות לעיקר טעם החזקה דהוי מדלא מיחה בצירוף מוחזקות, ורק לבעייה של אחוי שטרך יש התייחסות, ונדצ"ל דגם לפי ר' ישמעאל דסבר דבעי' ג' אכילות, וילפי' משור המועד הרי דהוי מוחזקות גם מדין שנוי הסתכלות, אך לר"י ילפי' משור המועד דבג"פ משתנה הסתכלות, וכביאור הגר"ח דג' מקרים אינם ג' מקרים אלא מציאות שונה, והקושיא בגמ' לרבנן מאי, היה רק מהיכן ילפי' דווקא ג' שנים, אבל מהות מוחזקות ושנוי הסתכלות כבר ידעו, ולכך תי' בגמ' דאכן באמת בשנה א' כבר נהיה מוחזקות, אך עד ג"ש יש ריעותא דאחוי שטרך, אך עדיין צ"ע שאין אזכור למדלא מיחה, אך אם הוי כמו שנתבאר דהוי רק צירוף ניחא, דנקט רק עיקר הסיבה.

ועוד אפ"ל דכשאמרינן אלא אמר רבא לא חזרו לגמרי מהתי' דבג"ש מקפדי ועליו למחות, אלא דהקשו מבר אלישיב דמקפדי מיד, ותי' דאכן מקפדי מיד, אך מ"מ איכא ריעותא דאחוי שטרך ולכך ניחא טובא דהגמ' התייחסה בפירוש למדלא מיחה, ודו"ק.

הבנת "אחוי שטרך"

והנה לפי הבנה זו דכל חזקה הוי משום שינוי ההסתכלות, אפ"ל דהריעותא דאחוי שטרך גורם דלא נראה אותו כבעלים, דהרי א"כ היה לו שטר, והיינו דעצם כך שיושב בלא שטר זהו

ריעותא בעצם ישיבתו כבעלים, ול"ב לומר כדפירשנו לעיל דהוי הוכחה נגד הוכחת המדלא מיחה, והריעותא גובר על ההוכחה, אלא דעצם חסרון השטר פוגם בעיקר הדבר דנראה ישיבתו כבעלים.

חילוק בהבנת החזקה בין הרמב"ן להריטב"א

אכן נראה דדעת הריטב"א חלוקה מדעת הרמב"ן, דבריטב"א נתבאר דהוי הוכחה כתפיסת מטלטלין ממש, וכן בדף כ"ט. בתו"ד כותב "דשורת הדין כיון שזה מחזיק וכו'", ומשמע דהוי דין דאורייתא,

אך הרמב"ן בדף ל"ה: כותב בענין אחר לגמרי, דמקשה "היכי תקון רבנן חזקה" ומשמע דהוי מדרבנן, וכן בתו"ד דכותב סברא, דרבנן לא יתקנו תקנה שתפסיד המוריד לפירות, שהרי כל יורד לפירות יוכל לטעון דקנה הקרקע אחר שישב בקרקע ג"ש, ומאי הו"ל למעבד למוריד בשביל דלא יפסיד קרקעו עיי"ש, ומשמע דכל דין החזקה הוי דין דרבנן.

וכן הרמב"ן בדף מ"ב: בסו"ד כותב דלכאנא אם הוי הוכחה מיד מדלא מיחה ובעי" ג"ש רק לריעותא דאחוי שטרך, הרי שקטן המחזיק יתחזק מיד בגמר אכילה ראשונה, שהרי איכא מדלא מיחה, וליכא ריעותא, דהא אינו יכול לשמור שטרו ולכך ליכא אחוי שטרך, ותי' דבשביל חסרון דעתו לא מצינו דירויח, עכ"ל, וצ"ע מה הסברא דבשביל כך יהא החזקה, והרי אם איכא ראיא איכא, ומה שייך לומר דלא ירויח, וע"פ הפשטות נראה ברמב"ן דכל דין חזקה הוי דרבנן ורבנן לא ראו מן היושר דבשביל חסרון דעתו שירויח, אך אפ"ל ע"פ מה שנתבאר דחזקה בעי' גם שינוי הסתכלות

ולכך גם קטן כל זמן דלא עבר ג' שנים עדיין אין כאן שינוי הסתכלות, אך אין זה הפשטות ברמב"ן דמשמע דהיה צד דירויח, ולא מצינו דירויח מחמת כך, ומשמע דהוי מדרבנן ולא מצינו דרבנן ירויחו אותו משום כך.

אך בריטב"א תי' על קושיא זו דלא פלוג רבנן, בין קטן לשאינו קטן, וצ"ע על דברי הריטב"א דכתב לעיל דהוי כראיית מטלטלין, וזה וודאי הוי כדאורייתא, וכן מדבריו בדף כ"ט, ואין נראה לומר דבכדי להשוות דיני דאורייתא דחזקה לכולם הכלילו רבנן גם קטן, וא"כ צ"ע בדברי הריטב"א כן משמע דסבר דאורייתא.

ובכדי ליישב דברי הריטב"א נראה דאפשר לומר דעיקר החזקה הוי מדאורייתא, וכמו שנתבאר לעיל, אך מ"מ הריעותא דאחוי שטרך בעיקרון היה צריך להיות גם אחר ג"ש, ורבנן העמידו גדר, דבד"כ אחר ג"ש מאבד שטרו, וכלפי הגדר הזה דהוי מדרבנן אומר הריטב"א דלא פלוג רבנן אך עיקר הדין הוי וודאי מן התורה.

אך הרמב"ן כמו שנתבאר לעיל בדף ל"ה: כותב "דהיכי תקון רבנן חזקה" ומשמע דעיקר החזקה הוי תקנה דרבנן, וצ"ע בסתירת הדברים מהרמב"ן בדף מ"ב דמשמע דהוי דין דאורייתא.

מהלך מחודש בהבנת חזקה בדעת הרמב"ן

ושמעתי מפי חכם אחד דביאר כל הסוגיא באור אחר, דכל דין חזקה הוי מדין שטר, והיינו כעין המהלך הידוע דהגר"ח גבי כל שטרות דהוי הסכם בין האנשים, וזהו מהות שטר דלא יוכל אדם לטעון פרעתי כאשר יהיה השטר

ביד המלוה, (ומוכיחו מכך דבלא"ה הוי טענת שטרך בידי מאי בעית כגלגל החוזר, שהרי אין לו סיבה לא להשאיר השטר ביד המלוה, היות דיכול לטעון לו כשיבוא לגבותו דפרוע, ויש שדחו שלוקח השטר בכדי שלא להסתבך ולהצטרך לטעון פרעתי, ודו"ק.), ולפי יסוד זה אמרינן גבי חזקה, דהיות דמאבד שטרו אחר ג"ש, ישנו סעיף המוסכם בין אנשים גבי שטר דעד ג"ש מחזיקים השטר, ולאחר ג"ש לא יוכל לתבוע כלל הקרקע היות דמאבדים השטר, אא"כ ימחה בידו ושוב יצטרך לשמור שטרו, ולפי"ז ביאר דברי הרמב"ן בדף מ"ב: דקטן אין סברא דבשביל חסרון דעתו ירויח, והיינו דההסכם הוא הסכם כללי בין כל האנשים, וכאשר קטן מחזיק הרי הוא מחזיק בתורת הבנת המוחזקות הכללית, ולפיכך אף דאצלו אין הסברא דאחוויו שטרך, מ"מ דין חזקה עובד עם ההסכם הכללי, ואין חילוק בין קטן לשאינו קטן, ומהלך זה מחודש הוא ביותר לומר דכל הדין חזקה הוי מוסכמות בין אנשים, וכן לשון הרמב"ן בדף ל"ה משמע דהוי ממש דין דרבנן, ואפשר לדחוק לשונו, אך אי"ז הפשטות בדבריו.

המהלך הנראה בדברי הרמב"ן

ולכך נראה ע"כ דוודאי דשיטת הרמב"ן הוא דהוי דין דרבנן דהיינו דהיות דהוי רגליים לדבר אף דאין בכך סיבה מספקת להפסיד המר"ק מ"מ תיקנו רבנן דאזלי למוחזק, משום דהמציאות היה דאבדו שטרות, הוצרכו לתקן דאחר ג"ש דאז הדרך לאבד שטרות דל"ב שטר.

אך צ"ע בלשון הרמב"ן בדף מ"ב דמשמע דעיקר דין חזקה הוי משום רגליים לדבר מדלא מיחה, אך איכא ריעותא דאחוויו שטרך ולכך בעי' ג"ש, ולכאור' משמע דעיקר טעם החזקה הוי מדלא מיחה ולא משום איבוד שטרות, אך בדקדוק דברי הרמב"ן שם מבואר יפה עניין זה, דכותב וז"ל: ואין אני מוחזק בטעם זה, דטעמא דחזקה לאו משום איזדהורי ידידיה "בלחוד", אלא כיוון דהאי שתיק רגליים לדבר, אלא שתוך שלוש אמרינן ליה אחוויו שטרך וכו', ומבואר בדבריו דוודאי עיקר הטעם הוא כמו שכתוב בפירוש בגמ', "דעד תלת שנין מיזדהר איניש בשטריה", אך מחמת עניין זה "בלחוד" לא היו מתקנים רבנן, ורק בצירוף זה דאיכא רגליים לדבר תקנו, והא דלא תקנו תוך ג' משום דעד ג"ש יש טענה דאחוויו שטרך, דדרך בנ"א לשמור שטרם, ואין צורך בתקנה, ואין כוונת הרמב"ן לריעותא דאחוויו שטרך, אלא כפשוטו דאין סיבה לתקן ולפי ביאור זה מובן לשון הגמ' דכתוב רק "עד תלת שנין מיזדהר איניש" דזהו עיקר הסיבה לתקנה.

ושו"מ דברי הרמב"ן בדף ל"ו: ד"ה ואיכא שכתב "דעיקר טעמא דחזקה הוי מפני שהחזיק ג"ש כדרך אדם המחזיק בשלו, ורואה שאין אדם מערער עליו, שוב לא נזהר בשטרו, ולכך תקנו רבנן וכו'" עכ"ל, ומשמע דעיקר טעם החזקה הוי משום דאינו נזהר בשטרו ומוכח כהנ"ל.

מהלך הקה"י והחי' הרי"ם

וע"ז לבד אפשר לדחות בענין אחר קצת וכמהלך גדולי האחרונים, החי' הרי"ם (ק"מ-א), והקה"י (י"ח-ח), דלמדו בהבנת מוחזקות

הוכחת המהלך הנ"ל

אך הרמב"ן בדף ל"ה דכותב לשון ד"רבנן לא יתקנו חזקה דהוי לרעת מוריד פירות", משמע דעיקר הדבר הוי דרבנן², ולא דהגדר דג"ש הוי דרבנן, דהרי הגדר הוא עניין מציאותי שעשו חכמים אומדנא דאחר ג"ש מאבד שטרו, ול"ש לומר דלא יגדירו רבנן ג"ש מחמת דהמוריד פירות יפסיד מזה³. {ואכן החי' הרי"ם בעצמו לומד בדעת הרמב"ן דהוי לגמרי תקנה דרבנן}.

וע"כ נראה כנ"ל דגם אם אמרינן דעיקר התקנה הוא מדרבנן משום איבוד שטרות, הרי שלרמב"ן צריך גם לעיקר הדבר שנתבאר לעיל דמהות חזקה הוי דאחר ג"ש משתנה ההסתכלות בצירוף המדלא מיחה, ובלא"ה לא היו מתקנים התקנה בלא הגיון, אך מ"מ השינוי הסתכלות בצירוף המדלא מיחה לא סגי, ובעי' שרבנן יתקינו תקנה בשביל דע"כ יפסיד המר"ק.

וכהוספה מצינו דהרמב"ן בדף מ"ב: מביא י"מ דקטן לית ליה חזקה משום דלאו בר איזדהורי שטרא ולכך ל"ה בר מחאה, ולכך אינו יכול להחזיק, והנה בפשטות נראה דלמד דהוי דרבנן משום תקנת שטר, והמח' עם הרמב"ן הוא לפי"ז הוא, דחלקו האם רבנן תיקנו גם בלא צירוף המדלא מיחה, אך אפשר לדחות גם ב"מ דלמד דהוי מדינא דאורייתא וכ"כ הקה"י (י"ח) דהי"מ רק חלק דמטרת המחאה הוי כדי שישמור שטרו ולא משום שכואב לו

דכהיום הזה אין סיבה למחות עד ג"ש, משום דהרי עד ג"ש יש ריעותא דאחוי שטרך, ולפיכך אין כבר סיבה למחות, אך היות דהמציאות הוא דמאבד שטרו עד אחר ג"ש, [ולא מחמת דהוי כבר ראייה, אלא דבמציאות אדם סומך דעתו דכיון דעבר ג"ש, מסתמא שוב לא ימחה], הרי שאחר ג"ש יורד הריעותא. {ויש לעיין בסברא זו דאפשר דמוחה משום כאיבו דיושב בקרקעו וזה הוי גם קודם ג"ש וכמו"כ משמע ברש"י במתני' "דאין לך אדם שזורעים שדהו בפניו ושותק". אך בעיקר צ"ע דברמב"ן משמע דהוי מחאה משום כאיבו וכמו שיתברר לקמן גבי חזקה בקטן במח' עם הי"מ וכ"כ הקה"י בעצמו, וצ"ל דאף דמוחה משום כאיבו מ"מ מחמת דיודע דלא יפסיד, שוב אין לו סיבה למחות עד ג"ש, ודו"ק}.

עכ"פ לפי"ז יש לומר דכהיום עיקר החזקה נהיה מחמת דיורד הריעותא דאחוי שטרך, דרק מחמת זה יש ראייה מדלא מיחה, ולכן היום עיקר החזקה הוא מחמת שאין אדם נזהר בשטרו, דבלא"ה אין מדלא מיחה, והגדר של ג"ש דאז מאבד שטרו זה תיקנו חכמים, אך עיקר הדבר הוא מדלא מיחה, וזהו כוונתו דהרמב"ן דעיקר החזקה שמאבד שטרו, דע"ז יש מדלא מיחה, (וכעין ההסבר בדעת הריטב"א), ודוחק.

² וע"ע ביד רמה דכותב דמכאן למדים דאין גוזרים על הציבור גזירה שיתקשו הציבור לעמוד בו ומשמע להדיא דהוי כל החזקה דין דרבנן.

³ ויש שמבארים דכוונת הדבר של "דרבנן", הוא דהוי גדר שחכמים הגדירו דבג' שנים נהיה חזקה וחכמים לא היו משאירים הגדר שתקנו בלא אפשרות למערער לערער, אך בפשטות הרמב"ן משמע דהיאך תקנו רבנן חזקה בכללות כאשר יפסיד המוריד ובנוסף גם היד רמה המובא בסעיף הקודם משמע דהוי דין דרבנן כל החזקה, ודו"ק:

שיושב בקרקעו וכיון דאינו יכול לשמור שטרו אין לו סיבה למחות, ולכך ליכא מדלא מיחה בקטן, והרמב"ן חלק דמוחה משום דאין אדם מניח שישאר בקרקעו, ולא כדי שישמור שטרו, ולכך גם בקטן יש מדלא מיחה.

עד כאן נתבאר לנו שיטת הרמב"ן והריטב"א ביסוד חזקה, דהריטב"א למד דיסוד הדבר דאורייתא וגדר ג"ש דרבנן, וברמב"ן הובא לעיל שיטת הקצוה"ח והשעהמ"ש דהוי דאורייתא ודחוק בלשון הרמב"ן, ושיטה בשם חכ"א דהוי הסכם שטרות, ושיטת החי' הרי"ם והקה"י דכהיום אין ראיה עד ג"ש. אך לכו"ע יסוד הדבר בנוי על מדלא מיחה ושינוי ההסתכלות וכהנ"ל.

קושיות האחרונים שמתבארים לפי הנ"ל

אך האחרונים נתקשו בכמה נקודות בשיטת הרמב"ן, ולפי מה שביארנו לעיל דחזקה הוי רק עם שינוי הסתכלות ניחא כל הקושיות,

סוגיית עבד קטן

האחד דלכאורה בדברי הרמב"ן משמע דאיכא הוכחה מדלא מיחה, ועכ"ז היכא דאיכא אחווי שטרך לא מהני נגד הוכחת אחווי שטרך, ומקשה הקצוה"ח (סי' קל"ה, ב') דחזינן בדף ל"ה דעבד קטן המוטל בעריסה הוי חזקה לאלתר משום דאימא לא מנשיא ברא, וצ"ע להרמב"ן דאף דהוי הוכחה מ"מ איכא ריעותא דאחווי שטרך, משום דעבדי בני שטרא נינהו, ותי' דהיכא דדלי צנא ופירי חזינן דאיכא חזקה

לאלתר, והיינו משום דהוי הוכחה גדולה, ולכך מהני החזקה מיד.

ע"כ דברי הקצות⁴. וחזינן בדברי הקצות דהוכיח בדעת הרמב"ן דיש סוגי חוזק בחזקה ובהוכחה ובזה תלוי האפשרות להוריד הריעותא דאחווי שטרך וכך למד בקצות הגרב"ב, {אכן בדלי צנא ופירי חזינן ברשב"א דף נ: גבי אין חזקה לנזקין דביאר דהא דאיכא חזקה לאלתר בנזקין, משום דאין אדם מניח שיזיקו נכסיו ושותק, ולפיכך איכא לאלתר מדלא מיחה, ולפיכך לא נזהר בשטרו מעכשיו דבטוח שלא ימחה, וממשיך הרשב"א וכאידך דרבא דאמר ואי דלית צנא ופירי לאלתר הוי חזקה, ומשמע מדבריו דגם שם יש הסברא דמשליך שטרו, וא"כ אפשר דלכך נתכוון הקצות כשכתב הוכחה גדולה דלכך מאבד שטרו, אך אי"ז פשטות דבריו}.

אך הגרב"ב (ברכ"ש, סי' כ"ו) ור' אלחנן (קוב"ש, ק"ס) מבארים דשם יש לו מוחזקות דמטלטלין על העבד ולכך ל"מ הריעותא דאחווי שטרך, דבכה"ג יש לו מוחזקות נגד הריעותא דאחווי שטרך, וכוונת דבריהם הוא כמו שדיברנו לעיל דהיות דהוי כחזקת מטלטלין שוב חזינן בעצם אחיזת העבד הוכחה דהוא הבעלים, ול"ש ע"ז ריעותא, דדווקא קרקע היות דאי"ז הוכחה אלא דחזינן אותו כמו שנכנס לקרקע חבירו בעי' הוכחות דנראהו כמוחזק וכמו שנתבאר לעיל, אך מטלטלין מכח מוחזקות חזינן כבעלים והמחדש עליו להביא ראיה, וחזינן מכאן דהא

⁴ ומשמע מדברי הקצות דאחווי שטרך הוי ריעותא לחזקה, ודלא כמו שפירשנו לעיל בדעת הרמב"ן דאפ"ל דיוצא דע"י הריעותא שוב אי"כ כלל ישיבה כבעלים.

דליכא ריעותא דאחויי שטרך במטלטלי הוא לא סיבה טכנית אלא משום דשם איכא כבר מיד שינוי הסתכלות, משא"כ בקרקע דבעי שינוי הסתכלות כנ"ל לכך שייך ריעותא דאחויי שטרך.

הצורך להביא עדים על כל ג' להרמב"ן

ועוד נקודה נתקשו האחרונים דחזינן דבעי שיביא עדים על החזקה דישב שם ג' שנים, ולכאורה אם הראיה הוא בשנה ראשונה שוב ל"ב שאר השנים אלא רק להוריד הריעותא דאחויי שטרך, ולגבי זה יהיה נאמן בטענה דהחזיק, והיינו דהיות דכבר הוי הוכחה, ואחויי שטרך הוי טענת מערער לבטל, לכאור' בזה יהיה לו כח לטעון כנגדו שכן היה שם, דהרי המערער רוצה לערער ראייה קיימת.

וע"ז חידשו גדולי האחרונים שהוזכרו לעיל (החי' הרי"ם (ק"מ, א'), קה"י (סי' י"ח, ח') ועוד) המהלך דאכן בעצם כאשר נעמד דין חזקה היה מיד מדלא מיחה, אבל כהיום דאיכא ריעותא דאחויי שטרך, הרי שאין לו סיבה למחות עד ג"ש, ולפיכך כהיום אין מדלא מיחה עד ג"ש, ולפיכך מובן דבעי עדות על כל הג"ש דאין כאן שום ראייה מקודם, אך אם נלמוד כפי שביארנו לעיל דכל סברת הרמב"ן הוי עם המושג דמוחזקות ושנוי הסתכלות, הרי דניחא בפשיטות שאף אם הוי מדלא מיחה בשנה ראשונה, מ"מ בעי עדות על הב' שנים האחרות שנראהו כבעלים בשדה זו, וזה הוי חלק מהחזקה, ולכך בעי עדות על כל הג', (וכן אם נלמוד דהוי הסכם גם ניחא, דוודאי

דההסכם הוא כאשר יוכיחו להם דאכן היה לו סיבה לאבד שטרו, ולכך בעי עדות אג"ש). ושוי"מ דרבינו יונה בדף ל"ג כתב על קושיא מעין זו, דעד דיש לו עדים שאכל ג"ש עדיין צריך לשמור שטרו אף אם באמת אכל ג"ש עיי"ש, והיינו דהיות דאין לו עדים שוב אין לו על מה לסמוך, ולכך לא מאבד שטרו, וכאשר מאבדו הוי ריעותא דאחויי שטרך אף אחר ג', ולכך בעי עדות על כל ג'.

סוגיית גודרות להרמב"ן

ועוד מצינו דהקשו האחרונים, הנתיבות (סי' קמ"ד, ג) הקשה דחזינן דגודרות בעי ג"ש⁵ ואע"ג דלאו בני שטרא נינהו, ולכאור' להרמב"ן דהוי מיד מדלא מיחה, הרי ששם יש מיד מדלא מיחה, והרי ליכא ריעותא דאחויי שטרך, ומוכיח מכאן דוודאי בעי ג"ש בכדי להשלים הראיה. וכמו שמצינו לעיל דלכאורה למד כדרכינו ברמב"ן דשנוי הסתכלות ולכך בעינן ג"ש, ורק בסוף הג"ש נשלם החזקה והראיה, אבל אם נלמוד ככל המהלכים האחרים, ואפי' כהמהלך דהחי' הרי"ם לא יובן, שהרי בגודרות ליכא שטרא לומר דלכך לא מיחה עד ג"ש, ובסוף דברי הנתיבות כתב לגבי מחאה שלא בפניו כשאינה נשמעת, דאפשר לדחוק דלא חילקו בין גודרות לשאינו גודרות כעין הרמב"ן בקטן, אך בפשטות מקושיא זה משמע או כמהלך דשנוי הסתכלות, (או דקסבר דהוי דרבנן ולא פלוג).

⁵ ע"פ פשטות הגמ' ועי' לקמן עוד שיטות בנידון.

מהות ואפן המחאה להרמב"ן וסיעתו

והנה עד כאן נתבאר מהות החזקה לרמב"ן והריטב"א, ויש לבאר לפי"ז מהו מהות המחאה, ולפי"ז אופן המחאה.

והנה הבאנו לעיל דברמב"ן בדף מ"ב הובא שני י"מ האם לקטן יש חזקה או לא, ובפשטות ב"מ א' משמע דהוי דרבנן דכותב דמטרת החזקה משום איזדהורי, ולפי שקטן לאו בר איזדהורי אי"כ אפשרות למחות, והוי כהחזיק כשהבעלים במקום חירום, אך כמו שצוין לעיל דהקה"י ועוד למדו דגם הי"מ למד דהוי דאורייתא, אך סבר דמחאה הוי כדי שישמור שטרו אבל בלא"ה אין לו סיבה למחות, והיינו דאינו מוחה משום כאיבו דאדם יושב בקרקעו, אלא רק מתוך מטרה שישמור שטרו, וכיון דאינו יכול לשמור אין לו סיבה למחות, ושוב אי"כ ראייה מדלא מיחה, אך הרמב"ן בעצמו למד דהמחאה הוי מעצם כך שיושבים בקרקעו עליו למחות, ויוצא ב' גדרים במהות המחאה, האם כדי להוריד המדלא מיחה, או בכדי שאם יש לשני שטר הרי שישמרהו גם אחרי ג"ש, ואם לא יהא לו שטר יהא כאן ריעותא דאחווי שטרך וראיה לכך דפליגי הי"מ ברמב"ן רק במטרת המחאה ולא במהות חזקה מצאנו בנמוק"י דמצטט את הרמב"ן דטעמא דמחאה "משום דדרך העולם שמערערים כשמחזיקים אחרים בנכסיהם, ולכך עליו למחות גם בקטן". ומשמע דהבין ברמב"ן כהנ"ל, והרשב"א שם כותב דאפי' אם מטרת המחאה הוא לא רק משום כאיבו, אלא גם שלא יפסיד קרקעו, יש לו סיבה למחות בקטן, והוא משום שמטרת מחאה הוא גם שיוציא

המוחזק אם יכול, וזה שייך גם בקטן. (ועיי"ש בדברי הרשב"א איך שייך גביה בקטן הא אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים), ומ"מ יוצא לנו ג' הבנות במהות המחאה אם הוא מן התורה.

והנה אם לומדים דהוי דרבנן נראה ע"פ פשטות (וע"ע לקמן מה שכתבנו בדעת הקצות) דמהות המחאה דהיות דמיחה בו היה עליו לשמור שטרו, ושוב אין סיבה לתקן בשבילו.

גדר חובת המערער במחאה

והנה אם נלמוד דהוי מדרבנן הרי שלכאורה יצטרך למחות בפניו או עכ"פ באופן שישמע, דבלא"ה יש עדיין סיבה לתקן, (וע"ע לקמן בגדר התקנה). אך אם נלמוד דהוי מן התורה ומטרת המחאה הוא בכדי להוריד המדלא מיחה הרי שבוודאי מהני שלא בפניו, שהרי למעשה מראה שזה כואב לו, ואף דלא טרח לבוא כותב הנמוק"י דכיון שמחה אין לו לטרוח ולמחות בפניו, ולכא"ה הטעם הוא דהיות דיש סברת חברך חברא אית ליה, הרי שבמחאה בשביל כאיבו סומך הוא ע"ז, (וע"ע לקמן) וכן אם נלמוד דמהות מחאה הוי בכדי שהלה ישמור שטרו אפ"ל דסומך ע"ז דחברך חברא אית ליה בכדי שהשני ישמור שטרו.

אך אם איתא כהרשב"א דמהות מחאה הוי גם ההוצאה בפועל מהקרקע היה עליו לבוא ולהוציאו כמו דמצינו גבי קטן ומדוע מצינו דמחאה שלא בפניו הוי מחאה והרי כשיכול להוציאו צריך להוציאו, וצ"ל דדווקא גבי קטן שיכול בקל להוציאו, הרי שכשאינו מוציאו יש כאן ראייה מדלא הוציא, אך גבי מחאה שלא בפניו היות דהוי במקום שאינו קל כ"כ לבוא,

הרי שאין מקפיד לבוא ולהוציאו, וסומך על חברך חבא אית ליה, ומאיליו יצא המוחזק, ויוצא נפק"מ דהיכא דיכול למחות בפניו ולהוציאו בקל לא מהני מחאה שלא בפניו,

וכמו"כ הריטב"א כותב כאן בקושיית אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה דהיות דהוי עמו בעיר ולא טרח לבוא, חשבתי שאמרת זאת להקניטני, ע"כ. ומבואר בדבריו דדווקא משום שבקל יכול לבוא הרי שאם לא בא הוי כמו שאמרו להקניטו אך הא וודאי דבמקום הקושי אין הוכחה במה דלא מיחה בפניו דווקא.

קושיית התורת חיים וחידושו בגדר מחאה

והנה התורת חיים מקשה בדברי אביי דהקשה "אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה", דלכאורה אפי' אם לא אמרינן חברך חבא אית ליה, מ"מ הוא מצידו מיחה, וא"כ לרמב"ן דכל הראיה מדלא מיחה שוב אי"כ מדלא מיחה, ע"כ.

אכן לפי מה שביארנו לעיל דרק סברת חברך חבא אי"ל הוא הסיבה דמחמת כאיבו לא יבוא לכאן, מתורץ היטב קושיא זו, דאפי' דהראיה הוא מדלא מיחה, מ"מ היכא דל"א חברך חבא אי"ל, וודאי דהיה עליו למחות בפניו, דהא בשביל כאיבו אינו בא, משום דיש לו על מה לסמוך, אבל בלא"ה פשיטא דהיה עליו למחות בפניו דווקא, ול"ה מסתפק בהראת כאיבו לאחרים לבד, ואפי' להרשב"א עליו לבוא, דדווקא בשביל להוציא אומר הרשב"א דבעי' שיהא בקל, אבל וודאי עצם המחאה אם לא היה נשמע היה עליו לבוא למחות בפניו, ותמהני על התו"ח,

ויתכן לומר דקסבר שיטתו רק לפי מטרת המחאה של הרמב"ן בעצמו והוא להביע כאיבו, והגם דלעיל הנחנו דמסברא אין אדם מביע כאיבו באופן שאינו תועלת, וע"כ דהטעם דמהני שלא בפניו הוא דסומך על חברך חבא אי"ל, ע"ז אפשר דפליג התו"ח והבין דבעצם הבעת כאיבו סגי, משום שמה שמוחה הוא לא המטרה, אלא מציאות טבע האדם שכאשר יושבים בקרקעו אזי הוא מוחה ומביע כאיבו בפני אחרים, והגם דלמעשה יש כאן טענה עליו שהיה עליך לבוא, אפשר דאי"ז כ"כ ראיא, ולפיכך הקשה התו"ח מדוע לא תיסגי שלא בפניו, ויל"ע טובא ודו"ק. (אך זה וודאי דלהסבר הי"מ ברמב"ן דמוחה משום שמירת שטרו, וודאי דלא תיסגי שלב"פ בלא חברך חבא, דבעי' שישמע כדי שישמור),

ומתרץ התו"ח דהקושיא היה בציור דמיחה רק אחר שנה ראשונה, דאז כבר יש כאן ראיא מדלא מיחה, והוי ריעותא למוכר, וכיון דלא שמע המחזיק מחאתו (דל"ס עדיין בקושיא מחברך חבא אי"ל), שוב אי"כ ריעותא דאחוי שטרך, וזהו קושיית הגמ' דלא תיסגי בכה"ג מחאה שלב"פ, ותיהוי חזקה מכח המדלא מיחה, כיון דאי"כ ריעותא דאחוי שטרך. אמנם לחי' הרי"ם דכהיום אין ראיא עד ג"ש, הרי דלא משנה מתי מיחה, דעד ג"ש אי"כ שום ראיא, ותי' התו"ח אינו לשיטת החי' הרי"ם וע"כ כהנ"ל כמו שפירשנו, [ובאמת החי' הרי"ם בעצמו למד דהוי מדרבנן בדעת הרמב"ן ושוב לא תיקשי כלל, דבעי' שימחה בפניו לולא חברך חבא כדי שהשני ישמור שטרו, דזהו מהות התקנה]. ויוצא לנו מדברי

הרי דהיות דלא שמע לא נזהר בשטרו, ושוב אי"כ ריעותא דאחויי שטרך, וחוזר הוכחת מדלא מיחה דשנה ראשונה, ודבר זה מחודש ביותר, ויל"ע, ודו"ק.

מחאה ע"י עדים שקרנים

והנה יש לדון בגדר המחאה להרמב"ן באופן שבאו עדים שקרנים ואמרו למחזיק דמיחה המר"ק בפניהם ובאמת לא מיחה, דלכאורה לפי הנ"ל אף דישי כאן מדלא מיחה מ"מ הריעותא דאחויי שטרך גובר ול"ה חזקה. (ואם נלמוד דרבנן ברמב"ן עיין מה שנידון באריכות לקמן אך בפשטות בעי' שימחה והיות דלא מיחה לא מילא חלקו בתקנה ולכך הפסיד).

עד כאן נתברר לנו שיטת הראשונים דחזקה הוי מכח מדלא מיחה, אך מצינו עוד כמה וכמה שיטות הראשונים במהות חזקה ואלו הן:

ענף ב' שיטות הראשונים דחזקה הוי תקנ"ח

ונתנו אפשרות גם למערער שיוכל למחות תוך שלוש ויצטרך המחזיק לשמור שטרו, וממשיך הקצות ומוכיח דזהו שיטת הנמוק"י דהנמוק"י כותב (י"ד ע"א בדה"ר) דטפי מג"ש לא מיזדהר כי סבר לא יערער עוד, ולפי שדעת העולם כן לא תיקנו חכמים אלא שלוש שנים, ומוכח מדבריו דתקנ"ח הוא,

וכן מוכיח בדעת הרמב"ם (טו"ז, י"א, ב') דכותב הואיל ולא מחית "אתה הפסדת על עצמך", דאם נלמוד דהוי מדלא מיחה הרי

התו"ח עצמו דסבר משני מטרות המחאה, אך בשנה ראשונה המטרה הוא כדי שלא יהיה מדלא מיחה, (והיינו מחמת כאיבו), ובשנה שניה המטרה הוא כדי שהשני ישמור שטרו ומצינו לפי"ז עוד הבנה במהות מחאה להרמב"ן.

והנה לפי שיטת הרמב"ן יוצא בתי' הגמ' ע"פ פשטות, דחברך חברא אי"ל פירושו דאפי' אם למעשה לא שמע, היות דהוא מיחה באופן שיכל לשמוע ע"י הקול, הרי שוודאי הוי מחאה, אך כפי מה שנתבאר לעיל בתי' התו"ח, ולכאו' יסוד זה נכון לכו"ע מסברא, אפי' בלא קושיית התו"ח, (חוץ מהחי' הרי"ם דלומד דכהיום אין הוכחה עד ג"ש וכדלעיל). הרי דאחר שכבר יש הוכחה מדלא מיחה באכילה ראשונה, הרי שמטרת המחאה הוא רק שישמור שטרו, אך ההוכחה כבר קיימת, ולפי"ז הא דלהרמב"ן סגי במחאה אף אם לא שמע, הוא דווקא בשנה א', אך במחאה של שנה ב' שמטרתו שמירת השטר, וודאי דבעי' שיהא באופן ששמע, דאם איתא דלא שמע

בעיקר השיטה דלומדים דכל החזקה הוי מדרבנן מצינו שיטת הקצוה"ח (קמ"ב, ב') דמבאר מהות התקנה ומוכיחו מכמה וכמה ראשונים, ואלו עיקר דבריו: דנראה דעיקר דין חזקה הוי תקנת חכמים ללקוחות, דהיות דדרך העולם היה שהיו מאבדים שטרותיהם אחר ג"ש. (מחמת דסמכו דעתם דשוב לא ימחה, ולא משום דין חזקה), והיה נמשך מזה הפסד ללקוחות, ולכך תקנו חכמים דאחר ג"ש יוכל לאבד שטרו, ושוב לא יוכלו למחות בידו

דל"ה מחמת "הפסדת ע"ע", אלא משום ראייה ורגליים לדבר, וע"כ דהוי תקנ"ח, ועיי"ש דהקצות ממשיך גם בדעת התוס' כן ועיי"ש.

עכ"פ נתבאר לנו מהלך אחד בהבנת התקנה, וע"פ פשטות נראה דכך הם דברי הרא"ש דכותב וז"ל: "ותקנו חכמים שאם יביא עדים שאכלה ג"ש בשופי שא"צ להראות שטרו, עכ"ל, ובדבריו מוכח דהיה כאן תקנ"ח למחזיק.

הערה גדולה על הקצות וכן במהלך הנ"ל

בדעת הרמב"ן

אך כל זה צריך עיון דלכאורה אחרי דיש תקנ"ח דבעינן למחות עד ג"ש שוב יש לנו הוכחה דאורייתא אם לא ימחה, וכמו מדלא מיחה דיש לרמב"ן, [רק דלרמב"ן הוי מעצם כך שיושב בקרקעו ג"ש הו"ל לצווח, אבל להנ"ל יהיה מכח דאינו רוצה לאבד קרקעו מכח תקנ"ח].

ואכן השעיהמ"ש והקה"י אכן לומדים דכהיום הוי לכו"ע מדאורייתא, ומביאים האחרונים ראייה לכך מלשון התוס' הרא"ש (ב"מ, ק"י, א') דכתב גבי מיגו במקום חזקה דהוי מיגו במקום עדים, דאנ"ס שאין אדם מניח קרקעו ביד חבירו ג"ש בלא מחאה אם לא שמכרה, כי ידוע לכל שתיקנו חכמים דחזקת ג"ש במקום שטר עומדת כי אין אדם יכול לשמור שטרו לעולם, וגם תיקנו תקנת מחאה כנגדה היכא דהחזיק בגזל עכ"ל, ומוכח מדבריו דכהיום אחר תקנ"ח הוי מן התורה, אך בפשטות דברי הקצות שמדבר הלכה למעשה, ומסביר דהוי דרבנן בלא שום אזכור דכהיום הוי בלא

תקנ"ח, משמע דהוי גם כהיום תקנ"ח, וצ"ע דלכאורה מדוע לא תהוי הוכחה דאורייתא.

ובעצם עניין זה צ"ע גם לפי מה שכתבנו לעיל בדעת הרמב"ן דהסקנו בדעת הרמב"ן דלמד דהוי מדרבנן כל דין החזקה, דלכאורה גם לשיטתו צריך להיות כהיום הזה דאורייתא, ואכן יתכן דבאמת כוונת הרמב"ן דמעיקר הדין הוי דרבנן, ובדף מ"ב דלא מזכיר דרבנן משום דכהיום ל"ה דרבנן אלא מכח מדלא מיחה, אך כמו שביארנו לעיל בדקדוק דבריו משמע דהוי דרבנן גם בדבריו בדף מ"ב, ולכך אין נראה לומר דשם מדבר אחר תקנ"ח דכבר הוי מדלא מיחה, דכותב שם לאו משום איזדהורי "בלחוד", משמע דסובר דבעי' לשניהם, ולפי המהלך דכהיום הוי דאורייתא ל"ב לסברת איזדהורי, ושם עוד אפשר לדחוק אך בדבריו בדף ל"ו: בד"ה ואיכא כותב דטעם החזקות והמחאות הוי משום איזדהורי, עיי"ש. משמע דכהיום גם הוי מדרבנן דבא לבאר עיקר טעם החזקות, ושם הוה לו לפרש דל"ה תקנ"ח כהיום,

וצ"ל כעין מה שביארנו לעיל ברמב"ן דגם מדלא מיחה אי"ז אנ"ס, ורק בצירוף שינוי הסתכלות וכו' מהני, ולכך גם אחר תקנ"ח לא נהיה ממילא הוכחה דאורייתא, דהוכחת מדלא מיחה ל"ה הוכחה גמורה ובעינן תקנ"ח בפועל גם כהיום,

ואכן בדעת הרמב"ן אפשר דהשינוי הסתכלות גורם לדין דאורייתא, אך אפ"ל כמו שפירשנו לעיל דגם אז ל"ה הוכחה גמורה אפי' בצירוף שינוי הסתכלות, ובעינן לתקנ"ח, והתקנ"ח הוי רק בצירוף ההגיון דשינוי הסתכלות, ולכך

אפ"ל גם כאן בדעת הרמב"ן דאף דהוי תקנ"ח עדיין בלא התקנה בפועל היום לא מהני גם כהיום ההוכחה דאי"ז הוכחה גמורה כאנ"ס,

והגם דיש לחלק דהוכחת המדלא מיחה כאן חזקה יותר, שהרי ל"ה רק לכאיבו, אלא להפסד ממש, אך מ"מ אפ"ל דל"ה כ"כ הוכחה גמורה כאנ"ס שנוכל להוציא ממר"ק (המוחזק בעצם בקרקע) מחמת כך. ובזה מיושב ההסבר דלעיל ברמב"ן גם כהיום.

ולפי"ז יתכן דזהו גם כוונת הקצות דכתב למעשה בהבנת דין חזקה דהוי תקנ"ח, ולא הזכיר כלל דכהיום שאני, והיינו משום דגם כהיום הוי תקנ"ח וכהנ"ל,

והנה בדברי התורא"ש דהובא לעיל נתבאר בפירוש דהוי מן התורה לאחר התקנ"ח ויש כבר מדלא מיחה בדרגת אנ"ס, אך בשאר ראשונים משמע בפשטות דהוי תקנ"ח כיום, וכך הוא פשטות דברי הקצות, וע"כ צ"ל כמו שפירשנו. {והנה אם נדחוק דהקצות מיירי רק בעיקר הדין, אך כהיום הוי דאורייתא צריך לומר כך גם בראשונים דהביא וע"ע בהערה¹}.
גדר מהות התקנה

והנה יש לברר מהו מהות התקנה דתקנו רבנן (מתחילה עכ"פ), ובתורא"ש דהובא לעיל משמע דהיה שני תקנות למחזיק שלא יצטרך לשמור שטרו, ולמערער שיוכל למחות היכא דהחזיק בגזל, ומבואר בדבריו דהמחאה דגורמת לאחוי שטרך לא הייתה מספקת מחמת עצם הוכחת האחוי שטרך הנגרמת

מחמתה, ובעי' לתקנה דתועיל המחאה, ויש לבאר דהתורא"ש למד בהבנת החזקה דהוי מעצם המוחזקות של ג"ש, וזהו כל התקנה ואי"כ שום התבססות על מדלא מיחה דא"כ ל"ה נצרך תקנה למערער אלא מעצם כך דמיחה שוב אי"כ מדלא מיחה ומדכתב דיש תקנה למערער ע"כ דהוי חזקה ע"י עצם המוחזקות וע"ז לבד התבססו רבנן, ולכך הוצרכו לתקנה של מחאה למערער דתועיל.

אך הקצות בפשטות למד כדפירשנו לעיל דהוי גם בצירוף המדלא מיחה ולכך ל"ב לתקנה מיוחדת למערער אלא עצם ערעורו מערערת את החזקה. ויוצא לפי"ז נפק"מ במהות החזקה ולפי"ז במהות המחאה.

גדר המחאה דהצריכו חכמים

ובפשטות נראה דבעי' שיהא מחאה שישמע וישמור שטרו כדמוכח בכל הגמ', והיינו דזהו גדר התקנה גם בתקנה שנתקן במחאה שיהא מחאה שלא יצא מחמת כך הפסד ללקוחות.

אך בדברי הרא"ש בסוגיין מצינו הבנה אחרת דכתב דאפי' דידוע דלא שמע המחזיק ולא ידע לשמור שטרו הוי מחאה, ומסביר הרא"ש "דכיון שמיחה כמאמר חכמים לא הזיקוהו חכמים לבוא למחות בפניו" ומשמע דאפי' אם לא שמע, מ"מ גדר המחאה הוי רק למלאות חלקו שחייבוהו חכמים, ואם מיחה שוב לא תקנו חכמים דין חזקה, והיינו גדר בתקנה של מחאה, ובעצם הוי שני הבנות בהבנת דברי הגמ' "חברך חבא אי"ל", דלפי הפשטות

¹ וע"ע בחי' ר' מאיר שמחה (ב"ב, כ"ט) דדן בראיית הקצות מהרמב"ם דכתב "אתה הפסדת ע"ע", דכהיום גם לקצות לא ניחא לשון הרמב"ם, דהרי הוי דאורייתא, ועיי"ש מה שתי' בדחוק דהרמב"ם איירי בצירור דאינו יכול למחות בפניו מחמת סיבה, וע"ז כתב הרמב"ם אתה הפסדת ע"ע, וצ"ע

ביאורה"ד הוא דלכך סמכינן דמסתמא ששמע, אך לרא"ש ביאור הגמ' הוא דלכך עשה כל מה שמוטל עליו.

נידון לפי הנ"ל בעדים שקרנים

ולפי"ז יש לדון במה שהובא לעיל בדעת הרמב"ן בציור דהיה עדים שקרנים שאמרו למחזיק דהמערער מחה בפניהם ובאמת לא מיחה, דלכא' לפי הנ"ל הרי לא עשה כל מה שהטילו חכמים עליו, ולכא' בכה"ג תהוי חזקה, דברא"ש משמע דהסיבה דיורד חזקה ע"י מחאה ל"ה מחמת אחווי שטרך, אלא היות דמילא חלקו שוב תקנו חכמים דלא להוי חזקה, וא"כ בכה"ג תהוי חזקה אף דאיכא אחווי שטרך,

אך נראה דיש לדון בכך דלכא' גם להרא"ש הרי עיקר התקנה נתקן בשביל שלא יפסיד מאיבוד שטרו, ובכה"ג הרי אין צורך בתקנה זו דהרי יכול לשמור שטרו דהא שמע מחאה ולא ידע דשקרנים הם, ויש לדון מהו הגדר העיקרי של התקנה האם תקנו רק במקום דיש חשש הפסד מחמת איבוד שטר, ובכה"ג הרי אין החשש, או דכהיום עיקר התקנה יש לו המשך, דיש גם חיוב מחאה והיות דהוא מצידו לא מיחה הפסיד, ושוב איכא הגדר דכל חזקה ול"פ רבנן, ול"ב לעיקר הטעם.

והנה מצינו דפליגי בזה גדולי האחרונים. הקצות (קמ"ו, א') כותב דבכה"ג הוי חזקה משום דלא מיחה המערער, וע"כ דהבין דאפי' אם עיקר התקנה הוי מחמת איבוד שטר, אך בכה"ג היות דלא מיחה ולא מילא חלקו, שוב איכא עיקר הדין דחזקה. אכן הקצות מביא את שיטת הש"ך (קמ"ו, ג') דל"ה חזקה בכה"ג,

והיינו לכא' משום דסבר כהצד השני דהיות דלמעשה אין עיקר סיבת התקנה שוב ליכא כלל דין חזקה, ולכא' יוצא דהנידון במהות התקנה כהיום הוי מח' הקצות"ח והש"ך.

אך אפ"ל דהש"ך גם למד כהקצות דעל אף דאין עיקר טעם התקנה מ"מ היות דלא מיחה הפסיד, אך למד דהיות דיש ריעותא דאחווי שטרך מרע לחזקה. [וזהו דלא כפשטות התורא"ש דמשמע דיש שני תקנות, ובלא התקנה למערער ל"ה מועיל הריעותא דאחווי שטרך, ויתכן דכוונת התורה"ש דהשאירו בתקנה פתח למערער שיוכל להועיל אחווי שטרך, אבל בלא"ה היה התקנה למחזיק בכל אופן גם נגד ריעותא דאחווי שטרך, ודוחק]. ובעצם עניין זה צריך עיון גם להקצות דלכא' יש כאן ריעותא דאחווי שטרך ואיך מועיל חזקה בכה"ג, וכך הקשה בערוה"ש, ושמעתי בשם חכם אחד לבאר דהיות דל"ה כאן מחאה, הרי יש כאן ישיבה כבעלים ולכך נהיה מוחזק ומשתנה ההסתכלות, ונגד מוחזקות ל"מ הריעותא, וכמו דביארנו דגם בתקנ"ח בעי' לשינוי הסתכלות, ויש להוסיף דלמד דמחאה מהני בד"כ רק מכח דעי' שמיחה גורם דאינו יושב כבעלים, אבל כאן מצד הישיבה ל"ה כאן באמת מחאה שתדע ישיבתו שהרי לא מיחה באמת, ולכך נהיה מוחזקות ול"מ הריעותא דאחווי שטרך נגד המוחזקות. אבל זה דווקא אם נלמוד בריעותא דאחווי שטרך דמועיל מחמת דמרע ישיבתו ושוב לא משתנה ההסתכלות, אך אם נלמוד דמועיל משום דיש לזה כח נגד הוכחת מדלא מיחה תקנ"ח, שוב צ"ע בהקצות איך מהני כאן חזקה וכן הוכחנו לעיל מפשטות דברי הקצות, (בסי' קל"ה, ב')

מדלא מיחה, וכעין המהלך שביארו השעהמ"ש והקה"י לעיל בדעת הרא"ש,

אך שאני מדברי הרא"ש דבשיטת הרא"ש הרי שוודאי איכא תקנת הלקוחות וזהו כל התקנה, וע"ז לבד סמכו רבנן, אך כתוצאה מכך נוצר הוכחת מדלא מיחה, (ובלא"ה ברא"ש אפשר גם לומר כמו שביארנו לעיל דל"ה גם כהיום דאורייתא, דאין ההוכחה מספקת בלא התקנה), אך רבינו יונה למד דזהו כל התקנה להגיע למדלא מיחה, ומכח כך כותב דאפי"ל לא נודע דלא שמע המחזיק את המחאה הויא מחאה, ומשום דל"ה לו לטרוח לבוא ולמחות בפניו דהא יכול לסמוך על חברך חבא אי"ל, והיינו משום דכל התקנה הוא למעשה רק מכח מדלא מיחה וזה אינו בכה"ג דמחה.

אמנם גם לדברי הרא"ש אין צריך שישמע, אך מחמת סיבה אחרת והיינו משום דהוא מילא חלקו בתקנה שתקנו חכמים, ויוצא לנו שני הבנות בגדי התקנה, וכתוצאה מכך וכהוכחה לכך דהוי שני גדרים, מצינו בפירוש מח' הרא"ש ורבינו יונה לקמן בסוגיית שוקי בראי גבי ציור דהמערער בא לאחר ג"ש, וטען דהיה במקום שלא שמע החזקה \ לא יכל למחות. דהרבינו יונה בדף ל. סוד"ה הכא כותב בדעת רבא דסבר דל"ה חזקה, דסברת רבא הוא משום דעצם כך שישב ג"ש אינו שום ראייה דהוי שלו, ורק אם יוכיח דהיה כאן ג"ש ואכל בפניו ויכל למחות הרי דיהיה הוכחת מדלא מיחה ולפיכך וודאי דנאמן המערער דכרגע אי"כ שום חזקה דהוי שלו, והרבינו יונה כתב דזה מחזק סברתו דכתב לעיל גבי טעם החזקה, דכל החזקה הוי מחמת החובת

בקושייתו מעבדים קטנים, דכתב דהוכחת אימא לא מנשיא הוי הוכחה גדולה ול"מ ריעותא דאחוי שטרך נגד זה, ובפשטות משמע דהוי ריעותא דאחוי שטרך כח נגד הוכחה, ולא דמוריד ההוכחה, וע"כ צ"ל דהא דמהני אחוי שטרך הוא רק כאשר אין לנו עדיין הוכחה גמורה, דהיינו דהמדלא מיחה עד ג' שנים ל"ה הוכחה גמורה משום דסומך על האחוי שטרך, (וכעין החי' הרי"ם ברמב"ן), אך עדיין יש כאן טענה דיש לו לצוות דאדם אינו שותק כשיושבים ברשותו, אך ע"ז אפשר להועיל הריעותא דאחוי שטרך, אך כשעבר ג"ש ולא מיחה כלל שוב יש ראייה גמורה מצדו, ולכך ל"מ אחוי שטרך נגד זה, אך הש"ך לכאוי חולק על שתי הנחות אלו, ודו"ק).

שיטת הרבינו יונה

ומצינו עוד שיטה בדעת הראשונים דסברי דהוי דרבנן, והוא שיטת הרבינו יונה דמבאר במהות החזקה וז"ל "כיוון דטפי לא מיזדהר אית ליה למחויי, ומדלא מיחה אמרינן דוודאי זבנה, לפי שהטילו חכמים עליו למחות כיון דטפי לא מיזדהר איניש בשטריה, וע"כ טעמא דמילתא הכי הוא, שאל"כ מה בכך שלא מיזדהר איניש בשטריה.. במה יצא קרקע מחזקת בעליה, ומה ראייה יש שהיה שטר בידו מעולם", עכ"ל, ונתבאר בדבריו מהלך חדש במהות התקנה, דחכמים לא היו מוציאים מהמר"ק רק מחמת שתיקנו להפסיד הלקוחות, אלא רק בצירוף כך דסמכו דממילא יהא ראיית מדלא מיחה, ולפיכך תקנו וסמכו על המדלא מיחה שיווצר ממילא, ולפי"ז אין תקנת חזקה אלא תקנה שע"ז יוצר הוכחת

מחאה, ובכה"ג דל"ה בפניו לא הוטלה עליו מחאתו ולכך עליו להוכיח דהוה חזקה בפניו,

אך הרא"ש בסי' ו' כותב דיש מביאים ראיה דהמערער נאמן לטעון שלא יכל למחות.. וממשיך הרא"ש ונראה לי שאין ראיה מכאן ומוקים הציור דשוקי בראי שהיה הדבר ידוע שהלך למקום רחוק, וכותב דיותר נראה שאי"צ להביא ראיה, אלא כיון דזה החזיק בשופי ג"ש והחזקה נשמעת בכל מקום, עליו לברר שהיה במקום שלא יכל למחות, ע"כ

דבריו, והיינו מח' לשיטתם דלדעת הרא"ש איכא תקנה של חזקה, וממילא עצם כך דיושב ג"ש גורם שכבר יהיה מוחזקות, וכאשר רוצה לערער מן הצד עליו להביא ראיה, היות דכבר יש מוחזקות, ואפי' אם נלמוד דכהיום כבר יש הוכחה מן התורה, אך זה ודאי דהתקנה נשארת במקומה עומדת, ולכך כבר יש מוחזקות בלא"ה. אך לרבינו יונה כל התקנה הוא משום דיש בתוצאה מדלא מיחה, ולכך עליו להוכיח דהיה כאן מדלא מיחה, ובלא"ה אי"כ התקנה כלל, ודו"ק.

ענף ג' שיטת הרשב"א

ומצינו עוד שיטה בראשונים והיא שיטת הרשב"א דכותב (כ"ט. וז"ל: "כלומר דזה ידוע דטפי לא מיזדהר, כי לא מיחה תוך שלוש מיחזי כמערים", עכ"ל, ומשמע דהא דמוציאין ממר"ק הוי משום דחזינן דהמערער התנהג כמי שמערים, אך הרשב"א עצמו ממשיך וכותב דיש גם הסברות דמדלא מיחה, משום דהגמ' נשארת עם הסברא דעד ג"ש לא קפיד, וע"כ נראה דלמד כמהלך הרמב"ן דבעי' שישתנה ההסתכלות, ובלא"ה לא מהני המדלא מיחה, אך חלק דמ"מ בעי' גם ה"מיחזי כמערים", דעי"ז ישתנה יותר ההסתכלות, שהרי נראה ע"י כך גם דהמערער אינו בעלים, דאי הוי בעלים מדוע המתין עד עתה, ודווקא עכשו הגיע כשדרך העולם לאבד שטרותיהם. וזה מהני לשינוי הסתכלות ול"ס כהרמב"ן דע"י הישיבה עצמה של ג"ש סגי דקסבר דצריך גם מיחזי כמערים שיערער גם את הנראות של המר"ק כבעלים, ולא סגי ישיבה

בקרע שנראה התפוס כבעלים, אלא בעי' שגם המר"ק לא נראהו כבעלים, אך למעשה מועיל גם מדין מדלא מיחה וכנ"ל ברמב"ן.

קושיא על הרשב"א מחזקת קטן

ויש שהקשו על הרשב"א מדבריו בדף מ"ב שהובאו לעיל, דכתב כהרמב"ן דמהני חזקת קטן בג"ש, משום דהו"ל למערער לבוא ולהוציא הקטן מהקרקע, ולכא"ו צ"ע דקטן לאו בר איזדהורי שטרא, וא"כ הרי אי"כ "מיחזי כמערים" דהרי בכל מקרה אינו שומר שטרו, וא"כ להרשב"א היכי מהני והא בעינן מיחזי כמערים שישנה ההסתכלות, ונדצ"ל דגם קטן היות דיש אפשרות שכן שומר שטרו עד ג"ש, דהרי אינו בהכרח דמאבד מיד שטרו, אך כשעבר ג"ש מאבד שטרו בוודאות ככל אדם אחר ג"ש, וא"כ כשהגיע אחר ג"ש יש כאן גם מיחזי כמערים, שהרי רואים שרצה לבטח עצמו, שבוודאי כבר איבד הקטן שטרו

ולכך מיחה רק אחר ג"ש, וא"כ כבר יש מיחזי כמערים, ויל"ע אם סגי בראיה כעין זו, דוודאי אי"ז ראייה כ"כ ככל אדם המגיע אחר ג"ש דוודאי מאבד שטרו רק אחר ג"ש, ודו"ק.

קושייא עצומה על הרשב"א מגודרות והבנה מחודשת בגודרות לפי"ז

ויש שהקשו עוד מדברי הרשב"א במתני' גודרות (בשונה מעבדים) יש להם חזקה בזמן שכבר דרך הבעלים שלא להשאיר כ"כ הרבה זמן אצל אדם אחר (שנה או שנתיים), דעד שנה או שנתיים כבר וודאי היה מערער, ובפשטות כוונת הדברים דהוי כחזקת קרקע דהוי מכח מדלא מיחה וכו' רק דהשיעור של המדלא מיחה הוא בשנה או שנתיים. ולכאו' צ"ע דכיון דאין לגודרות שטר היכי מהני חזקה, והא ליכא מיחזי כמערים.

ונדצ"ל דדברי הרשב"א הם דווקא בקרקע דבכדי שנראה ישיבתו בקרקע כבעלים בעי' שיהא מיחזי כמערים, אבל בלא"ה הוי כמו שנכנס בקרקע דמר"ק, אך גודרות חלוקים ביסודם מקרקע, דבעצם גודרות יש להם גם ההוכחה וגם המוחזקות שיש במטלטלין, אך היות דיכולים ללכת מעצמם, ויכול לתופסם באופן שלא יהא מעשה חטיפה, (דע"ז אמרינן דאחזוקי אינשי בגנבי ל"מ), לכך מיד כשנכנס לרשותו אי"כ שום הוכחה דדרך גודרות בכך, אך היות דעובר הזמן שבד"כ כבר היו הבעלים באים לדרוש הגודרות, הרי שכרגע ל"ה רק כקרקע אחר ג"ש דרק נראה יושב כבעלים וכו' בצירוף מיחזי כמערים, אלא דכרגע הוי תפוס ככל מטלטלין שהרי תפוס בפועל בשונה מקרקע דל"ש תפיסה בפועל בגוף הקרקע, וגם

יש לו הוכחה ככל מטלטלין, שהרי כרגע הוי גם אין דרך שישאר בידו כ"כ הרבה זמן, וא"כ כבר יש ההוכחה, ולכך סבר הרשב"א דל"ב מיחזי כמערים לכך, אך על נקודה ב' דהוי הוכחתו כמטלטלין יש לעיין דאפשר דרק במטלטלין יש הוכחה דהוי שלו, משום דמטלטלין יש רק שני אפשרויות או דחטף או דקנהו, וע"ז אמרינן דוודאי לא עשה מעשה חטיפה, דאחזוקי אינשי לגנוב בכה"ג לא מחזקינן, אף אם היה אפשרות אחרת בלא מעשה חטיפה אפשר דל"ה הוכחה, ולפיכך בכה"ג דגודרות דההגעה לידו ל"ה במעשה חטיפה, רק דעד עתה היה כבר לבעל הגודרות לתובעו, אפשר דל"ה כ"כ הוכחה כמו במטלטלין.

ובעצם נקודה זו הוי מח' ראשונים בהבנת אחזוקי אינשי האם רק המעשה חטיפה או גם עצם הגניבה אינו עושה אדם רגיל, דהרי"ף והרא"ש בשבועות דף מ"ו כותבים דרק כשעושה מעשה חטיפה יש חזקת מטלטלין, וכן פסקו הרמב"ם (גזילה, פ"ד, י"ב) והשו"ע (סי' צ, י"ד). אך תוס' כאן בדף ל"ג: הקשה דמדוע בעי' בגודר פירות חזקת לא חציף תיפו"ל משום חזקת כל מה שתח"י שלו, ותי' תוס' דבעי' חזקת לא חציף היכא דל"ה המטלטלין ברשותו דשם ליכא כל מה, ע"כ דברי תוס'. ולכאו' יל"ע מדוע לא תירץ דל"ש כאן חזקת מטלטלין היות דנכנס שלא בידיעת הבעלים, ושוב אי"כ מעשה חטיפה בפניו (וכן תי' כאן הריצב"א) והנתה"מ (סי' קל"ז, ס"ק א') תי' דכאן איכא מעשה חציפות בעצם הכניסה לשדה חבירו ובזה סגי.

אך האבן האזל (טו"נ, פ"ט, ה"ו, ד"ה אלא), כותב בדעת תוס', דתוס' סובר דגם בכה"ג דלא עשה מעשה חציפות הוי חזקת מטלטלין, והיינו משום דאחזוקי אינשי הוא גם עצם כך דיש כאן גניבה, ואחזוקי אינשי בעשיית מעשה גניבה לא מחזקינן,

וע"פ זה אפ"ל גם בדברי הרשב"א דקסבר דל"ב מעשה חטיפה, אך א"א לומר גם דלמד לגמרי כהאבן האזל דא"כ מדוע גודרות בעי' שנה או שנתיים והרי עצם המעשה גניבה כבר היה בשעה שלקח הגודרות, (ואכן בדעת תוס' יתכן דהוי בגודרות חזקה לאלתר, כמו שיובא לקמן בהערה דיש ראשונים דסברי דדוקא עבדים בעי' ג"ש, אך גודרות הוי חזקה לאלתר). ולכך נראה לומר הגדרה כעין זו אך בתוספת בהגדרה, דל"ה חזקת כשרות דאין מחזיקים אותו כגנב, אלא דכאשר יש נגדו תביעה לא ניחא ליה להחזיקו בגניבה, אך לא מחמת עצם העבירה, אלא רק שאינו רוצה שיתבעו אותו בבי"ד, ולפי"ז מובנים דברי הרשב"א טובא, דגודרות עד שנה או שנתיים הוי גניבה שאין לו בעיה להחזיקו בגניבה, אך כאשר עובר שנתיים שעכשו יש עליו לחשוש דיתבעו אותו ועכ"ז מחזיקו, שוב נהיה הראיה שיש בכל מטלטלין לאלתר, שאין אדם מחזיק דבר בגניבה כשאפשר לתובעו ולכך בעי' שנה או שנתיים, ולפי"ז מתורץ מדוע ל"ב הצירוף

של מיחזי כמערס, שהרי הוי חזקת מטלטלין כפשוטו, ודו"ק¹.

מהלך ב' ברשב"א

אכן אפ"ל בע"א בעיקר דברי הרשב"א בדבריו "דמיחזי כמערס", דהרשב"א לא נתכוון לשום הוספה, אלא רק ביאר מהו הטעם דעד ג"ש וודאי מערער, וביאר דהיות דאינו רוצה להראות עצמו כמערס, לפיכך מערער קודם ג"ש, ולפיכך אם לא ערער יש מדלא מיחה, וכל החזקה הוי כמו הרמב"ן כפשוטו דהוי הוכחה דמדלא מיחה, ורק הוסיף הסבר לשיעור דעד ג"ש מערער אדם ולפי"ז אפ"ל דגודרות הוי כפשוטו כמו חזקת קרקעות, אך השיעור הוא שנה או שנתיים ושוב אין ראיה לכל הנ"ל.

מהלך ר' ראובן ברשב"א

ובדברי הרשב"א מצינו עוד הבנה והוא הבנת ר' ראובן דכותב (סי' י"א) דדברי הרשב"א דמיחזי כמערס הוא ריעותא בטענה, והיינו דאף דהמערער הוא מר"ק, מ"מ היות דהוי המערער תובע לכך בעי' שתהא תביעתו מושלמת, והיות דמיחזי כמערס הוי ריעותא בתביעתו, (והא דהוי תובע על אף דהוי מר"ק, הוא משום דאחר ג"ש השני נהיה מוחזק), ודברי הגמ' דעד ג"ש מיזדהר בשטריה הוי רק סיבה לכך דיהיה מיחזי כמערס אחר ג"ש, דהיות דדרך בנ"א לאבד שטרותיהם אחר

¹ ואגב דאתינן לענין גודרות אימא ביה מילתא דלכאורה משיטות הראשונים בגודרות ישנם כמה הוכחות מה למדו בהבנת מוחזקות. הריטב"א בדף כח. מבאר הסיבה דגודרות בעי' ג"ש (דלא כהרשב"א) אף דאין הסברות שיש בקרקע, משום דל"פ רבנן, וכבר ציינו לעיל בדבריו לגבי קטן דסבר דהגדר הוא מדרבנן אך עיקר החזקה הוי מכח מדלא מיחה, ובדעת הרמב"ן ניחא טובא הל"פ לפי מה שביארנו דלמד דהוי מדרבנן והוי ל"פ כפשוטו.

אכן המ"מ כותב בדעת הרמב"ם (טו"נ, יד) דגודרות אין להם חזקה לעולם, וכ"כ ביד רמה, ולכאורה מוכח דלמדו דהוי חזקה תקנ"ח ובגודרות דאין שטר ואין טעם התקנה לא תיקנו כלל דין חזקה. (ובדעת הרמב"ם כבר הבאנו לעיל הוכחות הקצות דסבר דרבנן). אך יש שדחו בדעתם דאפשר דלמדו כדעת הרשב"א דבעי' מיחזי כמערס ובגודרות הרי ליכא, ולכך סברו דל"ה חזקה לעולם. וחלקו על כל היסודות הנ"ל שנתחדשו בגודרות בדעת הרשב"א. (אך בדעת הרמב"ם וודאי אינו כן שהרי הקצות מוכיח ממק"א דסבר דהוי דרבנן), ודו"ק.

ר' יבון שמערתא בבא בתרא

למחזוי, ולכאו' מוכח דלא כר' ראובן,
דהרשב"א כותב דהוי ראיא מדלא מיחה.

מהלך ברשב"א על דרך ר' ראובן

ואפ"ל כעין ר' ראובן דהוי ריעותא בטענה, אך
לא משום דהוי תובע ולכך בעי' תביעה
מושלמת, אלא משום דהיות דיש מדלא מיחה
וישיבת ג"ש הרי דמשתנה ההסתכלות, אך לא
סגי דיהיה ע"י כך ממש כמר"ק כנגד טענה
חזקה, אלא מהני לענין כך דכאשר יהיה גם
ריעותא בטענה, לא יהני הטענה להוציא ממי
שיש פשטות דהוי שלו, ודו"ק.

ג"ש, משום דלא קפיד אינשי אחר ג"ש, ולכך
סומכים דמסתמא שוב לא ימחה, ולכך לא
שומרים שטרותיהם, (עי' ברשב"א דנשארו עם
סברת לא קפיד לענין כך דבד"כ מאבדים
שטרותיהם אחר ג"ש), ע"כ דברי ר' ראובן ולפי

דבריו יוצא דאין לחזקה שום קשר להוכחת
מדלא מיחה, והא דכתב דנשארו עם סברת
קפיד אינשי הוא רק סברא דלכך מאבדים
שטרותיהם אחר ג"ש, אך הרשב"א בדף ל"ג
כותב דהוי חזקת ג"ש ראיא דאי לא הו"ל



הבה"ח שלמה שטרנהל הי"ו

דף כט.

בגדר הראיה דמדלא מיחה

בגמ' ההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בההיא ביתא, א"ל מינך זבינתיה ואכלית שני חזקה א"ל אנא בשכוני גוואי הואי, אתא לקמיה דר"נ א"ל זיל ברור אכילתך, א"ל רבא הכי דינא המע"ה וכו'.

עמה טענה, דמה ניתוסף בטענת המערער שלא היה באותו העיר, וצ"ב.

ולבאר, צריך להקדים דמבו' ברי"ף וברמב"ם, דחזקה שיש עמה טענה אין פירושו דהחזקה מוכיח על עצמות המכירה, וזה דבר נפרד מטענת המחזיק, אלא צריך שהחזקה תוכיח על עצם טענתו דנכונה היא.

ואפשר לבאר עפמשי"כ הברכ"ש סיכ"ה דטעמא דבעי טענה בחזקה הוא משום דכל טעם החזקה הוא דעיי"כ ביד רואים את טענתו לטענה מעליא ולכך זוכה בקרקע ע"י טענתו¹. ולפי"ז י"ל דמה דבי"ד רואים את טענתו ע"י החזקה זה רק כשהחזקה היא ראייה לעצם טענתו ולא רק לעצם בעלותו בקרקע².

והנה שמעתי עפי"ז מהגריו"ח שיין שליט"א ושור"ר שכ"כ הגרנ"פ לבאר את דברי הרי"ף, דהכא שהמוכר טוען שלא היה באותו העיר, אז צריך המחזיק "טענה" שהמוכר כן היה באותו העיר. וטענה זו ל"מ כיון דע"ז ליכא ראייה מהחזקה, דאף דמוכח דקנה הקרקע, אכתי אינו מוכרח שמכר באותו היום שהמחזיק טוען שמכר, דיתכן שקנה זאת לפני

ועיי' ברי"ף שביאר הסוגיא וז"ל: אלא האי מעשה הכין פירושא כגון דהאי ארעא ידיעא וברירא דלהאי מערער הות, וא"ל להאי מחזיק מאי בעית בהאי ארעא, וא"ל מינך זבינתיה ואכלתה שני חזקה, א"ל היאך זבינתיה מינאי ואנא בשכוני גוואי ולא הוינא בהדך במתא דההוא עידינא דאת טעין זבינתיה מינאי, א"ל ר"נ זיל ברור אכילתך דאכילה דקיימת בה חזקה היא וכו' עכ"ל. וכעיי"ז כתב הרמב"ם בטו"נ פט"ו ה"י יעו"ש.

והקושיא מבוארת, מדוע לר"נ על המחזיק לברר שהמוכר היה בעיר בשעת מכירה, הרי החזיק ג"ש, וכמו שאי"צ לברר שהיה מכירה, כמו"כ אי"צ לברר שהמוכר היה בעיר בשעת מכירה.

ועי' ברי"ף תו"ד שכתב זיל ברור אכילתך וכו' "ואי לא הויא שני חזקה שלך כחזקה שאין עמה טענה", מבוי' דהחסרון הוי כחזקה שא"ע טענה.

ועדיין קושיא במקומה עומדת, חדא מדוע הוי בלא טענה הרי המחזיק טוען שהמערער היה באותו העיר. ועוד מ"ש מכל חזקה שהמערער טוען שלא מכר השדה ועכ"ז הוי חזקה שיש

¹ עיי"ש ברמב"ם וז"ל: ודאי עיקר החזקה הוא רק ליתן נאמנות לטענה אבל מה שזוכה הוא רק ע"י טענתו וכו', וכ"מ בהל' טו"נ פ"א אם אמת אתה טוען וכו', ועוד הרבה.
² ואפשר לבאר באופן"א ואכמ"ל.

או אחרי [דא"א מתיישב בקרקעו מיד אחר הקנייה].

וזהו כוונת הרי"ף דהוי כחזקה שא"ע טענה, היינו שא"ע כוח טענה המזכה את הדין, כיון שעל הטענה שהמוכר היה באותו העיר ל"ל ראייה מהחזקה, עכת"ד.

ולענ"ד עדיין צ"ב דהא ז"פ שהמערער בא להכחיש לגמרי טענת המכירה ובא להוכיח כטענתו משום דלא יתכן דהיה מכירה כיון שלא היה באותו העיר.³ וכמב' ברי"ף א"ל האין זבינתה מינאי ואנא בשכוני גוואי וכו', וכ"ה ברמב"ם היאך תתטעון שלקחתה ממני.

וא"כ כמו דפשוט דאין המערער יכול לטעון דלא מכר, כיון דאיכא ראייה דלא מיחה, ואף דאיכא למימר דבאמת לא מכר ומה שלא מיחה הוא משום שנתן במתנה וכיו"ב, ומה דל"א הכי פשוט דמכ"מ אין הלה שנתן לו במתנה אלא שלא היה כלל מכירה, וא"כ אכתי איכא ראייה מדלא מיחה לטענת המחזיק דקנה הקרע משום דמהיכת"ת לחדש שנתן לו במתנה.

וא"כ הכא נמי נימא הכי, כיון דהמערער טוען שכלל לא היה מכירה, אז אכתי איכא ראייה מדלא מיחה דמכר לו הקרקע באותו יום והמוכר היה בעיר אז, דמהיכת"ת לחדש

דהמכירה היה ביום אחר, וד"ז מפורש בלשון הרמב"ן [שיובא לקמן] וז"ל וכיון שלא מיחה בדאי שמכרה לו באותו הזמן והוא בא בכאן או זה הלך לשם או ע"י שלוחו מכר כמו שטוען זה שאל"כ למה לא מיחה ומפורש דאיכא ראייה מדלא מיחה דהמוכר היה באותו העיר עכ"ל, והדק"ל.

ואולי י"ל בהקדם הנלענ"ד בגדר הראיה דמדלא מיחה, דאין הפי' דיש ספק אם מכר או לא ואיכא ראייה דמחמתו אמרינן דמכר,⁴ אלא הפי' דלבי"ד ליכא ספק דבי"ד רואים מחמת החזקה את טענת המכירה, וממילא רואים אותו כבעלים דכל הרואה חזקה זו רואה אותו כבעלים ומשו"ה כ"ז שאין המערער מביא ראייה שהקרקע שייכת לו, אז לית לבי"ד כלל סיבה להסתפק על בעלות המחזיק, דהחזקה מורה על בעלות המחזיק בה⁵, וגם מה דבי"ד רואים אינו מחמת הראיה שבו, שמוכח מזה שלא מיחה, אלא דכשרואים אדם יושב בקרקע ג"ש אז מיד רואים אותו כבעלים, דזה ההשקפה הראשונית, [וזה נובע מהראיה דמדלא מיחה].

וכלשון הראשונים – חזקה במקום שטר עומדת [ועי' לשון זה ברמב"ן דל"ז ע"א במלחמות, ובריטב"א דכ"ח ע"א, ודק"ע ע"א ועוד הרבה] וז"פ דשטר דמהני אי"ז מדין

³ דמה איכפ"ל מתי היה ואי משום דהמחזיק לא הוכחש אז פשוט דאין המערער צריך לברר שלא הוכחש וכמו שאי"צ לברר דליכא עדים נגדו.

⁴ ומה דבאמת הראיה אינו מועלת משום שאי"ז ראייה כ"כ דמחמתו נכריע דמכר.

⁵ והנה הנ"ל כתבתי בש"י הרמב"ן ודעימיה דטעם החזקה הוא משום הראיה מדלא מיחה, וישל"ד לסוברים דהוי תקנ"ח, ומהגרש"ז מרק שליט"א שמעתי, דפשיט"ל דגם לסוברים דהוי תקנ"ח, מכ"מ גדר התקנה הוא להתייחס לראית החזקה דמדלא מיחה, ואכמ"ל, ולפ"ז א"ש גם לסוברים דהוי תקנ"ח.

⁶ וכעין חזקת כל מה שתח"י שלו הוא, דפירשוה הברכ"ש ועוד. דהוי ודאי והיינו דכיון דסדר העולם דכ"א מחזיק חפציו, אז לית לבי"ד כלל הסתפקות על בעלות החפץ, אולם אינו ממש דומה, דהכא אינו בגדר וודאות ממש וכדחתם אלא דבי"ד רואים אותו כבעלים ורואים את תפיסתו כתפיסת בעלות והוי מוחזק.

ראיה, אלא היינו דרואים את מחזיק השטר בבירור כבעלים וה"נ בחזקה, דכשבי"ד רואים את החזקה מיד רואים אותו כבעלים.

ונראה בס"ד ראיה לזה דהנה עי' לקמן דף ל: ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא, א"ל מפלניא זבינתיה ואכלתיה שני חזקה, א"ל והא נקיטנא שטרא דזבני ליה מינה הא ארבע שני, א"ל מי סברת תלת שני קא אמינא, שני חזקה טובא קא אמינא, אמר רבא עבידי אנשי דקרו ליה לשני טובא שני חזקה וכו',

ועי' בתוס' שם, וז"ל עביד אינש דקרי לשני טובא שני חזקה, אבל אי לא עביד אע"ג דאית ליה סהדי דאכלה שבע שנים לא מהימנין, דהא איהו דמכחיש להו דמודה שלא אכלה אלא שני חזקה דהיינו שלוש שנים עכ"ל.

מדוקדק היטב בתוס' דאי לא עביד אינש לקרות לשני טובא שני חזקה, וכוונתו הייתה לג"ש אז היה הודאת בע"ד שלא אכל אלא ג"ש, וזה צ"ב, דהנה פשוט הדבר דכל הדין של אינו חוזר וטוען משום הודאת בע"ד זה רק בטענות כשטוען שזה הסיבה לקבל הקרקע, אז מב' בדבריו דרך זה הסיבה שצריך לקבל הקרקע, אך בראיות היינו אם הביא ראיה שהקרקע שלו, אז פשוט דל"א הודאת בע"ד שאין לו עוד ראיות ולא יוכל להביא עוד ראיות, וא"כ לכאורה מ"ט כשטוען שיש לו ג"ש, לא יכול לומר דיש לו עוד ג"ש, די"ל דחשב דמספיק הראיה של הג"ש האחרות ול"ג מכל ראיה.

אך להנ"ל מב' היטיב, דכיון דחזקה אינו רק כראיה צדדית לטענתו, אלא זה סיבה לראות

את טענותו דעי"כ בי"ד רואים את בעלותו בקרקע, אז כשאומר שני חזקה אי לאו דעביד אינש וכו' היה הודאת בע"ד דרך השני חזקה הללו זה סיבה לראות בעלותו בקרקע וכטענות דעלמא.

ובאמת הדברים מב' כבר כרא"ש להלן דף לב: גבי דעת הרשב"ם בשי' ריו"ס בסוגין שטרא זייפא, וז"ל ודעת הרשב"ם דמחשב ממך זבנתה והא שטרה חד טענה כיון דאין לו כח בקרקע כ"א ע"י השטר ואותה טענה נתבטלה בהודאותו כאילו עדים מבטלים אותם, ודמי לעובדא דלעיל ז"א אומר של אבותי דלא מהימן למימר של אבותיו במיגו דאי בעי אמר מינך זבינתיה ואכלתיה שני חזקה, כיון דאיכא לאיך עדים שהיתה של אבותיו, וליתא להאי טעמא דעיקר טענתו ה' הא דקאמר מינך זבינתא והשטר אין כ"א לראיה בעלמא וטענתו ויכול לקיים במאי דקאמר שטרא מעליא הוא וכו', עכ"ל.

מב' דהודאת בע"ד זה רק בטענות ולא בראיות, וע"כ הא דהכא הוי הודאת בע"ד משום שהחזקה זה סיבה לראות את טענתו, וכהנ"ל, ודו"ק.

עוד ראיה נראה, דהנה האחרונים הנתיה"מ והקצוה"ח ועוד, יסדו דע"א נאמנותו לחייב שבועה הוא רק כשמדבר על חיוב ממון או על פטור, אך ע"א שמעיד דאיכא ראיה וחזקה מסוימת אין לו נאמנות לחייב שבועה, דסו"ס

אין כיון דאין אנו מאמינים לו אז ל"ל הראיה שכנגדו⁷.

וילה"ק דהנה הרמב"ן בחידושיו דף לט ע"ב כתב וז"ל: מסופק אני במחאה בפניו ובפני אחר אם מחאה היא וכו'. חזרתי והכרעתי במחאה שאינה כלום, מתוך שנאמן לומר לא מחית בי נאמן לומר לקוחה היא בידי ואעפ"י שמחית לא נזהרתי בשטרי, ואם תשיבני נסכא דר"א הכא קרקע הוא וע"א בקרקע אינו כלום. אבל אם טענתן בפירות אין לומר בהן מיגו זה עכ"ל⁸.

והיינו דאם המחזיק טוען שקנה ואעפ"י שהמערער מיחה מכ"מ לא ניזהר בשטרו, ויש לו מיגו דהו"מ למימר לא מחית ואיכא ע"א דהמערער מיחה, אז בקרקע נאמן במיגו, משום דלית חסרון במיגו דצריך להשבע [עי' ברמב"ן דל"ד ע"א מה החסרון בכך] כיון דאין נשבעין על הקרקעות, אך אם המערער תובע רק פירות דהוי מטלטלין, א"כ הע"א מחייבו שבועה, אז ל"ל מיגו. והביאוהו גדולי האחרונים התומים הנתה"מ והשעה"מ בריש סי' קמ"ו.

ויש לתמוה. דע"א שאינו מעיד על חיוב ורק על ראייה או חזקה, אז אין בעדותו כלום לחייב שבועה. וא"כ הע"א שמעיד שהמערער מיחה, כמו"כ אינו מעיד על חיוב, אלא רק מעיד על ריעותא דאחוי שטרך. והיינו על ראייה נגד

המחזיק. דכיון דהמערער מיחה היה לו לשמור השטר ומדלא נזהר איכא ראייה דלא קנה הקרקע, ואיך ע"א יכול לחייבו שבועה וכמבו' ברמב"ן ג' פירות הא מוסכם ופשוט בפוסקים דע"א שמעיד על ראייה אינו כלום, ותימה הוא⁹.

ולפמש"כ בגדר הראיה דמדלא מיחה א"ש, דכיון דכשיש אחוי שטרך אז מתבטל הראיה דמדלא מיחה, וה"ט דכשיש ראייה והסתברות לומר שאינו שלו, שוב ל"ש לומר דבי"ד רואים את בעלותו על הקרקע. נמצא דכשהע"א מעיד שהמערער מיחה ואיכא ריעותא, אז אינו דמעיד רק על ראייה בעלמא נגד המוחזק, אלא מעיד דא"א לראות בוודאות את בעלות המחזיק בקרקע, אלא זה מוטל בספק, והוי כמעיד דהממון אינו שייך לפלוני בוודאות אלא זה ספק, וכמו"כ הכא שמעיד שא"א לראות את בעלותו בקרקע בוודאות, ובזה פשוט דמהני עדותו.

ועפ"י נראה לבאר את שי' הרי"ף מ"ט הוי חזקה שא"ע טענה, דמה דהראיה דמדלא מיחה מועיל לומר דבי"ד רואים את וכו', שייך רק בדבר דמיד רואים זאת מהחזקה, ובדבר שרואים זאת ישירות מהחזקה, דכ"א שרואה את החזקה רואה ד"ז בלא שום תוספת, וכגון דבאיכא דו"ד אם המחזיק קנה זאת או לא, אז שייך לומר דבי"ד רואים שקנה זאת מהחזקה,

⁷ יעו"ש בנתיב"מ סי' מו סק"ו גבי מלווה בשטר דהלווה טוען פרוע על החוב, ועל השטר מזויף. וע"א מקיים השטר וממילא איכא ראייה דשטרך בידי מ"ב דהלווה אי"צ להשבע נגדו, וכן בקצוה"ח סי' ע סק"י גבי ע"א שמעיד לגבי הזמן שנגמר אח"ז שטוען הלוה פרוע. ולפי"ז איכא חזקה דא"א פורע תו"ז דאי"צ הלווה לישבע.

⁸ ועי' ברא"ש סי' ל' דחולק ע"ז, ואכ"מ.

⁹ והנה כ"ז לפשטות הרמב"ן דגדר הריעותא דאחוי שטרך. היינו כעין ראייה נגד הלוקח. אולם לפמש"כ האחרונים [חי' הרי"ם אבי עזרי שם פי"א ה"א] דגדר האחוי שטרך דמבטל המוחזקות ישל"ד. די"ל דהרי הוא כמעיד שאינו מוחזק, ואינו רק כמעיד דאיכא ראייה דאינו כלום ואכמ"ל. וגם אי נימא דלפי"ז יתיישב, עדיין תמוה דהשעה"מ מביא הרמב"ן הנ"ל, והוא ס"ל דאי"ז בגדר ביטול המוחזקות וכדמוכח ממש"ה"ק על הרמב"ן בסיק"מ סק"ג, ויובא לקמן אי"ה.

דרואים זאת ישירות מהחזקה שייך למחזיק, דכל הרואה חזקה זו, רואה את בעלות המחזיק ולכך הוי מוחזק.

אך בדבר שהראיה נוצרה רק מהטו"נ בבי"ד, ואין רואים זאת ישירות מהחזקה, בד"ז ל"ש לומר דבי"ד ל"ל כלל ספק על וכו'. והיינו בנידון הנ"ל, דכשיש דו"ד בין המחזיק למערער אם המערער היה ביום פלוני בעיר פלונית דהראיה מהחזקה דמדלא מיחה דמסתבר דהמוכר היה בעיר פלונית ומכר הקרקע, נוצר רק מהטו"נ בין המחזיק ולמערער, וכיון שד"ז אין רואים ישירות מהחזקה, ורק לאחר הטו"נ ול"ש למימר דכל הרואה חזקה זו רואה שהמערער היה ביום פלוני בעיר פלונית ולכך ל"ש לומר דבי"ד רואים הטענה ול"ל ספק בזה, ולכך הוי חזקה בל"ט דטענת המחזיק דהמוכר כן היה בעיר אין רואים זאת מהחזקה, ודו"ק.

והנה הרמב"ן הקשה על הרי"ף וז"ל: הפירוש שכתב בו רבינו הגדול ז"ל מן המתמיהים בעיני שכיון שהיה עומד במקום שאין שם חירות כל אותן הימים היה לו למחות וכיון שלא מיחה בודאי שמכרה לו לזה באותו הזמן והוא בא בכאן או זה הלך לשם או ע"י שלוחו מכר כמו שטוען זה, שאל"כ למה לא מיחה, כיון שלא היה במקום חירות. וזה דומה לשאר כל החזקות שבכולן מוכר אומר לא מכרתי ולוקח אומר לקחתי והאמינוהו ללוקח מפני שלא מיחה מוכר אף כאן נמי בדין הוא שיהא נאמן לומר לקחתי באיזה ענין שיטעון עכ"ל.

ויל"ע בביאור קושיתו ובמה חלק על הרי"ף.

ואפש"ל דפליג עמש"כ דחזקה צריכה להיות הוכחה על הטענה, אולם לפי"ז צב"ק לשון

הרמב"ן, דהול"ל לאקשוויי גם בלא הראיה מדלא מיחה, דמ"ש מכל החזקות ומ"ט הוי חזקה בל"ט, וכן לשון הרמב"ן בודאי שמכרה לו באותו הזמן והוא בא בכאן או הלך לשם וכו', צ"ב, מדוע הוצרך לכך דאיכא ראיה שמכר.

וכמו"כ היה אפש"ל דפליג על הנ"ל דהראיה דמדלא מיחה אי"ז בגדר ראיה, אולם לשון הרמב"ן צב"ק וכן ישל"ע מהראיה הנ"ל מהרמב"ן.

ואולי י"ל דכוונת הרמב"ן להקשות, דכיון דבי"ד רואים דהקרקע שייך למחזיק וביותר דאיכא ג"כ ראיה דמדלא מיחה דהיה באותו העיר ומכר לו, אז כשהמערער טוען שלא היה באותו העיר בזמן שטוען שמכר, אז אי"צ המחזיק כלל טענה שכן היה באותו העיר, דהא אי"כ עוד הכחשה לחלות המכירה, אלא רק בא לטעון דלא יתכן שמכר כיון שלא היה באותו העיר. וכיון דבי"ד פשיט"ל דמכר, ע"כ אי"ז כלל "טענה" נגד החזקה.

וכן נראה לפרש את קו' הרא"ש סי' ד' ה', על הרי"ף וז"ל: ומילתא דתמיה היא דכיון דחזקה במקום שטר עומדת היכי מהימן המערער לומר בדיבורו לא הייתי בעיר באותו זמן שאתה אומר שמכרתיו לך וכו'. וכפשוטו צ"ב מה ענין חזקה במקום שטר להכא, ואפש"ל דכוונתו להקשות דכיון דבי"ד פשיט"ל דהיה מכירה ול"ל ספק בזה. וכאילו יש כאן שטר שמכר, אז טענת המערער שלא יתכן שהיה מכירה כיון וכו'. אינו נחשב כלל כטענה, ואין המחזיק צריך כלל לענות ע"ז.

ובדעת הרי"ף צ"ל דכיון דאי"ז ממש ברי שמכר לו, אלא רק דרואים אותו כבעלים ע"כ כיון דהמערער הוסיף טענה דלא יתכן שהיה מכירה והכחיש את יכולת המעשה המכירה, ע"כ צריך המחזיק טענה נגדו 10¹¹, ואף דלא ניתוסף לן כלום בטענתו שלא יתכן שהיה מכירה מהטענה שלא היה מכירה, ההוספה בכך (הרא"ש) דלדעת המערער שלא היה מכירה, אז אם כן לא יתכן שהיה מכירה, מכ"מ נכלל בזכותי טענה שיכול להכחיש המכירה מצד אחד היינו שלא יתכן שהיה מכירה, והמחזיק צריך טענה נגדית להשיב לו.

ונראה לדמותו לדעת הרמב"ן ועוד ראשונים גבי סוגיה דמז. דאם המערער טוען ואפי' בשמא דלא שכן ביום ובלילה, אז צריך המחזיק לברר ששכן ג"כ בלילה. ועי' בעדר"י שהקשה דמאי נפק"מ בטוען שמא לאינו טוען כלל, דלא ניתוסף כלום בטענת שמא, ע"ש,

אך לפענ"ד נראה לבאר דעת הרמב"ם, דבזכות האדם לטעון נכלל ג"כ זכות לתבוע בירור, ואעפ"י דאנו אין תובעין בירור מ"מ כשהמערער תובע בירור שדר גם בלילה, אז צריך המערער להוכיח.

וכעיי"ז הכא דבזכות האדם לטעון שלא יתכן שהיה מכירה, וצריך המחזיק ע"ז טענה לקיים את המכירה, (אך טו"ר סי' קמ סק"ז שביאר דעת הרמב"ם מחמת העדר"י באופן מחודש, יוע"ש, ועכ"פ יש לחלק דהתם אי"ז טענה כלל

שזה רק טענת שמא, משא"כ הכא דהוי ברי עדיפא) ועיין.

ולביאור זה נמצא דכו"ע מודו דכשהמחזיק צריך טענה נגד המערער, אז זה מהני רק אם רואים זאת ישירות מתוך החזקה, ורק' נח' כשהמר"ק מכחיש את כללת המכירה האם צריך טענה כנגדו.

ונראה בע"ה לומר הנ"ל בעוד כמה דוכתין.

א. לקמן דמ"א ע"ב ההוא גברא דדר בקשתא בעיליתא ארבע שני אתא מארי דביתא אשכחיה א"ל מאי בעית בהאי ביתא א"ל מפלניא זבינתיא דזבנה מינך וכו'... וחזיתיה לדעתיה אי א"ל קמאי ידיד זבנה מינך מהימן מיגו דאי בעי א"ל אנא זבנתה מינך.

וידוע להקשות מדוע צריך מיגו, הא הו"ל חזקה שיש עמה טענה, ומאי שאני כשטוען שקניתי מאחד שקנה ממך מכשטוען קניתי ממך.

והרעק"א [שם] והקצוה"ח [סי' קמ"ו סק"ב] כתבו דאי"ז ממש נאמנות מיגו אלא הוי לישנא בעלמא עי"ש.

אולם בתוס' ד"ל מפורש ל"כ יעו"ש שדן בזה בדין מיגו למפרע, וכן מבואר בדל"ב ע"ב בתוד"ה אמאי יעו"ש, וצ"ב.

ועי' בקה"י סי' כא שתי' דהא דצריך מיגו היינו משום דבלא"ה איכא ריעותא על טענתו. כיון שלא דר בה המוכר יום אחד וא"א עשוי לקנות

¹⁰ ול"ד להיכא שהמערער הכחיש פרט במכירה, כגון שטוען שלא יתכן שמכר לו בכסף כיון שלא היה לו כסף באותו הזמן, דהכא הוא מכחיש את כל השם מכירה, דכשהמוכר במקו"א ממקום המכירה, אי"כ כלל ריח מכירה ועיין.

¹¹ ולגבי קו' הרא"ש דחזקה במקום שטר עומדת נראה, דחזקה במקום שטר זה רק בתוצאה שלאחר החזקה, דאחר שיש כאן חזקה שלימה זה מועיל כמו שטר, אך כאן כשאינו טוען אז חסר כאן במעשה החזקה, אז בזה ל"ש לומר חזקה במקום שטר, דהבמקום שטר אינו בעצם הוויית והיבנות החזקה דזה אותו דבר, אלא רק לאחר שיש כאן חזקה, ודו"ק.

ולמכור לאלתר, וכעין מה דכתבו הראשונים
דהא דכשאינו טוען בברי קמי ידי וכו', טענינן
רק אם דר בה ח"י. משום דבלא"ה איכא
ריעותא וכנ"ל¹², ולהכי צריך מיגו.

ולענ"ד ילה"ק ע"ז ממש"כ תוס' לקמן ד"נ ע"ב
ד"ה מיגוף יעו"ש גבי אכל מקצת חזקה בחיי
הבעל ואחר מיתת הבעל אכל ג"ש, וטוען
שהאשה מכרה לבעל הגוף, וקנה הכל מהבעל,
דנאמן במיגו דהו"מ למימר דקנה מן האשה
ועיי"ש בתוד"ה מיגו בסו"ד דאי מילתא
דפשיטא היא דמהימן השתא נמי מילתא
דפשיטא היא דמהימן במיגו מבוי דכל
נאמנותו הוא במיגו. ולדעת הקה"י צ"ב דהתם
וודאי ליכא ריעותא דהרי הבעל אכל את
הפירות, ורק לא ידעינן אי קנה הקרקע, וא"כ
צ"ב מדוע צריך מיגו¹³.

ולפמש"נ מיושב היטב. דכאן חלק מטענת
המחזיק זה שמי שמכר לו קנה מן המערער,
וכגון שלוי טוען ששמעון קנה מראובן, ולגבי
חלק זו של טענתו אין הראיה ישירות
מהחזקה, דל"ש לומר שכל הרואה חזקה זו
רואה את בעלות שמעון, וכיון שהראיה נוצרה

רק בבי"ד בטענת ראובן לכך אינו מועיל, דל"ש
לומר ע"ז דבי"ד רואים את בעלות שמעון
וכנ"ל. והמיגו מהני דמשלים הראיה לחלק זו
דטענתו¹⁴.

ומדוקדק היטב לפי"ז לשון הרשב"ם לעיל
דל"א ד"ה ומודו נהרדעי וז"ל: של אבותי
שלקחוהו מאבותיך מהימן וכו'. וכיון דהחזיק
בה ג"ש מוקמינן לה בידיה דחזקה שיש עמה
טענה היא דמ"ל לשקר דאי בעי אמר מינך
זבינתיה וכו' עכ"ל. וצ"ב לשונו דכיון דיש לו
מיגו הוי חזקה שיש עמה טענה, דמה ענין
זל"ז, הול"ל דנאמן משום שיש לו מיגו. וכן
לשון השו"ע סי' קמ"ו סעיף י"ד. דמהני קמי
ידי זבנה שהרי יש לו טענה על חזקתו ואלו
רצה טען ממך לקחתי וצ"ב ענין חזקה שיש
עימה טענה לדין מיגו. ולהנ"ל מדוקדק היטב
דבעצם יש כאן חסרון דהוי חזקה שא"ע
טענה. ורק המיגו משוי ליה לחזקה בטענה
וכנ"ל, ודו"ק.

ב. הנה ידוע דעת הרמב"ן והריטב"א דטעמא
דחזקת קרקעות הוי ג"ש הוא משום דמיד
איכא ראייה מדלא מיחה הבעלים דשייך

¹² אולם זה חידושו דבראשונים רק מבוי דלא טענינן מחמת כן, ול"מ שריעותא זו מבטל חזקה.

¹³ וקשה לומר דהתם זה לרווחא דמילתא [וכמש"כ הקצוה"ח הנ"ל בדעת הרשב"ם דל"א] דמלבד עצם הדוחק בפ"י זה גם צ"ב. דהתם אי"ז לרווחא דמילתא כיון דזה מגרע מקו' תוס', דאם אי"צ למיגו, אז קשה יותר דפשיטא דמהימן. וכן יעו"ש בפנ"ש שתי' על קו' תוס' דהו"א דהוי מיגו להוציא יעו"ש. מבוי דנקט דצריך למיגו.

¹⁴ תו ילה"ק ממש"כ תוס' דל"ב ע"ב ד"ה אמאי וז"ל: ות"י ריב"ם דל"א מיגו להוציא וכו', ול"א מיגו אל אלא החזיק ממון שיכול לפטור עצמו ע"י מיגו, א"נ אם יש לו שטר או חזקה וזה בא לפסול ראייתו אז זה יכול לקיימו ע"י מיגו. כמו קמי ידי זבנה מינך מיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה לאכלתיה שני חזקה מבוי דיש כאן חידוש דהמיגו מהני דאע"ג דהוי להוציא מכ"מ ע"ז נעשה מוחזק. עכ"ל. ולת"י הקה"י צ"ב מה החידוש הא הרי הוא מוחזק, ורק איכא ריעותא וע"ז מהני המיגו לבטל הריעותא.

¹⁵ שו"מ בנתייה"מ שם סקכ"ב שהוכיח דלא כקצוה"ח הנ"ל וכתב וז"ל אלא ע"כ דבפני ל"מ אלא מטעם מיגו וכמש"ל, והטעם דכיון שאין המחזיק בא מכח טענת עצמו אין חזקתו מועלת לו דבעינן שהמוחזק יבוא בטענת עצמו ואין מועיל לחזקתו וכיון שבא מכח המוכר שלו צריך דווקא מיגו עכ"ל. וכוונת צ"ב ויתכן דכוונתו כהנ"ל.

¹⁶ ומה דמיגו מהני ואעפ"י דהראיה דמדלא מיחה ל"מ. וכנ"ל בהערה 4, נראה דמיגו שאני דאי"ז רק איזה ראייה צדדית, אלא דזהו ביסוס לטענתו וכמ"ש בחי"ר סי"ב ד"ה והנה הא, ומהני לאשווי כטענה, ואכמ"ל.

¹⁷ ולפי"ז מיושב משה"ק לעיל בהערה 14 על הקה"י מתוס' דל"ב דמשמע דאינו מוחזק כיון דבלא מיגו אז הוי כחזקה שא"ע טענה, ואינו מוחזק כלל והו"א דהמיגו הוי להוציא ול"מ [ועי' בד"ל בתוד"ה את בסו"ד, ובקה"י ד"ה עפ"ז, וד"ה ולכן ובברכ"ש שהובא לעיל ואכמ"ל].

למחזיק ורק עד ג"ש איכא ריעותא דאחוי שטרך.

וידוע להקשות, דא"כ מדוע בכל ספק אם החזיק ג"ש צריך המחזיק לברר, הא הוי ספק ריעותא ועל המערער לברר דאיכא ריעותא.

ועי' בשעה"מ סי' קמה סק"א שתירץ וז"ל אלא ודאי כיון שידוע שהקרקע היה של המערער ואיכא ריעותא לפנינו שאין השטר ביד המחזיק ואין מוציאים הקרקע מחזקתו אלא אם ידעין בודאי עפ"י עדים שהחזיק בו ג"ש עכ"ל, ודבריו מבוי' יותר לעיל ז"ל י"ל דמכ"מ איכא ריעותא למחזיק במה שאין השטר בידו ולא אלים החזקה דלא חציף איניש למיכל פירי דלאו דיליה להוציא הפירות מחזקת בעלים הראשונים כיון שטוען שקנה גוף הקרקע ואיכא קצת ריעותא במה שאין השטר בידו עכ"ל.

ולכא' כוונת דבריו דגם לאחר ג"ש איכא ריעותא דאחוי שטרך, רק יכול לתרץ עצמו ולומר שאיבד זאת כיון דאיכא מקצת דמאבדים לאחר ג"ש אך אין הגדר דלאחר ג"ש ליכא כלל ריעותא, אבל דלאחר ג"ש יכול לתרץ עצמו, ולכך בספק ג"ש הוי ספק תירוצי, וא"א לראותו מוחזק כשיש לו ספק אם יכול לתרץ עצמו.

ומבוי' מדבריו דהריעותא דאחוי שטרך אינו רק בגדר סתמא, דא"כ גם לאחר ג"ש איכא הסתמא, אלא הוי בגדר הוכחה דמדלא נזהר

אי"ז שלו, וההוכחה איכא רק תוך ג"ש¹⁸ וצ"ב, דכיון דאם החזיק ב"ש איכא הוכחה שלא קנה את הקרקע א"כ נימא מחמת הראיה דמדלא מיחה שהחזיק ג"ש, ולפי"ז לא יהא הוכחה שלא קנה, דכמו דהראיה דמדלא מיחה יכול להוכיח דקנה הקרקע, כמו"כ יוכיח דהחזיק ג"ש ולפיכך איבד שטרו וליכא הוכחה דלא קנה¹⁹.

ולפמש"נ א"ש דל"ש לומר דבי"ד רואים מחמת הראיה דמדלא מיחה דאכל ג"ש, כיון דראיה זו נוצרה רק בבי"ד, ובטו"נ אף דר ג"ש, אך אי"ז ראיה ישירה מהחזקה, דל"ש לומר דכל הרואה חזקה זו רואה שהחזיק ג"ש, ולכך ל"מ ודו"ק.

ג. הנה בסוגיא דכתובות ד"כ ע"א בבר שטיא שקנה קרקע מחבירו, וספק אם היה שוטה בשעת קנייה, דמוקמי' אחזמר"ק. והובא ד"ז ברמ"א חו"מ סי' רלה סעיף כא.

ויל"ע דלכא' אם החזיק ג"ש, אז מוקמי' אחר המחזיק, וכמו ספק מכירה. וצ"ב דלא הוזכר בפוסקים חילוק בזה, וכן שם בתוד"ה אוקי חילק בין קרקע למטלטלין ולא חילק בין החזיק ג"ש ללא, וכן העיר בבד קודש להגר"ד פוברסקי שליט"א.

ולהנ"ל אפש"ל כנ"ל, דבדאיכא ספק אם בשעת קנייה הקונה היה שוטה אז ל"ש לראות ד"ז ישירות מתוך החזקה, ול"ש לומר דכל הרואה חזקה זו רואה דהקונה בשעה פלונית

¹⁸ ועי' בלשון הדרישה סי' קמ"ו-כד. וכן בביה"ל ח"ג סט"ו דמיגו ל"מ במקום אחוי שטרך משום דאחוי"ש הוי כאנן סהדי שלא קנה את הקרקע.

¹⁹ דבשלמא אף אחוי שטרך היה רק בגדר סתמא, אז אפש"ל דא"א לצרף ב' סתמות ולהוכיח מזה שלא מיחה שדר ג"ש. כיון דגם בב"ש איכא רק סתמא, אולם להנ"ל דאחוי שטרך זה בגדר הוכחה, א"כ מדוע המדלא מיחה א"י להוכיח דדר ג"ש.



ר'יבון שמערתתא בבא בתרא

ב. מקמי ידי זבנה דא"א לראות מהחזקה
שמי שמכר למחזיק קנה הקרקע מהמערער.

ג. מהשעה"מ דא"א לראות מהחזקה שדר
בקרקע ג"ש.

ד. מסוגיא דב"ש א"א לראות מהחזקה
המחזיק לא היה שוטה.

היה פיקח, וראיה זו נוצרה רק בבי"ד, ולכך
א"א לראות ד"ז מהחזקה.

לסיכום נתבאר לן ד' מקומות דאין הראיה
מדלא מיחה מהני כיון שאין רואים בזה
ישירות מתוך החזקה, והראיה נוצרה רק
בטו"נ בבי"ד.

א. מש' הרי"ף והרמב"ם בשכונני גואי א"א
לומר מכח הראיה דמדלא מיחה דהמערער
היה באותה העיר בזמן טענת המכירה.



הבה"ח אפרים פישל הלר הי"ו

דף ל.

גדר הנאמנות דהפה שאסר הוא הפה שהתיר

בפירקין נתבאר כמה וכמה מיסודות גדרי וכללי מיגו, והנה מצינו בש"ס דין נוסף, והוא הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ומקורו בכתובות (כ.ב.) ויש לעיין ולברר האם דין ויסוד אחד להם ורק שמותיהם מחולקים, או ששני דינים נפרדים הם וגופים מחולקים הם, וא"כ מה גדרה וכדלהלן.

סוגיא א' בבירור דין הפה שאסר

בדף ל. איתא, ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא, א"ל מפלוני זבינתיה [דאמר לי] דזבנה מינך, א"ל את לאו קמודית דהאי ארעא ידידי הוא ואת לא זבינתיה מינאי, זיל לאו בעל דברים ידידי את, [ביאור טענת התובע לנתבע, דמכיון שאתה מודה שהקרקע היתה שלי, ולא קנית ממני אלא מאדם אחר, אינך נאמן להחזיקה בידך בלא ראיה שהמוכר שלך קנה את השדה ממני, ולא גזלו ממני, ואם לא, אני מוציא הקרקע מידך, ולא בע"ד ידידי את], אמר רבא דינא קאמר ליה ע"כ.

דברי הרמב"ן

וכתב הרמב"ן, דאיירי שהלוקח מודה שיודע בעצמו שהייתה הקרקע של המר"ק, ופי' ולא קא מודית לי וכו' היינו הודאה גמורה שהיה מודה לו שהוא עצמו יודע שהיא של אבותיו, ולכך נאמן המר"ק בטענת את לאו קמודית וכו', ונאמן להוציאה מידו, כיון שמודה שיודע בעצמו שהייתה של המר"ק, ומודה שאינו יודע שהמוכר לו קנאו ממנו, אבל באופן שאין הלוקח יודע שהייתה הקרקע של המר"ק, אלא

מפיו של המוכר, שאמר לו שקנאו מהמר"ק, ואומר לו ג"כ שהוא קנהו ממנו, אין התובע נאמן להוציאו מידו, כיון דנאמן המוכר לו מדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, והוא כלא הודה כלל, שהוא של המר"ק ע"כ¹.

דעת הרמב"ן בגדר נאמנות הפה שאסר

ומבואר מדברי הרמב"ן דדינא דהפשא"ס הוא דמחשבינן ליה כמי שלא הודה כלל, וביאור דבריו נראים ע"פ מש"כ הגרעק"א (בשו"ת סי' קל"ה) דכל שהפשא"ס הוא הפה שהתיר, לא מקרי הודאה כלל, דכיון שאתה בא לחייבו מכח דבורו אתה צריך להאמין לכל דבריו, וגם מה שהוא אומר לזכותו, והביאור בזה נראה, שדבריו שאומר לזכותו מגבילים את דבריו שאמר לאיסור, וכל מה שהתיר בדבריו לאחר הודאתו כאילו לא אסר כלל, שמכיון שכל החיוב מבוסס על הודאתו, לא נאמר פלגינן דיבורא, ונשמע רק את חלק האיסור שבדבריו, ולא נשמע את החלק ההיתר שבדבריו. אלא מחוייבים אנו לשמוע כל דבריו כאחד, וכיון שמכלל דבריו נפיק היתר, שמגביל את האיסור, נמצא שלא שמענו ממנו הודאה כלל, דממ"נ פוטר עצמו, בין במה

¹ ורק משום דאיירי, דהוא עצמו יודע שהיה של המר"ק, והוא עצמו לא קנאו ממנו אלא מהמוכר, אינו נאמן, ונאמן המר"ק להוציאו, משום דהוי ודאי וספק, (ודאי שהיה של המר"ק וספק אם קנאו המוכר ממנו). ואין ספק מוציא מידי ודאי.

שטוען בפועל, ובין במה שהיה לו לטעון, ולפיכך חשיבי כלא הודה כלל.

דעת הראב"ד

והנה הראב"ד חולק על הרמב"ן וס"ל, דאיירי אף בלא ידע שהיה של המר"ק, אלא מפיו של המוכר, ומ"מ נאמן המר"ק להוציאו מידו, דלא אמרינן הפשא"ס וכו', אלא היכא שהאוסרו אוסרו מידיעתו ומתירו מידיעתו, אבל הכא שזה שמע מפיו המוכר, כי של זה היתה [של המר"ק], ובאמת היה ראוי להאמינו, דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, וכי הדר אמר אנא זבנתה מיניה [מהמוכר], זה הדבר אצלו בספק, ואין לו להאמינו על זכותו [דאדם נאמן רק לחובתו], א"כ הוי ליה ספק וודאי, ואין ספק מוציא מידי ודאי עכ"ל.

ביאור דעת הראב"ד

וביאור דבריו כתבו האחרונים דס"ל, דההודאת בע"ד של המוכר דינה כידיעה ודאית ללוקח שהייתה של המר"ק, וכיודע מעצמו, כיון דנאמן לחובתו, אבל טענתו שקנאו מהמר"ק אינה בגדר ידיעה ללוקח, אלא בגדר ספק בעלמא הוא, ואין ספק ממ"ו.²

בירור פלוגתת הרמב"ן והראב"ד

והנה הרמב"ן תמה על הראב"ד, אמאי לא יהיה הלוקח נאמן בטענתו, במיגו שהיה למוכר בשעת המכירה, שהרי בשעה שמכר, היה המוכר נאמן בטענת שלי אני מוכר, ולא של אחר.

וכתבו האחרונים לתרץ (עי' גרנ"ט) דהראב"ד ס"ל דל"א מיגו חוץ לבי"ד, ולפיכך לא מהני נאמנותו ע"י מיגו של המוכר ללוקח, כיון דהוי חוץ לבי"ד,

ולכא' יש להקשות על מה שהקשה הרמב"ן שיהיה נאמן במיגו, דלכאורה הרי הוא מיגו חוץ לבי"ד, ועי' רעק"א (הנ"ל) שכתב, דיחלוק בין מיגו לפשא"ס, ורק ע"י מיגו שהוא חוץ לבי"ד אינו נאמן, אבל ע"י פשא"ס נאמן אף חוץ לבי"ד. ולדבריו אין להקשות על הרמב"ן, וטעמו של הרעק"א יש לבאר לפי מש"כ לעיל בשם הרעק"א, דחשיב כאילו לא הודה כלל, ולפי"ז י"ל דמה לי בבי"ד, מה לי חוץ לבי"ד, מ"מ הגביל הודאתו ובודאי נאמן, אבל בנאמנות שהוא מכח מיגו דבעי נאמנות, לא מהני לו רק בבי"ד, ולא מועיל חוץ לבי"ד.

דעת הראב"ד בגדר נאמנות הפה שאסר

ובדעת הראב"ד נראה, דלא ס"ל דגדר הנאמנות שיש למוכר בדין הפשא"ס הוא כמו שכתבנו, שהוא משום הגבלה במה שמתחייב, אלא נאמנותו מטעם אחר, והוא עפ"י המבואר ברש"י בכתובות (דף יח:): אהא דקתני שנים החתומין בשטר שאמרו כתב ידינו הוא זה, אבל אנוסים היינו קטנים היינו פסולי עדות היינו, הרי אלו נאמנים. ופירש רש"י (ד"ה הרי) וז"ל כיון דאין כתב ידם ניכר אלא על פיהם, הפה שאסר הוא הפה שהתיר, כי היכי דמהימנת להו אהא, הימנינהו אהא עכ"ל. ומבואר דגדר פשא"ס הוא, שכיון שמפיו אנו חיים, יש לנו לשמוע כל דבריו ולהאמין לו, ואין

² והרמב"ן ס"ל, דאפי' הודאת בע"ד אינה כידיעה ללוקח, דהודאת בע"ד אינה נאמנות, אלא מחייב א"ע מכח הודאתו, ולפיכך אינה בגדר ידיעה וודאית שדינה אין ספק ממ"ו.

לנו להפסיק דבריו באמצע, והטעם בזה כתבו האחרונים דכיון דהוא קיימו הוא בעלים על אמירתו, ויש לנו להאמינו לכל דבריו.

ולפי"ז יש לבאר דברי הראב"ד בב' נוסחאות: א. דכיון שצריכים להאמינו אין אנו יכולים להאמינו חוץ לבי"ד, דדבריו חוץ לבי"ד דינם כסתם דיבורים בעלמא, ואינם ראייה כלל, ורק בטענות שהם בתוך בי"ד יש חשיבות לדבריו ואפשר להאמינו, ולפיכך לא מהני כמו מיגו חוץ לב"ד אפי' שהוא באופן שהוא פשא"ס, אולם משמעות דברי הראב"ד אינם כן שהרי כתב דאין ספק מוציא מידי ודאי, ופשא"ס היינו שהאוסרו אוסרו מידיעתו ומתירו מידיעתו. ולפי דברינו היה לו לומר דלא מהני פשא"ס חוץ לבי"ד ותו לא.

ולפיכך נראה³, דכיון דס"ל לראב"ד דגדר הפשא"ס הוא נאמנות, א"כ אפשר דכיון ידיעת האסר הוי ודאי כלפי הלוקח [ונעשית ידיעה שלו ממש כנ"ל], וידיעת ההתיר הוא רק בגדר ספק, כיון דאין לו להאמינו לפיכך אין מועיל אצלו הפשא"ס, דאעפ"י שהפה שאסר היינו שיש להאמין למי שאסר, הכא אעפ"י שמאמינו, כיון שהוא אסרו, מ"מ הנאמנות להתיר אינה בגדר ידיעה, אלא רק נאמנות בעלמא, ונאמר שיש ב' לחלק בין ידיעה, לנאמנות. וא"כ במה שאמר המוכר שהתובע היה המר"ק גדרה כידיעה של הלוקח, אבל מה שאמר שקנהו ממנו כיון דהוא לזכותו, אינו בגדר ידיעה של הלוקח, ולפיכך הוי ודאי

וספק, ואין ספק מוציא ודאי, (דהוה כמו שיודע בעצמו, שהיתה שייכת למר"ק ושמע מהמוכר שקנאו), ונאמנות שיש לו מפני שהוא הפה שאסר מהני רק באופן ששניהם ידועים בידיעה ברורה, וכגון אם יארע הנידון אצל המוכר עצמו שיודע שהיה של המר"ק ויודע נמי שקנאו.

העולה מזה

והעולה מזה דבהא פליגי הרמב"ן והראב"ד, דלדעת הרמב"ן נאמנות הפשא"ס הוא העדר ידיעה, לא שנא אם הוא לחובתו או לזכותו, דמ"מ הוה כלא הודה כלל משא"כ לראב"ד, שמה שאמר לאיסור הוה ידיעה א"א להתירו בלא ידיעה ששוה לאסר.

עוד מבואר דהטעם שאין מועיל מיגו חוץ לבי"ד, אינו חסרון בנאמנותו דא"כ היה לו להראב"ד לבאר בפשיטות דהיינו טעמא דאינו נאמן, אלא ע"כ דדין מיגו הוא דין בדיני טוען ונטען⁴ [ולכאוף אף אם נאמר דנאמנות ע"י מיגו הוא בגדר ראייה, מ"מ י"ל דהראיה מחזקת טענתו], ולפיכך בעי שיהיה באופן שהיה לו מיגו בבי"ד ולא חוץ לבי"ד, דכיון דהוא דין בטו"נ, ודיני טו"נ לא הוה רק בבי"ד משא"כ דין פשא"ס שאינו דין בטו"נ אלא נאמנות, יש לו להועיל אף חוץ לבי"ד (מלבד בסוגין), והעולה מזה דיש ב' מהלכים בגדר הפשא"ס, א. הגבלה ב. נאמנות.

³ שמעתי ממו"ר הג"ר יצחק יוסף מרק שליט"א.

⁴ ומדברי הראב"ד אכן יש להוכיח יסוד זה. דמיגו הוא דין בטו"נ ולא ראייה גרידא, דהרי משמע בדברי הראב"ד דטעמו כנ"ל, וא"כ ע"כ דהטעם דאין מועיל מיגו חוץ לבי"ד, הוא משום דהוא דין בטו"נ ולא מטעם דאין נאמנות חוץ לבי"ד, דא"כ מאי שנא פשא"ס.

סוגיא ב' בבירור דין פה שאסר

והנה בדף לג. איתא בגמ', קריביה דרב אידי שכיב ושביק דיקלא. רב אידי בר אבין אמר אנא קריבנא טפי [ודינו לירש את הדקל], והוא גברא אמר אנא קריבנא טפי [וממילא הדקל שלו בירושה] לסוף אייתי [רב אידי] סהדי, דאיהו קריב טפי אוקמה רב חסדא [הדקל] בידיה [דרב אידי כיון שהוא קרוב טפי מההוא גברא], אמר ליהדר לי פירי דאכל מההוא יומא עד השתא, אמר [רב חסדא] זהו שאומרים עליו דאדם גדול הוא, אמאן קא סמיך מר, אהאי, הא קאמר דאנא מקרבנא טפי [דכיון דיודעים רק מפיו שאכל פירות יש לנו להאמינו שהוא יותר קרוב], אביי ורבא לא ס"ל הא דר"ח, כיון דאודי אודי [ויש לנו להחזיר כל הפירות], זו גירסת הר"י מיגאש והרמב"ן. [והתוס' לא גרסו כן וכדלקמן].

דברי הר"י מיגש בדין פה שאסר נגד עדים

וכתב הר"י מיגאש בפ"י הגמ', מאין אתה יודע שאכל וכמה אכל, מהודאתו שהודה שהוא אכלה, הא קאמ' דאנא קריבנא טפי, וכי אכילנא ידידי אכילנא, והוא ליה הפה שאסר הוא הפה שהתיר. ולדבריו נחלקו אביי ורבא על ר"ח בדין הפשא"ס נגד עדים, דהרי הכא העדים מעידים דרב אידי קריב טפי, והקרקע שלו, אבל אינם מעידים שאכל פירות, ואנן לא ידעינן שאכל פירות רק מפיו דההוא גברא, ולכן ס"ל לרב חסדא, דכיון שרק מפיו ידעינן שאכל פירות, דין הוא שנאמר על הפירות שאכל דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, והוא

קרוב טפי מר' אידי, (על הפירות שאכל), ואביי ורבא סברו דאף בכה"ג לא אמרינן הפשא"ס הוא הפה שהתיר, כיון שהוא נגד עדים, ומבאר הר"י מיגאש וז"ל דכי אמרינן הפשא"ס וכו', הני מילי, היכא דקא טעין טענה דמסתברא, וליכא עדים דקא מכחשי ליה בטענותיה, דאיכא למימר דקושטא קא טעין, אבל הכא דקא טעין טענה דלא מסתברא, דהא אתו עדים ואכחשו ליה, ליכא למימר הפשא"ס הוא הפה שהתיר, משום דהתרה שהתיר בו עצמו, לאו התרה היא, דהא אתו סהדי ואכחישו ליה, ואיגלאי מילתא דבשיקרא קא טעין, וכיון דאודי דאכל פירות מחייבין ליה לשלומי, שהרי אסר עצמו ולא התיר עכ"ל.

