

# הקדמה למסכת בבא בתרא

## תוכן העניינים

1	מבוא למסכת בבא בתרא
2	פרק א - היזק ראייה
4	פרק ב - הרחקת נזיקין ודיני שכנים
8	פרק ג - חזקת ג' שנים בקרקעות
13	פרק ד - ספיקות במקח וממכר
15	פרק ה - ירושה - סדר נחלות, ירושת בכור, הנחלה
21	פרק ו - מתנת שכיב מרע
23	פרק ז - ערב ושעבוד נכסים

## מבוא

### השער האחרון בדיני נזיקין

מסכת בבא בתרא, הוא השער<sup>1</sup> השלישי והאחרון, במסכת 'נזיקין'<sup>2</sup>. ועיקרי הדברים המתבארים בה, הם על חלוקת קרקעות ודיני שכנים, ומוחזקות בקרקעות, ועניינים שונים בקניינים, ודיני ירושות וצוואות ותיקון שטרות וערבות. וכתב הרמב"ם<sup>3</sup>, שהטעם שסידרו מסכת זו באחרונה מכל ענייני נזיקין, לפי שרוב ענייניה דברי קבלה וסברות, ולא התבארו מן התורה.

### התחלת המסכת בדין השותפין שרצו לעשות מחיצה

בטעם הדבר שהמסכת פותחת בדיני חלוקת שותפים, כתבו התוספות<sup>4</sup> שבפרק האחרון במסכת בבא מציעא עסקו בדין הבית והעליה שנפלו ובאו לחלוק בעצים ובאבנים, ולכן המשיך התנא לעסוק בדיני חלוקת שותפים. וכתב התורת חיים, שמטעם זה פתח התנא השותפין בה' הידיעה<sup>5</sup>, לפי שהמשנה הולכת על השותפין שכבר דנו בהם בפרק הקודם. והחתם סופר כתב לבאר, שהמשנה הולכת על הפסוק<sup>6</sup> 'ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו', ובפירוש הפסוק 'ובין גרו' פירש רש"י<sup>7</sup>, שהוא על עסקי דירה בין חלוקת אחים, ועל זה הולכת המשנה 'השותפין' על שותפים אלו שדיברה עליהם התורה שבאים לחלוק, שצריכים לשפוט משפט צדק ביניהם.

### העניינים המתבארים במהלך המסכת

כשני הבבות הקודמים לה, אף בבבא זו ישנם עשרה פרקים<sup>8</sup>, והמאירי כתב לחלק את ענייני המסכת לששה חלקים המתבארים בעשרה פרקי המסכת. הראשון, לבאר בענין השותפין, על אי זה צד כופים זה את זה לחלוק, ובאיזה בנין עושים את המחיצה, ועל איזה צד אין כופין הן מתחילת הענין ומעיקרו הן שנחלק כבר ונפלה מחיצה המבדלת<sup>9</sup>, ויתגלגל בענין זה דין היזק ראייה<sup>10</sup>, וכן בני החצר באלו דברים כופים זה את זה<sup>11</sup>, ויתגלגל הענין בבני מבוי ובבני העיר כולה באלו דברים כופים זה את זה.

השני, בהיזק הבא מן השכנים מזה לזה, הן מאליו הן מצד מעשה, שאחד מהם עושה בשלו, ומגיע מאותו מעשה היזק לחבירו, הן לאלתר הן לאחר זמן, על איזה צד צריך להיזהר מזה ולהרחיק מעשה שלו מתחום חבירו, ועל איזה צד אין צריך להיזהר<sup>12</sup>.

השלישי, בענייני החזקות, כלומר המחזיק בנכסי אחר וטוען שהיא שלו בטענת מכירה, וכבר עמדה בידו זמן, שחזקתו מועלת בכך, וזו היא חזקה שיש עמה טענה<sup>13</sup>. וכן שמחזיק בתוך שלו בקצת דברים שהיה חבירו יכול למחות בו מצד היזק המגיע לו בכך ולא מיחה, והלה טוען בזכותו מצד מחילה, והיא חזקה שאין עמה טענה<sup>14</sup>, ושאר דינים שבענייני החזקות<sup>15</sup>.

הרביעי, בענייני המכירות מזה שנכלל בענין המכר ומה שאינו נכלל בה<sup>16</sup>, וכן דרכי המכירה במטלטלין במה נקנין ובמה אין נקנין<sup>17</sup>. ואם נמצא הפסד בהם, מה דינו בחזרה או בחיוב אחריות<sup>18</sup>, וכן טעות שנמצא במכירת המטלטלין או הקרקעות, כיצד הוא דינן<sup>19</sup>.

החמישי, בענייני הנחלות, הן סדר הנחלות על ראשון ראשון<sup>20</sup>, הן ענייני הבכורה<sup>21</sup>, הן על אי זה צד יכול להרבות לאחד ולמעט לאחר<sup>22</sup>. ודיני הצוואות<sup>23</sup> ושאר דיני הנחלות והמחלוקות והספקות הבאות בין היורשים זה בזה או ליורשים עם אחרים, אם מצד צואת המוריש, אם מצד אחר<sup>24</sup>.  
השישי, בדיני השטרות וטופסיהם, ותיקונם<sup>25</sup>, ושעבוד הלוה, והערב והלוקח<sup>26</sup>.

### עניינים המתגלגלים מענייני המסכת

כדרך כל התלמוד, עניינים רבים ומסועפים מתגלגלים מענייני המסכת, ובהם מתבארים יסודות נוספים שאינם קשורים ישירות לענייני המסכת. במהלך מסכת זו,

שכל אחת מהם י' פרקים. 9. כל זה מתבאר בסוגיות הראשונות ב, א - ז, ב. 10. ב, ב. וענין זה מתבאר גם בפרק שלישי (נט, ב - ס, א). 11. ז, ב - יז, א. 12. ענין זה מתבאר בכל הפרק השני 'לא יחפור' (יז, א - כז, ב). 13. ענייניה מתבארים ברובו של הפרק השלישי 'חזקת הבתים' (כח, א - נז, א). 14. ענייניה מתבארים בהמשך הפרק, נז, א - ס, א. 15. חלק מהמשנה מב, א וסוגיית הגמרא שעליה נב, ב - נו, א העוסקת בדיני חזקה המועלת לקנין בקרקע. 16. פרק רביעי 'המוכר בית' (סא, א - עג, א) וחלק מהפרק חמישי 'המוכר את הספינה' (עג, א - פג, ב). 17. בסוגיית הגמרא עה, ב - עז, ב. 18. בהמשך הפרק חמישי 'המוכר את הספינה' פג, ב - צא, ב. 19. בפרק שישי 'המוכר פירות' ושביעי 'בית כור' צב, א - קח, א. 20. פרק שמיני 'יש נוחלין' קח, א - קכג, ב. 21. קכג, ב - קכו, ב. 22. קכו, ב - קלד, א. 23. בפרק שמיני (קלד, א - קלח, ב) ובפרק תשיעי 'מי שמת' (קמו, ב - קנו, ב). 24. בשאר הפרק השמיני והתשיעי עד קנט, ב. 25. בפרק העשירי 'גט פשוט' קס, א - קעג, א. 26. קעג, א - קעו, ב.

1. ראה בהקדמות למסכת בבא קמא ובבא מציעא בביאור הלשון 'בבא'. 2. ראה בהקדמה למסכת בבא קמא, שהתבאר מחלוקת האמוראים (בבא קמא קב, א) אם מסכת נזיקין הכוללת את שלושת הבבות, נחשב למסכת אחת, או שאחר החלוקה נחשבים לשלוש מסכתות שונים. והתבאר שם הנפקא מינה להלכה ממחלוקת זו. והובא שם דעת המהרש"א במכלתין (ב, א על תוספות ד"ה השותפין), שמה שאמרו בגמרא שכל נזיקין חדא מסכתא, היינו על כל סדר נזיקין. והובא שם, שכן הביאו הראשונים בתחילת שבועות בשם הר"י מיגאש. וראה בחידושי החתם סופר בתחילת המסכת מה שדן לפי דבריהם, כיצד יש ששים מסכתות בש"ס. 3. בהקדמה למשניות. ומובא בתוספות יום טוב בתחילת המסכת. 4. ב, א ד"ה השותפין. 5. ראה בראשונים ריש כתובות וריש קידושין. 6. דברים א, טו. 7. בפירוש שני. ומקורו מהגמרא בסנהדרין ז, ב [ורבינו חננאל שם פירש, שמשם לומדים דיני הרחקת נזיקין]. וראה בשו"ת חתם סופר חושן משפט סימן עט ד"ה פסיק השם הרביעי. 8. ובסך הכל יש במסכת זו ל' פרקים, כמו במסכת כלים, המחולקת אף היא לג' בבות,

מתבארים בין השאר נידונים שונים של טוען ונטען ונאמנות מיגו<sup>27</sup>, ענייני תפיסה וחלוקה בספיקות<sup>28</sup>, דיני קנין חזקה בקרקע<sup>29</sup>, דיני מכירת שטרות<sup>30</sup>, ענייני רוב וקרוב<sup>31</sup>, דין רוב בנידון של ממון<sup>32</sup>, עניינים שונים בדיני טומאות וטהרות<sup>33</sup>, פסול שאובין במקוואות<sup>34</sup>, ועוד עניינים רבים. גם ענייני אגדתא רבים ישנם במסכת זו, כגון בענייני לוחות הברית וכתבי הקודש<sup>35</sup>, ועניינים מופלאים שישנם בימים, ומהם מתבאר כבוד ירושלים<sup>36</sup>.

### המסכת הגדולה ביותר במגן הדפים

מספר דפי מסכת זו כפי שהתקבל במרוצת הדורות<sup>37</sup>, הוא קע"ה דפים, שהוא מספר הדפים הגדול ביותר במסכתות הש"ס<sup>38</sup>. והתקבל בכלל ישראל, שדפי המסכתות מתחילים בדף ב' ולא בדף א'<sup>39</sup>, ונמצא שהדף האחרון הוא דף קע"ו. ודורשי רשומות מצאו רמז לכך, שאף מספר הפסוקים בפרשה הארוכה בתורה, היא פרשת נשא, הוא קע"ו, וכן הוא מספר הפסוקים בפרק הגדול ביותר בתהלים, הוא תמניא אפי'<sup>40</sup>.

### פירושי הראשונים למסכת

רק בשני הפרקים הראשונים, ומועט מתחילת הפרק השלישי<sup>41</sup>, זכינו לפירושו של רש"י. והמשך רוב המסכת, מתבאר על ידי בן בתו הרשב"ם. במסכת זו, זכינו לפירושיהם של גדולי ראשוני הראשונים<sup>42</sup>, ובהם גם כאלו שפירושיהם לשאר המסכתות נדירים המה, ביניהם יש למנות את פירושו של רבינו גרשום מאור הגולה<sup>43</sup> על הדף, שזו המסכת היחידה מסדרי נשים ונזיקין שזכינו לביאורו<sup>44</sup>. וכן לפירושו של הר"י מיגאש<sup>45</sup>, שקטעים מפירושו המלא השתמרו בידנו, ועוד קטעים השתמרו בחיבור השיטה מקובצת<sup>46</sup>, ומלבד מסכת זו ישנו בידנו רק את פירושו למסכת שבועות. גם יש להזכיר את ספר יד רמ"ה<sup>47</sup> המאריך בפירושו מסכת זו, ומלבד מסכת זו ישנו בידנו רק את פירושו למסכת סנהדרין<sup>48</sup>. ואת ספר עליות דרבינו יונה<sup>49</sup>, שמלבד מסכת זו יש בידנו רק את פירושו למסכת עבודה זרה, ומכתבי תלמידיו למסכת ברכות<sup>50</sup>. כמו כן, השיטה מקובצת מרבה להביא גם מפירוש הראב"ד<sup>51</sup> למסכת זו, שמלבד מסכת זו זכינו לפירושו רק במסכת בבא קמא ובמסכת עבודה זרה.

## פרק א

### היזק ראייה

#### היזק ראייה בחצר

במשנה הראשונה שנינו, 'השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר בונין את הכותל באמצע'. כפי שמתבאר מהמשך דברי המשנה, עיקר נידון המשנה בא לומר על מקום בנין הכותל החולק בין החצירות, ועל סוג האבנים שממנו בונים את הכותל. אך בסוגיית הגמרא<sup>52</sup> נחלקו בפירוש תחילת המשנה, אם יכול אחד לכפות את חבירו על עצם בנין הכותל המפריד ביניהם<sup>53</sup>. ומחלוקתם תלויה בדין היזק ראייה אם הוא נחשב היזק או שאינו נחשב היזק, שאם היזק ראייה נחשב היזק, יכול אחד לכפות את חבירו לבנות את הכותל, כדי שיסתיר את חצירו מראיית חבירו, ויוכל לעשות בחצר תשמישים צנועים. ואם היזק ראייה אין שמו היזק, אין יכול לכפות את חבירו לבנות את הכותל, לפי שהוא אינו מזיק את חבירו בכך שהוא יכול לראות את כל מה שנעשה בחצר, אף שעל ידי כך נמנע בעל החצר השניה לעשות בחצרו תשמישים צנועים. אמנם, כל המדובר הוא רק על בניית כותל כזה המסלק את אפשרות היזק הראייה, אבל לכולי עלמא יכול אחד לכפות את חבירו לעשות מחיצה להפריד בין החצרות כדי שלא ייכנס האחד לרשות חבירו<sup>54</sup>.

#### שיעור סילוק ההיזק

הלכה היא, שהיזק ראייה שמיה היזק, ויכול אחד מבני החצר, לכפות את חבירו לבנות ביניהם כותל בלא חלונות<sup>55</sup> כדי לסלק את היזק הראייה<sup>56</sup>. ושיעור גובה הכותל הוא ארבע אמות<sup>57</sup>, שבזה מסתלק האפשרות לראות בחצר חבירו<sup>58</sup>.

