

מפתח ענינים

ב	בגדר הצורך בכותל של בנין
ז	הכל כמנהג המדינה
ח	שי' הרמב"ם בביאור המשנה
ט	תוס' ד"ה לפיכך
טו	נפרצה אומר לו גדור
יח	בגדר ההתחייבות דרצו לעשות גודא
כ	מאי לאו בכותל
כב	שיטת הרמב"ם בגינה
כד	חליפין
כז	חלוקת השותפין
ל	שי' הרי"ף והרמב"ם בחלוקת השותפין
לג	בענין גבו מעות לבהיכנ"ס
לה	סוגיא דנפל לרשותא דחד
לח	סוגיא דמקיף וניקף
נד	כל שפא ושפא זמניה הוא
נז	מחלוקת הראשונים אם נזקקים ליתומים קטנים כשמת האב תוך זמנו
סא	אם שטר הוא כעדות שלא נפרע

נגדר הצורך בכותל של בנין

הכל כמנהג המדינה. טעם הדבר דצריך לעשות כותל בנין כמנהג המדינה, ולא סגי בהוצא ודפנא לסלק היזק ראייה, תלוי בפלוגתא שהביא הרא"ש (סי' ה') אם הנתבע רוצה לכנוס לתוך שלו ולהסתפק בהוצא ודפנא. דתחילה הביא הרא"ש די"מ דבכה"ג אין התובע יכול לתבוע ממנו יותר, דרק אם הנתבע רוצה שהתובע יסייעו בבנין ובקרקע הוא שיכול התובע לומר איני רוצה לעשות מעותי אנפרות. אבל אם הנתבע כונס לתוך שלו ומסלק ההיזק ראייה בהוצא ודפנא אין לו לתובע עליו כלום. ועוד הביא י"מ דגם בכה"ג יכול התובע לומר דאינו רוצה להתעצם עמו בדין כל שעה. והרא"ש מסכים לדעה הראשונה, דמה בכך שיצטרך לתבוע בדין, הרי יש שופטים בארץ.

אבל דעת הרשב"א (ד"ה הכל כמנהג המדינה) כדעה השניה שברא"ש, דאפילו אם יכנוס לתוך שלו יכול התובע לומר לו שאינו רוצה להתעצם עמו בדין. וכן מבואר ברמב"ן (ד"ה ופירוש) דה"ט דמתני' שצריך לבנות כותל אבנים כמנהג המדינה, ולא סגי בהוצא ודפנא, וז"ל ואע"ג דהאי כותל דקתני מתני' לא עבדי' לי' אלא משום היזק' כו' אפי"ה כופין זא"ז לבנות כותל בנין, שמא יפול והלה אינו רוצה לבנות ונמצא צריך להתעצם עמו בדין ובין כן ובין כך יהא ניזוק מהיזק ראייתו עכ"ל.

ומשמע מלשון הרמב"ן דעיקר הטענה אינה מצד עצם ההתעצמות בדין, כ"א מצד מה דע"ז בין כך ובין כך יהיה ניזוק בהיזק ראייה. אבל ק' דע"י ברמב"ן לק' (עמ' ב') על מש"כ רש"י דלמ"ד היזק' לאו שמיה היזק סגי במסיפס של יתירות עץ בעלמא, כתב הרמב"ן וז"ל אבל מה שפרש"י ז"ל במסיפס שהוא יתירות תקועות אינו מחזור, שאין השותפין חולקין לעולם אלא בכותל בנין כדי שלא יהו כל היום מתעצמין בדין, וכי היכי דאמרינן למאי דקיי"ל היזק' שמ"י היזק שבונים אבנים ולא כותל של הוצין ויתדות, ה"נ למאי דקס"ד היזק' לאו שמ"י היזק חולקין בדבר של קיימא ולא ביתדות עכ"ל. ומבואר להדיא דמה שצריכים לבנות כותל של אבנים הוא משום עצם ההתעצמות בדין, שצריכים לחלוק בדבר של קיימא, ולא בדבר שיצטרכו אח"כ להתעצם עליו בדין, וגם במסיפס נאמר זה. וא"כ ק' לשם מה הוצרך הרמב"ן לעיל מיני' להוסיף דבין כך ובין כך יהא ניזוק בהיזק' ר, דמשמע דמה שתובע כותל אבנים הוא מצד תביעת הרחקת נזקין שלא יהא ניזוק ביני וביני בהיזק' ר, ולא

והנה גם הרשב"א (לק' עמ' ב' ד"ה אי תנא) כתב על דרך זה, דלא סגי במסיפס של יתירות, דצריך חלוקה של קיימא, דמה"ט צריך כותל של אבנים למ"ד היזק' שמ"י היזק'. ולפי"ז עצם הדבר שיהיה צריך להתעצם עמו בדין הוא סיבה להצריך כותל של אבנים, ולא רק משום שיהיה ניזוק ביני וביני. וקשה ע"ז מדברי הרשב"א (ד"ה איכא מרבוותא) עיי"ש שדן לענין מקום שנהגו שלא לגדור כלל, אם מהני מנהג כזה שלא יצטרכו לגדור בחצר, והביא ראייה דמנהג כזה לא מהני מש"י ר"ת דבמקום שנהגו בפחות מהוצא ודפנא אינו מנהג, וא"כ כל שכן כשנהגו שלא לגדור כלל. והוסיף וז"ל ואפי"ת דשאני התם דכיון שמקפידין אין שמירתן בפחות מיכן שמירה לפי שצריך לצעוק תמיד על חברו כשתפול מחיצתו, ומה בכך, כבר נהגו שלא להקפיד על מה שמזיקו בין נפילה לבנין עכ"ל, ומשמע דהקפידא היא מצד שמזיקו ביני וביני בהיזק' ר, ולא מצד ההתעצמות בדין. וביותר קשה, דלפי המבואר בדברי הרשב"א גבי מסיפס דעיקר הקפידא בכותל של אבנים הוא משום שצריך חלוקה של קיימא, א"כ תמוה מה ראייה מייתי הרשב"א מש"י ר"ת דאינו מועיל מנהג בפחות מהוצא ודפנא להא שאינו מועיל מנהג שלא לגדור כלל, והרי לא דמי כלל, דבמקום שנהגו לגדור בפחות מהוצא ודפנא הרי באמת מקפידין על היזק' והרי הוא כותל רעוע מאד ותמיד יהיה צריך לצעוק עליו ואי"ז חלוקה של קיימא, משא"כ במקום שנהגו שלא לגדור כלל הרי לא יצטרך לצעוק עליו והרי זו חלוקה קיימת לעולם.^א

ונראה דע"כ עיקר הטענה אינה מצד עצם ההתעצמות אלא מצד שביני וביני יהיה ניזוק בהיזק' ר, אלא דגם במסיפס שייך כעיי"ז, דיהיה צריך להתעצם עמו בדין וביני וביני לא יהיה נתפס עליו כגנב. ובזה ניחא גם דברי הרמב"ן.

אלא דהא גופא טעמא בעי, למה התביעה היא דוקא מצד מה שביני וביני יהיה ניזוק, ולא מצד ההתעצמות, ובפרט למש"כ הרמב"ן והרשב"א דיסוד הדין הוא דצריכים לחלוק בדבר של קיימא, וכל שיהיה צריך להתעצם עמו בדין כל שעה לכאורה אי"ז חלוקה של קיימא.

והנה בעצם סברת הרמב"ן והרשב"א צ"ב איזו זכות יש לו לתבוע שהחלוקה תהיה בדבר של קיימא. וכיון שסילק ההיזק ראייה ואפילו בהוצא ודפנא באיזה כח בא חברו לכופו לעשות יותר מחמת חשש שמא למחר יזיקנו. וכן במסיפס באיזה כח בא לכופו לעשות מסיפס

^א ובמהדו"ק כתבתי דהנה זה ברור דאף דבעי' חלוקה בדבר של קיימא, אבל הרי זה נגדר לפי מנהג המקום, ובמקום שנהגו בהוצא ודפנא הרי גם זה נחשב חלוקה של קיימא, ומעתה שמא זה היה פשוט לו להרשב"א דגם במקום שנהגו בפחות מהוצא ודפנא, עכ"פ כיון שכך הוא המנהג במקום זה לבנות ככותל רעוע מאד, הרי זה חלוקה קיימת לפי ערך אותו המקום. ומה דס"ל לר"ת דמ"מ אינו מועיל מנהג כזה לבנות בפחות מהוצא ודפנא, אי"ז מצד שאינה חלוקה קיימת, אלא משום תביעת הרחקת נזקין, דכותל רעוע כזה אינו נחשב הרחקת היזק' כלל, כיון שהוא תמיד עלול ליפול ואין כאן סילוק ההיזק. ומזה שפיר מייתי הרשב"א ראייה, דאם בטל מנהג זה משום שאין כותל רעוע כזה מועיל לסילוק היזק' ר, כיון שכל זמן שיפול יהיה ניזוק, כ"ש שאינו מועיל מנהג שלא לגדור כלל. אבל כעת נראה לי דאי"צ לזה, כמה שכתבתי בפנים.

ג. והנה הרמ"ה כתב דגם אם אחד יש לו שני שלישים בחצר ואחד יש לו שלישי כל אחד נותן חצי הכותל, דאינו להשביח את החצר (דאזי היו נותנים לפי חלקם בחצר) אלא לסלק היזק ראייה. והטור (סי' קנ"ז) הביא דבריו בלא חולק. ולכאורה תליא בפלוגתא הנ"ל והטור אזיל בש"י הרא"ש דיכול לכנוס בתוך שלו ולבנות בהוצא ודפנא דכל דין המשנה אינו אלא משום היז"ר. (אלא דק"ק דהרי הטור הביא גם לשי' הי"מ, אף שהכריע כהרא"ש, ואילו דברי הרמ"ה הביא בלא שום חולק.) ועי' חי' ר' ראובן.

ד. והנה בגמ' (ז:) איתא דהאחין שחלקו אין להם לא דרך זע"ז ולא חלונות זע"ז. ופרש"י ד"ה ולא חלונות וז"ל לערער על סתימת אורו עכ"ל, דהיינו שיכול לבנות כותל כנגד חלונו של אחיו. אבל הרא"ש הביא שדעת הראב"ד דה"ה דאם יש לאחד חלון שמזיק בהיז"ר אין חבירו יכול לתבעו לסתמו, והרא"ש עצמו חולק דכיון שמזיקו למה לא יוכל לתבעו לסתמו.

והרמב"ן ס"ל כהראב"ד וביאר משום שעל מנת כן חלקו שלא לסלק משם כלום. וכיון שנטל בית עם חלון כאילו נטל הזכות שיהיה שם חלון. והגרעק"א (קמא סי' קנ"א) קונטרס מילי דנוקין ד"ה ומש"כ (הטור) הביא דברי הריב"ש (שכ"ב) שכתב באופן אחר דכיון שהחלון היה שם קודם שחלקו הוי כסמך ברשות.

עכ"פ לדעת הראב"ד והרמב"ן צ"ב א"כ בשותפין שחלקו נמי איך יכול לתבעו לגדור משום היז"ר, והרי מה שהחצרות פרוצים זל"ז הוי כחלון, ולמה לא נאמר דעל מנת כן חלקו שלא לסלק משם כלום. וכן לסברת הריב"ש ליחשב שסמך ברשות. והגע בעצמך אם כשכל הרוח פרוצה צריך לסתום, חלון אחד עאכ"כ.²

ונראה דאיה"נ לראב"ד ולרמב"ן ל"ש לחייבו לבנות כותל משום שמזיק בהיז"ר, כמו דל"ש לחייבו לסתום חלונו, וכל דין משנתנו אינו מדין הרחקת נזקין אלא משום ששניהם ניוזקים והוי צורך החצר דומיא דבית שער וכמ"ש. ובזה ל"ש לומר על מנת כן חלקו, דגדר על מנת כן חלקו דכשנטל חלון נטל גם זכות להיות שם חלון. ולכן אין השני יכול לתבעו מדין הרחקת נזקין, די ש לו רשות שיהיה פתוח. אבל מ"מ הרי הכותל הוא צורך החצר כדי ששניהם לא יהיו ניוזקים ויהיו החלקים מתוקנים, ואינו בא למנוע ממנו שום זכות רק לתבעו להשתתף בתיקון חלקי החצר המתחלקת.

נמצא דפליגי הרא"ש והרמב"ן לשיטתייהו, דהרא"ש דס"ל באחים שחלקו דיכול לתבעו לסתום החלון כיון שמזיק בהיז"ר, מפרש גם למתני' דאינו משום תיקון החצר (כיון שעכשיו כבר אינם שותפין) אלא משום הרחקת נזקין, ולכן מדמה ל"י לגג הסמוך לחצר דחייב לבנות מעקה משום הרחקת היז"ר, ומייתי ראייה מיניה דכמו דהתם סגי במעקה ואי"צ גויל וגזית כך במתני' אם בא לכנוס בתוך שלו

כדי שלא יהיה נתפס עליו כנגב, ואיזה גדר הרחקת נזקין יש בזה כיון שאינו מזיקו עכשיו כלל.

וביאר הגרא"מ באבן האזל שהוא מדין תיקון החצר, כי שני השותפין לא רק שמזיקים זא"ז אלא שניהם גם ניוזקים זמ"ז, ומה"ט כופין זא"ז לבנות כותל כמו שכופין בני החצר לבנות בית שער שלא יזוקו בהיז"ר מבני רה"ר. וזהו ביאור דברי הרמב"ן והרשב"א, דאי מצד מה שמזיקים זל"ז ועל המזיק להרחיק (עכ"פ בגירי דיליה) היה סגי בהוצא ודפנא, ול"ש טענת התעצמות כיון שעכשיו סילק היזקו. אלא דכיון ששניהם ניוזקים והכותל הוא לצורך שניהם לא גרע מבית שער שכופין זא"ז לבנותו לתיקון החצר, והחצר יותר מתוקן כשיהיה של קיימא שלא יצטרך להתעצם עמו בדין כל שעה.

ואף דלכאורה הך דין דכופין זא"ז לבנות בית שער אינו אלא בשותפין הדרים יחד בחצר, וכאן הרי נתפרקה השותפות, תי' הגרא"מ דע"כ גם אם אינם שותפים אבל כל שהוא לצורך שניהם כופין זא"ז.

אבל בחי' ר' נחום ביאר באופן אחר קצת שהוא מדיני תביעת חלוקה דיכול לתבוע חלק מתוקן. ולשון הרמב"ן והרשב"א נוח יותר לביאור זה שכתבו דצריכים להיות "חולקים בדבר של קיימא". ונראה לי להוסיף דדין זה גופא הוא מעין דין בית שער, דכמו ששותפין יכולים לכוף זא"ז לתקן החצר המשותפת, כך כשבאים לחלוק ולפרק השותפות יכולים לתבוע שהחלוקה תהיה באופן שהחלקים היוצאים מהשותפות יהיו מתוקנים.

ומעתה נראה עוד דעצם טירחת ההתעצמות בדין הוא דבר צדדי ול"ש לתיקון החצר וחלקיה, ולכן הוצרכו הרמב"ן להוסיף דביני וביני יהיה ניוזק בהיז"ר, וכן מוכח גם ברשב"א כנ"ל, דזה שייך לחצר עצמו ותיקונו ודמי לבית שער.

ב. והנה הרא"ש הקשה על הי"מ (שהיא שיטת הרמב"ן והרשב"א כנ"ל) מהא דר"נ אמר שמואל דגג הסמוך לחצר חבירו עושה לו מעקה דמשמע דאי"צ אלא מעקה ולא כותל של גויל וגזית וע"כ משום דכל שכונס לתוך שלו ובונה אין חבירו יכול לתבעו לבנות בגויל וגזית. ולמבואר יש לתרץ דעת הרמב"ן והרשב"א, דבגג הסמוך לחצר רק בעל החצר ניוזק ולא בעל הגג, ולכן ל"ש שם דין בית שער, וכל מה שתובע לבעל הגג אינו אלא משום סילוק נזקין, ובזה ליכא טענת התעצמות. וכ"כ החזו"א.

וממה שהרא"ש לא נחית לזה מוכח דל"ל הך חילוק ופשיטא ל"י דלעולם אין כאן תביעת תיקון החצר, רק תביעת הרחקת נזקין לחוד.

² אמנם יש לדחות דהכותל מעצם החלוקה ולכן ל"ש לומר שעל מנת כן חלקו שיהיה בלא כותל.

והנה הרשב"א הביא שיטה שמנהג המדינה היינו מנהג כתלי בתים, והרשב"א תמה ע"ז דכתלי בתים שאני שצריך לסמוך עליהם תקרה, אכן העירני ידידי הר"ר מאיר גודמן שליט"א דשיטה זו היא שיטת הרא"ה והראב"ד, דכל דין גויל וגזית הוא משום סמיכת קורות ותקרה, ושפיר יש לשערזו לפי מנהג בנין כתלי בתים.

ו. אלא שיש לתמוה על הרמ"ה והראב"ד, דא"כ מה ענין משנתנו לפלוגתא דהיזק ראייה, ולמה מבואר בגמ' דלמ"ד היז"ר לאו שמיה היזק אינו יכול לכופו לעשות כותל, נהי דאינו יכול לכופו משום היז"ר אבל אכתי יכופו משום סמיכת קורות.

ונראה בזה, דע"י בר"י מיגש (לק' עמ' ב') וז"ל טעמא דרצו הא לא רצו שניהם לבנות כותל ביניהם אלא א' מהם הוא בלבד שרוצה חבירו מעכב עליו, אלמא היזק ראייה לאו שמ"י היזק, דאי שמ"י היזק אמאי חבירו מעכב עליו עכ"ל. ומבואר בדבריו חידוש, דלכ"י פירוש הגמ' דלמ"ד היז"ר שמ"י היזק התובע יכול לכופו את הנתבע לבנות כותל, ולמ"ד לאו שמ"י היזק אינו יכול, אבל מדברי הר"י מיגש מבואר גם להיפך, דלמ"ד לאו שמ"י היזק אם רוצה לבנות כותל אפילו בלא סיוע חבירו יכול חבירו לעכב עליו, וכפי הנראה משום שמאפיל עליו, אבל למ"ד היז"ר שמ"י היזק אינו יכול.

והמקור לסברא זו דאינו רוצה שהכותל יאפיל עליו נראה מהגמ' לק' (עמ' ב') דפר"ך למ"ד היז"ר לאו שמ"י היזק, אמאי קתני בונין את הכותל באמצע, הרי כיון שנתרצו פשיטא שצריך לבנות באמצע, ומת"ן ל"צ דקדים חד ורצייה לחבריה, מה"ד מצי א"ל כי אתרצאי באוירא בתשמישתא לא איתרצאי קמ"ל, ומבואר ברבינו גרשום דבאוירא היינו להשתמש באוירא דידיך. (אבל רבינו יונה מפרש באוירא היינו לתת אבנים עיי"ש.) הרי דלמ"ד היז"ר לאו שמ"י היזק יש לו זכות שלא יבנו כותל ויתמעט אוירו, וצריך ריצוי על זה.

ומעתה נחא שי' הרא"ה והראב"ד, דלעולם עיקר דין בניית כותל של אבנים הוא משום תיקון החצר דמועיל לסמיכת תקרה, אבל מ"מ למ"ד היז"ר לאו שמ"י היזק אינו יכול לכופו לבנות כותל מה"ט, דאדרבא חבירו יכול לעכב עליו מלבנות משום אוירא. ורק למ"ד היז"ר שמ"י היזק, ואין חבירו יכול לעכב עליו מלבנות, ממילא דהוא יכול לכופו את חבירו לבנות כותל של אבנים שיועיל

אי"צ אלא הוצא ודפנא. והרמב"ן דס"ל באחים שחלקו דאינו יכול לתבעו לסתום החלון דעל מנת כן חלקו שלא יסלק משם כלום, ה"נ ס"ל במשנתנו דל"ש לתבעו לבנות כותל משום הרחקת נזקין, וכל דין המשנה אינו אלא משום תיקון החצר, וכיון שכן יכול לתבעו תיקון גמור של קיימא.³

ה. וגם הראב"ד אזיל לשיטתו בזה. דהנה ע"י בנמוק"י אחר שהביא שי' הרמב"ן דאינו יכול לכנוס בתוך שלו ולבנות בהוצא ודפנא, כתב דהרא"ה מוסיף בה דברים דגם לכנוס לתוך שלו ולבנות בגויל וגזית אינו רשאי, דהלה יכול לטעון שרוצה לסמוך עליו קורות עיי"ש. ותמוה לכ' דאיזו זכות יש לו לתבעו כותל לסמיכת קורות, והרי כל זכותו לתבעו כותל הוא משום היזק ראייה, כמבואר בגמ'. וע"י בחי' ר' אריה ליב מה שנדחק דאמנם החיוב משום הרחקת היז"ר אבל עכשיו שנתחייב הו"ל חיוב ממון ויכול לתבעו גם מצד סמיכת קורות, והסברא צ"ב.

אבל באמת אי"צ לזה כי הרא"ה לאו יחידאה הוא בזה דכן היא שיטת הראב"ד בשטמ"ק לק' (ו:) וז"ל שלא אמרו גויל וגזית וכפיסין אלא מפני סמיכת תקרה שיוכלו לסמוך עליהם, אבל להנצל מהיזק ראייה אפילו בהוצא עכ"ל. ומבואר דסבירא ליה דכל עיקר דין גויל וגזית דמתני' אינו אלא משום סמיכת תקרה, דאי משום היז"ר הוי סגי בהוצא ודפנא. ולית ליה סברת הרא"ש דצריך גויל וגזית משום שלא יעשה מעותיו אנפרות, וגם ל"ל סברת הרמב"ן והרשב"א שצריך גויל וגזית שמא יפול ויצטרך להתעצם עמו בדין. אלא כל מה שצריך גויל וגזית – ולא סגי בהוצא ודפנא – אינו אלא משום סמיכת תקרה. וזוהי גם שיטת הרמ"ה.

והדבר פשוט שדין זה שצריך לבנות כותל של גויל וגזית בשביל סמיכת תקרה אינו מענין הרחקת נזקין, אלא הוא מדיני תיקון החצר. והראב"ד לשיטתו דגם הוא ס"ל כרמב"ן באחין שחלקו דאין אחד יכול לתבעו את חבירו לסתום חלונו משום היז"ר, וכמו שביאר הרמב"ן דעל מנת כן חלקו, או כמו שביאר הריב"ש דהוי כסמך ברשות, וא"כ ע"כ טעמא דמתני' לאו משום שמזיקים זא"ז ומלתא דהרחקת נזקין, אלא משום ששניהם ניזוקים זמ"ז ומלתא דתיקון החצר.

³ והנה ע"י בטור ר"ס קנ"ז וז"ל הלכתא היז"ר שמ"י היזק לפיכך שנים שהן שותפין בחצר אם יש בו דין חלוקה יכול כל א' מהם לכופו את חבירו לחלוק, ואפילו לעשות ביניהם מחיצה למנוע כל א' מהביט בשל חבירו עכ"ל. ובחי' ר' נחום (אות כ"ד) תמה מה ענין עיקר דין החלוקה לדיני היז"ר. ות"י עפ"י היסוד הנ"ל דתביעת בנין הכותל הוא מעצם תביעת החלוקה.

אבל קשה לומר כן בדעת הטור שהרי הטור הסכים להרא"ש דאם כנס בתוך שלו יכול לבנות בהוצא ודפנא, וגם סתם כהרמ"ה דגם אם אחד יש לו חלק גדול בחצר חולקים הכותל בשוה, ומשמע דגם הטור ס"ל דחיוב בנין כותל אינו משום תיקון החצר או החלקים אלא מלתא דהרחקת נזקין.

ואשר ללשון הטור שדייק ממנו הג"ר נחום, נראה דאף שהזכות לתבעו כותל היא מדין הרחקת נזקין בעלמא, אבל סוכ"ס יוצא דע"י תביעת החלוקה נגרמות הוצאות דסילוק דהיז"ר, ואין א"כ יש לו כח לתבעו חלוקה, וע"כ דזה בכלל זכות החלוקה, דיכול לתבעו חלוקה אע"ג דע"י ייגרמו הוצאות מסוימות להרחקת נזקין הנוצרים ע"י החלוקה.

יכולים לחזור בהם ולא דמי לקרע כסותי דיכול לחזור דכאן הוא חיוב ממון שנתחייבו כל אחד לחבירו לסייעו בבנין הכותל ושייך ע"ז מחילה. ורבים תמהו דהיכן נעלם דין הרחקת נזקין. והכותל לכאורה רק היכ"ת לסלק נזקיו. אמנם לעיל נתבאר דהראב"ד והרמב"ן ס"ל דבאחים שחלקו ליכא תביעת הרחקת היז"ר דעל מנת כן חלקו שלא להסתלק, אבל הרא"ש הרי פליג עלייהו.

ובשלמא אילו כתב הרא"ש דיכול להקנות זל"ז זכות לדור בחצר ולהזיק זא"ז בהיז"ר היה ניהא דס"ל דהיז"ר אינו כאדם המזיק אלא הוא כנזקי שכנים דשייך בהו קנין שמקנה לו זכות להשתמש בחצרו אע"פ שתשמישו פוגע בשכנו. וכמו שבדאי יכול להקנות לו זכות ליטע אילן סמוך לבורו.¹ וכן מבואר מדברי הרא"ש בר"ד שם שדן אם שייך כאן חזקת ג"ש שיוכל לטעון שמחל על ההיז"ר ומכר או נתן לו במתנה, והך מכר או מתנה לכאורה היינו שזכה בזכות להשתמש בחצרו בלי כותל, אבל כאן בסו"ד כתב הרא"ש טעם אחר דהוי חיוב ממון לבנות כותל, ואיה איפה נעלם חיוב הרח"נ.

וא"כ קשה בשתים, חדא מה זה שכתב הרא"ש דיכול למחול דאינו אלא חוב ממון, והרי איכא חיוב הרחקת נזקין, ועוד שסותר למש"כ

גם לסלק ההיזק ראייה וגם לסמיכת קורות, דבהכי הוי תיקון החצר.

אלא שאחד מהתלמידים הקשה איך יש לו זכות לתבוע שלא יבנה כותל משום אוריא, מ"ש מאחים שחלקו שאם יש לו חלון אינו יכול למנוע מחבירו לבנות כותל כנגדו אף שמאפיל, כמבואר לק' (ז). ואולי כונת הר"י מיגש רק דלמ"ד היז"ר לאו שמהי היזק יכול לעכבו מלבנות כותל באמצע, אבל אם כונס לתוך שלו אינו יכול לעכבו. (וכן פי' הגרמ"ש בהגהותיו עיי"ש).

ומ"מ מעצם דברי הגמ' דקאמר כי אתרצאי לך באוריא כו' (לפי' רבינו גרשום) מבואר דאם היז"ר לאו שמהי היזק יותר ניהא לי' שיהיה לו אור (ולכן היה צריך ריצוי שישתתף בבנין), ולענינו סגי בזה דמעשה למ"ד היז"ר לאו שמהי היזק תיקון החצר הוא שיהיה להם אור, והתיקון של אור עדיף מהתיקון של סמיכת קורות, ורק למ"ד היז"ר שמהי היזק, ותיקון החצר הוא שיהיה שם כותל לכה"פ של הוצא ודפנא, ואז ליכא אוריא, ממילא דיש גם לבנותו בגויל וגזית דבזה מתוקן טפי לסמיכת קורות.

ז. והנה הרא"ש (סי' ב') כתב דאם יש עדים שמחלו זל"ז אינם

¹ באמת יל"ח אם היז"ר הוי בגדר אדם המזיק, או בגדר נזקי שכנים. והנה בהא דהאחים שחלקו אין להם חלונות וע"ז דפי' הראב"ד דאם מזיקו בהיז"ר אינו יכול לתבעו לסתום חלונו, ולעיל הבאנו מה שביאר הרמב"ן דעל מנת כן חלקו שלא להסתלק. אבל הגרע"ק א' (קמא סי' קנ"א קונטרס מילי דנזקין ד"ה ומש"כ הטור) הביא מש"כ הריב"ש (שכ"ב) שכתב טעם אחר דכיון שהחלון היה שם קודם שחלקו הוי סמך ברשות. ומבואר דס"ל דגם בהיז"ר שייך ההיתר דסמך ברשות, וע"כ דס"ל דאינו כאדם המזיק אלא כהרחקת נזקי שכנים בעלמא וכהנך דפי' לא יחפור ולכן כל שסמך ברשות אי"צ להרחיק.

מאידך הנה הר"י מיגש (ב:): והרמב"ן (נט). הביאו בשם תשובת הרי"ף דבהיז"ר ל"ש חזקה, ועי' בר"י מיגש כמה טעמים בזה, וגם הרא"ש (סי' ב') כתב כמה טעמים בזה, אבל הרמב"ן (שם) כתב דטעמא דהרי"ף דהוי כנזקי אדם באדם, משום עין הרע או משום לישנא בישא או משום צניעות. ופשטות הדברים משמע דחשיב לי' אדם המזיק ממש, ולכן ל"ש חזקה דמה לי אם מחל או מכר הר"ז כקרע כסותי.

אבל באמת קשה לומר שדעת הרמב"ן דהו"ל אדם המזיק ממש, שהרי א"כ מה שייך לומר באחין שחלקו דעל מנת כן חלקו, וכי חלקו על מנת שיוזק בידיהם. ועוד דברמב"ן שם מבואר דאם מחל ממש היה מועיל אלא דמ"מ צריך לסגור חלונו משום דהיז"ר היא עבירה עיי"ש. ולכן נראה דגם לרמב"ן אינו אלא נזקי שכנים רק כונתו דכמו בקוטרא וביה"ס ל"ש חזקה כיון שהנזק הוא בגופו אין הדרך למחול כ"ש בהיז"ר דדירתו מזיקה את שכניו והוי נזקי שכנים של אדם באדם.

ועי' בר"י מיגש (ו:): שדייק דאסור לפתוח חלון כנגד רה"ר כשבצד השני יש חצר שיהיה ניזוק בהיז"ר, והקשה הא קיי"ל כו' יוסי דעל הניזק להרחיק א"ע, ותי' דהוי גירי דיליה. והראב"ן וכן האו"ז בשם ר' ברוך הספרדי הקשו כן על דינא דמתני' למה חייבים לבנות כותל משום היז"ר הא קיי"ל כו' יוסי ותי' ג"כ דהוי גירי דיליה. ומבואר דס"ל דאינו כאדם המזיק דא"כ למ"ל טעמא דגירי דיליה ומה קשיא להו מדר' יוסי מעיקרא. (ושמא ס"ל דגירי דיליה היינו שמזיק בידים וכפרש"י בגירי דיליה ודלא כפי' רו"ר דהיינו שההיזק מתחיל מיד, וא"כ זה גופא תירוצו דהוי אדם המזיק.) ומשמע דס"ל ג"כ דהיז"ר אינו כאדם המזיק ממש אלא דצריך להרחיק תשמישו שלא יפגע בתשמישו של חבירו.

ומדברי הרא"ש כאן בר"ד שכתב כמה טעמים למה לא מהני חזקה בהיז"ר כדי שיוכל לטעון שמחל או מכר או נתן לו במתנה, והכל טעמים למה החזקה אינה ראייה עיי"ש, אבל עצם הטענה שמחל או מכר או נתן במתנה היא טענה מעליתא, משמע ג"כ דס"ל דהוא בגדר נזקי שכנים שתשמישו בחצרו פוגע בתשמיש חבירו, ולא כאדם המזיק ממש. ושפיר יכול להקנות לו זכות להשתמש בחצרו ולדור בו בלא כותל.

וק' מסו"ד דאם יש עדים שמחל מהני מחילה דהוי חוב ממון לבנות כותל ולכן אינו כקרע כסותי, דלכאורה גם בלא"ה לא הוי כקרע כסותי אלא כנזקי שכנים דמהני בהו מחל או מכר או נתן במתנה, כמבואר בר"ד. אבל נראה דגם כנזקי שכנים ל"ש מחילה כמו בקרע כסותי, דל"ש מחילה על תביעת נזק. ואף דשייך מכירה או מתנה כמבואר בדבריו, היינו שמוכר לו זכות השתמשות בחצר וממילא הוא כסמך ברשות, אבל מחילה הוא דוקא על חוב ממון, ולזה ביאר דגם מחילה מועילה דמוחל חובת עשיית כותל.

בקרע כסותי אבל כאן אין המחילה על הרח"נ אלא על חוב הסיוע כמש"נ.

ומש"כ הרא"ש בר"ד שכשהחזיק ג"ש שמא יכול לטעון שמחל ומכר היינו שמחל או מכר, דהם שני ענינים, מחילת חוב הסיוע, או מכירת זכות דירה. ודן הרא"ש דשמא חזקת ג"ש חשיב ראייה שמחלו זל"ז או הקנו זל"ז. אבל אחר דמסיק הרא"ש שאין החזקה ראייה, חזר לבאר דמ"מ אם יש עדים שמחל מועיל. ובודאי ה"ה אם יש עדים שמכר, וזה ענין אחר, אבל לא הוצרך הרא"ש לבארו דזה מילתא דפשיטא דמועילה מכירה כמו בכל נזקי שכנים דפשוט שיכול למכור לו, אבל מה שמועילה עדות שמחלו זל"ז הוא חידוש דמ"ש מקרע כסותי ולזה ביאר דמוחלים חוב הסיוע וכמש"נ.

ועי' במאירי דאם אחד עשיר ואחד עני ואין העני יכול להשתתף בכוחו אין העשיר יכול לסלקו, וקשה אמאי לא הרי מזיקו בהיז"ר. אבל הוא מבואר עפ"י דהרא"ש דל"ש כאן תביעת הרחקה נזקין דממנ"פ אם אין שם כותל גם לעשיר אין זכות דירה ואם העשיר בנה כותל א"כ אינו ניזוק וג"כ אין לו טענת הרחקה נזקין, רק שהעשיר יכול לבנות כותל ולתבוע מהעני שיסייע עמו, אבל זה אינו אלא חוב ממון כמש"כ הרא"ש ובודאי העשיר יכול לתבוע ממון אבל אין מקום לסלקו.

ט. ולכאורה יש להביא ראייה להרא"ש מהגמ' (ה:) דכל שפא ושפא זמניה הוא עיי"ש דמבואר דרק אחר שבנה ראובן שפא אחד מן הכותל הוא דנתחייב שמעון לשלם, ואם איתא דשמעון חייב מדין הרחקה נזקין א"כ כבר נתחייב קודם שבנה ראובן כלל. אלא ע"כ דאין כאן אלא חוב סיוע כשבונה ראובן.

ויקשה לדעת הנך ראשונים דחייב מדין תיקון חצר, אבל י"ל דגם חיוב תיקון החצר אינו חל אלא כשבנה, דאם ראובן ושמעון דרים בחצר וראובן תבע את שמעון לבנות בית שער אין שמעון חייב לבנות כלום אא"כ גם ראובן יבנה, וא"כ הוא חייב סיוע, ולא נתחייב שמעון עד שבונה ראובן, דהיינו או להשתתף בבנין או לשלם חצי ההוצאות אחר שנבנה כל שפא ושפא.

ועכ"פ מוכח דאין ראובן יכול לתבוע את שמעון מדין הרחקה נזקין, דא"כ קדם החיוב לבנין לגמרי. וע"כ דאין כאן תביעת הרחקה נזקין, או משום שעל דעת כן חלקו שלא יסתלק כסברת הרמב"ן והראב"ד גבי אחין שחלקו, או משום שכל זמן שראובן מזיק אינו יכול לתבוע הרחקה נזקין מדין נזק וכמש"נ.

בר"ד דשייך כאן מכירה או נתינה במתנה, ומכר או מתנה ל"ש בחוב ממון אלא בחיוב הרח"נ.

ועל עצם דברי הרא"ש דתביעת בנין כותל אינו אלא חוב ממון הקשה חתני הר"א גרינהויז נ"י מהגמ' (ו:) דשנים שיש להם גגות בב' צדי רה"ר, זה בונה מעקה לחצי גגו וזה בונה מעקה לחצי גגו, הרי לנו דאף ששניהם מזיקין זא"ז, אפ"ה חייבין כל א' להרחיק, והתם לא שייך חוב ממון, שהרי כל א' בונה הכותל בתוך שלו ואין לחבירו חלק בכתלו כלל, וע"כ דאי"ז חיוב ממון אלא חיוב הרחקה נזקין.⁷

ח. ונראה בכל זה, דבאמת בחצר השותפין אין ראובן יכול לתבוע את שמעון להרחיק היזק ראייתו שהרי ממנ"פ אם אין שם כותל גם ראובן אין לו זכות להיות שם ואם אין לראובן זכות לדור שם אינו יכול להיות ניזוק בהיז"ר, ואם ראובן בנה כותל ג"כ אינו ניזוק שהרי מעתה אין שמעון רואהו, וא"כ ממנ"פ אין מקום שראובן יבוא בתורת ניזוק לתבוע משמעון הרחקה היז"ר. וגם שמעון אינו יכול לתבוע מראובן מה"ט.

אבל מה שנשאר, שאם ראובן יבנה הכותל (כדי שלא יזיק את שמעון ויהיה לראובן זכות לדור שם), יכול הוא לתבוע את שמעון שישתתף עמו כיון שגם הוא מזיק כמותו. ואין התביעה בתורת ניזוק התובע את המזיק דזה ל"ש כנ"ל, ולכן אי"ז תביעת הרחקה נזקין, אלא זו תביעת מזיק שבא לסלק את היזקו ותובע מהשני שמזיק כמותו שייקל מעליו החצי, ותובע את ההקלה, וזו חובת ממון.

ואין התביעה שראובן תובע את הכותל של שמעון, אלא ראובן תובע את ההנאה שלא יצטרך לבנות הכל לבדו. וזה מש"כ הרא"ש שתובע שייסעו. וזה שייך גם בב' גגין, שראובן תובע משמעון את ההנאה שלא יצטרך ראובן לבנות הכל.

ואם מחלו זה לזה חובת הסיוע, לא נשאר אלא תביעת הרחקה נזקין וזה ל"ש כאן כנ"ל ולכן אחר שמחלו חוב הסיוע אין אחד יכול לתבוע את חבירו כלל.

באמת יש להם דרך אחרת לפטור זא"ז מחיוב כותל, אבל אינו ענין למחילה, והוא שימכרו זל"ז או יתנו במתנה זל"ז זכות לדור שם ולהזיק בהיז"ר. וזה פשוט שמועיל כמו בכל נזקי שכנים. ואם יש עדים שעשו כן בודאי מועיל והרא"ש לא הוצרך לבאר זה. רק הרא"ש בא לבאר דגם אם אין עדים שמכרו או נתנו במתנה, אבל יש עדים שמחלו זה לזה, גם זה מועיל, אף דבנזקין ל"ש מחילה כמו

⁷ והב' שלמה שווארץ נ"י רצה להציע דשמא כיון שבונים מחמת שמזיקין זא"ז נעשים שותפים בשני הכתלים. וכנגדו טען הב' ארי הגלר נ"י שזה נסתר מדברי הרא"ש בסי' ה' שכתב דלפי שיטתו דבכונס לתוך שלו סגי בהוצא ודופנא ה"ה בנידון זה דשני גגות בשני צדי רה"ר דסגי בהוצא ודפנא. והרי אם איתא דנעשים שותפים בכתלים א"כ אם נפל כותל אחד יצטרכו שניהם לחזור ולבנותו ושפיר איכא טענת אנפרות ולא יהיה סגי בהוצא ודפנא. וע"כ דהכותל שעל הגג האחד כולו שלו והכותל שעל הגג השני כולו שלו, ואם נפל הוא לבדו צריך לבנותו מחדש. וא"כ מוכח דיש חיוב לבנות כותל משום הרחקה היז"ר שאינו בגדר חוב ממון.

משום שצריך חלוקה של קיימא, וגדר קיימא נגדר לפי המקום והזמן, ובודאי גם שאר כותלי העיר בונים בדרך של קיימא, ולכן גדר חלוקה של קיימא נקבע לפי שאר כותלי העיר.

ב. ועי' ברשב"א שמביא ב' ראיות נגד שי' הרא"ש שיכול לכונוס בתוך שלו ולבנות בהוצא ודפנא, חדא דאטו בשופטני עסקינן, הרי כשהנתבע רואה שתובעים ממנו ג' טפחים של גויל בודאי יכנוס בתוך שלו ויעשה בהוצא ודפנא. ולהרא"ש נראה דאיי"ק כי דין המשנה יצויר כגון שהנתבע אינו רוצה לעשות בהוצא בדפנא, דאפילו אצל הנתבע זה נחשב עשיית מעותיו אנפרות, רק שהנתבע סגי לי' למשל בלבנים, והתובע מחשיב גם זה לאנפרות ותובע גויל. ומשמע דהרשב"א לא נחית כלל להסברא דעשיית מעותיו אנפרות.

וכן מבואר מאידך ראייה שהביא הרשב"א, מהא דלק' (ו: ב') חצירות זו למעלה מזו דקיי"ל כרב חסדא דהעליון מסייע להתחתון, דגם הוא צריך ליסוד, ואם איתא דיכול לכונוס לתוך שלו ולעשות בהוצא ודפנא א"כ נמצא שהעליון אינו צריך ליסודו של התחתון כלל. וגם זה נראה דאיי"ק להרא"ש, דאיה"נ אם רוצה לכונוס לתוך שלו ולעשות הוצא ודפנא הרשות בידו, אבל מיירי כשאינו רוצה לעשות הוצא ודפנא דזה נחשב אצלו עשיית מעותיו אנפרות, ורוצה לעשות גויל, וגם אינו רוצה לעשות כל הגויל ברשותו שאינו רוצה להפסיד ו' טפחים של קרקע. נמצא שצריך ליסודו של התחתון. אבל הרשב"א לי"ל הסברא דאנפרות כלל.

והנה ברשב"א מבואר דלרב הונא באמת יכול לכונוס לתוך שלו ולעשות בהוצא ודפנא וזהו גופא טעמא דרב הונא דפליג על רב חסדא וס"ל דאינו צריך לסייע להתחתון כלל. ותימה א"כ לרב הונא מ"ט דמתני' שצריך לבנות כמנהג המדינה, וכי בשופטני עסקינן, וכמו שהקשה הרשב"א עצמו על שי' הרא"ש, כך יקשה לדידיה עכ"פ אליבא דרב הונא. וצ"ע.

ג. והנה במה שאמרו במשנה וכן בגינה מקום שנהגו לגדור מחייבין אותו מפ' בגמ' דה"ק דסתם גינה הוי כמקום שנהגו לגדור. ומשמע דמ"מ אם נהגו בפירוש שלא לגדור אי"ת. וכ"כ הרא"ש (סי' ו'). ועיי"ש שהביא פלוגתא אם ה"ה בחצר, או"ד חצר חמור טפי ואפילו במקום שנהגו שלא לגדור מחייבים אותו.

והרשב"א הביא ראייה דבבב"ב דאפילו אם נהגו שלא לגדור לא אזלינן בתר המנהג, אלא מחייבים אותו לגדור, דהא במשנה קתני הכל כמנהג המדינה ומפ' בגמ' לאתווי אתרא דנהיגי בהוצא ודפנא, וכתבו התוס' ושאר ראשונים בשם ר"ת לדייק דמשמע דאילו אם נהגו בפחות מהוצא ודפנא הוי מנהג גרוע ומחייבים אותו לבנות לכה"פ בהוצא ודפנא. והשתא אם מנהג לגדור בפחות מהוצא ודפנא אינו מנהג, כל שכן מנהג שלא לגדור כלל.

ולכ' כי הסוברים דבמקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבים אותו חולקים על ר"ת, וס"ל כדעת הרמב"ן דהוצא ודפנא לאו דוקא, ואפילו נהגו בפחות מהוצא ודפנא אזלינן בתר המנהג, מכל שכן

אכן באמת עי' בדברי רבינו יונה (שם) שכתב להדיא דשמעון נתחייב בטרם שום אבן על אבן, וכונת הגמ' דכשהתחיל ראובן לבנות האריך לשמעון את זמן הפרעון עד גמר הכותל (או השפא) עיי"ש. אבל תוס' הרא"ש באמת כתב דטרם שנגמר הכותל לא נתחייב שמעון כלל, וע"ע מש"נ שם.

הכל כמנהג המדינה

בגדר מנהג המדינה כתב הרא"ש דהיינו כמנהג שאר חצירות, אבל הרשב"א כתב כמנהג השותפין כשמרצין לחלוק ביניהן שבונין גויל וגזית. ונראה דאזלי לשיטתייהו, דלהרא"ש עיקר הטעם שצריך כותל בנין משום שאינו רוצה לעשות מעותיו אנפרות, וזה נמדד לפי שאר כותלי חצירות, ואפילו כותלי חצירות שאינם מבדילים בין שני שותפין אלא בין החצר לרה"ר, דסוכ"ס חזינן מאותם כותלים מה נחשב אצל בני המדינה בנין כותל קיים שלא יהיה נחשב עושה מעותיו אנפרות. אבל להרשב"א עיקר הטעם שצריך כותל בנין משום שאינו רוצה להיות כל שעה בדינא ודיינא, וצריכים למדוד מה נחשב אצל בני המדינה כותל קיים שלא יהיה צריך לטרוח עם שכינו לדין, וזה א"א ללמוד משאר כותלי חצירות, אלא מכתלים המבדילים בין שותפין דוקא.

[אלא דיל"ע אמאי א"א ללמוד מכתלי שכנים, ולא דוקא שותפין. ונראה משום דבכתלי שכנים אפשר שא' החזיק להיות רואה (דשי' הרשב"א לק' ב: משמע שנוטה לדעת הר"י מיגש דמהני חזקה בהיזק ראייה) והוצרך חבירו לבנות בעצמו, ואם נפל הכותל יהיה צריך לבנות בעצמו ולא להתעצם בדין, ולכן דנים מכתלי שותפין החולקים דוקא שהם הבונים בשותפות ואם יפול הכותל יצטרכו להתעצם בדין.]

אבל צריך להבין בשי' הרמב"ן שכתב וז"ל ופי' מקום שנהגו על מנהג בני המדינה שאם מנהגם לבנות כל אחד ואחד בשל עצמו גויל אף השותפין כופין זא"ז לבנות גויל, ואם שאר כותלי העיר שיש לכל א' בשלו גזית השותפין בונים גזית עכ"ל. והנה מש"כ שאר כותלי העיר משמע לכ' אפילו כותלי בנין, וכמו שהביא הרשב"א בשם י"א, וזה תמוה כמשה"ק הרשב"א דהרי כותלי בנין גבוהים וצריכים גם להחזיק התקרה ומה ענינם לכותל חצר. ואפשר דגם הרמב"ן לא נתכוון כ"א לכותלי חצירות. אבל עכ"פ מבואר להדיא ברמב"ן דמודדים לפי הכתלים שבונה כל א' לעצמו, ולא כמש"כ הרשב"א דתלוי בכותלי שותפין החולקים. וזה כהרא"ש דהוא כמנהג שאר חצירות. ותמוה תינח הרא"ש דס"ל דטעמא דצריך כותל בנין משום שאינו רוצה לעשות מעותיו אנפרות, זה שפיר אפשר ללמוד משאר כותלי חצירות, אבל הרמב"ן הרי ס"ל דטעמא דצריך בנין אבנים משום שאם יפול שמא לא ירצה הלה לבנות, ויהיה צריך להתעצם עמו בב"ד, ומה זה ענין לשאר כותלי חצירות.

וצ"ל עפ"י מה שכתבנו לעי' דיסוד הדין דצריך כותל של אבנים הוא

ממקום שנהגו שלא לגדור כלל.

שי' הרמב"ם בביאור המשנה

ע"י רש"י ד"ה הכל כמנהג המדינה וז"ל אם מנהג לבנות בגויל אין חבירו יכול לומר איני חפץ אלא גזית עכ"ל. ק"ל הרי גויל הוא מאותם אבנים כמו גזית רק דלא משפיין, וצריך טפח למורשא דקרנתא, וכי ע"י דלא משפיין עומד יותר, וצ"ע.

וע"י רמב"ם פ"ב שכנים ה"ו וז"ל רוחב מקום הכותל משל שניהם, וכמה יהיה רחבו, הכל כמנהג המדינה. ואפילו נהגו לעשות מחיצה ביניהם בקנים ובהוציא כו' עכ"ל. ואח"כ בהל' י"ח, אחר שביאר שאר דיני כותל השותפין, כתב וז"ל מקום שנהגו לבנות כותלים המבדילין בחצירות או בגנות באבנים שאינן גזית זה נותן ג"ט וזה נותן ג"ט, בגזית זה נותן טפחיים ומחצה וזה נותן טפחיים ומחצה כו' עיי"ש. ויש כאן כמה דיוקים, חדא דבהט"ו כתב שהולכים לענין רוחב אחר מנהג המדינה, ואילו בה"ח כתב שיש לו שיעור קבוע לגויל ו' טפחים כו'. ועוד דבהל' ט"ו כתב דלענין רוחב הולכין אחר מנהג המדינה, ולא הזכיר שהולכין אחר מנהג המדינה גם לענין סוג הכותל, ונטר בזה עד הל' י"ח. ועוד דגם בה"ח לא כתב מפורש דחייב לבנות כותל מאותו סוג שנהגו במדינה, אלא כתב דאם נהגו בגויל צריך לתת ו"ט. ועו"ק למה בהל' י"ח לא הזכיר מקום שנהגו בהוצא ודפנא.

ומכל זה היה נראה דס"ל להרמב"ם דבאמת אין חוזק הכותל תלוי כ"א ברחבו, ואין כותל לבנים של ה' טפחים רעוע מכותל של גזית של ה"ט. ולכן אין שום הלכה שחייב לעשות כותל מאותו סוג הנהוג במדינה. ולכן בהל' ט"ו לא כתב אלא שרוחב הכותל צ"ל כמנהג המדינה. וכונתו בהל' י"ח לדבר אחר, דכשבאים למדוד מהו מנהג המדינה בכותלים, אי"צ למדוד כל הכתלים, וגם מהיכ"ת שכל הכתלים הם במידה שווה, אלא כל שמנהג המקום לבנות בגויל נקבע מנהג המקום ברוחב ו"ט, דזהו שיעור הממוצע דגויל, ואם מנהג המקום לבנות בגזית נקבע מנהג המקום ברוחב ה"ט. והוא פירושא דהל' ט"ו. אבל מ"מ לעולם יכול לבנות גם בלבנים, ובלבד שיהיה כשיעור רוחב מנהג המדינה.

וביאור המשנה לפי"ז דמש"א גויל זה נותן ג"ט כו' הוא פירושא דהרישא מקום שנהגו לבנות גויל כו' הכל כמנהג המדינה. דמה שעושים גויל קובע המנהג דזה נותן ג"ט כו', ודו"ק.

תוס' ד"ה בגויל. שי' התוס' דשיעורי עובי הכותל שנאמרו במשנה הם שיעורים למעלה, אבל אם המנהג בפחות הולכים אחר המנהג, דלא גרע מהוצא ודפנא. אבל הרא"ש חולק וס"ל דאם נהגים בפחות הוי מנהג גרוע. והנה התוס' לק' (ג. ד"ה ארבע) כתבו דמה שאמרו דגזית לא קאי בפחות מד' טפחים היינו כמשפט גזית שרוצים בנ"א לבנותו שיעמוד ימים רבים כשבונים בגזית, אבל עכ"פ לא גרע מלבנים ששיעורם ג"ט. ומבוארת מאד שי' התוס' דאם נהגו בגויל פחות מו"ט או גזית פחות מה"ט לא גרע עכ"פ

אבל ק' דבדין מקום שנהגו שלא לגדור כלל הביא הרא"ש פלוגתא, וכנ"ל, ואילו לענין מקום שנהגו לגדור בפחות מהוצא ודפנא לא הביא הרא"ש כ"א את דברי ר"ת דלאו מנהג הוא, ומשמע דס"ל דלית מאן דפליג בזה.

אכן פשוט דהרא"ש לשיטתו דטעמא דצריך לבנות כותל בנין כמנהג המדינה משום שיכול התובע לומר איני רוצה לעשות מעותי אנפרות, ולכן ס"ל דאם נהגו בפחות מהוצא ודפנא אינו מנהג, דהוא בעצם עשיית מעותיו אנפרות. משא"כ אם נהגו שלא לגדור כלל אין כאן הפסד ממון ואזלינן בתר המנהג. והרשב"א דלא נחית לזה לטעמי' דלית ל'י' הך סברא דאינו רוצה לעשות מעותיו אנפרות, וק"ל.

ד. ועדיין יש לעי' לאותה שי' שהביא הרא"ש דגם בחצר מהני מנהג שלא לגדור כלל, וכן דעת רבינו יונה, וכדמשמע במשנה לענין גינה, א"כ מה החידוש בהמשך המשנה דהכל כמנהג המדינה, ובגמ' אמרי' לאתויי אתרא דנהיגי בהוצא ודפנא, והרי אפילו באתרא דנהיגי שלא לגדור כלל מועיל המנהג, כל שכן באתרא דנהיגי בהוצא ודפנא.

ולשי' הרא"ש דצריך כותל בנין משום שאינו רוצה לעשות מעותיו אנפרות ניחא, דהיה ס"ד דאף שמועיל מנהג שלא לגדור כלל, אבל מנהג לבנות בהוצא ודפנא אינו מועיל דהוי עשיית מעותיו אנפרות. אבל ק' דרבינו יונה אמנם כתב תחילה כדעת הרא"ש דאם כונס לתוך שלו יכול לבנות בהוצא ודפנא, ורק כשבונים בשותפות צריך כותל אבנים, וכסברת הרא"ש דאינו רוצה לעשות מעותיו אנפרות, אבל אח"כ הביא שי' אחרת, שהיא כדעת הרמב"ן, דאפילו אם כונס לתוך שלו צריך כותל של אבנים כדי שלא יצטרך להתעצם עמו כל שעה בדין. ואותה שיטה לכ' ל"ל הסברא דאינו רוצה לעשות מעותיו אנפרות, ומשמע דרבינו יונה לא הכריע בזה, ויקשה לאותה שי' מה החידוש במה דמועיל מנהג לבנות בהוצא ודפנא.

אכן בפשיטות י"ל דגם אותה סברא שכתב רבינו יונה דאינו יכול לכנוס לתוך שלו, שלא יצטרך להתעצם עמו בדין, אית ל'י' נמי הסברא דאינו רוצה לעשות מעותיו אנפרות, ותרוייהו איתנהו.

עו"ל דטעמא דמועיל מנהג שלא לגדור כלל הוא משום דבמדינה כזו רגילים שלא לעשות דברי הצנע בחצר. משא"כ במקום שנהגו בהוצא ודפנא הרי עושים דברי הצנע בחצר, והיה ס"ד דלכן אינו מועיל מנהגם לבנות בהוצא ודפנא כיון שהוא רעוע. אבל לשון רבינו יונה לא משמע כן, דכתב דמועיל מנהג שלא לגדור משום שאין מקפידין על היז"ר. ועוד דא"כ איך למד רבינו יונה דין חצר מדין גינה, שמא דוקא בגינה מועיל מנהג שלא לגדור שאי"ז מקום מיוחד כ"כ לדברי הצנע, משא"כ בחצר.

ונראה דעי' לק' (עמ' ב') נפל שאני, וביאר רבינו יונה דכיון שנתחייבו לעשות כותל התחייבו לא להזיק זא"ז בהזיק ראייה. וכן משמע מדברי רש"י שם ד"ה מהו דתימא, עיי"ש. וממילא י"ל דכיון שנתחייבו שלא להזיק בהיז"ר, ומנהג המדינה לעשות גויל, הר"ז התחייבות להשמר מהזיק ראייה במידת השמירה של גויל, וכיון שאין גויל עומד כדבעי כ"א בו' טפחים, לכן חייבים לעשות ו' טפחים.