בירור דעת הר"י מיגש בגדר פה שאסר

ויש לברר לדעת הר"י מיגאש מהו גדר נאמנותו בטענת הפשא"ס, דאם נאמר דס"ל שהוא נאמנות, וכשיטת רש"י, א"כ צ"ב למה האריך כל כך בדברים לבאר דל"א הפשא"ס היכא דלא מסתבר למימר כן, בלאו הכי א"א להאמינו ע"י הפשא"ס כשדבריו הם נגד עדים, כיון שאנו דנים להאמין לדבריו במה שמתיר את מה שאסר, בודאי שלא נאמינו נגד עדים ופשיטא שלא יועילו דבריו, ולא הוצרך להאריך כ"כ בדבר זה.⁵ וליכא למימר נמי, דס"ל דגדר נאמנותו בדין הפשא"ס הוא הגבלה במה שאסר, דא"כ צ"ב בדבריו למה לא יועיל כשטענתו נגד עדים מכיון שאנו דנים כאילו לא אסר כלל א"כ אף שיש עדים דרב אידי קרוב טפי, מ"מ, אם אנו דנים אותו

⁵ אולם מהא דס"ל לרב חסדא החולק על אביי ורבא דנאמן, אינו ראיה דהוא נאמנות, דלדידיה גם מיגו מועיל נגד עדים, ופשיטא דפשא"ס יועיל נגד עדים דלא גרע ממיגו.

שאכל, הוא יותר קרוב. ואם אומרים שאינו יותר קרוב, הוי כאילו לא הודה שאכל פירות, ואינו מכחיש כלל את העדים, וליכא לחיובי כלל⁶.

והיה אפשר לומר דלעולם ס"ל דדין פה שאסר הוא הגבלה במה שאסר, ומ"מ לא יועיל נגד עדים משום דנגד עדים אין שומעין דבריו כלל, דכיון דיש עדים שמכחישים לדבריו, א"א לשמוע טענתו, ונמצא שאסר ולא התיר (דהרי מה שאסר אינו נגד עדים).

אולם אי"ז במשמעות דברי הר"י מיגאש, דא"כ הו"ל למימר בפשיטות שדין הפשא"ס אמרינן רק היכא דאפשר לשמוע דבריו ולא נגד עדים שא"א לשמוע דבריו, ולא הוצרך לטעמא דמסתברא וכו'.

עוד הקשו האחרונים על עיקר דבריו⁷ דמאחר שכתב שלא התיר משום דעדים הכחישוהו מה כוונתו בדבריו שכתב דטען טענה דלא מסתברא, וכי רק טעמא דלא מסתברא טעין, והלא טען שקר. ועוד יש לעיין במש"כ דהיכי אמרינן הפשא"ס היכי דטעין טענה דמסתברא, ול"ל לטעמא דמסתברא הרי די לנו במה שטען טענה המתרת באופן דאפשר לומר דקושטא קא טעין, דהרי נגד עדים ליכא למימר קושטא קא טעין.

ולפיכך מבואר בדברי האחרונים בבירור שיטת הר"י מיגאש דדין הנאמנות של הפשא"ס הוא,

דכיון דטעין טענה דמסתברא, וההיתר הוא טעם ואמתלא להתיר איסורו וחיובו נאמן, ולכן אם הוא מוכחש עפ"י עדים דבשקר טעין, ליכא טעמא דמסתברא, ולכן נאמינו רק במה שאסר ולא במה שהתיר, ורק היכא דההיתר יש בו בנותן טעם והוא מילתא דמסתברא, נאמן מדינא דהפשא"ס והוא דין מסויים שקבעו, שכל היכא דהוא אסר יכול להתיר, אם הוא באופן שמסתבר לומר כדבריו, ובהכי מתורץ כל הקושיות. והכי מוכרח בדברי הר"י מיגאש כנ"ל.

הביאור בדעת הרשב"ם בגדר הפה שאסר

ונראה דלפי מהלך זה אפשר ליישב נמי שיטת הרשב"ם בסוגיין, דהנה, גירסת הרשב"ם בגמ'⁸ לסוף אודי ליה [ההוא גברא] דאיהו קריביה. כלומר שגם הוא [רב אידי] קרובו ואפ"ה אוקמה רב חסדא כוליה בידיה דרב אידי, דכיון דאודי דאיהו קריביה, דיקלא בחזקת יורש קאי, ואידך הוי מוציא ועליו הראיה, וכתב הרשב"א לבארו דלא אמרינן בכי הא הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואפי' לגבי פירי דאודי דאכיל לדעת אביי ורבא, אלא רב חסדא מהימן ליה לגבי פירי, דכיון דליתנהו קמן, לא אמרינן שהן בחזקת היורש, כדאמרינן בדיקלא דאיתא קמן, [והביאור בזה לכאור' דכיון דאנו יודעין שרב אידי קרוב רק עפ"י דבריו, יש לנו לנקוט כן רק משעת ההודאה, ולא למפרע⁹].

⁶ וכן מבואר בדברי הרמב"ן, שהוא מרא דשמעתתא דדינא דהפשא"ס הוא הגבלה, שכתב במלחמותיו על הבעה"מ, בסוגיא זו, דליכא לאקשווי דהיה לאביי ורבא לומר מה לי לשקר במקום עדים ל"א, דלא הוי מיגו אלא הפשא"ס, והפשא"ס מועיל אפי' נגד עדים עי"ש.

⁷ עי' בהערות הגרמ"ש שפירא על הר"י מיגאש

⁸ לפנינו אין הגירסא כן אולם הרשב"א גורס כן לפי הרשב"ם.

⁹ עי' בצפנת פענח ובגידולי שמואל.

ומקשה הרשב"א וז"ל לא ירדתי לסוף הדין הזה דדיקלא נמי, כיון דמפיו של זה אנו חיינ בו, נימא ביה הפשא"ס הוא הפה שהתיר, [דמכיון שההוא גברא טעין שהוא יותר קרוב אעפ"י שמודה שגם ר' אידי קרובו, מ"מ יש לנו להאמין לו שהוא יותר קרוב, מטעם הפשא"ס], ומאי שנא מהא דתנן בפרק האשה שנתארמלה (כתובות טו:) מודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו נאמן, דהפשא"ס הוא הפה שהתיר, ואם איתא, התם נמי נימא, כיון דאודי, שדה בחזקת בעליו קאי, ואידך עליה הראיה עכ"ל.

והנה אי נימא דדעת הרשב"ם דגדר הפשא"ס הוא כפי מה שנראה בהשקפה ראשונה דהיינו הגבלה או נאמנות, אכן קשה קושית הרשב"א, דמאי שנא משדה של אביך היתה וכו', אולם י"ל דהרשב"ם ס"ל שהוא דין שמי שאסר יכול להתיר במקום המסתבר, וא"כ נראה דאפשר לחלק בין סוגיא דהכא לסוגיא דכתובות, משום דהתם מסתבר לומר כדבריו, שקנאו מאביו [דאין שום ריעותא לומר שלא קנאו] ולפיכך אמרינן ביה הפשא"ס, משא"כ הכא מכיון דאודי שרב אידי הוא קרוב, וממילא הוא מוחזק בהדקל כיון שיש לו ראיה שהוא קרוב, ולההוא גברא אין ראיה, ודינא הוא דהמע"ה, לפיכך לא מסתבר לומר ביה שהפירות שאכל בחזקתו היו, דהרי משעה שהודה נעשה ר' אידי מוחזק, והרי הוא מוחזק למפרע בדקל ובפירותיו, ותו לא מסתבר לומר הפשא"ס הוא הפה שהתיר.

והנה בדף ל"ג: איתא בגמ', ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא, א"ל מינך זבני ואכלתיה שני חזקה, אזל [המערער] אייתי סהדי דאכלה תרתי שני, [ואין לו חזקה], אמר רב נחמן הדרי ארעא והדרי פירי, אמר רב זביד אם טען ואמר לפירות ירדתי נאמן, [והיינו דאף דמדינא חייב להחזיר לו הפירות שאכל, נאמן בטענה שהורידו לפירות], וכתב הרשב"ם דהא דאם לא טען לפירות ירדתי אינו נאמן, היינו אי איכא סהדי דאכלינהו לפירי, אבל אי ליכא סהדי דאכלינהו לפירי אלא בהודאת פיו, והוא טעין דזבינתיה מינך ואכלתיהו לפירי דארעא, ופירי דידי נינהו, ארעא, כיון דלית ליה ראיה בשטר ולא עידי חזקה, הדרא, אבל על הפירי נאמן במיגו, דאי בעי אמר לא אכלתי פירות כי אם מעט, דבהכי הוי חזקה,

וכתב הרמב"ן, דהא דהוצרך רשב"ם לומר מיגו דאי בעי אמר לא אכלתי כי אם מעט, ולא כתב מיגו דאי בעי אמר לא אמר לא אכלתי כלל, היינו משום דמיגו כזה אין מועיל, משום דהוי מיגו לגרוע דשקורי משקר והא דלא אמר לפירות ירדתי, [דלכאורה אם הוא משקר מדוע אינה טוען לפירות ירדתי, שהוא טענה יותר טובה ממנו], מפני שהוא רוצה אף גופה של קרקע לפיכך לא האמינוהו אף לפירות, דהא ליכא למימר מה לי לשקר שהרי להנאת עצמו רוצה לשקר, ולפיכך כתב הרשב"ם דיש לו מיגו שאכל מעט פירות, דמהני אף להחזיק על הקרקע ולא הוי מיגו לגרוע.

ומוסיף הרמב"ן דאין צורך לדברי הרשב"ם, משום דאי ליכא עדים נאמן מדינא דהפשא"ס ואין בו משום מיגו לגרוע, כיון שכל עצמך אינך

יכול לתובעו פירות אלא עפ"י הודאתו, ולפיכך נאמן בכל אופן.

והשתא אי נימא דהרשב"ם ס"ל דגדר נאמנותו בטענה דהפש"ס הוא הגבלה או נאמנות, אכן מסתבר כדברי הרמב"ן, וא"כ יש להבין מדוע הוצרך הרשב"ם לדחוק שיש לו מיגו הנ"ל הרי הוי הפשא"ס, אולם אם נאמר דדעת הרשב"ם בגדר נאמנות דהפש"ס הוא כנ"ל, שהוא דין מסוים שהיכא דמסתבר לומר כדבריו ויש לו אמתלא להתיר איסורו וחיובו נאמן, א"כ י"ל דהכא אינו מסתבר לומר כדבריו דהרי הקרקע יוצא ממנו [כמ"ש הרשב"ם], ולפיכך אינו נאמן מדינא דהפשא"ס¹⁰.

ראיה מהתוס' דנאמנות דהפה שאסר הוא מדין מיגו

והנה התוס' כתבו דלא גרסינן אייתי רב אידי סהדי דקריב טפי (וכגירסת הר"י מיגאש והרמב"ן), וכתבו דא"כ הוי מיגו נגד עדים, דאע"פ שהיה לנו להאמינו במיגו שהיה יכול לומר שלא אכל פירות, מ"מ כיון דהשתא הודה שאכל, והעדים מעדים שר' אידי קריב טפי, הוי מיגו במקום עדים, והיה לאביי ולרבה לומר מה לי לשקר במקום עדים ל"א, וכן כתבו להלן בע"ב, ולכאורה קשה דהרי אין אנו מאמינים לו מדין מיגו, אלא נאמנותו הוא מדין הפשא"ס, וכמ"ש הר"י מיגאש והרמב"ן הנ"ל,

ורגילים לבאר, דדעת התוס' דפשא"ס מדין מיגו הוא¹¹, ולפיכך לא חילק בין מיגו

להפשא"ס, וכמו שאינו נאמן במיגו נגד עדים, כן נמי אינו נאמן באופן שהוא הפשא"ס, ונאמנותו הוא מדין מה לי לשקר כמו מיגו.

ראיה דדעת התוס' דנאמנות דהפה שאסר עדיף ממיגו

אולם קשה ע"ז, דהתוס' בב"ק [דף עב:] כתבו להדיא דהפשא"ס נגד עדים אמרינן, דהנה התוס' הקשו שם אהא דאמר רבא דעדים שהוזמו נפסלים רק מכאן ולהבא [דהיינו משעה שבאו להזימם ולא משעה שהעידו שקר], והטעם משום שהזמה הוי חידוש, [דהא דנאמנים עדים להזים עדים אחרים הוא חידוש], ואין לך אלא משעת חידושו ואילך, והקשו אמאי הוי חידוש, והלא מן הדין יש להאמין לבתראי במיגו דאי בעי פסלי לקמאי בגזלנותא, ובשתי כיתות המכחישות זו את זו, ליהמנא במיגו בין לרבא בין לרב חסדא [דלמפרע הוא נפסל], וכתב לתרץ דקצת דמי האי למיגו נגד עדים, ולפיכך אין מאמינים לבתראי במיגו וכו'.

והא דאמרינן בפ"ב דכתובות שנים החתומין על השטר ואמרו קטנים או אנוסים היינו, אם אין כתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנים. [ולכאורה קשה דהרי מכיון דאמרו כתב ידינו הוא, וחתמו עליה, הוי כעדים שהשטר כשר, כדאיתא בגמ', והא דנאמנים להעיד קטנים היינו, ע"כ ע"י מיגו דאי בעי אמרי לא חתמנו, ולכא' הא הוי מיגו נגד עדי השטר שהעידו שהשטר כשר], ומבאר התוס' האי לאו מיגו הוא, שאין השטר מתקיים אלא על פיהם,

¹⁰ ועיי' בחידושי ר' נחום בדף ל: שהאריך לבאר שיטת הרשב"ם.
¹¹ וכמו שמוכח בכמה מקומות וכדלקמן.

והפה שאסר הוא הפה שהתיר וכו' ע"כ. ונמצא דדעת התוס' דנאמנות דהפשא"ס הוא אף במקום עדים, ולכאורה דבריו סותרים למש"כ התוס' דידן, דמשמע דס"ל לתוס', דפשא"ס מדין מיגו, וכנ"ל, ולפיכך לא הזכיר בדבריו אפי' הפשא"ס, כיון שאינו מועיל נגד עדים, ובב"ק כתב דאפי' נגד עדים מועיל הפשא"ס.

בירור בדעת התוס' בדין הפה שאסר

וראיתי שכתבו לדחות הראיה מהתוס' ב"ק הנ"ל דהפשא"ס יועיל נגד עדים בכל מקום, דאפשר דרק באופן דהוי תרי ותרי נאמנים ע"י הפשא"ס, דהרי התם איירי בשניים שאומרים קטנים היינו, ולפיכך מועיל להם הפשא"ס לומר קטנים היינו אפי' נגד עדים [שכתבו השטר בכשרות], ואינו ראיה לכל טענה באדם אחד, שיהיה נאמן ע"י הפשא"ס אפי' נגד עדים.

אולם בנתיב"מ מבואר, דס"ל בדעת התוס' כפשוטו, שמועיל הפשא"ס נגד עדים בכל מקום אפי' היכא דלא הוי תרי ותרי, דהנה לקמן בדף לה: איתא, דאם המערער דלי ליה למחזיק צנא דפירי [עזר לו להכניס הפירות] ויש עדים בדבר, הוי חזקה לאלתר [דמוכח דמכר לו הפירות]. ואם טען המערער לפירות הורדתיו נאמן.

וכתבו התוס' [בד"ה וא' וז"ל, וא"ת וליהמנא במיגו דאי בעי אמר לפירות הורדתיו] וא"כ אפי' היכא דלא אמר, יהא המערער נאמן לומר כן, ומדוע הוי חזקה לאלתר, וי"ל דהוי מיגו במקום עדים דאנן סהדי כיון דדלי ליה צנא דפירי, מודה שהיו הפירות שלו [ולפיכך אינו

נאמן] ע"כ. וכתב בנתיב"מ ס' קמ"ב דהא דאינו נאמן היינו דוקא כשיש עדים שסייע המערער אבל אם הודה מעצמו שסייעו, נאמן לומר לפירות הורדתיו, ואפי' דהוי נגד עדים כמ"ש תוס', מ"מ מועיל, דהוי הפשא"ס. ובהפשא"ס מועיל אפי' נגד עדים כמ"ש תוס' בב"ק ע"כ.

ומבואר בדברי הנתיב"מ בהבנת דברי התוס' שנאמן ע"י הפשא"ס אפי' במקום עדים, אפי' היכא דלא הוי תרי ותרי, אלא הפשא"ס גרידא נגד עדים.

וא"כ קשה אמאי גבי קריביה דר' אידי הנ"ל לא פי' התוס' כהר"י מיגאש ושאר ראשונים, דנחלקו בדינא דהפשא"ס ואמאי כתבו דא"א ללמוד כן, ומשום דהוי מיגו נגד עדים, הרי אין נאמנותו רק מטעם מיגו אלא נאמן מדינא דהפשא"ס.

ביאור דעת התוס' בדין פה שאסר

ונראה לבאר דעת התוס' בגדר הפשא"ס, והוא עפ"י מש"כ הנחל יצחק בתוס' דף לב:, דהנה איתא בגמ' שם, ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא, א"ל מינך זבינתיא והא שטרא, א"ל שטרא זייפא הוא, גחין לחיש ליה לרבה, אין שטרא זייפא הוא, ומיהו שטרא מעליא הוי לי ואירכס, ואמינא אינקוט האי בידאי כל דהו [פי' שהודה בעצמו שהשטר מזויף, אולם טענתו שהיה לו שטר אחר שאבד, ומכיון שרצה ראיה לדבריו, זייף שטר אחר, אבל האמת הוא שקנהו] אמר רבה מה לו לשקר, אי בעי אמר שטרא מעליא הוא [ונאמן במיגו] א"ל רב יוסף, אמאן קא סמכת

[לומר שקנה את השדה] אהאי שטרא, האי שטרא חספא בעלמא הוא.

וכתבו התוס' שם (ד"ה אמאי) וז"ל, תימה דליהמנא במיגו, דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא [ואמאי אינו נאמן לר' יוסף], ותירץ ריב"ם דלא אמרינן מיגו להוציא ממון, ומה שהוא [הלוקח] מוחזק בקרקע אינו כלום, דקרקע בחזקת בעלים קיימא וכו' עכ"ל. ועי' באחרונים שם שנתקשו בזה, דהלא משנה ערוכה היא, דמועיל מיגו אפי' בקרקע, ולא חשיב להוציא, וכדאיתא בכתובות דף כ"ב: מודה ר"ה בריה דר' יהושע, באומר שדה של אביך היתה, ולקחתיה הימנו, דנאמן [כיון שיש לו מיגו דלהד"ם], ואי איתא דמוחזק בקרקע לאו כלום הוא, דקרקע בחזקת בעלים הוא, א"כ היכי נאמן לומר שלקחה מהבעלים, הרי הודה דשייך לתובע, ומוכח דנאמן במיגו דלהד"ם אפי' נגד חזקת בעלים, ואף דהוה להוציא.

וכתב הנחל יצחק (בס' ע"ה ס"ק כ' ענף א') לבאר בזה, דיש לחלק בין הסוגיא דהכא לסוגיא דכתובות, דוודאי היכא דהוי בגדר הפשא"ס נאמן אף להוציא מהמוחזק כמ"ש הש"ך (בס' קח ס"ק ז), והטעם בזה כתב הנח"י, דהנה בב"מ דף ב. כתבו תוס' (בד"ה וזה נוטל) דהטעם דהימניה רבה (דהכא) במיגו להוציא [דהרי לכאו' יש להקשות, דאם חשיב מיגו להוציא כדכתבו התוס', אמאי חולק רבה וסובר שנאמן], משום דאפי' אם היה שותק, רק שלא היה מודה שהוא מזויף היה נאמן במה שאמר והא שטרא, ולא היה צריך לומר

שהשטר מזויף ונאבד לי שטר אחר וכו', ולפיכך נאמן. אולם הטעם בדעת ר' יוסף שחולק, וס"ל דחשיב מיגו להוציא, הוא כיון דעכ"פ היה צריך לבוא לבי"ד להראות זכותו שקנה השדה, ולפיכך אין לזה גדר הנאמנות שיש בהפשא"ס, ורק היכא דנאמן ע"י שתיקה לגמרי חשיב נאמנות דהפשא"ס, וזהו רק בגוונא דליכא תובע כלל, דבכל אופן שיש תובע צריך עכ"פ לענות ולבוא לבי"ד להראות זכותו ולא חשיב הפשא"ס¹².

ולפיכך בההיא דהאומר שדה של אביך היתה, דנאמן מכח הפשא"ס וכמ"ש רש"י שם דאיירי בדליכא תובע, אלא הוא עצמו בא להודות שהיה של אביו, ולקחה הימנו לכך נאמן אף להוציא, משא"כ הכא בסוגיא דשטרא זייפא, כיון דתבעו ליכא נאמנות דהפשא"ס, ולפיכך לא מהימן להוציא.

והמעליותא בדליכא תובע נראה לבאר, דהיכא דאי בעי שתיק לגמרי אינו בגדר תביעת ממון כלל, והורעה כל הודאתו, ולפיכך נאמן להעמיד הודאתו איך ובמה, משא"כ היכא דאיכא תובע, שהוא בגדר תביעת ממון, אינו נאמן, כיון דאיכא תביעה חוץ להודאתו, ונמצא שאפי' בלא הודאתו יש לו חיוב, אלא דנאמן להכחישה לגמרי, וכמו הכא דנאמן לומר הא שטרא והיה נאמן, אבל מ"מ כיון דהיה צריך עכ"פ טענה לב"ד ולומר הא שטרא, הרי"ז בגדר תביעת ממון גמורה, ואין לו נאמנות היכא דהוה מיגו להוציא.

¹² ולפי גדר זה נמצא דגם נאמנות דהפשא"ס קאתי מדין מיגו, אלא שהוא מיגו שהוא טוב יותר ממיגו פשוט.

קושיא על הביאור בדעת התוס'

אולם עדיין ביאור זה אינו מעלה ארוכה לפרש דעת התוס', דהא ניחא לשיטת רש"י דס"ל דבעובדא דשדה של אביך היתה ולקחתיה הימנו איירי בדליכא תובע כלל, י"ל דרק בכה"ג מיקרי הפשא"ס, אבל התוס' חולקים על רש"י, וס"ל דאפי' כשתובעו, נאמן מדין הפשא"ס, ומפרשים דגם בכתובות איירי דאיכא תובע ואזדא הפירוש הנ"ל.

ביאור אחר בדעת התוס'

וכתב הנחל יצחק די"ל דדעת התוס', לחלק בין מיגו להפשא"ס בשינוי קצת מפרש"י, דבוודאי אף דאיכא תובע, אם נאמנותו היא לעקור תביעתו לגמרי, וכגון בטענה דשדה של אביך היתה, ולקחתיה הימנו, דנאמן בטענה לא היו דברים מעולם, בכה"ג מועיל אף להוציא כיון דאית ליה מיגו בעיקר הנאמנות. וכמש"כ בסמ"ע (ס' ע"א ס"ק ה') ובש"ך (שם ס"ק ד') לחלק בין סתם מיגו, למיגו בעיקר הנאמנות, דבזה נאמן אף להוציא.

ולפי"ז ביאר הנח"י דיש לחלק בין סוגיא דשטרא זיפא לסוגיא כתובות. דבשטרא זיפא איירי באיכא עדי מר"ק, ונמצא שאף בלא הודאת פיו, ידעינן שהתובע היה מוחזק בקרקע זו, ע"י שהיה לו חזקת מר"ק, לפיכך אין לו נאמנות להוציא אף בטענה במיגו, משא"כ בסוגיא דכתובות דמספקא לן בעיקר

הנאמנות דהרי נאמן בטענת להד"ם, ורק על פיו הוחזק הקרקע ביד התובע לפיכך נאמן אף להוציאו מחזקתו ע"י טענת לקוחה, כיון דכל חזקתו של הראשון תלויה בפיו של זה.

הסברא בדעת התוס'

ובביאור סברת החילוק, שמעתי מידידי הבה"ח פישל לינדר לבאר על דרך החילוק בדעת רש"י, דהיכא דנאמן לעקור טענת התובע ממקומו לגמרי, נמצא שחסר בעיקר התביעה דאף דתובעו בפועל, מ"מ אינו אינו בגדר תובע גמור, כיון דבא בטענה שאין לה ראיה ובלא רגליים לדבר, והוה כשואל בעלמא על השדה של מי היא, ואינו בא בטענה אמיתית ולפיכך נאמן השני לעוקרו¹³ משא"כ היכא דאין לו מיגו בעיקר הדבר, א"כ תביעתו של הראשון הוי תביעה חשובה דאין נאמן השני לעוקרו, ויש לו טענה אמיתית ולפיכך אינו נאמן להוציא.

הביאור בדעת התוס' בסוגיא א' הנ"ל

ולפי מש"כ מיושב ג"כ שיטת התוס' בסוגיא דקריביה דר' אידי, דכיון דפי' התוס' דאיירי שיש עדים שר' אידי קרובו טפי, א"כ אף שנאמן במיגו לומר שלא אכל פירות, מ"מ לא הוי נאמנות בגדר הפשא"ס, כיון דאין המיגו בעיקר טענתו אלא ביוצא מטענתו, שהרי אין יכול להכחיש את כל התביעה, ולפיכך לא חשיב הפשא"ס כלל¹⁴, והא דחזינן דהתוס'

¹³ ואפשר להביא סמך לסברא זו מדברי המאירי בכתובות דף י"ח: שכתב וז"ל, וכתבו גאוני ספרד בפירוש משנה זו, [דהעדים שאמרו כתב ידינו אבל קטנים היינו וכו', דאם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים], שטעם הפה שאסר עולה לענין אחד עם טעם מיגו, שהרי נאמנותם מצד שהיו יכולים לומר אי"ז חתימת ידינו, והבדל השמות הוא, שטעם מיגו בא ע"י תביעת תובע וזה טוען טענה אחת לפטור עצמו, ואנו אומרים שנאמן באותו טענה מתוך שיכול לומר אחרת, והפשא"ס בא שלא ע"י תביעת תובע "אלא כמי ששואלים אותו ומשיב לחייב בדבריו" וסומך לו רפואה למכתו עכ"ל, ויש לדון בכונתו.

¹⁴ וניחא נמי לפי פירוש הר"ח שלמד דאיירי שהביא ר' אידי עדים דאיהו קריביה [ולא גריס טפי], ולכך אוקמא רב חסדא בידיה דרב אידי, דהוי רב אידי ודאי [דהרי יש לו עדים שהוא קרוב], וההוא גברא ספק [דהרי אין לו עדים] והיה תובע רב אידי גם

בב"ק ס"ל דמהני הפשא"ס נגד עדים, היינו משום דנאמנות המיגו שם הוי בעיקר הטענה, דהרי נאמנים להעיד שהוא מזויף, ולא היו צריכים לומר קטנים היינו, ולפיכך מהני אפי' נגד עדים, כיון דהוי מיגו בעיקר העדות דכל עדותם אינה אלא על פיהם, ולפיכך נאמנים לסתור עדותם, כיון שהם קיימו עדותן, ונאמנים לשנותו כפי טענתם, וכן כתב בחידושי ההפלאה בכתובות דף יח: דמיגו בעיקר העדות מהני אפי' כשסותר העדות ולפיכך לא קשה מתוס' דב"ק על תוס' דהכא, כיון דהכא אינו בכלל הפשא"ס¹⁵.

ישוב ע"פ הנ"ל דעת התוס' בכמה מקומות

ולפי גדר זה בהפשא"ס אפשר ליישב שיטת התוס' בכל מס' ב"ב, דלכאורה יש להקשות טובא בדברי התוס' בב"ב, ועפ"י הנ"ל יתיישב בעזר ה', דהנה התוס' בדף ל. מבארים דמיגו למפרע לא אמרינן, ומביא מה שפרש"י בכתובות (דף קט:): גבי עשאה סימן לאחר [כלומר שהמערער מכר שדה הסמוכה לשדה של אדם אחר, וכתב לו ששדה זו שמוכר לו, היא במיצר שדהו של פלוני שהוא מערער עליו עכשיו שהוא שלו], פירש"י דאם טען המערער ואמר שחזר ולקחה מן המחזיק לאחר שעשאה סימן בשמו, נאמן. דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, דמאחר שיש עדים שהיתה שלו ונגזלה ממנו, ואין לו למחזיק

זכות אלא על פיו של זה המערער שעשאה סימן לו, והרי אמר שחזר ולקחה ממנו, ודעת התוס' שם דבכה"ג לא אמרינן מיגו דהוי מיגו למפרע, דהרי בשעה שאמר שחזר ולקחה ממנו כבר עבר מזמן שעשאה סימן לאחר, ולפיכך אינו נאמן.

ובפשטות ביארו האחרונים¹⁶ דנחלקו בגדר הפשא"ס, דרש"י ס"ל דהוא בגדר נאמנות שצריכים להאמין לו על כל דבריו, ולפיכך אפי' דמיגו למפרע ל"א, מ"מ פשא"ס למפרע אמרינן דיש לנו להאמינו אפי' לאחר זמן, משא"כ דעת התוס' דפשא"ס מדין מיגו הוא, ולפיכך אין מועיל מיגו למפרע.

הסתירה בדברי התוס'

אולם לקמן בדף קכ"ח: הוכיחו כמה אחרונים¹⁷ מתוס', דס"ל דהפשא"ס הוא דין נפרד, ואינו מדין מיגו, דהנה בגמ' איתא שלח ליה ר' אבא לר' יוסף בר חמא, המוציא שט"ח על חבירו מלוה אומר לא נפרעתי כלום, ולוה אומר פרעתי מחצה, והעדים מעידים שפרע כולו [ופטור], הרי"ז [המלוה] נשבע וגובה מחצה, מנכסים בני חורין, אבל ממשועבדים לא, דקאמרי [הלכות שקנאו הקרקעות] אנו אעדים סמכינן [דאנו סומכין שפרעת כולו וכמו שהעדים מעידים], ואפי' לר"ע דאמר משיב אבידה הוא [במה שהודה שפרע רק

הפירות כיון שהודה שאכל, ורב חסדא פטר ליה במיגו דאי בעי אמר לא אכלי, כי אמר נמי אכלי וידיי אכלי מהימן, ואביי ורבא סברי כיון שאכל ואודי חייב לשלם ולא מהימן במיגו הואיל והקרקע יוצא מתחת ידו מן הדין דבקרקע ליכא מיגו, והקשו האחרונים דמ"מ יהא נאמן על הפירות, ע"י נאמנות דהפשא"ס דהרי יכל לומר שלא אכל, ולהנ"ל ניחא, דאינו מיגו בעיקר הנאמנות, דהרי אין לו פשא"ס על הקרקע אלא רק על הפירות וכיון שכן אין מועיל לו כלום כנ"ל

¹⁵ ולפי"ז מיושבים נמי מש"כ הנתייה"מ, דהא דכתב דנאמן לומר שלפירות הורדתיו באופן שהוא עצמו הודה שסייע לו, על אף דהוי מיגו נגד עדים דהרי איכא אנו סהדי דאם סייע לו שמכר לו הקרקע, מ"מ, כיון דהוי מיגו בעיקר העדות דהרי כל העדות שסייע לו אינה אלא על פיו, והוי הפשא"ס, ולפיכך מועיל כנגד עדים וכמש"כ התוס' בב"ק.

¹⁶ עי' קוב"ש שביאר כן.

¹⁷ ביניהם גם הקוב"ש שהוא עצמו כתב בדף ל. דלדעת התוס' חד דבר הוא.

מחצה, ולא סמך על דברי העדים שאמרו שפרע כולו, וא"כ לכא' היה לנו להאמינו לגבות ממשועבדים], הני מילי היכא דליכא עדים אבל היכא דאיכא עדים, אירתותי אירתת [דכיון דבאו עדים להעיד על חובו ואינו יודע מה יעידו, חושש שמא יחזרו בהם, ויאמרו שלא פרע כלום, ונמצא שיכחישוהו ולפיכך אומר שפרע רק מחצה, דאפי' אם יכחישוהו יהיה מוכחש רק בחציה, ולפיכך לא הוי משיב אבידה].

והקשו התוס' שם (בד"ה אבל), דאמאי הוצרך לתלות טעמא דלא חשיב משיב אבידה, משום דירא שיכחישוהו, הלא די בזה, שלא יסייעוהו, ולא יוכל לכפור הכל כיון דאין אדם מעיז פניו לכפור הכל, וא"כ מה צריך לטעמא דירא, וכתב תוס' דאי לאו שהביא עדים שחושש שיכחישוהו, היה לו מיגו טוב, שהרי יודע היה שיש לו עדים המסייעים, ויכול לכפור הכל, כיון שיש לו עדים, ולפיכך נאמן דפרע מחצה במיגו דאי בעי כופר הכל ורק משום שירא שיכחישוהו, אינו מיגו טוב, ולפיכך לא חשיב משיב אבידה ונמצא שהתוס' ס"ל דליכא מיגו בסוגין כיון דהוי מיגו גרוע משום דירא.

אולם בתוד"ה נשבע כתבו התוס' דלהכי נשבע המלוה וגובה מחצה, ואין נאמן ליטול בלא שבועה, משום דחשיבא כמלוה ע"פ, שהרי העדים מעידים שהשטר פרוע, ואע"ג דלדבריו (של המלוה) העדים פסולים, שהרי מכחישם ואומר שחייב מחצה מ"מ השטר אינו מתקיים

אלא על פיו של זה, והא קאמר דפרע מחצה ע"כ.

וכתבו האחרונים דמוכח מדברי התוס' דנאמנות הפשא"ס אינה מדין מיגו, דהרי התוס' כתבו לעיל דאינו נאמן במיגו, כיון דירא ואינו מיגו טוב, ומ"מ כתב דנאמן לומר שפרע מחצה, אע"ג דהכחיש את העדים שאמרו שפרע כולו, ונמצא שאין לו עדים שפרע, מ"מ כיון דהשטר אינו מתקיים אלא ע"י הודאתו, והא קאמר דפרע מחצה נאמן, ומוכח דאע"ג דלית ליה מיגו מ"מ מהימן לומר דפרע מחצה מדין הפשא"ס¹⁸. ולכאורה נסתר תוס' ממא שכתב בדף ל. דאין מועיל פשא"ס משום דבכה"ג ל"א מיגו.

הביאור בזה לפי מש"כ

ולפי הביאור הנ"ל יתבאר בעזר ה', דהא דס"ל לתוס' דלא מהני למפרע, ה"ט, משום דכיון דפשא"ס היינו מיגו בעיקר הנאמנות, אפשר דאינו אלא כשבשעה שתובעו עדיין יש לו נאמנות המיגו, וממילא כיון דכל התביעה אינה אלא על פיו, נאמן להעמידה בטענתו, אבל למפרע והיינו שבשעה שהודה הרי"ז הודאת בע"ד גמורה וממילא הוה תביעה, ואח"כ כשנאמינו במיגו שהיה נאמן בטענה למפרע, נמצא שהנאמנות בטענתו היינו בלא הנאמנות שיש לו, דהרי יש תביעה, ולכך אינו נאמן.

והא דכתבו תוס' בדף קכ"ח: שנאמן מכח הפשא"ס היינו כיון דהוה מיגו בעיקר הטענה,

¹⁸ וכן משמע לשון התוס' דהוי הפשא"ס ממש.

¹⁹ ובפרט שבשני המקומות אמר ר"י דברים אלו ואין לומר שהם ב' בעלי תוספות

דכיון דכל השטר אינו מתקיים אלא ע"י הודאתו, נאמן לומר דפרע מחצה, ולפיכך אע"ג דכתבו התוס' דאינו נאמן במיגו לגבי השבועה משום דמירתת, מ"מ לגבי הממון [שרוצה ליפטר ממחצה] נאמן, כיון דהוה מיגו בעיקר הטענה, ומועיל אף דמירתת²⁰ ולפיכך יכול לישבע ולגבות רק מחצה, ולא כולו, משום דכל השטר אינו מתקיים אלא על פיו. ולפי"ז נחא דתוס' ס"ל בכ"מ דהפשא"ס הוא מיגו בעיקר הדבר.

ישוב ע"פ הנ"ל עוד קושיא

ולפי מש"כ נחא נמי מה שיש להקשות עוד, דהנה התוס' בדף ע: מקשה אהא דאיתא בדין המפקיד אצל חבירו בשטר, דאיבעיא לן אי נאמן בטענת החזרתים לך במיגו, דאי בעי אמר נאנסו, או דילמא מצי אמר ליה, שטרך בידי מאי בעי. [שיש לו ריעותא שאם החזיר אמאי השטר עדיין נמצא בידו], והקשו התוס' למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, ונאמן בטענת פרוע במיגו דמזויף, ולפיכך צריך המלוה לקיימו, ואמאי אין לו ריעותא, דשטרך בידי מאי בעי, וכדאמרינן הכא בגמ', ותירץ תוס' דהתם משום דזימנין אפשריטא דסופר זייר ליה, וכתבו המלוה וכו', ע"ש.

והנה הרמב"ן (שם) כתב ליישב וז"ל דשאני התם דכל אימת דלא מקוים, לאו שטר הוא כלל, והפה שאסר הוא הפה שהתיר, אבל הכא שטר הוא בע"כ, ולפיכך לא מהני [דהרי איירי בשטר מקוים וטענתו היא החזרת] עכ"ל,

והיינו דכיון דהוא קיים השטר, כל כמה דטוען שפרעו לאו שטר הוא בכדי לחייבו.

ולכאורה אי נימא דדעת התוס' דאיכא דין פשא"ס בלא מיגו כלל כמ"ש האחרונים בדף קכ"ח כדלעיל, אמאי לא תי' התוס' כהרמב"ן דיש לו הפשא"ס במה שאמר שכתב השטר, אבל פרוע הוא, ולפי מש"כ לא קשה, דאע"פ שיש לו מיגו בעיקר הטענה, שנאמן היה בטענת מזויף הוא, מ"מ כל זמן שלא טענו בפירוש שהשטר מזויף, דין העדים שחתמו על השטר כמי שנחקרה עדותן בבי"ד, כמ"ש תוס' בכמה מקומות (תוס' בדף קכח: ד"ה נשבע בהמשך דבריו, וכן בדף מח: ד"ה אמנה) ולפיכך אין שטרו של זה צריך לפיו, אלא חיובו והתביעה הם ע"פ השטר עצמו, ולפיכך אין לו נאמנות דהפשא"ס, בכדי שיהיה נאמן בכך,

אבל לדעת הרמב"ן דס"ל דגדר הפשא"ס הוא הגבלה במה שהודה כדלעיל, מובן, דאף שנחקרה עדותן מ"מ א"א לחייבו, כיון דהגביל הודאתו במה שאמר שהיה שטר דפרוע הוא, וכאילו לא הודה כלל. והתוס' לשיטתו דאף נאמנות דהפשא"ס מדין מיגו דמה לי לשקר, ומכיון שנחקרה עדותן אין לו את הנאמנות של הפשא"ס, ולפי דרך זה מבואר אמאי קרי תוס' להפשא"ס מיגו משום דכל כחו הוא מטעם מיגו, אלא שיש לו יותר נאמנות משום דטענתו בנויה על פיו, ולפיכך נאמן להוציא וכן נאמן נגד עדים, באופן שהעדויות בנויה על פיו, ויש עוד הרבה נפק"מ.

²⁰ וע"כ צריך לחלק בין שבועה לממון, דלכאורה באותו נאמנות דהפשא"ס שמשתמש לפטור עצמו מממון, ישתמש נמי לשבועה, אלא דלשבועה בעי דוקא בירור, ולא די במיגו, אפי' כשזה בגדר פשא"ס, (וכן כתב אחד מהאחרונים) ואכתי צ"ע.

ישוב ע"פ מש"כ עוד קושיא בתוס'

הקושיא בדברי התוס'

והנה בדף נ"ב: איתא בגמ', אמר ר"פ דברים העשויים להשאל ולשכיר ואמר לקוחים הם בידי, אינו נאמן, והקשו התוס' (ד"ה דברים) מהא דאיתא בב"ק (דף קי"ד:): המכיר ספריו וחפציו ביד אחר, אם יצא שם גניבה בעיר נאמן, וקשה אמאי בלא יצא שם גניבה בעיר אינו נאמן לומר גנבום ממנו, במיגו שהיה נאמן בטענת שאולים הם ממנו, דהרי ספרים דברים העשויים להשאל הם, [וכפי המבואר בסוגיא דאין אדם נאמן בטענת לקוחה על דבר העשוי להשאל, וא"כ נאמין להמר"ק בטענה שגנבום ממנו במיגו דשאולים].

וכתבו התוס' דאין לתרץ דאין לו מיגו דשאולים, כיון דאינו טוען ברצון השאלתי לך, לפי שהנתבע יודע בו שהוא משקר, [והוה מיגו דהעזה], דהא בכתובות (דף טו:): תנן דנאמן לומר שדה של אביך היתה ולקחתיה הימנו במיגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם אע"פ שהבן יודע שהיה של אביו, עי"ש עוד, ותירץ ר"ת דהתם איירי שאין עשוי להשאל ולשכיר לזה שקנאם כגון דלא גייס ביה (שאינו רגיל בו), ולפי"ז אם עשוי להשאל לו אפי' לא יצא שם גניבה בעיר נאמן (במיגו דשאולים).

וכתבו עוד, ולמה"ר דודי נראה דלא מהימן במיגו דהוי מיגו להוציא, אע"פ שנוטל דמים שהוציא ע"כ.

וחזינן דדעת התוס' דדמי הא דכתובות להא דהכא, אעפ"י שיש לחלק דהתם הוי דין הפשא"ס והכא הוי מיגו, ומוכח דהתוס' פי' דדין הנאמנות דהפשא"ס מדין מיגו אולם כבר הוכחנו דא"א לפרש בדעת התוס' דהפש"א הוא נאמנות כמיגו ממש.

דברי האחרונים בזה

אבל לפי מש"כ נראה לבאר בדעת התוס' דהנה התומים (סי' נ"ו) והנתיב"מ (סי' נ"ו סק"ה) כתבו בביאור המח' שנחלקו הר"ת והר" דודי הנ"ל אי חשיב מיגו להוציא, דהנה יש לחקור מי הוא המוחזק בנידון דידן כיון דיתכן לומר דקרקע בחזקת בעליה עומדת והמר"ק חשיב מוחזק, או שמא נאמר דהמוחזק שמחזיקו בפועל חשיב המוחזק, כיון שטוען שקנאו והוא תפוס בידו²¹.

וכתבו דאפשר דבהא פליגי ר"ת ור' דודי דדעת ר"ת דהמר"ק חשיב מוחזק ולפיכך נאמנותו במיגו אינה מיגו להוציא, ודעת ר' דודי דהלוקח חשיב מוחזק ולהכי חשיב למר"ק מיגו להוציא.

לפי מש"כ ניחא

ועפי"ז אפשר לומר²² דלדעת ר"ת דלא חשיב מיגו להוציא כיון דהמר"ק חשיב מוחזק אפשר דחשיב מיגו בעיקר הנאמנות דכיון דיכול המר"ק לטעון דשאולים הם והלוקח אינו נאמן בטענת לקוחים הם א"כ נמצא שכל כח המוחזקות שיש ללוקח אינו אלא ע"פ של זה

²¹ ועיי' חת"ס מה שחקר בזה.

²² שמעתי ממור"ר הג"ר יצחק יוסף מרק שליט"א.

שאמר גנובים הם ולולי דבריו לא היה נאמן ולא היה נחשב למוחזק כלל, וא"כ הוה כח מיגו בעיקר הנאמנות ולפיכך נאמן המוכר אם הוא עשוי להשאיל (לשיטת ר"ת) ונמצא שגם בסוגיא דבב"ק הוי מיגו בעיקר הטענה וכמו שביארנו בסוגיא דכתובות לשיטת התוס', ולפי"ז מיושב נמי מה שהקשו האחרונים (עי' ש"ך סי' פ"ב ס"ק ה"ו, ונחל יצחק סי' פ"ח סק"ו), שמוכח מכמה מקומות דדעת התוס' דלא מהני מיגו דהעזה, ולפמ"ש ניהא דמש"כ התוס' הכא דמהני מיגו דהעזה היינו משום דאירי במיגו בעיקר טענתו.

העולה מכל הנ"ל

והעולה מכל האמור, דאיכא ד' שיטות בביאור גדר הפשא"ס א. דעת הרמב"ן דהוא הגבלה באסר וכאילו לא הודה כלל, ודעתו מקלת מכולם, ואינו מדין מיגו, ונאמן אף להוציא, ונגד עדים (אפי' כשאין בנוי על פיו) וחוז' לב"ד וכן נאמן בהפשא"ס דהעזה ולגרוע (לחצי טענה ועי' ברמב"ן דף לג:).

ב. שיטת הראב"ד עפ"י המבואר ברש"י²³ בכתובות דהוא נאמנות דיש לנו להאמינו בכל דבריו, וגם לשיטא זו אינו מדין מיגו, ואין נאמן חוץ לבי"ד ואין נאמן נגד עדים דהרי א"א להאמין לאדם נגד עדים, אבל להוציא נאמן, [כמ"ש הנחל יצחק בתוס' לב: דאף לשיטת רש"י מועיל להוציא וכמ"ש לעיל], ומועיל פשא"ס למפרע לדעת רש"י בכתובות, [ויש לעיין אם הראב"ד חולק ע"ז].

ג. שיטת הר"י מיגאש [ורשב"ם] דהוא דין מסוים האמור רק במקום שמסתבר לומר כדבריו ויש לדון בכל מקום אם מסתבר לומר כדבריו²⁴.

ד. שיטת תוס' דפשא"ס היינו מיגו בעיקר הנאמנות ונאמן להוציא וכן נגד עדים אם יש לו מיגו בעיקר העדות כנ"ל וכן נאמן בהפשא"ס דהעזה ואין מועיל פשא"ס למפרע.



²³ ואף שרש"י ס"ל דדין נאמנות דהפשא"ס היינו מיגו דאי בעי שתיק, היינו בפועל, אבל בגדר הדברים ס"ל דהוא נאמנות.
²⁴ ועיין בר"י מיגאש דף ל"ג ע"ב לגבי פשא"ס נגד קרקע בחזקת בעלים עומדת.

הבה"ח חיים דרוק הי"ו

דף ל:

בגדר חוזר וטוען

מצינו בגמ' שאין אדם טוען וחוזר וטוען כשמכחיש לגמרי טענות הראשונות, ובטעם הדבר שאינו יכול לחזור ולטעון אחרת כתב הרשב"ם [בדף ל' ע"ב בד"ה וה"מ] וז"ל שאילו היה חוזר וטוען להכחיש דבריו הראשונים אפי' כי מייתי סהדי בהני אחרונים אינו כלום, דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ואחר טענותיו הראשונות נילך עכ"ל. וביארו שאפי' שלא הודה בפירוש שהטענה השנייה אינה אמת, מ"מ מזה שאמר טענה זו, בתוך דבריו רואים שיש לו רק טענה זו ולא טענה אחרת, וכאילו אמר זה מה שיש לו לומר ולא עוד וכן רואים בתוס'.

מחאה שלא כדין, והודאת בע"ד כמאה עדים דמי ובטלה לההיא מחאה קמייתא, וכ"ש זו שניה דהוחזק כפרן וכמי שלא מיחה בתוך ג' כלל דמי עכ"ל. חזינן מדבריו שטענתו השניה הוי כהודאה ומבטל טענה קמייתא, וא"כ מדוע נפסוק הדין אחר טענה ראשונה.

ונראה ליישב דאיכא יסוד חדש בהא דאין טוען וחוזר וטוען ולזה נקדים ונבאר בעה"ת דין אחר דמצינו בש"ס דגבי עדים איכא דין דכיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד [בכתובות י"ח:]: והוי גזיה"כ ונחלקו שם הראשונים מניין דין זה ברש"י שם וכן הריטב"א בפירוש הראשון כתבו שמהא דכתיב אם לא יגיד ונשא עונו וביארו הריטב"א שכמו שלומדים גבי יבם אשר לא בנה שוב לא יבנה כ"כ גבי עדות לומדים כיון שלא טען בתחילה בענין זה שבא לומר עכשיו שוב אינו חוזר ומגיד ועוד כתב שם הריטב"א שהפירוש הנכון הוא שלומדים מדכתיב ע"פ שניים עדים יקום דבר אלמא מה שהעידו בב"ד מתקיים הדין לזכות או לחובה לאלתר ואם יכולים לחזור ולהעיד האייך יקום דבר.

ויש לעיין מדוע כשחוזר וטוען הולכין אחר טענותיו הראשונות, וכן כתב עוד רשב"ם שם [בד"ה אמר רבא] וז"ל אלא אחר טענותיו הראשונות נפסוק הדין עכ"ל. וצ"ע מאי שנא שכשטוען טענה הראשונה יש בתוך דבריו הודאה שאין לו עוד טענה, משא"כ בטענתו השניה אין הודאה שזה שאמר מקודם היה שקר, ומדוע טענתו הראשונה נשארט טענה מעליתא ואחריו פוסקים הדין, הרי בזה גם שייך לומר שהודה בשניה ואינה טענה.

ומצינו מקור לטענה זו בגמ' לקמן ל"ט ע"ב שכתבה הגמ' שבזה שצריך למחות בכל ג' וג', ומוסיף בר קפרא שאם ערער וחזר וערער, אם מחמת טענה הראשונה ערער אין לו חזקה, ואם לאו יש לו חזקה, וכתב שם הרשב"ם שדין זה הוא לאו דווקא אם היו המחאות בסוף כל ג' אלא אפי' שני מחאות באותן ג' שז"ל וה"ה למוחה ב' מחאות בתוך ג' שנים משני טענות המכחישות זו את זו, דאין כאן מחאה כלל לא ראשונה ולא אחרונה והויא חזקה לסוף שלוש, דכיון דמיחה מחאה אחרת בשנה שניה שמכחשת מחאה ראשונה, מודה הוא דההיא

ונחלקו הראשונים אם דין זה דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אי הוה דווקא דין בעדים הובא בשב שמערתא שמערתא ו' פרק ח' שמביא תשובת מוהר"י בן לב [ח"א שאלה מ"ג כלל ו' סי' ל"ט] בענין אב שאמר קידשתי את ביתי בעודה קטנה ואחר כך חזר בו מעדותו ע"י אמתלא דנחלקו בזה חכמי פרובינציה מקצתם היו אומרים דהאב נאמן לחזור בו מעדותו וכמו שאמרו בגמ' [כתובות כ"ב ע"א] האשה שאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני אינה נאמנת ואם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת הרי מבואר דהגם שמעיקרא הייתה נאמנת אעפ"כ יכולה לחזור בה ע"י אמתלא וא"כ הוא הדין לענין אב שאמר קידשתי את ביתי יהא נאמן לחזור בו ע"י אמתלא וקצת מהם היו אומרים דאינו נאמן שכן יש חילוק בין עדות אשה על עצמה לבין עדות אב על ביתו ומה שאמרו בכתובות שם דהאשה נאמנת לחזור ע"י אמתלא זהו דווקא לענין האשה עצמה אבל האב לא יועיל אמתלא ולעולם אינו יכול לחזור בו מדבריו הראשונים ונותנים חכמי פרובינציה טעם לדבריהם ע"פ מה שמחלק הגמ' בקידושין [ס"ג:] בין אב שאמר קידשתי את ביתי לבין היא עצמה שאמרה נתקדשתי דאיבעיא לגמ' שם לענין אב שאמר קידשתי את ביתי מהו לסקול ע"י רב אמר אין סוקלין ור' אסי אמר סוקלין אמר ר' אסי ומודינא באומרת נתקדשתי דאין סוקלין ומפרש שם הטעם משום דדווקא לאב הימניה רחמנא לדידה לא הימניה ופירש רש"י דלדידה לא הימניה רחמנא לומר נתקדשתי והא דנאסרת משום דשויה אנפשה חתיכה דאיסורא ולכך אין

סוקלין [ולא מדין נאמנות עדות] אבל לאב הימניה רחמנא לכך נאמן לסקול ומפרש הש"ש דמטעם זה מחלקים חכמי פרובינציה נמי לענין אמתלא דדוקא לגבי עדות האשה על עצמה הוא דאמרו בגמ' דמהני אמתלא לחזור ולומר לא נתקדשתי משום דמעיקרא לא הייתה נאמנת על עצמה מדין עדות אלא רק מדין שויה אנפשה חתיכה דאיסורא משא"כ באב שהאמינתו תורה כדין שני עדים על קידושי ביתו א"כ כל שאמר קידשתי את בתי הו"ל עדות גמורה ואינו יכול לחזור בו אפי' ע"י אמתלא וכדקי"ל בכמה דוכתי דכיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד עיי"ש שהביא כמה קושיות עליהם ותירצו ועיי"ש עוד בפ"ט שהביא ראיה לדבריהם.

ובאמת דחידוש זה כבר מצינו שכתוב כן בראשונים שהרמב"ן במלחמות בקידושין [דף ע"ה בדפי הרי"ף] כתב גבי אמר יש לי בנים כדי לפטור אשתו מיבום שאינו יכול לחזור בו וז"ל שלא מצינו בתלמוד נאמן ויכול לחזור בו אלא כל שנאמן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד.

אמנם צריך לחלק שחידוש זה אינו תמיד, שבש"ש שם הקשה על שיטת חכמי פרובינציה מזה שכתוב ביש נוחלין [קכ"ז ע"ב] האומר עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא נאמן, דמשמש לי כעבדא קאמר, הרי לנו שאפי' שהתורה נתנה לו נאמנות לפסול את בנו דכתיב כי את הבכור בן השנואה יכיר לתת לו פי שניים, ודרשינן יכיר יכירנו לאחרים, מכאן אמר ר' יהודה כשם שנאמן לומר בני זה בכור כך נאמן לומר בן גרושה ובן חלוצה, וה"נ נאמן לומר שנולד מן המשפחה והוא עבד, ואפי'

הכי ע"י אמתלא שמשמש לי כעבד יכול לחזור, וקשה לשיטתם שאם התורה נתנה נאמנות לא מהני לחזור ואפי' ע"י אמתלא.

ומזה מוכיח דע"כ צ"ל שכל זה שאמרו שלא מהני לחזור, הוא רק כשמכחיש לגמרי את דבריו הראשונים אבל כשמכחיש רק קצת, גם הם מודו שיוכל לחזור ע"י אמתלא ולא נאמר דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד.

אמנם דבריו צ"ב, דממ"נ אם בנותן אמתלא לדבריו ליכא לדינא דחוזר ומגיד, א"כ אמאי אין יכולים עדים לחזור ע"י אמתלא לדבריהם, ואם גם באמתלא איכא לדינא דחוזר ומגיד וכדחזינן גבי עדים, אמאי בנאמנות של האב יכול לחזור בו ע"י אמתלא, איברא דיעוין בשו"ת חת"ס [ח"ג אה"ע סי' ע"ו] שכתב שגם בדינא דיכיר, אין נאמן האב לחזור בו כלל אפי' ע"י אמתלא דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ולא עדיף משאר עדויות שאין נאמנים לחזור אפי' ע"י אמתלא, אמנם לפי"ז הדרא קושיא לדוכתא מהא דגבי יכיר כתוב בגמ' שאם אמר עבדי נאמן לחזור ולומר בני ושממשו כעבד, וצ"ע דהא לא מהני לחזור אף ע"י אמתלא.

ונראה ליישב שזה שנאמן לחזור ולומר בני הוא אינו מדין אמתלא, שרק כשחוזר מדבריו צריך אמתלא כמו שמצינו בכתובות [כ"ב ע"א] גבי אשת איש אני וחזרה ואמרה אמתלא, ששם חזרה לגמרי מדבריה שאינה א"א, אבל התם בעבד אינו חוזר אלא שמפרש דבריו שזה שאמר שהוא עבדו זה אמת, ומשום שעבד פירשו אדם שעובד לשני ויש שעובד משום שמכר עצמו, ויש שעובד משום שהוא בן של אביו, ולכך נאמן להסביר שזה

שאמר שהוא עבד פ' שהוא בנו שמשמשו כעבד, ונראה דבכה"ג אפי' בעדים יהיו נאמנים לפרש דבריהם.

וראיה לזה מהא דכתב בקצוה"ח סי' פ' סק"א שהביא מח' מוהר"ש הלוי והמוהר"א חוסן אם טוען בב"ד טענה שנתחייב בה [הדבע"ד] אם יכול לחזור מטענתו הראשונה ע"י אמתלא, דדעת מוהר"ש הלוי דמהני, ודעת מוהר"א חוסן שבממון א"א לחזור רק ע"י טענת השטה או השבעה, אבל באמתלא כגון אנוסים וכו' לא והקשה עליו מוהר"ש הלוי מהרמב"ם [פ' ז' טוען ונטען ה' ח'] שפסק גבי אמר של אבותי וחזר ואמר לקחתי וזה שאמרתי של אבותי דסמיכנא עליו כדאבדתי, שכתב הרמב"ם שאינו יכול לחזור רק אם אמתלא ומזה הוכיח דמהני אמתלא לממון בלא טענת השטה... וכתב שם הקצות שהוא סובר כמוהר"א חוסן שלא מהני, ושאיני התם משום שאינו חוזר ע"י אמתלא, אלא משום שמפרש דבריו, ודייק כן מלשון הרמב"ם שכתב וז"ל אינו יכול להשיאו לטענה אחרת אלא א"כ נתן אמתלא ויש במשמעה כמו שהשיא בזאת הטענה עכ"ל. היוצא לנו מדבריו שאפי' שלא מהני אמתלא לחזור מהודאת בע"ד מ"מ כשאינו חוזר אלא מפרש, יכול לפרש וכמו שכתבתי לעיל שאפי' שלא מהני לחזור ע"י אמתלא משום שהיו חוזר ומגיד שאינו דין דווקא בעדים, מ"מ לפרש דבריו מהני ואינו נקרא "חוזר".

ואפש"ל דהא דאין טוען וחוזר וטוען הוא ג"כ מדין כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ומשום שאחר שטוען טענה ונתחייב בה ואמינתו תורה, דהודאת בע"ד כק' עדים וכמו שהוכיח

רש"י בקידושין [ס"ה ע"ב] שילפינן מהא דכתיב גבי מודה במקצת כי הוא זה מכאן סמך על מקצת הודאתו, ולכך אינו נאמן לחזור ולטעון טענה אחרת כעדים שאין חוזרים ומגידין וזה דבר פשוט וברור לכל שאין לומר שאפי' שיש דין שאין חוזר ומגיד זה רק שלא נפסוק כעדותם השניה, אבל מ"מ עדותם השנייה יועיל שיהיה סותר זא"ז ולא נפסוק כלל על פיהם זה אינו שפשיטא שפוסקים אחר עדותם הראשון, ומשום שהדין שאין חוזר ומגיד הוא שלא שומעין כלל מה שהוא חוזר ומגיד, וכמי שלא אמר ובה ניחא מה שכתב הרשב"ם שאחר טענתו הראשונה נפסוק הדין, ולא אומרים שכשחוזר וטוען תהא כהודאה שהראשונה שקר משום שכיון שדינא הוא דכיון שהגיד... א"כ כאילו לא אמר כלום אח"כ.

ואשכחנא מרגניתא טובא ברשב"ם לקמן דף קכ"ז ע"ב בסוגיא דיכיר, שיש ללמוד מתוך דבריו את כל הנ"ל שיש שם ג' ציורים, א' אמר בני וחזר ואמר עבדי אינו נאמן, ב' עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא נאמן, ג' היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא נאמן, וכתב שם הרשב"ם שבאופן א' שאינו נאמן וז"ל אינו נאמן במאי דקאמר השתא עבדי, וליכא למימר האי דקרי ליה מתחילה בני משום דאזהבו כבנו, דאין הדרך לקרוא לעבדו בנו, והלכך אחר טענה הראשונה נלך דהואיל וזאת האחרונה אינו פירוש כי אם הכחשה, אין לנו לילך אחר טענתו האחרונה דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני כדכתיב יכיר, וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד עכ"ל. ומבואר להדיא מדבריו דדינא דכיון

שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, הוא לאו דווקא דין בעדות, אלא בכל מקום שנתנה התורה נאמנות עוד מבואר שגם כשיש הדין דכיון שהגיד, זה רק כשמכחיש את טענותו הראשונה אבל כשמפרש אפשר לחזור, וזאת רואים אף מהרשב"ם אח"כ באופן ב' שכתב וז"ל נאמן במאי דקאמר השתא בני, דאינו סותר דבריו הראשונים אלא מפרש וכו' עכ"ל. ובאופן ג' כתב רשב"ם וז"ל נאמן במאי דחזר ואמר עבדי דודאי מעיקרא הוא קרי ליה בני בשביל יראת המכס עכ"ל. ואפי' שזה מכחיש כתוב שמהני לחזור ומשום שיש לו אמתלא שיראה מבית המכס, ומקשה הש"ס שם דאי שייך כאן דינא דחוזר ומגיד א"כ לא מהני לחזור אף באמתלא, אמנם ברשב"ם מבואר שנאמונותו הוא מדין יכיר, ומשום שהתורה אמינותו וא"כ איכא לדינא דחוזר ומגיד, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא.

ובקובץ הערות (ס' ע"ח) כתב לתרץ ע"פ הר"ן בשו"ת [בי' מ"ה] דדין זה דאין חוזר ומגיד הוא רק אי אמר בתחילה בב"ד, אבל חוץ לב"ד יכול לחזור משום שבחוץ לב"ד אינו מדקדק, ולפי"ז מתרץ דהכא כיון דהוי בבית המכס שאינו ב"ד לכך ליכא דדינא של חוזר ומגיד. אמנם לכאורה היה אפשר לפקפק דאי חוץ לב"ד ליכא לדינא דחוזר ומגיד, א"כ אמאי כתוב שם שאם היה אומר בבית המכס עבדי הוא וחוזר ואומר בני הוא אינו נאמן ואמאי אינו נאמן, כיון שליכא לדינא דאין חוזר ומגיד, ואפש"ל דכיון דכל מה שס"ל לר"ן דחוץ לב"ד חוזר ומגיד, הוא מטעם דאינו מדקדק חוץ לב"ד, וזה לא שייך כאן דאדרבה השתא דאמר עבדי בבית המכס הוא מחייב עצמו במכס,

ולא פטר עצמו שהוא בנו ע"כ שדייק והוא באמת עבדו, ולכך אינו חוזר ומגיד אפי' חוץ לבי"ד.

ועתה מובן כל הסוגיא דחוזר וטוען [בדף ל' ע"ב ול"א ע"א] דבר דבר על אופניו דבעובדא דא"ל מינך זבינתיה ואכלתיה שני חזקה א"ל יהא... א"ל מי סברת שני חזקה תלת שני קאמינא שני חזקה טובא קאמינא, אמר רבא עביד איניש דקרי לשני טובא שני חזקה, וכתב הרשב"ם [בד"ה שני] שבלא הטעם שאמר רבא עביד אנשי, אינו יכול לחזור וז"ל לפיכך אמרתי שני חזקה סתם שלא הייתי יודע שהיה לך שטר של ארבע שנים שאצטרך לטעון ולפרש שני חזקה טובא עכ"ל, הרי שכתב הרשב"ם שאפי' שיש לו אמתלא מ"מ אינו יכול לחזור בו ומשום שהיו חוזר ומגיד, וע"ז תירצה הגמ' אמר רבא עביד אינשי... וא"כ זה שיכול לומר שני חזקה טובא, הוא לא משום אמתלא אלא משום שהיו פירוש דבריו, שמהני לחזור ולהגיד.

וכן בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי וכו', הדר א"ל אין דאהבתיך היא זבנתה מינך, והאי דאמרי לך דאהבתי דסמיך עלה כדאהבתי, דפסקינן דחוזר וטוען, כתב שם הרשב"ם הטעם בד"ה והלכתא וז"ל חוזר וטוען תיקון לשון הראשון, אע"פ שמכחישן קצת הואיל ואינו עוקרו לגמרי עכ"ל. וכן כתב לפני זה לתרץ דבריו הראשונים, וכן לתקן דבריו... ולכך מהני לחזור ולטעון ואין חיסרון דחוזר ומגיד כיון שהיו רק תיקון.

ולכאורה היה שייך להקשות שא"כ מדוע אומרת הגמ' שמודים נהרדעי [שסוברים

בציור הקודם שא"א לחזור ולטעון] היכי דאישתעי מילי איבראי לב"ד ולא טען, ואתא לבי דינא וטען דחוזר וטוען מאי טעמיה עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא, ופירש רשב"ם שכשטען בב"ד טען טענות שעוקרות לגמרי את הראשונות וחוזר וטוען, ולפי הנ"ל צריך להיות הדין שאינו יכול לחזור, וגם לא יהני האמתלא שלו שעביד איניש דלא מגלא... משום שכיון שהגיד שוב... ובשלמא לרבינו יונה שמפרש שמודים רק כשאומר סמכתי כדאהבתי כציור הקודם שלא הוי עקירה, אך לרשב"ם קשה, ועוד קשה שרשב"ם כתב לקמן ל"ט ע"ב גבי שינה מחאתו דהוי חזקה, משום שאין מחאה ראשונה, משום שבשניה הודה שהראשון הוא שלא כדין, וליסוד הנ"ל קשה כיון שטען מחאה ראשונה והוי הודאת בע"ד שוב אין שומעין עוד דבריו, וא"כ יתקיים מחאה ראשונה כיון שאין יודעים מעוד מחאה.

ואפש"ל שבזה שהודאת בע"ד כק' עדים כתב הטור [סי' פ'] וכן המחבר [שם סי' א'] וז"ל אבל כל מה שטוען חוץ לב"ד יכול לחזור ולטעון אפי' לחזור מטענתו הראשונה, לפי שאין אדם מגלא טענותיו... והוסיף שם הש"ך [סק"ד] שזהו דווקא שלא אמר אתם עדי אבל אם אמר אפי' חוץ לב"ד א"א לחזור, וכן כתב הרא"ש הכא להדיא ס' י' ומסביר הטעם משום שאינו יכול לומר לא מגלא אלא בב"ד, כיון שהיה בפני עדים היה לו לומר מיד משטה אני בך ועיין באבי עזרי [פ"ו מטו"נ ה"ג] שכן הוא דעת הרשב"ם, ולפי"ז י"ל שרשב"ם לשיטתו אזיל ולא קשה מידי, שכשטוען חוץ לב"ד ואח"כ בב"ד שיכול לחזור לרשב"ם אפי'

לעקור הראשונות, משום שהוי חוץ לב"ד ואין שם דין הודאת בע"ד, ולכך שפיר חוזר ומגיד.

אכן דעת רבינו יונה שהודאת בע"ד הוא אפי' חוץ לב"ד, ואפי' בלא אתם עדי ולכך הוצרך לבאר שמיירי כשחוזר וטוען חוץ לב"ד, ג"כ אינו עוקר את טענותיו הראשונות, שאל"כ צריך להיות הדין שאין חוזר וטוען, כיון שהוי הודאת בע"ד ודו"ק.

ומיושב נמי מה שכתב הרשב"ם בסוגיא דערער וחוזר וערער שכתב וז"ל ערער ומיחה בפני שניים עכ"ל, ולכאורה אין הבנה מה בא לחדש לנו בזה, ונראה שכיון שהוי בפני שניים שלא בב"ד לכך ליכא לדין הודאת בע"ד, ולכך יכול לחזור ולטעון ונשמע טענתו השנייה, ולכך נחשב טענתו השניה כהודאה שהראשונה שקר משא"כ בסוגיין שהראשונה היתה בב"ד ולכך הוי כהודאת בע"ד, ולכך שפיר לא נשמע טענתו השניה דכיון שהגיד.

אך א"כ צ"ע שכתב הרשב"ם אח"כ שכשמיחה שתי מחאות בתוך שלוש מטענות אחרות הוי חזקה, משום שבטלה מחאה קמייתא משום שבשניה הודה שהראשונה שלא כדין הוה, "והודאת בע"ד כק' עדים", וצ"ע דכיון שלא טען כן בב"ד לא הוי הודאת בע"ד, ומדוע מחשיבו הרשב"ם כהודאת בע"ד שמבטל הראשונה.

אמנם המעיין הייטב בדברי הרשב"ם ימצא שדקדק בלשונו ועי"ז לא קשה, שכתב בד"ה אם מחמת וז"ל אבל אם הזכיר שבגזלות ירד אל שדה זו, ובמחאה שניה הזכיר כי במשכנתא ירד בו "ואני מוסר לכם עדות זו" כדי שלא יחזיק בה ויאמר מכורה היא בידי וכו'.

עכ"ל. הרי שכתב הרשב"ם שבמחאה שנייה הוסיף ואמר לעדים ואני מוסר לכם עדות זו, ובמחאה ראשונה לא כתב כן, ונראה שרצה לומר בזה שדווקא במחאה ראשונה לא הוי הודאת בע"ד שלא אמר אתם עדי, אבל במחאה שנייה שאמר אתם עדי אפי' רשב"ם מודה שאפי' דרך טענה וחוץ לב"ד הוי הודאת בע"ד, ולכך כתב שמחשיב כהודאת בע"ד.

ובדברי הרשב"ם שם צ"ע דהא קי"ל דאפי' דאינו חוזר וטוען להכחיש טענתו, זה רק מחיוב לפטור, אבל מטענת פטור לפטור מהני לחזור, כגון אם אמר לא לויתי וחוזר ואמר לויתי ופרעתי דנאמן, וכשמוחה שהוא בקרקע בגזלות הוי טענת פטור, שהרי עי"ז רוצה שלא יחזיק זה בקרקע, וכן טענת משכנתא הוי פטור וא"כ יהיה נאמן וכטעם שמהני לחזור בכל מקום מפטור לפטור, שכתבו הראשונים שנאמן במיגו דאי בעי הוי קאי בטענותיה, אכן לראשונים נראה שאפשר לתרץ ע"פ מה שכתב הב"ח גבי הא דהקשה הרא"ש ס' כ"ט על הרשב"ם הנ"ל, שכתב שמחאתו השנייה אינו משום שהוחזק כפרן, ומקשה הרא"ש דקי"ל שאין אדם מוחזק כפרן ע"פ עצמו, אלא ע"פ עדים [וכמו שכתוב בב"מ דף ד' ע"א] ותירץ ע"ז הב"ח בחו"מ סקמ"ו ס' י"א שזה פשיטא שלא חולק הרשב"ם על כל הפוסקים שכפרן נעשה רק ע"י עדים, ורק גבי מחאה אמר רשב"ם שכיון שדבריו מכחישים אלו את אלו יכול המחזיק לטעון לא חששתי למחאותיו ותליתי אותם בדברי הבאי, שהרי הוחזק כפרן בדבריו, ולאו דווקא כפרן אלא שקרן, ולפי"ז ניחא גם שאפי' שיש לו מיגו דאי בעי קאי בטענתיה ומאמינים לו, מ"מ לא

נוציא מן המחזיק שאין ריעותא עליו אחווי שטרך, משום שמתרץ שלא שמר משום שהוכחש במחאותיו.

אך לשיטת הקצוה"ח בס' ס' סק"ג דס"ל דהטעם דמהני לחזור מפטור לפטור אינו מטעם מיגו, אלא משום שלא חל דין הודאת בע"ד רק כשמתחייב, ולכך בטענת פטור שאינו מתחייב לא הוי כהודאת בע"ד, וכמי שלא נחקרה עדותו בב"ד, ג"כ היה אפשר לתרץ ע"פ הב"ח כנ"ל שאפי' שיכול לחזור, מ"מ אין ריעותא דאחווי שטרך, אך מדברי הרשב"ם מוכח שחולק על הקצות, שכתב שמחאה קמייתא נתבטלה שבשניה הוי הודאת בע"ד אפי' שהשנייה הוי טענת פטור.

ונראה דס"ל לרשב"ם שהודאת בע"ד הוי אפי' בטענת פטור דלא כקצוה"ח (עיין באבי עזרי [פ"ו מטוען ונטען ה"ג אות י"א] שכן הוא ג"כ דעת התוס' בדף ל"ב ע"ב בסוגיא דשטרא זיפא, שביאר שלא מהני מיגו משום שחוזר וטוען, ואפי' שהוי טענת פטור, ומזה הוכיח שדעת התוס' דלא כקצוה"ח) ולכך כתב שהמחאה השנייה הוי כהודאת בע"ד, ולפי"ז יסבור נמי שלא מהני לחזור ולטעון אפי' מפטור לפטור, משום שכיון שהודה שפטור בטענה זו הוי הודאת בע"ד וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ולפי"ז אף לראשונים שנאמן לחזור מפטור לפטור משום מיגו, ל"ק מידי על הרשב"ם שכיון שיש כאן דין דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד א"כ הוי כעדים, שאין חוזרים ומגידים אפי' ע"י מיגו, והטעם ביאר הקוב"ש אות [תי"א] שזה שאין חוזר ומגיד אינו משום פסול בהגדה שניה, שא"כ היה מהני מיגו

להכשירו כשם שמכשיר כל הפסולים, אלא הטעם הוא משום שההגדה הראשונה בריאה וחזקה שאינו יכול להיתבטל, ולכך לא מהני מיגו.

ונראה להוכיח עוד שס"ל לרשב"ם שאינו חוזר וטוען אפי' מפטור לפטור, מלקמן דף מ"א ע"א גבי חזקה שאין עמה טענה שאינה חזקה, ואומרת הגמ' שהחידוש הוא שלא טענינן ליה שהיה לו שטר ונאבד לו, וזה שאומר שלא אמר לי אדם דבר מעולם, שחשש שיבקשו לו את השטר קמ"ל, וכתב הרשב"ם וז"ל שמעינן מהכא דאי הוי טעין הכא מהימנינן ליה, דכה"ג אינו קרוי חוזר וטוען דאין זה מכחיש טענות הראשונות עכ"ל. וטענת לא אמר לי אדם מעולם הוי טענת פטור ולא חיוב שאינו מודה שלא קנהו ממנו כמ"ש רבינו יונה לעיל כ"ח ע"ב ששמא לקחה וזה שאמר דלא אמר לי אדם... שחשש שיבקשו לו השטר, וכן מדייקים מלשון רש"י שם בד"ה שאין עימה טענה שכתב שלא אמר לי אדם דבר מעולם ולא אמר אתה מכרת לי עכ"ל. הרי שלא נחשב שאמר אתה לא מכרת לי שזה הודה, רק שלא אמר אתה מכרת וא"כ הוי חוזר מפטור לפטור, ואפ"ה כתב הרשב"ם שחוזר וטוען רק משום שאינו להכחיש אבל במכחיש לא כמו מחיוב לפטור, אך יש לדחות ראיה זו ששמא למד הרשב"ם כפי' ב' ברבינו יונה שם שכתב שהוי הודה ממש שלא קנהו ממנו עיי"ש, ולכך כיון שהוי טענת חיוב הוי חוזר וטוען מחיוב לפטור, ולכך כתב הרשב"ם שיכול רק משום שאינו מכחיש.

הבה"ח מנחם נחום שבדרון הי"ו

דף לא.

בענין שי' הרא"ש במיגו נגד אחוי שטרך והמתסעף לזה בגדר אחוי שטרך

ומצאנו באחרונים לתרץ קו' זו (עיין שעה"מ שם) דשאני ריעותא דא"ש בתוך ג"ש מריעותא דאחר המחאה, והיינו דאחר שמיחו בו הו"ל לאיזדהורי בשטרא טפי ממה שהיה צריך ליזהר קודם וכנגד האי ריעותא ל"מ מיגו וע"כ הכא דמיירי שמיחה בו לפי האמת (שהרי מודה) הו"ל לאיזדהורי ול"מ ליה מיגו אבל לעיל לג: מיירי דלא מיחה בו אלא דאיכא ריעותא משום דלית ליה חזקה שלא ישב בה ג"ש וכנגד האי ריעותא מהני מיגו, אמנם רעק"א הביא תי' זה ודחאו בשני ידיים, דמהכ"ת שאיבד שטרו אחר המחאה, דילמא איבדו קודם שמיחה ועומד הוא בריעותא הפחותה במה שאיבד קודם שישב בה ג"ש ומהני ליה מיגו, ומחמת קו' זו הניח ד' הרא"ש בצ"ע ונקט דלהלכה וודאי מהני מיגו נגד אחוי שטרך.

ומנגד היה נ"ל ליישב סתי' הרא"ש באופ"א, (עפ"י מש"כ בשו"ת בית הלוי ח"ג סי' ל"ו בשי' הרשב"ם לעיל ל:) דיש לחלק באופן פשוט בין הסוגיות, דהכא לפי דבריו עתה שמיחה בו איכא ריעותא דאחוי שטרך וע"כ אין להאמינו אמנם לעיל לא. וכן לג: מיירי שטוען שאכלה ג"ש, וא"כ לפי דבריו דהשתא ליכא אחוי שטרך וכ"ז אכניס בנאמנות המיגו, שיאמן גם ע"מ דאכל ג"ש וליכא אחוי שטרך, וכיוצ"ב מצאנו שיישבו שי' זו דל"א מיגו נגד אחוי שטרך, דנסתר ממתני' בכתובות (טו): דהאומר שדה זו שלך היתה ולקחתיה נאמן

תמהו האחרונים (שער משפט סי' קמ"ו סק"ב ורעק"א הכא ועוד) בסתירת דברי הרא"ש, דבסי' ל"א חלק על הרמב"ן בגוונא דמיחה בפניו ומודה המחזיק שמיחה בו, דהרמב"ן כתב דאי"ז מחאה דנאמן המחזיק שקנאה במיגו דאי בעי טעין לא מחית בי, והרא"ש חלק עליו דסו"ס הו"ל לאיזדהורי בשטריה, ומבואר דמיגו נגד אחוי שטרך לא אמרינן, וסתר עצמו דלעיל לג: בסוגיא דלא חציף איתא בגמ' דאם אין לו עדים על שלוש שנים הדרא ארעא והדרי פירי של השנים שאכל, והק' התוס' אמאי לא מהימן המחזיק על חזקתו בקרקע (לגבי תשלום הפירות) במיגו דאי"ב טען לפירות ירדתי והיה פטור על הפירות כדאיתא שם, ותירצו דכיון דרוצה לזכות בגוף הקרקע אינו רוצה לטעון שירד לפירות והביאם הרא"ש (סי' כ') דברים ככתבן, והתם הוי מיגו נגד אחוי שטרך (דמיירי דאית ליה עדים רק על שני שנים ולי"ל חזקה). וכן ילה"ק ממש"כ לעיל לא. בסוגיא דאכלה שית דהק' תוס' אמאי אכלה שית לא מהימן הא אית ליה מיגו דמינך זבינתה, והתם לפי בי' כמה אחרונים (ע' מהרש"א ונימוקי הגרי"ב שם) הוי מיגו נגד אחוי שטרך דמיירי שמכרה המוכר לאחר לפני ד' שנים ומכירה זו נחשבת למחאה לעולם והו"ל לאיזדהורי בשטריה, ומ"מ הק' התוס' דיאמן במיגו והיינו דאמרינן מיגו נגד אחוי שטרך, ומ"מ הביא הרא"ש (סי' ח') קו' תוס' זו וצ"ע.

(והיינו במיגו דלהד"ס), והלא הוי מיגו (או פ"ש) נגד אחוי שטרך, ויישבו דהתם בטוען שאכלה ג"ש וגם ע"ז נאמן ע"י האי מיגו וממילא ליכא הכא אחוי שטרך.

אמנם לענ"ד נר' לדחות סברא זו דאף שבביה"ל הנ"ל כתב כע"ז בד' הרשב"ם, מ"מ בשי' התוס' והרא"ש אינו נכון כלל דלעיל ל"א. מיירי בטעין דאכלה שית והמר"ק מכרה ללוקח אחר לפני ד' שנים ומיחשב מחאה ואין חזקתו חזקה וא"כ אף לפי טענתו איכא אחוי שטרך, דלא ישב בה ג"ש בלא מחאה, ובוודאי שיש להעדיף תי' השעה"מ [ולדבריו אין להקשות דהתם מיירי אחר המחאה, דלקו' זו כבר חש החת"ס הכא וכ' דמחאה כע"ז (שעברו יותר מג"ש מזמן שמיחה) לשי' התוס' היא מח' הסוגיות מסוגיא דדף לט: (ע"ש תוד"ה וצריך), ואף למה שיישב הרא"ש שם מ"מ אי"ז מחאה ככל המחאות ואינה מועילה לריעותא דאחוי שטרך] אמנם לזה נצטרך ליישב קו' רעק"א דכפשוטו קו' עצומה היא, איברא דאחר העיון יתבאר דקו' זו לק"מ אם נבאר גדר מחודש בריעותא דאחוי שטרך וכמושי"ת אי"ה לקמן.

דהנה למהלך הפשוט בריעותא דאחוי שטרך דהוי ראייה והוכחה נגדית שלא קנאה, דאי קנאה הו"ל לאיזדהורי בשטריה, (כ"כ הקצוה"ח ק"מ סק"ב ובשעה"מ שם סק"ג ועוד) ילה"ק כל הקושיות הידועות על שי' הרמב"ן בגדר חזקה"ב דאיכא ראייה בשנה אחת רק עד ג"ש איכא ריעותא מדלא מיחה, כגון אמאי צריך עדים על כל הג"ש דעל המערער להוכיח דאיכא ראייה נגדית (שעה"מ

שם) וכן ק' מעבד קטן שיש לו חזקה לאלתר דהא כותבין בו שטר ותהא ראייה נגדית (קצוה"ח שם) וביותר יקשה, דהעיקר חסר מד' רבא דעד ג"ש מיזדהר איניש בשטריה דהוא נתן טעם רק למה דאיכא ראייה נגדית ולא טעמא דחזקה.

ואע"כ הכריחו האחרונים דאחוי שטרך הוא מניעה מלהיעשות מוחזק, והביאור הפשוט בזה דיסוד מוחזקות הוא דנראה לפנינו כבעלים ובתוך ג"ש א"א ליראות כבעלים בלא שטר דכך דרך הבעלים לשמור שטרותיהם עד אחר ג"ש, והיינו דמעיקה"ד נעשה מוחזק בישיבה שעה אחת כדרך בעלים, אלא דדרך הבעלים לישב בתוך ג"ש עם שטר ואחר ג"ש בלא שטר, וע"כ אם נרצה להחזיקו לבעלים שיוכל להיאמן בלא שטר צריך להחזיק אחר הג"ש ואז הוי מוחזק [והיינו כמו שנאמר אם היה דרך בני"א ליישב בקרקעם בתחילת קנייתם בצורה מסויימת כגון שהיו חורשים שני פעמים קודם הזריעה, א"כ בזמן זה יראה כבעלים רק אם יעשה כמו"כ ורק אח"כ יוכל ליראות כבעלים אף בלא זה וכמו"כ בזהירות בשטר הנראות כבעלים בתוך ג"ש הוא ע"י ישיבה כדרך בני"א וזה כולל שמירת השטר] ומיושב דזהו עיקר ד' רבא לבאר איך נעשה מוחזק והיינו רק כשאי"צ שטר, וכן מיושב אמאי צריך להביא ראייה על כל הג"ש דבלא"ה לא נעשה מוחזק, וכן בעבד קטן א"ש דהתם שייך בו חזקת מטלטלין ובה עיקר החזקה מה דתפיס בה ולא מה שנר' כבעלים וע"כ מהני אף בלא שטר.

אמנם במהלך זה לא הרווחנו כל הקו', דהנה לשון הרשב"ם בכמה מקומות (לג: ד"ה הדרי ולח. ד"ה אי ובעוד מקומות) בגדר אחוי שטרך דמדלא נזהר בשטרו הפסיד, וצ"ב דלמהלך הנ"ל אי"ז הפסד אלא מדלא נזהר איכא ראייה או דאינו נר' לפנינו כבעלים (וכיוצ"ב הוכיח בקצוה"ח ק"מ סק"ב מל' הרמב"ם בגדר הראיה מדלא מיחה, דמדלא מיחה הפסיד, דאינו כשי' הרמב"ן דהוי רגלים לדבר שקנאה, דל"ש ע"ז שם הפסד דאליבא דאמת נתברר עתה שמכרה ובע"כ דהוי תקנ"ח וזהו הפסד, וכנ"ל יל"ד מד' הרשב"ם בריעותא דאחוי שטרך). עוד יל"ד דברמב"ן לג: מבואר דאין בכח ריעותא דאחוי שטרך סתירה לטענתו של זה כלל, דס"ל דמיגו לא מהני להיאמן שא"ל לקצוץ דקלו דאומדנא היא דאין בני"א אומרים כן ונראה כמשקר ול"ש מיגו, ובמיגו נגד אחוי שטרך מבואר שיטתו דמהני, (וברעק"א הכא הרגיש בזה ותמה בסתירת ד' הרמב"ן), ובע"כ י"ל דאחוי שטרך אינו הכחשה לטענתו כלל, ואי הגדר דאינו נר' לפנינו כבעלים אמאי לא תהוי הך אומדנא דדבריו נראים כשקר במה שטוען שהוא בעלים ואינו נראה כן.

ובעיקר יל"ד, דאי נרצה לומר לד' הרא"ש דס"ל מהך ריעותא דאחוי שטרך, לא נוכל לפרש כן דהא לעיל כ"ט. נחלק עם הרמב"ן בטעמא דחזקת ג"ש לרבנן, ושיטתו דתקנ"ח היא מפני טובת הלקוחות שאיבדו שטרותיהם דאחר ג"ש יאמנו בלא שטר מכח חזקתם בקרקע (וגדר מחאה היא תקנ"ח נוספת לבטל החזקה), ואי גדר הריעותא דלא נראה לפנינו כבעלים כמושנ"ת, מה נשתנה לאחר התקנה [דלא מסתבר לומר דתקנו חז"ל שנראה

כבעלים, דל"ש לומר בזה תקנה דבר שהוא נגד המציאות, ולומר שתקנו חז"ל ג"ש בלא טעם כ"ש דלא מסתבר, ובע"כ י"ל דהגדר שנראה לפנינו כבעלים דגם א"א לומר שהגדר דאיכא ראייה מדלא מיחה, דא"כ אמאי הוצרך הרא"ש (והקצוה"ח שנמשך אחריו) לתקנה מחודשת דמחאה, הא כיון שמיחה ליכא מדלא מיחה]. ואם תאמר דאחר הג"ש ממילא נר' כבעלים כמושנ"ת בשי' הרמב"ן, זה ג"כ אינו, דא"כ אמאי הוצרכו כלל לתקנ"ח, ובע"כ יש להכריח גדר אחר בהך ריעותא.

והנראה לומר בעז"ה דאין גדר הריעותא ראייה או טענה על חזקתו, אלא דבמה דכתבין שטר על קרקעות, הר"ז הסכמת דעת בני"א דלא מהני ליראות כבעלים על קרקעות אלא בעי להוכיח בעלותו על הקרקע, וכמובן דהך כללא לא שייכא אלא במקום ובזמן שדרך בני"א ליהדר בשטר ולא כשהדרך ליאבד כבר דאז מוסכם בדעת בני"א דסגי במה שנר' כבעלים וא"צ להוכיח הבעלות, [וכיוצ"ב שמעתי לבאר בשם הגר"י בריזל שליט"א אלא שהוא נקט דזהו כל כח שטר, ולענ"ד אי"צ להגיע לזה אלא יל"פ דמה שדרך בני"א לשמור שטרותיהם בזמן מסיום זה גופא יצר הסכמה זו, דלא יאמן אדם ע"י שנראה כבעלים וכדו' אלא בעי הוכחה כגון בשטר]. ובזה ארווחנא כל הקו' הנ"ל, דד' הרשב"ם יתפרשו כלשונם דמדלא נזהר בשטרו הפסיד, דאף שיתכן שבאמת קנאה ואפי' שנר' לפנינו כבעלים, מ"מ הפסיד דהסכמת בני"א היא שלא יאמן אדם בלא הוכחה, וכן ד' הרמב"ן מיושבים, דאין בריעותא דא"ש טענה או חסרון במוחזקותו של זה ואי"ז סתירה כלל לטענתו

שטוען שלקח הקרקע אלא דמ"מ אינו נאמן
דאין שטרו בידו ולא מהני מה שנראה כבעלים
כנ"ל, וס"ל דמיגו מהני כהוכחה לענין זה, וכן
א"ש דעת הרא"ש דאף דזהו גדר הסכמת
בנ"א תקנו חז"ל תקנ"ח שאחר ג"ש יהני ליה
מה שנראה כבעלים, ולא יהא תוקף להסכמה
זו [והיינו דקודם התקנה, אף שבג"ש מאבדים
בנ"א שטרותיהם, לא היה זה דבר ברור שיהא
לנו כוודאי שבטלה הסכמה זו, ויתכן דהיה
צריך טפי מג"ש, ולטובת העולם תקנו חז"ל
שבג"ש יהני ליה במה שנר' כבעלים והוי
מוחזק].

ולפי דברים אלו מיושב להפליא תי' שעה"מ
הנ"ל בד' הרא"ש ולק"מ קו' רעק"א, דלמשנ"ת
בגדר אחוי שטרך יל"ב תי' שעה"מ דחילק בין
ריעותא דא"ש דתוך ג"ש לריעותא דא"ש
דאחר המחאה דאחר מחאה בעי לאיזדהורי
טפי בשטרו, דהסכמת בני אדם שלא מהני מה
שנר' כבעלים ובעי הוכחה שקנאה נתחלקה
לב', דבתוך ג"ש כיון שאין שמירת השטר דבר
מוכרח כ"כ הוי הסכמת בנ"א דלא יאמן אדם
ע"י מה שנר' כבעלים להיעשות מוחזק, ומ"מ
מיגו מהני ליה דהוי כעין הוכחה דכ"ה ד'
הרמב"ן דמהני מיגו נגד אחוי שטרך, והיינו
דכל הסכמת בני האדם לא היתה אלא דלא
יאמן רק במה שנר' כבעלים והוי מוחזק רק
יצטרך יותר מזה, ומיגו מהני ליה בזה דהוי כח
טפי ממוחזק גרידא, אמנם אחר המחאה, שאז
דרך בנ"א ליהדר טפי בשטרותיהם עד
שיתבענו לב"ד אז גדר ההסכמה הוא דל"מ
ליה כל דין שיהיה חוץ מבירור (וזה פשוט
מסברא, כיון דסיבת השמירה אחר המחאה
משום שיתבענו לב"ד, וכדבר פשוט ישמור

שטרו כדי להראותו בב"ד א"כ לא יאמן אלא
ע"י הוכחה בב"ד). ולפי"ז אין נפק"מ מתי איבד
שטרו, דאין טענה ותביעה עליו אמאי איבד
שטרו דיתכן שנאנס ואיבדו ומ"מ אחר
המחאה לא מהני ליה מיגו, דעתה א"א
להיאמן כלל בשום כח בב"ד אלא ע"י בירור
אעפ"י שיתכן שהוא הנכון ואעפ"י שנראה
לפנינו כבעלים (ומה שחלק ע"ז רעק"א זהו
לשיטתו דהק' סתירת ד' הרמב"ן אהדדי
כמושנ"ת לעיל, וזה משום דהבין ההבנה
הפשוטה בגדר אחוי שטרך, אמנם כדי להציל
ד' שעה"מ נר' דיש להכריח דס"ל בגדר אחוי
שטרך כמו שביארנו).

ועוד נ"ל להכריח יסוד זה בד' הרא"ש מטעם
אחר, דהנה ד' הרא"ש הנ"ל שחלק על הרמב"ן
במיגו נגד אחוי שטרך נסתר מדברי הרא"ש
בהמשך סוגיא זו דבגמ' תני בר קפרא ערער
וחזר וערער אם מחמת טענה הראשונה ערער
אין לו חזקה ואם לאו יש לו חזקה ע"כ. והיינו
דהמשנה טענת מחאתו ל"ה מחאה וחזקת
המחזיק חזקה, ונח' הראשונים בב"י סוגיא זו
דפירושב"ם דכיון ששינה טענתו הרי טענה
הראשונה שקר, והוחזק שקרן ואף טענתו
השניה שקר ובע"כ יש לו חזקה, והרא"ש (סי'
כט) הק' עליו דבפעם א' דמשקר לא הוחזק
שקרן אלא רק אחד מטענותיו שקר ומ"מ
ממ"נ החזיק המחזיק ג"ש בלא מחאה, או
בג"ש הראשונות או בשניות, והר"י מיגאש
הביא שי' זו ותמה עליה דאף דעכשיו ידיענן
דהיה מחאה בטענת שקר מ"מ המחזיק לא
ידע בפעם הראשונה שישנה טענתו בפעם
השניה והו"ל להיזהר בשטרו עד השתא, וע"כ
פירש דשינה טענתו ג' פעמים והוחזק שקרן

גמור ומעתה יש לו חזקה, ומבו' דנח' הרי"מ והרא"ש בגוונא דלא מיחה כדין ומ"מ איכא ריעותא דאחוי שטרך דהו"ל ליזהר בשטרו.

ובביאור מחלוקתם יש לדמות לזה מה שנח' הש"ך והקצוה"ח, דהש"ך (קמ"ו סק"ג) פסק דהיכא דאמר לעדים לא תיפוק לכו שותא דל"ה מחאה כנפסק לעיל לט. ומדעתם הלכו ומיחו בפני המחזיק הוי מחאה דהו"ל לאיזדהורי בשטריה (דלא ידע שאמר לעדים כן) ובקצוה"ח (שם סק"א) חלק עליו דכיון דלא מיחה כדין לא מיחשב מחאה והוי חזקה, והנר' בביאור מחלוקתם (וכ"כ בברכ"א) דנח' אי מהני ריעותא דאחוי שטרך לבטל החזקה, דהש"ך ס"ל כשי' הרמבן בחזקה"ב דמעיקה"ד הוי חזקה מיד רק איכא ריעותא דא"ש וא"כ מוכח דמהני הך ריעותא לבטל חזקה אף דאיכא רגלים לדבר שקנאה מדלא מיחה, והכ"נ תבטל הריעותא לחזקה אמנם הקצוה"ח לשיטתו דס"ל כהרא"ש דחזקה היא תקנ"ח וא"כ לא נמצא מקור דאחוי שטרך מבטל חזקה ורק מחאה מבטלת חזקה מתקנ"ח, וע"כ היכא דלא מיחה (כדין) אף דאיכא ריעותא דאחוי שטרך הוי חזקה, וכן יש לבאר מח' הרא"ש והר"י מיגש דהרא"ש לשיטתו ס"ל דאחוי שטרך אינו מבטל חזקה, והר"י מיגש ס"ל כהרמבן וא"כ הכא דאיכא ריעותא דאחוי שטרך ל"ה חזקה.

ונמצאו ד' הרא"ש סותרים זא"ז דהיוצא מדבריו אלו דלא ס"ל מריעותא דאחוי שטרך כלל ומנגד מבואר שיטתו דמיגו נגד אחוי שטרך לא אמרינן וצ"ע, ולא מצאתי מי שחש לזה ויתכן דאפשר ליישב בדוחק, אמנם

למשנ"ת עד עתה יש ליישב ד' הרא"ש כמין חומר, דלמה שנתבאר וודאי ס"ל להרא"ש הך ריעותא דאחוי שטרך אלא דס"ל דגדר התקנ"ח דהוי חזקה בג"ש הוא דסגי במה שנר' לפנינו כבעלים ולא איכפ"ל במה שהסכימו בנ"א דלא מהני חזקה, והנה גדר מחאה לשי' הרא"ש מבואר בדבריו דהוי תקנ"ח נוספת (שלא יפסיד המערער) דאם מיחה יתבטל החזקה ופשוט דכאשר תתבטל החזקה תחזור הריעותא דאחוי שטרך דל"מ נאמנות כלל חוץ מעדים או שטר, וא"כ יל"ב דחלוקות שני הסוגיות בחילוק גדול, דבשינה טענת מחאתו בפעם הב' הר"ז מגלה שא' ממחאותיו היתה בשקר וממילא נמצא דישוב בה המחזיק ג"ש בלא מחאה כדין ותקנו לו חז"ל התקנ"ח, וא"כ לא איכפ"ל מה שצריך ליזהר בשטרו ואיכא הסכמת בנ"א דסו"ס תקנו חז"ל דכה"ג יהני ליה מה דנר' לפנינו כבעלים, אמנם היכא שמיחה בפניו בלא עדים ומודה המחזיק, דאז נח' הרא"ש עם הרמב"ן וס"ל דל"א מיגו שלא היה מודה דהוי מיגו נגד אחוי שטרך, התם איכא אליבא דאמת ריעותא דאחוי שטרך, דהתם מיחה כדין אלא שאין לו ראייה ע"ז אך לפי דבריו שמודה שמיחה הוי ראייה שמיחה וכיון שמיחה כדין לא תיקנו לו חכמים חזקה, וא"כ שוב איכא להך הסכמת בנ"א דכיון דהדרך ליזהר בשטרו ל"מ ליה נאמנות כלל חוץ מעדים או שטר, וא"כ בדין לא מהני ליה מיגו דהוי מיגו נגד אחוי שטרך, וא"ש היטב.

והנה לפי"ד אלו יש ליישב ג"כ ד' ר' יונה התמוהים לעיל לג: דאיתא התם דהטוען לפירות ירדתי נאמן דלא חציף איניש למיכל פיריה דלאו ידידה, והק' שם דא"ה ארעא נמי

(בטוען לקוחה יאמן דלא חציף איניש לירד לקרקע חבירו ולאכול פירותיה) ותי' דבארעא אמרינן ליה אחוי שטרך ובפירי לא דשטרא לפירי לא עבדי אינשי, והק' ר"י אמאי לא יאמן לטעון שאכלה ג"ש וע"כ אבד שטרו וליכא ריעותא, ותי' דכיון דאין לו עדים על אכילת הג"ש הו"ל לאיזדהורי בשטרא טפי מג"ש וכ"כ הנ"י שם, ולכאו' דבריהם תמוהים למעיין בהם, דמציאות איבוד השטר אחר ג"ש היה אף קודם תקנת חזקה דבגמ' משמע דמשו"ה תקנו חזקה ועכצ"ל דאחר ג"ש הרי הוא יושב בטח בקרקע ומשו"ה מאבד שטרו (וכ"כ הראשונים לעיל כט). וא"כ אף בלא עדים כיון שישב ג"ש איבד שטרו ואין כאן ריעותא, וביותר קשה דלעיל לג. כ' התוס' דבמודה שאכל ג"ש אין לחייבו הפירות משום הודאתו דאי נאמן במה דאכל יש לו חזקה ואי"צ לשלם הפירות והסכים לזה רבינו יונה שם וצ"ע

דאעפ"י שאכל ג"ש כיון דאין לו עדים הו"ל ליזהר בשטרו ולית ליה חזקה וא"כ יש לחייבו הפירות, ולהמתבאר עתה א"ש דאין גדר אחוי שטרך טענה כנגדו אמאי איבד שטרו אלא דבתוך ג"ש אינו נאמן בכל נאמנות שהיא חוץ משטר ועדים א"כ נכונים ד' ר"י דאינו נאמן שאכל ג"ש אלא ע"י עדים וא"כ הו"ל ליזהר בשטרו טפי מג"ש אם רוצה להחזיק הקרקע בידו כ"ע שאין לו דרך להוכיח שבטלה הריעותא דא"ש, משא"כ בגוונא דמודה שאכל התם שוב נכונים דבריו דאי נאמן במה שאכל ג"ש ממילא יש לו חזקה, דכל מה שבלא עדים איכא ריעותא דאחוי שטרך היינו משום דאינו נאמן שאכלה ג"ש אמנם היכא דנאמן כגון הכא דס"ד להאמינו מדין הודאת בע"ד ממילא יש לו חזקה. ועוד יש להביא ראיות לזה אלא דאי"כ מקום להאריך בזה.



ר' יבון שמערתא בבא בתרא

הבה"ח פנחס בוקשפן הי"ו

דף לא.

בענין טוען חוזר וטוען

מהו חסרון דטוען חוזר וטוען | מה הדין מפטור לפטור | האם כשאדם מגלה טענותיו רק לב"ד זה אפי' בהודאה מפורשת גם מחוץ לב"ד או לא

בגמ' זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה היא והאי אייתי סהדי דאכלתיה שני חזקה אמר רבה מה לו לשקר דאי בעי אמר מינך זבנתה ואכלתיה שני חזקה אמר ליה אביי מה לו לשקר במקום עדים לא אמרינן אמר ליה אין דאהבתך היא וזבנתה מינך והאי דאמרי לך דהאבתי דסמיק עליה כדהאבתי טוען חוזר וטוען או אין טוען חוזר וטוען.

עולא סבר טוען חוזר וטוען נהרדעי סברי דאין טוען וחוזר וטוען.

והגמ' מביא שני פעמים שעולא מודה לנהרדעי 1. כגון של אבותי שלא לקחו מאבותיך זה אופן שיש הכחשה לגמרי, 2. כגון דטוען בב"ד ויצא חוץ לב"ד וטוען עכשיו בב"ד חיישינן לטענתיה אגמריה.

נהרדעי מודה לעולא 1. כגון של אבותי שלקחו מאבותיך שאין הכחשה בדבריו 2. כגון דחוץ לב"ד נטענו שם ואחרי זה טען בב"ד אין זה טוען חוזר וטוען משום דאדם מגלה טענותיו רק לב"ד (ויש מחלוקת בין הרשב"ם לרבינו יונה האם זה אפי' בהודאה מפורשת או לא רק שיש הכחשה קצת כגון דסמיק עליה כדאהבתיה).

מהו חסרון דטוען חוזר וטוען

מהלך הרשב"ם

סוברים שצריך עדים על שלוש שנים אחרונות.

ולרשב"ם יש שני מחלוקות אם היש מפרשים והמחלוקת השני נראה בגדר טוען חוזר וטוען, כי הרשב"ם מקשה על היש מפרשים שמה יעזור שהוא יביא עדים להכחיש טענות הראשונות הרי יש הודאת בעל דין שזהו טענתו לא יכול לטעון א"כ עוד טענה, אלא יש להקדים קודם דברי הרשב"ם ד"ה ואמר וכו' וז"ל דאין אדם טוען בב"ד וחוזר

הגמ' לעיל (דף ל:) ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מפלניא זבנתיה ואכלתיה שני חזקה אמר ליה נקיטנא שטרא דזבנתי ליה מינה ארבעי שני אמר ליה מי סברת שני חזקה טובא קא אמינא אמר רבא עבידי אינשי דקרו לשני טובא שני חזקה וה"מ דאכלה שבע שנין קודם חזקה.

הרשב"ם יש לו מחלוקות אם יש מפרשים על כמה שנים צריך להביא עדים הרשב"ם סובר שצריך עדים על כל שבעה והיש מפרשים

וטוען טענות אחרות להכחיש הראשונות אלא
אחר טענות הראשונות 'נפסוק הדין'.

למה הרשב"ם הדגיש 'נפסוק הדין' עיין רמב"ם
סנהדרין (סוף פרק ה') שכתב שאם יחיד
מומחה דן יכולים לחזור ולטעון משום שאין
דין של הודאת בעל דין אלא בפני שלושה
ובגלל זה יכולים לחזור ולטעון רואים שזה
תלוי בב"ד כל הדבר של לחזור ולטעון, עיין
קצות (סימן ע"ט סק"ז) שמהרי"ט סובר שאם
לקח שלושה אנשים זה מספיק כדי שלא יוכל
לחזור ולטעון (כעין הגמ' דף קס"ח. שעשו
שטרי טענתיה כדי שהבעל דין לא יוכל לשנות
את הטענות) אבל הקצות סובר שרק בב"ד
שיכולים לפסוק דינים שמה לא יוכל לחזור
ולטעון, וזה לכאורה כוונת הרשב"ם נפסוק
הדין כי יש להם כח לפסוק אז רואים שזה תלוי
בב"ד [והקשה לי הרה"ג ר' שמעון שיין
שליט"א למה הגמ' קורא לדין שהיכא
דאישתעי מילי איבראי ובא אח"כ לב"ד וטען
אחרת אומרת הגמרא שאין בעיה של טוען
חוזר וטוען ואם זה בעיה של ב"ד חוץ לב"ד אין
ב"ד ואולי לפי מהלך אחרון זה יתורץ], שאם
אדם שטען בב"ד אז הוא בעצם מודה לב"ד
שזהו טענתו ואין לו יותר טענות, וזה כמו
שאדם תובע את חבירו מנה וטענתו זה שהיה
על מקום פלוני והנתבע אומר שמעולם לא
עבר על מקום פלוני ובאו עדים שכן עבר
במקום פלוני חייב, והטעם כתב רעק"א בשם
הריטב"א משום שזה הודאת בע"ד משום
שנתבע טען שזה טענתו שלא עבר במקום
פלוני וזה טענתו וזה הביא עדים שכן עבר
במקום פלוני אע"פ שעדים אינם מעידים על
עצם ההלוואה רק על טענתו זה מספיק כי הוא

מודה שזה כח שלו, ומשום הכי ביחיד יכולים
לחזור לפי הרמב"ם שזה דין לב"ד.

דעת היש מפרשים

היש מפרשים לכאורה נחלקו בגדר טוען חוזר
וטוען אולי יש להגיד כמו שיטת הרמב"ן ולפי
זה מובן כדעת רבינו יונה שזה לא הודאה
מפורשת כאן בסוגייתנו ובגלל זה אפשר
להביא עדים רק שיש הודאה מפורשת שמה
אין יכולים להביא עדים.

דעת הרמב"ן

הרמב"ן דף ו. משמע מדבריו שלא למד שטוען
חוזר וטוען זה משום הודאת בעל דין, כי
הרמב"ן מתקשה בגמ' שמה למה הגמ' צריכה
להביא את הטעם של לא לווייתו כאילו אמר
לא פרעתי שזה משום הודאת בעל דין ושואל
שמה משום שזה טוען חוזר וטוען רואים
מרמב"ן זה שזה עצם דין שמי שטען לא יכול
לחזור ולטעון, צ"ב גדר הדברים וראיתי כל
מיני נוסחאות אבל את הסברא ראיתי בספר
נעימות נצח, שמצווה על ב"ד לדון את דיניהם
של התובע והנתבע אע"פ שבכל דין התובע
והנתבע הם נוגעים בדבר כן כתב הרמב"ם
בספר המצוות, ועיין רבינו יונה לעיל דף כ"ח:
שאם נתבע לא רוצה להשיב על טענת התובע
משמתינן ליה עד שיגיד טענותיו, רואים
שצריך תועלת בדין כי הוא טוען וצריך להשיב
ואם יחליף כל זמן טענתו לא יהיה לנו בעצם
טענתו ובגלל זה לא יכול לחזור ולטעון בב"ד.

ביאור המחלוקת עולא ונהרדעי

לפי פירוש הרשב"ם אם יש אופן שיש הכחשה
קצת זה נכנס בטענה ובגלל זה יש לנו הודאת

בעל דין או לא זה לפי הרשב"ם, ולפי הרמב"ן וסייעתו יש ללמוד שאין כאן הודאת בעל דין מפורש אלא זה גדר של הודאה שאינה מפורשת ומחלוקת היא אם מהני אמתלא בהודאת בעל דין כזה שאינה מפורשת, עיין קצות סימן פ"א שמביא מחלוקת מוהר"ש

הלוי אם מר"א חסון אם מהני אמתלא בהודאת אבל הקצות סובר שלא מהני אמתלא בהודאת בעל דין זה רק בהודאה מפורשת כמה שזה לא הודאה מפורשת מהני אמתלא וגם עדים לפי שהבאנו לעיל בדברי היש מפרשים ברשב"ם.

בדין מפטור לפטור

דעת הר"י מיגאש

הר"י מיגאש בסוגיא כתב שכל החסרון של טוען חוזר וטוען זה מחויב לפטור אבל טוען מפטור וחוזר וטוען לפטור¹ אחר, כגון לא לווייתי לווייתי ופרעתי שפטור משום מיגו דאי בעי עמד בטענתו הראשונה ואפילו באו עדים שלווה אחר שטען טענה שניה משמע מסתימת דבריו וכן מרמב"ם שיכול לחזור ולטעון וכן פסק הטור שאפילו באו עדים ועיין רמ"ה שחולק על חידוש זה שאפילו באו עדים.

וצ"ב אם כל החיסרון זה משום הודאת בעל דין מאי שנא מפטור לפטור ועוד צ"ב זה מיגו נגד הודאת בעל דין ועוד הקצות מביא שני גמרות שאם באו עדים שלא מהני הפה שאסר¹. כגון אשה שאמרה גרושה אני ונתקדשי ואם באו עדים לא מהני הפה שאסר². במודה בשטר שכתבו וטוען פרעתי ובאו עדים על שטר לא מהני הפה שאסר ואם נלמוד כרמב"ן שזה תועלת בעל דין מאי שנא מפטור לפטור.

דעת הקצות

הקצות סימן (פג) אומר למה יכולים לחזור בפטור משום דאין כאן הודאת בעל דין כי לא הודה בכלל כי זה שהוא פוטר עצמו בטענות הוא רוצה להגיד שעדיין לא נתקבלה שום טענה אלא פוטר עצמו (עיין קצות שדימה שזה כמו עדים שלא נחקרה עדותן בב"ד דאין זה חוזר ומגיד) שעדיין אין טענתן כי הוא מן טענת התובע, והקצות אומר שזה שאמר הר"י מיגאש מיגו זה לא דין מיגו אלא כיוון דלא נתקבלה שום טענה יוכל ליישב לטעון טענה אחרת ולפי הקצות הרווחנו שאין זה מיגו כנגד הודאת בעל דין כי לא נתקבלה שום הודאת בעל דין או שזה בכלל לא דין מיגו.

ויש להקשות על הקצות כמה קושיות¹. הרמ"ה כותב בפירוש שכל הווארט של הסוגיא זה משום מיגו ובגלל זה יכולים לחזור ולטעון מפטור לפטור². בשו"ת הרשב"א כותב על הסוגיא של מפטור לפטור וז"ל ואין לך מיגו יותר ממנו³. המגיד משנה כתב על דברי הר"י מיגאש שהטעם שיכולים לחזור

¹ עיין רעק"א סימן פ' שציין לדברי המרש"ח (בח"א תורת חיים סימן כ"ז) שכתב שיש לומר שרק בנתבע יכול לחזור בו מפטור לפטור ולא התובע ואם דברי מרש"ח אלו רוצים ליישב את דברי התוס' בדף ל"ב: ועיין ודו"ק ולכאורה כל דברים אלו בפשטות זה רק לפי דברי התיבות שבטענת פטור לא דייק ואולי בתובע כן מדויק שהוא נותן את התביעה ואולי גם חשש משקר שייך על התובע.

דעת אחרונים

ונראה להציע מהלך שיש שני בעיות בטוען חוזר וטוען א. הודאת בעל דין ב. חשש משקר (כך כתב מאירי כאן שבעיה של טוען חוזר וטוען זה משום חשש משקר וכך נראה קצת מן הרשב"ם שלא הזכיר שום טעם מסוגיותינו מהו חסרון טוען חוזר וטוען ומפני זה הקשינו מה הבעיה שהגמרא חשבה מאישתעי מילי איבראי הרי אם כל בעיה זה דין של ב"ד מחוץ לב"ד לא שייך דין ב"ד אבל אם הבעיה הוא גם חשש משקר אולי יש חשש משקר) ואחר כן לגבי הודאת בעל דין נגיד בקצות שכל שהודאתו זה לפטור את עצמו לא נתקבלה עדיין שום הודאה כי בא לפטור עצמו, מיגו של הר"י מיגאש זה רק כדי לסלק את הריעותא של חשש משקר.

ועדיין יש להקשות מאי שנא מכל מיגו שאם באו עדים אח"כ לא מהימנו ליה, אחרונים רוצים לתרץ כי כל מיגו בעצם הטענה זה גרוע (כגון פרוע מיגו דמזויף פרוע כנגד שטרך בידי מאי בעי זה כלום רק שמגיע המזויף זה מעלה את הטענה של פרוע ובגלל זה גובר על הבעיה של שטרך בידי מאי בעי) אבל כאן בעצם שני הטענות זה טוב (לא לווייתי לווייתי ופרעתי) אז המיגו לא מעלה את הטענה אלא רק מסלק את הריעותא דחשש משקר ולפי זה יוצא שמיגו זה כח הטענה ובגלל המיגו זה לא נגד עדים כי מיגו זה לא בטענות אלא רק מסלק חשש משקר בכל מיגו המיגו זה מעלה אם טענה ואם באו עדים שלוה אין לו טענה של פרעתי ומיגו זה נגד עדים.

ולטעון זה משום פה שאסר הוא זה שהתיר [בדין הפה שאסר היו אחרונים שרצו ללמוד מכאן שהפה שאסר זה שאסר את טענות שהיה יכול לטעון ועכשיו אסר את הטענה הראשונה ופה שהתיר זה הטענה השנייה ולפי זה יוצא חידוש שאפילו פה שאסר ופה שהתיר סותרים את הודאתו ראשונה זה פה שאסר יש כזה ראשונים בכתובות, אבל ראיתי בר' נחום שרוצה להגיד למדות כאן שאולי הפה שאסר זה הטענה שנייה שאסר את הטענה ראשונה וזה לבד הטענה השנייה זה הפה שהתיר את הטענה ראשונה].

דעת הקובץ שיעורים

ר' אלחנן אומר שמיגו זה ראייה ובגלל זה אפילו באו עדים אחרי זה לא בטל הוכחה זו אבל פה שאסר לא מפיו אנו חיים משום זה לא מתייחסים לפה שאסר כי יש לנו כבר עדים ומה אם מיגו נגד הודאת בעל דין אמר ר' אלחנן שיכולים להגיד טעיתי ואע"פ שתוס' בגיטין דף י"ד: אומר שלא יכולים להגיד בהודאת בעל דין טעיתי אבל מפטור לפטור כן אפשר ותוס' מדבר מחיוב לפטור וצ"ב.

וצ"ע מהמגיד משנה שכתב שהטענות הוא משום פה שאסר הוא הפה שהתיר [דרך אגב יש עזרת נשים אביו של המשנה למלך שאומר שבכל גדולי הדורות ידעו שאם יש מיגו אע"פ שבאו עדים לא בטל הוכחה זו וכבר כמו כן בכמה מן הראשונים בכתובות עיין מאירי ריש פרק ב' דכתובות שכן משמע].

ולי נראה להציע סברא אחרת שלא נכנס לכל המחלוקות אם מיגו זה כח הטענה או ראייה אלא ראיית סברא של הגהות ברוך טעם ששני הצדדים של מודה בשטר שכתבו וטוען פרעתי או אשה שאמרה גרושה אני חלוק מפטור לפטור² כי כל פעם אני חושש שהוא ראה שיש עדים אז הוא בא מהר לב"ד לעשות פה שאסר כדי שיאמינו לו אז ב"ד לא מאמינים לפה שאסר אבל כאן מפטור לפטור אם היה יודע שיש עדים אז מלכתחילה היה טוען את הטענה השניה שעל זה אין עדים רק על טענה ראשונה ומזה שאומר טענה ראשונה זה אומר שהוא אומר אמת וצריך להאמינו ומיגו זה רק מסלק את חשש משקר.

ולפי הצד שטוען חוזר וטוען זה לא משום הודאת בעל דין אלא משום דאין תועלת בדין מאי שנא מפטור לפטור שיכולים לחזור ולטעון יכולים להגיד כהנתיבות שבטענת פטור לא דייק אם כן רואים את התועלת הוא לא מכלל כל כך בב"ד כי לא דייק או שנגיד שגם הם למדו שיש עוד חשש משקר ולפי זה המיגו רק מסלק את חשש משקר.

מחלוקת הרמ"ה ור"י מיגאש

כל הסברות שהבאנו זה לר"י מיגאש ובמה פליגי אם באו עדים אם יכולים לחזור ולטעון אפילו באו עדים לכאורה שנחלקו בגדרי מיגו אבל לפי דברינו לא נחלקו בגדרי מיגו אלא לכו"ע המיגו מסלק את הריעותא של חשש משקר אלא נחלקו בגדר טוען חוזר וטוען מפטור לפטור אם זה כחדא טענה או לא הר"י

מיגאש לומד שהמיגו עושה כאן לחדא טענה ובגלל זה אפילו באו עדים אבל זה כמו טענה ראשונה אבל הרמ"ה לומד שזה שני טענות ובגלל זה נגד עדים לא אמרינן מיגו.

ולפי דברינו אפשר ליישב את קושיית הגר"ח מטעלו שהקשה למה בטוען מאבותי שלא לקחו מאבותיך אינו נאמן במיגו שהיה יכול לטעון מאבותי שלקחו מאבותיך אפשר לתרץ כי זה מיגו נגד הודאת בעל דין ולפי מהלך השני שאין בעיה של טוען חוזר וטוען זה משום הודאת בעל דין אלא עצם טוען חוזר וטוען תועלת בדין אם כמו בכל טענה לא יכולים מיגו זה גם מזכות טענה והוא כבר אין זכות הטענה משום תועלת הדין, ואין להקשות מן הר"י מיגאש למה יכולים לחזור ולטעון משום מיגו כי שמה לעדים יש זכות טענה משום טעמים הנ"ל.

דעת הריטב"א בסוגין

לריטב"א יש פה שני חידושים¹. שאם יצא חוץ לב"ד באמצע הדין תורה וחזר לב"ד חישנין לטענתיה לגמרה זה גם מפטור לפטור עיין רמב"ם שחולק וסובר שמפטור לפטור אפילו אם חישנין לטענתיה אגמריה אפשר לחזור ולטעון וצ"ב מהו דעת הריטב"א אם זהו הודאת בעל דין לא שייך הודאת בעל דין מפטור לפטור כמו שכתב הקצות אבל נראה לי להציע פשט לריטב"א שאולי לומד שהבעיה של טוען חוזר וטוען זה משום תועלת הדין אולי אפילו שכתבנו שהסברא שמפטור לפטור זה הטעם כמו שכתב

² יש קצת לדון על הסברא של ברוך טעם שהוא יודע שיש עדים וזה סברא אבל צריך יותר להעמיק.

הנתיבות שלא דייק אולי זה שיצא מב"ד רואים שדייק מאה אחוז והוא סתם רוצה להחליף את הטענות לא נותנים לו וזהו חשש טענתיה אגמריה.