#### שיעור רוחב וחוק המותל

במשנה מתבאר ששיעור רוחב הכותל שבונים בין החצרות, הוא כפי מנהג המדינה בשיעור בניית הכתלים בסוגי אבנים שבהם בונים את הכתלים<sup>59</sup>, ונחלקו הראשונים

יד רמה ושיטות הקדמונים על מסכת גיטין. 49. הוא רבינו יונה גירונדי, בעל השערי תשובה, מחותנו של הרמב"ן ורבו של הרשב"א. ונקרא בשם זה, לפי שבסוף כל סוגיא, כותב רבינו יונה 'עלה בידניו' את מסקנת הסוגיא להלכה, ודרך חיבורו זה, דומה בתוכנו לחיבור היד רמ"ה שמלבד שהוא מבאר את פירוש הסוגיא והמשא ומתן בה, מאריך הוא בפרטי הדינים היוצאים ממנה להלכה. 50. שנדפסו מסביב לר"ף. יצויין, שהשיטה מקובצת בכמה מסכתות, מביא רבות מדברי תלמידו רבינו יונה בעוד מסכתות, [ובעיקר במסכת כתובות]. 51. הוא רבינו אברהם בן דוד, הקרוי הראב"ד בעל ההשגות על הרמב"ם ועל הר"ף ובעל המאור, ובעל הפירוש לתורת כהנים וספר בעלי הנפש, וחיבורים נוספים. ונקרא (שם הגדולים מערכת גדולים א אות יא) 'הראב"ד השלישי', להוציא מחותנו רבינו אברהם בן רבי יצחק אב בית דין, בעל האשכול, הקרוי בפי הראשונים 'הרב אב"ד' ולעתים גם הראב"ד ונקרא 'הראב"ד השני', והראב"ד הראשון הוא בעל ספר הקבלה (ראה שם הגדולים שם אות ט). 52. ב, א - ג, א. 53. ונחלקו בביאור לשון המשנה 'השותפין שרצו לעשות מחיצה', שלפי לשון ראשון, ביאור 'מחיצה' היינו כותל, ומדובר שכבר חלקו בחצר, ועל זה אמרו במשנה שרק אם שניהם רצו לעשות כותל ביניהם ועשו על כך קנין (כמבואר בגמרא ג, א), על זה דנים מהו שיעור הכותל שיכול אחד לחייב את חבירו לבנות, והיכן בונים אותו, אבל אין אחד יכול לחייב את השני לבנות כותל, לפי שהיזק ראייה לאו שמיה היזק. והלשון השני מפרש את 'מחיצה' שהוא מלשון חלוקה, וכוננת המשנה שאם שניהם רצו לחלוק את החצר שהיו שותפים בה, יכול אחד לחייב את השני לבנות כותל באמצע לפי שהיזק ראייה שמיה היזק, אבל אם לא רצו לחלוק אין יכול אחד לכפות את השני על חלוקה, שמדובר בחצר שאין בה כדי חלוקה. 54. ומחיצה זו קרויה 'מסיפס'. ונחלקו הראשונים ממה בונים מחיצה זו, רש"י (ב, ד"ה וטעמא) כתב, שדי לחלק במסיפס של יתדות עצים תקועים בארץ נמוכים. אבל התוספות (ד"ה הוה) בשם הערוך והרשב"א (ד"ה אי תנא) בשם רבינו הנאל והערוך פירשו, שגם מסיפס צריכים לבנות מאבנים טובות, אבל יכולים לעשות בו חלונות רבים. 55. ראה תוספות ב, ד"ה הוה. 56. תוספות ב, א (ד"ה היזק) ושאר ראשונים שם, וכן פסקו הרמב"ם (שכנים ב, יד) והסמ"ג (עשיין פב) והטור ושולחן ערוך (קנז, א). 57. משנה ה, א. 58. התוספות בעירובין (מח, א ד"ה גופו) הקשו, שמבואר בגמרא שם שגופו של אדם הוא ג' אמות, ואם כן למה צריכים גובה ארבע אמות. ותיצו, שפעמים שיש גבושית סמוך לכותל ופעמים גם מגביה עקביו ועומד על אצבעות רגליו. ועוד, שמה שאמרו שגופו של אדם הוא שלוש אמות, היינו בלא ראשו. ובשבת (צב, א ד"ה אישתכח) כתבו, שאף שגם עם הראש אין זה ארבע אמות, מכל מקום בקל יכול להגביה את עצמו ולראות, ולכן הצריכו ארבע אמות. 59. והמשנה פירטה שיעורים שונים בבניית הכותל מסוגי לבנים שונים כמה הוא רוחב הכותל, וכתבו הראשונים שהטעם שפירטה המשנה את רוחב הכותל לפי הלבנים, שאם נהגו

27. בעיקר בפרק שלישי ל, א - לז, א. ובמקומות נוספים במהלך המסכת. 28. ב, א; לד, ב-לה, ב ועוד. 29. נב, ב - נה, א ובעוד סוגיות בעניינים המסתעפים מדיני קנין חזקה. 30. עו, א - עו, א. 31. כב, ב - כד, א. 32. צא, א - צג, ב. 33. ט, ב; יט, ב - כ, א; נה, ב; סו, א ועוד. 34. סו, ב. 35. סוף פרק ראשון יד, א - טז, א. 36. עג, א - עה, ב. 37. מאז הדפסת הש"ס בוניציאה, רפ"א לפ"ק. 38. אמנם, מובא בשם הגר"א מוילנא, שמסכת זו אינה המסכת הגדולה ביותר בש"ס, שהרי הטעם שדפיה מרובים יותר הוא משום שפירוש הרשב"ם המלווה את רוב המסכת, הינו באריכות יותר מפירושו של רש"י. ומסכת ברכות, שהיא בין הקצרות במספר הדפים, היא המסכת הגדולה ביותר בש"ס, משום שפירושה מועטים, לפי שמרובים בה ענייני אגדה. 39. ידוע בשם צדיקים הרמז לכך, שגם אחר שמסיים האדם את המסכת, יידע שעדיין ניצב הוא לפני ההתחלה, שהרי את הא' עדיין לא התחיל. 40. פרק קיט. 41. כט, א ד"ה אלמה. 42. יש לציין, שבחיודשי הרשב"א למסכת זו, ניכרת אריכות יתירה על שאר חידושי במסכתות הש"ס, כשהוא נושא ונותן בדברי הראשונים כולם. וראה בהקדמת הגר"י סרנא זצ"ל לחידושי הרשב"א למסכת, שיצאו לאור לראשונה בשנת תשי"ז בההדרתו של הגר"מ בן מנחם פצ"ני חתנו של הגר"א זצ"ל. 43. תלמיד רבינו האי גאון ורבינו חננאל, ורבו של רבו של רש"י. והחיד"א בשם הגדולים (מערכת ג אות יג) כתב, שהוא פירש את כל התלמוד, והביא בשם מצרף לחכמה להרב יש"ר בהקדמת נובלות, שמפירושו של רבינו גרשום קיצר וחיבר רש"י את פירושו על הש"ס. והחיד"א כתב, שמתוך פירושו של רבינו גרשום לסדר קדשים המצוי בידנו, מוכח שרש"י לא פירש את פירושו על פי פירושו של רבינו גרשום. 44. בסדר מועד זכינו לפירושו למסכת תענית, ובסדר קדשים יש לנו את פירושו על כל הסדר, מלבד מסכת זבחים. 45. הר"י מיגאש, תלמיד הר"ף שכעדות המאירי (בהקדמה לאבות) עוד בחייו הנחיל לו הר"ף את כסא ישיבתו, וישב על כסאו במשך ל"ח שנה, והפליג בפירוש התלמוד דרך הרבנות פירוש ופסק, בפירוש מלא ובפסקים אמיתיים. הוא היה רבו של הרמב"ם, המעיד עליו (בהקדמה לפירוש המשניות) 'כי הבנת האיש בתלמוד מפליאה כל מי שמתבונן בדרכיו ועומק עינו, עד שאפשר לי לומר עליו, לפניו לא היה מלך כמוהו בשיטתו'. 46. ויצאו לאור על ידי הגרמ"ש שפירא זצ"ל בהרכת הקטעים מפירושו הר"י מיגאש המודפס, ומדברי השיטה מקובצת, ומתשובות הר"י מיגאש, ומכתב יד נוסף. 47. לרבינו מאיר הלוי אבולעפאי, מדורו של הרמב"ן, ומכונה בפי הראשונים בדורו 'נשיא נשיאי הלוי' (ראה חידושי הרמב"ן למכלתין לז, א ד"ה ויש). 48. על אף היות שני החיבורים בסגנון אחד, המייחד את חיבורו של הרמ"ה, שהוא בשפה הארמית, ומסכם את פסק ההלכה העולה מהסוגיא, יש הבדל גדול בין חיבורו על בבא בתרא לחיבורו על סנהדרין, שבעוד חיבורו על בבא בתרא נכתב באריכות ובהטעמה גדולה, חיבורו על סנהדרין הוא בקיצור יותר. ראה במבוא של הרב אברהם שושנה לספר

אם הולכים לפי שיעור סתם כתלים של הבניינים בעיר<sup>60</sup>, או לפי שיעור כתלים שבין החצרות<sup>61</sup>. היו רגילים לבנות בקנים והוצים, אין יכול לכפות לבנות מלבנים<sup>62</sup>, ובלבד שלא יהיה אור בקנים שיכול אחד לראות את חברו<sup>63</sup>. היה מנהג לבנות בפחות מהוצים וקנים, נחלקו הראשונים אם הולכים אחרי מנהג זה<sup>64</sup>. וכתב הרמ"ה<sup>65</sup>, שאם היה חילוקי מנהגים בבניית הכותל, הולכים אחרי הרוב<sup>66</sup>, ואם אין ידוע מנהג הרוב או שאין בזה רוב, הולכים אחר הפחות שבשיעורים, שכל ספק בממון הולכים לקולא להוציא. מקום שנהגו שלא לבנות כלל כתלים בין החצרות, נחלקו הראשונים אם מחייבים זה את זה לבנות את הכותל<sup>67</sup>.

**שיעבוד שנים ושותפים או הרחקת נזיקין**

מהאחרונים יש שכתבו<sup>68</sup>, שחיוב בניית הכותל בחצר לדעת הסובר שהיזק ראה שמייה היזק, אינו מדין סילוק המזיק בעלמא<sup>69</sup>, אלא הוא מדין שיעבודי שותפים ושנים שהשתעבדו זה לזה, שעל דעת כן השתתפו שיתחייבו לעשות מחיצה ביניהם בחצר. אבל מדברי כמה ראשונים מוכח, שיסוד חיוב בניית הכותל הוא משום הרחקת נזיקין<sup>70</sup>.

**איסור היזק ראייה**

דעת הרמ"ה<sup>71</sup> שאם אינו בונה כותל בין חצרו לחצר חברו, עובר על איסור, שאם אין כותל בנייהם אינו יכול להמנע מלראות לחצר חברו, ואיסור הוא, כפי שדורשים<sup>72</sup> מהכתוב<sup>73</sup> 'וירא את ישראל שוכן לשבטיו', מה ראה, ראה שאין פתחי אהליהם מכוונין זה לזה. אבל מדברי כמה ראשונים מתבאר, שבמניעת בניית הכותל בין חצירות אינו עובר על איסור זה<sup>74</sup>, ורק כשמסתכל בחצר חברו ומונע ממנו על ידי כך להשתמש, עובר על איסור מזיק<sup>75</sup>. וכתבו אחרונים<sup>76</sup>, שגם הסובר שהיזק ראה אין שמו היזק, היינו רק שאין מחוייב מחמת כן לבנות כותל, אבל וודאי שאסור להסתכל בחצר חברו כשעושה דברים צנועים, ואם מסתכל נחשב הדבר למזיק, רק שהוא סובר שמשום כך אין יכול לחייבו לעשות כותל, לפי שיכול השני להמנע מלעשות דברים צנועים בחצירו<sup>77</sup>.

**היה כותל נפל**

היה ביניהם כותל נפל, לכולי עלמא כופים זה את זה לבנותו מחדש בשיעור ארבע אמות<sup>78</sup>. ובטעם הדבר נחלקו הראשונים, רש"י<sup>79</sup> כתב שהוא משום שכבר התרצו<sup>80</sup> בכותל. וביאר רבינו יונה, שכיון שעשו קנין על הדבר, הוכיחו שמקפידים הם על היזק הראייה, וביזה לכולי עלמא יכול לתבוע שישלך את הנזק, ולכן יכול תמיד אחד לכפות את חברו לבנות ארבע אמות לסלק את ההיזק<sup>81</sup>. והתוספות<sup>82</sup> כתבו, שהטעם שבזה לכולי עלמא חייב לבנות את הכותל, כיון שהיה ביניהם כותל, כבר הורגלו לעשות דברים צנועים בחצר, ויכול לכפות אותו על סילוק הנזק<sup>83</sup>.

**היזק ראייה בבית**

כל המחלוקת אם היזק ראה שמייה היזק, הוא רק בחצר, אבל בבית הכל מודים שהיזק ראה שמייה היזק<sup>84</sup>, לפי שאדם עושה בביתו תשמישים צנועים<sup>85</sup>, ולפיכך אדם שיש לו חלון בביתו, ובא שכנו לבנות כותל כנגד החלון, צריך בעל הכותל לבנות יותר מארבע אמות, כדי שלא יעמוד וישען על הכותל ויראה את שבביתו. ואם היה החלון למעלה בכותל, ובא לבנות כותל כנגד החלון למטה ממנו, צריך למעט את הכותל שיהיה נמוך ארבע אמות מן החלון, כדי שכשעומד על הכותל לא יוכל לראות דרך החלון<sup>86</sup>.