אלא דמ"מ קשה דתינח להרמב"ן דטעמא דצריך כותל בנין כמנהג המדינה כדי שלא יפול ויהיה מזיק בהיז"ר ביני וביני, אבל לשי' הרא"ש דלא חיישינן לזה, דיש שופטים בארץ, ומה שצריך כותל בנין הוא משום שהתובע יכול לומר איני רוצה לעשות מעותי אנפרות, א"כ סוכ"ס במקום שנהגו בגויל ה' טפחים נהי שהם עושים מעותיהם אנפרות אבל מ"מ הרי הוא לא התחייב על יותר מזה. וצ"ע.

תוס' ד"ה לפיכך

בר"ד וא"ת מאי איריא משום דבנין הכותל כו'. אכן לפי מה שביאר רש"י לק' (ד:) קושיית הגמ' ולא יעשו חזית לא לזה ולא לזה, דכיון שלא עשו חזית הרי סימן ששניהם עשאוה, א"כ אין ראייה ליסודם של התוס' דלא מהני תפיסה לאחר שנולד הספק, דהתם אין החלוקה מדין ספק אלא משום שיש סימן שבנו בשותפות. וממילא תירוץ הגמ' (ד.) "לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו" מתפרשת בפשיטות, ואי"צ למש"כ התוס' דשהה הרבה. וכן מבואר ברמב"ן (ד"ה ואיכא) שביאר כן דעת רש"י. וכן מדוייק מדברי רש"י (שם) שפי' קושיית הגמ' "פשיטא" דס"ד דנפל הכותל במקומו, ודלא כתוס' דגם בקושיא ידעה הגמ' דנפל לרשותא דחד מינייהו, ומ"מ פריך פשיטא, עד דמתרץ דשהה הרבה.

אלא דמ"מ יקשה לשי' רש"י מאי קאמרה המשנה לפיכך אם נפל כו', למה צריך לטעמא דלפיכך, הרי אפילו אם ליכא אומדנא מ"מ כיון שאין חזית לא לזה ולא לזה הרי סימן ששניהם עשאוה. אכן הרמב"ן רמז תירוץ לזה במש"כ דאין תקנת חזית בחצר עיי"ש.

אלא דצריך להבין אמאי לא תקנו חזית בחצר, תינח להך לישנא דהיז"ר שמי' היזק א"כ ניחא שלא תקנו חזית בחצר כיון דלעולם בונים בשותפות, אבל להך לישנא דהיז"ר לאו שמי' היזק, ומתני' בדרצו, א"כ היה בדין שיתקנו חזית גם בחצר. וא"כ יקשה טובא מאי קאמרה המשנה דלפיכך אם נפל כו', וכמו שפי' התוס' דידועים שהקנו זל"ז, והרי אפילו אם אין יודעים שהקנו זל"ז וליכא להאומדנא דלפיכך מ"מ יחלוקו כיון שאין חזית לא לזה ולא לזה והוא סימן ששניהם בנאוה.

ושי"ל דעי' ברמב"ן ס"ל דבמקום שיש אומדנא דלפיכך לא יועיל חזית, דהאומדנא דלפיכך עדיף מחזית. והוכיח כן דאם לא כן גם

מאילו נהגו בלבנים. וגם אם נהגו בלבנים פחות מג"ט עכ"פ לא גרע מהוצא ודפנא. (ונראה דלכך הביאו התוס' ראייתם מהוצא ודפנא, ולא מלבנים, דבא לרבות אם נהגו בלבנים פחות מג"ט.) וצריך להבין במאי פליג הרא"ש.

אכן בפשוטו הרא"ש לטעמי' דטעמא דמתני' דצריך לעשות כותל בנין כמנהג המקום משום שהתובע יכול לומר איני רוצה לעשות מעותי אנפרות, וא"כ י"ל דאם נהגו בגויל בפחות מו"ט נהי דמצד כח עמידתו לא גרע מלבנים, ומסתמא גם עדיף מיניה, אבל מ"מ הוא מנהג גרוע מצד שהוא נחשב עשיית מעותיו אנפרות, דלפי יוקר עשיית גויל לא כדאי בפחות מו"ט, דאינו עומד הרבה יותר מלבנים. ומשמע דהתוס' באמת חולקים על סברא זו.

ב. ועי' ברמב"ן (ד"ה לפיכך) כתב לענין הרוחב דאין הולכים אחר המנהג דאם נהגו בגויל אי"צ אלא ו' טפחים דקאי טובא ואי"צ רוחב גדול ממנו. ואינו מפורש בדבריו מה יהיה הדין עם נהגו בגויל פחות מו' טפחים – אי ס"ל כהתוס' דבזה מהני המנהג, או כהרא"ש דלא מהני. אבל הוא מבואר מהמשך דברי הרמב"ן שכתב דהיינו דאמרינן בגמ' למימרא דכל ד' אמות בגבהה אי הוי ה"ט קאי ואי לא לא קאי, ואי ס"ד מתניתין מנהג תני לעולם אימא לך בבציר נמי קאי ושאני הכא שבכך נהגו עכ"ל. ואם איתא דיכולים לנהוג בפחות א"כ סוכ"ס קאי בפחות ומתני' מנהגא קתני. אלא מוכח דס"ל להרמב"ן כהרא"ש דשיעורי המשנה נאמרו גם למטה.

אבל קשה דהרמב"ן הרי ס"ל דטעמא דמתני' דצריך לבנות כותל בנין כמנהג המדינה הוא משום שאינו רוצה להתעצם עמו בבי"ד וביני וביני יזיקנו בהיזק ראייה, ולא כהרא"ש דטעמא משום שאינו רוצה לעשות מעותיו אנפרות, וא"כ אם נהגו למשל בגזית ג"ט אמאי אין הולכים אחר המנהג, הרי מצד יכולת עמידתו מי גרע עכ"פ מכותל לבנים או מהוצא ודפנא. וכטענת התוס'.

ועל כן נראה דהרמב"ן חולק על מה שנקטו התוס' (ג.) דכותל גזית פחות מה' טפחים לא גרע מכותל לבנים, אלא ס"ל להרמב"ן דבודאי גרע, דמחמת כבודו אינו יכול לעמוד בפחות מה' טפחים, משא"כ כותל לבנים אינו כבד כ"כ וסגי לי' בג"ט. אלא דיל"ע בכפיסין פחות מד' טפחים דלכ' ממנ"פ אם מצד כבודו הרי אינו כבד יותר מכותל לבנים, ולמה לא סגי לי' בג' טפחים, ואם מ"מ אינו חזק כ"כ ככותל לבנים כיון שמחובר בטיט אבל מי גרע מהוצא ודפנא. ושמא הטיט יותר כבד מהלבנים, ולכן כותל של כפיסין הוא כבד יותר מכותל לבנים, ואינו יכול לעמוד בפחות מד"ט.

ג. ועדיין יל"ע תינח למ"ד היזק ראייה שמי' היזק, אבל למ"ד לאו שמי' היזק ומתני' בשרצו לעשות גודא, א"כ אם מנהג המקום לעשות גויל פחות מו"ט מה לי שהוא מנהג גרוע – להרא"ש משום עשיית מעותיו אנפרות ולהרמב"ן משום דלא קאי – אבל הרי עכ"פ על יותר מזה לא נתחייב. ואם באמת אינו יכול לעמוד א"כ לא נחייב אותו כ"א לעשות כותל לבנים.

דהיז"ר לאו שמי' היזק באמת תקנו חזית בחצר, ומש"כ הרא"ש שלא תקנו היינו למ"ד היז"ר שמי' היזק, אי"ז מספיק דמ"מ יקשה למ"ד היז"ר לאו שמי' היזק א"כ תקנו חזית, וא"כ אם לא עשו חזית לא לזה ולא לזה הרי זה סימן ששניהם עשאוה, וא"כ להך לישנא יקשה למה הוצרכה המשנה לומר לפיכך כו' הרי גם בלא הלפיכך כיון דליכא חזית הרי סימן ששניהם עשאוה. וצ"ע.

שם בא"ד דהתם מתחילה מבורר היה הדבר וברשות א' מהם נולד הספק כו' לא יפסיד האחר כחו. בביאור דברי התוס' עי' בקונטרס הספיקות (כלל ב' סי' ז') שנחלק עם אחיו הר"ח הכהן, דהקוה"ס פ"י שדעת התוס' דתפיסה אפילו בטענת ברי לא מהני להוציא ממוחזק, וה"ה ממי שזכה ע"י חלוקה, ודלא כדעת התוס' כתובות (כ. ד"ה ואוקי). אבל אחיו פ"י דלעולם גם התוס' הכא מודי דאם מתחילה פסקו ביי"ד הממע"ה, ותפס הלה בטענת ברי, דנעשה מוחזק, שהרי לא נשתנה הדין, דגם עכשיו הדין הוא הממע"ה אלא שהתופס נעשה מוחזק. אבל אם מתחילה היה הדין שיחלוק, לא ישתנה הדין ע"י תפיסה את"ד.

ולכ' יש ראייה ברורה לפי' הר"ח הכהן מדברי התוס' לק', דהנה בגמ' (לה.) הק' מאי שנא הוא ארבא דפסק ר"נ כדאג"ב, ומ"ש המחליף פרה בחמור דאמרינן יחלוק. והק' התוס' (שם) הרי בגמ' בב"מ מבואר דהא דמחליף פרה בחמור הוא דברי סומכוס אבל חכ"א הממע"ה, ולא קיי"ל כסומכוס, ומאי פריך הגמ' אר"נ. ותירצו דל"פ סומכוס וחכמים כ"א כשא' מוחזק, אבל בדליכא מוחזק לא מצינו שיחלוקו חכמים על סומכוס דיחלוקו, ובארבא ליכא מוחזק, ושפיר פריך לר"נ מ"ש ארבא דאמרי' כדא"ג ומ"ש מחליף פרה בחמור דאמר סומכוס דיחלוקו וגם חכמים לא פליגי אלא משום שיש שם מוחזק והמע"ה.

אבל התוס' (קה. ד"ה אבל) חזרו והקשו על זה, אחר שהוכיחו דמהני תפיסה בטענת ברי להוציא ממוחזק, כתבו דלפי"ז הממע"ה היינו כל דאלים גבר, שהרי גם במקום שנפסק הממע"ה עדיין יכולים לתפוס זמ"ז, ונמצא שדין הממע"ה בכל מקום הוא ממש כדין כדאג"ב. וא"כ סוכ"ס מאי פריך הגמ' (לה.) על ר"נ, הרי מש"א ר"נ בארבא דכדא"ג ומה שאמרו חכמים במחליף פרה בחמור דהמע"ה היינו הך, דהמע"ה היינו כדא"ג.

ותירצו התוס' דלא אמרו חכמים הממע"ה אלא במחליף פרה בחמור שכשבא לפנינו כבר היה מוחזק, ולכן אמרי' הממע"ה ולא יחלוקו. אבל בההוא דארבא דבשעה שבא לפנינו לא היה אחד מהם מוחזק, יש לפסוק להם שיחלוקו, ולא להניחם לתפוס. (ומש"כ דאין

בחצר יצטרכו לעשות חזית מכאן ומכאן שמא הא' יערים ויעשה חזית. וכ"כ הר"ן. והנה התוס' כתבו דלהך לישנא דהיז"ר לאו שמי' היזק לא נאמר הדין דלפיכך א"כ יודעים וזוכרים שהקנו זל"ז. אבל בחי' הר"ן כתב דגם אם אין יודעים מ"מ כיון דבחצר כופין זא"ז לבנות מסיפס עכ"פ, אין לנו לומר שלא עשו מסיפס וזהו כותל אחר שבנה א' לבדו, אלא מסתמא זהו אותו מסיפס שהיו חייבים לעשות ביחד אלא שעשו יותר. ולפי"ז יוצא דאין שום טעם לעשות חזית בחצר, ואפילו אם בנה א' לבדו, שהרי גם אם לא הקנו זל"ז מ"מ נאמר הדין לפיכך דמתני', ולכן גם אם יעשה חזית לא יועיל. ולפי"ז ניחא דלא תקנו חזית בחצר.

ומלשון התוס' שכתבו שאין חזית לא לזה ולא לזה משמע דס"ל דיש תקנת חזית בחצר. ועוד דלדעתם הוא מוכח עכ"פ למ"ד היז"ר לאו שמי' היזק, דהרי ס"ל דלא נאמר הדין דלפיכך להך מ"ד כ"א כשיודעים וזוכרים שהקנו זל"ז, וא"כ בודאי יש תועלת בחזית. וא"כ לשיטתם לא יכלו לפרש כרש"י דמה שלא עשו חזית הוא סימן ששניהם עשאוה, שהרי יק' ממתני' א"כ למ"ל טעמא דלפיכך, ולא יועיל לזה תירוצם דשהה הרבה, דמה לי דשהה הרבה, הר"ז מיגו במקום עדים שהרי יש סימן שעשאוה בשותפות (וכמבואר במהרש"א דבמקום שיש חזית לזה ולזה לא יועיל שהה הרבה). ולכן הוצרכו לפרש דכונת הגמ' (ד:) דאם לא עשו חזית יחלוקו בשוה, דזה נותן מקום לחלק דבמתני' מיירי דשהה הרבה.

אלא דלפי"ז ק"ל בדברי תוס' הרא"ש שהובאו בשטמ"ק דע"ש ד"ה אמנם, שתוס' הרא"ש פליג על התוס' שלנו וס"ל דאם נפל הכותל לרשותא דחד מינייהו נעשה מוחזק מיד, וכפשטא דהגמ' (ד.). ולא חשיב תפיסה לאחר שנולד הספק כיון שלא נודע לנו שום ספק עד אחר הנפילה, ואפשר שהיה מודה לו. ובתוך הדברים כתב וז"ל אע"ג דבבקעה נמי כו' שאני חצר שלא תקנו לעשות בו חזית עכ"ל, והדברים סתומים, וכפיה"נ במקור הדברים היה כתוב יותר, והשטמ"ק קיצר, אבל נראה כונתו דבא לבאר לפי"ז איך יתפרש הגמ' (ד:) ולא יעשו חזית לא לזה ולא לזה, דמשם הוכיחו התוס' דלא מהני תפיסה ליעשות מוחזק. ולזה מתרץ תוס' הרא"ש על דרך שיטת רש"י, דשאני התם דכיון שלא עשה חזית לא לזה ולא לזה הרי זה גופא סימן ששניהם עשאוה, ואף דבחצר לא אמרינן כן (כדמוכח בגמ' ד.), היינו משום שלא תקנו חזית בחצר. וזה על דרך דברי הרמב"ן.

אבל ק' דלעי' מיניה הביא השטמ"ק מתוס' הרא"ש דל"ק דהיז"ר לאו שמי' היזק, המשנה דקאמר לפיכך כו' ע"כ מיירי שיש עדים שנתרצו, וזה כהתוס' ודלא כחי' הר"ן, וא"כ בודאי יש תועלת לתקן חזית בחצר דיהיה לתועלת היכא דלא נתרצו או שאין זוכרים שנתרצו. וא"כ למה לא תקנו חזית בחצר. ואין לומר דלהך לישנא

¹ וצריך להבין סוכ"ס נהי שבודאי בנו יחד עד עשרה טפחים אבל כיון דהיז"ר לאו שמי' היזק שמא לא נתרצו שניהם לבנות יותר, והאבנים למעלה מעשרה טפחים הם של אחד. ונראה דכיון שהקרקע עכ"פ הוא של שניהם הו"ל שניהם אוחזין ופשיטא שיחלוקו באבנים.

משא"כ היכא שהדין הוא הממע"ה אין זה זכות שנזכה למחזיק את החפץ אלא אכתי אנו דנים דין ספק אלא שכך דין ספק שאינו מוציא מיד מוחזק (למה דקיי"ל כחכמים דסומכוס) וממילא אם תפס אידך נעשה הוא המוחזק. שו"ר שגם בחי' ר' נחום כתב קרוב לזה.

ג. ולשון התוס' מש"כ ש"לא יפסיד האחר כחו" יש לפרש עוד דבא לכונה אחרת, למה לא הביאו התוס' ראייה לשיטתם דאין תפיסה מועילה לאחר שנאמר דין יחלקו, ממה דהוכיחו (קה). דהמע"ה היינו כדא"ג, ואם איתא דגם לאחר שנאמר דין יחלקו יכול לתפוס א"כ גם יחלקו היינו כדא"ג, ומאי פריך הגמ' לק' (קה). מכך הנך גווני דיחלוקו אהא דר"נ. וכן למה לא הביאו ראייה משנים אוחזין בטלית דמפורש בגמ' (ב"מ ו.) דאם תקפה א' בפנינו לא מהני, אף שהוא תפיסה בטענת ברי.

וצ"ל דהתם שכבר נפסק הדין בבי"ד שיחלוקו פשיטא דשוב אינו יכול לתפוס, אבל עיקר חידושם הוא דגם כשלא פסקו בי"ד את דין הכותל קודם שנפל, מ"מ כיון שבעצם היה הדין בעוד שהכותל קיים שיחלוקו, דכבר בעודו קיים היה ספק לבי"ד והיה הדין שיחלוקו, חל עליו דין יחלוקו כאילו פסקו כן בי"ד, ושוב לא יפסיד כחו.

ועי' בשטמ"ק שהביא מתוס' הרא"ש שהסכימו להתוס' שלנו דלא מהני תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל פליגי לענין כותל שנפל דס"ל דכיון שעדיין לא פסקו בי"ד שיחלוקו ושמא היה מודה לכן הוי כתפיסה קודם שנולד הספק. והביא ראייה באמת מתקפה א' בפנינו עיי"ש.

בקושיית מהר"ם

התוס' בר"ד הוכיחו מקושיית הגמ' גבי בקעה דלא יעשו חזית לא לזה ולא לזה דגם אם נפל לרשותו לא נעשה מוחזק. והקשו מאי שנא מהא דהבית והעליה דפריך הגמ' דנחזי ברשותא דמאן קיימא. ותי' דהכא הוי תפיסה לאחר שנולד הספק. והקשה מהר"ם מאי קשיא להו להתוס', הרי הגמ' בהבית והעליה באמת תי' דשותפין לא קפדי אהדדי, וא"כ גם כאן מה יועיל שנפל הכותל לרשות אחד מהם הרי שותפין לא קפדי אהדדי, ולמה הוצרכו התוס' לטעמא דתפיסה לאחר שנולד הספק.

ותי' המהר"ם דהא דשותפין לא קפדי אהדדי אינו אלא במילתא ידיע בשותפות, כלשון ר"ח מובא ברש"י (ד.), וכן הוא ברי"ף שם, וכהא דהבית והעליה, אבל כאן הרי על זה אנו דנים אם הכותל נבנה בשותפות.

אלא שהמהר"ם חזר והקשה על זה מסו"ד התוס' לענין שהה ברשותו הרבה דיכול לטעון לקחתי והקשו התוס' הא שותפין לא קפדי אהדדי. והרי אינו אלא ספק שותפין. (ומה שתירץ מהר"ם דבסו"ד התוס' מיירי לאחר שנאמר לפיכך דאנ"ס שנבנה בשותפות

להניחם לתפוס ע"כ הכונה דגם אין תפיסה מועילה, דאם לא כן סוכ"ס היינו כדא"ג.)

הרי קמץ דס"ל להתוס' שם דאמנם תפיסה בטענת ברי מועילה להוציא ממוחזק, אבל מ"מ היכא דמתחילה פסקו להם שיחלוקו קודם שהיה אחד מהם מוחזק שוב אין תפיסה מועילה. והרי זהו ממש כהבנת הר"ח הכהן בדברי התוס' כאן. שו"ר שכ"כ בחי' ר' נחום.

ב. אלא דמ"מ סברת הדבר צ"ב, וגם לשון התוס' שלא יפסיד האחר כמו משמע שבאה לכונה מיוחדת. ומתחילה חשבתי לומר עפ"י מה שכתבנו לק' (לה). לבאר דברי התוס' (שם): דלא פליגי סומכוס על חכמים אלא היכא דאיכא דררא דממונא (היינו דבלא טענותיהם יש ספק לבי"ד) אבל היכא דליכא דררא דממונא מודה סומכוס דהמע"ה. וביארנו דענין דררא דממונא לדעת התוס' דכיון שהספק אלים – דבלא טענותיהם יש ספק לבי"ד – לכן הספק עצמו נותן להם זכות לחלוק. ורק ספק כזה ס"ל לסומכוס שיכול להוציא ממוחזק.

ומעתה י"ל דאף דחכמים פליגי אסומכוס וס"ל דגם ספק אלים כזה אינו יכול להוציא ממוחזק, אבל היכא שהספק בא לפנינו טרם שהיה אחד מהם מוחזק, ופסקנו להם יחלוקו, אז כל אחד זכה בחציו מכח הספק עצמו שנתן לו זכות בגוה. ושוב לא יפסיד כחו דהיינו זכותו בחציו.

אלא דלפי"ז יצא חידוש דין, דכל מה דס"ל להתוס' דבתפיסה לאחר שנולד הספק לא יפסיד האחר כחו ונשאר הדין שיחלוקו, אי"ז אלא בדררא דממונא. אבל היכא דליכא דררא דממונא ופסקנו להם שיחלוקו (כגון בשני שטרות היוצאים ביום אחד דליכא דררא דממונא כדמוכח בגמ' (לה. ועי' מש"נ שם) ומ"מ הדין שיחלוקו) אם אח"כ תפס אחד בטענת ברי תועיל תפיסתו.

וא"א לומר כן, דהרי הממע"ה היינו כדא"ג כמש"כ תוס' (קה.), וא"כ מאי פריך הגמ' (לה.) אר"נ משני שטרות, הרי גם בשתי שטרות מועילה תפיסה והיינו כדא"ג.

אלא ע"כ דבכל מקום שהדין הוא שיחלוקו, בין בדאיכא דררא דממונא בין בדליכא דררא דממונא, שוב לא יפסיד האחר כחו ואין תפיסה מועילה.

ומ"מ הא מיהת חזינן דבמקום דררא דממונא הספק נותן להם זכות שנפסקו להם דין חלוקה, ומעתה אפשר דגם היכא דליכא דררא דממונא מ"מ היכא שהדין הוא יחלוקו (כגון בב' שטרות היוצאים ביום אחד דכיון דאיכא למיקם עלה דמילתא פסקינן להו יחלוקו ולא כדא"ג) אז הדין ספק נותן להם זכות חלוקה ולכן אם אח"כ תפס אחד מהם בטענת ודאי לא דיינינן דין כדא"ג דכבר יש לאידך זכות חלוקה ואינו מפסיד זכות זה וזהו מש"כ התוס' דלא יפסיד האחר כחו.

תמוה כמבואר לכל מעיין).

כולה מיגו דאי בעי אמר ממך לקחתיה והיה נאמן משום דשהו הרבה כו'. הגרעק"א הק' למ"ל טעמא דמיגו, תפ"ל דכיון דשהו הרבה וזה ראייה שהאבנים שלו יהיה נאמן מכח זה לטעון שבנאה.¹

ב. וידוע מה שתי' הגרנ"ט בהקדם מה שייסד דחזקת מטלטלין (היינו החזקה דכל מה שתח"י הרי הוא שלו) אינה ראייה גמורה רק כח הטענה בעלמא – פ"י דאלמלא החזקה הייתי אומר דאין לו כח לטעון נגד מר"ק כלל דאין כאן אפילו ספק, אבל ע"י שהחפץ תח"י יש כאן ספק ויכול לטעון שהם שלו – ואז מועילה תפיסתו מדין הממע"ה.

והביא ראייה לזה מדברי התוס' לק' (לג: ד"ה ואי, ועי' מש"נ שם) שהקשו למ"ל טעמא דלא חציף, תפ"ל משום דתפיס, מידי דהוה אמטלטלין שאין עשויין להשאל ולהשכיר שיכול לטעון לקוחין הן בידי, ותי' דמיירי שלא הכניסם לרשותו אלא הניחם ברה"ר. ותמה הגרעק"א (שו"ע סי' קל"ז) נהי דאינו תפוס בהפירות עכשיו אבל הרי כשלקטן היה תפוס בהן והיה שם תפיסה מוכחת ואמאי לא נעשה מוחזק עי"ז. ותי' הגרנ"ט עפ"י דרכו דהחזקה דכל מה שתח"י הרי הוא שלו אינה בירור אלא כח הטענה ועדיין צריכים לדין הממע"ה, ואם אין הפירות תח"י כשבא לבי"ד ל"ש הממע"ה.

ועפ"י ז' יישב קושיית הגרעק"א, דגם בשהה הרבה אינו אלא כחזקת מטלטלין, ואי"ז ראייה גמורה רק כח הטענה וזוכה מדין הממע"ה, וממילא ל"ש זה אלא בטענת לקוח דהספק נולד ברשותו, אבל בטענת בניית דחזקתו באה אחר שנולד הספק הו"ל תפיסה שאחר שנולד הספק ולא דיינינן דין הממע"ה, וכמו שייסדו התוס' בר"ד, את"ד הגרנ"ט.

ולכאורה יש להביא ראייה גדולה לדבריו מלשון הגמ' (ד. ל) צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו כו' "מהו דתימא נהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה" קמ"ל. ולדעת התוס' הגמ' מיירי בשהה הרבה, וא"כ מפורש דגם אם שהה הרבה עדיין אינו זוכה בתורת ראייה דודאי הו"ל אלא מדין ספק והמע"ה.²

והגר"ש רוזובסקי תי' דהתוס' בר"ד הרי מיירי כשלא שהה הרבה ורוצה לזכות מדין הממע"ה וזכה אף שיש ספק שמא הם שותפין הרי ספק מוחזק ג"כ אין מוציאים ממנו בלא ראייה, ועוד דהספק הוא אם בעל החצר משאל מקום לבעל האבנים, ולענין הקרקע הו"ל ספק שכירות והוא בחזקת המר"ק שהוא בעל החצר, וא"כ האבנים ודאי ברשותו. משא"כ בסו"ד התוס' הרי מיירי בשהה הרבה ורוצה לזכות בהוכחה ממה שלא הקפיד בירור, וכיון שהם ספק שותפין ושותפין לא קפדי נמצא שראיתו מסופקת, וספק ראייה אינו כלום. וכ"כ גם במשנת ר' אהרן (סי' א' בהגהה).

אבל תירוץ זה לא יעלה לפי מה שביארנו לעיל דגם בשהה הרבה ליכא ראייה, רק השיהוי מוליד ספק, וזוכה מדין הממע"ה, וכמפורש בלשון הגמ' (ד.). אבל שמא יש לקיים הדברים דעכ"פ אלמלא דשהה הרבה לא הו"ל מספקינן בלקוח כלל, כמו בגודרות, ורק מחמת הריעותא דשהה הרבה מספק"ל שמא לקח, ונאמר דספק ריעותא אינו ריעותא.

אך בפשוטו יש לתרץ הסתירה בתוס' דבר"ד הרי מיירי בטענת בניית, וזכה באמת ל"ש שותפין לא קפדי אהדדי, וכמו שביאר בשיעורי ר' שמואל חדא דגם מספק מוחזק אפשר שאין מוציאין בלא ראייה, ועוד דלענין הספק אם משאל לו מקום הרי בעל החצר הוא מר"ק. אבל בסו"ד הרי מיירי התוס' לענין טענת לקחת, דע"י ששהה הרבה נולד ספק שמא לקח את האבנים ורוצה לזכות בטענת לקחתי מדין הממע"ה, והרי לפי טענתו היו שותפין מתחילה וא"כ לדבריו אינו מוחזק דשותפין לא קפדי אהדדי. שו"ר שכ"כ בחי' ר' נחום.

בקושיית הגרעק"א

בא"ד מהו דתימא כיון דשהו ברשותו הרבה ניהמניה שעשאוה

¹ וברוחק י"ל דאילו היו התוס' כותבים כן, ואח"כ היו מבארים דקמ"ל המשנה דלפיכך כו' דכיון דאיכא אומדנא שבנו בשותפות זה עדיף מהראיה דשהה הרבה, עדיין היה קשה לנו דאכתי ניהמניה במיגו דאי בעי הו"ל אמר לקחתי האבנים, דזה אינו מתנגד להאומדנא דלפיכך כלל. והיו צריכים לתרץ דהאומדנא שבנו בשותפות הו"ל כאנ"ס והו"ל מיגו במקום עדים. וכיון שכן קיצרו התוס' דבריהם וכבר בביאור הס"ד דהגמ' כתבו דמה"ד שיהיה נאמן במיגו, קמ"ל דהו"ל מיגו במקום עדים.

² ובשם כמה מגאוני הזמן שמעתי מהלך אחר ביישוב קו' הגרעק"א, בהקדם קו' הנוב"י (אה"ע קמא סי' ל"ז) במת שאין לו סימנים בגופו אבל מכירים את כליו דהדין הוא דחיישינן לשאלה, ואמאי הרי איכא חזקה דכל מה שתח"י הוא שלו. וביארו דהחזקה דכל מה שתח"י הרי הוא שלו אינה בירור, רק ענינה דכל שרואים החפץ בידו "יש לנו לחשוב שהוא שלו" (כלשון תוס' הרא"ש ריש ב"מ, ובשו"ת הרא"ש כלל ע"ז סי' א'), דהיינו דאין אנו מסתפקים בדבר אלא נוקטים בפשיטות שהוא שלו. אבל כל שנולד לנו איזה ספק, כגון במת שאין בו סימנים, אין כאן שום בירור מכליו, דחיישינן לשאלה.

ובזה ג"כ מתבארים דברי התוס' (לג:): דאם כשבא לבי"ד לא היו הפירות ברשותו א"כ שמא אינם שלו, ומה שהיו בידי קודם אינו בירור. (ועי' לק')

ביארו דבאמת שותפין לא קפדי אהדדי רק דבשהה הרבה אמרי' וכי לעולם לא יקפיד, ואפשר דאין שיעור שוה לכולם, די שותף שהוא קפדן ומתחיל להקפיד אחר זמן קצר, ויש שותף שהוא סבלן ואינו מקפיד עד זמן רב, רק דכל ששהה הרבה באופן שהרבה שותפים היו מקפידים כבר יש מקום ספק וכח הטענה לטעון שהאבנים שלו. וזהו דקאמר הגמ' דאם נפל לרשותא דחד מינייהו ושהה הרבה הוי אמרי' הממע"ה, דע"י השהיה נולד ספק ויכול לטעון לקחתי וזוכה מדין הממע"ה.

וממילא ניחא קושיית הגרעק"א, על דרך הגרנ"ט, דשהה הרבה אינו ראייה רק מעורר ספק וזוכה משום הממע"ה, וזה ל"ש אלא בטענת לקחתי שהספק נולד ברשותו, אבל לענין טענת בנייתי כיון שהספק קדם לחזקה אין חזקתו מועלת כלום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, ולכן אינו יכול לטעון בנייתי מכח השהיה, רק במיגו דלקחתי.

ד. ובמה שנתבאר דגם בשהה הרבה צריכים אנו עדיין לטעמא דהממע"ה, ניחא קושיא אחרת שהיתה קשה לי, ומצאתי הקושיא גם בחי' ר' נחום. והוא, דהנה התוס' הקשו למה בשהה הרבה יכול לטעון לקחתי הרי שותפין לא קפדי אהדדי כמבואר בפ' הבית והעליה. (ותירצו דכי לעולם לא יקפיד). וקשה הרי לא דמי לשם כלל, דהרי שם אין שום ראייה במה שפינו האבנים לרשות אחד מהם שהם שלו, שהרי ראינו איך באו לשם, ומסתמא לא שהו הרבה, רק מ"מ כיון דנולד הספק ברשותו הממע"ה, וכמו שביארו התוס' כאו בר"ד. וא"כ מה שאמרו שם דשותפין לא קפדי אהדדי ע"כ אין הפירוש דבעל האבנים אינו מקפיד להשאיר אבניו בחצר חבירו, דמה בכך סוכ"ס יש כאן ספק של מי האבנים והממע"ה. אלא ע"כ הכונה שם כמו שבאמת פרש"י דבעל החצר אינו מקפיד, ומשאל קרקעו לשותפו להשהות אבניו, ונמצא שאין האבנים ברשות בעל החצר כלל. וא"כ מה זה ענין לכאן דשהה הרבה ויש ראייה ממה שלא הקפיד בעל האבנים להשאיר אבניו בחצר חבירו, ומאיכ"ת דלענ"ז ג"כ אמרי' שותפין לא קפדי אהדדי, והרי שמה אמנם בעל החצר אינו מקפיד אבל בעל האבנים שמה מקפיד.

אבל למש"נ ניחא, דגם בשהה הרבה סוכ"ס אין כאן אלא ספק וזוכה מדין הממע"ה, וכמו שהראינו באצבע מלשון הגמ' (ד.), ושפיר הקשו התוס' מפ' הבית והעליה דשותפין לא קפדי אהדדי, ואין כונת התוס' שבעל האבנים אינו מקפיד, דזה לא נשמע מפ' הבית והעליה כלל, אלא שבעל החצר אינו מקפיד אלא משאל לו מקום, ואין כאן

וקצת תימה על הגרעק"א דמשמע מדבריו שנקט דשהה הרבה הוי ראייה, איך יפרנס לשון הגמ'.

ג. אלא דמה דתלה הגרנ"ט דין ששהה הרבה במה שמצינו בעלמא חזקה כל מה שתח"י הרי הוא שלו תמוה, דא"כ בנסכא דר' אבא אמאי לא תועיל תפיסה אפילו בפני עדים, כיון דש' התוס' בכ"מ דמועילה תפיסה בטענת ברי להוציא ממוחזק. אמנם התוס' (לד: ד"ה ההוא, ועי' מש"נ שם) נראה שעמדו ע"ז וביארו דמה שאין תפיסה מועילה להוציא מבעל הנסכא הוא משום שכל דבר שהוא בידו כאילו אנו יודעים שהוא שלו. ואילו לדברי הגרנ"ט גם חזקה זו דכל מה שתח"י הרי הוא שלו נסמכת על דין הממע"ה וסוכ"ס תהני תפיסה.

ולדעת הגרנ"ט יש לחלק בין נסכא דלא היה שם מר"ק, ואז כל דבר שהוא ביד אדם כאילו אנו יודעים שהוא שלו, משא"כ כאן דמתחילה היה ספק ועכשיו ששהה הרבה ברשות אחד, אפי"ת דשהה הרבה הוי דמי לחזקה דכל מה שתח"י הרי הוא שלו, אבל במקום מר"ק גם חזקה זו אינה אלא בגדר כח הטענה ונסמכת על דין הממע"ה. ועי' לק' (ד.) דמוכח מדברי הרא"ש והרי"ף שם דגם אם לא נודע איך בא לרשותו כגון דפנינהו שלא בעדים וטוען לקחתי מ"מ אינו אלא בגדר ספק וזוכה רק מדין הממע"ה, ועי' מש"נ שם.

אכן בלא"ה נראה דכותל ששהה הרבה אינו ענין כלל לחזקה דכל מה שתח"י הרי הוא שלו, דחזקה זו לא נאמרה אלא כשאין אנו יודעים איך בא לידו. אבל כאן ראינו הכותל שנפל לרשותו ובוה ל"ש חזקה זו כלל, דומיא דגודרות ודברים העשויים להשאל ולהשכיר.

ולכן כשנפל הכותל קודם ששהה הרבה פשיטא דאינו יכול לטעון לקחתי, ולא משום דשותפין לא קפדי אהדדי אלא משום דכיון שראינו שנפל לרשותו אין כאן מקום להסתפק בלקיחה כלל וכמו שאינו יכול לטעון לקחתי בגודרות.

ורק בשהה הרבה הוא דיכול לטעון לקחתי, דהשהיה מולידה ספק שמה לקח את האבנים, דאם לא כן למה לא הקפיד בעל האבנים. אבל אין הכונה דהוי ראייה גמורה שהאבנים שלו, כדמוכח בגמ' דתלה לי' בהממע"ה, הרי שעדיין הדבר בגדר ספק. והטעם בזה, חדא דאפשר דבעצם אין השהיה ראייה גמורה, ועוד דהתוס' בהמשך

לד: בענין שי' הרא"ש בכדא"ג.

וממילא כל שטוען בנייתי הרי ספק זה כבר נולד קודם התפיסה ואין התפיסה יכולה לברר כלום, וגם כשהה הרבה אינו אלא כחזקה שמה שתח"י הוא שלו. ורק כשטוען לקחתי, שהוא ספק חדש, בזה נוקטים בפשיטות שהוא שלו, דכל דבר שהוא ביד אדם – ולא נסתפקנו בו קודם – יש לנו לחשוב שהוא שלו ולא להסתפק בספקות חדשים, ע"כ שמעתי.

אבל דבריהם נסתרים לכאורה מלשון הגמ' (ד.) מה"ד נהוי אידך הממע"ה, הרי להדיא דמדין הממע"ה אתינן עלה.

הממע"ה.

שם. יל"ע למ"ל לתוס' לומר שטוען בניתי במיגו דלקחת, ושוב הקשו הרי שותפין לא קפדי אהדדי, והוצרכו לתרץ דבשהה הרבה קפדי, ואמאי לא פירשו דיש לו מיגו שהיה יכול לטעון שחבירו בנה את הכותל לבדו ואח"כ כשנפל לקח הוא את האבנים, ובזה ל"ש שותפין לא קפדי אהדדי.

ונראה דא"כ נמצא שאינו יכול לזכות אלא בטענה הבנויה משני ספיקות, חדא שמא חבירו בנה את הכותל, ועוד שמא הוא לקח את האבנים. והרי הספק הראשון נולד קודם תפיסתו, וממילא ל"ש לענין טענה זו לומר הממע"ה, כי היא תפיסה לאחר שנולד חלק מן הספק.

שם בסו"ד, אבל בבקעה אם שהו הרבה היה נאמן לומר שעשאה במיגו דאי בעי אמר לקתחיה כו'. דעת מהרש"א דהיינו דוקא אילולא שעשו חזית מכאן ומכאן, אבל עכשיו דאיכא חזית הוי אנ"ס ומועיל גם נגד שהה הרבה, וכמו בחצר שמועיל האומדנא שבנו בשותפות אפילו כששהו הרבה. אבל הקצה"ח ס"ל דכונת התוס' דגם עכשיו שעשו חזית מכאן ומכאן מ"מ אינו מועיל אם שהה הרבה, דחזית אינו אלים כ"כ להיחשב מיגו במקום עדים.

והג"ר אשר אריאלי שליט"א הביא ראייה לשי' המהרש"א, דהרי במשנה תנן אם עשו מדעת שניהם בונין את הכותל באמצע ועושין חזית מכאן ומכאן, לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם. ומבואר דדוקא משום שעשו חזית הוא שחולקים. וק' הרי אפילו לא עשו חזית יחלוקו מספק, ואפילו נפל לרשותא דחד מינייהו. וכמו שהק' הגמ' (ד.) – לפי הבנת התוס' – על הלפיכך הראשון דמתני', כך יק' על הך לפיכך האחרון. וע"כ צ"ל דאותו התירוץ יעלה גם כאן, דמיירי שנפל לרשותא דחד ושהה הרבה, ולכן אילו לא עשו חזית היה זוכה במיגו, קמ"ל דכיון שעשו חזית מכאן ומכאן יחלוקו.

ובאמת נראה דלכונה זו הוסיפו התוס' דברים אלה, דאילו לפי הבנת הקצה"ח בבא זו דהמשנה מיירי כשלא שהה הרבה, וא"כ מה שכתבו התוס' אבל בבקעה אם שהו הרבה כו' אינו ענין לפירוש המשנה, ולמה הוצרכו התוס' לבאר זה. אבל לשי' המהרש"א נראה ברור דהתוס' באמת באו לבאר דבר זה, דאחר שביארו הלפיכך

ותירצו התוס' דבשהה הרבה לא אמרי' שותפין לא קפדי אהדדי, דכי לעולם לא יקפיד.^ט

ה. אלא דיל"ע דהתוס' אחר שייסדו דבשהה הרבה יכול לטעון לקחתי הקשו מאי שנא מגודרות ותי' דהתם אינו יודע היכן הם.

ובהשקפה ראשונה כונתם להקשות דגם בגודרות נאמר דיש לו ראייה מדלא הקפיד, ומתרצים דכיון שאינו יודע היכן הם ליכא ראייה. וזה דלא כדברינו דשהה הרבה אינו ראייה.

אבל נראה דכונת התוס' להיפך, דבגודרות אין להם חזקה אף שטוען לקחתי ולכאורה אם שהה הרבה נימא דנולד ספק שמא קנאו והמע"ה, וכמו בכותל שנפל ושהה הרבה דע"י השיהוי נולד ספק שמא קנה את האבנים ויכול לטעון לקחתי ולזכות מדין הממע"ה. ועל זה תירצו התוס' דמה ששהה הרבה מוליד ספק אינו אלא במקום שיודע היכן הם אבניו, דאי-קפידתו באמת מעורר ספק – דאף שאינו ראייה כנ"ל אבל מקום ספק מיהא איכא, והמע"ה. משא"כ בגודרות שאינו יודע היכן הם גם אם שהה הרבה אין שם אפילו לידת ספק, ונשאר ודאי של המר"ק.

ו. נמצא שיעור דברי התוס' דאם נפל לרשותא דחד מינייהו פשיטא שיחלוקו דאף שעכשיו הוא מוחזק אבל הוא תפיסה לאחר שנולד הספק. וזהו קושיית הגמ' (ד.) פשיטא. ומתריך הגמ' דנפל לרשותא דחד מינייהו ושהה הרבה, פי' וע"י שיהוי זה נולד ספק שמא בעל הקרקע קנה את האבנים. – אבל ראייה גמורה ליכא דאפשר ששותף זה הוא סבלן ואינו מקפיד לזמן מרובה הרבה, ועוד דבכלל אפשר דשיהוי האבנים אינו נחשב ראייה גמורה. – ולא דמי לגודרות דגם אם שהה הרבה אפילו ספק ליכא, דשם כיון שהבעלים אינם יודעים היכן הם אין השיהוי גורם ספק כלל. – וספק זה שנולד אחר ששהה הרבה הרי נולד ברשותו, והוי תפיסה קודם שנולד הספק, ולכן אם טען לקחתי זוכה מדין הממע"ה. (וזהו מש"א הגמ' ד. דס"ד להוי אידך הממע"ה.) וכיון שיכול לטעון לקחתי ס"ד דיכול לטעון גם בניתי, אף דלענין טענת בניתי אין לו חזקה כי היא תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל יש לו מיגו שהיה יכול לטעון לקחתי. ולזה אשמעי' מתני' דאיכא אנ"ס שבנו הכותל יחד, ולפיכך אמנם לקחתי יכול לטעון, אבל בניתי אינו יכול לטעון דהו"ל מיגו במקום עדים.

^ט ולמש"נ דבשהה הרבה אין ראייה גמורה, רק דהנעשה ספק, קרוב לומר דגם כאן אין כונת התוס' דבשהה הרבה ודאי מקפיד, כי אין לדבר שיעור קבוע כדי שנאמר שעתה הגיע הזמן שיקפיד, אלא כל אחד כפי טבעו וסבלנותו. וא"כ גם בשהה הרבה אין שום ראייה ממה שלא הקפיד, דשותף זה אפשר שהוא סבלן ביותר ואינו מקפיד על שיהוי אבניו לזמן מרובה. ומ"מ קאמרי התוס' דכל ששהה הרבה יצא מכלל שותפין דלא קפדי אהדדי, שהרי אף אחד אינו סבלן לעולם, וסוף כל שותף להקפיד, ואפשר דבעל חצר זה כבר יצא מאי-קפידתו, וכבר אינו משאיל לו מקום, נמצא דבשהה הרבה יש ספק אם בעל הקרקע מקפיד ומשאיל את קרקעו, וסגי בספק זה שנאמר הממע"ה, חדא דאפשר דגם מספק מוחזק א"א להוציא בלא ראייה (עי' קצה"ח פ"ח ט), ועוד דעל החצר כל שיש ספק אם השאיל לו מקום הוי ספק שכירות והוא בחזקת המר"ק דהיינו בעל החצר.

בזה אם קנסו שוגג אטו מזיד בגרמי), ולכן צריך התראה כדי שייחשב מזיד ורק עי"ז חייב לשלם. וכן מבואר בתוס' רי"ד גיטין (נד:). אבל הרמב"ן פליג וס"ל דגרמי הוי דאורייתא וחייב אפילו בשוגג, ומה שהברייתא הצריכה התראה ביאר הרמב"ן דהיינו משום דבלא"ה לא חשיב שהיה שם נחותא ולא קידש התבואה.

ונראה דרש"י ס"ל כהתוס' רי"ד וכמש"כ הרמב"ן בשם תוס' דההתראה היא כדי שייחשב מזיד דאינו חייב משום גרמי כ"א במזיד. ולכן לא היה יכול לפ' דאומר לו גזור משום חיוב הרחיק המחרישה, דגם אילו התרה בו שירחיק מחרשתו הרי כיון שלא ידע דעי"ז יופסד כל השדה מחמת איסור כלאים, וסבר שרק ד' אמות יופסדו, וגם רק אם יכניס מחרשתו, נמצא שלא היה מזיד בהפסד השדה כלל. אלא ע"כ שמתרה בו משום איסור כלאים, דאומר לו שאם לא יגזור ייאסר כל השדה משום כלאים, ועי"ז הוי מזיד בהיזק דגרמי.

אלא דעדיין הוקשה לו לרש"י למה בעל הכרם הוא שחייב לגזור ולא בעל השדה, והרי הגפנים והתבואה אוסרים זא"ז. (ולא ניה"ל בהנך חילוקים שכתב המאירי.) ולזה הביא המשנה דלק' דיש חיוב הרחקה משום המחרישה, נמצא דגם אילו לא האיסור כלאים לא היה לו לבעל הכרם זכות להסמיך כרמו לגבול חצירו, והיה צריך להרחיק ד"א, ואם היה עושה כן לא היה כאן איסור כלאים שהרי ד' אמות הוא גם השיעור הרחקה דכלאים. ולכן חיוב עשיית המחיצה הוא על בעל הכרם.

נמצא שיעור דברי רש"י שבעל התבואה תובע גדר מבעל הכרם, כיון שבעל הכרם הוא שחייב להרחיק מדין המשנה דלק', אלא שצריך גם להתרות בו שאם לא ירחיק יופסד כל התבואה, ואם לא התרה בו כן א"כ נמצא שלא היה מזיד בהיזק דגרמי, ואי"ח באחריותו, וק"ל.

ג. אבל התוס' פי' דאומר לו גזור דהוא המזיק, דד"א שאמרו להרחיק הוא בשביל עבודת הכרם. ובפשוטו כונתם דמתרה בו משום ריחוק המחרישה לחוד, ולא משום איסור כלאים. וק' דא"כ נמצא דאינו מזיד בהפסד השדה.

ולכ' צ"ל דהתוס' ס"ל דההתראה אינה כדי שיהיה מזיד בהיזק דגרמי, אלא משום נחותא דכלאים, וכדעת הרמב"ן, דכל שלא התרו בו לא קידש התבואה. ולזה סגי במה שמתרה בו משום ריחוק המחרישה דסוכ"ס עי"ז יודע שהוא צריך לגזור לבדו בלא חבירו, וממילא כיון שנתייאש מלגזור נחשב שגדל בניחותא ידיה, ופשוט דלזה אי"צ שידע שתיאסר התבואה.

אבל לא משמע כן בתוס' כלל, שהרי כתבו דלהכי קתני אומר לו גזור לפי שצריך להתרות בו ואם לא התרו בו לגזור אי"ח באחריותו, ומשמע ברור דההתראה היא משום חיוב מזיק, ולא משום נחותא דכלאים.

הראשון במשנה, דאלמלא הלפיכך היה מועיל שהה הרבה, קמ"ל מתני' דכיון דאיכא אומדנא שבנו ביחד לפיכך יחלוקו, הוסיפו התוס' אבל בבקעה ליכא אומדנא, ולכן אלמלא החזית היה זוכה ע"י ששהה הרבה, וקמ"ל המשנה דעושים חזית מכאן ומכאן ולפיכך המקום והאבנים של שניהם.

נפרצה אומר לו גזור

עי' רש"י ד"ה אומר לו, ודבריו צ"ב חדא מש"כ דאומר לו גזור שלא יאסרו גפניך את תבואת השדה משום כלאים, דזה באמת נותן מקום להקשות למה נחשב שבעל הכרם הוא המזיק יותר מבעל התבואה, והו"ל לפ' כהתוס' דאומר לו גזור משום ריחוק המחרישה, וכמפורש במשנה (כו). דגם בשאר אילנות – שאין בהם איסור כלאים – צריך להרחיק משום כך.

אמנם המאירי האריך לתת כמה טעמים למה אומרים גזור לבעל הכרם ולא לבעל התבואה, או דהגפנים משתרשים ומגדלים נופים והן הגורמים עיקר האיסור, או דמירי דאין שם ענבים בגפן, או משום דסתם שדה לזריעה קיימא ובעל הכרם הוא המשנה עי"ש. אבל באמת על המאירי לק"מ דהוא גורס אומרים לו גזור, וקאי על בי"ד, וזה ע"כ אינו מחמת ריחוק המחרישה דזה אינו ענין לבי"ד לתבוע, וכל זמן שבעל התבואה לא תבע ריחוק המחרישה בודאי אינו חייב להרחיק מחמת זה. ומ"מ בי"ד אומרים לו גזור מחמת איסור מקיים כלאים (דאסור עכ"פ מדרבנן כמבואר במשנה רפ"ח דכלאים). ועוד אפשר דס"ל להמאירי דהמשנה דחייב להרחיק את המחרישה א תיא כרבנן דר' יוסי, ואנן קיי"ל כר' יוסי דעל הניזק להרחיק את עצמו. וע"כ דמה שאומרים לו גזור הוא משום איסור כלאים. וכן משמע דעת הרמב"ן עי"ש. עוד אפשר דס"ל להמאירי דאי משום ריחוק המחרישה לא היה צריך מחיצה גבוה עשרה (ודלא כרבינו יונה שהוכיח מסוגיין דגם לריחוק המחרישה צריך מחיצה י"ט).

אבל רש"י הרי גורס אומר לו גזור, שבעל התבואה תבע גידור מבעל הכרם, וגם מבואר מדבריו דקיי"ל כהמשנה דעל בעל האילן להרחיק, ולדידיה ודאי יקשה למה הוצרך לדחוק משום איסור כלאים, תפ"ל משום ריחוק המחרישה.

וביותר תמוה דרש"י באמת מביא המשנה דלק', דלא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו, והרי לפי פרש"י שמתרה בו משום איסור כלאים א"כ מה ענין אותה משנה לכאן, דהתם אינו משום כלאים כלל כ"א משום ריחוק המחרישה, שהרי גם בשאר אילנות נאמר ריחוק זה, כמפורש במשנה שם.

ב. והנה בעיקר הדבר שהצריכה הברייתא התראה, הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי הביא בשם תוס' דהוא משום דגרמי אינו אלא דרבנן ולא קנסו אלא במזיד (ועי' בתוס' כב: בשם ריצב"א שנסתפק

צ"ב דמשמע שיש צירוף בין מה שממונו מזיק ומה שהוא נתיאש מלגדרו דבצירוף שניהם נעשה כמעשה דידיה וצ"ב. וראיתי מפרשים שכונתו דכיון שאיסור כלאים תלוי בניחותא, הניחותא הוא המעשה, אבל לא משמע כן בדבריו.

והנה עי' ברמ"ה (ומובא גם בטור חו"מ סי' קנ"ז) שכתב דמסוגיין יש ללמוד דמאן דהוה מחייב למיגדר בינו ובין חבריו ולא גדר ואתו גנבי וגנבו לו מידי דרך הגדר חייב לשלומי לי'. והטור הביא שהרא"ש פליג דאפילו פרץ הגדר בידים אי"ח. אכן הטור בסי' שצ"ו הביא שהרמ"ה עצמו ס"ל דאם פרץ גדר חבריו ויצאה בהמתו ואבדה חייב.

והנה התם בגנבים אין שם נחותא דידיה וגם אין ממנו מזיק (וגם לא ברי הזיקא) ומ"מ חשיב לי' הרמ"ה כגרמי וצ"ל דס"ל דעצם פריצת הגדר הוי מעשה מזיק דגרמי לחייבו על הנזק שבא אח"כ מן החוץ. ושיטתו בדין גרמי צ"ב ואכ"מ. אבל עוד יש חידוש בדבריו שנוגע לענינו, דלא רק פריצת גדר בידים אלא גם מה שנתיאש מלגדרו חשיב גרמי לחייבו אם באו גנבים אח"כ. ובסו"ד הוסיף הרמ"ה דהוא דאתרו בי' מעיקרא, ובודאי שמסוגיין הוא למד דלכן צריך התראה. והנה לכאורה אין לפרש דההתראה שם הוא כדי שייחשב מזיד בגרמי, שהרי לא התרו בו משום גנבים, אלא משום כלאים. ונראה, דהנה מדברי הרמ"ה מוכח דהמעשה מזיק בסוגיין אינו עצם הנחותא, דזה ל"ש בגנבים שאין הגנבים צריכים לנחותא דידיה, אלא ע"כ עצם מה שלא גדר חשיב מעשה מזיק דגרמי, וכאילו פרץ את המחיצה.

ומש"כ הרמ"ה דצריך לזה התראה, י"ל דהוא משום שרק כשהתרו בו לגדור הוא דאמרינן דמה שלא גדר הוי מעשה מזיק. אבל כל שלא התרו בו אין כאן מעשה מזיק דגרמי. ולא משום חסרון הזדה, דלעולם גרמי חייב גם בשוגג, אלא משום שהרי זה פשוט דגם במקום שחייב לבנות כותל משום היזק ראייה או משום הרחקת המחרישה, היינו דהלה יכול לתבוע כותל או הרחקה ממנו, אבל אם חבריו אינו מקפיד על זה פשוט דאי"ח לבנות או להרחיק. וממילא דאם לא התרה בו לגדור אין שם פשיעה במה שלא גדר, ואין כאן מעשה מזיק. ורק במקום שהלה תבע אותו לגדור, הוא דס"ל להרמ"ה דמה שלא גדר הוי מעשה מזיק, וכאילו פרץ, ואזי חשיב מעשה מזיק לחייבו על מה שבאו גנבים אח"כ כגרמי מעשיו.

ועפ"ז אולי יש להגדיר קצת גם את דברי הרא"ש מהו הצירוף בין מה שנתיאש מלגדור ומה שגפנים הם ממון דידיה. דגם הרא"ש ס"ל דמה שנתיאש מלגדור הוא כאילו פרץ המחיצה בידים (עכ"פ כשהתרו בו), אלא דהרי כבר ראינו דהרא"ש ס"ל דגם אם פרץ המחיצה בידים ובאו גנבים לא חשיב מעשה מזיק דידיה, כי סוכ"ס

והיה אפש"ל דבאמת גם התוס' מודי לרש"י שצריך להתרות בו משום איסור כלאים, וכדי שייחשב מזיד בהיזק דגרמי, ומש"כ התוס' דד' אמות שאמרו להרחיק בשביל עבודת הכרם, לא באו בזה לבאר תוכן ההתראה, כ"א לבאר דמה"ט חובת ההרחקה היא על בעל הכרם ולא על בעל התבואה. אבל מ"מ ההתראה צריכה להיות משום איסור כלאים. וכמו שביארנו בדעת רש"י.

(ובאופן אחר קצת י"ל דאמנם מתרה בו משום הרחקת המחרישה לבד – ודלא כרש"י – אלא דממילא חשיב מזיד בהיזק דגרמי, משום דכו"ע יודעים שאם אין שם גידור ייאסר התבואה, ואי"צ התראה ע"ז, וההתראה היא רק שידע שהגידור מוטל עליו לבדו, שאם הוא מדמה שהגידור מוטל על שניהם א"כ הוא שוגג בהיזק שחשב שהניזק ג"כ מתרשל.)