2. שאם אדם טען אפילו מפטור לפטור אם היה חיוב באמצע הטענה הראשונה אין גדר של טוען חוזר וטוען כגון דידך הוא ומינך זבנתיה וחזר וטען מפלוני זבנתיה ושלו הייתה וכן מי שאומר הלווייתי ופרעתיך וחזר וטען לא הלוותני כיון דעצם הטענה שכן יש חיוב

לא מקבלים את זה לטענת הפטור אע"פ שבא לפטור עצמו רואים דלא כהקצות כי לא נתקבלה עדיין הודאתו ולא כר"י מיגאש לכאורה למד הריטב"א כיון דהטענה הוא שלוח אפילו שלא רוצה להתחייב אין צריך להתחייב כי יש לו נאמנות על מעשה והוא התחייב בטענה שהוא לוה והראשונים חלוקים על זה משום דסברו כי כל זמן שהוא בא לפטור עצמו לא מראה שרוצה לחייב ולא יכולים לחלק את הטענה.

האם אדם דלא מגלה טענותיו לב"ד זה בהודאה מפורשת או לא

אישתעי מילי אבראי הגמ' מביאה ציור שנהרדעי מודה לעולא שטוען חוזר וטוען כגון דהיה חוץ לב"ד ונטענו ביניהם והודה ואח"כ באו לב"ד וטען אחרת יש סברא שאדם מעיד רק לב"ד טענותיו ובגלל זה הוא יכול לחזור ולטעון וצ"ב באיזה הודאה אנו מדברים מחוץ לב"ד.

הרשב"ם ד"ה ומודו נמי נהרדעי כתב שאפילו עוקר טענותיו הראשונות אע"פ כן טוען חוזר וטוען [וקשה על הרשב"ם למה אומרת הגמ' לשון ומודו נהרדעי הרי זה גם חידוש לפי עולא משום דעוקר את טענות הראשונות ודו"ק]. הרבינו יונה חולק על הרשב"ם וסובר שאם עוקר טענותיו הראשונות לגמרי אין טוען חוזר וטוען אלא במכחישו קצת וחזר וטען בב"ד חוזר וטוען שמה מודים נהרדעי לעולא ואומר הרבינו יונה שאפילו טענת משטה אני בכך לא יעזור [אפילו לא אמר אתם עדיי] ומהני הודאתו עד כדי כך.

וצ"ב במאי פליגי ואיך חל הודאה חוץ לב"ד אפילו בלא אמר אתם עדיי, הרבינו יונה מדמה את זה לכל אומר לא לווייתי כאילו אומר לא פרעתי בשו"ע סימן ע"ט סעיף א' כתב טוענו מנה הלווייתיך וכבר בב"ד אומר לא היו דברים מעולם ואח"כ באו עדים שלווה ממנו ופרע הרי זה חייב לשלם הרי שהמחבר פסק שטענת לא לוותי לא חשוב הודאה שלא פרע אלא בב"ד, וכתב הבאר הגולה שהמקור זה מסוגייתנו שלא שייך הודאה מתוך כפירה אלא מחוץ לב"ד משום דעביד איניש דלא מגליה טענתיה אלא בב"ד כשיטת הרשב"ם [לכאורה נראה שזה לא כשיטת הרשב"ם וכדיתבאר להלן].

וכן בסימן פ' חזר המחבר על פסק זה בענין [כל דינים של טוען חוזר וטוען אם ציור שעולא מודי לנהרדעי ונהרדעי מודה לעולא] ופסק כרשב"ם אבל בסימן קמ"ו סעיף כ"ד הביא שני השיטות [והט"ז בסי' ע"ט כתב שהעיקר

לדינא הוא כשיטת הרבינו יונה אולם לא נראה כן מהפוסקים].

והנה הגרעק"א (קמא ס קמט מובא בפתחי תשובה סי' ע"ט סק"א) חקר באמירת כל האומר לא לווייתי כאילו אומר לא פרעתי האם הכוונה שבזה שאומר לא לווייתי נכלל בדבריו שלא פרע זה עצם הדבר שמודה שלא פרע או הכוונה היא שטענת לא לווייתי לבד אין אנו רואים שלא פרע והסיבה שאנו כן רואים את לא לווייתי שלא פרע דאם הוא כן פרע היה לו לומר את האמת שהוא פרע ומזה שהוא אומר שלא לווה רואים מדבריו שזהו הטענה שהוא רוצה לפטור עצמו ולא משום טענת פרעתי [ולא חשוב הודאה אלא מתוך שלא פטר נפשיה בקושטא].

ונפק"מ לדינא אי הוציא חבירו שטר שכתוב בו נאמנות שכתב בשטר שהוא נותן הנאמנות לבעל השטר שלא יהיה נאמן אפילו במיגו והוא טוען שלא לווה והשטר מזויף, שבזה שאם היה מודה שהשטר אמת לא היה יכול לטעון שפרע שהוא אינו נאמן לטעון פרעתי, אפילו במיגו כיון שכתב לו נאמנות, ושוב באו עדים שלווה ופרע שאם נאמר מהודאה הוא מעצם דבריו שכתב שלא לווה שבזה נכלל שלא פרע הרי למעשה אמר שלא לווה וכלל בזה שלא פרע הגם שטען שלא לווה, כיון שלא היה יכול לפטור עצמו בענין אחר, אבל אם כל ההודאה זה רק משום שהיה לו לטעון פרעתי ובזה שלא טען פרעתי, ורק טען שלא לווה משמע מדבריו שאין לו פטור אחר, רק משום שלא לווה אבל כאופן זה שלא היה יכול לפטור עצמו בענין אחר אין בו הודאה וכו'.

כתב אבי עזרי (טוען ונטען פ"ו ה"ג) שלפי דעת הרבינו יונה מוכח שסבר כצד של רעק"א שעצם לא לווייתי זה הודאה שהוא לא פרע, ולא משום הוכחה דלא פטר נפשיה בקושטא, שהרי לא שייך לומר כן רק בב"ד, אבל חוץ לב"ד אין מקום להקשות למה לא פטר נפשיה בקושטא שהרי אינו רוצה לגלות טענותיו חוץ לב"ד, ורק משום דנקט שהוי ממש כמו מאמר שלא פרע לכן נקט שאפילו חוץ לב"ד כיון שהודה הרי זה הודאה.

והנה מעיקר דברי הגמרא שאמר שעביד איניש דלא מגלי טענותיו מחוץ לב"ד שאמר שלולי סברת זו היה חשוב הודאה, אין ראייה לומר שאינו מטעם שהיה לו שפטר עצמו בקושטא שלולי סברת הגמרא שאין אדם מגלי טענותיו חוץ לב"ד היה שייך האי סברא שהיה לו לומר טענותיו לפטור עצמו בקושטא מחוץ לב"ד אבל כיון שאמרו שאין אדם מגלה טענותיו חוץ לב"ד ואעפ"כ נקט רבינו יונה שחשיב הודאה זה מוכח שסיבת הודאה אינו מדלא פטר נפשיה בקושטא אלא משום שהוא חשוב הודאה מפורשת.

אולם נראה שאין ראייה מדברי הרשב"ם שכתב שלא מהני הודאה כזה מחוץ לב"ד לומר שאינו הודאה מפורשת ואינו אלא בנוי מדלא פטר נפשיה בקושטא [כדמשמע לפום ריהטא מדברי האבי עזרי], שיש לומר שדעת הרשב"ם שזה הודאה הוא כמו שבהודאה מפורשת צריך לומר אתם עד"י ואי לאו יכול לומר משטה אני בך, כמו כן דעת הרשב"ם בטענת פטור לעולם הוא משטה בו כדי שלא ידע השני טענתו, ולכן יכול לומר שהוא חשוב

הודאה מפורשת [ואפילו אם לא היה יכול לפטור את עצמו בקושטא חשיב הודאה כמסקנת רעק"א] ואעפ"כ כיון שאמר הודאתו לפטור עצמו מחוץ לב"ד לא חשוב הודאה שאינו רוצה לגלות טענותיו וכלשון הרמ"ה שהוא משטה בו.

והנה דעת הרא"ש (סימן י') הוא כמכריע בין הרבינו יונה לרשב"ם שכתב כהרשב"ם שאפילו כשאמר ולא של אבותיך יכול לחזור בו אם אמר כן מחוץ לב"ד כדעת הרשב"ם, אולם אם אמר אתם עדיי מהני, והגם שלא שייך כאן משטה כמו שטען רבינו יונה אעפ"כ יש סווג אחר של טענה שאינו רוצה לגלות טענותיו, אבל אם אמר אתם עדיי הרי החשיב דבריו גם מחוץ לב"ד כן נפסק בשו"ע (סי' ע"ט סעיף ט') אולם מדעת הרשב"ם לא נראה שנקט כדעת הרא"ש שהרי כתב בד"ה דלא מגלי טענתיה וז"ל והני מילי טענות בעלמא אבל טען בפירוש בפני עדים חוץ לב"ד חייב אני מנה לפלוני הרי הודה לו ושוב אינו יכול לכפור בב"ד והרי גם שהודה בפירוש צריך לומר אתם עדיי, ומבואר ברשב"ם שרק בהודאה בפירוש מהני אתם עדיי אבל בטענת ולא של אבותיך אפילו אם אמר אתם עדיי לא מהני [ואולי מזה יש לדייק קצת משמעות דברי האבי עזרי אולם אין ראיה כנ"ל שיש לומר שדעת הרשב"ם שאפילו אם אמר אתם עדיי שייך בו טענת משטה בהודאת פטור].

דרך אגב ביסוד הגדול של רעק"א (קמ"א ס' קמ"ט) שכתב שהגם שאמרו באחד שאמר לא לויתי או כשאמר לא לויתי ולא פרעתי ובאו עדים שלווה ופרע שהוא חייב שמקבלים את

העדות לעניין הלוואה אבל לעניין מה שקם אומרים שפרע הרי הודאה נגדם וחייב לשלם אבל באופן שאין עדים מעידים כלל על ההלוואה אלא מעידים שראו שפרע החוב אין אומרים בזה שיש עדים שלווה ופרע שהרי אין אדם פורע אלא א"כ לווה וכיון שהודה שלא פרע יתחייב על פי העדים שיודעים שלווה שאם נקבל את העדים שפרע הרי הוא פטור ואין לבנות על ידיעה זו אם אין מקבלים את הידיעה.

והיינו שמי שאמר שלא לווה הרי הוא יודע בין אם לווה ובין אם פרע ולכן שאמר שלא לווה נכלל בדיבורו שהוא יודע שלא פרע אבל עדים שבאמת אינם יודעים שלא לווה נכלל בדיבורו שהוא יודע שלא פרע אבל עדים שבאמת אינם יודעים שלווה ורק יודעים שפרע בזה אי אפשר לחלק שאם נקבל שפרע הרי הוא פטור ואם לא נקבל א"כ לא יהיה לנו ידיעה שלווה ואי אפשר לבנות הודאה של ידיעה כשאין מקבלים ידיעה:

לסיכום:

מהו חסרון טוען חוזר וטוען:

לפי הרשב"ם הודאת בעל דין וחשש משקר וכן דעת הר"י מיגאש.

לפי הרמ"ה רק הודאת בעל דין.

לפי הרמב"ן תועלת בדין.

בדין מפטור לפטור:

לפי הר"י מיגאש חוזר מפטור לפטור משום מיגו אפילו באו עדים אח"כ.

לפי הרמ"ה חוזר רק אם לא באו עדים.



ר'יבון שמערתתא בבא בתרא

לפי הרבינו יונה רק אם מכחישו קצת.	לפי הריטב"א רק אם בטענה עצמו זה רק
ולפי הרא"ש כרשב"ם רק אם לא אמר אתם	לפטור ולא נשמע שום חיוב מטענתם.
עדיי.	ויש ראשונים שסוברים שלא חוזרים מפטור
ולפי האבי עזרי לא מוכח שאפילו אמר אתם	לפטור.
עדיי לפי הרשב"ם.	האם אדם דלא מגלה טענותיו רק לב"ד זה
ולפי הרמ"ה כל הזמן הוא משטה בו.	בהודאה מפורשת או לא:
	לפי הרשב"ם אפילו בהודאה מפורשת אפילו
	אם אמר אתם עדיי.



ליבון שמערתתא בבא בתרא

הבה"ח שמעון הלל מרק הי"ו

דף לב:

שיטת הרשב"ם בסוגית שטרא זייפא

ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבנתיה והא שטרא אמר ליה שטרא זייפא הוא, גחין לחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוי לי ואירכס, אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר ליה שטרא מעליא הוא, אמר ליה רב יוסף אמאי סמכת האי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא.

לבנות עליו מיגו, והנראה בזה יסוד גדול שישדו האחרונים שבמיגו של מה לו לשקר שיש לו ראיה אינה ראיה גמורה לסמוך עליו, ובעינן נמי לכח הטענה דגדרו הוא דבכל טוען ונטען שבאים לב"ד וזוכה ע"י טענתו הוא משום זכות שיש לו בטענתו, ואינו משום נאמנות דהרי הוא הבע"ד עצמו ולפיכך כל שיש לו זכות לזכות בממון ע"י טענה הוי כמו מוחזק בממון שיש לו צד חזק בממון זה, ואע"פ שלא טען עדיין נעשה הצד שלו חזק בדין, ואינו צריך לטעון הטענה שיכול לזכות ע"י בדין אלא אף כשטוען טענות חלשות יותר נאמן ולפי"ז יש לבאר דכל זה שנאמן הוא משום דבטענה הראשונה היה יכול לזכות אבל אם בטענה הראשונה היה זוכה רק מכח השטר או העדים א"כ אינו יכול לזכות בטענה השניה כשהוכחש השטר או העדים דעכשיו אין לו הכח הנאמנות של הטענה הראשונה, וביארו בגמ' דאמאי קא סמכת אהאי שטרא דכל הנאמנות של הטענה הראשונה היה ע"י שטר, והאי שטרא חספא בעלמא הוא כיון שהוכחש ע"י הודאתו והוי כמיגו במקום עדים, וא"כ אין לנו לבנות עליו מיגו שעכשיו אין לו את הנאמנות של הטענה הראשונה.

וסברת רב יוסף צריכה ביאור דהרי סוכ"ס יש לו ראיה ממה דהיה יכול לשתוק ולא להודות שהשטר מזויף ונאמן כמו כל מיגו.

וברשב"ם ביאר דסמך ע"ז השטר מפני שלא החזיק שני חזקה, והאי שטרא חספא בעלמא מפני שהודה שהשטר מזויף והוי כמיגו במקום עדים, ואילו באו עדים שהשטר פסול אין לו מיגו, והודאת בע"ד כמאה עדים דמי.

וביאר דבכל מיגו נאמן מפני ששני הטענות יכולות להיות אמת אותה שהוא טוען ואותה שהוא היה יכול לטעון ולא טען, וכתב ע"ז הרמב"ן איני מבין דבריו, וברשב"א וכן בפסקי הרי"ד תמהו עליו דאין לך מיגו מעולה הימנו, דהרי הוא זה שפוסל את השטר ובלא הודאתו היה השטר כשר, והוי כמו שאמר מפלניא זבינתיה דזבנא מינך קמאי ידי במיגו דמינך זבינתא שהוא זה שמכחיש את טענת מינך זבינתא כיון שטוען מפלניא זבנתא, ואמרינן מיגו בכי האי גוונא.

בריטב"א מביא מיש מפרשים וכותב שזה הפי' נכון מכולם, דכיון שנתברר לנו שאותה טענה שהיה יכול לטעון היא שקר גמור כגון זה שנתברר לנו שהשטר מזויף ושקר אין לנו

ולפי"ז יש לבאר החילוק בין מיגו זה לכל מיגו שבש"ס דבכל מיגו הסיבה שנאמן הוא מפני שיש לו טענה טובה לטוען ובוחר לטעון הטענה הגרועה, ונמצא שכל הסיבה שיש בידו כח הטענה הוא מפני שיכול לטעון טענות, ואף דכשטוען הטענה השניה נתברר שהטענה הראשונה אינה יכולה אבל הסיבה שהיה שנאמינו נשאר שהרי היה יכול לטעון טענות משא"כ כשכל כחו בטענתו נבנה ע"י השטר או עדים ומודה שאין לו שטר א"כ נמצא שאין בידו טענה כלל לטעון שכשבא לטעון נחשב לטענה מחמת השטר ומסיבה זו היה נאמן, וכשנתברר שאין לו שטר א"כ לא היה בידו כח לטעון טענות.

ועוד יש לבאר בדרך אחרת דבכל מיגו יש לו זכות לטעון טענה קיימת, משא"כ כאן בשטרא זיפא נתברר שכל טענתו היא טענת שקר שהוא ייצר דהוי כמו שיש לו טענה שיכול להביא עדים שקרנים, שעל טענה זו אין בונים מיגו, ואין לו בו כח נאמנות שאינו נקרא כלל טענה, שב"ד אינם רואים כלל שיש לו זכות טענות.

[ומסברא זו מצינו לנכון בביאור דברי ר"י (בתוד"ה אמאי) שכתב שהכא ליכא מיגו לר' יוסף דלית ליה הכא מיגו אא"כ שיקר תחילה שהוצרך לשקר תחילה, ולפום ריהטא נראה דהוא חיסרון במה לו לשקר שבאדם ששיקר תחילה אין לו הראיה של מה לו לשקר וכן כתב הרמה (מ"ז) דהכא ליכא מיגו דאנן סהדי ששיקר, וכן חוששים שטענתו עכשיו הוא ג"כ משקר [ועוד שלא מצינו חוטא נשכר] אך יש לדקדק בלשון התוס' שכתב שהוצרך לשקר

תחילה ולא פי' ששיקר תחילה כמו שכתב תוס' בב"מ (ב. ד"ה וזה נוטל רביע), ובחידושי ר"נ (קמ"ז) דייק מזה דתוס' כאן מבואר שיש חיסרון בכח הטענה, וביאורו ברבינו יונה מביא י"מ דאין כאן מיגו דמיגו אמרינן כשבא לב"ד ובתחילת הדין יש לו כח המיגו מבלי שיצטרך לטעון טענת שקר וזיוף והיינו כנ"ל דנאמנות בכח הטענה אנו אומרים רק כשיש לו טענה אבל כשהוא עצמו מייצר את הטענה אין אנו נותנים לו כח נאמנות].

ובנמוקי יוסף נראה באופן אחר קצת שהקשה לדעת הרשב"ם מאי שנא האי מיגו מכל מיגו, ותי' דהאי מיגו הוי דמיא טפי למיגו במקום עדים כיון שהודה ממש בפיו, ומדמחלק באופן אחר נראה דלמד דכל שיש בטענה הראשונה שקר, כגון כאן שהודה שהשטר מזויף, אינו יכול לבנות עליו מיגו, דנמצא שאין בטענה הראשונה כח נאמנות שיאמינו על הטענה השניה שטוען עכשיו, ובביאור החילוק בין מיגו זה לכל מיגו, נראה דכשהמיגו בתוך טענתו הוי טענתו טענת פטור, וא"א לחייב מדין הודאת בע"ד כשבא בטענת פטור, והביאור בזה נראה דהרי עיקר הדין של הודאת בע"ד הוא שבא לחייב את עצמו, ולא שיש בב"ד בירור מה היה המעשה, וא"כ י"ל דהיכא שבא לפטור עצמו ומתוך טענתו נתחייב לא חל ההודאת בע"ד, וכשאומר אין שטרא זיפא הוא הוי הודאה שמחייבתו, (וסברא זו מצינו כבר בסוגיא דטוען חוזר וטוען) וברי"ד הקשה עוד מהמשנה בכתובות דהאומר שדה זו שלך הייתה ולקחתיה דנאמן אע"פ שהודה ששדה זו שלך היא ואי נימא דדין הפשא"ס הוא הפשה"ת חלוק מדין מיגו

אזי פשוט דאפי' שהודה והוי כנגד עדים מ"מ יסוד דין פשא"ס שאנו מוכרחים לקבל ג"כ ההיתר, ולכך נאמן, דהיינו אי מוכרחים לקבל ההיתר משום דאנו מקבלים מפיו את האסור א"כ אין הנאמנות משום הטענה הראשונה אלא משום דאי מקבלים האסור צריכים אנו לקבל את ההיתר.

אך יל"ע דהרי לדעת תוס' וכן משמע מפשטות הגמ' בכתובות דהפשא"ס הוי מדין מיגו וא"כ כאן יש הודאה שמכחשת טענתו הראשונה, ולכאורה י"ל בדרך אפשר דכל זה שאמרנו דכשבטל הטענה הראשונה בטל המיגו הוא רק בטענה, משא"כ כאן בפשא"ס דמתחילה לא זכה מכח טענה דבאופן ששותק או בטענת שמא הקרקע נשאר בחזקתו אזי אין אומרים דכשבטל הסיבה הראשונה בטל המיגו, די"ל דלא שייך כאן כלל כח הטענה באופן שאין בזכייתו הראשונה טענה כלל ויל"ד.

[והטעם דכאן אין פשא"ס, ביאור בחי' ר"נ דבכל פשא"ס נאמן משום שנשאר בטענתו הראשונה דהיינו שפשא"ס בנוי ע"ז שמגביל הודאתו דנחשב כמו שלא אמר כלום, דכשאומר שלך הייתה ולקחתיה אנו נוקטים דנשאר על המצב הקודם, אבל כאן כשאומר מינך זבינתיה והא שטרא נאמן מדין השטר, ועכשיו כשטוען שטרא מעליא הוי לי ואירכס בא בטענת מיגו וע"ז אין מועיל מיגו].

עוד דרך מצאנו בביאור הרשב"ם, הרא"ש מביא את פי' הרשב"ם ומוסיף דהרשב"ם מחשב מינך זבינתא והא שטרא חד טענה מכיון דאין לו כח בקרקע רק ע"י השטר נחשב והא שטרא לחלק מהטענה, וכשהודה שזה

שטרא זייפא הוי כאילו עדים מבטלים אותו, והרא"ש חולק ע"ז דהא שטרא הוי רק ראייה וטענתו יכול לקיים ג"כ מיגו וההודאה אינה מכחשת את טענתו ודעת הרא"ש צ"ב דהרי הוא בא בטענה אחרת ונאמן מטעם מיגו, ונראה שס"ל שאינו יכול לבוא בטענה אחרת כיון דאיכא חסרון של טוען חוזר וטוען כתוס', וסבירא ליה דע"י המיגו יכול לקיים טענתו הראשונה דבא לתרץ את הטענה דוהא שטרא היינו שטרא מעליא הוי לי ואירכס, וע"ז מבאר הרא"ש דאינו יכול דהוי מיגו נגד עדים, ויש לבאר בב' דרכים.

א'. דכמו שמצינו שנחלקו רבה ואבבי אי אמרינן מיגו נגד עדים, לדעת רבה שאומרים היינו משום דמקיימים ומתריצים דבריו הראשונים, ודעת אבבי שחולק משום דס"ל דאי טענתו הוכחש ע"י עדים אין ב"ד רואים כלל את המיגו דטענתו אינה נשמעת ולכן לדעת הרשב"ם דוהא שטרא הוי חלק מטענתו נחשב שהוכחש ע"י עדים הודאתו, וא"כ אין כאן כלל טענה לקיימו ולתמצו, ומשא"כ לדעת הרא"ש שוהא שטרא אינו אלא ראייה א"כ לא הוכחש כלל ע"י הודאתו.

ב'. דבטענה שאינה נאמנת ע"י עצמה ובעינן נמי לכח שטר או עדים, א"כ כל זמן שאין לו שטר או עדים אינה נחשבת לטענה כלל, וע"ז קאמר הרשב"ם שוהא שטרא הוי חלק מטענתו וזהו משום שהוא עצמו טענו ביחד לחזק ולקיים טענתו ולכן נחשב לחד טענה ולכן באופן שהוכחש ע"י הודאתו חלק מטענתו דהיינו והא שטרא דהוי שטרא זייפא, א"כ אין כאן כלל טענה שע"ז יכול ב"ד לתרץ

ר' יבון שמערתא בבא בתרא

את טענתו שטען עכשיו ע"י מיגו, והרא"ש
סובר דהא שטרא הוי רק ראייה וב"ד מקיימים
את טענתו דמינך זבינתא.

הר"י בתוס' מפרש מח' ר"י ורבה, דר' יוסף
סובר דכאן אין לו מה לו לשקר מכיון דהוי
טוען וחוזר וטוען, ובקוב"ש הקשה דכל זמן
שלא באו עדים לחייבו יכול לחזור מטענתו
דהוי חוזר מפטור לפטור, ויש שתירצו ע"פ
הרע"א שמביא מהמרח"ש אם בתובע יכול
ג"כ לחזור מפטור לפטור, דכשתובע מסתבר
שאינו יכול כיון שצריך לדקדק בטענתו
ובביאור מח' ר' יוסף ורבה י"ל דפליגו בסברת

הרשב"ם והרא"ש דאי נימא דוהא שטרא הוי
חד טענה עם מינך זבינתא הוי חוזר וטוען
ומשא"כ להרא"ש דוהא שטרא הוי רק ראייה
י"ל דאינו חוזר וטוען דמינך זבינתא הוי טענת
אמת ורק מביא ראייה אחרת.

ועוד י"ל דפליגי מיהו התובע [ובקרקע מצינו
כבר שנחלקו בזה הט"ז והקצות (ק"מ-ו)
דהט"ז סבירה ליה דהמחזיק הוי תובע והקצות
סובר דהמערער הוא התובע, ובחי' ר' ראובן
בכתובות סי' ט"ז כתב דתמיד המערער
המר"ק הוא התובע]:



הבה"ח יחזקאל שוורץ הי"ו

דף לב:

בהא דלא אזלינן בתר חזקת מר"ק בספיקא דדינא

א. תוד"ה והלכתא בא"ד. התם הוי תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקמינן ארעא בחזקת מר"ק אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן התם לא שייך כולי האי למימר אוקמה ארעא אחזקת מר"ק ונוציא מיד המוחזק ודוחק הוא.

הוצרכו להוסיף דהתם הוי תו"ת וכמאן דליתא.

ואין לומר דא"נ, אך אין כוונת התוס' לבאר בזה דכיון דהוי ספיקא דרבנן לכך אזלינן בתר חזקה, אלא אגב אורחא דאירינן בתו"ת הוסיפו לומר אליבא דאמת דהוי ספיקא דרבנן וכמאן דליתנהו דמי וכשיטת התוס' בכ"ד אך אין זה הטעם כלל וכלל, דא"כ מאי קאמרו התוס' בתחילת דבריהם וצריך לדחוק ולפרש 'ולחלק' בין תרי ותרי לספיקא דדינא כו', דהא להנ"ל כלל לא ביארו שום 'חילוק' בין ספיקא דתו"ת לספיקא דדינא, ורק כתבו דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמא אחזקת מר"ק, אך לא כתבו 'חילוק'.

ב. ועוד יש לדקדק, במה שסיימו 'דלא שייך כ"כ לאוקמא אחזקת מר"ק ונוציא מיד המוחזק', דהא להנ"ל אין הסיבה כלל וכלל 'בהוצאה' שאי אפשר להוציא, אלא 'הסיבה' הוא שאי אפשר להכריע הספק 'וממילא' אי אפשר להוציא, ומרהיטות לשון התוס' משמע קצת דכוונתם 'דהסיבה' הוא משום ההוצאה.

ג. עוד קשה [וכן הקשה באו"ש (טו"נ פט"ו ה"ט)], ועיי"ש שמחמת האי קושיא ביאר כוונת התוס' באופ"א], דהא הכא גופא דספיקא הוא

עיין בשו"ת רעק"א (סימן ל"ז ד"ה ויש לעשות) שביאר הטעם, דיסוד חזקת מר"ק הוא מדין חזקה דמעיקרא וכחזקת היתר ואיסור, וא"כ זה שייך רק בספק במציאות, אך בספיקא דדינא לא שייך להכריע שם הדין ע"י חזקה, ועיי"ש לעיל מיניה (ד"ה והנה יש לצדד) שהביא כן מהמשנה למלך (הלכות טומאת צרעת פ"ב ה"א) שג"כ כתב כן דמשום חזקה לא ישתנה הדין, עיי"ש.

ובמש"כ התוס' דדוחק הוא עיי"ש (ד"ה באופן) שביאר דהתוס' ס"ל דאף בספיקא דדינא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא.

ב. אמנם לכשנעייין בלשון התוס' יש לדקדק לפי דבריו כמה דקדוקים:

א. מש"כ 'דהתם בנכסי דבר שטיא הוי תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקמינן אחזקת מר"ק', דהא לדבריו דרק בספיקא דדינא לא אזלינן בתר חזקה, משום דאי אפשר להכריע דין ע"י חזקה, א"כ התם בנכסי דבר שטיא לא קאתינן להכריע הדין, אלא גופא דעובדא קא מספקא לן - אם היה שוטה בשעת מכירה או לאו, וא"כ אף אי נימא דתו"ת כמאן דאיתא נמי הוי מוקמינן אחזקת מר"ק, וא"כ למאי

אם זבנה להאי ארעא או לאו, וכל מחלקותם דרבה ורב יוסף הוא אם איכא 'ראיה' שזבנה, אך הספק הוא אם זבנה, וא"כ מדוע אי אפשר לומר שנכריע המציאות שלא זבנה וכפי שהיה מעיקרא.

ד. ובכלל יש לעיין לפי מה שנקטו כמה מגדולי האחרונים [עיין שב שמעתא (שמעתא ו פרק כ"ב), חידושי הגרש"ש (כתובות ט. ד"ה אמנם נ"ל), קוב"ש (ב"ב אות ע"ח), ועיין עוד שו"ת רעק"א (מהדו"ק סימן קל"ו)] דדין חזקה דמעיקרא הוא אינו הכרעה ובירור המציאות, אלא הוא דין הנהגה, שיש לנו לנהוג כפי שנהגנו עד עתה, דלפי"ז מסתבר יותר דאף בספיקא דדינא שייך לילך אחר חזקה דמעיקרא, דמאחר שעד עתה נהגנו שהקרקע של המר"ק, אף עתה עלינו לנהוג כן, ורק אי חזקה דמעיקרא הוי דין הכרעה אז מסתבר שאין להכריע ע"י כן ספיקא דדינא ולילך בתר חזקה דמעיקרא, אך בהנהגה לכאורה שפיר שייך, וא"כ לפי"ד איך יפרשו הנ"ל.

ה. וכן יש לעיין לפי מה שנקטו כמה מן האחרונים דדין חזקת מר"ק אינה מדין חזקה דמעיקרא, אלא מדין 'מוחזק', דמאחר שעד עתה הוא היה הידוע כבעלים שוב על הרוצה לומר לא כן להביא ראיה [עיין קונטרס הספיקות (פ"א ה"ה), שערי יושר (שער ה פרק י"ד עיי"ש באריכות), וקוב"ש (ח"ב סימן ח וב"ב אות קל"ו)], וא"כ לפי"ז גם לא שייך הנ"ל, דהא אין אנו באים כלל להכריע הדין, אלא מאחר שהוא מוחזק על המוציא להביא ראיה שהדין עמו דהממע"ה, וא"כ איך יפרשו הם דברי התוס'.

והיה ניתן לתרץ דאח"כ, דמחמת האי טעמא גופא דס"ל להתוס' דחזקה דמעיקרא הוי הנהגה, או דחזקת מר"ק הוי דין מוחזק, לכך כתבו דהוי דוחק, ובאמת י"ל דבזה פליגי הרשב"ם ותוס' [ועיין קהילות יעקב (סימן כ"ג) שכן ביאר], אך אין נראה כן, חדא, דנמצא א"כ שכל דברי רבותינו האחרונים הנ"ל במחלוקת התוס' והרשב"ם היא שנויה. ועוד, דאם זהו כוונת התוס' במש"כ 'ודוחק הוא' א"כ לא הו"ל לסתום אלא לפרש, ומזה דסתמו ולא פירשו נראה יותר דפליגי ארשב"ם בסברא דמילתא ולא בדינא.

ג. ולכן לולא דברי הני גדולים היה נראה לבאר האי עניינא באופן אחר, דכשאיכא ספיקא דדינא משום פלוגתא דרבוותא לא חשיב ספק כ"כ, ד'ספק' היינו דמספקא לן בין ב' צדדים ואיזה מן הצדדים הוא הנכון, וכמו במחליף פרה בחמור, דאנו מסופקים בדורא דממונא אם עד שלא מכרה ילדה או משמכרה ילדה, שאנו מסופקים איזה מן הצדדים הוא הנכון, ולכך מקשינן בגמ' (ב"מ ק.) דנוקמיה אחזקת מר"ק וליהוי אידך הממע"ה, אך בספיקא דדינא אין זה ב' צדדים מסופקים, אלא ב' צדדים ודאים, דהא כל צד מצד עצמו הוי ודאי, דמה שרבה ס"ל דאיכא מיגו הוי סיבה ודאית לפסוק דזבנה, וכן מה דס"ל לרב יוסף דלא מהני מיגו הוא ג"כ סיבה ודאית מצד עצמו לפסוק דלא זבנה, אלא דמאחר דאיכא לפנינו ב' סיבות ודאיות לכאן ולכאן אנו מסופקים איזה מן הסיבה הודאית היא הנכונה, אך שורש הספק הוא ע"י סיבות ודאיות.

ולפ"ז נראה לבאר עניינא דא, דמאחר והוי ב' סיבות ודאיות נמצא א"כ שלתופס יש סיבה ודאית דהוי שלו, וא"כ בכה"ג לא שייך להוציא ממנו, מאחר דאין להוציא מיד מי שיש סיבה ודאית דהוי שלו, דאיך נוציא ממנו וניתן למר"ק בעוד שיש סיבה ודאית דהוי שלו, ובכה"ג אין לאוקמא אחזקת מר"ק, דכל מה שיש כח ביד המר"ק להוציא מחזקת התפוס בו הוא רק כשהוי ספק, דבכה"ג דמאחר ואף לתופס אין סיבה ודאית דהוי שלו, א"כ במצב של ספק מאחר ולא ידעין למאן נייתי הדין הוא דמוקמינן ביד מי שהיה עד עתה, אך זה אי אפשר לעשות במקום שיש לפנינו סיבה ודאית דאינו שלו אלא של התפוס. ודו"ק.

והתוס' שכתבו דהוי דוחק סברו לא כן, וסברו דנהי דשורש הספק הוא סיבות ודאיות, אך מ"מ מאחר שיש לנו ב' סיבות ודאיות ולכן נסתפק לנו הדין, הוי כספק גרידא של סיבות מסופקות, דהא עתה מספקא לן מי מן האמוראים צודק.

ד. ולפ"ז מבואר מה שנתקשו לשיטת הרשב"ם מההוא דבר שטיא דהוי תו"ת ומקמינן אחזקה, דמאחר דאמרה תורה ע"פ שניים עדים יקום דבר, וא"כ יש לנו סיבה ודאית להאמין לכל כת, ואי"ז רק סיבה מסופקת, אלא הוי ב' סיבות ודאיות, ולכך הוקשה לתוס' למה התם מוקמינן אחזקה.

והא דבאמת לא מוקמינן אחזקה היינו דווקא משום דתו"ת כמאן דליתא [ולא כפי דרכו של הגרעק"א דמש"כ התוס' דהתם הוו תו"ת כמאן דליתא אינו הסיבה והטעם אלא רק אגב אורחא נקטוהו], והיינו שיש דין מיוחד בעדים

שאם מכחישים זה את זה כמאן דליכא שום עדות וא"כ שוב אין כאן כלל ספק וצדדים, דהא הוו כמאן דליכא כלל עדים, ולכך התם מוקמינן אחזקה.

ומבואר היטב מה שהוצרכו לומר דתו"ת כמאן דליתנהו דמי, דאי תו"ת כמאן דאיתא לא היה שייך לאוקמה אחזקת מר"ק, דהא הוי ב' סיבות ודאיות, ורק משום דכמאן דליתנהו שייך לאוקמה אחזקת מר"ק.

ובביאור האי דינא דכשמכחישים הוו כמאן דליתא י"ל דמאחר שמכחישים זה את זה וחד מיניהו משקר אי אפשר לקבל שום עדות כלל וכלל ואפילו לא בתורת ספק, דכל עדות שיש חשד גדול שמשקר אי אפשר לקבל עדותו.

עוד יש לבאר בזה, דהרי עיקר דין עדות הוא גזיה"כ וכפי שכתב הרמב"ם (פ"ז מיסודי התורה ה"ז, ושם פ"ח ה"ב עיי"ש) 'צוותנו התורה לדון על פי שני עדים אף על פי שאין אנו יודעים שמעידים אמת', וא"כ י"ל דכל הכח שנתנה התורה לעדים הוא רק לקיים דבר, וכלישנא דקרא (דברים יט טו): "על פי שנים עדים... יקום דבר", וא"כ בכה"ג בב' כיתות המכחישות זו את זו דאף אם נקבל עדותן לא נוכל להכריע ולקיים הדבר שהרי מכחישינן אלו את אלו, בכה"ג כלל לא נתנה התורה כח לעדים אף לא לאשווי ספק.

וחידוש גדול מצינו בשו"ת שואל ומשיב (מהדורא תליתא ח"א סימן שצ"ה ד"ה והנה לכאורה רציתי) דעדים שאי אפשר לקבל עדותם על דבר אחד שוב אי אפשר לקבל עדותם על שום דבר, כיון דבקרא כתיב דע"פ שניים עדים "יקום דבר" צריך להיות שיש

בכוחם לקיים כל דבר, עיי"ש. והנה זהו חידוש מופלג ביותר שצריך שיוכלו לקיים כל דבר ויש לעיין בזה, אך על דרך זה י"ל בנידו"ד אף בלא חידושו הגדול, דהא איהו קאמר אף דצריך שיוכלו לקיים כל דבר אף אמאי דלא קמסהדי, וזהו חידוש גדול ביותר, אך על זה הדרך י"ל דעכ"פ צריך שיוכלו לקיים את אשר הם מעידים, ופשוט.

ולפי"ז אתי שפיר מש"כ התוס' דצריך לדחוק ולפרש 'ולחלק', דלדברינו התוס' נחתו לבאר 'חילוק' בין ספיקא דדינא לספיקא דתו"ת, והחילוק הוא דבספיקא דתו"ת איכא דינא דהוי כמאן דליתא [או מחמת חשש משקר, או כיון דאינם יכולים "לקיים" הדבר], ולכך שייך לאוקמה אחזקת מר"ק האף שכל כת בעצם הוא סיבה ודאית, משא"כ בספיקא דדינא דליכא דינא דכמאן דליתא [משום דלא שייך כלל סברא דחשש משקר, דהא אין כאן כלל חשש משקר, ואלא דמספקין איזה סברא היא הנכונה, וכן ליכא דינא "דיקום" דבר, דהאי דינא הוי דין מיוחד רק בעדים], א"כ לא שייך לאוקמה אחזקת מר"ק כיון שיש סיבה ודאית דהוי של התופס.

ומדויק נמי לשון התוס' 'ונוציא מיד המוחזק', דכל הסברא הוא שאי אפשר להוציא מיד מי שתפוס שיש סיבה ודאית דהוי שלו, והיינו דהסיבה הוא משום 'ההוצאה', ולא שהסיבה הוא חסרון בדין החזקה דמר"ק ורק ממילא אי אפשר להוציא מיד המוחזק.

ולדרכנו כלל לא תקשה מה שהקשינו דהכא עיקר הספק הוא במציאות אי זבנה או לאו והספיקא דדינא הוא רק אם איכא ראייה ע"ז,

דהא מ"מ מאחר דאיכא סיבה ודאית דהוי של התופס א"כ כלל לא שייך לאוקמה אחזקת מר"ק כמבואר.

ולפי"ז מדויק נמי לשון התוס' 'אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן', דרק משום שיש ספק 'מי' מרבוותא צודק, ונמצא שיש ב' סיבות ודאיות, אך בספיקא דדינא שאינו ספיקא דרבוותא אלא מספקא לן גופא דדינא, התם נמי שייך לאוקמה אחזקת מר"ק, דהא ליכא ב' סיבות ודאיות, אלא יש לנו ב' צדדים לכאן ולכאן, והיינו רק ב' סיבות מסופקות, ולכך דייקו וכתבו דמספקא לן דינא 'כמאן' דרק משום דהוי ספיקא דדינא של סיבות ודאיות לא מוקמינן אחזקת מר"ק [שו"ר בקונטרס הספיקות (כלל ה אות ו) שכבר כתב האי דיוקא, והביא כן ממהור"א ששון עיי"ש].

ולפי"ז יש לבאר אף אי נימא דחזקה דמעיקרא הוי רק דין הנהגה ולא הכרעה, דמ"מ אין לנהוג כדמעיקרא נגד סיבה ודאית.

וכן יש לבאר אף אי נימא דחזקת מר"ק הוי דין מוחזק ולא חזקה דמעיקרא, דמ"מ אין להוציא מיד התופס וליתן למוחזק כשיש לתופס סיבה ודאית דהוי שלו.

ולדברינו אתי שפיר מש"כ התוס' 'ודוחק הוא' ולא הוצרכו לבאר כוונתם אמאי הוי דוחק, כיון דלפי"ד לא פליגי על הרשב"ם בהלכתא בלחוד, אלא עיקר מה שחולקים על הרשב"ם הוא משום שסברת הרשב"ם דחוק, דס"ל לתוס' דדוחק לומר דמאחר ששורש הספק הוא ע"י סיבות ודאיות לכך לא מוקמינן אחזקת מר"ק, דס"ל להתוס' דמ"מ עתה שיש לנו ב' סיבות ודאיות הוי כספק גרידא, ומאי

איכפת לן ששורש הספק הוא ע"י סיבות ודאיות, ולא ס"ל לחלק בין סיבות ודאיות למסופקות, ודו"ק בכל זה.

ה. והנה בקונטרס הספיקות (שם) הקשה מהא דאיתא בב"מ (קב.) במי שהשכיר מרחץ לחבירו בשנים עשר זהב לשנה דינר זהב לחודש ומספקא לן אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון, דס"ל שם לרב נחמן דמוקמינן אחזקת מר"ק, עיי"ש, והא התם הוי ספיקא דדינא אי תפוס לשון ראשון או אחרון וכפי שכתבו התוס' לקמן (סב: ד"ה איתמר) [בביאור הא דחשיב ספיקא דדינא האף שלכאורה התם מספקא לן בכוונת המשכיר אי כוונתו כלשון ראשון או כלשון אחרון, נראה דהיסוד בזה הוא, דספיקא דעובדא היינו שחסר לנו ידיעות בעלמא - גופא דעובדא היכא הוי, אך התם אינו חוסר ידיעה בעלמא, אלא הוא חסרון חכמה איך לפרש כוונת המשכיר, ואשר לפי"ז נמצא דהספק הוא איך לפרש האי לישנא, ונמצא דהספק הוא לחז"ל איך לפרש הלשון, ולכן חשיב ספיקא דדינא. אמנם יש לציין דאף ששיטת התוס' וכן הוא שיטת כמה מן הראשונים דחשיב ספיקא דדינא, אך שיטת המשנה למלך (פ"ז משכירות ה"ב, הובא בקונטרס הספיקות כלל א סעיף ב) דחשיב ספק במציאות, ולכאורה משום דלא ס"ל להאי חילוקא, ועיין בקונטרס הספיקות (שם) שדחה את דבריו, וא"כ מוכח דאף בספיקא דדינא שייך לאוקמה אחזקת מר"ק, ודלא כהצעת התוס', ועיי"ש שהמשנה למלך (טו"נ פרק ט"ו הי"א) כבר הקשה כן, ועיי"ש מש"כ לדחות תירוצי המשנה למלך בזה.

והנה לדברינו הקושיא מעיקרא ליתא, דהא אף שמספקא לן דינא, מ"מ לא הוי פלוגתא דרבוותא, אלא ספיקא דדינא בלחוד, וא"כ הוי סיבות מסופקות ולא ודאיות [אף שנחלקו שם בזה יעוי"ש, מ"מ רב נחמן לא מחמת פלוגתא פסק כן, אלא מחמת ספיקא דדינא, וכ"כ בקונטרס הספיקות שם], ולכן שפיר שייך לאוקמה אחזקת מר"ק.

וראיתי בהערות זר זהב על קונטרס הספיקות (מהרה"ג ר' ירוחם דגני, כלל ה אות ו הערה כט) שהביא מספר פתח הבית (סימן מ"א ענף ג) שהקשה על שיטת הרשב"ם דבספיקא דדינא לא מוקמינן אחזקת מר"ק, מהא דאיתא לקמן (פא:) דמספקא לן שם אי הקונה ב' אילנות קונה אף הקרקע עיי"ש, ומבואר שם להלכתא דמוקמינן הקרקע בחזקת המוכר, והא התם הוי נמי ספיקא דדינא [דכשם שנתבאר לעיל דספק בדעת המשכיר חשיב ספיקא דדינא, ומשום דספק בדעת בני אדם חשיב ספיקא דדינא, ה"נ מהאי טעמא ספק בדעת המוכר נמי חשיב ספיקא דדינא. ועיין עוד להלן], וא"כ אמאי מוקמינן בחזקת המוכר דהיינו המר"ק, והא בספיקא דדינא לא מוקמינן אחזקת מר"ק.

ולפמשנ"ת קושייתו מעיקרא ליתא ומתרי טעמא, חדא, דהתם לא הוי פלוגתא דרבוותא. ועוד, דהתם לא הוי בחזקת הלוקח, וכל מה דלא מוקמינן אחזקת מר"ק נתבאר דהוא רק משום שהלה תפוס, ולכן שם שאינו תפוס מוקמינן לה בחזקת המוכר.

[אמנם בעיקר קושייתו נראה דיש לחלק בין ההיא דמרחץ לההיא דב' אילנות בעיקר הגדר

בזה, דבההיא דמרחץ הספק לחז"ל הוא איך לפרש כוונת בני אדם באומרים האי לישנא - דינר זהב לחודש שנים עשר לשנה, משא"כ בההיא דב' אילנות אין הספק איך לפרש לשון כל דהוא, אלא הספק הוא בדעת בני אדם גרידא, מהו כוונתם כשמוכרים ב' אילנות, וא"כ י"ל דכשמספקא לן איך לפרש לשון כלשהו זה לא חשיב ספיקא דעובדא גרידא, שהרי לא חסר רק ידיעות בעלמא, אלא חסר חכמה איך לפרק לשון בני אדם, אך כאשר הספק הוא בעקר דעת בני אדם אזי אף דהוי חסרון בחכמה, אך אין זה חסרון חכמה בביאור לשון כלשהו, וא"כ נמצא דלמעשה תכלית הספק הוא מה הוא דעת המוכר, וא"כ נמצא שהספק הוא מה חשב המוכר בשעת המכירה, משא"כ בההיא דמרחץ הא דאין ידוע דעת המשכיר נובע ממה שאין אנו יודעים איך לפרש לשון כלשהו, ובזה איכא למימר דמאחר ויסוד הספק אינו נובע מידיעת המעשה אלא מחסרון חכמה לבאר הלשון לא חשיב ספיקא דעובדא אלא ספיקא דדינא, אך בההיא דב' אילנות דכל יסוד הספק הוא אך ורק מה חשב המוכר בשעת המכירה זה חשיב ספיקא דעובדא גרידא, ודו"ק בעמקות הענין].

ז. אמנם עיקר יסוד זה דכל מה שכתבו התוס' בביאור שיטת הרשב"ם דלא מוקמינן אחזקת מר"ק הוא רק בספיקא דדינא וכפי שמדויק לשון התוס' דמספקא לן הלכתא 'כמאן', לכאורה נסתר מדברי הרשב"ם לקמן, דהנה איתא לקמן (מ:) תרי לישנא אי מתנתא סתמא חשיב כמתנתא טמירתא דלא מגבינן בה או לאו, וקא מיבעיא לן התם כהאי לישנא הלכתא, וקא פסיק התם רב אשי דחיישין

דהוי מתנתא טמירתא, וכתב שם הרשב"ם (ד"ה חיישין) וז"ל: "חיישין לטמירתא ולא מגבינן בה ואי מגבינן לא מהדרינן עובדא והיינו דלא קאמר רב אשי דלא מגבינן אלא חיישין דספק הוא והיכא דקיימא ארעא תיקום", עכ"ל. הרי לן להדיא מדברי הרשב"ם דאף בספיקא דדינא גרידא נמי לא מוקמינן אחזקת מר"ק אלא היכא דקיימא ארעא תיקום, דהרי התם לא הוי פלוגתא דרבוותא, אלא רב אשי לחוד קא מספקא ליה וקאמר דספק הוא וחיישין וכמבואר להדיא בדברי הרשב"ם.

ובאמת בגלהש"ס להגרעק"א על דברי הרשב"ם שם ציין לדברי התוס' דידן, וכן הכא ציין להתם, ונראה דהגרעק"א לשיטתו אזיל, שהרי לשיטתו הא דלא מוקמינן אחזקת מר"ק הוא משום דע"י חזקה לא יוכרע הדין וכפי שהובא לעיל (אות א), וא"כ מה לי פלוגתא דרבוותא ומה לי ספיקא דדינא גרידא. אך לפמשנ"ת קשה. ובאמת שקושיא זו אינו קשה רק לפמשנ"ת, דהא אף בקונטרס הספיקות (כלל ה אות ו) כתב להדיא דרק בפלוגתא דרבוותא הוא, וכן הוא דעת מוהר"א ששון (שו"ת תורת אמת סימן ר"ז, הובא בקונטרס הספיקות שם), וא"כ צ"ע איך יפרנסו את דברי הרשב"ם הנ"ל.

ובהערות זר זהב (שם) הביא שבספר פתח הבית (שם) עמד ע"ז, ועיי"ש שתירץ דהתם מיירי שעוד לא החזיק הלוקח בקרקע. ולא ירדתי לסוף דעתו, דהא להדיא כתב שם הרשב"ם 'דהיכא דקיימא ארעא תיקום', דהיינו דהפסק הוא דכל היכא דקיימא ארעא

תיקום, והיינו בין אי קיימא בחזקת המוכר ובין אי קיימא בחזקת הלוקח. וכ"כ שם הרשב"ם להדיא 'דחיישינן למתנתא טמירתא ולא מגבינן בה ואי מגבינן לא מהדרין', הרי לן להדיא דאף אם גבו הקרקע והוי כבר ביד הלוקח לא מהדרין, וצ"ע.

ולחומר הקושיא וביישוב שיטת הקונטרס הספיקות ומוהר"א ששון נראה דצ"ל דכל האי חילוקא בין פלוגתא דרבוותא לשאר ספיקא דדינא זהו רק שיטת התוס' בביאור דברי הרשב"ם, אך הרשב"ם בעצמו לא ס"ל כפי שביארו התוס' את שיטתם, אלא הרשב"ם בעצמו ס"ל דבין בפלוגתא דרבוותא ובין בשאר ספיקא דדינא לא מוקמינן אחזקת מר"ק, וזה דוחק.

ועוד, דא"כ לכאורה ביאור שיטת הרשב"ם הוא כפי שכתב הגרעק"א דמשום חזקה לא יוכרע הדין, דהא לפי הנ"ל שוב ליכא לבאר כפי משנ"ת דבסיבות ודאיות אין להוציא מיד התוס', דהא בספיקא דדינא גרידא לא הוי סיבות ודאיות אלא רק סיבות מסופקות, וא"כ יתעורר כל הקושיות שהקשינו לעיל:

א. קושיית האור שמח דהא הכא עיקר הספק הוא אם זבנה להאי ארעא וכל המחלוקת הוא אם איכא ראיה ע"ז. ב. שיטת האחרונים דגדר חזקה דמעיקרא הוא דין הנהגה ולא דין הכרעה. ג. לשיטת האחרונים דחזקת מר"ק הוא מדין מוחזק ולא מדין חזקת איסור והיתר.

ד. ועוד, דכשם שלעיל דייקנו מלשון התוס' שכתבו 'ונוציא מיד המוחזק' דהטעם הוא בהוצאה [דלפי המבואר עתה אין להקשות מלשון התוס', דהא באמת התוס' הבינו שיטת

הרשב"ם כפי משנ"ת דלפי"ז הטעם תלוי בהוצאה, אך בשיטת הרשב"ם עצמו לכאורה לא ס"ל כן, וא"כ בשיטת הרשב"ם לא קשה אי נימא כדברי הגרעק"א, אך באמת] כמו"כ יש לדייק כן מלשון הרשב"ם גופא שכתב (בד"ה הלכתא) וז"ל: "דהיכא דקיימא ארעא תיקום ולא נוציא מספק", ומבואר להדיא דהטעם הוא בהוצאה, וא"כ לפי דברי הרעק"א לכאורה אין מקום לזה וכפי שנתבאר בזה לעיל, וא"כ צ"ע.

ח. ולכן נראה דבהכרח צ"ל כמשנ"ת דלעולם בין שיטת התוס' בביאור דברי הרשב"ם ובין שיטת הרשב"ם עצמו אינו משום דע"י חזקה לא יוכרע הדין. אלא דא"כ צ"ב מהו כן הטעם, ועתה כבר אין לומר דהטעם הוא משום דיש לתופס סיבה ודאית דהוי שלו וכנ"ל.

ולכן נראה לבאר באופן אחר, דלעולם בכל ספיקא דדינא לא מוקמינן אחזקת מר"ק וזהו בין להתוס' בשיטת הרשב"ם ובין הרשב"ם בעצמו, אלא דלא משום דע"י חזקה לא יוכרע בדין, אלא הטעם הוא דבספק במציאות וכגון בההיא דבר שטיא דמספקא לן אם היה ספק בשעת המכירה או לא, התם הספק הוא אינו ספק מהותי וספק בעצם, אלא הספק הוא משום חוסר ידיעה בעלמא, דלא ידוע לנו גופא דעובדא היכא הוי, ובזה שייך לאוקמה אחזקת מר"ק, משום דאין כח השני להוציא מחזקת המר"ק רק משום דאפשר שלא היה שוטה, דהא לא משום דיש לשני חוסר ידיעה יהא בכוחו להוציא משום זה מחזקת המר"ק, משא"כ בספיקא דדינא [ולאו דוקא פלוגתא דרבוותא, אלא אף בשאר ספיקא דדינא]

וכהיא דמתנתא טמירתא אזי הספק הוא ספק בעצם וספק מהותי, דהא הצד דיהא של השני אינו חסרון ידיעה בעלמא, אלא דאיכא צדדים של הסתברות מצד הסברא והשכל דהוי שלו, ויש צד גדול מצד הסברא דהוי שלו, דהסברא נותנת דהוי שלו, ואף דאינו הסתברות גמורה, מ"מ מחצית מן הצדדים של הסתברות הוא דהוי שלו, ובכה"ג אין להוציא מיד התפוס, דאין כח ביד המר"ק להוציא מיד התפוס כשיש הסתברות גדולה וצד מהותי דהוי שלו.

וכל זה הוי רק כשתפוס, אך אילולא שהיה תפוס אזי הוי מוקמינן ביד המר"ק אף דיש צד גדול ומהותי דהוי שלו, דמ"מ הרי איכא צד גדול ומהותי דהוי של המר"ק, וא"כ מאחר דיש לשניהם כח שוה בהממון א"כ מספק מוקמינן לה ביד מי שהיה עד עתה, ורק משום שהוא תפוס א"כ בזה כוחו גדול, ואין בכח המר"ק להוציא מתפיסתו כשיש צד גדול ומהותי דהוי שלו. ומשא"כ בספיקא דעובדא אזי אף שהוא תפוס מ"מ אין זה מוסיף מידי, דהא מה שיש לתופס חסרון ידיעה אין לו ע"י כן שום כח וכמשנ"ת.

אמנם התוס' שכתבו דהוי דוחק נראה דס"ל דאין לחלק, ומשום דכשם שבספיקא דעובדא אמרינן דמאחר ויש ספק שוה ביניהם אזי מוקמינן ביד מי שהיה עד עתה, א"כ הוא הדין בספיקא דדינא דאף דיש לתופס צד גדול ומהותי דהוי שלו מ"מ אף למר"ק יש צד גדול ומהותי דהוי שלו, ומאחר שיש לשניהם כח שוה אזי מוקמינן ביד מי שהיה עד עתה, וכשם דאמרינן גבי ספיקא דעובדא דמאחר ויש

לשניהם ספק השקול מוקמינן ביד מי שהיה עד עתה, ולא ס"ל מהחילוק שנתבאר בשיטת הרשב"ם דספיקא דדינא שאני דמה שיש צד גדול ומהותי דהוי שלו הרי זה משוי ליה לתופס כח וזכות בהממון.

ולפי"ז יבואר הכל כמן חומר, דלהכי הוצרכו התוס' להוסיף דבהיא דבר שטיא הוי תו"ת כמאן דליתא, משום דאי הוי כמאן דאיתא לא הוי מצינן לאוקמא אחזקת בר שטיא, משום דמאחר ואיכא ב' עדים דלא היה שוטה בשעת מכירה א"כ הוי ספק מהותי ולא רק חסרון ידיעה בעלמא, ולכן רק משום דהוי כמאן דליתא [ומהטעם שנתבאר לעיל (אות ד) עיי"ש] לכך מוקמינן לה בחזקת בר שטיא.

ולפי"ז מדויק נמי לישנא ד'ונוציא מיד המוחזק', דאילו לא היה מוחזק לא היה מהני מה דאיכא צד גדול ומהותי דהוי שלו, דהא מ"מ אף לבר שטיא נמי איכא צד גדול ומהותי דהוי שלו וכמשנ"ת.

ומתורץ נמי קושיית האור שמח, דאף דעיקר הספק הוא במציאות מ"מ מאחר ולשיטת רבה הרי אית ליה מיגו וא"כ הוי שלו, א"כ לא הוי חסרון ידיעה בעלמא, אלא הוי צד גדול ומהותי דהוי שלו, ולכך לא מוקמינן אחזקת מר"ק.

ויבואר נמי לפי שיטת האחרונים דחזקת מר"ק הוא דין הנהגה ולא דין הכרעה, דהא מ"מ אין לנהוג כפי שנהגנו עד עתה ולהוציא מן התפוס כשיש צד גדול ומהותי דהוי שלו.

וכן יבואר לפי מה שנקטו כמה מן האחרונים דחזקת מר"ק הוא מדין מוחזק, דמ"מ אין



ר'יבון שמערתתא בבא בתרא

משום דהתוס' ס"ל דזהו פשוט ביותר דמאחר
ויש לשניהם ספק השקול ויש לשניהם אותו
צד בהממון, א"כ יש לאוקמה ביד מי שהיה עד
עתה וכשם דאמרינן כן גבי ספיקא דעובדא
וכפי שנתבאר.

להוציא מיד התפוס ולית למוחזק כשיש צד
גדול ומהותי דאינו של המוחזק אלא של
התפוס.

ולפי"ז מבואר נמי מה שכתבו התוס' ד'דוחק
הוא' ולא ראו צורך לבאר למה הוי דוחק,



ר' יבון שמערתא בבא בתרא

הבה"ח משה רוזנטל הי"ו

דף לג.

בענין הודאת בע"ד על אכילת פירות

בגמ' קריביה דרב אידי בר אבין שכיב ושבק דיקלא, רב אידי בר אבין אמר אנא קריבנא טפי, וההוא גברא אמר אנא קריבנא טפי, לסוף אודי ליה דאיהו קריב טפי, אוקמה רב חסדא בידיה, ... אביי ורבא לא סבירא להו הא דרב חסדא כיון דאודי אודי.

משמע דכיון שהדינים סותרים את עצמם משלם אע"ג דמעיקר הדין אינו צריך לשלם.

והיינו שבסוגייתנו יש ב' דינים חלוקים:

דין א' הוא: דהקרקע צריך לצאת מידו כיון שחזקת קרקעות נעשה רק ע"י עדי חזקה והכא אין לו עדי חזקה, ולכן צריך הקרקע לצאת מידו.

דין ב' הוא: דכשיש מיגו צריכים להאמינו עפ"י המיגו, והכא יש לו מיגו על הפירות, ואי"צ לשלם על הפירות.

ולגבי הקרקע הוא נידון בפני עצמו, מדוע אין ספק מוציא מידי וודאי, ואיך נעשה וודאי הרי הוא עדיין ספק לגבי שאר האנשים, ועיין ברשב"א ובקובץ הערות ובברכת שמואל על מס' ב"מ ואין זה...

ולכן מעיקר הדין היה הקרקע צריך לצאת ופטור מלשלם על הפירות כיון שיש לו מיגו. ומ"מ כיון שהדינים סותרים דכשהקרקע יוצא חייב לשלם על הפירות, ע"כ צריך לומר שמה שהודה שאכל הוא בגניבה, וא"א להאמינו אע"פ שיש לו מיגו, ומשלם על הפירות דמחזיקים להודאה זו שאכלם בגניבה.

ובסוגיא זו מצינו כמה וכמה גירסאות, ובתוס' מובא גירסת הר"ח שגרס, לסוף אייתי סהדי דאיהו קריביה. ולגירסא זו יוצא שאת הקרקע וודאי מוציא כיון שר' אידי נעשה וודאי קרוב ע"י העדים, וההוא גברא עודנו בספיקו האם הוא בכלל קרוב, ולכן מקבלו ר' אידי מדין וודאי שיכול להוציא מספק.

ולגבי הפירות שהודה שאכל, ר' חסדא סובר שפטור מלשלם כיון שיש לו מיגו שלא היה צריך להודות שאכל, ואביי ורבא סוברים שחייב לשלם. ובסברתם כותב תוס', דכיון שאכל פירות ואודי חייב לשלם ולא מהימן במיגו הואיל והקרקע יוצא מתחת ידו מן הדין דבקרקע ליכא מיגו, עכ"ל.

והרבה נתקשו בדברי התוס', ובפרט שמצינו את שיטת התוס' בכמה סוגיות להיפך משיטתו דהכא, וכן צריך ביאור המשך דברי התוס' שמחלק יסוד זה לב' חלקים ולקמן יתבאר בעז"ה, ובעז"ה נעלה לבאר דבריו והסוגיות שמצינו לתלות בו.

יסוד א' דתוס'

השער המשפט (בכללי מיגו סי' פ"ב אות ג') מבאר את דברי התוס' וז"ל, כיון שאי אפשר שיהא הקרקע לזה ופירות לזה וכו'. ומדבריו

ולכן אפשר לחייבו לשלם משום סתירת הדינים.

ודבריו צריכים ביאור, דהרי בכל הודאת בע"ד נאמן רק לחובתו ולא לזכותו. וכגון באומר "גנבתי ממך" – מחייבים אותו ממון ואינו נפסל לעדות שאינו נאמן לפסול עצמו לעדות, ופלגין נאמנותו. והוא הדין הכא, שיהא נאמן שאכל פירות של ג' שנים ולא יהא נאמן שאכלם בחזקה אלא בגניבה, ופלגין נאמנותו ויהא נאמן רק על מה שהודה שאכלם.

ויש שתירצו עפ"י היסוד של האחרונים דפלגין נאמנות עושים רק כשהם ב' דינים נפרדים, וכגון חיוב תשלום ופסול עדות. משא"כ הכא שהוא דין אחד שתלוי הא בהא, דאם אכל ג' שנים פירות הרי יש לו חזקה, ואין עושים פלגין נאמנות בכך"ג.

ומהלך זה קשה מהמשך התוס', שמקשה ממס' גיטין בפרק הניזקין (דף נד:): דאיתא שם, שס"ת שמונח אצל לוקח והמוכר מעיד שהס"ת פסול, חייב המוכר להחזיר את כספו ללוקח שהרי הוא בעצמו מעיד שהוא פסול. ומ"מ הס"ת נשאר בכשרותו, דאע"פ שנאמן לחייב את עצמו אינו נאמן לפסול את הס"ת. ומסוגיא זו רואים שהדין של פלגין נאמנות הוא אפילו כשהם בב' דינים נפרדים, דהרי יש כאן נידון על החזר התשלום ששילם על הס"ת, ונידון על כשרות הס"ת.

ועוד קשה על עצם יסוד התוס', דלעיל מבואר שתוס' סובר שאין הדינים יכולים לסתור עצמם. וא"כ מה בכך שהודה שאכל פירות ג' שנים? סו"ס הדינים סותרים עצמם שהקרקע

והסבר השער המשפט (שכן משמע בפשטות דברי התוס' שאומר "הואיל והקרקע יוצא מתחת ידו") קשה ביותר, דכיון שאסר את עצמו על הפירות, דהרי הודה שאכל, ועל הקרקע אומר שזה שלו, האיך אפשר לחייבו לשלם? הרי הפה שאסר הוא הפה שהתיר, וכמו שמאמינים לו שאכל צריכים להאמין לו שאכל את שלו. ועוד קשה שבהמשך הסוגיא מבואר להיפך ויתבאר בהמשך בעז"ה.

ותוס' מקשה ממסקנת סוגיית נסכא דר' אבא, שמבואר שאם הודה שאכל פירות ג' שנים, ויש עד אחד שמעיד שאכל ב' שנים, חייב דמתוך שאינו יכול לישבע שלא אכל דהרי הודה שאכל, צריך לשלם. ולשיטת התוס' קשה דהא בלאו הכי חייב לשלם כיון שהקרקע צריך לצאת מידו שאין לו עדי חזקה, ע"כ שמשלם גם את הפירות, וא"כ מדוע צריך להגיע לדין משאיל"מ.

יסוד ב' דתוס'

ומתרץ שיש חילוק בין מיגו להודאת בע"ד, דבהודאת בע"ד אע"פ שהקרקע יוצא אינו משלם כיון שא"א להאמין לו שאכלו, שאם מאמינים לו על הודאתו שאכל ג' שנים, אין הקרקע יוצא כיון שע"כ שנעשה הבעלים על הקרקע, כיון שבג' שנים שאוכל פירות נעשה חזקה. ולכן ממ"נ פטור מלשלם את הפירות – או משום שאין מקבלים הודאתו שאכל ואין איך לחייבו, או משום שאע"פ שמקבלים הודאתו מ"מ הפירות שייכים אליו משום ג' שנות החזקה.

משא"כ ביסוד א' דתוס' של מיגו, שמדובר בציור שהודה שאכל ולא פירש כמה שנים,

ר' יבון שמערתא בבא בתרא

יוצא מתחת ידו, ולכן ע"כ שאכלם בגניבה והתחייב לשלם אף על הפירות.

ואפשר להסביר מהלך אחר בביאור התוס', דהטעם שבהודאת בע"ד אין משלמים על אכילת פירות, כיון שהיה צריך להיות הדין שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. דאסר את עצמו על השדה שהודה שאינו שלו, והתיר זאת על אכילת פירות של ג' שנים, וחייבים להאמין לו כיון שיכול להגביל דבריו ע"י פ"ש. אבל מאידך כיון שהקרקע יוצא מידו א"א להאמין לו כיון שהדינים סותרים את עצמם כשיטת התוס' דלעיל. ועל כרחק צריך לומר חידוש, שבכה"ג אין שומעים כלל הודאתו, ואפילו לא את הפה שאסר על הקרקע. ולכן אין משלם פירות כיון שאין הודאה כלל שאכל פירות, וקרקע משלם כיון שאין לו עדי חזקה, ולא מפני הודאתו שאין כאן הודאה כלל.

ועפ"ז מבואר קושיית התוס' מס"ת, שמצינו שמעיד שהס"ת פסול ואעפ"כ נשאר הס"ת בכשרותו ואע"פ שמחזיר ללוקח את כספו. והטעם הוא מפני שלגבי עצמו וודאי שפוסלו, ומוכח שאפשר לחלק הודאתו ששומעים רק את החיוב, ואע"פ דהוה פה שאסר דמדינא צריכים להאמין לו על שניהם, וע"כ שעושים פלגין נאמנות.

ותוס' מתרץ דלא הוה כלל פה שאסר גבי ס"ת, דיש אנן סהדי שהס"ת כשר, כיון דכבר היה מונח אצל לוקח ורק אח"כ מגיע לפוסלו. וכיון שיש אנ"ס שהוא כעדים על כשרות הס"ת ואין צריכים את הודאתו כלל, והוה רק מיגו ולכן נאמן.

העולה לנו מדברי התוס' הם ב' יסודות:

א. כשהקרקע יוצא מידו משלם אף על הפירות ואע"פ שיש לו מיגו.

ב. כשיש הודאת בע"ד שאכל ג' שנים אינו משלם דאין שומעים כלל הודאתו כיון דהוה פה שאסר פה שהתיר.

שיטת הרשב"ם

ומהמשך הסוגיא מבואר שהרשב"ם חולק על ב' היסודות. דאיתא בגמ' ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא, אמר ליה מינך זבני ואכלתיה שני חזקה, אזל אייתי סהדי דאכל תרתי שנין, אמר ר"נ הדר ארעא והדרי פירי.

והרשב"ם מבאר שדין זה הוא דווקא כשיש עדים, דבלא עדים נאמן במיגו שהיה יכול לטעון שלא אכל כי אם מעט (והרשב"ם לא כתב מיגו שהיה יכול לטעון שלא אכל כלל דהוה מיגו לגרוע).

והנה מדבריו אלו רואים שנחלק על ב' היסודות:

א' – שבהודאת בע"ד אינו משלם רק מטעם מיגו ובלא זה אינו נאמן.

ב' – דכשיש מיגו על הפירות נאמן אע"פ שהקרקע יוצא.

ובהסבר שיטתו מסביר השער המשפט (סי' קמ"ה), שהודאת בע"ד על אכילת ג' שנים בלא עדים אינו חזקה כלל כיון שנשאר הריעותא של "אחוי שטרך". ואע"פ שאחוי שטרך הוא עד ג' שנים, מ"מ מפני שיודע שאין לו עדים צריך להחזיק שטרו יותר מג' שנים, ולכן אין לו חזקה כלל ומשלם על הפירות. ועפ"ז מבואר

ר' יבון שמערתא בבא בתרא

היטב דברי הרשב"ם, דבכה"ג שיש ריעותא של אחוי שטרך כולם מודים דעושים פלגין נאמנות.

ואפשר לבאר שהרשב"ם ותוס' נחלקו בטעם הדבר שאחוי שטרך הוא רק כשעובר ג' שנים:

הרשב"ם למד: שכשעובר ג"ש שאדם מחזיק בשטרו מרגיש את עצמו כבעה"ב, ולכן כשמאבדו אין ריעותא עליו, משא"כ כשמאבדו באמצע ג"ש שיש ריעותא עליו. אבל כשאינו מרגיש עצמו כבעה"ב צריך להחזיקו יותר זמן ויש ריעותא עליו, וכגון בסוגייתנו שאין לו ב' עדים על הג"ש.

ותוס' למד: שהטעם שאחוי שטרך הוא בג' שנים, הוא מפני שמציאות העולם שמאבדים שטרות בג' שנים. ועפ"ז אפילו בסוגייתנו שאין לו עדים אין עליו ריעותא של אחוי שטרך, דהמציאות היא שהשטר נאבד בג"ש.

ועוד אפשר לבאר בשיטת הרשב"ם שסובר שהודאת בע"ד אינה נאמנות ממש כמו עדות, ורק לחייב עצמו נאמן אבל אין זה מוכרח שיש כאן חזקה, ועפ"ז פשוט הסבר התוס' שחולק ע"ז שכן מוכרח שיש כאן חזקה.

ונתבאר עד עתה ב' יסודות התוס' (עפ"י השעה"מ) ומה שהרשב"ם חולק עליהם.

הסבר יסוד א' דתוס'

וביסוד א' דתוס' נתבאר לעיל דברי השער המשפט, ומהלך זה קשה כדלעיל דהרי הוא פה שאסר פה שהתיר, וודאי שצריך להיות נאמן.

ועוד קשה מהמשך הסוגיא, דאמר ר' זביד אם טען ואמר לפירות ירדתי נאמן דלא חציף. ומקשה תוס' דאפילו אם אינו טוען לפירות ירדתי יכול להיות נאמן, ובלא הסברא של לא חציף, וכגון שיש לו עדי אכילה רק לב' שנים ונאמן מיגו שהיה יכול לטעון לפירות ירדתי.

ומקשה הרעק"א שתוס' סותר דבריו לדברי התוס' דלעיל שסובר דכשהקרקע יוצא מידו אינו נאמן על הפירות כלל ואע"פ שיש עליו מיגו. ומפני קושיא זו דוחק הרעק"א עצמו לפרש שמה שהוקשה לתוס' אינו לגירסת הר"ח אלא לשאר הגירסאות, ודוחק לומר שקושיא זו אינו לכל השיטות.

(ונראה להביא הוכחה שאפשר ללמוד יסוד התוס' ועכ"ז אפשר להקשות קושיית התוס', דהרא"ש מביא רק את גירסת הר"ח וכפי' התוס' ועכ"ז מקשה את קושיית התוס' אמנם עיין פילפולא).

ואולי אפשר לחלק בדברי השעה"מ, דמה שכתב תוס' שאין הדינים יכולים לסתור עצמם הוא רק כשוודאי סותר. וכגון בקריביה דר"א שהודה שאכל ג"ש שהוא וודאי חזקה, משא"כ כשאינו וודאי סותר את הדין, וכגון בסוגיא דלא חציף שיש עדים רק על ב' שנים שיש ספק האם התכוון לחזקה או לא, אע"פ שהקרקע יוצא נאמן במיגו על הפירות כיון שאינו סותר את הדין בוודאות.

ועפ"ז מבואר היטב מה שהוקשה לתוס', דכשאינו סותר בוודאות מודה תוס' לרשב"ם שיש לו מיגו ואפשר לבאר קושיתו לכל הגירסאות, והרעק"א למד כפשטות משמעות

השעה"מ, ולכן דחק עצמו לפרש שהקושיא אינו לגירסת הר"ח.

הסבר שיטת הרשב"ם והתוס' בסוגיית נסכא דר' אבא

והנה מצינו בסוגיית נסכא דר' אבא שהגמ' רצתה לדמות מקרה שאדם טוען שאכל פירות ג"ש ויש לו עד אחד, לנסכא דר"א שהעד מעיד שחטף והבע"ד טוען ש"אין חטפי ודידי חטפתי".

והרשב"ם וכן תוס' מבארים את הדמיון לנסכא, דכמו שבנסכא אמרינן שהעד יכול לחייב את החוטף בשבועה שלא חטף, ואינו יכול לישבע שלא חטף כיון שהודה שחטף ולכן משלם, וה"ה בציור שטוען שאכל ג"ש שאינו יכול לישבע שלא אכל כיון שהודה שאכל משלם.

ותוס' מוסיף שהדין שהקרקע יוצא מתחת ידו כשיש לו רק ע"א, הוא פשוט ואי"צ ללמוד מנסכא, ולכן ע"כ הדמיון הוא לגבי הפירות שאפילו את הפירות אי"צ לשלם כמו בנסכא.

והנה לפי ההו"א שמדמינן נסכא דר"א להודאת בע"ד קשה לשיטת התוס' שסובר שא"א לחייב פירות כשיש הודאת בע"ד, וא"כ איך אפשר לחייב בנסכא הרי יש הודאת בע"ד על הפירות? ותוס' כותב דבהו"א טעו ודימו נסכא לאדם שטוען שאכל ג"ש ויש לו ע"א, ולכאורה כוונתו מטעם זה, דכל שלא שייך לחלק דברי העד שאם נאמן שאכל ג"ש יש לו חזקה וכשיטת התוס', ולפי"ז מובן ההו"א שהיה טעות בעלמא.

אמנם ברבינו יונה כתב ליישב לשיטת התוס', דיש חילוק גדול בין הודאת בע"ד לע"א, שבהודאת בע"ד אמרינן פלגינן נאמנות משא"כ בע"א דלא אמרינן פלגינן נאמנות.

והרשב"ם ד"ה לישתבא מסביר שיכול לחייב רק שבועה שהוא כנגד הע"א, ולכן אינו יכול לישבע שחוטף את שלו, ועד כדי כך שמשלם כיון שנקרא שאינו יכול לישבע. דבהודאת בע"ד א"א לחייב אותו כיון שטוען שהיה מכירה ומוכח מזה שהיה לו חזקת ג"ש, ולכן א"א לקבל דבריו ולחייבו על אכילת ג"ש, שאם מקבלים את דבריו שהחזיק ג"ש א"כ הקרקע שלו, משא"כ ע"א שמזה שטוען שאוכל ג"ש, עדיין אינו מוכח שיודע שהיתה מכירה דהוא ראה רק שאכל ג"ש.

אמנם לשיטת הרשב"ם לא קשה כלל, דלשיטתו אפשר לחייב פירות ורק משום שיש מיגו פוטרים אותו, אבל בע"א שלא שייך מיגו פשוט שמחייבים אותו.

ועדיין קשה ממסקנת נסכא דר"א שאביי דוחה שאין לדמות כלל ג"ש לנסכא כיון שהעד לסיועי אתא, והרא"ש מסביר את תי' הגמ' דכיון שמגיע לסייע ע"כ שיש לו חזקה, וע"ז קשה לשיטת הרשב"ם שסובר שנאמן אפילו בג' שנים במיגו ולמה אין לדמותו לנסכא.

והיד רמ"ה מבאר את תי' הגמ' וז"ל: שעד מחייב שבועה במקום ששניים מחייבים ממון. ואפשר לבאר כוונתו דדווקא ע"א חשיב כעדות ולכן כששניים מחייבים ממון מחייב שבועה דהוה כעדות, ולכן ג"כ הכא יכול לחייב ממון דנעשה כידיעה לבי"ד, משא"כ הודאת

בע"ד שאינו כעדות ואינו נעשה ידיעה לביי"ד, אין יכולים ביי"ד לחייב ממון על פיו.

ועדיין קשה ביותר מסוגיית נסכא דר"א מדוע כל הראשונים הקשו מצד שיש הודאת בע"ד על הפירות, דהרי לשיטת התוס' קשה בלאו הכי דהרי המיגו הוא על הקרקע והקרקע יוצא ובכה"ג לא מהני לתוס'. ואפילו אם נחלק את דברי השעה"מ כדלעיל, שדברי התוס' הם רק כשסותרים עצמם בוודאות אבל כשאין סותרים עצמם בוודאות אפשר לחלק את הטענות, מ"מ בסוגיא דהכא עדיין נשאר קשה שהטענות וודאי סותרות עצמם כיון שטוען שאכ"ל ג"ש את קרקע שלו ולא שטען שירד לפירות כדלעיל בר' זבד.

ולכן נראה לבאר שיש יסוד אחר בדברי השעה"מ לגבי היסוד של מיגו, שבכל טענה שאינו נאמן ורוצה שיאמינו לו מכח מיגו, צריך שיהא המיגו משורש הטענה, דכל הנאמנות קשה כלל מפני שמיגו זה אינו משורש הטענה.

ועפי"ז מבואר ג' הסוגיות היטב:

בסוגיית קריביה דר' אידי: מדובר בקרקע שיש עליה הטענה והמיגו הוא על הפירות, ולכן אינו נאמן על המיגו כיון שאינו משורש הטענה, ששורש הטענה הוא הקרקע. ולכן כשהקרקע יוצא ע"כ שגם הפירות יוצא ואינו נאמן במיגו על הפירות כיון שצריך שהמיגו יהא בקרקע עצמה.

בסוגיית נסכא דר"א: מובן למה לא הקשו מדין מיגו כיון שהמיגו הוא על הפירות והטענה על הקרקע.

משא"כ בסוגיית לא חציף: דהמיגו הוא כן משורש הטענה, כיון שכל הטענה היא על הפירות עצמם וא"כ מובן היטב קושיית התוס' שצריך לעזור מדין מיגו.

וכך נראה באמת בדברי השעה"מ שאחרי שמביא את דבריו שהטענות סותרות עצמן מוסיף: "דהא אינו טוען שקונה הפירות אלא מחמת שהקרקע שלו". וכן מבואר בתוס' שמסביר דבקרקע ליכא מיגו, דהיינו ששורש הטענה שהוא הקרקע אין בזה מיגו.

ראיה ליסוד זה

ונראה שיש להביא הוכחה ליסוד זה מסוגיית רצופות בדף כט. דאיתא שם, דלר"ה בעינן רצופות, ומקשינן מהמשנה דחזקת הבתים ששייך עדים שראו רק ביום ולא בלילה ולא הוה רצופות. ובתי' ב' מתרצין שמדובר שהשכיר את הבית והשוכרים מעידים שגרו שם ביום ובלילה, והגמ' מקשה דהם נוגעים בעדות דאל"כ יצטרכו לשלם למערער, ומתרצים שמדובר שעדיין לא שילמו את כספם לשוכר (ע"כ סוגיית הגמ').

ותוס' מקשה דאינם נוגעים בעדות כלל, דישי להם מיגו שהיו יכולים לטעון שכבר פרעו את כספם.

ומקשה הרעק"א על קושיית התוס', דאע"פ שאינם נוגעים בעדות מפני המיגו מ"מ קשה דהודו כבר ששילמו וא"כ הם בעלי הדבר.

מתרץ הרעק"א דכיון שהם יכולין לפטור עצמם במיגו לעולם ואע"פ שבי"ד יפסקו שהבית שייך למערער, עדיין נשארים פטורים ואינם נקראים בעלי הדבר.



ר'יבון שמערתתא בבא בתרא

והוא לשוכרים, ולכן אין קשה כלל קושיית הגרנ"ט.

אמנם עדיין צ"ע, דא"כ למה הרעק"א דחק עצמו לפרש את קושיית התוס' בסוגיית לא חציף רק לשאר הגירסאות, דכאן משמע שסובר את היסוד של שורש הטענה ולפי זה אפשר לפרש הקושיא אפילו לשאר הגרסאות.

ומקשה הגרנ"ט על הרעק"א שאי"ז מתרץ את קושיית התוס' נכון על תוס', דהרי שיטת התוס' היא דהמיגו צריך להיות נאמן על שניהם וכאן הוא נאמן רק על הממון ולא על הדירה והטענה מצד אחד והמיגו מצד השני, ולכן מביא הגרנ"ט תירוץ אחר.

והנה לפי מה שפירשנו את יסוד התוס' אין קושיית הגרנ"ט כלל, דשורש הטענה הוא למי ששייך הבית והמיגו הוא לגבי תשלום המעות



הבה"ח אלימלך רוזנבוים הי"ו

דף לד.

בענין מתוך שאין יכול לישבע משלם

במשנה שבועות מ"ה נח' ר"מ וריו"ס בשניהם חשודין לריו"ס יחלוקו ולר"מ חזרה שבו' למקומה ואמר ר' אמי דלרב ושמואל [רבותינו שבבבל] הכוונה שחזרה שבו' לסיני שהשביע הקב"ה בסיני על לא תגזול והוא יפרע ואין בי"ד נזקקין לפרעון והיינו שהוא פטור ולר' אבא [רבותינו שבא"י] חזרה למחוייב לה וחייב מתושאיל"מ והוכיח די"ז ממה שביתומים מן היתומים סברי רו"ש דבמת לווה בחיי מלוה א"א מוריש שבועה לבניו ופטורין בני הלווה ול"א מתושאיל"מ ושי' ר' אבא הוכיח מסנכא דר' אבא ובדע' רב ושמואל יל"פ בב' אופנים או דס"ל דאין כלל חיוב כשא"י לישבע ופטורין דא"א לגבות בלא שבועה או שיש דין שבו' אלא דל"א דבכה"ג משלם אם אין יכול לישבע (ובעליות דרבינו יונה ב"ב מב' כצד א') והנה בשבועות מ"ח הובא דעת ר' אלעזר שחו' על רב ושמואל וס"ל דיורשים נוטלין אלא שנשבעין שבו' יורשין ולכאו' היה אפ"ל דאי"ז בנוי על מתוך אלא דס"ל דכשא"א לישבע חזרנו לעיקר הדין שיכולים לגבות מכח השטר אולם בתוס' (ב"ב שבועות ב"מ) מב' שלמדו שדינו של ר' אלעזר בנוי על דין מתוך.

ובגמרא שבועות מז אמר רבא כוותיה דר"א מסתברא דתני ר' אמי שבו' ה' בין שניהם ולא בין היורשין, ה"ד אי דאמרו נ' אי"ל ונ' לי"ל מ"ל הוא מ"ל אבוא אלא לאו דאמרי' נ' אי"ל ונ' לא ידענא אא"ב אבוא כה"ג מחייב היינו דאיצטרך קרא לפטור יורשין אא"א וכו' ורב ושמואל

האי שבו' ה' מאי דרשי ביה וכו' ובפשוטו מבואר דדין מתוך דאו' וכך נקט הקה"ח (עה יא) והוסיף שם דכן מוכח ג"כ ממה שהקשו שם רב ושמואל האי שבועת ב' מאי דרשי ביה. מב' שהוא דרשה גמורה ומאי דך הביא שם גדולי האחרונים (תשו' מהרש"ך ומהר"ש הלוי) שלמדו דהוא דרבנן בד' תוס' בב"מ ולכאו' כ"מ בתוס' גיטין (נא ע"ב ד"ה ובכולי) שכתבו דשבו' דרבנן ל"א מתוך דתקנתא לתקנתא ל"ע משמע שהוא רק תקנה ובתוס' ב"ב (לד ע"א ד"ה הוי) מב' מהלך שלישי שהוא סברא ע"ש שהקשו לדעת הריב"ם דבנסכא דר"א יש מיגו מהיכן מוכח דיש דין מתוך אף נגד מגו ותני' שהוא סברא (ועיי"ש איך פירשו הגמ' בשבועות) ולפי"ז הוא ג"כ דאו' דסברא דאו' הוא כמו שמצינו בכ"מ ל"ל קרא סברא הוא, צ"ע להשיטות דהוא דרבנן איך יפרשו דברי הגמרא בשבועות.

תוס' הק' דיש סתירה בפסק דר"נ פסק בשניהם חשודין יחלוקו וקיי"ל כוותיה בדיני ומאי דך בסוגיא בב"ב משמע דהלכה כר' אבא וביתו' מן היתומים אמרו דעבד כרב ושמואל עבד דעבד כר' אלעזר עבד. ותוס' בבא בתרא לב כ' לתרץ דגם ר"נ מודה לדין מתוך ובשניהם חשודין יחלוקו מטעם קנס שקנסי' גם לנתבע כיון שהוא גם חשוד וביתו' דווקא דעבד כרב ושמואל עבד משום תקנת היתו' שלא להוציא ממון מהם והתוס' ב"מ צ"ז תירץ בשם ר"ת דגם דין יחלוקו בשניהם חשודים

מבוסס על מתוך דהיינו ששניהם מחוייבים שבו ואין יכולין לישבע לפיכך כ"א מפסיד חצי אמנם בפוגם שטרו ומת ל"א מתוך מפסיד בדרבנן ל"א מתוך וכן ביתו מן היתומים נפרעין בשבו יורשין ול"א מתוך מפסיד משום ה"ט ובשניהם חשודין אף דלתובע יש רק שבועה דרבנן מתוך שאין יכול לישבע מפסיד חצי משום דבא מכח היפוך שבועת הנתבע שהיא דאו' אמנם ביתו מן היתומים דעבד כרו"ש עבד משום תקנת היתומים דבעלילה מועטת יש לנו להקל שלא להוציא ממון מהם והתוס' בב"ב ור"י שם בב"מ הק' על מהלך זה שא"כ מנ"ל דרו"ש ל"ל מתוך דלמא אית להו מתוך ולכך מפסיד וכן מנ"ל דר' אבא ור"נ פליגי על רב ושמואל ומסוגיא בשבועות משמע שחולקים ומזה הכריחו שאין דין מתוך מפסיד רק מתוך משלם הנתבע. ולהכי רוי"ש דפטרי ביתו ע"כ ל"ל מתוך ותוס' שבועות שילב ב' המהלכים שתי בשם ספר הישר לר"ת דטעם ר"נ משום קנסי כתוס' ב"ב ולא משום מתוך מפסיד בדרבנן ל"א מתוך ושבו' הנוטלין הוא דרבנן נמצא דמעיקר הדין היה צ' להיות דין מתוך אף להפסיד אלא דל"ש במציאות כיון שהוא שבועה דרבנן והוסיפו התוס' דמתוך מפסיד יותר מסתבר ממתוך משלם דיותר קשה להוציא ממון מלהחזיק וגם ר"נ מודה לדין מתוך שאיל"מ ורו"ש ס"ל דל"א מתוך משלם רק מתוך מפסיד ואף שבגמ' מבואר דל"ל מתוך ודרשו מקרא דשבו' ה' דרשא אחרינא צ"ל דס"ל מתוך מפסיד מסברא (וגדולה מזו מצינו דאפי' מתוך משלם הוי סברא לתוס' ב"ב) ועל קו' התוס' על ר"ת דא"כ מנ"ל דרו"ש פליגי על ר' אבא ור"נ

תירצו עפ"י רש"י בשבועות מ"ז שביתומים מן היתומים מוטל אף על בני הלווה שבו' שאביהם כבר פרע ולכן אם סברין מדין מתוך היה צ' לשלם לכה"פ מחצה ולא לפטור לגמרי וממה שרו"ש פטרו לגמרי מוכח דס"ל דל"א מתוך משלם, (ולכאו' תי' זה מתרץ ג"כ תי' ר"ת בתוס' בב"מ.) ועכ"פ צ"ב מה סברו תוס' כאן שרק בני המלווה מחוייבים שבו' ולכן ר"א ור"נ יכולים לסבור כרו"ש ובמה נחלקו אם גם בני הלווה מחו"ש. וגם צ"ב מה הסברא לומר שאין מחוייבים ומ"ש משניהם חשודין דמבו' ומוכח בתוס' שמהפכים על התובע אף שהוא ג"כ חשוד ולכתחילה אין יכול לישבע ומ"ש בני הלווה שלא נטיל עליהם שבו' וצ"ל דיש לחלק דבשניהם חשודים יש כאן שבו' מה"ת על הנתבע ודין הממון מעיקה"ד הוא תלוי בשבו' ולכן וודאי מהפכים לר"נ, משא"כ ביתו מן היתו' מה"ת אי"צ כלל שבו' שהרי איכא שטר בזה יש לדון אם כשארין יכול לישבע תקנו שבועה ג"כ על בני הלווה ושייך מתוך גם כלפיהם או לא ודו"ק.

וברשב"ם ב"ב מבו' כרש"י ששניהם מחויי"ש. ושי' התוס' דל"א מתוך אלא כשהו"ל למידע דאז איכא ריעותא ממה שאינו יודע וזה מחייבו. ומש"ה פטר קרא יורשין דלא הו"ל לישבע. וברמב"ם (שאלה ופקדון ה ו) אי' דהמפקיד אצל חבירו פירות שאין מדודין ועירבן עם פירותיו והבעלים תובעו כו"כ היו והשומר אומר איני חייב מדין מתוך כיון שפשע. והקצוה"ח למד בדעתו (סי' עה) וכן בפשוטו בראב"ד בהשגותיו על הרמב"ם שס"ל דאמרי' מתוך אף בלא ה"ל למידע שהרי

הפירות לא היו מדודין. ולפי"ז טעם הפטור ביורשין הוא משום דטענינן להו (וכן פי' הש"ך והטור) אולם באבן האזל (נזק"מ ט-י) כ' דרך כשפשע אמרי' מתושאל"מ אף בלא הו"ל למידע וטעם הפטור היורשין משום שאין להם שום שייכות עם ההפקדה ול"ש כלל לחייבם שבו' משא"כ השומר כשפשע.

הנה הציור המובא בגמ' לפטור יורשין הוא באופן שהאב לא התחייב שבו' שהיתומים טענו נ' ידענו נ' לא ידענו ויל"ד באופן שכבר נתחייב האב שבו' אם בכה"ג שייך מתוך אף ביורשין ובמאירי שבועות מ"ז הביא בזה ב' דעות והקצוה"ח (סט ז) ר"ל דתלוי במח' הנ"ל דלרו"ר דפטורים משום דלא הו"ל למידע ה"ה בנתחייב האב, אבל להרמב"ם דיורשין פטורין משום שאינם הבעל דין של התובע וטענינן להו, בכה"ג הם כבר כן בע"ד ושייך מתוך והנתייה"מ שם הק' מדוע לא נימא טענינן אף

בכה"ג וצ"ע. ובחזו"א (ר יז) כ' דלכו"ע יש דין מתוך דהפטור של התורה הוא שלא חל כלל חיו"ש דשבועת ה' תהיה בין שניהם דווקא ולא בין היורשים אבל אם כבר נתחייבו שבו' וודאי דיש דין מתוך ונראה דיש להוכיח דשייך מתוך אף בכה"ג מיתומים מן היתו' שמזה הוכיח ר' אמי שרו"ש ל"ל מתוך ומוכח דשייך מתוך בכה"ג וכן מפוגם שטרו ומת (שבו' מח) דאמרי' מתוך אף שכבר חל חיו"ש על האב. ואין להקשות מהא דאי' לקמן (ע' ע"ב) שטר כיס היוצא על היתו' דגובה מחצה מלוה ועל מחצה פקדון טענינן החזרתי מגו דנאנסו אף שנאנסו בחיי האב ונתחייב כבר שבו' בשומרין והק' שם הראשו' דנימא מתושאל"מ ותי' דלא הו"ל למידע ומוכח דבלא"ה יש דין מתוך אף שכבר חל חיו"ש דיש לדחות דלא חל חיו"ש שנאנס כ"ז שלא טענו כן יעויין בתורא"ש לג. ובשיטמ"ק בשם ר' יונה על דברי התוס' שם.



הבה"ח שמואל איידליס הי"ו

דף לד.

בענין יסוד החיוב מתוך שאינו יכול לישבע משלם

איתא בגמ' ההוא גברא דחטף נסכא... ואומרת הגמ' שאינו יכול לישבע דלא חטפי שהרי חטף, אלא צריך לישבע ידי חטפי וזה לא הוי להכחיש העד ואמר ר"א כל המחויב ואינו יכול לישבע משלם.

ועוד קשה דהרי הדין הוא שבקרקע אם יש ע"א דמחייב שבועה נפטר לגמרי גם מחיוב שבועה דאין נשבעין על הקרקעות, וגם מחיוב תשלום, ולכ' אם כל הדין של שבועה זה קולא א"כ גם בקרקע יצטרך לשלם דהתורה רק אומרת בקרקע דאין חיוב שבועה אבל נשאר חיוב ממון משמע דדין שבועה לא הוי רק קולא, וביותר קשה דביארו דמה סברת הריב"ם [תוס' בד"ה הוי מפרש דהריב"ם למד מתוך מסברא] דמתוך שאינו יכול לישבע משלם שכדי לעשות תוקף לשבועתו, חיובו ממון אם לא ישבע שבלי מתוך יאמר שאינו נשבע ויפטר ובגלל זה חייבו ממון אם אינו נשבע אבל זה קשה שדווקא באינו רוצה אפ"ל כן אבל באינו יכול למה יעשו תוקף לשבועתו ויתחייב ממון שהרי הוא רוצה רק אינו יכול, וגם קצת דחוק דמה הקשה המהרש"א על שיטת הר"י דהוי סברא גרועה הרי אם הסברא קולא לנתבע מובן שגם אם התובע אינו יכול לישבע משלם הנתבע.

ומכח כל קושיות אלו נראה לחזור ליסוד דין "מתוך", התוס' [ד"ה הוי] בע"א הקשה דלכאורה למה יהיה חייב משום שאינו יכול לישבע הרי יש לו מיגו דישבע שבועה דרבנן על ידי חטפי ויהיה נאמן מדין מיגו דלא חטפי ואחד מתירוצי התוס' הוא תירוץ הריב"ם,

והביאו בתוס' [ד"ה וכל] מח' בין הר"י לר"ת באיזה אופן אמרי' מתוך, הר"י למד דמתוך איכא גם כשהתובע אינו יכול לישבע משלם הנתבע, ור"ת חולק עליו שדווקא אם הנתבע אינו יכול לישבע משלם, אבל אם התובע אינו יכול לישבע פטור.

והאחרונים (חי' ר' ראובן וכו') ביארו דר"י סובר דכל הדין דמתוך הוא פשוט מסברא דע"א מחייב ממון, רק התורה נתנה קולא לנתבע שישבע, וכמו כן בשבועה דרבנן שישבע ולא יגבה עד שישבע אבל כ"ז קולא לנתבע וא"כ כשאינו יכול שם ליתא לקולא וממילא חייב הנתבע ע"פ העד אחד לשלם ולפי"ז גם כשהתובע אינו יכול יתחייב הנתבע לשלם.

ור"ת סובר כמו שפי' הריב"ם [בתוס' ד"ה הוי] דחיוב ממון בדין מתוך בא מחיוב השבועה וא"כ דווקא כשהנתבע חייב לישבע משלם אבל אם התובע אינו יכול לישבע מפסיד ואינו יכול לגבות.

וקשה טובא על שיטה זו א'. דהרי התוס' למסקנא נשאר בתי' הריב"ם וכאן בתוס' דחה תי' ר"ת ול"כ זה סתירה ב' התוס' אם פסקינן כריב"ם או לא, ועוד קשה דהרי הר"י ביאר את סברת הריב"ם, וכאן משמע שר"ת הוא סובר סברת הריב"ם והר"י חולק וסובר שזה קולא,

ובביאור תי' הריב"ם איכא ב' שיטות, הראשונים לומדים שכאן ליכא מיגו שמשום שיש חיוב שבועה על כח המיגו דלא חטפתי צריך לישבע כאילו שיש עדים שחטף דהראשונים למדו שכל זמן שלא נשבע כאילו יש ב' עדים דחייב ממון וא"כ כרגע ליכא טענת הלא חטפי שכאילו ע"ז יש חיוב ממון [וזה רק ע"פ לימוד של כח הטענה].

אבל בתוס' משמע דאפי' אם יש מיגו משלם וכמו שביארו האחרונים שהחיוב שבועה עושה חיוב ממון וא"כ משום שעל לא חטפתי יש חיוב שבועה ממילא יש חיוב ממון ומיגו לא יעזור שבמציאות יש כאן גם חיוב שבועה.

ותוס' הקשה דלפי"ז איך הגמ' בשבועות מדמה הפסוק של "שבועת ה' תהיה בין שניהם" לנסכא דר"א הרי לשיטת התוס' בנסכא דר"א יש מיגו משא"כ בפסוק לא מדובר במיגו, (ותוס' מקשה שמאיפה ידע ר' אבא שגם כשיש מיגו איכא מתוך), ותירץ תוס' שר' אבא יודע דין מתוך מסברא ותוס' מקשה א"כ למה צריך פסוק ומתיר כדי לדעת שיורשין פטורין.

וכדי להבין סברת הריב"ם צריך להבין מהו חיוב השבועה, ולפי"ז נבין למה היה פשוט שמסברא יתחייב אם אינו יכול לישבע, בכל חיוב שבועה יש ב' אופנים לבאר החיוב 1. לברר טענתו שאולי הוא באמת יודע שהמעשה לא היה כך וטוען שקר משום שרוצה ליפטר וע"ז אמרו שישבע ועי"ז נידע שמה שטוען שהיה כך הוא גם סובר שהיה כך.

אבל אם נאמר כן קשה, דלכאורה כל הדין דמתוך נלמד מהמעשה אחד טוען שחייב

מאה ואומר לו חמשין אני יודע שחייב וחמשין איני יודע הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם ולכאורה למה אינו יכול לישבע שאינו יודע כך הקשה הקצוה"ח (סי' צ"ב סק"י) ותירץ שלא מצינו שבועה דאורייתא דנשבע שאינו יודע ולכ' קשה דלמה באמת לא מצינו, נאמר שיש שמה החילוק מכל שבועה, ועוד קשה שאפי' ליכא שבועה מ"מ יהיה נאמן במיגו דיכול לטעון איני חייב וטוען איני יודע יהיה נאמן שאיני יודע.

רואים מהקצוה"ח דהוא סובר שכל חיוב שבועה זה חובת בירור המעשה ולא רק בירור טענה שבעצם הת' אומרת דכל דין ספק ממונית המוציא מחבירו עליו הראיה אבל במקום שיש ע"א (או כל חיוב שבועה) התורה ראתה דררא שיש כאן ספק שאולי אינו נכון ובגלל זה הת' אמרה שליכא המוציא מחבירו עליו הראיה שהתורה הטילה עליו בירור ועי"ז נופל הדין של המוציא מחבירו עליו הראיה ואמרה תורה שיתחייב לעשות בירור שמשום שהת' ראתה שיש כאן ספק חזק אז התורה הורידה את דין המוציא ע"י חיוב בירור ע"י שבועה ובירור זה לברר המעשה מה היה ובגלל זה אינו יכול לישבע שאינו יודע וגם לא מהני מיגו לטענת איני יודע שכאן צריך בירור מה היה המעשה.

ולפי"ז נוכל להבין סברת הריב"ם שאם יש חיוב בירור ואתה לא בררת ועכשיו ליכא המוציא אז תשלם שעלך מוטל חיוב בירור ואפי' שיש לו מיגו על טענת ידי חטפי זה לא מהני שזה רק בגדר ראייה או נאמנות על

טענתו אבל על המעשה ליכא בירור ובגלל זה אפי' במיגו יתחייב מתוך שאינו יכול לישבע.

ולפי יסוד זה מובן למה בקרקע נפטר שברגע שאין חיוב בירור נשאר הדין המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל עכשיו צריך לומר שהר"י סובר כריב"ם (מכח ב' קושיות הראשונות דאל"כ יש סתירת התוס' וסתירת הר"י).

[אבל הראשונים בסוגייתנו חולקים על תוס' וביארו בדעת הריב"ם שמשום שכאילו יש ב' עדים על טענת לא חטפי אין כח הטענה ולהם לא היה קשה איך מדמה הגמ' בשבועות הפסוק לנסכא דר"א הם ילמדו שנשאר גזיה"כ וכמו שרואים בהדיא ברבינו יונה ובעוד ראשונים¹].

ומכל הסברא הזאת מוכרח להיות שר"י סובר כריב"ם ע"פ תוס', וכדבי' לעיל ועתה נצטרך לברר למה לר"י אם אין התובע יכול לישבע משלם הנתבע דל"כ אם הסברא של מדין מתוך משום שחייב בירור במקום שהתובע חייב הוא יתחייב לשלם ולא יהיה יכול לתבוע.

והנה בב"מ ביארו האחרונים [קוב"ש] את שיטת הר"י ע"פ הרמב"ן בב"מ דף צ"ז ע"א דהמשנה מדברת שם בציור שאדם אחד שגר פרה ושאל פרה מחבירו ואחד מהפרות מתה ע"י אונס ואין ידוע אם שכורה מתה ופטור או שאולה מתה וחייב ששואל חייב באונסין ומתני' הביאה ארבעה ציורים שבחלק חייב ובחלק פטור והקשה שם תוס' דלכ' למה בחלק מהציורים פטור יהיה חייב מדין גלגול

ומתוך שחייב אותו לישבע שאונס יגלגל עליו שבועה איזה מתה שכורה או שאולה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם ועי"ש מה שתירץ, אבל מקושית התוס' רואים שיש גם מתוך על חיוב שבועה של גלגול אבל תוס' ר"פ שם כתב דקושית התוס' אינה קושיא משום דליכא חיוב דמתוך על גלגול שבועה וכדי לבאר המחלוקת צריך לומר דשניהם סברו דמתוך גזיה"כ אבל חלקו בגדר החיוב בגלגול שבועה תוס' לומד דמסוטה ילפינן דגלגול שבועה הוי כמו שבועה העיקרית וכמו שבשבועה העיקרית יש דין דמתוך כמו כן בשבועה שניה של גלגול יש דין של מתוך אבל תוס' ר"פ חולק וסובר דגלגול רק לומדים מסוטה אבל לא שהוי כמו שבועה העיקרית אלא שהוי כמו חיוב שבועה של סוטה ושם ליכא חיוב ממון שאו ישבע או ישלם כמו כן בכל חיוב דגלגול שבועה אין דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ובגלל זה סובר שקושית התוס' לא הוי קושיא.

אבל הרמב"ן כן הקשה קושיא זו ותירץ דדווקא היכא שחייב שבועה הראשונה בא ע"י תובע שטוען וודאי אז גם על גלגול שבועה יש דין של מתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל אם חיוב שבועה הראשונה באה ע"י טענת שמא על הגלגול לא יהיה דין של מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והקשה הריטב"א ממ"נ מה סובר הרמב"ן אם יש בגלגול דין מתושאיל"מ גם בשמא ואם סובר שאין דין משאיל"מ בגלגול א"כ גם בברייתא יפטר.

¹ וביאר הקה"י בב"מ ס' ד' שהראשונים סוברים שע"א מעיד על גוף המעשה ובגלל זה על לא חטפי כאילו שיש שניים שחטפי אבל הריב"ם ע"פ תוס' סובר שע"א רק עושה דררא ועי' לקמן בביאור מחלוקתן.

ונראה לבאר סברת הרמב"ן ע"פ האחרונים בב"מ דהרמב"ן לומד דמתוך לומדים מסברא (כדפי' לעיל בריב"ם) וראיה לזה מהמחלוקת הרמב"ן והרא"ש לגבי עד המסייע דיש דין דעד אחד מחייב שבועה אבל נחלקו הראשונים אם חייב שבועה ויש עד אחד לסיוע האם מהני לפטור משבועה.

וזה סברו גם הרמב"ן וגם הרא"ש דיכול לפטור משבועה רק השאלה איפה דאינו יכול לישבע ויש חיוב ממון האם ע"א יכול לפטור ממון הרא"ש כתב דאינו יכול לפטור הרמב"ן סובר דיכול לפטור ובביאור מחלוקתם י"ל דהרא"ש סבר דמתוך הוי גזיה"כ כמו דמצינו בהדיא בב"מ סי' י' וא"כ מתוך זה חיוב חדש ואין לו קשר לע"א כלל וא"כ ע"א אינו יכול לפטור או לחייב ממון בגלל זה אינו פוטר ממתוך אבל הרמב"ן סובר דהוי סברא וא"כ כל החיוב ממון בא מן השבועה ואם נפטר מן השבועה אין חיוב ממון אז ע"א שפוטר משבועה פוטר גם החיוב ממון מוכח מהרמב"ן דהוי סברא ובגלל זה פירש דאם על שבועה הראשונה יש תביעה של בריא אז יש חיוב בירור והת' מטילה עליך החיוב ע"י שבועה ואם אינו יכול לישבע משלם וזה גם בגלגול שבועה דהרמב"ן סובר דגלגול לא הוי כמו כל עיקר שבועה אלא ילפינן מסוטה שכמו העיקר שבועה כמו כן הגלגול אינו אלא חיוב שבועה ולא יותר וא"כ בבריא דיש חיוב בירור מסברא כמו כן יש חיוב בירור בגלגול ומתוך שאינו יכול לישבע משלם שחיוב הבירור זה מחיוב השבועה.

אבל אם שבועה הראשונה באה ע"י תביעת שמא שם אין בכלל סברא שיתחייב בירור משום שאין דין של המוציא מחבירו עליו הראיה משום שבשמא ליכא באמת תביעת ממון רק התורה חייבה ללכת לברר מה היה אבל נשאר הדין של המוציא מחבירו עליו הראיה ואם אינו נשבע נפטר.

אבל מ"מ סובר הרמב"ן דיש גם גזיה"כ מ"שבועת ה' תהיה בין שנייהם" ונשאר חיוב ממון גם בשמא מדין גזיה"כ וזה בלא קשר לשבועה כלל רק הת' אמרה דאם אינו נשבע חייב ולא מדין החיוב אלא מצד דבר צדדי וא"כ בשבועה שניה ליכא הדין הזה דילפינן מסוטה שהשבועה השניה כמו הראשונה אבל רק לעניין חיוב שבועה וא"כ בענין מתוך דגזיה"כ זה חיוב צדדי וזה לא נלמד בגלגול אבל רואים שהרמב"ן סבר שיש גם סברא וגם גזיה"כ ולפי"ז נוכל לתרץ גם בתוס' כאן דהר"י סובר גם מסברא דיש מתוך וגם גזיה"כ ולמדו שהגזיה"כ שהת' חייבה מדין קולא שצריך לישבע אבל ברגע שהתובע אינו יכול לישבע משלם הנתבע שנפל הקולא².

ומהמרש"א בשבועות דהקשה על הר"י דהוי סברא גרועה לכ' משמע דלא הוי גזיה"כ אלא חיוב מסברא [ונוכל לומר בדוחק שזה סברא גרועה לומר שלומד גם חיוב מסברא וגם חיוב מדין גזיה"כ וצ"ע].

ועוד צ"ע דלכאורה תוס' הקשה על פי הריב"ם דלמה צריך גזיה"כ הרי אפשר ללמוד מסברא ואם נאמר שתוס' ג"כ סובר כפי' הרמב"ן שיש

² ומה דהקשינו דא"א ללמוד קולא משום דלמה בקרקעות נפטר ואם נאמר שזה שסובר קולא זה מגזיה"כ שכל השבועה קולא אפשר להבין שהבינו שלמה בקרקע נפטר משבועה זה משום דליכא חיוב ממון ובגלל זה בקרקע פטור:

גם סברא וגם פסוק לכאורה קשה מה הקשה תוס' דאי"צ הגזיה"כ הרי צריך גזיה"כ היכא דליכא סברא רק מוכח דתוס' חולק על הרמב"ן, וסובר דמתוך אפשר ללמוד רק מסברא וא"כ הדרא קושיא לדוכתיא למה כשהתובע חייב לישבע משלם הנתבע.

וביותר קשה דע"פ האחרונים אלו נראה דסברו דמי שלומד גזיה"כ זה מדין קולא ובגלל זה אם אין התובע יכול לישבע משלם הנתבע וזה הפי' קשה מאוד מב' מקומות א'. דהרי בפסוק איתא דמתוך שאינו יכול לישבע זה דין רק באבות ולא ביורשים וכדי לברר ההגדרה שמתי יש מתוך ומתי אין מתוך צריך להבין ע"י הפסוק (שהם סברו דלא הוי סברא) ואם נסתכל נראה לכ' שיוורשים פטורים משום שאינו יודע ואיך אתה רוצה לומר עליו מתוך משא"כ על האב שיוודע יש מתוך וכן כע"ז כותבים תוס' בב"מ [דף צ"ז ע"ב] דמתי יש דין דמתוך דווקא איפה שהנתבע היה צריך לדעת מה היה אבל אם לא היה צריך לדעת נפטר ואין דין דמתוך משמע גם מכאן דכל הגדר הוא רק ריעותא ולא קולא רק היכא דאינו יכול לישבע והיה צריך לישבע אז יש מתוך אבל במקום שאי"צ לדעת נפטר משום שאין לו ריעותא משום שלא נשבע [ותוס' סובר גזיה"כ דלא מצינו דמחלק בין בריא לשמא בגלגול כמו דביארנו ברמב"ן] ואם נלמוד ריעותא לא נבין למה אם אין התובע יכול לישבע משלם הנתבע הרי כרגע התובע חייב לישבע ואם אינו נשבע הריעותא לתובע וא"כ מוכח דלא כאחרונים אלו.

ונראה לברר ע"פ היסוד ששבועה הוי בירור ובגלל זה ליתא לדין של המוציא מחבירו עליו הראיה וחייב לשלם כשאינו יכול לישבע משום דלא בירר זה דווקא בשבועה שעל הנתבע שחייב לישבע מדאורייתא וכמו שכתב הקצוה"ח דאינו יכול לישבע שאינו יודע אבל בשבועה דרבנן כתב הקצות בהדיא דיכול לישבע שאינו יודע והסברא משום דשבועה דרבנן לא הוי כמו שבועה דאורייתא שביורר אלא ששבועה דרבנן שאם אינו נשבע לא יגבה שבעצם כל הציורים דיש שבועה דרבנן למשל בנכנסו ב' אנשים לבית ויצא אחד חבול ממה שנראה לנו ומדין דאורייתא חייב לשלם שנראה שהשני חבל בו רק שרבנן ראו שלא הוי בירור גמור ובאמת לא מוכח במאה אחוז אז חכמים הטילו שבועה על התובע ממ"נ אם נשבע יכול לתבוע אם אינו נשבע יש ריעותא שלמה לא נשבע משמע שאינו חייב וזה הכל שייך באינו רוצה אבל באינו יכול ורוצה לישבע אז חכמים לא תיקנו שבועה שאז ליכא ריעותא אם לא נשבע שהרי לא היה יכול לישבע.

ועפ"ז נוכל להבין התוס' שאם התובע אינו יכול לישבע משלם הנתבע דמשום דהתובע אינו יכול חוזר הדין דאורייתא דיש חיוב ממון על הנתבע ומשלם.

ע"כ ביארנו סברת הר"י ובסברת ר"ת שחולק על הר"י וסובר דאם אין התובע יכול לישבע מפסיד היה אפשר לומר דהוא סובר דמתוך הוי גזיה"כ וכמו דביארנו (ההגדרה) דהיסוד דהוי ריעותא מזה שלא נשבע התורה מחייבת אותו ממון ובגלל זה סובר ר"ת דאם התובע

צריך לישבע ואינו יכול לישבע מפסיד משום דאז הריעותא עליו דאינו יכול לישבע אבל לא נוכל לומר כן דהרי ר"ת סובר שכל הדין דמתוך שאינו יכול לישבע מפסיד בחשוד או ביתומים ביתומים משום תקנה וחשוד משום שכעין דאורייתא משמע דבשאר מקומות לא ואם למד שזה גזיה"כ מה משנה חשוד משאר³, משמע דר"ת גם הודה לסברא דר"ת סובר דהוי בירור ומתוך שאינו מברר משלם רק סובר שמה שעשו חכמים שבועה זה ממש כעין דאורייתא שכל זמן שלא נשבע אינו יכול לתבוע שכמו בנתבע כ"ז שלא נשבע משלם כמו כן בתובע מפסיד שדרבנן עשו דבריהם כעין דאורייתא [וכן מדויק מלשון הר"ת שכתוב שדווקא בחשוד משום דעיקר שבועתו דאורייתא].

היוצא מדברינו ע"כ ב' שיטות הראשונים בגדר ובהבנת משאיל"מ תוס' כאן הריב"ם ור"ת והר"י דעיקר חיוב דמתוך ע"י סברא ילפינן והפסוק רק לפטור יורשים והסברא שמשום שחיוב השבועה הוי בירור ומתוך שאינו מברר משלם [ר"ת ור"י נחלקו בדבר צדדי אם שבועה דרבנן הוי ממש כעין הדאורייתא או לא].

הראשונים כאן רבינו יונה רא"ש תוס' בב"מ דף צ"ז דמתוך הוי גזיה"כ שלומדים שהוי ריעותא בזה שאינו יכול לישבע ויש חיוב ממון וזה דבר צדדי ולא קשור כלל לחיוב שבועה.

[שיטת הרמב"ן בב"מ שיש גם חיוב מסברא וגם חיוב מגזיה"כ].

ובביאור מח' נראה לומר דהראשונים סברו דע"א הוי חיוב על עיקר המעשה שכאילו דמעיד כאן דחטף וכאילו מעיד דחייב לשלם כ"ז שלא נשבע להכחיש העד ובגלל זה יכולים לפרש את הריב"ם שעל טענה של לא חטפי כאילו שיש עדים שמחייבים אותו כרגע ממון ובגלל זה ליכא כח הטענה שהטענה הראשונה כרגע אין אפשרות לטעון אותה ואין כאן מיגו ולדידיה לא קשה קושית התוס' דאיך מדמה שבועת ה' לנסכא דר"א שבשנייהם ליכא מיגו ואי"צ לומר שמסברא ידעין מתוך.

משא"כ תוס' למד שע"א אינו מעיד דחייב ממון רק עושה ספק ודורא על המעשה ובגלל זה תוס' לא היה יכול לתרץ קושיתו כמו שתירצו הראשונים שלדידיה לא הוי כשתים שמחייבים אותו ממון ובגלל זה תירץ תירוצ' חדש דמתוך מהני אפי' נגד המיגו ומשום דמתוך בא מחיוב השבועה⁴, וע"ז תי' תוס' שהוי מסברא ובאמת הראשונים שלומדים כמו שפירשנו שמשום שהוי כשתיים שמעידים נגדו הם לומדים מגזיה"כ (רא"ש רבינו יונה וכו') שהם לא הוצרכו לומר שסברא משום שהע"א מעיד על העיקר המעשה שיכולים לתרץ את קושית התוס' ממיגו באופ"א מתוס'.

היוצא לנו ב' שיטות בגדר מתוך שאינו יכול לישבע משלם שיטת הריב"ם ר"י ור"ת שהוי

³ ואפשר לבאר ע"פ הקצוה"ח סי' צ"ב דליכא מתוך בשבועות דרבנן עיי"ש:

⁴ וע"פ שיטת התוס' מובן מה דהקשה בחידושי ר' שמעון שקוף בסי' י"ט דהיה קשה לו דלמה הדין בשבועות שאם יש לאחד חיוב שבועה על חברו שבמעות פוטרת אותו דהכתוב אומר "לא יגוש" שאסור לגבות חוב ולכ' אם לומדים קולא השבועה לא הוי חיוב אלא קולא משמע מכאן ג"כ שזה חיוב בירור שחוב שעליך לברר ובגלל זה שביעית משמט:

ר' יבון שמערתתא בבא בתרא

סברא משום דחייב השבועה הוי חובת בירור ומתוך שאינו מברר משלם שיטת תוס' בב"מ ור"י והרא"ש כאן דלומדים מגזיה"כ דמתוך שאינו יכול לישבע משלם והגדר בכל מקום שיש ריעותא מזה שלא נשבע משלם, והנה הגמ' מפרשת למסק' שחזקת קרקע שיש ע"א שאומר שהיה ג"ש לא דמי למעשה דנסכא דר"א משום שבמעשה החזקה הע"א בא לסייע לנתבע משא"כ בנסכא דר"א הע"א בא נגד הנתבע ומצינו ב' פירושים בראשונים לפרש פירוש הגמ' א. הרא"ש דמשום שיש עד המסייע לנתבע אפי' שבמציאות זה נגדו נפטר מהחייב דמתוך שאינו יכול לישבע משלם זה דווקא כשע"א נגדו ולא כשבא לסייע ב. יד רמה שכשיש עד המסייע לא רק דאין מתוך

שאינו יכול לישבע משלם אלא שנפטר מחייב שבועה לגמרי שהתורה חייבה שבועה בע"א דווקא במקום שיש שתיים חייב ממון אבל במעשה דחזקה אם יש שתיים שאמרו שאכל ג"ש לא רק שאינו משלם פירות אלא גם מקבל הקרקע ובגלל זה בע"א פטור משבועה.