**היזק ראייה בגינה**

בגמרא<sup>87</sup> אמרו, שאפילו הסובר שהיזק ראה לא שמייה היזק, מודה בגינה שכופים זה את זה לעשות מחיצה ביניהם<sup>88</sup>, לפי שאסור לאדם לעמוד בשדה חברו בשעה שעומדת בקמותיה, שלא יזיקנו בעין רעה, ובגינה שעשויה לגידול ירקות נחשבת כל שעה שעומדת בקמותיה<sup>89</sup>, ולפיכך יכולים לכפות זה את זה על בניית

מועיל חזקה על היזק ראה, וגם במקום שנהגו שלא לגדור חייבים לגדור. אבל כמה ראשונים חולקים על זה, וכפי שיובא בסמוך, ומדבריהם מתבאר שאין איסור במניעת בניית כותל. 75. ראה טור ושלחן ערוך שעה, ה. וראה ברמ"א קנ"ד, ג שצריך להיזהר מלהסתכל בבית חברו עד שהוא נתפס כנגב בראייה היא. ופירש הסמ"ע (שם, יד) שהחידוש הוא שאפילו הסתכלות מועטת, ואף שאינו מתכוין לראות בו, מכל מקום אסור לעמוד נגד בית חברו להסתכל דרך שם, מפני שיהיה נחשד בעיני הבריות שעומד שם כדי לראות. 76. קהלות יעקב סימן ה, וחידושי רבי ראובן סימן ב' ועוד. 77. בחידושי רבי ראובן שם הוכיח כן מדברי רש"י (ג, ד"ה דאיצטנע) שהטעם שהיזק ראה לא שמייה היזק לטובו כן, הוא מחמת שבחצר שחלוקה לשני אנשים, אין עושים דברים צנועים בחצר. והקהלות יעקב כתב להוכיח כן, מהמבואר בגמרא (ב, ב) שבמקום שכבר היה כותל ביניהם, ואחר כך נפל, לכולי עלמא כופים לבנות מחדש את הכותל, וביארו התוספות (ד"ה נפל), שהוא כיון שהורגלו לעשות דבר צנוע בחצר, הרי שכל הטעם שאין מחייבים לבנות כותל הוא רק משום שחבירו יכול להיזהר שלא לעשות דבר צנוע [אמנם, רש"י שם פירש, שהטעם שבנפל מחייבים אחד את השני לבנות, לפי שכבר התרצו בכותל, וראה לעיל]. והוכיח כן עוד, מהמבואר בגמרא (שם) שבגג הסמוך לחצר, מחייבים את בעל הגג לבנות מחיצה, לפי שבעל החצר אומר לבעל הגג, שכיון שאין תשמישו קבוע בגג, אין בעל החצר יכול להיזהר ממנו. 78. משנה ה, א וכיבאר הגמרא ב, ב. 79. ב, ב ד"ה נפל. 80. רש"י כתב, שכבר התרצו הראשונים בכותל, ומבואר מדבריו שהקנין של הראשונים מחייב גם את הלוקח. והיינו, מדין שעל דעת כן השתתף. וראה חזון איש. 81. אבל יותר מארבע אמות אין יכול לתבוע, אף שעשו קנין בתחילה על יותר מארבע אמות, כיון שקנין זה אינו מחייב על כותל לעולם, אלא רק על עצם מציאות הכותל. 82. שם ד"ה נפל. 83. וכתב הנהיבות המשפט (קנה, א) שנפקא מינה מטעמים אלו באופן שהתרצו ראשונים לבנות בבקעה, שלפי רש"י מועיל להתחייב לבנות שוב [לפי ביאורו של רבינו יונה בדברי רש"י שכבר התרצו לכאורה אין הכרח לזה, ראה להלן מחלוקת הראשונים בדין גנה]. מה שאין כן לפי ביאור התוספות אין זה מחייב לבנות שוב, כיון שאין שייך שם הטעם שהורגלו. 84. גמרא ב, ב 'הזיקא דבית שאני'. 85. רש"י שם ד"ה הזיקא. 86. משנה כב, א כביאור הגמרא שם, ב ומבאר גם בגמרא ב, ב. ומבואר שם, שבנוק זה הכל מודים שהוא היזק, כיון שהוא נזק של בית. 87. ב, ב. 88. היינו בגינה שיש בה כדי חלוקה. ובגינה שאין בה כדי חלוקה באופן שהתרצו לחלוק, נחלקו האחרונים, שדעת הסמ"ע (קנה, א) שדינו כמו בחצר, וכשם שבחצר חייבים לבנות אף כשרצו לחלוק בחצר שאין בה כדי חלוקה (כפי שהתבאר בגמרא בלשון השני לדעת הסובר היזק ראה שמייה היזק), הוא הדין בגינה. אבל הקצות החושן (שם, א) הביא מדברי המשנה למלך (שכנים ב, טז) שדייק מדברי הטור, שבגינה שאין בה כדי חלוקה, אף כשהתרצה לחלוק אין כופים אותו לבנות כותל ביניהם, כיון שאין זה היזק מצוי (כפי שיתבאר בסמוך מדברי כמה ראשונים). 89. תוספות ורשב"א שם ד"ה גינה, שבוה חלוקה גינה מבקעה שמגדלים בה תבואה, שאין כופים לבנות כותל, לפי ששם אין זה גדול תמיד. והוסף הרשב"א, שכיון שהוא רק פעם אחת בשנה [והתוספות כתבו שהוא פעם אחת בחודש], יכול להיזהר מלעמוד עליו באותו זמן, ולכן אין מחייבים אותו לגדור. ורבינו יהונתן פירש (מובא בשיטה מקובצת), שגנה שהיזק נטועת בערוגותיה, והעין

לעשות מלבנים אלו בשיעור רחב יותר אין מחייבים אותו על כך, שהוא מנהג שטות. 60. כן הוא שיטת הרמב"ן בפירוש המשנה. אך כתב, שבמקום שנהגו במחיצות שבין השותפים בשיעור אחר מבניית הכתלים, ודאי שהולכים לפי מנהג המחיצות שבין השותפים. 61. כן הביא הרשב"א בשם רבינו יונה והסכים לזה. 62. גמרא ד, א בביאור חידוש המשנה. 63. רמב"ם בפירוש המשניות. וכן מבואר בתוספות ב, ב ד"ה הוה בשם הערוך. 64. התוספות (ב, א ד"ה בגיול) כתבו בשם רבינו תם, שלכל הפחות חייבים לבנות בהוצא דפנא, אבל בפחות מזה אין בונים אפילו במקום שנהגו לבנות בפחות מכך, שזה מנהג הדיין, ואפילו במקום שנהגו המדינה הוא המחייב, אין הולכים אחר מנהג שאין לסמוך עליו. וכן פסק הרמ"א קנ"ד, ד. אבל הרמב"ן והמאירי (על המשנה שם) והאור זרוע (מובא בהגות אשר"י א, ה) כתבו, שהולכים אחרי מנהג, גם אם הוא מנהג גרוע, שבממון המנהג קבוע, ובלבד שלא יהיה נגד הדין. וראה בשדה חמד מערכת מ' כלל לו. 65. אות ב. 66. ואף שאין הולכים בממון אחר הרוב, היינו רק לרבר לשעבר, אבל לגבי קביעה על העתיד, הרוב קובע מה נחשב המנהג שעל פיו מחייבים את כולם. וראה בחידושי הריטב"א בבא מציעא ע, א וחקרי לב חושן משפט סימן קיא ושדי חמד מערכת המ"ם כלל לו ד"ה ומנהג שלא. 67. רבינו יונה על המשנה כתב, שכל המשנה הוא רק במקום שאין מנהג ידוע, או בעיר חדשה, אבל בעיר שנהגו שלא לבנות כתלים, הולכים אחר המנהג שאינו חייב לבנות. והוכיח כן מגינה שמבואר במשנה (ד, א) שבמקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבים אותו לגדור, והרי גינה עדיפה מחצר (כפי שיובא בסמוך). אבל הרשב"א כתב, שלפי דברי רבינו תם שבמנהג של פחות מהוצא ודפנה אין הולכים אחרי, ודאי שגם בוה אין הולכים אחר המנהג, וגינה גרוע מחצר שאין זה היזק ראייה. והרא"ש (סימן ו) הביא את שני השיטות. וראה עוד בביאור המחלוקת להלן. 68. ראה: חידושי רבי שמעון סימן א; חזון איש א; ו; אבן האזל שכנים ב, טז; חידושי רבי ראובן סימן א; חזון יחזקאל א, ה; אבי עזרי שכנים ג, ג; חידושי רבי אריה לייב סימן צד. 69. לפי שיכול לומר, לא אראה ולא אזיק, אך לדעת הסוברים שהוא נחשב מזיק, היינו משום שאי אפשר להמנע מלראות, ועוד שבעל החצר נמנע מלעשות תשמישים צנועים מחשש שיכול לראות. 70. כן מוכח מדברי האור זרוע במשנה, שהקשה לפי דעת רבי יוסי שבכל הרחקת נזיקין על הניזק להרחיק את עצמו, למה כאן מחייבים את שניהם לבנות את הכותל. ותירצו, שהיזק ראה נחשב גירי דיליה, שבוה מודה רבי יוסי שהמזיק מרחיק את עצמו (כפי שיבואר להלן בפרק הרחקת נזיקין). וכעין זה הקשה ותירץ הר"י מיגאש על הדין שאסור לפתוח חלון לחצר חברו. וכתבו אחרונים, שהר"י מיגאש לא הקשה כן על דין המשנה, לפי שבמשנה יתכן שהוא משום חיוב השותפין. ובשיעורי רבי דוד הוכיח מדברי הרמ"ה במשנה (אות א) שכתב, שגם אם אין החלקים של שניהם שום בחצר, מכל מקום נותנים שניהם בשוה למקום בניית הכותל, לפי ששניהם מזיקים זה את זה, ושניהם מחוייבים לסלק את היזק הראיה אחד מהשני, ולכן שניהם נותנים בשוה. ואם היה זה דין שעבוד השותפין הדעת נותנת שהשיעור הוא כל אחד לפי חלקו, כפי שכן הוא לגבי בית שער שבין החצר לרשות הרבים, כמבואר במשנה ז, ב. ובעיקר הדין בוה בחצר שאינה שוה, ראה ברש"י על המשנה ז, א ובנותבות המשפט קסא, א. 71. פרק א' אות כה ואת לט ופרק ג' אות רפ. וכן כתב הרמב"ן נט, א. 72. בגמרא ס, א. 73. במדבר כד, ב. 74. שכן הרמ"ה כתב מטעם זה שיש איסור בדבר, שאין

מחיצה. ונחלקו הראשונים, בגובה שיעור מחיצה שעושים בגינה<sup>90</sup>. ולפי ההלכה שהזיק ראה בחצר שמיה הזיק, נחלקו הראשונים אם גינה וחצר שוים<sup>91</sup>, או שחצר חמור יותר לפי שעושים בו תשמישים צנועים<sup>92</sup>.

### הזיק של רבים

בני החצר כופים זה את זה לבנות בית שער לחצר<sup>93</sup>, והטעם משום הזיק ראה של העוברים ושבים ברשות הרבים<sup>94</sup>, שלא יראו בתוך החצר, ואף לדעת הסובר, הזיק ראה אין שמו הזיק, בזה שהוא הזיק של רבים, שמו הזיק<sup>95</sup>. ויש שביאר בטעם הדבר<sup>96</sup>, לפי שכיון שרבים עוברים ורואים, נמנע מלהשתמש כלל בחצירו, ולכן לכולי עלמא נחשב הדבר לנזק.

### פתיחת חלון ופתח

לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפים, ואף אחד מהשותפים המשתמש בחצר בשותפות עם האחרים, רוצה לפתוח חלון בביתו כנגד החצר, יכול השותף לעכב, אף שבלאו הכי צריך להצטנע ממנו בחצר, משום שטוען שעד עכשיו לא היה צריך להצטנע אלא כשהוא בחצר, ועכשיו אפילו כשהוא בבית צריך להצטנע<sup>97</sup>. ואפילו אם רואה מהחלון רק חלק מהחצר, יכול למנוע ממנו לפתוח את החלון<sup>98</sup>. ואסור לאדם לפתוח פתח כנגד פתח של חבירו ולא חלון נגד חלון, שנאמר<sup>99</sup> 'וישא בלעם את עיניו וירא את ישראל שוכן לשבטיו', מה ראה, ראה שאין פתחי אהליהם מכוונים זה לזה<sup>100</sup>. וכתב הריטב"א<sup>101</sup>, שאפילו אם נתנו לו השכנים רשות לפתוח פתח או חלון, אינו רשאי לפתוח כנגד פתח או כנגד חלון. וזה רק כשביניהם הוא חצר השותפין, אבל מותר לפתוח פתח נגד פתח וחלון נגד חלון כשביניהם הוא רשות הרבים<sup>102</sup>, לפי שבלאו הכי צריך צריך להצטנע מבני רשות הרבים שיכולים לראותו<sup>103</sup>.

### חוקה ומחילה בהזיק ראייה

נחלקו הראשונים, אם מועיל חוקה בהזיק ראייה, כגון שהחזיקו בחצר כשותפים בלא מחיצה ולא מיחו אחד בשני<sup>104</sup>. דעת הרי"ף<sup>105</sup> שאין מועיל חוקה בהזיק ראייה. ובטעם הדבר כתב הרמב"ן<sup>106</sup>, שנחשב הדבר הזיק של האדם עצמו שניזוק בגופו, אם משום עין הרע, אם משום לשון הרע, אם משום צניעות, ועל דברים המזיקים בגוף האדם אין מועיל חוקה<sup>107</sup>, ואפילו מחילה בפירוש אין מועיל<sup>108</sup>. והרמ"ה<sup>109</sup> כתב בטעם הדבר שאין מועיל חוקה, שאין מועיל חוקה על דבר שאין עושים בו מעשה<sup>110</sup>. ועוד, שאין מועיל חוקה על דבר שהזיקו תדיר כל יום וכל שעה<sup>111</sup>. ועוד, שהרי יש איסור בדבר<sup>112</sup>, ועל איסור אין מועיל חוקה ומחילה<sup>113</sup>. והרא"ש<sup>114</sup> כתב, שהטעם שאין מועיל חוקה על בניית כותל בחצר, לפי שאין מועיל חוקה בדבר ששניהם מזיקים זה את זה, ורק בדבר שיש מזיק וניזק בזה מועיל שתיתק הניזק להוכיח שמחל<sup>115</sup>. ולפי דברי הרא"ש, מעיקר הדין מועיל חוקה בהזיק ראייה<sup>116</sup>, ורק בחצר השותפים אין מועיל חוקה לפטור מבניית כותל<sup>117</sup>. וכן אם מחל בפירוש, מועיל מחילה אפילו בחצר השותפין<sup>118</sup>.