אבל באמת נראה שזה אינו, דעי' לק' (עמ' ב') בתוס' ד"ה וחייב, דכתבו דאין לפ' דכלאים הוי היזק שאינו ניכר וחייב משום קנס דא"כ במזיד דוקא היה לו להתחייב עי"ש, ומבואר מדבריהם דס"ל דהברייתא מיירי בשוגג, ותמוה במה הוא שוגג כיון שהתרו בו. (וכן תמה בתורת גיטין (נג): ונשאר בצ"ע. ועי' במהר"ם מה שנדחק.) ומזה נראה שדברי התוס' כאן כפשוטם דההתראה היא על הרחקת המחרישה, אבל לא התרה בו משום איסור כלאים, ולכן הוי שוגג דאף שידע שצריך לגדור אבל לא ידע שאם לא יגדור ייאסר כל השדה משום כלאים.

אבל א"כ הדרא קושיין לדוכתה, כיון דבלא"ה הוא שוגג בהיזק דגרמי א"כ למה צריך התראה כדי שיתחייב, ולמה כתבו התוס' דאם לא התרו בו אי"ח באחריותו.

ד. וע"כ נראה דלדעת התוס' אין מתרים בו משום הפסד התבואה כולה, רק משום הרחקת המחרישה לחוד. ולכן הוא באמת שוגג בהפסד השדה, וכמו שנקטו התוס' בעמ' ב'. ומ"מ חייב משום גרמי, דהתוס' כאן נקטו כהך צד בתוס' לק' (כב): דגרמי חייב אפילו בשוגג. ומש"כ התוס' דאם לא התרו בו אי"ח באחריות, אי"ז משום שהיה שוגג בגרמי, אלא משום שאם לא התרו בו לא היה היאוש מלגדור נחשב מעשה מזיק, וגרמי אי"ח אלא כשיש שם מעשה מזיק דידיה.

ואפרש הדברים, דהנה התוס' (כב): והרא"ש (שם) דנו מה בין גרמי דקיי"ל כר"מ דחייב לבין לגרמא דאמרי' בכ"מ שפטור. ומבין החילוקים כתבו דגרמי צ"ל ע"י מעשה דידיה. וצריך להבין א"כ נתיאש מלגדור אמאי חשיב גרמי והרי איזה מעשה עשה. אכן עי' ברא"ש שם שביאר בזה וז"ל דכיון דמעורב ממנו בממון חבריו ואוסרו ונתייאש מלגדור ברי היזיקא וחשיב מעשה עכ"ל, ודבריו

¹ ויש לדחות דזה לכו"ע ידיע שאם לא יהיה כותל יכולים גנבים לפרוץ, וההתראה היא שבניית הכותל מוטלת עליו משום הרחקת המחרישה, וממילא הוא מזיד גם על מה שעיי"ז גנבים באו לה.

עדים וגנבו פשיטא דגם לרמ"ה אי"ח על מה שגנבו דמה שנתרשל באיסור כלאים אינו מעשה מזיק כלפי שכנו, ורק כשנתבע לגדור משום הרחקת נזקין ולא גדר הר"ז מעשה מזיק כפריצת הגדר ועי"ז כל נזק שנגרם ע"י פריצת הגדר נחשב שבא בגרימתו. והבן.

ה. נמצא דיש כאן ג' שיטות בטעמא דהך התראה. דעת התוס' רי"ד בגיטין, והרמב"ן בשם תוס', וכן נראה דעת רש"י, דההתראה היא כדי שייחשב מזיד להתחייב בדינא דגרמי. ולפי"ז נראה דע"כ צריך להתרות בו משום איסור כלאים, וכמה שפי' רש"י, דאם לא התרו בו כ"א משום הרחקת המחרישה א"כ סוכ"ס הוא שוגג בהפסד השדה.

ודעת הרמב"ן דההתראה כדי שייחשב מה שלא גדר כניחותא, ורק עי"ז קידש התבואה.

ודעת התוס' שלנו בסוגיין דלא כשתי השיטות, דמפורש כתבו דההתראה היא כדי שיהיה חייב באחריות, ודלא כהרמב"ן, וגם ס"ל דאפילו לאחר שהתרו בו אינו אלא שוגג, כמבואר בדבריו לק' (עמ' ב'), וכמה שביארנו דכיון שלא התרו בו כ"א משום הרחקת המחרישה עדיין הוא שוגג בהפסד השדה. אלא דעת התוס' דצריך להתרות בו כדי דע"י ההתראה יחשב מה שלא גדר כאילו פרץ שיהיה מעשה מזיק דגרמי.

ב' ע"ב

תוד"ה וחייב באחריותו. האחרונים מקשים מ"ש מטמא דחשיב היזק שאינו ניכר דמי יודע אם הוכשרו, הרי גם בכלאים מי יודע אם נתיימש. ובשיעורי ר' שמואל הביא מהגר"ח שתי דבטומאה ההכשר הוא מעיקר הטומאה, משא"כ הניחותא בכלאים אינו אלא תנאי. ונראה הביאור בזה דבגמ' חולין (ק"ח). מבואר דהכשר באוכלים כגמר מלאכה בכלים, דבלא הכשר לא חשיבי אוכלין, וא"כ אם רואה שרץ ע"ג פירות ואינו יודע אם הוכשרו נמצא שאינו יודע אם יש כאן מצב של טומאת אוכלין כלל, משא"כ בכלאים הרי עכ"פ יש כאן תערובת, רק דלחלות האיסור צריך נחותא, וזה נחשב היזק ניכר.

ויש להעיר מדברי הגרעק"א (בהגהות על השו"ע או"ח סי' רנ"ג סע' ב', מהדורת פרידמן) שכתב בתוך הדברים דגדר נחותא בכלאים משום שאם דעתו לעקור לא חשיב תערובת. דא"כ כשאין רואים

ההיזק בא מן החוץ ואינו לגמרי בסיבתו, רק כאן שההיזק ע"י ממון ידידה דהיינו הגפנים שנטע אצל הגדר הוא דפריצת הגדר (בידים או ע"י יאוש מלגדור) חשיב מעשה היזק.^א

עכ"פ למדנו דגרמי צ"ל ע"י מעשה ידידה וכאן המעשה הוא מה שנתיאש מלגדור דחשיב כאילו פרץ הגדר, ולפי"ז מבוארת שיטת התוס', דלגולם לא התרו בו משום אבדן התבואה כולה, רק משום הרחקת המחרשה, ולכן על הפסד השדה כולה באמת הוא שוגג כמבואר בתוס' בעמ' ב', ומ"מ חייב משום גרמי, דתוס' כאן נקטו דשוגג בגרמי חייב. ומ"מ אם לא התרו בו אי"ח באחריות, כי אם לא התרו בו באמת לא היה חייב לגדור לבדו, כי החיוב לגדור אינו אלא כשהלה תבעו, וכיון שלא היה מחוייב לגדור לבדו אין מה שנתיאש מלגדור חשיב כמעשה פריצת המחיצה בידיים, ואין שם מעשה מזיק לחייב משום גרמי.

אלא דאכתי יל"ע, דהרי משמע בתוס' דאם לא התרו בו אמנם אי"ח באחריות אבל השדה אסורה, ואמאי, והרי כיון שלא התרה בו בעל התבואה ולא אמר לו שמקפיד על הרחקת המחרשה לא היה חייב בעל הכרם לגדור לבדו, ואין שם נחותא לאיסור משום כלאים. אבל בפשוטו י"ל דזה ודאי שאין בעל הכרם יכול לתבוע את בעל התבואה לגדור עמו (דאז בעל התבואה ודאי יאמר לו לגדור הוא משום הרחקת המחרשה), וא"כ הניחותא בתערובת תלוי בבעל הכרם לבדו.

אבל לענין חיוב אחריות בענין מעשה מזיק כדי לחייב משום גרמי, והמעשה מזיק היינו הסירוב בתביעת בעל התבואה לגדור דהוי כאילו פרץ, וזה ל"ש אלא כשנתבע לגדור, אבל כשלא נתבע לגדור אין עליו חיוב מצד דיני שכנים לגדור, ואין היאוש מלגדור נחשב מעשה מזיק. אף שהוא נחותא לענין קידש, דסוכ"ס ידע שחבירו לא יגדור וכיון שלא גדר הוא חזינן דניח"ל בתערובת, אבל אי"ז מעשה מזיק כלפי בעל התבואה, כי בעל התבואה לא תבעו לגדור ולא היה לו חיוב כלפי בעל התבואה לגדור כדי שנאמר דמה שלא גדר הוי מעשה מזיק כלפי בעל התבואה כאילו פרץ הגדר.

והגע בעצמך, אם לא תבעו בעל התבואה לגדור, ואח"כ באו גנבים, הרי מבואר ברמ"ה דאי"ח על מה שגנבו, ואף שמצד איסור כלאים הרי קידש^ב, וע"כ כיון שלא היתה שם תביעה לגדור מצד בעל התבואה אין ייאוש מלגדור מעשה מזיק כלפיו ול"ש לחייבו מדינא דגרמי.

נתבע לגדור רק היה חייב לגדור משום כלאים ולא גדר ואח"כ באו

^א ואולי הגדר דנטיעת הגפנים אם פריצת הגדר הוי מעשה אריכתא. אבל לשון הרא"ש לא משמע כן. ואכתי צ"ת בהסברת דברי הרא"ש.

^ב זה מוכרח בדעת הרמ"ה שההתראה הוא כדי שיתחייב באחריות ולא בשביל שיקדש, שהרי הרמ"ה למד מזה דגם כשבאו גנבים אי"ח א"כ התרה בו.

הניחותא אינו ניכר אם יש כאן תערובת כלל.

אכן לפי"ז יש לתרץ דברי התוס' באופן אחר, דהכשר בטומאה היא סיבה האוסרת, וכל שאין ההכשר ניכר אין אנו רואים את האיסור, אבל ניחותא בכלאים אינה סיבה האוסרת, אלא דאם דעתו לעקור הוי סיבה המתרת דמפקיע הערבוביא, ולכן גם אם אין רואים הניחותא נחשב שראו כל האיסור, שראו כל הסיבות האוסרות.

והעולם מקשים מה יהיה הדין אם טימא פירות שיש עליהם משקין, דלא מסתבר שייחשב היזק ניכר, אלא מאי אית לך למימר משום שאינו ניכר אם היה כי יותן דומיא דכי יתן, אבל א"כ מ"ש מכלאים דלא איכפת לן שאינו ניכר אם היה שם ניחותא. ולב' הסברות הנ"ל ניחא, דבטומאה אם לא היה כי יותן כו' א"כ לא נגמר מלאכת הפרי ואין כאן מצב של טומאת אוכלין, משא"כ בכלאים דהניחותא אינו אלא תנאי. וגם להסברא השניה, בטומאה גם המחשבה היא סיבה האוסרת דעי"ז הוכשר, משא"כ בכלאים.

רש"י ד"ה הו"א במסיפס בעלמא. מבואר דאי תנא בונים אותו הו"א דאין בה כדי חלוקה, ורצו ועשו קנין לחלוק במסיפס (וזוהו "רצו לעשות מחיצה"), ואז בונים את המסיפס באמצע. וק"א א"כ השתא נמי דתנן בונים את הכותל נימא דרצו לחלוק במסיפס, ומ"מ בונים כותל משום דהיז"ר שמיה היזק. אבל לק"מ דאם היז"ר שמיה היזק א"כ כל חלוקה צ"ל בכותל ול"ש לומר שרצו לחלוק במסיפס.

ב. והק' תוס' איך ס"ד דבונים אותו היינו שבונים מסיפס באמצע, והרי איך יתפרש בהמשך המשנה שבונים כמנהג המדינה בגויל וגזית כו'. ותי' הרמב"ן לדעת רש"י דאילו תנן בונים אותו היינו מפרשים דיש כאן ב' בבות, דאם רצו לחלוק במסיפס בונים מסיפס באמצע, ואם רצו לחלוק בכותל בונים כותל באמצע בגויל וגזית כמנהג המדינה.

וקשה הרי לל"ק לכאורה כך הוא האמת, ומה רע היה אילו הוי תנן "בונים אותו", ולמה הוצרך לשנות בונים את הכותל, ואיזה נפק"מ לדינא יש בזה.

אבל באמת יש יש חידוש במה דתנן בונים את הכותל, שהרי לא רצו אלא לעשות מחיצה, ומסיפס נמי נקרא מחיצה כמש"כ רש"י, ומ"מ כיון שרצו לעשות מחיצה כופין אותם לבנות כותל.

אלא דהא גופא קשה, כיון דמסיפס נמי נקרא מחיצה א"כ למה כשרצו לעשות מחיצה כופין אותם לעשות כותל, והרי שמא לא נתרצו אלא לעשות מסיפס.

ג. ונראה משום דהמשנה מיירי שיש בה כדי חלוקה, וא"כ לחלוקה במסיפס אי"צ ריצוי וקנין, ולכן מה שנתרצו בקנין לעשות מחיצה ע"כ מתפרש כהסכמה לעשות כותל ממש.

אבל בחצר שאין בה כדי חלוקה, דצריך ריצוי וקנין אפילו לחלוק במסיפס, איה"נ אפשר שאם רצו לעשות מחיצה אי"צ לבנות אלא מסיפס דהריצוי לעשות מחיצה מתפרש כריצוי לחלוק במסיפס, כיון דגם מסיפס נקרא מחיצה. וכמו שהיה הדין אילו תנן בונים אותו כך הדין בפרט זה גם אליבא דאמת. רק דאילו תנן בונים אותו לא היינו יודעים דבבבצר שיש בה כדי חלוקה אף שלא רצו אלא לעשות מחיצה מ"מ צריכים לעשות כותל, דכיון אי"צ ריצוי לחלוק במסיפס ע"כ הסכמתם מתפרשת כרצון לחלוק בכותל.

בגדר ההתחייבות דרצו לעשות גודא

רש"י ד"ה וטעמא דרצו בא"ד ולקמן פריך כשרצו מאי הוי ליהדרי בהו עכ"ל. כונתו לקושיית הגמ' לק' (ג.) כי רצו מאי הוי קנין דברים בעלמא הוא, אלא דהתם פריך למ"ד שמי' היזק, ורצו דקתני אחלוקת החצר, ומשמע מדברי רש"י דאותה קושיא יש להקשות גם כאן למ"ד היז"ר לאו שמי' היזק, ורצו דקתני אכותל. ופשוט דבכלל כונתו דגם אותו תירוץ שמתרצת הגמ' לק', שקנו מידן, עולה גם לכאן.

אבל התוס' (ג.) ד"ה כי רצו מאי הוי נהדרו בהו, כתבו דלמ"ד מחיצה גודא לא פריך, דאיכא למימר דקנו ושיעבדו נכסיהן לבנין הכותל.

והנה הרשב"א לק' (ג.) נקט בפשיטות דגם לרש"י רק קושיית הש"ס הראשונה – כי רצו מאי הוי נהדרו בהו – והתירוץ הראשון – שקנו מידן – קאי גם על הל"ק, אבל מאי דפריך הגמ' אח"כ דקנין דברים בעלמא הוא, ומה שתי' שקנו מידן ברוחות, קאי לל"ב דוקא, דלל"ק פשיטא דאי"ז קנין דברים, וכמה שביארו תוס' ושאר ראשונים שם שנתחייב ממון לבנות הכותל. וכן מוכרח לכ', שהרי אילו היתה קושיית הגמ' קאי גם להל"ק, א"כ מה תירצו שקנו מידן ברוחות, הרי אי"ז שייך לענין הרצון לבנות גודא כלל. ולפי"ז לא פליגי רש"י ותוס'.

אבל פשוט לשון רש"י לא משמע כן, דאילו היתה כונת רש"י כן א"כ נקל היה לו לבאר דלק' פריך כי רצו מאי הוי ומוקי לה בשקנו מידן, ואילו רש"י מביא רק קושיית הגמ' כי רצו מאי הוי, ודורש מאתנו סבלנות לחכות עד לשם עד שנדע תירוץ הגמ'. ומשמע מזה דרש"י ס"ל דכל השו"ט דלק' קאי גם להל"ק, כולל מה שמק' דקנין דברים הוא, והתירוץ דקנו מידן ברוחות או בחזקה, וא"א היה לו לרש"י להכנס לכל אריכות זו עכשיו, ורק ציין דלק' פריך כי רצו מאי הוי.

והנה לפנינו הגירסא לק' "במאי אוקימתא למתני" בשאין בה דין חלוקה אי בשאין בה דין חלוקה כי רצו מאי הוי נהדרו בהו", ומשמע כהתוס' שהקושיא היא לל"ב דמתני' כשאין בה דין חלוקה והריצוי הוא לחלוק. ולדעת רש"י דהקושיא היא גם לל"ק צריך

בראשונה.

אבל רש"י כתב וז"ל נפל שאני, שכבר נתרצו הראשונים בכותל עכ"ל. מבואר דמפ' דהברייתא שבוני הכותל הראשון כבר נסתלקו, ומ"מ אלה האחרונים כיון שלקחו החצרות מהראשונים מתחייבים לבנות כותל מכח ההתרצות של הראשונים. וצריך להבין איך מועיל התחייבות הראשונים לחייב את האחרונים.

וצ"ל דס"ל לרש"י דכשנתרצו לעשות כותל, הריצוי לא היה רק על בנין הכותל עצמו, אלא שנתחייבו שלא להזיק זא"ז בראיה, דהיינו שכל א' הקנה זכות בחצירו שיוכל חברו למנעו מהשתמשות המזיקו בראיה. וממילא כל א' כשמכר השדה לאחר, מכר עמו גם אותה זכות שיש לו בחצר חברו שלא יזיקנו בראיה.

ובזה פליג רש"י על רבינו יונה, דרבינו יונה ס"ל שהתחייבות לא היתה אלא לבנות כותל, רק דמ"מ דכיון שהסיבה שבונים כותל הוא לסלק היז"ר לכן נתחייבו גם לבנות כותל אחר אם יפול זה. אבל רש"י ס"ל שהתחייבות היתה שהקנה זכות בחצירו למנעו שלא יזיקנו בהיז"ר.

ה. וממילא י"ל דבאמת לא התחייב לבנות בגויל וגזית כלל, אלא דכיון שהתחייב שלא להזיק בהיז"ר ממילא דחייבוהו חכמים לבנות בגויל וגזית, וכמו למ"ד היז"ר שמי' היזק דחייבוהו חכמים כן, וכמה שביאר הרמב"ן שלא יפול הכותל ויזיקנו ביני וביני. וזהו שכתב רש"י דחייבוהו חכמים.

ו. אבל חכמים לא חייבוהו לבנות על קרקע שלו, אלא דמ"מ יש בכלל התחייבות שלו גם לבנות כותל ממש, וזה מחייב אותו ליתן מקרקעו, אבל אותה התחייבות לא היתה כ"א לבנות כותל של נסרים דקים. ויש כאן כאילו ב' התחייבויות, חדא מה שחייב א"ע שלא להזיק בהיז"ר, ולכן חייבו אותו חכמים לבנות בגויל וגזיל, ועוד מה שחייב א"ע לבנות כותל ממש, וזה מחייבו רק בנסרים דקים, ולכן היה ס"ד שאי"צ ליתן מקרקעו כ"א כשיעור נסרים דקים.

ומספקא לי אם הקמ"ל מתפרש דבאמת חייבוהו גם לבנות באמצע (ונכניס זה למש"כ בתחילת הסוגיא דחייבוהו חכמים לבנות בין שניהם), או"ד הקמ"ל דכיון שידע שיחייבוהו בגויל וגזית ממילא זה נכנס לריצוי שלו, וצריך לתת מקרקעו לכותל אבנים. ולשון רש"י (ג.) ד"ה וטעמא דרצו, וז"ל שהתנו לחולקה בכותל אבנים עכ"ל, משמע כהצד השני, דלמסקנת הגמ' הריצוי כולל גם כותל אבנים.

נמצא שכל דיבורי רש"י עולים לשיטה א'.

לדחוק דהגמ' נקטה לשון זה משום דכך האמת דקיי"ל כהל"ב אבל באמת הקושיא יכולה להיות מוסבת גם על הל"ק ועל הריצוי לבנות גודא. אבל יש גירסא אחרת דלא גרסה כלל "במאי אוקימתא כו' אי בשאין בה דין חלוקה", אלא הגמ' מקשה סתם "וכי רצו מאי הוי נהדרו בהו", וגירסא זו נשתמרה בלישנא אחרינא שבסוגריים לעיל מיניה עיי"ש ובמהר"ם, וכן הוא בכמה כת"י, ולפי"ז יכולה הקושיא להיות מוסבת גם על הל"ק וגם על הל"ב כאחת. וקרוב לומר דכך גרס רש"י. וגם התוס' שכתבו שהקושיא היא לל"ב אפשר דכך גרסו רק מסברא פשיטא להו דהקושיא היא לל"ב דוקא.

אלא שהדברים טעונים בירור כנ"ל, לפי הל"ק שהקנין הוא לבנות כותל למה זה נחשב קנין דברים, ולמה לא ניח"ל לרש"י במש"כ התוס' דשעבדו נכסיהם לבנין הכותל. וגם מה יועיל מה שקנו ברוחות לענין ההתחייבות לבנות כותל.

ב. עוד יש לעיין בלשון רש"י כאן מש"כ דחייבוהו חכמים שיבנו בין שניהן עיי"ש, והרי קאי למ"ד היז"ר לאו שמי' היזק, והם חייבו את עצמם לבנות כותל, ובפשוטו דגם מה שצריכים לבנות כותל בנין כמנהג המדינה הוא ג"כ מטעם זה דמסתמא בכך חייבו את עצמם, ומאי קאמר רש"י דחייבוהו חכמים.

ג. וע"ע בהמשך הסוגיא, בונין את הכותל באמצע, פשיטא, ל"צ דקדים חד ורצייה לחבריה, מה"ד מצי א"ל כי איתרצאי לך באויר, בתשמישתא לא איתרצאי לך קמ"ל. והנה רבינו יונה פי' דס"ד שיכול לומר שנתרצה להשתתף בבנין, אבל לא לתת מקום בחצירו למעט תשמישתו בחצר, ויבנו הכל בחצר דאידיך. אבל עי' רש"י וז"ל מה"ד א"ל כשנתרציתי לך במחיצה, מחיצה דקה נתרציתי ולמעוטי באוירא, כגון של נסרים שהיא דקה, והיזק ראייה אין בה, או תמשוך עובי הכותל בחלקך חוץ מדבר מועט, אבל לבנות כותל אבנים עב למעוטי נמי תשמישתי לא נתרציתי עכ"ל. מבואר דס"ל לרש"י דבדודאי ההתרצות לבנות כותל כולל גם שיתן מקום לכותל, אלא דלענ"ז אמרינן שהריצוי לא היה אלא על כותל של נסרים דקים, ולכן ס"ד שאינו צריך לתת מקרקע חצירו כ"א כשיעור זה. ותמוה דאם איתא שלא נתרצה כ"א על מחיצה של נסרים דקים א"כ למה מחוייב להשתתף בכותל בנין כלל. וממנ"פ, אם הריצוי לא היה אלא על כותל של נסרים, א"כ גם לענין הוצאות הבנין נימא שלא נתרצה כ"א על זה, ואם הריצוי היה על כותל בנין כמנהג המדינה, א"כ גם לענין קרקע החצר נימא כן.

ד. וע"ע בהמשך הסוגיא ת"ש כותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנות עד ד"א. נפל שאני. ועי' ברבינו יונה שפי' דכיון שנתרצו לבנות כותל, וטעם הריצוי היה לסלק היזק ראייה (אף דלאו שמי' היזק), ממילא דהריצוי כלל גם שיבנו כותל אחר אם יפול כותל זה. ומשמע שאלה שבונים הכותל כשנפל הם אלה שנתרצו מתחילה לבנותו

²³ כן הוא בכת"י מינכן, וכן הוא גם בכת"י המבורג 165, שהוא כת"י אשכנזי מתקופת בעלי התוס'.

חתני הר"ר אליהו גרינהויז שליט"א, דבסוגיין כתב לבאר לפי הל"ק איך נשתעבדו לבנות גודא וז"ל פי' וכגון שקנו מידם על מקום הכותל ושיתחייב כל אחד לחברו בדמי הכותל, ואף על פי שלא היה חייב, אם קבל עליו בקנין חייב עכ"ל. וזהו כתוס'. אבל מאידך לק' (יז.) ביאר ענין "נפל שאני" וז"ל דכיון דגלו אדעתיהו דקפדי בהיזק ראייה קפדי ואם נפל מחייבין אותן לחזור ולסלק היזיקם עכ"ל, ודבריו צ"ב מה לי שגילו דעתם דקפדי למה לא יוכלו עכשיו לחזור ולהיות לא קפדי, כיון דבעצם היז"ר לאו שמייה היזק. וגם אם נדחוק דכונתו כדעת רש"י שהקנו זל"ז שלא להיות ניזוקים בהיז"ר, אבל א"כ יהיה מבואר דלא היה קנין לבנין כותל בעלמא, וסותר דבריו בסוגיין.

ונראה בביאור דבריו שם דכיון שבנו את הכותל הראשון וגילו דעתם דקפדי אהיזק ראייה ומוכנים להוציא ע"ז הוצאות, א"כ כשנפל ובא ראובן לבנותו מחדש ושמעון אינו רוצה להשתתף, אנו מפרשים את סירובו של שמעון דאינו משום שעכשיו אינו מקפיד, דכבר גילה דעתו בכותל הראשון שהוא מקפיד, אלא סירובו עכשיו משום שרוצה שראובן יבנה לבדו ושמעון יהנה ממילא. ולכן כופין את שמעון להשתתף. והוא כעין עמד ניקף וגדר את הרביעית דכתבו התוס' (ב"ק כ:.) דחייבו משום דגלי דעתיה דניח"ל בהוצאות, וביארנו לק' (ד: בענין גלי דעתי דניח"ל) דכיון ששניהם רוצים בכותל וגילו דעתם בפועל שמוכנים להוציא ע"ז הוצאות נעשה כבית שער וככל צורך משותף שכופים זא"ז להשתתף (ועי' נתה"מ קע"ח ג.). וכן כאן כבר גילו דעתם בפועל ע"י בנין הכותל הראשון דניח"ל להוציא הוצאות כדי שלא יהיו ניזוקים בהיז"ר, ומעתה כופין זא"ז להשתתף בכותל שהוא צורך המשותף להם.

וממילא אין דבריו סותרים זא"ז, כי הגילוי דעת אינו אלא ע"י בנין הכותל הראשון, אבל טרם שבנו את הכותל הראשון אף שרצו לבנותו יכול כל אחד לחזור ולומר הדחליט שאינו מקפיד, ולכן מה שאינם יכולים לחזור מלבנות את הכותל הראשון אינו אלא מחמת הקנין ששעבדו נכסיהם. אבל אחר שבנו את הכותל הוא כעמד ניקף וגדר, גילו דעתם דקפדי באמת, וממילא כופין זא"ז להשתתף אח"כ כשנפל.

מאי לאו בכותל

ת"ש אין חולקין את החצר כו' מאי לאו בכותל. דברי הגמ' מתמיהים, וכמו שהקשו הראשונים, דמהיכ"ת לומר דמיירי בכותל, ואין לזה רמז במשנה.

ונראה שהתוס' עמדו על זה, דהנה עי' בדבריהם שהק' וז"ל תימה ויהא בכותל דילמא הכי פי' אין חולקין את החצר אפילו האחד רוצה לבנות את הכותל בתוך שלו עד שיהא בה ד"א לכל א', הא אם יש בה ד' אמות לכל א' חולקים אם רצה לכנוס לתוך שלו עכ"ל. פי' דמקשים התוס' דאפילו לפי הנחת הגמ' דחלוקה היא ע"י

ז. ועי' תוס' ד"ה נפל שאני, שפי' שהורגלו לעשות דבר הצנע בחצר ולא למדו ליזהר זמ"ז עכ"ל, ומבואר דהתוס' פליגי על רבינו יונה ורש"י, וס"ל דמצד הריצוי הראשון לא היה צריך לבנות כותל חדש, ורק משום שהורגלו שלא ליזהר נעשה אצלם היז"ר כשמי' היזק. ובתוס' הרא"ש (מובא בשטמ"ק) מבואר דטעמא דהתוס' לא ניח"ל לפרש שבונים את הכותל מכח הריצוי הראשון, משום דאי משום הריצוי הראשון א"כ יתחייבו לבנות כותל כגובה הראשון, ולמה אי"ח כ"א עד ד"א, ועוד דהרי לא נתרצו כ"א על כותל א', ולא על שני כתלים. אכן רבינו יונה תירץ זה דכיון שטעם ההתחייבות היה לסלק היז"ר לכן מונח בזה שחייבים לבנות גם כותל אחר כשיפול, אבל רק עד ד"א דבזה מונע היז"ר. ומשמע דתוס' ותוס' הרא"ש פליגי על זה, וסבירא להו שההתחייבות לא היתה כ"א לבנות כותל, ותו לא מידי, ומה שצריך לבנות בגויל וגזית ובגובה ד"א צ"ל דכיון שכך המנהג לכן מסתמא נתכוון לכותל כזה.

נמצאו ג' שיטות, דעת התוס' שההתחייבות היא רק על בנין כותל. ואף רבינו יונה ס"ל דההתחייבות היא אמנם רק על בנין כותל, אבל ס"ל דכיון דסיבת בנין הכותל היא למנוע היז"ר לכן מסתמא התחייב גם לבנות כותל אחר אם יפול זה (אבל רק עד ד"א). ושיטת רש"י דההתחייבות היתה שלא להזיק בהיז"ר, דכל א' הקנה זכות בחצירו שיוכל חבירו למנוע מלהזיקו בראייה. (אלא דמלבד זה התחייב גם על כותל כפשוטו, אבל לענ"ז היה סגי בנסרים דקים.)

ח. ומעתה מבואר מאד כיון דהתוס' ס"ל שההתחייבות היתה על עצם בנין הכותל, א"כ הקנין על זה הוא לשעבד נכסיו לבנין הכותל. ואי"ז ענין לסוגיא דלקמן שדן איך נעשה הקנין למ"ד היז"ר שמי' היזק, דהתם מיירי בקנין דחלוקה, והוא קנין בהחצר, והכא מיירי בקנין דבנין הכותל, שהוא קנין לשעבד נכסיו לצורך הבנין. אבל לרש"י ההתחייבות לבנות כותל ענינו הוא שמקנה זכות בחצירו לחבירו שיוכל למנוע מלהזיקו בראייה, והוא חלק מקנין החלוקה, ושפיר קאמר רש"י דלקמן פריך כשרצו מאי הוי, שדברי הגמ' לקמן עולים גם לכאן, וקאי על כל השו"ט, כולל גם מה שמק' הגמ' דקנין דברים הוא, שהרי לפי המבואר גם ההתחייבות שלא להזיק זא"ז בהיז"ר היא חלק מקנין החלוקה, דכשמקנים זל"ז חלקם כל אחד משייר לעצמו זכות בחלק חבירו למנוע מהיז"ר, ואין קנין זה יכול לחול קודם החלוקה. ולכן כל זמן שהקנין לחלוקה הוא קנין דברים, גם הקנין שלא להזיק זא"ז בראייה אינו יכול לחול. ומתרת הגמ' שקנו מידן ברוחות, וחלה החלוקה עצמה, ועמה גם ההתחייבות שלא להזיק זא"ז בהיז"ר.

ויש לדייק כן גם בלשון רש"י (ג.) ד"ה וטעמא דרצו, וז"ל שהתנו לחלוקה בכותל אבנים עכ"ל, וקאי למ"ד מחיצה גודא, ויש לעיין בלשונו מש"כ שהתנו לחלוקה בכותל, והרי ההתחייבות היא לבנות כותל ואינה ענין לחלוקה, ואדרבא למ"ד זה הרי מיירי בחצר שיש בו דין חלוקה וחולקין בע"כ. אבל למבואר ניחא דהקנין לעשות כותל הוא חלק מעצם קנין החלוקה וכמש"נ, וק"ל.

ז. ויל"ע בדברי הרמב"ן דלכאורה דבריו סותרים זא"ז, וכמשה"ק

בכותל, דהכותל מההוצאות הנצרכות לחלוקה וזה בכלל זכות תביעת חלוקה שיש לכל אחד מן השותפים. אבל אם היז"ר לאו שמיה היזק אין ראובן יכול לתבוע משמעון לחלוק אם שמעון יצטרך להוציא הוצאות על אבנים ולמעט מתשמישו מה שאינו מחוייב מן הדין כיון שהיז"ר לאו שמיה היזק. ומאידך לתבוע חלוקה בלא כותל ס"ד לגמ' דג"כ אינו יכול, דכיון ששמעון לא יוכל אח"כ לעשות דברי הצנע הוי כאין שמו עליו וכמ"ש"נ. ורק אם יכנסו ראובן ויבנה בתוך שלו, דאין שמעון מפסיד כלל, הוא דיכול לתבוע חלוקה, ואי"ז בכלל משמעות המשנה. ושפיר דייק הגמ' דע"כ היז"ר שמיה היזק.

ומתרת הגמ' לא במסיפס, היינו דהגמ' חוזרת מעיקר הנחתה, ומסיקה דיכול לתבוע חלוקה אפילו אם יישאר החצר בלא כותל, דכיון דהיז"ר לאו שמיה היזק חשיב שמו עליו אפילו בלא כותל, אף שיצטרך למעט בדברי הצנע.

ב. ועי' ברמב"ן שתי' באופן אחר, דהיה ס"ד להגמ' דגם בחצר שאין בה ד"א לזה וד"א לזה יכול לכוף את חבירו לחלוק, דעכ"פ חזיא לפירוק משאות, אלא דבכה"ג כיון שאינו ראוי לדירה אין בו היזק ראייה, ולכן חולקין שלא בכותל, משא"כ אם יש בו ד"א לזה ולזה דיש היז"ר חולקין בכותל. וזו כונת המשנה.

ולכ' תמוה דלפי"ז לענין עצם הדין חלוקה אין חילוק בין יש בה ד"א לזול"ז לבין אין בה ד"א לזול"ז, דבכל אופן יכול לכופו לחלוק, וכל החילוק הוא בדין היז"ר, שלכ' אינו מעצם דיני החלוקה כלל. ואיך יתפרש לשון המשנה דאין חולקין את החצר כו' דמשמע דמיירי בדיני זכות חלוקת החצר. והרי יתר הציורים במשנה – כגון אין חולקין את השדה עד שיהא בה ט' קבין לזה כו' – בודאי הם דינים בעצם הזכות חלוקה.

אבל בפשוטו הרמב"ן לטעמי' דנתבאר לעי' דס"ל דחייב בנין הכותל אינו משום הרחקת נזקין (דבאמת על דעת כן חלקו שלא יהיו צריכים להסתלק כדס"ל באחין שחלקו דאינו יכול לתבעו לסתום חלון אף שמזיקו בהיז"ר) רק הוא מדיני החלוקה דיכול לתבוע חלקים מתוקנים וכמו שביאר הגרנ"פ. ולכן שפיר הו"ל תביעת כותל מעצם דין החלוקה.

ג. אלא דעדיין יל"ע בפירוש הרמב"ן, דיוצא לפי זה דהיה ס"ד להמקשן דיכול לתבוע חלוקה גם בחצר שאין בו ד"א לזה וד"א לזה, וגם יוצא דהיה ס"ד דבבית שאין בו ד"א ליכא היז"ר, וק' דהרי המקשן בא להוכיח דהיז"ר שמיה היזק, והיינו כהלישנא בתרא דרצו דקתני היינו פלוגתא, וא"כ במשנה מבואר דלא כב' הנחות אלו, דהרי קתני שרצו לעשות פלוגתא, והיינו בחצר שאין בו דין חלוקה, ומוכח דבבית שאין בו דין חלוקה צריך ריצוי כדי לעשות חלוקה, וגם מבואר במשנה דכשרצו לחלוק צריכים לעשות מחיצה, אע"ג שאין שם ד"א לזה וד"א לזה. ועי' בחי' ר' נחום מה שנדחק בזה טובא.

כותל, אכתי נימא דהיז"ר לאו שמיה היזק, וכונת המשנה דאינו יכול לכוף את חבירו לחלוק – אפילו בחצר שיש בו ד"א לזה וד"א לזה – אא"כ יכנס לתוך שלו ויבנה כותל.

ותמוה דכיון דקיימן למ"ד היז"ר לאו שמיה היזק א"כ איזו סברא היא זו לומר דאינו יכול לדרוש חלוקה אא"כ יבנה כותל בתוך שלו. והרי הא ודאי דלמסקנת הגמ' אין סברא זו נכונה, שהרי האמת שיכול לכוף חלוקה במסיפס, וא"כ מנא להו להתוס' להקשות כן על הס"ד דהגמ'.

ותחילה נבאר סברת התוס', דהנה הדין הוא דאינו יכול לכוף את חבירו לחלוק אא"כ לאחר החלוקה יהא שמו עליו, כמבואר במשנה (יא.), דאל"כ הרי הוא נפסד בחלוקה. וסברת התוס' דעל כן יש מקום לומר דאפילו למ"ד היז"ר לאו שמיה היזק, ומשום דיכול להזהר מחבירו, אבל מ"מ הרי טורח זהירות זו עליו, והוי כאין שמו עליו, דקודם החלוקה לא היה שם היז"ר כלל (דמה ששני השותפין רואין זא"ז אין זה בגדר היז"ר אלא שותפות, ויש להם חצר גדול בשותפות ויכולים לעשות שם דברים משותפים, ועכשיו לאחר החלוקה יהיה צריך להזהר מחבירו). ולכן היה מקום לומר דאינו יכול לתבוע חלוקה אא"כ יבנה כותל משלו, ועי"ז יסלק ההיז"ר, ורק עי"ז ייחשב שיש בו כדי חלוקה.

והתוס' לא בדו סברא זו מלבם, אלא למדו כן מדברי הגמ' עצמה, דפריך הגמ' מאו לאו בכותל, וכבר הזכרנו תמיהת הראשונים דמהיכ"ת לומר דמתני' מיירי בכותל. ונראה שהתוס' הבינו דהגמ' בקושייתה נקטה בפשיטות דאם לאחר החלוקה לא יהא שם כותל, ויהיה צריך להשמר מהיז"ר, א"כ אין שמו הראשון עליו ואין כאן כדי חלוקה, שהרי הנתבע מפסיד ע"י החלוקה. ומזה מייתי הגמ' ראייה דע"כ לאחר החלוקה יהיה לנתבע זכות לתבוע הרחקת הנזק של היז"ר (ע"י שיבנו כותל בשותפות), וכיון דלאחר החלוקה ישאר לו זכות לתבוע הרחקת הנזק לכן נחשב שיש שם כדי חלוקה. וזהו דקאמר הגמ' מאי לאו בכותל, ומוכיח דהיז"ר שמיה היזק.

ועל זה הקשו התוס', דאכתי נימא דהיז"ר לאו שמיה היזק, ואחר החלוקה לא יהיה לו זכות לתבוע הרחקת הנזק, אבל המשנה מיירי כשהתובע בונה כותל משלו, וממילא מסתלק ההיז"ר ושוב יכול לתבוע חלוקה.

ותירצו התוס' דלשון המשנה לא משמע דמיירי ע"י שהתובע יבנה כותל בתוך שלו, ולכן שפיר מוכיח הש"ס דע"כ היז"ר שמיה היזק.

אלא דיל"ע בתירוץ, דאכתי יקשה דנימא דכדי לתבוע חלוקה אין ראובן צריך להכניס הכותל לתוך שלו לגמרי אלא דיו שיתחייב לבנות חצי הכותל ושמעון יוכל לבנות חצי הכותל, ונמצא שאין שמעון מפסיד בחלוקה. וכמו למ"ד היז"ר שמיה היזק דיכול ראובן לתבוע חלוקה אף ששמעון יצטרך להשתתף בכותל. אבל נראה דאי"ק דבשלמא למ"ד היז"ר שמיה היזק דחייבים לבנות כותל מן הדין שפיר יכול ראובן לתבוע חלוקה אף ששמעון יצטרך להשתתף

הוא משום דס"ד שיכול לומר כי אתרצאי באוירא בתשמישתא לא אתרצאי, והרי ע"כ צריך למעט תשמיש הקרקע בשביל מחיצת י"ט. אלא ע"כ דהגמ' עכ"פ בל"ק נקטה כשמואל.

ועוד הוסיף דבאמת לל"ק מוכח כשמואל ודלא כר"נ. דהנה שי' הרי"ף דשמעינן ממתני' דשותפין לא קפדי אהדדי, והיינו דהרי"ף מפרש דמיירי כשנתפנה לרשותו שלא בעדים וטוען לקחתי, ולמה אינו נאמן כיון שמוחזק, משום דכיון דאיכא אנ"ס שבנו יחד הוי מילתא דידיע בשותפות ויכול להוציא בלא ראייה. וכ"פ ר"ח מובא רש"י (ד), וכן פי' הרי"ף מיגש. והרמב"ם (פ"ב הי"ח) כתב הדין דלפיכך אם נפל כו' בטוען לקחתי, והוא כפי' רבותיו, וכ"כ המ"מ. (ועי' לק' ד. מש"נ בשיטתם.)

וקשה דבמשנה משמע דכיון דהלפיכך הוא מכח מה שבונים את הכותל דהיינו מה שכופין זא"ז לבנות כותל ד"א, דלפיכך אנ"ס שבנו יחד והוי מילתא דידיע בשותפות ולכן ליכא חזקה וגם אם נפל לרשות אחד שלא בעדים וטוען לקחתי אינו נאמן. וקשה דגם אם לא היו כופין זא"ז לבנות כותל של ד"א אבל כותל של י"ט ודאי היו צריכים כדי להיות נתפס כגנב כדברי ר"נ, וא"כ מ"ק המשנה דמשום שכופין זא"ז לבנות כותל של ד"א לפיכך אם נפל הכותל של שניהם, והרי גם אם לא היו כופין זא"ז לבנות כותל של ד' אמות, ואפשר שרק אחד בנה, אבל החלק התחתון של הכותל עד י"ט ודאי בנו בשותפות, וא"כ הוא מילתא דידיע בשותפות, דידיעיןן ודאי שעכ"פ חלק מהאבנים הוא של שניהם, ושותפין לא קפדי ומשאלין מקום זל"ז וליכא חזקה.

אכן לל"ב לא קשה, דמבואר בגמ' (ג.) דל"ב המשנה מיירי בחצר שאין בה כדי חלוקה ונתרצו לחלוק, וכופין זא"ז לבנות כותל משום היז"ר, והקשה הגמ' למה נקטה המשנה כה"ג והרי החידוש דכופין זא"ז לבנות כותל משום היז"ר היה יכול לאשמעינן גם החצר שיש בה כדי חלוקה. ות"י הגמ' דס"ד שיכול לטעון כי אתרצאי לחלוק היינו בלי כותל. אבל לא נתרציתי לחלוק החצר אם אצטרך לבנות כותל. ולכן נקטה המשנה כה"ג לאשמעינן דאינו יכול לטעון כן אלא כיון שרצו לחלוק כופין זא"ז לבנות כותל.

נמצא דעיקר הרבותא דבונים את הכותל אינו דהיז"ר שמי' היזק, אלא דלא אמרי' כי אתרצאי. והנה אילו היינו אומרים כי אתרצאי לא היה הנתבע צריך לבנות אפילו כותל של י"ט, דהרי לא נתרצה אלא ע"מ שלא לבנות כותל.

ולפי"ז שפיר קאמרה המשנה דכיון דלא אמרי' כי אתרצאי — לפיכך — הוי מילתא דידיע בשותפות. דאילו הוי אמרי' כי אתרצאי לא היה הכותל ידיע בשותפות כלל.

אבל לפי הל"ק דמיירי בחצר גדולה ובע"כ חולקים את החצר אלא דנתרצו לעשות גודא, ו"לפיכך" — כיון שנתרצו לעשות גודא — הוי מילתא דידיע בשותפות, תסתער עדיין הקושיא הרי גם אם לא נתרצו לבנות גודא יחד עדיין היה הכותל מילתא דידיע בשותפות,

אבל בפשוטו נראה דאיה"נ המקשן לאו היינו הלישנא בתרא, וגם המקשן אזיל בשי' הל"ק דמאי מחיצה גודא, אלא שמקשה על מה שמסיק סתמא דהש"ס לעי' דאלמא היזק ראייה לאו שמי' היזק, ועל זה מקשה דנהי דמחיצה היינו גודא אבל מ"מ היז"ר שמי' היזק, ומה שהוצרכו לריצוי לעשיית הכותל היינו משום דמיירי שאין בו כדי חלוקה.

וניחא לפי"ז מה דמסיק הרמב"ן דלקושטא דמילתא לא קאי פירוש זה בהמשנה, דלכ' ק' מנ"ל להרמב"ן להחליט כן, דהגמ' לא דחה את סברת המקשן כ"א לקיים השיטה דהיז"ר לאו שמי' היזק, אבל לדידן דהיז"ר שמי' היזק דילמא לעולם המשנה מתפרשת כפירוש המקשן. אבל לנ"ל מבואר בפשיטות משום דגם הלישנא בתרא הוא דלא כסברת המקשן.

ובאופן אחר י"ל דפשיטא לי' להרמב"ן דאין סברת המקשן עולה לדינא משום שאינו עולה יפה עם מש"א בגמ' לק' (יא.) דהד"א לזה ולזה היינו מלבד ד"א לכל פתח לפירוק משא, ואילו לסברת המקשן כשאין שם ד"א לזה ולזה ראוי לפירוק משא, ומשמע דהנצרך לפירוק משא הוא בכלל החשבון דד"א לזה וד"א לזה.

שיטת הרמב"ם בגינה

הרמב"ם פסק דגינה אי"צ אלא מחיצה של י"ט להיות נתפס כגנב, וקשה דהוא נגד סוגיין דמקשה לל"ק מגינה ומתרץ דבגינה יש היז"ר משום עין הרע, ובין למקשן בין לתרצן מבואר דצריך מחיצה של ד' אמות למנוע ראייה.

והרמב"ם בתשובה ביאר דגינה ודאי אינה מקום דירה ק"ו מגינן דאי"צ כותל של ד"א כמבואר בגמ' לק', ואילו מניעת עין הרע אינה אלא מידת חסידות ודברי הגמ' דצריך מחיצת ד"א משום עין הרע אינם אלא דיחויא. ותמוה דלאחר כל הדברים קשה כשהקשו בסוגיין מגינה למה לא תירצה הגמ' דכונת המשנה דבגינה צריך מחיצה של י"ט, וכמו שפירש באמת הרמב"ם. ולמה הוצרכה לדחוק דצריך כותל של ד' אמות משום עיה"ר.

ובמשנת ר' אהרן ביאר דע"כ הגמ' כאן ס"ל כשמואל דפליג על ר"נ וס"ל דבגינן אי"צ אלא מסיפס ואי"צ כותל כלל. ולכן הוצרכה הגמ' לדחוק דכותל גינה הוא משום עין הרע. אבל לדידן דקיי"ל כר"נ אי"צ לזה, אלא הא דכותל גינה מתפרשת בכותל של י"ט להיות נתפס עליו כגנב.

וגם מדוייק כן בגמ' דכמה פעמים בלישנא קמא הוזכר דכיון דהיז"ר לאו שמייה היזק אי"צ אלא מסיפס בעלמא, ומסיפס היינו פחות מ"ט כמבואר בגמ' (ו):. וביותר, דמבואר ברמב"ם דהכותל של י"ט שהצריך ר"נ כדי שיהיה נתפס עליו כגנב היינו של גויל וגזית כמנהג המדינה, וא"כ מ"ק הגמ' (ב): דהחידוש דבונים את הכותל באמצע

ואין כאן "לפיכך".

ושמא דעת רש"י דכיון דהיז"ר שמייה היזק, חיוב בנין הכותל אינו מענין החלוקה, רק דאחר שחלקו יכול כל אחד לתבוע הרחקת היז"ר. אבל החלוקה עצמה אינה מחייבת כותל. ולכן כשאנו דנים על החלוקה עצמה די בחצר של ח' אמות ליחשב שיש בו דין חלוקה, שהרי יהיה שמו עליו בתום החלוקה.¹⁷

אבל הריטב"א ס"ל כמש"כ הרמב"ן והרשב"א לעי' דהטעם שצריך לבנות בגויל וגזית כמנהג המדינה משום שצריך חלוקה של קיימא, וביארנו לעיל דיכול לתבוע חלוקה באופן שיהיו החלקים מתוקנים, ולא שיהיה צריך אח"כ להתעצם בדין ויהיה ניוזק ביני וביני בהיז"ר. נמצא שתביעת הכותל הוא מעצם תביעת החלוקה, ולכן צריכים למדוד הד' אמות לזה והד' אמות לזה בניכוי מקום הכותל, שהרי בנין הכותל הוא חלק מהחלוקה ובעינין שבתום החלוקה יהיה שמו עליו.

תוד"ה מאי קמ"ל. עי' מהרש"א. ביאור דבריו, דכיון שהתוס' מפ' קושיית הגמ' דזה ידע הגמ' דהמשנה אשמעי' דין היז"ר, אלא שמקשה מאי אשמעי' במה דנקטה חצר שאין בו דין חלוקה, דאי לאשמעי' דכיון שרצו חולקים הרי ידעי' זה מהמשנה לק'. א"כ צריך ביאור מה מתרצת הגמ' דאי מהתם הו"א במסיפס בעלמא, דא"א לפרש דמתני' אשמעינין דין היז"ר, דהרי זה כבר ידעה הגמ' בקושיא, אלא צל"פ כסברת התוס' לעי' דהו"א דבבב"א שאין בו דין חלוקה סגי במסיפס בעלמא דיכול לומר ע"מ לעשות גודא לא אתרצאי. וא"כ תמוה מה מקשים התוס' בסו"ד הא קמ"ל כו' הרי זהו באמת תירוץ הגמ'.

ולזה פי' מהרש"א דתי' הגמ' דיש חידוש מיוחד במה דנקטה חצר שאין בו דין חלוקה, לאשמעי' דכשרצו לחלוק חייבים לבנות בגויל וגזית, ולא מדין היזק ראייה (דזה היה יכול לאשמעי' בחצר שיש בו דין חלוקה) אלא מדין מסיפס, דמנהג המדינה מחייב לבנות מסיפס חזק בגויל וגזית. וחידוש זה הוצרך לאשמעי' בחצר שאין בו דין חלוקה, דהרצון לחלוק מחייב חלוקה טובה בגויל וגזית.

אלא דצריך להבין מה נפק"מ בחידוש זה, הרי בלא"ה חייבים לבנות גויל וגזית מדין היז"ר. צריך לומר דאי משום היז"ר היה סגי בהוצא ודפנא, והחייב לבנות בגויל וגזית הוא מדיני החלוקה, שהדבר המבדיל יהיה כותל אבנים כמנהג המדינה. (וזה דלא כמש"כ הרא"ש והרמב"ן לעי' דצריך לבנות כותל אבנים משום היז"ר, שיכול לומר איני רוצה לעשות מעותי אנפרות, או שאינו רוצה שיפול הכותל ויוזק בהיז"ר ביני וביני.)

אלא ע"כ צריכה הל"ק לסבור כשמואל דלי"ל מחיצה י"ט כלל ופליג על ר"נ. וכמו שבאמת מדוייק בלא"ה כמה פעמים בלישנא קמא כנ"ל, ולמבואר הל"ק לטעמי'.

ולכן כשהקשו לל"ק מכותל גינה לא היה אפשר לתרץ דמיירי בכותל של י"ט, דל"ק לי"ל כותל כזה, ולכן הוצרך הל"ק לדחוק דבונים כותל של ד' אמות בגינה משום עין הרע. אבל הוא דוחק לדעת הרמב"ם כמש"כ הרמב"ם בתשובה, וכיון שהרמב"ם כהל"ב דהיז"ר שמייה היזק, וכו' נחמין דגם במקום דליכא היז"ר צריך מחיצה י"ט, וכמש"נ דהל"ב שפיר יכול לסבור כר"נ, לכן ס"ל דלדינא אי"צ לדחוק דכותל גינה משום עיה"ר אלא הוא מתפרש בפשטות בכותל של י"ט. ע"כ ממשנתו של הג"ר אהרן זצ"ל.

וידדי הר"ר מאיר גודמן שליט"א הוסיף דמבואר בגמ' דהל"ב דחה את הל"ק משום דאם רצו קאי אכותל בונין אותו מבע"ל, אבל הל"ק יישב דאי תנא אותו הו"א במסיפס בעלמא. ונתקשו הראשונים איזה ריצוי צריך למסיפס, הא גם בלא נתרצו צריכים לעשות מסיפס, וביארו התוס' דהו"א דהריצוי הואיל להצריך מסיפס של גויל וגזית, ונקרא מסיפס משום שיש בו חלונות או אינו גבוה י' טפחים.

אבל כל זה ל"ש אלא לשמואל דאי"צ מחיצה עשרה, אבל לר"נ דצריך מחיצה עשרה, ולדעת הרמב"ם היינו בגויל וגזית, א"כ אי"צ שום ריצוי אפילו לכותל י"ט וכופין זא"ז לבנות כותל בגויל וגזית של י"ט, וע"כ מה שנתרצו היינו לבנות כותל של ד' אמות המסלק היז"ר, וא"כ הדרא הדיוק לדוכתיה דאם הריצוי קאי על הכותל בונין אותו מבע"ל.

ולכן הל"ק ע"כ ס"ל כשמואל, ולכן אי תנא אותו הו"א במסיפס בעלמא סגי להו. אבל הל"ב שדחה את הל"ק מכח הקושיא דבנין אותו מבע"ל היינו משום דנקט כר"נ, ובהא גופא פליגי. וקיי"ל כר"נ וכהל"ב, ונכון.

ג' ע"א

רש"י ד"ה שאין בה דין חלוקה. מש"כ דהיינו ח' אמות, במשנה הלשון ד' אמות לזה וד' אמות לזה, וכתב הריטב"א (יא.). דהיינו מלבד עובי הכותל, וא"כ הוא יותר מח' אמות. ומשמע דרש"י פליג, וצ"ב ביסוד פלוגתיהו.

¹⁷ אבל למ"ד היז"ר לאו שמייה היזק, רק עשו קנין לבנות כותל, נתבאר לעיל שיטת רש"י דהיינו קנין ברוחות, כי חלקו החצר באופן שכל אחד השאיר לעצמו זכות בחלק חבירו למנעו מלהזיקו בהיז"ר, וא"כ הכותל הוא מעצם החלוקה.

אם נפל הכותל ויודעים בבירור שהאבנים השבורים היו בצד א' והשלמים מהצד השני.) וא"כ המעות שמוציא על בנין הכותל הם שייכים לשניהם בשותפות ושפיר יש כאן חיוב ממון ויכול לשעבד גופו על זה.

תוד"ה רב אשי. ונראה לר"י כו' הכא כיון שאמרו אתה תקח רוח צפונית ואני רוח דרומית והלך והחזיק לו כל א' בשלו שלא בפני זה נעשה כמו שקנו מידם ברוחות אע"פ שלא אמרו זה לזה לך חזק וקני עי"ש. משמע שאריכות לשונם היא ביאור למה באמת אצ"ל לך חזק וקני, ואין כונתם מבוארת כ"כ. עוד יל"ע דמבואר מדבריהם שצריך ששניהם יחזיקו (כמש"כ התוס' שהלך כל א' זה שלא בפני זה), אבל הרא"ש והרשב"א כתבו דסגי שיחזיק א' דכיון שהחזיק בחלקו זכה חברו בחליפיו. וצ"ב במאי פליגי.