ולפי ב' שיטות דלעיל נוכל לומר שהרא"ש לשיטתו שמתוך הוי גזיה"כ וא"כ אפשר לומר שבעד המסייע ליכא מתוך אבל תוס' אינו יכול ללמוד כך שאפי' שליכא מתוך אם יש חייב שבועה זה חייב בירור וממילא חייב ממון ובגלל זה פי' היד רמה פירוש חדש דליכא חייב שבועה.



הבה"ח יחיאל פישל לינדר הי"ו

דף לד.

שיטת ר"י בסוגיית נסכא דרבי אבא

גמרא ההוא גברא דחטף נסכא מחבריה אתא לקמיה דרב אמי וכו' אייתי חד סהדא דמיחטף חטפא מיניה אמר רב אמי היכא נידיינוה דיני להאי דינא לישלם ליכא תרי סהדי ליפטריה איכא חד סהדא לישתבע הא אמר מיחטף חטהפה וכו' אמר רבי אבא הוי מחויב שבועה שאינו יכול להישבע וכל המחויב שבועה שאינו יכול להישבע משלם.

להישבע משלם והשתא אמאי פטרי והא פשיטא דאינו נאמן לומר ידידי חטפי בלא מיגו וכן מקשה תוס' הכא בסוגיין על פירוש ר"י.

ובעצם קושית הראשונים דהוי מיגו יש לעיין דלכאורה הוי מיגו לאפטורי משבועה ולשיטת הר"י מיגאש [וכן פסק המחבר (סי' רצ"ו סעי'א)] דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה נמצא דקושיית הראשונים מעיקרא ליתא וכן הרבינו יונה כתב להדיא לקמן (דף קכ"ח ע"ב) דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן מיהו צ"ע דהכא בסוגיין מקשה כדמקשו הראשונים שיהיה נאמן במיגו ומאי מקשה הרי סובר שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן וכן בדעת הר"ן דסובר מיגו לאפטורי משבועה אמרינן צ"ב דעיין בנתיבות (בדיני מיגו אות כ"א) דכתב דגם לדעת הר"ן דמיגו לאפטורי משבועה אמרינן אבל מיגו לאפטורי משבועת ע"א לא אמרינן והכא בסוגיין הוי מיגו לאפטורי משבועת עד אחד והר"ן מקשה כדמקשו הראשונים ע"כ דהכא הוי מיגו

בתוס' (ד"ה הוי) וא"ת וליהמניה בשבועה במאי דאמר ידידי חטפי במיגו דאי בעי אמר לא חטפי וכו' וליכא למימר נמי דהאי לא חשיב מיגו דלא הוי חציף למימר לא חטפי להכחיש את העד או משום שירא שלא יפסלהו וכו' דהא משמע דאי לאו דעד אחד מחייבו שבועה היה פטור והיינו ע"כ במיגו דאי לאו מיגו לאו כל כמיניה למימר ידידי חטפי דהא כי איכא תרי סהדי משלם ואינו נאמן למימר ידידי חטפי ואומר ר"י דוודאי אם לא היה העד מחייבו שבועה היה נאמן במיגו דאי בעי אמר לא חטפי שיכול להעיז פניו להכחיש את העד בלא שבועה אבל השתא דמחייבו שבועה לא מהימן בשבועה ע"י מיגו [שלא (גירסת הב"ח)] היה יכול להעיז פניו ולהישבע בדבר שהעד מכחישו וכן נמי כתבו תוס' בשבועות (דף מ"ז ד"ה הוי).¹

אבל קשה אי ליכא מיגו מ"ט דרב ושמואל דפליגי בפרק כל הנשבעין (שם) ארבי אבא ופטרי בנסכא דלית להו דין מתוך שאינו יכול

1 וכן כתבו הרמב"ן בסוגיין והר"ן בשבועות (שם) מיהו הר"ן והרמב"ן כתבו דלא אמרינן מיגו היכא דקא מכחיש סהדא דלא חציף איניש לאכחושי סהדא עכ"ל ולא הוסיפו כדחוכיח תוס' הכא בסוגיין דדווקא משום דאיכא שבועה אינו מעיז אלא אפי' סתם לאכחושי סהדא לא חציף.

לאפטורי ממון והביאור בזה נראה דהנה יש לחקור ביסוד הדין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אי חשיבא השבועה כפטור דבעצם הדין כל מקום שיש חיוב שבועה הוא חייב לשלם אלא דהתורה אמרה דיכול לפטור עצמו מממון ע"י שבועה וממילא היכא דאינו יכול לישבע דאינו יכול לפטור הרי הוא מחוייב לשלם או דלמא איפכא דהשבועה הוא סיבת חיוב דבלא שבועה אין כאן חיוב תשלומין כלל אלא דכיון דהטילה עליו תורה חיוב שבועה אמרינן דאם אינו נשבע הרי מחוייב לשלם והנה לא מיבעיא לצד א' דמיקרי מיגו לאפטורי מממון אלא אפי' לצד ב' אפשר לומר דדין מתוך אינו תוצאה דכיון דאינו נשבע צריך לשלם אלא חוב חדש דבמקום דלא נשבע נתחייב עליו חוב חדש לשלם וא"כ קושית הראשונים דלי המינה במיגו הוי מיגו לאפטורי מממון ולפי"ז צ"ע דשיטת התוס' ורוב הראשונים דמיגו לאפטורי ממון דהעזה אמרינן ומאי מתרץ הר"י דהכא הוי מיגו דהעזה.

ועעין באחרונים מה שתירצו על קושיא א' בכמה אופנים, עיין בש"ך (סי' ע"ה ס"ק מ"ג) וז"ל ונלפענ"ד לתרץ קושית התוס' דרב ושמואל סבירה להו דאף על גב דלית ליה מיגו מכל מקום כיון שאין העד מכחישו לא חייבה התורה לשלם כיון שאינו יכול להישבע עכ"ד ודבריו צ"ב בתרתי, א'. עיין בתומים (ס' ע"ה סק"י) וז"ל ודבריו אינם מובנים כיון דבעצמו אינו נאמן דדידי חטפי דהוא טענה גרוע רק מכח מיגו כמש"כ תוס' להך תירוץ א"כ למה יהיה נאמן והוא עיקר קושית התוס' ובעיקר דבריהם אלו לא השיב דבר, ב'. מ"ט דדווקא

לרב ושמואל דסברי דלא אמרינן מתוך אמרינן טעם זה דאין העד מכחישו הרי אין טעם זה תלוי כלל בפלוגתא אי אמרינן מתוך או לא ובתרומת הכרי (ס' ע"ה ס"ק ב') כתב ודבריו סתומים.

והנה בקה"י (סי' כ"ה) כתב לבאר דזהו פשוט דכשעד אחד מעיד לחייב את ראובן וראובן מודה לדבריו אין צורך לחייבו מדין הודאת בע"ד אלא כיון דאינו נשבע להכחיש את העד ממילא מחוייב מדין מתוך שאינו יכול להישבע משלם מיהו זה דווקא למ"ד דאמרינן מתוך אבל למ"ד דלא אמרינן מתוך אין לחייבו אלא מכח הודאת בע"ד ומעתה בסוגיין בהאי נסכא למ"ד דאמרינן מתוך כשבאנו לחייב מטעם החטיפה זה נעשה ע"פ העד משום מתוך שאינו יכול להישבע משלם ואם נבוא להאמינו בטענת ידידי חטפי במיגו דאי בעי מכחיש את העד אין זה אלא מדין מיגו ובזה שפיר כתבו הראשונים דאין זה מיגו טוב דאינו מעיז להכחיש את העד אבל לרב ושמואל דלא אמרינן מתוך כשבאנו לחייבו מטעם החטיפה אינו נחלט לנו אלא מכח הודאתו משום דהודאת בע"ד כמאה עדים וא"כ כשטוען ידידי חטפי הוי ההפה שאסר ההפה שהתיר וזה אמרינן שפיר גם במקום שקשה לו להעיז ושפיר תלוי ידידי חטפי בדין מתוך.

וביאור הדברים דהפה שאסר דהעזה אמרינן ומיגו דהעזה לא אמרינן לכאורה פשוט דביאור דין מיגו דאי בעי טעין היינו שאותו טענה שאילו רצה היה טוען ובמקום דלא היה רוצה לטעון טענה השני דאינו מעיז לטעון כן לא אמרינן שאילו רצה היה טוען אבל ביאור

דין הפה שאסר הוא דהרי כל חיובו רק משום דבריו והרי הוא מוסיף דברים המזכים אותו א"א לחיובו על פיו יותר ממה שהוא אומר בכל טענותיו ביחד דממ"נ אם האמינהו האמינהו בכל ואם לאו לא נאמינו כלל וא"כ אפי' במקום שקשה לו להעזיז מ"מ כיון שכל חיובו אינו אלא על פיו הא פיו קאמר ידידי חטפי [ועיי"ש דהוכיח מכמה מקומות דדין הפה שאסר ודין מיגו הם שני ענינים נפרדים].

מיהו נראה דבדעת הש"ך א"א לפרש כן דלעיל (ל"ג.) איתא בגמ' רבה בר שרשום נפיק עליה קלא דקא אכיל ארעא דיתמי וכו' ואמר ליה אביי לקוחה היא בידי לא מצית אמרית דהא איכא עליה קלא דארעא דיתמי עיי"ש ובראשונים נחלקו לבאר מאי טעמא דהיה נאמן לטעון לקוחה לולא הקול ומשום הקול אינו נאמן והר"י מיגא"ש פירש דמיירי שלא היה מחזיק רק לאחר מיתת האב דאין לו חזקה דאין מחזיקין בנכסי קטן והטעם שהיה נאמן לומר לקוחה לולא הקול דמיירי שלא היו ליתומים עידי מר"ק והרי זה כאומר שדה זו שלך הייתה ולקחתיה ממנו שהוא נאמן [מדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר] וע"ז אמר ליה אביי שאינו יכול לומר לקוחה כיון שיש קול שהיה לאביהם וכן פירש הרמב"ם (הלכות טוען פי"ד ה"ח) ובהשגות הראב"ד מקשה שלא מסתבר שהקול מהני לסתור את טענתו שטוען והש"ך (ס' קמ"ט ס"ק כ"ב) כתב לבאר שאינו מעיז לטעון נגד הקול ע"כ דהש"ך סובר

דהפה שאסר דהעזה לא אמרינן וביותר דהש"ך נקט (ס' ק"ח סק"ז) דאין לחלק בין הפה שאסר למיגו וגם לשונו של הש"ך דאין צריך למיגו דחוק לומר דכוונתו דאין צריך למיגו אלא נאמן מדין הפה שאסר.

אמנם בדעת הרמב"ן לכאורה יש להוכיח דסובר דמיגו והפה שאסר שני ענינים דלעיל (ל"ג.) איתא בגמ' קריביה דרב אידי בר אבין שכב ושבק דיקלא רב אידי בר אבין אמר אנא קריבניא טפי לסוף אודי ליה דאיהו קריב טפי אוקמיה ר"ח בידיה א"ל ליהדר לי פירא דאכל מההוא יומא עד השתא וכו' א"ל אמאן קא סמיך מר אהאי הא קאמר דאנא מקרבנא טפי ואביי ורבא לא סבירא להו הא דר"ח כיון דאודי אודי וכתבו תוס' (ד"ה ה"ג) דלפי ר"ח נמצא דנאמן מדין מיגו דהיה יכול לומר דלא אכלה והוי מיגו נגד עדים וא"כ אביי ורבא דפליגי אר"ח היה להם לומר דמיגו נגד עדים לא אמרינן כדמסיק הגמ' בע"ב ולא כיון דאודי אודי ולכן לא גרס דאיהו קריב טפי עיי"ש אמנם ברמב"ן הביא כעין פירוש זה וכ"כ הר"י מיגאש דמיירי שטען דהוא קרוב יותר וביאר הרמב"ן (במלחמות) דהכא לא הוי מיגו נגד עדים דכאן מיירי מדין הפה שאסר ולא מטעם מיגו ולכן לא אמרו אביי ורבא דהוה מה לי לשקר במקום עדים נמצא דשיטת הרמב"ן כמו שכתב הקה"י דמיגו והפה שאסר הוי שני ענינים חלוקים².

² ועוד יוצא לפי דבריו דהפה שאסר נגד עדים אמרינן ולא אמרינן כדכתב הש"ך דהפה שאסר דחציף לא אמרינן אלא אפי' נגד עדים דלא חציף אינשי להכחוש סהדי [כשיטת הרמב"ן אפי' בעד אחד] אמרינן הפה שאסר.

וכ"נ מוכח בשיטת הרמב"ן לקמן (ע.) דאיתא בגמ' בעא מיניה רב עמרם מר"ח המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר לו החזרתים לך מהו מי אמרינן מיגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן השתא נמי מהימן או דלמא אמר ליה שטרך בידי מאי בעי וכתב הרמב"ן (בחידושיו) ואף על גב דלמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו אי לא מקיים ליה מהימן למימר פרעתי במיגו דאי בעי אמר מזויף ולא אמרינן שטרך בידי מאי בעי דשאני התם דכל אימת דלא מקיים לאו שטר הוא כלל וההפה שאסר הוא ההפה שהתיר אבל הכא שטר הוא ע"כ ודילמא לא מהני מיגו לביטוליה דאמרינן ליה שטרך בידי מאי בעי מוכח משיטת הרמב"ן דהפה שאסר ומיגו שני ענינים.

אמנם בדעת תוס' בהני שני סוגיין מוכח להדיא דמיגו והפה שאסר לאו שני ענינים בסוגיא דקריביה דרב אידי כתבו תוס' דלא גרסינן קריב טפי דא"כ הוי מיגו נגד עדים [כדכתבנו לעיל] ואי מיגו והפה שאסר שני ענינים נפרדים לכאורה לא הוי מיגו נגד עדים אלא נגד הפה שאסר [כדכתב הרמב"ן] והפה שאסר נגד עדים אמרינן וכ"נ בסוגיא המפקיד אצל חבירו בשטר (ע.) מקשה קושית הרמב"ן ומתיר על דרך אחר עיי"ש וכפי הנראה טעם הדבר שמיאנו התוס' בתירוצו של הרמב"ן דסוברים דמיגו והפה שאסר שני ענינים.

ועוד לכאורה מוכח בתוס' הכא שלא כביאור הקה"י דתוס' כתבו דהא דלא אמרינן מיגו נגד

עד דלא חציף להכחיש עד דווקא כשמחייבו שבועה ולפי מה שפירש לכאורה אין צורך לומר שטעם לא חציף תלוי בעד המחייב אלא יש לומר כמו שכתבו תוס' בתחילה שלא חציף נגד עד אפי' בלא שבועה דתוס' הוכיחו כן דבגמ' משמע דכל חיובו משום דע"א מחייבו ואמרינן מתוך אבל אי לאו דעד אחד מחייבו ואמרינן מתוך אבל אי לאו דעד אחד מחייבו שבועה היה פטור ע"כ במיגו דאי לאו מיגו לאו כל כמיניה למימר דידי חטפי דהא כי איכא תרי סהדי משלם ואינו נאמן לומר דידי חטפתי ע"כ דמדין מיגו וע"כ דמיגו נגד עד אחד מועיל ולכאורה לפי ביאור הקה"י אי לאו דעד אחד מחייבו שבועה ליכא דין מתוך שאינו יכול להישבע והוי כמו דליכא עדים כלל ונאמן מדין הפה שאסר כדפירש דלמ"ד דלא אמרינן מתוך חיובו מדין הפה שאסר והפה שאסר בהעזה אמרינן וה"ה אם אין עד אחד מחייבו שבועה ליכא דין מתוך וחיובו מדין הפה שאסר והיה מועיל לו אפי' בהעזה ולכן נזכר שבועה בגמ' וליכא ראיה כלל דמיגו דהעזה אפי' בלא דין שבועה נגד עדים אמרינן אבל לדעת הרמב"ן אתא שפיר דה"נ לא כתב מיגו נגד עדים ושבועה רק דלא חציף איניש לאכחושי סהדי ולכאורה דלמד כביאור הקה"י וליכא הראיה של תוס'.³

נמצא דלדעת תוס' לא אתא שפיר דברי הקה"י משני טעמים א'. דסובר מיגו והפה שאסר שני ענינים ב'. דכתב דלא חציף נגד עד

³ ועיין עוד קוב"ש (תכ"ו) דהוכיח דשיטת תוס' דמיגו והפה שאסר שני ענינים מתוס' לקמן (קכ"ח. ד"ה נשבע גובה) ועיין בחבורת חברי הבה"ח אפרים פישל הלר הי"ו מה שכתב ליישב שיטת התוס', ועיין מחנ"א (הלכות איסורי ביאה סימן א') דהאריך הרבה בזה.

אחד בשבועה ולכאורה לפי הקה"י ליכא הראיה של תוס' כדכתבנו לעיל ובדעת הש"ך נמי לא אתי שפיר דברי הקה"י משני טעמים א'. דסבר דהפה שאסר דהעזה לא אמרינן ב'. דסובר דמיגו והפה שאסר לאו שני ענינים [וכן לשונו אינו מדוקדק] ורק לדעת הר"ן והרמב"ן אתא שפיר.

מיהו עיקר דברי הקה"י צ"ע דבכתובות (ט"ו): איתא במתני' האשה שנתארמלה או שנתגרשה היא אמרה בתולה נישאתני והוא אמר לא כי אלא אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצאת וכו' ומודה ר"י באומר לחבירו שדה זו של אביך הייתה ולקחתיה הימנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא ההפה שהתיר ובגמ' (ט"ז). דנה כלפי מה נאמרה הודאה זו של ר"י ולמס' הגמ' אלא אהא הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי וכו' והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך דלר"ג נאמנת מיגו דאי בעי אמרה מוכת עץ אני תחתך [עיי"ש בביאור המיגו] ור"י חולק וכו' ומקשר הגמ' מ"ש הפה שאסר דמתניתין דמודה ומיגו דר"ג לא אמרינן מבארית הגמ' הכא [הפה שאסר דמתניתין] אין שור שחוט לפניך התם [מיגו דר"ג] שור שחוט לפניך ובביאור תירוץ הגמ' שיטת רש"י דהפה שאסר דמתני' לולא דבריו הייתה מתעוררת כאן שום תביעה שיכול היה לשתוק ולא היה מי שיערער על בעלותו בשדה זו אבל מיגו דר"ג הרי לא מצא בה בתולים ומתוך כך תבע הבעל את האשה ולא היתה יכולה לשתוק אין אומרים שנאמנת במיגו [וכן ביאר

בשואל ומשיב (באוהל אברהם) וכן הרא"ה] נמצא דדעת רש"י דבמקום דאיכא טענה [כגון אם היו היתומים תובעים בבירור ויודע שהיה השדה של אבותיו] ליכא דין הפה שאסר⁴.

ולפי"ז בדעת רש"י הפה שאסר אומרים רק כשאתן שור שחוט לפניך ובהלא תובעו לא אמרינן הפה שאסר וא"כ הכא בסוגין דאיכא תובע ועד אחד כ"ש דלא אמרינן הפה שאסר ואף שהראשונים חלקו בהלא תובעו נראה לי דדווקא התם דבהלא תובעו עדיין אין שום הכרח להודאות לו משא"כ הכא בעד אחד המחייבו שבועה אילו אמר לא חטפתי אף שלא אמרינן מתוך מ"מ אי לא רוצה להישבע הבי"ד כופין אותו לישבע או לשלם דהרי כל המח' בשאינו יכול להישבע [כמו גזלן או יתומים] אבל באינו רוצה לכאורה לכו"ע כופין אותו דאיך נפטר אותו מחיוב דאורייתא לברר המצב וא"כ קשה לומר דיהיה הפה שאסר מה שבידו לשתוק דאף שעיקר חזקת הנחטף בנסכא הוא ע"י החוטף שהודה לו מ"מ אין ראיה ממנה שלא שתק דיהיה מוכח לטעון אחרת היה או נשבע או משלם דמאיזה דין יפטרו אותו הבי"ד ורק במקום שכל ההכרח של הודאה לא היה אלא מחמתו אמרינן דישי להאמינו בכל או בכלום אבל באופן שיש לו

⁴ והראשונים שם חלקו דגם במקום טענה דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה דכל אחד הולך ותוקף בשדה חבירו וטוען ברי שהוא שלו ויוצא ממנו, עיי"ש.

לחץ וסיבה להודאות לכאורה לא אמרינן הפה שאסר⁵.

וביותר דבמקום שלא נשבע ומודה לדברי העד ה"נ דיש לחייבו מדין מתוך אבל ע"כ עכשיו לכו"ע העד נאמן שחטף אפי" אי עד אחד לאו כשניים אבל הכא איכא הודאת בע"ד דדבריו נכונים וא"כ אין ההפה שאסר בא מכח הבע"ד אלא העד אחד הוא האסר ואין יכול לומר דאי סמכת על מה שאסרתי גם על מה שמתיר דממ"נ או כולה או כלום דאחר שדינו לישבע כדי לקיים דבריו שלא נשבע ומודה לעד האסר הוא מכח העד.

ועיין בתרומת הכרי (שם) דכתב ליישב דברי הר"י באופן אחר דבמקום דאין עדים כלל יכול לומר ידי חטפי בלא מיגו כלל והביאור בזה ע"פ הגר"ח (שיעורי רבינו חיים הלוי וכן איתא בחידושי הגר"ח) דהרי בכל מחזיק איכא חזקת כל מה אלא דבחטיפה לא שייכה אך חזקה כיון דאנו רואין שע"י גזילה והחטיפה בא החפץ לידו ובמקום דהוא מודה דחטף ליכא כאן כלל מעשה חטיפה דלפי שהוא שלו אין זה מעשה חטיפה כלל כי אם מעשה לקיחה [אמנם בדברי הרשב"ם ד"ה היכי מפורש דאף היכא דליכא עדים כלל אינו נאמן בלא מיגו וגם כתירוץ הריב"ם להלן דאין מועיל מיגו שהרי הרשב"ם כתב דהורע כחו של מיגו וזהו על דרכו של הר"י דלא חשיב מיגו ולכאורה יפרש כדפירש הקה"י [עיי"ש] ולפי"ז כל מה שיתבאר בסוגיין שבאופן שישנו עד אחד על

החטיפה אילולא שהיה לחוטף מיגו אינו נאמן אין זה אלא אליבא דרבי אבא דס"ל דאמרינן מתוך דמאחר דלדידיה ע"א נאמן כשניים כל זמן שלא הוכחש בשבועה נמצא שיש לפנינו עדות על החטיפה אבל לרב ושמואל דלא ס"ל דין מתוך נמצא שאין לפנינו עדות על החטיפה ושוב חוזרת הסברא למקומה שכל שהידיעה על החטיפה היא רק מכח הודאת החוטף אזי אדרבא רואים אנו את הנסכא בחזקת החוטף ולא בחזקת הנחטף.

והנה התרומת הכרי ביאר חידוש ביסוד דין מתוך דהוא מעיקר הדין טוען ונטען במקום שהנתבע חייב שבועה נקטינן כדברי התובע כל זמן שלא מכחישו בשבועה והיינו דיסוד דין שבועה היא קולא ליפטר מהחיוב ממון ולכן כל זמן שלא נשבע צריך לשלם וכ"נ כתב התומים (סי' צ"ד סק"ב) בביאור הסוגיא וז"ל דהא דתלינן נסכא דרבי אבא בהך דינא מתוך הא כתבו המחברים דכיון דאמרינן מתוך שאינו יכול להישבע משלם ש"מ במקום שחייב בו התורה שבועה היא שורת הדין שיתחייב לשלם ממון רק התורה הטילה עליו שישבע ולכך כל כמה דלא נשבע הרי כאן חיוב ממון כשניים [ויסוד זה נמי משמע בראשונים עיין שיטמ"ק כתובות (דף פ"ה.) בשם ר' ישעיה דשבועה במקום תשלומין דכתיב ולקח בעליו ולא ישלם].

אמנם בדעת הש"ך נראה לכאורה דא"א לפרש סוגיין כתרומת הכרי דלכאורה הש"ך סובר

⁵ ואף דהרמב"ן (בדף ע.) סובר דהפה שאסר נגד שטר אמרינן לכאורה אפשר לומר דכ"ש נגד עד אחד יש לדחות דהתם לשון הרמב"ן דכל אימת דאינו מקוים לאו שטר הוא כלל ושפיר שייך הפה שאסר לכו"ע.

דעד אחד לאו כשנים אלא שעד נאמן רק על השבועה ולא שהעד נאמן על עיקר המעשה ומה שכשמשלם כשאינו נשבע זה דין מדיני שבועה שכשאינו נשבע צריך לשלם כדילפינן מקרא דשבועות היה תהיה בין שניהם בשבועות (דמ"ז) דהנה הטור (סי' ע"ה סעי' ה') כתב דבאופן דטען פרעתי כולה ופירש איך היה הפרעון ומתוך דבריו הכיר ב"ד דעדיין נשאר חלק מהחוב יש בו דין מודה במקצת וחייב שבועה על השאר וכתב הרמ"א דזהו רק אם הכירו ב"ד מתוך דבריו אבל אם נתחייב במקצת מחמת שאינו נאמן אין בו דין מודה במקצת ונחלקו הסמ"ע והש"ך בביאור דברי הרמ"א הש"ך מבאר דאם נחייב מחצה מחמת דאין לו נאמנות ולא מחמת דידעינן בבירור דהוא חייב כגון במה שהביאו הרמב"ם (בהלכות גזילה פ"ד הט"ז) באופן דיש עד אחד על מחצה ונתחייב שבועה ואינו יכול להישבע דמשלם מחצה משום דכל שאינו יכול להישבע משלם עכ"ד משמע להדיא דסובר דע"א אין לו בירור וודאי על המעשה דידעינן בבירור דהוא חייב אלא דין תורה שצריך לשלם כשאינו יכול להישבע.

וכן נראה בדעת תוס' נראה דא"א לפרש כתורות הכרי שהרי תוס' הקשו דמשמע בגמרא דאי לאו דע"א מחייבו שבועה היה הדין אם החוטף והא לית ליה מיגו [ואהא מתרץ ר"י דאם אין העד מחייבו שבועה חציף להכחיש נגד דברי העד ולדברי הש"ך ותירוה"כ

מאי השיא להו לתוס' הא אם אין עד אחד מחייב שבועה אף א"צ למיגו כלל ואדרבא רק מכוח דין מתוך היא דאמרינן דלא כל כמינה לטעון אין חטפי ודידי חטפי בלא מיגו יען דאיתרע חזקת ממון דידיה משא"כ אם ע"א אינו מחייב שבועה בוודאי לא איתרע חזקת ממון דהאיך ושפיר מהימן לומר דידי חטפי אפי' בלא מיגו ולמה הוצרך הר"י לתרצו אילו היה סבור כמו שכתב התירוה"כ בדעתו.

מיהו קושיא זו נראה לי דאפשר ליישב, דלכאורה צ"ב מה יישב ר"י בתירוצו הא לעיל דחו התוס' דליכא למימר דלא חשיב מיגו מה"ט דלא חציף להכחיש את העד משום דבגמרא משמע דטעמא דחייב לשלם אינו מטעמא דליכא מיגו אלא מטעמא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם וא"כ השתא נמי תיקשי דלפר"י דאינו נאמן במיגו משום דאינו מעיז פניו לישבע בדבר שהעד מכחישו קשה דהא בגמ' משמע דאיכא מיגו ואפ"ה אינו נאמן מטעם דמשאיל"מ וכן הקשה המהרש"א בשבועת (דף ל"ב ע"ב) ומיישב המהרש"א ולי נראה ליישב דלא קשיא להו מעיקרא דלא לימא הך מילתא כולה דהא ודאי איצטריך ליה למימר דאינו יכול לישבע משלם דהיינו שלא יוכל לישבע דלא חטף שהרי הוא מודה דחטף אלא אהא דקאמר הוה ליה מחיוב שבועה כו' וכל המחויב כו' דמשמע שהוא נתנית טעם אהא דלא נאמן לומר כמו שאמר דדידיה חטף קשיא להו דלא הל"ל הכי

⁶ ובעיקר קושיית המהרש"א ראיתי בספרי הראשי ישיבות דרצו לתרץ דלפי מה דמתרצינן שיטת הר"י דמה דפירש דאינו נאמן משום מיגו דהעזה דהוי דווקא למ"ד דאמרינן מתוך אתא שפיר דברי הגמ' דנקטה דטעמא דר"א משום דין מתוך דהא כל הטעם דהוי מיגו דהעזה משום דין מתוך מיהו פירוש זה דחוק דעיקר חסר מן הספר דהיה לגמ' לסיים דהוי מיגו דהעזה.

דבלאו הכי נמי ליכא מיגו אדידיה חטף דאי בעי אמר לא חטפת כלל כיון דהוי להכחיש העד ואהא תירצו דצריכנא לטעמא דמחויב כו' [דבלא שבועה מעיז להכחיש את העד].

ומבואר מדברי המהרש"א דהתוס' מפרשים אריכות לשון הגמ' בדרך זה דמה דאמרין מעיקרא א"ל ר' אבא הוה ליה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ר"ל דמה"ט אינו נאמן במה דטעין ידי חטפי במיגו דלא חטפי דטענת לא חטפי מחייב שבועה ולא חציף לישבע נגד העד, והמשך הגמ' וכל המחוייב שבועה שא"י לישבע משלם ר"ל שעד אחד מחייבו שבועה לא חטפי ואיהו הודה דחטף ולכן משלם משום דלית ליה מיגו ולא מדין מתוך ומשום הכא ניחא להו להתוס' מאי דקשיא להו מתחילת לשון הגמ' דהו"ל מחויב שבועה וא"י לישבע.⁷

ומעתה נראה שיש מקום מורוח לכון דברי התרוה"כ דכל דבריהם מיוסדים על פירוש המהרש"א דהנה אם נצרף דברי המהרש"א עם דברי התרוה"כ יוצא דר"א בשמעתין לא הזכיר דין מתוך כלל וכל דבריו בשמעתין היה לתרץ קושית התוס' ולומר דטעמא דליכא מיגו משום דאינו יכול להחציף לישבע נגד

העד וגם דא"י לישבע לא חטפי שהרי הודה ומפני כן משלם משום דליכא מיגו ורק דהגמ' בשבועות דייק מדברי ר' אבא דע"כ ס"ל מתוך דאילו לא ס"ל מתוך לא היה צריך למיגו כל עיקר וכיסוד התרוה"כ דלא איתרע חזקת ממון ידיה כלל אבל הא מיהא דא"י מאמרו בהדיה של ר' אבא ודין מתוך דר' אבא לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר.⁸

ולפי"ז לא קשה מידי דהתוס' מדייקים מהגמרא כפי מה שפירשו דברי הגמרא, דהגמרא עצמה בא לתרץ קושית התוס' למה לא מהימן לטעון ידי חטפי במיגו שהיה מכחיש העד וע"ז קאמר הגמ' לתרץ דא"י לישבע נגד העד משום דלא חציף ואהא מקשו התוס' שפ"י דלמ"ל לחיוב שבועה אפ' מבלי שבועה י"ל דלא חציף להכחיש העד ולא יתכן להשיב דאילולי חובת שבועה היה מהימן בלא מיגו משום דלא איתרע חזקת ממון דא"י טעם למה הגמ' נקט לחיוב שבועה כאשר בא הגמ' לפרש למה ליכא מיגו דזה רק טעם בצורך המיגו וה"ט משום מתוך וזה מכללא דדברי ר' אבא אבל אינם דברי ר' אבא בהדיא וכשנ"ת דדברי ר' אבא הוא למה ליכא מיגו וע"ז מתרץ מפני שאינו יכול לישבע דר"ל שאי

⁷ מיהו אפשר לפרש דברי המהרש"א גם באופן אחר ופשוט יותר, שודאי הגמרא צריכא לבאר את טעם החיוב בכך שהוא אינו יכול להשבע ולהכחיש את העד ולומר שהוא לא חטף כיון שהוא מודה שהוא חטף ולכן משלם שזה אעיקר החיוב אלא שהוקשה לתוס' שלצורך כך היה די לר' אבא ולומר שמתוך שאינו יכול לישבע משלם ומדוע איצטרך להוסיף שהוא ליה מחויב שבועה [וכן בסו"ד הדגיש וכל המחויב שבועה], משמע, שרוצה גם לבאר מדוע לית ליה מיגו, ע"ז נותן טעם מפני שהוא מחויב שבועה אמנם אם זה כונתו של המהרש"א לתרץ צ"ב קצת דמאי ענין דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם הוה ליה למימר דאינו יכול לישבע דלא חטף דהודה דחטף ומה שייך כאן סתם דין מתוך וה"נ שזה משמע יותר בלשונו של המהרש"א מיהו גם מה שכתבנו לבאר אפשר לבאר בדבריו ולפי"ז יתורץ קושיא דידן כדאפרש בע"ה.

⁸ וביתר ביאור דלדברי המהרש"א יוצא דכונת ר' אבא לא היה לדין מתוך ולא רק דאילולי סוגיא שבועות היה מקום לפרש דאין כונתו לדין מתוך אלא לקושטא דמילתא אין כונתו לדין מתוך כ"א שבא ליישב קושית התוס' וככל דברי המהרש"א ורק דמאחר דמבואר מדברי דמשלתם משום דלית ליה מיגו ש"מ דס"ל דזקוק למיגו וה"ט משום דין מתוך וכמשנ"ת.

אפשר לו להחליף להכחיש העד ושפיר מקשו התוס' דלסברא זו אי"צ למה שעד אחד מחייבו שבועה וע"ז שפיר השיב הרי דלא חציף להכחישו הוא דווקא עם שבועה⁹.

וכן נראה בדעת הרמב"ן לכאורה אי אפשר לפרש התרומת הכרי דהכא בסוגיין מקשה כקושיית התוס' ובסו"ד מתרץ וז"ל ויש שפירשו טעם הדבר מפני שהאמינה עד אחד עד שישבע הלא להכחישו וכ"ז שלא נשבע הרי העד נאיזמן וכמי שחטף בפנינו דמי לפיכך אינו נאמן לומר ידידי חטפי (כעין תי' הריב"ם) ומבואר בדברי הרמב"ן אלו דהעד נאמן על עצם המעשה כ"ז שלא נשבע להכחישו ומשמע נמי דרק לפי יש שפירשו צריך לומר דין מחודש זה אבל לפי תי' הר"י דכתב לעיל מיגו דהעזה א"צ לחידוש זה.

לכן נראה לי דיש לבאר בתרי אנפי דבדעת תוס' אפשר לומר דפליגי על שיטת הראשונים דהכא הוי מיגו לאפטורי מממון וכדככתבנו לעיל דנתחייב עליו חוב חדש אלא סובר דשבועה הוא סיבת חיוב דכיון דהטילה עליו תורה חיוב שבועה אמרינן דאם אינו נשבע הרי מחויב לשלם [דהוי תוצאה דכיון דאינו נשבע צריך לשלם] וא"כ בסוגין הוי מיגו לאופטורי משבועה.

אמנם אף דהוי מיגו לאפטורי משבועה דנחלקו הראשונים אם מהני מיגו כדכתבו לעיל אך במיגו דהעזה נקטו הרבה ראשונים דמהני לפטור רק ממון ולא שבועה (עיין ר"ן ב"מ ג.)¹⁰ ולפי"ז נראה דלר' אבא דבלי שבועה חייב לשלם ורוצה להפטר ע"י המיגו המיגו במקום ש בועה וע"ז תירץ שפיר הר"י דהוי מיגו דהעזה דלא אמרינן משא"כ לרב ושמואל דהיכי דאי אפשר לישבע נאמן בלא שבועה א"כ בנידון דידן דרק משום הודאת החטיפה ראוי לחייבו בזה סגי בנאמנות שיש במיגו דהעזה וא"כ לא מועיל מה דאינו מעיז להכחיש את העד ושפיר מיושב שיטת הר"י ואתא שפיר נמי הדיוק של הר"י מסוגין דנגד עד אחד מעיז מיהו כבר כתבנו לעיל דלשיטת הר"י מיגאש והר"ן דבסוגין הוי מיגו לאפטורי ממון.

לכן נראה לי לבאר ונקדים לזה דידוע מה שנקטו בראשונים דמיגו דהעזה בממון אמרינן ובשבועה לא אמרינן ובביאור החילוק כתבו האחרונים [עיין חידושי רש"י [בב"מ ס"ה] וכן קה"י (שם סי' ג')] דמיגו משוי נמי לבעל המיגו בשם מוחזק גם בממון הידוע לאחר דכיון שיכול התופס לזכות ע"פ ביי"ד באיזה טענה שהוא כבר מחשב שהדבר תחת רשותו וממשלתו דהוי כמו שיש לו שטר בוודאי דזה

⁹ מבלי דברי המהרש"א נמצא דהגמ' קאמר דעד אחד מחייבו שבועה וא"י לישבע ואהא מקשו תוס' למ"ל חיוב שבועה הא לית ליה מיגו ואף מבלי מה שעד אחד מחייבו שבועה יתחייב וזה קשיא לן טובא הא מבלי חיוב שבועה אף אי"צ למיגו אולם למהרש"א אין הגמ' מבאר צורך המיגו כ"א טעם דליכא מיגו וצורך המיגו לא נזכר בגמ' והא בודאי משום דס"ל מתוך וכדמוכח ממה שנקטו בגמ' שבועות דרב ושמואל פליגי ע"ז וביסוד התרוה"כ כפתור ופרח.

¹⁰ והגר"א ביאר דהחסרון במיגו דהעזה הוא רק בכח הראיה ולא בכח הטענה ולשבועה בעי דווקא בירור אך כידוע שאין משמעות הר"ן כדבריו אלא דהוי מיגו גרוע ואינה יכולה לפטור סיבת חיוב השבועה משא"כ בממון או מיגו טוב ואכמ"ל.

שלו וכולם יודעים משטר זו המוחזקות לבעל השטר דעליו השם בעלים וה"נ הכא ע"י הטענה זה שלו וחזקתו עליו¹¹.

ולפי יסוד זה מבארים האחרונים דלעניין ממון אף שקשה עליו יותר לטעון טענה שמע"ז בה וליכא עניין הבירור שבמיגו אבל מ"מ הדבר בחזקתו ויכול לטעון גם בלא ראייה ובירור ואתרע לה טובא חזקת מר"ק דבעלים הקודמים מיהו זה מודי לכו"ע דבעלמא היכא דהתובע בא לתבוע מחמת ראייה שבידו כגון בשטר וכיו"ב דמחמת ראייה כזו הוא יכול להוציא מיד המוחזק ואז לא יועיל להנתבע כלל מיגו דמשווי ליה כמוחזק שהרי בלא"ה הוא מוחזק ממש ואעפ"כ יש כח לתובע להוציא מידו מחמת ראייה שלו וכן לעניין לפטור משבועה לא יועיל כלל מיגו משום דנעשה מוחזק דהא בלאו הכא מוחזק ועומד בעצמו והתורה חייבתו להישבע.

ולפי"ז נראה דיש לשייב שיטת הר"י דלמ"ד דאמרינן מתוך המיגו שהיה בידו לומר לא חטפתי צריך להוריד חזקת הנחטף דהרי עד אחד קם לממון בלי שישבע משא"כ לסוברים דלא אמרינן מתוך לא צריך להוריד שום חזקת

הנחטף ע"י שיטעון דלא חטף דהרי אין לנו שום החלטה שחטף באמת רק ע"פ מה שהוא מודה ולכן למ"ד דלא אמרינן מתוך שפיר יש לו מיגו דאי בעי אמר להד"מ דמיגו דהעזה בממון אמרינן אבל למ"ד דאמרינן מתוך הבידו הוא יותר חלש דהיה בידו להוריד חזקתו בזה יש לומר דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה ועדיין צ"ב.

והנה הקצות (ס' נ"ח סק"ג) כתב ליישב דעת הרמב"ן דהתוס' ושאר מקשים דמ"ט דבמעשה דסטראי ליכא דין נסכא דר' אבא שהשליח הוא ע"א ואם היה אומר להד"מ היה העד מכחישו¹² ובעל התרומות (ח"א ס"ג) כתב ושאלתי את פי הרמב"ן ותירץ דלא אמרינן מתוך בשבועה דרבנן ובקצות כתב וז"ל וראיתי כל הגדולים והחשובים יוצאים לקראת משה רבינו והקשו דברי הרמב"ן אהדדי דכאן דעתו דבעד אחד לא איתרע שטרא ולא אמרינן ביה מתוך ובפרק חזקת הבתים (ל"ג ע"ב) גבי נסכא דר' אבא מקשה כדהקשו הראשונים ותירץ כתוס' הכא [דמירי לאחר שנתקן שבועת הסית ולכן אין השליח נאמן להיות עד שפרע כיוון שהוא נוגע בעדות

¹¹ ויסוד זה כבר נמצאו בראשונים עיין רא"ש פ"ק דבב"ק (סימן ג') גבי טענת אי שבקת וכו' שכל דבר שאדם יכול לטעון רואין אותו כאילו הוא כבר עשוי וכיו"ב הביאו הר"ף פ' הכותב (פ"ה) גם המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול וכתב הר"ף בשם הגאונים ז"ל משום שיכול לטעון עיינתי ואינו חייב לי כלום וביארו הרמב"ן והר"ן דאפי' כשאינו טוען כן מ"מ מאחר שבידו לטעון כן ממילא החוב עדיין כברשותו ושפיר מצי מחיל עיי"ש והראשונים שנחלקו על פי' הגאונים היינו משום דנחלקו אעיקרא דמילתא על שבעל השטר יכול לטעון עיינתי וכו' אחר שהוא ביד אחרים עיי"ש אבל על סברא הנ"ל לא פליגי [ועיין ברש"י דהוכיח כן מסוגיא דטענינן ליתומים עיי"ש].

¹² במסכת כתובת (פ"ה ע"א) איתא שאבימי בנו של ר' אבהו שלח ביד שליח מעות ע"מ לפרוע לבני המקום ששמן מחוזאי ולאחר שפרע את החוב לא הסכימו להחזיר לשליח את השטר על הלואה זו בטוענם שהיה לאבימי עוד חוב שהיה חייב להם בע"פ בלא שטר וא"כ הכסף שניתן להם אינו אלא עבור החוב שבע"פ והחוב שבשטר עדין לא נפרע נאמנים במיגו דיכולים לומר שבכלל לא קיבלו את הפרעון ומקשים הראשונים דלאאורה השליח נאמן להיות עד על כך שפרע לבני מחוזאי את הלואה וכיצד נאמנים במיגו של להד"מ הלא מחובים עתה שבועה מכח העד ואינו יכול לישבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם כדאמרינן בסוגין דידן.

שהרי חייב לישבע שבועת היסת על כך שנתנם למלוה] ולא תירץ דלא אמרינן מתוך בשבועה דרבנן ועיין שם שתירץ דמה שכתב הרמב"ן הכא דוקא לשיטת ר"י דטעמא הוי דלא חציף א"כ אין נפק"מ אי הוי דרבנן דלא אמרינן מתוך או דארייתא דאמרינן מתוך דסו"ס לא חציף להכחישו בשבועה¹³

ודבריו צ"ב דהרי מבואר בשבועות (מ"ז ע"א) דכל הדין דבנסכא הוא דוקא למאן דס"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל לרב ושמאל דלית ליה מתוך גם בנסכא דר"א פטור וכבר הקשה התוס' מזה על הר"י דאם אין לו מיגו למה לרב ושמאל פטור וכבר כתבנו לעיל מה שיש לתרץ ועכ"פ כן מפורש בגמ' דהדין דנסכא תלוי דווקא בדין מתוך וא"כ בשבועה דרבנן דלא אמרינן מתוך ליכא דין דנסכא דר"א [ועיין במלואי חושן מה שכתב בזה]

ונראה ליישב דרך בסוגין תלוי בדין מתוך אבל בסיטראי אין צריך לדין מתוך לבטל המיגו ובביאור הדברים אפשר לפרש ע"פ מה שכתבו האחרונים ליישב שיטת הר"י דלפי ביאור הקה"י דלולי דין מתוך נאמן מדין פה שאסר ונראה דזה שייך רק כשאומר ידי חטפי אבל כשאומר סיטראי נינהו דיש ללוה חוב אחר עליו זה לא מיקרי הפה שאסר דהרי

צריך לחדש דיש כאן חוב אחר ובזה ע"כ רק מצד מיגו אתינן עלה ומיגו לית ליה כיון שאינו חצוף להכחיש העד [ועיין באבן האזל (הלכות טוען פי"ד ה"ח) דכתב סברא זו לענין אחר דלומר דהיה חוב אחר זה לא מיקרי הפה שאסר] ואתא שפיר מה שכתב הקצות דבסיטראי אף דהוי רק שבועה דרבנן דלא אמרינן מתוך מ"מ לדברי הר"י אינו נאמן דלית ליה מיגו

ולפי מה שפירש התרוה"כ דהא דנאמן בלא מיגו דהוא משום דכשטוען אין חטפי וידי חטפי לא איתרע כלל חזקתו וא"א ע"פ הודאתו הרי הכא גבי טענת סיטראי לא שייך הך סברא דכיוון שהודה שקיבל דמי הפרעון אפשר לחיבו ע"פ הודאתו ואף דטוען סיטראי אין בה מגרע הודאת קבלת דמי פרעון אלא דלולא עדות העד היה נאמן בטענת סיטראי במיגו שהיה מכחיש קבלת הפרעון והשתא דיש כאן עד אחד ואילו היה מכחישו היה צריך לישבע הרי לסברת הר"י לא אמרינן מיגו בכה"ג שיצטרף להחיש העד בשבועה [מיהו עיין בקצות (ס' פ"ה סק' י"ח וס' פ"ז סק"ט) וביאורו של התרוה"כ דווקא אי עד אחד כשנים כדכתבנו לעיל וא"כ לא אתא שפיר דברי הקצות אלא כביאור הקה"י]

¹³ וכ"נ משמע ברמב"ן דבתחילה כתב שיטת הר"י ומקשה מסוגיה דסיטראי ומתרץ לאחר שנתקן שבועת היסת ואחר כך מביא שיטת הריב"ם משמע דקושיה זו ותירוצו זה רק לפי שיטת הר"י

וביותר דלכאורה צ"ב דהכא מיירי כשמודה המלוה שקיבל המעות וא"כ אין העד צריך לישבע כדכתב הרשב"א בסוגית דשליח נעשה עד דמס' הגמ' דאחר דתיקן היסת שוב אין השליח נעשה עד דנוגע בעדות לפטור עצמו מהיסת וכתב דהיכא שהמקבל מודה שקיבל המעות דאז ליכא היסת השליח כשר ע"כ דאזיל רק לפי שיטת הר"י ולשיטתו פשיטא דלאחר דתיקן ר"נ שבועת היסת אין כאן עד דאף שבמודה לא הוי נוגע הא אית ליה מיגו שהיה מכחיש והיה נפטר בלא שבועה ואף הרשב"א לא כתב דבריו רק לשיטת הריב"ם וכדמפורש בדבריו בכתובות ועיין בחזו"א חו"מ ס"ח סק"ח.

ולפי מה שפרשנו דאי לא אמרינן מתוך נאמן במיגו ואפ' דהעזה לכאורה לא אתא שפיר דאי מדרבנן ליכא דין מתוך שפיר נאמן במיגו דבממון מיגו דהעזה אמרינן אמנם אפשר לומר דלפי מה שפירשנו דלמ"ד דאמרינן מתוך לא אמרינן מיגו דבידו דצריך להוריד חזקת הנחטף שהרי עד אחד קם לממון וא"כ הכא אפי' למ"ד דלא אמרינן מתוך ליכא מיגו דהרי רוצה לחדש חוב חדש וצריך להוציא ממוחזק ולהוריד חזקת הנחטף לא אמרינן מיגו דהעזה

וכ"נ יש לדון במה שכתב הקצות לבאר מח' הראשנים בדין שכיר בזמנו שנשבע ונוטל ואמרו בגמ' דזהו דווקא בשכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים בעה"ב נאמן שפרעו במיגו דהיה מכחיש השכירות וכתב הטור (ס' פ"ט ס"ו) ואם יש עד אחד ששכרו ובעה"ב אמר שפרעו וכו' והר"ר ישעיה כתב שהשכיר נשבע ונוטל ולכאורה צ"ב דמ"ט אין הבעה"ב נאמן במיגו דהיה יכול לומר לא שכרתיך והיה נשבע להכחיש את העד כדהקשו הראשנים בסוגין והב"ח [והדברים מבאורים יותר בקצות (ס' ע"ה סק"ג)] כתב לבאר דבאמת אילו היה טוען לא שכרתיך והיו ב' עדים ששכרו היה מתחייב לשלם בלא שבועת השכיר דהא כל האומר לא שכרתיך כאומר לא פרעתי דמי וממילא כשיש שם עד אחד דינו לישבע שבעות התורה ורק עכשיו שטוען שכרתיך ושילמתי לך שכרך לא

אמרינן בזה מתוך דהא עכשיו אין העד המעיד על השכירות מחייב שבועה כיוון דאף לדבריו אין דינו לשלם אלא בשבועת שכיר ולפי"ז לפי שיטת הר"י א"א להאמינו במיגו שהיה יכול לומר לא שכרתיך והיה נשבע להכחיש את העד דלא מיגו טוב הוא דאין אדם מעיז להכחיש העד בשבועה ולכן אף דהשתא אינו מחויב שבועה מ"מ כיון דאילו היה טוען לא שכרתיך היה צריך לישבע להכחיש העד שוב א"א להאמינו דפרעו במיגו דלא שכרתיך

והנה מה שכתב בשיטת הר"י דאף דהשתא אינו מחויב מ"מ אין נאמן במיגו דלא שכרתיך כיון דא"כ איצטריך לשבועה ואף דכתבנו לעיל דשיטת הר"י תלוי בדין מתוך אפשר לפרש דלפי מה שביאר התרוה"כ הינו משום דא"א לחיבו ע"פ הודאתו דכשאומר אין חטפי ודידי חטפי לא איתרע כלל חזקתו אכן הכא גבי שכיר שפיר אפשר לחיבו ע"פ הודאתו שהודה ששכרו אלא דהוא עצמו טוען פרעתי אין זה אלא בגדר מיגו והא מיגו לא שייך בזה כיוון דהיה צריך להכחיש את העד בשבועה מיהו לפי ביאור הקה"י לכאורה לא אתא שפיר דלכאורה נאמן לומר דפרע מדין פה שאסר דהוא הודאה דשכרתיך ומתיר שפרע וכ"נ לפי מה שפירשנו נמי לא אתא שפיר דהרי הבידו הוא שיכול לומר לא שכרתי [ועיין מה שהאריך בזה הרה"ג ר' שלום סגל שליט"א בספרו משכן שלום (ח"ג סי"ח)].



ליבון שמערתא בבא בתרא

הבה"ח זכריה אהרן רובינשטיין הי"ו

דף לד.

בסוגית נסכא דרבי אבא בענין מיגו במקום חזקה

מובא בסוגיין מעשה דראובן החזיק נסכא ובא שמעון וחטף ממנו וכשבאו לפני ר' אמי הביא ראובן עד ששמעון חטף ממנו ושמעון טען שבאמת חטף אבל ידידי חטפי ואמר ר"א איך נדון סוגייתנו דאם נדון אותו כמו שיש ב' עדים שחטף – דהדין הוא דמשלם דהרי יש עדים שחטף ואנו רואים לראובן כבעלים גמורים של החפץ דחזקה כל מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו וא"כ יש עדים שגזל – א"א שהרי אין שני עדים, לפוטרו כמו שאין שום עד דפוטרים אותו משום דמאמינים לו כיון שיש לו מיגו דאי בעי אמר לא חטפתי – דהרי אין שום עד שמכחיש אותו ויצטרך להשבע, א"א דהרי יש ע"א, ושישבע – כדין ע"א – שמעיד שגזל זה ג"כ א"א דהעד מחייבו שבועה שיכחיש את העד ולהשבע כן א"א שהרי הודה ולעומת שבועה זה הוי כגזלן בשאר שבועות, וליהאמן במיגו א"א שהרי בטענתו של עכשיו אין נשבע דלא מכחיש העד ובטענה שבא מכוחו נשבע להכחיש הע"א וא"כ אין לו מיגו לכן הוי מחויב שבועה שאיי"כ להשבע וכל המחויב שבועה שאיי"כ להשבע משלם ע"כ הגמ' ע"פ פי' רשב"ם.

ותוס' מקשה שישבע שבועה – דדידי חטפי אע"פ שאינו מכחיש ועי"ז יהיה לו מיגו מטענת לא חטפתי ויהא נאמן, עי"ש ג' התי' שתי'.

חלק א'

במקום חזקה וא"כ איך אצלנו אמרינן מיגו נגד

חזקה.

והנה בגדר חזקת כל מה יש מח' בין הנודע ביהודה לחי' הרי"ם, והנודע ביהודה לומד דזה בירור גמור וכעדים ואפשר להתיר אשת איש בזה וא"כ נמצא שאצלנו מאוד קשה דהרי זהו מיגו נגד עדים, ואפי' לחידושי הרי"ם שאיי"ז בירור אלא הנהגה דמחשבינן שזה של המוחזק והמע"ה מ"מ ג"כ ק' דהוי מיגו להוציא (ואולי אפשר לפלפל פה ולומר דמיגו להוציא אמרינן).

וצ"ע גם לתוס' דמקשה שיועיל מיגו כשנשבע אם יש ע"א והרי המיגו לא יכחיש הע"א אלא ישמש כנאמנות על טענתו דדידי חטפי והרי זהו מיגו במקום חזקה וכנ"ל.

ומקשים כל גדולי האחרונים איך מבואר בגמ' שכשאר ע"א יכול לפטור עצמו ע"י מיגו הרי יש כאן חזקה של ראובן דכמשת"ש וא"כ נמצא דהמיגו בא לעקור החזקה והרי זה מיגו במקום חזקה, והנה בגמ' (דף ה:) נסתפקו בלוח שטוען לאחר זמנו של פריעה שפרע בתוך זמנו אם נאמן במיגו דאי בעי אמר פרעתי לאחר זמנו או בזמנו כיון דהוי נגד חזקה ולא פשטו ולכאורה אפשר לפשוט מכאן, ועוד שהרמ"א בשו"ע (סי' צט) פסק דאם לוח מחזיק חפץ וטוען שאינה שלו אלא של אחר אין נאמן דיש חזקת כל מה כו' ומבואר שם דאפי' אם יש לו מיגו דיכול לטעון להד"ם או שיכול היה להחזירם לאיש שזה שלו איי"כ לטעון כן והיינו משום דל"א מיגו

וביותר קשה על הרמב"ן שהוא בעצמו מתרץ על לווה שאמר דהן של אחר דאין נאמן במיגו דזה מיגו במקום חזקה וכאן בסוגין מצינו דסובר דמהני מיגו דמקשה ממיגו דהחזרתו (וכדלהלן).

ויש בזה כמה תי' באחרונים:

א. הפה שאסר הפה שהיתיר.

החי' הרי"ם בסוגיין ועוד אחרונים (אבנ"ז אבה"ע סי' קל"ג פני שלמה קוב"ש קה"י חוסן ישועות ועוד) מתרצים דבאמת מיגו ל"ש במקום חזקה, אבל כאן מיירי בהפה שאסר הפה שהתיר דהרי כל המקור שחטף מהשני הוא מה שהוא הודה שחטף וא"כ המקור הנ"ל בא ואומר דחטף שלו, כה"ג מועיל אפי' במקום חזקה אבל מיגו באמת לא מהני נגד חזקה.

ולפ"ז מתורץ הקושיא על הגמ' אצלנו מהגמ' בדף ה' דמבואר שם דיש לו מיגו במקום חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו, דשם אין לו הפש"א כו' דהרי החזקה דאין אדם פורע שייך גם לפני דיבורו וגם ידוע שהיה חייב, וגם מתורץ מלוה שאמר של אחר הן דשם אין לו הפש"א הפש"ה דהרי החזקה יודעים ממה שמחזיקו לא מפיו, מה שאין כן כאן הוא האומר חטפתי והוא האומר ידי חטפתי, אבל האבני נזר אומר דגם בחזקה דאין אדם פורע יש הפש"א הפש"ה – דהרי בלא מה שאמר לא היינו יודעים שחייב אלא היינו אומרים שמא פרעו לאחר זמנו וא"כ נמצא דהיה נפטר ורק משום הודאתו דלא פרע לאחר זמנו נתחייב, ולפ"ז צ"ל דאזה"נ מספק"ל שם אבל נפשט כמו שיבואר להלן לרבנן א"נ דאזלינן לקולא בכה"ג

(עי' להלן). אבל על תוס' בודאי קשה דמה קושיתו דיועיל מיגו ה"ז מיגו במקום חזקה ואין כאן הפש"א הפש"ה דהחי יש ע"א שהוא אומר שחטף, ואפ"ל (כן ביאר האבנ"ז) דזהו תי' ריב"ם דאע"פ שיש מיגו מ"מ לא יועיל כשיש ע"א שהוא כשנים וא"כ הוי מיגו במקום חזקה דיש שני עדים דיש חזקה, אבל יקשה על האחרונים דאין מסבירים כן בריב"ם (עי' להלן).

ואולי אפש"ל דכאן כן נחשב להפש"א הפש"ה דכיון דעל הע"א יכול להשבע וא"כ יפטר א"כ כמד"ל דמי ונמצא שהוא האוסר שחטף והוא המתיר ששלו חטף (וכע"ז מובא בחי' הרי"ם להלן על השו"ע).

והנה זה הלשון מובא באבנ"ז ובחוסן ישועות אבל החידושי הרי"ם והפני שלמה מסבירים דהפש"א דיש לו הוא, שהוא אמר בכלל שיש לראובן חזקה. ולפ"ז ליכא לתרץ התי' הנ"ל על תוס' דאפי' ישבע יהא כאן הע"א שהוא מוחזק וא"כ ליכא הפש"א הפש"ה.

ולפי הנ"ל בדף ה: אין הפש"א משום דאפי' לפני טענתו יש החזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו. (ועי' בפנ"ש שמסביר דגם שם יש הפש"א דאינו ידוע החזקה כ"א עפ"י הודאתו וצ"ב) ובלוה ג"כ אין הפש"א דהרי אפי' לפני שטוען אנו רואים החפץ מונח בידו ויש חזכמשת"ש.

אבל על אלו הפי' נשאר קשה לפי שיטת הש"ך דאין לחלק בין מיגו להפש"א וא"כ אם מיגו ל"מ נגד חזקה גם הפש"א לא מהני.

ועוד צ"ע דהנה בטעם הפש"א יש ב' פי' א.
(נתייה"מ) דכיון דהוא האוסר הוא מגביל את
איסורו לפי היתרו שלא תשמע איסורו אלא
עם ההיתר, והיינו שא"א לפלג דבריו אלא אם
אתה רוצה לשמוע האיסור צריך אתה לשמוע
ההיתר, ולפ"ז מובן למה מועיל אפי' נגד חזקה
דאפי' שיש חזקה אבל אין אתה יכול לשמוע
האיסור אלא א"כ אתה שומע ההתר ב. דכיון
דהוא היה האוסר יש סיבה להאמינו להיתר
דהרי האמנתו לאיסור לכך יש סיבה להאמינו
להיתר, ולפ"ז קשה דכמו שיש סיבה להאמינו
כיון שהוא אסרו הרי יש כנגדו סיבה שלא
נאמינו דיש חזקה כנגדו וצ"ע.

ב. מיגו בעיקר החזקה

ר' נפתלי טראפ מקשה זאת מהגמ' בדף ה':
ומתרץ דכאן שונה דזהו מיגו כנגד עיקר חזקה
והיינו שכאן הטענה שהיה יכול לטעון יכול
לעקור עצם החזקה – דלא נדע שחטף וא"כ
אין לשני חזקה, (או משום דלא ידעינן דהחזיק
או משום דהוא מוחזק ואומרים לקוחה היא)
וכיון שהטענה שהיה יכול לטעון יכול להפריך
החזקה אז זה נותן כח הטענה לטענה שטען
לעקור החזקה, והיינו דמיגו במקום חזקה
דל"מ פי' כשהטענה שהיה יכול לטעון לא היה
יכול להפריך החזקה אז א"כ גם טענתו שטען
עכשיו אינו יכול להפריך החזקה.

ולא דמי לת"י הקודם של הפש"א הפש"ה
דכאן אין פי' כיון דהוא נתן הכח של האיסור
יכול להתיר והיינו כיון שעשה חזקה יכול
לבטלו, אלא פי' כיון שלטענה הראשונה היה
כח להכחיש החזקה אז הוא מקבל עכשיו כח
להכחיש החזקה והיינו אפי' אם נאמר מיגו

יועיל ולא דווקא הפש"א ומתורץ בזה לש"ך
דאפי' מיגו מועיל.

הגרנ"ט מקשה על תי' זה דשם בגמ' מיירי גם
במיגו כנגד עיקר חזקה ומ"מ מספקא לן ע"ז,
ולכאורה כונתו דהמיגו שם מיירי דאי בעי יכול
לומר אחר הזמן פרעתין – דזה עוקר החזקה
דאין אדם פורע בתוך זמנו דכשטען דפרעו
לאחר זמנו כבר אין החזקה.

והנה החידושי הרי"ם על שו"ע (חו"מ סי' עה
ס"ק כה) נשאר עם תי' זה דזהו מיגו כנגד עיקר
חזקה ולכאורה צ"ע מהגמ' בדף ה'.

ונראה לחלק ע"פ רש"י שם דהנה רש"י שם
בביאור המיגו מסביר דהמיגו הוא שיכול
לטעון פרעתין בזמנו וצ"ע למה נקט דווקא
הלשון בזמנו ולא לאחר זמנו, ונראה דבב"מ
קב: נסתפקה שם הגמ' אם החזקה דאין אדם
פורע בתוך זמנו זה גם על יום זמנו או לא
ונפשט שם שבאמת אין חזקה על יום זמנו
אבל בשכיר תקנו להשבע שכנגדו דחיישינן
ששכח ונתן לאחר דטרוד בפועליו, ועפ"ז
אפשר להסביר דבאמת יכול לטעון פרעתין
בזמנו דכבר אין חזקה דאין אדם פורע בתוך
זמנו אבל אי"ז עוקר החזקה הנ"ל דהרי
חיישינן שלא פרע ודווקא בזה יש שאלה אם
מיגו מהני במקום חזקה דהמיגו אין זה כנגד
עיקר החזקה אבל לאחר זמנו פשיטא לן
שמועיל מיגו, – וצ"ל דאצלנו לא שייך לומר
לאחר זמנו כגון דהודה ע"ז או נסע למדה"י
וכדו', ועפ"ז מובן החי' הרי"ם.

ואפשר עוד לומר ע"פ התי' דלהלן שלרבנן
נפשט הגמ' שם בדף ה' דמיגו במקום חזקה
אמרינן והיינו המיגו שם שעוקר החזקה וכה"ג

אמרינן מיגו ובשו"ע הביא דמיגו שזה לא בעיקר חזקה לא אמרינן ואכן החי' הרי"ם מסביר פי' זה על השו"ע.

עכ"פ נחזור לתי' שהם מתרצים לפי התי' מתורץ הקושיא מלווה שאמר של אחרים הם, דשם אי"ז מיגו בעיקר החזקה דהרי אנו רואים אותו בידו וא"כ ודאי שכשיטעון להד"ם על ההלוואה נשאר החזקה ואפי' החזרתי אי"ז עוקר החזקה אלא שפשוט שכשיטעון החזרתי לא יראו החזקה אבל עכשיו אנו יודעים החזקה ע"פ מה שאנו רואים ואין לו מיגו בעיקרו, וגם על תוס' מתורץ דיכול להשבע כנגד הע"א וכך לא יהיה חזקה וא"כ זה מיגו בעיקר החזקה (עי' לקמן בריב"ם מה שפי' החי' הרי"ם ע"פ הנ"ל).

ג. שהחזקה הוא נגד החזקה.

בחי' הגר"ח מתרץ דהנה מה שראובן מוחזק בזה אין זה אומר ששמעון אין יכול להחזיקו עכשיו דלא יהיה לו חזקת כל מה דהרי שמעון יכול לטעון לקוחה היא בידי ויאמן דנכון שלפנ"כ היה זה בחזקת ראובן אבל עכשיו יש לשמעון החזקה ולא לראובן, אלא מה כל הבעיה אצלנו דאנו רואים דבתורת גזילה בא לידו וא"כ אם היה ברור לנו שכשחטף אין שום אפשרות אחרת אלא שזה שלו ודאי היה מהני, א"כ עכשיו שבעצם החזקה הוא אצל שמעון אלא שהוא בעצמו אומר שחטפו וראובן מוחזק אבל נכון שהוא בעצמו אומר שחטף אבל אין החטיפה מראה שגזל אלא שזה שלו דדידי חטפי אז זה נחשב כלא אמר כלל שחטף ונשאר מה שהוא מוחזק, ומה

שהוא מוחזק זה מה שמוציא מראובן וזה אומר דראובן אינו מוחזק ואין כאן נגד חזקה.

ואינו הפש"א הפש"ה דלא המיגו מוציא אלא המיגו עושה שיהא חזקה וחזקה מוציא והיינו שאפי' מיגו מהני ולא רק זאת אלא אפי' הגורם לחזקה שיהא חזקה אין עושה המיגו דזה לא מיגו וגם לא הפש"א אלא דכיון דהוא אסר יכול להתיר וא"כ נחשב מוחזק, דהפש"א הפש"ה פי' דאני אסרתי ואל תשמע האיסור אלא עם ההיתר אבל כאן מעולם לא אסר דמה שטוען דחטף אינו בא להתיר שלא חטף אלא כו' אלא בא ואומר חטפתי אבל מעולם לא אסרתי דזה חטיפה שמראה דאני לקוח בדיוק כמו שזה ידוע דחטיפה אין אפשרות בלא שזה שלו ולכן כיון שאני מוחזק אז זה נעשה שלי דראובן אינו מוחזק (ובביאור איך יש חזקה עי' להלן במיגו דהחזרתי) ומה דצריך מיגו מסביר ר' חיים שלא נאמר דאנו מאמינים לו רק על מה שחטף ולא על ידידי וא"כ נמצא דאינו כלקוח אלא בתורת גזילה בא לידו, לכן צריך מיגו שע"י המיגו נאמן גם על ידידי חטפי וא"כ נמצא דמעולם לא אסר וא"כ נמצא דיש חזקה לו ולא לראובן והבן.

והנה תי' זה מתרץ את הקושיא משו"ע דשם אותו פלוני אינו מוחזק בזה אלא הלוה מחזיקו וא"כ נמצא שרוצה ליאמן ע"י המיגו ומיגו ואפי' הפש"א הפש"ה במקום מיגו לא אמרינן, ולפ"ז מתורץ הש"ך דלומד דהפש"א אינו שונה ממיגו, אבל תוס' לכאורה יקשה דהרי שם יש ע"א דחטף וא"כ ידעינן ששמעון חטף וא"כ נמצא שראובן יש לו החזקת כל מה דנשארה אצלו דהרי ידעינן דהוא מוחזק וא"כ

נמצא דהמיגו של תוס' רוצה להכחיש חזקה וה"ז מיגו נגד חזקה.

והנה אפ"ל דזה מה שמתרץ ריב"ם על קושית תוס' דאפי' יהא מיגו מ"מ אמרינן משאיל"מ דהמיגו זה במקום חזקה כיון שיש ע"א ובאמת הגר"ח בעצמו מתרץ תי' זה על תוס' אבל יקשה לפי הביאורים האחרים בריב"ם מה קושית תוס' (עי' בסוף החבורה על ריב"ם).

ד. כאן אין זה חזקה.

באור שמח (הלכות מלוה ולוה פ"ב ה"ו) מסביר ע"פ ביאור יסוד חזקת כל מה שתיש"ה דחזקת משתיש"ה אינו כחזקת ממון דאומרים המע"ה אלא פי' דחזקה מה שאדם תופס לצורך דשלו הוא ורק לכן מחזיקו בידו והיינו שודאי לצורך עצמו הוא מחזיק בה ובחזקת ממונו אבל באמת יכול להיות שמחזיקה לעצמו ובתורת גזילה בא לידו – ואין התפיסה מוכיח שזה צריך להיות שלו אלא שהוא אוחזו להיות שלו, חזקה משת"י אדם הוא לחזקת שהוא שלו ואם יאמר דאינו מחזיקו לו אלא לאחר אין משגיחין בו וזה כמו שאחר אומר על חפץ חברו דזה שלו.

ולפ"ז מבואר היטב הקושיא דבלוה שאומר דאוחזו לפלוני ה"ז מיגו במקום חזקה דכל אדם שתופס לצורך עצמו הוא תופסו אבל אצלינו הרי שמעון תופסו לצורך עצמו ומה שראובן החזיקו אין זה אומר שזה שלו ושמעון נאמן ע"י מיגו וגם הקושיא מדף ה' מתורץ דשם זהו חזקה אחרת חזקה אין אדם פורע ומספקא לן אם מהני בזה מיגו.

ה. האבעיא נפשט – שאמרינן מב"ח.

הגרנ"ט (והפנ"ש) מתרץ ע"פ הרמב"ם (הל' מלו"ל פ"ד ה"א יתומים סמ"ח סק"ט) דסובר דהאיבעיא בדף ה: נפשט בכתובות (כ.) דלרבנן דחולקים שם על ר"מ נפשט דאמרינן מיגו במקום חזקה, ולפ"ז מתורץ הקושיא גם על תוס'.

וצ"ע הרי מבואר בשו"ע גבי לוח דלא אמרינן מיגו במקום חזקה, ואולי אפ"ל דבגמ' לרבנן נפשט ולכן הגמ' אצלנו הולכת כרבנן אבל בשו"ע פוסקים כהלכה ולר"מ לא נפשט וכן ההלכה ודוחק מאוד לומר כן דפוסקים כיחדאה וגם דלר"מ לא נפשט שלא אמרינן וגם דא"כ א"א ללמוד הלכות מסוגיתנו נסדר"א דזה לא כהלכתא.

ו. הספק אינו בחזקת כל מה.

הגרנ"ט והקוב"ש מתרצים בזה דהספק של הגמ' זה רק בחזקה דאין אדם כו' דזה חשיב בירור וע"כ מספק"ל איזה בירור יתור טוב האם החזקה עדיף או המיגו עדיף אבל חכמשת"י ש"ה שזה אינו בירור דזה וודאי שלו, אלא הנהגה דנוהגים עמו כמו שזה ודאי שלו בכה"ג ודאי מועיל מיגו שזה בירור כנגד חזקה שזה הנהגה (וכן הם מסבירים בלג: תוד"ה ואי דמסביר שם דאין לו חזקת כל מה כיון שאינו תפוס דכיון שאינו תפוס א"א שמנהיגין בו כן).

ולפ"ז מתורץ תוס' דאפי' שיש ע"א על החזקה אבל חזקה זו אפ"ל בה מיגו, אבל עדיין יקשה לפי"ז כנ"ל באות ה' דמבואר להדיא בשו"ע דא"א מיגו במקום חזקה ואפי' במקום חכמשי"י ש"ה (ועיין להלן אות ז' שנבארו עפ"י היסוד שם).

ז. אמרינן מב"ח כשיש לו טענה.

הגרנ"פ מתרץ תירוץ נפלא דכשיש לו מיגו עם כח הטענה שיש לו טענה שזה שלו כה"ג יכול להיות במקום חזקה אבל כשאין לו טענה אין יכול להיות נגד חזקה, וביאורו דהנה אצלנו מיירי ששמעון דיש לו מיגו טוען בברי שזה שלו דעכשיו יש לו טענה נגד החזקה והמיגו נותן כח לטענה דכל זמן שלא הורע כח המיגו יש לו טענה טובה וא"א להוציא ממנו, דיש לו צד טוב והחזקה בא להרע כוחו וזה א"א, וה"ה בדף ה' הוא ברי שפרע לו וא"כ יש לו צד וטענה שהחזקה בא ומריע כוחו אבל בלוח שאמר של אחרים הם דאין לו שום טענה טובה דהרי מודה שהממון של אחר והמיגו אינו מסייע לומר שזה של אחר אלא שזה שלו והוא בעצמו מודה שזה של אחר א"כ אינו טענה כלל וא"כ רק למחזיק יש טענה נמצא שאנו צריכים לבא עם המיגו להרע החזקה וזה א"א דהמיגו אינו מרע כוחו וכל זמן שלא הורע כוחו אין סיבה שלא לילך בתר מוחזקות של ראובן – לסיכום מיגו מועיל רק כשהחזקה בא להרע כוחו ולא כשזה בא להרע כוחו של החזקה.

ומה דבגמ' שם מספק"ל וכאן רואים שפשוט שמועיל זה לא קשה דהוי איבעיא דלא איפשטא דאזלינן לקולא.

ולפ"ז אפשר להסביר כן בגרנ"ט הקודם (אות ו') דלרבנן דנפשט זה רק כשיש טענה וכן מה דמיגו מועיל בחזקת כל מה זהו כשיש לו טענה וכשאין לו טענה בודאי אין מועיל נמצא לפי התי' ב' של הגרנ"ט חזקה כל מה עם טענה במיגו – ודאי מועיל, בלא טענה ודאי אינו

מועיל, חזקה אין אדם פורע עם טענה על המיגו ספק (ובלא טענה כ"ש וכ"ש של"א).

ח. מיגו עם כוח הטענה מועיל כנגד חזקה.

ועוד מתרץ החידושי ר' נחום דאצלנו יש לו מיגו לא רק הוכחה אלא גם כח הטענה שיכול לטעון לא חטפתי וכך יש לו כח בטענותיו שטוען עכשיו דהוא מוחזק בטענה שטען, דהוא צודק בטענותיו כזה, דמיגו שיש לו לא רק ראייה והוכחה אלא גם כח על טענותיו שטוען מועיל כנגד חזקה, אבל בלוח אין לו כח הטענה דהרי הודה שאינו שלו וא"כ אין לו כוח הטענה דהרי הודה דזה של אחר ויש לו רק הוכחה וזה לבד אין מועיל במקום חזקה ולכך אמרינן דל"א מיגו במקום חזקה.

ומהסוגיא בדף ה' לכאורה שם יש טענה, אז לכאורה צ"ל כנ"ל דמספק"ל והוי איבעיא דלא איפשטא וכו' (עיין באות ז) וכן אפ"ל ע"פ הגרנ"ט דבחזקת כל מה עם כח הטענה מועיל בחזקה דאין אדם וכו' מספק"ל אם אמרינן אבל בלא כח הטענה אפי' חזקת כל מה לא אמרינן (כדלעיל ועי"ש ובאות ו).

וני"ל דאפ"ל אחרת מה שאצלנו יש כח הטענה ובלוח ובפועל אין כח הטענה.

דהנה בביאור כח הטענה צ"ל כך דיש הלכות טוען ונטען שכשאחד יש לו טענה יותר טובה הוא מוחזק בדין, שע"פ דין צריך ללכת לו וא"כ כשאותו שיש לו מיגו בא לב"ד לפני שטען הטענה הגרועה היה מוחזק בדין בטענותיו, שאין לשני שום כח לפני שטען הראשון הטענה הגרועה דהרי יש לו טענה טובה שבה הוא מוחזק בדין וצריך ללכת לו ואין לו שום

כח לטעון כן וא"כ יש למי שיש לו מיגו מוחזקות בטענה, ואח"כ כשבא וטען הטענה הגרועה אז צריך שהשני יהיה מוחזק בטענה, דהרי עכשיו יש לו טענה טובה לגבי הטענה הגרועה שהראשון טען, אלא שנכון שעכשיו אין סיבה שיהא הראשון מוחזק אבל לפנ"כ היה סיבה שהראשון יהיה מוחזק וזה הסיבה יש כאן גם עכשיו לפנינו דהיינו - אנו דנין עכשיו שלפנ"כ היה לו מוחזקות בטענה והנה מוחזקות בטענה פי' דאנו רואים בו כבעלים בדין זה וזה א"א שיהיו שני מוחזקים דאם אחד רואים בו כבעלים אז אין רואים לשני כן, ולפ"ז מבואר כח הטענה דהרי הראשון היה בתחילה מוחזק בטענה זו שיש לו טענה יותר טובה ולכך החפץ היה צריך להשתייך אליו משום הלכות טוען ונטען אלא מה צריך להיות עכשיו שילך לשני כיון שעתה הוא מוחזק בטענה, והרי עתה יש ג"כ מה שלפנ"כ היה הראשון מוחזק ואם ילך לשני המוחזקות יהא פי' דהראשון מעולם לא היה מוחזק וגם לפנ"כ לא א"כ א"א שילך המוחזקות לו שאי"כ להוציא ממני שיש לו המוחזקות לפנ"כ ולכן הטענה הא' נותנת כח לטענה הב', ע"כ ביאור מיגו כח הטענה (ואין כאן המקום להאריך).

ולפי הנ"ל מובן היטב למה בלוח ושכר שכיר לא שייך מיגו כח הטענה דבלוח אי"ז שני טענות לגבי החפץ והשאלה למי זה הולך וצריך לדון מי יש לו יותר כח ועי"כ יהיה הוא מוחזק בדין, אלא הנידון אם שייך לפרוע עי"ז או לא ובזה לא שייך כלל כח הטענה איזה בע"ד מוחזק יותר.

וכן אפ"ל בחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו דאי"ז ממון הנסכא ויש עליה נידון למי זה הולך דלמי שיש טענה טובה יותר מוחזק אלא הנידון אם פרע או לא לא טענות שעושים אותו יותר מוחזק, ובכה"ג אין כח הטענה ויש רק ראייה וזה א"א כנגד חזקה ואפי' אם כן תדמהו ללא חטפתי ותאמר שיש לו כאן גם טענה אפ"ל כדלעיל שלא נפשט ואזלין לקולא או כפי' הגרנ"ט עי' לעיל (ו. ז. ח).

והנה אפשר להביא ראייה לדבר זה דמיגו של ראייה אי"כ להועיל אבל מיגו של כח הטענה מועיל דהנה יש כלל של בידו דאם יש דבר שזה בידו יש לו נאמנות ע"ז כדמבואר כמה פעמים ברא"ש והנה צ"ב איך יועיל שיש לו נאמנות ע"ז דנכון שיכול עכשיו לעשותו אבל מי אומר שבאמת עשהו, וביאר לי אבי מורי - הרה"ג ר' יוחנן רובינשטיין שליט"א דבידו יש לו נאמנות על מה שאומר דזה הרבה יותר ממיגו ויש לו כח נאמנות, דהנה מיגו יש לו כח רק כיון שיכול לטעון כן ובידו זה לא רק שיכול לטעון כן אלא שיכול לעשות בפעולה ממש כן וביאורו ע"פ הביאור בכח הטענה דלעיל הוא כך דלפנ"כ היה יכול לעשות ממש מה שטוען וא"כ נעשה בעלים על החפץ (כלשון הרא"ש) וא"כ עכשיו שאין ידוע שעשהו אה"נ צריך שלא יהא נאמן על מה שטוען אבל אם לא נאמינו זה יסתור מה שלפנ"כ נעשה הבעלים על החפץ והיה כח בידו לעשות הכל אז ע"כ צ"ל דעכשיו הוא נאמן מכח מה שהיה יכול לעשות.

והנה בידו שייך גם ע"פ כח הטענה והנה כלל ידוע שבידו יש לו כח אפי' להוציא מממון

חבירו ברגע שזה בידו וא"כ רואים דכשיש כח הטענה יכול להוציא אבל ראייה לבד מצינו דמיגו במקום חזקה ל"א.

ולפי ב' תי' אלו של ר' נחום מתורץ הקושיא גם על תוס' דאפי' שיש ודאי חזקה ע"י הע"א מ"מ המיגו אצלנו מועיל כנגדו, דיש לו עמו טענה טובה או שזה מיגו עם כח הטענה.

ט. רק כשהמיגו כעין מיגו להוציא.

הנחל יצחק (חו"מ סי' ס"ב ענף א) מתרץ דמה דמצינו דמיגו במקום חזקה ל"מ זהו משום שהמיגו אין לו כח להוציא מהמוחזק כמו של"א מיגו להוציא, דבלוה או בבעה"ב הרי כל הנכסים משעובדים לבע"ח או לפועל ויש בו הדינים כמו לקוח מהלוה והיינו שמה שהלוה או הבעה"ב מחזיקו הוי כמו שהבע"ח והפועל מחזיק וא"כ איי"כ לטעון מיגו לפטור עצמו דהוי כעין מיגו להוציא (ועיי"ש שמסביר היטב דהראשונים דק' עליהן ס"ל דמיגו להוציא ל"א) ולכן כאן אצלנו דטוען דידי חטפי והוא מוחזק בזה ותופסו לעצמו הוי מיגו להחזיק דכה"ג אין בעיה לטעון מיגו.

ומה דמבואר בשו"ע דאיי"כ לטעון מיגו שזה של אחר הפי' גם כנ"ל דאי"ז מיגו להחזיק דהרי הוא אינו תופסו לעצמו אלא תופסו לאחר בתורת שליחות ואיי"כ לתופסו כך ולא חשיב תפיסה דהוי כמו תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דהבע"ח רוצה לגבותו מזה ולכן לא חשיב מיגו להחזיק.

י. מיגו עם מוחזקות מהני

החי' הרי"ם על השו"ע (סי' ע"ה ס"ק כ"ה) מתרץ דמיגו במקום חזקה ל"א, אבל כשיש

חזקה לגבי זה נאמן אפי' כנגד חזקה, וכאן יש לו חזקה של חזקת כשרות דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקנן וכיון שיש לו צד נאמנות מועיל המיגו שיהא נאמן אפי' במקום חזקה ולפ"ז מתורץ בלוה דשם אין חזקה דלא חטף שאינו שלו - דאי"ז אחזוקי אינשי בגנבי וכו' וכן בפועל אין שם חזקה שמסייע למיגו ומתורץ גם על תוס'.

וכענין זה באופן אחר מתרץ הנחל יצחק (שם ענף ב') דמתי מועיל מיגו במקום חזקה כשיש לו גם מוחזקות שמחזיקו האיש דחטף ובצירוף שני הכוחות מה שמחזיק והמיגו מועיל כנגד חזקה דבלא זה אין שום סברא לומר דיועיל כמו שמיגו אין מועיל להוציא, ולפ"ז מתורץ דבלוה שמחזיקו לאחרים אין לו מוחזקות דהרי מחזיקן לאחרים וזה א"א כנגד חזקה וגם מתורץ מדף ה' - דשם יש ללוה ולבעה"ב מעלת מוחזקות של כל מה וגם מיגו - ולכך מספק"ל אם מהני ומה דרך מספק"ל, דרואים שם ברור - דחזקת כל מה אינו כ"כ כנגד חזקה אין אדם פורע ולכך עם מיגו יש ספק אבל אצלנו יש גם מיגו וגם מוחזקות של כל מה בודאי יועיל לגבי חזקת כל מה שאי"ז כחזקה של אין אדם פורע בתוך זמנו ולפ"ז ג"כ מתורץ לתוס' דמיגו עם חזקת כל מה מועיל נגד חזקה.

יא. לא כל החזקות שוות

הפני שלמה (ומבואר זאת גם בש"ך) מתרץ דאין להקשות מהגמ' בדף ה' דמבואר כבר בפוסקים דלא כל החזקות שוות ולא כל המיגות שוות ושם מייירי בחזקה דאין אדם

פורע בתוך זמנו וזה חזקה של כל מה שתי
ש"ה ואין החזקות שוות.

אבל לפ"ז עדיין יקשה משו"ע דשם מיירי
באותו חזקה של כל מה כו' ואולי אפ"ל
דהפנ"ש נוקט גם דלא כל המיגות שוות ולפ"ז
מבואר דשם אי"ז המיגו כאצלנו.

יב. דאין כאן מגו.

הר"י בתוס' מתרץ דאצלנו כשנשבע יש מיגו
דהעזה ותוס' מקשה עליו א"כ למה לרו"ש
פטור ועי' בתרומת הכרי (סי' עה) שמתרץ את
קושית תוס' על ר"י ועל פי תירוצו אפשר
לענות קושיתינו דמתרץ שם דלפי הראשונים
דס"ל כר"י אי"צ מיגו לרו"ש דאין ע"א ורק
לר"א כשיש ע"א צריך מיגו נמצא דאם אין
ע"א אי"צ אפי' מיגו, ופי' אפ"ל דיש כאן
הפש"א הפש"ה כן פי' בקה"י וא"כ זהו התי'
הא' (עי' אות א') אבל אפ"ל דזה כוונת
התרוה"כ דחזקת כל מה ש"ת אדם שלו הוא
זה שרואים בו ב"ד דזה אצלו וע"י שרואים כן
נעשה דין דאומרים דשלו הוא א"כ כיון שכל
ההסתכלות דיש פה חזקה עשה הוא והוא בא
ואומר דמעולם לא היה השני מוחזק דדידי
חטפי אז מעולם לא שמענו פה חזקה שנאמר
הדין הנ"ל דהוא מעולם לא אמר דיש פה הדין
של חזקת שלו הוא ומעולם לא ראינו פה הדין
שנצטרך מיגו ע"כ (כעי"ז בר"ח אות ג' על
ביאור אחר).

ולפ"ז אפ"ל גם אצלנו דכיון שאי"ז בכלל מיגו
אין בעיה של מיגו במקום חזקה דדוקא מיגו
או הפש"א הפש"ה (לש"ך ואפי' לחולקים)
ל"א במקום חזקה אבל כזה כח אמרינן

ומתורץ מדף ה' ומהשו"ע דשם מיירי דאנו
ראינו הדין לפנ"כ.

יג. דאין כאן הטעם של מב"ח.

בשיעורי ר' דוד פוברסקי מתרץ ע"פ המגיד
משנה דמבאר למה בלוח שטוען לאו ידי לא
אמרינן מיגו במקום חזקה משום דאדם עשוי
להפקיע ממון חבירו וזה הטעם שייך רק שם
אבל אצלנו לא שייך סברא זו ולכך שפיר נאמן
במיגו נגד חזקה זו, ולכאורה צ"ב דהרי גם
אצלנו הרי מפקיע ממון חבירו שהרי הנחטף
מפסיד הדבר שחטף וא"כ א"א מב"ח, ונראה
לבארו כך דלכארה קשה דמה הטעם דכיון
חיישינן דמפקיע ממון חבירו א"א מיגו במקום
חזקה, הרי חשש זה אין קשור כלל לחזקה
אלא כל מיגו שיש כזה חשש ל"א ומהלשון
משמע שכזה נגד ובמקום חזקה לא אמרינן,
אלא צ"ל דכך פירושו כשיש מיגו שזה נוגד
חזקה אולי המיגו לא יוכל לסתור החזקה וא"כ
כשיש חזקה אם זה מיגו טוב מועיל נגד חזקה
אבל כאן הרי יש חשש על המיגו שאינו נכון
דאדם עשוי להפקיע ממון חבירו ולכן אומרים
שמיגו כזה לא יועיל כשיש חזקה נגדה והנה
כשאין הבעיה יועיל המיגו נגד חזקה וכן
הבעיה לעומת עצמה אינה בעיה דא"א כיון
שעשוי להפקיע ל"א לעולם מיגו אלא רק
כשזה במקום חזקה.

והנה עדיין צ"ב מה זה הבעיה הנ"ל וכי מה
קרה שעשוי להפקיע ממון חבירו הרי גם
הטענה שהיה יכול לטעון והיה נאמן ע"ז, היה
מפקיע ממון חבירו ע"י זה וא"כ מה הבעיה
במיגו זה מה שעשוי להפקיע הרי אין לו שום
סיבה לטעון הטענה שטען יותר ממה שהיה

יכול לטעון דהרי לא דוקא בזה מפקיע דגם בטענה של החזרתי ולהד"ם היה מפקיע, וצ"ל דהבעיה לא במיגו אלא דאפי' שנאמן במיגו חוששים מ"מ ששקרן הוא דהרי אין לו שום סיבה בעולם למה יטעון לאו ידידי דהוא לא מרויח מזה כלום דהרי ממ"נ טוען דאינו שלו אלא ע"כ חוששין שעשהו להפקיע ממון חבירו ולכך כשיש חזקה ל"א מיגו זה.

ולפ"ז יתבאר היטב אצלנו דאצלנו אין כאן שום חשש של להפקיע דאה"נ הוא מפקיע ממון הנחטף אבל עושהו משום סיבה דהרי טוען דדידי חטפי ולכך אין בעיה במיגו ואמרינן מיגו במקום חזקה (ולפ"ז לא משנה אם זה נגד ע"א או לא).

אבל עדיין צ"ב ממה דמספקא לן בדף ה' אם אמרינן מב"ח והרי שם ליכא הטעם הנ"ל דהרי רוצה להרויח שלא יצטרך לשלם לו, ואפ"ל כנ"ל (אות ז-ט) דלדברנן נפשט או דאזלינן לקולא בכה"ג, אבל נראה לומר כך דדוקא בחזקה של כמשתאש"ה אז המיגו שייך עם אין הטעם שאדם עשוי להפקיע ממון חבירו ולכך אצלנו שאין הטעם יועיל המיגו, אבל מיגו נגד חזקה של אין אדם פורע בתוך זמנו שונה דשם השאלה הוא האם המיגו כ"כ טוב אפי' נגד חזקה זו מה שאין כן בנגד חזקת כמשתאש"ה שבודאי מועיל המיגו נגד חזקה ומה דל"א מב"ח דכיון שיש חזקה עושה שיש שאלה צדדית לא על המיגו אלא משום החזקה בא הבעיה, ואם לא נאמר עכשיו שעשהו להפקיע בוודאי יועיל נגד חזקה שאינו חזקה של אין אדם פורע כו', נמצא דישי לנו ב' מב"ח דל"א, א' מיגו שכשיש חזקה

חוששין שאין לו נאמנות משום דחוששים שמא עשהו להפקיע ב' אם מיגו מועיל כשיש חזקה נגדה של אין אדם פורע כו'.

א. תלוי בהמע"ה.

ונראה עוד לתרץ דבאמת נשאר הספק של הגמ' בדף ה': אם אמרינן מיגו במקום חזקה ולא נפשט וכיון שיש ספק אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה לכן אצלנו ששמעון הוא תפוס בזה וראובן בא להוציא המע"ה ולכך שאומרים מיגו מספק עד שיביא השני ראיה להוציא ובמעשה דלוח שאמר של אחר שם הוא בעצמו מודה דאין הוא תפוס ואי"ז שלו וא"כ לא נחשב תפוס וכיון שנכסי דלוח לבע"ח משתעבדי ויש לנו כאן חפץ שאין הלוח תפוס אז זה נחשב שהבע"ח תפוס דזה משועבד לו ולכך אמרינן דמספק אין אתה יכול לומר המיגו דזה להוציא והמע"ה ולפ"ז מתורץ הכל כפתור ופרח. (גם תוס' דלא מגרע מה שהע"א מעיד ע"ז על תפיסתו).

היוצא לנו מדברינו:

א. על הקושיא למה יועיל אצלנו מיגו במקום חזקה יש לנו כ'יד' תירוצים כדלהלן:

א. הפש"א הפש"ה כן אמרינן במקום חזקה ואצלנו מיירי כך (אחרונים). ב. שמיגו שטענתו הראשונה יכול לעקור החזקה זה יש לו כח לעקור החזקה מיגו בעיקר חזקה (חי' הרי"ם והגרנ"ט). ג. אצלנו אי"ז מיגו במקום חזקה אלא חזקה במקום חזקה ומיגו מסייע רק לחזקה (הגר"ח). ד. כאן אי"ז במקום חזקה דחזקת כ"מ פי' אחרת (אור שמח). ה. לרמב"ם נפשט האבעיא דאמרינן מב"ח (הגרנ"ט). ו.

מה דמסתפקין זהו בבירור נגד בירור אבל חזקה כמשי"א אין פי' בירור ובזה אין ספק (הקוב"ש והגרנ"ט). ז. מיגו עם טענה יכול להועיל שחזקה לא יועיל נגדה (חי' ר"נ). ח. כשיש מיגו כח הטענה מועיל נגד חזקה (חי' ר' נחום). ט. מיגו במקום חזקה אין מועיל כיון שזה מיגו להוציא ואצלנו אי"ז להוציא (ר' יצחק אלחנן ספקטור). י. מיגו ביחד עם חזקה מהני (ב' דרכים נחל יצחק וחי' הרי"ם). יא. תלוי איזה חזקה שלא יועיל מיגו כנגדה (פני שלמה). יב. שאין כאן מיגו אלא כח יותר חזקה (תרומת הכרי). יג. דלא שייך פה הטעם של מיגו במקום חזקה (שיעורי ר' דוד). יד. מב"ח נשאר ספק והמע"ה ולכך אצלנו נשאר אצלו.

ב. ולפי מה שכתבנו עד כה נמצא בידינו עשרה ביאורים בגדר מיגו במקום חזקה.

א. הביאור הפשוט שמיגו במקום חזקה לעולם לא מהני וכנגד כל החזקות (הגר"ח והאו"ש ועוד). ב. מיגו במקום חזקה לא אמרינן אבל הפש"א הפש"ה אמרינן (אחרונים). ג. כשהטענה שיכול לטעון אי"כ לעקור חזקה ל"א אבל אם יכול לעקור אמרינן (חי' הרי"ם והגרנ"ט). ד. מיגו שזה בירור, כשיש בירור של חזקה כנגדה ל"א (מספק"ל) אבל כשהחזקה שכנגדה אינו בירור לא (הגרנ"ט והקוב"ש). ה. מיגו שאין לו טענה עמה שאז בא להרע החזקה ל"א אבל כשיש טענה עמה שהחזקה בא להרע את המיגו אמרינן (חר"נ). ו. מיגו של ראייה ל"א במקום חזקה, של כח הטענה אמרינן (חידושי ר' נחום). ז. כשהמיגו מוציא נגד חזקה הוי כמיגו להוציא ול"א אבל אם זה להחזיק אמרינן (נח"י). ח. מיגו אין לו כח נגד

חזקה אבל עם חזקה ביחד יש לו כח (הח' הרי"ם ונח"י). ט. מב"ח תלוי איזה חזקה ואיזה מיגו (פנ"ש). י. יש ב' סוגי מיגו במקום חזקה, א' מיגו שע"י החזקה אומרים דניחוש למה דלא חששו עד עכשיו דשמא עשהו להפקיע אבל וודאי מיגו לבד יועיל במקום חזקה כזה, ב' ויש עוד אופן, מיגו במקום חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו שכאן השאלה אם מיגו יכול להועיל כנגד חזקה כזה (שיעורי ר"ד).

ג. ונמצאנו למדין ג' ביאורים בדין חזקה כל מה שתחת יד אדם שלו הוא הנלמד מסוגיתינו:

א. הביאור הפשוט שחזקת כל מה פי' דאדם יש לו חזקה כמו אנס"ה (תוס' ב"מ) שמה שמחזיק זה שלו. ב. לפי האור שמח ביאור חזקה כל מה שתחת יד אדם שלו הוא, הוא שיש חזקה שכל מה שאדם מחזיק בודאי מחזיקו לעצמו ולא לחברו (ואין פי' כנ"ל דבזה אין ודאות). ג. לפי הקוב"ש והגרנ"ט חזקת כל מה אין זה בירור כשאר חזקות אלא כך הדין לנהוג ואין פי' שמבורר לנו שכך היה המעשה.

חלק ב'

ולפי מה שדיברנו אפשר לתרץ בזה קושיא גדולה אחרת וכדלהלן:

ברמב"ן וברי"ו וברשב"א ובעוד ראשונים הקשו על הגמ' אצלנו בנסדר"א למה לא יאמן אפי' בע"א במיגו דהחזרת, והיינו אע"פ שהע"א מעיד שחטף וע"י החזקה פי' דלאו ידידה חטף ועכשיו טוען ידידי חטפי שאין נאמן בזה דמכחיש ע"א אבל היה יכול לטעון החזרתי לנחטף שאז היה נאמן דלא היה

מכחיש את הע"א וא"כ יהא נאמן עכשיו
דדידי חטפי מיגו דאי בעי אמר החזרתיו.

ומצינו בראשונים ב' תירוצים הרמב"ן רשב"א
רי"ז ר"ן ועוד מתרצים דהגוזל חבירו בעדים
צריך לפורעו בעדים ולכן כאן כיון שיש ע"א
שגזלו (והוי כב' עדים עד שיכחשנו בשבועה)
צריך גם לפורעו בעד או בשניים וא"כ אין לו
המיגו דהחזרת דע"ז צריך עדים ודידי חטפי
אי"צ עדים.

ור"ז מסביר מה דלא דמי להמפקיד חבירו
בעדים דפסקינן דאי"צ לפורעו בעדים משום
דמפקיד לשם החזרה לקחו וא"כ אי"צ עדים
שהחזיר שאי"ז דבר חידוש דלכך לקחו, אבל
גזלן לקחו ע"מ שלא להחזירו וא"כ צריך עדים
שהחזירו דהרי לא לקחו ע"מ כן והיה צריך
להביא ראיה ולכך צריך עדים, אבל הרבה
חולקים על תי' זה (עי"ש ברמב"ן רשב"א ר"ן
ועוד הרבה) וסברי' דגם הגוזל חבירו בעדים
אי"צ לפורעו בעדים, ומביאים ראיות מגמ'
מפורשות דגם גוזל אי"צ לפורעו בעדים
(עי"ש), ולכך מתרצים הרבה ראשונים דא"נ
היה יכול להיות נאמן במיגו דהחזרת אבל
אצלו מיירי שרואים כאן הדבר אצלו עכשיו
דזה בידו ולכך אין לו מיגו דהחזרת.

והנה קשה מאוד על הראשונים הנ"ל דמוכח
דבאמת היה יכול להועיל מיגו אלא שיש בעיה
של צריך לפורעו בעדים או שרואים בידו אבל
בלא זה מועיל מיגו, והרי הרבה ראשונים
(רמב"ן ר"ז ר"ן ועוד) מתרצים על קושית תוס'
שישבע ויש לו מיגו דלא חטפתי, כריב"ם
דאפי' עם מיגו לא יועיל כנגד ע"א (בהסברו עי'
בסוף החבורה), וא"כ איך מקשים הראשונים

דיועיל מיגו דהחזרת ה"ז נגד ע"א – ומיגו אין
מועיל כנגד הע"א – השבועה, וקושיא זו היא
גדולה ועצומה. ועוד אפשר להקשות דאם
נכון שאפ"ה אמרינן מידו דהחזרת, קשה למה
תוס' לא הקשה כנ"ל. ואולי היה אפשר לומר
דכל הראשונים שמתרצים כריב"ם ומקשים
ממיגו דהחזרת לא נקטו כריב"ם לפרש כך
אלא הביאו גם הפי' של הריב"ם ורואים
דהריטב"א דנשאר עם פי' ריב"ם אינו מקשה
הקושיא הנ"ל, וכן תוס' דנוקט כפי' ריב"ם אין
מקשה הקושיא הנ"ל אבל אפשר לחשבן ע"פ
מה שפירשנו במיגו במקום חזקה ועפ"ז לתרץ
הקושיא הנ"ל ונחשבן מהלך מהלך בפני
עצמו:

א. ע"פ אחרונים דהפש"א הפש"ה אמרינן
במקום מיגו. לפ"ז מתורץ היטב כל הדבר דלכן
לא היו יכולים לתרץ דמיגו אין מועיל כנגד
ע"א דדוקא שם דמיירי דיש ע"א שמעיד
דהחזיק א"כ אין מועיל המיגו דלכן מדובר שם
במיגו ולא בהפש"א הפש"ה דהרי העד כבר
חייבו ולא פיו אסרו וא"כ כשיש ע"א שמעיד
שחטף וכשחטף יש חזקה דהיה של הנחטף
ואם יש לו מיגו אין מועיל משום דמיגו במקום
חזקה ל"א, אבל בהחזרת דשם יש הפש"א
הפש"ה דהרי מה שטען דלא החזיר הוא אסר
על עצמו והוא מתירו דדידי חטפי א"כ שייך
אפי' נגד חזקה עם ע"א, ולפ"ז גם מתורץ
אמאי לא תירצו הראשונים על החזרת דהוי
מיגו במקום חזקה משום דשם מיירי בהפש"א
הפש"ה דזה אמרינן נגד חזקה (ותי' זה רק אם
נפרש דזהו תי' הריב"ם דל"א מיגו במקום
חזקה אבל לפי' האחרים (עי' להלן) מתורץ רק
למה לא תירצו על מיגו דהחזרת דזה מב"ח

אבל לא על הקושיא שהקשינו דאם למדו כריב"ם מאי קושיתם).

ב. לפי החי' הרי"ם והגרנ"ט (מצאתי עכשיו שגם האבנ"ז מביא התי' הנ"ל) לכאורה הקושיא למה לא תירצו דזה מיגו במקום חזקה יקשה מאוד דהרי כשהמיגו בעיקר חזקה דווקא אמרינן מיגו אבל אם לא, ל"א וא"כ הרי כאן המיגו לאו בעיקר החזקה הוא דהרי אם יטעון החזרתי אין סותר החזקה דהחזקה של הראשון ישאר אלא דלגבי חוב יפטר כיון דהחזיר וא"כ עכשיו המיגו אינו בעיקר חזקה, ולמה לא תי' הראשונים כפשוטו דזה מב"ח, ועוד יותר דמשמע מהראשונים דאם נוכל לומר מיגו דהחזרתי אמרינן ואמאי ה"ז מב"ח.

והנה החידושי הרי"ם מסביר דריב"ם ס"ל כך דזהו תי' הריב"ם דס"ל דמיגו כשזה בעיקר חזקה מועיל בכל האופנים אבל כשאינו בעיקר תלוי בתי' ר"י אם זה מיגו דהעזה אז זה אין מועיל כנגד חזקה דזה גם מיגו דהעזה וגם אין עיקר החזקה אבל אם אי"ז דהעזה זה מועיל כנגד החזקה ולכן מפרש ריב"ם דכשיש ע"א אין מועיל מיגו דזה נגד חזקה וגם יש העזה כנגד הע"א.

ולפ"ז מתרץ החי' הרי"ם את הראשונים דהראשונים ס"ל דאע"פ שיש עדים וצריך להחזיר בעדים מ"מ מועיל מיגו דהחזרתי ורק אם ראו לא שייך זאת וס"ל דלכך אצלנו מועיל דנכון דטענת החזרתי זהו העזה אבל מ"מ טענה זו אינה נגד חזקה דהרי משאיר החזקה על תילה וכן נכון שהטענה שטוען השתא ידי חטפי זה סותר החזקה אבל אי"ז העזה דהרי

העד אינו יודע אם זה שלו או של החוטף, וא"כ ס"ל דכיון שאין כאן בשני הטענות שני הגריעות א"כ יש כאן מיגו לשם ולתפארת דמיגו דיכול לטעון טענה דזו העזה אבל לא סותר החזקה יכול לטעון עכשיו טענה דזה סותר החזקה אבל אינו דהעזה, נמצא דתוס' ס"ל דמצרפין ב' הבעיות גם שאין רוצה להעיז וגם שזה סותר החזקה, כיון שהטענה שהיה יכול לטעון זהו עם העזה לכך טען הטענה הב' וכיון שטענה שטוען עכשיו זה סותר החזקה אז אין מועיל המיגו והראשונים ס"ל דכיון דטענה הא' יש בעיה אבל בטענה ב' יש בעיה אחרת אין בעיה במיגו ולפ"ז מתורץ היטב גם מה שהקשנו על תוס' למה אין מקשה ממיגו דהחזרתי ולפ"ז פשוט מאוד שהרי לפי תי' הריב"ם א"א מיגו נגד ע"א כשסותר החזקה ויש העזה וא"כ לא מתחיל בכלל הקושיא של מיגו דהחזרתי.

ג. תי' הגר"ח שלא המיגו הוא נגד החזקה אלא דמה שמחזיק בידו הרי יש לו חזקה וגובר על מה שלפנ"כ היה לשני החזקה לפ"ז לכאורה עדיין יקשה דהרי אצלנו יש עדים על החטיפה (בזה מקשים הראשונים דאפי' אם יש ב' עדים יש מיגו דהחזרתי ואפי' אם נאמר דיש רק ע"א מ"מ יש ע"א על החטיפה) וא"כ יש כאן מיגו במקום חזקה דהרי אין לו חזקה כל מה שת"י אדם שלו הוא דהרי העדים מעידים שחטף וא"כ אי"ז חזקה וא"כ רוצה להוציא רק ע"י מיגו דהחזרתי וא"כ מאי קושיתם ה"ז מיגו במקום חזקה.

ומתרץ ר' חיים חידוש נפלא דכיון שיש לו מיגו דהחזרתי אז לא רק שעושה שזה שלו אלא

עושה שאין כאן כלל עדים! דמה שהעדים מעידים על החטיפה אי"ז עדות דכיון שיכול לטעון החזרתי אז לא היה מועיל לנו שום עדות והיה פטור וא"כ עכשיו שטוען שלא החזיר אז נתברר שלא חטף וא"כ עכשיו יש לו כח של חזקת כל מה שהרי הוא מחזיקו בידו ומה שיש טענה שחטף בא מכוחו והוא אומר שנשאר החזקת כל מה שדידיה חטף וא"כ נמצא דעכשיו אפ"ל חזקה במקום חזקה ע"י המיגו דהחזרתי, ול"ד למיגו דלא חטפי דאז הרי יש ע"א שמעיד שחטף ולא יאמן כל זמן שלא יכחישו וא"כ נמצא דמיגו דלא חטף יהא נאמן רק כשאין ע"א ועדים דאז יש לו מיגו שיש לו חזקה והחזקה משאירו בידו אבל כשיהיה ע"א לא יוכל לטעון כן דהטענה של מיגו זה שלא חטף וזה יש לו כנגד ע"א - שרק ע"י שבועה יכחישו, אבל מיגו דהחזרתי שזה נאמן אפי' כשיש ב' עדים דהרי אין מכחישם ואי"צ להשבע נגד ע"א א"כ נמצא דמעולם לא היה כאן עדות ויש לו חזקה נגד חזקה, זה מקשים הראשונים וע"ז מתרצים דא"א לומר החזרתי ולכן יש כאן ע"א ועדות.

והנה כלפי מה שהקשינו על תוס' מסביר הברכת אברהם דלכך לא פי' תוס' כן דס"ל דכיון שהגיע לידו בתורת חטיפה אי"כ ליהאמן ע"י מיגו דהחזרתי דברור שהגיע לידו בתורת חטיפה וא"כ אע"פ שיוכל לטעון החזרתי אבל חזקת כל מה אין לו דהוי כמו גודרות ודברים העשויין להשאל ולהשכיר - דכיון שהגיע לידו שלא בתורת דשלו הוא, שוב אין לו הוכחה דזה שלו (ועפ"ז פי' דלכך אין הסברא של הגר"ח לתוס' אפי' שאין ע"א כיון

ששוב אין לו הוכחה וחזקה וא"כ אין לו חזקה נגד חזקה ע"י להלן).

ולכאורה קושיא זו של הברכ"א קשה מאוד על הראשונים ע"פ ר"ח שהרי ידוע דאם ידוע שהגיע אליו שלא בתורת מקח שהשאלו (דברים העשויים וכו') ודאי אין לו חזקת כל מה דהרי אין ראיה מתפיסתו וא"כ איך אומר שלחוטף יש חזקה הרי יש עדים שחטף, וא"ת מיגו זה מיגו במקום חזקה דא"א שהחזקה יוציא ולא המיגו דהרי אין לו חזקה.

ונראה להסביר כך דהנה בביאור חזקת מטלטלין יש ג' פירושים.

א. לבוש מהרי"ט ועוד - דכל דבר שאדם מחזיק אנו אומרים שזה שלו משום דיש ראיה האיך הגיע לידו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ולכך דווקא מטלטלין אבל קרקע אין האיך הגיע לידו דאפי' בלא גניבה יכול להגיע לידו וה"ה גודרות וכ"ש דברים שראו שהשאל ב. רמב"ם - דהנה בדברים שיכולין להשאיל אין בעיה ודווקא מה שעשוי כל מטרתו להשאילו להשכיר שאז מה שמחזיקו אין לו ע"ז שם בעלות (דזה צריך ג"ש) וכן קרקע אין נקרא השם בעלות על מי שתופסו אלא רק אחרי ג"ש יהיה לו שם בעלות אבל מטלטלין שאין עשוי בשביל להשאל יש לו חזקה דכל מה ולכאורה פי' משום דמטלטלין כל זמן שאינו עשוי כנ"ל אז מה שתופסו עושה לו שם בעלות ואנס"ה שזה שלו וא"כ רק בעשוי כנ"ל אין נעשה עליו שם בעלות ג. רשב"ם - דמה שעשוי שיהיה לו שטר יש לו ריעותא דאיפה שטרך, ומטלטלין אין הדרך כן

אז אומרים שזה שלו ולכאורה במטלטלין פי' כעיין הרמב"ם.

ולפי הנ"ל אפשר לבאר את שיטת הראשונים ע"פ הגר"ח ותוס' ע"פ הברכ"א דהראשונים ס"ל כשיטת הרמב"ם דכל חזקת כל מה אין לו שום קשר לאיך הגיע לידו אלא כל מה שאדם אוחז זה שלו מפני שיש לו שם בעלים וא"כ אצלנו ודאי שאם אין לו נאמנות אינו שלו אבל עכשיו שיש לו מיגו בודאי נאמן על המטלטלין שזה שלו דהרי יש לו ע"ז שם בעלים כיון שאוחזו אבל תוס' ס"ל כמהרי"ט שכל המטלטלין הם ראייה של האיך הגיע לידו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אבל השתא שאין לנו השאלה האיך הגיע לידו דהרי אנו יודעים שגנב הוא וחטפו אז אין לו חזקת כל מה דאינו ראייה שזה שלו ולכך לא פי' כראשונים. אבל קשה דהר' יונה הוא אחד מהראשונים דמקשה ממיגו דהחזרתי ועליו מסביר הגר"ח דא"א מיגו במקום חזקה אלא דזה חזקה במקום חזקה והרי הרי"ז בעצמו מסביר בדף מ"ה כמהרי"ט וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, איך יש לו חזקה הרי ידעינן האיך הגיע לידו, וצע"ג.

ואולי אפשר לתרץ את הראשונים כך דהנה הגר"ח בביאורו עליהם מסביר כך דכאן יש חזקה דלכאורה כל מה ש"ת שלו הוא ואז שלו הוא זה, ומה הבעיה אלא שיודעים שיש חטיפה וכך בא לידו, וע"ז מסביר דלכך מהני מה שטען שזה לא רק עושה הפש"א הפש"ה אלא כיון שהעושה החטיפה טוען שמעולם לא חטף ואין זה נקרא חטיפה דהרי לפני"כ היה נקרא חזקה אז מה שהוא בא וטוען דחטף אי"ז

נקרא חטיפה שימנע חזקה ולפ"ז אפשר להבין קצת את הראשונים דלכך יש לו חזקה דלא נחשב כלל כמו שחטף.

אבל קשה מאוד לומר כן דאח"כ נאמן ע"י מה שהוא בכלל אמר שחטף שיהא נאמן לומר דיש לו חזקה אבל לגבי האיך הגיע לידו איך נאמן הרי אי"כ לחלוק ולומר שלא חטף והגיע לידו דרך קניה דהוא בעצמו א"א כן א"כ אתה יכול לומר מה שתאמר, חזקה אין כאן דאין ראייה האיך הגיע לידו דהרי מודה שחטפו ולא קנאו ואיך יחשב חזקה.

ד. תי' האו"ש דמיגו במקום חזקת כל מה פי' שטוען דמה שאוחזו אינו בשביל עצמו ורוצה ליהאמן ע"י מיגו לכאורה כאן אי"ז בכלל קושיא דהרי טוען שאוחזו לעצמו ורוצה להיאמן ע"י מיגו דהחזרתי ואין כאן שום מיגו נגד חזקה דהחזקה במקומו עומדת שאוחזו בשביל עצמו וכיון שיש לו מיגו נאמן.

אבל קשה על האור שמח דהרי מהו המיגו שלו שהיה יכול לטעון דהחזיר ואז פירשו דמה שהיה אוחזו זה לא בשביל עצמו אלא דגנבו וא"כ אין כאן מיגו טוב דהטענה שהיה יכול לטעון נגד חזקה, ואולי צ"ל דאינו בעיה דהרי אי"ז טענתו בפועל אלא מה שיכול לטעון וכשזה עדיין בטענה גרידתא, אין בעיה דהרי אם היה מקיימו לא היה נגד חזקה דהרי זה כבר אינו מונח אצלו א"כ בגדר טענה זה טוב כיון שלא זה באמת טען אלא טענה אחרת שזה אינו נגד חזקה והוי ממ"נ אינו נגד חזקה וק"ל.

ה. תי' הפנ"ש דהאבעיא של מב"ח נפשט - לפ"ז מתורץ היטב דאין יכולים לענות כלל מב"ח כיון שנפשט.

ו. תי' הקוב"ש והגרנ"ט דמיגו במקום חזקה ל"א דווקא באין אדם פורע תוך זמנו שהוי בירור נגד בירור אבל בחכמ"י ש"ה לא דהוי בירור נגד הנהגה, לפי"ז מתורץ היטב דהמיגו דהחזרתי הוי נגד חכמשיא"ש"ה וא"כ ודאי אמרינן מיגו ולכך צריכים הראשונים לתרץ כמו שתירצו (וע"פ הביאור של ר"נ עי' להלן).

ז. תי' החר"נ דמיגו שיש לו טענה טובה שטוען עכשיו יכול לגבור על החזקה שבא עליה - אבל אם אין אין טענה טובה לא לפ"ז גם מתורץ אצלנו שטענתו טובה הוא שזה שלו ולפי מה שפירשנו זאת על הת"י הקודם גם ניחא דאצלנו מיירי שמיגו עם טענה טובה נגד חזקה שזה רק הנהגה.

ח. תי' החי' ר' נחום דמיגו שיש בו כוה"ט מועיל נגד חזקה אבל מיגו דהוכחה ללא - לפ"ז גם מתורץ הקושיא דאצלנו יש לו טענה עם המיגו דהחזרתי זה טענה טובה וגם מה שטוען עכשיו ושייך בו הנידון מי מוחזק יותר בטענותיו.

ט. תי' הנחל יצחק דמיגו במקום חזקה פי' כשהשני מוחזק וכעין מיגו להוציא אבל כשהוא מוחזק אמרינן דמועיל מיגו וא"כ ניחא שפיר אצלנו דמיירי שהוא תופסו וזה מיגו להחזיק וא"א דזה מב"ח ולכך תירצו תירוצים אחרים.

י. לחי' הרי"ם דמיגו ביחד עם חזקת כשרות מועיל והנה כאן יש חזקת כשרות ולכך לא תי'

דמב"ח ל"א (ואולי יקשה שהרי המיגו הוא טענה דהחזרתי והיינו שמרע חזקתו דבאמת גנב והחזיר וא"כ נמצא שהמיגו בא מכח טענה שאין בו חזקה ואם מיגו זה ראייה אינו קשה אבל אם זה טענה הרי אין לו טענה ואולי אפש"ל דמה שהחזיר אין פי' דאין לו חזקת כשרות דיכול להיות שלא גנב ומ"מ החזיר - לא לעשות ויכוחים וכו') וכן ע"פ הגרנ"ט אפשר לבארו דכאן יש לו מיגו ביחד עם מה שהוא מחזיקו וא"כ אפ"ל מיגו דהחזרתי.

יא. תי' הפנ"ש דלא כל החזקות והמיגות שוות ולפ"ז - אפ"ל דגם אצלנו המיגו אינו שווה ללוה וכן החזקה אינו שווה לפרעון תוך זמנו אבל צ"ע דהרי בלוה המיגו הוא כן אותו מיגו דיכול לטעון החזרתי וכן החזקה הוא אותו חזקה דכל מה כו' וא"כ צריך להיות שכמו ששם ל"א ה"נ לא, והנה אפ"ל דאכן זהו סברת תוס' דלא מקשה כלל ממיגו דהחזרתי דאצלנו במיגו שלנו אפ"ל מב"ח - דאי"ז החזרתי ולא כל המיגות שוות אבל מיגו דהחזרתי הרי בו זה ההלכה דל"א מב"ח וא"כ לא קשיא מידי, ועל הראשונים אפ"ל כך דאי"ז דומה, משום טענתו שטוען עכשיו ואפי' שדומה מה שיכול לטעון, מ"מ מה שטוען אינו שווה דכאן טוען ששלו הוא ושם דשל אחר, עכ"פ אפי' אם נאמר כן מ"מ אפ"ל דתוס' ס"ל דלא משום דכיון דמה שיכול לטעון שווה, נחשב לאותו דבר, ועוד אפ"ל דתוס' ס"ל דאה"נ אין המיגות שוות אבל מי אומר שזה שווה לדידי חטפי אולי אינו שווה דהרי עכשיו למדנו דאין כל המיגות שוות ומ"ש דבקושיא אתה אומר לא כל המיגות שוות ובתירוץ אין אתה אומר כן - ולכך ל"א מב"ח.

יב. תרומת הכרי דזה כח יותר חזק שזה עוקר החזקה ע"פ פי' זה דפי' דחזקה של השני מעולם לא היה כיון שלראות חזקה זהו דין וכיון שכל חזקתו של הב' הוא ממנו והוא טוען ידידי חטפי אז יש לו כח לומר שמעולם לא אמר דבר וזה הכח זהו יותר ממיגו וזה יכול לעקור החזקה ונאמר שמעולם לא היה הנחטף מוחזק ולכך הולך אצלו - ולפ"ז ה"ה אצלנו דהוא עושה החזקה ויכול לעוקרו שמעולם לא היה הא' מוחזק ולכך אין מתרצים מב"ח, וזה הפי' לא דמי לגר"ח שעליו הקשינו עי"ש (דזה כדבריהם העשוין להאשיל ולהשכיר) דהגר"ח פי' שכיון שיש לו כח לעקור ולומר שמה שטען שחטף שלא חטף, ואשר על כן אי"ז חטיפה ולכן יש לו חזקה והחזקה מועיל לגביו ולפ"ז ק' דמשמע דהשני יש לו חזקה בלא דיבורו והדיבור מועיל רק לגבי שלא יחשב כחטיפה וא"כ זה לא מועיל לגבי האיק' הגיע לידו וכל החזקה שיש לו שעליו נסמך הטענה דלעיל ליכא אבל לתרוה"כ פי' דהוא עשה החזקה ועושה שהנחטף אין לו חזקה בזה אין שום בעיה דמעולם אין לשני חזקה שנצטרך להגיע להאיך הגיע לידו.