## פרק ב

### הרחקת ניזקין ודיני שכנים

#### יסוד חיוב הרחקת ניזקין

חייב אדם להרחיק דברים הגורמים נזק לחברו, אפילו כשעושה אותם בתוך רשותו, ואף על פי שדברים אלו הם באופן של גרמא שגם אם יזיקו יהיה פטור מלשלם,

אבל דעת הרי"ף מייגאש (ו, ב) ורוב הראשונים (רמב"ן רשב"א ריטב"א ונמוקי יוסף ומאירי ס, א ועוד), שרק אם החלון נמוך סתם עוברי רשות הרבים יכולים לראותו, בזה התירו לפתוח חלון נגד חלון ברשות הרבים. אבל אם החלון גבוה יותר מארבע אמות, אין היתר לפתוח חלון נגד חלון. 104. ראה להלן בפרק הרחקת ניזקין בדין חזקת תשמישים וחזקה בהרחקת ניזקין, אם צריכים לזה חזקת ג' שנים וחזקה עם טענה. 105. בתשובה, מובא בראשונים ב, ב ובירמב"ן נט, א. וכן כתב הרי"ף מייגאש ב, ב. 106. נט, א. 107. וזה הטעם שאמרו בגמרא (כג, א) שאין חזקה בקוטרא ובית הכסא, לפי שדברים אלו הם נזקי גופו של אדם, ועל נזקי גופו אין מועיל חזקה. 108. והוסיף בזה, שכיון שוודאי אסור למזיק להזיק בראיה ולהתסכל בו לדעת, ואין אדם יכול להיזהר בכך ולעמוד כל היום בעצימת עינים, על כרחו נאמר לזה, סתם חלון ואל תחטא תדיר. 109. אות כה. 110. וטעם זה כתב גם הרי"ף מייגאש בתירוץ אחד לחלק בין דין זה של מחיצה שאין מועיל בו חזקה, לדין של חלון שיש לו חזקה (כמבואר בגמרא נח, ב), ששם עשה מעשה לפתוח את החלון, ולכן מועיל על זה חזקה. 111. וכתב, שזה הטעם שאין מועיל חזקה על קוטרא ובית הכסא, לפי שהזיקם תדיר [ראה להלן בדין חזקה בשאר נזקי שכנים בשם הרמב"ם והשולחן ערוך]. ובה חילק הרמ"ה בין חצר לחלון שמועיל בו חזקה, לפי שבחלון אין הזיק תדיר, שאין אדם עומד כל שעה בחלון להסתכל בו. ועוד, שכיון שהחלון עשוי לאורה. 112. כפי שהובא מדבריו לעיל. מה שאין כן בחלון שאין איסור בעשיית החלון, כיון שהוא עשוי לאור ולתשמישים, ויכול להמנע מלהסתכל משם לרשותו של חבירו. 113. ובאות לט כתב מטעם זה, שגם במקום שנהגו שלא לבנות מחייבים אחד את השני לבנות, שעל איסור אין מועיל מנהג. 114. פרק ראשון סימן ב. 115. וכן כתב הרי"ף מייגאש בתירוץ אחד לחלק בין חלון לחצר, שבחצר שניהם מזיקים זה את זה, ואין בזה מחילה בזה ששתק ולא תבע כותל, שיכול לומר שסבר שחבירו יתבע אותו, ולכן שתק. וכתב הקצות החושן (קנד, ב) שהנפקא מינה בין הטעמים, באופן שיש לו גג ליד חצר חבירו, שלפי הטעם שבחצר אין מועיל חזקה לפי שניהם מזיקים זה את זה, כאן יועיל חזקה, אבל לפי הטעם שהזיקו תדיר [וכן לפי הטעם שלא עשה מעשה], לא יועיל גם בזה חזקה. 116. וכתב הקהלות יעקב (סימן ה), שלפי דעה זו, גדר הזיק ראייה, היינו שמוזיק את החצר מלהשתמש בה תשמישים צנועים, ואין זה הזיק על גופו של האדם, וכיון שהוא הזיק על הממוץ, מועיל על זה חזקה. 117. וכן כתב הרשב"א ב, ב בשם הראב"ד. ובחלון נגד חלון, נחלקו הראשונים אם מועיל חזקה, והרמ"א קנד, ג הביא את שני הדעות. 118. וכתב הרא"ש, שאין יכולים לחזור בהם מהמחילה, ואף שהאומר לחבירו קרע לי כסותי יכול לחזור בו, כאן זה שונה, שבעצם הדבר יש לכל אחד תביעה על חבירו לבנות את מחצית הכותל, וכיון שמחלו זה לזה, זכה כל אחד מהם בחלקו אף בלא קנין. וראה בחידושי רבי שמעון וברכת שמואל סימן א' וקובץ שיעורים אות א' וחידושי רבי ראובן סימן א' ובשיעורי רבי שמואל ט יב, שהאריכו בזה.

שולטת בהם יותר מבשדה הזרוע כולו כאחת שאינו ניכר חשיבותו כל כך. ועוד, שבגנה יש הרבה מיני ירקות כל אחד בערוגה שלו, ומתוך כך העין שולטת בהן. וראה בשיטה מקובצת בשם הגליון. 90. דעת הרמב"ם (שכנים ב, טז) שבגנה כופה אותו להבדיל גינתו מגנת חבירו במחיצה של עשרה טפחים, ואין דינה כמחיצת חצר שצריכה ארבע אמות. והראב"ד שם השיג, שאין חילוק בין חצר לגינה בזה. וראה במגיד משנה שם ובמגדל עוז מה שהשיב הרמב"ם לחכמי לונל, שחלוק גינה מחצר, שהרי בגינה אין הזיק ראייה, שאין משתמשים בה תשמישים צנועים. 91. כן מתבאר מדברי התוספות ב, ב ד"ה גינה. 92. כן מתבאר מדברי הרשב"א שם. והרא"ש סימן ו הביא מחלוקת לגבי חצר, במקום שנהגו שלא לגדור, שיש אומרים שגם בחצר אין מחייבים לגדור לפי שבגינה יותר נחשב הזיק ראייה כמבואר שבה לכולי עלמא שמיה הזיק, ואף על פי כן מבואר במשנה (ד, א) שאם לא נהגו לגדור אין יכול לכפות לגדור. ויש אומרים שבחצר מחייבים לגדור אף במקום שאין מנהג, אבל בגינה במקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבים לגדור, שבחצר ההזיק יותר גדול לפי שעושים בו תשמישים צנועים. וראה מה שהובא לעיל בסמוך לגבי גינה שאין בה כדי חלוקה. והקהלות יעקב (סימן ה) כתב לבאר את החילוק בין הזיק של גינה להזיק של חצר, שהזיק של חצר הוא הזיק בגופו של המשתמש, שהראיה שמסתכל בו כשמשמשם תשמישים צנועים נחשב נזק על גופו (כפי שיובא בסמוך מדברי הרמב"ן). אבל הנזק של הגינה כשמשתמש בה במקומותיה הוא נזק ממוץ, ועל נזק ממוץ מועיל מנהג. 93. משנה ז, ב. 94. כן מוכח בגמרא ב, ב. וכתב הרמב"ן שם, שעל כרחק שאין זה מטעם שמירה, שאם כן היה די בדת, ולא היו צריכים בית שער. 95. גמרא ב, ב. 96. חידושי רבי ראובן סימן ב על פי דברי הרמב"ן שם. 97. משנה גמרא נט, ב. וכפי פירוש הרשב"ם (ד"ה אבל) בפירוש שני, שעד עכשיו כשהיה בעל החלון בבית לא היה צריך להיזהר ממנו בתשמיש החצר, ועכשיו יוכל לראותו גם כשהוא בבית דרך החלון, ולכן יכול לתבוע ממנו שלא לפתוח את החלון. וכן פירשו רבינו גרשום והתוספות שם. ובפירוש ראשון פירש הרשב"ם, שעד עכשיו כשהשתמש בחצר היה צריך להיזהר, ולא כשהשתמש בבית, שהרי פתח הבית של חבירו אינו מכוון כנגד פתחו, ועכשיו יצטרך להיזהר גם כשמשמש בבית, שלא יראהו דרך החלון שפתחו, שהוא גבוה. 98. מרדכי סימן תעא שלא כדברי הראב"ן שאם יש מקום אחד בחצר שיכול להצטנע ממנו, אין יכול למנוע ממנו לפתוח חלון. וראה שם באריכות. 99. במדבר כד, ב. 100. משנה גמרא ס, א. והרשב"ם (שם ד"ה חלון) כתב, שהטעם הוא משום צניעות. ורבינו גרשום שם כתב, שהטעם הוא משום הזיק ראייה. וראה בסמוך בשם הרמ"ה. 101. שם. וכן הוא להלכה בשולחן ערוך קנד, ג. 102. היינו כל שיש רשות לרבים להלך שם, אף אם אין לזה תנאי רשות הרבים לשבת, שו"ת הרא"ש ק, ג. 103. משנה גמרא שם. וכתב הרשב"ם (ד"ה סוף) שגם בחלון צריך להצטנע מרוכבי סוסים וגמלים שרוכבים ורואים אותו. וכתבו הראשונים (רמב"ן שם ועוד), שלפי טעם זה, גם אם החלון גבוה מותר לפתוח חלון נגד חלון ברשות הרבים.

מכל מקום אסור לעשות כן, שגרמא בנוקין אסור<sup>119</sup>, ואפילו כשמשתמש בתוך שלו איזה תשמיש הצריך לו ומומנו נמשך נזק לשכנו הקרוב אל ביתו, גם זה אסור<sup>120</sup>, ויכול חבירו לעכב עליו<sup>121</sup>.

### מאיזה נזיקין חייב להרחיק

נחלקו תנאים, מה הם הנזיקין שמחוייב אדם להרחיק מחצר חבירו, דעת חכמים<sup>122</sup> שלעולם על המזיק להרחיק את עצמו, וצריך להרחיק אף את האילן מבורו של חבירו כדי שלא יזיקו השרשים את הבור של חבירו<sup>123</sup>. אבל רבי יוסי סובר, שאם הם דברים שאין זה נחשב 'גירי דיליה', על הניזק להרחיק את עצמו<sup>124</sup>, ודין הרחקת נזיקין הוא רק בדברים שהם 'גירי דיליה'<sup>125</sup>, כגון עוצר שומשמים לעשות שמו, שבכח הכאתו הוא מרעיד את כותל הבנין, ומידו בא הנוק<sup>126</sup>. ואם הזיק מכח הנדנדו, חייב לשלם<sup>127</sup>. והלכה כרבי יוסי<sup>128</sup>.

### מה נחשב גירי דיליה

במשניות שנינו כמה דוגמאות של הרחקת נזיקין, ונחלקו הראשונים אם רבי יוסי מודה בהם לפי שנחשבים הם 'גירי דיליה'. שיטת רש"י<sup>129</sup> שרק דבר שמזיק בכח האדם עצמו, זה נחשב גירי דיליה שצריך המזיק להרחיק מהניזק, אבל דבר שאינו מזיק מכח האדם עצמו, אין צריך להרחיק<sup>130</sup>, ולפי דבריו כל המשניות של הרחקת נזיקין אינם בשיטת רבי יוסי<sup>131</sup>. אבל שיטת רבינו חננאל<sup>132</sup>, שכל דבר שמיד שהוא מניח קיים בו כח ההיזק, נחשב הדבר גירי דיליה<sup>133</sup>. והרמב"ן<sup>134</sup> כתב בדעה זו, שאפילו אם אינו מזיק מיד, כל שמזיק במקומו ואין צריך להתפשט דבר לחוץ, זה נחשב גירי דיליה<sup>135</sup>. ודעת הרשב"א<sup>136</sup>, שרק אם כח המזיק נמצא בשעה שמניח, זה נחשב גירי דיליה<sup>137</sup>. לדעה זו שנחשב הדבר גירי דיליה אף כשאינו מזיק בכח האדם עצמו, ומודה רבי יוסי שעל המזיק להרחיק את עצמו, הסתפק הרמב"ן<sup>138</sup> אם נחשב הדבר למזיק בידים גם לגבי חיוב תשלום, או שזה נחשב גרמא ופטור מלשלם<sup>139</sup>.

### הרחקת בור מבור וכותל

המשנה הראשונה העוסקת בד"ן הרחקת נזיקין<sup>140</sup>, מבארת את ד"ן הרחקת בור שיח ומערה אמת המים ונברכת הכובסין בחצרו, שלושה טפחים מכותל בורו של חבירו<sup>141</sup> או מכותל בניינו<sup>142</sup>. ובטעם ההרחקה בחפירת הבור בסמוך לבור של חבירו או לכותל הבנין, מחלשת את כותלי הבור והבנין ומרפה אותם<sup>143</sup>. ב' שהמים שבבורו מלחלים את הקרקע, ולחלוחית הקרקע מזיקה לבור ולכותל<sup>144</sup>, אבל חפירה בלא מים אינה נחשבת לנזק כל כך<sup>145</sup>. ג' גם משום החפירה וגם משום הלחות, שבשניהם יכול בעל הבור והכותל לתבוע מהשני להרחיק את בורו<sup>146</sup>. ד' בבור שהוא עמוק ההיזק הוא משום החפירה, אבל בשיח ומערה שאינם עמוקים, הנזק הוא רק משום המים<sup>147</sup>. ובאמת המים ונברכת הכובסין, לכולי עלמא הנזק הוא משום המים<sup>148</sup>.