והיה אפשר ל"ד דה"ק דכיון שהלך הראשון והחזיק בחלקו הרי עי"ז הוא מגלה דעתו שרוצה שחבירו יחזיק בחלק השני, וזה גופא הוי כאמירת לך חזק וקני, ולכן מועילה חזקת חבירו, וכיון שזכה חברו ממילא דזכה גם הוא בחליפיו. וזהו שהאריכו התוס' בלשונם דכיון שהחזיק כל א' בשלו אי"צ שיאמרו לך חזק וקני. ומבואר גם למה צריך שיחזיקו שניהם, דבאמת רק חזקת השני היא שקונה, וחזקת הראשון היא כאמירת לך חזק וקני.

אלא דאכתי אינו מבואר למה הוצרכו התוס' לומר דאמרו תחילה אתה תקח רוח צפונית ואני רוח דרומית, דגם בלא"ה כיון שנתרצו לחלוק והלך והחזיק ברוח צפונית ממילא דהוי כאמירת לך חזק וקני על רוח דרומית. גם מש"כ דהוי כקנו מידן ברוחות אינו מבואר כ"כ למה נתכוונו. וצ"ב.

ובביאור מחלוקת תוס' והרא"ש אם שניהם צריכים להחזיק, עי' לק' בסמוך.

חליפין

-א-

הרא"ש כתב דאי"צ ששניהם יחזיקו, אלא סגי שאחד יחזיק בצפון וממילא קנה חברו בדרום בחליפין, כמו שהביא מהתוספתא. אבל בתוס' משמע דשניהם צריכים להחזיק. ויל"ע במאי פליגי.

ב. תנן (קדושין כח.) כל הנעשה דמים כו' כיצד החליף פרה בחמור כו' הק' תוס' ושאר הרי קיי"ל כר"נ דפירי לא עבדי חליפין, רק צריך כלי, וא"כ איך יכול להחליף פרה בחמור. והתוס' שם תי'

(ומ"מ שמעי' ממתני' גם דין היז"ר שמי' היזק, מדנקט כותל, דהיינו שאין בו חלונות וגובה ד"א, וזהו מדין היז"ר.)

אלא שמקשה המהרש"א דלפי"ז אין מקום כלל לקושיית התוס' לעי' (ב:) למה לא השמעינו המשנה דין היז"ר בחצר שיש בו דין חלוקה, דאיה"נ, אבל נקטה חצר שאין בו דין חלוקה לאשמעי' דגם כשרצו לחלוק צריך גויל וגזית. ולכן מביא גי' אחרת בתוס' דבמקום ותימה צ"ל ותיריך, ולפי"ז תירוצ' הגמ' דהו"א במסיפס בעלמא היינו סברת התוס' לעי' דאשמעי' דאינו יכול לומר ע"מ לעשות גודא לא אתרצאי.

בגמ' כי רצו מאי הוי נהדרו בהו כו' עי' בתוס' דלמ"ד מחיצה גודא ניחא, ועי' רש"י לעי' (ב: ד"ה וטעמא דרצו) ומה שביארנו בזה שם.

תוד"ה כי רצו, בא"ד דאיכא למימר דקנו ושעבדו נכסיהם לבנין הכותל. משמע דאם אין לו נכסים יכול לחזור בו. וק' דלמה לא כתבו ששעבד את עצמו לתת דמי הכותל, וכמש"כ בדיבור הסמוך לענין מתנה ש"ח להיות כשואל, דמועיל משום ששעבד א"ע שאם יאנס ישלם, והיינו אפילו אין לו נכסים, כמבואר בתוס' כתובות (נד: ד"ה אם רצה) וברא"ש שם.

ובחי' ר' נחום תי' דהכא ל"ש שעבוד גופו דזה שייך דוקא כשמעבד גופו לחיוב ממון לחבירו אבל הכא ל"ש לומר שמשעבד לתת דמי הכותל שהרי חלק הכותל שבונה יהיה שייך לו את"ד.

[אבל עי' בהגר"א קנ"ז ס"ק כ"ב משמע מדבריו שמושה דברי התוס' כאן עם דברי התוס' בכתובות הנ"ל, וצ"ב.]

ולכ' ק' א"כ מה מועיל טפי כשמעבד נכסיו. אבל נראה בפשיטות משום דכשיש לו נכסים מקנה לחבירו זכות בנכסים לעכבם לצורך בנין הכותל. וברור.

אבל עי' ברשב"א שכתב וז"ל והוי יודע דאפילו למ"ד גודא לא בשקנו מידן לעשות כותל קאמר כו' אלא בשקנו מידן ונתחייב כל א' לחבירו בדמי מחצית הכותל עכ"ל. ומשמע דאפילו אין לו נכסים מ"מ משעבד גופו לתת דמי הכותל. ודלא כהתוס'. וצ"ב במאי פליגי.

ונראה דפלוגתתם בזה דהתוס' ס"ל דכשבונים את הכותל כל א' בונה בחלקו ואותה מחצית הכותל שבונה בחלקו שייכת לו, נמצא שאין כאן חיוב ממון לחבירו כלל. ולכן הוצרך לומר ששעבד נכסיו וכמה שביארנו שנותן לחבירו זכות בנכסיו לעכבם לצורך זה. אבל הרשב"א ס"ל דבונים בשותפות וכל הכותל שייך לשניהם. (ונפק"מ

שמעלהו בדמים, וע"כ ס"ל דשייך חליפי שוה בשוה בקרקע. וזהו כר"ת דגם דבר הפסול לק"ס יכול לעשות בו חליפי שוה בשוה. וקשה דהרא"ש בב"מ (פ"ד סי' ו') נקט כהר"י דא"א לעשות חליפי שוה בשוה בפירות, ומה שיכול להחליף פרה בחמור הוא משום דבע"ח הוי ככלי שעושים בהם מלאכה. וצ"ל כמש"כ העיטור בשם רבינו ברוך דכמו שיכול לעשות ק"ס ע"י בע"ח כך יכול לעשות בקרקע, וכמו שביאר הקצה"ח דגם בקרקע עושים מלאכה. ודלא כרדב"ז דנקט בפשיטות דל"ש ק"ס בקרקע.

אבל התוס' כאן שנקטו ששניהם צריכים להחזיק בפשוטו י"ל דאזלי בשי' התוס' בקדושין דכל שאין עושים בו ק"ס גם חליפי שוה בשוה ל"ש בו, וגם בבע"ח אין עושים חליפין והא דמחליף פרה בשור מיירי שמחליף דמי הפרה בשור, שמשך הפרה ונתחייב בדמים ובאותם דמים קנה את השור. וכן התוספתא מיירי במחליף דמי קרקע בקרקע כמש"כ העיטור וזה ל"ש בחלוקת השותפין, ולכן פשיטא להו ששניהם צריכים להחזיק.

ב-

ה. והנה הפלפולא חריפתא דייק בדברי הרא"ש דלא כתב דבר זה – דסגי שאחד מהם יחזיק ואידך קונה בחליפין – אלא לענין תירוץ של רב אשי דהלך זה והחזיק כו' אבל בתירוץ הראשון דקנו מידן ברוחות לא הזכיר מזה, ומשמע דשניהם צריכים לקנות בק"ס. וביאר הפלפולא חריפתא משום דכשקנו בק"ס ל"ש שיעשו גם חליפי שוה בשוה, דכיון שכבר החליף רוח צפונית בסודר איך יחליפנה גם ברוח דרומית.

אבל הנתה"מ (ר"ג ח' ו') נקט בפשיטות דיכול לעשות חליפי שוה בשוה ע"י שיעשה ק"ס לזכות בפרה ועי"ז יהיה השור קנוי לחבירו. ודלא כהפלפולא חריפתא.

ובהשקפה ראשונה פלוגתתם צ"ל תלוי בפלוגתא הנ"ל, דלסוברים דדבר הפסול לק"ס אין בו גם חליפי שוה בשוה – ובכללם הרא"ש בב"מ וכמש"נ – א"כ הכל דין אחד של חליפין, ואיך יחליף רוח צפונית ברוח דרומית אם כבר החליפה בסודר.¹⁰ אבל לר"ת ודעימיה דהם שני ענינים נפרדים, א"כ לכאורה ק"ס אינו ענין של החלפה כללה, רק מעשה קנין בעלמא, והוי ככל מעשה קנין ברוח צפונית דעי"ז יכול להחליף רוח דרומית.

ו. אבל אין התליה מוכרחת, ונקדים דברי הרמב"ן (קדושין שם), שדן אם יש חליפי שוה בשוה גם בקרקע. (ומביא שאח"כ מצא בתוספתא שיכול להחליף קרקע בקרקע, והוא התוספתא שהביא הרא"ש.) ובתוך הדברים כתב וז"ל תדע דהא חליפי סודר מדין

דלר"נ ע"כ ה"ק דמחליף דמי פרה בחמור, דהיינו שקונה הפרה ומתחייב בדמים ובאותם הדמים מקנה החמור. ועוד תי' בשם ר"י דכל דבר שעושים בו מלאכה חשיב כלי לענין חליפין, וגם בע"ח חשיבי כלי לעני"ז.

ולשני התירוצים מבואר דאין חילוק בין ק"ס לבין מחליף פרה בחמור, והפסול לק"ס אין בו גם דין מחליף דבר בדבר. וכ"כ המ"מ רפ"ה מהל' מכירה בשם יש מפרשים, וכן דעת הראב"ד (פי"ג שם ה"א) והעיטור (מאמר ב' קנין), וכ"כ הרמ"א (ר"ג א') בשם יש מפרשים.

אבל התוס' בכ"מ (ב"ק ע': ד"ה באומר, ב"מ מד. ד"ה ופירי, מז. ד"ה גאולה) הביאו שיטת ר"ת דיש חילוק בין ק"ס לבין חליפי שוה בשוה, והם שני דינים וגם נלמדים מתרי קראי, דעי' ב"מ (מז:): וזאת מלפנים בישראל גוי' על הגאולה – זה מכר, ועל התמורה – זה חליפין, לקיים כל דבר שלוף איש נעלו ונתן לרעהו מי נתן למי כו'. וכתבו תוס' בשם ר"ת דכונת הגמ' דיש כאן ג' דברים, מכר חליפי שוה בשוה וק"ס. ולכן אף דפירי לא עבדי חליפין היינו דלא עבדי ק"ס, אבל חליפי שוה בשוה שייך בכל דבר ואפילו בפירות.

והמ"מ הוכיח דגם הרמב"ם ס"ל כן ממש"כ (ריש פ"ה שם) דיכול להחליף יין בשמן, והרי יין ושמן ודאי פירי הם, ול"ש בהם קנין סודר, וע"כ דק"ס לחוד וחליפי שוה בשוה לחוד.

ג. ויל"ע תינה לר"ת והרמב"ם נחא התוספתא שהביא הרא"ש דיכול להחליף קרקע בקרקע, דאף דקרקע אינו כלי ול"ש בו ק"ס, אבל חליפי שוה בשוה נעשים בכל דבר. אבל לתוס' בקדושין ודעימיהו דס"ל דכל הפסול לק"ס אין בו גם דין חליפי דבר בדבר מאי איכא למימר.

והעיטור (שם) – שהוא בכלל הסוברים דדבר הפסול לק"ס פסול גם לחליפי דבר בדבר – הקשה כן, ותי' דע"כ כונת המשנה במעלה הקרקע בדמים ומחליף דמי קרקע בקרקע. וכ"כ הרשב"א (קדושין כח: סוד"ה נחא).

עו"כ העיטור בשם רבינו ברוך דקרקע וכן בע"ח עבדי חליפין, ולכאורה כונתו כסברת הקצה"ח (ר"ג ו) דלשי' ר"י דבע"ח חשיבי ככלי לענין ק"ס כיון שעושים בהם מלאכה ה"ה קרקע. אבל בשו"ת הרדב"ז (ח"א תע"ג) נקט בפשיטות דגם לר"י לא שייך ק"ס בקרקע דבעינן דבר הניתן מיד ליד.

ד. ומעתה הרא"ש שכתב דיכול אחד להחזיק ברוח צפונית וממילא חבירו יקנה רוח דרומית בחליפין, והרי אין כאן דמים שנאמר

¹⁰ ואין לומר שתחת רוח צפונית מקנה לחבירו רוח דרומית עם הסודר גם יחד. פשוט שזה אינו, כי רק ע"י נתינת הסודר זוכה ברוח צפונית ורק עי"ז זכירתו ברוח צפונית מקנה רוח דרומית.

דק"ס וחליפי שוה בשוה הם שני ענינים נבדלים, אלא ביסוד הדבר כל חליפין היינו שמחליף דבר תחת דבר, אלא דחליפי שוה בשוה הם "חליפין גמורין" דעושה החלפה ממש וזה שייך בכל דבר ואפילו בפירות או קרקע, וק"ס הוא דין מחודש שריבה קרא דנעל והדומה לנעל לעמוד תחת אחד מהדברים המתחלפים.

ולפי"ז גם ר"ת יכול לסבור כסברת הפלפולא חריפתא דא"א לעשות חליפי שוה בשוה ע"י ק"ס, דאמנם ס"ל כר"ת דיכול לעשות חליפי שוה בשוה בכל דבר, ואפילו בקרקע, ואינו כק"ס דצ"ל דוקא בכלי, אבל מ"מ ק"ס וחליפי שוה בשוה הם ענין אחד של חליפין, וכיון שהחליף רוח צפונית בסודר ל"ש שיחליף אותה גם ברוח דרומית.

ח. אבל יש בזה שיטה אחרת. דע"י רבינו ירוחם (מישרים נתיב י' חלק ג') שביאר פשט אחר בפסוק וז"ל וזאת לפניו בישראל כשהיו רוצין לקיים מכר אפילו לא משך ולא נתן מעות, וכן כשהיו רוצין לקיים תמורה שמחליף דבר בדבר בלא משיכה לאחד מהם, לקיים כל דבר כמו מתנה או שום דבר שמתחייב עצמו לחבירו, כי שלף איש נעלו, כלומר הקונה ונתן לרעהו המוכר עכ"ל.

וזהו פשט מחודש בקרא, דר"ת פי' דיש כאן ג' אופנים של קנין, מכר דהיינו כסף או משיכה, חליפין דהיינו חליפי שוה בשוה, וק"ס. אבל לפי רי"ו הקרא מונה ב' עניני מקח דהיינו מכר – כשיש קונה ומקנה – וחליפין, דהיינו החלפת דבר בדבר. ולא מיירי כלל בשאר דרכי קנינים, אלא כל הקרא מדבר כשלא עשה לא משיכה ולא קנין כסף ולא שום מעשה קנין אחר, ואנו מבקשים קנין לקיים המכר או לקיים החליפין. וקאמר דק"ס בא לקיים כל דבר, דע"י ק"ס יכול לקיים מכר, ויכול לקיים חליפין.

וממוצא הדברים דק"ס אינו מעין חליפי שוה בשוה, דהרי לפי פירושו בקרא מכר וחליפין הם שני דברים, ושניהם מתקיימים ע"י ק"ס.

וגם מבואר להדיא בדבריו דיכול לעשות חליפי דבר בדבר ע"י שיקנה דבר אחד ע"י ק"ס ויקנה חליפתו, כגון שיקנה פרה בק"ס וממילא קנה חבירו שור תחתיה. ולדבריו זהו פירושא דקרא. וזה כהנתה"מ ודלא כהפלפולא חריפתא. והוא מסתעף מן הראשון, דק"ס אינו במקום חליפי שוה בשוה, אלא מעשה קנין בעלמא.

וראוי לציין דברי הריטב"א (קידושין כב:) "שאינן הקנין אלא לקיים הדברים".

חליפין גמורין ריבה אותם הכתוב וחליפי סודר מילתא דאיתא במקרקעי ובמטלטלי הוא עכ"ל. ודבריו תמוהים דבפשוטו משמע דבא להביא ראיה דיש חליפי שוה בשוה בקרקע ממה שקרקע מועיל לק"ס, והוא תמוה, היכן מצינו דיכול לעשות ק"ס ע"י קרקע, ואפי"ת דס"ל כרבינו ברוך דכמו שיכול לעשות ק"ס בבע"ח (דחשיבי כלי לענין חליפין כיון שעושים בהם מלאכה) כך יכול לעשות ק"ס בקרקע, אבל הרי רבינו ברוך חידש דבר זה מחמת התוספתא דמשמע שיש חליפי שוה בשוה בקרקע, וכיון שאינו מחלק בין ק"ס לחליפי שוה בשוה הוצרך לחדש דיכול לעשות גם ק"ס בקרקע, אבל הרמב"ן הרי על זה גופא הוא דן אם יש חליפי שוה בשוה בקרקע, כדתניא בתוספתא, ואיך מביא ראיה לזה ממה שיש ק"ס בקרקע, והרי אי ליכא חליפי שוה בשוה בקרקע מסתמא וכל שכן דאינו כשר לק"ס, ואיך תלה תניא בדלא תניא.

וע"כ כונת הרמב"ן כמו שביאר בשו"ת הרדב"ז (שם) דמוכיח דכמו שקרקע נקנה בק"ס – דהיינו שיכול לקנות קרקע ע"י סודר – כך שייך חליפי שוה בשוה בקרקע.

אלא דגם זה תמוה, מה ענין מה שקרקע יכול להיות נקנה בק"ס, לנידון אם קרקע יכול לקנות קרקע אחרת בחליפי שוה בשוה. והרי גם פירות נקנים בק"ס ומ"מ קיי"ל דפירי לא עבדי חליפין.

וע"כ כונתו, דכל ענין ק"ס הוא דחשיב כעין חליפי שוה בשוה, אלא דחליפי שוה בשוה הוא החלפת דברים שוים, דאינו מכר אלא החלפה, ובק"ס איך שייך זה דאטו בשופטני עסקינן (ע"י ב"מ מז.), רק דיש כאן חידוש דין דהסודר עומד במקום אחד מהדברים המתחלפים ונעשה קנין מעין החלפה. וכיון שהסודר אינו דבר המתחלף ממש לכן יש לו דינים דצ"ל דומיא דנעל, ורק אז הוא עומד במקום אחד מהדברים המתחלפים.

והוא מפורש יוצא מדברי הרמב"ן במש"כ "דהא חליפי סודר מדין חליפין גמורין ריבה אותם הכתוב", ודבריו צ"ב וכי אין ק"ס גופא "חליפין גמורין". אלא ברור דחליפין גמורין היינו חליפי שוה בשוה שאין קונה ומקנה אלא החלפה כפשוטה, וזהו "חליפין גמורין", אלא דריבה הכתוב דגם חליפי סודר מועילים במקום חליפין גמורין, דהכלי יכול לעמוד במקום אחד מהדברים המתחלפים.

ומעתה נבין הוכחת הרמב"ן, דודאי פשיטא ל"י דקרקע אינה יכולה להיות במקום סודר (שהיינו שיחזיק בקרקע מועטת ועי"ז יקנה לחבירו חפץ יקר כאילו הקרקע היה סודר), דקרקע אינה כלי ואינה דבר הניתן מיד ליד. אבל הא מיהת דיכול לקנות קרקע בק"ס, והרי כל ענין ק"ס הוא שהסודר עומד במקום אחד הדברים המתחלפים ובוזה הוא "מדין חליפין גמורין", וא"כ הא מיהת חזינן דקרקע יכול להיות מהדברים המתחלפים. וממילא דבחליפי שוה בשוה דיש שני דברים המתחלפים גם קרקע בכלל. וז"ב.

ז. נמצינו למדים דאף דהרמב"ן ס"ל כר"ת דחליפי שוה בשוה אי"צ להיות כלי, ואפילו קרקע בקרקע יכול להחליף, אבל אין הביאור

חלוקת השותפין¹⁰

לקוחות הם, ומחזירים זל"ז ביובל, כמבואר ברמב"ם הל' שמו"י (פ"א ה"כ), ואיך כתבו הרשב"א והמ"מ דהחלוקה היא בירור החלקים דזהו כריש לקיש.

והגרש"ר (שם) ביאר עפ"י יסוד ששמע מהגרי"ז (והוא בחי' הגר"ח סטנסיל תמורה דף ל') דהנה הגמ' בבכורות (נו.) עביד הגמ' צריכותא במימרות של ר' יוחנן דאף שכבר השמיענו דאין ברירה הוצרך לאשמעינן דהאחרין שחלקו לקוחות ומחזירין זל"ז ביובל משום דס"ד דמכירה אמר רחמנא הדרא ולא ירושה. וקשה דהרי לר' יוחנן כיון שאין ברירה ולקוחות הם א"כ באמת אי"ז ירושה אלא מכר ומאי קאמר הגמ'.

וביאר הגרי"ז דגם לפי ר' יוחנן אין הכונה שהחלוקה היא מעשה מכירה. אלא לעולם היא מעשה חלוקה, אלא דכיון שאין ברירה לכן כל אחד בחלקו יש דין לוקח. אבל מעשה החלוקה אינה מעשה מכירה אלא מעשה חלוקה. ולכן היה ס"ד דכיון שאין כאן מעשה לקיחה, רק דין לוקח, אולי אינו חוזר ביובל, קמ"ל.

והדברים סתומים.

וביאר הגרש"ר דכונתו דשותפין גם קודם חלוקה יש להם בעלות על חצי החצר אלא שאין הבעלות מסויימת, והחלוקה היא סיום החלקים. אלא דכיון שסוכ"ס יש כאן שינוי בבעלות דקודם שראובן נטל רוח צפון היתה אותה רוח בבעלותם הבלתי מסויימת של שניהם ועכשיו בעלותו של ראובן הסתיימה ברוח זו וזה גופא חוזר ביובל וזהו הצריכותא דגם זה חוזר ביובל.

וזהו מש"א הרשב"א והמ"מ דחלוקה היא בירור החלקים, ואין הכונה מלשון ברירה למפרע, אלא מלשון בורר, שבורר באיזה חלק לסיים את בעלותו.

ויסוד זה שיש בעלות שאינה מסויימת מצינו במשנת הגרש"ש"ק במערכת הקנינים, דהנה איתא בגמ' סוף מנחות (קח:) שיכול אדם לומר לחבירו בבית בביתי אני מוכר לך, ואח"כ למוכר יש זכות לקבוע איזה בית. וכתב הרשב"א (שו"ת ח"ב סי' פ"ב) דאף למ"ד אין ברירה חל הקנין משעה ראשונה, ולכך בע"ח של המוכר שהלוו לו לאחר לאחר המכירה אין להם זכות שעבוד בבית זה שסיימו לבסוף, כי בעצם כבר נמכר בשעה ראשונה.

וביאר הגרש"ש"ק דבמוכר בבית בביתו אמנם הקנין חל, אבל מה שקונה הוא בית שאינו מסויים. והבעלות על בית שאינו מסויים נותנת לו יכולת אח"כ למקד ולרכוז את הבעלות בבית מסויים. ואי"ז ברירה למפרע, אלא הבעלות שאינה מסויימת אח"כ נעשית

רב אשי אמר כגון שהלך זה והחזיק כו'. וכתב הרא"ש דהכונה או שהלך זה או שהלך זה, דסגי שאחד יחזיק והשני קונה בחליפין כמו שהביא מהתוספתא.

הטור (קע"ג) הביא דברי הרא"ש וכתב שהרמב"ם חולק ומצריך ששניהם יחזיקו. וכונתו לדברי הרמב"ם (פ"ב שכנים ה"י), והב"י תמה דהרמב"ם רק העתיק לשון הגמ' דהלך זה לעצמו והחזיק כו' והלך זה והחזיק. והב"י כתב להגיה בדברי הטור דצ"ל רמב"ן במקום רמב"ם. והגרש"ר (חי' ר' שמואל סי' ה') תמה דאדרבא ברמב"ן (קדושין כח.) מבואר דדי שאחד יחזיק והשני יקנה בחליפין אלא דהגמ' לא מיירי בזה, ועכ"פ אין הרמב"ן חולק על הרא"ש לדינא. וע"כ שכונת הטור להרמב"ם דאף שלא העתיק אלא לשון הגמ' אבל גם פשוט לשון הגמ' הרי מורה ששניהם צריכים להחזיק אלא דהרא"ש הוציא הדברים מפשטם אבל אם כונת הרמב"ם היתה כהרא"ש הו"ל לפרש.

ובאמת בפיה"מ (בתרגום הרב קאפח) מפורש ששניהם צריכים להחזיק.

אלא שהקשה הגרש"ר שדברי הרמב"ם בהל' שכנים (ולמש"נ גם בפיה"מ כאן כנ"ל) סותרים את למש"כ בפיה"מ לק' (מב.) לענין אחין שחלקו דמפורש שם דסגי שאחד קנה את חלקו וממילא החלק השני נקנה לאחיו, וסותר דבריו בהל' שכנים ובפיה"מ כאן.

ב. והנה התוס' וכן הרא"ש הקשו מה בא רב אשי להוסיף ותי' דחידש רב אשי דבחלוקת השותפין אי"צ לומר לך חזק וקני. וברי"ף וברא"ש וברשב"א מבואר דגרסי שהלך זה "לעצמו" והחזיק ונראה דגם התוס' גרסו כן וזו כונתם דלשון זה מורה דאי"צ לך חזק וקני רק הולך ומחזיק לעצמו.

(אבל הרמב"ן בסוגיין משמע דפליג וס"ל דצ"ל לך חזק וקני.)

גם הרמב"ם (הל' שכנים שם) העתיק לשון זה דהלך זה לעצמו דמשמע דאי"צ לך חזק (אבל אינו מוכרח שהרי גם הרמב"ן גרס כן ומ"מ ס"ל דצ"ל לך חזק וקני.) ועכ"פ בטעמא דהסוברים דאי"צ לומר לך חזק ביאר המ"מ (שם) משום דחלוקת השותפין אינה אלא בירור החלקים, ומקורו ברשב"א בסוגיין.

והדברים צ"ב, ולכאורה היה צ"ל תלוי במחלוקת שמצינו בגמ' (גיטין מז: ובכ"מ) דריש לקיש ס"ל יש ברירה והאחים שחלקו יורשים הם אבל אנן קיי"ל כר' יוחנן דאין ברירה והאחין שחלקו

¹⁰ הדברים שיתבארו בהמשך הם ממשנתם של הגר"ש רוזובסקי ז"ל ויבדל"ח הג"ר אריאב עוזר שליט"א כמו שיראה המעיין. ולק' (בענין שי' הרי"ף והרמב"ם בחלוקת השותפין) נבאר דרך אחרת בכמה מהשאלות שתידונה כאן.

ה. ובחיי' ר' שמואל ביאר עפ"י את לשון הרמב"ם בהל' שכנים שם שכתב וז"ל אבל אם קנו מידם שזה רצה ברוח פלוני וזה רצה ברוח פלוני אינן יכולים לחזור בהם עכ"ל, וכבר עמד הגראז"מ על לשון זה שהוא עמום דמה שייך קנין על רצון, וקנין אינו תלוי ברצון אלא בהקנאה, אבל כונת הרמב"ם באמת דאינו קונה מחבירו והחלוקה אינה אלא סיום החלקים שמברר שרוצה ברוח פלוני.

ו. ולפי"ז מבואר למה אי"צ לך חזק וקני, דכיון דאינו קונה מחבירו אלא את שלו הוא נוטל הו"ל כקונה מן ההפקד דאי"צ לך לך חזק וקני. והגרש"ר ביאר באופן אחר דכל שלא אמר לך חזק וקני חסר במעשה קנין דלא חשיב הוראת בעלות אבל כאן שהוא בעלים מצד עצמו רק שמסיים בעלותו ברוח זה אי"צ. ועיי"ש עוד שהאריך.

ועפ"י"ז גם ביאר הגרש"ר טעמא דהרמב"ם למה צריכים שניהם להחזיק, ולמה נייד מסברת הרא"ש שדי שאחד יחזיק והשני יקנה בחליפין. דחליפין ל"ש אלא כשקונה מחבירו, אבל בחלוקה הרי את שלו הוא נוטל, ואין כאן ענין לחליפין.

ז. ולכאורה א"כ הרא"ש דס"ל דשייך כאן חליפין צ"ל דבאמת ס"ל דחלוקת השותפין הוא בגדר מכר, ודלא כיסוד הנ"ל דכל אחד מוכר חלקו ברוח אחת לחבירו. (וכבר ראינו דכן נראה דעת התוס' גיטין מז: לגבי חולין וטבל מעורבים זב"ז.)

ואע"ג דהרי גם הרא"ש ס"ל דאי"צ לך חזק וקני, אבל הרא"ש לא כתב כטעם הרשב"א והמ"מ משום שהוא בירור החלקים, אלא כתב טעם אחר דכאן עושה חזקה בקרקע שהיה לו בעלות עליה קודם. וזו סברא אחרת, דבקרקע שיש לו חלק בה אי"צ לך חזק וקני כשקונה חלק חבירו.

ובתוס' משמע טעם שלישי דההסכמה לקחת רוח צפונית ורוח דרומית הוי כלך חזק וקני, אלא שהדברים צ"ב דבכל מכר הרי הסכימו מקודם, וצ"ת.

גם הרמב"ן והריטב"א (קדושין כח.) כתבו כהרא"ש דסגי שאחד יחזיק משום דאידיך קונה בחליפין (רק דס"ל דמ"מ הגמ' לא מיירי כשבאו לקנות בחליפין אלא כל אחד הלך והחזיק, אבל אם באו לקנות בחליפין די שאחד יחזיק) משמע דס"ל דהחלוקה כמכר. וכן באמת מפורש בריטב"א (שם) דחלוקה כמכר.

(וצ"ב מה יענו להא דב"מ לא: דשותף יכול לחלק את הנכסים המשותפים כשהם דברים שוים בלא ידיעת חבירו. אך עי' בשו"ת

וראיה ליסוד הגרי"ז מהגמ' (ב"מ לא: סט.) ששותף יכול לחלק את הנכסים המשותפים כשהם דברים שוים בלא ידיעת חבירו (עכ"פ כשאין הלה בעיר ושלחו לו להודיעו ואינו רוצה לבוא). ולכאורה איך יכול לקנות מחבירו בלי ידיעתו. ובע"כ דאינו קונה מחבירו, אלא שלו הוא נוטל.

ד. והג"ר אריאב עוזר שליט"א ביאר בזה¹ שיטת רש"י והרמב"ם בישראל וגוי שהיו שותפין בשדה דאיתא בגמ' (גיטין מז:) דטבל וחולין מעורבים זב"ז. ופרש"י דבכל חיטה יש עירוב טבל וחולין. וכן פ"י הרמב"ם (פ"א תרומות ה"כ). והק' תוס' א"כ למה קאמרה הגמ' (שם) דאם קנין פירות לאו כקנין הגוף ואין ברירה אין לך מביא בכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון, והרי בכל חיטה מה שחוזר ביובל הוא רק חצי שקיבל מהשני כשחלקו, אבל חצי לעולם הוא שלו, וא"כ אותו חצי חייב בביכורים, והחצי השני יכול להקדיש. (ודעת התוס' דכל חיטה וכל חלק מהחיטה הוי ספק של מי הוא.)

אבל לפי"ד הגרי"ז יש ליישב קושיית התוס', דהואיל ולשניהם יש קנין שאינו מסויים בכל השותפות, והרי בעצם כל אחד יכול לסיים את חלקו בכל גרגר וגרגר, א"כ הרי זה גופא שמסיימים עתה את החלקים עושה אותם כלקוחות כי כל אחד נותן לחברו את זכות הסיוע במה שלוקח חברו. (וצריך לומר דכיון שיש לו קנין מסויים רק לזמן, אף שיש לו קנין שאינו מסויים לעולם, חשיב קנין פירות.)

(וא"כ יש כאן קצת רגלים לדבר דתוס' פליגי על יסוד זה וס"ל דהחלוקה היא מכר ממש. ובהמשך יתבאר דיש עוד חולקים בדבר.)

עוד ביאר הגרא"ע עפ"י יסוד זה את דברי הט"ז (חו"מ ק"ג) שהקשה דהנה קיי"ל רשות יורש לאו כרשות לוקח ואינו נחשב שינוי רשות, וקשה אם היו כמה יורשים א"כ החלוקה תהיה כש"ר כיון דהאחין שחלקו לקוחות הן. ותי' הט"ז דכל מה שאחין שחלקו יש להם דין לקוחות היינו כלפי עצמם אבל כלפי שאר העולם הרי הם כיוורשים. ולפי"ד הגרי"ז הכונה דאין כאן שינוי רשות דאין הבעלות עוברת מאחד לשני בשעת חלוקה אלא כל אחד את שלו הוא נוטל ואי"ז ש"ר.

ועוד ביאר בזה את פסק הרמ"א (רפ"ט) דאף דבקרקעות שקיבל בנחלה אין קטן יכול להקנות עד גיל כ' אבל בחלוקה יכול לחלוק. והק' הגר"א הרי אחין שחלקו לקוחות הן. אכן המקור הראשון לפסק זה הוא הר"י מיגש (שו"ת קנ"א) וביאר שם בטעם הדבר משום שלא הצריכו גיל כ' אלא להוציא קרקע מרשותו. משא"כ חלוקה. ולכאורה כיון שלקוחות הן הרי מוציא באמת מרשותו.

¹ הדברים המובאים במאמר זה מהגרא"ע שליט"א חלקם ממה שמודפס ומופץ משיעוריו השבועיים בהר נוף וחלקם ממה ששמעתי בהקלטה משיעוריו בישיבתו.

שמסיים בעלותו ואת שלו הוא נוטל, ואי"ז חליפי ע"ז.

אלא שיקשה מ"ט דהגמ' בקדושין דס"ל דהוי חליפי ע"ז, ותי' הגרש"ר דהגמ' שם ס"ל דבחלקים שאינם שוים ל"ש בירור החלקים, וכדאשכחן למ"ד יש ברירה דכתבו ראשונים דהיינו דוקא בחלקים שוים שעומדים כך להתחלק (עי' רשב"א קדושין יז:). אבל הרמב"ם פסק כהגמ' בע"ז דגם בזה כיון שהסכימו לחלק כך הו"ל בירור החלקים ולא מכר.

י. והגרא"ע תירץ בזה את שיטת הרמב"ם דפסק (פ"ד בכורים ה"ו) כריש לקיש דק"פ לאו כקנין הגוף וגם פסק (פי"א שמו"י ה"כ ובכ"מ) דהאחים שחלקו לקוחות ומחזירים זל"ז ביובל, וקשה א"כ איך מצא הרמב"ם את ידיו ורגליו בביהמ"ד דאין לך מביא בכורים אלא חד בר חד כו' כמו שאמרו בגמ' בגיטין דאלמלא סבר ר' יוחנן דק"פ כקנין הגוף לא מצא ידיו ורגליו בביהמ"ד. ולמבואר הרמב"ם לטעמיה דאף שסיום החלקים חוזר ביובל לבעלות שאינה מסויימת אבל אי"ז בגדר קנין פירות. אלא שצריך ליישב א"כ הסוגיא בגיטין, והאריך בזה ואכ"מ.

יא. והנה הבי"י (ריש סי' קנ"ז) הביא מהגה"מ (אינו בהגה"מ שלנו אלא בהגה"מ דפוס קושטא שנדפס בסוף מהדורת פרנקל) דבחלוקת השותפין הילוך הוי חזקה, אע"ג דבעלמא קיי"ל כחכמים (לק' ק). דהילוך אינו חזקה. ומפרש כן לשון הגמ' (ב"ב ג.) שהלך זה והחזיק.

ובאמת כן מבואר בפי"מ להרמב"ם שכתב שהלך זה והחזיק "ברגליו", וזה כמעט מפורש כהגה"מ.

וביאר הגרש"ר דלסיום החלקים גם הילוך מועיל.

והנה מבואר בדברי ההגה"מ דאם החזיק בהילוך לחוד צריך ששניהם ילכו, אבל אם החזיק בקנין חזקה ממש אז די שאחד יחזיק. וביאר הגרש"ר, דאף שחלוקה היא בירור החלקים, אבל יכולים

הרא"ש (כלל צ"ח ז') דמשמע דס"ל שהוא תקנה דרבנן, ולמבואר הרא"ש לשי"י.¹¹

ז. והנה הרמב"ם (פ"ב שכנים הי"א) פסק דאחין שחלקו בגורל כיון שעלה גורל לאחד מהם קנו כולם, ומקורו מהגמ' לק' (קו:), אבל הרא"ש (שו"ת כלל צ"ח מובא בטור קע"ג) חולק, וס"ל דהגורל רק מאפשר לשותף להחזיק בחלקו ולקנותו. אבל צריך עדיין קנין. וביאר הגרא"ע דהרא"ש לשי"י דחלוקה היא מכר וצריך דרכי קנין כמו בכל מכר, אבל הרמב"ם ס"ל דהוא בירור החלקים והגורל הוא מעשה סיום.

ח. עוד יישב הגרא"ע עפ"י זה קושיא אחרת, דעי' סנהדרין (קיב). משא"ר חסדא דעיסה חציה של עיר הנדחת וחציה של עיר אחרת מותרת, וכ"פ הרמב"ם (פ"ד ע"ז הי"א). והק' השאג"א (סי' פ"ט) דבודאי רב חסדא קאי למ"ד יש ברירה, אבל למ"ד אין ברירה א"כ כבר חל האיסור על כל העיסה.

אבל למש"נ הרמב"ם לשי"י דאיסור העיסה מחמת הבעלות דהוי שללה של עיר הנדחת, ולכן כשמסיים בעלותו א"כ כל הבעלות שהיתה לעיר הנדחת עכשיו בחצי זה.

ט. ובחי' ר' שמואל ביאר בזה שי' הרמב"ם בהל' מאכ"א (פי"ג הכ"ב) דגוי וישראל שחלקו והגוי נטל ע"ז והישראל נטל ממון כנגדו דאסור, והוא מהגמ' בקדושין (יז:), אלא דבגמ' משמע דהוא איסור דאורייתא משום חליפי ע"ז, אבל ברמב"ם מבואר דאינו אלא דרבנן משום שרוצה בקיומו, וכן משמע בגמ' ע"ז (סד.). והריטב"א כתב דהגמ' בקדושין ס"ל אין ברירה והחלוקה כמכר ולכן הוי חליפי ע"ז אבל הגמ' בע"ז ס"ל יש ברירה וא"כ אינו חליפי ע"ז רק סוכ"ס רוצה בקיומו. אבל לא יעלה זה לדעת הרמב"ם דפסק אין ברירה ומ"מ אינו נחשב חליפי ע"ז.

וביאר הגרש"ר דהרמב"ם ס"ל דחלוקה היא בירור החלקים כנ"ל

¹¹ והגרא"ע ביאר דהרמב"ן לשי"י, דהנה שותפין שהיו מודרים הנאה זמ"ז קיי"ל כראב"י (נדרים מה:). דזה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו. וביאר הר"ן (שם) דהוי בגדר ברירה ועדיף מדין ברירה בעלמא דבשעה שנשתתפו התנו דכל אחד בשעה שישתמש תהיה כולה שלו. והרמב"ן שם חולק דסוכ"ס קיי"ל דאין ברירה, אלא הטעם דשרי משום דשותפין כל אחד הוא בעלים על הכל. והרשב"א תמה ע"ז.

ויסוד פלוגתתם דהר"ן ס"ל דגדר שותפות שכל אחד הוא בעלים גמורים על חצי (דהיינו חצי שאינו מסויים). ובזה סובר הר"ן דכמו שאפשר לסיים הבעלות ע"י חלוקה, כך אפשר לסיים הבעלות בזמן, שכל אחד כשנכנס מסיים בעלותו דבאותו זמן שייך לו. וכמו שביאר הגרש"ק במערכת הקנינים.

אבל הרמב"ן ס"ל דגדר שותפות דכל אחד הוא חצי בעלים על הכל. והחצי בעלות מספיק לו שכשנכנס אינו נחשב שנהנה משל חבירו. דחצי בעלות היינו דכל זמן שאינו פוגע בזכות חבירו הוי השתמשות של בעלים.

ומעתה שיטת הר"י מיגש והמ"מ והרמב"ם דחלוקה הוי בירור החלקים מובנת לשי"י הר"ן דיש לו בעלות גמורה על חצי, אלא שהחצי אינו מסויים, ועכשיו מסיים הבעלות על חצי מסויים. אבל לשי"י הרמב"ן דהוא חצי בעלים על כל החצר, א"כ ל"ש לסיים את הבעלות, דהבעלות כבר מסויימת, אלא כל אחד צריך למכור החצי בעלות שיש לו לחבירו. ולכן הרמב"ן לשי"י ס"ל כהרא"ש דחלוקה הוי בגדר קנין ממש.

שאינן בה כדי חלוקה אינו יכול לכופף את חבירו לחלוק, וז"ל והני מילי בשאין אחד מהן מכיר את חלקו שכל אחד ואחד מהן יש לו רשות להשתמש בכלה, אבל אם כל אחד מהן מכיר את חלקו ואינו יכול להשתמש בחלקו של חבירו חולקין ואע"פ שאין שם שמונה אמות לזה ושמונה אמות לזה ממאי מדאמרי' בריש פירקא ואי היזק ראייה שמיה היזק מאי איריא רצו אפי' לא רצו נמי פלגי א"ר יוחנן משנתנו בשאין בה דין חלוקה ואי לית בה דין חלוקה כי רצו מאי הוי ליהדרו בהו ופריק שקנו מידן ברוחות רב אשי אמר כגון שהלך זה בעצמו והחזיק וזה בעצמו והחזיק ש"מ דמתני' דקתני רצו בשאין כל א' מהם מכיר את חלקו הילכך כיון דקנו מידם ברוחות אי נמי אחזיק כל חד מיניהו במנתייהו איסתליק ליה רשות ממנתא דחבריה ופלגי ולא מצי לעכובי אהדי ואף על גב דלית בה דין חלוקה דהא ליכא לכל חד מיניהו רשותא במנתא דחבריה עכ"ל.

והדברים שתומים וחתומים איזו ראייה מצא בסוגיין לדינו, ומהיכ"ת דבסוגיין מיירי שקנו רק לחלק את ההשתמשות ולא לחלק את גוף החצר.

ועי' ברמב"ם פ"א שכנים ה"א שהביא את דינו של הרי"ף.

ב. ונקדים דעי' לשון הרי"ף בריש פירקין (א: בדפי הרי"ף) וז"ל אמר רבי יוחנן משנתנו בשאין בה דין חלוקה אבל יש בה דין חלוקה אע"ג דלא בעי למפלג אלא חד מיניהו פלגי, דהיזק ראייה שמיה היזק עכ"ל.

וגם זה מאמר חתום, דהרי גם למ"ד היז"ר לאו שמיה היזק יכול לתבוע חלוקה בחצר שיש בה כדי חלוקה, ומה ענין תביעת חלוקה לענין אם היז"ר שמיה היזק.

ונראה בזה דהנה הגמ' לעיל (ב:): הקשה להל"ק מהמשנה דכל שאין בה כדי חלוקה אין חולקין הא יש בה כדי חלוקה חולקין, מאי לאו בכותל, לא במסיפס. והראשונים תמהו מאי קשיא לגמ' מעיקרא ומהיכ"ת דחולקין היינו בכותל. ועי' ברמב"ן שם ובעור"ר.

ונראה דהרי"ף מפרש הסוגיא דס"ד דגם למ"ד היז"ר לאו שמיה היזק היינו דאין תביעת ממון לכופו לבנות כותל, אבל מציאות של היז"ר איתא דאינו יכול לעשות דברי הצנע, ואם חלקו החצר אבל לא עשו מחיצה כיון שאין יכולים לעשות דברי הצנע כל אחד לעצמו הר"ז עדיין חצר אחת לענין עשיית דברי הצנע שזה עיקר תשמיש חצר. ולענין תביעת חלוקה בלי כותל כל חצר היא כחצר שאין בה כדי חלוקה.

ולכן ס"ד דאם היז"ר לאו שמיה היזק א"א לכופף את שותפו לחלוק בחצר כלל, ואפילו כשיש ד"א לזה וד"א לזה. דכיון שאינו יכול לכופו לבנות כותל מדין הרח"נ א"כ כל התביעת חלוקה שלו אינה אלא לחלוק החצר בלי כותל, ולענין כל חצר היא כחצר שאין בה כדי חלוקה, כיון שתישאר רשות אחת לדברי הצנע.

לחלק גם בדרך מכר, שראובן ימכור לשמעון את הבעלות הבלתי מסויימת שיש לו בדרום, וכן להיפך, וממילא לא יישאר לכל אחד אלא חצי שדה ותסתיים בעלותם ממילא. וכשחולקים בדרך מכר אז די שאחד יחזיק, ואידך קונה בחליפין. ורק אם החזיקו בהילוך, שאינו קנין גמור, ע"כ שחולקים לא בדרך מכר אלא בדרך סיום החלקים, בזה ל"ש חליפין, שהרי אינם קונים זמ"ז רק כל אחד את שלו הוא נוטל וכמ"נ.

ועפי"ז יישב את הסתירה בדברי הרמב"ם, דמש"כ בהל' שכנים ובפיה"מ כאן דצריך כל אחד ללכת ולהחזיק קאי על דברי הגמ' כאן שהלך זה כו' דהיינו שהחזיק "ברגליו" בהילוך לחוד, ובזה באמת צריך ששניהם יחזיקו, אבל בפיה"מ לק' (מב.) שכתב דדי שאחד מן האחין יחזיק היינו כשהחזיק בחזקה גמורה.

יב. והגרא"ע יישב הסתירה בדברי הרמב"ם באופן אחר, דהנה כבר העיר הגר"ר דיש חידוש ברמב"ם בהל' מאכ"א הנ"ל דגם בחלקים שאינם שוים שייך בירור וסיום החלקים. וכן מבואר גם ממה שדייקנו מדבריו בהל' שכנים דהך הלך זה והחזיק היינו בדרך בירור החלקים (דלכך צריכים שניהם להחזיק וליכא חליפין, ומועיל הילוך, וכשקנו בק"ס כתב שהקנין הוא שרוצה ברוח פלוני וככל הנ"ל), והרי הכא מיירי בחצר שאין בה כדי חלוקה דאינה עומדת ליחלק, והוי כמו חלקים שאינם שוים דאינם עומדים להתחלק כך, ומ"מ כיון שהסכימו לחלוק ככה יכולים לחלק בדרך זה של סיום החלקים.

ומ"מ יש לחלק בין חלוקה בדבר שיש בו דין חלוקה לבין חלוקה בדבר שאין בו דין חלוקה (או בשני מינים), שאף שגם בדבר שאין בו דין חלוקה כל שהסכימו לחלוק מדעתם תו הוי מעשה סיום חלקים ולא מעשה מכירה, מ"מ בזה צריך שמעשה החלוקה ייעשה ע"י שניהם, דדוקא בדבר שיש בו דין חלוקה יש לכל שותף זכות ממונית לחלוק ולסיים את חלקו ולהכי סגי במעשה חלוקה של אחד מהשותפים, אבל בדבר שאין בו דין חלוקה שאין לאחד מהם זכות לחלוק, אזי אף כשהסכימו מדעתם לחלוק סוף סוף נעשית החלוקה מכח דעת שניהם ולכן גם מעשה החלוקה צריך להיות ע"י שניהם.

ובזה ניחא סתירת דברי הרמב"ם, דכאן קאי בשותפין שרצו לחלוק בחצר שאין בה דין חלוקה, ולכן צריך שילך זה ויחזיק וילך זה ויחזיק, אבל לק' גבי אחין שחלקו מסתמא מיירי בדבר שיש בו דין חלוקה, ובזה די שאחד מהם יחזיק ויסיים חלקו, וחלק חברו מסתיים ממילא.

וע"ע לקמן בסמוך מהלך אחר בכמה מהנקודות שנידונו כאן.

שי' הרי"ף והרמב"ם בחלוקת השותפין

כתב הרי"ף (לק' יא., ז. בדפי הרי"ף), על הא דאיתא שם דבחצר

לתבוע חלוקה בלי כותל, דלענין חלוקה בלי כותל כל חצר היא כחצר שאין בה כדי חלוקה. וכדי לתבוע חלוקה ע"כ צריך לתבוע חלוקה בכותל, וכיון שהכותל כרוך בהוצאות אין לו זכות לתבוע מכח זכות חלוקה לבד, דזכות חלוקה אינה אלא זכות לצאת מן השותפות אבל אין לו זכות להוציא מחבירו הוצאות, ולזה צריך לתביעת הרח"נ, וטוען שתי הטענות יחד, גם הרח"נ וגם חלוקה.

והם הם דברי הרי"ף דרך משום דהיז"ר שמיה היזק הוא דיכול לכוף לחלוק, ד"א לתבוע אלא חלוקה בכותל, ומה שיכול לתבוע חלוקה בכותל הוא משום דהיז"ר שמיה היזק. ודבריו מיוסדים על אדני הגמרא לעיל, ונכון בס"ד.

ג. והנה עד הנה לא אמרנו אלא שאינו יכול לתבוע חלוקה בלא כותל משום דכיון שתישאר רשות אחת לדברי הצנע הו"ל כחצר שאין בה כדי חלוקה. אבל כדי ליישב את דברי הרי"ף לק' (יא). נראה להרחיק לכת קצת יותר, ונאמר בדעתו דחלוקה בלי כותל לאו חלוקה היא כלל, דכיון שעיקר החצר הוא לדברי הצנע כל שנשארה החצר רשות אחת לדברי הצנע אין כאן חלוקה כלל.

ומעתה בחצר שאין בה כדי חלוקה אלא שנתרצו ועשו קנין לחלוק, דזהו הציור של משנתנו לפי הל"ב, אבל הרי הקנין לא היה לחלוק בכותל, שעל זה לא היה ריצוי כמבואר בגמ' (לעי' בעמוד זה) דזה הוא הטעם למה נקטה המשנה חצר שאין בה כדי חלוקה, דיכול הנתבע לומר כי אתרצאי לחלוק אבל לא לבנות כותל, כמו שביארו התוס' (ב: ד"ה וכיון). וס"ל להרי"ף דאי"ז ס"ד גרידא, אלא כך הוא האמת שהריצוי והקנין היו לחלוקה בלבד בלי כותל. והרי כל שאין שם כותל אין שם חלוקה, וע"כ דהריצוי והקנין לא היו אלא לחלק את השתמשות החצר.

וזהו מה שנקט הרי"ף דבסוגיין מיירי שקנו מידן לחלק את ההשתמשות לחוד.

ומ"מ הרי אמרה המשנה דאחר אותו ריצוי ואותו קנין שוב כופים אותם לבנות כותל דוהי חלוקה גמורה, ואמאי, והרי החצר אין בה כדי חלוקה ולא נתרצו לחלוקה גמורה אלא לחלוקת השתמשות.

ומזה הכריח הרי"ף את חידושו דגם חצר שאין בה ד"א לזה וד"א לזה כל שחלקו את ההשתמשות וכל אחד מכיר את מקומו נעשה כחצר שיש בה כדי חלוקה, ובחצר שיש בה כדי חלוקה ודאי יכול לתבוע חלוקה בכותל וכמש"נ דאז תובע שתי התביעות יחד תביעת

וא"ת אם הכותל נצרך לחלוקה א"כ למה לא יוכל לכוף לחלוק בכותל מכח עצם הזכות חלוקה. לק"מ, דכל מה שיכול לתבוע חלוקה היינו ריש לו זכות להוציא את חלקו מן השותפות, אבל איזו זכות יש לו לתבוע את חבירו להוציא הוצאות על עשיית כותל. והוי כאילו החצר אין בה ד"א לזה וד"א לזה ורוצה לכוף לקנות יחד קרקע הסמוכה כדי להרחיב את החצר כדי שתהיה כדי חלוקה, דבדאי אי"ז כלום.

ולפי הך ס"ד – דגם למ"ד היז"ר לאו שמיה היזק מ"מ אינו יכול לכוף לחלוק בלי כותל – ע"כ מש"פ הל"ק את המשנה דרצו לעשות גודא היינו שרצו גם לחלוק וגם לעשות גודא, דצריך ריצוי גם על החלוקה.

וזהו סברת המקשן שהקשה מהמשנה לק' (יא). דשם מבואר דבחצר שיש בה כדי חלוקה יכול לכוף לחלוק, "מאי לאו בכותל", דהרי תביעת חלוקה ע"כ היינו בכותל. ומזה רצה המקשן להוכיח דהיז"ר שמיה היזק, דהיינו ריש לו זכות לתבוע כותל מדין הרח"נ, דאזי שפיר יכול לכוף לחלוק בכותל ע"י שיצרף שתי הטענות יחד, דהיינו שיתבע עשיית כותל מדין הרח"נ והיז"ר, יחד עם תביעת חלוקת החצר, דרק ע"י טענה מצורפת זו יכול לכוף לחלק את החצר בכותל.^ט

(ועי' תוס' (ב: ד"ה אין חולקין שהק' על המקשן דנימא דלעולם היז"ר לאו שמיה היזק וכונת המשנה דאם יש בה ד' אמות לכל א' חולקים אם רצה לכנוס לתוך שלו ע"ש. ודבריהם תמוהים לכאורה דלהצד דהיז"ר לאו שמיה היזק איזו סברא יש דאינו יכול לדרוש חלוקה אא"כ יבנה כותל בתוך שלו. ולמש"נ י"ל דגם התוס' מפרשים דסברת המקשן היתה דגם למ"ד היז"ר לאו שמיה היזק אינו יכול לתבוע חלוקה בלי כותל, וכמש"נ. ועל זה הקשו תוס' דנימא דכונת המשנה דאם כנס לתוך שלו ועשה כותל בעצמו שוב יוכל לתבוע חלוקה כשיש שם ד"א לזה ולזה. ולעי' (שם) ביארנו את דברי התוס' בסגנון אחר קצת).

ומתריץ הגמ' "לא במסיפס", פי' דהגמ' מחדש דלמ"ד היז"ר לאו שמיה היזק לא זו בלבד שאין לו תביעת הרחקת נזקין, אלא גם אי"ז כותל לעצם החלוקה, ודי בהבדלה דמסיפס בעלמא ליחשב ב' חצירות ולא איכפת לן בדברי הצנע, ולכן יכול לתבוע חלוקה במסיפס בעלמא.

אבל התירוץ הוא לל"ק דהיז"ר לאו שמיה היזק, אבל אנן קיי"ל כהל"ב דהיז"ר שמיה היזק וא"כ לדידן נשארה סברת המקשן ד"א

^ט ושתי הטענות צריכות זל"ז, דאם לא היתה לו זכות לתבוע הרח"נ מדין היז"ר שמיה היזק אז לא היה יכול לתבוע חלוקה, וכמו שנתבאר דמצד תביעת חלוקה לחוד אינו יכול לתבוע מהשני להוציא הוצאות ויכול רק לתבוע חלוקה בלי כותל ולענין כל חצר הו"ל כחצר שאין בה כדי חלוקה. ומאידך, אם לא היתה לו זכות לתבוע חלוקה לא היה יכול לתבוע כותל מדין הרח"נ לחוד, כי אם יבנו כותל תחבטל השותפות, ויש לכל אחד זכות שלא יבטלו את השותפות. ורק בצירוף שתי הטענות יחד – תביעת חלוקה בחצר שיש בה כדי חלוקה, עם תביעת בנין כותל מדין הרח"נ והיז"ר – יכול לתבוע חלוקה בכותל.

חלוקה עם תביעת הרח"נ.

ששמעון יתן לראובן זכות שרק ראובן ישתמש בצפון אבל שניהם ישתמשו יחד בדרום. ואף שלא כך הסכימו אבל מצד עצם הקנין יש כאן שני ענינים. וצריך שני קנינים.

ו. ולעיל (שם) הבאנו את דברי ההגה"מ דמש"א הגמ' כאן דהלך זה והחזיק היינו שהחזיק בהילוך לבד, וכן מדויק בפיה"מ שכתב שהלך והחזיק ברגליו. ולמבואר יש לבאר זה, דאף שלקנין חזקה לקנות גוף החצר לא סגי בהילוך, אבל להחזיק בהשתמשות – דבזה מיירי סוגיין – סגי בהילוך, כי הקנין אינו אלא דרך הוא יוכל להלך שם ולא שותפו.