יג. שיעורי ר' דוד - דמיגו במקום חזקה ל"א כשאדם עשוי להפקיע ממון חבירו לפ"ז ה"ה אצלנו שאמרינן מיגו דלא שייך להפקיע ממון חבירו דא"נ שמפקיע ממון חבירו אבל רוצה להרויח בזה כספו וא"כ אין נ"מ אם יטעון החזרתי ללא יטעון כן דאין כאן הכרח שאין שום סיבה למעשהו אלא שזה ע"כ מפקיע אלא יש סיבה כנ"ל.

יד. מיגו זה ספק ואמרינן המע"ה וא"כ כאן ג"כ אין בעיה שיש חזקה נגדה כיון שהוא תפסו והמע"ה.

נמצא דיש לנו עוד כ י"ד תירוצים על הקושיא שהקשו מהראשונים ממיגו דהחזרתי.

החי' הרי"ם (סי' עה ס"ק כו) מסביר דתוס' ס"ל כראשונים דהגוזל בעדים צריך לפורעו בעדים וא"כ לפ"ז לא שייך לטעון החזרתי (וכך ס"ל לראשונים דמתרצים כן) ומ"מ סובר תוס' דצריך לומר כראשונים דס"ל דמיירי בראו, ומסבירו ע"פ הביאור שביאר בריב"ם (עי' להלן חלק ג') דמיגו שלא יועיל כנגד ע"א צריך שיהיה גם מיגו שאינו ודאי - דזה מיגו דהעזה וכן שיהא כנגד חזקת כל מה ורק כשיש שניהם אינו מיגו, ולפ"ז מוסבר היטב למה צריך לומר דמיירי בראו דאפי' שצריך להחזיר בעדים מ"מ יהא נאמן במיגו דהחזרתי ובשבועה מיגו דאי בעי אמר לא חטפי שטענה זו של החזרתי נכון שהוא העזה, אבל מ"מ אין חולק על החזקה של כל מה, דאין אומא שלשני אין חזקה אלא אדרבה מודה וטוען שהחזירו משום כך וא"כ ברגע שנאמן על החזרתי אז חוזר הקושיא הנ"ל דיש לו מיגו על ידידי חטפי מיגו דאי בעי אמר החזרתי דהחזרתי אינו אלא טענה דהעזה ומיגו זה הוא רק נגד חזקה דחולק וטוען שדידי חטפי ואי"כ העזה וא"כ נמצא שיהא נאמן במיגו דהחזרתי ולכך צ"ל דמיירי בראו.

חלק ג'

הנה בתוס' (ד"ה הוי) הקשה שיועיל מיגו דיכול להשבע שדידיה חטפי ואה"נ שלא נשבע להכחיש את העד אבל מ"מ יש לו מיגו

דהרי גם בטענתו של עכשיו נשבע, ותוס' מתרץ ג' תירוצים א' ר"ת שאצלנו זה שבועה דרבנן ושם מה"ת ב' ר"י דזה מיגו דהעזה שאצלנו אין נשבע להכחיש את העד ושם נשבע להכחיש ג'. תי' ריב"ם שע"ז נדבר עכשיו.

וזה לשון הריב"ם: דודאי הוי מיגו ולהכי פטרי ר"ש דנאמן בשבועה במיגו דאי בעי אמר לא חטפי ור"א סבר אע"ג דאית ליה מיגו חייב דכיון דאיכא אחד המחייבו שבועה מן התורה כן ה"ה שישבע להכחיש את העד או ישלם ואין מועיל לו מיגו ליפטר, עכל. והפשטות בתוס' הוא דאדה"נ יש מיגו אבל אפי' יש מיגו זה לא יעזור דמ"מ צריך שישבע או יביא עדים להכחיש הע"א ואין מועיל מיגו, וצ"ב למה באמת אין מועיל מיגו והנה יש כמה ביאורים על תי' זה ונביאם אחד אחד ואפשר לתרץ ע"פ הביאור דלעיל של מיגו במקום חזקה ויש המתרצים כן וכדלהלן:

א. ש"ך (סי' עה) מסביר ומבואר בקוב"ש (לג.) ומובא גם בחי' הרי"ם סי' ע"ה ס"ק כ"ה דכך פי' תי' ריב"ם דאצלנו יש ע"א והתורה נתנה לו כל הכח כמו שני עדים עד שישבע להכחישו וא"כ כל זמן שלא נשבע להכחיש אין לו שום יכולת לטעון לא חטפתי דהרי יש לו שני עדים כנגדו וא"כ אדה"נ עכשיו טוען ידידי חטפי שזה לא מכחיש הע"א שהוא כשנים אבל מ"מ אין לו כח הטענה של לא חטפי וא"כ אין לו עכשיו מיגו לטעון ידידי חטפי כל זמן שאין מכחיש הע"א ע"י שבועה ולפ"ז כך פי' הגמ' מתוך שא"י להשבע משלם א"כ אין לו מיגו לטעון ידידי חטפי ולכך חייב.

האמרי ברוך (סי' עה) מקשה על הש"ך שם עי"ש וחולק וסובר דלתוס' לאו דוקא ע"א שהוא כשנים אין לו מיגו אלא כל שבועה יש בו כח שאין יכול לטעון נגדו כל זמן שלא ישבע השבועה ולכן אין לו כח הטענה לומר ידידי חטפי (והנה פי' זה נח להסביר בראשונים דמסבירים כעין תוס' (רמב"ן ור"ן) אבל בתוס' לא משמע כן מכמה וכמה מקומות ודו"ק ותשכח).

ב. הרשב"א הביא את תי' הריב"ם בנוסח אחר ומבואר בהגרש"ש ובר"נ דכך ביאורו לא שיש לע"א כח שיעשה שאין לו מיגו לטעון אלא השבועה א"א להיפטר מזה אלא או ע"י שבועה או ע"י תשלום וביאורו כך דכשהתורה נתנה שבועה על הנתבע אין פי' דבאמת היה צריך להתחייב והקילו עליו ע"י שבועה וא"כ ברגע שיש לו מיגו יכול להיפטר ע"י זה אלא פי' דבאמת הוא היה פטור אלא שבאה התורה ונתנה עליו שבועה וא"כ אין יכול להיפטר ע"י מיגו דהרי זה באה התורה לאפוקי וליתן עליו שבועה וא"כ מונח עליו על האיש חיוב או תשבע או תשלם ואין מועיל כלל מיגו שלא ישלם דהרי צריך או שבועה או תשלום ולכן כל זמן שיש ע"א אין מועיל מיגו אלא צריך או שבועה או שני עדים או תשלום.

ג. הקצות החושן (סי' ע"ה ס"ק יב) מסביר את תוס' בביאור נפלא דהנה מה שטוען עכשיו ידידי חטפי אינו נאמן בזה אלא רק ע"י מיגו דלא חטפי ואם היה ברור לנו שחטף לא היה נאמן כלל דדידיה חטף ואם ראו אנשים שהם פסולים לעדות כגון קרוב או פסול שחטף ומכר להם צריכים אותם אנשים להחזירן

לבעלים כיון שהם בטוחים שחטף א"כ ודאי הוי גזלה דחזקה כמשת"א הוא שלו והוא גזלן וע"כ צריכים להחזיר א"כ כיון שיש כאן ע"א שמעיד שבודאי חטף ואין כאן מיגו אז לגבי עד זה ודאי הוי גזילה ואין מועיל לו כלל מיגו א"כ אנו נמי סמכינן על העד - כל זמן שלא נשבע להכחישו דעד שלא יכחיש הוי כשנים א"כ לנו ודאי אסור אפי' שלא ראינו דאנו סומכינן על העד ולפ"ז הוי גזלן לגבינו - ב"ד והוי כמו שמעיד העד שאין לו מיגו ולכך מפרש ריב"ם דלא מהני מיגו ולפי הנ"ל מיושב לשון הש"ס דאמר הא אמר (העד) מיחטף חטפה וכיון דדאומר דחטפה הו"ל כגזלן.

ולפ"ז מתורץ גם הקושיא שהקשו הראשונים ממיוגו דהחזרתי שיועיל, וע"פ הנ"ל אין מועיל רק כשאין ע"א או שניים שזה - כשאין ע"א כבר מפורש בגמ' שמועיל דכשיש ע"א הרי אנו רואים אותו כגזלן, ולכך לא הקשה תוס' הקושיא של הראשונים.

ד. החידושי הרי"ם (סי' עה ס"ק כ"ה) מסביר עוד ביאור על הריב"ם דהריב"ם משלב פי' עם פי' הר"י שלפנ"כ דכשיש מיגו דהעזה בלבד מועיל המיגו, וכן לגבי מיגו שזה לא בעיקר החזקה נגד ה חזקה שמועיל המיגו, אבל כשיש שניהם ביחד גם מיגו דהעזה שמכחיש הע"א שאז אין זה מיגו ודאי דשמא אינו מעיז וכן מיגו שאינו בעיקר החזקה דהרי הע"א כבר העיד שיש חזקה כה"ג אין מועיל מיגו וצריך שבועה (וזהו גם בהחזרתי) ותי' זה הוא אפי' אליבא הסוברים דאמרינן מיגו במקום חזקה אבל לסוברים דל"א אי"צ לזה וכדלהלן בתי' ע"פ מב"ח.

ה. יש עוד תי' בחי' הרי"ם על הש"ס (כאן ב"ב לד.) מתרץ עוד תי' באריכות גדולה ואין כאן המקום להאריך (התי' הוא בסגנון שבאמת יש לו מיגו בלא שבועה משום סיבה עי"ש וכשיש ע"א אין לו פטור מהשבועה וצריך מיגו בשבועה עי"ש).

וע"פ מה שביארנו על הקושיא איך מועיל אצלנו מיגו דה"ז מיגו במקום חזקה אפשר להסביר ריב"ם אצלנו כך.

ו. ע"פ תי' א' דאצלנו מועיל דווקא בהפש"א הפש"ה ולא במיגו דזה מיגו במקום חזקה עפ"ז אפ"ל דכך מתרץ תוס' דודאי הוי מיגו אבל ר"א ס"ל כיון שיש ע"א שמחייבו שזה עושה שאין הפש"א אז המיגו שאינו הפש"א אין מועיל נגד החזקה.

ז. ע"פ תי' ב' מתרץ החי' הרי"ם כך דתוס' מסביר דאה"נ יש מיגו, אבל כיון שזה מיגו במקום חזקה אבל אינו מיגו בעיקר החזקה כיון שיש ע"א שמעיד שהיה חטיפה, א"כ טענתו אין בו כח לעקור חזקה דרך בשבועה נאמן.

ח. ע"פ תי' ג' מתרץ הגר"ח את קושית תוס' דאין מועיל מיגו כה"ג משום דהרי יש ע"א ועל ידו יודעים שחטף וא"כ שוב אין לו חזקת כל מה דהחזקת כל מה נשאר אצל הנחטף וא"כ אי"ז חזקה נגד חזקה אלא מיגו נגד חזקה ומב"ח ל"א, והנה הוא אין מסבירו בריב"ם אלא מפרשו לתי' בפנ"ע, ונראה שאפשר לומר דזה כיון ריב"ם דבאמת ודאי יש כאן מיגו אבל מיגו זה אין עושה החזקה, והחזקה צריך להוציא וכיון דיש כאן ע"א אז הדין צריך להיות שיכחיש את העד משום שחזקה אין

כאן ורק מיגו יש ומב"ח ל"א אבל דוחק קצת לשון התוס', ואולי בשביל כך לא פי' כן בריב"ם.

ט. ע"פ תי' ח' שמתרץ החי' ר' נחום שרק מיגו עם כח הטענה מועיל אולי אפ"ל דכך פי' תוס' ע"פ הר"ת הקודם (עי' בהגרש"ש) דאין לו כח הטענה משום שנשבע רק שבועה דרבנן שנאמן רק מדרבנן והטענה שייכול להשבע שצריך להשבע זה טענה מה"ת ואין לו כוה"ט, ועפ"ז אפ"ל דכך מפרש תוס' דהנה ודאי שבאמת יש לו מיגו של ראייה אבל כיון שיש ע"א שמחייבו שבועה וא"כ השבועה הוא שבועה מה"ת דהרי יש ע"א אז א"כ אין כאן מיגו שיועיל נגד החזקה דאי"כ מיגו עם כוה"ט וצריך שבועה או תשלום אע"פ שיש לו מיגו של ראייה אין מועיל, (וצ"ב מה ס"ל לרו"ש ואפ"ל דס"ל דמיגו הוא רק ראייה, אבל צ"ע מהיכן הביא כן שס"ל דזה רק ראייה ולא כוה"ט ואולי ס"ל דזה כוה"ט ומ"מ ראייה בלבד כבר מהני אבל עדיין צ"ע מנ"ל).

י. ע"פ תי' י"ב תרוה"כ - אפ"ל כך דתוס' מתרץ דאה"נ יש לו מיגו אבל כיון שיש ע"א שמחייבו

מה"ת שבועה א"כ נמצא דהחזקה לא מכוחו בא אז א"כ אינו נאמן אפי' עם מיגו נגד החזקה דמב"ח ל"א וכאן אין לו הכח המיוחד כיוצר החזקה ולכך לא מהני מיגו להיפטר.

יא. ע"פ תי' י"ד - דהנה אה"נ יש כאן מיגו אבל מיגו זה הרי יש בו ע"א נגדו שהע"א עושה חזקה לשני וא"כ זה מיגו נגד חזקה ואין מועיל לו מיגו להיפטר דהמע"ה.

יב. הנה כל זה זהו אליבא התירוצים שתירצו הקושיא של חלק א' אבל האחרונים מתרצים תי' פשוט ע"פ מב"ח שלא ע"פ התירוצים הנ"ל דתוס' תי' כך דאה"נ יש מיגו אבל כיון שיש כאן ע"א שמחייבו שבועה שזה עושה החזקה א"כ זה מיגו במקום חזקה ומיגו במקום חזקה ל"א וזה לא יתאים לכל הפי' הנ"ל (למעט מפי' הפנ"ש) ולפי פירוש זה יקשה הקושיות הנ"ל שהקשו בחלק א' ואפ"ל בדרך אפשר דריב"ם לא ס"ל ככל הראשונים דיועיל כאן מיגו, (וצריך לעיין אם אפ"ל כן בגמ' ושלא יקשה כלל לפ"ז).



הבה"ח ברוך גוטליב הי"ו

דף לד:

ביאור סברת המח' אם מפקינן מיד ב"ד לעשות כל דאלים גבר

איתא בגמ' ההוא ארבא דהוו מנצו עלה בי תרי, האי אמר ידידי היא והאי אמר ידידי היא, אמרינן כל דאלים גבר, ואם אחד מהם אמר לב"ד לתפסו ב"ד עד שיביא עדים, כדי שהשני לא ימכרנו בנתיים ויפסידו, חולקים ר' הונא ור' יהודה אם תפסינן ואם תפסו חולקים ר' פפא ור' יהודה אם מפקינן אח"כ מיד ב"ד לעשות כל דאלים גבר, דר"פ סבר מפקינן ור' יהודה סבר לא מפקינן, וצריך להבין סברת המח' אם מפקינן.

להסתלק דהוי כמפקיר ממון חבירו, ולכאור' ביאור פי' הוא דכיון דבא ליד ב"ד, צריכים לפסוק דין או לעשות הכרעה ולהשליט שלום וסדר בממון, ואינם יכולים להניח להם בלא פסק ולעשות סילוק, (אבל כשלא בא ליד ב"ד, כיון דאין להם הכרעה ופסק דין על הממון יכולים להסתלק בלא פסק דין), והמח' אם מפקינן ולא מפקינן חולקים אם נקרא בא ליד ב"ד כיון שתפסו רק שהשני לא יתפוס.

ומיהו א"א לפרש כן שיטת הרשב"ם, דבדף לא: איתא בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, זה הביא עדים דאבתיה ועדים דאכל שני חזקה וזה הביא עדים דאכל שני חזקה, נותנים למי שהביא עדים דאבתיה, ואם בא השני אח"כ והביא עדים דאבתיה, ר"נ אומר אנן אחתיניה אנן מסקינן לזילותא דבי דינא לא חיישינן ומוציאים מידו, ומפרש רשב"ם לעשות כל דאלים גבר, רואים דסובר הרשב"ם דכל דאלים גבר לאו סילוק ממש שהרי מוציאים לעשות כל דאלים גבר, ואם הוי סילוק כבר תפס ולמה לנו להוציא מידו, ואינו סובר דהוי פסק דין ממש דהרי בדף לה. מפ' דשמא יבא עדים ויסתרו את הדין שדנו ב"ד

והנה החת"ס מפ' דחולקים אם כל דאלים גבר סילוק או פסק דין, דר"י סבר דהוי סילוק וא"כ אין לב"ד להניח להם לריב בלי דיני משפט ולכן לא מפקינן (אבל כשלא בא ליד ב"ד אין להם להתערב אם לא יודעים למי זה שייך, ורק כשנטלו ב"ד החפץ אין להם להפקיע אם אין להם בירור לדין) ור"פ ס"ל דהוי פסק דין ולכן מפקינן לעשות דינו (וכמו כל דיני משפט יחלוקו, וכדו').

אבל ברשב"ם ובתוס' נראה שלא למדו המח' כפי' החת"ס, שפי' הרשב"ם במ"ד מפקינן שלדעת כן תפסוהו, ואם מפקינן משום דכל דאלים גבר הוא פסק דין מה לי תפס ע"מ כן או לא שאפי' לא תפס ע"מ כן הוי דינו כל דאלים גבר ובתו' ג"כ אינו נראה כפי' החת"ס דמפרש אפ' למ"ד מפקינן לא תפסינן שלכתחילה אין לנו להיכנס בדבר ואם כל דאלים גבר הוא פסק דין יעשה כדינו ולמה לכתחילה אין לנו להיכנס בדבר (שמשמע שאינו פסק דין ממש ומעוות קצת הדין ולכן לכתחילה אין לנו להכנס בדבר).

והנה הרמב"ן פי' דכל דאלים גבר הוא סילוק ממש, וכיון דתפסו ב"ד אין ב"ד יכולים

הילכך אין ב"ד נזקקים להם לדון דין שסופו לבא לידי עיוות, אלא מניחים אותן וכל דאלים גבר, משמע דכל דאלים גבר אינו פסק דין, אלא צריך לפרש דסובר שאינו פסק דין שאינו מכריע בוודאות שהוא הבעלים, ואינו פשרה חלוקה בשווה, אלא מניחים אותם וכל דאלים גבר, ולא סתם כהפקר אלא שיותר קרוב דהבעלים האמיתי יגבור כוחו לתפוס, וכך אפשר לעשות פסק דין כזה, אבל צריך ליתן ביניהם בשווה שיוכל הבעלים האמיתי לתפוס, ולפ"ז דסבר הרשב"ם דכל דאלים גבר לאו סילוק ממש א"כ מה הטעם דמ"ד לא מפקינן דהרי יש לב"ד אפשרות לפסוק פסק לנידון, דקרוב שהבעלים האמיתי יתפוס ולא סתם מניחים אותו הפקר.

והנה רבינו יונה מפרש סברת המח' דמ"ד לא מפקינן סבר דכיון דתפסו ב"ד נתחייבו להחזירו לבעלים ודאים כדין השבת אבידה, וא"כ מה סברת מ"ד מפקינן, כיון שבא ליד ב"ד נתחייב בהשבת אבידה, ואם משום שעל מנת כן נטלו די בכך שעושה כל דאלים גבר, וכי אם יטול אבידה ע"מ שלא יתחייב בהשבה לא יתחייב להשיב לבעלים הוודאים.

ולכן נראה לפרש בפ"י הרשב"ם דסבר מ"ד לא מפקינן דכיון דבא ליד ב"ד, מחזיקים אותו ב"ד בשביל הבעלים האמיתיים, ואפי' שלא יודעים מי מהם הבעלים, ונקרא ב"ד יד בעלים, וא"א להוציא מיד בעלים בשביל לעשות כל דאלים גבר, כמו דמצינו במנה שלישי, דאיתא בגמ' בב"מ דף לז. שנים שהפקידו אל אחד, אחד מנה ואחד מאתיים ולא ידענין מי הפקיד מנה ומי מאתיים, אמרינן דנותן לזה מנה ולזה מנה

והשאר יניח עד שיבוא אליהו, ותוס' בב"מ דף ב. מפרש דלא אמרינן כל דאלים גבר, כיון שמחזיק הנפקד בשביל המפקיד נקרא דנמצא ביד המפקיד, ואין מוציאים מיד מוחזק לעשות כל דאלים גבר, ומ"ד מפקינן סבר דכיון דע"מ כן נטלו א"כ לכתחילה לא נעשו כנפקד א"נ שאפי' יהיו נפקד, אבל יפטרו עצמם כשיניחו ביניהם ויעשו כל דאלים גבר.

ובתוס' אפשר לפרש כפ"י הרשב"א, דכל דאלים גבר הוי סילוק ממש, וכשבא ליד ב"ד אסור להם להפקיר הממון ולעשות כל דאלים גבר, ורואים דסבר תוס' דכל דאלים גבר הוי סילוק ממש, דהרי פ"י תוס' בריש בב"מ דף ו. ד"ה והא הכא, בדין כל דאלים גבר, שאם תפס אחד והקדישה ואין יכול שני לתפוסו אח"כ, א"כ הקדישה ולא תקפה מקודשת, ואם תפס והקדישה והשני יכול לתפוסו, א"כ הקדישה בלא תקיפה אינה מקודשת, ומסקנת הגמ' שם דהקדישה ולא תקפה אינה מקודשת, נמצא דבדין כל דאלים גבר אם תפס אחד אינו מוחלט דזה שלו, אלא יכול השני לתפוסו, נמצא דסובר תוס' בדין כל דאלים גבר דהוי סילוק ממש ולכך יכול שני לתפוסו, דאם הוי כל דאלים גבר פסק דין, נעשה תופס ראשון מוחלט בממון, ואין השני יכול לתפוס ממנו.

ונפק"מ בין הפירושים הנ"ל דלפ"י הרשב"א דווקא בתפסו ב"ד, חולקים ר' פפא ור' יהודה אם מפקינן, אבל תפס אחר ודאי מפקינן, אבל לפ"י הרשב"ם אפי' תפס אחר (ורוצה להחזירה), מח' אם מפקינן, דאפשר דנעשה נפקד שאסור להוציא מידו לעשות כל דאלים גבר.

הבה"ח אהרן זאב הלוי סגל הי"ו

דף לד:

בביאור שיטת הריב"א בכללי הפסק בספק ממונות היכא אמרינן כדא"ג והיכא אמרינן יחלוקו

(א) בגמ' (לד:): זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, אמר רב נחמן כל דאלימ גבר. ע"כ. ואקשינן בגמ' מהא דשני שטרות היוצאים ביום אחד דלרב יחלוקו ולשמואל שודא דדייני ול"א כדא"ג, ותימצו בגמ' (לה.) דהתם ליכא למיקם עלה דמילתא אבל הכא דאיכא למיקם עלה דמילתא הדין כדא"ג דאין ב"ד פוסקים דין שסופו לבוא לידי עיוות, עוד הקשו מהא דהמחליף פרה בחמור וילדה ואין ידוע אם קודם החליפין או לאחמ"כ דיחלוקו, ותימצו דהתם איכא דררא דממונא והכא ליכא. ע"כ סוגיית הגמ'.

לפו"ר נראה דהא דבודאי איכא רמאי ל"א יחלוקו היינו משום דלא יהיבין לרמאי וקנס הוא לו, וכעין שיטת ר' יוסי דא"כ מה הפסיד הרמאי, ואמנם לרבנן אין מפסידים לרמאי אך ודאי לא יהיבין לו יותר ממה ששייך לו, ולהלן נחזור לדון עוד בענין זה.

(ב) ומבאר הריב"א דהא דבשאר הדין יניח והכא כדא"ג היינו משום דלא מפקינן לעשות כדא"ג וכדאמרינן הכא, ולכן התם דברשות נפקד הוא אין מוציאין מידו ויניח.

והקשו התוס' דהא בגמ' הובאה מחלוקת בענין זה האם מפקינן לעשות כדא"ג או לא, ובשלמא למ"ד לא מפקינן א"ש הא דבשאר יניח אך למ"ד מפקינן קשיא, אך כבר ציינו כמה אחרונים (נחל"ד ב"מ ב., פני שלמה בסוגיין, קוב"ש אות קנד, אבהא"ז פ"ט מטוען ה"ז) לדברי הרשב"ם (בד"ה מפקינן) שפ"י: שלדעת כן תפסוה שאם לא יביא עדים יחזירוהו וכדא"ג. ע"כ. הרי שמבואר מדבריו דהא דס"ל למ"ד זה דמפקינן היינו משום דעל

והתוס' (לד: ד"ה ההוא) הקשו מ"ש משניים אוחזין בטלית דתנן ריש ב"מ (ב.) דיחלוקו, ונשנו בזה ב' מהלכים בתוס' ליישב הסוגיות אהדדי; מהלך הר"ת ומהלך הריב"א וכדלהלן, במסגרת זו ננסה להקיף בעיקר את שיטת הריב"א ולא נתעכב בהבנת שיטת הר"ת.

ונקדים קודם שיטת הר"ת, הר"ת יישב הסוגיות דהתם דאיירי בששניהם מוחזקים בה ולכן הדין יחלוקו, והכא דאין אחד מהם מוחזק בספינה [וכלשון הרשב"ם: ספינה שבנהר] הדין כדא"ג, אך הריב"א נחלק עליו וטעמו ונימוקו עימו, שהלא בגמ' שם (ג.) הקשו ממתני' דשניים אוחזין אשאר' [ובלשון התוס' בב"מ: מנה שלישי] והתם אין שניהם מוחזקין בה, וע"כ ל"ש מוחזקים ל"ש אינם מוחזקים הדין יחלוקו, אלא החילוק הוא כדמשני התם בגמ' [אשאר] דהיכא דאחד משניהם ודאי רמאי ל"א יחלוקו, ודוקא במתני' דשניים אוחזין דליכא ודאי רמאי הדין יחלוקו.²

¹ דתנן התם (לז.): שניים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים, זה אומר שלי מאתים וזה אומר שלי מאתים נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבוא אליהו, א"ר יוסי א"כ מה הפסיד הרמאי אלא הכל יהא מונח עד שיבוא אליהו. ע"כ.
² דהתם אפשר דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה וטועה כ"א שהוא הגביה תחילה.

דעת כן תפסוה הב"ד, אך בשאר דהנפקד ודאי לא על דעת כן תפסוה שהרי לא ידע כלל שיהיו מריבין זה עם זה אח"כ, א"כ הכא ודאי מודה דלא מפקינן דלא מיקיים מצוות השבה בכך. אכן התוס' שהקשו הבינו במח' האמוראים אי מפקינן אי לא מפקינן, דבהא גופא נחלקו אי מיקיים מצוות השבה בכך אי לא, וא"כ למ"ד מפקינן בב"ד ה"נ בנפקד³.

עוד הקשו התוס' על שיטת הריב"א דלדידה מה מדמה הגמ' ההוא ארבא לשני שטרות והמחליף פרה, דהתם הוו שמא ושמא וליכא רמאי ומשו"ה חולקין, ול"ד כלל לסוגיין דודאי איכא רמאי ול"א שיחלוקו.

הנחלת דוד (שם) כתב ביישוב שיטת הריב"א דודאי איירי התם בברי וברי, דאל"ה לא תקשה כלל קושיית הגמ' דנימא התם נמי כדא"ג, דהא כתב הרא"ש (ב"מ סי' א) דהא דאמרין כדא"ג היינו משום שמסתמא מי שהאמת אתו יגבר על השני, וא"כ בשמא ושמא ודאי ל"ש בירור זה ומשו"ה ל"א התם כדא"ג, ומאי קשיא ליה להגמ' מהתם, וע"כ דס"ל לגמ' דהתם נמי איירי בברי וברי, ולק"מ קושיית התוס', ובאמת שיש לתמוה עליו הרבה, א' צ"ע במה שנקט בדברי הרא"ש בפשיטות דבשמא ושמא ל"ש לומר כדא"ג, דמדקדוק דברי הרא"ש הן בב"מ (שם) והן

בתשובה (כלל עז סי' א) מתבאר דודאי לא ס"ל שהוא בירור גמור וודאי שייך לומר כדא"ג אף בשמא ושמא, ויש עוד להאריך ולפלפל בזה הרבה ואכ"מ, ועוד שלא מצינו לאחד מן הפוסקים שכתב חילוק בין ברי וברי לשמא ושמא דל"א ביה כדא"ג, ב' עדיין צ"ב מנ"ל באמת לגמ' דאיירי בברי וברי וקשיא טפי, ובשלמא בסוגיא דהמחליף פרה י"ל דדייק הגמ' סתמא דלישנא דמתני' דמשמע בברי וברי⁴, אך בשני שטרות מנ"ל, ונמצא א"כ דאין יישובו של הנחל"ד מוכרח כלל ואינו מתיישב, והדק"ל מה הקשה הגמ' משני שטרות והמחליף פרה דליכא רמאי.

ג) עוד הקשה הר"י בתוס' על מקור דבריו של הריב"א מהא דמשני התם דהיכא דודאי איכא רמאי ל"א יחלוקו, דתירוץ זה נשנה על שיטת ר' יוסי, אך לשיטת רבנן משני התם דהיכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת ל"א יחלוקו, וא"כ הכא די"ל דשניהם שותפין בספינה נימא דיחלוקו.

ובאבן האזל (שם) ביאר שיטת הריב"א באופן מחודש, די"ל דב' ענינים אלו ד'אין החלוקה יכולה להיות אמת' ו'ודאי איכא רמאי' ענין אחד הם ויסוד אחד לשניהם וכאשר יבואר, ונביא כאן אורך לשונו של הגראז"מ בביאור הא מילתא: דסובר הריב"א דהסברא דאיכא

³ ונראה דדייקו הכי מלשון הריב"א גופיה שאמר דלא מפקינן 'כדאמרין הכא', ומשמע דטעמא דהכא הוה נמי התם, והעירני מו"ר הרה"ג יהושע שטיינברג שליט"א דאמנם באמת אין לתמוה אמאי נקט הריב"א 'כדאמרין הכא', דהא ע"כ חזינן מדברי מ"ד לא מפקינן דלא מיקיים מצוות השבה בכך, ואהא מייתי הריב"א מסוגיין דהתם נמי לא מפקינן משום דלא מיקיים מצוות השבה בכך, ואיברא דמ"ד מפקינן ס"ל נמי הכי וכמבואר, [אלא דנחלקו אם בב"ד שייך לומר דעל דעת כן תפסוה ולא בעינן הכא השבה, מה שלא שייך בנפקד דודאי בעינן השבה מעלייתא]. אלא דלא חזינן זאת מדבריו, וא"כ שפיר מייתי הריב"א מקור לדבריו מסוגיין.

⁴ ובאמת דבגמ' בב"מ (ק.) נחלקו אמוראי במתני' דהמחליף פרה אי איירי בברי וברי או בשמא ושמא, ואיכא למ"ד דלא איירי מתני' אלא בשמא ושמא ואיכא למ"ד דבברי וברי נמי איירי וכפשטות לשון המשנה, ונראה דמה שהוקשה לתוס' היינו משום דלב' המ"ד יש לדחוק ולומר דאיירי בשמא ושמא, ולכא"פ הו"ל להקשות ולומר בשלמא למ"ד א"ש אלא למ"ד זה קשיא.

רמאי משום קנס, היא אמנם רק לר' יוסי, אבל מכיון דעכ"פ גם לרבנן צריך שתהא החלוקה יכולה להיות אמת, א"כ מהיכי תיתי נאמר דהחלוקה יכולה להיות אמת בהיפוך מטענותיהם, ואם כל א' טוען כולה שלי איך נתפוס שהוא על שניהם, ודוקא במציאה שיתכן דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, וכ"א טועה שהוא קדם שייך לומר כן, אבל היכא דליכא למימר שהם טועים איך נעשה חלוקה בשביל אפשרות שהם מכחישים אותה בטענותיהם, ולכן למסקנא דנחית לסברא דליכא רמאי אליבא דר' יוסי, ומזה יוצא דבשנים אוחזין אפשר דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה וליכא רמאי, אמרינן גם אליבא דרבנן דדוקא בליכא רמאי שייכא הסברא דאיכא למימר דתרווייהו הוא, אבל באיכא ודאי רמאי הוי כמו דהאי מנה ודאי דחד מינייהו, ומיקרי אין החלוקה יכולה להיות אמת. עכ"ל.

ויש להוסיף עוד בסברא זו דבדאיכא ודאי רמאי אין החלוקה יכולה להיות אמת, דמדוע ניחוש דתרווייהו רמאין, ואין לנו לומר אלא שאחד מהם רמאי, וא"כ שוב אין החלוקה יכולה להיות אמת דהא תרווייהו טוענים כולה שלי.

ומצאתי סימוכין לדבריו מדברי הרמב"ן בסוגיין ובסוגיא דשנ"א בטלית, דבסוגיין כתב הרמב"ן (לד: ד"ה זה) וז"ל: משום דהכא איכא ודאי רמאי והכא איכא למימר דתרווייהו הוא. עכ"ל. ולשונו תמוה למאוד דפתח בכד וסיים בחבית, אך לפי המבוא דתרווייהו ענין אחד הם א"כ א"ש הא דעריב להו בהדדי, וכן מדויק בלשון הרמב"ן בסוגיא דשנ"א וז"ל שם (ב).

ד"ה וי"א): דודאי איכא רמאי ואי דמר לאו דמר. עכ"ל. ושוב מצאנו דהסמיק הרמב"ן שני ענינים אלו ועכצ"ל דשניהם ענין אחד וכמבוא.

ולפי"ז א"ש ב' קושיות התוס', קושיא ב' הא מיתרצה לה ממילא, וקושיא א' דמה הקשו משני שטרות והמחליף פרה נמי מיתרצה, דאה"נ דליכא התם ודאי רמאי אך מ"מ אין החלוקה יכולה להיות אמת מצד עצמה, וא"כ שפיר דמו לההוא ארבא דבכולהו אין החלוקה יכולה להיות אמת, או מצד עצמם או מצד טענותיהם, ונראה בדעת התוס' שהקשו על הריב"א ב' קושיות הנ"ל, משום דס"ל דהא דאין חולקין בודאי איכא רמאי הוא מטעם קנס, וא"כ שפיר הקשו מה שהקשו.

ד) והנה לכאורה עצם יסודו של הריב"א דבדאיכא ודאי רמאי ל"א יחלוקו נסתר מסוגיא ערוכה בב"מ (ז). דתניא התם בשניים אדוקין בשטר דלווה אומר פרעתין ומלוה טוען לא פרעתי דיחלוקו ואע"פ שודאי איכא הכא רמאי, ומכורח זה הוסיף הריב"א עוד נדבך לשיטתו דבשניהם מוחזקים יחלוקו אע"ג דאיכא רמאי.

וצ"ב בדבר זה מה נשתנו אוחזין דאמרינן בהו יחלוקו אע"ג דודאי אחד מהם רמאי, ובין לפי המושכל הראשון בהבנת הא דבודאי איכא רמאי ל"א יחלוקו דהוא משום קנס, צ"ב מה נשתנו אלו דלא קנסינן להו, ובין לפי משנ"ת דהוא משום דאין החלוקה יכולה להיות אמת צ"ב מ"ש אוחזין דלא חיישינן שתהא החלוקה יכולה להיות אמת.

ויש שביארו דבאוחזין מודה הריב"א ליסודו של הר"ת, דהיינו דאיכא ב' אופני חלוקה: אופן

הא' חלוקת ודאי, אופן הב' חלוקת ספק, דהיינו דהא דחולקין באוחזין אי"ז מצד ספק וכעין פשרה, אלא כששניהם אוחזין הוה כאילו כל אחד יש לו בודאי החצי⁵ ועל כן יהבינן לכ"א מחצה, וכמו שהביא הר"ת מנסכא דר"א (לד.) דכל חפץ שהוא ביד אדם נחשב כאילו הוא ודאי בעלים⁶, וא"כ בהא ודאי ל"ש לחלק בין איכא ודאי רמאי לליכא, ובין אם החלוקה יכולה להיות אמת אי לאו, דעל כרחינו יש לנו ליתן לכ"א המחצה שהיא כאילו בודאי שלו, ויש שהגדילו לומר דבאוחזין אין היחלוקה כלל פס"ד של ב"ד דכיון דשניהם מוחזקים הרי מעצמם חולקים, ול"ש לקנסם או לומר שלא נחלק כיון שאין החלוקה אמת דמעצמה נעשית, ואין לחלק בדבר זה אלא בחלוקת ספק דאין ב"ד נותנין מחצה לרמאי, או אינם פוסקים דין מרומה, וק"ל.

אך לפי"ז יקשו טובא קושיות הר"י מב' סוגיות בב"מ, הא דהקשו (ג.) ממתני' דשנ"א בטלית אשאר דנימא התם נמי דיחלוקו, והא דהקשו (ז.) ממתני' אשניים אדוקין בשטר דס"ל לרבי דל"א יחלוקו, ולשיטת הריב"א לכאן אין להקשות בב' דוכתי הנ"ל, דבשאר הא אינם מוחזקים ול"ש כאן חלוקת ודאי, ודילמא במתני' דחולקין היינו מטעם חלוקת ודאי ומנ"ל דאיכא נמי חלוקת ספק, וגם בשניים אדוקין אין להקשות דהא ל"ש בו חלוקת ספק כיון דאיכא ודאי רמאי, ואין שייך בו אלא חלוקת ודאי ומנ"ל דמתני' משום חלוקת ודאי

היא, דדילמא הא דחולקין במתני' הוא משום חלוקת ספק ומשום דליכא רמאי.

ולכן נראה לבאר דיש כאן דין חלוקה אחת, והיא דכשיש לפנינו ב' בנ"א דלכל אחד מהם יש זכות ממונית בחפץ זה על כרחינו יש לנו ליתן לכ"א מחצה, דאין ב"ד יכולים לשלול מאחד מהם לגמרי החפץ כיון שיש לו זכות בו, וענין זה ייתכן ע"י ב' אופנים אופן הא' שיש להם זכות בזה מצד האחיזה שלהם בחפץ, ואף שאי"ז ודאות שיש לכ"א מהם בזה חלק מ"מ זכות בזה אית להו, ואופן הב' ע"י טענותיהם, שכל הטוען על חפץ שאינו ברשות אחד ששלו הוא זכות ממונית יש לו בחפץ זה, וזכות זו גורמת הפסק דין יחלוקו.

ולפי"ז א"ש הא דהקשו בב' דוכתי הנ"ל ממתני' דשנ"א בטלית, דהא פשיטא ליה לגמ' דבין האחיזה ובין הטענה גורמת לזכות ממון, ויסוד זה חזינן בודאי במתני' דבדאיכא לתרוייהו זכות ממונית בזה חולקין, וא"כ שפיר הקשו בב' דוכתי הנ"ל דאיכא התם ב' זכויות ממון דיחלוקו כבמתני'.

ובדעת הר"י שהקשה י"ל בב' דרכים; או שהבין כפי ההבנה שכתבנו בראשונה, או שחלק על יסוד ההנחה דפשיטא ליה לגמ' דבין האוחזין ובין הטענה גורם זכות ממון, די"ל דדוקא ב' העניינים יחד גורם זכות ממון שעבורה י"ל שיחלוקו⁷.

⁵ עיין בקוב"ש (אות קנג) שביאר ענין זה, ואכ"מ.

⁶ ועיין בברכ"ש (סי' לה) שמבאר היטב הא דמייתי מנסכא דר"א.

⁷ אך בודאי אינו דומה למה שהקשינו לעיל על ההבנה הראשונה, דלפי"ז אין מבואר כלל במתני' טעם החלוקה, די"ל חלוקת ודאי היא וי"ל חלוקת ספק היא, וא"כ אין להקשות כלל ממתני', אך לפי מה שביארנו השתא יסוד טעם החלוקה ודאי איתא במתני', וא"כ שפיר יש להקשות מייסוד זה דחזינן במתני', אלא שיש לבעל הדין לחלוק דמהיכ"ת לן מתי נאמר יסוד זה אי דוקא בדאיכא ב' זכויות ממון או דבזכות אחת סגי, אך זה יש לתלות בהבנת בעל הגמ'.

ה) ועדיין לא נתבאר תירוץ הגמ' בשאר דהיכא דאיכא ודאי רמאי ל"א יחלוקו, וצ"ב מה איכפ"ל בזה כיון דמ"מ יש לכל אחד בזה זכות ממון מצד טענתו, עוד צ"ב מ"ש אין החלוקה יכולה להיות אמת מודאי איכא רמאי, דנראה לכאור' דבשאינן החלוקה יכולה להיות אמת אף באוחזין לא יחלוקו, מדלא חילקו בגמ' בין שאר דאין אוחזין ואין החלוקה יכולה להיות אמת לשנ"א בטלית דמוחזקים הם, וחילקו רק בהא דבשנ"א החלוקה יכולה להיות אמת, ובודאי איכא רמאי אמרינן דיחלוקו אם מוחזקים הם, ולעיל נתבאר דאין החלוקה יכולה להיות אמת וודאי איכא רמאי ענין אחד הם ומ"ש זה מזה.

והנראה לומר בזה דתלוי ממה אתי זכות הממון, דבדאתי זכות הממון מצד הטענות איכא חיסרון דודאי איכא רמאי, אך בדאתי הזכות ממון מצד האוחזין לא איכפ"ל בהא דאיכא רמאי, ויש לבאר ענין זה בב' אופנים וכדלהלן.

באופן הא' י"ל דהיכא דאתי הזכות ממון מצד טענותיהם אז ל"ש לומר דיחלוקו מכח טענותיהם אם איכא ודאי רמאי, כיון שע"פ טענותיהם אין החלוקה יכולה להיות אמת, ולא יתכן שיגרום הזכות ממון היפך מה שהוא מורה, דהוא מורה שכולו שלו ומכח זה נימא דחציו שלו, אבל בששניהם מוחזקים דהחלוקה אתי מצד מה שמוחזקים בחפץ, לא בעינן שתהא החלוקה יכולה להיות אמת עפ"י

טענותיהם, כיון שזכות הממון שלהם דהיינו האחיזה אינה מורה בדוקא שכולו שלהם, אך בשאינן החלוקה יכולה להיות אמת מצד עצמה אז גם האחיזה אינה מורה בעלות כי אם באופן של כולה שלי.

עוד י"ל באופן אחר דהיכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת אז בטלו זכויות שניהם, דכיון דאין הזכות ממון מורה אלא שכולה שלו, א"כ ל"ש לומר דתרוייהו אית להו זכות ממון כזו דאי דמר לאו דמר ואי דמר לאו דמר, וג"ז תלוי מכח מה אתי הזכות ממון, דאי מכח הטענות הרי שבודאי איכא רמאי אין הזכות ממון אלא דכולה שלו ולכן ליכא לתרוייהו זכות ממון, ואי אתי מכח האחיזה אז אף בדאיכא ודאי רמאי י"ל נמי [מצד הזכות ממון] דחציה שלו ולכן אפ"ל יחלוקו, משא"כ באין החלוקה יכולה להיות אמת דאז בכל אופן בטלו זכויותיהם כמב' ול"א יחלוקו⁸.

העולה מהאמור דלשיטת הריב"א חלוקת שניים אוחזין הוא היכא דאיכא לפנינו ב' בני"א שיש להם זכות ממון על חפץ דע"כ יש לנו לתת לכ"א מהם חלק בזה, מה שלא שייך בסוגיין בההוא ארבא דלית להו זכות ממון דאינם אוחזין ואיכא ודאי רמאי, ואעפ"כ הקשו בגמ' דנימא יחלוקו אף בכה"ג מצד פשרה או מטעם אחר וכמו שמצינו בשני שטרות ובהמחליף פרה, ותירץ הגמ' דל"א יחלוקו אלא בדליכא למיקם עלה דמילתא או בדררא דממונא.

⁸ יש לציין שביאורים אלו א"ש רק למהלך הגר"מ, אך לפי מה שהוספנו שם דכששניהם טוענים בברי כולה שלי הוה באמת אין החלוקה יכולה להיות אמת לא א"ש, דבאוחזין נמי נימא הכי.

ליבון שמערתתא בבא בתרא

הבה"ח מאיר רוזנטל הי"ו

דף ל"ד:- ל"ה.

בירור מהו עבודת בי"ד מסירת דיני התורה או הבאת שלום בין אדם לחבירו

ובי' דין לא מפקינן לעשות כדא"ג

חקירת סוגין

מטרת בי"ד להעמיד דינים או הבאת שלום

יש לחקור מהו מטרת ועבודת בי"ד, צד א' אפ"ל דהשי"ת רצה שיתנהג הממונות שבין אדם לחבירו בישרות ובשלום ואמת ובלא מחלוקות ומריבות, וע"כ העמיד כל דיני התורה, שהם השכל הישר לדון הספיקות והויכוחים והנידונים בדיני ממונות, והדיינים הם אשר למדו דבר ה' ויודעים מהו הישרות אשר רוצה השי"ת, והם מוסרים לכלל ישראל הבאים לדון בדין דברי השי"ת להתנהג ע"פ ישרות כדיני התורה, צד ב' אפ"ל דעבודתם הוא לא רק למסור דינים הישרים הכתובים בתורה, אלא הם צריכים לדאוג לכל איש ישראלי הבא לדון, שיצא מן המשפט באופן של שלום ואמת וצדק, בלא מריבה ומחלוקת.

נפק"מ במקרה שאין מבורר הדין בתורה

והנפק"מ בין הצדדים הוא, כשיארע מעשה שאין הדין מבורר בתורה איך להתנהג, דלפי צד א' יכולים בי"ד לומר לבעלי דינים, שאין להם מה למסור מהתורה ושיסתדרו בעצמם, אך לפי צד ב' אין כזה דבר שיצא אדם ממפתן דלת בי"ד בלא שהעמידו בי"ד את הממונות באופן של שלום וישרות, ולכן אין כזה דבר שיאמרו בי"ד שיסתדרו בעצמם אלא הם צריכים לדאוג הישרות והשלום.

ואפשר להגדיר את החקירה בתוספת בי' ע"פ המהר"ל דמהו הפי' אמת לאמיתה ומהו כפילות הלשון, וביאר דמצינו פסקי בי"ד שנעשים ע"פ סברותיהם וע"פ דעתם [וכשודא דדינא] ואע"פ שהשקפתם וסברתם השקפת התורה היא, מ"מ אי"ז האמת לאמיתה, ורק מה שכתוב בהדיא בתורה זהו האמת לאמיתה, ועפ"ז אפשר להגדיר החקירה הנ"ל, האם עבודת בי"ד לברר האמת לאמיתה ולמסור דיני התורה, [ואע"פ שסברתם ג"כ אמת אך אי"ז אמת לאמיתה] או שעבודתם הוא להרבות שלום ואפי' בדין שאינו אמת לאמיתה אלא אמת סתמא ג"כ צריכים הם להרבות שלום בעולם ולברר עפ"י סברתם ועפ"י דעתם.

דין שודא דדיינא- הבאת שלום

ולכאורה מהא דמצינו האי דינא דשודא דדיינא ע"כ צריכים לומר כצד ב' של החקירה ולפלא כצד ב' מהחקירה הנ"ל מבוי' בהדיא בשו"ת הרא"ש וביאר עפ"י נמי מהות הכח של בי"ד לעשות שודא דדינא, והיינו להעמיד הדין עפ"י הבנתם או כדעתם, וזהו משום האי טעמא שנתנו כח לבי"ד שיש להם שכל ישר שבלולים ומיושבים בדעתם כשהקפת התורה,

מחמת העמקת רצונות התורה¹, ולכן יכול הבי"ד להחליט מה לפסוק, ובכך יצאו הבעלי דינים במשפט שלום שנפסק בבי"ד עפ"י השקפת תלמידי חכמים ובני תורה.

ונעתיק לשון הרא"ש (מובא בתוהרא"ש דף נ"ד ע"ב, תשו' ק"ז אות ו') והיינו טעמא דכיון שבא הדין לפני הדיין והוא אינו יכול לברר הדבר אינו רשאי למשוך ידו מן הדין ויריבו הבעלי דינים זה עם זה, וכתוב אמת ומשפט שלום, כי על ידי המשפט יש שלום בעולם, וכו', כל זה סברתי והארכתי להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם וכו' עיי"ש בהמשך דבריו, ממש פלאי פלאים.

דין כדא"ג- העמדת דיני התורה

אך הפליאה על דעת הרא"ש הוא מדינא דכדא"ג, דבפשטות הכוונה הוא שבי"ד מסתלקים מהמשפט כי אינם יודעים מה לעשות ומשאירים את המחלוקת ביניהם, ושיסדרו מעצמם, וזה נוגד לדברי הרא"ש.

הנידון הידוע אם כדא"ג הוא סילוק או פסק

והיה אפשר לתרץ עפ"י מה שכתב הרא"ש (ב"ב פרק ג' סי' כ"ב) דחכמים סמכו על דין כדא"ג משום דכל מי שהדין עמו קרוב להביא ראיות ועוד מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו ממה שימסור האחר לגזול ועוד יאמר מה בצע שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראיה ויוציאנה מידי, ומשום

סברות אלו הוי אומדנא דמוכח שהוי שלו וא"כ שפיר לא נסתלקו בי"ד אלא פסקו פסק שמברר האמת והשלום והישרות שהוי שלו, (כך הבין הקוב"ש אות קנ"ב, דברי הרא"ש דהוי פסק דין ולא סילוק).

אולם ידוע להביא מה שכתב הרא"ש בתשו' (כלל ע"ז אות א') דכדא"ג לאו דינא הוא אלא סילוק הוא.

ובקוב"ש הביא ראיה דהרשב"ם [ב"ב ל"ה ע"א ד"ה התם] סבר דהוי סילוק מהא דלא אמרי' שודא דדיני דהוי עיוות ולכן בי"ד מסתלקין ואם הוי פסק א"כ לא נסתלקו ואף דינא דכדא"ג יהא דין מעוות וע"כ דסבר הרשב"ם דהוי סילוק, והרא"ש עצמו בתשו' שם הביא אותו גמ' שהביא הקוב"ש ומזה למד שכנגדו יוכל להשביעו היסת ומשום שאין הדין של כדא"ג פסק דין אלא סילוק, וא"כ הדק"ל איך יכולים בי"ד להסתלק והרי תפקידם הוא להרבות השלום ואינם יכולים להוציא בעלי דינים מבית הדין כאשר אינם ברורים ומחווירים בדינם ובהתנהגותם עפ"י ישרות ועפ"י השקפת ודעת התורה.

סילוק של ישרות

וביאר מו"ר ר' שמעון שיין שליט"א בי' דברי הרא"ש, דאכן לעולם סבר דכדא"ג הוי סילוק, אך מ"מ הרי"ז דין של בי"ד, איך להרבות השלום, והיינו דהוקשה לרא"ש איך שייך שבי"ד יסתלקו מהטוען ונטען, ויתנו לבעלי דינים לריב במחלוקת כמשפטי הגוים והיתכן

¹ ואע"פ שבתוס' מב' דשודא היינו כפי רצונו ולכאורה אי"ז תלוי כלל בדעת תורה, ואפ"ל דאה"נ דמ"מ נח להם לבעלי דינים לשמוע החלטה מחכם תלמיד חכם וירא שמים, ואע"פ שמחליט כן בעצמו לפי גורל, ועדין יל"ע.

דשייך שיסתכלו ולא יהא ישרות, וע"ז הא גופא תירץ הרא"ש דמה שמסתכלין ונותנין להם בי"ד לתפוס ולריב, הא גופא מביא המשפט שלום והצדק והישרות, כי ע"י ההתגברות אחד מול השני נראה מי יותר נראה כבעלים, ואכן אי"ז פסק דשייך החפץ לגובר והוי שלו, דכל הסברות שכתב הרא"ש אינו בירור גמור וכאומדנא דמוכח ופסק דין, אלא הסברות שכתב הרא"ש מבארים ששייך לעשות מריבה כיון שיביא לידי שלום וצדק, ואין בי"ד פוסקים דהוי של הגובר, אולם הגובר יכול ליטול החפץ ולהיות מוחזק בה, וראוי שיהא החפץ נמצא אצלו, והגדרת הדברים דהוי דין של בי"ד איך להתנהג אך לא שבי"ד פוסקים דהוי שלו אלא שהם מסתלקים מלפסוק, ומניחים את הפסק בידי הגוברים, אך הדין הוא שכך יהא הסדר, שיהא כדא"ג ועי"ז יבואו לישרות ולצדק ולשלום.

[והגם שעצם מעשה האלימות אינו מעשה שלום שרבים ונלחמים עבור הממון, אך אי"ז כפי שנתבאר עד עתה שבי"ד מסתלקין באופן גמור והממונות נשאר בספק, וכ"א יתפוס מחבירו בכל יום ועצם הבעלות אין מבורר למי שראוי להיות ותמיד יהיו במלחמה, אלא זה דין שיהא כדא"ג ובכך יהא ראוי להמציא החפץ ביד אחד מהן, והממונות יתנהג ע"פ ישרות וצדק ושלום, שידעו שמעתה ראוי הוא שיהא אצל הגובר כי מסתמא הוא הבעלים, דעיקר עבודת בי"ד הוא שלא יהא ויכוחים ומחלוקת בעניני הממון והיינו שלא יהא ויכוח מיהו הראוי להחזיק בממון, וזה פותרים ע"י כדא"ג, שזה מביא לצדק הדין אצל מי ראוי להמציא ולהחזיק הממון, וסמך יפה לזה הוא

משופטים ושוטרים שרודים את העם לעשות דיני התורה, ולכאורה אלימות הוא מעשה גוים הוא, אך התשובה הוא פשוט כי עדיף אלימות זו שיביא לידי השלום בעולם, מאשר שכל יום יהיה מחלוקת ורדיפות אחד אחר השני ולהתווכח למי שייך הממון, ופשוט הוא].

אך לכאורה עדיין יהא קשה קושיא עצומה, דהרי הרא"ש והקוב"ש בדעת הרשב"ם הביאו ראייה דהוי סילוק ממה שלא עושים שודא דדינא דבזה יהא עיוות הדין, ומשא"כ בכדא"ג דהוי סילוק של בי"ד ולכן אין בזה עיוות הדין, כי אי"כ שום דין כי בי"ד לא נכנסו כלל לנידון זה, ולכאורה לפי בי' הנ"ל בדברי הרא"ש אין מובן למה בכדא"ג אין עיוות הדין, דאכן שלא נפסק הדין דהוי שלו אך מ"מ בי"ד נתנו להם דין ונתערבו בטוען ונטען ואמרו להם שיריבו כדי לבוא לישרות, והשתא כשיביא השני עדים נגד הגובר יהא הדין שאומרים בי"ד לעשות דין מעוות, והיינו הנהגה שהנהיגו בי"ד להתנהג וע"י כך לבוא לישרות, אינו ישר כלל והוי דין מעוות ולא ישר, וזהו פליאה עצומה.

וצריך לבאר דאע"פ דהוי הנהגה מבי"ד, אך אי"ז הנהגה שבי"ד מנהיגים אותם, אלא בי"ד מסתלקין וגם סילוק זה אינו משפט גוים ושיריבו הבעלי דינים אלא יש בו ג"כ הסבר שיביא לידי שלום, אך אכתי הוי סילוק שבי"ד מסתלקים, ולכן לא נקרא שיהא בזה עיוות הדין, כי אין כאן פסק של בי"ד שיעוות דבי"ד נסתלקו וא"כ אי"כ שום עיוות.

והיינו שאין כוונת הרא"ש לומר דהוי חלק מהבאת שלום ובי"ד מנהיגים השלום אלא

דבי"ד מסתלקין ואף בסילוק כזה יש בו דרך של שלום ולא דווקא וויכוחים ומריבות.

בי' המחלוקת מפקי' או לא מפקי'

ואחר הבנת הסוגיא אפשר להבין באופן נפלא בי' טעמא דסוגיין דאמרי' דלא מפקינן, וטרחו הראשונים להבין האי דינא, דלמה שלא יוציאו לעשות כדא"ג שזה היה עיקר דינם לפני שתפסו החפץ בי"ד החפץ.

וביאר הרשב"ם [וכ"ה ברמב"ן להלן בדף ל"ה ע"ב] שהוא דין מיוחד על בי"ד שאין מוציאין לידי הפקר ממון ישראל שבא תחת ידם ורשותם ולכן לא מפקינן.

ולכא' לפי מה שנתבאר לעיל בדינא דכדא"ג שהוא הנהגת שלום, א"כ אי"ז הוצאת ממון לידי הפקר, ושפיר מסתבר שיבוא לידי הבעלים האמיתי וזהו משפט שמביא שלום במשפט הממון, ומדוע שלא יפקיעו לעשות כדא"ג.

וצריך לחדש דאימתי אמרי' כדא"ג דווקא כשבאין לדון לפני בי"ד ועדין לא נמצא החפץ ברשות ותחת יד בי"ד, אבל אם זה נמצא תחת יד בי"ד וברשותם אזי אין מועיל דין כדא"ג, וצריכים בי"ד להביאם לידי הבעלים האמיתי באופן של אמת לאמיתה, וצ"ב מהו הסברא לחלק.

וצ"ל יסוד גדול דעבודת בי"ד משתנה מעת לעת, והיינו כשבאים שני הבעלי דינים ורבים זה עם זה לזכות בממון והרי הם תחת מריבה ומחלוקת, אזי תפקיד ומטרת בי"ד הוא לדאוג שלא יריבו הבעלי דינים ולהביא שלום בעולם, הן במשפט אמת והן במשפט שנראה להם

שזה אמת וכשודא דדינא וכדא"ג, ומשא"כ אם החפץ עומד מופקד תחת רשות בי"ד, אזי אין בין הבעלי דינים במריבה וויכוח, כי הרי הממון עכשיו תחת השגחת בי"ד, והחלטת הדין יותר מוטל עליהם, [ואפשר להוסיף דהרי כל תפיסת בי"ד היה משום שלא יהא תפיסה וימכרנה, וע"כ שעכשיו שזה תחת רשות בי"ד, הרי"ז בטוח לשניהם ואין רבים ע"ז עדיין], וכעין היכא דאמרי' יהא מונח, וודאי שאין כבר אצלם ויכוח בזכותי הממון כי מעתה הממון מונח וא"א להוציא רק ע"י ראיות אלימות וע"כ אין הם רבים, ומאחר שאין כאן ריב ביניהם אז אין צריך להביא משפט שלום ביניהם כי ביניהם הוי שלום ושלווה, ואלא מאי בי"ד צריכים להוציא את הממון לבעלים האמיתי וצריכים לפסוק משפט אמת, [כי כל עניין השלום הוא בכדי שלא יריבו, והיכן שאינם רבים למה נעשה דין שאינה אמת לאמיתה], ולכן כשהממון תחת רשותם צריכים הם לפסוק משפט אמת לאמיתה, ולכן אין יכולים להוציאו לעשות כדא"ג כי אי"כ עניין מהבאת שלום שזה נוצר ע"י כדא"ג, כי עכשיו צריכים פסק, וזה אינו נוצר ע"י הכדא"ג, לכן אין בי"ד מפקינן לעשות כדא"ג.

ב' צדדי החקירה הוי עבודת בי"ד

ונמצא לדברינו שהעמדנו החקירה הנ"ל מהו תפקיד בי"ד, העברת דיני התורה או הבאת שלום, ומצינו אומרים ששניהם נכונים, ותלוי הוא מהו הדבר הנצרך עכשיו לעשות, כי לפי האמת צריכים לפסוק אמת לאמיתה, אך אם אין המשפט הזה כתוב בתורה וישאר ריב ביניהם, אזי צריכים להביא שלום, והיכן שאפי'

באופן שאין כתוב הדין בתורה וגם אין עכשיו הריב עכשיו ביניהם, ובאופן שהחפץ מוטל ביד בי"ד, אזי צריכים לחזור ולפסוק כאמיתה של תורה שזהו עיקר מטרת הבי"ד.

וכך סבר מ"ד דלא מפקינן, ונחלק עליו מ"ד דמפקינן דקסבר שמה שהחפץ נמצא תחת רשות בי"ד, אי"ז משום שמוטל עליהם לפסוק ולברר דינים, אלא הם כשומרים בעלמא, ואח"כ מחזירים את המצב שהיה לקדמותו, ומוציאים מידיהם את החפץ, ואחר שהוציאו מידיהם אזי כבר איכא ריב ומוטל על הבי"ד להנהיג אותו בכדא"ג, אולם מ"ד לא מפקינן סבר דכל חפץ המוכנס לבי"ד מוטל עליהם לברר הבעלים, [וזה כבר מחלוקת בענין צדדי האם הפקדה בבי"ד נחשב הפקדה בעלמא או להכנסת החפץ לרשות בי"ד בכדי להוציא ולברר המשפט והיינו שהתפיסה הוא חלק מנידון וביורור המשפט].

דיני התורה ביחס לפשרת בי"ד

ואפשר להוסיף עוד דלהלן הביאו בגמ' הקו' ממחליף פרה בחמור ואמרי' דפסקי' יחלוקו משום דהוי דררא דממונא, ואע"פ דאיכא למיקם עלא דמילתא, וצ"ב בזה אם איכא למיקם א"כ אמאי בי"ד פוסקים יחלוקו, והרי שימתינו עד שיבוא הבירורים.

והבי' הוא עפ"י יסודות הנ"ל, דבליכא דררא דממונא אין הכרעה מצד דיני התורה וע"כ

בי"ד פוסקים יחלוקו משום כח של בי"ד שעושים פשרה ומביאים שלום בעולם ואי"ז דין ברור אז שיחכו עד שיביאו הראיות הברורות, ומשא"כ בדררא דממונא דאיכא הכרעה מצד התורה ומצד דיני חו"מ, והדין מבורר בתורה שלכ"א יש שייכות בממון וע"כ לכ"א יש זכות בחצי מעיקר דינא, ולכן אין ממתניים לבירורים, כי הרי הדין ברור מה שצריך לעשות והתורה הכריע והיתכן שנקפיד דיני התורה עד שיביאו בירורים והרי התורה אומרת להתנהג עכשיו בחלוקה מעיקר הדין.

וחזי' מיניה דעבודת בי"ד להביא דיני התורה או להרבות שלום, תלוי בסוג הנידון ובסוג הספק, דבמקום שיש הכרעת התורה וודאי שצריכים להביא דין התורה, וכשליכא הכרעה צריכים להביא שלום, וזהו מה שהביא בשו"ת הרא"ש דהיכא דלא ידעי בי"ד מאי למיפסק עבדי' כאומד דעתייהו כדי להרבות שלום.

וכמו"כ אפ"ל שעבודת בי"ד אין תלוי לפי המעשה לחוד, אלא אף לפי הנידון שמובא לפנייהם, אם יש עכשיו מחלוקת אז צריכים להרבות השלום, אך אם זה מונח תחת ידיהם צריכים לחזור בשורש דיני התורה ולהתנהג עפ"י הכרעות התורה, ורק היכן שיש מריבה נצרך לשלום אך לולא זה עבודתם הוא לפסוק דיני התורה.



הבה"ח אהרן מרק הי"ו

דף לו.

בענין חזקה בגודרות

במשנה כ"ח. חזקת הבתים... והעבדים שלש שנים, ובגמ' (לו.) מק' והא אמר ר"ל הגודרות אין להם חזקה

ומפשטות לשון הגמ' משמע שר"ל בא לומר רק שאין להם חזקה לאלתר אבל יש להם חזקה לאחר ג' שנים ולפי"ז משמע שכל הגודרות יש להם חזקה לאחר ג' שנים בין עבדים כמו שמפורש וההסבר פשוט שהרי עבד אינו שונה מקרקע שאין לו חזקת מטלטלין ויש ראייה מדלא מיחה שאדם הרואה חפציו ביד אחר צריך למחות ויש לו שטר (כמו שמפורש ברשב"ם דף ע"ו.) ולכן יש לו חזקה לאחר ג' שנים. ובין בבהמות וכן לומד הרשב"ם ונחלקו בזה הראשונים

ג) שי' הריטב"א ועוד שיש חזקה לאחר ג' שנים גם בבהמות, והריטב"א מסביר משום שלא פלוג רבנן וכל דבר שאין תפיסתו ראייה יש לו חזקה לאחר ג' שנים ותיקנו שהבעלים יעשו מחאה תוך ג' ואם לא מיחו הפסידו, וכן בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר שאין להם חזקת מטלטלין לאחר ג' שנים יש להם חזקה,

ולשי' הקצוה"ח בגדר חזקת ג' שנים שטעם החזקה הוא תקנת חז"ל משום שאבדו שטרות ניחא ששייך לא פלוג, אך לשי' הרמב"ן והריטב"א שיש ראייה מדלא מיחה מיד ואח"כ יש ריעותא ג' שנים צ"ב שהרי יש לו ראייה ואי"ז תקנה ואיך שייך לא פלוג וכבר עמדו בזה האחרונים ואמרו שגם לשיטתם אי"ז ראייה גמורה רק חז"ל אמרו שיוכל לטעון לקוח והנה

א) הראשונים מסבירים הקושיא שחזקת מטלטלין הוא משום אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן והיאך בא לידו, אבל בהמות ועבדים כיון שהולכים ברחוב לבד בלא שומר ויכול ליקח וגם אולי נכנסו לביתו, אין תפיסתו ראייה שלקחה. והרי"ף (שבועות) הביא ראייה מכאן שחזקה כל מה שתחת יד אדם שלו הוא שהמוכר נתנה לו ולא לקח מעצמו ואי"ז ראייה שקנה, שאם זה חזקה שקנה א"כ מה שנא גודרות הרי כל מה שתחת יד אדם חזקה שקנה. אך תוס' חלק עליו (דף ל"ג:) שאומר שאם יש עדים שנכנס לבית חבירו שלא בפניו ולקח יש לו חזקה ולפי הרי"ף לא יהא לו חזקה משום שבטלה החזקה שנתן לו, ובדעת תוס' מסבירים האחרונים שהחזקה שאין אדם עושה מעשה חציפות כדי לגנוב וא"כ כיון שיש חשש שנכנס לביתו ויכול ליקח בלא מעשה חציפות כלל אין לו חזקה ואינו יכול לטעון לקוח הוא בידי.

ותמוה הקושי שהרי אע"פ שאין לו חזקת מטלטלין מ"מ למה לא יהא לו חזקת ג' שנים והרי גם בקרקע אין חזקת מטלטלין ויש חזקת ג' שנים, ואולי זה קו' לשם התי' ובהמשך יתבאר אי"ה.

ב) ומתרתא הגמ' אמר רבא אין לו חזקה לאלתר אבל יש לו חזקה לאחר ג' שנים,

להם חזקה ותלוי במטלטלין ובקרקעות ואכזהמ"ל.

ה) והחולקים הם היד רמה בעל העיטור הרמב"ם ועוד שבהמות אין להם חזקה לעולם והראיה שבמשנה כתוב רק עבדים ולא בהמות וההסבר מסבירים היד רמה והבעל העטור שבהמות אין להם שטר (כמבואר בראשונים שאין להם שטר ועי' רשב"ם דף ע"ו. וכן אומרים הראשונים מסברא שאין להם שמות ולא שייך לכתוב בשטר בהמה זו) ומשו"ה לא שייך חזקת ג' שנים.

ולשי' הקצוה"ח בגדר חזקת ג' שנים ניחא שחז"ל עשו תקנה משום שאבדו שטרות והיכא שאין הדרך לעשות שטר לא עשו תקנה ולשי' הרמב"ן צ"ע שהרי זה ראיה מדלא מיחה מיד ואם אין שטר אדרבה אין ריעותא אך לדברי הי"מ שהביא הרמב"ן לגבי אכלה האב שנה והבן שנתים שאדם מוחה רק כשיועיל שישמור שטרו שאז יוכל לטעון שמיחה ולא שמר ויהיה לו ראיה אך אם לא ישנה כלום שאין לושטר למחות אז אין ראיה מדלא מיחה ולפי"ז ניחא שבהמות שאין להם שטר אין ראיה מדלא מיחה ואין להם חזקה לעולם, אך לשי' הרמב"ן שחולק עליו צ"ע למה לא יהא ראיה לאלתר מדלא מיחה.

ו) היד רמה מביא ראיה שאין לבהמות חזקה לעולם מזה שכתוב במשנה רק עבדים ובראשונים כתוב כמה תירוצים רבינו גרשום וכן נראה מרש"י בכתובות שבהמה דקה כן דרכה לילך עם שומר ויש להם חזקת מטלטלין ולכן לא כתוב בהמות במשנה שאין דינם שווה

לגבי אכלה האב שנה והבן שנתים לגבי בן קטן (שאין לו ריעותא של אחוי שטריך) אומר שם הריטב"א לא פלוג והרמב"ן אומר תי' אחר שלא מצינו מי שאין לו דעת מרויח ולכאו' אי"ז לא פלוג ועי"ש, ולשי' הרמב"ן לכאו' תמוה שהרי סובר שלולי הריעותא של אחוי שטריך היה ראיה מיד מדלא מיחה וא"כ בבהמות שאין שטר כמבואר בראשונים למה אין חזקה מיד מדלא מיחה ואע"פ שאין חזקת מטלטלין מ"מ יש ראיה מדלא מיחה.

ד) ושי' רבינו יונה שבהמות יש להן חזקה לאחר ג' שנים משום שעד ג' שנים צריך אדם למחות וכיון שלא מיחה ג' שנים ראיה שמכרו וכן סובר לגבי קרקעות שאדם מוחה עד ג' שנים ואע"פ שאין שטר (ואולי גם משום לא פלוג) ואומר שדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אין להם חזקה לעולם משום שאינו צריך למחות שאינו יודע היכן זה משום שיכול להכניסו לביתו וגם אולי אינו משתמש בזה רק שומרו לי וגם אדם עשוי להשאיל ליותר מג' שנים משא"כ בבהמות ועבדים שמסתובבים בחוץ ורואה אותם יש לו למחות.

ובתוס' (דף ל"ג. ד"ה אכבשיה) ועוד ראשונים יש עוד הסבר למה אין חזקה לעולם בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר משום יורד ברשות כמו גזלן שכיון שהגיע לידו שלא בתורת בעלות אין לו חזקה לעולם וכיון שזה דברים העשויים להשאיל ולהשכיר אומרים שודאי הגיע לידו בתורת שאילה והנידון אם קנה אח"כ ובדין זה נחלקו הראשונים שהרשב"א מביא כמה חולקים בדבר שיהא

וכן רואים בראשונים עוד תי' שכתוב רק עבדים שהוקשו לקרקעות.

(ז) ולגבי משמעות הגמ' שהובא לעיל שמת' הגמ' משמע שלמסקנא אומרים שר"ל בא לומר רק שאין להם חזקה לאלתר ולמה צריך לומר כן הרי לשי' הרמא אפ"ל שר"ל בא לומר שאין להם חזקה לעולם, ואם הפי' גודרות הוא בהמות אכן צ"ע אך אפ"ל שהפי' גודרות הוא כמו שמפרש הרמב"ם בפי' המשניות שזה דבר המתנועע (ואולי משום שצריך גדר) אולי לכן צריך לומר שר"ל בא לומר רק שאין להם חזקה לאלתר משום שגודרות כולל גם עבדים.

ולפי"ז מובן קו' הראשונים שמקשים מה חידש ר"ל שגודרות אין להם חזקה לאלתר הרי כבר כתוב במשנה שעבדים יש להם חזקה רק לאחר ג' שנים ולא לאלתר, והראשונים מתרצים שהו"א רק עבדים אין להם חזקה לאלתר משום שיש להם שכל ללכת לבד ופעמים שמריבים עם בעליהם ובורחים אבל שאר גודרות יש להם חזקה וזה בא ר"ל לחדש שכל גודרות אין להם חזקה לאלתר.

והתומים מדייק מהרמב"ן שמקשה הקו' הנ"ל שסבר כרשב"ם שיש לבהמות חזקה לאחר ג' שנים שאם סבר שאין להם לא היה מק' קושיתו שהרי ר"ל בא לחדש שאין לבהמות חזקה לעולם, ולפי מה שאמרנו לעיל שגם לשי' הרמא בא ר"ל לומר רק שאין להם חזקה לאלתר משום שגודרות פירושו גם עבדים לפי"ז גם לשי' שייך להקשות קו' הרמב"ן וא"כ אין ראיה שסבר שיש להם חזקה לאחר ג' שנים, אך בין אם סבר הרמב"ן שיש להם חזקה לאחר ג' שנים ובין אם סבר שאין להם חזקה

לעולם קשה למה לא יהא ראיה מדלא מיחה וכיון שאין שטר ואין ריעותא ג' שנים למה לא יהא לו חזקה מיד.

(ח) וצ"ל ע"פ המבואר בכמה וכמה אחרונים המבארים שי' הרמב"ן מכמה הכרחים שהראיה מדלא מיחה מועיל שיצא מרשות הבעלים הראשונים ומחזקתו ועכשיו צריך שהמחזיק יחזיק כבעלים וזה יהא מוחזק ולכן צריך ג' שנים שכיון שדרך הבעלים להחזיק ג' שנים ע"י שטר ואם אין לו שטר אינו מחזיק כבעלים וזה בי' הריעותא של אחוי שטריך שאם אין לו שטר אינו מחזיק כבעלים ואחר ג' שנים רואים אותו כבעלים גם בלא שטר.

וחלק מזה שיראה כבעלים מבואר בכמה ראשונים (עי' תוס' ל"ג. ד"ה אכבשיה ובעוד ראשונים שם) שצריך שלא יהא יורד ברשות שאם בתחילה החזיק בקרקע שלא בתורת בעלות כגון משכנתא או אומן שוב אינו יכול לטעון לקוח כיון שאינו נראה כבעלים ולשון הרשב"א בביאור שי' זו שכל הטוען בדבר חדש עליו להביא ראיה כלומר שהיכא שיצא מרשות בעלים הראשונים ע"י ראיה מדלא מיחה ורואים אדם אחר שמחזיק כבעלים אומרים שהוא הבעלים אבל היכא שכבר מחזיק שלא בתורת בעלות ורוצה לחדש שהוא הבעלים הוא טוען בדבר חדש ועליו להביא ראיה ואין החזקתו בקרקע מועלת לו שיראה כבעלים לעולם ובכל חזקת קרקע שלא ידוע אם מחזיק כבעלים או לא מוכיח סופו על תחילתו שהוא הבעלים אבל היכא שהחזיק ברשות כגון אומן או שירד לשדה

במשכונא אין לו חזקה לעולם ועליו להביא ראיה, וכן רואים בראשונים לגבי דברים העשויין להשאיל ולהשכיר שכיון שאומרים שבא לידו בתורת שאילה שוב לא יהא לו חזקה לעולם.

(ט) ואולי בגודרות ג"כ כיון שאין תפיסתן ראיה והתופס בהן אינו נראה כבעלים משום שלא רק הבעלים מחזיקים ולא כך מחזיקים בעלים בבהמותיהם א"כ הוי כיורד ברשות וטוען בדבר חדש ועליו להביא ראיה ואולי לכן סבר הרמב"ם והרמה שאין להם חזקה לעולם שהם כדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שעל המחזיק להביא ראיה ולא יועיל ראיה מדלא מיחה.

(י) וא"כ אולי אפ"ל בביאור דעת הרמב"ן שאע"פ שיש ראיה מדלא מיחה מ"מ כיון שהוא כיורד ברשות אין החזקתו כבעלים ולכן אינו מספיק שהרי הראיה מדלא מיחה מועיל רק להוציא מחזקת בעלים הראשונים ואח"כ צריך שיחזיק כבעלים וכיון שהוי כיורד ברשות אין לו חזקה.

ולשי' התומים שסובר שהרמב"ן סבר שלאחר ג' שנים כן יהא חזקה אפ"ל שאע"פ שגודרות הוי כיורד ברשות מ"מ יספיק ראיה קצת חלשה משום שזה לא שהחזיק ודאי שלא בתורת בעלות רק שאין זה תפיסת בעלים אבל אי"ז ברשות ממש כמו דברים העשויין להשאיל ולהשכיר שאומרים שודאי בא לידו בתורת שאילה או שכירות רק הנידון אם קנה אח"כ אבל בגודרות הרי אפ"ל שבא לידו מתחילה ע"י מכירה ולכן ע"ז יועיל ראיה של מדלא מיחה ג' שנים שזה ראיה יותר גדולה

מדלא מיחה לאלתר שכבר עברו ג' שנים ולא מיחה ואולי אפ"ל יותר שהמספר ג' שנים זה משום לא פלוג מ"מ עשו זאת כדי שיהא ראיה יותר גדולה מדלא מיחה שאע"פ שחז"ל אמרו שיכול למחות רק עד ג' שנים ולא מיחה זה ראיה שאי"ז שלו ויועיל בגודרות שיוכל לטעון לקוח אע"פ שבשאר יורד ברשות לא יועיל.

(יא) ולפי"ז זה חזקת ג' שנים שונה מחזקת ג' שנים בקרקעות ששם זה כדי שיוכל להחזיק בלא שטר ובבהמות זה ראיה מדלא מיחה ג' שנים (ואולי לכן אין זה כתוב במשנה שמביאים רק פעם אחת את הסוג השני של חזקת ג' שנים).

וניחא לפי"ז קושית הגמ' שהגמ' שאלה הרי גודרות אין להם חזקה וא"כ אין להם חזקה לעולם משום שהוא כיורד ברשות ועליו להביא ראיה, ותירצה הגמ' שפה שונה שיספיק ראיה מדלא מיחה ג' שנים.

ואפי' לרמה שאין להם חזקה לעולם ואינו שונה מכל יורד ברשות מ"מ בעבדים יש לו חזקת ג' שנים משום לא פלוג ואולי ההסבר שלא חלק על הרמב"ן וגם סבר שאם יש ראיה של מדלא מיחה ג' שנים יהא חזקה רק חלק שרק בעבדים שיש שטר עשו תקנה שצריך למחות ולכן רק בעבדים יש ראיה מדלא מיחה ג' שנים אע"פ שחז"ל אמרו שצריך למחות בתוך ג' שנים משא"כ בבהמות שאין תקנה אין כ"כ ראיה ולכן אין להם חזקה לעולם.

(יב) ומתורץ לפי"ז סתירה בדברי הרא"ש שהרא"ש בדף ל"ג. לגבי אכבשיה לשטר משכנתא אומר שם כמו תוס' שיורד ברשות אין לו חזקה לעולם ומביא כמה דוגמאות

ר' יבון שמערתתא בבא בתרא

לסיכום נמצא ד' שיטות בראשונים.

(א) שי' היד רמה רמב"ם ועוד שבהמות אין להם חזקה לעולם או משום שאין שטר ולא עשו תקנה או מטעם דהוי כיורד ברשות שאין להם חזקה לעולם.

(ב) שי' הריטב"א שיש להם חזקה לאחר ג' שנים משום לא פלוג וכן בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שעשו תקנה בכל דבר שאין תפיסתו ראייה ואינו יכול לטעון לקוח שיצטרך למחות עד ג' שנים ואם לא מיחה הפסיד.

(ג) שי' הרמב"ן רא"ש ועוד שדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אין להם חזקה לעולם משום יורד ברשות אבל בהמות יש להם חזקה לאחר ג' שנים מכח הראיה ששתק ג' שנים ולא מיחה.

(ד) ושי' הרשב"א שיש להם חזקה לאחר שנה שנתים ואי"צ ג' שנים משום שאין שטר ואין ריעותא של אחוי שטריך. ולכו"ע בעבדים יהא חזקה לאחר ג' שנים.

ואחד מהם הוא אומר גודרות ולכאו' משמע שאין לו חזקה לעולם ובדף ל"ו פוסק הטור בפסקי הרא"ש שבהמות יש להם חזקה לאחר ג' שנים (ואע"פ שלא כתוב בפירוש ברא"ש אולי כשפוסק מביא לשון הגמ' אע"פ שבפי' הגמ' יש חלוקי דעות מ"מ בפוסקים כוונתו לפשטות הלשון) וא"כ תמוה למה כללו הרא"ש באלו שאין להם חזקה לעולם משום יורד ברשות,

ולפי פי' אי"ז סתירה בדבריו כלל שכללו באלו שאין להם חזקה משום יורד ברשות משום שאכן יש לו הבעיה של יורד ברשות רק שונה מהשאר שיש לו ראייה אחרת לאחר ג' שנים של מדלא מיחה.

י"ג) שי' הרשב"א שבהמות יש להם חזקה לאחר שנה שנתים ואולי הרשב"א לשיטתו שאינו סובר מיורד ברשות ולכן מיד כשיהא לו ראייה הפשוטה של מדלא מיחה יהא לו חזקה ובכל פעם סובר שהראיה בשנה שנתים (וצ"ע הרי נתת דבריך לשיעורין ואולי הרשב"א הסתפק בין שנה לשנתים).



ליבון שמערתתא בבא בתרא

הבה"ח מאיר רוזנטל הי"ו

דף מג: - מד.

בירור טעמי הגמ' דהוי נוגע בעדות במהלך הסוגיא

ובירור אם איכא טענת 'נח לי' בגזלן, (ובירור המושג דנח לי)

חלק א'

סוגית הגמרא

ניחא ליה לאוקמא ביד לוי כדי שלא יפסיד
קרקעו.

ובהמשך הבריייתא מבו' דבמטלטלין יוכל
שמעון להעיד לאוקמא ביד לוי דאינו נוגע
בעדות הוא, ומבו' טעמא בגמ' דבשעה שמכר
ראובן ללוי איכא יאוש ושינוי רשות, וא"כ ל"ש
אם יהא המטלטלין ביד לוי או ביד יהודה,
דאפי' כשהם ביד לוי לא מצי לאפוקיה בעידי
גזילה, כיון דאיכא יאוש ושינוי רשות,
[ומשא"כ קרקע דאין בה יאוש (עכ"פ לשי'
הרשב"ם) א"כ יוכל שמעון להוציא ע"י עידי
גזילה].

עוד הוסיפו בגמ' דלפיכך לא אוקמא הך
בריייתא בגזלן גופיה, והיינו שראובן גזל
משמעון ובא יהודה ומערער על ראובן דהוי
שלו (בלא מכירת הגזלן ללוי), דבאופן זה ליכא
שינוי רשות, ויוכל שמעון להוציאה, ושוב הוי
שמעון נוגע בעדות שרוצה שישאר ביד ראובן
ובכך יוכל להוציאה, ומשא"כ כשהוא ביד לוי
לא יוכל.

גזלן גופיה הוי נוגע בעדות

דאיכא נמי ב' טעמי הגמ'

ובפשטות בגזלן גופיה ג"כ נבאר כדנתבאר
לעיל ב' ביאורי הגמ', או כבי' א' דראובן נח לו
ויהודה קשה לו ולכן רוצה שישאר ביד ראובן,
או כבי' ב' דליהודה איכא סהדי ותהוי תו"ת

אי' בגמ' ראובן שגזל שדה משמעון ומכרה
ללוי, ואתא יהודה וקא מערער דשלו הוי, דאין
יכול שמעון להעיד עם עד נוסף להעמיד
השדה ביד לוי, דהוי שמעון נוגע בעדות.

ומבו' בגמ' ב' ביאורים אמאי ניחא ליה לשמעון
שיהא ביד לוי, א' דלוי נח לו ויהודה קשה
הימנו, ב' דמתחילה היה הטוען ונטען בין לוי
ליהודה ואם נחזיק את יהודה, א"כ כשיביא
שמעון אח"כ עדין לא יוכל להוציאו מיהודה,
דהרי"ז יהא תרי ותרי ואמור רבנן היכא
דקיימא ארעא תיקום, וניחא ליה לשמעון
לאוקמא ביד לוי שאין ללוי עדים דשלו הם
ובכך יוכל להוציאו ממנו, [דמיהודה לא יוכל
להוציא דליהודה איכא סהדי דשל אבותיו
הוה].

ובתוספת בי' (ע"פ תוד"ה כגון), דלבי' א' איכא
ליהודה עדים דקנאו מראובן, ולפיכך אם יביא
שמעון עדים שראובן גזלה ממנו יוכל להוציא
השדה מיהודה, דהרי המכירה היה בגזילה,
ואפ"ה הוי שמעון נוגע בעדות דניחא ליה
לאוקמא ביד לוי, דהוא נח לו יותר מיהודה,
ומשא"כ לבי' ב' יש ליהודה עדים דשל אבותיו
היה ולכך לא יוכל שמעון להוציאו מיהודה
כלל ואפי' בעידי גזילה דהא הוי תו"ת, ולכך

ויפסיד קרקעו ולראובן ליכא סהדי ויוכל להוציאו ממנו.

עכ"פ לכן מב' בגמ' דאוקמא הבריייתא במכר הגזלן דאיכא יאוש ושינוי רשות שאין שמעון נוגע בעדות ויוכל להעיד לאוקמא ביד לוי, ומשא"כ בגזלן גופיה הוי נוגע בעדות לא יוכל להעיד דהוי נוגע, ובבריייתא קתני דיוכל להעיד וע"כ דאיירי במכר גזלן, ע"כ הוא סוגית הגמ' מב' הייטב.

מהלך א' ברשב"ם - שהביא רק טעם ב'

והנה בדברי הרשב"ם (מ"ד ע"א ד"ה ופרקינן משום דבעי), משמע דבגזלן גופיה איכא רק ב' הב' בגמ' דהוי תו"ת ולא ב' א' דהראשון נח לי, דכתב וז"ל כי נוגע בעדות הוא דמיד ראובן מצי מפיק להו אבל מיד יהודה לא מצי מפיק להו מאחר שזיכהו ב"ד ע"פ עדיו, עכ"ד, ונתבאר לעיל שלפי ב' א' מצי מפיק לה מיהודה רק דקשה לו משום שאין נח לו, אך ודאי דמצי מפיק, והרשב"ם הכא כתב 'דלא מצי מפיק מיהודה כלל' ומאחר שזיכהו ב"ד ע"פ עדיו (והיינו כשיש לו הטו"נ עם ראובן שאז יזכהו ב"ד ע"פ עדיו, ולכך לא מצי מפיק להו או באופ"א שעכשיו יזכהו ב"ד עפ"י עדיו שהיו לו מקודם בטוען ונטען בינו לבין ראובן).

וצ"ב למה נקט הרשב"ם דווקא ב' השני בגמ' ולא הטעם דהראשון נח לי.

דברי הרמב"ם שהביא בהדיא רק טעם הב'

ויעוין ברמב"ם (הל' עדות פט"ז ה"א) שהביא מתחילה הדין דגזלן גופיה וכתב שאין מעיד שמעון להעמידה ביד הגזלן משום שהוא נוגע בעדות, הביא רק הב' השני של הגמ' דהוי

תו"ת (עיי"ש בנוסח המדויק), ואח"כ הביא הדין מגזלן שמכר (בקרקע) שג"כ אינו מעיד (דאילו במטלטלין דאיכא יאוש ושינוי רשות שפיר מעיד), משום הטעם דהראשון נח לי.

ומב' בדברי הרמב"ם שהביא הטעם של הראשון נח לי, דווקא גבי מכר הגזלן ולא גבי גזלן גופיה.

הקושי על הרשב"ם והרמב"ם שהביאו רק

טעם ב'

והק' עליו הלחם משנה אמאי הביא בכל דין טעם נפרד שנראה שטעם ב' מהגמ' שייך רק גבי גזלן גופיה וטעם הא' מהגמ' שייך רק במכר הגזלן, וכקושיתנו על הרשב"ם אמאי לא הביא אף ב' א' הכא.

ישוב האחרונים דבגזלן ליכא טענת נח לי

ומתרץ הרדב"ז והאו"ש דבגזלן גופיה אין הסברא שהוא נח לו יותר מן המערער, דהרי מסתמא אין הגזלן נח לו, ויותר נח לו לדון עם המערער, ולכן לא שייך האי טעמא גבי גזלן גופיה, וא"ש דברי הרמב"ם והרשב"ם שהביאו רק טעם הב', (ועדיין אין מיושב אמאי במכר הגזלן לא הביא הרמב"ם טעם הב', ויל"ע).

דברי הטור שהביא אף טעם א'

אולם לפלא יעוין בטור (סי' ל"ז סעי' י') שהביא הדין של גזלן גופיה וכתב דשמעון לא יעיד משום הטעם דהראשון נח לי, ומב' דאף בגזלן גופיה שייך לומר שהגזלן נח לי יותר מן המערער, ואכן אף משום האי טעמא סבר הטור דשמעון הוי נוגע בעדות ולא יעיד.

שי' הרשב"ם כרמב"ם דל"א גבי גזלן שנח הוא
לו

ומדברי הרשב"ם שכתב דהאי עובדא דגזלן
גופיה איירי רק לפי טעם ב' מוכח דסבר
כרמב"ם דל"א דהגזלן נח לי, ודברי הגמ' אינם
אלא לטעם ב' בגמ', ושור"ר שכ"כ בהדיא בכוס
הישועות בד"ה יש לדקדק עיי"ש, דבגזלן ל"א
הגזלן נח לי, וממילא הא דרצו לאוקמא בגזלן
גופיה אינו אלא לטעם ב' דהוי נוגע משום
תו"ת.

ב' המחלוקת אם אמרי' נח לי גבי גזלן או לא

ביסוד הדין של 'נח לי'

ויש לברר במה נחלקו הרמב"ם והטור האם
בגזלן אמרי' הגזלן נח לי או ל"א.

וכתב החת"ס (ד"ה והנה) שנחלקו בב' המושג
של הראשון נח לי, דאפ"ל כפשוטו שהראשון
יותר נח לדון עמו יותר מן השני, שהשני אדם
קשה הוא, אך אפ"ל בדרך מיוחדת דהראשון
נח לו 'בראיות' כי העדים קרובים לזה ורחוקים
לזה (ועיי"ש שהביא סמך מהרמב"ן), וזהו
מהלך מיוחד ולא כפי הנהוג לבאר בפשטות.

והנה הרמב"ם למד כצד א' (וכ"מ בלשונו,
שמה "נחת רוח" יש לו להוציאה מיד לוי) ולכן
בגזלן גופיה מסתמא ודאי שאין הגזלן נח לו,
משא"כ הטור למד כצד ב' דהראשון נח
בראיות וזה שייך שפיר בגזלן שיש לו עדים נגד
הגזלן שהם רחוקים לו וקרובים אצל המערער,
ולכן נח לו בגזלן.

הצעה מחודשת בשי' הרשב"ם כהטור ע"פ
החת"ס

והיה אפ"ל לפי"ז בדעת הרשב"ם דכוונתו
לעולם הוא כפי הטור שהטעם שלא יוכל
להוציא שמעון מיהודה, ובי"ד יעמידוהו ביד
יהודה ע"פ עדיו, הו"מ טעם דנח לי, וכבי' הטור
נח לי בראיות, ולכן מעיד שמעון לטובת הגזלן,
דאין לו עדים נגד יהודה וא"כ יקימו בי"ד ביד
יהודה, וע"כ נעמידנה ביד ראובן שרק כך יועיל
עדיו שהם רחוקים של ראובן.

דחיית הדברים דהרשב"ם הביא בפי'

דין נח לי כהבנת כרמב"ם

אולם אין לומר כן דמהרשב"ם משמע שלמד
סברת נח לי כבי' הרמב"ם, דבד"ה רישא, כתב
ויהודה קשה לו ובד"ה משני משום הכי, כתב
ויהודה גברא אלמא הוא וקשה ממנו ולא אוכל
לדון עמו, אם יבוא בידו, ולפי"ז בפשטות לא
יועיל נח לי גבי גזלן, וא"ש מה שהביא
הרשב"ם בגזלן גופיה רק טעם הב' דתו"ת
דטעם א' דנח לי ליתא ולשיטתו בסברת נח לי,
וחשבון זה הוא ממש כפתור ופרח.

מהלך ב' ברשב"ם - שהביא טעם א' ודלא

כרמב"ם

ואחר כתבי כ"ז העירוני לבאר דברי הרשב"ם
באופ"א ופשוט, דמה שכתב דבגזלן גופיה לא
מצי שמעון לאפוקה מיהודה קאי אף לפי
הטעם דנח לי, דהא לפי בי' א' נתבאר ע"פ
תוס' דליהודה אית ליה סהדי שקנאה מראובן
הגזלן, והשתא אם לא יכחיש שמעון עדיו, הרי
יקימו בי"ד המטלטלין ברשות יהודה דהא
איכא יאוש ושינוי רשות ע"פ העדים, ולפיכך

ניחא ליה לשמעון לאוקמא ביד ראובן כי רק כן יוכל להוציאה לרשותו.

ולפי"ז כוונת הרשב"ם יתפרש לב' הטעמים בגמ' דאם יביא עדים כבי' א' דקנאו מראובן א"כ לא מצי לאפוקה שמעון דהא איכא יאוש ושינוי רשות, ואם יביא עדים כבי' ב' דהוי של אבותיו, א"כ הרי"ז יהא תו"ת, ויקימוהו ברשותו משום עדיו מהטו"נ הראשון שהיה לו עם ראובן.

ואדרבה אפשר לבאר עוד דהרשב"ם אזיל רק כפי בי' א' דלפי בי' ב' הוי"ל דבי"ד מניחים זאת ביד יהודה משום דהיכא דקיימא ארעא תיקום, ולשון הרשב"ם משמע שמשום עדיו דהשתא מקיימים בידו, שהם עדים שקנאה מראובן, ואיכא יאוש ושינוי רשות.

קושי לאידך גיסא אמאי נקט רק טעם א'

וישוב שיטתו כישוב שי' הטור

והשתא יהא קשה לאידך גיסא אמאי נקט הרשב"ם דווקא כבי' א' ולא כבי' ב', ויעוין בפרישה על הטור שג"כ הק' קו' זו על הטור שהטור כתב רק בי' א' ועיי"ש מה שיישב וכמו"כ נצטרך לומר בדעת הרשב"ם, וכ"ז אינו משום הטעם דנח לי אלא אפי' בלא זה כבר הוי נוגע, דבשעה שמעיד יהודה דקנאה מראובן הא איכא יאוש ושינוי רשות, [והא דהביא

הטור הטעם דנח לי, לא משום דאיכא עדים שקנאה ואיכא יאוש ושינוי רשות, דיעוין הייטב שם בהמשך שרק בהמשך מתחיל לבאר כשיש יאוש, ומתחילה איירי בדליכא יאוש].

הקושי בשי' הרמב"ם לפי מהלך ב' ברשב"ם

וצ"ב אמאי הרמב"ם נקט סוגיין כבי' ב', ואיכא עידי אהבתא, לוקמי בעידי קנין של הגזלן ובכך אזיל אף כבי' א' בסוגיין ולכו"ע הוי נוגע בעדות והגמ' יתבאר לפי כל הבי'.

וצ"ב ג"כ על הכוס ישועות דאכן שמא הטעם דנח לי, אינו, ומ"מ הוי נוגע כיון שיש יאוש ושינוי רשות גבי יהודה, ומראובן כן מצי לאפוקא.

עכ"פ לכאורה כל הנתבאר לעיל צ"ב אחר שדברי הרשב"ם פשוטים וברורים בפשטות פשוט, ועדיין יל"ע¹.

בירור שי' הרשב"ם לפי מהלך ב'

האם איכא טענת נח לי גבי גזלן גופיה

ובעיקר האי דינא האם שייך נח לי גבי גזלן גופיה, לכאורה לפי הרשב"ם שוב ליכא ראייה דהרי שפיר מכו' דבריו אף לבי' א', [אך לא משום נח לי אלא משום דביהודה איכא יאוש

¹ ועדיין אפשר לקיים מהלך א' ברשב"ם, דלכאורה הרי איכא יאוש ושינוי רשות וא"כ ודאי שהוי נוגע בעדות, אך אפשר לחדש דמה שיש ליהודה עדים שקנאה מראובן, עדיין יש לו העדים שקנאה אך עדיין לא נתיישב בקרקע כבעלים וכהשתמשות הבעלים, ולפי הרמב"ם דשינוי רשות קונה אפי' קודם יאוש בי' הדבר דהוי כשינוי מעשה, ואפשר לחדש דהשינוי מעשה אינו משום שנעשה 'מצב חדש של בעלים' אלא משום ש'נתיישב שם כבעלים', וא"כ העדים שקנאה הוי 'זכות' להתיישב שם, ועדיין לא נחשב כשינוי רשות ויאוש, וע"כ אפי' יקימוהו ביד יהודה ע"פ עדיו יוכל שמעון להוציאו בעדים כל זמן שלא נתיישב יהודה בקרקע כבעלים, ולפי"ז יהא כוונת הרשב"ם כדביארנו לעיל רק כבי' ב' בגמ', ויחזור כל הראיות כדביררנו ברייש דברינו, וא"ש הרמב"ם והכוס ישועות, וחידושים הם ויל"ע האמת לאמיתה.

ושינוי רשות], וא"כ יש לברר מה סבר בענין זה.

לפי הבנת החת"ס במחלוקת הרמב"ם והטור

סבר הרשב"ם דליכא טענת נח לי גבי גזלן

ולפי בי' החת"ס הנ"ל לכאורה מוכח שאם הרשב"ם כתב בי' המושג דנח לי כהרמב"ם דהוי נח בדין ולא בראיות א"כ בגזלן לא נאמר דנח לו, ומוכח מהא דסבר הרשב"ם דליכא נח לי גבי גזלן.

בי' מחודש במחלוקת הרמב"ם והטור

ולפי"ז אפ"ל דסבר הרשב"ם דאיכא טענת נח לי

אך אפשר לדחות דבעצם חידוש החת"ס חידוש גדול הוא, ובפרט כשאפ"ל דשפיר יש מושג שגזלן יהא יותר נח ממערער [ובפרט הכא שיודע שגם המערער הוא גזלן עכ"פ כשמביא עדים דשל אבותיו] וא"כ אפ"ל דנחלקו הרמב"ם והטור, האם הסתמא דגזלן שאינו נח הוא כ"כ פשוט, או שאינו מוכרח ושייך נמי ניחותא גבי גזלן [ומה שזה סתמא לא אכפת לן], ולפי"ז נאמר דאף הרשב"ם דסבר דסברת נח לי הוא דהשני אלים מ"מ שייך ניחותא גבי גזלן ואין מוכרח כלל מהרשב"ם איך למד בענין זה, ויל"ע.

לסיכום העולה מדברינו

בי' א' בדברי הרשב"ם – שהביא רק בי' ב' בגמ' ולא בי' א', דבגזלן לא שייך טעמא דנח לי וכשיטתו בבי' סברת נח לי דהוי ניחותא, [והטור סבר אף כטעם א' וכבי' החת"ס].

בי' ב' בדברי הרשב"ם – שנוקים ביד יהודה בעדיו שקנאה מהגזלן ואיכא יאוש ושינוי רשות ולא יוכל שמעון להוציאה [ואתי כבי' א' – והא דלא הביא כבי' ב' ניישב כיישוב הפרישה על הטור].

והאם דינא דנח לי שייך גבי גזלן משום סברת נח לי דהוי ניחותא אין מוכרח, דשפיר שייך נח לי גבי גזלן, דלא כל הגזלנים מוכרח שקשים הם לדון עמהם. [וצ"ב בדעת הרמב"ם והכוס ישועות שהביא טעמא דנח לי, דהא הכא איכא טעמא אחרינא דהוי יאוש ושינוי רשות גבי יהודה וצ"ע].

חלק ב'

בירור ב' טעמי נוגע בעדות בהמשך הגמרא

ובהמשך הסוגיא מצינו עוד ב' דיוקים ברשב"ם שאזל תמיד כבי' טעם הב' בגמ' שהוא נוגע בעדות משום היכא דקיימא ארעא תיקום, ונבארם אחד אחד בעזה"ת.

סוגיא א' – מדמיה מי מייאש

דהגמ' הק' דבמטלטלין אכתי הוי נוגע בעדות דאה"נ בגוף החפץ היה יאוש ושינוי רשות, אך מ"מ דמים מקבל מהגזלן, ואם יוציאנה יהודה מלוי לא יקבל דמים, ולכן משאירו ביד לוי כדי שיקבל דמים.

ויש לברר אמאי אם נמצא אצל יהודה לא יקבל דמים ואם נמצא אצל לוי יקבל.

קו' הגמ' רק כטעם ב', וכמדויק ברשב"ם

ולפי בי' טעם הב' מובן, שאם יהא ליהודה המטלטלין מחמת עדיו דהוי של אבותיו א"כ מעולם לא היה של שמעון, וראובן מעולם לא

גזלו וע"כ א"צ ראובן לשלם דמים, ומשא"כ אם יהיה המטלטלין ביד לוי וללוי אין עדים דשל אבותיו הוא, אלא שקנאו מראובן, ולשמעון יש עדים שראובן גזלו ממנו, וע"כ שפיר יקבל הדמים, ולכן הוי נוגע בעדות שרוצה שישאר ביד לוי, אך לפי פי' א' בגמ' דהראשון נח לי, אין מובן כלל, דהרי ליהודה יש עדים שקנאו מראובן, ואה"נ שמעון מביא עכשיו עדים שראובן גזלו ממנו, ושפיר ישלם הדמים ואף אם נחזיק השדה ביד יהודה, וע"כ דקו' הגמ' הוא רק לפי' טעם הב' בגמ'.

וכן מדויק מלשון הרשב"ם שכתב "שאלו היה נוטלה יהודה בעדים נמצא שלא היה לו לשמעון חלק בהך פרה וטלית", וזה רק לפי טעם ב' שיש לו עדים ליהודה דהוי של אבותיו ובכך נמצא שלא היה לו לשמעון חלק בהך פרה וטלית כי הרי של אבותיו היו.

וכן ביאר להדיא ה'אור שמח', (הלכות גזילה פ"ד הי"ד ד"ה אולם), ששאלת הגמ קאי רק לפי טעם הב', ועיי"ש מה שרצה להוציא מסוגין לדינא.

סוגיא ב' - ולוקמה ביורש

עוד דיוק מבו' בהמשך הסוגיא שרצתה הגמ' לאוקים הבריייתא ביורש, ובקרקע יהא נוגע בעדות וכתב הרשב"ם הטעם דאילו יוציאה יהודה מיד לוי בן ראובן המת, לא הדרא

לשמעון דהיכא דקיימא ארעא תיקום, [וז"ל הרשב"ם משום הכי נוגע בעדותו הוא דאי מפיק לה יהודה מיניה דיורש לא הדרא לשמעון דהיכא דקיימא ארעא תיקום].

ושוב צ"ב אמאי נקט הרשב"ם רק טעם הב' בגמ' ולא טעמא דהראשון נח לי, וצ"ע.

מהלך הסוגיא רק כטעם ב'

ומאחר שמצינו שבמשך כל הסוגיא אזיל הרשב"ם כבי' טעם הב', מסתבר שנקט כן, כי טעם א' בגמ' דחוקא בעלמא דחקי ליה, אך אחר תי' הב' אי"צ לטעם הא', וטעם ב' זהו עיקר הטעם, ולכך פירש כל הסוגיא כטעם ב', ודיוק הא' מתחילת הסוגיא גבי גזלן גופיה נצטרך לדחוק דכוונתו כבי' ב' בגמ' [וצ"ב אמאי לא פירש כפי' א' ומשום יאוש ושינוי רשות ויעוין לעיל מה שדחקנו לפרש בזה ע"פ הרמב"ם ולא נוכל לדייק מדברי הרשב"ם דאין שייך טעמא דנח לי לגבי גזלן, דהא דלא נקט פי' א' לא משום שאין מתאים כאן אלא שכן הוא מהלך הסוגיא כאן כבי' ב' בגמ'], ודיוק הב' גבי דמים מהגזלן א"ש הדיוק [ושמא השתא לא נוכל לדייק מדברי הרשב"ם לדינא כדיוק האו"ש, כי כ"ה מהלך הסוגיא כתי' ב', ואי"ז דווקא שלא נקטו כבי' א' משום שמיאנו בה, ויל"ע שם], ודיוק ג' ג"כ א"ש כי כך הוא מהלך הסוגיא כבי' טעם הב' בגמ'.



הבה"ח אשר הכהן גוטשטיין הי"ו

דף מד:

בביאור שיטת הגאונים שאין אדם שאין לו ד' אמות

בזמנם של הגאונים והראשונים נהגו לכתוב בשטרי הרשאה שנותן לו ד' אמות ועי"ז יקנה בקנין אגב גם את ההרשאה, והיינו משום שצריך קנין כדי לקנות ההרשאה, והשטר עצמו אינו מועיל לקנות אלא קרקעות ועבדים, ולכן היו מקנים קרקע ע"י שטר ההרשאה, ואגב הקנין בקרקע היה נקנה גם ההרשאה, אלא שמנהג זה היו נוהגין גם אלו שלא היה להם כלל קרקע משלהם, ועמדו בזה הגאונים וגדולי הראשונים היאך מהני קנין זה שהוא אגב קרקע בשעה שאין לו קרקע כלל.

וכתבו בזה הגאונים¹ שאפי' שבמציאות אין לו קרקע ברשותו ג"כ מועיל הקנין אגב קרקע משום שאין אדם שאין לו ד"א, והוא מטעם ב' דברים. א. שאין אדם שאין לו ד"א בא"י. ב. שאין לך אדם שאין לו ד"א לקברו, ומשום טעם זה מועיל הקנין בהרשאה אגב קרקע זו. אמנם מצינו כמה וכמה קושיות ע"ז וצריך לעמוד בביאור שיטתם.

א. היאך יתכן שלא יהא לאדם קרקע

ב. הרי קונה לעכו"ם.

התוספות ורוב הראשונים בסוגיין [מד:] הקשו שמצינו כאן שהגמרא אומרת דמיירי באדם שאין לו קרקע ולא היה לו קרקע מעולם, ולפי שיטת הגאונים שאין אדם שאין לו ד"א היאך יתכן שלא יהא לו לאדם קרקע מעולם, ותירץ ע"ז ר"ת¹ דמיירי בגר שאין לו חלק בא"י וגם אינו מקבל לקברו ד"א משום שאין לו בית קברות של משפחתו שהרי אין לו משפחה, ואע"פ שמצינו [ספרי במדבר פסקא עח] שגם גרים מקבלים חלק לקבורתם מ"מ אינם זוכים בו מעכשיו אלא לכשימותו [ויתבאר החילוק לקמן בע"ה]. אמנם תירוץ זה דוחק הוא וכמו שהקשו תוס' והרמב"ן ע"ז.

ועוד הקשו כאן האחרונים מהמבואר בגיטין [לח.] שכיבוש עכו"ם קונה אפי' עכו"ם שכבשו מישראל, וא"כ בזמנם שהיתה הארץ כבושה תחת עכו"ם אין לו ד"א בא"י, שע"י הכיבוש נתבטלה בעלות ישראל, ואפי' אם אח"כ כובשים בחזרה מ"מ אינו שייך לכ"א ד"א בירושה מאבותיו, שנתבטלה כח אבותיו בקרקע [ויש שהקשו גם שהוא ממון שאי אפשר להוציאו בדיינים ומקרי שאינה ברשותו, ואין אדם יכול להקנות דבר שאינה ברשותו². וכן מתוס' לעיל בעמוד א' בד"ה דוקא, שהביאו מירושלמי שמועיל יאוש בקרקע, וכ"א נתייאש מחלקו].

¹ הובאו דבריהם ברוב הראשונים בסוגיין ובתשובות רש"י קנ"ה. וברמב"ם שלוחין פ"ג ה"ז, ועוד.

² דבריו הובאו בכמה ראשונים, הרמב"ן כתב שר"ת סובר כהגאונים, אמנם בתוס' אינו משמע כן שדחו דברי הגאונים וכתבו לחלוק עליהם בשם ר"ת. ומשמע שר"ת חולק ע"ז. ואכמ"ל.

² אמנם מצינו ע"ז כו"כ תירוצים, ועיין בדברי יחזקאל מד, ובאילת השחר ובנעימות נצח.

לדורות עולם, ואם באמצע משך הזמן בודאי שתצא ממנו אין שליטתו שלימה ולא קנה.

ובחזו"א [חו"מ ס"א כ"ז] תירץ דאין מועיל כיבוש העכו"ם משום שהקב"ה הבטיח לאברהם אבינו את הארץ, וכמו שעד כיבוש יהושע היה שייך גוף הארץ לישראל וההשתמשות והפירות לעכו"ם כמבואר בתוס' בר"ה [יג. ד"ה ולא], כמו"כ אחר שכבש יהושע וכבשו עכו"ם את הארץ עדיין קיימת ההבטחה שהגוף הוא לבניו, ולעתיד תחזור לנו לגמרי, והיינו שאין מועיל כיבוש עכו"ם בא"י משום שהובטחה הארץ לאברהם ועתה היא של ישראל ג"כ, שההבטחה היא לתמיד. ולפי"ז ניחא שאינו דומה כלל לכיבוש אנשים מישראל שלא הובטחו עליהם שיהיו שלנו עתה, ולכן קנויים לעבדים בשביל העכו"ם.

וקשה לשיטתו שהרי הבטיח הקב"ה לאברהם שיתן את הארץ לזרעו, והיא נתונה לפירות ג"כ, שהרי הגוף א"צ להבטיח לבניו כיון שכבר קנוי לאברהם, וכמ"ש תוס' הנ"ל, ומ"מ רואים שאפי' הובטחה הארץ לגמרי לבניו גם לפירות, בסוף נסתלקו מן הפירות, שהרי כבשוהו העכו"ם, אלא בודאי הבטחתו של הקב"ה הוא שיכבשוהו לפירות אבל לא שישאר אצלם, וכמו כל הנותן מתנה שאין נכלל אצל הנתנה גם שמירה לתמיד אלא בשעת נתינה לחוד נתן לו, וא"כ כמו"כ כשהבטיח הקב"ה את הארץ לאברהם שיהא הגוף שלו ג"כ אין מסתבר שיהא שלו תמיד אלא עד שעת הכיבוש ולא יותר, שאז נגמרה הנתנה לגמרי ע"י נתינת ההשתמשות ג"כ לבניו, אבל משעת הכיבוש ואילך לא הובטחו שיהא גוף הארץ שלנו,

ותירץ בקוב"ש [קצ"ב] דשאני א"י דאנו מובטחים שתחזור לנו בביאת גואל אשר אשר נחכה לו בכל יום שיבוא, ונראה בכונתו שכיבוש מועיל רק אם הכובש הוא שליט לגמרי, אבל אם מתחילה אינו כובש אלא לזמן וידוע בודאי שבעוד זמן מה יכבשוהו ממנו בחזרה, אינו שליט לגמרי ואינה קנויה לכובש. [אבל אין לומר שהסברא הוא משום דמזה שהובטחו שתשוב אלינו הארץ מוכח שהיא שלנו דאין מסתבר שנגזול הארץ מהעכו"ם וא"כ בודאי שתמיד נשאר אצלינו, שזה אינו נכון, שהרי כמו שהם כבשוהו ג"כ נקנה אנו ע"י כיבוש, אבל עתה מאן יימר שהארץ לישראל היא, אלא בודאי צ"ל שהטעם משום שאינו נקרא שליט וכובש כנ"ל].

אמנם צ"ע לתירוצו שהרי הא דאמרי' בגיטין שכיבוש עכו"ם קונה אפי' עכו"ם שכבשו מישראל ילפי' בגמרא מהפסוק: וישב ממנו שבי, שמבואר שעכו"ם שכבשו אנשים מישראל, נעשים השבויים לעבדים עבור השובה אותם והם שייכים לו, ולפי המבואר שדבר שהובטחו שישבו אלינו אינו יכול לכובשה, הרי כבר הובטחו בתחיית המתים ואשר יבואו האובדים מארץ אשור וכו', ולמה נקנים הם לעבדים כיון שאינו לתמיד, ומאי שנא אנשים מקרקעות, ויש לחלק בין קרקע לעבדים במהות הכיבוש, שעיקר מטרת הכיבוש אצל אנשים הוא למשך ימי חייו ולא עבור אחר מיתתו, ועבור חיי האדם שכבש מועיל כיבושו ושליטתו, שלא הובטחו ליגאל בשעה שהם חיים, א"כ נקרא בעיקר מטרתו שליט ומועיל הכיבוש, משא"כ בקרקע שמטרת כיבוש ארץ ישראל הוא עבורו ולבניו

שאינו בכלל מתנה. [וכבר כתב שם שהוא מחודש].

ג. א"כ אין לאדם בעלות בא"י

ובאמת שאפי' אם נאמר כדבריהם ג"כ יהא קשה ממ"נ, שאם נאמר שאין מועיל בא"י כיבוש ונשאר תמיד אצל היורשים, היאך מותר לדור בא"י בקרקע של חבירו, והרי הוא גוזל קרקע חבירו, שאין ידוע מה היה שייך לכ"א מקודם בירושה, [אלא בודאי צ"ל שמועיל כיבוש וממילא אח"כ יכול כ"א לקנות קרקע מהכובשים ולדור שם כבשלו] וכבר הקשה כן באילת השחר. ותירץ ב' תירוצים.

תירוצ' א, שאפי' באמת נשאר אצל היורש מ"מ מותר להשתמש בזה כיון דלא מפסיד ולא קיימא לאגרא, ומ"מ צ"ע דא"כ היאך שייך אצל א"י לקנות בקנין אגב אצל קרקע המסוים שבא"י, וכמו שמצינו לקמן [קנו:] שהקנה אגב קרקע הסמוכה לירושלים, והרי אפי' שמותר לו להשתמש מ"מ אינו רשאי להקנות הקרקע לאחר בקנין אגב, וממ"נ, למי שייך אצל קנין אגב, לאותו שירשו מאבותיו או לאותו הדר בה, ועוד שא"כ לא יוכל אדם לצאת יד"ח ד' מינים, שהוא מצוה הבאה בעבירה, ע"י שגזלה מאותו ששייך לו וגם מפסיד אם תולשים מאילנו שמא יבוא עתה הגואל ולא יהא לו הרבה מפרותיו, וגם שאינה "לכם" משלכם לפי המבואר בסוכה [ל]. שאינו נקנה ע"י תלישתו.

תירוצ' ב, שבא"י יש ב' מיני בעלות, א. שהארץ בכללות שייכת לישראל שזה הבטיח הקב"ה לאברהם וגם שע"ז הובטחנו שתחזור לעתיד. וע"ז אין מועיל כיבוש עכו"ם. ב. ששייך לאדם מסויים קרקע מסויים ע"י חלוקה, וע"ז לא

הובטח אברהם שיהא קרקע פלונית לפלוני וקרקע פלונית לפלוני, וגם לא הובטחנו ע"ז שלעתיד תחזור לכ"א חלקו שהיה לו מקודם, וע"ז מועיל כיבוש עכו"ם, ולכן יכול ישראל לדור בא"י משום שהקרקע כבר אינה של היורשים, והארץ בכללות היא של ישראל ולכן בגוף הארץ יש לו לכ"א ד"א, ולכאורה כונתו דהוי כשותפין שלא חלקו ושייך לכולם, וכ"א יכול ליהנות כרצונו, לדור ולקנות אגב הארץ [דאל"כ עדיין יש להקשות דממ"נ, האם הוא לאותו שדר השתא משום שהארץ של ישראל, או שלכ"א יש ד"א ונמצא שאותו הדר במקום גדול מאוד ובמקום שאינה שלו הוא כגוזל]. ולפי"ז ניחא ששייך לשניהם וגם באתרוג כיון שהם שותפים מחלו [ועיין בזה בשו"ע סי' קלז] ולכן שניהם יכולים להקנות ע"י קנין אגב בקרקע שבא"י, בין אותו הדר עתה בקרקע ובין היורש.

אבל לב' התירוצים קשה שא"כ לא מצאנו כלל אדם מוכר קרקע בא"י, שהרי אינו קנוי לו שיוכל להקנות לחבירו, אפי' אם הוא שותף, שהרי אם הוא מוכר חלק שותפות שלו, אסור לו להמשיך לדור בא"י, שאין לו חלק בארץ כלל. אלא בודאי צ"ל שאדם מוחל על חלקו עבור חבירו או שב"ד תיקנו כן והפקירו ממון אחד לחבירו משום תקנת העולם שאין יודעים מה שייך לכ"א, א"כ שוב תקשי, היאך יכול להקנות אגב ד"א בא"י כיון שכבר מחלו עתה לחבירו או שב"ד הפקירו חלקו לחבירו [וכן יל"ע בתירוצ' ב, דבשלמא לחזו"א י"ל שעל הארץ בכללות הובטחנו ולא על חלק כ"א, אבל לקוב"ש אם אינו נקרא שולט וכובש על גוף הארץ היאך יחשב שולט וכובש על חלק

של כ"א, הרי הוא אינו שליט עתה, והוא חוכא ואיטלוטא לומר שהוא שליט שלא יהא לכ"א חלקו, אטו הוי כיבוש ושליטה בהכי].

ד. בהרבה אופנים אין לאדם ירושה

ועוד יל"ע בשיטת הגאונים שאין אדם שאין לו ד"א בא"י משום ירושה מאבותיו, כמו שהקשה הרמב"ם [שלוחין פ"ג ה"ז] דמי יימר שיש לו חלק בארץ, שמא הוא בנו של גר או נכדו, ולא היו לאבותיו בשעת חלוקה חלק בארץ, או שמא הקדישו זקנו או שהיה בעבר הירדן ולא קיבל כלל חלק בארץ, וכיון דהוי ספק אם יש לו קרקע לא יוכל להוציא ממון בקנין הרשאה זו³. אמנם י"ל לשיטת הגאונים שחכמים לא חששו לכל זה משום שבדר"כ אינו כך, אבל מ"מ קשה ביותר שאם משום ירושת אבותיו הוא הרי אין אדם יורש אבותיו מחיים, וא"כ לא יוכל אדם לעשות הרשאה אא"כ אביו מת וירשו הבן.