### סמיכה בהיתר

בא לחפור בור בצד המיצר של חבירו, ולחבירו עדיין אין שם בור, נחלקו אב"י ורבא<sup>149</sup> אם מותר לסמוך עד המיצר<sup>150</sup>. ובלשון אחד בגמרא אמרו שבשדה העשויה לבורות, לדברי הכל אינו סומך, והמחלוקת היא רק בשדה שאינה עשויה לבורות, שבה סובר אב"י שמותר לסמוך כיון שאינו מזיק אותו בכך שסומך למיצרו,

(שם, יח) האריך לתמוה, שהרי בכל הדברים שצריך להרחיק אותם, יש מקום לחייבו משום ארבעה אבות נזיקין, שרובם דומים לשור המזיק או לבור המתגלגל, ומה טעם פטור בהם ודנו רק מד"ן חיוב מזיק בידים, ואם הוא אינו גירי דיליה לכולי עלמא פטור. וכתב לייסד, שבעיקר הד"ן, כל דבר שעושה האדם בשלו, אין נחשב מזיק כלל, ואין צריך לשמור שלא יזיק, שזכותו לעשות בשלו לצרכו מה שרוצה, ואין שייך על זה חיוב שמירה, וכל חיוב שמירה הוא רק במקום שהמזיק הולך ומזיק ברשות של האחר, ששם אין לו רשות לעשות עם המזיק. ועל זה אמר רבי יוסי, שדבר שהוא גירי דיליה, אין לו רשות להחזיק בחצירו, ונחשב הדבר כמו שהולך ומזיק ברשות של אחר [ראה לשון ה"ד רמ"ה אות קח]. וממילא, כל הנידון הוא רק מד"ן אדם המזיק, שאם זה נחשב אדם המזיק, אין לו רשות לעשות בחצירו, ועל זה הנידון בדברים אלו שהם נחשבים גירי דיליה שאין לו זכות לעשות בשלו, אם הם נחשבים לגדרי מזיק גם לגבי חיוב תשלום. וראה עוד ברכת שמואל סימן יד וחזון איש י"ד, י"ד-טז. 140. ז"א. 141. כפי שביארה הגמרא ז"א. ב. ונמצא שההרחקה מחלל הבור הוא בשעור של ששה טפחים. 142. ובמשנה שנינו שסד בס"ד, ובגמרא (ט, א) הסתפקו אם צריכים גם הרחקה וגם לסוד בס"ד, והרמב"ם (שכנים ט, א) פסק, שצריכים את שניהם. וכן כתבו בעליות דרבינו יונה ובחידושי הרמב"ן והרשב"א שם. אבל הרא"ש (ב, ד) כתב, שהוא בעיא דלא איפשיטא, ולכן אם כבר עשה אחד מהם, אין כופים אותו לעשות עוד אחד. וכתב הקצות החושן (קנה, ז) שגם לדעת הרא"ש, לכתחילה צריך לעשות את שניהם, ורק אם כבר עשה אחד מהם, אין כופין אותו על השני. והגרא"א (קנה, נא) כתב, שגם הרמב"ם שפסק שצריכים את שניהם, הוא מספק, לפי שהרמב"ם פוסק שבכל ספק הרחקת נזיקין הולכים לחומרא [ראה ברמב"ם שם, יב-יג]. וראה בשער משפט שם. 143. רש"י שם ד"ה א"כ; רבינו גרשום שם ד"ה לא; רמב"ן; ריטב"א; נמוקי יוסף; מאירי שם ועוד. 144. תוספות שם ד"ה לא יחפור ורשב"א שם. ולדבריהם, מה שאמרו בגמרא שהחפירה היא גורמת לרפיון הקרקע, הוא רק כדי לבאר למה נחשב הדבר גירי דיליה, שמשעת החפירה כבר מתחיל הנוק, אף שמצד זה לבד לא היה יכול לעכב עליו. וראה בדרישה קנה, יח בביאור דבריהם. וראה עוד בחזון יחזקאל א, א ובחידושי רבי אריה לייב סימן צז. וה"ד רמא (אות א) כתב גם הוא שההיזק הוא רק מחמת המים, ובדבריו מבואר שמצד המים בלבד נחשב הדבר לגירי דיליה, ואין צריכים לטעם של החפירה כלל. וביאר את הדבר, שהכותל של הבור של השני משועבד לחלל בורו, וכיון שהמים מיד מגיעים לתחילת הכותל, אף שעדיין אין נמצאים בתוך חלל הכותל, נחשב הדבר לגירי דיליה. וראה בחידושי הרמב"ן והרשב"א כב, ב בטעם הדבר שמים נחשבים גירי דיליה. 145. בדברי הרשב"א מבואר, שבאמת גם חפירה נחשב לנזק, רק שמשום כך לא היו צריכים להרחיק כל כך. וכן מפורש בדבריו בשו"ת ג, קנו. וכן כתב בביאור הגרא"א (קנה, לא) בדעת התוספות. אמנם, בלשון הרא"ש שבשיטה מקובצת שם משמע, שאין צריך להרחיק כלל. וראה חזון יחזקאל א, א. 146. ראה המובא בריטב"א שם. שבין בחפירה בלי מים יכול לעכב עליו, ובין בחפירה שחפר ברשות שיכול לעכב עליו מלתת שם מים. 147. ראב"ד המובא בשיטה מקובצת יט, א. והחתם סופר ז"א, ב ד"ה ולפע"ד כתב, שכן הוא גם דעת הרמב"ם. 148. כמבואר בגמרא שם, ב. וכן כתב הרמב"ן במשנה שם. 149. ז"א, ב. 150. וכתב הרמ"ה (סוף אות כד), שגם לדעת רבא שאסור לסמוך, אין צריך לסוד בס"ד, שהסיד מועיל שהמים לא יזיקו, וכיון שאין עדיין בור לחבירו, אין המים נחשבים גירי דיליה [ראה בסמוך שדעת כמה ראשונים, והרמ"ה מכללם שכל שהדבר הניזוק אינו בעולם, אין זה נחשב גירי דיליה], ואין צריך סיד. אבל הטור כתב בדעת הרמ"ה שצריך גם סיד [וכתב הפרישה שהוא טעות סופר, וצריך לומר שכן הוא לדעת הרמב"ם. וראה ברמב"ם שכנים ט, י]. וראה בית הלוי ב, מו אות ד בביאור המחלוקת.

119. גמרא כב, ב. והרמ"ה שם כתב, שהוא איסור מן התורה, ובמקור האיסור בזה מן התורה כתב, שהוא או משום לפני עור לא תתן מכשול, או משום ואהבת לרעך כמוך. והרא"ש (שו"ת קה, י) כתב, שהוא מהכתוב דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, שהקפידה התורה שלא יעשה אדם דבר בתוך שלו שיגרום נזק לחבירו. ומבואר שהוא מן התורה. וראה גם ביאור הגרא"א קנה, ח. אבל הקריית ספר (שכנים פרק ט) כתב, שהוא רק תקנת חכמים כדי שלא יבוא היזק לחבירו מחמתו. וכן מבואר בספר הישר לרבינו תם (סימן תרט"ז) שכל הרחקות ששנינו הם רק מדברנו ולא מן התורה. אך יתכן שדבריו הם רק על הרחקות נזיקין לדעת רבנו הסוברים שלעולם על המזיק להרחיק את עצמו. 120. על פי לשון שולחן ערוך הרב הלכות נזקי ממון סעיף יד. וראה הלך בשם נתיבות המשפט שבעיקר הד"ן כשאדם עושה בתוך שלו דברים הנצרכים לו, אין עליו שם מזיק, וראה מה שיתבאר שם בטעם ד"ן הרחקת נזיקין. 121. רש"י שם ד"ה גרמא. 122. משנה כה, ב. 123. והיינו, כשהבור קדם לאילן, ומבואר במשנה שם, שבעל הבור צריך לתת לו את הדמים. ופירש רש"י (ד"ה ונותן) שכיון שברשות נטע [ובשיטה מקובצת הלשון הוא 'אף על פי ששלא ברשות נטע']. וראה בחידושי רבי נחום אות סח], כיון שאינו מזיק עד זמן גדול, לא חייבונו חכמים לקוץ את האילן בלא דמים בגלל היזק היחיד. והתוספות (יה, ב ד"ה ואי) כתבו בטעם שחייב לשלם, לפי שיש היזק גדול באילן שעשוי לעמוד ימים רבים, וחששו להפסד מרובה. והרמב"ן והרשב"א (יה, ב) כתבו, שהטעם שחייב לשלם, לפי שישונו העולם באילנות, לפיכך הקלו בו חכמים שלא יקצוץ בלא דמים [הקצות החושן (קנה, יא) הביא בשם הרמב"ן שהוא משום יישוב ארץ ישראל]. ורבינו יונה (כה, ב) כתב, שמעיקר הד"ן גם חכמים מודים שבאילן אין צריך להרחיק, לפי שאין זה לא חיצו ולא גמרא של חיצו, ובחומרא זו לא החמירו חכמים לקוץ בלא דמים. 124. לשון הגמרא יה, ב. 125. בחידושי רבי אריה לייב (סימן צז) חקר בדעת רבי יוסי הסובר שרק בגירי דיליה צריך להרחיק, אם יסוד דינו הוא משום ד"ן מזיק, שגירי דיליה נחשב מזיק, או שגם רבי יוסי מודה לדעת רבנו שבמקום שהוא גירי דיליה יש ד"ן הרחקת נזיקין. וראה בסמוך, שבעיקר גדר גירי דיליה נחלקו הראשונים, ובפשוט הדברים תלויים בנידון זה. 126. גמרא כה, ב. 127. כן מבואר מהמשנה כ, ב. וכן נפסק בשולחן ערוך קנה, טו. וראה בקונטרס דינא דגרמי לרמב"ן. 128. גמרא שם. 129. כב, ב ד"ה לימא וד"ה בגירי; כה, ב ד"ה בגירי; בבא מציעא קז, א ד"ה איני. 130. ומדבריו מתבאר, שדין גירי דיליה הוא מד"ן אדם המזיק, ולכן צריך להרחיק באופן זה. 131. ורק לגבי הרחקת הסולם מהשוכן, בזה אמרו שם שמודה רבי יוסי, לפי שכשמיניח את הסולם על יד השוכן, יכולה הנמיה לעלות על הסולם לשוכן, וזה נחשב מזיק בגירי דיליה ממש. 132. מובא בתוספות כב, ב ד"ה לימא ובשאר הראשונים שם, וכן הוא שיטת הרי"ף שם, ועוד הרבה ראשונים. 133. לאפוקי אילן הסמוך לבור, שכן ההיזק בא לאחר מכן כשמתפשטים השרשים. 134. בחידושי שם. 135. ובוזר ביאר למה כשסומך בור שלו לבור של חבירו יש שם מים, ונחשב המים לגירי דיליה, כיון שהנזק מתחיל ממקום הנחתו. וראה בסמוך. 136. בחידושי שם בשם רבינו יונה. וראה בעליות דרבינו יונה יה, ב. 137. ובשו"ת הרא"ש (קה, י) כתב ביאור אחר בטעם שמודה רבי יוסי בכל הרחקות של המשניות, לפי שבכל מקום שהתשמיש של הניזק הוא תשמיש קבוע ואינו יכול לסלק את עצמו מרה, כמו תשמיש של דירה שכולל גם מרתף וחצר, ונוקו מרובה, מודה רבי יוסי שעל המזיק לסלק את הנוק, ורק בבור ואילן שהתשמיש של הבור אינו קבוע כל כך, וגם יכול הניזק לסלק את הבור למקום אחר ולא יהיה נזק מרובה, בזה סובר רבי יוסי שעל הניזק להרחיק את עצמו. 138. קונטרס דינא דגרמי (קרוב לסופו). 139. ובשולחן ערוך (קנה, לג) הובא מחלוקת בזה, יש מי שפטר מלשלם ויש מי שמחייב. ובנתיבות המשפט

שהרי אין השדה עשויה לבורות, ורבה סובר שמכל מקום מוזיק אותו שאם ירצה לחפור לא יוכל לחפור<sup>151</sup>. ובלשון שני אמרו, שבשדה שאינה עשויה לבורות לכולי עלמא סומך, והמחלוקת היא בשדה העשויה לבורות, שאביי סובר שמוטר לסמוך כיון שהדבר הניזק עדיין אינו בעולם<sup>152</sup>, ורבה סובר שאסור לסמוך לפי שכבר עכשיו מוזיק את הקרקע שלא יוכל לחפור בה בורות<sup>153</sup>. ולהלכה פסקו רוב הראשונים<sup>154</sup> כדעת רבא כפי הלשון השני, שבשדה העשויה לבורות אסור לסמוך, ובשדה שאינה עשויה לבורות מותר לסמוך<sup>155</sup>.

### סמיכה כשהדבר הניזק עדיין אינו קיים וסמיכה בהיתר

דעת רש"י<sup>156</sup> והרי"ף<sup>157</sup> שבכל הרחקות נזיקין, סובר רבא שצריך להרחיק גם קודם שהדבר הניזק קיים, כיון שחבירו עשוי ויכול לעשות את הדבר הניזק, וכשעשה השני את הדבר הניזק, צריך המזיק להרחיק את עצמו<sup>158</sup>. אבל כמה ראשונים<sup>159</sup> סוברים, שכל מה שרבה אסור הוא רק באופן זה שבשעת הסמיכה כבר מוזיק את הקרקע של חבירו שלא יוכל לחפור שם בור ולבנות כותל, אבל בשאר הרחקות, מודה רבא שאין דין הרחקה אלא אם כן הדבר הניזק כבר קיים<sup>160</sup>, ואם עשה בהיתר שוב אין הוא צריך להרחיק את עצמו<sup>161</sup>.

### כאופן ששניהם מוזיקים זה את זה

דעת התוספות<sup>162</sup>, שבאופן ששני דברים מוזיקים זה לזה<sup>163</sup>, אם אחד מהם סמך כשהשני עוד לא עשה את שלו, ונמצא שסמך בהיתר<sup>164</sup>, מכל מקום כשבה דבר המזיק אחר כך, לא זכה המזיק הראשון בקדימתו לחיוב את המזיק השני להרחיק, כיון שאף הוא עשה קצת שלא כהוגן בסמיכתו, אף שעשה בהיתר<sup>165</sup>.

### מניעת דושיא

במשנה<sup>166</sup> שנינו, 'מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו, לא יסמוך לו כותל אחר, אלא אם כן הרחיק ממנו ארבע אמות'. וביארה הגמרא<sup>167</sup>, שמדובר שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו בריחוק ארבע אמות ונפלה<sup>168</sup>, ועל זה אמרו שגם כשבונה מחדש את הכותל צריך להרחיק ארבע אמות, שיכול השני לטעון שהליכת האנשים בין הכתלים, הקרוי 'דושיא', מחזקת את הקרקע ומועילה לכותל<sup>169</sup>. וכתבו התוספות<sup>170</sup>, שאפילו לדעת רבא הסובר שאסור לסמוך ליד רשותו של חבירו גם קודם שיש את הדבר הניזק, מודה כאן שמוטר מתחילה לסמוך כותל לרשות חבירו, שהכותל בעצמו אינו מוזיק את הכותל של חבירו, והוא רק מונע את ההילוך שמחזק את הכותל<sup>171</sup>, ולכן כשאין הכותל קיים, אין מניעה לסמוך<sup>172</sup>. וכמה ראשונים<sup>173</sup> כתבו, שכל דין מניעת דושיא הוא רק כשלקח את הקרקע מהמלך או מהפקדן<sup>174</sup>, שבוה זכה בארבע אמות של מקום הכותל לדישת הקרקע<sup>175</sup>.