ג' ע"ב

תוד"ה הג"ה, בר"ד בי קייטא ובי סיתווא הוי כמו איכא תיוהא ושרי. הנה יל"ע אם איכא תיוהא פירושו שאינו ראוי לשימוש כלל דיש בו סכנה עכשיו. ולכן לא חיישינן לסתרו עכשיו דבלא"ה אינו ראוי לכלום. אבל לפי"ז אינו מובן כ"כ מה החידוש דבאית בה תיוהא שרי לסתרו תחילה, הרי פשוט דכיון שאינו ראוי לשימוש אין איסור לסתרו. או"ד הפירוש דאמנם עכשיו אין בו סכנה אבל כיון שרואים דהולך ומידרדר לכן אף להם לבנות ביהכנ"ס חדש בהקדם, ולכן הקילו לסתור ואח"כ לבנות דעי"ז יוכלו לבנות יותר מהר שהרי יוכלו למכור העצים והאבנים מהישן או לשבצם בבנין החדש.

והנה אם נאמר דחזי בה תיוהא היינו דאינו ראוי לשימוש כלל, א"כ יקשה קצת מה דמדמה ל' התוס' להא דבי קייטא, דהתם עכ"פ הוא ראוי בקיץ, ואם יסתרו אותו תחילה ויפשעו נמצא דלא יהיה להם ביהכנ"ס כלל, והיה עדיין מקום לומר שלא יסתרו אותו תחילה. ומה ראייה מהא דחזי בה תיוהא דאין שום הפסד במה שסותרים אותו שהרי בלא"ה אינו ראוי לשימוש. משא"כ אם נפרש דחזי בה תיוהא היינו דראוי לשימוש כנ"ל רק דכיון שיש צורך גדול לבנות במהרה לכן מקילים לסתור תחילה, א"כ שפיר קאמרי התוס' דה"ה הכא כיון שאין להם ביהכנ"ס לסיתווא יכולים להקל ולסתור תחילה.

ב. ויותר מוכח כן מהתירוץ השני בתוס', שכתבו דמיירי בב' בתי כנסת נפרדים, ובחזי בהו תיוהא. פי' דהתירוץ השני מפרש דיש כאן ב' בתי כנסת, ולפי"ז הוקשה להם אמאי לא חיישינן לפשיעותא שמא יפשעו ובקיץ הבא לא יהיה להם ביהכנ"ס. (והרא"ש באמת פי' משו"כ דמרימר ומר זוטרא סברי כהל"ב דטעמא משום צלויי.) ולכן פי' התוס' דבאמת חזו בה תיוהא. ולכ' תמוה א"כ מה החידוש במעשה דמרימר ומר זוטרא, ועו"ק למה היו צריכים להמתין עד החורף לבנות הבי קייטא, וכן להיפך, והרי כל שיש בו תיוהא מותר לסתור מיד. וע"כ צ"ל דהגמ' משמיענו חידוש, דאף דבעלמא כל דחזי בה תיוהא מותר לסתור ואח"כ לבנות, אבל במקום שיש בי קייטא ובי סיתווא יש להמתין עד הקיץ לסתור הבי סיתווא, וכן להיפך. (והיינו או משום דגם הל"ק דמשום פשיעותא אית ל' נמי משום צלויי, וכמש"כ רבינו יונה, או משום דמרימר ומר זוטרא חשו

נמצא דכך הוא פירושא דמתני' לפי הל"ב: בחצר שאין בה כדי חלוקה דהיינו ד"א לזה ולד"א לזה כל שלא נתרצו אין אחד מהם יכול לתבוע את חבירו לחלוק כלל, דכיון שאין בה כדי חלוקה ל"ש תביעת חלוקה, ותביעת הרח"נ משום היז"ר ג"כ ל"ש כי אם יבנו כותל תתבטל השותפות וכיון שאין ד"א לזה וד"א לזה יש לכל אחד מהם זכות שלא תתבטל השותפות. אבל אם רצו לעשות מחיצה, דהיינו שרצו ועשו קנין לחלוק בלי כותל, אז הריצוי מתפרש כרצון לחלק את ההשתמשות. אלא דאחר שחלקו את ההשתמשות שוב נעשה כחצר שיש בה כדי חלוקה, וממילא אם אחד מהם רוצה חלוקה גמורה עם כותל יכול לכופף את חבירו, דתובעו הרח"נ מדין היז"ר יחד עם תביעת חלוקה.

ד. ועי' לשון הרמב"ם פ"ב שם ה"י מקום שאין בו דין חלוקה שרצו שותפין לחלקו אע"פ שקנו מידם כ"א מהן יכול לחזור בו, שזה קנין דברים הוא כמו שביארנו. אבל אם קנו מידם שזה רצה ברוח פלוני וזה רצה ברוח פלוני אינן יכולים לחזור בהן עכ"ל.

והנה הגראז"מ עמד על לשון הרמב"ם שקנו מידם "שרוצה" ברוח פלוני, מה "רוצה" שייך בזה, והו"ל לומר שמקנה כל אחד לחבירו חלקו ברוח פלוני. ועי' לעי' (בענין חלוקת השותפין) מש"נ בשם הגרש"ר ובשם הגרא"ע בזה. אכן למבואר ניחא בפשיטות דהקנין כאן אינה על החצר עצמה אלא על חלוקת ההשתמשות, וזהו מש"כ שרוצה ברוח פלוני דהיינו שרוצה להשתמש שם ואומר פה אשב כי אותיה.

ה. ולעיל (שם) הקשינו סתירת דברי הרמב"ם בפיה"מ דעל המשנה שלנו כתב דצריך ששניהם יחזיקו, ואילו לק' (מב.) על המשנה דהאחין שחלקו כתב שדי שאחד יחזיק, עיי"ש מה שהבאנו תירוצים גם לזה מהגרש"ר והגרא"ע. אבל למש"נ יש לחלק דמתני' לא היה הריצוי על החלוקה אלא על ייחוד תשמישתם כנ"ל, ובזה ל"ש חליפין, משא"כ לק' מיירי באחין שנתרצו לחלוק כדין בכותל ונעשה חלוקה ממש ובזה שייך חליפין.

ועוד אפי"ת דבחלוקת השותפין לא שייך חליפין משום שאינו מכר אלא בירור החלקים וכמש"נ שם מ"מ יש חילוק, דאם הסכימו לחלוק ממש בכותל כדין א"כ החלוקה היא על עצם הבעלות דמתחילה היתה לו בעלות שאינה מסויימת בכל החצר ועכשיו הוא בורר ומסיים חלקו. וכיון שביירר חלקו ונסתיימה בעלותו בחצי אחד של החצר ממילא לא נשאר אלא חצי לחבירו ונתבררה ונסתיימה בעלותו ממילא.

אבל כאן שלא נתרצו לחלק אלא לייחד תשמישתם, א"כ הבעלות של שניהם נשארה בכל החצר, והקנין הוא רק שזוכה בזכות למנוע תשמיש חבירו מחצי זה, ובזה ל"ש לומר דע"י שראובן יכול למנוע את שמעון מלהשתמש בצפון ממילא נקנה לשמעון זכות למנוע את ראובן מלהשתמש בדרום, כי הם שני ענינים נפרדים והרי יתכן

ותי' הב"י דשאני גביית מעות דכיון שנתן המעות ליד הגזבר הוקדשו למה שגבו. וההיא דבנו בית לשם ביהכנ"ס מיירי שלא נתנו שום דבר לגזבר. והסכים לזה הב"ח. אבל המג"א תמה ע"ז מסוגיא דסנהדרין (מח.) דמייתי ראייה דהזמנה לאו מילתא מהא דמותר המת ליורשים עיי"ש הרי דגם כשגבו מעות אמרי' דהזמנה לאו מילתא. ולכן פי' המג"א דלעולם גם כשגבו מעות לא חל עליהם קדושה, ומה שאין משנים אותם לקדושה קלה היינו משום רצון הנותנים דנתנו המעות לשם קדושת ביהכנ"ס ולכן אם ישנה המעות לקדושה קלה עובר על דעת הנותנים. (וגם כשכנו בית לשם ביהכנ"ס פשוט דאף שאין בו קדושת ביהכנ"ס אבל חייבים לעשותו ביהכנ"ס או עכ"פ למכרו ולעשות בדמיו ביהכנ"ס משום בפיך זו צדקה, וכ"כ הפוסקים שם.)

ב. ולפי"ד המג"א יתבאר דבר קשה בדברי הרמב"ם דעיי"ש הל' י"ח דאם מכרו ביהכנ"ס והתנו ז' טובי העיר במעמד אנשי העיר שהמותר יהיו חולין יכולים לשנות המותר לכל מה שירצו. ומשמע דרק על המותר יכולים להתנות, אבל עכ"פ צריך לבנות ביהכנ"ס אחר בעיקר הדמים. ועיי"ש בכס"מ דרש"י והרא"ש חולקים וס"ל דלכל הדמים נמי מהני תנאי. וסברת הרמב"ם צריכה ביאור דכיון שמועיל התנאי שהתנו ז' טובי העיר לענין מותר הדמים שלא יחול בהם קדושת ביהכנ"ס א"כ למה לא יועיל לגמרי.

אבל לפי"ד המג"א מבואר מאד, דזט"ה במעמד אנשי העיר יש להם כח להפקיע קדושת ביהכנ"ס מן הדמים (ועי' בר"ן ר"פ בני העיר הטעם בזה), אבל מ"מ אותם המעות שמקבלים במכירת ביהכנ"ס קמו תחת המעות דמעיקרא שגבו לבנין ביהכנ"ס, ואין לשנותם מדעת הנותנים מעיקרא, ודינם א"כ ממש כדן גבו מעות לביהכנ"ס, שאין לשנותם לקדושה קלה, ורק אם בנו בהם ביהכנ"ס יכולים לשנות המותר לכל מה שירצו.

ג. ומ"מ על עיקר פירוש המג"א קשה דהנה הרמב"ם שם בהל' י"ד כתב דמותר לעשות מביהכנ"ס ביהמ"ד אבל ביהמ"ד אין עושין אותו ביהכנ"ס, וכן אם מכרו ביהכנ"ס מותר ליקח בדמיו תיבה, ומתיבה מטפחת או תיק לס"ת, דמעלין בקודש ואין מורדין, ועל זה כתב בהל' ט"ו וז"ל וכן אם גבו מן העם מעות לבנות ביהמ"ד כו' עכ"ל, ומשמע דהכל מענין מעלין בקודש ואין מורדין, ואילו לפי דברי המג"א הם ב' ענינים נפרדים ולא קרבו זא"ז, דהל' י"ד הוא דין מעלין בקודש דאין לשנות קדושה חמורה לקדושה קלה, ואילו בהל' ט"ו כשגבו מעות באמת ליכא קדושה כלל דהזמנה לאו מילתא, רק היא מהלכות צדקה דאין לשנות מדעת הנותנים, ומשערים שדעת הנותן שיוכלו לשנות לקדושה חמורה ולא לקדושה קלה.

ושי"ל דרך ממוצעת בין פירוש הב"י לפירוש המג"א, דאמנם על המעות לא חלה קדושת ביהכנ"ס, דהזמנה לאו מילתא, אבל מ"מ כיון דחייבים לתתם לצורך ביהכנ"ס, מדין בפיך זו צדקה, חלה עליהם קדושת דמים, וכן כשכנו בית לצורך ביהכנ"ס הגם שאין בו קדושת ביהכנ"ס כמש"כ הטור והשו"ע בסע' ח', היינו דאין בו

לב' הלשונות). ומוכח מזה דגם כשחזו בה תיוהא יכולים להתפלל בו עכשיו, דלכן המתנו לסתור הבי סיתווא עד הקיץ, והבי קייטא עד החורף.

ג. עו"כ התוס' תירוצ' שלישי דכיון שיש להם ביהכנ"ס אחר אין לחוש אם לא יבנו זאת, וליכא משום פשיעותא. ואח"כ תירוצ' רביעי וז"ל ועוד מחמת קור וחום אין לחוש שמא יפשעו עכ"ל. והנה התירוצ' הרביעי תמוה, מ"ק דמחמת קור וחום אין לחוש, דלכ' כונתם דכיון שבקיץ יהיה חם להם בבי סיתווא לכן לא יתשלחו מלבנות בי קייטא, ולהיפך. ותמוה דהרי כשאין כ"א ביהכנ"ס א' חיישינן שאם יסתרו אותו יפשעו מלבנותו, אף שלא יהיה להם ביהכנ"ס כלל, א"כ כל שכן כשיש להם ביהכנ"ס אחר אלא שהוא חם מדי דאיכא למיחש לפשיעותא.

ולוא דמסתפינא אמינא דצריך למחוק תיבת "ועוד", ואי"ז תירוצ' חדש אלא פירוש התירוצ' השלישי, דכיון שיש ביהכנ"ס אחר אין לחוש לפשיעותא, דלכ' יקשה הרי אותו ביהכנ"ס אינו ראוי כ"א לקייטא או לסיתווא, וא"כ סוכ"ס אם יסתרו הבי קייטא ניוחש שמא יפשעו עד הקיץ הבא ואז לא יהיה להם ביהכנ"ס. ולזה תירצו התוס' דכיון דמ"מ יהיה להם בית החורף, ויוכלו בשעת הדחק להתפלל בבית החורף, אף שיהיה חם להם, אין אנו צריכים לחוש לנוחיותם. וזהו דקאמרי התוס' דמחמת קור וחום אין לחוש שמא יפשעו, פי' דעל מה שיהיה חם להם בקיץ או קר בחורף אין אנו אחראים לחוש.

ד. עו"כ התוס' וז"ל או בזמן גדול כ"כ אין לחוש עכ"ל, ונראה דגם זה הוא פירוש התירוצ' השלישי, אבל באופן אחר, דאפיי"ת דבאמת הבי קייטא אינו ראוי בחורף כלל, וכן להיפך, מ"מ כיון דלששה חדשים הבאים יש להם ביהכנ"ס אחר, וכשיש ביהכנ"ס אחר לא חיישינן לפשיעותא, לכן אין לחוש למה שאחר ששה חדשים לא יהיה להם ביהכנ"ס אחר, דבלא"ה לא יתשלחו כ"כ, וק"ל.

בענין גבו מעות לביהכנ"ס

עי' רמב"ם פי"א תפילה הט"ו וכן אם גבו מן העם מעות לבנות ביהמ"ד או ביהכנ"ס כו' ורצו לשנות כל שגבו אין משנין אותו אלא מקדושה קלה לקדושה חמורה ממנה. אבל אם עשו מה שגבו לעשותו והותרו משנין המותר לכל מה שירצו עכ"ל. והק' הכס"מ בשם הרמ"ך הא קיי"ל דהזמנה לאו מילתא היא, וא"כ לא חלה קדושה על המעות, ולמה אין משנין אותו כ"א לקדושה חמורה.

והנה דין זה מובא גם בטור (או"ח סי' קנ"ג) ובשו"ע (שם סע' ה'), והק' הב"י ממש"פ הטור והשו"ע (שם סע' ח') דאם בנו בית סתם והקדישוהו אח"כ לביהכנ"ס או אפילו בנאוהו תחילה לשם ביהכנ"ס אינו קדוש אלא משישתמשו בו, והוא מה"ט משום דהזמנה לאו מילתא היא. ומ"ש מגבו מעות לביהכנ"ס.

חיישינן שימכרו החדשה לפדיון שבויים, דדירת' דאיניש לא מזבני. ולכ' הביאור דאין הדרך למכרו, ולכן לא חיישינן לסתור הישנה, אבל לא משמע שיהיה איסור בדבר. (והיינו כשלא התפללו בו, אבל אם התפללו בו אפשר דיש איסור בדבר שהרי חלה עליו קדושת ביהכנ"ס. אא"כ מיירי ע"י זט"ה במעמד אנשי העיר. ועי' בתוס' ד"ה אי"ה, ואפשר דלכך נתכוונו.) אבל הרמב"ם בהל' מתנ"ע כתב דאם בנו הביהכנ"ס לא ימכרו אותו, ומשמע דאסור מדינא, וקשה מאיפה למד זה.

אבל להאמור מבואר מאד, דבאמת אסור לשנות מעות שגבו לביהכנ"ס כ"א לקדושה חמורה, דמעלין בקודש ואין מורדין, וכל ההיתר לתת המעות לפדיון שבויים או לשאר מצוה המזדמנת היינו משום דעל דעת כן נדרו, ואגל"מ דלא היו מעות קדושים מעיקרא. אבל כיון שאין הדרך למכור ביהכנ"ס, א"כ אם כבר בנו את ביהכנ"ס שוב לא שייך לומר שנדרו על דעת כן שימכרוהו, שהרי אין הדרך לעשות כן, דדירת' דאיניש כו', וממילא דגם אסור למכרו, משום מעלין בקודש ואין מורדין, ודו"ק.

ד' ע"א

לא תוויי אתרא דנהיגי בהוצא ודפנא. הראשונים הביאו מה שדייק ר"ת מכאן דאם נהגו בפחות מהוצא ודפנא אינו מנהג, והסכימו לזה הרא"ש (סי' ה') והרשב"א (ב.).

והרשב"א הביא ראייה מזה דאם נהגו שלא לגדור כלל ג"כ אינו מנהג, דאם המנהג שלא להקפיד על היז"ר ביני וביני כשנופל המחיצה הרעועה אינו מנהג כ"ש מנהג שלא לגדור כלל. אבל הרא"ש (סי' ו') הביא ב' דעות בזה, ואף שהכריע כהרשב"א דאינו מנהג אבל לא הזכיר הראייה מדינו של ר"ת.

ובאמת יל"ע בדברי הרשב"א חדא דמה ראייה היא זו דילמא במקום שנהגו במחיצה פחותה מהוצא ודפנא הרי חזינן דמקפידים על היז"ר ולכן מנהגם לעשות מחיצה רעועה אינה מנהג משא"כ אם נהגו שלא לגדור כלל דאין מקפידים על היז"ר דילמא הו"ל מנהג.

ועוד איך מביא הרשב"א ראייה מדיוקו של ר"ת דמנהג שלא לגדור אינו כלום, נימא דלעולם מנהג שלא לגדור הוי מנהג, ומה שמדוייק בגמ' דאם נהגו בפחות מהוצא ודפנא אינו מנהג היינו דאין מחיצה כזו חשיבא מחיצה והו"ל כאילו כנהגו שלא לגדור, ודין אותו מקום כדין מקום שנהגו שלא לגדור, דאי"צ מחיצה כלל.

ונראה דהנה הרא"ש (סי' ה') כשהביא דיוקו של ר"ת כתב דמנהג לגדור בפחות מהוצא ודפנא הוי מנהג שטות. אבל הרשב"א (שם) כתב לשון אחר, דהוא מנהג טעות. ונראה שהם ב' ענינים נפרדים. ד"מנהג שטות" היינו דהוא בלא טעם, שמקפידים על היז"ר ועושים מחיצה שאינה מספקת להסיר הנזק. אבל "מנהג טעות" אינו שטות,

קדושת הגוף דביהכנ"ס דמותר לאכול ולישון בו, אבל עכ"פ קדושת דמים יש בו דחייבים לעשות ממנו ביהכנ"ס או בדמיו ביהכנ"ס. ומצד הקדושת דמים שבו נאמר דמעלין בקודש ואין מורדין.

משא"כ כשגבו מעות למת דאין זה ענין של קדושה ל"ש קדושת דמים, רק הזמנה בעלמא ליאסר בהנאה, ולכן מותר המת ליורשיו כמבואר בגמ' סנהדרין.

וכשמכרו ביהכנ"ס והתנו זט"ה במעמד אנשי העיר, יפה כחם להפקיע קדושת הגוף דביהכנ"ס, ולכן אין קדושת ביהכנ"ס חלה על כל הדמים, אבל מ"מ אותה קדושת דמים שהיתה במעות שגבו מעיקרא לא פקעה, ועכשיו שמכרו ביהכנ"ס הדמים יש להם קדושת דמים זו, ודינם כדין גבו מעות לביהכנ"ס, שצריכים לעשות מהם ביהכנ"ס, אבל המותר שרי לעשות ממנו מה שירצו, וכדין גבו מעות מעיקרא לביהכנ"ס דג"כ מותרים לשנות המותר, דאף שהמעות יש בהם קדושת דמים אבל היינו דוקא עד כמה שנצרך לבנין ביהכנ"ס, אבל לא ליותר מזה, וע"כ משום דעל דעת כן נדרו.

ד. והנה בסוגיין מבואר דאם גבו מעות לביהכנ"ס ואיתרמי להו פדיון שבויים מותרים לשנות הדמים לצורך זה, וברמב"ם (פ"ח מתנ"ע הי"א) מבואר דאפילו אם באה להם מצוה אחרת. וק' ממש"פ הרמב"ם עצמו בהל' תפילה דאם גבו מעות לביהכנ"ס א"א לשנותם כ"א לקדושה חמורה ולא לקדושה קלה.

והמג"א תי' דבסוגיין מיירי ע"י זט"ה במעמד אנשי העיר. וק' שהרי כשמכרו ביהכנ"ס ע"י זט"ה במעמד אנשי העיר דעת הרמב"ם עצמו דאין התנייתם מועלת כ"א לענין המותר, אבל עיקר הדמים עדיין חייבים לעשות ממנו ביהכנ"ס, וע"כ דאינו מועיל מה שהתנו זט"ה כ"א להפקיע עיקר קדושת ביהכנ"ס, אבל מ"מ הדמים אינם גרועים מדמים שגבו לצורך ביהכנ"ס, שחייבים לעשות מהן ביהכנ"ס, ורק המותר יכולים לשנות. וכמה שביארנו לעי'. וא"כ בסוגיין כיון שגבו המעות לצורך ביהכנ"ס מה יוסיף לנו זט"ה.

ואלמלא דברי המג"א שמה היה אפשר ל באופן אחר, דמה שאין משנים המעות לקדושה קלה היינו כשלא באה להם מצוה, אבל בסוגיין מיירי דאיתרמי להו פדיון שבויים, וכן לשון הרמב"ם בהל' מתנ"ע שם שבא להם דבר מצוה, והיינו שנזדמנה מצוה חדשה שלא מהצרכים הקבועים של העיר. וטעם החילוק, דכמו דאמרינן דאפילו אם גבו מעות לביהכנ"ס, אם בנו ביהכנ"ס ונשתתיר מן הדמים יכולים לשנותו לכל מה שירצו, ולכ' קשה הרי מעלין בקודש ואין מורדין, ובפרט למה שביארנו דחלה על המעות קדושת דמים ואין יכולים לשנות אפילו המותר. וע"כ צ"ל דעל דעת כן נדרו, דהמותר לא יהיה קדוש. וכמו"כ י"ל דעל דעת כן נדרו דאם תזדמן איזו מצוה חדשה כמו פדיון שבויים שיוכלו לשנותו ולא יהיה קדוש.

ולפי"ז יש לבאר מה דלכ' קשה בדברי הרמב"ם, דהנה בסוגיין אמרינן דאם בנו כבר את הביהכנ"ס יכולים לסתור את הישנה, ולא

רק הוא שלא כדין.

משא"כ להרשב"א מנהג לגדור בפחות מהוצא ודפנא הוא "מנהג טעות", דהיינו שהוא שלא כדין לזלזל כ"כ בהיזק ראייה, וממילא כל שכן דמנהג שלא לגדור כלל צריך ליחשב טעות.

סוגיא דנפל לרשותא דחד

במחלוקת רש"י ותוס' אם נחשבים מוחזקים בקרקע הכותל

לפיכך אם נפל כו' פשיטא כו' פרש"י דפשיטא שיחלוקו כיון דברשות שניהם מונח ויד מי מהם תגבר. וכ"כ הרא"ש.

אבל תוס' (ב.) כתבו דפשיטא שיחלוקו משום שהוא דררא דמונא. ואפשר דרש"י אזיל בשי' רשב"ם (קלה.) שביאר ענין דררא דמונא דהפרה היתה של שניהם, ויש להם משו"כ טענות חזקות, וזה ל"ש כאן. או דס"ל כתוס' הרא"ש (מובא בשטמ"ק) דבלא טענותיהם אין ספק לבי"ד דדילמא שניהם מודים. ונראה דזהו הטעם שהרא"ש בהלכות כתב כרש"י, דאזיל בשיטת התוספות שלו.

אלא דבעיקר מש"כ רש"י והרא"ש דברשות שניהם מונח צ"ב דהרי על זה גופא אנו דנים של מי הקרקע והאבנים.

וכן ק' כיון דס"ל דאין כאן דררא דמונא א"כ לימא כדא"ג כמו בזה אומר של אבותי וזה אומר שלא אבותי (לק' קלד:).

וצריך לחלק דשם אין שום מוחזקות בקרקע אבל כאן החזקה שכל אחד מחזיק בחצירו חשיב כאוחזין באותו צעיף קרקע שהכותל עליו. שהרי המחזיק בקרקע אי"צ להחזיק בכל רגב ורגב, אלא מחזיק במקו"א והוי חזקה בכל החצר.

ב. ועי' ברשב"א שהקשה מה מקשה הגמ' פשיטא, הא צריך לאנ"ס דנפק"מ לזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, דאם היה ספק היינו אומרים דזה יטול ג' חלקים וזה יטול רביע. ותי' דהמקום בע"כ מוחזק ביד שניהם להיות מחצה על מחצה דמי מהם מוחזק יותר ומסתמא חלק חצרו של זה מתפשט עד מחציתו וזה עד מחציתו עיי"ש, ולכאורה אינו מובן דמהיכ"ת לומר כן דמתשפט על מחציתו והרי על זה אנו דנים. ואפילו בטלית אם זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי זה נוטל רביע וזה נוטל ג' חלקים.²

והיינו דהרשב"א ס"ל דבמקום שעושים מחיצה רעועה פחותה מהוצא ודפנא אי"ז שטות, כי טעם מנהגם הוא שאינם מקפידים על מה שניזוקים ביני וביני כשנופלות אותן מחיצות, וכמבואר להדיא בדבריו. ואי"ז שטות, רק הוא שלא כדין, כי צריכים להקפיד על היז"ר עכ"פ שלא יהיו מזיקים זא"ז תדיר. (ועי' ברמב"ן נט. דהיז"ר הוא עבירה.) ולכן שפיר דייק הרשב"א דכיון שמה שאינם מקפידים להיות ניזוקים תדיר ביני וביני נחשב מנהג טעות ושלא כדין, כל שכן מנהג שלא לגדור כלל.

אבל הרא"ש כתב בלשון אחר שהוא מנהג שטות. ויש לבאר דבריו בשני דרכים. האחד, דהשטות היא מצד שעושים מעותיהם אנפרות, והרא"ש לשי' דזהו טעם המשנה שצריכים לגדור בכ"מ כמנהג המדינה, ואמנם בכל מקום אנפרות נמדד כמנהג המדינה, אבל היינו עד הוצא ודפנא, אבל במקום שנהגו בפחות מהו"ד זהו עשיית מעותיהם אנפרות בעצם, וזו שטות שמאבדים מעותיהם. ונפק"מ לדרך זה למש"כ הרא"ש שיכול לכנוס לתוך שלו ולבנות בהוצא ודפנא, ולדרך זה כשכונס בתוך שלו ה"ה שיכול לבנות בפחות מהוצא ודפנא.

והדרך השנית בכונת הרא"ש דמנהג לבנות בפחות מהוצא ודפנא הוא שטות – לא מצד עשיית מעותיו אנפרות, דכיון שכך נהגו במקום זה אפשר דאינו נחשב אנפרות – אלא משום שמצד אחד הרי מקפידים על היזק ראייה, ומצד שני עושים מחיצה רעועה שאינה מספקת להסיר היז"ר שנופלת כ"כ עד שאי"ז נחשב סילוק היז"ר. וזוהי השטות.

ולפי"ז גם אם יכנוס לתוך שלו לא סגי לבנות בפחות מהוצא ודפנא, דאינו מסלק היז"ר בכך. ובדוקא כתב הרא"ש לעי' דיכול לכנוס לתוך שלו ולבנות בהוצא ודפנא, אבל בפחות לא.

ולשני הדרכים ניחא למה הרא"ש נייד הרא"ש מדברי הרשב"א ולא הביא ראייה מדינו של ר"ת למקום שנהגו שלא לגדור כלל. ובמה פליגי הרא"ש והרשב"א. ולנ"ל מבואר כי להרא"ש אמנם מנהג לגדור בפחות מהוצא ודפנא הוא "מנהג שטות", דמקפידים על היז"ר ובונים מחיצה שאינה מספקת לזה, וגם עושים מעותיהם אנפרות, אבל מנהג שלא לגדור כלל דאינם מקפידים על היז"ר אינו מנהג שטות. רק דהרא"ש (סי' ו') דן כספק בפנ"ע אם שייך מנהג שלא להקפיד על היז"ר, אבל עכ"פ אינו ענין להא דר"ת.

² ואחד התלמידים רצה לפרש דברי רש"י והרשב"א באופן פשוט, דכיון ששני החצרות שוים בגדלם, שהרי חלקו בשוה, זה גופא מגלה דהקרקע של שניהם, דאילו כנס א' לתוך שלו היה חצירו קטן יותר. ולכן הקרקע ודאי של שניהם. אבל על האבנים אנו מסופקים, דשמא הא' נתן רשות לחבירו לבנות על קרקעיתו, אבל לא נתרצה להשתתף בהוצאות בנין הכותל. וזה דפריך הגמ' דמ"מ פשיטא שיחלוקו כיון שהאבנים נפלו על הקרקע שהיא ודאי של שניהם. וזהו שכתב הרשב"א דמסתמא חלק חצרו של זה מתפשט על מחציתו וזה עד מחציתו את"ד. אלא דלשון הרשב"א שכתב "דמי מהם מוחזק בו יותר" ק"ק לפי"ז, וצ"ת.

מועילה כלל. (ועיי"ש ביארנו דהתוס' פליגי ע"ז, וס"ל דרק אם יש לראשון חזקה דכל מה שתח"י הרי הוא שלו, הוא דאינו מועיל חטיפה, אבל אם מוחזק בתורת הממע"ה בעלמא, מהני תפיסה בטענת ברי להוציא ממנו, עי' תוס' (לד:) ד"ה ההוא, ולק' (קה.) ד"ה אבל.)

ולדעת הרשב"ם לכ' יקשה בסוגיין מה יועיל דנפל לרשותא דחד מינייהו, או דפנינהו לרשותי, והרי אי"ז אלא חטיפה.

(ואי"ל דס"ל כהתוס' דמיירי בשהה הרבה, דהרי התוס' (ב.) הק' על יסוד זה דשהה הרבה הוי ראייה מהא דגודרות אין להם חזקה, ותי' דאינו יודע היכן הם, אבל דעת הרשב"ם (לו.) דבגודרות יש חזקת ג"ש, הרי דיודע היכן הם, ומ"מ צריך ג"ש, ודוחק לומר דהכא מיירי ששהה ג"ש.)

וצ"ל דנפל שאני דאי"ז חטיפה. והא דפנינהו לרשותי יפרש כהרא"ש דהיינו בלא עדים, דאין אנו יודעים איך באו לידו (ועי' לק' בזה), והוי ככל חזקת מטלטלין.

ו. ומעתה יש לנו תירוץ נוסף למשה"ק לעי' לשי' רש"י מ"ש הכא דמועיל נפילה, ומ"ש שנים או חזקת בטלית דתקפה א' בפנינו אינו מועיל, דהתם דתקפה הר"ז חטיפה ואינו נעשה מוחזק עי"ז, אבל הכא דנפל אי"ז חטיפה ומועיל ליעשות מוחזק.

שיטת הרי"ף והרא"ש בדין שותפין לא קפדי אהדדי

שי' התוס' (ב.) ד"ה לפיכך) דגם אילולא האנ"ס שבנו הכותל בשותפות אם נפל לרשותא דחד מינייהו ולא שהה הרבה לא היה נאמן לטעון אני בניתי, והוי תפיסה לאחר שנולד הספק. ופירשו דזו היא באמת קושיית הגמ' דפריך פשיטא, פי' למ"ל אנ"ס ולפיכך, הרי אפילו מספק היו חולקים ואפילו נפל לרשותא דחד מינייהו.

והתוס' הוכיחו שיטתם דאין נפילת הכותל מועילה לעשותו מוחזק כיון שהיא תפיסה לאחר שנולד הספק, מהגמ' לק' (עמ' ב') גבי בקעה דפריך הגמ' ולא יעשו חזית לא לזה ולא לזה. ואינו מפורש בתוס' מה היה הדין אם טען לקחתי, אבל נראה פשוט דלא היה נאמן, דאלת"ה א"כ היה צ"ל נאמן (בבקעה דליכא אנ"ס, וכן בחצר אלמלא האנ"ס) לטעון בניתי במיגו דלקחתי. אלא ע"כ דגם לטעון לקחתי לא היה נאמן, וא"ת אמאי אינו נאמן לטעון לקחתי דהרי לענין לקיחה ל"ש לומר דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, שהרי הוא ספק חדש, י"ל דמ"מ לא היה נאמן משום דשותפין לא קפדי אהדדי, שהרי לפי דבריו שלקח האבנים א"כ שותפין היו מעיקרא. אבל באמת אי"צ לזה כלל, דפשוט שאינו יכול לטעון לקחתי, דכיון שראינו איך נפל הכותל לרשותו הו"ל כגודרות דכיון שאנו יודעים איך באו לרשותו אין כאן מקום ספק כלל, ואין לו שום זכות לטעון לקחתי.

וצ"ל דכוננו על דרך הנ"ל דכיון שמוחזקים בשתי החצרות המעשה חזקה מתפשט גם בקרקע שהכותל עליו והוי כזה אוחז חצי הטלית וזה אוחז חצי הטלית. ועדיף משנים אוחזים בטלית דמיירי שאוחזים בכרכשתא לחוד כמבואר בגמ' שם.

ג. ולדעת התוס' יקשה קו' הרשב"א, מאי מקשה הש"ס דפשיטא שיחלוקו מספק, והא נפק"מ אם זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי. דהרשב"א תי' דכיון שכל אחד אוחז בחצי הכותל הדין היה שיחלוקו מספק אפי' בזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי. אבל התוס' שכתבו שחולקים משום שהוא דררא דממונא מבואר דלא ס"ל סברא זו.

ושי"ל דהנה עי' לק' (לה.) ביארנו בדברי התוס' דהטעם דבררא דממונא חולקים ולא אמרינן כדאג"ב הוא משום שהספק דררא דממונא (שבלא טענותיהם יש ספק לבי"ד) הוא ספק אלים כ"כ דעי' הספק יש לכל א' זכות בחציו, ולכן א"א לפסוק כדאג"ב עי"ש. ומעתה אפילו אם זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, מ"מ הספק דררא דממונא הוא על כל הכותל, ולא רק על אותו חצי שמתעצמים עליו, שהרי הספק הוא בלא טענותיהם, ועי"ס ספק אלים זה יש לכל א' זכות בחצי הכותל, ויהיה הדין שיחלוקו אפילו בזה אומר שלי וזה אומר חציה שלי.

ד. ומתרצת הגמ' דנפל לרשותא דחד מינייהו, ותוס' ס"ל דא"א לפרש דנעשה מוחזק מיד, דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל התוס' הרא"ש (מובא בשטמ"ק ב.) פליגי ומפרש הגמ' כפשוטה דנפל ומיד נעשה מוחזק ואי"ז תפיסה לאחר שנולד הספק דשמא היה א' מהם מודה ואין לידת הספק עד שיבאו לבי"ד. ומסתימת דברי רש"י משמע ודאי דמפ' הסוגיא כפשוטה שנעשה מוחזק מיד. (וכן משמע מדבריו לק' (עמ' ב') בביאור קושיית הגמ' ולא יעשה חזית לא לזה ולא לזה, דתוס' פי' דהקושיא היא דאפילו אם נפל יחלוקו מספק כיון שהוא תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל רש"י פי' דכיון דליכא חזית הרי סימן ששניהם עשאוה.) אלא דיש לעי' לפמש"כ רש"י דברשות שניהם מונח, א"כ איך תועיל הנפילה, ומאי שנא משנים אוחזין בטלית דאפילו תקפה א' בפנינו אינו מועיל. ויל"ח דהתם כבר נפסק הדין שיחלוקו, והוי תפיסה לאחר שנולד הספק, משא"כ כאן דטרם נפסק הדין, ושמא היה א' מהם מודה, וכמש"כ התוס' הרא"ש.

ה. והנה שי' הרשב"ם לק' (לא:) וכן לק' (לד:) דאפילו במקום שהדין כדאג"ב אינו מועיל תפיסתו עד שבי"ד גמרו הדין ופסקו כדאג"ב, אבל אם תפס קודם לכן חשיב חטיפה בעלמא, וצריך להחזירו ושוב נאמר כדאג"ב. וביארנו שם דאזיל לשי' (לד.) דאם חטף נסכא בפני עדים ואמר אין חטפי ודידי חטפי טעמא דצריך להחזיר ואינו נעשה מוחזק עי"ז משום דהמע"ה והוי חטיפה בעלמא. הרי דס"ל דכל שא' מוחזק מדין הממע"ה, כל התופס ממנו נחשב "חוטף" ואינו נעשה מוחזק עי"ז. ולכן ס"ל להרשב"ם דרק במקום שבי"ד כבר פסקו הדין כדאג"ב ותופס ברשות הוא דמועילה תפיסתו ליעשות מוחזק, אבל בלא"ה אי"ז אלא חטיפה ואינה

הרי הוא שלו. והיה ניחא לפי"ז מה שמקשים העולם מ"ק הרי"ף דשמעינן מהכא, והרי גמרא ערוכה היא בפ' הבית והעליה. דמהתם שמעינן דשותפין ל"ק אהדדי מפקיע מהממע"ה, והכא שמעינן דמפקיע מחזקה דכל מה שתח"י הרי הוא שלו.

אבל באמת זה אינו דהרי מפורש בגמ' כאן דהס"ד היה דלהוי אידך הממע"ה, הרי שאין כאן חזקה ודאית דכל מה שתח"י הרי הוא שלו, דאם יודעים שהוא שלו אי"צ לאתויי עלה מצד דהממע"ה. אלא ע"כ דבאמת אין אנו יודעים שהוא שלו, ואין כאן אלא ספק והממע"ה בלבד. וקשה מ"ש מנסכא. וצ"ל דבנסכא דליכא מר"ק אז נקטינן בפשיטות ובודאות שהוא שלו. (ועי' מש"נ לק' (לה).) עוד בגדר (הדברים). אבל כאן שמתחילה בעוד שהכותל קיים היה ספק, ועכשיו האבנים ברשות אחד מהם ואין אנו יודעים איך באו לרשותו, אמנם הוא עדיף מגודרות כיון שאין יודעים איך בא לידו ואפשר שבא לידו דרך מקח, ולכן נעשה מוחזק, אבל אינו בגדר ידיעה ודאית אלא כספק וזוכה מדין הממע"ה.

וא"כ הדרא קושיא לדוכתה מ"ק הרי"ף דמהא שמעינן דמילתא ידיעה בשותפות כו' והרי גמרא ערוכה היא בפ' הבית והעליה.

ג. ונראה, דהנה רש"י ותוס' פי' קושיית הגמ' "פשיטא" דגם אלמלא האנ"ס וה"לפיכך" היו חולקין מספק. אבל הרי"ף מיגש פי' דקושיית הגמ' דעצם האנ"ס פשיטא, דכיון שכופין זא"ז פשיטא דאיכא אנ"ס שבנו בשותפות. וצריך להבין א"כ מה תירצה הגמ' דנפול לרשותא דחד מינייהו, סוכ"ס הרי האנ"ס פשיטא.

ולפי"ד הרי"ף י"ל דהיה ס"ד דכיון שפינה האבנים שלא בפני עדים יכול לטעון לקחתי, דטענת לקחתי אינה סותרת את האנ"ס, ויזכה מדין הממע"ה. קמ"ל מתני' דגם לקחתי אינו יכול לטעון דהוי מילתא ידיעה בשותפות, ושותפין לא קפדי אהדדי מפקיע מהממע"ה.

וכן מדויק בלשון הרי"ף שהעתיק לשון הגמ' בתוספת תיבה אחת, דקמ"ל "דלא". ולשון זה משמע דקמ"ל דלא אמרי' המוציא ממנו עליו הראיה, ואילו לפי' רש"י ותוס' זה אינו, דגם לפי הקמ"ל המוציא ממנו עליו הראיה, אלא דקמ"ל דאיכא באמת ראייה דאנ"ס שבנו יחד. אלא ודאי דרש"י ותוס' יגרסו כמו בגמרא שלנו "קמ"ל ותו לא. אבל לגי' הרי"ף דקמ"ל "דלא" צריך ביאור מאי קאמר, ולנ"ל מבואר דקמ"ל דלא בעינן ראייה במילתא ידיעה בשותפות דשותפין לא קפדי אהדדי, ודין זה חדית לן המשנה.

וכן הוא להדיא בלשון ר"ח שנדפס בתוך דברי רש"י וז"ל קמ"ל דלא בעינן ראייה אלא שותף מפיך מיניה בלא ראייה, ואיהו דטעין דדלילה נינהו עליו הראיה, וכל כה"ג הכי דיינינן ליה וזה הדין מפורש עוד כמו כן בפרק הבית והעליה בתחילתו איבעית אימא בשותפין כי האי גוונא אנוחי אבנים ברשות חבירו לא קפדי וחזקת רשות לאו כלום הוא עכ"ל. ומבואר דמפרש כר"י ומיגש והרי"ף דהקמ"ל הוא "דלא בעינן ראייה", אלא שותף מפיך מיניה בלא ראייה

ומתרץ הגמ' לא צריכא דנפול לרשותא דחד מינייהו ופי' התוס' דהיינו ששה הרבה, וביארנו לעי' (ב.) בדעתם דהשהייה היא סיבה חדשה להסתפק שהאבנים שלו, ומכאן ספק זה יכול לטעון לקחתי, וכיון שנולד ספק זה ברשותו הו"ל אידך הממע"ה, וכיון שיכול לטעון לקחתי ס"ד שיכול לטעון גם בניתי מיגו דלקחתי, קמ"ל מתני' דדוקא לקחתי יכול לטעון אבל לא בניתי דהו"ל מיגו במקום עדים.

ב. ועי' ברי"ף שכתב דמסוגיין שמעי' דמילתא ידיעה בשותפות אינו מועיל לו חזקה, דשותפין לא קפדי אהדדי. וזה דלא כפי' התוס'. שהרי להתוס' אדרבא הסוגיא היתה יותר מרווחת בלא הכלל דשותפין ל"ק אהדדי, והכלל דשותפין לא קפדי עושה קושיא איך יכול לטעון לקחתי כשהרבה הרבה, והוצרכו תוס' לתרץ דבשהה הרבה גם שותפין קפדי.

ומש"כ הרי"ף דמהא שמעינן דשותפין לא קפדי ע"כ אין כונתו מהס"ד דהגמ' דאדרבא הס"ד היה דשפיר נעשה מוחזק. אלא כונתו ע"כ מהקמ"ל. ובמה איירי, אי בטוען בניתי א"כ למ"ל טעמא דשותפין לא קפדי, הא כיון דאיכא אנ"ס וידיעה בשותפות א"כ נסתרה טענתו. אלא ע"כ דמפרש דכונת המשנה לשלול ממנו גם טענת לקוח, דכיון דאיכא אנ"ס הו"ל מילתא ידיעה בשותפות ואינו נחשב מוחזק.

ויל"ע למ"ל טעמא דשותפין לא קפדי, הרי כיון שאנו יודעים איך באו האבנים לרשותו א"כ פשיטא דאינו יכול לטעון לקחתי דהו"ל כגודרות, דאין כאן בית ספק כלל. והיה אפשר ל"ל דמיירי בשהה הרבה דהשהיה מעוררת ספק, ואשמעינן מתני' דמ"מ אינו נאמן דמילתא ידיעה בשותפות ל"ש ב' חזקה. (ופליג על התוס' דבשהה הרבה קפדי.)

אבל ברא"ש מבואר דכונת הרי"ף דמיירי מתני' שפינה האבנים שלא בעדים. ובדאי אין הכונה שאין אנו מכירים את האבנים אלא עפי' הודאתו, דא"כ נימא הפה שאסר הוא הפה שהתיר, אלא מכירים אנו את האבנים אבל אין יודעים איך באו לרשותו. וכן מבואר ברשב"א ובמ"מ (סוף פ"ב שכנים).

וכיון שאין אנו יודעים איך באו האבנים לרשותו א"כ לכאורה הוא כנסכא שכתבו התוס' (לד':) דכל דבר שהוא תחת ידו של אדם כאילו אנו יודעים שהוא שלו, פי' ואי"צ לדין הממע"ה, ולכן א"א לתפוס ממנו אף דבעלמא ס"ל להתוס' דמועילה תפיסה בטענת ודאי. וגם הרא"ש (ב"מ ו.) ס"ל דמועילה תפיסה בטענת ברי להוציא ממוחזק, ומ"מ אם תפס נסכא בפני עדים מוציאין מידו כמבואר בסוגיא דנסכא דר' אבא, וע"כ דגם הרא"ש ס"ל כהתוס' דנסכא עדיפא מהממע"ה, וכ"כ תוס' הרא"ש ריש ב"מ דכל דבר שהוא בידו של אדם יש לנו לחשוב שהוא שלו.

וא"כ יש כאן חידוש דשותפין לא קפדי מפקיע לא רק מהממע"ה, כדחזינן בפ' הבית והעליה, אלא גם מחזקה ודאית דכל מה שתח"י

כיון דשותפין לא קפדי אהדדי.

דידיע בשותפות ואפילו פינהו שלא בעדים אינו נעשה מוחזק.

אבל אם נפרש דברי הרי"ף על דרך הרי"י מיגש, דקושיית הגמ' "פשיטא" היינו דהאנ"ס הוא פשוט, א"כ ע"כ התירוץ צ"ל דנפל שלא בעדים, או פינה שלא בעדים, וכן משמע בר"י מיגש עיי"ש, וא"כ אין אנו יודעים באמת איך באו לרשותו ושמא באו דרך מקח ויכול לטעון לקחתי, דאינו סותר לאנ"ס, והקמ"ל הוא דמילתא דידיע בשותפות אין לו חזקה כלל וכמש"נ.

ד' ע"ב

סוגיא דמקיף וניקף

בגדר חיובי נהנה ומשביח

-א-

מצינו בכ"מ דאפילו במקום שאי"ח משום מזיק עדיין חייב לשלם משום נהנה, כשן ברה"ר דמשלמת מה שנהנית, וכן ע"י כתובות (ל): אם תחב לו חברו בבית הבליעה דמשלם מה שנהנה. וכן בב"ק (כ). בדר בחצר חברו שלא מדעתו דאם זה נהנה וזה חסר חייב, רק מבע"ל בז"נ וזל"ח.

ועי' תוס' (ב"ק קא.) שייסרו דאי"ח משום נהנה כ"א כשבא ע"י מעשיו (כמו דר בחצר חברו שלא מדעתו) או מעשה בהמתו (כמו שן ברה"ר) או הנאת גופו (כגון תחב לו חברו בבית הבליעה).

ב. והאחרונים חקרו בגדר חיוב נהנה אם הוא מעשה המחייב דומיא דמזיק, דכמו שמעשה מזיק מחייבו לשלם מה שהזיק כך מעשה לקיחת הנאה מחייב לשלם מה שנהנה, או"ד חיובו בגדר תביעת ממוני גבך דשווי ההנאה שקיבל כאילו לקחו מהבעלים וצריך להחזירו.

והגרש"ש (שערי ישר ש"ג סי' כ"ו^{כא}) הביא ראיה מדברי התוס' הנ"ל דאי"ח אלא ע"י מעשיו או מעשה בהמתו או הנאת גופו, ש"מ דהוא מעשה המחייב ולמעשה זה יש גדרים דצ"ל מעשיו או מעשה בהמתו או הנאת גופו.

ושמא יש לדחות דלעולם חיוב נהנה משום ממוני גבך, דנחשב ששויות ההנאה באה לו מנכסי המהנה ושייכת לו. אלא שצריך מעשה לקיחת ההנאה ע"י מעשיו או מעשה בהמתו על הנאת גופו משום דכל שלא לקח את ההנאה אלא באה לו מאליה אינו נחשב

ואין להקשות הרי הדין מבואר גם במשנה דהבית והעליה דחולקין האבנים ולא אמרי' הממע"ה, ובגמ' מבואר משום דשותפין לא קפדי. וא"כ מה הוסיפה מתני' על המשנה דפ' הבית והעליה. זה אינו קושיא, דבגמ' שם יש גם תירוץ אחר שנפל לרה"ר וא"כ מהמשנה שם לא ידעינן דשותפין לא קפדי אהדדי, והוא נשמע ממשנתנו, רק דלאחר שנלמד דין זה ממשנתנו אפשר לפרש כן גם במשנה שם וכדברי הגמ' שם.

ומעתה מבואר מש"כ הרי"ף דמהכא שמעינן דמילתא דידיע בשותפות כו' והקשינו הרי גמרא ערוכה היא, דאין כונת הרי"ף שאנו יכולים ללמוד דין שותפין לא קפדי מהגמ' כאן, דאין אנו צריכים דיוקים מסוגיין כיון דגמרא מפורש היא שם. אלא כונת הרי"ף דהמשנה משמיענו דין שותפין לא קפדי אהדדי, ונמשך למש"כ "קמ"ל דלא", דהמשנה קמ"ל דלא אמרי' הממע"ה כיון שהוא מילתא דידיע בשותפות. וא"כ מה לי דגמרא ערוכה היא בפ' הבית והעליה, כי הגמרא שם למדה ממשנתנו.

ד. ועי' ברא"ש שכתב וז"ל ל"צ דנפל לרשותא דחד מינייהו מה"ד כיון שהוא מוחזק באבנים ניהמני' קמ"ל, אי"נ דפנינהו חד לרשותי' שלא בעדים מה"ד להוי אידך הממע"ה קמ"ל כיון דמסתמא מחזקינן ל' דלתרווייהו הוי אע"ג דאיתא השתא ברשותא דחד מינייהו לא נפקא מחזקה דאידך דשותפין ל"ק אהדדי עכ"ל לעניננו. ומשמע דהך טעמא דשותפין ל"ק אהדדי לא נצרכא כ"א להיכא דפנינהו לרשותי' שלא בעדים. והוא מבואר, דבנפל בעדים פשיטא דאינו נאמן לטעון לקחתי, דכיון שיודעים שמתחילה היה של שותפין וגם יודעים איך באו לרשותו, א"כ הו"ל כגודרות דאינו נאמן לטעון שלקחם. ואי"צ לטעמא דשותפין לא קפדי. ורק היכא דפנינהו שלא בעדים, ואין יודעים איך באו לידו, ואפשר שבאו דרך מקח, בזה יש מקום לס"ד דיוכל לטעון לקחתי ויזכה מדין הממע"ה, ולזה אנו צריכים לטעמא דשותפין ל"ק אהדדי, דבמילתא דידיע בשותפות ל"ש חזקה.

אלא דלפי"ז נפל לרשותא דחד מינייהו היינו בעדים, וכן משמע מלשון הרא"ש דלא נקט שלא בעדים אלא בהא דפנינהו חד לרשותי', וקשה א"כ מהו החידוש בציוור דנפל, ואיך בציוור זה מתורצת קושיית הגמ' "פשיטא".

אכן הרא"ש ששיטתו דפי' קושיית הגמ' "פשיטא" על דרך רש"י ותוס' דלמה צריך לאנ"ס הרי גם מספק חולקין, כמבואר בדבריו. ושפיר תי' הגמ' דנפל לרשותא דחד בעדים דאילו היה ספק מי בנה את הכותל היה נאמן לטעון בניתי והיה זוכה דהמע"ה. אלא דאם פינהו שלא בעדים איכא חידוש נוסף דע"י האנ"ס נעשה מילתא

^{כא} ובמהדורות ישנות הוא פרק כ"ה.

שעברה השויות מהמהנה לנהנה.

משום שנהנה, שהרי הוא ממון שאין לו תובעים, וכמו שא"ח משום מזיק כך אינו חייב משום נהנה, ורק במשטרשי ל"י הוא דחייב, והיינו שנשתכר, וכיון שהיה יכול להתענות הרי לא נשתכר את"ד.

אלא דצריך להבין למה בנהנה בעינן ממון שיש לו תובעים ואילו במשטרשי ל"י חייב אפילו כשאין לו תובעים.

וביאר השע"י (שם) עפ"י דרכו דבנהנה שהחיוב משום שמעשה ההנאה מחייבתו, צריך עכ"פ שהבע"ד יתבענו על אותו מעשה. אבל משטרשי ל"י אינו בגדר מעשה המחייב אלא בגדר ממוני גבך דצריך להשיב הממון שאינו שלו ולזה אי"צ תביעה מצד הבע"ד אלא הוא צריך להשיב הממון לשבט כהונה.

ושמא יש לדחות גם את זה, ונאמר דלעולם נהנה חייב משום ממוני גבך, ומ"מ פטרינן נהנה ממתנות כהונה משום שהוא ממון שאין לו תובעים, דנאמר דגם לענין ממוני גבך בעינן תביעת ממון. אבל משטרשי ל"י שאני שהוא כאלו שכר במתנ"כ ולכן החיוב נתינה שהיה לו במתנ"כ מעיקרא יש לו עכשיו בממון זה שקיבל תחתיהם, וכן משמע ברש"י (חולין קלא. ד"ה שאני התם).

ב-ב-

ד. והנה בגמ' (ב"ק כ.) מבע"ל בזה נהנה וזה לא חסר אם חייב או פטור וקיי"ל דפטור. ובטעם הפטור כתבו התוס' (לק' יב:) בשם ריצב"א והרא"ש (שו"ת כלל צ"ז סי' ב') שהוא משום שכופין על מידת סדום.

אלא דביאור זה נראה דתלוי במחלוקת רש"י ותוס' לק' (יב:) דנחלקו שם רבה ורב יוסף באחים שבאו לחלוק והיה לאחד מהם שדה סמוכה למיצר ואמר פליגו לי אמצראי, דרבה אמר כגון זה כופין על מידת סדום, ורב יוסף אמר דיכולים האחים לומר מעלינן לך כנכסי דבי בר מריון, ולא כייפינן להו על מידת סדום. ומסיק הגמ' דהלכתא כרב יוסף. ודעת רש"י דהיינו טעמא דרב יוסף משום דאפשר ששדה זו תתברך יותר, אבל במקום דידעינן ודאי שכולם שוים באמת כופין על מידת הסדום ומפרש כן להמשך הסוגיא עיי"ש. אבל דעת ר"ת דגם אי ידעינן שהשדות שוים, מ"מ יכולים לומר שאינם מוותרים על חלקם בשדה זו משום דאדרבא רוצים למכרה לו בדמים יתירים. והק' הרא"ש (שו"ת שם) וז"ל כל ז"ג וזל"ח דכופין על מדת סדום²² אמאי כופין והלא חסר הוא ממון שיתן לו חברו בשביל הנאתו אם לא נוכף לעשות בלא דמים עכ"ל. והקושיא מבוארת, דאם יש להם זכות שלא לוותר על הגורל משום שרוצים להשתכר הדמים היתירים שיכולים להרויח ע"י שימכרוה לאח שהוא בר מצרא, א"כ למה לא יהיה לבעל החצר זכות שלא לוותר על מה שחייב לו הדר בחצרו משום נהנה. ולכן הסכים

ועי' ברכת שמואל (סי' ז') שהקשה על המבואר בגמ' כתובות (שם) דבנהנה שייך פטור קלב"מ, והא לא שייך פטור קלב"מ לענין ממוני גבך, אבל מי שלוח ממון מחבירו ובשעה שלוח נתחייב מיתה פשיטא דלא נפטור מלהשיב הממון. ותיירץ לו רבו הגר"ח דנהנה הוא בגדר מלוח הכתובה בתורה. ולכאורה היה אפשר לפרש דברי הגר"ח על דרך דברי השע"י. אבל מדברי הברכ"ש משמע שהבין דבריו באופן אחר ולא עמדתי על כונתו.