ה. הקבר מקנים לו כשימות

וכן יל"ע במה שכתבו הגאונים שאין אדם שאין לו ד"א לקבורתו, כמו שתמה בזה הרמב"ן אמאי נימא שקנוי לו מעכשיו, דאין שום סברא שיהא שלו לפני שצריך לו, דהיינו שאין לנו לקום ולעשות מעשה סתם בלא סיבה ולמה נקנה לו חלק בקרקע. ובאמת שכבר מפורש בדבריו שאין מדובר בבית קברות סתם, שאז אין שום סברא שיהא קנוי לו סתם מיד אלא מיירי בבית קברות של משפחתו, [וביאור חילוק זה נראה, שבית הקברות של משפחתו הוא מקום מסויים ולכן

שייך להקנות לו מיד, אבל בגר שאין לו בית הקברות של משפחתו ואין ידוע המקום שקנוי למה לנו לעשות כל א"י בספק שמא היא שלו, שמא יעשה בית הקברות במקום אחר ושם יקבר, ונמצא שעכשיו יכנסו אנשים סתם לרשותו אם הם חושבים שהוא שדה הפקר ואין יודעים שב"ד כבר הקנו מעכשיו לאותו שיקבר, ואם צומח שם ד' מינים לא יצאו יד"ח, ואפי' שאפשר לב"ד להתיר כמו בא"י משום תיקון העולם, מ"מ במקום לעשות הקנאה לעתה ותיקון עבור כולם אין עושים כלל שיקנה עתה, ועוד, שאם קנוי משום תיקון העולם לאותו שמשתמש בו עתה שוב אינו קנוי לאותו שיקבר שם לגבי קנין אגב, וממ"נ לא יהא שלו ומה יועילו חכמים בזה שקונה מיד. ומשו"ה דוקא בבית הקברות של משפחתו שייך לומר שיהא קנוי מעכשיו. וכן נראה שצ"ל בדבריו] ומ"מ מקשה שאפי' בבית הקברות של משפחתו ג"כ לא יהא קנוי אלא לאחר מיתתו לכשיקבר, והיינו בפשטות מטעם שאין לנו לקום ולעשות מעשה לפני שצריך, אמנם צ"ב בקושיא, שהרי למה אין לנו לעשות מעשה שיועיל לו שיהא בשבילו לקנות אגב קרקע זו, ולמה לא נקדים ההקנאה כיון שאין שום חשש, ונראה שמ"מ אין לנו לעשות מעשה זה להקנות לו שמא בסוף לא יקבר שם כלל שבשעת מיתתו יהא במק"א ולא יביאוהו וכיוצב"ז, ולכן גם להנ"ל שמדובר בשל משפחתו קשה על הגאונים שאינו זוכה בו אלא בשעת מיתתו.

³ וכן יש להסתפק שמא לזקנו נולדו כ"כ הרבה צאצאים עד שאין לכאור"א כדי ד' אמות.

ו. לא שייך למכור קברו

וכן הקשה הקוב"ש על שיטת הגאונים שלא שייך למכור קבר, שהרי ממילא בסוף יקבר, ומה שייך כלל למכור זאת כשבמציאות יקברוהו [אמנם להמבואר שמדובר בבית הקברות של משפחתו י"ל שמוכר חלקו אצל בית הקברות זה ויקבר באחרת ולא במשפחתו]. וכע"ז הקשו גדולי הראשונים [רש"י בספר האורה ח"ב ס"ק נ"ה, ר"ת בספר הישר חידושים ובשו"ת הרשב"א ח"ו תכ"ח], שגמ' מפורשת היא לקמן [ק:]: ובכתובות [פד]. שאדם המוכר קברו אינו מכירה והמקח בטל משום כבוד משפחתו, וא"כ היאך יכול להקנות את קברו.

ומפני קושיות עצומות אלו כתבו רוב הראשונים על דברי הגאונים, ואמרו שאין לומר שמועיל על ידי שלכל אדם יש ד"א בא"י ולקברו, והרמב"ם כתב ע"ז [שם] ודברים אלו קלים הן עד מאוד ורעועים, והגאונים עצמם שתקנו תקנה זו אמרו שאין אומרים בה יקוב הדין את ההר ואינה אלא כדי לאיים על הנתבע, אם רצה לדון בהרשאה זו וליתן נפטר. ולפי"ז היה מקום ליישב כל אלו הקושיות משום שהגאונים עצמם לא סברו שמועיל מדינא, אמנם בתוס' ושאר הראשונים שהקשו עליהם מאלו הסוגיות מוכח שדברי הגאונים מועיל מדינא גבי הרשאה [וכ"כ המאירי בפירושו] וא"כ צריך לעמוד ביסוד ביאור דברי הגאונים.

ז. ביאור דברי הגאונים באופן מחודש

ובביאור דברי הגאונים נראה לפרש ביאור חדש ויתיישבו בזה כל הדקדוקים בס"ד,

דבודאי אין הכונה שהוא מקנה אגב קרקע הקנויה לו להשתמש בה מעתה. אלא מקנה לו את הקרקע שישתמש בה לכשיגיע זמנה שהוא אצלו, כשיבוא הגואל ויהא לכ"א ד"א, או לכשיקבר וכפי שיתבאר להלן, ויש לפרש זאת בב' אופנים א-ע"פ שיטת הראב"ד [עייין אבן האזל מכירה ג, יא] שקנין אגב אינו אגב הדבר הקנוי שע"י שנקנה לו דבר אחד נקנה לו הדבר השני המטלטל, אלא שעל ידי הקנין עצמו שעושים בקרקע אפי' אם אינו נקנה עכשיו אלא אח"כ, נקנין המטלטלין מעכשיו, וא"צ שיהא קונה עכשיו את הקרקע, ולכן סברו הגאונים שקונה עכשיו את הקרקע שיהא קנוי לו אח"כ, וממילא קנוי ההרשאה מיד, ב – גם י"ל שקנוי לו הקרקע עכשיו לגבי הבעלות של אח"כ, שלא נקנה אח"כ אלא גם הקנין וגם זה שקנוי הוא עתה, וחלק זה בקרקע נקנה לו, אותה הבעלות של אח"כ, וממילא אפילו אם קנין אגב הוא אגב הדבר הנקנה, מ"מ הוא קנוי מעתה, וגם ההרשאה קנוי מעכשיו.

ואין להקשות הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והיאך יכול להקנות קרקע שיהא שלו רק אח"כ, שבדבר שבדאי שיבוא כבר מצינו בב"מ [טז]. שלכו"ע אדם מקנה דשלב"ל, וכלשונו של מהרש"א על הסוגיא שם שכתב בזה"ל: "צריך לומר דהכא סמכא דעתיה טפי והיינו משום דהשדה כבר ביד הלוקח ניחא ליה דלא ניקרייה גולנא, ואפי' למאן דלית ליה אדם מקנה דשלב"ל, קני". וכמו שמצינו שיכול אדם למכור חלקו של עולם הבא כמבואר ברמ"א [יור"ד רמ"ו ס"א], והיאך יכול להקנות הא אין אדם מקנה דבר שלב"ל, אלא בודאי

משום שכל ישראל יש להם חלק בעולם הבא, ולכן הוא דבר שבודאי יבוא, ויכול אדם להקנות אפי' שהוא דשלב"ל, וגם הכא הוא דבר שבודאי יבוא.⁴

ח. ישוב כל הקושיות לפי היסוד

והנה הקשו התוס' בסוגיין על דברי הגאונים דא"כ אין אדם יכול לעשות במשך ימי חייו ב' שטרי הקנאה, שהרי הקנה כבר את הד"א שלו ע"י שטר ההרשאה הראשון, ולכאורה צ"ב בקושית התוס' אמאי לא יוכל לעשות הרבה שטרי הקנאה ומקנה לכ"א את הד"א לזמן קצוב ולא לעולם, ויכול כך לעשות להרבה אנשים, והוכיח מזה בדברי יחזקאל [מד, ה] שהתוס' סברו כהרמב"ם והנימוק"י שקנין אגב צריך שיהא הקרקע לעולם שלו ולא שיהא לזמן מועט, ודלא כר' יונה וריטב"א בסוגיין שסברו שאפי' מקנה לזמן מועט, ובשיטת הגאונים מפרש שסברו שמועיל בקנין אגב רק לזמן מועט, ולכן סברו שיכול לעשות כמה שטרי הקנאה.

ולפי"ז יש לתרץ מה שהקשו תוס' והראשונים מסוגיין דאמר' בגמרא שיש עדים דלא הוה ליה ארעא מעולם ולכן אין חוששים שמא הקנה בקנין אגב, והקשו שלדברי הגאונים אין אדם שאין לו ד"א, אמנם נתבאר שלדברי הגאונים מקנה את הקרקע רק לזמן מועט, וא"כ לא קשה מידי, שהרי בסוגיין מיירי שאנו חוששים שמא שיעבד את המטלטלים למלוה שלו אגב קרקע, והא ניחא איך נקנה השיעבוד אגב קרקע, אבל צ"ב היאך נעשה משועבד כיון

שאין קול, הרי במקום שאין קול אין משתעבדים הנכסים, וכתבו הריטב"א והרא"ה [הובא בשטמ"ק] דמועיל להשתעבד משום שכשיוצא קול על הקרקע יוצא קול על כל הקנין שעשו ואף על המטלטלין, והא דיוצא קול הוא רק בקרקע שאנשים מכירים את הקרקע או מקומה וכדו' אבל אדם המוכר ד"א שאין אף אחד יודע היכן הוא, וגם שאינה קנויה מיד להשתמש בה בודאי שאין קול, ואין משתעבדים, ולכן סברו הגאונים דבסוגיין שכל החשש שהקנה ע"י קנין אגב הוא רק כשיש קול, אין חוששים שהקנה אגב ד"א שבא"י, או ד"א של קברו, ולא דמי לכל קנין אגב וגם אצל הרשאה שא"צ קול ולכן סגי בד"א של א"י ושל קברו. והתוס' שהקשו כך אכן הקשו לשיטתם שאין מועיל אא"כ מקנה לעולם, וא"כ סברו שבהכרח שאין מועיל בהרשאה אא"כ עושה הקנין על הקרקע עכשיו ובשביל שיהא שלו מעכשיו ולעולם, ולכן הקשו שכיון שקנויה מיד להשתמש בה אף שאין יודעים היכן היא אותה קרקע מ"מ יש קול, וא"כ גם בסוגיין היה לנו לחשוש [ואפילו בלא"ה יש לומר שלתוס' אפי' אינו קנוי מעכשיו יש קול ובסוגיין ה"צ לחשוש].

[והא לא חיישינן שמא הקנה הקרקע לעולם ולגמרי, משום ב' טעמים. א – שהרי לא שייך לקנות מעכשיו, שעדיין אינו שלו, ואינו יכול למכור לאחר להשתמש בה, וא"כ אין קול כ"ז שאינו קנוי מיד, ואם אין קול לא נשתעבדו ואין חשש. ב – שאין מסתבר שיתן האדם חלק של ד"א רק כדי לקנות דבר אחר ע"י הקנין של

⁴ ועי"ל כמש"כ המרדכי [קלא]. דאפילו למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל, אם אומר שקנוי לכשיגיע מועיל, והרמ"א [רט, ד] הביא בזה מח', וי"ל שהגאונים סברו שמועיל, שהכונה לכשיבוא וצ"ע אם מועיל כשלא כתב בפירוש אלא דעת כולם לזה.

הקרקע, אא"כ נותנו לזמן מועט אבל לא לעולם, וכן בקבר, שהרי צריך ליקבר בה אח"כ והיאך יתן קברו ולא יקבר אצל משפחתו, ואינו שוה לו, וגם שאם יתן שיהא לעולם של המקבל לא יוכל לעשות ב' שטרי הקנאה כדהקשו תוס' שהראשון כבר קנה לגמרי ולא נשאר לו מה להקנות לשני, ולכן לא חיישי' בסוגיין שהקנה הקרקע לעולם, ומ"מ לתוס' בהכרח צ"ל שאם מועיל ד"א שבא"י ושבקברו היינו שיהא לעולם, וחזינן דאדם לא איכפת לה עבור קנין זה להפסיד הד"א, ולכן הקשו שבסוגיין נמי נחשוש].

ולפיי"ז יש ליישב מה שהקשו האחרונים שאין לאדם ד"א בא"י משום שכיבוש מועלת, וגם שהוא ממון שאי אפשר להוציאו בדיינים, וגם שיאוש קונה, שבאמת אין הכונה לאותו ד"א שבירושה מחלוקת הארץ, שאכן אינו קנוי לו וכמו ג' הטעמים הנ"ל, אלא מקנה ד"א שיהיו לו לעתיד בביאת גואל ואז יוכלו להוציא זאת בדיינים ומקנה שיהא לו להשתמש אז, ואכן מותר לדור בא"י משום שאינו גונב מהיורשים, שבאמת שייך לאותו שדר בו, ולכן יוצא בד' מינים דהוי שלכם וגם יכול למכור לאחר הקרקעות, [אפי' שמצינו בשיטת הר"ן [נדרים כח.] שבא"י לא שייך דינא דמלכותא דינא משום שהקרקע שייכת לישראל כולם ולא למלך, י"ל ג"כ עפ"י האילת השחר הנ"ל שגוף הארץ גם עתה שייכת לישראל, וממילא אין המלכות שלם בא"י שאינו שייך לו, אבל מ"מ כ"א מחלקו מועיל הא דנתייבאש והא דא"א להוציאו בדיינים]. ומ"מ מועיל בהרשאה שמקנה הד"א שיהיו לו בביאת גואל ומקנה זאת לזמן מועט כדלעיל, ולכך מהני.

ולפיי"ז יש ליישב קושיית הרמב"ם שיש כו"כ אופנים שאין לו ירושה מאבותיו ואינו יכול להקנות, אמנם הגאונים סברו שאפי' אין ירושה מאבותיו מקנה מה שיהא בביאת גואל, ואז יהא חלוקה חדשה ולא יקבל כ"א רק ירושתו, שהרי כבר יצא מרשות היורשים ע"י הסיבות הנ"ל [וכמו"כ כתב בחזו"א הנ"ל שמסתבר לומר שלעתיד יהא חלוקה חדשה].

ובענין ד"א של קברו ג"כ יש ליישב בב' אופנים מה שהקשה הרמב"ן שאינו זוכה בו אלא בשעת קבורה. א – שאכן מקנה הקרקע לשעה זו שיקבר שם, ואפי' שאכן נקבר שם מ"מ קנוי לו הקרקע חוץ מהקבר שעליו. ב – הא דאמרי' שזוכה בשעת קבורה מבואר לעיל משום שאם יזכה בה עתה נמצא שאנשים לוקחים הקרקע בינתיים בגזילה, ואפי' בקרקע של משפחתו מ"מ שמא יקבר במק"א כמו שפרשתי לעיל, אבל בשעת חפירת קברו עבורו, ממש כשמייחדים בשבילו כבר קנוי לו, שעכשיו אין חשש שאנשים ישתמשו ושימות במק"א, וא"כ לאו דוקא אצל ישראל אלא גם בגר קנוי שאין חשש כלל, ולכן מועיל לקנות ההרשאה, [ומועיל לאחר מיתה כיון ששייך למת משום השתמשותו].

ובזה נתיישב קושיית הקוב"ש שאפי' בסוף בודאי יקבר, אדרבה מקנה לאותו קרקע שבה יקבר, וכמו הב' אופנים דלעיל ואין זו סתירה כלל שמקנה ומ"מ יקבר בה, וגם קושיית הראשונים שאסור למכור קבר ואינו מועיל מכירתו, היינו במכירה לגמרי אבל כאן לא, שכל החסרון משום כבוד משפחתו כמו שמפורש שם, ואם מקנה עבור שעה הסמוכה



ממש לקבורתו אפשר לקברו, או אם לא מקנה
לגבי הקבר עצמו ג"כ אפשר לקברו, ולכן אין
שום בזיון למשפחה ואפשר למכור זאת.



הבה"ח מנחם נחום שבדרון הי"ו

דף מז.

גדר וטעם הא דירד ברשות אין לו חזקה

הנה דין ידוע הוא בחזקה"ב דירד ברשות אין לו חזקה, והיינו דאריס וכל כה"ג אף אם טוען שחזר ולקחה מבעה"ב וישב בה ג"ש אין לו חזקה כיון דמעיקרא ירד בה ברשות הבעלים, ודין זה אינו מבוי' בגמ' אלא נתחדש ע"י הראשונים ויש חולקים בזה אלא דבגמ' הוזכרו כמה סוגיות שדין זה נכנס בהם ונדון בהם בעזהשי"ת.

א. בביאור סברת הדבר

טעם דין זה יל"ב ב' אופנים, באופן פשוט י"ל דכל שנודע שירידתו היתה ברשות נראית כל המשיך ישיבתו בקרקע ברוח זו, וביאורה"ד, דיסוד חזקת קרקעות הוא הנראה לפנינו היינו דעי"ז שישב ג"ש בקרקע הר"ז נראה לפנינו כבעלים והיינו חזקתו דכשאדם נראה כבעלים בקרקע הפשוטות היא דהוא הבעלים בקרקע זו וזוהי מוחזקות, ואם אית לן ראות אחרת בדבר שנר' לפנינו כיושב מחמת ד"א, אינו נראה לפנינו כבעלים ולא אהני ליה ישיבתו בקרקע [דהא דלא מיחה המערער אינו ראייה למחזיק (בפשטות)] אלא ע"י שלא מיחה נר' לנו כבעלים וע"כ בעי לזה ג"ש כמבוי' לעיל כ"ט. וכיון שכן אם אין ישיבתו נראית כישיבת בעלים אין בה כלום]. ובכל חזקה כיון שאין ידיעה או צד כל שהוא לסיבת ישיבתו ממילא נראה לפנינו כבעלים, אך משנודע שירד ברשות אין לו חזקה דאפשר לפרש ישיבתו כיושב ברשות.

אמנם יל"פ באופ"א, דהנה במטלטלין הסכמת כל השיטות דאיכא להאי דינא דירד ברשות אין לו חזקה, והיא גמ' מפורשת לעיל מז. דקאי אמתני' דאומן אין לו חזקה (דבמטלטלין מיירי לכו"ע) דאי בשמסרו לו בעדים אחר אמאי מהימן, ומבוי' דכל שנודע שבא לידו ברשות שוב אין לו חזקה כלל, והבנת הדבר דחזקת מטלטלין יסודה בנוי דדנים על מה שנמצא תחת ידו האיך בא לידו דבפשטות בא לידו בתורת מכירה, וע"כ היכא דנודע לנו שבא לידו באופ"א ל"ש חזקת מטלטלין, וא"כ י"ל דאף חזקת קרקעות כמו"כ והיינו דאחר שנעשה מוחזק בקרקע כל כוחו הוא לטעון איך בא לידו, דמוחזק הוא עדיפות בטו"נ שכשידונו בטענות איך בא לידו יגבר כח המוחזק, ואף במטלטלין איכא מאן דסבר (עיין קצוה"ח קל"ג סק"א) דבעי לטעון איך בא לידו דאף התם הוי רק מוחזקות וכוחו הוא לטעון איך בא לידו, וא"כ דבר פשוט הוא דא"י לטעון כנגד מה שידוע לנו אחרת אף

¹ זה נקטנו למהלך הפשוט בטעם חזקת ג"ש לרבנן (שי' הרמב"ן ורו"ר לעיל כט). ואף לשי' הרא"ש הידועה שם (ומבוי' בקצוה"ח ק"מ סק"ב) דחזקה היא תקנ"ח י"ל דגדר התקנה שיחשב מוחזק ולא שתהא ראייה משתיקתו, אמנם למש"כ שם בעדר"י נר' דהיא ראייה וצ"ע בזה ועיין לקמן.

² היינו דנתבאר הכא דכח מוחזק הוא שע"י שהדבר בחזקתו ותח"י נאמן הוא לטעון על הזמן שבא תח"י בתורת מה בא לידו אמנם אין לו כח יותר מאשר לבאר את מוחזקתו, ועיין ל' בעה"מ לעיל לט: שכ' על שי' זו דירד ברשות אין לו חזקה דס"ל דכל חזקה בתר מעיקרא אזלינן והוא כדברינו.

כשהוא מוחזק דכח מוחזק לטעון הוא כח במקום ספק ולא במקום וודאי, וע"כ לא יאמן ע"י חזקתו אלא צריך להביא ראיה ולקמן יתבאר טפי אי"ה.

והחילוק בין שני מהלכים אלו הוא דלמהלך הא' חסר בעיקר מוחזקתו, שאינו נר' לפנינו כבעלים, משא"כ למהלך הב' הוי מוחזק אלא דאין מוחזקותו מועלת לו לזכות בדין (ודומה לחזקה שאין עמה טענה דנחשב מוחזק רק שאין מועלת לו מוחזקות אלא היכא דטעין). ונפק"מ גדולה יש בזה דהרמב"ן (לט:) הביא דמ"מ נאמן לטעון דחזר וקנאה אחר שירד ברשות במיגו דאי"ב טעין דמתחילת ירידתו קנאה (באופן שלא נודע שירד ברשות אלא מפי עצמו) ולכאו' יל"ד בזה דלמהלך הא' הוי מיגו להוציא דעתה אינו מוחזק כלל, אמנם למהלך הב' הוי מיגו להחזיק דסו"ס מיקרי מוחזק, ומשי' הרמב"ן אין הוכחה לזה דהוא ס"ל בכ"מ דמיגו להוציא אמרינן, אך יל"ע בשי' שאר ראשונים וכן להלכה דקי"ל דמיגו להוציא לא אמרינן ועיין לקמן.

ב. שיטות הראשונים בזה.

שיטת בעה"מ [ביאור הא'] הנה לעיל לט: נפסק דצריך למחות בסוף כל ג' וג' ונח' שם הראשונים אמאי והביא שם הרשב"ם ב' הדיעות, א. שלא יטעון דאחר המחאה לקחה ממנו וכבר עברו ג"ש ולא נזהר בשטרו, ב. כיון דלא מיחה ג' שנים והרגיש הלה בטוח בקרקעו הוי שוב סיבה לאבד שטרו ושוב יש לו חזקה מחמת טענה הראשונה, וברשב"ם הק' על פי' א' אמאי יאמן הא כיון שהודה שירד מתחילה שלא בתורת מכירה שוב אין לו חזקה והיינו

דירד ברשות אין לו חזקה, [ומד' רשב"ם אלו מבוי' בפשיטות דל"מ ליה מיגו, דלשיטתו שנקט כפי' ב' שיכול לישאר בטענה הראשונה א"כ אף בטוען דאחר המחאה לקחה הו"ל להיאמן במיגו דאי"ב היה טוען שאיבד שטרו מטענה הראשונה, ובאמת על כגון זה קאי הרמב"ן הנ"ל וכ' בדעת הרשב"ם דמהני מיגו, וכבר הרגיש בזה הראב"ד בהשגותיו על הרי"ף ותמה על ד' רשב"ם אלו דמי הכריחו להודות עד כדי שלא יהא לו מיגו משום זה, ונמצא דשי' הרשב"ם דל"מ ליה מיגו וכמושנ"ת ועיין לקמן, אמנם יש מקום לדחוק דכוונתו להקשות לשי' הראשונים שחלקו עליו וס"ל דאינו נאמן בטענה הראשונה דלדידהו קשה דהו"ל ירד ברשות ולי"ל מיגו שא"י לישאר בטענתו הראשונה, אך דוחק הוא זה].

אולם בעה"מ שם פי' סוגיין כפי' א' וס"ל דנאמן לטעון דאחר המחאה לקחה ולכאו' פליגי בדינא דירד ברשות אמנם המעיין שם בדבריו ימצא שאינו חולק על שיטה זו אלא כמודה במקצת, דהביא הוכחת הראשונים מלעיל ל"ג. בסוגיא דרבה בר שרשום דאיתא התם דכדי שיוכל לטעון לקוחה ע"י חזקתו הוצרך לכבוש השטר משכנתא, וכ' שם תוס' (ד"ה אכבשיה) דטעמא משום דאל"ה היה נודע שירד ברשות וכל שירד ברשות לי"ל חזקה. והסכים בעה"מ לדעתו דכה"ג ל"ל חזקה רק חלק בסוגיא דדף לט: ובלשונו ביאר החילוק דהתם בשטר ירד לגופה של קרקע ואיתחזק דבמשכנתא אתא לידיה, משא"כ בירד לפירות בלא שטר (דכן פירש סוגיא דדף לט: דטוען שעד המחאה ישב בה לפירות בלא שטר ואחר המחאה חזר וקנאה לגמרי והחזיק

ג"ש) יש לו חזקה אעפ"י שירד ברשות, וכן חילק בין אריס לירד לפירות דהרמב"ן במלחמות הק' עליו ממתנ' לעיל מב. דאריס כיון שירד ברשות שוב אין לו חזקה, וחילק בעה"מ כנ"ל דהתם אריס הוא ואיתחזק מילתא, וכפשוטו חילוק זה צ"ב רב ואינו מובן לכא' אמנם נר' לפרשו דזה תלוי בשני הביאורים דלעיל.

דהנה לבי' הב' שכ' לעיל אי"צ שיהא מוחזק לפנינו כיושב ברשות, דאעפ"י שמוחזק הוא ע"י ישיבתו שנר' כבעלים לא תועיל לו חזקתו דלא מהימן לטעון היאך באה לידו כל שידעין שבא לידו באופ"א, וע"כ אין נפק"מ איך ידעין שירד ברשות, אמנם למהלך הא' הנ"ל יש לדקדק דלא סגי בידיעה איך ירד לקרקע, דזה לא ישנה לנו מה שנר' לפנינו דסוכ"ס ע"י ישיבתו נראה כבעלים דזו הפשטות בדבר, וכדי שיהא נראה לפנינו שיושב מחמת ירידה הראשונה שהיתה ברשות צריך להיות באופן שיתחזק אצלינו כיושב מחמת דבר זה.

ונקדים, דהנה בחזקת מטלטלין למסק' הגמ' לעיל מו. מבואר דאומן אין לו חזקה אפי' בדליכא עדים שמסרו לו לאומנות, ואחר שאינו אומן אי איכא עדים שמסר לו לאומנות וכדו' ג"כ אין לו חזקה, והמעייין ימצא שני חסרונות נפרדים דאומן אף בלא עדים שמסר לו באומנות החיסרון בחזקתו הוא דאין אחיזתו אחיזת בעלות דאחיזתו מיתחזי כאחיזת אומנות, משא"כ אחר שאינו נאמן

אחיזתו אחיזת בעלות דמשו"ה בדליכא עדים יש לו חזקה והא דהיכא דאיכא עדים אין לו חזקה היינו משום דכל כח חזקת מטלטלין הוא לגלות שבא לידו בתורת מכר³ והכא הרי ידעין שבא לידו בתורת אומנות, והיינו דאומן חסר במוחזקות שלו ואחר שאינו אומן חסר בתועלת המוחזקות, (וכ"מ ברמ"ה לעיל מב. במתני' דחילק בין משכנתא לאריס דאריס איתחזיק לעלמא באריסות והיינו חסרונו שאינו נראה כבעלים באחיזתו, ומשכנתא לא איתחזק לעלמא וע"כ אחיזתו אחיזת בעלות, ובזה ביאר הא דצריך למחות ביורד במשכנתא וביורד באריסות א"צ למחות, אך עיקר החילוק כמושנ"ת), ונמצאנו למדים דכדי לבטל מוחזקות בעינן שיתחזק לפנינו לצד אחר ול"ס בידיעה בעלמא.

וא"כ הכ"נ דבעי לבטל מוחזקתו י"ל דלא תיבטל מוחזקותו בקרקע אא"כ יתחזק לפנינו כאחיזה אחרת שיראה כ"א ויאמר שמחזיק באופן זה, וא"כ צדקו ד' בעה"מ דאף בידוע שירד לפירות לא מיקרי יורד ברשות דזה אין מחזיקו באחיזה כזו שתיבטל מוחזקתו דסו"ס נר' לפנינו כבעלים בפשטות ישיבתו, ומשכנתא שאני כמו שביאר בדבריו דכיון דנודע ע"י שטר ושטר אפסרא דארעא הוא מיחשיב שמחזיק את הקרקע בהאי שטרא וא"כ נראית לנו אחיזתו כאחיזת משכנתא וע"כ הוי יורד ברשות, וה"נ חילק גבי אריס דאריס אם נודע שירד ברשות אין לו חזקה

³ בגמ' שבעות מו: מבו' דיסוד חזקת מטלטלין (כפשוטו) הוא משום דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, והיינו שמסתמא בא לידו בתורת מכר, דלא חשדינן ליה בגניבה ומשמע דחזקת מטלטלין הוא סיפור המעשה היאך בא לידו וכ"מ בדינא דגודרות אין להם חזקה מפני שיתכן שגנבם בקל כשהלכו מעצמן ונכנסו לחצרו, אלא דנח' הראשונים אי (האי סתמא דבא לידו בתורת מכר הוי ראייה או דנחשב משו"ה מוחזק דכך מיתחזי בפשטות, אך מ"מ הכל תלוי היאך בא לידו כמושנ"ת.

דאיתחזק לפנינו כיושב באריסות כיון שאריסותו מוכחת עליו.

[ומדבריו שהוצרך לגוונא דמודה שירד לפירות מבואר דאי מודה שמתחילה בגזילה באה לידו שוב אין לו חזקה, וכ"מ בדברי ר' יוחנן לעיל לט: שהק' שם בגמ' דגזלן אין לו חזקה והיינו דדימה סוגיין לגזלן, ונמצאנו למדים חידוש גדול, דגזלן אף שאינו מוחזק בגזלנות אלא ידעינן שדבר זה מתחילה בא לידו בתורת גזילה ל"מ כלל מוחזק, ודלא כשאר אחיזות כגון יורד לפירות ומשכנתא דמיחשב מוחזק, וטעמא, דשאר אחיזות הרי הוא אוחז בדין אלא דיתכן שאינו בעלים א"כ יתכן לראות אחיזתו כאחיזת בעלות כיון דהוא "אוחז" בחפץ, אמנם גזלן שאין לו היתר לאחזו כלל דבעי להשבון לא מיקרי ש"אוחז" בחפץ או הקרקע, וע"כ לא יתכן לחשבו מוחזק, ובזה יש ליישב דהנה נח' הראשונים אי חזקה מטלטלים בעי ראיא גמורה (תפיסתו מוכחת עליו) או דיסודה מוחזקות והיינו דפשטות הדברים מחזיקו שבלקחה באה לידו, ונפק"מ בגוונא שאין אחיזתו מוכחת לגמרי, ועל שי' זו קשה מהא דגודרות אין להם חזקה וטעמא משום דשמא כשהלכו לבדן נכנסו לרשותו וגנבם, ובשלמא אי בעי תפיסה מוכחת א"ש דהכא שמא גנבם אבל אי ל"ב הוכחה וסגי בפשטות אטו שייך לומר דכל אוחז גודרות ברשותו מסתמא גנבם, ויש שיישבו בדוחק אמנם למה שהוכחנו מד' בעה"מ י"ל דהחילוק פשוט דכ"מ שנחלקו הוא רק היכא דאיכא צד שאלה או שכירות⁴ וכדו' דעדיין יש לו היתר

אחיזה א"כ שייך לחשבו מוחזק אף דאין ראיא שקנאם, אמנם היכא דאיכא צד גניבה דאין לו היתר אחיזה לא מיקרי מוחזק כלל והכא לכו"ע בעי שתהא תפיסתו מוכחת שלא גנבם, והוא חי' גדול וילע"ע בזה, ועיין לקמן].

והשתא דאתינו להכי נמצא דביאורים הנ"ל כבר נח' בהם הראשונים, דלעיל במתני' מב. נח' הראשונים בהא דהאומנים והאריסים וכו' אין להם חזקה, דבמתני' איכא דיני חזקת קרקעות (אריסים וכדו') ואף חזקת מטלטלין (אומנים) וגבי חזקת מטלטלין הבאנו לעיל ד' הגמ' לעיל מו. דמירי בלא עדים דהיכא דאיכא עדים ל"ש אומן מאחר, אבל גבי קרקע נח' הראשונים דהרמ"ה שם כ' דל"ש ממטלטלין ואף אריסים מירי בדליכא עדים דאי איכא עדים אחר אמאי מהימן, אמנם המאירי שם וכן הריטב"א פירשו דמתני' בעדים ואחר כה"ג מהימן, וכן נח' להלכה דהטור (קמט כט) פסק דאריס יש לו חזקה בשדה שאין ידוע איך ירד לה וכן נקטו כל הפוסקים ודייקו אף מד' הרמב"ם כן, ונמצא שפירשו המשנה דאריס אין לו חזקה בירד בעדים ומ"מ דווקא אריס אבל אחר מהימן וכד' הריטב"א, אמנם בנתה"מ שם סקי"ג הוכיח מד' התוס' לק' מ"ז: ד"ה ומעמידין דבנאי (אומן קרקעות) אין לו חזקה אף כשלא נודע איך ירד.

ומבו' דנח' בתרתי אריס בלא עדים ועדים בלא אריס דלהרמ"ה (ותוס') כ"א חיסרון לעצמו כמושנ"ת לעיל גבי מטלטלין ולשא"ר בעי שניהם, והא דאריס לחודיה אינו חסרון צ"ל

⁴ כגון כלים שעשוין להשאיל ולהשכיר אך אין הדרך להשאילם תמיד שאין סתם אחיזתם בשאלה.

דאריס אינו סיבה שלא יהיו לו נכסים דאף אריס שייך בו בעלות על קרקעות, אלא הוא סיבה שאם יהא לנו צד שאוחזו עדיין באריסות כגון שנודע ע"י עדים נאמר דאף השתא אוחזו באריסות, אמנם הא דעדים לחודיה אינו חסרון מבו' דעדיף חזקת קרקעות מחזקת מטלטלין, דבקרקע אף שנודע לנו שבא לידו באריסות לא נאמר דעכשיו ג"כ באריסות הוא אצלו אא"כ יתחזק לנו שאריס הוא, דאל"ה נר' לפנינו כבעלים והוא כשי' בעה"מ שביארנו דאף שירד ברשות יש לו חזקה אא"כ התחזק לנו דהשתא ברשות יושב בה.

שיטת הרמ"ה [ביאור הב'] ונמצא דד' הרמ"ה לעיל במתני' דהיכא דאיכא עדים אף אחר שאינו אריס אין לו חזקה אתי כמהלך הב' הנ"ל, וכמושנ"ת דלמהלך זה אין צריך שיתחזק לפנינו אלא כל שנודע שירד ברשות אין לו חזקה וע"כ היכא דאיכא עדים אף אחר לא מהימן, והם ד' הרמב"ן במלחמות שחלק על בעה"מ הנ"ל וס"ל דאף היכא דירד לפירות מיקרי יורד ברשות ואין לו חזקה, וכ' להקשות מהך גמ' דבמתני' איתא דאריס אין לו חזקה וע"ז אמרו בגמ' דאי דאיכא עדים אחר אמאי מהימן, והיינו כד' הרמ"ה הנ"ל.

וארווחנא בזה הבנת קו' הרמב"ן על הרשב"ם לק' נ: דהתם שו"ט בדינא דאין מחזיקין בנכסי אשת איש (דאי"צ למחות דסומכת על בעלה שימחה) והק' התם ממימרא דרב דאשת איש צריכה למחות, ות"י הסתירה בכמה אופנים

ובסוף הסוגיא תי' ר' יוסף דהך דצריכה למחות מיירי באחר וכגון דישוב בה בחיי הבעל ואחר מיתתו ישוב ג"ש בפני האשה, ופי' רשב"ם דצריכה למחות מפני שישוב בה ג"ש אחר מיתת הבעל והחידוש הוא דיכול לטעון שקנאה כבר בחיי הבעל מיגו דאי"ב טען שקנאה מהאשה, והק' רשב"ם איך היה נאמן שקנאה מהאשה הא הוי יורד ברשות שהרי דר בה בחיי הבעל, ומ"ש מאריס וכל כה"ג, ודחה דאלו אין להם זמן משא"כ בבעל אף שהקונה נכסי מילוג מן הבעל בידוע שאין לו אלא פירות הכל יודעים דמשמת הבעל בטל קנין פירותיו ובע"כ קנאה שוב מן האשה, ותמה עליו הרמב"ן דזהו כל דינא דירד ברשות דאף אחר הזמן אין לו חזקה ומ"ש ממשכנתא בשטר לי' שנים⁵.

והנה למהלך הא' הנ"ל אי"ז קושיא כלל דבנכסי א"א מכמה טעמי לא איתחזק לנו כיורד לפירות, א. הזמן ידוע לעולם דהכל יודעים דאחר מיתה ליכא פירות ודלא כשטר לי' שנים שאין הכל יודעים הזמן. ב. אף אם בחיי הבעל היתה ירידתו רק לפירות הר"ז מכח הבעל שהיו הפירות שלו אז, א"כ כשנרצה לומר דאף השתא לפירות יושב בה נוכרח לומר דהוא מכח האשה דכיון שמת הבעל פוקע הקנין פירות מן הלוקח ושייך לאשה, וכיון דבע"כ היתה כאן ירידה מחודשת א"א להחזיקה כירידה לפירות דבירידה זו לא נודע ולא מידי איך ירד, ובע"כ דקו' הרמב"ן לפי שיטתו שיסדנו לעיל דס"ל כמהלך הב' דכל

⁵ ודבר פשוט דהרשב"ם יודה דאף אחר הזמן אין לו חזקה דבתוך הזמן אי"צ לדינא דירד ברשות, דהשתא ברשות יושב בה, וביותר, דאלת"ה בסוגיא דלעיל לט: הרי לא ידעינן שישוב בה קודם ברשות אלא על פיו והוא טען שהיה זה רק לג' שנים ואינו יורד ברשות.

שנודע איך ירד אין לו חזקה וא"כ שפיר הק' מ"ש מחזיק אחר מיתת הבעל ממשכנתא לי שנים.

בירור דעת הרשב"ם ותוס', ובזה גופא יש ליישב שי' הרשב"ם דהוא ס"ל כמהלך הא' הנ"ל וע"כ בעי שיתחזק לפנינו כיורד לפירות ובנכסי א"א לא איתחזק כמושנ"ת וכ"מ מתוך לשונו דכ' בסוה"ד וז"ל כשמת הבעל הרי זה כאילו יורד עכשיו מחדש לשדה אישה זו וכו', ע"כ. (והוא כחילוק הב' הנ"ל) ולק"מ קו' הרמב"ן, ויש להוכיח דכן ס"ל דלעיל מ"ו: ד"ה אריס (הראשון) פי' דאריס דאין לו חזקה היינו בירד בעדים, והיינו כדברי הריטב"א הנ"ל וכבר יסדנו דאי ס"ל הכי בע"כ ס"ל כמהלך הא' וכמושנ"ת וא"כ מיושבים ד' הרשב"ם היטב.

אלא דיש לברר א"כ אמאי חלק לעיל לט: ע"ד בעה"מ, הא תרויהו ס"ל דגדר ירד ברשות דיהא מוחזק לפנינו בירידה זו ואי בירד לפירות לא איתחזק כמושנ"ת בדברי בעה"מ מ"ש לשי' הרשב"ם, וליישוב זאת יש להקדים דלכאנ' אף התוס' ס"ל כשי' זו דהנה הרמב"ן בכ"מ שהביא יסוד זה דירד ברשות (לג. לט: נ: ועוד) הביא שני סוגיות דמצא בהם דין זה א. קטן והגדיל ויתבאר לק' הוכחתו ב. גמ' לעיל מו. במטלטלין דאיכא עדים אחר אמאי מהימן, אמנם התוס' לעיל לג. הביאו ג"כ יסוד זה ולא הביא סוגיות אלו כלל אלא דימה למטלטלין העשויין להשאיל ולהשכיר ודינא דאריס אומן וגזלן, והחילוק ביניהם מתבקש.

ואכן כשנדון בטעמי הדבר יראה שהוא מוכרח דהנה למהלך הב' שביארנו לעיל דכל כח המוחזק הוא לטעון ולבאר אמאי מחזיקו והיינו לגלות על הזמן שבא לידו אמאי בא לידו, ז"פ דאין ראייה מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דהתם לא ידעינן איך בא לידו אלא דיתכן שבאו לידו בשאלה, והתם החיסרון הוא בחזקתו גרידא דלא מקרי מוחזק כ"כ מפני שיתכן ששאלם, ובחיסרון זה פשוט דשאני קרקע ממטלטלין דחזקת קרקעות דג"ש אין בה צד שאלה ושכירות דכבר נראה כבעלים, (וכפשוטו מבואר בגמ' לעיל כט. דקרקע העשויה להשכיר שייך בה חזקה דאיתא התם שמחזיק ע"י שהשכירה לאחרים והשוכרים מעידים על חזקתו, והק' שם בגמ' דהוי נוגעים בעדות דיתחייבו לשלם למר"ק השכירות ומבו' דפשיט"ל לגמ' דצריכים לשלם ואי בקרקע דלא קיימא לאגרא אינו ברור אמאי ישלמו, דרק בקיימא לאגרא חייבים כדבר פשוט מדין זה נהנה וז"ח⁶), וע"כ הוכיח הרמב"ן ממטלטלין היכא דאיכא עדים דאז החסרון משום דמוחזק צריך לטעון איך באו לידו ודימה לזה חזקת קרקעות כנ"ל.

משא"כ למהלך הא' הנ"ל דלא מיקרי מוחזק נמצא להיפך דלמטלטלין דאיכא עדים אין לדמות, דל"ש לומר דמשו"ה יהא מוחזק לנו בדבר זה וכמושנ"ת לעיל בארוכה החילוק בין מטלטלין לקרקעות, ורק מדברים העשויים להשאיל יש לדמות לסוגיין דהתם החסרון הוא במוחזקות שנראה הדבר לפנינו כמחזיקים בתורת שאלה ושכירות⁷ והוא דינא דיורד

⁶ וביותר דאי אינה עשויה להשאיל ולהשכיר יל"ד שאין חזקתו בקרקע כלום דלא אחזיק כדמחזקי אינשי
⁷ וכמובן שהוא רק בחזקת מטלטלין דלאלתר ולא בחזקת קרקעות דג"ש כמושנ"ת לעיל.

ברשות היכא דאיתחזק לפנינו, והוא מה שהוכיחו תוס' מאריס ואומן דהתם ע"י שיוודע לנו בעדים איך בא לידו יתחזק לנו שיושב מחמת ירידה זו ולא תהא לו חזקה, (וע"כ לא הוכיח הרמב"ן מאריס וכדו' דהתם לפי שיטתו מייירי דליכא עדים ואי"ז דינא דירד ברשות כלל, דלשיטתו ע"ז קאמר' בגמ' דאי דאיכא עדים אחר אמאי מהימן דהא הוי יורד ברשות ומבו' דאריס דליכא עדים חסרון אחר הוא וכנ"ל). נמצא דאף התוס' כבעה"מ ס"ל ומ"מ חלקו עליו שם ד' ל"ט: (ד"ה וצריך) וכתבו כרשב"ם, וצ"ב אמאי.

ויל"ב בשני אופנים א. בתוכ"ד כ' בעה"מ וז"ל דמצי אמר מעיקרא לפירות ירדתי וכו' דהא אמר ר' זביד (לג:): אם טעין ואמר לפירות ירדתי נאמן, ע"כ. וחזינן שהוצרך לחי' דר"ז שיאמן המחזיק שקודם המחאה ישב לפירות, וה"ט דבלא זה אינו נאמן לטעון כן כנגד מר"ק הטוען שגזלה דאין לו כח כלל (דק ע"י טענתו יחשב מוחזק אמנם עדיין אינו מוחזק), והנה שם בדברי ר"ז נח' הראשונים אי נאמן רק על לשעבר או אף להבא (עיין תוס' ורמב"ן שם) והיינו דדעת התוס' דלא מהני אלא לגבי הפירות שכבר אכל אך ובוודאי דלא נניח הקרקע בידו עפ"י טענתו, אמנם הרמב"ן שם נקט כפשוטו דמהני ליה טענתו על להבא ג"כ, וא"כ יל"ד דהכא טענתו הוא כעין להבא דע"י טענתו נחזיק הקרקע אצלו לעולם ומהכ"ת דנאמן כה"ג, וכ"מ מדברי התוס' דהק' לשי' בעה"מ דא"כ שפיר הקשה ר' יוחנן שם (לט:): דגזלן אין לו חזקה, והיינו דהבנת התוס' דכה"ג אמרינן דמעיקרא בתורת גזילה ישב בה והיינו לפי שאינו נאמן לומר לפירות ירדתי.

ב. יתכן שחלק על חי' בעה"מ דירידה לפירות אינה אחיזת הקרקע לומר שהוחזק בפנינו כן וס"ל דמייקרי ירידה לגופה של קרקע ואיתחזק לפנינו כיורד לפירות וכ"מ מדברי הרשב"ם לק' נ: דמבואר דמעיקר הדין שייך דין ירד ברשות בקנה מן הבעל (אי לאו החילוקים הנ"ל) וכל חסרונו בקנה מן הבעל הוא דהוי יורד לפירות, משמע דאף כה"ג איכא דין ירד ברשות כמושנ"ת.

שיטת הרשב"א [כהרמ"ה], והנה בסוגיא דלק' נ: תי' הרשב"א באופ"א, דהתם אין ידוע שירד ברשות דיתכן שקנאה לגמרי מן האשה בחיי הבעל, ומו"ה יש לו חזקה משא"כ בידוע שירד ברשות אין לו חזקה, אמנם הרמב"ן חלק גם על שי' זו וס"ל דאף כה"ג איכא דין ירד ברשות, וע"כ פי' דמייירי שאין עדים שכבר ישב בה בחיי הבעל וע"כ אשת איש צריכה למחות מיד כשמת בעלה, ולא תסמוך על זה שירד בחיי בעלה ואין לו חזקה דאין לה איך להוכיח שירד אז, ומבו' דאי איכא עדים אין לו חזקה מדין ירד ברשות, וצ"ב רב דאף למהלך הב' הנ"ל נכונים ד' הרשב"א, דנתבאר דכל כח מוחזק הוא לטעון על הזמן שבא לידו וע"כ אם ידוע לנו איך בא לידו אין לו חזקה, א"כ זה דווקא בידוע לנו איך ירד ולא בדאיכא ספק דאז אדרבא, זהו כוחו וחזקתו לטעון במקום ספק.

שיטת הרמב"ן [ביאור מחודש], ולבאר שי' הרמב"ן באנו לסוגיא הב' שהביא הרמב"ן למקור דין ירד ברשות, מחזיק בנכסי קטן והגדיל, דמבו' בגמ' (ב"מ לט: כתובות יז:): דהמחזיק בנכסי יתומים קטנים אין לו חזקה

(דאין להם דעת למחות⁸) ואף אם החזיק עוד ג"ש משהגדיל וטוען שקנאה מן הבן אחר שהגדיל אין לו חזקה, ונח' שם הראשונים בטעם הדבר דרו"ר פירשו הטעם משום דלא נודע לו מנכסים הללו שהרי בקטנותו מת האב ואף כשהגדיל כבר החזיק בהם וע"כ לא מיחה, אמנם הרמב"ן והר"ן פירשו דטעמא משום דירד ברשות אין לו חזקה, והתם הוי ספק דמהכ"ת לומר בוודאי שלא קנאה הא לא נודע כלום בזה, והמעין בד' הר"ן שם ימצא נחת דכ' דכל שבתחילת ירידתו אין לו חזקה שוב אין לו חזקה לעולם, והיינו דהכא כיון שהחזיק בקטנותו דאז לי"ל חזקה אעפ"י שהחזיק בגדלותו אין לו חזקה, ומבו' בדבריו דזהו גדר ירד ברשות בכ"מ, ולבאר דבריו יש להקדים הבנה מחודשת בגדר חזקת מטלטלין וקרקעות.

דהנה נח' הראשונים בגדר דברים העשויין להשאיל ולהשכיר, דבפשטות הכוונה (וכ"כ רשב"ם לעיל מו:) דחזקת מטלטלין הוי ראייה, דאיך בא לידו אי לאו במכירה דהא אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, וע"כ כיון דעשויין להשאיל ולהשכיר יתכן שבא לידו בשאלה ושכירות ואין תפיסתו מוכחת מכירה, אמנם הרמב"ם (טו"נ פ"ח ה"ט) כתב דדין זה לא נאמר אלא בדברים שתחילת עשייתן לשאלה ושכירות והיינו דעומדין להשאיל ולהשכיר, ומבו' דשאר כלים אע"ג דיתכן דהשאילו או השכירו מ"מ אית ליה חזקה, והיינו דאין גדר חזקת מטלטלין הא דתפיסתו מוכחת דאפי'

באינה מוכחת איכא חזקה, ובע"כ שגדר חזקת מטלטלין לשיטתו היא מדין מוחזקות והיינו שבאחיותו למטלטלין הר"ז בשליטתו בזה שנמצא תחי' ובזה מיחשב "בעלים" והוי מוחזק, ומשו"ה רק בדברים שתחילת עשייתן לשאלה ושכירות אינו מוחזק דנראה לכל ומוחזק לעינינו כמחזיק בשאלה ושכירות.

אמנם זה תמוה דהנה מבו' בגמ' (לעיל לו.) דגודרות (היינו בע"ח המהלכים) אין להם חזקת מטלטלין וטעמא כ' הראשונים דכיון דמהלכים יתכן שלקחם מן השוק או נכנסו לרשותו ועיכבם ולא באו לידו בתורת מכירה אלא בתורת גניבה, (ול"ש בזה כללא דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן כיון דכה"ג הוי דבר קל לגנוב ושפיר שכיח גנבים שגונבים כן). והנה בשלמא אי חזקת מטלטלין בעי להראיה מתפיסתו א"ש דהכא יתכן שגנבם וליכא ראייה אמנם אי חזקת מטלטלין הוי כמוחזקות כשי' הרמב"ם איך שייך לומר דגודרות דחזין ליה ביד א' שאינו בעליהן בפשטות הוי גניבה, הא וודאי אע"ג דלא נאמר הכא כללא דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן מ"מ גם לא נאמר הכלל להפך דמחזקינן בגניבה, אלא הוי ספק ומהכ"ת תיבטל מוחזקותו⁹, והשתא דאתינן להכי יש להקשות ביותר אמאי הוצרכה הגמ' (שבועות מו:) לייסד כללא דאחזוקי אינשי בגנבי וכו' הא אף בלא כלל זה אין וודאות או קרוב לוודאי שגנב וא"כ הוי רק ספק ואמאי לא יחשב מוחזק כנ"ל, (והתם יש

⁸ בין בטוען שקנה מן האב ובין בטוען שקנאה מן הקטן דאז וודאי אין לו חזקה דאין לו דעת למכור.
⁹ והיינו דל"ש מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואין תחילת עשייתן לשאלה ושכירות דהא התם יתכן ששכרם רק אינו מוחזק ששכרם כיון שאין עומדין לכך והכ"נ ל"ש.

שיישבו קצת בדוחק אך אי"ז נר' מפשטות ד' הגמ' שם).

ומן ההכרח לבאר דכ"מ שנח' הראשונים אי בעי ראייה או דסגי במוחזקות הוא רק כלפי צדדים שבאו לידו שלא בתורת מכירה כגון צד שאלה ושכירות או אומנות וכדו', אמנם כלפי צד גניבה הסכמת כל הראשונים דבעינן לתפיסת ראייה שלא גנבם וה"ט כמו שהוכחנו לעיל מד' בעה"מ דאם איכא צד שגנבם והיינו שאין לו היתר אחיזה בו הר"ז ספק בעצם מוחזקותו ולא מיחשב מוחזק, ולזה הוצרכו לחדש כלל דאחזוקי אינשי וכו' ומשו"ה גודרות דליכא ראייה מתפיסתו יתכן שגנבם ואינו מוחזק, ורק בספק דצד שאלה ושכירות וכיוצ"ב אז עכ"פ אית ליה היתר אחיזה והיינו דלכל הצדדים החפץ תח"י ובשליטתו כבעלים אלא שעכשו מספק"ל אי באו לידו בתורת שאלה או בתורת מכירה, ובזה נח' הראשונים אי בעי הוכחה מתפיסתו אף על שלא שאלם או דסגי במה שמוחזק בדבר שיוכל לטעון שקנאם דסוכ"ס מוחזק הוא.

א"כ י"ל דהרמב"ן חידש דאף חזקת קרקעות צריכה מתחילתה לחזקת מטלטלין, והיינו דוודאי חזקת קרקעות מדין מוחזקות היא ומוחזקות דקרקעות אינה אלא כשנראה לפנינו כבעלים ושאינו מוחזקת מטלטלין ביסוד החזקה, ומשו"ה י"ל כדבר פשוט דקרקע העשויה להשאיל ולהשכיר מהני בה חזקה ודלא כמטלטלין (דלא אשתמיט שום מ"ד לחדש דבקרקע כה"ג ליכא חזקה), והחילוק פשוט הוא דחזקת קרקעות דבג"ש היא הויא

חזקה עדיפא ומהני לבטל צד שאלה ושכירות משא"כ חזקת מטלטלין דלאלתר, אמנם לגבי הראיה מירידתו לקרקע ס"ל לרמב"ן דאף בקרקע בעינן לראיה זו לבטל צד גניבה כדי שיוכל ליחשב מוחזק, וראיה זו תהיה משום דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן דלא חשדינן לאינשי בירידה לנכסי חבירו בגניבה כיון דהוי דבר קשה ומחמת פחד אינו יורד¹⁰, וא"כ בכל מחזיק בנכסי חבירו איכא מתחילה כעין ראייה שלא גנבה ומהשתא כלפי צדדים אחרים שיש בכאן כגון ששאלה או שכרה מהני חזקתו, (ויתכן דאף צד גניבה לא בטל לגמרי דוודאי דבקרקעות ל"ש טעמא דאחזוקי אינשי וכו' כ"כ כבמטלטלין דוודאי קל יותר ליכנס לקרקע, ומשו"ה אף דכשטוען המר"ק שגזלה אין לו חזקה לאלתר, אמנם כל זמן שהיה ספק השקול אי לקחה או גנבה לא תהני ליה מוחזקות דהוי ספק במוחזקותו אלא בעי קצת הוכחה שלא גנבם ומעתה מוחזק הוא אף כלפי צד גניבה דהפשטות היא שלא גנבה ועיין).

נמצאנו למדים א"כ טעם מחודש בכל יורד ברשות דאין לו חזקה, דכיון דאינו יכול לטעון על הזמן שירד לקרקע בתחילה שקנאה אז מכל טעם שהוא, ומוכרח לומר שקנאה שוב אח"כ בלא ירידה מחודשת א"כ כשנבא לדון על הזמן שטוען שקנאה לא תהיה לנו הראיה מירידתו, דכיון שמעיקרא ישב בה מאיזה טעם שיהיה יתכן שעכשו יושב בה בגניבה ונשארה בידו מזמן זה, דהכא ליכא האי כללא דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן דקל לו

¹⁰ והיה מקום לבאר דזו כוונת הגמ' לעיל לג: בסברת לא חציף והוא כעין אחזוקי אינשי דמטלטלין.

לגנבה שכבר היתה ברשותו בהיתר והוי כגודרות ומשו"ה לא תהני חזקתו, והם דברי הר"ן בכתובות שם דכל שבתחילת ירידתו ל"ל חזקה שוב לא תהא לו חזקה ומשו"ה מחזיק בנכסי קטן אעפ"י שהגדיל אין לו חזקה, דכיון שאינו נאמן לטעון שקנאה בקטנותו אמרינן דהיתה אצלו בא' מהרבה אופנים א"כ השתא שנבא לדון אם חזר וקנאה כשהגדיל ל"ש חזקה דיתכן שנשארה בידו בגניבה, וכן במחזיק בנכסי א"א כיון דאינו נאמן לומר שקנאה בחיי הבעל נקטינן שישיב בה מכל סיבה שהיא ומשו"ה אינו נאמן לומר שקנאה אחר מיתתו, דשמא נשארה בידו בגניבה והוי ספק בעצם מוחזקותו.

והנה דעת הרשב"א דבספק ליכא דין ירד ברשות וביארנו שיטתו היטב לפי"מ שפירשנו לעיל דכל כח מוחזק הוא לטעון על הזמן שירד בה איך ירד א"כ רק אם ידוע לנו איך ירד לא יאמן בלא ראיה, אמנם אחר מה שנתבאר יש לתמוה דאעפ"י שנודע על הירידה הראשונה איך ירד מ"מ ליכא ידיעה על הזמן שטוען שקנאה שבזמן זה היתה בידו מטעם אחר, דבשלמא למה שפי' בד' הרמב"ן נמצא דעצם זה דבירידה השניה ליכא ראיה מירידתו סגי לבטל חזקתו אמנם הרשב"א לא ס"ל הכי וא"כ שפיר צריך לדון לפי שיטתו אמאי לא נחזיקנו ויאמן לטעון איך באה לידו מחמת הספק איך באה לידו בירידה השניה דהתם ליכא ידיעה ונאמן ע"י חזקתו לטעון שקנאה.

ובלשונו לק' נ: נראה שהרגיש בזה וכתב דכל שנודע לנו על הירידה הראשונה שלא קנאה כשנבא לדון על השניה וטוען שקנאה הר"ז

מחדש והמחדש עליו להביא ראיה, וביאורו דכיון שנודע על תחילת ירידתו שהיתה בשאלה או באומנות וכדו' א"כ מה שטוען שקנאה אח"כ הר"ז מוציא מן הפשטות ומיקרי כאי' ידוע לנו שאף בזמן זה היתה בידו בשאלה או באומנות וכדו', וא"כ חזרנו לדבריו דכל שידוע לנו (או דפשיטא לנו) איך ירד אינו נאמן לטעון ההיפך ע"י חזקתו, משא"כ בגוונא דתחי' ירידתו ספק איך ירד נמצא דליכא ידיעה או פשטות על הזמן שטוען וע"כ נאמן ע"י חזקתו לטעון שקנאה בזמן זה.

נמצאנו למדים ג' מהלכים בגדר ירד ברשות א. שי' בעה"מ וסיעתו דהוא חסרון במוחזקות, שאינו נראה לפנינו כבעלים אלא כיושב מחמת ירידה הראשונה. ב. שי' הרשב"א דהוא חסרון בתועלת המוחזקות, דא"י לטעון כנגד דבר הידוע לנו או הפשוט לנו בלא ראיה ג. שי' הרמב"ן והר"ן דהוא חסרון ביסוד המוחזקות, דכיון דאיכא צד גניבה ולצד זה לא מיחשב מוחזק ל"מ מוחזקותו להפקיע צד זה.

דעת החולקים (בעל העיטור), הרשב"א (לג.)
הביא ד' בעל העיטור משמיה דהר"י מיגאש משמיה דהרי"ף שחלק וס"ל דאף ירד ברשות יש לו חזקה, ובטעמו כ' הרשב"א דחזקת ג"ש אינה מוחזקות כמושנ"ת עד השתא אלא גדרה ראיה מדלא מיחה וראיה זו מהני אף במקום שירד ברשות, אכן צ"ב הבנת ראיה זו למסק' הגמ' לעיל כט. דטעמא דחזקה משום דעד ג"ש מזדהר איניש בשטריה טפי לא מזדהר דלא משמע התם צד ראיה כלל.

ויתכן לומר דס"ל כדברי רבינו יונה שם שביאר ד' הגמ' באופ"א וז"ל כיון דטפי לא מיזדהר

ג. ביאור סוגיות הגמ'.

א. לעיל מו: מבואר דאריס שאכל מעיקרא חציה ככל אריס והתחיל לאכול כולה ג"ש הוי חזקה ולכאו' הוי יורד ברשות דבתחילתו אריס היה, אמנם י"ל דאין ראייה מהתם דכיון ששינה צורת אכילתו והתחיל לאכול כולה לא מיבעיא לשי' הרשב"ם וסיעתו דתלוי במה שאיתחזק לפנינו דהכא אינו נראה כאריס דהתחיל לאכול כולה והיינו כבעלים, אלא אף לשי' הרשב"א והרמב"ן י"ל דמה שהתחיל לאכול כולה הר"ז כירידה מחודשת לכל הקרקע ועל ירידה זו לית לנו ידיעה (לשי' הרשב"א) וכן שייך הכא אחזוקי אינשי בגנבי (לשי' הרמב"ן). דבעי לשנות מאכילתו שאכל עד השתא.

אולם הרשב"א הביא דבעל העיטור הוכיח מהכא כשיטתו, וביאר, דמשמע ליה דאף אם יאכל חציה תהא לו חזקה ובע"כ טעמא משום דהו"ל למחויי והוי ראייה, אך צ"ע דמלשון הגמ' לא משמע כלל (דז"ל הגמ' שם. אריס אין לו חזקה, אמאי, עד האידנא פלגא והשתא כולה, אמר ר"י באריסי בתי אבות, ע"כ). אמנם יתכן דזה תלוי בביאור תי' הגמ' דאריסי בתי אבות דברשב"ם וברוב הראשונים משמע דאריסי בתי אבות אינם למחצה אלא מקבלים כל תבואת השדה וחולקים עם הבעלים בשנים, וא"כ בע"כ דקו' הגמ' כפשוטו כמושנ"ת דאריס שאכל רק מחצה יש לו חזקה באכילת כולה ואריס בתי אבות שלעולם אוכל כולה שאני, אמנם הרשב"א (וכן המאירי) בי'

אית ליה למחויי ומדלא מיחה אמרינן דוודאי זבנה, לפי שהטילו חכמים עליו למחות כיון דטפי לא מידהר איניש בשטריה, ע"כ. היינו דמפני תיקון העולם תקנו חכמים שיצטרך למחות בסוף ג' שנים ומדלא מיחה הוי ראייה שאינו בעלים, א"כ אפשר דאעפ"י שירד ברשות מ"מ הו"ל למחות בסוף ג"ש מתקנ"ח ואי לא מיחה הוי ראייה שאכן קנאה כפי שטוען שחזר וקנאה, ואכן המעיין בד' ר"י ל"ק: נ: ימצא שכ' בפירוש דשמעינן מהך סוגיא דאעפ"י שירד בה בזמן שלא היתה לו חזקה אם ישב בה אח"כ ג"ש יש לו חזקה דבתר סוף חזקה אזלינן ולא בתר תחילתה, ובתוכ"ד אף הוסיף דאם החזיק ג"ש הו"ל למחויי והיינו משום דחזקת ג"ש ראייה היא מדהו"ל למחויי¹¹.

אמנם אפי' אם הוי ראייה ז"ב שבתוך זמן המשכנתא לא יהא נאמן אפי' אם החזיק ג"ש בלא מחאה וכ"כ להדיא הרשב"א בד' בעל העיטור וכ"כ בעדר"י, וטעם הדבר נראה דכל שיש לו הוכחה שהורידו במשכנתא לזמן זה אי"צ למחות דסומך דעתו שיוכיח בב"ד ע"י השטר או עדים שיושב במשכנתא, ורק באין ידוע שהורידו במשכנתא או כשאין הזמן ידוע או לאחר הזמן הנקצב במשכנתא צריך למחות בו ומדלא מיחה הוי ראייה.

¹¹ אמנם ראיתי שיש מפרשים דבריו כשי' הרשב"א דרך בספק איך ירד אין לו חזקה אמנם לא משמע כן בדבריו כלל, וגם אין לפרש בדבריו כן דלעיל ל"א. כתב דירד ברשות יש לו חזקה אעפ"י שבוודאי לא קנאה כיון דטען שירד לפירות וזהו נגד דבריהם דמייירי שם בידוע שלא קנאה מתחילה, שהרי ישב בה קודם הזמן שכתוב בשטר המכירה של המוכרה לו, ומ"מ יכול לטעון שחזר וקנאה ממנו אחר זמן זה ומה שישב בה קודם טעין דלפירות ירד ויש לו חזקה, ובע"כ דהביאור בדבריו כמושנ"ת דס"ל כשי' בעל העיטור דירד ברשות יש לו חזקה.

דאריסי בתי אבות היינו כיון דדרכם לאכול כמה שנים אין הדרך למחות בהם, וא"כ מבוי דכל מעלתם מה שאין ראייה מדלא מיחה וא"כ לפי"ז באריס סתם דהו"ל למחות איכא ראייה (להסוברים דחזקה הוי ראייה) וע"כ הוכיח בעל העיטור דאף באכל חציה יש חזקה לאריס מדהו"ל למחויי.

ב. שם. אריס שהוריד אריסין, מבוי התם דאף אריס בתי אבות אם הוריד אריסין אחרים תחתיו יש לו חזקה וזה צ"ע רב לשי' הראשונים הנ"ל דהוי יורד ברשות שלא ירד מחדש אלא עשה מעשה המחייב את הבעלים למחות כיון שאי"ז הדרך, ושמא י"ל דהא דהו"ל למחות בהוריד אריסין ראייה גדולה היא ומהני במקום החזקה (וכ"כ רמב"ן ל"ק נ: גבי חפר בה בורות שיחין ומערות דהוי ראייה מדלא מיחה, ומ"מ בעי ג"ש דאיכא ריעותא דאחוי שטרך), ובל' רשב"ם משמע ג"כ דהוי ראייה גמורה דכ' שם בד"ה יש לו וז"ל דלא עביד בעה"ב דנחתי אריסים נכרים בארעא בלא רשותו ושתיק, ע"כ. וכ"מ בד' הפוסקים דבשו"ע (קמ"ט כ"ו) הביא דין זה והוסיף משום דאין הדרך לשתוק בכה"ג.

ג. מ"ז. בן אומן ובן אריס דאתו בטענה דנפשיה (שקנו הם עצמם את הקרקע) יש להם חזקה. ולכאנ' הוי יורדים ברשות מחמת שדרו בה עם אביהם, בזה מצאנו ג' מהלכים ליישבו וכנר' דתלוי בג' השיטות הנ"ל, הסמ"ע (קנ) כ' דכיון שנשתנה שמו וענינו יש לו חזקה וכיוצ"ב ביאר הא דא"א צריכה למחות באחר שירד לנכסיה אפי' שירד בחיי בעלה אם דר בה ג"ש אחר מיתה, דלא מיקרי יורד ברשות דאחר מיתה

הבעל נשתנה שמו וענינו, וזה מבוי היטב לשי' רשב"ם (ובעה"מ) וסיעתו דכיון דנשתנה שמו וענינו לא שייך להחזיקו לפנינו כיורד מחמת אריסות וכנ"ל.

אמנם התומים (שם סק"ב והביאו הנתיב"מ) כ' דמייירי שאין ידוע איך ירדו אבותיהם אלא דאבותיהם מחמת שהם עצמן אריסין ואומנים לא שייך בהם חזקה דאינם נראים כבעלים, אבל בניהם וודאי דשייך בהם חזקה דהם נראים כבעלים וכיון דאין ידוע על תחילת ירידתם נאמנים לומר שירדו במכירה, וזהו כשי' הרשב"א הנ"ל דהכל תלוי בידיעה על תחילת ירידתו ובספק ליכא דין ירד ברשות.

אמנם בשו"ת הריב"ש (שכז) הביא בתחילת התשובה ד' הרמב"ן הנ"ל וע"כ הכריח דהא דבן אומן ובן אריס יש להם חזקה הוא רק בדלא דרו שם עם אביהם, אכן אם דרו עם אביהם והמשיכו לבדם אין להם חזקה, וזהו ממש כמושנ"ת בשי' הרמב"ן דאם היה בקרקע בזמן שלא היה לו חזקה מעתה לא שייך שוב חזקה דנאמר שיושב שם מחמת שכבר ישב בה מקודם ולית ליה הראיה מירידתו.

ד. שם. ירד מאריסותו יש לו חזקה, גם שם צ"ב דהוי יורד ברשות דבתחילה באריסות ירד בה, (ומצאתי דיש שדייקו (שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רמ"ט) מד' הרמב"ם שפסק דירד מאומנותו יש לו חזקה אם החזיק ג"ש דס"ל דירד ברשות יש לו חזקה אמנם לענ"ד אי"ז ראייה מוכרחת וכדלקמן.) ויתכן לומר הכא כתירוצי האחרונים גבי בן אומן ובן אריס, היינו דלד' רשב"ם נאמר דהכא כיון שירד

ר' יבון שמערתא בבא בתרא

מאריסותו נשתנה שמו וענינו ואינו נר' לפנינו כיורד לאריסות וכדכ' הסמ"ע, ולד' הרשב"א י"ל דהכא דווקא כשאין ידוע שירד מתחילה באריסות והא דאין לו חזקה בהיותו אריס הוא מחמת שאינו נר' כבעלים אבל משירד מאריסותו וישב בה ג"ש הוי חזקה ויכול לטעון שקנאה כיון דלא ידעינן איך ירד בה וכדכ' התומים, ולשי' הרמב"ן י"ל דרק בקרקעות שבאו לידו אחר שירד מאריסותו יש לו חזקה וכמוש"כ הריב"ש.

[ועיין דבתוס' ד"ה ירד כתבו תוס' בפשיטות דבאריס מיירי שהחזיר הקרקע ובאה לו אחרת אחר שירד והוא כד' הריב"ש הנ"ל, אמנם מהרש"א שם ביאר ד' התוס' דבמצאיאות ל"ש לירד מאריסותו אם לא יחזיר הקרקע ושאינו מאומן שיורד ע"י שאינו מקבל עוד לתקן, ודברי מהרש"א אלו הם ראייה גדולה למה שהעלינו דתוס' לא ס"ל כהרמב"ן דאם לא נאמר כן לא הוצרכנו לד' מהרש"א דוודאי מיירי בקרקע חדשה דאל"ה הוי יורד ברשות ואין לו חזקה, ובע"כ דהבנת מהרש"א דשי' התוס' דלא כהרמב"ן וכמוש"כ עד עתה, ולענ"ד הוכיח כן ממה שנסתפקו התוס' גבי מטלטלין באומנות דלד' הרמב"ן פשוט

דבמטלטלין בעי ירידה מחודשת דכל דין ירד ברשות בקרקע נלמד במטלטלין לפי שיטתו, אמנם לפי"ד דתוס' ס"ל כבעה"מ א"ש ד' התוס' דבאריס פשיט"ל דבעי קרקע חדשה כמוש"כ מהרש"א ובמטלטלין באומנות נסתפק אי בעי ירידה מחודשת דהוחזק לפנינו כמחזיק לאומנות, או דאי"צ כיון דנשתנה ענינו]¹².

ה. נ: מימרא דר' יוסף במחזיק בנכסי א"א אחר מיתת הבעל ודר בה מתחילה בחייו, הרשב"א הביא מהכא ג"כ ראייה לשי' בעל העיטור וכ"כ בעדר"י דמהכא שמעינן דירד ברשות יש לו חזקה, והראשונים ביארו לפי שיטתם, ברשב"ם מב' דשאני הכא דאחר מיתה מיחשב כירידה מחודשת מכח האשה ול"ש להחזיקו כיורד ברשות (ולד' בעה"מ י"ל דשאני הכא דירד לפירות), והרשב"א ביאר דהתם ספק הוא איך ירד וא"כ ליכא חסרון דירד ברשות, והרמב"ן שם ביאר לפי שיטתו דכוונת הגמ' דליכא עדים שדר בחיי הבעל וע"כ יש לו חזקה, ומה שאמרו דא"א צריכה למחות היינו להביא עדים שדר בחיי הבעל ובזה סגי לבטל חזקתו מדין ירד ברשות.



¹² אכן צ"ע דלעיל העילנו דלכו"ע בעי במטלטלין ירידה מחודשת דכל חידוש הרמב"ן היה דדין זה הוא גם בקרקעות אבל במטלטלין כו"ע מודו ליה, ויתכן דיש לדקדק דברי התוס' דאה"נ וכ"מ שנסתפקו אם יהא נאמן במטלטלין היינו מחמת ששהו ברשותו זמן מרובה דהוי ראייה שהם שלו, וצ"ע.

הר"ר יוחנן בידרמן הי"ו

דף מז:

בענין תלויה וזבין

א. נחלקו רב הונא ורב ביבי אם תלויה וזבין הוא זביני או לא הוא זביני דהוי זביני אף באונס ורב ביבי חולק דל"ה זביני ומבואר בהווא אמינא דסברת רב הונא דאף דלא גמר ומקני מ"מ הוא מכירה וביאורו דמכירה הוא פעולה בין המוכר והלוקח ואם שניהם ביניהם נתרצו על המכירה אף דבלבו לא גמר ואקני מ"מ לא בעינן רצון מצד עצמו כיון דביניהם היה מכירה ונתרצו יחד אינו יכול לומר בליבי לא נתרציתי דהרי מכירה הוא הסכם בין שניהם ולכך אין יכול לטעון כלום ודחתה הגמ' דדווקא אונסא דנפשיה הוי מכירה ולא אונסא דאחריני.

ואף דהסיקריקון לקח את הקרקע מיהודי באונס מ"מ היהודי גמר ואקני משא"כ מהרוגי מלחמה ואילך (דהיינו בעת שגזרו שאין יכולים להרוג יהודים) ל"ה מכירה כיון דהנכרי ל"ק הקרקע דהוי תלויה ויהיב ולא גמר ואקני וביאורו הראשונים דבהרוגי מלחמה אינו מקווה עוד לחזור לנחלתו דידוע שיכולים להרגו משא"כ מהרוגי מלחמה ואילך לא גמר ואקני דהיינו אינו גומר בדעתו שאכן מכור וכלשון הגמ' אמרי האידנא לשקול ולמחר תבענא ליה בדינא ועדיין מקוה לחזור ולהוציא הקרקע, והיינו דגמר ומקני הוא דמתיאש ומוחלט בלבו שלא יוציא שוב הקרקע מאיזה סיבה שהיא ולא גמר ומקני היינו שלא החליט בליבו שהקרקע אינו אצלו ועפ"ז מתבאר היטב הא דלעיל בהו"א דבמכירה אין מסתכלים על מה דבלבו כיון דהיה מכר בין המוכר ללוקח.

ג. והנה יש לעיין במה חלוק תלויה וזבין מתלויה ויהיב הלא בשניהם מעיקרא אינו רוצה ובמה שמכריחים אותו אומר רוצה אני ומדוע תלויה ויהיב ל"ה זביני. א. ברשב"ם

ומבואר ברשב"ם דאונסא דנפשיה (דהיינו שדחוק למעות) גמר ומקני דמבין דזהו אונס מצד עצמו אך המכירה היא בין שניהם ולכך מעצמו גמר ואקני משא"כ אונסא דאחריני לא גמר ואקני כיון דמצד עצמו אין רוצה כלל למכור אך בר"י מיגאש מבואר דבאונסא דנפשיה אף דלא גמר ואקני הוי מכירה משא"כ אונסא דאחריני צריך גמר ומקני וביאורו הוא דעל אונסא דנפשיה אין אנו מסתכלים כיון דבין שניהם היה התרצות שלא גמר ואקני כיון שאינו רוצה באמת למכור אלא מחמת שהוא דחוק למעות אין זה נוגע דהרי בין שניהם היה התרצות אך אונסא דאחריני אין זה התרצות כלל דמה שאומר בין שניהם רוצה אני אינו כלום כיון שחייבוהו לומר כן ומצד עצמו לא אמר כלל רוצה אני.

ב. והנה צריך לבאר מהו גמר ומקני ומהו לא גמר ומקני דהנה מבואר במשנה בגיטין (נה:): והביאו הרשב"ם בדף מז: דכשלקח מסיקריקון בהרוגי מלחמה (דהיינו בעת שגזרו הגוים דיכולים להרוג אנשי יהודה ולכך אנסו הגוים את היהודים ליתן להם קרקעות) הוי מכירה

מבואר דהא דמתרצה הוא רק משום דאינו מפסיד וצ"ב מ"ש אם הוא מפסיד הלא גם אם אינו מפסיד לא היה רוצה למכור ובגלל האונס מסכים וא"כ גם אם מפסיד הרי מעיקרא אינו רוצה להפסיד וכשמכריחים אותו מתרצה להפסיד. בחידושי הגרש"ש (כז. ב) ביאר דבעצם בגלל האונס מסכים על המכר אלא שאי"ז רצון מוחלט דעדיין לבו דווי ומתאונן על הפסידו ומה שמתרצה בנזק קטן במקום נזק גדול אינו רצון גמור משא"כ במכר אף שלכתחילה לא היה רוצה עכשיו שמוכרח למכור מסכים לכך ואין לבו מתאונן עליו דהרי לא הפסיד ולכך מיקרי רצון והסתפקה הגמ' בסברא זו ורצו להביא ראיה מקרבן וגט ודחו דהתם הוי רצון גמור בגלל הכפרה ומצווה לשמוע בדברי חכמים ולמסקנא מסברא זו עצמה אמר ר"ה דהוי מכר. ב. בבעה"מ (מ:)

מבואר דבמכירה איכא רוח דהוא כבר הפסיד בדעתו את השדה דהרי מוכרח ליתנו ולמוכרו ומחשיב את המעות לרווח נוסף ולכך מתרצה במכירה משא"כ במתנה דאין מרויח וצ"ב כדלעיל מ"ש בלי רווח ועם רווח הרי בשניהם אינו רוצה לכתחילה וצ"ל כדלעיל דכשמרויח אין לבו מתאונן עליו כ"כ משא"כ כשאין מרויח לבו מתאונן עליו ואין זה רצון, יש מהאחרונים שכתבו (עי' זכ"י ס' ל"א) וכן מבואר בתורי"ד (מ:) דבמכר א"צ רצון כמתנה וביאורו הוא דמכר הוא בין שניהם והממון שמוסרים זה גורם שיתקיים המקח ואף שאינו מתרצה באמת בלב שלם מ"מ הוי מכר ע"י שקיבל הממון משא"כ מתנה בעי רצון גמור, ואין מספיק שיתרצה אגב אונסיה רק במכר ולא במתנה.

ד. מבואר בסוגין דתליוהו למכור הוי מכירה ויל"ע מה הדין בתליוהו לקנות אם הוי מכירה דדעת הרמב"ם והרשב"א (קדושין ב:) דקנה ודעת בעל העיטור והריטב"א דלא קנה וצ"ב מאי שנא תליוהו למכור מתליוהו לקנות א. בנתיה"מ (ט) ביאר דהוא משום דליכא זוזי וביארו האחרונים (שיעורי ר"א מטלז) דאדם מתרצה כשמקבל מעות במקום המקח דמעות חשוב אצל אנשים (דאפשר לקנות בו כל דבר) משא"כ בקנין שמקבל חפץ במקום מעותיו אין מתרצה אף שאין מפסיד. אך הקשו האחרונים דבסי' ר"ה כתב בנתיה"מ דבתליוהו ומכר ונתנו לו בתמורה שווה כסף ג"כ הוי מכירה ולסברא דלעיל לא יהא מכירה. ונראה דישי לפרש את דברי הנתיה"מ באופ"א דהנה נתבאר לעיל שיטת הבעה"מ דבמכר זה שהמאנס רוצה את הקרקע וכופהו ליתנו לו בגלל זה מתייאש בדעתו מהקרקע ומה שמקבל דמים מחשיב לרווח ולכך מתרצה משא"כ בקנין כופים אותו לקנות החפץ שהמאנס רוצה למכור א"כ הכפיה היא לקנות חפץ ומכפיה זו אין לו שום רווח דהיינו דבקנין לא גמר בדעתו להפסיד המעות בלא קבלת החפץ משא"כ במכירה גמר בדעתו להפסיד הקרקע דזהו מה שהמאנס רוצה. ב. באבני מילואים (מ"ב) ביאר דלקנות בעי רצון טפי ונראה סברתו דכל מכר אי"ז בהכרח שרוצה למכור החפץ אלא רוצה דמים ולכך מוכר החפץ והיינו שרוצה דבר מן הצד ובשביל כך מוכר החפץ ואין צריך רצון ממש אלא מסכים לכך בשביל שרוצה דבר אחר ואעפ"כ מועיל וא"כ גם בתליוהו וזבין ג"כ רוצה במכירה בגלל דבר אחר והיינו הכפיה משא"כ קונה תמיד

רוצה לקנות החפץ ואם אינו רוצה ל"ה כדרך המקנים וכן מבואר מלשון המשובב (ט) דכתב דלא בעי במוכר אלא כדרך המקנים דהיינו שאין תמיד מוכרים מרצונם משא"כ קנין ואפשר לבאר הסברא בזה יותר שכדי שיכנס חפץ לרשותו צריך רצון גמור ואף בקנין חצר ובזכין צריך רצון משא"כ בהוצאה מרשותו מספיק הסכמה וכן רואים ביאוש שגומר דעתו שיצא מרשותו וע"י כן יוצא מרשותו ולפי"ז כתב דאם לא היו צריכים זווי דהיינו שהיה מועיל גם תליוהו ויהיב היה מועיל כמו"כ גם תליוהו וקני דרואים דא"צ רצון גמור כבסתם מתנה וא"כ גם בקנין א"צ רצון גמור כבשאר קנינים. ג. ברשב"א (שם) הביא ב' השיטות ומסיק דאף בקנין קני במכל שכן מתליוהו וזבין וצ"ב מדוע קנין יותר מסתבר שיקנו ממכר בחלקת מחוקק (מ"ב) כתב דיותר אדם קונה משמוכר ואפשר לדמות הגמ' בב"מ (נא.) זבין אובין זבנת קנית בחת"ס כתב דקונה א"צ כ"כ דעת קונה כמו שמצינו בקטן שאפשר להקנות לו אף בלא דעת קונה דעיקר הקנין הוא ע"י שמקנה לו ולכך הוי במכש"כ ממכר ונראה דב' הסברים אלו תלויים במח' הנתיב"מ והאבנ"מ דלנתיב"מ (לפי מהלך ר"א מטלז) הסברא בדעת בעל העיטור הוא דבקנין אין מעות וע"ז בא הרשב"א לחלוק דלהיפך אדם רוצה יותר חפצים ממעות וא"כ הוי כ"ש קנין ממכר ולאבנ"מ דסברת בעל העיטור הוא דקנין בעי רצון טפי בא הרשב"א לחלוק דאדרבא מכר בעי רצון טפי.

ה. בעדר"י כתב דבתליוהו וזבין סגי אף בפחות משווי הקרקע והוכיח כן מאשה שנקנית

בכסף קידושיה וכן מהא דלא תירצה הגמ' על הקושיא מדרב ביבי דמיירי בנתנו לו פחות משווי הקרקע. (אך כתב דזהו דווקא בקרקעות דאין אונאה לקרקעות אבל במטלטלין יש דין אונאה ובטל המקח) וציין הבית יוסף דהרשב"ם חולק דהרי סבר דהעיקר שלא יפסיד והכא מפסיד שאינו מקבל כל שויות המקח והנה לפי מהלך ג' דלעיל (באות ג') אפשר לבאר סברת העדר"י דבמכר א"צ רצון גמור דהעיקר הוא שביניהם יסכימו על המקח וא"כ אם נתרצו לעשות מכר על מעות אלו הוי מכר ע"י מעות אלו אף שאין רוצה באמת ורק במטלטלין בטל המקח מדין אונאה ובקרקע אין דין אונאה (ועי' בטור דכתב בשיטת העדר"י דאם כפוהו על סכום המעות ל"ה מכר אף בקרקע דאינו מסכים כלל דאף במכר בעלמא צריך שלכל הפחות יתרצה על סכום המעות אלא מיירי בטעה).

והנה יל"ע לפי מהלך הבעה"מ (באות ג') דלכאורה כל כמה דאיכא רווח ל"ש קרקעות ל"ש מטלטלין מתרצה למכר כיון דמ"מ מרויח ואיזה סברא יש דיצטרכו רווח כגודל המכר אך מ"מ יש לצדד דהבעה"מ לא בא לחלוק על הרשב"ם דבעינן שלא יפסיד ואם הפסיד אינו מתרצה אלא דביאר דהא דמתרצה אף דמעיקר דעתו אין רוצה למכור היינו משום דמחשיב זה שאינו מפסיד לרווח שכבר גמר בדעתו להפסיד ולכך מתרצה בדעתו אך כשמפסיד אף כשמקבל מעות מ"מ אין לו רווח זה שלא הפסיד דהיינו שמחשיב זה שלא הפסיד ואינו מתרצה במעות בלבד אם בפועל עדיין מפסיד ודו"ק.

הבה"ח אברהם גוטליב הי"ו

דף מז:

בענין תליוה וזבין

איתא בגמ' אמר ר"ה תליוה וזבין זביניה זביני וכו' דילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני אלא כדתניא וכו' אלא סברא הוא אגב אונסיה גמר ומקני ע"כ.

ילף ר"ה הדין ממכר פשוט בלי סברא עצמית לאונס בלבד וע"ז הקשו שא"א לילף ותירץ שיש סברא עצמית לאנס גם בלי ללמוד מאונסא דנפשיה].

דהנה יל"ע בכלל מהו דעת מקנה ולמה בעי' לדעת מקנה [מלבד דעת הש"ך שסבר שא"צ דעת והסכמה אלא די בזה שאין מוחה עי' בחו"מ סי' שנ"ח ס"ק א' ועי' ניה"מ קצ"ז ס"ק ד' ד"ה אמנם, מה שחלק עליו בזה].

והדבר פשוט שדעת מקנה היינו שמסכים שהחפץ יכנס לרשות חבירו ובעי' לזה משום שכל אדם הרי הוא הבעלים והשולט על חפציו וא"כ גם לגבי הא שהחפץ יצא מרשותו הוא צריך להחליט שעכשיו הדבר שיעשה עם החפץ הוא, שיכנס לרשותו של השני [ע"ע בשיעורי ר' שמואל גיטין יא: סי' רי"ז ד"ה ולכאו' מה שחקר בעינין אי מעבירים את הבעלות דהיינו שמקנה לקונה את בעלותו שהיה לו מלפנ"ז על החפץ או שמפקיע את בעלותו ועי"ש היטב]. וכל עוד שלא החליט כנ"ל, החפץ נשאר אצלו. ועוד יש לחקור בדין דעת קנין אי דעת קנין הוי רצון דהיינו שרוצה להקנות החפץ לפלוני או שהוא מסכים להקנות החפץ לפלוני [אך א"א לומר שהוא מתעלם מכספו ולא אכפ"ל שהשני יקנה את החפץ וזהו רק דעת הש"ך ז"ל וכל שאר

ולכאו' יל"ע מהו סברת החילוק בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני, ועיין בברכת אברהם [בעי' תליוה וזבין אות ג'], שהקשו שלכאו' יש חילוק פשוט בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני, שבאונסא דנפשיה שרוצה בהמעות מהלוקח הוא ג"כ רוצה להקנות את החפץ ללוקח שאם הוא לא יקנה ללוקח א"כ גם הלוקח לא ירצה להקנות לו, ונמצא שהממון שבידיו בגזל הוא מחבירו שהרי רק ע"ד כן הקנה לו חבירו. וא"כ הוא שפיר מתרצה להקנות לחבירו החפץ שמוכר לו, משא"כ באנס שלא אכפ"ל שהגנב לא יקנה את החפץ שהרי אנסו, [ויש להוסיף שנימא שתליוה וזבין ל"ה זבינה וא"כ הוא לא ישתמש בכסף שקיבל מהאנס], וא"כ מקשה מה ההו"א דסוגיין לדמותם, ולכאו' מלבד מה שיש להקשות על דבריו ולומר שכשם שבאונסא דנפשיה רוצה הוא להשתמש במעות ה"נ כאן אחר שכבר אונסו הרי הוא רוצה להשתמש במעות וא"כ הוא שפיר מתרצה להקנות לו. ג"כ יש לתרץ שאפשר שבהו"א סברא הגמ' שאחר שמשלם לו מעות הרי הוא מסכים שיהיה השדה שלו שמתרצה לזה ואפי' שלגבי השדה עצמה וודאי הוא רוצה שייניח ביד הגנב, מ"מ להקנותו הוא אין רוצה, אלא מסכים. וכמו המסקנא [ורק שנשתנה בין ההו"א למסקנא שבהו"א ילפי

הפוסקים חולקים עליו כמבואר לעיל] וכאן בסוגיין ע"כ צ"ל כצד השני שהרי א"א לומר שהאדם רוצה להקנות לאנס את החפץ אלא מסכים שהגנב יקנה. וא"כ אין את כל קושית הברכת אברהם לכאו' שכל קושיתו היה רק מכח מה שאמר שבמכר פשוט האדם רוצה וכאן אין רוצה. והוכחנו שמסכים ולא שרוצה. וא"כ הדק"ל מהו החילוק ולמה נימא שבאונסא דאחרי' אין מסכים יותר מאונסא דנפשיה ועי' בדברות משה (סי' מ' ענף ג') שהסביר בתרי גווני ושני המהלכים שכתב לכאו' צריכים עיון.

ונראה לומר בהסבר דברי הגמ' שבהו"א סברא הגמ' לדמות למכר משום שהבינו כהמסקנא וכמו שאפרש בע"ה, אך סבר ר"ה שכל זה ילפי' מאונסא דנפשיה, ואין אנו אומרים דבר זה לבד מסברתנו, רק שאחרי שגילתא לן התורה חידוש סברא זו אז אמרינן שה"ה באונסא וע"ז מתרץ הגמ' פירוש שחזרו מהא דילפי' אונסא דאחריני מאונסא דנפשיה ואמרי' מעצמינו סברא זו באונסא דאחריני, וכדפירשית לעיל.

והנה אח"כ מחלקת הגמ' בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריים, ונראה לי בסברת החילוק דיש סברא גדולה לומר, שאין אדם מתחרט ומצטער על מעשיו שעשה מצד ההכרח של עצמו, שאחר שהסכים בדעתו שהוא צריך לעשות כן, הרי הוא מסכים בזה לגמרי, וגומר ומקני לחבירו את חפצו לגמרי, אך י"ל שהסכמה זו ל"ה רצון אלא הסכמה וכדפירשית לעי', אבל באונסא דאחרי' יש סברא לומר שאחר שהשני כפה אותו למכור,

הרי הוא מתחרט וכועס על חבירו ואין רוצה שהשני יקנה את קרקעו וזה שנתן הקרקע לאנס אי"ז אומר שהוא גם רוצה שיקנה את הקרקע כלומר שהקרקע יצא מרשותו לרשות האנס, ולמסקנא אומרת הגמ' שיש סברא לומר שאחר שהשני כפה אותו למכור אזי אפשר"ל שהוא מתרצה ואינו כועס על חבירו ומתחרט על מעשיו, [שהרי ממילא הוא הפסיד את קרקעו] ואין לו ענין שהאנס גם כן לא יקנה את הקרקע ויעבור על איסור דלא תגנוב, (ועי' במשכן שלום הל' נזקי שכנים סי' א' שמשמע שם שגם כה"ג עובר על האיסור הנ"ל בזה שמתשמש בקרקע חבירו שלא ברשותו) ומשו"ה הוא מתרצה ומסכים שיקנה את הקרקע לגמרי, ולפי"ז נבא לבאר שאר הסוגיא שהגמ' מקשה שחזינן שאפי' אם כופין אותו מ"מ אם אמר רוצה אני אנו אומרים שהוא באמת רוצה שהרי כתי' לרצונו דהיינו להסכמתו, ואפי' שיש סיבה לחשוב שהוא אין רוצה וא"כ גם באונסא דאחרינא נימא שכיון שאומר רוצה אני [עי' ברשב"ם ד"ה תליוה וזבין בדף מז:] הרי"ז מתרצה.

ויש לבאר גם מעשה דסקריקון. דלכאו' קשה דכמו ששם אמרי' בגזירה ג' שיכול לתבעו לדין ה"נ כאן, וא"כ למה מסיקה הגמ' שאחר שכופין אותו הרי הוא מתרצה. גם יל"ע למה הבינה הגמ' להו"א ששאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחרי' הא לכאו' חזי' התם במעשה דסקריקון בגזירה א' ובגזירה ב' שאחר שנאנס הרי"ז גמר ומקנה, וא"כ כ"ש כאן, ובמסק' הגמ' למה אין מביאים ראי' משם שאחר שכפהו הרי"ז מסכים כנ"ל.

אך החילוק ברור ופשוט הוא. שדייקא במעשה דסיקריקון [מפחד פן יהרגהו] וכלשון הרשב"ם כאן [מז: ד"ה לקח] כיון דנכרים קטלי להו לישראל א"כ משו"ה [הוא מפחד לתבעו לדין פן יהרגהו ומשו"ה] דהיינו משום שחושב שלא הפסיד כ"כ ואדרבה הרויח את חייו מנגד כיון שבעלמא נכרים קטלו להו לישראל, וא"כ מקנה לו, משא"כ אם אין הנכרי הולך להרגו וכגון במעשה ג' או בתלויה וזבין להו"א, וע"ז מסיקה הגמ' שאם מקבל ממון הרי"ז מתרצה כדהסברנו משא"כ בסקריקון שאין מקבל ממון והוי כתלויה ויהיב, לא גמר ומקני משום שהוה הפסד גמור. וע"ז כתב הרשב"ם ולמחר תבענה ליה בדינא וזה לא סיבה אלא דבר דממילא שכיון שאין לו דעת להקנות ממילא יכל אח"כ לתבעו לדין.

וגם בביאור החילוק בין סוגיין לסוגיא בדף מט: דנחת רוח עשיתי לבעלי עיי"ש ברשב"ם [ד"ה תימא] שביאר שיש חילוק בין היכא דיש אונס רב להיכא שיש אונס מעט כדמשמע מלשונו, ולכא' קשה להנ"ל דאדרבה באופן שיש אונס מעט יש יותר סברא לומר שהקנה. אחר שלא היה לה הכרח גדול לתת השדה ומ"מ נתנתו וע"כ שנתרצתה ואי"ס לומר שקופץ מנגד כלל ועי' ברמב"ן כאן שהק' כן, ובדעת הרשב"ם י"ל לכאורה שסובר שכאן אנו מחלקים בין היכא דאיכא דעת להיכא דליכא דעת וא"כ באשתו י"ל שפיר שכיון שליכא אונס גמור להסכים שהרי יכולה לדבר אליו אח"כ כשינח רוחו ותאמר לו שלא רצתה באמת משא"כ באנס

שהוי אונס גמור שאין יכול להסביר לו ויצערנו – אז כיון שאין לו הפסד הרי"ז גמר ומקני והיינו אפי' שיכול לתבעו לדין מ"מ האנס יצער אותו ויעשה לו יסורים, ומשו"ה הוא מעדיף שלא יהיה לו יסורים כיון שאין לו הפסד, אבל כאן שהבעל עדיין לא כעס עליה וגם יכולה למצא זמן שטובה רוחו עליו, ותסביר לו שלא נתכוונה באמת למכור לו ולא יכעוס עליה אז בוודאי שאין מסכימה שיקנה את החפץ, וזה ממש לשון הרשב"ם שמחלק בין אונס גמור היינו שאונס פירושו שא"א להשתמט הימנו והוא אנוס ומשא"כ כאן שהיא לא כ"כ אנוסה ויכולה להשתמט ממנו א"כ לא גמרה ומקני.

אך לכא' לפי כל הנ"ל יוקשה מהרשב"ם בדף מז: ד"ה דכל דמזבין איניש וכו' שמשמע משם שאפי' אם אין מתרצה מ"מ אפ"ה אמרי' שקנה הקונה את החפץ ולכא' להנ"ל, כ"ז שלא החליט שרוצה שהחפץ יצא מרשותו ויכנס לרשות הקונה ג"כ אי"ז יוצא מרשותו כלל ואיך יועיל בלא גמ"ד ולולי דברי הרשב"ם אפש"ל כמו שהסברתי כנ"ל, אך יראה לי בדעת הרשב"ם שלמד בהו"א בגמ' שסברא הגמ' שבאמת אין לזה שום הסבר זה שחל הקנין ואפי' שאין מתרצה ורק אחר שכבר אמרה כן התורה אנו לומדים "גדרי דקרא" לומר שכמו ששם באופן כזה אמרי' שהוי קנין א"כ ה"נ כאן נימא כך ואח"כ חוזרת בה הגמ' לומר שבאמת יש לאונסא דנפשיה סברא שמסכים וכנ"ל כמו שפירשתי, וכל הסוגיא מיושבת דבר דבור על אופניו בע"ה



הבה"ח אלימלך בריזל הי"ו

דף מח:

בגדר חוזר ומגיד

כתובות י"ח ע"ב, עדים שאמרו אנוסין היינו, פסולין היינו, קטנים היינו, אם כתב ידן יוצא ממקום אחר אינם נאמנים דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, וכשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנים מדין הפש"א ובכוחן להפקיע לגמרי מה שנחשב שטר.

מעיקרא, והכא ג"כ מפני שיש להם פש"ה הר"ז מוקיע את הפש"א וכמאן דל"ה כלל הגדה, אי לכך אין אנו בנדבך של 'חוזר ומגיד' ויכול להיוותר ב'כיון שהגיד'.

א] ביאור שיטת ר' נחמן

והנה בסוגי' לגבי עדים שהיו אומרים אמנה היו דברינו מודעה היו דברינו נחלקו ר"נ ומר בר ר"א, דר' נחמן ס"ל דאינם נאמנים מדין כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ומר בר"א ס"ל דנאמנים ע"י מיגו וכנ"ל באנוסין היו דברינו דבכת"י יוצא ממק"א נאמנים ע"י מיגו, והראשונים הוקשו בשיטת ר' נחמן דס"ל דאינם נאמנים מדין חו"מ דמאי שנא מהא דבאנוסין היו דברינו נאמנים ע"י מיגו, והכא נמי נימא הכי.

ובתוד"ה אמר ר' נחמן כתבו וז"ל "הואיל ואמר שהשטר נכתב ונמסר כהלכתו שוב לא אתי ע"פ ומרע לשטרא אפילו במיגו ודמי נמי לחוזר ומגיד", וממשמעות ד' התוס' נראה דכתבו ב' תירוצים א' דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא, ב' דהכא הוי כחוזרים ומגידים, ובביאור ד' התוס' יש להקדים דהנה נחלקו הראשונים בסוגי', מה יהא הדין בבאו עדים והעידו על השטר דמודעה ואמנה היו דברינו,

ויל"ע האיך יתכן להפקיע דין דחו"מ ע"י מיגו, וברש"י כתב דכאשר אין כת"י יוצא ממק"א נאמנים מדין דהפש"א וז"ל 'וחדא הגדה היא' ובכה"ג שוב ל"ה חוזר ומגיד שעדיין לא נסתיים ההגדה הראשונה, ודבריו צ"ב דהרי פשוט הוא דכיון דהוי לאחר כדי דיבור נסתיים הגדתו ומדוע נחשב כחדא הגדה.

ומטו ביה מידרשא משמיה דהגר"ש היימן ז"ל [חידושי ר' שלמה כתובות סי' ט'] דאע"ג דהוי לאחר כדי דיבור הר"ז נחשב כחדא הגדה, די ש לחלק בין עדות בע"פ לעדות בשטר, דדוקא בעדות ע"פ הדין הוא דלאחר כדי דיבור תם הגדתו, אבל בעדות שבשטר אינם נחשבים כמעידים עד שיתקיים השטר, וגמר הדין הוי לאחר קיום השטר, הלכך כאשר אמרו דאנוסין היו הרי לא תם הגדתו כיון דאכתי לא נתקיים השטר, ולכן יש בכחם לחזור מהגדתו ע"י מיגו וזהו כוונת דברי רש"י 'חדא הגדה היא' ואכתי אין אנו בנדבך של 'כיון שהגיד' הלכך 'חוזר ומגיד'.

והרעק"א בסוגי' כתב ליישב דכאשר אי' פש"א הר"ז לא נחשב כ'חוזר ומגיד', וביאור ד' נראין עפ"י יסודו הידוע שכתב בתשו' הרע"א, דדין פש"א הוי שהפה שהתיר בכוחו להפקיע את הפה שאסר וכמאן דלא אסר כלל

דהנה בכתובות מב' דלגבי אנוסין היינו נחשבים כתרי ותרי ואינם נאמנים דהעדים שע"ג השטר מעידים כנגד העדים האחרים על כשרותם, וכ"ז לגבי אנוסין היינו אבל באומרים מודעה ואמנה היו דברינו יש לחקור אי נחשבים ג"כ כתרי ותרי או דמודעה ואמנה שאני ונאמנים כיון שאין פוסלין את השטר אלא מתרצים דבריהם שבשטר ועי"ז פוסקין אותו, ולכאן נחלקו בה הרשב"ם והתוס', דהנה בשיטת מר בר ר"א נחלקו

הרשב"ם והתוס', דלרשב"ם נאמנים אפילו בשאין כת"י יוצא ממק"א, ובתוס' כתב דדוקא בשאין כת"י יוצא ממק"א נאמנים אבל בכת"י יוצא ממק"א אינם נאמנים, וצ"ב רב בדעת הרשב"ם האין יהיו נאמנים בשאין כת"י יוצא ממק"א דהלה אין להם מיגו, ויל"ד מה נחלקו התוס'.

ובביאור מח' יש לבאר דנחלקו בהנ"ל דהתוס' ס"ל דהכא בעדות שעל השטר שהיה אמנה הוי תרי ותרי ולכן אינם נאמנים אלא ע"י מיגו הלכך דוקא בשאין כת"י יוצא ממק"א דאיכא מיגו נאמנים, [ואע"ג מיגו לבי תרי לא אמרי' כיסוד הידוע מד' הרמב"ן דל"א ע"ב, וכן משמע ברמב"ם, וצ"ל דהכא אין המיגו להעמידם בדין עדות דהרי כבר נחשבים בלא"ה כעדות ואין המיגו אלא לסלק החסרון דחוזר ומגיד ובהא מהני פש"א וכדאי' בברכ"ש], והרשב"ם ס"ל דעדים המעידים דאמנה ומודעה היו דברינו נאמנים ול"ה כתרי ותרי ואי"צ לדין פש"א והלכך אפי' בשאין כת"י יוצא ממק"א נאמנים דאי"צ למיגו ועצם עדותן מתקבלת בבי"ד בלא"ה.

ועפי"ז יש לבאר ד' התוס' בסוגי' דהנה הקשו התוס' בכתובות [י"ח ע"ב] דהאין נאמנים בעדותן דאנוסין היו או פסולין היו דברינו ע"י מיגו והא הוי מיגו כנגד עדים, ודבריו צ"ב רב דמדוע נחשב כמיגו במקום עדים דכיון דאית להם מיגו הרי מתרצים עדותן הראשונה דאנוסין היו או פסולין היו, ולהנ"ל א"ש דשי' התוס' הוא דעצם הנכתב בשטר נחשב כעדות ולפיכך כאשר אי' עדות בשטר אשר מיחזי כעדות כשרה ללא פסול או פקפוק אזי כשיעידו שנים דאנוסין או פסולין היו ע"י מיגו הר"ז מיגו במקום עדים.

ותי' התוס' התם כיון שאמרו תוכ"ד אנוסין היינו ופסולין היינו הרי לא נתקיים כלל השטר ולא נחשב שמעידים כנגד עדים, דהרי נעשו עדים רק כאשר נתקיים עדותן וקיומם חל רק בשעת הגמר והכא עדיין לא גמרה עדותן הלכך נאמנים באמרם אנוסין ופסולין היינו ואינו כ'נגד עדים', ומעתה א"ש ד' התוס' בסוגי' דהרי כל מה דנתבאר בתוס' בכתובות דלא נחשב כתרי ותרי שייכא רק כאשר אמרו אנוסין היינו, אבל כשטוענין מודעה ואמנה היו דברינו אפי' כשיטענו טענתם תוכ"ד אי"ז סיבה להאמינם יותר מהסתמא שבשטר, דהרי באומרם מודעה ואמנה היו דברינו הרי מודים שהעדות בשטר כשר אלא שבכוונתם להגביל את כח השטר, ולעשות תנאי לכשרות השטר, ובזה אינם נאמנים דהוי 'מיגו כנגד עדים', שהרי מודים שהעדות בשטר כשר א"כ אין ביכלתם לפסול את השטר, וזהו כוונת התוס' "דלא אתי על פה ומרע לשטרא" ולכאן כוונתם הוא דהוי מיגו כנגד עדים, ולפי"ז א"ש גם המשך ד' התוס' "ודמי נמי לחוזרין

ומגידין", דדווקא באנוסין ופסולין היינו ל"ה חו"מ דע"י מיגו נסתלק החסרון דדין חוזר ומגיד אבל הכא שהמיגו הוא כנגד עדים אינם נאמנים דהוי חוזרין ומגידין, [יעוין לפי"ז לשון התוס' ודמי 'נמי' לחוזרין ומגידין, דלהנ"ל הוי ממש חו"מ].

והנה כ"ז אפש"ל בדעת התוס' דעצם הנכתב בשטר נחשב כעדות על כשרות השטר והמעידין דמודעה ואמנה היו דברינו הוו כתרין ותרי ואינם נאמנים, אבל לדעת הרשב"ם שאין השטר מעיד על כשרותו ועדים שכנגדן המעידין דמודעה ואמנה היו דברינו נאמנים יל"ע בקושי' התוס' דמ"ש לר' נחמן אנוסין היו דברינו שנאמנים ממודעה

ואמנה היו דברינו שאינם נאמנים, כיון שבשניהם אי"ז נחשב כחו"מ צ"ע מדוע לא יהיו נאמנים, וא"א לומר כתוס' דמודעה ואמנה הוי מיגו כנגד עדים, דהרי לרשב"ם אין הנכתב בשטר נחשב כעדות על כשרות השטר.

ובביאור דברי הרשב"ם חידשו בזה הלומדים דאף לרשב"ם צ"ל דהכא אינם נאמנים מדין דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא אבל לא מטעמיה, וצ"ל דכנגד שטר אין מועיל טענה-מיגו, דדין מיגו הוי בהלכות קיום טענות ולא בקיום שטרות, ולכך בשטר לא יועיל להביא ראיה במיגו דהוי יכולין לטעון טענה אלימה, דמיגו אינה מקיימה ראיות אלא טענות, [ולפי"ז א"ש דברי התוס' בהמשך "והא דאית ליה בפ"ב דכתובות דנאמן לומר פרוע מיגו דמזויף התם נמי לא מרע לשטרא כלל", דהיינו שהוקשה לתוס' האיק יהיה נאמן בטענת פרוע

והלא מיגו ל"מ כנגד שטר וכנ"ל, ותי' התוס' דשאני טענת פרוע מיגו דמזויף, שאינו מפריך את עצם השטר אלא טענתו ועי"ז מפריך השטר].

ב] ביאור שיטת מר בר אשי

עד כאן נתבאר בס"ד שיטת ר' נחמן דאין נאמנים במיגו דהוי כנגד עדים כתוס' או דטענת מיגו אינה מועילה כנגד השטר כרשב"ם, ומר בר אשי ס"ל דנאמנים או כרשב"ם דאין השטר מעיד על כשרותו או כתוס' דבמיגו נאמנים אע"פ השטר מעיד על כשרותו נאמנים במיגו, וצ"ב בביאור מח', ודוחק גדול לבאר דבהא גופא נחלקו אם השטר מעיד על כשרותו או לא דהרי נחלקו בה הראשונים ודוחק הוא שנחלקו במח' אמוראים, ועוד דאפי' אם יתכן שבזה נחלקו צ"ע דבשלמא לרשב"ם צ"ל דר' נחמן ס"ל שהשטר מעיד על כשרותו ואין נאמנים, ומר בר רב אשי ס"ל שאין השטר נעיד על כשרותו ולכן נאמנים, אבל לתוס' הרי נתבאר לעיל בדעת מר בר רב אשי דג"כ ס"ל דהשטר מעיד על כשרותו.

והנראה לבאר בזה, דהנה ידוע יסודו של הגאון ר' אלתר שמואלביץ ז"ל בדין חוזר ומגיד [הובא בברכת שמואל סי' מ"ו] דבדין חוזר ומגיד נשנו ב' דינים, א' עקירה דחוזר ומגיד, שמכחיש לגמרי ממה שאמר לפני"ז וכגון דאנוסין היינו, שמפקיע לגמרי המצב הקודם, ב' הוספה דחוזר ומגיד, דהיינו שמודה כדבריו הקודמים אך עושה תנאי לדבריו ומגביל כוחו הקודם, כגון דמודעה ואמנה היו דברינו שמתרץ דבריו הראשונים, ואפ' שבזה נחלקו

ר' נחמן ומב"ר אשי, דר' נחמן ס"ל דאף במודעה ואמנה היו דברינו אי' גריעותא דחוזר ומגיד ואף בהוספה שייכא חסרון דחו"מ והלכך אין נאמנים, ומב"ר אשי ס"ל דדין חוזר ומגיד נאמרה רק כעוקר דבריו הראשונים אבל כאשר רק מוסיף על דבריו הראשונים בכה"ג ליכא חסרון דחו"מ והלכך נאמנים.

ובביאור סברתם יש לבאר עפ"י הרשב"ם ועפ"י תוס', א' עפ"י הרשב"ם - לכו"ע אין השטר מעיד על כשרותו והלכך למר בר"א נאמנים שהרי אין דבריהם סותר את השטר ול"ש כלל הכא חו"מ בהגדת מודעה ואמנה היו דברינו, אבל לר"נ אע"פ שאין מכחיש את השטר מ"מ מכחיש את דברי עדותו, דהרי עד עתה היה סתמא מדבריו שלא היה מודעה, ועתה רוצה להפקיע את הסתמא וזה אין בכוחו, דהיינו שלפי הרשב"ם נחלקו בחקירה יסודית בגדר 'חוזר ומגיד', אי מה שכיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד הא משום שמכחיש את העדות בשטר או שמכחיש את העדות שסתימת דבריו, דר' נחמן ס"ל דאינו חוזר ומגיד משום שמכחיש את דברי עדותו והאיכא שהרי מסתימת דבריו הראשונים היה במשמעותם דאינו אמנה ומודעה והרי מכחישם, אבל מב"ר אשי ס"ל דהחסרון בחוזר ומגיד הוא שמכחיש את העדות שבשטר והא ליכא, דהגם שמכחיש את הסתמא שבדבריו, מ"מ אינו מכחיש את הפסק דין שבשטר דהרי אין השטר מעיד על כשרותו.

ועפ"י תוס' יש לפרש דלכו"ע עצם הנכתב בשטר מעיד על כשרותו וא"כ פשיטא שי' ר' נחמן שאינם נאמנים אפי' בהוספה כיון

שמכחיש את העדות שבשטר והוא חוזר ומגיד, ובדעת מב"ר אשי צ"ל דהגם שמפריך את השטר מ"מ אינו מפריך את עצמו, דדווקא הנכתב בשטר נחשב כעדות המכשרת השטר אבל מדבריו אין להוכיח כלל ממה שאומרים עתה דמודעה ואמנה היו דברינו, ולפי"ז נחלקו בגדר חוזר ומגיד, אי החסרון הוא מצד שמכחיש את עצמו או שמכחיש את קבלת העדות, דלר' נחמן החסרון הוא מצד קבלת נעדות והאיכא שהרי השטר מעיד להיפך מדבריו, ומב"ר אשי ס"ל דהחסרון הוא שמכחיש את עצמו וליכא, שהרי אין להוכיח מדבריו להיפך ממה שטוען עכשיו שדווקא בשטר י"ל דהנכתב בשטר מעיד להיפך משא"כ בעדות ע"פ.

נמצאינו למדים דר' נחמן ומב"ר אשי נחלקו בשורש גדר חוזר ומגיד, אי החסרון בחוזר ומגיד הוא שמכחיש את דברי עדותו או שמכחיש את קבלת העדות, ובהא איפליגו הרשב"ם והתוס' בסברת כ"א, דהרשב"ם ס"ל בהבנת פלוגתתם דר' נחמן ס"ל דהחסרון הוא מצד הכחשת דברי עדותו ולכן אינו נאמן שהרי מכחיש דברי עדותו הראשונים אע"פ שדבריו לא נתקבלו כעדות גמורה מ"מ הרי הכחיש את דבריו, ומב"ר אשי ס"ל דהחסרון הוא מצד הכחשת קבלת העדות ולכן נאמנים דהרשב"ם ס"ל שעצם הנכתב בשטר אינו נחשב כעדות ולכן אינו מכחיש כלל שום עדות, והתוס' ס"ל להיפך מהרשב"ם דר' נחמן ס"ל דהחסרון הוא בקבלת העדות והאיכא שהרי עצם הנכתב בשטר הוא כעדות וא"כ הרי מכחיש את העדות שבשטר, ומב"ר אשי ס"ל דהחסרון הוא בהכחשת דבריו הראשונים

וליכא שהרי אינו מוכח מדבריו הראשונים להיפך ממה שטוען עכשיו.

ג] מהלך הרבינו יונה

בפסיקת רבה בר"ה דנאמנים להגיד מודעה ואמנה היו דברינו הקשו בגמ' מד' ר' נחמן דאינם נאמנים לומר דמודעה ואמנה היו דברינו ותי' הגמ' דשאני עדות ע"פ דאין נאמנים דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא, ובביאור תירוצ' הגמ' כתב הרשב"ם [וכ"ה בריטב"א] דאין בכוונת הגמ' לחלק בין עדות בע"פ לעדות שבשטר, אלא לחלק בין מה שנאמר או נכתב קודם השטר מכירה למה שנאמר או נכתב לאחר השטר מכירה, כי הנה זהו פשוט דלאחר שנכתב השטר מכירה שוב אינם נאמנים לחזור אפי' ע"י שטר דהוי חוזר ומגיד, ומה שפסק רבה בר"ה דנאמנים הוי בגוונא דהשטר נכתב קודם שטר המכירה ובכהאי גוונא פשיטא שיועיל דל"ה חוזר ומגיד, [ויעוין קושי' הגמ' לפי"ז דהרי אם לרבה בר"ה איירי שנכתב קודם השטר מכירה א"כ פשיטא דליכא שום חסרון דחוזר ומגיד ומאי הוקשו, וחידש מרן הגרב"ד בביאור קושי' הגמ' דסלקא דעתין דגמ' הוי דבמודעה אע"פ שבפועל נכתב קודם השטר מכירה מ"מ יחשב כאילו נכתב לאחר שטר המכירה כיון שכל תכלית 'מודעה' הוי לבטל השטר מכירה א"כ הגם שבעצם נכתב קודם השטר מכירה מ"מ נחשב כאילו נכתב לאחר השטר זביני הלכך הו"א דהוי חו"מ וקמ"ל שכיון שבפועל נכתב קודם השטר זביני ל"ה חו"מ], וכתב הריטב"א דלפי"ז נמצא לדינא דאפי' באמר קודם השטר מכירה יועיל האמירה, וכן כשיכתוב לאחר

השטר מכירה לא יועיל, דאין הדבר תלוי באמירה או בכתיבה אלא אם נעשה הביטול קודם השטר מכירה או לא, וצ"ב רב בשי' הרשב"ם דבלשון הגמ' קשה טובא לבאר כן דמלשון הגמ' משמע דהדבר תלוי בשטר ובע"פ ולא בשעת הביטול.

אכן הרבינו יונה כתב בכוונת תירוצ' הגמ' שיש לחלק בין שטר לע"פ, דדווקא שטר יש לה כח המבטל ולכן במודעה נאמנים, אבל באומרם דמודעה ואמנה היו דברינו אין נאמנים דהוי חוזר ומגיד ודווקא בשטר ליכא דינא דחו"מ דבשטר אי' כח המבטל, ומשמעות דבריו הוי דהחסרון בחוזר ומגיד הוי בקבלת העדות שאין בי"ד יכולין לקבל עדות נוספת המבטלת משמעות עדות הראשונה, ולפיכך דווקא בשטר דדין הוא דעדים החתומין על השטר כמי שנחקרה עדותן בבי"ד א"כ ע"כ מתקבלת השטר המבטל בבי"ד שהרי כבר נתקיימה ואי"צ לקיום בי"ד, אבל באמירת מודעה ואמנה יש באפשרות בי"ד שלא לקבל העדות אין להם לקיים עדותן האחרונה כיון שמבטלת משמעות עדות הראשונה, ודבריו צ"ב דלכאו' דין חו"מ נאמרה על ההגדה ולא על הקבלה, ומה"ת דדין חו"מ הוי אפי' על קבלה, ועפ"י יסודו של ר' אלתר א"ש דבדין חוזר ומגיד נשנו ב' דינים א' עקירת דבריו הראשונים ב' תירוצ' דבריו הראשונים באופן שונה מהסתמא הקודמת ע"י הוספה על דבריו, וא"כ בחו"מ דעקירה הוי החסרון בהגדה אבל בחו"מ דהוספה א"א דהחסרון הוי בהגדה שהרי אין מכחיש כלל דבריו הראשונים ע"כ דהחסרון הוי בקבלת עדותו, והלכך בסוגי' שאין מכחיש דבריו הראשונים אלא מוסיף הוי החסרון

בקבלת עדותו ובזה יש לחלק בין עדות ע"פ שאין בי"ד יכולין לקבל עדותו לעדות בשטר שבי"ד מקבלין עדותן בע"כ.

עכ"פ מבו' מד' הרבינו יונה דלדעת ר' נחמן כשעדים אמרו דמודעה היו דברינו אינן נאמנים דהוי הכחשה כיון שהשטר מעיד על כשרותו, אמנם ברשב"ם נתבאר בארוכה לעיל דס"ל דעצם הנכתב בשטר אינו מעיד להיפך מדבריו, ולפי"ז יש לבאר שיטת ר' נחמן, עפ"י הרשב"ם דאין השטר מעיד על כשרותו דהרי סו"ס בדבריו איכא סתמא להיפך ואין בכוחו להפקיע הסתמא ללא ראיה ברורה, ועפ"י הרבינו יונה צ"ל דכיון דהשטר מעיד על כשרותו הרי הם כחוזרין ומגידין.

והנה לעיל בסוגיית שכוני גוואי [דכ"ט ע"ב, ל' ע"א] נשנה מח' דרבה ור' נחמן אי מרא קמא יכול להפקיע ממשמעות הפוכה דאיכא מוחזק, דלר' נחמן על המחזיק להביא ראיה כנגד המר"ק והמערער יכול להפקיע את הסתמא, ורבה ס"ל דעל המערער להביא ראיה להוציא מהמוחזק ואין המערער יכול להוציא מידי סתמא, והוקשו בגמ' מבר סיסין דהתם מצינו דינים הפוכות דהתם לרבה יוכל להוציא המערער מסתמא ולר' נחמן לא יוכל להוציא המערער מסתמא, וקשיא רבה ארבה ור' נחמן אדר' נחמן.