### היזק של קול והילוך רבים

שנינו במשנה<sup>176</sup>, חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין<sup>177</sup>, אבל עושה כלים יוצא ומוכר בתוך השוק, ואינו יכול לומר איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הריחים ולא מקול התינוקות. ונחלקו הראשונים בטעם שיכול לעכב על קול הנכנסין והיוצאין ולא על קול הפטיש והריחים, דעת רש"י<sup>178</sup>, שכשהקול בא מחמת אחרים שאינם שותפים במקום, יכול השכן לעכב מחמת הקול שמפריע לו לישון, מלבד בקול של תינוקות של בית רבן הלומדים תורה, שאינו יכול לעכב עליהם משום המצוה ללמוד את התינוקות<sup>179</sup>. אבל בקול של פטיש וריחים שבה מהשכן עצמו, אין השכן יכול לעכב, שזכותו לעבוד בביתו<sup>180</sup>. ודעת הרמב"ן והרשב"א, שהטעם שמעכב על חנות, אינו משום עצם הקול, שעל קול אינו יכול לעכב כפי שאינו מעכב על קול של פטיש וריחים,

151. ובעליית דרבינו יונה כתב, שהדברים הם רק לדעת חכמים שגם בלי גירי דיליה צריכים להרחיק, אבל לדעת רבי יוסי שבלא גירי דיליה אינו צריך להרחיק, בשדה שאינה עשויה לבורות אינו צריך להרחיק, שכיון שאינה עשויה לבורות אין נחשב הדבר לגירי דיליה. אבל הרשב"א והריטב"א שם כתבו, שגם זה נחשב גירי דיליה, לפי שאם יבוא לחפור בור נמצא שהנוק הוא כבר משעה שהשני חפר את בורו סמוך למיצרו. 152. ואפילו לדעת חכמים הסוברים שעל המזיק להרחיק את עצמו בכל אופן, היינו רק כשהדבר הניזק כבר בעולם, אבל אם הדבר הניזק עדיין אינו כאן, אין על המזיק חיוב להרחיק את עצמו. 153. ואמרו בגמרא, שאפילו לדעת רבי יוסי הסובר שבכל מקום על הניזק להרחיק את עצמו, מודה בזה שנחשב גירי דיליה, לפי שבכל חפירה וחפירה מרפה את הקרקע [והרמ"ה לשיטתו שרק משום המים נחשב הדבר למזיק, פירש (אות כד) שגם כאן כיון שמרפה את הקרקע, נבלעים המים ויבואו להפיל את הבור, ונחשב הדבר מוזיק של הקרקע שלא יוכל לחפור בו בורות]. 154. הרי"ף (ט, ב מדפי הרי"ף); ר"א"ש ב, ג; רמב"ן ורשב"א ושאר ראשונים יח, א; רמב"ם שכנים ט, י. וכן הוא להלכה בשולחן ערוך קנה, י. אכן, במלחמות ה' (שם) ובעיטור (אות מ' מודעת) הביא בשם מקצת גאונים ראשונים שפסקו כדעת אביי, אך הרמב"ן ובעל העיטור דחו את הדברים. 155. ובאופן שסמך בהיתר, בשדה שאינה עשויה לבורות, או לדעת אביי אפילו באופן שעשויה לבורות, ובה לאחר מכן השני לחפור את בורו, נחלקו הראשונים כמה השני צריך להרחיק, אם צריך להרחיק את שיעור כל ששה טפחים מחלל הבור, וצריך לנכנס ששה טפחים לתוך חצירו, שהרי הראשון סמך את חלל הבור למיצר שלו, ונמצא שכותל בורו של הראשון הוא שלושה טפחים ברשותו. או שדי שהשני ירחיק שלושה טפחים, שאין הראשון מוזיקו להרחיק ממנו בשיעור ההרחקה של סתם בור, כיון שנכנס ברשותו. ראה בתוספות יז, ב ד"ה אבי ויה, ב ד"ה ואי; רמב"ן רבינו יונה רשב"א וריטב"א יח, ב; יד רמה אות כד; רמב"ם ומגיד משנה שכנים ט, י. והקצות החושן קנה, יא כתב להלכה בה בין שדה שאינה עשויה לבורות שסמך בהיתר גמור לבין שדה העשויה לבורות לדעת אביי שהסמיכה היא לא בהיתר גמור [ראה להלן באופן ששני הדברים מוזיקים זה את זה]. 156. בסוגיא דחרדל יח, ב כפי שביארו התוספות בשיטתו, וכמבואר במהר"ם שם בהרחבה. 157. כפי שביאר הנמוקי יוסף בשיטתו, וכפי שכתב הטור (סימן קנה) בשמו. 158. ונחלקו הראשונים בשיטה זו, אם הדברים אמורים גם לדעת רבי יוסי שרק בגירי דיליה צריך להרחיק, שכל שאם הדבר הניזק היה קיים, נחשב היה לגירי דיליה, גם כשהדבר הניזק אינו קיים צריך המזיק להרחיק, כיון שמזיק לו את האפשרות לעשות את הדבר. או שרק לדעת חכמים צריך להרחיק גם כשאין הדבר הניזק בעולם, אבל לדעת רבי יוסי שהלכה כמותו שצריכים דווקא גירי דיליה, באופן שהדבר הניזק אינו בעולם אין זה נחשב גירי דיליה, ורק בבור הסמוך לקרקע של חבירו נחשב לגירי דיליה, כיון שמזיק את הקרקע עצמו בעצם הריפוי. ראה תוספות יז, ב ד"ה מרחיקין; רמב"ן יח, א ד"ה הא דאקשינן; רמ"ה אות כ; רשב"א כב, א ד"ה לענין וראה בהרחבה בשו"ת רבי עקיבא איגר קמא סימן קנא. 159. ר"ח ורבינו תם בתוספות יח, ב ד"ה וסבר; בעל המאור ט, ב מדפי הרי"ף ד"ה אלא; ר"א"ש ב, ג. 160. ואפילו לדעת חכמים הסוברים שעל המזיק להרחיק את עצמו, הוא רק באופן שהדבר הניזק כבר ישנו בעולם, אבל אם הדבר הניזק אינו קיים, אינו נחשב למזיק כלל. 161. ודעת הרמב"ן (בחיזושי יח, ב ובמלחמות ט, ב מדפי הרי"ף), שאם הניח בהיתר אין צריך להרחיק את עצמו, אך אם גם הניזק הניח בהיתר, כגון שזה לקח שדה זרועה בירק וזה לקח משדה שמזיק לירק, על המזיק להרחיק את עצמו [וראה בקצות החושן קנה, יג בביאור שיטה זו]. ודעת הרשב"א (יח, א ד"ה עוד נ"ל), שאם הדבר המזיק

והעיכוב הוא מחמת שהנכנסים והיוצאים מרבים על בעל הבית את הדרך<sup>181</sup>. **ובדעת הרמב"ם**<sup>182</sup> ביאר המגיד משנה, שמדובר שכבר החזיק לעשות קול<sup>183</sup>, וחזקה מועילה רק על קול של עצמו, ולא על קול שמגיע מאחרים, שלאחרים אין שייך חזקה<sup>184</sup>. **וכתב הרמב"ם**<sup>185</sup>, שכל זה מדובר באנשים בריאים, אבל אם הם חולים והקול מזיק להם, יכולים למחות. **ובדברים שיכול לעכב**, אפילו אחד מעכב על הרבים<sup>186</sup>.

**מניעת אומנות באותו מקום**

**שינוי בברייתא**<sup>187</sup>, כופין בני מבואות זה את זה שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסקי ולא מלמד תינוקות<sup>188</sup>, ולא אחד מבעלי אומנויות, ולשכנו אינו כופהו, רבן שמעון בן גמליאל אומר אף לשכנו כופהו. **ובביאור הדברים** נחלקו הראשונים, **מדברי רש"י**<sup>189</sup> מבואר, שמדובר שהיה כבר בן מבוי במקום שהחזיק באומנות זו, ומטעם זה מעכב הוא על מי שבא במקום אחר<sup>190</sup> שיפתח אומנות כזו במקום זה, שהוא מפסיק לחיותו, אבל על בן אותו מבוי אינו יכול לעכב לפי שזכותו גם הוא לפתוח אומנות במבוי זה. ורבן שמעון בן גמליאל סובר שגם על בן אותו מבוי יכול הוא לעכב, שגם על זה יכול לטעון שהוא פוסק את חיותו. **והר"י מיגאש** ביאר בדברי הברייתא, שמדובר גם באופן שאין בן מבוי שפתח אומנות כזו<sup>191</sup>, ובני המבוי יכולים לעכב לפתוח אומנות כזו שמרבה עליהם את הנכנסים והיוצאים<sup>192</sup>, ועל זה נחלקו רבנן ורבן שמעון בן גמליאל, שלדעת רבנן אין יכולים לעכב כן גם על אחד מבני המבוי<sup>193</sup>, ורבן שמעון בן גמליאל סובר שגם על בן אותו מבוי יכולים לעכב בטענת ריבוי הנכנסים ויוצאין. **עוד פירש**<sup>194</sup>, שהמחלוקת של רבנן ורבן שמעון בן גמליאל הוא באופן שכבר יש בעל אומנות כזו במבוי, שכשפותחים עוד אחד אין זה מביא ריבוי נכנסין ויוצאין, שרבנן סוברים שאין יכולים לעכב, ואפילו אותו בן אומנות אינו יכול לעכב בטענת שפוסקים את חיותו, ורבן שמעון בן גמליאל סובר שיכול לעכב עליו בטענת שפוסקים את חיותו. **והלכה** כרבנן, שאין יכול לעכב בטענת פסיקת החיות למי שיש זכות באותו מבוי<sup>195</sup>, כיון שיש לו זכות לעשות בשלו<sup>196</sup>, אבל על מי שבא במקום אחר יכול לעכב<sup>197</sup>.

**חזקה שלא להרחיק**

בגמרא<sup>198</sup> מתבאר, שאם אדם **הוחזק בתשמיש המזיק לשכנו**, אין שכנו יכול לסלקו, מלבד במזיקים כמו עשן<sup>199</sup> וריח בית הכסא<sup>200</sup>, ואבן ונדנדו הקרקע<sup>201</sup>, שעליהם אין מועיל חזקה<sup>202</sup>. **ולמה שינוי נזיקין אלו משאר נזיקין**, לפי שאין דעתו של אדם סובלת נזיקין אלו<sup>203</sup>, וחזקתו שאינו מוחל, שהזיקו היזק קבוע<sup>204</sup>. **וכתב הנתיות המשפט**<sup>205</sup>, שאם נתן רשות לעשות עשן ובית הכסא והדבר הניזוק עדיין אינו שם, שוב אינו יכול לחזור בו<sup>206</sup>. אבל אם סמך מעצמו קודם שהיה הדבר הניזוק, ושכנו הביא לאחר מכן את הדבר הניזוק, צריך לסלק את הקוטרא ובית הכסא<sup>207</sup>.

יכול לעשות שום מלאכה. אבל בחנות, שיכול להוציא את כליו למכור בשוק, בזה יכול לעכב עליו מלמכור בביתו משום קול הנכנסים והיוצאים. וכעין זה כתב המאירי. 181. ובשיעורי רבי שמואל (אות מט) כתב, שלפי דבריהם מה ששינוי שיכול לטעון על קול הנכנסים והיוצאים, היינו משום שעל דריסת הרגל לבד לא היה יכול לעכב, שהוא מזכות בעל הדירה להכניס לביתו כל מי שרוצה. רק שכיון שמזיקים בקולם, ממילא אין לו זכות להכניס לדירתו, אף על זה לבד לא היה יכול לעכב, שקול אינו נחשב מזיק, ורק משום שמזיקים בריבוי הדרך, יכול לעכב עליו. 182. שכנים ה. יב. 183. אבל אם לא החזיק בדבר, יכול לעכב עליו גם על קול של פטיש וריחים, שבקול של פטיש וריחים יש יותר היזק מקול של נכנסים ויוצאים. 184. והלחם משנה (שם) הקשה על כך, שהרמב"ם (יא, ה) כתב בטעם הדבר שאין מועיל על זה חזקה, משום שזה היזק קבוע כמו עשן ואבן, וראה בזה גם באבן האזל שם ובקהלות יעקב סימן יד. 185. סימן קצו. מובא להלכה ברמ"א קנו, ב. 186. רא"ש סימן יא. ולהלכה בשולחן ערוך קנו, א. 187. כא, ב. 188. **דעת ר"י** (בתוספות ד"ה כופין), שהיינו במלמד תינוקות שאינו מלמד אותם תורה, אבל במלמד תינוקות שמלמד תורה אין יכולים לעכב, כפי שכן הוא לגבי שכן שמלמד תינוקות בביתו שאין השכנים שחוצר יכולים לעכב. **אבל דעת הר"ש** ב"ר אברהם (בתוספות שם), שכאן מדובר שכבר יש מלמד תינוקות אחר, ולכן יכולים לעכב אפילו במלמד תינוקות שמלמד תורה. ומכל מקום, גם לדברי הר"ש, על בן אותו מבוי אינו יכול לעכב מלמד תינוקות, כפי שמבואר בגמרא שם, שמודה רב הונא, שאין יכול לעכב על מלמדי תינוקות, שקנאת סופרים תרבה חכמה. [וראה בביאור הדבר בשו"ת חתם סופר חושן משפט סימן עט]. וכמה ראשונים שם כתבו להלכה, שדברי הגמרא שעל מלמד דרדקי אין יכולים למנוע בטענת פסקת לחיותו, הוא גם על בן מבוי אחר. וראה בפתחי תשובה חושן משפט קנו, יז שהביא מספר יד שאול לרבי יוסף שאול נתנוון (יורה דעה סוף סימן רמה), שמעשה היה בעיר גדולה שבאו מלמדים ממקומות אחרים, ורצו המלמדים שבעיר לגרשם על ידי המושל [כמבואר ברמ"א בחושן משפט שם מדברי המהרי"ק שורש קצה, שיכולים לגרש אומן שבא במקום אחר גם על ידי מושל]. **וכתב היד שאול**, שעל עצם דברי המהרי"ק כבר השיג עליו בבדק הבית שם שעל עסקי מצוה אי אפשר לסלק, והרמ"א שפסק להלכה כדברי המהרי"ק לא ראה את בדק הבית, ועוד, שאפילו המהרי"ק אינו מדבר על מלמדי תינוקות, שעליהם נפסק הדין שאין יכולים למחות, וקנאת סופרים תרבה חכמה, גם על מלמדים שמלמדים משנה וגמרא, ובפרט בעיר גדולה שהילדים רבים וצריכים להרבה מלמדים, וגם מלמדים ממקומות אחרים אין להם שום טירדה ויושבים ולומדים וגם די להם בשכר מועט. והוסיף וכתב בזה הלשון, 'ומה שאמרו שהגאון החסיד מהר"א ז"ל אב"ד דק"ק אמסטרדם בהיותו בק"ק בראד הורה לגרש המלמדים אחרים, אני אומר שאסור לאומרו, וחלילה להגאון שיעשה כן, וכל הרוצה ליחנק תולה באילן גדול'. **והחזון איש** בספר אמונה ובטחון (ג, יד) הביא את דברי היד שאול, וכתב על זה 'למדנו עד כמה השלטת הדין בישראל, אם הדין אוסר המלמדים, מותר לגרשם על ידי המושל, ומצוה לגרשם, אין כאן משלינות ומסיות ופתיחות לגרש ישראל על ידי זרים, יש כאן מצוה לקיים הדת על תלו. ואם הדין מותר, המגרש הוא מסור, ויוצא מכלל ישראל, וכל ישראל עיניהם נשואות לדברי השולחן ערוך ולגאוני הדור להגיד ההלכה, והגאון ר"ש נתנוון ז"ל החדור באהבת משפט, יתאכזר על מלמדי העיר וגוער בהם בנויפה, אין כאן טענה של פסקת לחיותו, הכל מותר להרביץ תורה'. 189. ד"ה שלא. 190. הגמרא התספקה, אם דווקא בן עיר אחר, או גם בן מבוי אחר שאינו משלם מס מלך כמו אותם בני מבוי. 191. אמנם, לעצם הדברים שכשחמד מבני המבוי פתח אומנות כזו, מודה הר"י מיגאש שהדבר תלוי במחלוקת זו, כפי שמבואר בגמרא שם. 192. כפי שכנים יכולים למנוע פתיחת חנות וכיוצא בזה בחצר. 193. ואף שכן חצר יכול לעכב על אחד מבני החצר מלפתוח חנות שמרבה את הנכנסין והיוצאין, היינו רק כשפתח בחצרו, אבל אין בן מבוי יכול לעכב על בן מבוי שפתח חנות בחצר אחרת בטענת ריבוי הדרך. וראה בראשונים שם, שיש חילוק בזה בין מבוי מפולש למבוי שאינו מפולש. 194. וכן הוא בדברי הרמב"ם שכנים ו, ת. וכן כתב המחבר בשולחן ערוך קנו, ה. 195. היינו, אם הוא דר במבוי או שמשלם מס במבוי, אבל אם הוא ממבוי אחר, הדבר תלוי בספק של הגמרא, ואם הוא מעיר אחרת ודאי שיכול לעכב עליו.