אכן בעיקר מה שנקט הברכת שמואל בפשיטות דל"ש קלב"מ לענין ממוני גבך עי' בישמח אב עמ"ס סנהדרין (עב). דנתבאר שם שדעת בעה"מ דקלב"מ פטור גם מתביעת ממוני גבך (ורק מדרבנן אם החפץ בעין צריך להשיבו).

ואפי"ת דל"ש קלב"מ בתביעת ממוני גבך אבל אם נאמר דצריך מעשה לקיחת הנאה כדי שתיחשב שלקח את ההנאה מנכסי חברו שמא בזה עכ"פ שייך קלב"מ, ובפרט לפמש"כ הגרעק"א (גיטין נב:) דשייך קלב"מ גם בתנאי החיוב. ואולי זו כונת הברכ"ש.

עוד יש מביאין ראייה מהמבואר בגמ' ב"ק (ק"ב). דקטן אי"ח משום נהנה (ועי' שו"ת הגרעק"א קמ"ז), ואילו קטן שלוח כתב הרא"ש (כתובות קז.) בשם הרמ"ה דחייב, ולכאורה החילוק בזה דהלואה הוי ממוני גבך ושייך גם בקטן אבל בנהנה בעינן מעשה המחייב וזה ל"ש בקטן. וגם בזה שיל"ח דכיון שצריך מעשה לקיחת הנאה שמא קטן לאו בר הכי הוא.

ג. והנה עי' חולין (קלא.) דמקשה הגמ' לרב חסדא דס"ל דמזיק מתנות כהונה או אכלם פטור (או משום גזה"כ דזה יהיה גו' או משום שהוא ממון שאין לו תובעים) מהא דאנסו בית המלך גרנו שנטלו המתנ"כ בשביל מה שהוא חייב לבית המלך דחייב לשלם הדמים לכהנים, ומתרץ הגמ' דהתם משום דמשטרשי ל"י, ועי' רש"י דכיון שנשתכר במתנ"כ הוי כאילו מכרם וחייב לתת הדמים לכהנים, דחל בהם חיוב נתינה. והק' התוס' שם דא"כ כשאכל מתנ"כ נמי נימא דמשטרשי ל"י, ותי' דאי"ז נחשב משטרשי ל"י שהרי היה יכול להתענות.

ולכ' קשה א"כ בתחב לו חברו בבית הבליעה נמי אמאי חשיב נהנה הרי היה יכול להתענות.

וביאר הקצה"ח (רמ"ו ב') דהם שני ענינים, מה שחייב משום שנהנה ומה שחייב משום שמשטרשי ל"י, ובתחב לו חברו בבית הבליעה החיוב הוא על מה שנהנה, וא"כ מה לי שהיה יכול להתענות, הרי זה גופא ההנאה שלא נתענה. אבל במתנות כהונה א"א לחייבו

²² מלשון זה מבואר להדיא שדעתו דטעמא דז"ג וזל"ח פטור משום שכופין על מידת סדום.

הרא"ש עם פרש"י.

אלא דלפי"ז אכתי יהיה צ"ב מש"כ התוס' דהיכא דגלי דעתי' דניח"ל בהוצאות חייב אף שלא חסר. ומה בכך סוכ"ס הרי ליכא תביעת ממון. ומה לי דמשתרשי לי' הרי אי"ז אלא תביעת ממוני גבך וגם נהנה הוא משום ממוני גבך ומ"מ בעי' שיחסר המהנה כדי שיוכל לתבעו.

ולדעת ר"ת בפשוטו צ"ל דטעמא דז"נ וזל"ח אינו כלל משום שכופין על מידת סדום. אלא מטעם אחר, דבעצם ל"ש לתבוע משום נהנה במקום שהתובע לא חסר.

ויל"פ הסברא בזה בכמה דרכים:

ועי' לק' (בענין גלי דעתי' דניח"ל) שביארנו את סברת התוס' דכיון דגלי דעתי' דרוצה בכותל וניח"ל להוציא הוצאות נעשה כצורך משותף דכופין זא"ז.

ה. הדרך האחת עפ"י המבואר בגמ' חולין הנ"ל דחייב נהנה ל"ש אלא כשיש תביעת ממון, ולכן נהנה ממתנות כהונה פטור דהו"ל ממון שאין לו תובעים. ולפי"ז י"ל דז"נ וזל"ח פטור משום דכל שאינו חסר אינו יכול לתבעו בבי"ד. וזה גופא הבעיא אם ז"נ וזל"ח, אם יכול לתבוע ממון כשאינו חסר.

ז. עוד יתכן דרך אחרת בביאור הפטור דז"נ וזל"ח, דעי' לשון רש"י (שם כ:): ד"ה משלמת מה שנהנית וז"ל אלמא בתר הנאה אזלינן עכ"ל, ולשון זה אומר דרשנו, דמבואר מלשוננו דנידון הבעיא הוא אי אזלינן בתר ההנאה או בתר החסרון. ולשון זה אינו עולה יפה לשום אחד מהסברות שכתבנו.

והגרש"ש בשערי ישר ביאר עפ"י באופן נפלא את דברי התוס' (שם: ד"ה טעמא דניקף), דהנה הגמ' שם מייתי ראייה דז"נ וזל"ח פטור מדברי ר' יוסי במשנתנו דאם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, והגמ' שם מפרש דהיינו עמד ניקף, אבל עמד מקיף פטור, הרי דז"נ וזל"ח פטור. והקשו התוס' אם איתא דטעמא דר' יוסי משום דז"נ וזל"ח פטור, א"כ מאי שנא עמד ניקף, ומה לי דגלי דעתי' דניחא לי', הרי גם דר בחצירו שלא מדעתו ניחא לי' בהנאה ומ"מ פטור אם זה לא חסר. ותימצו דעמד ניקף שאני דגלי דעתי' דניחא לי' בהוצאות.

וקרוב לומר דס"ל לרש"י דחייב נהנה הוא באמת משום דממוני גבך, דהיינו שנחשב ששויות הנאת דירת החצר קיבל מבעל החצר וצריך להחזירה. ויסוד הבעיא היא אם נאמר דכל שלא חסר בעל החצר אין כאן הנאת ממון, או דילמא אף שמצד בעל החצר אין כאן ממון שהרי לא חסר אבל "אזלינן בתר ההנאה" וכיון שמצד הדר שהוא גברא דעביד למיגר יש כאן הנאת ממון דיינינן שבאמת הנאה הדירה היא ממון וכאילו ע"י דירתו נעשה ממון ואותו ממון בא לו מבעל החצר.

ולכאורה אינו מובן מה הרויחו בכך סוכ"ס הו"ל ז"נ וזל"ח.²²

(ולדרך זה ג"כ צ"ב מ"ש כשעמד ניקף ומה לי דגלי דעתי' דניח"ל בהוצאות. אכן רש"י בלא"ה לא פי' דניח"ל בהוצאות אלא דניח"ל בהיקף וזה ודאי קשה כמה שהקשו תוס' דהרי גם דר בחצר חבירו ניח"ל ליהנות. ונדון בזה לק', בענין מקיף וניקף איכא בינייהו.)

וביאר הגרש"ש דכיון שגילה דעתו דניח"ל בהוצאות א"כ ידעין דגם אלמלא שגדר מקיף היה הניקף גודר, ונמצא דמשתרשי לי' הוצאות הכתלים, ובמשתרשי לי' חייב אפילו כשאין שם תביעת ממון כמבואר בחולין דאפילו במתנ"כ חייב כשמשתרשי לי', אף דמתנ"כ אין לו תובעים. ולכן לענין חיוב משתרשי לי' לא איכפת לן במה שהמקיף אינו חסר.

ח. והנה רש"י ותוס' נחלקו בביאור משנתנו, דרש"י פי' דמיירי במחיצות הפנימיות, ותוס' פי' דמיירי במחיצות החיצוניות.

והגמ' בב"ק הביא ראייה תחילה מדברי ת"ק דז"נ וזל"ח חייב, ודחי משום דא"ל מקיף את גרמת לי הקיפא יתירא. והקשו התוס' לפי פרש"י דמיירי במחיצות הפנימיות א"כ כל כולו לא גדר מקיף אלא כדי שלא יהיה ניזק מן הפנימי וא"כ הוא חסר ממש. ולדעת רש"י צ"ל דמ"מ כיון שאינו חסר מחמת הנאת הפנימי ס"ד דהוי בגדר ז"נ וזל"ח, דבעינן הנאה המחסרת. (ומתרץ הגמ' דסגי במה שהנהנה

ו. גם להצד דחייב נהנה הוא משום ממוני גבך יש לפרש פטור ז"נ וזל"ח על דרך זה משום דליכא תביעת ממון, דהרי להך צד דחייב נהנה הוא משום ממוני גבך א"כ מוכח מהגמ' בחולין הנ"ל דגם לחייב ממוני גבך בעינן תביעת ממון דלכן נהנה ממתנ"כ פטור. (ומשתרשי לי' שאני דהוי כעושה סחורה במתנ"כ דהחייב נתינה של מתנ"כ חל על הדמים כמש"נ לעיל.)

²² אם היינו אומרים דדעת התוס' בב"ק דטעמא דז"נ וזל"ח הוא משום מידת סדום היה אפשר לומר דכל שהניקף גילה דעתו דניח"ל בהוצאות כבר אי"ז מידת סדום דהרי אילו ידע המקיף דגם הניקף עומד להוציא הוצאות היה משתתף עמו מתחילה. אבל בשיעורים על ב"ק שם הראינו בעליל דכל דברי התוס' בסוגיא שם מורים דטעמא דפטור ז"נ וזל"ח אינו כלל משום דכופין על מידת סדום. ודלא כדעת ריצב"א והרא"ש.

חיסרו ("את גרמת...") ואי"צ שההנאה תחסרו.

אבל להך צד שכתבנו לעי' דגם נהנה הוא משום ממוני גבך, אלא שצריך מעשה לקיחת הנאה כדי שייחשב ששויות ההנאה באה אצלו מנכסי חבירו, א"כ אין חילוק כ"כ בין נהנה לבין משביח, רק דבמשביח אי"צ מעשה לקיחת הנאה כיון שההשכחה באה ע"י ההוצאות ממש.

אבל לשיטת רוב ראשונים בהא דשחרוריתא דאשייתא דע"י שחסר מעט יכול לתבוע כל ההנאה, ואילו ביורד אינו כן דאם אין השדה עשויה ליטע אינו יכול לתבוע יותר מההוצאות, נראה מוכח דיורד אינו מדין נהנה כלל. ויש לדחות.

יא. אבל מאידך נראה להביא סמוכין דחיוב יורד לאו משום ממוני גבך הוא, דהרי דעת רש"י ובעה"מ ונמוק"י דמתני' מיירי במחיצות פנימיות, ושי' בעה"מ דמיירי במקום שנהגו לגדור, ושי' הנמוק"י דאף שנהגו שלא לגדור אבל צריכה היא לגדור וחשיב שדה העשויה לגדור עיי"ש. וקשה א"כ למה פטור כשלא גדר אלא מג' רוחות, נהי דלא נהנה עדיין אבל השדה הושכחה שהרי היא עשויה לגדור וכבר יש לה ג' גדרים ולכ' נתייקרה עיי"ז.

עוד יש להביא קצת ראיה לזה דחיוב יורד אינו משום ממוני גבך, מהגמ' ב"ק (קא.) בצמר דחד וצבע דאידיך ואתא קוף וצבעיה לצמר דמבע"ל אם יש שבח סמנים בצמר, והק' התוס' תפ"ל משום נהנה ותי' דלחיוב נהנה בעינן מעשיו או מעשה בהמתו או הנאת גופו. ולכאורה אכתי קשה תפ"ל משום דממון בעל הצבע גביה דבעל הצמר, דומיא דיורד, דלענין ממוני גבך מה לי יורד מה לי קוף סוכ"ס ההוצאות מונחות בשבח. אלא ע"כ דאין אנו רואים את ההוצאות בשבח, אלא הצבע אבד והצמר נתייקר והם שני דברים. וא"כ ה"ה יורד אין כאן טענת ממוני גבך, רק תביעה מסויימת דכיון שהוציא הוצאות על השכחת שדהו צריך לשלם לו הוצאותיו.

ומזה היה נראה דחיוב יורד אינו מדין ממוני גבך. שו"ר ראייה זו במשנת ר' אהרן (סי' ג' אות ה').

ואפשר שהוא באמת דין חדש, דצריך לשלם הוצאותיו של המשביח את שדהו, ואינו לא מדין נהנה ולא מדין ממוני גבך. אלא דנעשה כפועל שלו. ועי' ש"ך (שצ"א ב').

יב. אלא שא"כ קשה דהגמ' בב"ק הביא ראיה מדין מקיף וניקף לדין ז"נ וזל"ח, והראשונים כתבו דחיוב הניקף מדין יורד, ומשמע דיורד ונהנה הכל אחד.

אך בפשוטו י"ל דאף שנהנה ומשביח הם שני ענינים אבל טעמא דז"נ וזל"ח פטור הוא משום דכל שלא חסר אינו יכול לתבוע ולענ"ז הכל אחד.

אמנם לפי"ד השע"י דבמשטרשי לי' אי"צ תביעת ממון וביאר בזה את דברי התוס' איך עמד ניקף מפקיע מפטור ז"נ וזל"ח משום דגל"ד דניח"ל בהוצאות, דנעשה כמשטרשי לי' דאי"צ תביעת

ויל"פ דהתוס' ס"ל דטעמא דז"נ וזל"ח פטור משום דכל שאינו חסר אינו יכול לתבוע. וכאן דהוא חסר ודאי מהפנימי למה לא יוכל לתבוע. אבל רש"י לטעמי' דטעמא דז"נ וזל"ח פטור משום ד"אזלינן בתר החסרון" וכל שהמהנה לא חסר אין ההנאה נחשבת ממון. אשר על כן ס"ד דכיון שהחסרון של המקיף אינו מחמת הנאת הניקף, דהמקיף חסר כדי שהפנימי לא יסתכל עליו, אבל הפנימי נהנה ממה שהמקיף גדור מלהסתכל עליו, וכיון שהנאה זו שיש לפנימי אינה גורמת החסרון לחיצון אינה נחשבת הנאת ממון. עד דמתרץ הגמ' דסוכ"ס הניקף גרם את החסרון שממנו נהנה ועי"ז חשיב הנאת ממון.

ט. וע"ע בגמ' ב"ק שם דמייתי ראיה מהבית והעליה שנפלו ואין בעה"ב רוצה לבנות, בעל העליה בונה בית ויושב בה, ולדעת ר' יהודה צריך לתת שכר, הרי דז"נ וזל"ח חייב. ודחי הגמ' דשאני התם דאיכא שחרוריתא דאשייתא.

ודעת התוס' (שם כא. ד"ה ויהבי להו) וכן דעת רוב ראשונים דאף שאין חסרון שחרוריתא דאשייתא עולה כנגד ההנאה מ"מ די בחסרון מועט כדי שיתבע כל ההנאה. אבל דעת הרמ"ה (מובא בנמוק"י שם) דאינו יכול לתבוע אלא כנגד החסרון. (וכע"ז כתב הנמוק"י בסוגיין בשם הרמ"ה לענין הקיפא יתירא.)

ורש"י (ד"ה שחרוריתא דאשייתא) כתב וז"ל שמשחיר לו הכתלים הלכך חסר הוא עכ"ל, ודבריו באו סתומים אי ס"ל כתוס' ודעימייהו דסגי בחסרון מעט או"ד צריך חסרון כנגד כל ההנאה וכרמ"ה. אבל לפי דברינו דרש"י מפרש דטעמא דז"נ וזל"ח פטור משום דאזלינן בתר החסרון ואינו נחשב הנאת ממון מסתבר כרמ"ה דאי"ח אלא כנגד החסרון.

-ג-

י. והנה מלבד דין נהנה ודין משטרשי לי' מציינו עוד אופן של חיוב והוא במשביח נכסי חבירו, עי' ב"מ (קא.) דבשדה שאינה עשויה ליטע יד בעל השדה על התחנותה, ואם השבח יתר על היציאה משלם בעל השדה את היציאה, ואם היציאה יתר על השבח משלם את השבח. ובשדה העשויה ליטע משלם כמו שאדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה. ובתוס' ב"ק (נח.) מבואר דגם מקיף את חבירו מד' רוחות דחייב לת"ק דמתני' הוא מדין משביח.

ולכ' כי דין זה ע"כ אינו מדין נהנה, דהרי דעת התוס' (ב"ק קא.) דל"ש חיוב נהנה אלא ע"י מעשיו או מעשה בהמתו או הנאת גופו. אלא ע"כ הוא משום ממוני גבך, דומיא דחיוב משטרשי לי'. ואף דאין שם משטרשי לי' ממש, שהרי בעל השדה לא היה צריך לנטיעות (ודמי ליכול להתענות), י"ל דמ"מ כיון שהמשביח הוציא עליו הוצאות ועי"ז יש שם שבח ממש בעינן לכן חשיב שההוצאות הם בשבח זה ותובעו מדין ממוני גבך.

ג. ויותר נראה דההנאה היא משום כניסת רגלי אדם ובהמה, דומיא דמעשה דרוניא לק', ובפרט לפי מה שמוכח לדעת רש"י דהגילוד דרוניא הוא דומיא דהגילוי דעת דעמד ניקף, דהרי שי' רש"י דלמסקנא לא חייב ר' יוסי אלא בעמד ניקף (עי' רש"י סוד"ה אימא סיפא), ואילו התם רבינא הוא שהקיף את רוניא מד' רוחות, ומאי קאמר לי' רבא לרוניא דאיננא לך דינא כר"ה אליבא דר' יוסי. וע"כ כשמ"כ בפסקי ריא"ז דכיון שרוניא צעק על האריס וגילה דעתו דקפיד הוי כמו עמד ניקף דגלי דעת' דניח"ל. ורש"י לשי' (ד"ה אימא סיפא וכן בב"ק כ: ד"ה אם עמד ניקף) דאי"צ גילוי דעת דניח"ל בהוצאות רק דניח"ל בהקיפא, ודלא כתוס' (ב"ק שם ד"ה טעמא) דבעי' גילוד' דניח"ל בהוצאות.

(ומ"מ קשה דבשלמא מה שא"ל רבא בסוף דדאיננא לך כרב הונא אליבא דר' יוסי י"ל כנ"ל דהיינו ע"י שגילה דעתו, אבל רש"י (ד"ה הב לי כמה דגדרי) פי' דגם מה שאמר לי' רבינא מעיקרא הב לי כמה דגדרי היינו כרב הונא אליבא דר' יוסי דהכי קי"ל, והרי רבינא אמר לו כן לפני שגילה דעתו, וצ"ע.)

ואף דהגמ' בב"ק נקטה דבעמד מקיף יש כבר מחיצות חיצוניות (דלכך קרי לפנימיות "הקיפא יתירא" כמו שפרש"י שם), ומה מוסיפות המחיצות הפנימיות, מ"מ יש לניקף הנאה במה שהמקיף גופא ואריסיו ופועליו אינם יכולים ליכנס, דומיא דהא דרוניא.

אכן לפי"ז יש חילוק קצת בין עמד מקיף לעמד ניקף, דהרי רבינא אמר לרוניא לא יהא אלא עיזא בעלמא ופרש"י אפילו אינך ירא מן הגנבים צריך אתה לשמרן מן העזים. וצ"ל דלא היו שם מחיצות חיצוניות דאם לא כן עזים מאי בעי גבייהו. וא"כ כשהקיפו ראובן מג' רוחות, ורוח ד' פתוחה לרה"ר, ועמד ניקף וגדר לצד רה"ר, הגילוד' הוא דירא מן העזים (אבל מגנבים אפשר דאינו ירא). אבל כשראובן הקיפו מד' רוחות, ויש כבר מחיצות חיצוניות (כדמשמע בגמ' בב"ק דקרי לפנימיות "הקיפא יתירא"), ועמד מקיף וגדר את הרביעית דמחייב ת"ק, ע"כ אין ההנאה במה שגדור מעזים אלא ממה שגדור מגנבים, דהיינו מהמקיף גופא ואנשיו. ואף דאפשר שאינו ירא מן הגנבים, וגם לא גילה דעתו שהרי המקיף הוא שגדר הכל, הנאה מיהא איכא. ולפי"ז יוצא דבעמד ניקף דמחייב ר' יוסי משום דגלי דעת' דניחא לי' הניחותא הוא שגדור מעזים, ואילו בעמד מקיף דמחייב ת"ק ההנאה היא שגדור מגנבים. ולכאורה הו"ל לרש"י לפרש זה. אבל אי"ז קושיא דבעצם הכל ענין אחד שגדור מרגלי אדם ובהמה רק שיש בזה כמה פרטים שונים המבוארים במעשה דרוניא.

רש"י ד"ה מגלגלין עליו את הכל, מש"כ דגל"ד דניחא לי'. לכ' זהו כהתירוץ האחרון בגמ', דדוקא עמד ניקף מחייב ר' יוסי, אבל לשאר התירוצים דר' יוסי מחייב אפילו בעמד מקיף, א"כ כל שכך בעמד ניקף, וכמש"כ רש"י (ד"ה אימא סיפא), ואי"צ לטעמא דגל"ד דניח"ל. (אמנם הרמב"ם פסק דאם עמד מקיף חייב, ומ"מ בעמד

ממון, וא"כ אם יורד היה מדין ממוני גבך לכ' היה דומה למשתרשי לי' ואי"צ תביעת ממון. אבל כבר כתבנו דאין נראה שיהיה חיוב יורד מדין ממוני גבך.

ולשי' ריצב"א והרא"ש דטעמא דז"נ וזל"ח משום שכופין על מידת סדום ג"כ ניחא בפשיטות דמה לי שהם סוגים שונים של חיוב אבל מצד מידת סדום הכל אחד.

שיטת רש"י דמתני' מיירי במחיצות פנימיות

רש"י ד"ה אין מחייבין אותו, דסתם בקעה מקום שנהגו שלא לגדור הוא. פי' דהוקשה לו איך אין מחייבין אותו הא במתני' לעי' אמרי' דכופין זא"ז לבנות. ותי' דהכא בבקעה מיירי וסתם בקעה הוא מקום שנהגו שלא לגדור. ומוכח מזה דס"ל דמתני' מיירי במחיצות הפנימיות, וכמש"פ רש"י עצמו בב"ק (כ:). וכן מוכח ממש"כ רש"י בד"ה לפי מה שגדר, דלרב הונא משלם מחצה מן ההוצאות, ואילו הוי מיירי במחיצות החיצוניות למה ישלם מחצה כיון שרוב הגידור הוא בשביל השדות החיצוניות. וכן מורה גם לשון רש"י מיד בתחילת המשנה שכתב שהיה לראובן ג' שדות על ג' מצריה וגדר את שלשתן, ומשמע שגדר את ג' מצריה של שדה הניקף.

ויל"ע לשי' רש"י א"כ מה נפק"מ במה דתנן לעי' דסתם בקעה היא מקום שנהגו שלא לגדור, ואין כופין זא"ז, והרי סוכ"ס יעמוד א' ויגדור ואח"כ יתבע מחבירו את ההוצאות, עכ"פ לרב הונא דמשלם לפי מה שגדר.

עוד היה אפשר ל' דמתני' דלעי' מיירי כשהתרה בו שלא לבנות, דבכה"ג אי"ח לשלם, כמבואר ברא"ש ובנמוק"י, אבל אילו היה הדין שכופין זא"ז היה חייב.

וגם י"ל דהא דאין כופין זא"ז מיירי כשאנו גדר משאר רוחות, וא"כ לא נהנה מכותל זה, ולכן אין הבונה יכול לתבעו. ואם עמד וגדר את הרוחות האחרות איה"נ דמגלגלין עליו גם את הכותל שביניהם.

ב. עוד יל"ע לפרש"י דמיירי במחיצות הפנימיות, אם ההנאה כשגדר את הרביעית היא משום היזק ראייה דעין הרע, דאף דבבקעה אין המנהג לגדור מ"מ קצת היז"ר איכא וחשיב נהנה, או"ד הוא משום כניסת רגלי בהמה. ולכ' לפמש"כ רש"י בב"ק דבלא"ה יש גדר סביב השדות החיצוניות (ולכך קרי לי' "הקיפא יתירא" עיי"ש) א"כ ליכא בהמות. (דאי"ל דאיכא בהמות למקיף ולניקף עצמם, דא"כ אמאי אין כופין זא"ז לבנות.) וקצת משמע כן מלשון רש"י ד"ה יחב לי' אגר נטירא, מש"כ שהיה צריך ליתן שומר בכל שנה כשהיא בקמותיה, דנראה דלשון זה לקוח מהגמ' לעי' (ב:). דאסור לאדם לעמוד בשדה חבירו בשעה שעומדת בקמותיה. ואינו מוכח כלל.

לו שדות בהיקף ג' רוחות וכן פרש"י.

אבל נראה שהנמוק"י היה לו פירוש אחר במשנה, דע"ע בהמשך דבריו מש"כ וז"ל ואע"פ שהיה פטור מן הראשונה וכן מן השניה וכן מן השלישית לא אמר ראשון ראשון הפסיד... ולרבותא נקט הכי ולא קתני עמד וגדר את שלשתן עכ"ל, ודבריו סתומים מה בין גדר את הראשונה כו' לבין עמד וגדר את שלשתן. אבל ביאור דבריו מהנמוק"י מפרש ד"המקיף את חבירו מג' רוחותיו" פירושו שגדר אותו מג' רוחות. וחזרת המשנה ומפרשת דגדר את הראשונה, ואחר זמן רב גדר את השניה, ואחר זמן נוסף גדר את השלישית, דהיה מקום לומר דראשון ראשון נפטר. אמנם גם אילו קתני שגדר את שלשתן ג"כ הוי שמעינן דלא אמרי' שכבר נפטר מהג', אבל לרבותא נקט שהיתה שהייה בין כל כותל וכותל.

ולכן שפיר פי' הנמוק"י דכל המשנה מיירי שהיו למקיף שדות מכל ד' רוחות, ואי"צ לאוקמה להא דעמד וגדר את הרביעית בציוור אחר או בשהלך אח"כ וקנה שדה נוספת, ומש"א המשנה המקיף כו' משלש רוחות היינו שגדר משלש רוחותיו.⁷² ותנא והדר מפרש, דהמקיף – היינו הגודר – את חבירו מג' רוחות, כיצד דגדר את הראשונה ושהה, ואת השניה ושהה, ואת השלישית ושהה, אינו חייב, אבל גדר את הרביעית חייב על הכל, והוי רבותא דאף ששהה בין כל כותל וכותל לא אמרי' ראשון ראשון נפטר.

ב. וע"ע דבריו שפי' דמשנתנו בסתם בקעה שהיא כמקום שנהגו שלא לגדור, וכמו שפרש"י. (ודלא כבעל המאור.) וטעמו ברור דאילו במקום שנהגו לגדור יכול לכופו לגדור עמו ולמה צריך להמתין עד שיקיפו מד' רוחות.

והנה לדעת פרש"י והנמוק"י דמתני' במקום שנהגו שלא לגדור א"כ אמאי אם הקיפו מד' רוחות חייב, דכיון שאין מקפידים לגדור איזו הנאה יש לו. ובפשוטו צ"ל דאף שלא נהגו לגדור אבל מ"מ יש תועלת והנאה במה שהוא גודר.

אבל אי"ז מספיק דבריו הנמוק"י שכתב עוד דדין המקיף כדין יורד לשדה העשויה ליטע שידו על העליונה. ויל"ע מנ"ל דבר זה נימא דלעולם אינה עשויה לגדור וידו על התחתונה ומ"מ הרי גם כשידו על התחתונה הדין הוא שנותן לו הוצאותיו (כל שאינם יתרים על השבח). ונראה שהנמוק"י ס"ל כרמב"ן דטעמא דחב"ר דמשלם דמי קנים בזול משום שסתם בקעה עשויה לגדר קנים, ולכן כל שהוא יתר על דמי קנים יכול לומר טול אבניך וצא. ורב הונא ס"ל דסתם בקעה עשויה לגדר אבנים ולכן אינו יכול לומר לו טול כלל וצריך לשלם כמו שגדר.

אלא דלכאורה תמוה טובא, דבשלמא הרמב"ן כיון דמפרש דמיירי

ניקף כתב טעמא דגל"ד דניח"ל, אבל ע"כ דהרמב"ם ס"ל דליכא כל שכן, דס"ל דהיה מקום לומר דעמד מקיף דוקא חייב, שהנההו, אבל עמד ניקף פטור, ולכן צריך לטעמא דגל"ד דניח"ל. אבל פרש"י כתב בהדיא דאם עמד מקיף חייב כ"ש עמד ניקף.

וצ"ל דפרש"י ס"ל דהתירוץ האחרון הוא מסקנא, ושאר התירוצים אינם אלא ס"ד, ואולי משום דסוגיא דב"ק נקט בפשיטות כהך תירוץ. וכן מבואר בדברי פרש"י בגמ' (סו"ד אימא סיפא) וז"ל קס"ד השתא דתנא ניקף וה"ה למקיף עכ"ל, ומבואר דאי"ז אלא ס"ד.

וגם מבואר בדברי פרש"י דגרס בדברי ר' יוסי בהדיא "עמד ניקף", וכמו שדייק מהרש"א, רק דס"ד דתנא ניקף וה"ה למקיף, ולכן מסתברא דאי"ז אלא ס"ד אבל למסקנא דברי ר' יוסי הם בדוקא ומשום שגילה דעתו דניח"ל.

ואף שדרכו של פרש"י בדרך כלל לפרש המשנה אליבא דההו"א בגמ', אבל מצינו לפעמים שנקט דרך אחרת שמפרש המשנה לפי המסקנא, וכשמגיע להו"א של הגמ' מפרש דקס"ד פירוש אחר. (עי' למשל פסחים (: ד"ה נכרי שהלוה את ישראל, ואח"כ (לא). ד"ה כשהרינו אצלו.)

אלא דק' דהא רב יהודה אמר שמואל אמר בהדיא דהלכה כר' יוסי דמגלגלין עליו את הכל, ל"ש עמד מקיף ל"ש עמד ניקף, הרי דאי"ז הו"א לבר, אלא זהו דעת רב יהודה אמר שמואל באמת. עוד קשה למה נטר פרש"י עד אח"כ לבאר דהשתא ס"ד דתנא ר' יוסי ניקף וה"ה למקיף, ולמה לא ביאר זה מיד בדברי רב יהודה אמר שמואל.

אכן באמת הב"י כתב דכל מימרא זו דרב יהודה אמר שמואל לא היה בגמ' שלו, והוא גירסת הרי"ף, ואפשר א"כ דפרש"י לא גרס לה. ועכ"פ נראה לא גרס בדברי רב יהודה אמר שמואל "לא שנא עמד ניקף ל"ש עמד מקיף". (ובאמת אפשר דגם הרי"ף שכתב "לא שנא עמד ניקף... אי"ז גירסתו בגמ' אלא הרי"ף הוסיף כן דרך ביאור עפ"י התירוץ הג' בגמ' לפי גי' הגאונים דת"ק הוא דמחלק בין עמד מקיף לעמד ניקף, אבל ר' יוסי ס"ל דאפילו עמד מקיף חייב.)

דברי הנמוק"י

הנמוק"י פי' דמשנתנו מיירי כשלמקיף היו שדות מד' רוחות. ודלא כפרש"י שפי' שהיו לו שדות מג' רוחות. ולכאורה תמוה איך אפשר לפרש דהמשנה מיירי כשהיו לו שדות מד' רוחות, והרי מפורש קתני המקיף את חבירו מג' רוחותיו. ואין לומר ד"מקיף" היינו גדר, דזהו המשך המשנה "וגדר את הראשונה...", אלא ע"כ דמקיף היינו שהיו

⁷² ולהך תירוץ בגמ' דראשונה שניה ושלישית איכא בינייהו נאמר דהמשנה נקטה כן לרבותא דר' יוסי.

הרי הוא מקום שלא נהגו לגדור ואיך תיחשב שדה העשויה לגדור.

וא"כ מוכח שהנך מחיצות פנימיות ענינים והנאתם כמו מחיצות חיצוניות שלא יכנסו בהמות מרה"ר. וזהו ההשבחה וההנאה שיש לו לניקף. ולא משום היז"ר ועין הרע כלל.

(אלא דיל"ע למה עשה המקיף מחיצות פנימיות ואיזו תועלת היתה לו מהם. וכי בשופטני עסקינן. ושמא המקיף באמת נזהר מעין הרע ולכן עשה מחיצות פנימיות. אבל מ"מ מה שתובע את הניקף אינו אלא כמו תביעת מחיצות חיצוניות משום רגלי בהמה מרה"ר. עוד יתכן דהמקיף יש לו הנאה שלא יכנס רגל אדם משדה הניקף לשדה המקיף, דומיא דהך מעשה דרוניא בסוף הסוגיא. ומ"מ מה שתובע את הניקף אינו אלא מחמת מניעת רגלי בהמה מרה"ר.)

ד. ומעתה ניחא קושיין איך יתכן דמתני' במקום שנהגו שלא לגדור ומ"מ הו"ל עשויה לגדור. דאמנם משנתנו במקום שנהגו שלא לגדור בבקעה, דהיינו שנהגו שלא לגדור בין בקעה לבקעה משום היז"ר ועין הרע, ולכן אין המקיף יכול לכוף את הניקף לגדור משום הרחקת נזקין. ומ"מ הבקעות עשויות לגדור מצד רה"ר שלא יכנס רגל בהמה. אבל אי משו"כ אין המקיף יכול לכוף את הניקף, שהרי אי"צ גדר אלא לצד רה"ר ומה זה ענין לניקף, ואין הניקף מזיקו כלל.^{יב}

וזהו דקאמר הנמוק"י דכיון דמיירי במקום שנהגו שלא לגדור – דהיינו שלא לגדור בין בקעה לבקעה משום היז"ר – לכן אין המקיף יכול לכוף את הניקף לגדור עמו. ומ"מ אם המקיף גדר בין רה"ר לניקף – ומשכח"ל בין ע"י מחיצות פנימיות בין ע"י מחיצות חיצוניות – מד' רוחות ומנע כניסת רגלי בהמה לשדה הניקף הרי הוא כיווד לשדה העשויה ליטע, כי הבקעה עשויה להיות גדורה מרה"ר.

דמי קנים בזול

חייא בר רב אמר דמי קנים בזול. רש"י פי' משום שיכול לומר לדידי סגי לי בקנים. אבל תוס' פי' דסגי לי' בנטירותא בר זוזא אלא דאנ"ס שאם היה מוצא קנים בזול היה גודר בקנים. ויל"ע אמאי נידידי התוס' מפרש"י שהוא לכ' פשוט טפי.

עוד יל"ע כמו דלחב"ר משלם דמי קנים "בזול", אמאי לרב הונא לא נימא דמשלם דמי אבנים "בזול". ועי' ברבינו יונה דלחד צד כתב דאיה"נ גם האבנים משתלמים בזול, ונקט כן בקנים לרבותא עיי"ש. אבל מדברי רש"י שכתב דלרב הונא משלם לו כל הוצאותיו לא

במחיצות החיצוניות שפיר י"ל דאף דמתני' מיירי בסתם בקעה שהיא במקום שנהגו שלא לגדור היינו שלא נהגו לגדור בין בקעה לבקעה משום היז"ר ועין הרע אבל מ"מ גודרים בין הבקעות לרה"ר משום כניסת רגלי אדם ובהמה. אבל הנמוק"י הרי פי' כרש"י דמתני' במחיצות הפנימיות, ואיך יתכן הדבר שיהיה מקום שנהגו שלא לגדור בין הבקעות וגם יהיה עשויה לגדור בין הבקעות, והוא שני הפכים בנושא אחד.

ג. אבל באמת לא קשיא מידי. דעיי"ש בנמוק"י הגהת המחבר שהוכיח מהגמ' בב"ק דקרי לי' הקיפא יתירא דהמשנה מיירי גם במחיצות החיצוניות. והנה התוס' וכן הרמב"ן ג"כ הוכיחו כן מהגמ' בב"ק אלא דהם נקטו בפשיטות דהמשנה מיירי במחיצות החיצוניות דוקא, ולא במחיצות הפנימיות כלל. אבל בדברי הנמוק"י מפורש דהמשנה מיירי הן בפנימיות והן בחיצוניות. ומנ"ל לנמוק"י דבר זה.

ונראה דאזיל לטעמי' שכתב בר"ד דהמשנה מיירי שהמקיף יש לו שדות מד' רוחותיו של הניקף עיי"ש, ודלא כרש"י שפי' דיש לו שדות מג' רוחות והרוח הד' פתוחה לרה"ר. וא"כ אם איתא דהמשנה מיירי במחיצות החיצוניות דוקא איך משכח"ל עמד ניקף וגדר את הרביעית. ומאידך הרי מהגמ' בב"ק הוכיח הנמוק"י דהמשנה מיירי במחיצות החיצוניות, וע"כ דפשיטא לגמ' דהמשנה מיירי בשני הצדדים.

אלא דמ"מ צ"ב מנ"ל לגמ' דבר זה, ומנלן לגמ' דאחת דברה המשנה ושתיים זו שמענו.

וע"כ צ"ל דאין כאן ב' דינים נפרדים, אלא הכל דין אחד, שהמקיף גדר שלא יכנסו רגלי בהמות מרה"ר לרשות הניקף, אלא דגידור זה יכול ליעשות בשני אופנים, או שיגדור המקיף בין רה"ר לשדות שלו, דהיינו מחיצות חיצוניות, או שיגדור בין שדותיו לשדות הניקף, דהיינו מחיצות פנימיות. אבל אי"ז אלא שני צדדים של דין אחד שהמקיף גדר את הניקף מכניסת רגלי בהמה מרה"ר.

ולפי"ז הציור של מחיצות פנימיות היינו כשלא היו שם מחיצות חיצוניות. דאם היו כבר מחיצות חיצוניות אז אין הפנימיות מועילות לניקף כלל שהרי כבר הוא גודר מרה"ר. ודלא כדעת רש"י בב"ק דקרי למחיצות הפנימיות הקיפא יתירא משום שיש גם מחיצות חיצוניות.

ולכן הנמוק"י לשיטתו הוכיח מהך לשון ד"הקיפא יתירא" דע"כ הגמ' שם נקט דהמשנה מיירי (גם) במחיצות חיצוניות, ולא ניח"ל בפרש"י דקרי להו לפנימיות "הקיפא יתירא" משום שהן מוסיפות על החיצוניות, דאם יש חיצוניות למ"ל פנימיות, דאי משום היז"ר

^{יב} קצת יל"ע אמאי אין המקיף יכול לכוף את הניקף להשתתף במחיצות החיצוניות כיון שהם ג"כ נצרכות לניקף, וכדין בית שער.

משמע כן.

מילי בעלמא ולא מהמנינן ליי.

ג. שבתו והתבוננתי דיל"פ דברי התוס' באופן אחר קצת, ונרויח בזה גם למה הוצרכו התוס' להאריך דסגי ליי בנטירותא בר זוזא אלא דאיכא אנ"ס שאם היה מוצא קנים בזול היה גודר בהם, ולמה לא כתבו בפשיטות דלדידי סגי בגדר קנים, ועל דרך שכתב רש"י. ולעיל כתבנו משום שהוקשה להם להתוס' למה לחב"ר משלם דוקא "בזול". והערנו דקשה דהו"ל להתוס' להזכיר זה.

אבל למבואר י"ל דכיון דכל טענת לדידי סגי ליי הוא כאילו א"ל טול אבניך וצא, ס"ל לתוס' דל"ש שיאמר טול אבניך והחליפם בגדר קנים, דאין לנו אלא הגדר שעשה המקיף, ואם טוען טול היינו שיטול הגדר לגמרי, דיכול לטעון טול, אבל אינו יכול לטעון טול גדר זה של אבנים ותן גדר אחר של קנים במקומו. ולכן כדי לטעון טול צריך המקיף לומר דאינו זקוק לגדר כלל, דסגי ליי בנטירותא בר זוזא דהיינו שומר בעלמא. (אמנם הרמב"ן לא ס"ל כן אלא יכול לטעון טול האבנים דלדידי סגי ליי בגדר קנים.)

ומה שמשלם דמי קנים בזול, אף דסגי ליי בלא גדר כלל, וגם טוען טול הגדר לגמרי, הוא מצד אחר, דאף דפטור לגמרי מחיוב יורד כיון דסגי ליי בשומר בעלמא וטוען טול הגדר לגמרי, אבל כיון דאנ"ס שאילו מצא קנים בזול היה נוח"ל לגדור בהם, ואם המקיף היה מציע לו מראש שרוצה לבנות גדר אבנים מכל צד על מנת שישתלם ממנו כאילו היה גדר קנים בזול ודאי היה נוח"ל לניקף בזה, דבודאי היה עדיף ליי לסייע בדמי קנים בזול מאשר לא להיות גדר כלל, לכן לענין תשלומי קנים בזול נעשה המקיף כדור ברשות, וכאילו הניקף ביקש ממנו לגדור, דנוטל שכרו משלם.

וזהו אריכות דברי התוס', דיכול לומר לדידי סגי ליי בנטירותא בר זוזא, דרק עי"ז יכול לטעון טול הגדר לגמרי ונפטר מחיוב יורד. אלא דכיון דאיכא אנ"ס שאם היה מוצא גדר קנים בזול היה גודר בהם, לכן לענין תשלומי גדר קנים יש לו חיוב אחר, משום דלענין דמי קנים בזול נעשה המקיף כדור ברשות.

ונרויח בזה דבר נוסף, דהנה שיטת הרא"ש בב"מ דיכול לומר טול אפילו בשדה העשויה ליטע, ודלא כרמב"ן, ולדידיה יקשה ממנ"פ אם במתני' שייך טענת טול הו"ל להיות פטור לגמרי, ואם במתני' ל"ש טענת טול (מחמת ששתק בשעת בניית הכותל כסברת הגרעק"א או מחמת טעם אחר) א"כ מ"ש מיוורד דצריך לשלם כל ההוצאות. (ולעיל כתבנו דשמא גם להרא"ש היינו דוקא כשאומר טול העצים מקרקעי בפועל משא"כ כאן שהגדר על קרקע המקיף גם הרא"ש מודה לרמב"ן דל"ש טול אלא בשדה העשויה לגדור.) ולמבואר נחא דלעולם יכול לטעון טול ולהפטר לגמרי מדין חיוב יורד, ומ"מ משלם דמי קנים בזול דע"י האנ"ס נעשה המקיף כדור ברשות.

ד. והנה יש לדקדק בלשון רש"י שביאר דעת חב"ר דיכול לומר לדידי סגי ליי בגדר קנים ו"אי אפשי בהוצאה של גדר אבנים". והוא

ואפשר דזהו שהוקשה להם להתוס' ולכן נידי מפרש"י ופי' דבאמת סגי ליי בנטירותא בר זוזא, אלא דאיכא אנ"ס מיוחד דאילו היה מוצא קנים בזול היה גודר בקנים. אבל ק"ק דלא הזכירו התוס' קושיא זו – דמאי שנא דמשלם בזול – בפירוש.

ב. והנה בעיקר שיטת חב"ר הק' ראשונים אפי"ת דהשדה אינה עשויה אלא לגדר קנים מ"מ מ"ש מכל יורד לשדה שאינה עשויה ליטע דצריך לשלם ליורד את הוצאותיו (עכ"פ כשאננם יתרים על השבח). והרמב"ן במלחמות ביאר עפ"י ב' יסודות, חדא מש"כ הר"ף בב"מ בשם הגאונים דגם כיוורד לשדה חבירו יכול בעל השדה לומר לו טול עצין ואבניך וצא ואז פטור מלשלם. ועוד מה דנקט הרמב"ן דהיינו דוקא בשדה שאינה עשויה ליטע אבל בשדה העשויה ליטע אינו יכול לומר טול. ועפ"י ביאר דטעמא דחב"ר דאינו משלם אלא דמי קנים בזול משום דלחב"ר כל שדה עשויה לגדר קנים בזול, ולכן עד דמי קנים בזול שהשדה עשויה לזה אינו יכול לטעון טול, אבל על היתר יכול לטעון טול.

והנה התוס' הקשו ג"כ מ"ט דחב"ר, ומ"ש מיוורד לשדה שאינה עשויה ליטע שמשלם לו הוצאותיו, ותירצו משום דיכול לומר לדידי סגי ליי בנטירותא בר זוזא, אלא דאיכא אנ"ס דאי אתרמי ליי קנים בזול היה גודר בהם. וצריך להבין מה הרויחו בזה, סוכ"ס מאי שנא מיוורד לשדה שאינה עשויה ליטע דאינו יכול לומר לדידי סגי ליי בלי נטיעות.

ונראה בכונת התוס' – ונתעוררתי לזה ע"י הב' שלמה שווארץ נ"י – דטענת לדידי סגי ליי הוא מעין טענת טול, ועל דרך הרמב"ן. אלא דביוורד שהעצים על שדהו ממש א"כ טענתו הוא שיטול את העצים בפועל, וזה ל"ש כאן דמיירי במחיצות חיצוניות. ומ"מ קאמרי התוס' דיכול לטעון לדידי סגי ליי בנטירותא בר זוזא, דאומר הניקף שמצדו אין לו תועלת בגדר אבנים וניח"ל שיטול.

וממילא ל"ש להקשות למה כיוורד לנטיעות אינו יכול לומר לדידי סגי ליי בלא נטיעות, דאיה"נ יכול לטעון כן וזהו טענת טול, אבל כל זמן שאינו מבקש ממנו לסלק את העצים אינו יכול לטעון כן. משא"כ כאן שהגדר אינו בשדה הניקף כלל לכן יכול לומר לדידי סגי ליי, וכאילו אומר שאילו היה הגדר על שדה שלי הייתי ממבקש להחליפו בנטירותא בר זוזא או בגדר קנים בזול.

אבל הא מיהת אינו יכול לטעון לדידי סגי ליי בלא גדר כלל. לא מבעיא לשי' הרמב"ן דל"ש טול בשדה העשויה ליטע, וא"כ גם כאן הרי השדה עשויה לכה"פ לנטירותא בר זוזא, אלא אפילו להרא"ש דס"ל בב"מ דיכול לטעון טול בכל גונא, אבל שמא היינו כשאומר טול עצין בפועל, אבל כאן שאינו יכול לומר טול הגדר בפועל כי אינו על שדהו, רק אומר שאילו היה הגדר כאן היה מחליפו בגדר קנים בזול או בנטירותא בר זוזא, ל"ש זה אלא בשדה שאינה עשויה אלא לשמירה כזו, אבל לטעון דסגי ליי בלי שמירה כלל הוי פטומי

וי"ל להכא קאי לבאר דברי ת"ק דאם הקיף הרוח הרביעית חייב, ואילו התם קאי לבאר שי' ר' יוסי דטעמא דעמד ניקף הא עמד מקיף פטור, ולכן הכא נקט שכר שומר דאף שהוא פחות מדמי קנים אבל עכ"פ הוא דבר חשוב ונופל עליו לשון חיוב, והתם נקט נטירותא בר זוזא, דהיינו גדר קוצים דאינו עולה אלא זוז דאינו חשוב כלל וקרוב לפטור גמור ולכן קאמר ר' יוסי דאם עמד ניקף חייב, הא עמד מקיף פטור, דפטור כמעט לגמרי חוץ מזוז.

גלי דעת' דניחא לי'

מקיף וניקף איכא בינייהו כו'. לגי' הגאונים, וכך גי' בעה"מ, ת"ק ס"ל דעמד מקיף חייב על הרביעית דוקא, ועמד ניקף מגלגלין עליו את הכל. ור' יוסי ס"ל בין עמד מקיף בין עמד ניקף מגלגלין עליו את הכל. ולגי' התוס' הוא להיפך, דלת"ק בין עמד מקיף בין עמד ניקף מגלגלין עליו את הכל, ולר' יוסי אם עמד מקיף חייב על רוח רביעית דוקא, ואם עמד ניקף מגלגלין עליו את הכל.

ולגי' הגאונים תמוה לכ' דלפי"ז הפלוגתא במשנה היא בדין מקיף, דלת"ק חייב רק על הרביעית, ולר' יוסי חייב על הכל. וזה ממש כהתי' השני בגמ'. ולא נתוסף בתירוץ האחרון אלא דבעמד ניקף כו"ע מודי דמגלגלין עליו את הכל, והרי דין זה אינו מוזכר במשנה כלל, וצ"ל דהש"ס מוסיף כן מסברת עצמה, אבל לענין פירושא דמתני' הרי זה ממש כהתי' השני, ולא משמע כן בגמ', וצ"ע.

ב. ובטעם המ"ד דאם עמד מקיף חייב רק על הרביעית (לגאונים היינו ת"ק, ולתוס' היינו ר' יוסי) כתבו התוס' משום דאין לך אדם שלא היה משתתף ברביעית כדי להיות גדור מכל רוחותיו. אבל בעה"מ פי' דעל הג' הראשונות פטור משום שכבר נפטור, וקם דינא. (והוא על דרך סברת רש"י בביאור שי' ת"ק בתירוץ השני דכבר יצא מבי"ד זכאי.)

ג. והנה לעיל (בענין דמי קנים בזול) ביארנו מתחילה את סברת התוס' בביאור שיטת חב"ר דיכול לומר לדידי סגי לי בנטירותא בר זוזא או בקנים בזול אם אמצאם, דהוא כעין טול, דאומר לו טול את הגדר של אבנים ועשה גדר של קנים. ועל דרך פי' הרמב"ן. וקשה איך זה שייך כאן דבודאי אינו יכול לומר טול הד' מחיצות והנח רק אחת.

ונראה לתרץ דבאמת אם המקיף יתבע מהניקף להשתתף בכל ההיקף יאמר לו הניקף טול את הגדר ואשתמר בנטירותא בר זוזא. אבל המקיף יכול לבוא בתביעה אחרת, דהיינו שמתחילה אינו תובע אלא את הרוח הרביעית, שהוא גמר ההיקף, וכלפי תביעה זו אין הניקף יכול להשיב טול גדר זה דלדידי סגי לי בלעדיו, כי אין לך אדם המוקף כבר מג' צדדים שלא היה ניח"ל להשתתף בגדור

לכ' שפת יתר דלא הו"ל אלא לומר לדידי סגי לי בגדר קנים (ועל דרך לשון הגמ' בב"ק "לדידי סגי לי בנטירותא בר זוזא"), ומהו תוספת זו ד"א אפשי בהוצאה של גדר אבנים."

ודברי רש"י בזה באמת מקבילים לדבריו בב"ק (כ:): – ונתעוררתי לזה ע"י הב' דרוור ברין נ"י – שביאר הטענה דלדידי סגי לי בנטירותא בר זוזא בזה"ל "לא היה יכולת בידי לגדור גדר של אבנים וסגי לי בגדר קוצים בר זוזא". ומבואר להדיא שהטענה דלדידי סגי לי ענינה שאינו יכול לעמוד בהוצאות של אבנים ולכן היה מסתפק בגדר קוצים.

וברור א"כ דזו גם כונת רש"י כאן במש"כ ד"א אפשי בהוצאה של גדר אבנים", דלכן היה מסתפק בקנים בזול. וס"ל לרש"י דכל מה שיכול לטעון לדידי סגי לי כו' הוא מכח מה שטוען דזו הסיבה שלא גדר בעצמו בגדר אבנים, משום שלא היה יכול לעמוד בהוצאות, ולכן א"א לכוף עליו הוצאות אלו.

ונראה עוד דרש"י הוצרך לזה לשיטתו דמפרש מתני' במחיצות הפנימיות ובמקום שנהגו שלא לגדור כלל, נמצא דהרבה בנ"א אינם גודרים כלל, וא"כ מ"ט דחב"ר דמשלם דמי קנים בזול, ולמה אינו יכול לטעון לדידי סגי לי בלי גדר כלל, כשאר בנ"א שאינם גודרים בבקעה.

אלא ע"כ דמה שאינו זקוק לגדר אינו סיבה לפטור, דסוכ"ס שדהו הושבח וככל יורד לשדה שאינה עשויה ליטע דאף שאינו זקוק לנטיעות מ"מ כיון ששדהו הושבחה צריך לשלם ליורד את הוצאותיו. אבל הפטור כאן הוא מה שטוען דאינו יכול לעמוד בהוצאות של גדר אבנים. וחב"ר דס"ל דחייב לשלם דמי קנים בזול היינו משום דבהוצאות של קנים בזול מסתמא כל אחד יכול לעמוד. ומ"ד דאי"ח אלא בנטירותא בר זוזא ס"ל דיכול לטעון שלא היה לו יכולת בידו לגדור כלל ואפילו בקנים.

אבע"א אגר נטירא איכא בינייהו. ופרש"י דבר מועט שהיה צריך ליתן לשומר. והנה בסוגיא בב"ק (כ:): מדייק הגמ' דלר' יוסי טעמא דעמד ניקף, הא עמד מקיף פטור, ש"מ ז"נ וזל"ח פטור, ודחי דשאני התם דאמר לי' לדידי סגי לי בנטירותא בר זוזא, ופרש"י שם גדר של קוצים. ויל"ע למה שינה ממה שפירש כאן דאגר נטירא היינו מה שנותן לשומר. אכן י"ל דבכל מקום נמשך אחר לשון הגמ', דאגר נטירא משמע שכר פעולה, דהיינו מה שהיה נותן לשומר, ואילו נטירותא בר זוזא משמע דהוא דבר העולה זוז, דהיינו גדר קוצים. (אבל עי' בבעה"מ שכתב אגר נטירא בר זוזא, משמע דהכל א'. וכן עי' ברא"ש שכתב דאם התרה בו מתחילה דאינו רוצה לשלם דסגי לי' בנטירא בר זוזא אינו משלם אלא אגר נטירא, משמע דהכל א'.) אלא דיל"ע א"כ בדברי הגמ' עצמה למה כאן נקט אגר נטירא, והתם נקט נטירותא בר זוזא.

הרביעית, והבן.¹²

מסכים שיגדור, דעדיף ל' לניקף להשתתף ברוח ד' מאשר לא להיות גדור כלל משום צד.

אבל כשעמד הניקף וגדר את הרביעית הגילוי דעת אינו שהיה מסכים מעיקרא, אלא הגילו"ד הוא על מקומו ושעתו דכבר יש ג' גדרים גדורים, ועמד הניקף וגדר את הרביעית לבדו, ולמה עשה כן, ולא שייך לומר שגדר את הרוח הד' כדי שירווח הג' כתלים, דהרי גם אם לא יגדור הניקף את הרוח הד' לא יסיר המקיף את מה שגדר כבר, ומאן דסגי ל' בנטירותא בר זוזא גם אם היה כבר גדור מג' רוחות לא היה גודר את הרוח הד' אלא מעמיד שם שומר, ותהינה לו שלש מחיצות טובות בחינם וברוח הרביעית יסתפק בנטירותא בר זוזא כדרכו. ולכן שפיר יש בזה גילו"ד דאינו אדם דסגי ל' בנטירותא בר זוזא, אלא גברא דניח"ל בהוצאות, ומגלגלין עליו את הכל.

(רק הא מיהת קשה כיון שגדר באבנים א"כ גילה דעתו דניח"ל בהוצאות של אבנים, ומ"ט דחב"ר דגם בעמד ניקף אי"ח אלא בדמי קנים בזול. אכן ע"י בשטמ"ק הביא מתוס' הרא"ש שעמד ע"ז ות' דבאמת היה גודר בגדר קנים אלא שגדר באבנים כדי שישתה לשאר המחיצות עיי"ש.)