ותירצו בגמ' דרבה אדרבה ל"ק דכל שיטת רבה שאין למערער לאפוקי מידי סתמא הוי כשמוחזק מחזיק בפועל בדבר, אבל בבר סיסין שאין המחזיק תפוס בפועל בקרקע יכול המערער לאפוקי מידי סתמא, ור' נחמן אדר' נחמן ל"ק עיי"ש בד' הגמ', ובביאור תי' הגמ'

נשנו ב' מהלכים בראשונים, דהרשב"ם פי' דמסקנת הגמ' הוי דר' נחמן מודה לרבה שאין מערער יכול להוציא מידי סתמא והלכך בבר סיסין על המחזיק להביא ראיה וחזקה שאני דחזקה במקום שאני במקום שטר עומדת, וכמו בשטר אפ' לערער אפי' על שטר מקוים הכ"נ המרא קמא המערער על קיום החזקה ולכן על המחזיק להביא ראיה, וברבינו יונה כתב דר' נחמן לא חזר בו וס"ל דהמערער יכול להפקיע מידי סתמא, ובר סיסין שאני דאי' טענה עליה מדוע לא ביאר להדיא שדה זו והלכך אפסדיה נפשיה, ומדבריהם נראה דנחלקו במסקנת הגמ' בדעת ר' נחמן אי המערער יכול לשנות מהסתמא או לא דלרשב"ם אינו יכול ולרבינו יונה יכול.

ודבריהם מתאימים להפליא לדבריהם בסוגיין דלמורם מכל האמור מבו' דהרשב"ם והרבינו יונה נחלקו דר"נ ס"ל דכיון דבדברים אי' סתמא דל"ה מודעה ולכן אינם נאמנים הגם שאין השטר מעיד על כשרותו וכשיטתו לעיל ד"ל ע"א, והרבינו יונה ס"ל בדעת ר' נחמן דכיון דהשטר מעיד על כשרותו אין נאמן לומר מודעה היו דברינו, והבינו יונה מיאן לבאר כרשב"ם דכל החסרון הוי להפקיע מידי סתמא דהרי הרבינו יונה ס"ל בדעת ר' נחמן דאפשר להוציא מידי סתמא, ולכך מיאן לבאר כרשב"ם והוצרך לפרש דהחסרון הוי שהנכתב בשטר מעיד להיפך.

אמנם העירוני אחד מהלומדים דכ"ז אינו מדויק דהרי כל יסודו של ר' אלתר מוצק ומיוסד עפ"י דברי הרמב"ם [עדות, ג', ה'] וז"ל "וכן אינו יכול להוסיף בעדותו תנאי", הרי מבו'

ר' יבון שמערתא בבא בתרא

ברמב"ם דדין חו"מ ל"ה רק על עקירה אלא
אפילו הוספה על דבריו הראשונים המשנה
את משמעות דבריו הקודמים ג"כ חוזר ומגיד,
והנה הרמב"ם בעצמו [שם, הל' ז'] פסק
הרמב"ם כמב"ר אשי א"כ אין לבאר יסוד של
ר' אלתר בדעת מב"ר אשי, איברא דכבר מצינו
בריטב"א יסודו של ר' אלתר דאיתא בריטב"א
דהחסרון בחוזר ומגיד הוי אחר 'קימת דבר',
דהיינו אחר שנגמר הדין ונתקיים הדבר שוב
אין לחזור, וא"כ אפי' הוספה נחשבת כחוזר
ומגיד והיינו דברי ר' אלתר, דהגם שאינו
מכחיש דבריו הראשונים אלא מוסיף נחשב

כחו"מ כשמשנה ממשמעות דבריו
הראשונים, ולשיטת הריטב"א א"ש.

ובדעת הרמב"ם אולי יש לבאר מח' דר' נחמן
ומב"ר שאי בסוגי' כש"פ הריטב"א בכתובות
[די"ט] דנחלקו אם אפשר לתלות שהשטר
נעשה באונס, דלר' נחמן אינם נאמנים דלא
תלי' באונס עד שיכתוב אחרות ובדעת עשאו
והלכך ל"ה מודעה, ולמב"ר שאי נאמנים דאף
בכתיבת השטר חיישי' שעשאו מחמת אונס
ולכך נאמנים להגיד דמודעה ואמנה הוי.



הבה"ח יהודה בידרמן הי"ו

דף נב:

בענין מיגו להוציא לפי ר"ת

בתוס' דף נ"ב: ד"ה דברים העשויין להשאל, מביא דאיתא בב"ק המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא שם גניבה בעיר ישבע כמה הוציא ויטול, והקשה מסוגיין דספרים הוי דבר העשוי להשאל, וא"כ יהיה נאמן שנגנבו במיגו דאי בעי אמר השאלתיו לך, ויהיה נאמן אף שלא יצא שם גניבה בעיר, ותירץ ר"ת, דמיירי במכירים שבעל הספר אין רגיל להשאל לזה שקנאם ואנן סהדי שלא השאל לו, ומשום כך אינו נאמן במיגו, ואכן אם עשוי להשאל לו נאמן במיגו ואף שלא יצא שם גניבה בעיר, ומה"ר דודי תירץ, דאין נאמן במיגו דהוי מיגו להוציא ואע"פ שנשבע ונוטל דמים שהוציא.

מיגו להוציא אי אפשר לתרץ כמה"ר דודי, ויצטרך לתרץ כר"ת אמנם ר"ת עצמו י"ל שסובר דלא הוי כלל מיגו להוציא וכהסבר הש"ך לקמן, אמנם מלשון תוס' שדייקנו עדיין מדויק כהב"ח דאף ר"ת עצמו ס"ל כן.

מהלך הש"ך

הש"ך בסי' קל"ג (ס"ק י"ג) כתב, דסבירא ליה לר"ת שאינו נחשב כלל למיגו להוציא, וכלשון תוס' ונראה למה"ר דודי דאינו נאמן במיגו 'דהוי מיגו להוציא' משמע דר"ת סובר דלא הוי מיגו להוציא,

והסברא בזה אומר הש"ך, דמשום שמשלם לו הדמים שהוציא אינו נחשב למוציא ולמפקיע מחבירו, ומדייק כן מדסיים מה"ר דודי שהוי מיגו להוציא 'אע"פ שנוטל דמים שהוציא', משמע דע"ז פליג ר"ת שאינו בכלל מיגו להוציא ומשום זה שמשלם לו מעות שהוציא נאמן במיגו, (ועיין להלן ביתר ביאור)

ובהבנת הש"ך נחלקו הקצוה"ח והנתיב"מ, דהקצוה"ח בסי' פ"ב (ס"ק י"ב) הקשה על סברת הש"ך, מהא דאיתא בב"מ זה אומר

ובסברת ר"ת יש לעיין, מדוע לא יחשב למיגו להוציא, ומדוע כשעשוי להשאל לו נאמן במיגו דהשאלתיו אף שלא יצא שם גניבה, ומצינו בזה כמה מהלכים לסברת ר"ת, ולהסבר מחלקותם,

מהלך הב"ח

הב"ח בסי' קל"ג (ס"ק י"ג) פירש דר"ת סבירא ליה דאמרינן מיגו להוציא, ומוכיח כן דבתוס' התם אומר דלמ"ד מיגו להוציא אמרינן צ"ל כפירוש ר"ת ואי אפשר לתרץ כמה"ר דודי, ונראה דגם מדויק כן מלשון תוס' ב"מ דף קטז. וז"ל: ולמורי ה"ר דודי נראה לתרץ דמיגו להוציא לא אמרינן משמע דע"ז פליג ר"ת דאמרינן מיגו להוציא,

והקשה עליו הש"ך דהרא"ש והמרדכי פוסקים דלא אמרינן מיגו להוציא, ואעפ"כ פוסקים כר"ת דבאופן שמכירים שרגיל להשאל לזה שקנאם נאמן במיגו, אלא ע"כ דלא הוי מטעם מיגו להוציא, ומה שהוכיח הש"ך מתוס' שאומר דלמ"ד מיגו להוציא אמרינן צ"ל כפירוש ר"ת, היינו שאם אומרים

כולה שלי וזה אומר חציה שלי, זה ישבע שאין לו בה פחות מג' חלקים וזה ישבע שאין לו בה פחות מרביע, ואוקמו בגמ' דמיירי במקח וממכר דשניהם שילמו למוכר ואין יודעים מי שילם מדעתו ומי בע"כ, ובתוס' התם הקשה דהטוען חציה שלי יהיה נאמן במיגו דאי בעי אמר כולה שלי, ותיירץ ריב"ם דמיגו להוציא לא אמרינן, ונחשב למוציא כיון ששניהם מוחזקים בטלית,

ומוכיח הקצוה"ח דלא כהש"ך, דהרי התם כשיוציא הטלית יצטרך המוכר להחזיר ללוקח מעותיו ולא יהיה הפסד ללוקח, ואעפ"כ אומר תוס' דהוי בכלל מיגו להוציא, ולפי הש"ך כל שמוציא ואין חבירו מפסיד אין זה נחשב למיגו להוציא,

וא"א לדחות ולומר דרק בבא דכולה שלי וכולה שלי מיירי במקח וממכר וליכא פסידא, אבל בבא דכולה שלי וחציה שלי מיירי במציאה דאיכא פסידא כשיוציא הטלית, ולכך הוי בכלל מיגו להוציא, דהתם בדף ח' ע"א אומרת הגמ' על בבא זו ממאי דבמציאה דילמא במקח וממכר וא"כ ליכא פסידא,

אולם הנתייה"מ בסי' קל"ג (ס"ק ח') דחה ההוכחה מבב"מ, דהכא שאני מהתם, דהכא משלם לו הדמים בכדי שיוציא ובתמורה שמוציא, ולכך אינו בכלל מיגו להוציא, משא"כ התם מוציא מהלוקח בלא דמים אלא שהלוקח יכול לתבוע מעותיו מהמוכר, ופשוט שיחשב למוציא מחבירו כיון שלא הוא משלם

לו, ואף אם נאנס מעותיו ביד המוכר יכול להוציא מהלוקח ובלא תשלום ללוקח כלל דהתשלום אינו אלא דבר צדדי,

ומובן מהנ"ל שנחלקו בהבנת הש"ך, דהקצוה"ח הבין דכל שמקבל תשלום ואין מפסיד כשמוציא אין זה בכלל מיגו להוציא, וכלשונו בקושייתו 'והוי מיגו להוציא אע"ג שאינו בגוף החפץ דהא הדמים אינו מפסיד', ולפי"ז באמת קשה מבב"מ, והנתייה"מ הבין דרק אם משלם לו בכדי שיוציא ובתמורה שמוציא אז אינו בכלל מיגו להוציא ולפי"ז אין קושיא מב"מ¹.

ובאמת צריך להבין תירוץ הש"ך, דמדוע אם משלם לו הדמים שהוציא אינו בכלל מיגו להוציא, והא מ"מ מוציא גוף החפץ ואיך מועיל ע"ז מיגו,

וראיתי מהגאון ר' צבי חיים דישון שליט"א בספרו נעימות נצח שמסביר, דכמו שמצינו דהתופס מחבירו ואינו משלם לו נקרא גזול ועובר על לא תגזול, והתופס מחבירו ומשלם לו אינו עובר על לא תגזול ונקרא חמסן, ואע"פ שגזל גוף החפץ, אלא מהא חזינן דכל שמוציא מחבירו ומשלם לו ואין חבירו מפסיד בהוצאתו, אין נחשב כ"כ למפקיע ממון חבירו, ולכך הכא מועיל המיגו להוציא גוף החפץ כיון שמשלם לו, ולפי הנתייה"מ מובן יותר דבין במיגו ובין בגזל אינו נחשב למפקיע מחבירו כשמשלם לו 'תמורת ההוצאה', ולפי הקצוה"ח דאף כשאחר משלם ללוקח אין הוא

¹ וראיתי שיש מפרשים שנחלקו אם המוכר נחשב לשלוחו של מוציא, דהקצוה"ח סובר שנחשב לשלוחו כשמשלם לו ולכך אינו נחשב להוציא, וע"ז חולק הנתייה"מ, ותמוה מדוע יחשב לשלוחו והא הקונה שילם לו בשביל המקח ואם אין כאן מקח הרי המוכר מחזיר לו מעותיו מעצמו (וכמקח טעות) ואין המציא שולחו כלל, וכן אם נאנס המעות ביד המוכר אעפ"כ מוציא ובלא דמים, וגם מלשונו משמע דתלוי בהפסד.

נחשב למוציא כיון שאין לו הפסד, צ"ל דכיון שהמוכר משלם ללוקח רק בגלל שהפסיד הלוקח אינו נחשב למפקיע מחבירו, וכ"כ בגזול מחבירו ומשלמים לו בגלל שגזלו אין הגזלן עובר על לא תגזול דאינו נחשב למפקיע מחבירו, אך אין מסתבר לומר שאף ששילמו לו סתם ולא משום שגזלו ממנו שלא יחשב להוציא כיון שאין לו הפסד,

אולם הנתייה"מ בסי' קל"ג (ס"ק ח') הקשה על מהלך הש"ך, דבאופן שיטעון המחזיק שמתנה היא בידי, אטו יחשב למיגו להוציא אף לפי ר"ת, כיון שאין המוציא משלם לו דמים על ההוצאה ולא יהיה נאמן במיגו והא לא מצינו פוסק אחד שיחלק כך, וכ"כ באופן דנשבע המחזיק שקנאו ובפחות משווי, אטו יחשב למוציא כיון שאין משלם לו דמי כולה,²

ואכן הקצוה"ח אומר שלפי הש"ך באופן שהמחזיק טוען שקיבלו במתנה, ה"ז נחשב למיגו להוציא אף לפי ר"ת, אך הנתייה"מ בחידושו אומר שס"ל לש"ך שכיון שמחזיר הדמים לא שייך כאן מיגו להוציא, ואפילו במתנה לא הוי מיגו להוציא דכיון שעשויין להשאל ברשות מר"ק קאי, ועיין בש"ך שתירץ כן בדרך שני אלא שאומר שתירוצו הראשון נראה עיקר.

מהלך הנתייה"מ

הנתייה"מ פירש בסי' צ' (ס"ק ח') דר"ת ומה"ר דודי לא נחלקו לגבי מיגו להוציא אלא נחלקו

בגדר דברים העשויין להשאל ולהשכיר, דר"ת סובר כיון שעשויין להשאל ולהשכיר אינו בחזקת המחזיק אלא בחזקת המרא קמא, ולכך כשהמר"ק רגיל להשאלו נאמן במיגו, דאינו נחשב להוצאה ממוחזק,

ודבר זה מצינו ברבינו יונה בע"א שאומר שמואל ומודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה לגבי אח הנושא ונותן בתוך הבית, והקשה ר"פ מדברים העשויין להשאל ולהשכיר שרבא הוציא מיתומין דעל היתומין להביא ראיה, ואומר רבינו יונה שפוסקים כשמואל (ודלא כרשב"ם), ועל קושיית ר"פ תירץ דשאני אח הנושא ונותן בתוך הבית דטענינן ליתמי כיון שהאונות והשטרות בחזקתן משא"כ דברים העשויין להשאל ולהשכיר לא טענינן כיון שאינם בחזקת יתומין אלא בחזקת מר"ק, (ודלא כתוס' שלא טענינן כשצריך ראיה),

ומה"ר דודי, צ"ל דס"ל שאף שזה בחזקתו של מוציא ולא של מחזיק, מ"מ הרי חבירו 'תפוס' בו וג"כ נחשב להוציא, (ומה שהקשה ר"פ עיין ברבינו יונה עוד תירוץ)

ולכאורה תמוה מאד דמדוע אינו נאמן אלא במיגו דשאולין, ואמאי אינו נאמן דגנובין בלא מיגו דהא בחזקתן הן כיון שעשויין להשאל, וכמו שמצינו דבגודרות כיון שאין להם חזקה נאמן המר"ק להוציא בלא מיגו,

² וקושיא זו שייך להקשות אף לפי הבנת הקצוה"ח, וא"א לומר דאינו נחשב למוציא ומשום שאינו נחשב להפסד ואף שאין משלם לו כיון שקיבלו במתנה, דהא הקצוה"ח כשהקשה מבב"מ פירש דכולה שלי וחציה שלי מיירי במקח וממכר דליכא פסידא, ואם הוצאת מתנה אינו נחשב להפסד היה יכול להקשות אף דמיירי במציאה דליכא פסידא.

וראיתי בספר ארץ במשפט כללי מיגו שתירץ שם, דכיון דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקנן לכך אינו נאמן אלא מיגו, וזה אינו נראה דכיון שטוען גנובין לא מיקרי אחזוקי אינשי בגנבי וכמו שאומר תוס' דכמה גנבין איכא בעולם,

אמנם לפי מה"ר דודי נראה שבאמת אפשר לתרץ כן, דבתוס' בשבעות דף מו: מביא ראייה דדברים העשויין להשאיל אינו נחשב להוצאה מגודרת, דכמו בגודרות אין להם חזקה ואין המחזיק יכול לטעון לקוח הוא בידי דאין זה בחזקתו אלא בחזקת המר"ק, וכ"כ אין חזקה בדברים העשויין להשאיל,

ואומר הנתיב"מ שלפי מה"ר דודי ששייך חזקה בדברים העשויין להשאיל, צ"ל שגודרות שאני שא"צ מיגו, דבהמכיר כליו וספריו מיירי שטוען 'אתה גנבת' ובאיסור בא לידך, וכיון שאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקנן אינו נאמן אלא במיגו, משא"כ בגודרות שבהיתרא בא לידו א"צ מיגו, ואף שטוען שבאיסור הם בידך דשלי הוא, מ"מ לא מיקרי אחזוקי אינשי בגנבי אלא כשבא לידו בגניבה ומשא"כ גודרות, ולפי"ז מיושב לפי מה"ר דודי מדוע בלא מיגו אינו נאמן, אך לפי ר"ת עדיין קשה,

ושמעתי מהמג"ש הרה"ג ר' יצחק יוסף מרק שליט"א שהסביר שיטת ר' דודי באופן אחר, דודאי ס"ל למה"ר דודי דהמר"ק מוחזק בדברים העשויין להשאיל, אלא דמ"מ הכא כיון שעתה טען גנובין והודה שיצא מתחת ידו שלא בתורת שאילה, איבד את חזקתו, דחזקתו לא הוי אלא בדברים העשויין להשאיל

וכשטוען שאולין' משא"כ הכא שטוען גנובין, וסברא זו איתא ברא"ש בשבעות מו:³

ובדעת ר"ת הסביר דמאחר שקודם טענתו היה בחזקתו, הוי מיגו להחזיק, דאף שהודה שיצא מתחת ידו שלא ע"י שאילה, מ"מ כיון שעד עתה היה בחזקתו, ואף עתה רוצה להשאירו בחזקתו ע"י המיגו ה"ז מיגו להחזיק כיון שרוצה להשאיר הממון באותו מקום שהיה קודם,

והמקור ליסוד זה מצינו ברבינו יונה, שהסביר שיטת רבה בשטרא זייפא ע"פ יסוד זה, דאף שעתה הודה ששטרא זייפא הוא מ"מ כיון שעד עתה היה מוחזק בארעא וזו"ז ע"י השטר, ואף עתה רוצה להשאיר בחזקתו הרי זה מיגו להחזיק ונאמן,

ואף שהלכתא כרבה בארעא וכר"י בזוזי, סובר ר"ת דכלים העשויין להשאיל דמיא לארעא, דבזוזי אף שקודם שהודה היה בחזקתו מ"מ היה מחוסר גוביינא ולכך הלכה כר"י בזוזי, משא"כ ארעא כיון דהיה בחזקתו וגם לא היה מחוסר גוביינא הלכה כרבה דנאמן במיגו, וכ"כ כלים שעשויין להשאיל דנחשב בחזקתו ואף לא מחוסר גוביינא כיון דשלו הוא דדוקא מלוה להוצאה ניתנה ושאילה לא,

לפי"ז מיושב דאף לר"ת אינו נאמן בטענת גנובין אלא במיגו דשאולין, דאף שהוי מיגו להחזיק שמחזיק את הממון באותו מקום שהיה קודם טענתו, מ"מ עכשיו כבר אינו

³ כ"כ מצינו סברא זו ברבינו יונה בסוגיית שטרא זייפא, שמסביר שיטת ר' יוסף דס"ל דאף שקודם שהודה ששטרא זייפא היה מוחזק בארעא ובזוזי, מ"מ כיון שעתה הודה ששטרא זייפא הוא ה"ז מיגו להוציא, ואפשר דלא דמי דשטר מזויף שאני,

בחזקתו כיון שהודה שיצא מתחת ידו שלא
ע"י שאילה ואינו נאמן בלא מיגו.

מהלך הקצוה"ח

הקצוה"ח בסי' פ"ב (ס"ק י"ב) מפרש שיטת
ר"ת שס"ל שהכא אמרינן מיגו להוציא,
ומשום שהכא מיירי שהמערער טוען ברי
שגנובין הן והלוקח אינו יודע ושמא הוא,
ובברי ושמא אמרינן אף מיגו להוציא, וכמ"ש
דאשה שטוענת משארסתני נאנסתי נאמנת
להוציא מבעלה ע"י מיגו כיון שהיא טוענת ברי
והבעל שמא (ואף שלא היה לו לידע)

והסברא בזה, משמע דהוי משום צירוף טענת
ברי ומיגו, דאלים ואפי' להוציא, ואף דבעלמא
לא אמרינן מיגו להוציא, וגם ברי ושמא לאו
ברי עדיף, מ"מ צירוף שניהם מועיל אף
להוציא,

ובשער משפט מסביר ע"פ תוס' בב"מ דף ק',
דכל שהנתבע טוען שמא אין הוא נחשב
למוחזק, וז"ל תוד"ה וליחזי, אבל אם היה טוען
שמא סברא הוא שלא תועיל חזקתו מספק,
וכן בתוד"ה הא מני, וז"ל: התם שהמוחזק נמי
טוען שמא אין חזקתו מועלת, ע"כ, וכיון
שהנתבע טוען שמא אין חזקתו מועלת וחבירו
יכול להוציא ממנו ע"י מיגו, ואף שברי ושמא
לאו ברי עדיף דהמוציא מחבירו עליו הראיה,
מ"מ אלים המיגו להוציא,

והקשה הנתיב"מ דהרי ב"ד טענינן ללוקח
וא"כ הוי המערער ברי וגם הלוקח הוי כברי
דטענינן הוי טענת ברי, ומיגו להוציא בברי וברי
לא אמרינן, ודוקא במשארסתני נאנסתי הוי

שמא דלא טענינן לבעל, והדרא קושיא
לדוכתא איך מועיל המיגו להוציא,

ותירץ השער משפט, שאע"פ שטענינן והוי
כטענת ברי, מ"מ אלים טענת התובע בברי,
ומוכיח כן דבשטרא זייפא פירש ריב"ם שיטת
ר' יוסף שהוי מיגו להוציא ואף שיושב בקרקע,
ומשום שקרקע בחזקת בעליה עומדת,
ולכאורה מאי שנא מהא דאיתא דהאומר
שדה זו של אביך ולקחתיה, דנאמן במיגו דאי
בעי אמר לא היה של אביך מעולם, אלא ע"כ
דאף שהתם נמי הוי מיגו להוציא מ"מ שאני
משום שהוי ברי ושמא שאין הבן יודע אם
לקחו מאביו, ובברי ושמא אמרינן מיגו
להוציא,

והנתיב"מ שהקשה, כשיטתו אזיל שתירץ
בסי' קמ"ט (ס"ק ט') דהתם שאני משום שהוי
פה שאסר פה שהתיר, דאסר עצמו ע"י
שהודה דשל אביך היתה, ועדיף ממיגו
ואמרינן אף להוציא, וליכא ראייה דבברי ושמא
אמרינן אף מיגו להוציא,

ובדעת מה"ר דודי, מפרש התומים בסי' פ"ב
בכללי מיגו (ס"ק ד') שכיון שהוי נמי מיגו
דהעזה לכך אינו מועיל מיגו להוציא, ואף
שהתובע ברי והנתבע שמא, ודוקא הכא
שהמיגו הוא דאי בעי אמר השאלתיו לך אינו
נאמן דהוי מיגו דהעזה להוציא,

והסברא דלא מהני, מסביר התומים דמיגו
דהעזה הוי ספק מיגו, דשמא מעיז ושמא אינו
מעיז, לכך אף שנאמן להחזיק אך להוציא
מספק אי אפשר ואף שהתובע ברי והנתבע
שמא,

והקשה השער משפט בסי' פ"ב (ס"ק א') מהגמ' הנ"ל בכתובות דהאומר לחברו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה נאמן מיגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם, והרי התם הוי מיגו להוציא וגם מיגו דהעזה, דטענת לא היה של אביך מעולם העזה היא דהבן יודע שהיתה של אביו, וא"כ איך נאמן במיגו,

וע"ז אפ"ל דהוי פה שאסר פה שהתיר שהוא אסר עצמו דשל אביך היתה והודה מעצמו ולכך נאמן אף להתיר עצמו וכנ"ל, עוד אפ"ל דבקרקות לא נחשב להוציא כשיטת הקצוה"ח, ועוד אפ"ל לפי רש"י שם שביאר דלא הוי מיגו דהעזה דהבן אינו יודע כלל אם היה של אביו,

אך הקשה עוד דבתוס' בב"מ דף קטז. אומר שלמ"ד מיגו להוציא אמרינן צ"ל כפירוש ר"ת, ולפי הנ"ל הרי אפשר דס"ל כמה"ר דודי אלא דהכא כיון שהוי נמי מיגו דהעזה לא אמרינן מיגו להוציא ואף שבכל מקום אמרינן מיגו להוציא, וצ"ע.

ונראה דאפשר לומר בדרך אחר על קושיית הנתיב"מ הנ"ל, דהקצוה"ח סובר דטענינן ללקוח הוי כטענת שמא ולכך נאמן במיגו,

וכדאשכחן במאירי בכתובות דף ט"ו: וז"ל: 'יש מפרשים כן ודעתם שכל שאנו טוענינן לו בריא מיקרי, ואין הדברים נראין' עכ"ל וכ"כ אומר תוס' בדף ל"ג. דלכך אין להשבע שבועת היסת מחמת יתומים דאין ודאי ליתומים ואף שטענינן להו, ולפי"ז נחלקו הקצוה"ח ונתיב"מ אם טענינן הוי כטענת ברי או שמא,

ויש לבאר דמאי מועיל טענינן שמא, והא גם היתומין עצמן בלא טענינן נמי הוי שמא, אלא נראה דכוונתם כהקוב"ש ח"ב בסי' ה' דודאי טענינן לא הוי שמא אלא הוי 'ספק ברי' והיינו שב"ד מסתפקין מה היה אביו טוען בשמא או ברי, ואמרינן מיגו להוציא בטענת ברי מנתבע שטוען בספק ברי, והנתיב"מ שהקשה הבין דטענינן הוי טענת ברי וכמו שאיתא ברא"ש דנשבעין שבועת היסת מחמת יתומים,

ואמר לי אחד שהשתא דאתית להכי אפשר לומר דבהא גופא פליגי ר"ת ומה"ר דודי, דר"ת סובר דטענינן הוי ספק ברי ולכן מהני מיגו להוציא כשהמערער טוען ברי והלקוח שמא, דמהני מיגו להוציא בטענת ברי מהטוען בספק ברי, ומה"ר דודי סובר דטענינן הוי טענת ברי ואין אומרים מיגו להוציא בברי וברי.



הבה"ח יוחנן גולומב הי"ו

דף עה:

דעת בקנינים וביאור הסוגיא במח' רב ושמואל במשיכה

איתמר ספינה רב אמר כיון שמשך כל שהוא קנה ושמואל אמר לא קנה עד שימשוך את כולה לימא כתנאי וכו' ושמואל אמר אנא דאמרי אפי' כת"ק עד כאן לא קאמר ת"ק אלא בב"ח דכיון דמעיקרא יד ורגל אידך למיעקר קיימי אבל ספינה שלא תזוז ממילא לא ע"כ לענינו.

שנהגו בסוחרים (סיטומתיא) קונה מדאורייתא וכל קנין דרבנן משיכה מכירת שטרות קונה מהתורה משום שיש גמירות דעת.

ולפי"ז למה צריך תמיד לפעולת הקנין הרי סגי בדעת מצינו בזה ב' נוסחאות באחרונים א. שהקנין מוכיח שרוצה דהיינו הקנין מוכיח את גמירות דעתו דדיבור יכול לומר לו משטה אני כך משא"כ מעשה לא עושה סתם וכן מצינו בגמ' דף ל: דיבורא עביד איניש דמיקרי ואמר מעשה לא עביד. ב. שבלי הקנין עדיין מסתפק אם כן לקנות או לא לקנות וברגע שעשה הקנין יודע שלא יוכל לחזור בו אז גמר יש כאן הערה שלא מובן נא להסביר שסבר הראב"ד אבל הרמב"ם ס"ל שהקנין הוא מעשה קנין של הוראת בעלות גרידא וזה קונה בזמן שקבעו וביתר ביאור הוא שזה מעשה קנין של עקירה (מרשות הבעלים) ממקומו הראשון ואז נעשה התוצאה ממילא שנכנס לרשותו אבל לא זהו העיקר וא"כ ברגע שעקר מקצת קנה את כולה ולכן בלשון עתיד או לאחר ל' יום לא קנה דאז לא נעשה העקירה ובפשטות זה הפשט במח' רב ושמואל ולנודע ביהודה זה שאלה מהו מהות מעשה הקנין של משיכה ולפי החזו"א הוא שאלה בגמירות דעת שלפי רב סגי בגמירות דעת זה שעוקר ממקום בעלים

ולפני שנבאר יסוד המח' צריך לדון מה הפשט בסוף הגמ' דשמואל אמר דבב"ח בגלל שהולך ליעקר ממקומו קונה דהא לכאורה במציאות עדיין לא עושה מעשה קנין כראוי דלשיטתו צריך לעקרו ממקומו והיה אפש"ל דהקנין הוא קנין אריכתא ולא קונה עד שיזוז ממקומו לגמרי והחידוש שזה קנין אחד משא"כ בספינה אבל ברשב"ם ד"ה אידך כתב יד ורגל למיעקר קיימי וכמי שהיא עוקרת דמי וכו' משמע מדבריו שקונה כבר לפני שעקרה וצ"ע. והנה החזו"א בחו"מ ס' כ"ב כתב וז"ל כלל גדול יהיה לך בקנינים דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו ויש דברים שקים להו לחזו"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו עכ"ל לענינו ומצינו לפי"ז ישוב לקושיא הנ"ל דאם המעשה הקנין הוא לא העיקר אלא בשביל הגמירות דעת אפש"ל דכשהולך הדבר להעשות כבר קונה דכבר היה הגמירות דעת ולפי דברי החזו"א מובן למה בשידוכים אמרינן שהן הן הדברים הנקנים באמירה אפי' שלא עשו שום מעשה קנין דבכל מקום אמרינן שאין גמירות דעת וכדיבאור לקמן אבל בשידוכים יש גמירות דעת דהצד האחר יתבייש כשמבטלים וכן משמע בתוס' בקידושין דף ח: ועוד יוצא לנו מזה שקנין

הראשונים ולשמואל צריך גמירות דעת של הכנסה לרשות דאז נראה בעלים.

והנה באמת נחלקו הראשונים הריטב"א והעדר"י כתבו שבמח' הוא במטלטלי וספינה ונחלקו בספינה להודיעך כחו של שמואל (דגם בספינה שקשה למושכה ס"ל שצריך למשוך כולה) והביאור הוא כדלעיל שצריך הכנסה לרשות אמנם הרא"ש חולק וס"ל דכל המח' הוא בספינה וב"ח שהולכים מעצמם (הריטב"א למד שהמשיכה הוא ביבשה והרא"ש למד שהיה בים וספינה מהמים שמתחתיו דרך אז) ס"ל לשמואל שצריך למשוך כולה אבל מטלטלים סגי במה שמשך במקצת וכדנתבאר בדעת הראב"ד ולכאורה ביאור המח' לרא"ש כדעת רב ושמואל לחזו"א ניחא דסבר שמואל דאפי' שקונה תמיד דכל הגמיו"ד תמיד של משיכה סגי בהוראת בעלות ואי"צ הכנסה לרשות הכא לא קונה דחסר בגמיו"ד שהולך מעצמו ולכן צריך להכניס לרשותו.

אמנם לדעת הנודע ביהודה צ"ב שבמציאות עשה את מעשה הקנין והיה לו דעת לקנות וצ"ל דאם הספינה זזה מעצמה או בשור יכול לילך מעצמו אז זה לא מעשה המתייחס אליו דיכול לילך מעצמו א"כ לא חידש כלום במעשה הקנין וכדוגמא לזה מצינו בעבד גדול ועבד קטן דקורא להם שלקטן קונה ולגדול לא ושם מבואר דבגלל שהגדול הולך מעצמו אז לא מתייחס המעשה בשביל האדון ומתייחס לעבד עצמו.

ולפי דעת הנוב"י יוצא שקנין דרבנן יכולים להבין שתי צדדים מהני אדאורייתא שחכמים תקנו שיקנה ויהי גם אדאורייתא או שחכמים

תקנו שיהי רק להוציא ולא יהי על דאורייתא והביאור הוא בשאלה מהו הכח של הפקר בי"ד הפקר האם יש להם כח רק להוציא מאחד ולהפקירו גמר בלבו ולכאורה קשה על מהלך א' דאם ידוע למקנה שרצה להקנות האם כלפי עצמו צריך להיות שהחפץ כבר לא שלו ולא יוכל לחזור בו ויש ליישב שהקנה יודע שתלוי גם בדעת הקונה אם רוצה או לא לכן כבר לא גמר בלבו ואין כבר דעת מקנה ובאחרונים יש ביאור נוסף שבגלל שיש קונה והקונה לא יודע שהמקנה יש לו גמירות דעת לכן לא קנה דחסר מצד המקנה (ולפי"ז אם אמרו שתיהם שהיה להם גמירות דעת קנו) ולפי זה נמצא שמתנה שתלוי רק מצד הנותן כי זה זכיה למקבל היה מקום לומר שלא צריך מעשה קנין דהרי דעת מקנה היה משא"כ מכר הלוקח מתחייב כסף ולכן צריך גם לדעת הלוקח וצ"ע שתמיד אומרים שצריך קנין במתנה ולמהלך א' ניחא.

אמנם דעת הנודע ביהודה שהכח שפועל את חלות הקנין הוא מעשה הקנין ולא צריך את הדעת לקנין אלא כתנאי ולכן בעובר בנכסי הגר לא קנה אפי' שעשה מעשה קנין טוב אלא יש תנאי שלא קונה אלא אם יש דעת וכך דייק המהרש"ם בספרו משפט שלום קצ"ד ד"ה כלל מלשון הרמב"ם ולכאורה הפשט הוא משום שדרך מקח וממכר הוא עם דעת קנין דהיינו שיש ב' חלקים בקנין שיהא כדרך מקח וממכר א. מעשה הקנין ב. גמירות דעת, נוסח אחר שמעשה קנין לא יכול להתייחס אליו בלי הגמירות דעת אבל מעשה הקנין הוא העיקר. ובביאור מח' רב ושמואל מקובל לבאר ע"פ מה שנחלקו הרמב"ם והראב"ד בג' דברים: א. אם

אמר משוך ותקנה שלשונו להבא והרמב"ם כותב שלא קונה הראב"ד כותב שקונה. ב. אם אמר משוך ותקנה לאחר ל' יום הרמב"ם כותב שלא קונה והראב"ד חולק וס"ל שקונה. ג. אם משך במקצת ולא הכניס את כל החפץ לרשותו הרמב"ם פוסק שקונה והראב"ד חולק וס"ל שלא קונה ובביאור הדברים כתב האבן האזל בהלכות מכירה ב' ח' ט' שנחלקו ביסוד קנין משיכה האם צריך להכניס הדבר לרשותו ולפי"ז צריך להיות כל החפץ ברשותו כי ללא זה לא נראה בעלים וא"כ כל זמן שהוא ברשותו קונה מיד ולכן אם היתה לאחר ל' ברשות הקונה קנה משום שהתוצאה הוא העיקר והא איכא ולכן קונה גם אם אמר בלשון עתיד דהא איכא התוצאה וזה מה או יש להם כח גם להקנותו ויש לומר גם כן כאן האם יש לחכמים כח להקנות לאחר או לא (ולכאורה אינו נכון דא"כ לאחר שכבר חל הקנין אפי' להצד שאינו יכול להקנותו לאחר אלא רק להפקיר א"כ כבר קנה מהפקר ויהא שלו מהתורה ויש לומר באופן אחר שלהצד שלא קונה משום דלא אפשר לבי"ד להקנות אבל לא תקנו את הקנין כהפקר אלא תקנו קנין וזה לא מועיל מדאורייתא דאין להם כח להקנות וא"כ יוצא שיש כח לחכמים לפעול מדרבנן כל מה שרוצים ומה"ת. ונראה יותר לומר נוסח אחר אפי' אם יש כח ביד חכמים להקנות (או להפקיר וע"י זה לקנות) לא תקנו חכמים שיועיל על דאורייתא כדי שידעו שזה דרבנן וכיו"ב מצינו במכירת שטרות דיכול למחול על החוב והמאירי שם כתב שהמחילה כדי שידעו שזה לא דאורייתא.

ומצינו בזה מהלך נוסף הגרש"ש בשער"י שער ז' פרק ח' כתב הכרעה בין הצדדים שצריך את הדעת כדי שיתן כח למעשה קנין לפעול ולא צריך גמירות דעל על החפץ שקונה בדיוק מהקונה אלא צריך שיהא גמירות דעת על מעשה הקנין שהולך עכשיו לקנות ולכאורה נמצא שדבריו הם דלא כהחזו"א דלא צריך את הגמירות דעת כלל ובשער"י שער ג' פרק ג' כתב שסיטומתא קנין שנהגו הסוחרים ואין לזה מקור מהתורה קונה מדאורייתא משום שכל דיני ממונות תלויים בדעת ב"ד שפוסקים ע"פ דעת בני"א (ויישב בזה למה אין גזל בהמע"ה יעויין שם) וא"כ סיטומתא הוא סברת בני"א שקונה ולכן קונה מהתורה ולכאורה הסברא לומר שאם גמר בדעתו דאז יקנה וכל הענין של הקנין הוא גזה"כ גרידא? אלא הביאור הוא כך שהקנין הוא תלוי בדעת בני"א איזה קנין שעושים מסתכלים על דעת בני"א וכך קונים ודעת בני"א הוא שמסכלים על עיקר הקנין ולא אם גמר בלבו לקנות או לא. ובזה ביאר דברים שבלב אינם דברים דהא לכאורה לא גמר בלבו ויישב שעיקר הקנין יש דעת ולשון לא מסתכלים על מה שבלבו דלא איכפת לנו ממה שבלבו ועוד יישב בזה שלמה כשעשה מעשה והתנה על מה שכתוב בתורה שהמעשה קיים ותנאו בטל והא לכאורה לא גמר בלבו ולפי"ז אנו מסתכלים על המעשה הקנין ולא על הגמירות דעת ובדעת בעל הנוב"י אפש"ל ג"כ דכל עיקר הגמירות דעת הוא כדי שיתייחס אליו אפש"ל דזה סגי בשעת קנין דאם יש לו דעת שקונה אפי' שזה קצת בע"כ דתכלית המעשה מתקיים ומתייחס אליו ובדעת החזו"א אפש"ל

בפשטות כדעת הראשונים ש"ל דחסרון של דברים שבלב הוא שלא מאמינים לו שכך היה בלבו ואפשר לבאר כעין ר"ש שקופ וקצת אחרת דהנה כל תנאי הוא לא שהמעשה מתקיים רק על הצד ממה שהתנה ואם לאו המעשה לא הוי מעשה משום דאנו שואלים אתה רוצה במעשה או לא, דאם לא יודע אין כאן גמירות דעת אלא ע"כ ממה שמתקיים המעשה שדעתו של האדם הוא המעשה ורק בדרך אגב רוצה להרוויח את התנאי אבל לא רוצה שיבטל המעשה וחידשה התורה שאפשר להתנות והוי כמו דבר חיצוני שמבטל את המעשה א"כ הביאור הוא שכל הגמירות דעת נמצא במעשה ולא בתנאי וזה גם בדברים שבלב אינם דברים שג"כ העיקר דעת של המקנה תלוי במעשיו ולא בדברים שבלבו וזה שונה מדעת הגר"ש שלפי שיטתו הוא אפי' שחסר בדעת המקנה אמרינן שקונה ולשיטת החזו"א לסר חסר בדעת המקנה.

נמצא שלפי ר"ש שקופ קנין דרבנן מועיל אדאורייתא דסברת בנ"א שיקנה בהאי מעשה קנין וכן בשידוכים דדברים הנקנים באמירה הוי כעין סיומתא שקונה דכך הוא דעת בנ"א אבל לפי הנוב"י קשה איך קונה בשידוכים ויש ליישב דשיטת המאירי בקידושין ט: ד"ה זה כתב שכל הקנין בשידוכים מועיל רק מדרבנן אבל קשה על החזו"א והגרש"ש כמה קושיות דאם הקנינים הם סברא מה שונה קנין גוי מקנין ישראל ועו"ק מה נחלקו ר"י ור"ל אם משיכה קונה מן התורה או כסף אם יש גמירות דעת בכסף קונה בכסף ואם במשיכה אז הקנין הוא משיכה ועו"ק חצר למה קונה הרי לא יודע שזה בתוך חצירו והאיך יקנה ולפי הגרש"ש יש

לדחוק דבחצר יש דעת כללית על המעשה קנין של חצר ואפי' אם לא יודע מה נכנס לשם קונה אבל לחזו"א דצריך גמירות דעת על החפץ קשה והנה התוס' בדף נד. כתבו שדבר שלא ימצא לא קונה חצירו ולכאורה לדעת ר"ש כן צריך לקנות דהרי יש לו דעת על מעשה הקנין ולכאורה החיסרון שלא ימצא הוא בחפץ? וי"ל שתוס' חידשו שדבר שלא ימצא אינו נמצא בחצר שיקנה לו דהיינו שהחצר קונה בגלל שזה רשותו אבל כל זמן שזה לא ימצא אינו נחשב ברשותו וצ"ע ואולי י"ל דיש קנין מהתורה ויש סברת התורה דהיינו בגמ' בב"מ מז: רבי יוחנן סובר שכסף הוא מדאורייתא ומשום ששמא יאמר לו נשרפו חטיף בעליה תיקנו משיכה ותוס' שם מקשה שלמה מפקיעים קנין כסף שהוא מדאו' שיתקנו שצריך גם כסף וגם משיכה ולכאורה קשה דאם אנו חוששים שמא יאמר נשרפו חטיף נמצא שהקונה לא גמר דעתו לקנות דידוע שיכול להפסיד את החיטים אלא ע"כ צ"ל שהקנין הוא מסברא של גמירות דעת וכל דבר שמביא גמירות דעת יכול לקנות אבל הקנינים של התורה אולי ביסודו יש גמירות דעת אבל לא צריך גמירות דעת ואפי' שאין לו גמיו"ד משום שמא נשרפו חטיף צריך לתקנה דרבנן שעוקר את הקנין ולפיז מובן מה נפק"מ מה קונה מדאורייתא ומה קונה בגוי ומה קונה בישראל וגם מובן קנין חצר שהתורה אמרה שקונה אז קונה ויש בכל קנין פרטי דינים אבל זה נראה עיקר הדברים בקנין.

והנה בדף נג: יש דין ששני בתים זה לפניו מזה והחזיק בפנימי מסתמא לא קנה אלא הפנימי וכשיש לו דעת מפורשת קונה גם החיצוני



ר'יבון שמערתתא בבא בתרא

ולפי החזו"א אפשר ליישב דע"י השעבוד
נעשה בבית אחד ויכול לקנות שניהם רק
מסתמא לא קונה דלא גמר דעתו דנראה לו
כשתי בתים וחושב שצריך קנין לכל בית אבל
אם רצה בפירוש קונה דהרי בית אחד הוא.

ולמה הרי אם החזיק בחיצון ורוצה גם לקנות
את הפנימי לא קונה ומבואר ברשב"ם שמשום
שנשתעבד לפנימי בגלל דריסת רגליו וצ"ע
דממ"נ אם השעבוד עושהו כבית אחד שיקנה
גם מסתמא ואם זה מה שנשתעבד עדיין
נשאר כשתי בתים למה בדעת מפורשת קונה



הבה"ח יחזקאל שוורץ הי"ו

דף עט.

בענין אין חצר להקדש והמסתעף לענין גדר קנין חצר ובעלות הקדש

א. תוד"ה ואין בא"ד. דחצר משום יד איתרבאי ולא מצינו יד להקדש. וכן כתב הרשב"ם (סוד"ה הכי קאמר) וז"ל: "דלא אלים רשות הקדש לקנות מן רשותו כיד הדיוט דאילו בהדיוט איתרבאי רשות מואם המצא תמצא בידו אבל לא בהקדש", עכ"ל.

ובגידולי שמואל הקשה עוד, דהא מאי שנא משאר כל הקנינים שלא מצינו שקונה בהקדש, ומ"מ אחר שמצינו שקונה בהדיוט, ילפינן נמי להקדש, ולא שנא הקדש מהדיוט, וכגון קנין כסף שמהני בהקדש [עיין תוס' קידושין (כ"ט: ד"ה משכו)], וכן מצינו בעוד קנינים.

וראיתי מי שכתב דמלשון הרשב"ם משמע דגבי חצר איכא מיעוט מיוחד למעט הקדש, שהרי כתב וז"ל: 'אם המצא תמצא בידו אבל לא בהקדש', עכ"ל. דמשמע דממעטין מבידו 'בידו של הדיוט ולא בידו של הקדש'.

ונראה דלא דק, דדברי הרשב"ם נמשכים על מש"כ לעיל מיניה 'דאילו בהדיוט איתרבאי רשות מואם המצא תמצא בידו', ואהא כתב דרק בהדיוט מצינו ריבוי דאם המצא תמצא בידו, אבל לא בהקדש, כלומר בהקדש לא מצינו ריבויא דואם המצא תמצא, אך פשוט שאין כוונתו דהוי מיעוטא, ואדרבא מלשונו מוכח דאין כוונתו דהוי מיעוטא, אלא רק דליכא ריבויא, דהרי כתב 'דאילו בהדיוט איתרבאי רשות' כו', והיינו דרק בהדיוט איכא לרבות רשות ובהקדש ליכא ריבויא לרבות רשות, אך לא דאיכא מיעוטא, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, וכנ"ל.

ולכאורה צ"ב דמה בכך דאין יד להקדש, הא אטו קנין חצר הוא רק למי שיש לו יד מממש, וכי קטע אינו בר קנין חצר אתמהא, הלא עיקר הילפותא מיד הוא שרשותו של אדם קונה לו ולא רק רשות דיד אלא אף רשות דחצר, וא"כ אף בהקדש יקנה רשות הקדש.

ועוד קשה, דהרי כתב הקצוה"ח (סימן רס"ח סק"ב) דשיטת רש"י בכתובות (לא. ד"ה דאי בעי) דאין כלל קנין 'יד' וכמבואר בדברי התוס' שם (ד"ה דאי), וכן משמע מדברי הרשב"ם לקמן (פו. ד"ה שהרי, עיי"ש). וא"כ תמוה דהא חצר מתורת יד הוא, ואיך שייך שחצר קונה מטעם יד כשיד כלל אינו קונה. וכן הקשה בדבר אברהם (ח"א סימן כ"א אות כ"ב).

אמנם רבים מן האחרונים כתבו לחלוק על מה שכתב הקצוה"ח בדעת רש"י שם, והוכיחו דאף לשיטת רש"י איכא קנין יד, עיין מקנה בקידושין (כו.), ועיין בדבר אברהם (שם), דברי יחזקאל (סימן כ"ה סק"ז), ועוד אחרונים.

אולם רבים מגדולי האחרונים נקטו כדברי הקצוה"ח, עיין בפני שלמה בכתובות שם, ובפני יהושע שם, ועיין שו"ת רעק"א (מהדורא תניינא סימן צ"ב). וא"כ לפי דבריהם צ"ע.

ועיי"ש בגידולי שמואל שתירץ דכל מה דמצינו דמהני שאר קנינים בהקדש זהו רק כשהמקנה הוא הדיוט, דמאחר דאיכא דעת אחרת מקנה של ההדיוט א"כ שפיר קונה ע"י דעת ההדיוט, אבל גבי חצר בסוגיין מיירי בזכיה מהפקר וליכא דעת אחרת מקנה של הדיוט ולכך לא קני הקדש.

ודבריו צ"ב, דמ"מ אכתי יש להקשות דכל מה דמצינו דמהני דעת אחרת מקנה זהו רק דעת אחרת מקנה של הדיוט לקנות בשביל הדיוט, אך לא מצינו דעת אחרת מקנה של הדיוט קונה בשביל הקדש, ואם תימא דאף שלא מצינו בהקדש מ"מ ילפינן הקדש מהדיוט, א"כ אמאי גבי חצר כתבו הרשב"ם והתוס' דמאחר שלא מצינו אלא בהדיוט לכן אינו קונה בהקדש, ואמאי לא נילף הקדש מהדיוט. ועוד צ"ב לפי דבריו, מש"כ התוס' והרשב"ם דלא מצינו יד ורשות להדיוט, דלפי דבריו העיקר חסר מן הספר דהא לדבריו כלל לא תליא במה שלא מצינו בהקדש יד ורשות, אלא העיקר הוא משום שליכא דעת אחרת מקנה.

ובקצות החושן (סימן ר סק"א) הקשה בשם זקינו התו"ט (מעילה פ"ג משנה ו) דהא מסקנא דשמעתין דב"מ (י"ב.) דחצר משום יד ולא גרעה משליחות, והיינו דחצר מהני נמי מדין שליחות [ועיי"ש ברש"י, ובתוס' שם (י"ב. ד"ה חצר), ובמהרש"א שם], וא"כ הא בהקדש איכא דיני שליחות כמו שמצינו גבי כהנים דשלוחי דרחמנא ניהו [עיין קידושין כ"ג: ובתוס' שם (ד"ה דאמר)], וכן מצינו בגזברים, וכן הקשה הרש"ש בסוגיין [ועייין עוד בקצוה"ח שם מה שדן בהראיה מכהנים

דשלוחי דרחמנא, ועייין עוד במלואי חושן שם].

ב. ונראה לבאר בזה, דהנה יסוד קנין חצר נראה דהוא מאחר שהחפץ המונח בחצירו הרי בעל החצר הוא השולט הבלעדי על החפץ, ונתחדש דכל מה שנכנס לחצירו וע"י כן הוא בשליטתו הרי הוא קונה ואף בלא שום מעשה קנין, אלא עצם זה שנכנס לרשותו ושליטתו זהו הקנין. וא"כ כל זה שייך בבעלים גרידא שע"י שליטתו בהחפץ ע"י שמונח ברשותו הרי הוא קונה, אך בהקדש אין בעלים מוגדר מיהו הבעלים, וכל בעלות הקדש אינו אלא כמו עמותה, שיש רשות הקדש, שחפצים שהקדישוה הרי הם רשות הקדש ושייכים להקדש, דהיינו דיש בעלות הקדש, אך אין על זה בעלים [ופשוט שהקב"ה לא חשיב כלפי זה בעלים לעניין דרכי הקנינים], ומאחר שכן א"כ היאך יקנה הקדש, דהא אין מי שיקנה ע"י שליטתו בהחפץ, דהא אין אף אחד ששולט בהחפץ [ואף שיש גזבר מ"מ אין הוא הבעלים, והוי רק כאפוטרפוס בנכסי הקדש, אך פשוט שאינו הבעלים, וא"כ אין שום בעלים ששולט על החפץ], ולכך לא קני הקדש בחצר.

וזהו הנראה בביאור מש"כ התוס' והרשב"ם ד'אין יד להקדש', דאין כוונתם שאין להקדש יד כפשוטו, דפשוט דכדי לקנות בחצר אי"צ שיהא לקונה יד ואם ידו קטועה לא יקנה, אלא הכוונה הוא שלא מצינו בהקדש שיהא להקדש כח שליטה ורשות, דהיינו דלכל אדם חפץ שנכנס לידו הרי החפץ מונח אצלו ובשליטתו, אך בהקדש שאין בעלים של הקדש נמצא שאין בעלים שנוכל לומר

שהחפץ מונח אצלו ובשליטתו, ומה שכתבו דאין יד להקדש אין כוונתם ליד ממש, אלא 'יד' הכוונה שאין החפץ מונח אצל הבעלים של הקדש, ויד הוא ביטוי לכח השליטה.

ובזה יבואר אף לפי מה שנקטו גדולי האחרונים דליכא כלל קנין יד, דלכאורה לפי זה איך שייך שיקנה חצר מטעם יד כשיד עצמו אינו קונה. ולפי המבואר אתי שפיר, דמתורת 'יד' אין הכוונה לקנין יד, אלא הכוונה מתורת שליטה ורשות, דהיינו דמאחר ומצינו דישי להדיוט כח שליטה ורשות וככל הקנינים דע"י שמכניס החפץ לרשותו הרי הוא קונה, נתחדש נמי דע"י חצר דמעתה החפץ מעצמו ברשותו ובשליטתו נמי קונה. ומשא"כ בהקדש דלא מצינו ביה כח שליטה ורשות.

ג. ולפי"ז יתבאר מאי שנא דשאר הקנינים אף שלא מצינו אותם אלא בהדיוט מ"מ ילפינן הקדש מינייהו ובחצר לא, משום דבאמת אחר דמצינו דהקנין מהני בהדיוט אין שום סברא לחלק בין הדיוט להקדש וילפינן הקדש מהדיוט, אך כל זה בשאר הקנינים וככסף משיכה והגבהה וכדו', שכל אלו הקנינים אינם במהותם אלא מעשה בעלות וכדו' ולכך שפיר מצי הקדש לקנות בכך, אך חצר שאני שמהותו הוא שליטת הבעלים ע"ז ולכך לא ילפינן הקדש מהדיוט, מאחר שלהקדש אין בעלים.

ובזה יש ליתן טעם אף במש"כ לתרץ בגידולי שמואל שבכל הקנינים מהני אחר שדעת אחרת מקנה והוא הדיוט משא"כ היכא דהקדש קונה מהפקר, משום דמאחר וכל החסרון של הקדש הוא שאין 'בעלים'

להקדש, ובזה אפשר דלא מצי הקדש לעשות קנין אחר כיון שהקנין צריך לעשות בעלים שיש להם כח שליטה על החפץ, וא"כ אי איכא דעת אחרת מקנה נמצא שעושה הקנין הוא הדיוט ולו יש כח שליטה על החפץ, ולהכי מצי לקנות בשביל הקדש.

ובכך יש ליישב מה שהקשה הקצוה"ח בשם התו"ט דחצר מהני אף מטעם שליחות והקדש איתא בשליחות, דהנה כבר כתבו האחרונים בב"מ שם דאף למ"ד דחצר מטעם שליחות בעי נמי לדין יד, וכל מה שנחלקו שם אי חצר מדין יד או מדין שליחות היינו אי סגי לדין יד או בעי אף לדין שליחות, אך לכו"ע בעי נמי לדין יד. והביאור בזה נראה דמה דילפינן משליחות אין הכוונה דהחצר הוא שליח הבעלים לזכות, והוכחה פשוטה לכך דהא שליח צריך להיות בר דעת מה דלא שייך בחצר, ועוד הרבה הוכחות יש לכך ואכמ"ל, אלא פשוט דלכו"ע חצר מדין יד הוא, והיינו דכשם שידו של אדם קונה לו ה"נ רשותו קונה לו, דהיינו כל מה שנכנס לרשותו ולשליטתו הרי הוא קונה, אלא דס"ל להאי מ"ד [דאף מדין שליחות הוא] דמיד לחוד ליכא למילף, דדילמא רק ידו שדבוקה לו קונה משא"כ חצר דאינה דבוקה, ואהא ילפינן משליחות דכשם דמהני לקנות ע"י שליח אף שיד השליח אינה דבוקה לזוכה ה"נ לא גרע חצר, אך ודאי דהחצר אינו שליח הבעלים לזכות, אלא גדר קנין חצר הוא כמשנ"ת שע"י שנכנס לרשותו ע"י כן הבעלים שולט על החפץ ונתחדש דע"י כח שליטתו זוכה, וא"כ בהקדש דלא שייך זה כמבואר א"כ אף דשייך ביה שליחות לא קני דהא מ"מ אין לו כח שליטה.

ובאמת עיי"ש בקצות החושן מש"כ לתרץ ע"פ מה שכתבו התוס' בגיטין (כ"א. ד"ה אטו שליחות) דאף דחצר משום שליחות מ"מ רק אי דמי ליד קני וחצר שאינה דומה ליד אינו קונה, וכתב הקצוה"ח דמשום הכי בהקדש דליכא תורת יד לא קני אף חצר ואפילו משום שליחות, דגם שליחות דחצר ליכא אלא הדומה ליד ואין יד להקדש.

ודבריו צ"ב, דהא נהי דבעי דבר הדומה ליד, הא כל זה שייך כגון למעט חצר המהלכת וכדו' דלא דמי ליד, אך מה שייך זה לגבי חצר הקדש, והא אטו מה שהחצר של הקדש זה גורם שלא יהא דומה ליד אתמהה, ודבריו צע"ג. ובאמת שאף על מש"כ התוס' שהובא בקצוה"ח שם שאף שחצר מדין שליחות מ"מ בעי שיהא דומיא דיד נמי, דהא אם חצר מדין שליחות הוא א"כ אמאי בעי דומיא דיד.

ולפי האמור מבואר היטב, דדין שליחות בחצר לא מהני אלא מדין יד ומכח יד כמבואר, ולכך מה דלא דמי ליד לא שייך שיקנה חצר אף ע"י דין שליחות דאית בה. ובזה יש לבאר אף כוונת הקצוה"ח, דמאחר שחצר הקדש אינו דומה ליד דהיינו דמה שיש להקדש חצר אין להקדש יותר שליטה על החפץ, מאחר שהשליטה הוא רק בבעלים כמבואר ולהקדש אין בעלים וכנ"ל ולכך לא הוי דומיא דיד דאילו בעלמא יד הוא כח השליטה, והבן.

ד. עוד נראה לבאר לפי הנ"ל, דהנה מה דילפינן חצר מדין שליחות ונתבאר דילפינן מדין שליחות דמהני אף כשאין דבוק ליד הבעלים, ונראה דגדר הדברים מה דבאמת מהני אף כשאינו דבוק, משום שבפרשת שליחות

נתחדש שע"י שהשליח עושה המעשה בעבור המשלח ומייחס פעולותיו לו ע"י הייחוס מהני, ובחצר דמתורת שליחות הוא הכוונה דאף שאין כאן מי שמייחס פעולותיו למשלח לבעלים, מ"מ עצם זה שהחצר שלו ועומד לעשות כל מה שירצה הבעלים, הא גופא הוי הייחוס, שהשדה עומדת מאיליה לייחס כל פעולותיו לבעלים, ולכך קונה.

ולפי"ז בהקדש דליכא בעלים כמבואר לא שייך שיקנה, דכל מה דמהני חצר זהו משום שהחצר מייחס פעולותיו לבעלים, וא"כ בהקדש דליכא בעלים א"כ אין למי שייחס החצר פעולותיו, ואף שאיכא גזבר מ"מ אין הוא בעלים של הקדש, והחצר עומד לייחס פעולותיו לבעלים ולא לגזבר, והבעלים של הקדש הוא כביכול קוב"ה שלא שייך שיקנה ולכך אין חצר הקדש קונה.

ונראה דכב' דרכים אלו שנתבאר יש לדייק מלשון הרשב"ם, שכתב בהא דהא דלא קני חצר הקדש 'משום דלא אלים רשות הקדש לקנות מן רשותו כיד הדיוט' כו', ולשונו צ"ב, דמאי שיאטיה דאלימות להכי, איזה חסרון באלימות יד הקדש איכא. ועוד, אטו מה דלא קני חצר הקדש הוא משום דלא אלים רשות הקדש, והא תוך כדי דיבור כתב 'דאילו בהדיוט איתרבאי רשות מואם המצא תמצא בידו אבל לא בהקדש', ומבואר דהטעם דלא קנה הוא משום דלית לן מהיכא לרבווייהו, ולא משום חסרון באלימות רשות הקדש, ולהנ"ל מבואר היטב, דבאמת כל מה דלא קני זהו משום דלא אלים רשות הקדש, דהיינו דרשות הקדש אין לו בעלים ולכך לא אלים לקנות,

ומש"כ 'דאילו בהדיוט איתרבאי רשות' כו' כוונתו דכל מה דקונה בהדיוט הוא משום דאיתרבאי מיד, וילפינן דלא רק יד אלא כל היכא שהוי רשות הבעלים ועי"כ הוא שולט על החפץ ע"י כך קונה מה דלא שייך בהקדש כמשנ"ת, והדברים מדויקים להפליא בלשון הרשב"ם.

ה. והנה הקשו האחרונים [חת"ס (שו"ת או"ח סימן מ"ד ד"ה אמנם), תפארת ישראל (מעילה פ"ג בועז אות ד)] על מה שפירשו הרשב"ם והתוס' הא דאין מועלין משום דלא קני חצר הקדש [ודלא כהרמב"ן ושאר ראשונים דאין מועלין משום דלית בהו קדושת פה], דהא מאי שנא מכל דוכתי דאמרינן (קידושין כ"ט., גיטין נ"ב.) דלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש, וא"כ אם הדיוט קונה כ"ש דהקדש יקנה.

ולפי האמור יש לתרץ, דכל מה דמצינו האי כללא דלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש מיירי היכא שנעשה קנין ודנו אם אפשר לחזור אחר שנעשה קנין, ואהא קאמר הש"ס דמאחר ובהדיוט לא הוי מצי לחזור בכה"ג שנעשה קנין א"כ אף בהקדש לא מצי לחזור ומטעם דלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש, וא"כ י"ל דכל זה שייך רק בכה"ג דאי נימא שמצי לחזור ע"י כן נתרע כח הקדש, אך בנידו"ד דנתבאר דלא הוי כלל קנין א"כ י"ל דזה לא חשיב שנתרע ונתגרע כח הקדש, דהא בהדיוט אם לא היה ליה שליטה על הנכנס לחצירו נמי לא הוה קונה, ומה נעשה דלהקדש אין בעלים ואין להקדש שליטה על הנכנס לחצירו.

ו. עוד יש ליישב לפי דברינו, מה שהקשה בנתי"מ (בהקדמה לסימן ר ד"ה אך) דאמאי

כתבו הרשב"ם והתוס' דלא מצינו יד להקדש, דהא מצינו ומצינו, וכפי שכתב הש"ך (סימן רנ"ה) שהגזבר קונה במשיכה בעבור הקדש, ואף שיש לתרץ בפשיטות וכמוש"כ בקהילות יעקב במכילתין (סימן ל"ו אות ו) דמה שהגזבר קונה הוא משום שמשתמש ביד דיליה - יד הדיוט, אלא דנתחדש דע"י כוחו - כח גזבר - הרי הוא קונה להקדש, אך מ"מ להקדש אין יד עצמי משלו, ולהכי בחצר שאין יד הגזבר מעורב בו אין חצר הקדש קונה, מ"מ לדברינו הקושיא מעיקרא ליתא דודאי בשאר הקנינים לא גרע כח הקדש ומצי הקדש לקנות ע"י משיכה והגבהה וכדו', ואדרבה מאחר שמצינו בהדיוט אין שום סיבה דלא נילף הקדש מיניה, וכל החסרון הוא רק גבי קנין חצר שמהות הקנין הוא ע"י שליטת הבעלים וזה ליכא להקדש כמבואר, אך בשאר הקנינים דאינם ביסודם ע"י שליטת הבעלים שפיר מצי הקדש לקנות בקנינים אלו.

[וכנראה שכוונת הנתיבות במה שהביא שיכול הגזבר לקנות במשיכה להקדש, אין כוונתו שזהו סיבה שלכך נמי יקנה חצר הקדש, אלא כוונתו רק לסימן, דמאחר ומצינו שהגזבר יכול לקנות בעבור הקדש, אזי אף שמצינו כן רק לענין קנין משיכה, אך מ"מ חזינן עכ"פ שידו כיד הקדש, וא"כ כי היכא שיכול ידו של הגזבר לקנות במשיכה בעבור הקדש א"כ יקנה נמי חצר הקדש אחר שהגזבר הוא כיד הקדש, והגזבר הרי יש לו כח שליטה על הנכנס לחצר. אלא דאעפ"כ יש לתרץ דמ"מ אף שהוא כיד הקדש, מ"מ אין הוא בעלים על נכסי הקדש, וא"כ החצר קונה הרי רק לבעלים. אמנם הנתיבות הבין שמאחר שמצינו שיכול הגזבר

ר' יבון שמערתתא בבא בתרא

לקנות בעבור הקדש אף שאין הוא בעל הנכסים, ע"כ דמה שהוא מטפל בנכסי הקדש חשיב כבעלים עכ"פ לענין קנין הנכסים, וא"כ כשם דחשיב בעלים לקנות במשיכה יהא חשוב נמי כבעלים לעניין שיקנה חצר הקדש. אמנם ביישוב שיטת הרשב"ם והתוס' ע"כ צריך לחלק דשאר קנינים סגי בגזבר אך בחצר בעי בעלים ממש, שצריך שיהא החצר ממונו וכמבואר, או אפשר לתרץ בזה כדברי הקהילות יעקב].

ז. והנה בקצוה"ח (שם) נסתפק לשיטת הרשב"ם והתוס' דאין חצר הקדש קונה, אם הדיוט יכול לקנות בחצר דיליה עבור הקדש עיי"ש, ולפי"ד מסתברא דיכול לקנות, כיון דכל מה דלא קני חצר הקדש משום שאין בעלים על החצר וכמשנ"ת, אך היכא שהזוכה הוא הדיוט ורוצה לקנות ע"י חצר דיליה, שעל חצירו הוא הבעלים, א"כ יכול לזכות בכוחו בעבור הקדש, ובאמת כן הוא מסקנת הקצוה"ח שם.



הר"ר פנחס רבינוביץ הי"ו

דף קכג:

בענין מכירי כהונה

ת"ר בכור נוטל פי שניים בזרוע ובלחיים ובקיבה, ובגמ' שם היכי דמי אי דאתי לידיה אבוהון פשיטא, ואי דלא אתי לידיה אבוהון ראוי ואין בכור נוטל בראוי, הכא במכירי כהונה.

דהיינו דהבכור בן הכהן נוטל ממתנות כהונה של אביו פי שניים אפי' שכשמת אביו עדיין לא באו לידו והוא באופן שאביו ממכירי כהונה, שבעל מתנות כהונה אלו היה נותן תמיד מתנותיו לאביו של בכור זה ולכן אפי' שעדיין לא נתנו, מיקרי נכסים מוחזקים אצלו ונוטל הבכור פי שניים.

רבי החולק על רבנן הסוברים שבכור לקבל פי שניים צריך שיהיה שלו מה שי' רבי ומשמע מתוס' שמוחזק לבד מספיק שהרי תוס' מס' לשי' רבי מכירי כהונה מוחזק ומספיק כדי שיקבל הבכור פי שניים. עכ"פ ביאור הקצות בשי' התוס' הוא שמעלת מכירי כהונה הוא רק מוחזק ותו לא.

אך קשה שבגמ' ב"מ דף מט. במח' רב ור"י האם מתנה מועטת מותר לחזור בו או שאסור לחזור בו, מוכיחה הגמ' מזה שישראל האומר ללוי כור מעשר יש לך בידי יכול הלוי לעשות כור זה של מעשר תרומת מעשר על פירות מעשר שיש לו בביתו שעדיין מחויב להוריד עליהם תרומה, ומוכיחה הגמ' שאם מותר לחזור יש לחשוש שמא יחזור בו ונמצא אוכל טבלים אלא ראייה שאסור לחזור, ופרש"י שיש לו לסמוך על מה שנאמר שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא יחזור בו אם אסור אפי' שיכול.

וקשה מאי אהני ליה שאסור לחזור סו"ס הכור פירות שהתחייב ליתן לו עדיין אינו שלו כפי' התוס' שמתנה מועטת הוא רק מוחזק, וא"כ

ויל"ע מה מועיל מה שנותן תמיד לכהן זה שיקרא כהן זה מוחזק במתנות כהונה שעדיין לא באו לידו.

תוס' בסוגי' מבאר וז"ל בכל דוכתא עביד מכירי כהונה מוחזק והיינו טעמא שזהו מתנה מועטת ואסור לחזור בו, ואע"פ שאם רצה יכול לחזור בו כל כמה דלא הדר הוי כמוחזק.

פי' אדם שיש לו מכירי כהונה הוי כמו אדם המתחייב ליתן לחבירו מתנה מועטת שאסור לחזור בו (לשי' ר' יוחנן) משום שסומך דעת שיקבלו, וכך נמי מכירי כהונה משום שנותן לו תמיד סומך דעתו שיקבל גם את מה שהפריש ועדיין לא נתנו לו. ומבואר בתוס' שכל היכי שאסור לנותן לחזור בו נהיה המקבל מוחזק.

ומה שמיקרי מוחזק אע"פ שאינו שלו עדיין, צ"ל שמוחזק אינו מי מחזיק החפץ בפועל אלא מי נראה בעליו של חפץ זה, וכשאסור לנותן לחזור המקבל נראה בעליו של חפץ זה שהרי מחויב ליתנו לו.

והנה הקצוה"ח מדייק מתוס' הנ"ל שני דינים א. ששייך תורת ירושה גם בדברים שהאב היה רק מוחזק בו. ב. שהנה נחלקו הראשונים לשי'

יכול לחזור, ועו"ק מדוע בסוגייתנו כותב מוחזק ויבואר בהמשך בעז"ה.

שי' הרשב"ם

הרשב"ם בסוגייתנו מס' מכירי כהונה וז"ל ומזכין לו בליבן זיכוי גמור במתנות בהמותיהן משמע שס' שמכירי כהונה קנאו ממש ולפי"ז לא קשיא מידי שאכן קנאו ולכן יכול להוריד תרו"מ בגמ' ב"מ וכן מותר לו למכרו לכהן אחר כשהוא ממכירי כהונה בגמ' בגיטין וגם רב היה יכול לתרץ מכירי כהונה אפי' שס' מותר לחזור בו, שאינו תלוי כלל בדין זה.

אך יל"ע האיך קנאו שמה בכך שמזכין לו בליבן זיכוי גמור הא לא עשה שום מעשה קנין. ואפש"ל שהרשב"ם ס' כשי' התוס' בכתובות דף קב. וז"ל שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים כדקאמר בסמוך ועוד דשמעינן ליה לר"י בהזהב הנותן מתנה מועטת לחבירו קנה אע"פ שלא הגיע לידו דגמר ומקני, עכ"ל. או ע"פ הריטב"א שמס' שישאל יכול להקנות מתנות כהונה ע"י חצירו שלו [של מקנה] וא"כ מס' הגידולי תרומה שמכירי כהונה שברור שרוצה להקנות לו, כשבא לחצירו נקנה מאליו גם בלא כלום.

לסיכום שי' הרשב"ם שמכירי כהונה הוי קנין ואין חסרון במעשה קנין.

שי' רש"י

רש"י בסוגיא דגיטין הנ"ל מס' (בד"ה מכירי כהונה) שכשהוא ממכירי כהונה אסחי להו שאר כהני דעתייהו. ויל"ע שלכאו' יאוש מבטל בעלות ולא מקנה לחבירו וא"כ מה הועיל מה שאסחי להו דעתייהו סו"ס לא בא

האיך יכול להוריד תרומת מעשר מפירות שאינם שלו על פירות שלו. והקצות עצמו הקשה קושיא זו על פירושו ומתרץ שאין צריך שיהיה שלו ומספיק מה שהולך להיות שלו עי"ש שהוכיחו מכמה סוגיות, וכבר הקשו על תירוצו גדולי האחרונים, ועיין.

וכן שבגמ' גיטין ל. מובא שיכול ישראל להלוות לחבירו הכהן מעות ופרעון החוב יהיה שימכור תרומתיו שיש לו בביתו לכהן אחר והמעות יהיו פירעון החוב. ובגמ' שם תמה אע"ג דלא אתי לידיה דכהן, דהיינו שאם עדיין לא בא ליד הכהן עדיין לא קיים מצוות נתינת תרומה ומדוע שיוכל עכשיו למוכרו ולקחת המעות לפירעון החוב הרי עדיין תרומה הוא לכל דבר, ומתרצת הגמ' שמדובר במכירי כהונה פי' דהכהן שלוהה הוא ממכירי כהונה.

ולכאו' לביאור הקצות בשיטת התוס' שמכירי כהונה מועיל רק שהוי מוחזק מה מועיל מה שמוחזק שיוכל עכשיו למוכרו סו"ס עדיין לא נתנו לכהן ושם תרומה עדיין עליו.

ועו"ק שאם גדר מכירי כהונה שמוחזק בנוי על אסור לחזור בו כמו מתנה מועטת כפי' הקצות נמצא שרב שסבר שמתנה מועטת מותר לחזור בו אינו סובר מהיסוד של מכירי כהונה ותמוה שרב עצמו הוא זה שמתרץ בגמ' בגיטין הנ"ל שמדובר במכירי כהונה.

ובאמת תוס' עצמו בבכורות מפרש מכירי כהונה שקנאו ממש.

אלא ע"כ נראה שתוס' ס' שמכירי כהונה קנאו ממש, אך יל"ע האיך קנאו, וכן שא"כ מדוע

ליד כהן ותרומה הוא לכל דבר (וא"א לומר שמזכין לו בליבן שא"כ מה הוצרך לטעם של אסח הדעת).

הדבר אברהם מס' ביסוד שהעמידו הרבה אחרונים שתרומה שהופרשה אפי' שלא נתנו עדיין לכהן שייך לשבט הכהונה, אלא שאין כל כהן יכול לזכות בו שחבריו הכהנים מעכבים אותו מלזכות שהם ג"כ רוצים לזכותו ונתנה התורה לישראל הכח להחליט מי יזכה במתנותיו, ולכן מס' שכשהכהן הוא ממכירי כהונה ואסחי להו שאר כהני דעתייהו, יכול הכהן הנשאר לזכותו שאין אף כהן מעכבו מלזכות בו נמצא שהיאוש מבטל המעכב ולא שמקנה.

ומסביר ששי' התוס' בסוגיין ג"כ כרש"י אלא שהוקשה לו לתוס' שלכאו' יש עוד מעכב מלזכות והוא מה שנתנה תורה לישראל טובת הנאה וכל זמן שלא החליט למי ליתנו אין כל כהן יכול לזכות בו ומה מהני מה שחביריו התייאשו ולכן מס' תוס' שהוי כמו מתנה מועטת שאסור לחזור וכשאסור לחזור אין דין טובת הנאה כפי' התיבות שמה שנתנה תורה טובת הנאה לישראל הוי רק כשאינו עובר באיסור אבל אם כדי שיתן למי שהוא ירצה יעבור על איסור (כגון כאן שאסור לחזור בו) לא נתנה התורה טובת הנאה ורק לכן יכול הכהן שהוא מכירי כהונה לזכות בו (לפי דבריו משמע שרש"י ס"ל שאין עיכוב מצד דין טובת הנאה שרק תוס' הוצרך לומר אסור לחזור בו ותמוה).

ולשי' ג"כ ל"ק מהגמ' בגיטין וב"מ אבל עדיין קשה שאם הכהן יכול לקנות המתנות רק

כשאסור לחזור בו (שרק אז אין מעכב מדין טובת הנאה) רב שס' מותר לחזור בו האין מתרץ בגיטין מכירי כהונה עדיין יש עיכוב מצד טובת הנאה.

ואולי אפש"ל שבגיטין שמדובר שהישראל רוצה שיקנה המתנות שרק כך יש לו פרעון לחובו (שווי הפירות עדיף מטובת הנאה של הפירות) אין חיסרון של דין טובת הנאה לבעלים שהרי רוצה שרק כך יהיה לו פרעון ולכך יישב רב מכירי כהונה שכאן מספיק מה שהוא ממכירי כהונה שלכך הכהנים מתייאשים ואין בעיה של טובת הנאה לבעלים שהרי רוצה.

ולפי"ז ניחא ג"כ שי' רש"י שמה שביאר אסחי להו שאר כהני ולא ביאר הדין של אסור לחזור בו הוא שכאן אי"צ לאוקים שאסור לחזור בו שבכ"א אין חסרון מצד דין טובת הנאה לבעלים דעדיף לו השווי מהטובת הנאה משא"כ תוס' בב"ב מדבר באופן שאינו בהכרח שרוצה להקנות לו ולכן הוצרך לבאר שאסור לחזור ורק לכן אין חיסרון של טובת הנאה לבעלים.

אבל יל"ע שאם שי' התוס' היא שקנאו לגמרי מדוע מס' תוס' שאסור לחזור בו אבל יכול, הרי אם שי' התוס' הוא שקנאו לגמרי, אך יכול לחזור בו, בשלמא לרש"י והרשב"ם שסברו שקנאו ותו לא ניחא אבל תוס' מסביר כמו מתנה מועטת שאסור אבל יכול לחזור בו.

ר' אלחנן מפרש שי' התוס' באופ"א, שהוי קנין על תנאי שיכול לחזור בו ובפשטות פי' שלא יהיה אלים כ"כ כמו קנין פשוט אלא שיוכל

לחזור אבל יל"ע שלכאו' אי"ז קנין, שקנין פי' שקנאו ממש ואסור לחזור בו.

לכן נראה הסבר הקוב"ש דהיינו שהתנאי שעושה קנין גמור בתנאי שירצה גם אח"כ את הקנין, ואם לא ירצה נמצא שלא נתקיים התנאי ולא חל הקנין כלל, שהרי היה בתנאי ולא נתקיים, ולא שחל ויכול להחזיר אלא נתברר עכשיו שלא חל כלל (כמו תנאי של אשה בקידושין ע"מ שארצה אבא שחל מיד ובתנאי שאביה יסכים וכאן נמי חל מיד ובתנאי שירצה גם אח"כ).

ולכן מפרש תוס' שאסור לחזור בו שהוי כמו מתנה מועטת שסומך דעת אבל יכול לחזור בו אפי' שקנאו שהוי קנין על תנאי.

ומה שמפ' תוס' אסור לחזור בו והוי מוחזק שלכאו' מכירי כהונה קנאו לגמרי גם בלא אסור לחזור בו, אפש"ל שכאן לשי' רבי שסבר שבכור לקבל פי' שניים צריך שיהיה מוחזק, ומוחזק פי' מי נראה בעליו של חפץ זה, ולכן מפרש תוס' אסור לחזור בו שאם היה מותר לחזור אפי' שקנאו לא היה מוחזק שאינו נראה בעליו של חפץ זה שהרי יכול הנותן לחזור בו, ולכן מפרש תוס' אסור לחזור בו שרק כך הוי מוחזק ולכן יקבל הבכור פי' שניים.

וזה פי' התוס' בכל דוכתא עביד מכירי כהונה מוחזק פי' ששלו וודאי שעושה שהרי קנאו אלא חוץ משלו בכל דוכתא עביד גם מוחזק שהוי כמו מתנה מועטת שאסור לחזור בו ולכן גם לשי' רבי יטול הבכור פי' שניים ולפי"ז חולק על הקצות שדייק מתוס' ששייך תורת ירושה גם דממון שהיה רק מוחזק בו שהבין בשי' תוס' שמכירי כהונה הוי רק מוחזק ור' אלחנן

חולק עליו ומפ' שתוס' סבר שהוי שלו ממש ולפי"ז אפש"ל שרק לכן נכנס לתורת ירושה.

לסיכום שי' התוס' מכירי כהונה קנאו ויכול לחזור שהוי על תנאי ומדמה למתנה מועטת שרק כך הוי מוחזק ויקבל הבכור פי' שניים.

או אפש"ל תי' אחר בשי' התוס' עפ"י יסודו של החזו"א שמס' שמטרתו של קנין הוי לגמירות דעת ופעמים שאי"צ קנין שיש גמירות דעת בלא קנין, וא"כ אפש"ל שכשיש איסור לחזור בו גמר ומקני שהרי אינו רוצה לעבור על איסור ולכן אמרי' שקנאו אבל כשבא לחזור עכשיו אפי' שאסור לחזור מוכח שאינו מן היהודים הכשרים שאינם רוצים לעבור על איסור וא"כ כל האומדנא שגמר ומקני משום שמסתמא אינו רוצה לעבור עבירה אינו שהרי בא עכשיו לחזור אפי' שיש עבירה א"כ מתברר שמתחילה לא גמר והקנה ולכן יכול לחזור בו.

ולפי"ז מכירי כהונה עושה שאסור לחזור בו ומשום שאסור לחזור גמר ומקני.

אולם עדיין קשה מהגמ' בגיטין שמתרצת מכירי כהונה ולכאו' לשי' התוס' הן להסבר הקוב"ש והן להסבר ע"פ החזו"א מכירי כהונה מועיל שלכך גמר ומקני, ולכאו' בגיטין גמר ומקני גם בלא מכירי כהונה כמו שהסברנו שכל הסברא שירצה ליתנו לכהן אחר הוא משום טובת הנאה אבל כאן אם לא יתנו לכהן זה שהלווה לו לא יהיה לו פרעון לחובו ושווה יותר מטובת הנאה של פירות אלו, ובשלמא לרש"י שסבר שמכירי כהונה מועיל שמתייאשים שאר כהנים ניחא שלכך הוצרך למכירי כהונה אבל לתוס' שמועיל לגמר ומקני אי"צ לאוקים מכירי כהונה.

רִיבּוֹן שְׁמַעֲרַתָּא בְּבֵא בְּתֵרָא

ואולי אפש"ל ע"פ שני יסודות שייסד הקצות
א. שפריעת חוב של שכירות פועלים אי"צ קנין
ב. מתנות כהונה שנותן ישראל לכהן הוי פרעון
חוב של שכירות פועלים שני "חלף עבודתכם"
שהמתנות כהונה הוי תשלום על העבודה של
הכהנים בביהמ"ק (ולפ"ז ניחא לכל מי שלומד
שמכירי כהונה הוי שלו אפי' שלא היה קנין
שאכן אי"צ קנין שהוי פרעון חוב של שכירות
פועלים שאינו צריך קנין)

ולפי"ז אפש"ל שבגמ' בגיטין הקשו שאם רק
ע"י מה שיתן לכהן תרומותיו יהיה לו פרעון

לחובו נמצא שנותן לכהן את תרומותיו כדי
שיהיה לו פרעון לחובו ולא חלף עבודתכם
וא"כ הקשו בגמ' אע"ג דלא אתי לידיה הרי
צריך קנין שלא הוי חלף עבודתכם אם נותן
המתנות כדי שיהיה לו פירעון לחובו. ומישבת
הגמ' שכהן זה ממכירי כהונה שלו ונותן לו
תמיד מתנותיו וא"כ אפי' שירוויח שיהיה לו
פרעון, למעשה לכהן זה נותן חלף עבודתו כמו
שתמיד היה נותן לו משא"כ אם היה נותנו
לכהן אחר לא היה חלף עבודתו אלא שיהיה לו
פרעון החוב והיה צריך שיבוא לידו.



הבה"ח אלימלך בריזל הי"ו

דף קכד.

בגדר 'פי שנים'

ב"ב קכ"ד ע"א, תניא אין הבכור נוטל פ"ש בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן, רבי אומר, אומר אני בכור נוטל פי שניים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן, אבל לא בשבח ששבחו יתומים לאחר מיתת אביהן כו', ואמר' בגמ' מאי טעמייהו דרבנן אמר קרא לתת לו פי שנים מתנה קרייה רחמנא, מה מתנה עד דמטיא לידיה אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה, ורבי אומר אמר קרא לתת לו פי שניים מקיש חלק בכורה לחלק פשוט מה חלק פשוט אע"ג דלא מטיא לידיה אף חלק בכורה אע"ג דלא מטיא לידיה, ע"כ.

משום דס"ל בכור נוטל בראוי כבמוחזק הוא, אלא משום דסבירא ליה שבח ששבחו נכסים הואיל ונכסים גופייהו ברשותיה הוו, אע"ג דשבח לא אתא לידיה מוחזק הוה", עכ"ל, ומבו' להדיא בדבריו בכוונת שיטת רבי דלא כרשב"ם וקבע הר"י מייגאש בזה מסמירות לאורך כל הסוגיא שכוונת רבי ל"ה דנוטל פ"ש בראוי, אלא דשבח דממילא הוי מוחזק, וצ"ע בדעת הרשב"ם.

עוד צ"ע בדעת הרשב"ם דאמר' לקמן בסוגי' [קכ"ו, א'], אמר רב אסי בכור שנטל חלק כפשוט ויתר, מאוי ויתר רב פפא משמיה דרבא אמר ויתר באותה שדה, ורב פפי משמיה דרבא אמר ויתר בכל הנכסים כולן, ובביאור פלוג' דר' פפא ס"ל דויתר בואתה שדה דקא סבר אין לבכור חלק קודם חלוקה, ור' פפי ס"ל ויתר בכל הנכסים כולן דקא סבר יש לו לכור חלק קודם חלוקה, וברשב"ם ביאר הסוגי' דבחלק פשוט כו"ע לא פליגי דאין לו קודם חלוקה ובחלק הבכורה נחלקו, ובקוב"ש עמד ע"ד הרשב"ם דבשלמא חלק הבכורה יתכן דשייך לכל האחין קודם החלוקה אבל חלק

ובביאור שיטת רבי כתב הרשב"ם בד"ה מה חלק וז"ל "דבכל ראוי שבעולם הבן יורש מאביו דהא לא איקריא ירושה מתנה דנימא אינו נוטל חלק פשוט אלא מוחזק אף בכורה נמי, ומיהו ראוי גמור כגון השביחו יתומים לא שקיל פי שניים דלהכי אהני בכל אשר ימצא לו", ע"כ.

ומבו' מדברי הרשב"ם דבכור נוטל פי שניים אף בראוי, ורק בראוי גמור דשבח ששבחו יתומים אינו נוטל פ"ש, ודבריו צ"ב רב דהאיך יתכן ליטול פ"ש בראוי כדאמר' בגמ' לקמן [קכ"ה, ב'] "ובעל היינו טעמא דלא ירית משום דהוי ליה ראוי", על כרחך דראוי אינו נוטל פ"ש, וצ"ע איך יתכן דבכור נוטל פ"ש בראוי לרבי בשבח ששבחו נכסים, וצ"ב.

אכן בר"י מייגאש [קכ"ג, ב', ד"ה הא קמ"ל] ביאר שי' רבי באופ"א וז"ל "והא דאמר בכור נוטל פי שניים בשבח לא תימא משום דס"ל בכור נוטל בראוי כבמוחזק, אלא משום דסבירא להו דשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן מוחזק הוי ולא ראוי", ועוד כתב בס"ד "הא למדת דטעמא דרבי הכא לאו

הפשוט מאן בעליו אי לאו האחין, דעל כרחין שייך חלק הפשיטות לאחין דא"א דאינו של אבא ואינו של הבנים וכי הפקר הוי, אכן הר"י מיגאש כתב בזה [וכ"ה ברוב הראשונים] דחלק הפשיטות כו"ע לא פליגי שיש לו קודם חלוקה ורק בחלק הבכורה אית מאן דסבר דאין לו קודם חלוקה.

ומיבדר ביה מדרשא לבאר דעת הרשב"ם עפמש"כ האור זרוע [קכ"א] דירושה קודם חלוקה הוי בחזקת תפוסת הבית, דהיינו רשות כללית אשר כל הירושה שייכת לכלל האחין לכן ל"ש למכור חלק דהרי אין לא' חלק, שהרי שייך לכולן, וא"כ אפש"ל דבזה דנחלקו הראשונים בגדר ירושה קודם חלוקה אי הוי כרשות שותפין אשר יש לכאו"א חלק מסוים או כתפוסת הבית אשר אין לכאו"א חלק מסוים אלא שכל הירושה שייך לכולם וכרשות כללית הוי, דהר"י מיגאש ס"ל דבירושה קודם חלוקה הוו כשותפין שיש לכ"א חלק מסוים בירושה ולכן בחלק הפשיטות כו"ע מודי דמקבל, והרשב"ם ס"ל דבירושה הוי בחזקת תפוסת הבית ולכן חלק הפשיטות כו"ע מודי שאינו מקבל שאין לו חלק מסוים.

אמנם בעיקר שיטת הרשב"ם דבחלק הפשיטות פשיטא שאין מקבל צ"ע טובא מ"ש חלק הבכורה שאלים יותר ומקבל קודם חלוקה, וכן בשי" הר"י מיגאש דבחלק פשיטות פשיטא שמקבל צ"ע דמ"ש בכורה שלא יקבל קודם חלוקה.

ועוד קשה טובא, דהנה בסוגי' דהנחלה דריב"ב [לקמן דק"ל א"ע] אמרי' דהתורה נתנה לאב זכות להנחיל למי שירצה, ואמרי'

בגמ' דכ"ז בחלק הפשוטין, אבל בחלק הבכורה לא יוכל לשנות דכתי' לא יוכל לבכר, ונחלקו הראשונים אי הדין דבחלק בכורה אין לשנות קאי אף על חלק פשיטותו של בכור, דהרא"ה [הובא בריטב"א, קכ"ו ע"א] נקט דאף חלק פשיטותו של בכור אין לשנות, אבל הריטב"א כתב [קכ"ט ע"ב] דחלק פשיטותו של בכור יוכל לשנות ולא יוכל לבכר קאי רק על חלק הבכורה, ויל"ע דלפי הריטב"א דחלק פשיטותו של בכור יוכל לשנות ופעמים שאין הבכור מקבל חלק פשיטות כלל, א"כ מהו השיעור של חלק הבכורה דהא כתי' שיהא 'פי שניים' דהיינו שיעור כפול מחלק הפשיטות. ובדליתא חלק פשיטות מהו שיעור 'פי שניים' של הבכור, וכן קשה להני ראשונים דס"ל דהנחלה במקצת הוי הנחלה וברצותו יכול לרבות רק לאחד מן האחין וא"כ לפי מי מהאחין נמדוד חלק הבכורה דהיינו פי שניים, ועוד דנו האחרונים אי שייכא חזרה מהנחלת ריב"ב דהקצות [ס' קנ"ג] כתב דל"ש חזרה, אולם הנתיבות חלק וסבר דיכול לחזור מהנחלת ריב"ב, ויל"ע לפי הנתיבות שיכול לחזור דאיך נידע שיעור ה'פי שניים' דאם ע"י החלוקה העשווית הרי אין המדידה מוכרחת כיון שיוכל לחזור לאחמ"כ.

ונראה לבאר בזה בהקדם הא דיש לחקור בעיקר דין ירושת בכור דנוטל פ"ש, אי אמרי' דבאמת ליכא דינא דירושת בכור כלל ומה שמקבל פ"ש היינו ירושת בן כפולה, דהתורה זיכתה לו 'פי שניים' דהיינו שיעור ירושה כפולה, או דילמא הא דהבן יורש את אביו אינו מדין ירושה כלל אלא דהוי דין מחודש, שמקבל פי שניים מכל האחין דבן במקום אביו

קאי ודין זה הוי דין מיוחד אצל בכור ולא הוי מדין ירושה כלל אלא מדין בכורה.

ומצאתי לי חבר בזה ה"ה הגר"ש רוזבסקי ז"ל בשיעוריו [קידושין אות קמה] וזה לשונו הזהב "ובטעמא דמילתא י"ל בב' אופנים, חדא י"ל... דאין גם דין ירושת בכור, דרק דין ירושת בן איכא ומה שבכור נוטל פ"ש הוא דין ירושה נוסף, ועוד אפשר לומר... מה שהבן יורשו אי"ז מדין ירושה, אלא הוא דין מיוחד דבן במקום אביו", ודפח"ח.

ועפ"ז יתבאר על נכון פלוג' דהר"י מיגאש והרשב"ם שיש לתלות בהך חקירה, דהר"י מיגאש ס"ל דירושת בכור הוי דין מיוחד בבכורה וע"כ צריך הוא להיות מוחזק, אבל הרשב"ם ס"ל דדין ירושת בכור הוי דין ירושת בן נוספת א"כ הוי ממש כמו חלק הפשיטות דחלק והבכורה הוי חלק פשיטות כפולה, וא"כ כמו חלק בחלק הפשוט כו"ע מודי שיוורש אע"פ שאינו מוחזק ה"נ גבי חלק הבכורה נוטל אע"פ שאינו מוחזק כ"ז שאינו ראוי גמור, [דזה מתמעט מאשר ימצא לו], ולפי"ז א"ש מה שהקשינו דמה שפירש הרשב"ם דאפי' בראוי נוטל פ"ש כמו בחלק הפשיטות.

ולפי"ז יש ליישב ג"כ הסוגי' דחלק הבכור קודם חלוקה, דהרשב"ם ס"ל דהגם דבחלק הפשיטות כו"ע מודי דאינו נוטל קודם חלוקה מ"מ בחלק הבכורה אפי' שמקבל דבחלק הבכורה נתחדש דמקבלים אע"פ שאינו מוחזק, ואפי' ראוי נוטל פ"ש, ומה שבחלק הפשיטות אינו נוטל פ"ש אינו אלא מניעה צדדית ששייך לכולם אבל חלק הבכורה של"ש לכולם יכול לקבל אפי' קודם חלוקה

ואע"פ שאינו מוחזק, והר"י מיגאש ס"ל דהגם דבחלק הפשיטות כו"ע מודי דנוטל קודם חלוקה מ"מ נתחדש דין מיוחד בחלק דבעי' שיהא מוחזק וזהו סברת מ"ד דאין לבכור קודם חלוקה, אע"פ שבחלק הפשיטות יש לו, וז"ב.

וא"ש ביותר הנחלת ריב"ב דאף אם נימא דאיכא הנחלה במקצת וכן דאף חלק פשיטותו של בכור יכול לשנות לא נשתנה שיעור ה'פי שניים', שהרי ה'פי שניים' נמדד כפי השיעור שהיה מעיקרא לכולם שווה ועפ"ז מודדים השיעור דחלק הבכורה אינו ירושת הבן נוסף אלא דין חדש של מתנה ולכן אינו נמדד כפי השיעור של כולם וכפי חלק פשיטותו של הבכור.

והדברים מדוקדקים להפליא בלשונות הרשב"ם והר"י מיגאש, דהר"י מיגאש הנ"ל כתב בכ"מ לשון 'מוחזק', משא"כ הרשב"ם לא כתב לשון 'מוחזק' אלא דאע"פ דהוי ראוי נוטל פ"ש כ"ז שאינו ראוי גמור וכן משמע מד' הרשב"ם בדק"ג ע"ב בד"ה וילדה וז"ל "הואיל ושבחא דממילא הוא ודמי כאילו הוחזק בהם אביהן", ע"כ וכ"כ בד"ה ראוי הוא וז"ל "דכיון דהוי אבוהון מוחזק בנכסים והן עצמן הושבחו כמי שהוחזק בשבח דמי", ע"כ, וחזינו מכל הני לשונות דהרשב"ם ס"ל דגדר שבחא דממילא הוי 'כאילו' הוחזק, 'וכמי' שהוחזק ולא מוחזק ממש כמו דנקט הר"י מיגאש בכל דוכתי.

ולכא' נראין הדברים מבוארים להדיא מד' שכתבו הדא דאמרי' בגמ' [קכ"ה, ב'] דאר"פ הילכתא אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק, וכתב הרשב"ם ד"ה א"ר פפא וז"ל "בראוי

ממש כו' אבל בראוי דפליגי ביה רבי ורבנן כגון חפורה והוי שובלי שלופפי והוי תמרי לא אתיא לאשמועינן דאין הבעל נוטל אלא ודאי הבעל נוטל כו' ועוד דאפילו בכור בכה"ג דליכא יורש אחר אלא הוא יורש כל נכסי אביו הכל מודים שיירש הכל אפילו שבח הראוי דהא כי אשבוח ברשותיה אשבוח" ע"כ, והמבו' מדבריו דאף בראוי שייכא פי שניים וד' ר"פ נסובים רק על ראוי גמור דאינו מקבל פ"ש.

ועיין בר"י מיגאש שכתב בביאור פסיקת ר' פפא בנו"א וז"ל "הא דאמר ר' פפא הילכתא אין הבכור נוטל פי שניים במלווה דשמעת מינה דמלווה ראוייה היא", ומשמעות דבריו הוי דדברי ר"פ הינם דבראוי אינו נוטל פ"ש, ולהלן ברשב"ם מצינו דפעמים דאפי' ראוי נוטל פ"ש.

וכן נראה שי' הר"י מיגאש לקמן, דהנה נחלקו הראשונים אם המשנה בדף קכ"ו הוי בדעת רבנן או אף משנה זו הוי בדעת ריב"ב דהרשב"ם כתב דהוי בדעת רבנן [וכן נקטו רב ראשונים] דברי מפורש במשנה דריב"ב לאחד ומיעט ואחר אין דבריו קיימין, ואילו לריב"ב דבריו קיימין, אבל הר"י מיגאש ביאר דאף המשנה בדף קכ"ו הוי בדעת ריב"ב ושאני התם דאין דבריו קיימין דאיירי שהשווה הבכור לפשוטין, ולכן לא חל ההנלחה מטעם דלא יוכל לבכר ובטלה צוואתו, וביאור פלוג' כתבו האחרונים דהנה יש לחקור דהך דינא דאינו יכול לשנות חלק הבכורה, אם מטעם שלא חל כלל ההנלחה על חלק הבכורה, או דההנלחה שפיר חלה על חלק הבכורה אלא שיש לבכור

זכות ליטול חלקו, דהרשב"ם ס"ל דההנלחה חל אף על חלק הבכורה ורק שיש לו זכות ותביעה לקבל חלק בכורתו מהמונחל, א"כ אף שהשווה הבכור לפשוטין לא נתבטלה צוואתו וכך הוא הדין שיחול ההנלחה אף על חלקו אלא שיש לו כח ליטול חלקו, אבל הר"י מיגאש ס"ל דההנלחה לא חלה כל עיקר על חלק הבכורה א"כ כאשר השווה הבכור לפשוטין לא חלה ההנלחה ונתבטלה צוואתו.

ולדברינו א"ש ביותר דהר"י מיגאש ס"ל דחלק בכורה הוי דין מחודש וכלן אין חלק הבכורה קשור כלל לחלק הפשוטין ועל כן אי"ז כלול בהנלחה, אבל הרשב"ם ס"ל דחלק הבכורה הוי חלק פשיטותו הכפולה הרי שזה ממש חדא הנלחה אל שהבכור מקבל כפול ע"כ שחלק הבכורה כלולה בהנלחה רק שיש לו כח וזכות לתבוע חלקו, וא"ש.

ואם כנים הדברים נבוא לידי ביאור בשיטות הראשונים בביאור הך דינא דבכור שמיחה מיחה, דהרשב"ם כתב דקאי אשבח ששבחו יתומים לאחר מיתת אביהן דאע"ג דבכ"מ אינו נוטל פ"ש מ"מ אם מיחה בפני היתומים יטול פ"ש, אולם בר"י מיגאש ועוד ראשונים כתבו דקאי אשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן דהגם דלרבנן אינו נוטל פ"ש מ"מ אם מיחה בפני היתומים נוטל פ"ש אפי' לרבנן, ואפ' דמשו"ה מיאן הר"י מיגאש לבאר כרשב"ם דהרי להנ"ל נחלקו הראשונים בגדר חידוש התורה שבכור נוטל פ"ש אי הוי בדיני ירושה וא"כ אפי' בראוי נוטל פ"ש או דהוי בדין בכורה ורק כאשר הוי מוחזק יקבל פ"ש, דהר"י מיגאש ס"ל דרק כאשר מוחזק יתכן שיקבל

ר' יבון שמערתא בבא בתרא

פ"ש וכאשר הוא ראוי לא יתכן שיקבל פ"ש הלכך בשבב ששבחו יתומים לאח מיתת אביהן ס"ל לר"י מיגאש דלא יתכן בשום אופן שיטול פ"ש דהא הוא ראוי ולפיכך לא נקט דבכור שמיחה מיחה נוטל פ"ש בשבב ששבחו יתומים, אלא בשבב ששבחו נכסים דהוי מוחזק יש לדון דאפשר דאפי' בדעת חכמים יטול פ"ש, והרשב"ם נקט שבב דיתומים דהרי לרשב"ם אפי' ראוי יש באפשרותו ליטול פ"ש [כל זמן דל"ה ראוי גמור] ומשו"ה נקט שבב דיתומים.

ואולי יש לפרש עד"ז אף בפלוג' דהרשב"ם והר"י מיגאש בסוגי' דדיקלא ואלים, דהר"י מיגאש ביאר הכא אר"פ דיקלא ואלים ארעא ואסקא שירטון כו"ע לא פליגי דשקיל וכתב בתו"ד "דלאו ראוייה היא אלא מוחזקת" ולהלן כי פליגי בחפורה כו' כתב בדעת רבי דנוטל בה פ"ש "משום דמוחזק הוי" ורבנן סברי דהוי

ראוי ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, וחזי' מדברוי דכל הנידון גבי דיקלא ואלים הוי אם נחשב כמוחזק או לא, ורק כאשר נחשב כמוחזק נוטל פ"ש, וכן הוא הפשטות ד' הגמ' לפו"ר.

אולם הרשב"ם ביאר הך דינא דדיקלא ואלים באופ"א דאין הנידון הוא בדיני 'מוחזקות' אלא בדין 'שמה עליה', דביקלא ואלים לכו"ע נוטל פ"ש כש"כ הרשב"ם "דעדיין שמו עליו" אבל בחפורה והוי שובלי שלופפי והוי תמרי נחלקו דרבנן סברי דאינו נוטל פ"ש, וצ"ב בדעת הרשב"ם מדוע מיאן לבאר הגמ' כפשוטו דהנידון הוי מוחזקות וכש"פ הר"י מיגאש, ולהנ"ל א"ש דהר"י מיגאש ס"ל דרק כאשר הוא מוחזק נוטל פ"ש ולכן נקט דהנידון הוי מוחזקות, אבל הרשב"ם ס"ל דאף כאשר אינו מוחזק פעמים שנוטל פ"ש הלכך הוצרך להך נידון דשמו עליו.



ליבון שמערתתא בבא בתרא

הר"ר אשר שטיינברג הי"ו

דף קכו:

בענין תנאי בירושה

משנה: האומר בני בכורי לא יירש פי שניים לא אמר כלום דאין אדם מתנה על מה שכתוב בתורה.

ובגמ': לימא מתניתין דלא כרב יהודה דאמר מקדש אשה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה, בדבר שבממון דבריו קיימין, ולשיטתו הכי נמי יועיל התנאי שלא יירש הבכור, ומשני חלוק מקדש אשה ידיעה וקא מחלה מבכור דלא מחיל.

כמחילה בעצם הקידושין שיהא כאן קידושין בלי שאר כסות, וזה מועיל רק לשיטת ר"י שבדבר שבממון יכול להתנות גם על מה שכתוב בתורה, דהיינו שהתורה נתנה דבר זה ביד האדם להחליט אם ליתן או לא וכמו כן מהני למחול בעצם חלות הקידושין שיהא קידושין בלי שאר כסות, אבל לר"מ שאין אדם מתנה ע"מ שכתוב בתורה כלל ואינה בידו להחליט עליו, אזי גם למחול באופן שנעשה החלות בלי השאר כסות לא תוכל לעשות.

ולפי זה, מה שהקשה הרשב"א על שיטת הרשב"ם שכתב דמחילת הבכור מועיל גם בחיי האב, והקשה והרי אין אדם מוחל בדבר שלא בא לעולם, קושיא זו קשה רק לפי שיטת הרשב"א שכל ההו"א בגמ' שתנאו קיים בבכור הוא מחמת שמועיל מחילת הבכור לפי ר' יהודה, אבל לפי מה שפירש התוס' שמדין תנאי האב אנו דנים לא קשה מידי דאין הבכור מוחל כלל אלא האב מתנה לבטל חלקו, וכן תירץ ר' שמואל, וכעין זה כתב הנה"י (ס' קעח ס"ק יג).

ג) הקצות ביאר שיטת הרשב"ם שכתב דמועיל הסכמת הבכור בחיי האב, והגם שאין אדם

א) מלשון הרשב"ם משמע שגם לגבי בכור יש ביכלתו למחול אם ירצה, וכוונת הגמ' שהבכור אינו מוחל מכיון שלא מקבל בתמורה כלום, משא"כ באשה שרוצה בקידושיה ומוחלת, דהיינו שאם יאמר הבכור בפירוש שמוחל מועיל, והקשה הרשב"א איך מוחל הבכור והרי בחיי אביו מיירי ועדיין אינה בידו שיוכל למחול, ואין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם. וצריך לתרץ שיטת הרשב"ם.

ועוד צריך לבאר שמסקנת הגמ' משמע דטעמא דרב יהודה הוא משום שהיא מוחלת, ולא מכח התנאי, וצ"ב שהרי ר"י אמר אדם מתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון וכן הוא לשון המשנה,

ב) נחלקו הראשונים במהלך הסוגיא [בגמ' כתובות], שיטת תוס' היא שמהני על ידי תנאי האב, אלא שצריך שגם היא תמחול כדי שיהא בהסכמתה שהרי שאר כסות ועונה נוגע אליה, אבל עיקר הדבר הוא מדין כח הבעל.

שיטת הרשב"א היא שרק מחמת שמחלה לא משלם לה השאר כסות ועונה, ואל מכח האב, והא דתלוי בפלוגתא דר"י ור"מ, מבאר החזו"א שכיון שמחלה בשעת חלות הקידושין נעשה

מוחל דבר שלא בא לעולם, י"ל שהוא מחמת דין סילוק, שהבכור מסתלק מזכות הנחלה שיש לו בירושה, ולא מדין מחילה, והגם שההלכה היא שסילוק בדאורייתא לא מהני, כמו שמבואר לעיל (דף מה.), מ"מ הכא מועיל הסילוק וכמו שכתב הגהות אשר"י שהכא שכתוב בתורה מתנה מהני, וכן כתב הראב"ד.

ד) והנה לעיל (ע"א) כתב הרשב"ם דלפי השיטה דאין לבכור זכות בנחלה פי שנים קודם חלוקה, אינו יכול לוותר על חלקו קודם חלוקה, דאין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם, ע"כ.

וליכאורה סותר את עצמו למה שכתב כאן שגם בחיי האב מהני מחילת הבכור, והנה לפי מה שתירץ ר' שמואל לא קשה מידי שאי"ז מדין מחילה אלא מתנאי האב ולאחר מיתה אין אב שיתנה, רק הבכור רוצה למחול וזה אינו יכול רק אם יש לו זכות קודם חלוקה.

אבל לפי מה שפירש הקצות שהא דמועיל בחיי האב הוא מדין סילוק, צ"ב מדוע לא יסלק הבכור את עצמו.

ה) הרשב"א (שם) חולק על מה שכתב הרשב"ם וסבר שגם למ"ד אין לבכור זכות קודם חלוקה יכול הבכור לוותר קודם החלוקה (עיי"ש שפירש כוונת הגמ' שמסתמא לא היה כוונתו למחול על הנכסים למ"ד אין זכות לבכור קודם חלוקה), וליכאורה סותר על מה שכתב כאן שבחיי האב לא מועיל מחילת הבכור דאין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם.

וביותר דהרשב"א (בתשובה) פירש במה שכתוב לעיל (דף מה:) שאדם מתנה על ירושה

הבאה לו ממקום אחר שלא יירשנה, שגם בדאורייתא מהני סילוק, והא דלא מהני סילוק בכל ירושה היינו דכיון דראוי לזכות בה כל שעה הרי זה כבר כשלו ולא מהני סילוק אם הדבר כבר בידו, ולא כמו שפירש הרשב"ם ותוס' שרק בדרבנן מהני סילוק.

ליכאורה לפי"ז ניחא מה שכתב הרשב"א שהבכור אין יכול להסתלק בחיי האב, שהרי זה כמו שהנחלה כבר בידו וכמו שכתב שם לגבי חלק פשוט, וא"כ אי אפשר לומר במה שכתב הרשב"א שלאחר מיתה מהני גם למ"ד אין לבכור זכות קודם חלוקה שהוא מדין סילוק, שהרי לא מהני אם כבר זכה בהן.

ו) נמצא שצריך להבין ב' דברים, א' בשיטת הרשב"ם לפי הקצות מ"ש דמהני סילוק בחיי האב ולא מהני סילוק לאחר מיתת האב, ב' בדעת הרשב"א צריך לדעת מ"ש סילוק בחיי האב דלא מהני שהרי זה כמו שכבר זכה בו, ולאחר מיתה מהני גם למ"ד אין לבכור זכות קודם חלוקה.

והיה אפשר לומר שמה שכתב הרשב"א שמהני מחילת הבכור לאחר מיתה הוא מדין מחילה ולא מדין סילוק, ובחיי האב לא מהני מחילה שהזכות אינה בפועל, ורק לגבי דין סילוק היה נקרא שכבר זכה בהן ולא מועיל, ונפרש שלגבי סילוק חשיב כמו שיש לו ממש דלא מועיל סילוק ולגבי מחילה חשיב דבר שלא בעולם.

אלא דזה אינו בין מצד הסברא ובין מצד לשון הרשב"א, דמה סברא לחלק בזה, מה נפשך אם חשיב כמי שאינו שלו ואינו בעולם לגבי שיוכל למחול א"כ כ"ש שאינו שלו לגבי

רִיבּוֹן שְׁמַעֲרַתָּא בְּבֵא בְּתֵרָא

סילוק, ולא גרע מארוסה שיכולה לסלק את עצמה כמו שמבואר בגמ' שם, ובין מצד לשון הרשב"א דלא משמע שבא מדין מחילה עי"ש.

ז) אלא נראה שחלוק חלק בכור מחלק מפשוט, שבבכור לא נעשה דין בכור עד שימות האב, משא"כ חלק פשוט מחיים יש להם כבר דין יורש, [יסוד של הגר"ח].

ולפי"ז ניחא שבכור אין מוחל בחיי האב שהרי זה כמו קודם אירוסין שאין מחילת האשה כלום כדמבואר לעיל (דף מה.), אבל משמת האב שאז מקבל שם בכור על הירושה, יכול להסתלק גם אם לא בא לעולם-קודם חלוקה, ומדין סילוק, ולא מדין מחילה, כדמשמע מלשון הרשב"א שכתב שהבכור יכול למחול משום שהכתוב קראו מתנה, דהיינו שיש לנו פסוק שאומר שיכול להסתלק, משום שאי לאו האי קרא הייתי אומר שכבר זכה בהן ולא

מהני סילוק, וניחא במה שכתב הרשב"א שמן הדין גם בדאורייתא מועיל סילוק.

בדעת הרשב"ם י"ל להיפך וכמו שמבואר בקוב"ש שכל כמה שהוא רק שם בכור דהיינו מחיים אז מהני סילוק, אבל אחר מיתת האב שיש לו כבר זכות בנכסים עצמם, והסילוק הוא מזכות הנכסים שיש לו, ולא מעצם שם בכור, לא מהני, אבל מדין מחילה מועיל עכ"פ למ"ד יש זכות לבכור קודם חלוקה, שמ"מ עדיין לא זכה בהן בפועל.

ועוד י"ל שהרשב"ם סבר ג"כ מהלימוד שכתב הראב"ד שהכתוב קראו מתנה ומש"ה מועיל סילוק בדאורייתא, וגם אם לא נפרש כמו שחידש הקוב"ש שסילוק משם יורש מועיל בדאורייתא, אולם סילוק זה מועיל רק בחיי האב שדומה לארוסה ולא לאחר מיתה שאז הוא דומה לנשואה.



הבה"ח יוסף מרק הי"ו

דף קכז:

בגדר נאמנות דיכיר

קכ"ז: 'א"ר יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור וכשם שנאמן לומר זה בני בכור כך נאמן לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה, וחכמים אומרים אינו נאמן'.

מבואר בגמ' שיטת ר"י דהתורה האמינה לאב לומר על בן שהוא הבכור, וכן לומר על בן שהוא ב"ג וב"ח, וחכ' חולקים דאינו נאמן, ובהמשך מבואר דרבנן נח' רק כשאמר כן נגד החזקה, אך אם לא הוחזק כלום נאמן גם לרבנן.

ובמאירי (יבמות מ"ז) הביא ג"כ מח' ראשונים האם נאמן דוקא כשאינן משים עצמו רשע או לא.

ובקוה"ע (כב, א) חקר לגבי הפסול דאין אדם משים עצמו רשע, האם הוא פסול מדיני עדות או לא. דלשון הגמ' ביבמות (כ"ה:): 'אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע', משמע שהוא פסול בעדות, דפסול מטעם קרוב, אך באופן שאי"צ לתורת עדות אי"ז חיסרון מה שמשים עצמו רשע. ולפי"ז לכאן מוכח מהראשונים הנ"ל דיכיר צריך לדיני עדות.

אך עיי"ש שכתב דהראשונים נח' בחקירה זו, ועפי"ז מבאר מה שנח' הראשונים האם נאמן לומר שהוא ב"ג דוקא כשאינן משים עצמו רשע, דנח' האם הפסול הוא דוקא בעדות, או לאו דוקא בעדות, וה"ה דאין נאמן לכל נאמנות כשמשים עצמו רשע, אך לכו"ע אפשר דיכיר אין צריך לדיני עדות.

ב. בית דין. בשו"ת הרי"ד (סי' צ"ב) כתב דדין יכיר הוא רק בבי"ד, (עיי"ש שדן לגבי מי שנהג בבנו מנהג בנים ואח"כ קראו שלא בבי"ד

ויל"ע בגדר חידוש זה, דלכאורה גדר הדין הוא שהתורה נתנה נאמנות לאב להעיד על בנו מה טיבו, והתורה חידשה דנאמן בזה אעפ"י שהוא רק עד אחד, (וכעין מה שע"א נאמן באיסורין). [ולכאן] טעם התורה בזה הוא, שהוא יכול לדעת עניינים אלו ולא אנשים אחרים]. וא"כ יל"ע בזה אם צריך שיהא לעדות זו דיני וכללי עדות או לא, (ונ"מ כדלהלן). ובאמת עיקר דין יכיר הוא באב שהוא קרוב ואעפ"כ נאמן. אך אפשר ל שאין לנו אלא חידושו, דע"ז חידשה התורה בפ"י, אך לעניינים אחרים צריך שיהא עפ"י כללי עדות. או דגזירת הכתוב דנאמן אפילו באופנים דלעדות לא היה נאמן.

ומצינו כו"כ עניינים שאפשר לדון בזה. א. לגבי פסולים להעיד. דבריטב"א כאן הקשה איך נאמן לומר על בנו שהוא ב"ג וב"ח, הא משים עצמו רשע, (שאומר שבא על הגרושה), ותי' בכמה אופנים, א' דדוקא כשמעיד שנשאה בשוגג, ב' שהוא גזירת הכתוב שנאמן אעפ"י שמשים עצמו רשע, ג' דאפי' שמשים עצמו רשע פלגי' לדבריו ומקבלים דבריו רק לגבי שהבן פסול ולא לגבי מה שמשים עצמו רשע.

ממזר, היינו שאינו בנו, ורוצה לחזור בו.) וז"ל 'וכל זמן שלא העיד בבי"ד יכול לחזור בעדותו, וצריך שיעיד בבי"ד או בפני ג' בדרך עדות לא בדרך כעס, ואת"ל שאינו צריך בבי"ד מ"מ כל זמן שלא העיד בבי"ד יכול לחזור בעדותו'. ובהמשך דבריו כתב עוד 'בודאי כי הוא צריך להעיד בפני בי"ד שהרי הוא בא לקובעו ממזר וא"א להיות אלא בבי"ד שאין עדות אלא בבי"ד, שכל מה שיאמר העד חוץ לבי"ד יכול לחזור ואין עדות נגמרת אלא בבי"ד.

ומהא דס"ל דשלא בבי"ד אין לאמירתו שום תוקף, משמע דסובר דצריך ממש דיני עדות, וצריך קבלה בבי"ד כמו עדות. (ובאמת יל"ע במה שכתב 'ואת"ל שאי"צ בי"ד מ"מ יכול לחזור', דלכא"ו נראה דמסתפק אם צריך בי"ד, אך אעפ"כ כתב דבלא בי"ד יכול לחזור, ומשמע דבבי"ד אין יכול לחזור, והיינו דבבי"ד יש לו יותר תוקף, וצ"ע.)

[וכן משמע מדבריו ביבמות מז. שהקשה ג"כ איך נאמן אב לומר על בנו שהוא ב"ג וב"ח והא משים עצמו רשע, וכתב דאין לתרץ שעשה תשובה, דכיון שמעיד על מעשה שעשה ברשעותו, אע"פ שבשעת הגדה אינו רשע, דבעי' ראייה והגדה בכשרות דכתיב 'והוא עד או ראה או ידע' כו' עיי"ש. ודין זה לכא"ו הוא גזיה"כ בעדות, ולכא"ו מוכח דס"ל דצריך שיהא כל כללי עדות.]

ובעצם הדין שחידש הרי"ד דנאמנות האב מדין יכיר הוא דוקא בבי"ד או לכה"פ בפני ג', צ"ע דבגמ' מבואר בעובר על בית המכס ואמר בני הוא דנאמן מדין יכיר ואין יכול לחזור בו, ובבית המכס אי"ז בפני בי"ד, וגם דוחק גדול

להעמיד דאיירי כשהיו שם ג' אנשים ואמר בפניהם, וביותר מה שכתב דדוקא כשאומר בדרך עדות. וגם מה שדנו בגמ' (לעיל קכ"ו:) במי שקראו האב בוכרא סוכלא או דמסי רוקיה, דאם היה כוונתו ודאי לבכור מן האב היה נאמן מדין יכיר. ולא משמע דהוא בפני בי"ד, וגם פשוט דהאב לא אמר כן בדרך עדות, וצ"ע.

ג. חזרה מיכיר. עוד יל"ע דבגמ' א"ר יוחנן 'אמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן', ופי' הרשב"ם הטעם, 'אין לנו לילך אחר טענה אחרונה דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני כדכתיב יכיר, וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד'. ולפו"ר נראה דס"ל לרשב"ם דצריך גדרי עדות, ולזה כוונתו דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כמו בעדות דילפי' מפסוק, ה"נ ביכיר שצריך גדרי עדות.