נחלקו הראשונים כיצד הוא החוקה של נזקי שכנים, **דעת הרמב"ם**<sup>208</sup> והגאונים<sup>209</sup>, שכל שהיה צריך להרחיק ולא הרחיק, וראה חבירו ושתק וראו ששתיתו היא מחמת שאינו מקפיד<sup>210</sup>, הרי זה מחילה, ואין יכול לחזור בו. אבל **דעת בעלי התוספות**<sup>211</sup>, שצריך חזקה של ג' שנים, אלא שנחלקו בדבר אם צריך יחד עם החזקה גם טענה שקנה מבעל הקרקע את זכות ההשתמשות<sup>212</sup>.

### למה אין יכול לחזור בו

הטעם שמועיל חזקה על הרחקת נזיקין שלא ויכול לחזור בו, כתב הקצות החושן<sup>213</sup> שאין זה משום מחילת הנזק<sup>214</sup>, אלא שכיון שנתן לו רשות לסמוך לו את המזיק, נחשב הדבר כסמיכה בהיתר, והדין הוא שמי שסמך בהיתר אין צריך לאחר מכן להרחיק<sup>215</sup>. והחזון איש<sup>216</sup> כתב לבאר, שנזקי שכנים אינם נחשבים מזיק ממש שהרי הוא עושה בתוך שלו, והוא רק זכות תביעת הרחקה, ומועיל מחילה על זכות תביעת הרחקה<sup>217</sup>. והאבן האזל<sup>218</sup> ביאר, שהוא זוכה בממון חבירו להזיק אותו<sup>219</sup>. ויש שביאר<sup>220</sup>, שכל דין הרחקת נזיקין הוא משום שאין לו זכות להשתמש בחצר של עצמו על חשבון נזק לחבירו, שזה נחשב שהוא בא בגבולו של חבירו כדי להשתמש לעצמו, ועל ידי המחילה נחשב הדבר כאילו אינו עושה את התשמיש על חשבון חבירו, וממילא מותר לו להשתמש בחצר של עצמו<sup>221</sup>.

## פרק ג

### חזקת ג' שנים

#### חזקה במטלטלין נגד בעלים ראשונים

המחזיק במטלטלין, אין מוציאים את הדבר מידו, אף אם ידוע בעדים שהיה הדבר שייך לאדם אחר, שחזקה מה שתחת יד אדם שלו הוא והמוציא מחבירו עליו הראיה<sup>222</sup>. וכתב רבינו יונה<sup>223</sup>, שאף אם המוחזק אינו טוען דבר כנגד המערער ואינו משיב לו כלום על טענתו<sup>224</sup>, הכלים בחזקתו, ואין מוציאים אותם מהם בלא ראיה<sup>225</sup>. אבל הקצות החושן<sup>226</sup> כתב, שאין מועיל חזקה בלי שטוען טענה שזה שלו, ולפיכך בקטן שאין טענתו טענה, אין מועיל לו חזקה<sup>227</sup>.

#### דברים שאין מועיל בהם חזקה במטלטלין

יש אופנים שאין מועיל חזקה במטלטלין, כגון **דברים העשויים להשאיל ולהשכיר** אין להם חזקה<sup>228</sup>, לפי שיכול המערער לטעון שהם שאולים או מושכרים אצל המחזיק<sup>229</sup>. כיוצא בדבר, **אומן אין לו חזקה**, לפי שעשוי הבעלים לשלוח לאומן לתקן את הדבר, ואין החזקתו הוכחה שהוא שלו<sup>230</sup>. וכן, **בעלי חיים המהלכים בדרכים ובשווקים**, אין להם חזקה<sup>231</sup>, ואינו נאמן בטענה שלקח את הדבר<sup>232</sup>, לפי שיכול הבעלים הקודמים לומר שמעצמו נכנס לרשותו של השני והחזיק בו או שתפס אותם המחזיק כשהלכו בלא השגחת הבעלים<sup>233</sup>, ולפיכך אין הוכחה ממוחזקותו שקנה את הדבר<sup>234</sup>.

למסכת בבא מציעא, שהובא בזה מדברי האחרונים שיש בדבר שני דברים, א' עצם החזקה הוא הוכחה שזה שלו, שאין מחזיקים אדם כגנב. ב' כל מוחזק אין מוציאים ממנו בלא ראיה, ומוחזק עדיף ממורא קמא (ראה בבא מציעא ק, א). וראה בזה בנתיבות המשפט קלה, א; שערי יושר ה, ט; קובץ שיעורים ב, ט; חידושי הגר"ט סימן קסו וקס"א; אבן האזל טוען ונטען ט, ו. 223. בעליות כח, ב ד"ה אלא. 224. לאפוקי אם משיב לו שהחזיק בהם ואף אחד לא אמר לו כלום, שזה ודאי אין מועיל, שאינו נחשב מוחזק בכך. 225. ומכל מקום משמתיים אותו עד שיעמוד עמו בדיון, כפי שכן הדין בכל מי שיש לו תביעה על חבירו. 226. קלה, א. 227. והנתיבות המשפט שם כתב, שמועיל חזקה בקטן, משום שטוענים לקטן, אף שלא בא מחמת אביו ואין יודעים שהיה זה אצל אביו. 228. שבועות מו, ב. ודעת הרמב"ם (טוען ונטען ח, ט) שזה רק בכלים שעיקר עשייתם הוא להשאיל ולהשכיר, ואין עשוי להשתמש בו לעצמו, אבל סתם כלים שראויים להשאיל ולהשכיר יש להם חזקה. אבל דעת שאר הראשונים, שכל דבר שעשויים להשאיל ולהשכיר אותו אין בו חזקה, ורק דבר שמקפידים שלא להשאילו יש בו חזקה. 229. אמנם, באופן שאין ידוע שהיה זה של המערער, או שאין ידוע שהדבר נמצא אצל המחזיק, והמוחזק טוען שאמת הוא שהיה של המערער ונמצא כעת בידו, אבל הוא קנה את הדבר מהמערער, הרי זה נאמן במיגו שהיה יכול לטעון לא היו דברים מעולם, ומעולם היה הדבר שלי, או לטעון שהחזיר את הדבר לבעלים. 230. משנה מב, א ורשב"ם שם ד"ה אין. 231. גמרא לו, א. וכתב הרמב"ם, שכן מוכח גם מהמשנה כח, א שאין לבעדים חזקה אלא בג' שנים, אך היה מקום לומר שזה רק בעבדים שהם בני דעת והולכים מעצמם, והגמרא חידשה שכן הוא בכל בעלי חיים. ומבואר בגמרא שם, שבהמה שמורה או שמשורה לרועה, ואינה הולכת לבדה, דינה כשאר מטלטלין שיש בהם חזקה. 232. ובאופן שאין עדים שהיה אצל המערער, אם מועיל בהם נאמנות לומר שקנה את הדבר במיגו שיכול היה לטעון לא היו דברים מעולם, או החזרתי. הרמ"ה (פרק ג' אות עה) והמאירי (לו, א ד"ה כל) כתבו, שמועיל בהם מיגו. והשער משפט (סימן עב) דייק כן גם מדברי הרשב"ם קכה, א ד"ה אתה. וכן כתב הש"ך עב, קה. אבל התומים (שם, לח) כתב, שאין מועיל בהם מיגו, שבעלי חיים נחשבים תמיד כמוחזקים אצל הבעלים הראשונים, ואין זה כלל ברשות המוחזק, ואם כן זה מיגו להוציא. וראה בנתיבות המשפט שם, לו ודברי חיים (אוייערבאך) חזקת מטלטלין סימן ג' ודברי משפט סימן קלה. 233. רשב"ם שם ד"ה הגודרות. וראה באבן האזל טוען ונטען ט, ו שש נפקא מינה בין ב' הטעות הללו. 234. ולגבי עבדים מפורש במשנה (כח, א) שמועיל בהם חזקה ג' שנים, ונחלקו הראשונים אם מועיל גם בכל בעלי חיים חזקת ג' שנים, וג' דעות נאמרו בדבר. **דעת הרשב"ם** (לו, א ד"ה ה"מ) שלכל אלו יש חזקת ג' שנים, ואף שאין בהם שטר, מכל מקום כיון שהחזיק ג' שנים כדרך שמחזיקים בעלים בדבר, הרי זה הוכחה על מוחזקותו, והוא מדין חזקת מטלטלין שאף שמיד אין לו חזקה אבל אחר ג' שנים יש לו חזקה. **ודעת הרשב"א** (כח, א), שבשאר בעלי חיים אפילו בפחות מג' שנים הוא חזקה, כל שהחזיק בזמן שדרך הבעלים להקפיד עליהם, ורק בעבדים צריכים ג' שנים לפי שעושים פירות תדיר, והרמ"ה (לו, א אות עה) כתב, שרק בעבדים מועיל חזקת ג' שנים, אבל בבעלי חיים אין חזקת ג' שנים, שהרי אין בעלי חיים נקנים בשטר. ומדבריו מבואר, שבעלי חיים אין מועיל אפילו ביותר מג' שנים, וכן כתבו המגיד משנה (טוען ונטען י, ד) והסמ"ע

היום החדש לא היה סמיכה בהיתר. 208. שכנים יא, ד. 209. כן הביא הרמב"ם נט, א בשם הגאונים. וכן כתב הטור סימן קנד בשם הגאונים. 210. כגון שסייע עמו, או שאמר לו לעשות, או שראוהו שעשה בצדו בלא הרחקה ושתק ולא הקפיד על זה (לשון הרמב"ם שם). 211. כג, א ד"ה ותא. וכן הביא הרשב"א שם, והמגיד משנה על הרמב"ם שם, בשם רבותינו הצרפתים ובשם רבינו יונה. והטור (סימן קנד) הביא כן בשם רבינו תם והרא"ש. 212. התוספות שם הביאו בשם הר"ב"ם, שאין צריך טענה, כיון שלא בא להחזיק בקרקע של חבירו, אלא לתשמש בעלמא, ומועיל בזה חזקה אף בלא טענה. אבל התוספות שם חלקו עליו, שגם בזה צריך טענה. ומחלוקת זו היא גם לגבי חזקת תשמישין המבואר בגמרא ו, א שאם משתמש בשל חבירו מועיל חזקה [בלא ג' שנים, כמבואר ברש"י שם ד"ה אחזיק. אכן ראה רש"י ז, א ד"ה בדנפשא אנה בניא, ויט, א ד"ה בחורש, וכב, א ד"ה והחלונות, וברשב"ם נו, א ד"ה אלו, ונט, א ד"ה אמר שמואל ולאורה. וראה גם בשיטה מקובצת נט, א בשם הראב"ד שהוא חזקה בשלושים יום], אם צריכים בזה טענה לחזקה זו. דעת הרמב"ם (שכנים יא, ו) שבחזקת תשמישין אין צריכים טענה. וכן דעת הרמב"ם ו, א. אבל דעת הרשב"א שם, שצריכים טענה. והקצות החושן (קנה, ג) התקשה בדעת הראשונים הסוברים שאין צריכים טענה שהעל הבית הרשה לו ונתן לו להשתמש, שאם כן למה אין הבעלים יכולים לחזור בהם, שהרי גם לדבריו לא עשו על זה קנין. וכתב, שבשלמא לדעת הרמב"ם הסובר שאפשר לקנות קרקע באכילת פירות (כמבואר בדבריו בהלכות מכירה א, טו), מובן שאין צריכים טענה, שבעצם השימוש שהוא נחשב כאכילת הפירות, קנה את זכות ההשתמשות בגוף הקרקע של חבירו. אבל לדעת הראב"ד (מכירה שם) והרשב"ם (נד, א ד"ה דשדא) והרמב"ם (הרשב"א והר"ן קידושין כב, ב) ועוד ראשונים שאכילת פירות אין מועיל לקנין על הקרקע, אין מועיל חזקת תשמישין בלי טענה שלא יוכל לחזור בו. וכתב לייסד בזה, שגם לדעת אותם ראשונים הסוברים שאכילת פירות אין מועיל לקנין על הקרקע, אבל לאותו דבר עצמו מועיל הקנין, ולכן כשהחזיק בתשמיש, מועיל הדבר לקנות את זכות ההשתמשות, אף שלא קנה את גוף הקרקע, ולכן אין יכול לחזור בו, שקנה את זכות ההשתמשות בשל חבירו. 213. קנה, טו. 214. שהביא להקשות על כך בשם אחיו (בעל קונטרס הספיקות), שהרי הדין בכל מחילת נזיקין שיכולים לחזור בהם, שהאומר לחבירו קרע כסותי והפטר, יכול לחזור בו, כמבואר בבבא קמא צב, א. 215. כפי שהתבאר לעיל בדיון סמך קודם שהניזק ישנו בעולם. וגם לשיטת התוספות בסוגיא דחרדל (יה, ב) שבכל דבר אין מועיל לסמוך קודם שהניזק ישנו בעולם, זה רק כשהוא סמך מעצמו, אבל כשהבירן נתן לו רשות לסמוך, מודים כולם שמועיל סמיכה בהיתר. 216. בבא בתרא יא, ה ד"ה וכתב. וכן כתב במשנת רבי אהרן שכנים עמוד צה. 217. אך עדיין צריך ביאור בשיטת הרמב"ם שצריכים על זה קנין, שהתבאר בזה מהנמוקי יוסף שהוא משום שאין זה מחילת שעבוד בעלמא, ולפי דברי החזון איש הרי זה כמחילת שעבוד בעלמא. 218. א, ג ויא, ד. 219. ואף שהאומר קרע כסותי יכול לחזור בו, היינו משום שאין זכיה על מעשה נזק בעלמא, אבל כאן זוכה בממון חבירו להזיק אותו כדי להשתמש בחצר להשתמשות של עצמו, והשתעבד לו חבירו שיוכל להזיק אותו. 220. חידושי הגר"ש סימן א. 221. ולכן מועיל על זה קנין שלא יוכל לחזור בו, ואין זה דומה לאומר קרע כסותי והפטר, שכאן הוא זוכה בחצר של עצמו שיכול להשתמש בתשמישם אלו. 222. ראה בהקדמה