ה. והנה לגירסת הגאונים שיטת ת"ק דאם עמד מקיף וגדר את הרביעית הניקף מסייע ברוח הרביעית לבד ואם עמד ניקף מגלגלין עליו את הכל. (וכשיטת ר' יוסי לגי' התוס'). וכך גרס בעה"מ. ובטעמא דעמד מקיף אי"ח אלא לסייע ברוח הרביעית כתב בעה"מ משום דכבר נפטר מהג' ראשונות וקם דינא. וקשה א"כ מ"ש עמד ניקף, ומה לי דגלי דעת' דניח"ל, סוכ"ס כבר נפטר מהג' ראשונות.

וצ"ל דבעמד ניקף מה שגילה דעתו דניח"ל הוי סיבה המחייבת בפני עצמה, ולכן אף שכבר יצא מבי"ד זכאי היינו שיצא זכאי מהחוב שנעשה ע"י גידור המקיף, אבל כשעמד ניקף וגלי דעת' דניח"ל הרי"ו סיבה המחייבת מחדש לגלגל עליו את הכל ומחויב זה לא יצא זכאי.

וכן מבואר גם בגמ' ב"ק (כ:): דמדדיק מדברי ר' יוסי דטעמא דעמד ניקף, הא עמד מקיף פטור, ש"מ זה נהנה וזה לא חסר פטור, ודחי דשאני התם דיכול לומר לדידי סגי ל' בנטירותא בר זוזא. והקשו

ובדרך אחרת י"ל עפ"י מה שחזרנו לעיל לדון דבאמת ל"ש לטעון טול האבנים והחליפם בקנים, אלא כדי שלא יתחייב מדין יורד צריך הניקף לטעון טול הגדר לגמרי דסגי לי בנטירותא בר זוזא דהיינו שומר בעלמא. ומה שחייב לשלם דמי קנים בזול הוא מצד אחר דכיון דאנ"ס דאם המקיף מראש היה מציע לו שהמקיף יגדור על מנת שישתלם כדמי קנים בזול היה ניח"ל להניקף לכן לענין תשלומי דמי קנים בזול נעשה המקיף כיוור ברשות. וא"כ ה"נ דכותי, לענין טענת יורד אומר לו הניקף טול דלדידי סגי לי בנטירותא בר זוזא, אלא דחייב לסייע ברביעית מצד אחר דאילו מראש היה מציע לו המקיף שיגדור הכל ולא ישתלם ממנו אלא מרוח א' אין לך אדם שלא היה מסכים לזה ונעשה כיוור ברשות.

ד. והנה גירסת התוס' דל' יוסי בעמד מקיף חייב לסייע ברוח רביעית לבדה, ובעמד ניקף מגלגלין עליו את הכל דגל"ד דניחא ל'. וצריך להבין כיון דבעמד מקיף אי"צ לסייע אלא ברוח רביעית, וטעמא כמש"כ תוס' משום דבעצם סגי ל' בנטירותא בר זוזא אלא דאין לך אדם שלא היה מסייע ברוח ד' כדי להיות גדור מכל צד, א"כ מה יועיל מה שעמד ניקף, ואיזה גילוי דעת יש בזה, נימא דהניקף גדר את הרוח הרביעית משום שאין לך אדם כו' וע"י גידור רוח אחת נעשה מוקף מכל צד, ומהיכ"ת דניח"ל להוציא הוצאות על כל הד' רוחות.

ולכ' צריך לדחוק דאין לך אדם כו' היינו שאין לך אדם שאינו מוכן להשתתף בחצי הרוח הרביעית כדי להיות גדור מכל רוחותיו, וכלשון התוס' דאין לך אדם שלא היה "מסייע" ברוח רביעית, אבל כאן שהניקף גדר את כל הרוח הרביעית לבדו ונשא כל הוצאות רוח זו בזה אין אומרים אין לך אדם כו' אלא אדרבא הרי"ו גילוי דעת דניחא ל' בכל הד' רוחות.

אבל לדרך השניה שכתבנו לעיל – דענין אין לך אדם כו' הוא דמעיקרא נעשה המקיף כיוור ברשות לגדור הכל על מנת להשתלם מרוח א' – נראה דאי"צ לזה וקושיא מעיקרא ליתא. דענין אין לך אדם כו' הוא דמתחילה כשהתחיל המקיף לגדור אנו דנים שאילו היה המקיף אומר לניקף אני אגדור את כל הד' רוחות ע"מ שתסייע ברוח ד', ואם לא תסכים לזה אז לא אגדור כלל, בודאי הניקף היה

¹² ולדרך זה היה ניחא לי לתרץ קושיא אחרת, איך פשיטא מילתא דאין לך אדם שאינו מוכן להשתתף ברוח ד', לא פחות ולא יותר, והרי מסתמא השדה אינה מרובעת, ולפעמים הרוח הרביעית היא פחותה מרבע ההיקף, ולפעמים יותר מרבע ההיקף, ולמה יהיה שיעור אחד לכולם דניח"ל להשתתף ברוח אחת דוקא.

אבל למבואר י"ל דאין הכונה דניח"ל להשתתף בשיעור רבע ההיקף דוקא. אלא דכל מה שהמקיף יכול לתבוע ממנו להשתתף ברוח הרביעית הוא משום שיכול לתבוע אותה רוח בפנ"ע, ואפשר דל"ש זה אלא ברוח הרביעית שהוא שם בפנ"ע דגמר ההיקף, ובפרט אם רוח ד' הוא לצד רה"ר (כדעת בעה"מ עיי"ש), ולכן על רוח ד' שייך שהמקיף יתבענה בפנ"ע, ואז אין הניקף יכול לומר טול, דאין לך אדם שלא היה ניח"ל להשתתף בגמר הגידור כשהוא כבר גדור משאר הרוחות. אבל על שאר הרוחות ל"ש תביעה נפרדת, אלא הן לעולם בכלל תביעת כל ההיקף, ונגד תביעת כל ההיקף יכול הניקף לומר טול, דלדידי סגי בנטירותא בר זוזא.

שמעון דאינו משום שעכשיו אינו מקפיד, דכבר גילה דעתו בכותל הראשון שהוא מקפיד וגם מוכן להוציא ע"ז הוצאות, אלא סירובו עכשיו משום שרוצה להטיל את הכל על ראובן. ולכן כופין את שמעון להשתתף, נדעשה כצורך משותף וכו"ל. ונראה שהרמב"ן למדו מהך דעמד ניקף וגדר את הרביעית דגל"ד דניח"ל בהוצאות ומגלגלין עליו את הכל.

ז. וכל זה לתוס' דגל"ד דניח"ל היינו דניח"ל בהוצאות, אבל לרש"י שפי' דניח"ל בהקיפא, ולא הזכיר דניח"ל בהוצאות, צריך להבין מה איכפת לן בזה כיון דסוכ"ס ז"נ וזל"ח. ועוד יקשה קו' התוס' מ"ש מדר בחצר חבירו שלא מדעתו, דלא אמרינן דניח"ל בהנאה.

ושי"ל דרש"י לשי' דמיירי במחיצות הפנימיות, וא"כ י"ל כמש"כ הקצה"ח (סי' קנ"ח ס"ק ו') דכיון דגל"ד דניח"ל קנה חלק בשאר הכתלים (ומיירי שהחיצון בנה הכתלים על קרקע שניהם וכן מבואר ברמב"ם פ"ג ה"ד). וזה ל"ש בדר בחצר חבירו שלא מדעתו, כמובן. והתוס' דלא ניח"ל בזה לשי' דמפ' דמיירי במחיצות החיצוניות.

אלא דבעצם דברי הקצה"ח קשה לי למה ירצה הפנימי לקנות חלק בכתלים ויתחייב עי"ז לשלם. ולא דמי למש"כ רבינו יונה והנמוק"י לק' (ה). דסמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל אף שלא נהנה עדיין וביארו משום שקוצה חצי הכותל בקנין חצר, דהתם ודאי רוצה לקנות חלק בכותל כדי שיוכל לסמוך תקרתו עליו ואם אין הכותל שלו לא יהיה לו רשות לעשות כן, וכן מבואר בדברי רבינו יונה, ומה זה ענין לכאן. אכן ברמב"ם (שם) מבואר דגם במתני' אי"ח ליתן חצי ההוצאה אא"כ הכותל בנוי חציו על חלקו והמ"מ כתב דטעמא דאי"ח בחצי ההוצאה אלא משום שזוכה בחצי הכותל. אלא דהרי הרמב"ם מפרש מתני' בחורבה כמבואר בדבריו ואפשר שההנאה שיוכל לעשות שם תשישין וניח"ל השתמשות הכותל אבל לשא"ר דמפרשי לה בבקעה והכותל למנוע היז"ר או דריסת בהמות מהיכ"ת שירצה לקנות חצי הכותל.¹²

תוס' להך צד דטעמא דעמד מקיף פטור משום דזה נהנה וזה לא חסר פטור א"כ מאי שנא עמד ניקף, ותיירצו דגלי דעתי' דניח"ל בהוצאות. וקשה מה בכך סוכ"ס הרי זה נהנה וזה לא חסר. וע"כ דבמה שגילה דעתו דניח"ל הוי מחייב חדש שיכול המקיף לתבוע אפילו אם אינו חסר. אלא דהא גופא צריך ביאור.

ו. וכבר הבאנו לעיל (בגדר חיובי נהנה ומשביח) את דברי הגרש"ש (שערי ישר ש"ג פכ"ו) שביאר דכיון דגל"ד דניח"ל בהוצאות א"כ נמצא דהפנימי בלא"ה היה גודר, והחיצון חסכו הוצאות של ג' כתלים, וחייב משום דמשתרשי לי', ובחיוב משתרשי לי' לא בעינן שיהיה חסר. אכן ביאור זה תלוי בהרבה ענינים וספיקות כמו שהארכנו לעיל.

עוד נראה לפרש סברת התוס' באופן אחר, ונתעוררתי לזה ע"י הב' דרור ברין נ"י, דכיון שהניקף גילה דעתו דניח"ל בהוצאות נמצא דגם המקיף וגם הניקף רוצים כותל ומוכנים להוציא על זה הוצאות, ונדעשה הכותל כצורך משותף דיכולים לכוף זא"ז להשתתף, וכעין דין בית שער. ועי' נתה"מ (קע"ח ג') שביאר בדין בית שער דיכול לומר לו כיון ששנינו צריכין לבנין זה נוציא ביחד ההוצאות ואיני רוצה להוציא הוצאות לבד. ואפילו בשנים שאינן שותפין, כל שיש דבר שהוא מוכרח לשניהן ואין האחד רוצה לעשותו יכול השני לכפותו, עיי"ש שהביא הרבה ראיות ליסוד זה.¹³

ולעי' (ב: בגדר ההתחייבות דרצו לעשות גודא) ביארנו עד"ז את דברי הרמב"ן (יז). שבתוך דבריו ביאר את דברי הגמ' (ב:): דאפילו למ"ד היז"ר לאו שמיה היזק אבל אם נפל הכותל כופין זא"ז לבנותו עד ד' אמות ד"נפל שאני", וז"ל דכיון דגלו אדעתיהו דקפדי בהיזק ראייה קפדי ואם נפל מחייבין אותן לחזור ולסלק היזיקם עכ"ל, ודבריו צ"ב מה לי שגילו דעתם דקפדי למה לא יוכלו עכשיו לחזור ולהיות לא קפדי, כיון דבעצם היז"ר לאו שמיה היזק. וביארנו דכיון שבנו את הכותל הראשון וגילו דעתם בפועל דקפדי אהיזק ראייה ומוכנים להוציא ע"ז הוצאות, א"כ כשנפל ובא ראובן לבנותו מחדש ושמעון אינו רוצה להשתתף, אנו מפרשים את סירובו של

¹² אלא דלפי ביאור זה בדברי התוס' ק"ק – ונתעוררתי לזה ע"י הב' יונתן הוברמן נ"י – א"כ מאי מקשי התוס' על פרש"י שפי' דניח"ל בהקיפא מדר בחצר חבירו שלא מדעתו, הרי התם ליכא צורך משותף. וצ"ל דפשיטא להו להתוס' דבמה דניח"ל בהקיפא לא נעשה צורך משותף דשמה לא היה מוציא ע"ז הוצאות, ולכל היותר אין כאן אלא גילוי"ד דנהנה, ועל זה הקשו שפיר דגם דר בחצר חבירו ודאי גיל"ד שנהנה.

¹³ שי"ל בדעת רש"י דהנה תוס' בב"ק וכן הרמב"ן בסוגיין הקשו על פרש"י דמתני' מיירי במחיצות הפנימיות א"כ איך קרי לי' הגמ' בב"ק ז"נ וזל"ח, והרי כל מה שגדר המקיף אינו אלא משום הניקף שמזיקו ומחסרו. ולדעת רש"י צ"ל דמ"מ אינו חסר מחמת ההנאה, ואין קשר בין החסרון לבין ההנאה. (והגמ' שם דחי דמצי א"ל את גרמת לי הקיפא יתירא, פי' דאי"צ שההנאה תגרום החסרון אלא סגי במה שההנאה ("את") גרם את החסרון ועי"ז יש קשר בין ההנאה לבין החסרון.)

ומעתה נוכל לומר דזהו ענין גל"ד דניח"ל בהקיפא, דאף שההנאה לא גרמה את החסרון, אבל הניקף גל"ד דניח"ל בחסרון המקיף. ועי"ז ההנאה קשורה לחסרון ונעשה כז"נ וז"ח.

(וממוצא הדברים דבעמד מקיף פטור דהוי ז"נ וזל"ח, והיינו ע"כ פטור לגמרי ואפילו מרוח ד', ורש"י לשי' דסתימת לשונו משמע דלר' יוסי עמד מקיף אי"ח כלל וכגו' ס"ש דבעמד מקיף לא יהיב לי' ולא מידי, ודלא כתוס' דגרס דבעמד מקיף חייב על רוח ד' עכ"פ, ולתוס' צ"ל דהגמ' כאן נקט דאי"ז

ח. עכ"פ לכל אלה הדרכים ניחא איך עמד ניקף מוציא מדי הסברא דכבר יצא מבי"ד זכאי, דגלי דעתו דניח"ל הוא מחייב חדש, או משום משתרשי לי' כדברי הגרשש"ק או משום שנעשה צורך משותף או משום דקנה חלק בכתלים, ומזה לא יצא זכאי מבי"ד.

ע"י בב"י (סי' קנ"ח) שכתב דאם גדר החיצון ראשונה ושניה ועמד ניקף וגדר השלישית (ומיירי במחיצות הפנימיות, דבחיצוניות ל"ש זה), מחייבין אותו לגדור הרביעית.

ט. והנה כבר הבאנו משה"ק רבינו יונה והנמוק"י על המשנה (ה). דסמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל, והרי לא נהנה עדיין, ותירצו שקונה חצי הכותל בקנין חצר.

וקשה מסברא כיון שכל החיוב הוא מדין נהנה או משביח א"כ כיון שעדיין לא הקיפו מרוח ד' אין כאן הנאה או שבח לפנימי ואין שם סיבה המחייבת, ומה לי דגל"ד דניח"ל.

ומבואר מדבריהם דפשיטא להו דגם כשגילה דעתו דניח"ל אי"ח אא"כ נהנה. וזה דלא כמש"נ בדברי התוס' בב"ק דגילוי דעת דניח"ל בהוצאות הוי מחייב חדש (משום דמשתרשי לי' או משום שנעשה צורך משותף). ובאמת התוס' לק' (שם) כתבו בפשיטות דכיון שסמך לו כותל אחר גל"ד דניח"ל ותול"מ.

והדרכי משה הקשה על הב"י מדברי הטור שכתב דלהתוס' שפי' דמיירי במחיצות החיצוניות א"כ אפילו אם עמד ניקף וגדר את הרביעית עדיין אינו חייב עד שהחיצון יגדור את מה שנשאר עדיין פתוח מצד הרביעי עיי"ש, הרי דאף שהניקף גילה דעתו דניח"ל מ"מ אי"ח עד שיהיה גדר לגמרי, וכנ"ל דכל זמן שאינו גדר לגמרי אין שם סיבה המחייבת.^{כט}

וקשה איך יפרנסו רבינו יונה והנמוק"י את הסוגיא בב"ק דמפרש טעמא דר' יוסי דעמד מקיף פטור משום דז"נ וזל"ח פטור, וא"כ למה בעמד ניקף חייב, ומה לי דגל"ד דניח"ל סוכ"ס חיובו מדין נהנה, וז"נ וזל"ח פטור.

ולפי"ד השע"י יש לבאר סברת הב"י דכיון שגילה דעתו דניח"ל בהוצאות נמצא דהניקף היה גודר מעצמו גם אלמלא המקיף, וא"כ הוא חייב לשלם על מה שהמקיף חסכו דמי ב' הכתלים הראשונים, ומדין משתרשי לי', ולזה אי"צ שיהיה נהנה בגידור, דסוכ"ס משתרשי לי' הדמים שהיה מוציא, וחל החיוב עליו מיד.

תינח לרבינו יונה לא קשה כ"כ דהרי הוא מפרש מתני' במחיצות הפנימיות וא"כ י"ל דגם את הגמ' בב"ק יתרץ כמו שתירץ להא דסמך לו כותל אחר, דע"י שגילה דעתו דניח"ל קנה חצי הכותל, וכדברי הקצה"ח. (אלא דכבר הזכרנו מה שלכאורה אין הדמיון עולה יפה, דבסמך לו כותל אחר ביאר רבינו יונה דרוצה לקנות חצי הכותל כדי שיוכל לסמוך עליו תקרה.) אבל על הנמוק"י עדיין קשה שהרי הנמוק"י (בהגהות המחבר עיי"ש) הוכיח ממה דהגמ' שם קרי לי' הקיפא יתירא דע"כ מתני' מיירי גם במחיצות חיצוניות והגמ' שם מיירי במחיצות החיצוניות, וא"כ הדרא קושיין לדוכתה כיון דעמד מקיף פטור משום דז"נ וזל"ח פטור א"כ מה לי עמד ניקף,

בכלל ז"נ וזל"ח דמצי א"ל את גרמת לי הקיפא יתירא.)

^{כט} והקצה"ח תירץ על פי דרכו דבעמד ניקף וגדר את הרוח השלישית כיון דגל"ד דניח"ל א"כ קנה חלק בכל הכתלים, ולכן חייב, ולא משום נהנה או משביח כלל, ולא קשה מדברי הטור דהתם מיירי במחיצות החיצוניות שאינן עומדות על קרקע הפנימי ובהם לא שייך סברא זו וא"א לחייבו עד שיהיה מוקף לגמרי את"ד. (ועי' מש"נ בזה לעיל.)

ובחי' ר' נחום הק' דמ"מ משמע מדברי הב"י דמחייבים את הניקף לגדור את הרוח הרביעית, ותמוה דנהי דקנה חלק בכתלים שנבנו כבר אבל מאיזה כח מחייבים את הניקף לגדור הרוח הרביעית. והיה אפשר ל דגם הב"י לא נתכוון אלא לומר דהניקף גיל"ד ע"י שבנה ברוח ג' דניח"ל בכל ההיקף, וממילא דאם המקיף גמר לגדור דיכול לתבוע מהניקף דמי ב' כתלים, דהיינו מחצית הגידור, וכיון שהניקף כבר בנה המחיצה השלישית, נמצא שהמקיף תובעו דמי רוח א', והיינו דקאמר הב"י שכופה אותו לבנות רוח ד', דהוא בגדר אפוכי מטרתא למה לי, במקום שהמקיף יגמור את כל הגידור ויתבענו דמי כותל ד', יכול לומר לניקף לבנות רוח ד' מעצמו. אבל איה"נ אם הניקף מסרב לבנות אין לו למקיף תביעה עליו עד שיגמור לגדור, ואז יכול לכופו לתת דמי הכותל הד', דביחוד עם מה שכבר בנה הכותל הג' הוי חצי הכתלים. ולפי"ז אין דברי הב"י סותרים לדברי הטור כלל.

אבל הקצה"ח עכ"פ הבין בדברי הב"י דתיכף כשגדר הניקף את הרוח השלישית נתחייב.

לצד רה"ר דאין שם עין הרע כ"כ ורוב בנ"א לא איכפת להו מעיה"ר לצד רה"ר א"כ סוכ"ס הניקף נהנה ממה שהמקיף גדרו מג' רוחות דשם המנהג להקפיד. ואם הניקף כן מקפיד לצד רה"ר א"כ הניקף יגדור שם וממילא נהנה ממה שהמקיף גדר ג' רוחות, וכמש"כ בעה"מ עצמו לענין חצר.

ולכאורה צ"ל דבאמת על ההנאה של שמירה מעיה"ר אין המקיף יכול לתבוע כלל דאדרבא על המזיק להרחיק את עצמו. אלא דמקיף תובעו על מה שנהנה שנשמר משן ורגל, ולזה באמת צ"ל גדרו מד' רוחות.

(וצ"ל דבין המקיף ורה"ר ליכא גדרים ולכן אלמלא המחיצות הפנימיות היו בהמות נכנסות לחצר הניקף.)

וזהו ביאור הגמ' בב"ק דחשיב ל' ז"נ וזל"ח, דהמקיף צריך לגדור מצד חיוב הרח"נ שלו, וזה נקרא לא חסר שאינו עושה להנאת הניקף אלא מחמת חיוב הרח"נ שלו, ומ"מ הניקף נהנה במה ששמור מבהמות.

וכ"כ הרמב"ן במלחמות לדעת בעה"מ עיי"ש. אלא שהקשה מדברי הגמ' בב"ק דאפי"ת דת"ק ס"ל ז"נ וזל"ח פטור אבל הכא חייב דא"ל את גרמת ל' הקיפא יתירא, ומהו לשון "יתירא" דקאמר. וצריך להבין בקושייתו אמאי לא נימא דההקיפא יתירא היינו צד רה"ר דשם לא היה המקיף צריך לגדור משום הרח"נ.

(אלא דהרי בעה"מ כתב ב' אופנים של עמד וגדר רוח רביעית, או שגדר המקיף לצד רה"ר, או שהיה לו שדה לרוח רביעית. ויהיה צ"ל דהאופן הב' הוא רק להך צד דזה נהנה וזה לא חסר חייב, אבל אם ז"נ וזל"ח פטור, וכל חיובו משום שגם לו הקיפא יתירא, ע"כ שהרוח הרביעית היה לצד רה"ר, וזהו ההקיפא יתירא וכנ"ל.)

עוד יל"ע לפירוש זה א"כ למה הוצרך בעה"מ לאוקמה למתני' במקום שנהגו לגדור. דבפשוטו הוא משום דבמקום שנהגו שלא לגדור אין כאן הנאה. אבל למש"נ תביעת המקיף אינה על מה שמהנה אותו בסילוק היז"ר, כ"א במה שמהנה אותו בסילוק רגלי בהמה.

וי"ל דאם היה מקום שלא נהגו לגדור א"כ לא היה המקיף חייב לגדור משום הרח"נ ואמאי קרי ל' הגמ' בב"ק ז"נ וזל"ח.

ג. אבל שו"ר דאף שהרמב"ן כתב (בדרך "ואם תאמר" דהיינו שמה תאמר עי' בדבריו) דלדרכו של בעה"מ י"ל דתביעת המקיף הוא מצד הרחיקת שן ורגל, אבל קשה לומר דלזה נתכוון בעה"מ עצמו, דא"כ מה זה שכתב בעה"מ דבחצר אפילו אם המקיף גדר רק ג' רוחות יכול לתבוע ההנאה מן הניקף כיון שהניקף ודאי עומד לגדור רוח ד', וקשה איזו הנאה תובע, אי הנאת סילוק היז"ר הרי על המזיק להרחיק את עצמו, אלא ע"כ הנאת סילוק רגלי בהמה, וקשה דבחצר המקיף ודאי גודר את החצרות שלו לצד רה"ר וא"כ איך יכנסו

מועילות לו כלום. ואינו משתכר ע"י המחיצות החיצוניות עד שהמקיף יגמור לגדור לגמרי. והם הם דברי הטור דאין הניקף חייב עד שהמקיף יגדור את מה שנשאר עדיין פתוח מצד הרביעי.

עוד אפשר לבאר את סברת הב"י דכיון שגילה דעתו דניח"ל בהוצאות נעשה כצורך משותף לגמור את ההיקף וכופין זא"ז להיקף הכל, וכסברא שכתבנו לעיל. אבל לפי"ז יקשה עדיין קו' הקצה"ח מדברי הטור. אבל נראה דגם זה ניחא, דכל זמן שהמקיף לא גדר את מה שנשאר לצד ד' א"כ אף ששניהם צריכים לכתלים אבל כותלי המקיף אינו מועילים כלום לניקף ול"ש לומר שהם מצרכיו.

דברי בעל המאור

עי' בעה"מ דאם תבעו המקיף לפני שגדר היה יכול לכופו להשתתף בכל הגדרים, דמיירי במקום שנהגו לגדור, אבל מתני' מיירי כשקדם וגדר, ולכן אינו יכול לתבעו עד שיקפנו מד' רוחות.

ולכאורה הביאור דקודם שגדר יכול המקיף לתבוע את הניקף להשתתף מדין הרחיקת נזקין שהרי הניקף מזיק אותו, ואין כאן ענין לצד רה"ר דמה ל' שהניקף פתוח לרה"ר סוכ"ס הוא מזיק את המקיף בג' רוחות שביניהם. אבל כיון שהמקיף גדר את הכל הפסיד תביעה זו.

והרמב"ן חולק על סברא זו וכתב דכיון שעל שניהם לסלק היז"ר מבינייהו א"כ אם המקיף גדר לבד שליחותא דהניקף קא עביד ויכול לתבעו אח"כ.

ונראה דפלוגתייהו בזה דבעה"מ ס"ל דהמקיף והניקף יש לכל אחד מהם חיוב גמור לגדור מדין הרח"נ, ולכן אמנם קודם שגדר יכול המקיף לתבוע את הניקף שגם הוא יגדור עמו, שהרי גם הניקף יש לו חיוב לגדור, אבל אחר שהמקיף גדר הכל הניקף אומר לו הרי גידור זה היית חייב לעשותו שהרי אתה מזיק ומחוייב בהרחקת נזקין, ומהיכ"ת שעשית בשבילי. ואילו אני כבר איני מזיקך ואין לך תביעה עלי. אבל הרמב"ן ס"ל דאין כאן חיוב נפרד של הרח"נ על כל אחד, שהרי איך אחד יכול לתבוע את חברו על מה שהוא ניזק כיון שהוא עצמו מזיק ואין לו רשות להיות שם בלא כותל. רק מבינייהו יש להם חיוב ביחד לסלק את ההיזק ראייה. והארכנו בסברות אלו לעי' (ב.).

ב. ומ"מ אם המקיף גדר מד' רוחות יכול לתבוע את הניקף, לא מדין הרח"נ, אלא מדין יורד ונהנה, שהרי הניקף עכשו נהנה במה ששמור מעין הרע.

אלא שקשה דא"כ למה צריך להקיפו מד' רוחות, והרי ממנ"פ אם הניקף אינו מקפיד מצד רה"ר, וכמש"כ בעה"מ דאין המנהג לגדור

שיכוף המקיף לניקף להשתתף מדין בית שער.

(משא"כ בבית שער דכולם נשמרים, ואף דלענין חלוקה יש חילוקי דינים דלפעמים אחד נהנה יותר משמירה זו אבל עכ"פ כולם שמורים לגמרי משא"כ כאן דהמחיצות שומרות על המקיף לגמרי ואינן שומרות לגמרי על הניקף.)

שיטת הרמב"ם

ע"י רמב"ם (פ"ג שכנים ה"ג-ד) והרבה יל"ע בדבריו חדא מה שצייר דין המשנה בחורבה, ודלא ככל הראשונים שנקטו דמיירי בבקעה, ואין לומר דמאיזה טעם הדין אינו נוהג אלא בחורבה ולא בבקעה שהרי המעשה דרוניא היה בבקעה ולא בחורבה ואמר רבא לדונו כרב הונא אליבא דר' יוסי.

עוד יל"ע דמבואר בדבריו דההנאה המחייבת את הניקף לשלם דמי אבנים היא מה שיכול להשתמש בכתלים ולכן אינו אלא כשחצי הכותל בנוי על רשותו, וע"י מ"מ דע"ז קונה חצי הכתלים, וק' א"כ איך קרי ל' הגמ' בב"ק ז"נ וזל"ח, והרי כיון שהמקיף בנה והניקף קנה אין לך חסר גדול מזה, ועוד דבכ"ל אינו שייך לדין נהנה דנהנה היינו שההנאה מחייבתו לשלם אבל כאן אדרבא אם לא ישלם לא יקנה את הכתלים ולא יוכל להשתמש בהם ומה שמשלם וקונה את הכתלים גורם ההנאה והוא כמכר בעלמא.

עו"ק כיון שההנאה היא מה שמשמש בכתלים א"כ מ"ט דחב"ר דאינו משלם אלא דמי קנים בזול והרי בודאי יש לו הנאה מתשמיש כותל של אבנים יותר מדמי קנים בזול שיכול לסמוך עליהם קורות וכיו"ב.

ב. וצ"ל דאיה"נ חב"ר ס"ל דמסתמא אינו רוצה לקנות את הכותל וכל הנאתו אינה אלא במה ששומר מעיה"ר או מבהמות ולכן אינו משלם אלא דמי קנים בזול דלדידיה סגי בנטירא כזה, אבל על זה גופא פליג רב הונא וס"ל דמסתמא רוצה להשתמש בכתלים עצמם ולכן משלם דמי אבנים כמה שגדר.^ל

ולחב"ר באמת חייב דמי קנים בזול אפילו אם הכתלים בנויים כולם על רשות המקיף, דלענין הנאת שמירה הכל אחד.

בהמות לחצר הניקף ומה הועילו לו המחיצות הפנימיות. תינח בבקעה כבר כתב בעה"מ דהרבה בנ"א אינם מקפידים לצד רה"ר, וא"כ אפשר שהמקיף ג"כ אינו מקפיד לצד רה"ר ואין לו גדרים שם, ולכן הניקף יש לו הנאה במה שגדור מכניסת בהמות דרך שדה המקיף. אבל בחצר דכו"ע מקפידים משום היז"ר מא"ל.

עוד יש לדקדק בלשון בעה"מ בר"ד מש"כ דאם הקיפו מכל צד יכול המקיף לתבוע את הניקף "לגדור", והרי דעת בעה"מ עצמו דקודם שגדר יכול לתבוע להשתתף בכל גדר וגדר משום הרח"נ, ואי"צ לזה ד' מחיצות, אלא דכיון שעמד המקיף וגדר הפסיד תביעת הרח"נ ושוב אינו יכול לתבוע אלא אם שמור מד' רוחות, והיינו לכ' מדין נהנה, וא"כ מ"ק בעה"מ דאם הקיפו מד' רוחות תובעו "לגדור", ומה שייך לקרות לתביעת נהנה דתובעו "לגדור".

ולכן נראה דלעולם אין התביעה מדין נהנה כלל, דלהנאת שן ורגל אין חוששים כלל דהרי לא נהגו לגדור לצד רה"ר, ואילו על ההנאה ששמור מעין הרע ל"ש לתבוע דהרי אדרבא על המזיק להרחיק את עצמו.

אלא תביעת המקיף היא מדין בית שער דכיון ששניהם ניזוקים בהיז"ר דעין הרע לכן הוי צורך משותף לבנות כותל ויכול לתבוע "לגדור" ולהשתתף. ולכן גם לאחר שגדר המקיף מד' רוחות יכול לתבוע מהניקף לשלם חלקו שהיה חייב לגדור. ואף דלענין חיוב הרח"נ כבר נתבאר בדעת בעה"מ דאינו יכול לתבוע אלא קודם שגדר, אבל אחר שגדר הפסיד תביעה זו, לא דמי, דחיוב הרח"נ הוא חיוב על כל אחד בנפרד כמו שביארנו בר"ד לדעת בעה"מ וכיון שהמקיף יש לו חיוב עצמאי לגדור (אף שגם הניקף יש לו חיוב כזה) אינו יכול לומר שליחותא דידך עבידנא. אבל החיוב לבנות כותל מצד שניהם ניזוקים והוי צורך משותף וכבית שער זהו חיוב שמוטל על שניהם יחד ולכן אם המקיף בנה לבד יכול לתבוע את הניקף שעשה גם בשבילו. (וכמו דס"ל לרמב"ן גם לענין הרח"נ.)

ומה שלתביעה זו צריך ד' מחיצות, אף דעיקר ההיזק ראה שמקפידים עליו הוא בג' רוחות ולא לצד רה"ר, משום שאם לא עשה המקיף אלא ג' מחיצות א"כ אינם שוים בצורך המחיצות, דע"י הג' מחיצות המקיף יהיה גדור לגמרי מעין הרע (וצ"ל דמיירי שהמקיף כבר גדור לצד רה"ר) ואילו הניקף לא יהיה גדור לצד רה"ר, ואף שנוהגים שלא לגדור לצד זה דלא איכפת להו כ"כ אבל סוכ"ס המחיצות יותר מועילות למקיף מאשר לניקף ובהו ל"ש

^ל ומסתבר דהרמב"ם ס"ל כהרא"ה והראב"ד דגם בכותל השותפין מה שכופו לבנות בגויל וגזיל כמנהג המדינה הוא משום סמיכת קורות דאילו לשמירת מהיז"ר היה סגי בהוצא ודפנא. ולכן ס"ל דרב הונא דס"ל דמשלם דמי אבנים ע"כ לאו היינו משום הנאת שמירה אלא משום הנאת תשמיש הכותל.

אלא דיל"ע דשיטת הרמב"ם דבגינה אי"צ אלא כותל י' טפחים ומ"מ צריך גויל וגזית כמנהג המדינה ויהיה צ"ל דגם בכותל י' טפחים שייך הנאת תשמיש הכותל אף דמסתמא אינו ראוי לסמיכת קורות.

וצריך להבין א"כ מה מועיל עמד ניקף. וצ"ל דעמד ניקף הוא מחייב חדש, דמשתרשי ל"י או שנעשה צורך משותף, וכמו שביארנו בדברי התוס' ב"ק (כ:).

אבל למה שנתבאר כאן עדיין קשה דסוכ"ס כשעמד ניקף וגדור מד' רוחות מסתמא רוצה לקנות הכתלים כמו בעמד מקיף וסוכ"ס למ"ל טעם מיוחד דגל"ד דניח"ל, וצ"ת.

ה' ע"א

בחזקת שנתן כו'. מהמשנה והגמרא מבואר שאנו יודעים שראובן בנה הכותל ומ"מ שמעון חייב לשלם לו והוא בחזקת שנתן אחר שהגיע זמן הפרעון וככל לזה שנאמן לומר פרעתי אחר שהגיע זמן הפרעון. ולא נתבאר להדיא במשנה איך ידעין שראובן בנה הכותל, ואי"ל משום ששמעון מודה לו דא"כ היה לשמעון מיגו דבניתי ולמה בסיפא הוא בחזקת שלא נתן וגם ברישא משמע בגמ' דליכא מיגו. ורש"י סתם דראובן בנה הכותל ולכ' כונתו דידעי' כן בעדים, ותוס' פ' דראובן ארצי' לשמעון ושמעון היה מסרהב ולכן מסתמא ראובן בנאו.

וקשה דמה שלזה נאמן לומר פרעתי אינו משום שמאמינים אותו טפי מהמלוה אלא משום שהממע"ה, וא"כ ככה"ג אם נפל הכותל לכאורה האבנים צ"ל של ראובן שבנה הכותל, דהאבנים מתחילה ודאי היו שלו וספק אם קנאם שמעון. ואיך סתמה המשנה לעיל דכיון שכופין זא"ז לבנות לפיכך אם נפל המקום והאבנים של שניהם, וכמו שביארו הראשונים דאי' אנ"ס שבנו יחד. ולרש"י ש"ל דמתני' דלעי' מיירי בדליכא עדים שראובן בנאו. אבל לתוס' דוחק לומר דמתני' דלעי' מיירי כשלא ארצי', והרי לענין חלוקת הקרקע מפורש בגמ' דמיירי דקדים חד וארצי' לחבריה. ואולי מתני' דלעי' אמנם מיירי גם כשראובן ארצי' אבל שמעון לא היה מסרהב.

אבל נראה דקושיא מעיקרא ליתא, דענין האנ"ס הוא דכיון שכופין זא"ז לבנות לכן ראובן ודאי לא היה כונס לתוך שלו ובונה לעצמו, אלא או שהיו בונים ביחד או אפילו אם שמעון היה מסרהב עדיין ראובן היה בונה על קרקע שניהם ועל מנת להשתלם משמעון, ודעתו ששמעון יקנה חלק הכותל שעל קרקעו וישלם לו. וממילא גם שמעון קנה האבנים מיד, ואפילו טרם פרע, דאין טעם ששמעון לא ירצה לקנות האבנים, דהרי גם אם לא יקנה אותם לא ייפטר מלשלם, שהרי החיוב על שניהם. ולכן אם נפל אנ"ס דהאבנים והקרקע של שניהם.^{לא} וע"ע לק' (עמ' ב') מה שיתבאר עוד בזה.

ומ"מ כשראובן בנה הכותל צריכים לדון אם שמעון יכול לטעון

וסוגיא דב"ק אתיא כחב"ר דההנאה היא מה ששמור מעיה"ר או מבהמות ולא מה שמשמש בכתלים. והרי בלא"ה מוכח כן ממש"א הגמ' שם לחד צד דז"נ וזל"ח חייב ומ"מ פוטר ר' יוסי בעמד מקיף משום דא"ל לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא, הרי מפורש דמיירי בהנאת נטירא ולא בהנאת שימוש הכותל.

ולכן שפיר קרי ל"י הגמ' שם ז"נ וזל"ח דאינו קונה הכתלים כלל רק נהנה מהשמירה. אבל הרמב"ם פסק כרב הונא וכמש"א רבא לרוניא, דמשלם דמי אבנים, והנאת אבנים היינו מה שראוי להשתמש בכתלים, ולזה צריך לקנות הכתלים.

ג. ויל"ע לשי' הרמב"ם דההנאה היא מה שקונה ומשתמש בכתלים למה אי"ח אלא כשהקיפו מד' רוחות וכמבואר במשנה, והרי אפילו לא גדרו אלא מרוח א' סוכ"ס באותה רוח יש לו הנאת השתמשות בכותל.

ונראה דמה"ט פ' הרמב"ם דמתני' מיירי בחורבה, דכל זמן שאינו גדרו מד' רוחות אינו ראוי לשום תשמיש ואינו נכנס לשם וממילא דגם הנאת תשמיש הכתלים אין לו.

אבל בשדה איה"נ לרב הונא חייב לשלם דמי אבנים אפילו אם גדרו מרוח אחת לבד.

ושפיר מייתי הגמ' דין מתני' אמצעה דרוניא, דעצם הדין דחייב לשלם דמי אבנים לרב הונא מחמת השתמשות הכתלים שייך גם בשדה, אלא דבשדה אי"צ שיקיפו מד' רוחות אלא חייב אפילו על רוח א', ומתני' שהצריכה ד' רוחות הוא בחורבה.

ומש"א הגמ' דרבינא אקפיה לרוניא מד' רוחות מעשה שהיה כך היה, ועוד דרבינא טענו שישלם עכ"פ דמי קנים בזול או אגר נטירא וזה ודאי ל"ש אלא כשגדרו מד' רוחות.

(אכן הטור הביא חילוקו של הרמב"ם לענין שדה, וביותר קשה דהטור עצמו כתב לפנ"ד דההנאה כשהקיפו מד' רוחות הוא שמנע ממנו רגל אדם ובהמה, ואיך הביא חילוקו של הרמב"ם דאי"ח אלא כשגדר על קרקע הניקף דיכול להשתמש בכתלים, ועי' בב"ח ובב"י שם.)

ד. עוד יל"ע במש"כ הרמב"ם דאם עמד ניקף חייב דגל"ד דניח"ל, ולמ"ל טעם זה כיון דס"ל דאפילו עמד מקיף חייב. וכן הק' הסמ"ע ותי' דכיון שהמקיף לא אהני מעשיו וההנאה באה רק ע"י שעמד ניקף לכן אלמלא דגל"ד דניח"ל לא היה חייב. אי"נ כיון שהמקיף לא גדר אלא ג' רוחות נתייאש מהדמים.

^{לא} וגם לבעה"מ דס"ל דאם המקיף קדם ובנה כבר אינו יכול לתבוע את הניקף מדין הרח"נ, אבל עדיין יכול לתבעו מדין נהנה, או מדין צורך משותף, וכמש"נ לעיל, וא"כ הכא אנ"ס דראובן בנה הכותל על קרקע שניהם על מנת להשתלם מדין נהנה או מדין צורך משותף, והוא כיווד לשדה העשויה ליטע, ומסתמא שמעון קונה

טוען ששילם בסוף כל שפא ושפא אי"ז סותר לחזית, דכיון ששמעון לא היה בונה רק היה משלם בסוף כל שפא לכן ראובן בנה חזית להראות שהוא הבונה כנ"ל כדי שיוכל לתבעו בסוף כל שפא.

ג. ועדיין קשה לי בדברי הגמ' (ד.) דפריך פשיטא ופרש"י ותוס' דכונת הקושיא דגם אלמלא האנ"ס היו חולקים מספק. ומאי קושיא, הרי נפק"מ בכי האי גונא דמשנתנו שיודעים שראובן בנה הכותל (ע"י עדים או חזית או דארצי' והיה מסרהב) ולכן אלמלא האנ"ס הייתי אומר דראובן כנס לתוך שלו ובנה לעצמו, ולזה קמ"ל האנ"ס דגם אם ראובן בנאו אבל בודאי בנאו על קרקע שניהם ועל מנת להשתלם ושמעון קנה חלקו באבנים ולכן המקום והאבנים של שניהם.

אכן לר"ת דהראיה דראובן בנאו הוא ממה שעשה חזית י"ל דלשון המשנה לעי' משמע דלא מיירי כשעשה חזית, דהמשנה לא הזכירה חזית אלא גבי בקעה. אבל לתוס' דמשנתנו ידעינן שראובן בנה משום דארצי' ושמעון היה מסרהב א"כ כמו שהמשנה שלנו מיירי בכה"ג למה לא נאמר דגם מתני' קמייתא בכה"ג מיירי ומאי קשיא לגמ' (ד.) דלמ"ל אנ"ס, וצ"ע.

תוס' ד"ה מארבע אמות. מש"כ דמתני' מיירי כגון ידיעין דקדם חד וארציה לחבריה והשני היה מסרהב, ולא פי' בפשיטות דמיירי שיש עדים שהאחד בנה את הכותל, נראה משום דא"כ הוי מלוה את חבירו בעדים ובאנו לשאלה אם צריך לפרעו בעדים, כמבואר בתוס' לק' (עמ' ב' ד"ה אילימא).

אבל לדינא קיי"ל (תו"מ סי' ע') דהמלוה את חבירו בעדים אי"צ לפרעו בעדים, ולכן הטור כשהעתיק דין המשנה כתב בפשיטות דיודעים שראובן בנאו, ומסתמא יודעים היינו שיודעים בעדים.

תוס' ד"ה אע"פ, בסו"ד מש"כ דהוי חסר שגורם לו להגביה הכותל למעלה מד' אמות, יל"ע למ"ל זה תפ"ל שהיה חסר עד ד' אמות, דלדעת רו"ר אי"צ שהחסרון יגיע כנגד כל ההנאה, כמו בשחרוריתא דאשייתא (ב"ק כ:). ונראה דמה שבנה למטה מד' לא חשיב חסר דיש לו חיוב הרח"נ. ותוס' בב"ק דס"ל דמחיצות פנימיות הוי חסר היינו בבקעה דלא נהגו לגדור.

הריטב"א הקשה הרי לא נהנה עדיין שהרי עדיין לא נתן עליו את

פרעתי, וזהו נידון אחר ול"ש לבעלות המקום והאבנים, וכזה מיירי משנתנו עם סוגיית הגמרא.

ב. והנה שי' ר"ת (מובא בשטמ"ק מתוס' הרא"ש) דהסיפא מיירי כשעשה חזית. וגם התוס' שלנו רמזו לפירוש זה. ולר"ת לכ' ה"ה רישא, דהרי גם ברישא ע"כ ידעינן דראובן בנה הכותל דאל"כ יש לו לשמעון מיגו דבניתי וכמש"נ.

ומה שהתוס' ותוס' הרא"ש קבעו דבריהם בסיפא משום דבמשנה עצמה היה אפשר לפ' דברישא באמת אין לנו ראייה שראובן בנה הכותל רק שמעון מודה לו, וטוען פרעתי, ומשו"כ באמת הוא בחזקת שנתן דיש לו מיגו. אבל מ"מ בגמ' מוכח דאי"ז פירוש הרישא, וכמו שבסיפא אנו יודעים שראובן בנה הכותל ה"ה ברישא. ואפשר דהגמ' גופא ידע כן מהסיפא, דע"כ אנו יודעים שראובן בנאו דאל"כ למה הוא בחזקת שלא נתן הרי יש לו מיגו.

ותוס' הרא"ש הקשו על ר"ת דברישא לא יתכן לפרש שעשה חזית דהרי הוא בחזקת שנתן. ויש לפרש קושייתם בשני אופנים: א' דאם יש שם חזית הר"ז ראייה דראובן כנס לתוך שלו ובנה לעצמו ואיך תובע משמעון כלל. (ובפרט לשי' הרא"ש דהכונס לתוך שלו יכול לבנות בהוצא ודפנא, וא"כ למה ישלם לו שמעון על מה שבנה יותר ממה שהיה צריך.) ב' דבגמ' מבואר דשמעון טוען שפרע בסוף כל שפא ושפא, ואיך א"כ עשה ראובן חזית שמורה שהכותל כולו שלו. ואפשר שכונתם לשתי הקושיות.

והנה דעת הרמב"ן והר"ן ריש פירקין דבחצר כיון דאיכא אנ"ס אין חזית מועיל כלל. אבל ממש"כ התוס' (ב. ד"ה לפיכך) דמתני' כשלא עשו חזית לכ' משמע דאם היה שם חזית היה מועיל. (אבל שמא התוס' לא כתבו כן אלא למ"ד היוז"ר לאו שמ"י היוזק דליכא אנ"ס עיי"ש.)

ונראה דר"ת ס"ל דאמנם חזית בחצר למטה מד' אמות אינו מועיל נגד אנ"ס, אבל כבר נתבאר דהאנ"ס אינו אומר ששניהם בנו הכותל, דאפשר דשמעון היה מסרהב וראובן בנה לבדו, רק האנ"ס הוא דלא כנס ראובן לתוך שלו וגם אם ראובן בנה עם אבנים שלו אבל עשה כן בשביל שניהם ועל מנת להשתלם ולכן המקום והאבנים של שניהם. ולכן גם בכותל חצר למטה מד' אמות אמנם אין חזית מועיל להוכיח שראובן כנס לתוך שלו ובנה לעצמו, אבל הוא יכול להוכיח דראובן בנה הכותל על מנת להשתלם משמעון.

ולכן מתני' כולה כשעשה חזית, וענין החזית להוכיח שראובן בנה הכותל על קרקע שניהם, ועל שמעון לשלם לו.

וקאמרה מתני' דמ"מ שמעון הוא בחזקת שנתן, ולהך צד ששמעון

להוציא. ועי' קצה"ח סי' ע"ח, וקובץ שיעורים כאן.

והרמב"ן הביא מהראב"ד דס"ל כתוס' דמיירי ביומא דמשלם זימנא ומ"מ אינו נאמן במיגו, אבל לא מטעמייהו דהתוס' אלא מטעם אחר, דכיון דרובא דאינשי אינם פורעים ביומא דמשלם זימנא לכן אינו מועיל המיגו במקום חזקה, ובמאירי ביאר דדיו לטענת פרעתיך ביומא דמשלם זימנא שתועיל לעצמה ולא שתועיל לטענה אחרת לעקור החזקה.

ומשמע מלשונם דאלמלא שהוא נגד החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו היה מועיל מיגו כזה, רק נגד חזקה אינו מועיל. וצ"ב בטעם החילוק, וגם עצם סברת הראב"ד צ"ב מה לי דטענת פרעתיך היום היא טענה רחוקה קצת סוכ"ס מה שטוען שפרעו תוך זמנו רחוקה עוד יותר וסוכ"ס מה לו לשקר.

ולכאורה נראה דסברת הראב"ד דאמנם הראיה דמה לו לשקר יש כאן, אלא דבמיגו דעלמא ע"י ה"מה לו לשקר" הנאמנות שהיתה לו בטענה האחרת שהיה יכול לטעון עוברת לטענה זו שטוען. וכמבואר בכ"מ.^ל וזה ל"ש כאן דהטענה שהיה יכול לטעון היא קלושה ודיה שתועיל לעצמה כמש"כ המאירי. אבל מ"מ נשאר עצם ההוכחה דמה לו לשקר, דסוכ"ס אם היה רוצה לשקר היה יכול לטעון שפרעו ביומא דמשלם זימנא דשכיח יותר מפרעון תוך זמנו.

אלא דהוכחה בעלמא אינה יכולה לעקור החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, שהיא הוכחה יותר גדולה וקרובה לאנ"ס. ולא מבע"ל לגמ' אלא כשיש לו מיגו גמור, כגון היכא שהיה יכול לטעון שפרעו לאחר זמנו ממש, שהיא טענה מעלייתא, ואז ע"י המיגו הכח שיש לו להיות נאמן באותה טענה מעלייתא עוברת לטענה שטוען שפרעו תוך זמנו, וזה אפשר דעדיף מהחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו.

ה' ע"ב

כל שפא ושפא זמניה הוא

מבואר בגמ' דאם ראובן בנה הכותל אין שמעון חייב לפרוע לו עד גמר הבנין, ולס"ד היינו גמר כל הכותל ולמסקנא היינו גמר כל שפא ושפא. והקשה רבינו יונה הרי בטרם שום אבן על אבן כבר נתחייב שמעון, ותי' דכשראובן התחיל לבנות כאילו האריך לו הזמן עד גמר הבנין.

אבל עי' בשטמ"ק שהביא מהרא"ש (לתרץ משה"ק הרשב"א

התקרה. ותי' שקונה הכותל בקנין חצר. (וצ"ל שרוצה לקנותו כדי שיוכל לסמוך עליו תקרה.) ועד"ז ברבינו יונה ונמוק"י (אלא שהם לא פירשו בפירוש שבאו לתרץ הקושיא דהרי עדיין לא נהנה).

ומבואר דס"ל דגם כשגילה דעתי' דניח"ל אין חיובו אלא משום נהנה, ולכן אי"ח עד שיהנה, זולת בכה"ג דמתני' דהכותל על קרקעו ורוצה לקנותו כדי לסמוך עליו כותל. אבל גבי מקיף וניקף דלכאורה אין לו טעם לרצות לקנות הכותל אי"ח גם כשעמד ניקף אלא משום שנהנה. (אבל הקצה"ח כתב דגם במקיף וניקף שייך הך סברא שקונה הכותל, וצ"ע.)

וקשה מהגמ' בב"ק (כ:) דלצד אחד בגמ' ר' יוסי פוטר בעמד מקיף משום דז"נ וזל"ח פטור, ומ"מ עמד ניקף חייב. והתוס' ביארו משום דגלי דעתי' דניח"ל בהוצאות. ואם איתא דגם כשגילה דעתו אין חיובו אלא משום נהנה א"כ סוכ"ס הר"ז ז"נ וזל"ח. ולעיל ביארנו בדברי התוס' דעמד ניקף הוא מחייב חדש (לדעת הגרשש"ק משום דמשתרשי ל', ועוד ביארנו משום שנעשה צורך משותף) ולא משום נהנה. אבל מדברי הריטב"א ורבינו יונה והנמוק"י מבואר דלא סבירא להו כן.

וצ"ל בדעתם דפטור ז"נ וזל"ח אינו אלא משום שכופין על מידת סדום, וכדסבירא להו לריצב"א והרא"ש וכמש"נ לעיל, וכשגילה דעתו דניח"ל בהוצאות ליכא מידת סדום (דהמקיף יכול לומר אילו ידעתי מתחילה דניח"ל לניקף בהוצאות הייתי בונה יחד עמו ולכן אי"ז מידת סדום לתבעו על ההנאה עכשיו).

אבל תוס' משמע דס"ל דגם טרם שעשה התקרה חשיב נהנה, ודלא כהנך ראשונים דנקטו דעדיין לא נהנה. ולכאורה היינו משום שסופו לעשות תקרה. והק' רעק"א הרי כשיעשה תקרה יהיה חסר שמחליש אשיות הכותל כמבואר בגמ' (ז), עי' בדבריו מה שתירץ.

אבל שמא דעת התוס' דאף שאח"כ יהיה חסר אבל ההנאה היא עכשיו במה שיוכל לעשות תקרה, ובשעת ההנאה עדיין לא חסר. ונראה דמוכח מזה דדעת התוס' דפטור ז"נ וזל"ח אינו משום מידת סדום, דכודאי אם ההנאה יחסרו בסוף אי"ז מידת סדום. וכבר כתבנו לעי' דלדעת ר"ת דכל שיש לו ריוח אי"ז מידת סדום בלא"ה מוכח דהפטור דז"נ וזל"ח אינו משום מידת סדום.

תוד"ה וכו' בזמנו, בסו"ד מש"כ דמיירי ביומא דמשלם זימנא ומ"מ אין לו מיגו שהיה יכול לטעון פרעתיך היום דהוי מיגו דהעזה. ויל"ע דתוס' לק' (נב:) ס"ל דבממון אמרי' מיגו דהעזה, ואפילו

^ל וזהו ענין מה דס"ל לכמה ראשונים דלא אמרינן מיגו מממון לממון, דהנאמנות של הטענה שהיה יכול לטעון חלה בממון זה שהיה זוכה בו בטענתו ולא בממון אחר.

והרמב"ן שכתב דשליחותי' קא עביד הוא כהרא"ש.

ועי' במרדכי במשכיר סופר לכתוב ספרים וטוען שפרעו קודם שגמר לכתוב את כולן דכל קונטרס וקונטרס זמניה הוא ומדמה ל' להא דכל שפא ושפא, ולשיטת הרמב"ן – ולמש"נ היא גם שיטת הרא"ש – הדמיון עולה יפה דגם כאן מה שאי"ח עד סוף הבנין הוא מה"ט דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף.

ב. אבל עי' בטור (קנ"ז) שכתב דכל שפא ושפא לאו דוקא, והב"ח הביין דכונתו דגם אם טען שמעון שפרע דמי השפא בתחילת השפא נאמן ואי"צ גמר השפא, וזה צ"ב חדא מסברא ועוד דהטור לא הזכיר כלל שיהיה צריך גמר השפא כדי שיצטרך לומר דלאו דוקא גמר השפא, ואדרבא סתימת לשון הטור משמע דנאמן לומר שפרע כל הכותל קודם שגמר כל השפות.

ולכאורה משמע דכונתו דלאו דוקא כל שפא ושפא, אלא גם אם טען שפרע כל הכותל באמצע הבנין נאמן, אלא דזה צ"ב דהרי הוא קודם זמן החיוב של השפות האחרונות.

ואפש"ל עפמש"כ הש"ך (ע"ח י"ב) דכיון דכל שפא ושפא זמניה ואיכא זמנים טובא עביד דפורע בתוך הזמן כי היכי דלא לטרדיה בכל זמן וזמן.

אבל באמת יש לדקדק גם בלשון הרא"ש שהביא השטמ"ק שכתב ד"ס"ד דלא נתחייב כלל, ומאי לשון ס"ד דנקט, והרי גם למסקנא לא נתחייב כלל עד גמר הבנין, רק דכל שפא נחשב בנין בפנ"ע.