אך באמת נראה דאי"ז ראייה, דאפש"ל דכוונתו הוא כמו שכתבו הראשונים דהטעם הוא 'דלא נתנה התורה הבחנה אחר הבחנה', דמשמע דאי"ז משום דיני עדות כלל, רק שהתורה הגבילה חידוש זה דנאמנות האב רק להבחנה אחת ולא להבחנה אחר הבחנה. ובאמת בנמו"י כתב 'שלא נתן לו התורה הבחנה אחר הבחנה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד', ומבואר ג"כ דנקט כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד לדוגמא בעלמא.

ד. הרכנה. שיטת התוס' והתוס' הרא"ש בגיטין עא. דאב נאמן לומר על בנו שהוא בכור ע"י הרכנה, (וכ"פ הרמב"ם, נחלות פ"ד ה"א). ומבואר שם בגמ' דלעדות לא מהני הרכנה. ולכאורה מוכח דאי"צ לכל דיני עדות.

נגד עדים. ברשב"ם כתב דלר"י אין אב נאמן לומר על בן שהוא הבכור נגד עדים, ונאמן רק נגד קול בעלמא, וכגון דהוי קרי ליה בוכרא סוכלא. וברמב"ן הקשה דאיפכא מיסתברא דכשהוא קרא לו אין נאמן לחזור, ונגד עדים נאמן. וכן מבואר בשאר ראשונים דנאמן אפי' נגד עדים. אך לכא' פשוט דאין נאמן לחלוק על עדים בפי' כשאומרים על אחר שהוא הבכור, ורק באופן שהעדים אומרים על אחד שהוא הגדול והוא אומר על אחר שהוא הבכור רק דהגדול אינו בנו נאמן. (ובזה נחלק הרשב"ם, ויש שביארו דס"ל דאין נאמן בעדותו לומר על מי שהוחזק כבנו דאינו בנו.)

ובמשנה למלך (נחלות ב, יד) הביא בשם מהרשד"ם ופני משה דאין נאמן כשמכחיש לעדים בפי'. ומביא שיטת המהריב"ל ומשפטי שמואל דנאמן אף נגד עדים וכגון שמודה שהוא בנו ומכחיש בפי'. ולכא' צ"ע לשיטה זו, דאין מיסתבר כלל שיהא אדם נאמן לגבי אחר יותר מעדים.

עפ"י אחר. חידוש נוסף מצינו באחרונים בדין יכיר, דבשב שמעתתא הביא בשם הבית שמואל דאב שאמר על בנו שהוא פסול כשאינו יודע מעצמו רק שסומך על אחר דנאמן לפוסלו. וביאר השמעתתא 'דכי היכי דבעל דבר עצמו היכא דמאמין לאחד וסומך דעתו עליו הו"ל כאילו ידע והודה בעצמו, ושויא אנפשיה חתיכה דאיסורא אע"ג דהוא עצמו אינו יודע, אבל כשסומך דעתו במה שמגיד לו אחר הו"ל כהודה מעצמו, וה"ה באב לגבי בנו אע"ג דאינו יודע מעצמו, כשסומך דעתו על אחר ומאמין לדבריו הו"ל כיוודע

ומגיד בעצמו והו"ל תורת יכיר בזה דיכירו לאחרים ע"י סמיכת דעתו לאחר', עכ"ל.

וטעם הדבר דכשסומך על אחר הוי כמו שהודה בעצמו, לכא' הוא משום דס"ל דשויא אינו מתורת נאמנות דהודאת בע"ד, דעפ"י אחר הא לא הודה כלום, רק דיש לנו לדון הבע"ד לפי ידיעתו. וממה שהשווה השמעתתא דין יכיר לשאחד"א, משמע דנקט דגם נאמנות דיכיר אינו שנאמן להעיד לאחרים על בנו, רק הדין הוא דנאמן לומר על בנו כמו שנאמן לומר על עצמו, ולפסול עצמו מדין שויא, ה"ה דנאמן לומר על בנו ומדין בע"ד, וניצטרך לדון לבנו כפי ידיעת האב.

ולכא' הוא חידוש גדול, דהא האב נאמן גם לגבי בנו, ואינו רק לגבי הוא עצמו. וכן דנאמן גם לקולא וכגון להתירו בממזרת, ומדין שויא נאמן רק לחומרא לאסור עצמו. ואולי אפש"ל דהתורה חידשה דהאב יכול לקבוע דין הבן עפ"י ידיעתו, ועפ"י יצטרך הבן לנהוג בין לקולא ובין לחומרא דכך נקבע שהוא ממזר וכדו', ובאמת אין כוונתו לדמות דין יכיר לשאחד"א ממש.

ועפ"י אפשר לבאר ג"כ שיטת הא' דנאמן אפי' נגד עדים, דכך הדין שיקבע עפ"י ידיעתו ואפי' נגד עדים, וכמו אדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים, דאי"ז דין שאפשר להאמין לאב, דא"כ מיסתבר דעדים יותר נאמנים.

בשיטת רבנן. בש"ש הקשה דלפי"ז צ"ע דבגמ' הקשו דלרבנן יכיר למה לי בצריך הכירא והקשו עוד ותיפוק ליה מיגו דאי בעי יהיב ליה לכוליה נכסיה, והקשה דלפי הב"ש נ"מ דמדין יכיר נאמן עפ"י אחר, ומשא"כ אם נאמן רק

ליבון שמערתתא בבא בתרא

מדין מיגו דאין נאמן עפ"י אחר. (ובאמת האח' הביאו דיש הרבה נ"מ, ולכאו' אפשר ליישב כמו"ש התוס' דחדא מתרי טעמא נקט, ואכמה"ל בזה.) ותי' דאפשר דכל הנ"ל דנאמן מדין בע"ד הוא רק לר"י ולא לרבנן, דלרבנן דאין נאמן נגד חזקה, ה"ה דאין נאמן עפ"י אחר.

ונראה להוסיף בזה עוד, דהנה ברשב"ם מבואר (ד"ה אינו נאמן) דכשאמר זה בני וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן לחזור, דנאמן במה שאמר זה בני מדין יכיר. והקשו האח' דלקמן בדף קלד: ס"ל לרשב"ם דאין בכלל נאמנות דיכיר לומר על מי שלא הוחזק כבנו שהוא בנו. ותי' הרש"ש, שהרשב"ם סובר שנח' בזה רבנן ור"י, דכאן איירי לשיטת ר"י דנאמן גם לומר זה בני, ולקמן איירי בדעת רבנן ולכך כתב דאין נאמן מדין יכיר. ולכאו' צ"ע דמה"ת לחדש מח' חדשה בין ר"י ורבנן, דעד כאן לא נח' ר"י ורבנן רק דלר"י נאמן אפי' נגד חזקה, ולרבנן דוקא כשאי"ז נגד חזקה, ומנלן דנח' גם לגבי זה בני.

ונראה דאפשר לבאר דהרשב"ם ס"ל דהא דנח' ר"י ורבנן האם נאמן נגד חזקה או לא, הוא משום דנח' בגדר הדין דיכיר, דרבנן ס"ל דאין נאמן רק לברר מי הוא הבכור, אך אין נאמן לחדש, ולכך אין נאמן נגד חזקה, ור"י

סובר דנאמן אפי' לחדש, ונאמן אפי' נגד חזקה. וע"ד זה נח' ג"כ לגבי זה בני, דלרבנן דאין נאמן לחדש, ה"ה דאין נאמן לחדש דיש לו בן. אך לר"י דנאמן לחדש, ה"ה דנאמן לחדש דיש לו בן.

ועפ"י דאפשר לבאר עוד, דשיטת הרשב"ם הוא דילפי' מסברא דאב נאמן לומר על בנו שהוא ב"ג, מהא דנאמן לומר שהוא הבכור לגבי ירושה, ולפי"ז לכאו' היה צ"ל דלרבנן דאב נאמן לגבי ירושה כשאינו נגד חזקה, ה"ה דיהא נאמן לגבי יוחסין כשאינו נגד חזקה. אך בגמ' מבואר (ק' עח:): דלרבנן אין האב נאמן ליוחסין ואפי' כשאינו מעיד נגד חזקה, (לשון הגמ' 'אלא אפי' עובר נמי דלית ליה חזקה דכשרות לא מהימני'). וצ"ע.

ואולי אפשר"ל עפ"י הנ"ל, דרבנן סברי דאין נאמן ליוחסין דס"ל דליוחסין הרי"ז מחדש ואפי' כשאי"ז נגד חזקה, ורק לענין בכור אי"ז מחדש אם אינו נגד חזקה, דמחודש יותר לומר על בן שהוא פסול.

ולפי"ז יתיישב ג"כ מ"ש השמעתתא דרק לר"י גדר הדין דיכיר הוא מטעם בע"ד, דמיסתבר דלרבנן דאין נאמן כי אם לברר, ס"ל דאין הנאמנות מטעם בע"ד, רק נאמנות בעלמא, ולכך אינו נאמן עפ"י אחר



הבה"ח חיים דרוק הי"ו

דף קכז:

בענין יכיר לומר שאינו בנו

בגמ' הובא מח' ר' יהודה ורבנן אם האב נאמן לומר על בנו מה טיבו, וכן הוא בקידושין דף עד. וזהו לשון הברייתא, יכיר יכירנו לאחרים מכאן אמר ר' יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור. כך נאמן לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה, וחכמים אומרים אינו נאמן.

ראיה. די"ל שתינוק בין התינוקות מיירי שהיו כולם קטנים. וא"כ אפי' שמוחזק כקטן מ"מ נאמן. משום שיש לך נער שנראה קטן מחבירו שהוא קטן וגו', וכתב שזהו דעת כל המפרשים רבינו שמואל ור' יוסף בן מיגאש ור' ברוך ור' שלמה בן יתום, וכן הוא דעת הרי"א ז"ל [הובא בשלטי גיבורים בקידושין דף לב מדפי הרי"ף] שנאמן לומר שהוא ממזר רק אם אומר שנולד מחייבי כריתות, אבל ממנו. אבל אם אומר שנולד מאיש אחר אינו נאמן.

ובמח' זו מבארים את דברי הרשב"ם בסוגין שכתב ההא דכתיב היו מוחזקים בזה שהוא בכור ואמר אביו על אחר שהוא בכור שנאמן לר' יהודה, וביאר רשב"ם בד"ה היו מוחזקים וז"ל לאו בעדים שמעידים שראו שנולד קודם לאחיו, דא"כ אין האב נאמן, אלא בקול בעלמא כעין דאמרינן לעיל דהוי קרי ליה בוכרא עכ"ל.

והקשו עליו הראשונים הרמב"ן והרשב"א דאדרבה איפכא מסתברא, וז"ל הרשב"א ויש מקשים על דבריו דאפי' כשיש עדים שנולד ראשון נאמן האב לומר לר' יהודה זה בני ממזר, כדאיתא בקידושין עח: ושם אפי' שניהם אומרים על עובר שבמעיה ממזר הוא אינם נאמנים ר' יהודה אומר נאמנים. ואמרינן

ובפוסקים ברמב"ם פ' ב' מנחלות הי"ד ובשו"ע ס' רע"ז סי"ב נפסק להלכה כר' יהודה דנאמן האב לומר מה טיבו.

אלא דבדעת ר' יהודה נחלקו הראשונים עד היכן הוא נאמנותו, שיטת התוס' הוא דאף נאמן לומר שאינו בנו ונולד לאשתו מאיש אחר, והוא בתוס' כאן בד"ה כך נאמן. והביא ראיה דמבואר לקמן דף קכח: דלר' יהודה נאמן האב לומר על תינוק בין הבנים בכור הוא, ואפי' שע"כ הגדולים ממנו ממזרים, שע"כ שנולדו מאיש אחר ואכ"ז מבואר דנאמן. וכן הוא דעת הרמב"ם שפסק בפרק ט"ו מאסורי ביאה ה"ט ז"ל דנאמן האב לומר על עובר שבמעיה אשתו אינו בני. וזה משנה ערוכה בקידושין עח: ואפי' שע"כ שנתעברה מאחר ואפי' הכי נאמן.

אמנם דעת התוס' רי"ד בזה [לקמן קכח: ד"ה האומר] דהאב נאמן רק לומר שבנו אינו בכור אלא הוי שני וכד', אבל לומר שאינו בנו אלא שהוי ממזר שנולד מאיש אחר אינו נאמן, ומשום שמצינו שהתורה נתנה נאמנות לאב לומר מה טיבו של העובר ושל בנו, אבל כשאומר שהוי ממזר מאיש אחר ע"כ יוצא מתוך דבריו שאינו בנו וא"כ אין לו נאמנות. שרק לאבי הבן נתנה התורה הנאמנות. ועל ראיית התוס' מתינוק בין הבנים דוחה דאינו

לקמן קכח: שהאומר על תינוק בין הבנים בכור הוא נאמן אפי' מוחזקים בו שהוא בכור, שיש עדים שנולד קודם שאר בנים, וכ"ש שהוחזקה ע"י קול, אבל כשהוחזקה ע"י האב שאמר שהוא בכורו אינו נאמן באומר על אחר שהוא בכור, וכדאמרינן לקמן אומר בני וחזר ואמר עבדי אינו נאמן עכ"ל. ומשום הכי נחלקו, דאדרבה הוחזק דסוגיין הוי דקא ע"י עדים ולא ע"י קול.

ולהבנת דעת הרשב"ם שכתב שהוחזק לא ע"י עדים, מבואר לפי הנ"ל די"ל דס"ל כדעת התוס' רי"ד והריא"ז דאין האב נאמן לומר שאינו בנו וממזר מאיש אחר, ורק אם לדבריו הוא בנו נאמן. וכגון ממזר מחייבי כריתות ולכך אם הוחזק ע"י עדים שהוא בכור וכמ"ש הרשב"א, שיש עדים שנולד ראשון א"כ אי נימא דס"ל לר' יהודה דנאמן, א"כ נמצא דמי שהוחזק עד השתא בבכור הוי ע"כ ממזר, שהרי יש עדים שנולד ראשון. ואם האב נאמן שהשני בכור ע"כ שהשני נולד באמת ראשון כדברי העדים אך מאיש אחר, ולפיכך הוצרך הרשב"ם לומר דהוחזק ע"י קול, אכן הראשונים שעמידו דהוחזק הוי ע"י עדים ס"ל כתוס' והרמב"ם דנאמן האב אפי' לומר שהוי ממזר מאיש אחר.

אלא דלכאורה ביאור זה קשה בדעת רש"י דלביאור הנ"ל בפשטות סותר רש"י את עצמו דמצד אחד הוכיחו האחרונים [זכרון שמואל ס' פ"א] דס"ל כדעת הרמב"ן דנאמן אפי' אם הוחזק ע"י עדים, וזה מוכח מהא דביאר רש"י בקידושין בהא דלחכמים אינו נאמן, כתב בדף עד. בד"ה וחכ"א אינו נאמן וז"ל אבן גרושה ובן

חלוצה פליג, וכן כתב שם בדף עח: וז"ל אפסולי קיימי אבל לענין בכור לא פליג.

והוקשו שם הראשונים עליו דמוכח מכמה סוגיות דחכמים פליגי גם אבכור. וז"ל התוס' הרא"ש שם פירש"י אבן גרושה ובן חלוצה הוא דפליגי. וקשה לפירושו דלקמן בפירקין אמרינן בשלמא לר' יהודה היינו דכתיב יכיר אלא לרבנן יכיר למה לי בצריך היכירא אלמא אכולה מלתא פליגי, ואמרינן נמי בפרק יש נוחלין [קכח] תניא נאמן אדם לומר על תינוק בין הבנים זה בני בכור, ומוקי לה כר' יהודה, וקתני אינו נאמן ומוקי לה כרבנן עכ"ל.

ובתוס' רי"ד בקידושין דף עח: ובתוס' יו"ט [במשניות פ"ד מ"ז] הוקשו מסוגין גופה, וז"ל התס' רי"ד פירש המורה אפסולי קיימי אבל לענין בכור לא פליגי. ואינו נראה לי. דהא אמרינן ביש נוחלין [קכז]. בהלכה האומר איש פלוני בני בכור הוא לא יטול פי שנים, שלחו ליה בני אקרא דאגמא לשמואל, ילמדנו רבינו, היו מוחזקים בו שהוא בכור ואמר אביו על אחר בכור הוא מהו. שלח להו כותבים הרשאה זה לזה. מספקא ליה אי כר' יהודה אי כרבנן דתני יכיר יכירנו לאחרים וכו'. ותו קאמרינן התם [ע"ב] תנו רבנן היו מוחזקים בו שהוא בכור ואמר אביו על אחר שהוא בכור נאמן כר' יהודה שאינו בכור ואמר אביו שהוא בכור אינו נאמן כרבנן, אלא פליגי ר' יהודה ורבנן גם לגבי בכור עכ"ל.

ובכדי ליישב דברי רש"י ביארו האחרונים דרש"י ס"ל דלרבנן אין האב נאמן לפסול את בנו כלל והא דכתב התם [בקידושין] דנאמן לרבנן לומר שהוא בכור מיירי שרק יצא קול

ולכך כיון שע"י אמירתו שהשני בכור לא יפסול את הראשון לכך שפיר נאמן אכן לומר שהוא בן גרושה או חלוצה ולפסול מכהונה אינו נאמן ורק ע"ז פליג. והא דהוכיחו הראשונים דלרבנן אינו נאמן גם לומר בכור הוא בכל הני דוכתי מיירי דהיו עדים בדבר שהוא בכור ולכך כיון שהוא אומר על אחר שהוא בכור א"כ נמצא פוסלו דהוי הראשון בע"כ ממזר ולכך אינו נאמן אף אבכורה נמצא דביאור סוגיין דפליגי ר"י ורבנן אי נאמן לומר בכור הוא ס"ל לרש"י כרמב"ן דהוי הוחזק ע"י עדים, ולר' יהודה נאמן לומר שהשני בכור והראשון שנולד ראשון בע"כ ממזר מאיש אחר ואתי שפיר דברי רש"י.

אלא שבפשטות א"א לומר כן, שהרי מפורש ברש"י בקידושין במתנ' דף עח: גבי הא דלר' יהודה נאמן לומר בני זה ממזר הוא. כתב רש"י שנולד מחייבי כריתות וכן הביא התוס' ר"ד [בדף קכח: ההנ"ל] את דברי רש"י אלה ודייק מדבריו מהא דנקט שנולד ממנו אלא מחייבי כריתות, אבל לא שיאמר אשתו זינתה מאחר, שאינו עושה אותו בנו, וא"כ אינו נאמן דרך על בנו נאמן, והביא ראיה מזה דס"ל כשיטתו. וא"כ ע"כ בסוגין מיירי בדליכא עדים רק ע"י קול ודבריו הוי כתרתי דסתרי.

וביותר קשה שרש"י עצמו שם אחר שכתב דנאמן רק בממזר מחייבי כריתות כתב בתוך כדי דיבור דהא דנאמן לר' יהודה לומר על עובר שבמעיה ולומר ממזר. פ' רש"י שנולד מאיש אחר, הרי מוכח דס"ל דנאמן אף בממזר מאיש אחר וזה סותר לדבריו ממש שכתב מחייבי כריתות.

ואפש"ל דרש"י ודאי ס"ל דנאמן אף לומר ממזר מאיש אחר כדהוכיח האחרונים וכמבואר ברש"י להדיא. והא דנקט בתחילת דבריו מחייבי כריתות. אי נאמן גם לומר שהוא ממזר מאיש אחר, אפשר כמו שביאר התוס' ר' פרץ את דברי רש"י וכתב משום דכתוב במתנ' האומר בני זה ממזר הוא, א"כ ע"כ דמיירי מחייבי כריתות, דלא משכחת בנו אם הוי מאיש אחר.

[ומה שהקשה הרמב"ן דאי איתחזק ע"י קול האיך מימהן הא אין חוזר ומגיד, מתרץ הפני שלמה דלא גרסינן דהוי קרי ליה [דהיינו שאביו קראו כך ועי"ז זה יצא הקול] אלא גרס' דקרו ליה [דהיינו שהעולם קראהו כן וע"י יצא הקול] וכתב שכן הוא הגירסא בשיטה בשם הרשב"א וכן כתב התשב"ץ ס' נ"ח, ולפ"ז ניחא דאינו חוזר ומגיד אלא בא לומר בראשונה].

אמנם בדעת התוס' והרמב"ם ורו"ר ק"ל מגמ' מפורשת בהחלוץ יבמות מז. הובא בתוס' כאן שכתב דהבא לומר נתגיירתי שלא כהלכתו דנאמן על עצמו ואינו נאמן לפסול את בנו, משום שלדברך [שלא נתגייר] הוי גוי ואינו בר עדות. פ' שאין לו נאמנות משום שיכיר קאי באב על בנו ולא באחר מן השוק על אחר מן השוק. ושו"ר את דברי החוות יאיר [בשו"ת ס' צג] ונראה שכבר הקשה קושיא זו, שכתב וז"ל ואכתי איכא למידק לר' יהודה דס"ל נאמנים וכוותיה קי"ל, איך יתכן לומר דנפקא לן ממה שנאמר יכיר, דהתם ודאי מיירי בבנו שאומר שהוא בכור או בן גרושה או חלוצה. משא"כ כשאומר שאינו בנו רק מאיש אחר שממנו זינתה אשתו, ואם לדבריו אינו בנו מהיכן יבא

נאמנות של אב על בנו, שהרי א"א בשום אופן לחלק דיבורו ודמי למה שאמרו בפרק החולץ יבמות מז. לדברך אתה נכרי וכו' עכ"ד. ומבואר מדבריו דס"ל כתוס' רי"ד וכמו שמוכח בגמ' וצ"ע בדעת התוס'.

ומאיך גיסא צ"ע לדעת התוס' רי"ד, דבגמ' לקמן מובא דר' יוחנן ס"ל דהאומר בני וחזר ואמר עבדי אינו נאמן משום שאין חוזר ומגיד, ומשמע שלולי דין זה היה נאמן לומר שהוא עבדו, וכן מהאומר עבדי וחזר ואמר בני נאמן משום דאית ליה אמתלא דמשמש לו כעבד, אבל בלא האמתלא כגון שכשהיה עובר על בית המכס דאין הדרך לומר עבדי שהרי מתחייב במכס אינו נאמן לחזור. וחשבינן ליה כעבד ע"פ דברי אביו, וצ"ע דבשלמא לדעת התוס' ניחא דכי היכי דנאמן לומר אינו בנו אלא ממזר, כ"כ נאמן לומר שאינו בנו אלא עבד, אבל לדעת התוס' רי"ד שהאב נאמן רק אם לדבריו הוא בנו, א"כ האיך נאמן לומר שהוא עבד.

ובישוב דעת תוס' רי"ד כתבו הסמ"ע [ס' רעט סק"ו] ובקצות החושן [ס' רע"ז סק"ב] שצ"ל דהגמ' מיירי רק היכי דידוע לנו שהוא בנו, ומספקא לן על אימו מה היא ישראלית או שפחה, ולכך כשאביו אומר שהוא עבד נאמן, משום דהוי בנו רק דנולד משפחה ומקרי עבד, אבל שפיר קרינן ביה יכיר.

אמנם רעק"א בכותב וחותם [ס' נ"ב] הקשה על הסמ"ע וז"ל קשה לי דמה בכך דאמר עבדי שבאתי על השפחה, מ"מ כיון דלפי דבריו אינו בנו דהא ולדה כמותה. שוב לא נאמינהו כלל לענין לפוסלו בעבד, ונשאר בצ"ע וכן הקשה החוסן ישועות כאן. ובאמת שהפרישה עצמו הרגיש בזה וכתב בס' רע"ז סק"ה שאפי' שאינו מתייחס, מ"מ כיון שהוא הולידו שפיר אית ליה נאמנות דיכיר ודבריו צריכים ביאור אמאי כיון דאינו בנו.

ותו נראה להוכיח דבע"כ א"א לומר כדבריהם דמיירי בעבדו שהוא בנו שנולד מן השפחה, דא"כ אמאי שנינו דאינו נאמן לומר עבדי אחר שאמר בני, וביאר הרשב"ם בד"ה אינו נאמן וז"ל וליכא למימר אי דקרי ליה מתחילה בני משום דאובהו כבנו. דאין דרך לקרוא לעבדו בנו, וכן כתב אח"כ בד"ה וחזר ואמר בני ביתר ביאור וז"ל אבל ברישא לא שייך לפרושי הכי, דעבדו הוא כדקאמר השתא והאי דקרי ליה מעיקרא בני לפי שאובהו כבנו, דאין דרך האדון לייחס עבדו לקרותו בנו בשביל שום חיבה עכל"ק. ולפי דבריהם דהוא באמת בנו אלא דהוי ג"כ עבד משום שנולד משפחתו, א"כ ודאי שייך לקרותו בנו משום שהוא באמת בנו ואובהו כבנו וצ"ע בדבריהם.

ונראה תחילה להקדים ולבאר את יסוד מחלוקתם וע"פ זה לתרץ בעזה"י"ת הא דהקשינו לעיל בין לדעת התוס' מהגמ' ביבמות ובין הא דהוקשו הקצות החושן

¹ וכן הקשה החת"ס בשו"ת אה"ע ח"א ס' ע"ו ד"ה נחזור להנ"ל ונשאר בצ"ע אבל בחלק ב' ס' ס"ז כתב ג"כ את דברי הרמב"ן והקשה עליו כנ"ל ותירץ דגבי גר כיון דשייך שהוא גוי ובניו כשרים אם אשתו ישראלית, א"כ אפשר"ל שהוא גוי ובניו כשרים משום שלדבריו גוי אתה, אבל הכא כיון שידוע בודאי שהבנים נולדו מאשתו, איך נאמר לדברך אינם בנך ואין אתה נאמן עליהם, מ"מ כיון שנאמן על עצמו לומר שהם אינם בניו ממילא הבנים ממזרים, שא"א שהיו מאשתו ואינם בניו אם לא ע"י זנות.

והסמ"ע על התוס' רי"ד מהא דנאמן לומר עבדי הוא, ונקדים לזה דהנה ידוע חקירת ראשי הישיבות בהא דנתנה התורה נאמנות לאב לגבי בנו, אמאי נאמן האב טפי מאחר. ונתנו בזה ב' צדדים א. משום דהאב הוא רגיל לידע, ולכן סמכה התורה עליו יותר מאחרים ב. משום שבנו ממונו הוא ואדם נאמן על ממונו [וכמ"ש הרא"ש בגיטין פרק ה' סימן י"ג אות י"ד כלשונו נקרא בעליו ומהימן שכתב כן לגבי סופר שנאמן לומר על ס"ת שכתבו שלא לשמה].

ורגילים לבאר ע"פ זה את דברי הגמ' בקידושין עד ע"א בהא דשלשה נאמנים עליו חיה אמו ואביו, חיה לאלתר, אימו כל שבעה, אביו לעולם. ויש לעיין אמאי נאמנות חיה ואמו שבאביו גרידא מצינו חידוש בתורה מדכתיב כיכר שנאמן אבל אמו מנלן, וברשב"א שם כתב דאה"נ אינם נאמנות. ונאמנותם הוי רק מתק"ח שכתב גבי נאמן בעל המקח ותקנת חכמים הוא, כעין נאמנות חיה ואם. אמנם התוס' הרא"ש שם כתב וז"ל כולו ילפינן להו מדחזינן שאמינה תורה לאב להעיד על בנו ובכור אע"פ שהוא קרוב, לפי שרגיל להכיר בבנו יותר מאחר, ילפינן נמי מינה להאמין חיה לאלתר ואמו כל שבעה לפי שאין רגיל לידע אחר שהוא לשם. הרי שס"ל דנאמנות

מדאורייתא. ומשום אותו טעם דאב נאמן כצד הראשון משום שהוא רגיל לידע יותר מאחרים, אמנם הרשב"א ס"ל דאין האב נאמן רק משום שהוא ממונו, ולכך בחיה ואמו שאינם בעלים עליו הוי רק מתק"ח.

ועתה נבוא לביאור יסוד שורש מח', דאפש"ל דהתוס' סברי שנאמן האב משום שהוא רגיל לידע, ולכך מהימן אפי' היכי דאומר שאינו בנו כגון דהוי ממזר מאיש אחר, ואפ' שלדבריו אינו בנו מ"מ כיון דעד השתא היה אצלו כבנו, א"כ רגיל לידע עליו כבנו, משא"כ התוס' רי"ד ס"ל דנאמנות האב הוא משום שהוא ממונו, ולכך מהימן רק אי לדבריו הוא בנו דהוי ממונו, ואז נאמן לומר עליו ממזר הוא מחייבי כריתות וכד', אבל היכי דאינו מחזיקו כבנו שאומר שהוי ממזר מאיש אחר, אינו נאמן כיון דלדבריו אינו ממונו.

ולפי"ז נראה דאתי שפיר הא דנאמן לומר עבדי ואפי' שלפי דבריו אינו בנו אלא עבד, בשונה מהא דאינו נאמן לומר ממזר מאיש אחר כיון דלדבריו אינו בנו, שיש לומר שנאמן לומר שהוא עבד ונולד מעבד ומשפחה ולא ממנו, ומשום שהוא ממונו שעבד הוי ממון בעליו, ושפיר מהימן על ממונו, משא"כ ממזר מאיש אחר שאינו ממונו אינו נאמן.



הבה"ח אלימלך שפירא הי"ו

דף קל.

בענין אח בין האחים לריב"ב

א' בגמ' ק"ל. ר' יוחנן בן ברוקא אומר אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין ועל מי שאין ראוי ליורשו אין דבריו קיימין, פי' שאם החליט להוריש לאחד את כל הירושה אם הוא ראוי ליורשו זה חל ואם הוא לא ראוי ליורשו הירושה נשארת כמו שהיתה אלא שיכול לתת מתנות מחיים,

מבואר דס"ל שהאח אינו יורש מכוח האב דא"כ אפי' יש למוריש בנים אחרים יכול המוריש להחליט מי יירש אחריו, והד"מ (ח') חולק וס"ל דבאמת אחים יורשים על ידי משמוש ומה שכתב רש"י ומת בלא בנים ביאר הדרישה (ל"ג) דאם מת היורש בלא בנים אלא אחים שהם יורשי המוריש דיכול המוריש להחליט למי להוריש כיוון שהוא המוריש להם.

אך הקשה הרעק"א (רמב"ם פ"י מהלכות נחלות ה"ה) להב"י דס"ל שירושות אח אינו מדין משמוש, דבסוף סימן רע"ז גבי בנו של הבכור שהדין דנוטל פי' שניים כמו בכור והוסיף הטור בשם הרמב"ם דה"ה בבני אחים ובי' הב"י (כ"ד) דאם היה אח שהוא בכור אז בנו מקבל חלק הבכורה דהרי אביו בכור, ודחה שזה נחשב ראוי, ומקשה דבלאו הכי הרי אם הוא יורש מכוח אח א"כ מדוע בנו מקבל חלק בכורה הרי לירושות אח אין חלק בכורה,

ותי' הרעק"א דתלוי אם האח קיים או לא דאם הוא קיים אז הוא יורש מכוח האחוזה שבו ואז אינו יורש חלק בכור, אך אם אינו קיים אזי האב יורש דאין סיבה שהאח יירש יותר מהאב דהרי שניהם בקבר, ולפיכך בכור נוטל חלק הבכורה דלמעשה אבי אביו יורש והוא מוריש

וצ"ל מה יהיה הדין בירושות אח, האם יכול להחליט על אח בין האחים שיירש אותו

ועיין ברי"ף לקמן קלא: שכותב דאפי' באח בין באחים יכול להוריש וכ"ה ברמב"ן וברשב"א שם וכן פסק הרמב"ם פ"ו מהלכות נחלות ה"ה ובשו"ע סימן רפ"א סעיף א'

וכתב רעק"א (הערות שו"ע) דמזה מוכח שירושות אח הוא לא ע"י משמוש פי' שהאב יורש ומוריש לבן אלא שהאח יורש את אחיו, דאם הוא יורש מהאב א"כ אינו נחשב ראוי ליורשו, דאב נחשב ראוי לירש ולא אח, ולפ"ז בני בנים דבאים מכח משמוש אינו יכול להוריש לאחד מהם (ועיין בגמ' לקמן קנ"ט. מכח אבוב דאבא קא אתינא).

ובאמת דזהו מחלוקת הבית יוסף והדרכי משה בסימן רנג גבי העברת ירושה, שאם אחד אמר על בנו שיירש אותו ואם ימות בלא יורשים שאחר יירש דבריו קיימין וביאר רש"י דדוקא אם המוריש אין לו בנים אחרים וביאר הב"י (ל"ג) דאם יש לו (למוריש) בנים אחרים הרי הם יורשים מכוח האחוזה ונחשב כאילו יש לו (לבן) יורשים שאין הפסק, אבל אם זה רק אחי המוריש כיוון שיורשים על ידי המוריש הרי שיכול להחליט מי יירש אותו,

לאביו [אך חלק זה נחשב ראוי ולפיכך אינו נוטל חלק הבכורה],

כל מי שיורש ואפילו בני בנים ואפילו אחי האב יכול להוריש לריב"ב.

אך קשה דהרמב"ן על התורה (במדבר כ"ז ט') ס"ל דירושית אח הוא רק משום משמוש וז"ל "ועוד כי הירושה היא בשלשלת הזרע ביוצאי חלציו לא בצדדין, א"כ ונתתם את נחלתו לאחיו משמע נחלה שהאב יורש בקבר וממנו תבוא לאחיו" עכ"ל, הרי מבואר שרק האב יכול לירש ולא האח ואם כן איך יכול להוריש לאח בין האחים לריב"ב,

ועוד הקשה רבי עקיבא איגר (שו"ת קמא תשובה קל"ב) דתוס' לעיל ק"ח: ד"ה יכול יהיה קודם לבן, מקשה מדוע צריך את הפסוק ונתתם את נחלתו לאחיו הרי הפסוק "וזרע אין לו - עיין עליו" מקויים גם על האח ואם כן אחיו ירש מדין משמוש ולמאי צריך את הפסוק בזה ועיין שם מה שתי', אך לפי מה שביארנו קשה הרי יש נפק"מ לאח בין האחים דאם זה משמוש אינו יכול להחליט ואם זה משום אח יכול להחליט,

ותירץ הקצוה"ח (רפ"א ב') והנתיבות (שם א') דהדין של ריב"ב הוא למי שיורש אותו באמת ולא מישהו שמקבל מתנה ולפיכך כיוון שהאח יורש ואפילו על ידי משמוש, אך כיוון שעכשיו הירושה עוברת לאח יכול להחליט מי יירש אותו, וצ"ב איך זה חל לפי כללי התורה, ולפ"ז

ובקובץ שיעורים תירץ באופן אחר, ובהקדם מקשה עוד איך יש לאב כוח בקבר לזכות הרי אין לו יד¹, ומבאר דתלוי בגדר משמוש, די ש לחקור מהו משמוש או דהאב יורש בקבר והוא מוריש לבנו וכמו שביארנו לעיל או שהאב צריך ליורשו ואינו יכול לירש בא הבן ונכנס במקום אביו פי' לא שהבן יורש עכשיו לגמרי כל זכות הירושה שהיה לאביו אלא שאביו רוצה לירש וכיוון שהוא בקבר אין לו יד ולכן בא בנו ונותן יד עם אביו וכך יכול האב לירש, אך עדיין האב מחזיק זאת [ואינו כמו כל בעל חוב שחייב לאב כסף דכל החוב נחשב כאילו הוא חייב לבן אלא הכסף כאן נחשב בחזקת האב אלא שאינו יכול להחזיק לבד אז הבן נותן לו את ידו כדי שיוכל להחזיק בזה ובאמת אם אביו חייב חוב לאחרים אולי יוכלו לירש מכסף זה כיוון שזה שייך לאב] (ועיין שו"ת רע"א, קמא קל"ח), ונקט כצד האחרון ומכח עוד ראיות².

אמנם לצד זה יש לברר מה כוחו להנחיל לא' מן האחים, שהם בני האב ויורשים מכוח אחד והם כולם במקום האב, ומה שייך ליתן לאחד יותר.

¹ ועיין מחנ"א (זכיה ומתנה ל"א) דכתב שרש"י (גיטין י"ד: ד"ה הא דליתיה למקבל) משמע שיש זכיה למת בקבר דכתב גבי שכי"מ שאמר הולך לפלוני שאם השני מת לא קנה ויחזור ליורשי המשלח דהוי זכיה בטעות, ומזה שלא כתב משום שאין מת קונה משמע שיש קניין למת, אך הרמב"ם (זכיה ומתנה י"ב) והטור (חומ"מ קכ"ה) פירשו שזהו משום שאין זכיה למת ועיין קצוה"ח (קכ"ה ה') מה שביאר ברש"י ודו"ק ואכמ"ל.

² והוכיח זאת, א. מתוס' (קטו. ד"ה בן הבן) שכתב דמה שבן בנו פוטר מיבום לומדים מנחלה, ואם גדר משמוש הוא שהאב יורש ומוריש לבנו איך אפשר ללמוד מזה ליבום, אבל אם בנחלה השלישי נותן יד לשני הרי זה כאילו נכנס במקומו ופוטר גם ביבום.

ב. בגמ' קי"ג: מקיש ירושה שניה לירושה ראשונה לענין שהבן קודם לבת, ואם הבן יורש ומוריש לבנו א"כ מדוע שיהיה אחרת, אבל אם השלישי נותן יד לשני אולי כיון שגם הבנות יכולות לתת יד לרשו ביחד.

ר' יבון שמערתא בבא בתרא

ונראה דיש לחקור בגדר ירושת הבנים האם לכל אחד יש זכות ירושה בפני עצמו וכיוון שיש כמה זכויות ירושה אזי יש להם דין שותפים ומתחלקים ואם יש יותר בנים יש יותר זכויות ירושה, או שיש רק זכות ירושה אחת שמתחלקת בין כולם ואם יש יותר בנים יש אותה זכות ירושה אלא שהיא מתחלקת ליותר בנים, ור' חיים על הרמב"ם (הלכות שכנים ב' י"א) נקט כצד השני שיש זכות ירושה אחד שמתחלק בין כולם,

ולפ"ז מובן דהחידוש דריב"ב הוא שאפי' שיש זכות ירושה אחד שמתחלק בין כולם יכול לבחור שרק אחד יהיה לו את זכות הירושה כיוון שזכות הירושה בא מכוחו, ואם כן גם באחים יש זכות ירושה אחד לאביהם

שמתחלק ביניהם כיוון שהם עוזרים לאב לירש א"כ זכות הירושה שמגיע ממנו מתחלק לאחים שמסייעים לאב, ולפיכך יכול להחליט למי יהיה את זכות הירושה שמגיע ממנו,

ולפ"ז ה"ה בבני בנים כיוון שבני הבנים מסייעים לאביהם אז זכות הירושה שיש לאביהם מתחלק לבני הבנים ויכול לבחור למי לתת את זכות הירושה, אך באחי אבי האב א"א לומר שמסייעים לאב אלא לאבי האב והוא מסייע לאב, וכיוון שאחיו (של אבי האב) מסייעים לו יש לו כבר יד, וא"כ אבי האב שיש לו כבר יד מכוח אחיו יכול לסייע לבנו (האב) ועכשיו זו רק יד אחת ולפיכך אחי אבי אביו אינם נחשבים לראוי ליורשו.



הבה"ח יחיאל מיכל דאץ הי"ו

דף קל.

הנחלת ר' יוחנן בן ברוקה יסודו וביאורו

מצינו במתני' שיטת ריב"ב דיד הנפטר להנחיל לכל הראוי ליורשו ע"כ. לכאורה צריך להקדים מושג הנחלה שעצם הדבר הוא בהנחלת הארץ לשבטי ק-ה פרט לשבט לוי דכתיב 'והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה...' וכן מדכתיב למען יירשו בני ישראל איש נחלת אבותיו, ועל האב להנחיל לבנו קרקעותיו ומזה למדנו המושג של ירושה.

ירושת האב, בכור, עובר, וכו' ומצינו ציור של דוד המנחיל לבן אחיו שבזה יסובב נדונינו.

השיטות:

שדין הנחלה דריב"ב זה מחודש דריב"ב סובר שדין ההנחלה יכול להוריש לכל מי שירצה דהיינו לכל קרוב הראוי לכך ולכן יכול להנחיל לבן אחיו בלא כח אביו אלא דרך ישיר לאחיינו ולא מכח משמוש כלל אלא מכח שאחיינו יורש נכסיו ויש לו כח בנכסים.

התמיה:

ולכאורה צריך לדון א. מ"ש אם בן אחיו יורש מכח משמוש מכח הסב או אם יורש מכח ישיר מדודו סו"ס יש לו נכסי דודו ויכול לעשות בזה כרצונו, ב. דאם זה מכח ישיר כשיטת הרא"ש ועימיה מ"ש שכיב מרע או בריא סו"ס מזכה לו נכסיו, ג. יש לברר מהו גדר הירושה והנפק"מ לדינא בין השיטות:

המהלך:

ולכאורה צריך לקבוע מהלך השיטות וגידריהם בין שיטות הרא"ש – ורמב"ם ועימיה שבשיטת הרא"ש מובן לנו מאוד שזה זכיהדיג'ע הנחלה דהיינו שריב"ב מחדש לנו שיש כאן דין זכיה בנכסים לראוי ליורשו מכח זכיה בירושה. וריב"ב מחדש חידוש עצום וגדר אחר בענין הירושה, שיביא מכח זכיה.

רבנן סברי שדין ירושה שייך לבניו ובכור האב מקבל פי שניים ופשוט מקבל כפי גדלו, חלקושיטת ר' יוחנן ב"ב שבא ומחדש שעצם דין ההנחלה וירושה זה בכח המוריש ליורשיו ולכן יש בכחו להוריש לכל מי שירצה פרט על הראוי ליורשו ז' קרובים ובזה נתמקד עניינינו מאיזה כח מנחיל, ומה מנחיל.

א. יסוד ושורש כח ההנחלה

שיטת הרמב"ם – הדרכי משה – הקצו"ת ועימיה. שגם הנחלה דריב"ב הוי מדין משמוש ולכן אם הנחיל לבן אחיו יש בזה דין משמוש דהיינו שזה בא מכח הסב דהיינו אבי אביו ואבי הנפטר מדין משמוש שעובר אליו מדין הנחלה בקבר, וריב"ב מחדש ששיך ירושה בהחלטה חלקית של המוריש אבל עדיין שייך בכח מחודש אפשרות של ירושה לראוי ליורשו.

שיטת הרא"ש הבית יוסף, הגרעק"א ונתיבה"מ:

ליבון שמערתתא בבא בתרא

והרמב"ם ועימיה סברי:

שהירושה דריב"ב אינה מחודשת לגמרי אלא הוא כשאר ירושות בהנחלת התורה ולכן ריב"ב מחדש חידוש בהוספה ז' הקרובים אבל מאותו כח תורדיג'ע הנחלת הירושות בדור ודור אבל קיים מעגל רחב של המורשים ולכן הירושה עדיין מכח קנין בירושה ובן האח מוריש מכח משמוש בכח קנין ולכן אין כאן שינוי הנחלה אלא כפשוטו אבל במעגל רחב. ולכן לפ"ז יבואר הקושיות והתמיהות כסדרם.

מחלוקת הראשונים ביסוד הנחלה דריב"ב:

א. הקושיא מ"ש אם יורש מכח ישיר מדודו או מכח משמוש סו"ס יש לו זכיה וירושת הקרקע ונ"ל ע"פ המהלך שהרמב"ם ועימיה סברי שמכח משמוש דהיינו שאין בכח ריב"ב לחדש ולשנות דין הנחלה בעקרו אלא להרחיבו למעגל משפחת המוריש/הנפטר.

ולכן ע"פ מה שיסדנו שמכח משמוש זה מכח קנין ולכן יש בזה כמה נפק"מ לדינא

1. באופן שעל אח הנפטר יש בע"ח. ולכן אף לומדים שדין הירושה וההנחלה ע"י משמוש דהיינו שעובר בקבר ע"י סב ואב א"כ יש בכח הבע"ח לתבוע ממון ההנחלה, אבל על הצד שזה מכח זכיה ישירה א"כ אין לבע"ח כלל

וכל אפשרות לתבוע הממון דכל הממון שלו מכח זכיה.

2. האם קיימת כאן זכיה על דשלב"ל א"כ הנתייה"מ מפרש שלפום שיטתייהו ע"פ מחלוקת ומהלך זה יובן אם נלמד מכח קנין א"כ שייך הדין הנחלת התורה על דבר שלא בא לעולם דיש כאן כח הנחלה ולפי המהלך שזה מכח זכיה א"כ בכזה"ג הנחלה זו לא קיימת על דשלב"ל.

3. ועוד נפק"מ לדיני האם שייך הנחלת ריב"ב כלפי עובר שבזה דמי בגמ' ב"ב ונחלקו הראשונים הר"ן והרא"ש שלשיטת הר"ן יש דין הנחלה לעובר ולרא"ש אין דין הנחלה לעובר ולכן ע"פ המהלך יובן שלשיטת הר"ן זה מדין הנחלה גמורה ולכן אף בעובר שייך הירושה ולכן העובר יורש.

ולשיטת הרא"ש ההנחלה מדין זכיה ולכן לא שייך זכיה לעובר.

4. וכן לגבי שכ"מ ובריא שאע"פ שנחלקו הראשונים אם פשטי האיבעיא אבל בדרך אפשר נסביר צדדי איבעיא דרבא שלפי צד קנין א"כ דווקא שכ"מ כה"ג יועיל אבל בריא לא אבל מצד זכיה ל"ש בריא או שכ"מ סו"ס זכיה שייכת אף בבריא והבן.



הבה"ח שלמה לואיס הי"ו

דף קלא:

בגדר אפוטרופוס דסוגיין

בגמ' אמר רבי יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא. פשיטא בנו הגדול לא עשאו אלא אפוטרופוס וכו' ע"כ. מבואר בסוגיין שהכותב כל נכסיו לאשתו לא עשה אותה אלא אפוטרופוס ואפי' שלא כתב כך הולכין בתר אומדן דעתו ואפי' שאי"ז כמו שכתוב בשטר זהו חד מתלת דברים שהולכין בתר אומדן דעת ולא בתר מאי דכתיב בשטר. והיינו משום דאין אדם מניח בניו ונותן הכל לאשתו אלא לא נתכוון אלא לעשותה אפוטרופוס.

הדבר ויהא לה יותר כבוד. ושיטת הר"י מיגש הוא דל"ש כתיבה ול"ש אמירה היכא דבכתב ה"ה דהוי אפוטרופוס א"כ ג"כ באמר וכן להיפך ומ"מ לא משמע מדבריו כלל דהשטר שכתב עושה קנין.

ב. עוד נחלקו הראשונים לפי המח' דלעיל האם מהני בוחר דהיינו שיברר לכך או לכך היתה כונתי האם מהני דהא כל הטעם דאמרינן שהוי אפוטרופוס הוא רק משום דלא מסתבר שרוצה לתת מתנה אבל היכא דבירר מהני מתנתו או דלמא כיון דהוי הלכתא בלא טעמא אפי' פי' מ"מ אם אמר לשון מתנה הוי אפוטרופוס.

שיטת הר"ף (עפ"י פשיטות דברי הרשב"א בדעת הראב"ד יל"פ הכי, וע"ש) דאם כתב אפי' בירר שרוצה לשם מתנה לא מהני. שיטת הר"י מיגש שאי"ז תלוי אלא בירר ואם בירר מהני ול"ש כתב ול"ש אמר כדלעיל. שיטת הראב"ד הוא דתלי בין כתיבה לאמירה והיינו דאם אמר לשון מתנה אומרים שהוי מתנה דכיון שלא בירר אמרינן למתנה נכוין אבל כתב מתנה אמרינן שלאפוטרופוסות נתכוין משום דכיון דכבר טרח ועשה שטר היה לו לבאר כל

ויש לבאר, א' – איך מהני מה שממנה אפוטרופוס קודם מיתה לגבי אחר מיתה הא כיון שמת נפקעו כל זכויותיו ואיך מהני על אחרי מיתה. ב' – יש לעיין מהו כוחו דאפי' א"נ דמהני אחרי מיתה מהו גדר כוחו ואיזה בעלות או כח יש לו בממון זה והמסתעף לענינים אלו.

א. נחלקו הראשונים שיטת הר"ף הוא דכיון דהלכה זו היא הלכתא בלא טעמא (כדמבואר בגמ') א"כ אין לנו אלא חידושו ולכך דווקא הכותב הוא דאם כתב מתנה מפרשינן ירושה אבל אומר אזלינן בתר מה דאמר ולא אזלינן בתר אומד דעתינו דבכל התורה אין הולכים בתר אומד דעתינו וא"כ אם לא אמר ירושה אין אנו אומרים ירושה.

והנה לכאורה יש לבאר באומר כל נכסי איך קני הא ליכא קנין ומבואר מדברי הראשונים דשטר זה אינו לקנין [ואין לומר דבשכ"מ איירי דהא גמ' בעי לקמן בברייתא האיך לפשוט לפ"ז דהא התם בעינן קנין] אלא תוספת לקנין וכדמבואר בעדר"י וז"ל הילכך דוקא בכותב תליא דלאחשביה קא בעי דשטרא "קלא אית ליה". ע"כ הרי שמטרת השטר הוא ראייה שלכבדה רוצה ולכן כתב שטר שע"ז יתפרסם

צרכו מאי כונתו ואם לא בירר מסתמא לאפוטרופוס נתכוין ודוקא באומר שרואים שאין לו כח לבאר דיבורו אמרינן דלמתנה נתכוין.

ג. ועוד נחלקו הראשונים לגבי הלשון דאיירי בגמ' הרשב"ם בד"ה כותב כל נכסיו לאשתו כתב וז"ל בלשון מתנה עכ"ל. דאיירי בכותב לשון מתנה ומ"מ אמרינן דהוי אפוטרופוס והרמ"ה (קמה) כתב וז"ל ודוקא היכא דאמר נכסי לך או לפלוני בני או לאשתי ל"ש בכותב ול"ש באומר דלא מוכחא מילתא אי לשם הקנאה גמורה איכוון ואי לשם אפטרופוסתא קא מכוין וכו' אבל היכא דפרישי בהדיא לשון ירושה או לשון מתנה אפי' בנו ואשתו נמי קנו ע"כ והיינו דלהרמה כ"ז דאיירי בה הגמ' הכי הוא רק משום דלא פירש אבל כתב לשון מתנה גם בנו ואשתו קונים והוי מתנה.

ד. ברמ"א סי' ר"צ סקכ"ו כתב וז"ל הגה מי שמינה אפוטרופוס לבניו הגדולים יכולים לומר אין אנו צריכים אפוטרופוס אלא א"כ יש בו משום מצוה לקיים דברי המת. עכ"ל ובאה"ע סי' ק"ז כתבו ע"ז ח"מ וב"ש שדין זה שהכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס ל"ק על דין זה שכתב הרמ"א שיכולים בנים גדולים למאן ע"ז משום דמ"מ כ"ז שלא אמרו שאינם רוצים באפוטרופוס זה הרי הם תחתיו אבל אחרי שמיאנו אינם תחתיו, ובבית מאיר כתב ע"ז דלא דמי כלל ד"ז דהכותב כל נכסיו לאשתו לדין דבנים גדולים יכולים למאן משום דהדין דיכולים למאן איירי בסתם אפטרופוס שב"ד ממנים שכל מטרתו הוא בשביל טובת היתומים ולכן היכא דאמרו כשהם גדולים

שאינם חפצים בטובה מתבטל האפוטרופוס אבל הדין שהכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס הוא דין באפוטרופוס שעשה האב שמטרתו היה כדי שיכבדו את האישה ולכן אין זה תלוי בהם זה שיכולים למאן דהא כל מטרתו הוא לטובת האישה והוי ככל מתנה שיכול אדם לתת מתנה מחפצו ואי נימא דיוכלו לבטל את האפוטרופוסות היכא תתקיים מתנתו [וכמ"כ באגר"מ אה"ע סי' ק"י ושם הוסיף שאי"ז שנותן לה את כל החפץ אלא הוי מתנה שנותן לה חפץ אחד מזכויותיו שיש לו בממון זה].

ה. ולכאורה יל"ע במש"כ א' דהא לכאורה ד"ז שאדם יכול למכור ולתת חפציו וגם זכותו זה דווקא זכות שהוא תחת בעלותו דהיינו שיש דברים שיש לאדם שהם מדין בעלות ויש דברים שיש לו משום זכות שיש לו בעלות דהיינו שלא שזו היה בעלתו אלא הדין הוא דמי שיש לו בעלות יש לו ג"כ ד"ז אבל לא שיש לו בעלות וכמ"כ נמי הכי גבי אפוטרופוס אא"פ למכור ד"ז משום שאפוטרופוס אינה בעלות אלא הוא תוצאה של בעלות דכל מי דשייך לו ממון ומת לפני מיתה יכול למנות אפוטרופוס ואי"ז תלוי כלל בחלק הבעלות של האדם אלא הוי דין במי שנוטה למות או אחרי מיתה ואי"ז חלק מבעלותו אלא הוא הדין במי שיש לו בעלות שאח"כ אפשר למנות אפוטרופוס וא"כ ע"ז דבר ששייך למוכרו שהרי אין לו בעלות ע"ז וא"כ איך שייך קנין.

ב' ועוד צ"ע מש"כ דהכי שאני משום שעשה זאת לכבודה וא"כ אין הם יכולים לבטלה שהרי כל דין ביטול הוא משום שזהו טובתם

והרי אינו לטובתם ולכאורה איך שייך לומר שאי"ז לטובתם וכי נימא דכל הדינים המבוארים בגיטין בהנזקין באפוטרופוס אינם הכי אלא ודאי דאף כאן האפוטרופוס הוא לטובתם אלא דהגמ' כתב דלא עשה זאת לטובתם אלא לטובתה עשה זאת ומ"מ נעשה טובתם ולפ"ז מדוע לא יוכלו למאן וכמו שכתב הב"ש דאע"פ שלא נתן זאת אלא לטובתה מ"מ ה"ז טובתם דהיינו שעשה טובתם אם רווח צדדי של לכבדה וא"כ הדין הוא שיוכלו למאן ולומר שאינם רוצים בטובה זאת שהרי הוא טובתם ואינם חפצים בטובה זו ואפילו שטובה זו נעשית בעוד מטרה מ"מ אינם חפצים ואיך שייך לכפות אותם לקבל טובה זאת.

וגם מש"כ שלא תתבטל מתנתו משום דא"כ היכא תתקיים דמה בכך דאח"כ תתבטל הוא כיון שהיה רגע אחד שלא ביטלו הרי נתקיימה מתנתו ומה בכך שאח"כ נתבטל מדוע בעינן שתתקיים מתנתו לצמיתות ומי גרע מכל מתנה דאח"כ נגנב או נאבד דאמרינן שהיה ועכשיו איננו ה"נ נימא דהיה ועכשיו אינו.

ועוד צ"ע דלעיל הבאנו מח' הראשונים האם רק בכותב או ג"כ באומר דהרי"ף כתב שדוקא כתב אבל לא אמר ולכאורה אם דין אפוטרופוס דהכי הוא דין כמו שאר מתנות שאדם יכול לתת אין שייך דהוי באמריה הא בעינן קנין ומי עדיף משאר מתנות שנותן שצריך קנין וה"נ ניבעי קנין ואם מצינו מח' אי מהני באמירה ע"כ משום שע"ז דין במתנה אלא במיני אפוטרופוס.

ועוד צ"ע להב"מ מהו גדר הבעלות שיש לו לאפוטרופוס וכי נימא שיוכל למכור את מתנתו שקיבל וצ"ע.

ו. ולענ"ד נ"ל בביאור בביאור הסוגיא באופן אחר ויש להקדים דבגמ' ב"מ דף לט. מבואר אפוטרופא לדיקנני לא מוקמינן וכתב רש"י וז"ל אין ב"ד טורחין לבקש אפוטרופוס לאנשים גדולים שנתמלא זקנם לפי שלא יצאו וכו' ע"כ והיינו משום שלא ימצאו דהיינו שבאמת היינו עושים אפוטרופוס גם לגדולים אלא דמשום שלא ימצאו אין ב"ד טורחים למצוא שדוקא יתומים קטנים ימצאו.

והנה ברמ"ה כתב שזהו ענין של שליחות ולכאורה אם הוי דין של מתנה וזכיה איך שייך לומר שליחות הא ענין נפרד הוא אחד מהשני. ונ"ל בביאור הסוגיא שהנה יורש ע"פ פשוטו אפש"ל שהוא כוח חדש שיורש את מה שהיה בבעלות אביו ולפ"ז יוקשה כמה ענינים ונראה דיורש הוא המשך רשותו של אב דהיינו שרשות האב מתחלק לפי כמות הבנים שבן היורש את אביו ממשיך את רשותו של אב ואינו כמי שקיבל מתנה שהממון נכנס לרשות אחר אלא הוי כמי שנכנס תחת אביו אלא דאחרי חלוקה בין הבנים נעשה הממון שלהם מכח האב.

ולפ"ז נראה לבאר את סוגיין דהח"מ כתב וז"ל ואפשר דמ"מ כ"ז שלא חלקו צריכין לקבל אותה לאפוטרופוס והיינו דהא דמבואר ברמ"א דבנים גדולים יכולים למאן ולומר שאינם רוצים אפוטרופוס ויש שרצו לומר דאיירי בהגדילו דהא לגדולים אין עושים אפוטרופוס לפמש"כ א"צ לזה משום דמבואר

ברש"י המפקיד לט. דעושין דהיינו דאפשר להוקים את הגמ' בהגדילו ומ"מ א"צ לזה דהא כ"ז שאין עושים הוא משום שלא ימצאו אבל במעשה דידן שמינה האב דהיינו במעשה שמצאו עושין אפוטרופוס והח"מ הוסיף שכ"ז שלא חלקו צריכים לקבל אותה לאפוטרופוס ולכאורה מדוע תלוי בהחלוקה הרי אם לא מיאנו הוי גם לאחר חלוקה וכיון שמיאנו גם לפני חלוקה אינה אפוטרופוס.

ונראה לפרש לפמש"כ והוא דכיון דדין יורש הוא שממשיך את רשות האב שהיה כאן א"כ כמו שפשוט שבחיי האב יכול הוא למנות אפוטרופוס ויהא שלוחו של האב לחלק א"כ כ"ז שהאב נמצא עדיין יכול להיות שלוחתו ולכן דוקא קודם שחלקו אז אינם יכולים למאן היינו משום דכ"ז שלא חלקו הרי הם המשך רשותו של אביהם, אבל אחרי שחלקו נעשה ממונם ככל ממונם ולכן אח"כ יכולים לומר שאינם רוצים כדין של גדול שיכול לומר שאינו רוצה אפוטרופוס אבל כ"ז שלא חלקו הרי הם עדיין ממשיכים את רשות האב ולכן אם מינה האב שליח קודם חיו שכל כוחו הוא בשביל אז נמשך הדבר אף לאחר מיתה דאף דדברים

אחרים נפקעים זהו דוקא דבריו ששייכים או לעצמותו של אב לאפוקי רשות האב או דוקא דברים שהם שייכים להאב בחייו לאפוקי רשות האב שאינו שייך למיתה או לחיים.

וכ"ז דוקא קודם חלוקה שהוא דין ממון של רשות האב משא"כ אחרי חלוקה שהוא ממון שבא לו מרשות האב ואינו ברשות האב אז דינם ככל בנים גדולים שיכולים למאן ולפ"ז זה שאינם יכולים למאן לפני חלוקה הוי דין בהממון של הירושה.

ולפ"ז מה שכותב אינו לקנין אלא למינוי וזה שכותב היינו כדמבואר בראשונים משום שע"י שכותב שטר אית ליה קלא ויש לזה יותר פרסום ויש לה יותר כבוד. ולכן ל"ק איך אפשר ע"י אמירה הרי אין קנין דהא לא בעינן קנין ולכן אי לאו דהוי הלכתא בלא טעמא לכו"ע היה מהני אמירה. וג"כ ניחא דהב"מ תלה דבריו במח' הראשונים שנחלקו האם שייך קנין באפוטרופוס דהרשב"א כתב דאין קנין ולכאורה אי איירי דוקא בקנין איך אפשר דפליגי האם שייך כלל קנין ולפמש"כ ניחא דפליגי דאע"פ דא"צ קנין מ"מ האם שייך או לא שייך דאפשר דאין על מה לעשות קנין.



הבה"ח מאיר ברש"ז שטיינברג הי"ו

דף קלה.

ביאור דברי הגמ' אם הקלנו בשבויה נקל באשת איש

איתא בגמ' אדם שמת בלא בנים והיה מוחזק לן שאין לו אחין אבל יש שמועה שיש עדים במדה"י שידועים שיש לו אחין, ואמר רב יוסף שכיון שעכשיו אינם לפנינו היא מותרת לשוק ומוסיף רב יוסף לאו היינו דרב חנינא שאמר לגביה בנתייה דמר שמואל שנשבו והיה שמועה שיש עדים שנטמאו שלא חיישנן לשמועה ודוחה אביי אם הקלנו בשבויה נקל באשת איש, ומבאר הרשב"ם בד"ה נקל באשת איש "דאיכא איסור חנק".

ועוד צ"ע מדוע המפרשים מקשים רק על הרשב"ם ולא על הגמ' שהרי בדברי הגמ' גם כתוב אשת איש.

ומתרץ הב"ח על הרשב"ם שכיון שבחיי בעלה היתה בחזקת איסור חנק של אשת איש היא נשארת בחזקת איסור חנק, לא חנק ממש אלא איסור חנק עד שתפטר מזיקת היבום, וכן כתב המהרש"ל.

ואפשר לבאר דבריו ע"פ החקירה של האתון דאורייתא מהו גדר איסור יבמה לשוק, האם זה מחמת שנשאר אישות של הבעל הראשון או מחמת הזיקה ליבם ומביא ראייה מהרשב"ם והב"ח שהאיסור הוא מחמת הבעל הראשון שהוא גורם שתהיה בחזקת איסור אשת איש עד שתפקע הזיקה, ולפי"ז מבואר דברי הרשב"ם שכתב שאי אפשר להקל באיסור יבמה לשוק כיון דנשאר חומר איסור חנק, וכך מתורץ גם תוס' ביומא.

אבל מהתור"ד לא מוכח שאומרים כחידוש הנ"ל כיון שאפשר לבאר שיטתו באופן אחר, שיש מח' רש"י ותוס' בביצה דף כה. על הגמ' שכתוב שכשיש בהמה ספק שחוטה היא

ומקשים הב"ח ורעק"א הרי כאן מיירי באיסור יבמה לשוק ויבמה לשוק אינה באיסור חנק אלא בלאו ורעק"א מקשה כך גם על תוס' ביומא דף נה: ד"ה דתנן, שאומרת שם הגמ' שלא היה קרן בביהמ"ק להכניס הכסף של החייבים קרבן חטאת אלא של הנדבות, ומבארת הגמ' שזה משום שחוששין שמא בעל הקרבן מת. ומקשה הגמ' שיש משנה שהשולח חטאתו ממדה"י מקריבין אותו בחזקת שהוא קיים, ומקשה ע"ז תוס' שבגיטין מבואר שאדם ששלח גיטו ממדה"י אם הגיע לגבורות אין נותנים הגט לאשתו שחוששין שמא מת, ומתרץ תוס' בתירוץ השני שהחשש זה רק בגט משום חומר אשת איש שאולי כבר מת וחייבת בחליצה אבל בקרבן אין חוששין. ורואים בפירוש בדברי תוס' שמדבר על איסור יבמה לשוק וקורא לזה חומר אשת איש.

וכמו"כ אפשר להקשות על התור"ד שאומר שאשה בחזקת איסור לעולם עומדת עד שיתברר שאין לו אחין במותו, איזה חזקת איסור יש לה והרי איסור אשת איש כבר פקע.

חזקת היתר לשוק אם ימות, אי אפשר לאסור מספק.

ולכאורה לא מובן קושיית רבינו יונה שאפשר לומר שרק בצרת ערוה אומרת הגמ' שהיא בחזקת היתר משום שמתחילה היתה וודאי בחזקת היתר משא"כ בסוגיין הרי נתברר למפרע שאף פעם לא היתה בחזקת היתר ותמיד היה ספק.

ואפשר לבאר שרבינו יונה סבר שכיון שהיתה בחזקת היתר שהיה קול שהיא מותרת זה נקרא חזקת היתר מעיקרא ולכן הקשה שצריכה להיות מותרת גם עכשיו, וזה משמע מדברי הרבינו יונה שאומר שאם רק לאחר מיתה יצתה השמועה שיש עדים שיש לו אחין היא נשאת מותרת לשוק כיון שכשמת בעלה כבר נפקע איסור אשת איש ורואים שסבר שתמיד היתה בחזקת היתר ולא אומרים שנתברר למפרע שהיה ספק.

והתור"ד אפשר לבאר שלא קשה קושיית רבינו יונה עליו, שסבר שכיון שנתברר למפרע שתמיד היה ספק א"כ מעולם לא היתה בחזקת היתר לשוק אלא אדרבה היא היתה בחזקת אשת איש וזה ממשיך לאיסור יבמה לשוק דכיון שאף פעם לא היתה בחזקת היתר וכיון שיש ספק אומרים שיש לה חזקת איסור אשת איש ומחזיקין מאיסור אשת איש לאיסור יבמה לשוק ולכן יש לה חזקת איסור.

בחזקת איסור והיא אסורה ומבאר רש"י שזה חזקת איסור אבר מן החי. ומקשה עליו תוס' שכשמתה כבר אין איסור אבר מן החי. ומתריך שיש איסור של אינה זבוחה ואיסור זה יש גם מחיים וגם לאחר מיתה ולכן היא בחזקת איסור. ומוכח מרש"י שסובר שמחזיקין מאיסור לאיסור שזה עובר מחזקת איסור של אבר מן החי לחזקת איסור של נבילה, ולפי"ז אפשר לבאר התור"ד שלא סבר שיש חומר אשת איש אלא חזקת איסור אשת איש כיון שאינו אומר בפירוש חומר או חנק וכונתו דמחזיקין מאיסור לאיסור והיינו דמחזיקין מאיסור אשת איש לאיסור יבמה לשוק ואין לה החומר של אשת איש אלא שעובר החזקת איסור.

ולפי"ז ניחא דברי הגמ' גם לולא חידוש הרשב"ם, כיון שאפשר לומר שהגמ' התכוונה במילים אשת איש שיש לה חזקת איסור מהבעל הקודם וזה נמשך לאיסור של יבמה לשוק ולכן קוראים לזה אשת איש.

והנה הרבינו יונה מביא הפשט של התור"ד שמחזיקין מאיסור לאיסור ומקשה ע"ז מגמ' ביבמות דף ל': שהגמ' אומרת שבצרת ערוה שיש ספק אם קבלה הערוה גט, שאם קבלה גט הצרה חייבת ביבום ואם לא קיבלה היא מותרת לשוק ואומר רבה שהיא בחזקת היתר ומותרת לשוק שכיון שבחיי בעלה היה לה



**הערות
על
המסכתא
מחברי
הישיבה**



הבה"ח אהרן זאב הלוי סגל הי"ו והבה"ח אהרן מרק הי"ו

דף יז.

תנן ריש לא יחפור: לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חבירו ולא שיח ולא מערה ולא אמת המים ולא נברכת הכובסין אלא אם כן הרחיק מכותל חבירו שלושה טפחים וסד בסיד. ע"כ לשון המשנה. וכתבו התוס' דהא דנקט שיח ומערה היינו משום דבכל מקום שכותב בור כותב גם שיח ומערה, והא דכתבו בין אמת המים ובין נברכת הכובסין ביארו בגמ' משום דלכ"א יש קולא אמת המים לא קווי וקיימא ונברכת הכובסין לא קביעא, והקשו התוס' דעדיין לא פירשו בגמ' מדוע לא תנן רק בור ונשמע מיניה אמת המים ונברכת הכובסין.

וצ"ע טובא בדברי התוס', דהא ודאי לא הוה שמעינן אמת המים ונברכת הכובסין מבור דבור גם קווי וקיימי וגם קבוע וא"כ מהיכ"ת אמת המים דלא קווי וקיימי ונברכת הכובסין דלא קביעי.

והנה תירצו התוס' דאי תנא בור הו"א דבור דעמוק טפי בעי' ג' טפחים אבל באמה ונברכת דלא עמיקי כולי האי לא בעי' ג"ט, ואי תני אמה ונברכת הו"א דבהא סגי בג"ט אבל בבור דעמוק טפי בעי' יותר, והקשה המהר"ם אמאי לא עבדי התוס' צריכותא כמו הגמ' לקמן, דאי תנא בור הו"א דוקא בור בעי' ג"ט דקווי וקיימא וקביעא אך נברכת ואמה דלא קווי וקיימי או לא קביעי לא בעי' ג"ט, ואי תנא אמה ונברכת הו"א התם בעי' ג"ט דלא קווי וקיימו או לא קביעי אבל בור שקבוע וקווי וקיימא בעי' יותר, ותי' המהר"ם דניח"ל למינקט מאי דליתא

בתרווייהו. וצ"ע על המהר"ם שעדיין לא תירץ קושיא דלעיל דהא כתבו התוס' דאי תני בור הוה שמעינן תרווייהו ואיך הוה שמעינן להו, והו"ל לאקשוויי איפכא דמאמה ונברכת הוה שמעינן בור.

ונראה דקושיית התוס' היתה דמדוע לא הקשו כלל בגמ' מבור, וודאי הו"ל למעבד צריכותא כמו שכתב המהר"ם אלא שמדוע לא איירי בזה כלל, ומדוייק שפיר לשון התוס' שכתבו: ומיהו הא לא מפרש אמאי לא הוה שמעינן להו מבור. עכ"ל. דודאי לא הוה שמעינן להו אך לא מפרש, וע"ז תירצו דמבור לא הוה קשיא להו כלל דעמוק טפי ואיכא למעבד צריכותא כמש"כ התוס'. ולפי"ז א"ש נמי קושיית המהר"ם, דודאי לא עבדו התוס' הצריכותא כמו בגמ' לקמן דכל קושייתם היתה אמאי לא פירשו התם אמאי לא תנו רק בור וק"ל.

הבה"ח משה רכטשפר הי"ו

דף יז. ודף יח.

בטעם הרחקת מחרישה מכותל לרש"י.

איתא בגמ' בדף יח. ת"ש מרחיקין את הזרעים ואת המחרישה ואת מי רגלים מן הכותל שלשה טפחים וכו' הא קמ"ל דמתונתא קשה לכותל, ומבואר כאן בגמ' שטעם הרחקת מחרישה מכותל זה משום מתנותא.

והנה ברש"י במשנה דף יז. אומר דטעם ההרחקה הוא שהמחרישה מרפה את יסודו

ונופל וצ"ע דהרי בגמ' מפורש דזה משום מתנותא.

דההיזק במחרישה זה כן משום מתנותא, וצ"ע.

והנה במה שכתוב בגמ' דההיזק משום מתנותא קשה דהרי מתנותא זה היזק ע"י מים שמחלישין הכותל ובמחרישה אין מים. וע"כ צ"ל שהטעם הוא כמו שכתב תוס' בתחילת הפרק ד"ה לא יחפור שהיזק בור ע"י מתנותא היינו ע"י ב' דברים א' ע"י חפירה ב' ע"י המתנותא וע"י החפירה המתנותא יכול להזיק, וזה גם יכולים לתרץ כאן.

ולכאורה הסבר זה היו יכולים לפרש בדברי רש"י שע"י החרישה יש היזק המתנותא, אמנם מלשונו 'מרפה את יסודו ונופל' משמע שההיזק ממש ע"י החפירות שהכותל יכול ליפול.

ואפשר ליישב עוד שמה שאמרה הגמ' שההיזק זה משום מתנותא עולה רק על זרעים ומי רגלים ולא על מחרישה, ולפי"ז גם יתיישב מה שהקשינו לעיל דבמחרישה אין מתנותא, שהרי במחרישה אין ההיזק משום המתנותא.

אמנם תירוצ' זה לכאורה תלוי במה שדנו המהרש"א והמהרש"ל בגמ' לעיל לגבי גפת וכו' דאמרינן בגמ' דהני קשו לכותל והמהרש"ל מגיה דהבל קשה לכותל דההיזק ברובם הוא משום הבל, אמנם המהרש"א אומר דאין יכולים לגרוס כן דרבינו חננאל (בתוס' דף יט. ד"ה דמשתרי) סובר דהיזק סלעים אינו משום הבל. והנה לפי דברי המהרש"ל ניחא, דאפשר לומר דהגמ' אינה עולה על הכל רק על רוב, אמנם להמהרש"א דסובר דהגמ' כן עולה על הכל, אז משמיע

הבה"ח מאיר רכטשפר הי"ו

דף ל:

, גבי אחד שהחזיק בשדה ג' שנים וטוען שלקחה מפלוני, שהתובע טוען שפלוני גזלן הוא בשדה זו, שהדין הוא שלא הוי חזקה. ומקשה הרשב"ם שלכאורה צריך לומר מדלא מיחה, שהוי ראייה שאינו שלו. ומאריך לבאר מה הראייה של מדלא מיחה והכא ליכא כיון שחזקה במקום שטר עומדת, וכמו ששטר אינו מועיל כשקנה מגנב, ה"נ בחזקה. ויש מבארים דעיקר התירוץ הוא בסוף דבריו שחזקה הוי כמו דיני שטר והאריכו לבאר מדוע הוי כדיני שטר, ולפי"ז הוצרכו לבאר מדוע דייקא הכי ביאר הרשב"ם ראיית מדלא מיחה. אולם נראה שאפשר להציע פירוש אחר דעיקר תירוצו הוא כריהטא דלשונו שהכא אין ראיית מדלא מיחה, משום שדווקא בלוקח סתם יש ראייה, משום שעליו למחות כדי שהשני יזהר בשטרו, ואם אינו מוחה הוי ראייה שזה של המחזיק, אבל הכא כיון שסובר שפלוני גזלן הוא, א"כ למה לו למחות שיזהר בשטרו, הרי אין לו שום ראייה שזה שלו ולמה לו למחות ולא הורע כוחו של מערער, וכמבואר היטב בלשונו, וניחא להפליא מדוע ביאר דייקא הכי. וזה שמוסיף שהחזקה במקום שטר עומדת צע"ק ואפשר כוונתו שלפי ביאורו נמצא שחזקה הוי ממש במקום

שטר, שהרי חז"ל תקנו אותו שיהיה במקום השטר שנחסר וניחא שהוי ממש במקום שטר ולא יותר, והיינו כמו ששטר הוי בין המוכר לקונה אף חזקה שהוי ראייה מזה שלא מיחה שיזהר בשטרו הוי רק בין המוכר לקונה שצריך להיזהר בראייה שקנה ממנו והוי במקום השטר ולא יותר.

הבה"ח מאיר רכטשפר הי"ו

דף לב:

תוס' ד"ה אמאי, בפ"י הר"י דאין לו מיגו כיון שהוצרך לשקר תחילה.

וצ"ע מה סבר רבה, ונבאר דהנה בפשטות סברת תוס' הוא דכיון ששיקר א"כ אינו אדם נאמן וא"א לומר עליו מיגו, שמיגו אומר שהוא אדם נאמן והרי אינו כן, ואפשר דרבה סבר שמיגו אינו אומר שהוא אדם נאמן אלא שטענתו שטוען עתה הוא אמת, וכן השקר שאומר אינו עושהו לאדם שקרן, שהרי לא הוחזק בשקרנות בב"ד אלא עושה שאין לו חזקת אדם נאמן שאינו אומר שקר כלל, אך מ"מ אפשר דאומר אמת ולכן מהני המיגו.

ועוד אפשר, עפ"י המבואר ברשב"ם עפ"י הנימוק"י, שמבאר סברת רב יוסף שטענתו שהיה יכול לטעון הוי במקום עדים שהרי הודה שאינו כן, ולכן בטל המיגו, ובארו האחרונים שהוי משום כח הטענה שאין לו כח טענתו לאחר שהודה, וע"ז חלק רבה וסבר דכן אמרינן מיגו בכהאי גוונא ובארו הלמדנים

שהוי טענה אחת, כמו בפרוע מיגו דמזויף שההודאה והטענה הוי טענה אחת, וע"ז נאמן במיגו שהיה יכול לטעון ויש לו כח הטענה.

ולפי"ז אפשר דאף דביארו התוס' שאין ראייה שדובר אמת כיון ששיקר אך מ"מ יש לו כח הטענה ויכול לטעון שיש לו שטר אחר. ורב יוסף סבר דלא אמרי' מיגו כששיקר באותו הד"ת כיון ששיקר תחילה, ואפשר לבאר עוד עפ"י שלשון תוס' קשה שאומר שהוצרך לשקר תחילה, ולכאו' לשון מיותר הוא שסגי לומר ששיקר, ואפשר לומר עפ"י הנ"ל שבאמת היה יכול להועיל אף ששיקר קודם, שמה בכך שהרי יש לו כח הטענה. וע"ז מבאר כמו ברא"ש שביאר ברשב"ם שמינך זבנתה והא שטרא הוי טענה אחת (וכן משמע בתי' השני של הר"י) וכיון שהוצרך לשקר תחילה באותו טענה שהרי בלא זה אינו טענה וכלשון הרשב"ם שהרי כל כוחו וחזקתו בקרקע זו ע"י האי שטר, וכיון שהוצרך לשקר בה א"א לומר ע"ז מיגו ונתבטל בו כח המיגו ולא אמרי' בו מיגו אף בטענה האחרת.

הבה"ח יהודה בידרמן הי"ו

דף לד.

בתוד"ה הוי מחויב שבועה, הקשה מסיטראי דדמיא לנסכא דר' אבא ואעפ"כ אין אומרים מתוך שאין יכול להשבע משלם ותירץ דאיירי בתר דתיקנו רבנן שבועת היסת, ועיין בריטב"א (כתובות פה) שתירץ דבנסכא דר' אבא הוי שבועת הנפטרין ומדאורייתא

נשבעין ואמרין מתוך משא"כ במעשה דסיטראי הוי שבועת הנוטלין ומדרבנן ואין אומרים מתוך בדרבנן.

וקשה דהא בדף לב: הקשה תוס' מסיטראי דהוי מיגו להוציא ותירץ דשאני התם דאיכא שטרא והיינו שהוי מיגו להחזיק דשטר כגבוי דמי, ומאי שנא שבועה דנחשב לשבועת הנוטלין ממיוגו דנחשב למיגו להחזיק.

ונראה לחלק, דהא דלא אמרין מיגו להוציא משום דלא אלים מיגו כדי להוציא ממון וע"ז אומר תוס' דמעשה דסיטראי שאני כיון דאיכא שטר כבר אלים המיגו (דשטר כגבוי דמי) משא"כ שבועה סוף סוף נשבע כדי ליטול ממון ושבועה זו לא כתבה תורה, ומדיוק לשון תוס' "שאני התם דאיכא שטר", משמע דאף שהוי להוציא אהני וכיון דאיכא שטר ואלים, ולא הזכיר שבאמת הוי מיגו להחזיק.

ולפי"ז ניחא נמי דהקצוה"ח (סי' נח סק"ג) ביאר מדוע התוס' לא תירצו כהריטב"א משום שסברו דאף בסיטראי הוי שבועת הנפטרינן ע"פ מה שתירץ הרמב"ן בדף לב: דנחשב למיגו להחזיק כיון שאנו דנים לגבי הממון שכבר שילם אם זה לחוב זה או לחוב זה וכמו שנחשב למיגו להחזיק כך נחשב לשבועת הנפטרינן.

ולכאורה קשה מדוע אמר כתירוצ' הרמב"ן ולא אמר כתירוצ' תוס' התם דשאני התם דאיכא שטרא ונחשב למיגו להחזיק וכ"כ נחשב לשבועת הנפטרינן אלא ע"כ דאף דאיכא שטר נחשב למיגו להחזיק והיינו שהמיגו אלים כשאייכא שטר מ"מ נחשב לשבועת הנוטלין, ולכך הוצרך לומר דתוס' סובר כהרמב"ן דכיון

שאנו דנים לגבי הממון שכבר שילם נחשב למיגו להחזיק ולשבועת הנפטרינן.

ועוד תירץ לי הבה"ח זכריה אהרן רובינשטיין הי"ו דודאי הוי שבועת הנוטלין כיון שקודם שנשבע אין השטר נחשב לשטר ואינו כגבוי ורק ע"י השבועה נחשב לגבוי והוי נוטלין משא"כ מיגו מיירי אחר שהשטר נחשב לשטר וכגבוי דמי ולכך הוי מיגו להחזיק.

הבה"ח אהרן זאב הלוי סגל הי"ו

דף לח:

מחזיקין בנכסי בורח

בגמ' ואיכא דאמרי אמר רב יהודה אמר רב מחזיקין בנכסי בורח ע"כ. ועיי' ברשב"ם שכתב בורח לאו דוקא דה"ה לכל מרחיקי ארצם ואורחא דמילתא נקט דמחזיקין בגזל בנכסי בורח. ולכאו' צ"ע דודאי בורח דנקט דוקא דאי כתב בסתם מרחיקי ארצם הו"א דס"ל מחאה שלא בפניו ל"ה מחאה והא דמחזיקין בנכסיו משום דהו"ל לבוא למחות בפניו, ולכך נקט בורח דאפי' בורח שאינו יכול לבוא ולמחות מחזיקין בנכסיו משום דמחשלב"פ הויא מחאה. ולכאו' צ"ל דכוונת הרשב"ם היא למסקנת הגמ' דרב קמ"ל דמחאה בפני שני בני"א שאין יכולין לומר הויא מחאה וא"כ הו"ל למינקט נמי בשאר מרחיקי ארצם.

ובדרך פלפול נראה לומר דהנה להלן כתב הרשב"ם (ד"ה אפי') דכיון דס"ל לרב מיחה

בפני שני בני"א שאין יכולין לומר לו היא מחאה משו"ה הוי חזקה בנכסי בורח, ולכא"ו צ"ע דאפי' הוי ס"ל דאינה מחאה מ"מ מחזיקין בנכסי בורח דיכול למחות בפני שני בני"א שיכולין לומר לו, ובמהרש"א ביאר דקמ"ל דאפי' באופן שאין במקומו של בורח בפני מי למחות אלא בפני בני"א שאין יכולין לומר לו מ"מ הוי חזקה כיון דמחאה בפניהם הוי מחאה, עוד תירץ המהרש"א באופ"א דבדר"כ בורח ירא למחות בפני בני"א שיכולין לומר לו שירא שילכו לשם ויודע מקומו ומ"מ הוי חזקה משום דיכול למחות בפני בני"א שאין יכולין לומר לו. וא"ש איך קמ"ל רב בלשון מחזיקין בנכסי בורח דין זה.

והנה לדרך ב' במהרש"א בורח דנקט דוקא, דדוקא בורח הוא דאיכא למימר דאין יכול למחות אלא בפני בני"א שאין יכולין לומר לו משא"כ בשאר מרחיקי ארצם דודאי מחזיקין בנכסיהם. אך נראה דהרשב"ם לשיטתו ודאי ל"ש לתרץ כן, דהנה כתב הרשב"ם בד"ה ומחאה דבורח מחמת ממון אינו ירא כלל שיוודע מקומו כיון דאנוס הוא ואין לו מה לפרוע וודאי לא ירדפו אחריו, וא"כ ל"ש טעם הנ"ל שלכך מוחה בפני בני"א שאין יכולין לומר לו משום שירא שיוודע מקומו דהא הרשב"ם ס"ל דלא איכפ"ל שיוודע מקומו, וע"כ צ"ל כפי' א' במהרש"א ולכן כתב הרשב"ם דבורח לאו דוקא. דה"ה לכל מרחיקי ארצם שאין במקומם רק בני"א שאין יכולין לומר לו.

ובדעת המהרש"א י"ל דס"ל דבורח מחמת ממון נמי ירא שיוודע מקומו דלא איירי בבורח מחמת שאין לו מה להשיב ולאישתמוטי

בעלמא הוא דעביד, אלא דיש לו ממון ואינו רוצה להשיב עד שירווח לו, ולכן ירא שידעו מקומו וירדפו אחריו לתבוע הממון, אבל מ"מ אינו ירא כ"כ כמו בבורח מחמת מרדין שירא שיהרגוהו, וק"ל.

הבה"ח אהרן זאב הלוי סגל הי"ו

דף לח:

מחאה שלא בפניו היא מחאה בשי' רב

אמרי' בגמ' ואיכא דאמרי' א"ר יהודה א"ר מחזיקין בנכסי בורח, והק' בגמ' דמאי קמ"ל דמחאה שלא בפניו היא מחאה והא כבר אמרה חדא זימנא דפירש למתני' דס"ל לת"ק מחאה שלא בפניו הוא מחאה ע"כ סוגיית הגמ'.

וצ"ע דהא לעיל בגמ' אמרי' דאפ"ל דטעמא דתנא דידן קמפרש וליה לא ס"ל, וא"כ אפשר לומר דהא דאתי לאשמועין הכא היינו שגם איהו גופיה ס"ל הכי.

ונראה לומר דכיון דפירש למילתיה דת"ק דס"ל מחאה שלא בפניו היא מחאה, הוי שמעינן מסתמא דס"ל נמי לרב גופיה הכי אי לאו דפירש בהדיא לאו הכי ולכן ללישנא קמייתא דאמרי' דס"ל לרב מחשלב"פ ל"ה מחאה אמרי' דטעמא דתנא דידן קמפרש וליה לא ס"ל, אך הכא הקשו דאי ס"ל דהוי מחאה א"כ מסתמא הוי שמעינן הכי וא"צ לפרשו.

ואחר העיון מצאתי כדברים האלו כמעט מפורש ברשב"ם, דכתב הרשב"ם בד"ה והא

הבה"ח אהרן זאב הלוי סגל הי"ו

בענין אמירת לך חזק וקני

דף נג.

בקובץ העבר התפרסם מאמרו הנפלא של הבה"ח מאיר רוזנטל נ"י בענין אמירת לך חזק וקני והאריך שם בטוטו"ד בענין זה, ואצרף בזה מה שנ"ל בענין זה.

ונפתח במה שכבר הביא הבחור הנ"ל חקירתו הידועה של הגאון רא"ז מלצר זצ"ל באבאה"ז (פ"ב משכנים ה"י) האם בעי' אמירת לחו"ק מטעם דבעי' הקנאת המוכר או משום דכל זמן שלא אמר לחו"ק חיישי' לחזרה.

וכמה אחרונים דייקו מלשון הרשב"ם בד"ה מתנה כצד השני הנ"ל דחיישי' לחזרה דז"ל הרשב"ם שם: דדילמא לכשירצה להחזיק כבר חזר בו ממתנתו. ע"כ. ומשמע כנ"ל דחיישי' לחזרה.

אך צ"ע דבדיבור שלאחמ"כ כתב הרשב"ם וז"ל: אבל כל זמן שמספקא לן אי גמר להקנות המתנה או לא, מספק אין לנו לומר שנתן את שלו במתנה עד דמפרש ואמר לך חזק וקני ע"כ. משמע מדבריו דבעי' אמירת לחו"ק משום דאיכא חסרון בגמ"ד המוכר.

עוד צ"ע מה שהק' הפרי יצחק (ח"ג סי' מ"ח) דמדוע ניחוש שחזר בו והא לאחר נתינת מעות הוה במי שפרע אם ירצה לחזור בו ומדוע ניחוש שעבריינ הוא.

ועל כן נראה גדר אחר בזה והוא שכשאדם מסכם עם חבירו על מכירת חפציו כל זמן שיודע שיש לו יכולת ואף באופן רחוק לחזור

בו עדיין ליכא גמ"ד שלימה להקנות חפציו ועדיין מחשב אם ימכור ואם לאו, ורק באמירת לחו"ק דאז יודע שיקנה השני ולא יוכל עוד לחזור בו בשום אופן אז ודאי גומר דעתו בלב שלם להקנותו.

ולפי"ז א"ש מה שנקט הרשב"ם דחסר בגמ"ד המוכר, ומה שנקט הרשב"ם דדילמא חזר בו היינו משום דלפי המבו' נמצא דבכל מכר שעדיין לא אמר לחו"ק יתכנו ב' דברים שיקרו בהמשך או שאכן יתרצה ויגמור דעתו בלב שלם להקנות החפץ או שיחזור בו, ולכן נקט הרשב"ם דחיישי' דאכן חזר בו, ואה"נ דהו"מ למימר נמי שחיישי' שעדיין לא גמר דעתו לא לכאן ולא לכאן וחדא מתרי נקט.

ובזה יתבאר נמי המשך דברי הגמ' דבעי' רב במתנה היאך אי בעי' נמי למימר לחו"ק, ומסקינן בגמ' דמספק"ל משום דדילמא במתנה דנותן בעין יפה לא בעי' לחו"ק, וצ"ע בשייכות דנותן בעין יפה למה שלא יצטרך לומר לחו"ק, ונראה בזה דתלוי בעיקר החילוק של נותן בעין יפה ומוכר בעין רעה, דמה שמוכר בעין רעה הוא מוכר היינו משום הא דמבו' בגמ' לקמן מז: דכל המוכר משום אונסא דנפשיה הוא מוכר שזקוק למעות, ועל כן מוכר הוא בקושי ובעין רעה ומצמצם הכי פחות שיוכל ליתן, משא"כ נותן מתנה שנותן מרצונו הטוב לאיש אשר חפץ בטובתו ולכן נותן בעין טובה ורחבה. ולכן מספק"ל לרב דודאי מוכר בעי' לומר לחו"ק דכיון דמוכר באונס ודאי לא גמר דעתו דמחשב אם יוכל להימלט מלמכור חפציו, אבל נותן שבעין יפה

נותן אפשר דלא נאמר שבעי אמירת לחו"ק
דודאי גמר להקנות לו בלב שלם.

ומצאתי לי סימוכין מדברי הרשב"ם בדף מ.
גבי הא דאמר' דבקנין לא בעי' לומר כתובו,
ומסקינן בגמ' דטעמא משום דסתם קנין
לכתיבה עומד, ופי' רשב"ם דהיינו טעמא
משום דכיון דחזינן דממהר להקנות לו א"כ
בעין יפה הוא מוכר לו ורוצה שיכתבו לו ע"ז
שטר, וחזינן מהא יסוד זה דעין יפה היינו הא
דממהר להקנות לו משום דמהא חזינן רצונו
וחפצו במכר זה וכמבוא'.

עוד יתיישב בזה מה שהק' בנעימות נצח
בדברי הנתיבות (סי' כ"ט סק"ג) בדבר שלא
בא לעולם ל"מ אמירת לחו"ק, וצ"ע מה
החסרון בזה ובשלמא אי אמירת לחו"ק היינו
הקנאה ל"מ משום דאין אדם מקנה דבשלב"ל
אלא אי חיישי' לחזרה מה איכפ"ל אם הוי
בדבשלב"ל, ובפרט שכתב באבהא"ז בשי'
הנתיבות גופיה הכי. ועפ"י הנ"ל א"ש דכל
אמירת לחו"ק מהני משום דיודע שלא יוכל
עוד לחזור בו אבל בדבשלב"ל דעדיין אין יכול
לעשות קנין בזה דא"א לקנות דבשלב"ל, א"כ
עדיין לא גמר דעתו להקנות, וק"ל.

הבה"ח אלימלך טרבלו הי"ו

דף נה:

מח' ר"א וחכמים בספק ביאה

איתא בגמ' הנכנס לבקעה בימות הגשמים
וטומאה בשדה פלונית וכו' ר"א מטהר

וחכמים מטמאין, שהיה ר"א אומר ספק ביאה
טהור ספק מגע טומאה טמא. עכ"ל הגמ'.
וביאר הרשב"ם (ד"ה ספק ביאה) דנחלקו ר"א
וחכמים אם ספק ביאה וספק מגע הם ב'
ספיקות והוי ספק ספיקא וטהור, או דהם ספק
אחד וטמא. והק' בתוס' (ד"ה ר"א מטהר)
מהסוגיא בע"ז (דף ע.) דמוכח שם דר"א
מטהר אף בספק אחד, ממעשה דגנבי
בנהרדעא דפתחו חביות ונגעו ביין, והיה ספק
אם הגנבים היו ישראלים או עכו"ם, ושם אמרו
דלר"א מותר אפי' בספק אחד, [דאח"כ תירצו
דאף לרבנן מותר דהוא ספק ספיקא שמא לא
נגעו ביין, ומשמע שלר"א אפי' בספק אחד
מטהר], וקשה על הרשב"ם דמפרש דלר"א רק
בספק ספיקא טהור.

ויתכן לתרץ הרשב"ם ע"פ דבר חידוש שכתב
רש"י בקידושין (עה. ד"ה אולמנת עיסה),
דספק חלל שנשא אשה, מותרת להנשא לכהן
לאחר מיתתו, משום דהוי ספק ספיקא, וחזינן
דאף דליכא את"ל דנפשוט ספק אחד ישאר
הספק הב', דאם נפשוט דהוא חלל אף היא
ודאי חללה, אך מ"מ כיון שהיא נפסלת
מחמתו, הוא שלב שני בספק ונחשב שם ספק
ספיקא.

ועפ"ז יתכן לומר גם כאן בשיטת ר"א דמחשיב
ספק ביאה וספק מגע ב' ספיקות, אז אף בציור
דגנבי שאם נפשוט שבאו לכאן עכו"ם ודאי
הם אלו שנגעו ביין, מ"מ נחשב ספק ספיקא
כיון שהם ב' מושגים בספק אם בא ואם נגע,
וחכמים נחלקו שאין זה ב' סוגי ספיקות אם בא
ואם נגע ומשו"ה ליכא ס"ס וכמחלוקתם בב'
שדות.

אך עדיין יל"ע אם אמרי' [לרשב"ם ורש"י]
ספק ספיקא כה"ג בכל דוכתי, וצ"ע.

הבה"ח אהרן זאב הלוי סגל הי"ו

דף קכג:

בהא דנוטל הבכור פ"ש בזרוע לחיים וקיבה

בגמ' דף קכג: תניא דבכור נוטל פ"ש בזרוע לחיים וקיבה, ונתקשו בגמ' היכי דמי דאי בדאתי לידי אבוהון מחיים פשיטא דנוטל פ"ש, ואי בדלא אתי לידי אביהם מחיים הא הוי ראוי ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, ואסקינן דאיירי במכירי כהונה ובדאישתחית בחיי אבוהון וס"ל להאי תנא דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין, ע"כ סוגיית הגמ'. ובפירוש הרשב"ם להא דזכי בהא אבוהון מחיים יש לומר בב' דרכים, ויש לדון לכל דרך בכמה דקדוקים בדברי הרשב"ם וכדלהלן.

באופן א' י"ל כפי המבוא' מתחילת דברי הרשב"ם בד"ה ה"ג דכיון דקרוביו ואוהביו הם מזכין לו זיכוי גמור במתנות הכהונה, וכבר הקשה האו"ז דמדברי הרשב"ם להלן בד"ה ודאישתחית נראה באופ"א דפי' שם דגמרו ומקנו, ומשמע דקנה ע"י גמ"ד בלב ולא ע"י זיכוי גמור וצ"ע, עוד צ"ב מדוע בעי' זיכוי גמור והרי מבואר בגמ' בגיטין דף ל. אהא דהמלוה את הכהן להיות מפריש עליו מחלקו, דאקשינן בגמ' היכי זכי הכהן בתרומה, ונשנו בזה כמה תירוצים, רב אמר במכירי כהונה ושמואל אמר במזכה ע"י אחרים, ומשמע

דלרב דאיירי במכירי כהונה לא בעי' כלל זיכוי וכמו שפירש"י שם, אמנם נראה ליישב בזה עפ"י מה שביאר האבני נזר בשו"ת סי' מ"ט בסוגיית הגמ' שם דגם לרב בעי' זיכוי אלא דלא בעי' זיכוי ע"י אחרים כיון דאיירי במכירי כהונה, דאם אינו מכירי כהונה בעי' זיכוי ע"י אחרים מחמת דהוי שלו דטוה"נ ממון, אבל במכירי כהונה שחייב ליתן לו ולית ליה בזה טוה"נ יכול לזכות ע"י עצמו, וא"כ א"ש הא דפי' הכא הרשב"ם דמזכין לו זיכוי גמור, עוי"ל דהכא איירי במכירי כהונה שאינם נותנים רק לו ול"ה מכירי כהונה כמו בגיטין ולכן בעי' זיכוי גמור, ולפי"ז ניחא מש"כ הרשב"ם בסו"ד דהכא לא מקשה פשיטא דטובא קמ"ל דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמי, ומשמע דליכא שום חידוש בת"י זה מלבד הא דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין, ובהא דזכה בזה ליכא שום חידוש, ולפי הנ"ל א"ש דהא זיכה לו בזיכוי גמור והוי כאתי לידיה אלא שנתחדש בזה דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין, (וכבר דקדק כן בשו"ת שבט הלוי חו"מ סי' רל"ז וכ"כ בספר מראה המקום), ולפי הדרך הא' יל"ע דהא נתחדש גם בהא דמכירי כהונה יכולין לזכות ע"י עצמן, אך י"ל דאי משום הא הו"ל לאשמועינן באב עצמו שזכה בזה ומאי קמ"ל בדיני בכור, וע"כ דהא קמ"ל דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו ממש ומיקרי כבר מוחזק בזה ויטול הבכור פ"ש, ולדרך הב' יש לדקדק מדוע נקט כלל במכירי כהונה והול"ל בכל אדם שזיכה לו זיכוי גמור, אך כד נעיין בדברי הרשב"ם (בד"ה ה"ג) נראה מדבריו דהא דנקט מכירי כהונה היינו דמשו"ה זיכו לו כבר בהיות הזרוע לחיים וקיבה בגוף

הר"ר יהודה אשר שווארץ הי"ו

דף קכד:

בביאור דעת הרשב"ם מתי ייחשב מוחזק ולא ראוי

בגמ' מבואר שיטת השלחו מתם דלרבנן במלוה נוטל הבכור פי שנים דכמאן דגביא דמי אבל ברבית לא וביאר הרשב"ם שאע"פ שלגבי הריבית ג"כ נקיט שטרא וא"כ צריך להיות דנאמן דכגביא דמי מ"מ אין לך ראוי כזה שלא היה שלו מעולם אבל מעות מלוה דשקיל מעות שהלווהו ונמצא השטר מוחזק בידו במקום מעותיו והרי הוא כמו משכון ולכן בודאי נוטל פי שנים.

ויש להקשות דהיכן מצינו ששטר ייחשב משכון וגם למה הוא משכון הרי זה רק ניירא בעלמא ואין זה שווה כסף. עוד יש להקשות שבגמ' משמע שעיקר הסיבה הוא משום דיש לו שטר ויכול לגבות בנקל וכן מבואר מהרשב"ם מקושייתו על ריבית וא"כ למה נחת הרשב"ם לסברות אחרות שהסיבה הוא משום שהשטר מוחזק במקום מעותיו שהלווהו (ולא המעות שיגיעו) והוה כמו משכון ואם הרשב"ם התכוין לצרף זאת לסברת הגמ' צריך לדעת מה הצירוף.

וכדי ליישב זאת צריך להקדים דהנה מצינו ברשב"ם כשביאר דעת רבי שבשט"ח נוטל פי שניים ביאר דכיון דמוחזק בשטר וע"פ השטר גובין את המלוה הרי הוא כאילו השטר השביח דהיינו נכנסין ששבחו ממילא. וצריך עיון למה צריך לזה הרי עצם הדבר שבדאי יבוא החוב ס"ל לרבי שכבר נחשב מוחזק ולמה צריך

הבהמה, דאל"ה למה להם לזכות כבר אז, וא"כ א"ש מה דנקטינן מכירי כהונה, ודוק ותשכח דהכי הוא, ויתיישב נמי קושיית המהר"ם מדוע לא סגי לומר בדאתי לידיה בטבלייהו וקמ"ל רק דמתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין, ולפי הנ"ל אכן רק הא קמ"ל אלא דנקט מכירי כהונה לבאר היאך הגיעו לידו בטבלייהו, וק"ל.

ובדרך אחר יל"פ בדעת הרשב"ם כמו שכתב הרש"ש בביאור דברי הרשב"ם: ומזכין לו זיכוי גמור. וכתב הרש"ש בליבן, ע"כ. הרי דפי' כל הענין במזכין בלב כמדוייק מלשון הרשב"ם בהמשך דגמרו ומקנו, אך צ"ע דמזכין זיכוי גמור לא משמע בליבן אלא ע"י קנין (ועי' בשבט הלוי שם שכתב דאפ"ל דאתי לאפקי משיטת האומרים דאפשר לחזור בו) עוד צ"ע דאי הוי זיכוי בלב מדוע כתב הרשב"ם בסו"ד דקמ"ל רק דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין, והא קמ"ל טובא דהא דמכירי כהונה הוי כזיכוי גמור ומיקרי בהא מוחזק ונוטל הבכור פ"ש בזה, ובדוחק י"ל דהא קאמר הרשב"ם דהשתא טובא קמ"ל ונקט חדא מינייהו, וצ"ע. ולדרך זה יל"פ דהא דזוכה בהן האב בגמ"ד בלב היינו עפימש"כ התוס' בכתובות קב. דיש דברים דלא בעי' בהו קנין גמור וסגי בגמר בלב, ועיי' בקוב"ש כאן (אות שע"ד) שהאריך בזה.

שהשטר ישביח, ובפרט שעי"ז קשה קושיית התוס' דאם זה תלוי בשטר א"כ כשיחלקו השטר יהא דין ארעאי אשבח והבכור יקבל פי שניים מדין שיש לו פי שניים בשטרות והוי ארעאי אשבח.

עוד מצינו ברשב"ם שאף לגבי עצם שבחא דממילא הדגיש שהוא מוחזק כבר בזה ע"י שהוא מוחזק קצת בעצם הנכסים עיין בדף קכ"ג ע"ב ד"ה ראוי ובדף קכ"ד ע"ב ד"ה שבחא. וצ"ב למה לא ביאר הרשב"ם כפשוטו דכיון דאתי ממילא נחשב כבר מוחזק עכשיו בדברים שיבואו.

ומכל זה נראה לבאר דעת הרשב"ם דכדי שייחשב מוחזק לפי רבי לא די שזה בטוח שיבוא ועי"ז עכשיו הוא כבר מוחזק אלא שצריך עוד תנאי לזה שנוכל עכשיו לראותו אצלו. וס"ל לרבי שאם רואים עכשיו משהו בידו וכגון שרואים עצם הנכסים כבר אפשר לחושבו מוחזק על מה שיבוא ממילא כיון שעכשיו רואין משהו בידו. ולכן הוצרך הרשב"ם לבאר בשט"ח שהשטר השביח והיינו שודאי אין החוב נכנס בשטר ואין החוב תלוי בשטר אלא שכדי שייחשב מה שיבוא אח"כ מוחזק צריך שיהא לו עכשיו משהו כדי שנראה את זה אצלו וזהו השטר ורואים כאילו השטר השביח. ולפי"ז מיושב קושיית התוס' דודאי אפי' שיחלקו השטר לא יקבל פי שניים שהרי אין השטר עצם החוב אלא שלרבי מה שיבוא אח"כ נחשב מוחזק וזהו הנכסים שיבואו שהבכור נחשב בהם כעת כבר מוחזק. אלא שיש תנאי שצריך לראותו עכשיו וזה רואים בשטר אבל לרבנן שמה שיבוא אח"כ

אינו נחשב מוחזק א"כ לא יועיל מה שיש לו השטר שהשטר זה לא החוב שיבוא אח"כ וא"כ אין לו פי שניים שהרי מה שיבוא אח"כ זה לא היה בהם מוחזק.

ועפי"ז יש לנו ביאור גם בדברי הרשב"ם בדעת השלחו מתם והוא דהם ס"ל שאפי' לרבנן נחשב מוחזק במלוה דס"ל דכיון דנקיט שטרא ויוכל בנקל לגבות אפשר לחושבו כמוחזק באותם המעות שיבואו והקשה הרשב"ם דא"כ ריבית נמי וע"ז תירץ שודאי המעות שיבואו זהו הדבר שנחשב מוחזק אולם מ"מ יש תנאי שצריך לראותם עכשיו בידו ולרבנן אין די שרואים משהו או מקצת בידו אלא שצריך שנראה כולו בידו ושטר ודאי אינו נחשב באמת משכון אלא שלגבי זה שנראנו עכשיו בידו יש לבאר שכיון שהיו לו מעות שהלוהו וע"ז לקח השטר נמצא השטר הוא תחת מעותיו שהלוהו ורואים בשטר את מעותיו כאילו שאוחז אותם עכשיו בידו וזהו דהוי כמו משכון שאוחז המעות בידו ולכן נחשב מוחזק. משא"כ בריבית אפי' שיש שטר מ"מ מעות אלו לא באו לידי אביו לעולם ואפי' שודאי יבואו אח"כ בנקל מ"מ הרי עכשיו אין לו כלום בידו. והשטר לא יוכל להיות במקום המעות שאין השטר כמו משכון ממש אלא יכול להיות במקום המעות שהיו לו והשטר הוא תחתם אבל אם לא היו לו אותם המעות אין השטר תחתם ולכן נחשב ראוי כיון שאין נמצא אצלו דבר שעי"ז נראהו כמוחזק.

ולפי"ז בריבית כשיש משכון באמת ודאי יטול פי שניים שהרי כשיש משכון באמת ודאי הוה מוחזק ממש שהרי הוא מוחזק במשכון ממש

ששווה דמי הריבית וכן מבואר להביא באו"ז, וק"ל.

הר"ר שמואל ברוך פרידמן הי"ו

דף קלא:

אמר ר' יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאו אלא אפטרופוס. ומבואר בגמ' שזה רק באשה שחושש לכבודה אבל בארוסה וגרושה שלא חושש לכבודה ואין סיבה לומר שעושה אותה לאפטרופוס כתב לשם מתנה. ורשב"ם מסביר שהכבוד הוא שהבנים יכבדו אותה ויהיו כפופין לה בגלל שהנכסים ברשותה ועל אומד דעתה נותנת להם, ולפי טעם זה אם הבנים היו אומרים שלא רוצים אפטרופוס ומסתדרים לבד לא יכולים לדחותה, שא"כ לא נתן לה כלום וכן גם משמע ברשב"ם קל. ד"ה הלכה כר' יוחנן בן ברוקה שיש מתנת אפטרופוס, וביותר בסמ"ע (בחומ"מ סימן רמ"ו ס"ק יד) כתב בשם רבינו יונה שצריך קנין אבל בלא זה גם אפטרופוס לא הרי [ויש לציין שרבינו יונה אומר כן רק משום שמשמע שבלא החידוש של שמואל הוה קונה קנין גמור ומשום זה מעמידו במיפה כוחה].

וברמ"א (חומ"מ סימן ר"צ סעיף כ"ו) כתב וז"ל: מי שמינה אפטרופוס לבניו הגדולים יכולים לומר אין אנו צריכין אפטרופוס, אלא אם כן יש בו משום מצוה לקיים דברי המת וכתב הסמ"ע שמצוה לקיים יש רק אם נתן המעות בחייו ליד אפטרופוס אבל בלא זה אין מצוה.

וקשה למה יכולים הבנים לדחותה א"כ אין זכות לאשה ולא קנתה כלום בממון. והבית מאיר (באה"ע סימן ק"ז) כתב שיש שני סוגי אפטרופוס, אחד שהוא רק לעזור להם שאינם יודעין בטיב משא ומתן וכשב"ד ממנים ג"כ יש לו דין זה, ואם אומרים שאינם רוצים אפטרופוס יכולים לסלקו, ויש אפטרופוס שמינה האב כדי שיחלקו לו כבוד וזה כשאמר האב בלשון מתנה שיש לומר שלא היה כוונתו מתנה ממש רק מתנת כבוד ובזה אין בידם לסלקם, וכן משמע ברשב"ם (קלא: ד"ה פשיטא בנו ואחר וכו') שבמי שלא שייך לומר שרוצה לכבדו אם היה רוצה לעשותו אפטרופוס היה לו לומר ברור ולא לשון מתנה. אבל בחלקת מחוקק מביא דין זה שיכולים לומר אין אנו צריכים על הכותב כל נכסיו לאשתו שגם כאן יכולים לסלקו, א"כ קשה שלא מקבלת האשה כלום אם יסלקו ומוסיף החלקת מחוקק שעד הסילוק צריכים לקבלה לאפטרופוס ואפשר שבזה רצה לתרץ על הגמ' כאן אבל עדיין קשה שלמעשה לא ימשיך הכבוד לזמן מרובה, וצריך לתרץ שהרווח הוא שיצא עליה קול של אדם נאמן ואפשר לסמוך עליה וכן מפורש בירושלמי בהנזיקין הובא בתוס' בב"ק לט: שלא ימנע להיות אפטרופוס אפילו אם היה צריך לשלם אם יפשע משום שעי"ז היה מקרי אדם מהימן. והרשב"א בשם הבעל המאור ג"כ סובר כן שמעמידו לפקח על נכסיו אם צריכין לכך שסובר שרק אם יש קטנים עשה אותה אפטרופוס אבל אם יש רק גדולים נתן לה מתנה גמורה, וקטן המוטל בעריסה מדובר על קטן בין הקטנים וכשיגדל יהיה אפטרופוס על

הקטנים ממנו, ומקשה עליו הרשב"א שאם ממנה אותם להנאת הבנים א"כ גם באשתו ארוסה או גרושה רוצה לפקח על הנכסים, ועוד מקשה א"כ מה הצד בגמ' שגם כשהוא ברי עושה אותם אפוטרופוס הרי עדיין לא צריכין לה, ויש לתרץ שיטת הבעל המאור כמו שכתבנו שרק בנשואה רוצה לכבדה שיצא עליה שם של איש נאמן, ובגדולים אפשר לומר שבגלל שאין משמעות לאפוטרופוס שגלוי לכל שבניו גדולים ואינם צריכין לטובתה לא כותב עליה סתם שטרא אפוטרופוס ועוד שאין קול עליה שהוא אדם נאמן משום שידוע שלא מינה אותה לכולם.

הראשונים מקשים הרי הלכה כר' יוחנן בן ברוקה שאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין משמע שבכל מקום אפילו על בנו ואומר הבעל המאור שלפי זה שרק כשיש קטנים עשה אפוטרופוס ר' יוחנן בן ברוקה מדבר כשאין קטנים ונתן מתנה גמורה, והריטב"א מביא בשם הבעל המאור שרק כשנתן לגדול ביותר עשה אותו אפוטרופוס אבל לאחים אחרים נתן מתנה, ומשום זה אמר שקטן המוטל בעריסה כשיש קטנים ממנו וק"ק הלשון שכתב בעל המאור קטן בין הקטנים משמע שיש קטנים גדולים ממנו, ויש לפרש שהסברא לומר שרק לגדול ביותר עושה אפוטרופוס כדי שיכבדו את הגדול, וביותר לפי מה שכתב רשב"ם שרוצה שיכבדו אותו משום מצוה שחייבין בכבודו כדאמרין ואת לרבות אחיך הגדול, אפשר שסבר שהמצוה רק בבכור, א"כ מסתבר שבקטנים נתן מתנה, ומוטל בעריסה כשהוא הבכור והרשב"ם אפשר שסובר שהמצוה על כולם

ואפילו שכתב לקטן שלכו"ע אין מצוה לגדול ממנו לכבדו אומר המהרש"ל שאפשר שבגלל שראה שיש מצוה לכבד באחים השוה האב את הקטן לגדול אפילו כשאין מצוה.

והרי"ף מתרץ שבכתב עשאו אפוטרופוס ואם אמר כונתו לירושה, והגאונים אמרו שזה הלכתא בלא טעמא אבל הראב"ד כתב שכל הכותב מבאר את דבריו ומשלא כתב מפורש שירשו הרי לא עשאו אלא אפוטרופוס. והר"ח סובר שבכותב שיש לו קול מוכחא מילתא דלכבוד בעלמא דליפוק עליה קלא ולשתמען מיליה, מפורש בדבריו שכשלא נתן לו במתנה עשאו אפוטרופוס בשביל קול שהוא איניש מהימני עשה כן ולא שיכבדו אותו הבנים בלבד רק שיצא קול כשיטת הבעל המאור, אבל לשיטת הרשב"ם שסובר שהכבוד הוא שיכבדו אותה הבנים אינו יכול לתרץ כרי"ף ע"פ הר"ח, משום שאפילו לא כתב שטר ואין קול יש לו רוח ושייך לשון מתנה שיכבדו אותו הבנים, ע"כ תירץ רשב"ם על קושית הראשונים בדף קל. בד"ה הלכה כר"י ב"ב שכשכתב לשון ירושה דבריו קיימין ולשון מתנה עשאו אפוטרופוס.

הר"ר יהודה אשר שווארץ הי"ו והר"ר מנדל
אייזין הי"ו

דף קלד:

בנאמנות האב לומר יש לי בנים

בגמ' אמר רב יוסף אמר רב יהודה אמר שמואל
מפני מה אמרו זה בני נאמן הואיל ובידו
לגרשה הרי דשמואל בא לומר דאף ע"ג
דמוחזק לן באחי נאמן משום דבידו לגרשה,
ולכא' צ"ב דהכלל הוא דמיגו במקום חזקה
לא אמרינן, ובנימו"י עמד בזה, וכתב דלא
נחשב שהמיגו נגד החזקה דמה שידוע לנו
שיש אחים לזה, מ"מ אינה מתייבמת אלא אם
אין לו בנים וזה שאומר יש לי בנים א"כ אינו
מדבר נגד החזקה דליכא חזקה על זה שאין לו
בנים וע"ע תוס' ריש מכילתין דף ה ע"ב ד"ה מי
ובמהר"ם שם דביאר בתוס' כדברי הנימו"י.

והנה הא דמוחזק לן באחי כתב הרשב"ם בד"ה
הכא, דאמרי בחזקה בלא עדים ומשמע דאי
הוחזק לן ע"י עדים שיש לו אחים אינו נאמן
לומר יש לו בנים. ולכא' תמוה מ"ש אי הוחזק
לן ע"י עדים או שלא ע"י עדים דאם המיגו
נחשב כמיגו במקום חזקה אינו נאמן אף אם
החזקה שלא בעדים ואם לא נחשב המיגו
במקום חזקה וכמו שביאר הנימו"י א"כ אף אי
איכא עדים מ"ט אינו נאמן לומר יש לי בנים
והלא אינו מדבר נגד החזקה. וכן תמה
בתורי"ד ועי' רעק"א בגהש"ס אולם בטור
אה"ע סי' קנו סק"ו ג"כ נקט כשיטה זו דאם יש
עדים שיש לו אחים אינו נאמן לומר יש לי
בנים, ובב"י שם כתב דמקורו מד' הרשב"ם
וביאר הטעם דאינו נאמן משום דאם באו
עדים הרי האשה בחזקת איסור ונחשב המיגו

במקום חזקה. אולם צ"ב כדלעיל דאי נחשב
חזקת איסור, מ"ט אי לא הוחזקו לן ע"י עדים
אלא חזקה בעלמא נאמן.

ובחזו"א אבהע"ז סי' קטז סק"ט כתב מחמת
קו' זו דלא כתב כן הטור מעולם והוא ט"ס, וגם
מד' הרשב"ם כותב דליכא לאוכוחי מידי דכתב
כן ברהיטת לשונו לבאר ד' הגמ', ולא דוקא.
אולם חידוש גדול לומר כן והוא נגד ד' הב"י וכן
מד' התורי"ד שהבין כן בד' הרשב"ם וכן התוס'
הרא"ש כתב כן בדעת הרשב"ם.

ועכ"פ נראה מד' הרשב"ם דלא ניח"ל בד'
הנימוקי יוסף ודעתו דנחשב מיגו במקום
חזקה ולכן כתב הרשב"ם יישוב אחר לקו' זו,
דיש חילוק אם הוחזקה בעדים או ע"י קול
דאם הוחזק ע"י עדים נחשב שיש כאן חזקת
היתר לייבום דכ"ז שלא יודעים אם נשתנה
אמרינן דאשה זו מוחזקת לייבום ובעל שאומר
יש לי בנים ורוצה להוציאה מחזקה זו נחשב
מיגו במקום חזקה אולם אם הוחזקה שלא
בעדים אין זה חזקה גמורה שהאשה בחזקת
ייבום מכיון שאי"ז דבר ברור אם יש אחים
ובנוסף לזה יש צד שיש לו בנים וע"כ כשבא
לומר יש לי בנים אינו מדבר נגד החזקה ומש"ה
נאמן.

ונראה להביא ראיה ליסוד זה מד' הרשב"ם
בדף קלה ע"א. דאיירי שם בההוא דהוה
מוחזק לן דלית ליה אחי ואמר בשעת מיתה
דלית ליה אחי וכתב הרשב"ם שם דאיירי דהוי
מוחזק לן ע"י עדים דאית ליה בנים. וע"ז אמר
רב יוסף דאף בלא הא דהוחזק לן אלא אף אם
היה מוחזק דאית ליה אחין מ"מ היה נאמן
לומר אין לו אחין ע"י מיגו דבידו לגרשה,

רִיבּוֹן שְׁמַעֲרַתָּא בְּבֵא בְּתֵרָא

כדאמרינן נמי לעיל דאע"ג דמוחזק לן באחי ואמר זה בני נאמן להתירה משום מיגו, ולפ"ר תמוה הוא ביותר מה הביא ראיה מאמר זה בני והא התם לא מדבר נגד חזקה דאף אם יש לו אחים מ"מ אין חזקה שאין לו בנים וכדכתיב הנימו"י וברש"ש עמד בזה, ולפי המתבאר הוא ככפתור ופרח, דדעת הרשב"ם דאם ידעין דיש לו אחים הרי יש עליה חזקת ייבום, ומה שנאמן לומר יש לי בנים הוא דוקא בלא הוחזק

ע"י עדים ומש"ה נאמן וא"כ חזינן דאף דנחשב חזקת ייבום מ"מ שלא בעדים נאמן ע"י מיגו נגד חזקה קלושה כזו וכוונת הרשב"ם להביא ראיה לאומר אין לי אחין אף אם מוחזק שיש אחין מ"מ מכיון שלא הוחזק לייבום ע"י עדים, נאמן ע"י מיגו נגד חזקה זו. (אח"ז מצאנו שעל קו' הרש"ש תי' כן בס' מקדש דוד. ולפי זה נתבאר ג"כ ד' הרשב"ם דף קלד ע"ב והרשב"ם אזיל לשיטתו).