וקרוב לומר דהרא"ש והטור סבירא להו דמה שתי' הגמ' כל שפא ושפא זמניה הוא אין הכונה דכל שפא הוי בנין בפנ"ע והחיוב של אותה שפא חל בסוף השפא, דא"כ ממנ"פ אם טוען שפרע בגמר השפא פשיטא ואם טוען שפרע קודם גמר השפא הרי אין אדם פורע תוך זמנו. (ורבינו יונה הקשה כן ותירץ דהחידוש דמתני' הוא הא

לפמש"כ ר"י דהחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לא נאמרה אלא כשקבע לו זמן, דא"כ מאי פריך ממתני' דהרי הכא לא קבע לו זמן) וז"ל דכיון דס"ד דלא נתחייב כלל עדיף טפי מקביעות זמן עכ"ל. ומבואר דס"ל דאי"ח כלל עד גמר הבנין, ודלא כרבינו יונה, וצ"ב ביסוד פלוגתייהו, וגם מסברא דברי הרא"ש קשים דבודאי שמעון חייב לסייע בבנין מעיקרא דלא גרע מראובן.

ועוד דהשטמ"ק (ה: ד"ה כי היכי) כתב בשם הרא"ש עצמו (ליישבת קו' התוס' שייסדו דאביי ורבא מודי היכי דאינו ברור שיתחייב בסוף דאינו פורע תוך זמנו והקשו א"כ הכא גבי כותל שמא לא יגמור הכותל ולמה לא פריך הגמ' גם לדידהו) וז"ל די"ל דכיון דיכול לדחוק ולבנות (נראה דצ"ל לבנות) אין נמנע מליתן עכ"ל, הרי להדיא דראובן יכול לדחוק את שמעון לבנות.

וצ"ל בדעת הרא"ש דנהי דשמעון חייב לבנות עם ראובן אבל השתא שראובן בנה הכותל אמרי' דשליחותי' דשמעון עבד וכמש"כ הרמב"ן במלחמות בסוגיא דמקיף וניקף, ונמצא א"כ ששמעון קיים שפיר חיובו לבנות שהרי ראובן בנה בשליחותו, אלא דראובן תובע את שמעון לשלם את הוצאותיו בשליחות זו, וזה חיוב חדש ואי"ח אלא בגמר הבנין דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף.²⁷

(ועי' לעי' ב. בגדר הצורך בכותל של בנין) מהלך אחר בדעת הרא"ש דליכא חיוב הרח"נ כלל כיון שאין לאחד מהם רשות להיות שם בלי כותל, וכיון שאין לו רשות להיות שם לא חשיב ניזק ואינו יכול לתבוע הרח"נ. רק יש להם חובת סיוע דאם אחד יבנה הכותל יוכל לתבוע שהשני ישתתף בהוצאות כיון שגם הוא מזיק כמוהו, וחיוב זה חל עם גמר הכותל (או השפא) עיי"ש.)

אבל רבינו יונה ס"ל דלעולם אין ראובן בונה בשליחות שמעון, רק תובע משמעון לשלם מה שהיה חייב מתחילה.

²⁷ אלא דעדיין יל"ע בדברי הרא"ש מש"כ דכיון דיכול לדחוק לבנות אין נמנע מליתן, והרי אם ראובן לא יגמור הכותל איך יוכל לדחוק את שמעון לבנות, דבודאי אין לאחד כח לכופף את חברו לבנות לבדו. ונראה דכונת הרא"ש בגונא שראובן בנה חצי הכותל, דאזי אף אם ראובן לא יבנה יותר יוכל לתבוע את שמעון לגמור, כי יאמר ראובן שהחצי שבנה לא היה בשליחותא דשמעון אלא בשביל חלק עצמו לבד, ונשאר לשמעון לבנות אידך חצי. נמצא דממנ"פ כל שנבנה חצי הכותל שמעון ע"כ יתחייב, דאם ראובן יגמור הכותל יתבע את שמעון על מה שבנה בשבילו ושליחותי' עבד, ואם ראובן לא יגמור הכותל יאמר ראובן שבנה חלקו ויכופף את שמעון לבנות את חלקו.

ולפי"ז מה דמבואר בגמ' דלאביי ורבא ניחא המשנה דבחזקת שנתן היינו כשטען שפרעו אחר שנבנה חצי הכותל, אבל אם טען שפרעו קודם שנבנה חצי הכותל גם אביי ורבא סבירא להו דאינו נאמן דבכה"ג אינו פורע תוך זמנו כי היכי דלא לטרדן דשמא לעולם לא יתחייב, דומיא דבכור תוך ל'. ואי"ז דוחק, דהרי מעיקרא רצה הגמ' לומר דמתני' מיירי כשטוען שפרעו בזמנו, רק דפריך פשיטא, וע"כ שטוען שפרעו תוך זמנו, אבל אפשר דמ"מ היינו דוקא אחר שנבנה חצי הכותל.

(ושמא גם אם טוען שפרע קודם שנבנה חצי הכותל נאמן לאביי ורבא במיגו שהיה יכול לומר שפרעו אחר שנבנה חצי, לא מבעיא להצד דמיגו עדיף מהחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, אלא אפילו להצד דאינו עדיף מזקת ריש לקיש אבל אפשר דמה דמודי אביי ורבא לריש לקיש דאינו פורע תוך זמנו בגונא שספק אם לעולם יתחייב אינו חזקה אלימתא כ"כ כמו חזקת ריש לקיש דלעולם אינו פורע תוך זמנו.)

האבנים למעלה מד' אמות בקנין חצר, וגם שמעון ניח"ל בזה שהרי גילה דעתו עכשיו שרוצה לסמוך עליו תקרה. וא"כ כיו"ב למטה מד' אמות אפילו לא סמך לו כותל אחר, מסתמא ראובן ניח"ל ששמעון יקנה חצי האבנים בקנין חצר, וגם שמעון למה לא ירצה לעשות כן כיון דבלא"ה חייב לשלם, וקונה האבנים בקנין חצר.

ד. והנה רש"י פי' במתני' דבחזקת שנתן דבודאי ראובן לא היה בונה בעצמו אלא היה צועק עליו בבי"ד קודם בנין הכותל. ותמוה דהוא נגד סוגיית הגמ' דכל טענת שמעון היא שפרע בגמר הבנין, ונאמן ככל לזה שטוען פרעתי בזמנו דהממע"ה ולא משום אנ"ס מיוחד שראובן לא היה בונה בלעדו.

אבל למש"נ י"ל דרש"י מפרש הסוגיא על דרך הרא"ש והטור, דמתחילה אמנם היה ס"ד דאם ראובן בנה הכותל אפשר שבנה בשליחותו של שמעון, ולכן האבנים של שניהם שהרי ראובן קנה חצי האבנים בשביל שמעון. אבל מסקנת הגמ' דכל שפא ושפא זמניה ה"ק דראובן לא בנה בשליחות שמעון כלל, וא"כ שוב יקשה למה אם נפל האבנים של שניהם, ולי"ל לרש"י הך סברא דמקנה לו האבנים בקנין חצר, אלא ס"ל דלמסקנת הגמ' אם ראובן בנה הכותל לבדו האבנים שלו כל זמן שלא פרעו שמעון, וא"כ ע"כ מה שבאמת האבנים של שניהם כמבואר במשנה לעיל הוא משום דאי' אנ"ס דראובן משקר דודאי היה צועק על שמעון בבי"ד ולא היה ראובן בונה משל עצמו כלל. וזה גופא בכלל חזרת הגמ', דס"ד דראובן היה בונה בשליחות שמעון, ומסיק דאין ראובן בונה בשליחות שמעון וממילא אי' אנ"ס שלא היה בונה משלו כלל אלא היה גובה משמעון מתחילה.

ה. עוי"ל בדעת רש"י עפמש"כ הקצה"ח (קנ"ז א') דאם ראובן תבע את שמעון קודם בנין הכותל לבנות עמו, ושמעון טען שכבר פרעו, אין שמעון נאמן, דהוי טוען אחר מעשה בי"ד עיי"ש. ומעתה י"ל דדוקא לס"ד דראובן בנה בשביל שמעון ושליחותי' קא עביד, ותובעו בגמר הכותל על מה שהוציא בשבילו שהוא כתביעת חוב בעלמא הוא דס"ד דטעמא דנאמן שמעון לומר פרעתי משום שהוא ככל לזה בעלמא הטוען פרעתי, אבל למסקנא דכל שפא ושפא זמניה הוא – וביארנו בדעת הרא"ש והטור דהשתא חזור הש"ס לומר דלעולם אין ראובן בונה בשליחות שמעון כלל אלא תובעו החיוב דמעיקרא לבנות עמו – א"כ יקשה איך שמעון נאמן לומר פרעתי וכדתנן במתני' בחזקת שנתן כו' והרי הוא טוען אחר מעשה בי"ד, וע"כ משום דאי' אנ"ס שלא היה ראובן בונה משלו אלא היה צועק עליו בבי"ד וכמו שפרש"י במשנה.

אבל בטור לא משמע כן אלא גם למסקנא שמעון נאמן לומר פרעתי ככל לזה הטוען פרעתי, ולמה שביארנו בדעתו דס"ל דלמסקנא תובעו החיוב דמעיקרא א"כ יקשה באמת אמאי הוי בחזקת שנתן והרי הוא כטוען אחר מעשה בי"ד. וכן י"ל ע' לדעת רבינו יונה דס"ל דגם מעיקרא סברה הגמרא דהחיוב שתובעו הוא אותו חיוב דמעיקרא בטרם שום אבן על אבן (רק שדוחה הפרעון עד גמר הבנין) א"כ איך פירשה הגמ' למתני' דנאמן לומר פרעתי ככל לזה

גופא דכל שפא ושפא זמניה הוא.) אלא הגמרא חוזרת מההנחה הראשונה דראובן בונה בשליחות שמעון, ותובע בסוף מדין שכירות, אלא לעולם אין ראובן בונה בשליחות שמעון כלל אלא תובע משמעון מתחילה ועד סוף להשתתף בבנין כל הכותל, וזהו כל שפא ושפא זמניה הוא דחייב להשתתף מתחילה ועד סוף, ולכן אי"ז פרעון תוך זמנו כלל כי שמעון כבר נתחייב בטרם שום אבן על אבן.

וזהו מש"כ הטור דכל שפא ושפא לאו דוקא ונאמן לומר שפרע כל הכותל אפילו באמצע הבנין.

נמצא לפי"ז דגם הרא"ש גם רבינו יונה ס"ל דראובן אינו בונה בשליחות שמעון – ודלא כהרמב"ן והמרדכי – אלא שנחלקו בביאור השו"ט בגמ', דרבינו יונה מפרש דהגמ' ידע כן גם מעיקרא רק ס"ל דכשהתחיל ראובן לבנות דחה זמן הפרעון עד גמר הבנין, וזה נשאר גם למסקנא אלא דהגמ' מחדש דדוחה זמן הפרעון כל שפא עד גמר אותה שפא. (ולפי"ז אם טוען שפרע כל הכותל לפני שגמר כל השפות אינו נאמן, וכן מפורש בדברי רבינו יונה.)

אבל הרא"ש והטור מפרשים דמתחילה ס"ד דראובן בונה בשליחות שמעון, וא"כ נתקיים חיובו של שמעון לבנות הכותל ע"י שליחותו של ראובן, רק ראובן תובע משמעון הוצאות השליחות בגמר הבנין דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף. אבל למסקנא הדר ביה הגמ' מזה וס"ל דראובן אינו בונה בשליחות שמעון כלל, וא"כ שמעון חייב מתחילה ועד סוף להשתתף ולסייע בבנין, והיינו דקאמר דכל שפא ושפא זמניה הוא, וממילא דזמן הפרעון הוא בטרם שום אבן על אבן, ולרא"ש אינו דוחה זמן הפרעון כלל, וממילא נאמן שמעון לומר שפרע הכל אפילו קודם גמר הבנין.

ג. אלא דמעתה יש לעיין בדין המשנה לעי' דלפיכך אם נפל המקום והאבנים של שניהם. תינח לרמב"ן והמרדכי דגם אם ראובן בנה לבדו הרי הוא בונה בשליחות שמעון, א"כ אף אם שמעון לא פרע עדיין השכירות אבל חצי האבנים הם שלו שהרי ראובן קנה חצי האבנים בשבילו ובשליחותו. אבל לשיטת רבינו יונה – ולמש"נ כך גם שיטת הרא"ש למסקנת הגמ' – דראובן אינו בונה בשליחות שמעון כלל א"כ כל זמן ששמעון לא פרע אין האבנים שלו, ולמה אם נפל האבנים של שניהם.

ונהי דשמעון הוא בחזקת שפרע וכדתנן במתני' דבחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן, אבל היינו לענין דמי הפרעון עצמם דנאמן לומר שפרע ככל לזה שטוען שפרע בזמנו דהממע"ה, אבל לענין האבנים עצמם הרי ראובן ודאי קנה את האבנים ושמעון ספק ואיך ספק מוציא מדי ודאי. ודוחק לומר דמתני' דלעיל לא מיירי אלא כשאין אנו יודעים מי בנה הכותל.

אבל י"ל דרבינו יונה לטעמי' שפי' בסיפא דמתני' דסמך לו כותל אחר דאע"ג שלא נהנה עדיין מ"מ חייב לשלם דמסתמא ראובן כשבנה למעלה מד' אמות היה דעתו שאם ירצה יוכל שמעון לקנות

פרעון דעביד איניש דפרע תוך זמנו דלא לטרדן אבל במשכון ל"ש זה דאם לא יהיו לו דמים בסוף הזמן יתן לו מחפציו אז.

והראיה שהביא רבינו יונה מדברי ר"ה בדר"י – דלמה נקט טעמא דאין נפרעין מיתומים קטנים משום צררי הול"ל משום חשש פרעון, וע"כ דנקט כן משום דנפק"מ לתוך זמנו דחיישינן לצררי ולא חיישינן לפרעון – דחה הרא"ש ופי' דמה דנקט ר"ה בדר"י טעמא דצררי ולא טעמא דחשש פרעון הוא משום דחשש פרעון במלוה בשטר הוא רחוק מאד, ואף דסגי בטעם זה להצריך שבועה ביתומים גדולים (וכן הלוה עצמו יכול לטעון השבע לי דלא פרעתיך) אבל אין די בחשש רחוק כזה להצריך שהמלוה ימתין זמן רב עד שיגדלו היתומים. אבל חשש צררי אינו רחוק כ"כ ולכן נקט ר"ה בדר"י דמשום חשש צררי הוא שהצריך להמתין עד שיגדלו היתומים.

ולרא"ש דחשש צררי יותר קרוב מחשש מפרעון א"כ מסתבר דכמו שהלוה יכול לומר השבע לי דלא פרעתיך כך הוא יכול לומר השבע לי דלא התפסתי לך צררי. וכן הבא ליפרע מיתומים דצריך שבועה יהיה לא רק מחשש פרעון אלא גם משום חשש צררי. ומ"מ תוך זמנו אי"צ שבועה כיון דאין אדם מתפסי צררי תוך זמנו.

אלא שקשה לפי"ד הרא"ש דחשש צררי יותר קרוב מחשש פרעון א"כ הו"ל להרא"ש להביא ראיה לשיטתו דאינו מתפסי צררי תוך זמנו מהא גופא דתוך זמנו אי"צ שבועה ואמאי לא מצרכינן שבועה מחשש צררי וע"כ משום דאינו עשוי להתפסי צררי תוך זמנו, וצ"ע.

ד. הרא"ש הקשה על עצמו א"כ דתוך זמנו נזקקין אפילו ליתומים קטנים א"כ אמאי קאמר הגמ' דהלכתא כריש לקיש ואפילו מיתמי ואע"ג דאמרו חכמים הבא ליפרע מיתומים לא יפרע אלא בשבועה, ולא קאמר ואע"ג דאין נפרעים מיתומים קטנים כו'. ותי' דאשמעינן דאפילו שבועה אי"צ.

הגרעק"א הק' מאי קושיא מעיקרא, והרי הרא"ש עצמו כתב דכל מה שאין גובין מיתומים קטנים הוא רק מחשש צררי – דפרעון במלוה בשטר הוא חשש רחוק ולא היינו דוחים את המלוה עד שיגדלו משום חשש פרעון הרחוק – וגם הרי הרא"ש עצמו כתב דלענין חשש צררי גם אביי ורבא מודי דאין אדם מתפסי צררי תוך זמנו, וא"כ גם אביי ורבא יודו דיכול לגבות מיתומים קטנים (בשבועה) תוך זמנו, דממנ"פ חשש פרעון הוא חשש רחוק בעצם ואין די בו אלא להצריך שבועה ולא להצריך שימתין עד שיגדלו, ואילו חשש צררי גם אביי ורבא מודי דאינו שייך תוך זמנו. וא"כ אף שהדין אמת שתוך זמנו יכול לגבות מיתומים קטנים אבל ל"ש

בעלמא – כדמוכח ממה דמדמה לי הגמ' לטוען פרעתיך בתוך הזמן – והרי הוא טוען אחר מעשה ב"ד וצ"ת.

מחלוקת הראשונים אם נזקקים ליתומים קטנים כשמת האב תוך זמנו

הנה דעת תוס' דאפילו תוך זמנו אין נזקקים ליתומים קטנים, וכן דעת רבינו יונה וביאר משום דאף שאין אדם פורע תוך זמנו אבל עשוי לתת משכון והרי אפילו בשעת הלואה נותן משכון.

וצריך להבין דא"כ למה ביתומים גדולים לא נצריך שבועה תוך זמנו מחשש שמא התפסי צררי תוך זמנו, וכן אביהם למה לא היה יכול לטעון תוך זמנו השבע לי דלא התפסתי לך צררי.

וצ"ל לדעת רבינו יונה דצררי הוא בעצם חשש רחוק, ולא חיישינן לי בגדולים כלל אפילו להצריך שבועה. ורק לענין קטנים חיישינן טפי אפילו לצררי ואפילו שלא לגבות מהם כלל עד שיגדלו, וכיון שעשוי להתפסי צררי תוך זמנו א"א להגבות מקטנים עד שיגדלו.

ב. וא"ת א"כ דלרבינו יונה חשש צררי רחוק יותר מחשש פרעון א"כ למה אמר ר"ה בדר"י דאין נזקקין ליתומים קטנים משום צררי, יותר הול"ל משום חשש פרעון.

אבל לא קשה מידי דרבינו יונה לשיטתו שבאמת הביא ראיה לעיקר שיטתו דתוך זמנו חיישינן לצררי ממה דנקט ר"ה בדר"י טעמא משום חשש צררי, ולמה לא נקט משום חשש פרעון, אלא משום דנפק"מ לתוך זמנו דחשש פרעון ליכא וחשש צררי איכא. אבל אם מת האב לאחר זמנו איה"נ אין נזקקים ליתומים קטנים גם מחמת חשש פרעון.

(אלא שהחת"ס הקשה על דברי רבינו יונה דהא ר"ה בדר"י פסק בסוגיין כאביי ורבא דחיישינן לפרעון אפילו תוך זמנו והוא זה שאמר דאין נפרעין מנכסי יתומים קטנים משום צררי ואיך פי' רבינו יונה דנקט צררי משום תוך זמנו, ותי' דנקט כן משום תוך זמנו דמשכיר ושוכר דלכו"ע אינו עשוי לפרוע תוך זמנו.)^ל

ג. הרא"ש חולק על תוס' ורבינו יונה וס"ל דתוך זמנו יכול לגבות אפילו מיתומים קטנים. ולא עוד אלא אפי' לאביי ורבא דס"ל לענין

^ל ועי' בהגהות אשרי בשם ר"י אף דאזיל ג"כ בשי' תוס' ורבינו יונה דאין נזקקין ליתומים קטנים אפילו תוך זמנו אבל משמע דלאו מטעמא דרבינו יונה משום דעביד להתפסי צררי תוך זמנו אלא דבקטנים חיישינן טפי ולא סמכי' אחזקה דריש לקיש. ויקשה לדידיה דיוקו של רבינו יונה למה נקט ר"ה בדר"י טעמא דצררי, וצ"ל כמש"כ הרא"ש שיובא בסמוך דפרעון הוא חשש רחוק כשהמלוה יש לו שטר ואין די בחשש פרעון לדחות הפרעון עד שיגדלו. אבל ממה שתוס' הביאו ראיה דחיישינן תוך זמנו לצררי מאלמנה, והרי התם לא מיירי בקטנים, מוכח דסברתם כרבינו יונה דל"ש חזקה דריש לקיש לענין צררי.

לומר על זה "הלכתא כריש לקיש".

חזקה דריש לקיש לפטור משבועה

כתב הרמב"ן בשם רה"ג דאם בא לגבות מלקוחות תוך הזמן צריך שבועה אף דמיתמי אי"צ שבועה. והרא"ש הביאו וביאר דהא דחיישינן לפרעון בלקוחות טפי מביתמי הוא משום דאם איתא דפרע האב הוה פקיד בעידן דמית.

עו"כ הרא"ש דאם הלוח טען פרעתיך בתוך זמני אע"ג דאין נאמן וכדברי ריש לקיש מ"מ נראה שצריך המלוה לישבע שבועת היסת כיון שהלוה טוען טענת ברי, אבל ביתמי לא משבעינן ל' מספק.

וצריך להבין חדא דנמצא דמה שיכול לגבות תו"ז מן היורשים בלא שבועה הוא בצירוף שתי סברות חדא משום חזקה דריש לקיש וכמבואר בגמרא ועוד משום דאם איתא דפרע הוה פקיד בעידן דמת, ומהו צירוף הטעמים בזה, וגם למה לא נזכר בגמרא אלא הטעם הראשון.

ב. עו"ק איך יתכן דלפרוע מהלקוחות שאין להם אלא טענת שמא צריך שבועה, ואילו מהלוה עצמו שטוען ברי אי"צ שבועת המשנה רק שבועת היסת, יציבא בארעא וגיוורא בשמי שמיא.^{לה}

ולכאורה צ"ל דס"ל לרא"ש דגם מש"א רה"ג דלפרוע מלקוחות צריך שבועה הכונה לשבועת היסת. (וא"כ אין השבועה מעכבת את הגביה.) אבל א"כ צ"ל דמה שחילק הרא"ש בין לקוחות ליתומים דביתמי אם איתא דפרע הוה פקיד בעידן דמת הכונה דלכן אי"צ שבועת היסת, והרי הרא"ש בסו"ד נתן טעם אחר למה היורשים אינם יכולים להשביעו שבועת היסת משום שאין להם אלא טענת שמא. ועו"ק דאיך יתכן לפרש דכונת רה"ג דהלקוחות משביעים אותו שבועת היסת, והרי אין להם טענת ברי, וכמש"כ הרא"ש לענין יורשים.

נמצא שקשה ממנ"פ אם כונת רה"ג דלגבות מלקוחות צריך שבועת המשנה איך יהיה חמור מהלוה עצמו דאפי' טוען ברי אינו מצריך את המלוה לישבע אלא שבועת היסת. ואם כונת רה"ג דכשגובה מלקוחות צריך שבועת היסת א"כ למה הוצרך לחלק דביתמי אם איתא דפרע הוה פקיד כו' תפ"ל כמש"כ בסו"ד שאין להם אלא טענת שמא, ועוד הרי הלקוחות ג"כ אין להם אלא טענת שמא.

גם עצם דברי הרא"ש דאין היורשים יכולים להשביעו שבועת היסת משום שאין להם אלא טענת שמא צ"ב דמ"מ נימא טענינן וכמבואר

והג"ר אשר אריאלי שליט"א תמה על הגרעק"א דבפשוטו יל"פ כונת הרא"ש שהוקשה לו דנימא הלכתא כריש לקיש ואפי' לגבות מלוה על פה מיתומים, וזה באמת אינו אלא לריש לקיש, אבל לאבי ורובא א"א לגבות מלוה על פה מיתומים כלל – לא מיתומים קטנים ולא מיתומים גדולים – שהרי החשש פרעון במלוה על פה הוא חשש אלים ואף שהוא תוך זמנו אבל אבי ורובא ס"ל דאדם עשוי לפרוע תוך זמנו.

ושמא הגרעק"א שלא תירץ כן שמא משום שהרא"ש נקט בקו' דהו"ל לגמ' לומר אע"פ שאמרו אין נזקקין כו', וכל הדין דאין נזקקין ליתומים קטנים ל"ש אלא במלוה בשטר אבל מלוה על פה אין נזקקין אפי' ליתומים גדולים דהרי טענינן פרוע. וא"כ משמע דהרא"ש עצמו מייירי במלוה בשטר. ודוחק.

ה. והנה לענין עצם הדין אם נפרעים מיתומים קטנים כשמת האב תוך זמנו, סתימת הרמב"ם סוף פ"א מלוה משמע דתוך זמנו יכול לגבות מלוה ע"פ מיתומים ולא חילק בין גדולים וקטנים. וכ"כ הנו"כ ריש פ"ב. וזהו כהרא"ש.

אך לענין משה"ק הרא"ש על עצמו א"כ אמאי לא קאמר הגמ' כן דהלכתא כריש לקיש אפילו לגבות מיתומים קטנים, שמעתי מהג"ר אשר אריאלי שליט"א ד"ל דלהרמב"ם קושיא מעיקרא ליתא, דלשון הרמב"ם ריש פ"ב שם דאין נפרעין שט"ח מיתומים קטנים שמא יש להם ראייה לשבור השטר. ומבואר דכל הדין דאין נזקקין כו' הוא במלוה בשטר, שמא יש ראייה לשבור השטר. וא"כ תוך זמנו דאי"צ לשטר, שהרי אפילו מלוה על פה יכול לגבות תוך זמנו ואפי' מיתמי, פשוט ואי"צ הדבר להאמר דאי"צ להמתין עד שיגדלו, ע"כ דבריו.

אבל יש לחכך בזה, דאמנם לאחר דקיי"ל כריש לקיש (אליבא דהרא"ש והרמב"ם) דאין חוששין לצררי תוך זמנו, נמצא באמת דכל הדין דממתנינים להם עד שיגדלו ל"ש אלא לענין שטר (לאחר זמנו), אבל במלוה על פה ממנ"פ אם מת האב לאחר זמנו אפילו מגדולים אין גובים ואם מת תוך זמנו אפילו מקטנים גובים, ולכן שפיר כתב הרמב"ם דכל הדין דאין נפרעים מיתומים קטנים היינו בשטר. אבל אילו היה הדין דתוך זמנו חיישינן לצררי א"כ היה באמת הדין דאינו יכול לגבות מלוה על פה מיתומים קטנים דחיישינן לצררי וצריך להמתין עד שיגדלו. וא"כ סוכ"ס הו"ל להגמ' לאשמעינן חידוש זה, וכקושיית הרא"ש.

^{לה} ועי' ברמב"ן שהביא דברי רה"ג מיד אחר שהביא ד"א דאם הלוח טוען פרעתיך המלוה צריך לישבע (ולא ברור אם כונתו לשבועת הנוטלין או שבועת היסת), והוא בדוקא, דלשיטת הסוברות דהלוח – שיש לו טענת ברי – אינו יכול לחייבו שבועה כל שכן הלקוחות – שאין להם אלא טענת ספק – אינן יכולים לחייבו שבועה. ואין מקום לדברי רה"ג אלא לאומרים דהלוח יכול לחייבו שבועה.

ובזה חידשה הגמרא דהלכתא כריש לקיש ואפילו מיתמי, דהחזקה דריש לקיש מסלקת החשש פרעון ופוטור את המלוה משבועת הנוטלין, הן שבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים והן משבועת השבע לי דלא פרעתין. וכן מבואר ברמב"ם (מלוה ולוה ריש פי"ב) דהחזקה דריש לקיש פוטרת מכל שבועות הנוטלין.

ולכן פשיטא לי לרא"ש דגם אם הלוח אומר השבע לי דלא פרעתין אינו יכול להשביעו שבועת המשנה שהיא שבועת הנוטלין, כי החזקה דרבה מסלקת את החשש פרעון ופוטור מכל שבועות הנוטלין, וכמש"כ הרמב"ם (שם). ומ"מ כתב הרא"ש דנראה שאם הלוח טוען פרעתין צריך המלוה לישבע שבועת היסט.

והביאור בפשוטו, דלחייב בשבועת היסט אי"צ שיהיה לנו מעצמו חשש רק עצם הטענת ברי מחייבת בשבועת היסט דאין אדם תובע אא"כ יש לו (ע"י שבועות מ.). והרי דעת הרא"ש (שם) דקיי"ל כל"ק (שם) דאפילו במנה לי בידך והנתבע אומר להד"מ דליכא דררא דמונא כלל מ"מ משביעין אותו שבועת היסט. ולכן ס"ל להרא"ש דמה לי דהחזקה דריש לקיש מסלקת את החשש, סוכ"ס יש כאן טענת ברי וצריך הנתבע שהוא המלוה לישבע היסט.¹⁷

והש"ך (סי' ע"ח) ביאר עוד דהחזקה דריש לקיש אינה כעדים רק מועילה שיעשה המלוה מוחזק, וכמו חזקת ג"ש, וכיון שהוא מוחזק אי"צ לישבע שבועת המשנה שהיא לעולם שבועת הנוטלין. אבל שבועת היסט אדרבא היא תמיד שבועה שהמוחזק נשבע, וכמו בחזקת ג"ש דנעשה מוחזק ומ"מ צריך שבועת היסט.

וממילא כמו שהלוח עצמו יכול לטעון טענת ברי ולהצריך את המלוה לישבע שבועת היסט, כך טענין ללקוחות שבועת היסט, וכמו שהבאנו לעיל מהרא"ש (פ"ג סי' י"ז) דאפשר לחייב שבועת היסט ע"י טענין. וזהו מש"כ רה"ג דאם בא ליפרע מהלקוחות צריך לישבע, ולהרא"ש ע"כ היינו שבועת היסט. (דהרי אפילו הלוח עצמו שטוען ברי אינו יכול להשביע את המלוה אלא שבועת היסט, כל שכן הלקוחות שאין להם אלא טענת שמא, וכמו שכתבנו לעיל.)

נמצא דהחזקה דריש לקיש מסלקת את החשש פרעון ופוטרת את המלוה מכל שבועות הנוטלין שהן בנויות על חשש פרעון. (ולדברי הש"ך גם עושה את המלוה למוחזק וממילא נפטר מכל שבועות הנוטלין, כי אינו נוטל אלא מוחזק). וכל הדין ודברים ברא"ש אינו אלא לענין שבועת היסט מחמת עצם הטענת ברי דאין אדם תובע אא"כ יש לו. ובזה חידש לנו דאם הלוח טוען ברי יכול להשביעו שבועת היסט, וגם הלקוחות יכולים להשביעו כדברי רה"ג דהיינו שבועת היסט ומשום טענין.

ברא"ש לק' (פ"ג סי' י"ז) דמשביעין היסט ע"י טענין. והסמ"ע נדחק דשאני כאן דכיון שמת תו"ז והטענה קלושה לא טענין ליתמי.

ג. והנה עצם הסברא שכתב הרא"ש דאם איתא דפרע הוה פקיד בעידן דמת מצינו בגמרא לק' (ע:): לענין שטר פקדון דהנפקד היה נאמן לטעון פרוע מיגו דנאנסו ונחלקו אם טענין טענה זו גם ליתומים, דעת רבא דכיון שהאב היה זוכה במיגו טענין גם ליתומים, אבל דעת דייני גולה דלא טענין ליתמי משום דאם איתא דפרע מימר הוי אמר קודם שמת. וזה לכאורה המקור לדברי הרא"ש.

אלא דיל"ע הרי קיי"ל שם כרבא ולא כדיני גולה. וצ"ל דגם רבא מודה דהטענין הוקלש ע"י הך סברא דאם איתא דפרע, ומ"מ סגי גם בטענין קלוש לפטור את היורשים מלשלם, אבל בנידון דהרא"ש לא סגי בטענין קלוש להטיל שבועה על המלוה.

עו"ק דתוס' שם הוכיחו דכל הך סברא דאם איתא דפרע מימר הוי אמר קודם שמת אינו אלא במלוה בשטר, אבל במלוה על פה אין לו להודיע כל מה שלוח ופרע כל ימי חייו, דאלת"ה א"כ לדיני גולה לעולם יוכל לגבות מלוה על פה מן היורשים ולא נוכל לטעון להו פרוע. ואילו כאן הלכתא כריש לקיש דאם מת תוך זמנו אי"צ שבועה לגבות מיתמי והרא"ש ביאר משום דאם איתא דפרע הוה פקיד קודם שמת, ומסתמא מיירי אפילו במלוה על פה. אבל בזה י"ל דלענין הסברא דאם איתא דפרע כו' מלוה על פה תוך זמנו הוא כשטר, כיון שבשניהם אינו נאמן לטעון פרוע והם מאיימים על היתומים, ובכל מלוה כזה שמאיים על היתומים אם איתא דפרע מימר הוה אמר.

עכ"פ הא מיהת חזינן בסוגיא שם דסברא זו דאם איתא דפרע מימר הוי אמר נאמר במקורו להפקיע דין טענין, ונראה דאינה ראייה ולא חצי ראייה, רק סברא מסויימת כלפי דין טענין דבטענה כזו שהיו צריכים לשמוע מן האב ולא שמעו לא אמרינן טענין.

ד. ומעתה נראה לפרש דברי הרא"ש, דהנה בהך דין דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה, דהיינו שבועת הנוטלין, יש שני דברים, חדא דהאב היה יכול לטעון השבע לי דלא פרעתין וממילא טענין ליורשים וללקוחות, אבל מלבד זה הרי התוס' בשבועות (מא.) הוכיחו דאפילו היכא שלא היה האב יכול לטעון השבע לי דלא פרעתין ול"ש טענין מ"מ נאמרה תקנה נפרדת דהבא ליפרע מנכסי יתומים צריך שבועה שלא נפרע. וכל זה מחמת דחיישינן לפרעון.

¹⁷ ודעת הב"ח דליכא מאן דפליג על הרא"ש בזה, והראשונים שכתבו דהמלוה פטור היינו משבועת המשנה. אבל הטור והרמ"א ס"ל דיש חולקים על הרא"ש וס"ל דאפילו משבועת היסט פטור, וביאר הגר"א דסבירא להו דהחזקה דריש לקיש הוה כעדים, ועדים פוטרים אפילו משבועת היסט.

החשש פרעון ולפוטרו עי"ז משבועת המשנה דהבא ליפרע מנכסי יתומים, שהיא תקנה בפנ"ע. וזהו המבואר בגמ' דהלכתא כריש לקיש ואפילו מיתמי, וסגי בזה בחזקה דריש לקיש ואי"צ צירוף טעם אחר. אבל עדיין צריכים לדון מצד שבועת היסת, דמה לי דע"י חזקה דריש לקיש נסתלק החשש, סוכ"ס היתומים טוענים שמא הוא פרוע ונצריך שבועת היסת מחמת טענתם. ולזה ביאר הרא"ש דלשבועת היסת צריך טענת ברי דוקא. ועדיין צריכים לדון למה לא נאמר טענינן, שהרי שי' הרא"ש לק' דאמרינן טענינן גם לחייב שבועת היסת, ומה"ט אמר רה"ג דאם בא לגבות מלקוחות צריך שבועה, דהיינו שבועת היסת. לזה ביאר הרא"ש דיתומים שאני דאם איתא דפרע מפקד הוי פקיד להו בשעת מיתה, שזו סברא מסויימת להפקיע דין טענינן וכי הא דלק' (ע:).

עוד בהנ"ל

הטור (סי' ע"ח) כתב בשם הרי"ף והר"י מיגש דהבא להפרע תוך זמנו אי"צ שבועה, וכתב הב"י דכן נראה דעת הרמב"ם שהרי פסק (פי"ד מלוה ה"א) דבע"א אומר שהוא פרוע תוך זמנו אי"צ שבועה, ובודאי גם הלוח טוען ברי שפרע.

ויל"ע בדברי הרמב"ם (שם) דתחילה כתב דהפוגם שטרו או ע"א מעיד על שטרו שהוא פרוע והבא ליפרע שלא בפני לוח והטורף מן הלקוחות ומן היורשים אומרים לו השבע ואח"כ תטול, ואם היה תוך זמנו אי"צ שבועה. ואח"כ (ה"ב) כתב דהתובע את חבירו לפרעו וטען הלוח שפרע שטר זה או מקצתו ובעל השטר אומר לא פרעת כלום אומרים לו שלם לו, טען הלוח ואמר ישבע לי שלא פרעתו ויטול משיביעין אותו בנקיטת חפץ שלא פרע כלום או שלא פרעו אלא כו"כ ואח"כ יטול. ולמה בהל' ב' לא כתב ג"כ דאם היה תוך הזמן אי"צ.

ומזה היה נראה דבטוען ישבע לי שלא פרעתו אינו מועיל חזקה דריש לקיש לפוטרו משבועה. והביאר דרק בהנך שבועות שבי"ד הם שאומרים לו לישבע, אשר יסוד השבועה הוא מה שבי"ד חוששין לפרעון, בהם הוא דמהני חזקה דריש לקיש לסלק החשש ולפטר משבועה.

אבל כשהלוח אומר השבע לי שלא פרעתך דאין השבועה מחמת שבי"ד חוששין לכך, שהרי אם לא טען לא טענינן לי' כמבואר בגמ' (שבועות מא.), וכיון שהשבועה מחמת טענת הלוח ולא מחמת חשש ב"ד לכן גם במקום חזקה דריש לקיש צריך שבועה, דחזקה דריש לקיש רק מסלק חשש ב"ד.

וזה דומה לסברא שכתבנו לעיל בדעת הרא"ש דכיון שהלוח טוען ברי צריך המלוה לישבע שבועת היסת, וביארנו דכיון דשבועת היסת היא מצד עצם הטענת ברי אף בדליכא דררא דממונא לכן אינו נפטר ממנה ע"י חזקה דריש לקיש דרק מסלק החשש פרעון. אלא

ה. ומ"מ סתימת הגמ' משמע דלגבות מן היתומים אי"צ שבועה כלל – לא שבועת המשנה דהבא ליפרע מנכסי יתומים וגם לא שבועת היסת – ויקשה למה לא נאמר טענינן, וכמו בלקוחות. וגם רה"ג לא כתב אלא שלגבות מהלקוחות צריך שבועה, ולא לגבות מהיורשים.

ולזה חילק הרא"ש דיוורשים שאני דאם איתא דפרע הוה פקיד קודם שמת, והיינו כסברת הגמ' (ע:), וכמו שנכתב דהך סברא נאמרה לענין להפקיע מטענינן.

ומ"מ הוצרך הרא"ש בסו"ד לכתוב גם דאין היורשים יכולים להשביעו שבועת היסת כיון שאין להם אלא טענת שמא. ולמה צריך ב' הסברות – דאם איתא דפרע הוה פקיד, וגם שאין שבועת היסת בטענת שמא. אבל הוא פשוט, דאילו היה אפשר להשביע שבועת היסת בטענת שמא א"כ היורשים מצד עצמם היו משביעים אותו ע"י טענת שמא, ולא היו צריכים לדין טענינן. ולזה כתב דלשבועת היסת צריך טענת ברי. אבל אכתי למה לא נאמר טענינן וכיון שהאב היה יכול להשביעו שבועת היסת בטענת ברי כך נטען ליורשים. וכמש"א רה"ג לענין לקוחות. ולזה ביאר הרא"ש דאם איתא דפרע הוה פקיד קודם שמת, דכל ענין סברא זו להפקיע מטענינן וכמבואר בגמ' לק' (ע:).

ו. וא"ת כיון דלא טענינן ליורשים – משום דאם איתא דפרע הוה פקיד קודם שמת – א"כ למה צריכה הגמרא לטעמא דחזקה דריש לקיש כדי לבאר למה יכול לגבות מן היורשים בלי שבועה, תפ"ל דאין כאן טענינן. אבל לק"מ, שהרי התוס' בשבועות (מא:) הוכיחו דחייב שבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים אינו משום טענינן אלא הוא תקנה בפנ"ע, ואילו הסברא דאם איתא דפרע כו' אינה אלא לסלק דין טענינן, ואינה ראייה ולא חצי ראייה לפטור משבועה שחייב בה בעצם מחמת חשש פרעון, ולזה צריכים לחזקה דריש לקיש.

וניחא צירוף הטעמים שנתקשונו בו בראש דברינו, למה צריך גם חזקה דריש לקיש וגם הסברא דאם איתא דפרע הוה פקיד קודם שמת. דהחזקה דריש לקיש באה לסלק החשש פרעון וכיון שנסתלק החשש פרעון נפטר משבועת הנוטלין דהבא ליפרע מנכסי יתומים וכן לענין הלוח עצמו משבועת השבע לי דלא פרעתך. אבל גם אחר שנסתלק החשש ע"י חזקה דריש לקיש מ"מ עצם הטענת ברי של הלוח היא צריכה להצריך שבועת היסת, ואפילו במקום דחוף מטענתו ליכא חששא ודררא דממונא כלל. ולכן כתב הרא"ש דאם הלוח טוען ברי שפרע המלוה צריך לישבע שבועת היסת. ומה"ט כתב רה"ג דטענינן גם ללקוחות, דהיינו להצריך שבועת היסת. ויקשה א"כ נימא טענינן גם ליורשים ולמה סתמה הגמרא דאי"צ שבועה ליפרע מיתמי כלל. ולזה צריך לטעמא דאם איתא דפרע הוה פקיד קודם שמת, וסברא זו אינה ראייה לסלק החשש פרעון – ולזה צריך לחזקה דריש לקיש – אבל היא סברא מסויימת להפקיע מטענינן.

ז. נמצא דכדי לפטור את המלוה משבועה כשבא ליפרע מנכסי יתומים צריך ג' סברות. חדא חזקה דריש לקיש, כדי לסלק את

משבועת השבע לי דלא פרעתין. אבל באבן האזל תמה דאדרבא לשון הרמב"ם משמע דבסמך לו כותל אחר בכל גונא צריך הבונה להשבע כדי ליטול ואי"צ שיאמר לו השבע לי דלא פרעתין, וע"כ דחמור טפי מהא דהשבע לי דלא פרעתין, דהא דהשבע לי דלא פרעתין מיירי במלוה בשטר ולכן כל שלא טען שפרע לא טענינן לי, אבל הא דסמך לו כותל אחר הרי ליכא שטרא רק דהוא בחזקת שלא נתן מחמת הסברא דאומר מי יימר דמחייבי לי רבנן, וזוה ס"ל להרמב"ם דצריך שבועת הנוטלין בכל גונא. (ועי' באבן האזל שהאריך מניין למד הרמב"ם דין זה.) נמצא דהך שבועה דהתם היא ככל שבועה שבי"ד משביעין אותו מחמת חששא דידהו, והרי החזקה דריש לקיש פוטר מכל הנך שבועות, וא"כ עדיין אנו צריכים לדברי האבן האזל דהא דמי יימר דמחייב לי רבנן אינה חזקה דריש לקיש לפטור משבועה.

אם שטר הוא כעדות שלא נפרע

עי' תוס' ד"ה מי אמרי' משה"ק בשם ריב"ם, ומבואר דס"ל לריב"ם דהשטר יש לו תורת עדות להעיד שאינו פרוע. וקשה דהא קיי"ל מודה בשטר שכתבו אי"צ לקיימו ויכול לטעון פרוע מיגו דמזוייף ואמאי לא חשיב מיגו במקום עדים. אבל בזה י"ל כיון שמתקיים השטר על ידי הודאת הלוה ואלמלא הודאתו היה השטר כחספא ולא היתה לו תורת עדות, והרי הלוה עצמו אומר שהשטר פרוע דזה ג"כ מפקיע עדות השטר, לכן הפה שאסר הוא הפה שהתיר ושטר זה אין לו תורת עדות.

אלא דזה תלוי לכאורה במחלוקת ראשונים, דהתוס' בכ"מ (גיטין ב., ב"מ יג: ועוד) דנו אי טענינן מזוייף ליורשים וללקוחות. ומבואר עכ"פ דבלא טענה אי"צ קיום. אבל דעת הרמב"ן (שו"ת סי' ח') דשטר שאינו מקויים הוא בחזקת מזוייף ואפילו שלא ע"י טענת הלוה. ולדעת התוס' פרוע מיגו דמזוייף הוא ככל מיגו בעלמא אבל לדעת הרמב"ן הוא בגדר הפה שאסר הוא הפה שהתיר דרק ע"י שמודה שכתבו חשיב עדות. וי"ל דריב"ם יסבור בזה כרמב"ן.

אבל אכתי קשה ממה דס"ל לרב חסדא לק' (ע.) וכן קיי"ל דבשטר פקדון יכול לטעון החזרתי מיגו דנאנסו, ולכאורה כמו ששטר מלוה מעיד שאינו פרוע לדעת ריב"ם כך שטר פקדון מעיד שלא הוחזר, ואיך מועיל מיגו נגד עדות השטר.

ב. אכן עי' בגמ' (שם) דהקשה רב ענן לרב חסדא ולימא לי' שטרך בידי מאי בעי, והשיב לו ולטעמך כי א"ל נאנסו מי מצי א"ל שטרך בידי מאי בעי. ואינו מובן לכאורה דמה שטרך בידי מאי בעי שייך בנאנסו. ופרשב"ם דרב ענן ס"ל דכיון דמצי א"ל שטרך בידי מאי בעי הו"ל מיגו במקום עדים, ורב חסדא השיב דכיון דיכול לטעון נאנסו לכן אין הנפקד חושש להשאיר השטר ביד המפקיד ולכן שוב לא הוי מיגו במקום עדים. ומבואר דס"ל לריב"ם דהשטר חשיב כעדות שלא פרע, כיון דשטרך בידי מאי בעי, משא"כ בשטר פקדון כיון דמצי טעין נאנסו ואינו חושש להשאיר השטר ביד המלוה לכן

דהרא"ש לא כתב אלא שחייב שבועת היסת, אבל הרמב"ם ס"ל דלא רק לענין שבועת היסת אלא גם לענין שבועת השבע לי דלא פרעתין שהיא שבועה גמורה בנקיטת חפץ מ"מ ג"כ כיון שתלוי בטענת הלוה ולא בחשש ב"ד – דאם לא טען לא טענינן לי' – אינו נפטר ממנה ע"י חזקה דריש לקיש.

ב. וראיה לזה מדברי הרמב"ם (שם) שכתב דאם הלוה אומר השבע לי שלא פרעתין משביעין אותו "שלא פרע כלום או שלא פרעו אלא כו"כ", והקשה הלח"מ דאם המלוה נשבע שלא פרעו אלא כו"כ הרי זהו פוגם שטרו וכבר כתב הרמב"ם בהל' א' דפוגם שטרו צריך שבועה ולמה כפל הדין. ויש להוסיף על קושייתו דהרי בפוגם שטרו ב"ד משביעים אותו דהוא בכלל המנויים בהל' א' ש"אומרים לו" להשבע, ואיך כללו הרמב"ם בהל' ב' בדין השבע לי דלא פרעתין דאם לא טען לא טענינן לי'.

אבל לפי דברינו ניחא דנפק"מ לתוך זמנו, דאי משום פוגם שטרו אי"צ שבועה הרי תוך זמנו אי"צ שבועה כמבואר בהל' א', אבל אם הלוה אמר השבע לי שלא פרעתין צריך שבועה.

ואין כל זה סותר לדיוקו של הב"י, דאמנם בע"א מעיד שהוא פרוע אי"צ שבועה אף דמסתמא גם הלוה טוען ברי, אבל היינו כשלא אמר הלוה השבע לי שלא פרעתין, אבל אם אמר השבע לי שלא פרעתין שזהו הדין שכתב הרמב"ם בהל' ב' חייב שבועה בכל גונא, ואפילו תוך זמנו.

ג. והנה בסמך לו כותל אחר תנן דבחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן, ומבואר טעמא בגמ' משום דאומר מי יימר דמחייבי לי רבנן, אבל הרמב"ם (פ"ג שכנים ה"ב) כתב דמ"מ זה שבנה את הכותל צריך להשבע בנקיטת חפץ שלא נפרע. והק' הלח"מ למה אין החזקה שלא שנתן דמי יימר דמחייבי לי רבנן פוטרת גם משבועה כמו החזקה דריש לקיש. ועי' באבן האזל מה שביאר בזה דבהא דריש לקיש יש ב' ענינים, חדא דהטענה בעצם גרועה כיון שאינו שכיח ואינו מוליד ספק ונשאר בחזקת חיוב, ואי"צ לזה תורת חזקה וגם ריש לקיש לא הזכיר לשון חזקה, אבל בזה לא היה סגי לפטור משבועה, ועוד דין חזקה לפטור משבועה וכמש"א הגמ' דאפילו מיתמי אי"צ שבועה דחזקה אין אדם פורע תו"ז. ועפ"ז ביאר האבן האזל דהא דבסמך לו כותל אחר מסתמא לא פרע דאמר מי יימר דמחייב לי רבנן מועיל לענין שהטענה שפרע הויה טענה גרועה וגובין ממנו, אבל אינה חזקה לפטור משבועה את"ד.

אבל לפי דברינו לכאורה הקושיא מעיקרא ליתא דגם החזקה דריש לקיש אינה פוטרת משבועת השבע לי דלא פרעתין.

אלא דזה תלוי בכיבור דברי הרמב"ם בסמך לו כותל אחר שכתב שהשני צריך להשבע בנקיטת חפץ שלא נפרע, דהמ"מ כתב דהוא כדין השבע לי דלא פרעתין, ולפי דבריו מיירי כשהסומך אמר לו השבע לי דלא פרעתין, וא"כ לפי דברינו דומה ממש לחזקה דריש לקיש דגם שם דעת הרמב"ם דאין החזקה דריש לקיש פוטרת

אינו כעדות שלא החזיר.

השטר, שע"י שמסר השטר להמלוה הרי זה כאילו סילק הלוח את זכותו לטעון פרעתי. וזהו מש"כ הרמב"ם דהמלוה בשטר צריך לפרעו בעדים, דזהו עצם הדין דכיון דאיכא שטרו אין הלוח נאמן לומר פרעתי אלא בעדים.

ומעתה י"ל דגם ריב"ם ס"ל כרשב"ם דהשטר הוא כעדים שלא נפרע, ושאינו שטר פקדון דאינו חושש להשאירו ביד המפקיד.

ולשיטת הרמב"ם יש לפרש השו"ט בגמ' (ע). באופן אחר דה"ק רב חסדא, דאם איתא דאינו נאמן לומר החזרתי משום דמתנאי השטר דהנפקד סילק את זכותו להיות נאמן לטעון פרעתי א"כ נימא דסילק את זכותו גם לטעון נאנסו, וע"כ דבשטר פקדון לא סילק את זכותו להיות נאמן בשבועה, וא"כ נהימניה בשבועה גם לומר החזרתי. והשיב לו רב חסדא דאיה"נ אף אני לא אמרתי שנאמן אלא בשבועה.

ועי' בתוס' שם (ד"ה ולימא) בשם ר"י דאין כונת רב ענן משום דהוי מיגו במקום עדים דא"כ מה תירץ רב חסדא ולטעמין כו' ולא ניה"ל בפרשב"ם, והסוגיא מפרש באופן אחר עיי"ש, והר"י לשי' דפליג כאן על רשב"ם וס"ל דאין השטר כעדים שאינו פרוע. וכ"כ בחי' ר' נחום.

גם לרשב"ם יקשה איך יפרנס מה דקיי"ל מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו, דנאמן לטעון פרוע מיגו דמזוייף. (והתם אין לומר כסברת רשב"ם גבי נאנסו דכיון שהיה יכול לטעון מזוייף לכן השאיר שטרו ביד המלוה, דזה ודאי אינו, דבודאי לא ישאיר שטרו הפרוע ביד המלוה על סמך שיוכל לטעון מזוייף, שהרי המלוה יוכל לקיימו.) ולכ"ז צ"ל דגם רשב"ם יסבור כהרמב"ן דשטר שאינו מקויים הוא בחזקת מזוייף בעצם, ואי"צ לטענת הלוח, ולכן שפיר נאמן לומר פרוע דהוי הפה שאסר הוא הפה שהתיר.

ומדוייק כן בלשון הרמב"ם (פ"ב שכירות הי"ב) וז"ל בד"א כשלא היה שם שטר, אבל אם הפקיד או השכיר או השאיל בשטר ואמר לו החזרתי לך הרי השומר נשבע בנקיטת חפץ מתוך שיכול לומר ש"ח שנגנב או אבד והשואל מתה בשעת מלאכה נאמן לומר החזרתי, וכשם שאם טען שנאנס נשבע מן התורה בנקיטת חפץ כך אם טען החזרתי ישבע כעין של תורה הואיל ויש שם שטר ביד התובע עכ"ל. וסיום דבריו מש"כ "הואיל ויש שם שטר ביד התובע" ק"ק דלכאורה מה שצריך שבועה הוא משום דבלא שבועה אין לו מיגו, ומה שצריך מיגו הוא אכן מחמת השטר, אבל לשון הרמב"ם משמע שהשטר בעצם מצריך שבועה. ולדברינו מבואר דאיה"נ זהו מתנאי השטר שלא יהא נאמן לומר החזרתי אלא בשבועה, וכמו בשטר מלוה מתנאי השטר שלא יהא נאמן לומר פרעתי אלא בעדים, כך מתנאי שטר פקדון שלא יהא נאמן לומר החזרתי אלא בשבועה.

והר"י דס"ל שאין שטר מלוה כעדות שלא נפרע נראה דאזיל בשיטת התוס' בכ"מ דכל זמן שלא טען מזוייף אי"צ קיום, וממילא מודה בשטר שכתבו אינו אלא מיגו בעלמא (וגם בלא"ה שיטת התוס' בכ"מ דהפה שאסר אינו אלא מיגו), ומ"מ קיי"ל דנאמר לטעון פרוע במיגו דמזוייף, ואי"ז מיגו במקום עדים, וע"כ דאין השטר נחשב עדות שלא נפרע.

ג. אגב אעיר דקשה לי בדעת רשב"ם כיון דבשטר פקדון אינו חושש להשאיר השטר ביד המפקיד וליכא שטרך בידי מאי בעי א"כ למה אין הנפקד יכול לטעון החזרתי בלי מיגו, ואין לומר דאיה"נ נאמן גם בלי תורת מיגו, דזה אינו דמבואר בגמ' דגם לרב חסדא כשטוען החזרתי צריך שבועה דומיא דאילו טען נאנסו ופרשב"ם משום דבלא"ה ליכא מיגו. וצ"ל דאף דאינו חושש להשאיר השטר ביד המפקיד ולכן אין לשטר תורת עדות שלא החזיר, אבל ראיה מיהא איכא וצריך מיגו כנגדו, ואכתי צ"ב.

ד. ועי' לשון הרמב"ם (פי"א מלוה ה"א) וז"ל אבל המלוה את חבריו בשטר צריך לפרעו בעדים לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן אלא אומרים לו או הבא עדים או עמוד ושלם לו חובו. עכ"ל. וידועה הקושיא דלכאורה הול"ל להרמב"ם לומר להיפך דהמלוה בשטר אינו נאמן לומר פרעתי משום דא"כ שטרך בידי מאי בעי, לפיכך צריך לפרעו בעדים. ועוד למה צריך לפרעו בעדים נהי דאינו נאמן לומר פרעתי כל זמן שהשטר ביד המלוה אבל למה לא יפרענו בלא עדים ויקח ממנו השטר.

ובחי' הגר"ח (סטנסיל בענין שטרך בידי מאי בעי) דייק מדברי הרמב"ם דהא דאינו נאמן במלוה בשטר לומר פרעתי אינו משום הראיה וההוכחה דשטרך בידי מאי בעי, כ"א הלכה בכחה של