חזקת קרקעות חלוקה מומלטלין, שבקרקעות אין מי שמוחזק בקרקע נאמן לומר שלקח את הקרקע מהבעלים הראשונים בלא שמביא ראיה<sup>235</sup> על לקיחת הקרקע, שהקרקע בחזקת בעליה עומדת<sup>236</sup>, ואין שייך בהם מוחזק<sup>237</sup>. **ודעת רוב הראשונים**<sup>238</sup>, שאם אין עדים והוכחה שהיה הקרקע של הראשון, אף אם השני מודה שהיה של הראשון, וטוען שקנה ממנו, נאמן בטענה זו, שהרי היה יכול לומר שלא היתה של הראשון מעולם, והפה שאסר הוא הפה שהתיר<sup>239</sup>. **אבל בדעת הרשב"ם**<sup>240</sup> הוכיחו האחרונים<sup>241</sup>, שגם אם אין עדים למעורר שהקרקע היתה שלו או של אבותיו, אין נאמן המוחזק לומר שזה שלו<sup>242</sup> אם מודה שהיה זה של המעורר<sup>243</sup>.

**חזקת שלוש שנים**

המוחזק בקרקע ואין לו הוכחה על קניית הקרקע, אם השתמש בקרקע כדרך שבעלים משתמשים בקרקעותיהם, כגון שדר בבית או שאכל פירות בקרקע, ויש לו עדים שעשה כן במשך שלוש שנים, **וטוען שקנה אותה מהבעלים**<sup>244</sup>, מעמידים אותה בידו, וזה נקרא חזקת ג' שנים, שבכך מוחזקים את הקרקע ברשות המוחזק ואין מעמידים אותה בחזקת הבעלים הראשונים, אף שאין ללוקח ראיה שהקרקע שלו. **גם ענדים** דינם כקרקע לגבי חזקת ג' שנים, שאין הוכחה ממוחזקות האדם בעבדים גדולים<sup>245</sup> שהם שלו, כבעלי חיים ההולכים מעצמם שאין בהם דין מוחזקות, וחזקתם הוא בכך שמשתמש בעבד שלוש שנים, שהוא הוכחה על כך שהבעלים מכר לו את העבד<sup>246</sup>.

**חזקה באכילת פירות**

**באכילת פירות בקרקע**, נחלקו תנאים אם שיעור ג' שנים הוא תמיד, או שהדבר תלוי בשיעור שלוש פעמים של אכילת פירות בקרקע זו<sup>247</sup>. ולדברי הסובר שדי בשלוש אכילות בקרקע זו, הטעם שבסתם חזקת קרקעות צריכים ג' שנים, לפי שכל דבר שעושה פירות תדיר, שלוש אכילות הן בשלוש שנים<sup>248</sup>.

**המקור משור המועד**

**במקור וטעם דין חזקת ג' שנים**, הדבר תלוי במחלוקת התנאים הנזכרת, שלדעת הסוברים שאין שיעור שלוש שנים בדווקא, אלא שלוש אכילות פירות גם הם נחשבים לחזקה, מקור דין החזקה הוא משור המועד, שהוחזק נגחן על ידי שלוש נגיחות ויצא מחזקת תם. **ודעת התוספות**<sup>249</sup> שלומדים משור המועד, שכמו שהשור הוחזק לנגחן על ידי ג' נגיחות, גם כאן הוחזק הבעלים כשותקים שלא ימחו יותר אחרי ג' אכילות, וכיון שלא ימחו יותר אין צריך לשמור המוחזק על השטר, ולפיכך אין צריך להביא ראיה שקנה. **וראשונים אחרים**<sup>250</sup> **פירשו**, שלומדים משור המועד שעל ידי ג' פעמים יוצאים מחזקתו המוקדמת של תמות, ואף כאן יוצאת הקרקע בג' האכילות ממוחזקות הבעלים הראשונים<sup>251</sup>, וכיון שהתבטלה מוחזקות הראשון, מעמידים אותה בחזקת המוחזק. אך זה רק כשטוען המוחזק שזה שלו וקנה אותה מהבעלים<sup>252</sup>, שאם לא כן אינו נחשב מוחזק בדבר<sup>253</sup>.

**הטעם משום שאינו נזהר על השטר**

לדעת התנאים הסוברים שדין חזקת ג' שנים אינו תלוי בג' אכילות אלא בג' שנים, **מתבאר במסקנת הגמרא**<sup>254</sup> שטעם מוחזקות זו הוא משום שאדם אינו נזהר על השטר שלו יותר משלוש שנים שלא מחו בו. ובביאור הדבר כיצד מועיל דבר זה לזכות בקרקע בלא ראיה נאמרו כמה שיטות. **שיטת הרמב"ם**<sup>255</sup>, שההוכחה על בעלותו בקרקע הוא משתיקת הבעלים, ומצד השתיקה היה מקום לומר שהראיה היא מיד, שאין אדם עשוי לשתוק כשיושבים בקרקעו, רק שכנגד זה יש הוכחה שאין לקונה שטר<sup>256</sup>, ולכן מעמידים בחזקת הבעלים הראשונים, ואחרי ג' שנים כבר אין ראיה זו שאין לו את השטר כיון שאינו עשוי עוד לשמור על שטר,

פירש, שבסתם שדה בית הבעל לכולי עלמא צריכים שלוש שנים, והמחלוקת היא בדקל המשיך פירותיו מעצמו, שרב מקיל שעלה לו חזקה בשלוש שנים, ושמואל מחמיר שלא עלה לו חזקה בשלוש שנים כיון שלא גדר את הפירות בידו. **ב' פירוש שני פירש הרשב"ם בשם רבינו הננאל**, שרב סובר שלעולם צריכים ג' שנים, ושמואל סובר שגם לדעת רבנן אין צריכים חזקת ג' שנים ממש, ומועיל חזקת ג' אכילות של ג' שנים בקרקע, וחולקים על רבי ישמעאל ורבי עקיבא אם מועיל אכילת תבואת שאינם שוות. **ג' הרמב"ם (שם) פירש** [בדעת ר"ח], שלכולי עלמא אין צריכים שלוש שנים מיום ליום, ומועיל שלש גדירות שהם שלוש אכילות שלמות, והמחלוקת של רב ושמואל הם על מיני דקל שממחרים להוציא את פירותיהם יותר מסתם עצים, שלדעת רב אין זה מועיל לחזקה בשלוש אכילות מהם, וצריכים שלוש שנות בציר וקציר של שדות העולם, ושמואל סובר שמועיל שלוש אכילות של שלוש שנים כפי שדה זו. **והלכה כחכמים**, ותלוי הדבר בשיטות השונות, שלפי פירוש ר"ח צריכים שלוש שנים מיום ליום, בין לפי הפירוש הראשון שכולי עלמא מודים בזה, ובין לפי הפירוש השני שכן הוא דעת רב. ולפי הרמב"ם, אין צריכים שלוש שנים מיום ליום, אבל צריכים שלוש אכילות הראויות לשנה שלימה. ורבינו יונה כתב, שאף לפי פירוש שני של ר"ח, הלכה כדברי שמואל הסובר שאין צריכים אכילה של שלוש שנים מיום ליום. **248**. כפי המתבאר מסוגיית הגמרא שם, שלומדים משור המועד, וכפי שיובא בסמוך. **249**. כח, א ד"ה עד וט, א ד"ה תתא. **250**. רבינו יונה ורמב"ם וריטב"א ור"ן שם, עיין בדבריהם. וכן משמע לישון רש"י כתב, ב ד"ה תתיהו. **251**. ומדבריהם מנואר, שדין חזקה של מרא קמא הוא מדין חזקה דמעיקרא, שזה גם יסוד חזקת תם. וראה בהקדמה למסכת בבא מציעא מה שהובא בזה. **252**. ואף שבמטלטלין אין צריך שיטען, כפי שהובא לעיל מדברי רבינו יונה. **253**. ולכן זה שונה מהמטלטלין ששם אין צריך לטעון, כיון שבמטלטלין עצם תפיסתו בחפץ היא ההוכחה לבעלותו, אבל כאן המוחזקות בקרקע אינה הוכחה לבעלותו, שהרי בקרקע אין דין מוחזק על ידי התפיסה, ורק אם טוען טענה שזה שלו, יכול הדבר להועיל שכיון שהתבטלה מוחזקות הבעלים הראשונים, יעמידו את זה כפי טענתו, אבל אם אינו טוען כלום, מעמידים את הדבר בחזקת הבעלים הראשונים גם אחרי ג' שנים. כן מתבאר מדברי רבינו יונה. וראה בחידושי הר"ן שם שביאר באופן אחר קצת. **254**. כט, א. **255**. מב, א ד"ה הא. כפי שהביא הקצות החושן קמ, ב וכן שאר האחרונים שם. וכן הוא בחידושי הריטב"א כט, א ובשו"ת הר"ן סימן עה. וראה בנתיבות המשפט קמ, ג בביאור דברי הרמב"ם באופן אחר. **256**. **הקצות החושן** (קלה, ב) הקשה על כך, מהמנואר בגמרא (לו, א) שבעבד קטן שאינו יכול ללכת, אין צריכים ג' שנים, ולאחר היו חזקה, כיון שאין זה דומה לגדורות שאין להם חזקה, והרי עדיין יש ריעותא של אחוי שטרך שזה מוכיח שאין זה שלו. ותירץ, שהיכן שיש ראיה גדולה על מוחזקותו, אין אומרים אחוי שטרך, ומוחזקות בעבד היא ראיה גדולה שזה שלו. **והברכת שמואל** (סימן כו) **ואבן האול** (טוען ונטען ט, ו) כתבו באופן אחר, שהריעותא של אחוי שטרך הוא רק במקום שאין לו ראיה מעצם התפיסה שזה שלו, אבל כשהוא מוחזק במטלטלין שיש לו ראיה מהתפיסה שזה שלו, אין ריעותא של אחוי שטרך. **והקובץ שיעורים** (אות קס) ביאר, שההוכחה של זה שאין לו שטר אינו הוכחה גמורה שהוא לא קנה, והוא רק מריע את חזקתו, ומימלא מעמידים בחזקת מרא קמא, אבל בעבד קטן קונה מיד, אף שיש ריעותא שאין לו את

(קלה, ג) בדעת הרמב"ם. וראה בש"ך שם, ג בהרחבה. **235**. שטר או עדים. **236**. בבא מציעא קב, ב. **237**. **התוספות בבבא מציעא** (קג, א ד"ה פרידסי) כתבו בביאור הדבר, שבקרקע שאין יכול להצניע לשטמו מיד בעליה, הולכים אחרי חזקת מרא קמא, אבל במטלטלין הולכים אחרי המוחזק. **ובחידושי הר"ם** (במכלתין כח, א ד"ה חזקת) כתב, שלפי המסקנה הטעם שאין מועיל חזקה בקרקע, משום שנגד חזקת יש ראיה שטוענים לו היכן שטרך, וראיה זו מועילה נגד מוחזק. ולפי ההוה אמינא ביאר בטעם שאין מועיל בקרקעות חזקה מה שתחת יד אדם שלו הוא ואינו מוחזק בגנב, משום שבקרקע שאין לוקח את הדבר, אלא רק משתמש, אין אומרים על כך שאין מוחזקים אותו בגנב. וראה בעליות דרבינו יונה כתב, ב ד"ה אלא. **238**. רי"ף (טו, א מדפי הרי"ף); רמב"ם טוען ונטען יא, א; ר"ש ג, א; ריטב"א כח, א ד"ה ולעולם; יד רמ"ה שם אות כח ועוד. וכן הוא להלכה בשולחן ערוך קמ, א. **239**. כמבואר במשנה כתובות טו, ב. **240**. ל, ב ד"ה אמר ליה. **241**. חשק שלמה שם, ובית הלוי ג, לו. וכן כתב הדרישה קמו, כד בדעת הרשב"ם. **242**. ולדבריו מה שאמרו בכתובות שם שנאמן לומר של אבין היתה ולקחתיה הימנו, היינו באופן שהוא טוען שהוא אכל שני חזקה, ואין לו עדים על אכילת ג' שנים, שעל זה נאמן במיגו שהיה יכול לומר שלא היה דבר מעולם. **243**. ואף שיש לו מיגו שיכול היה לומר שלא היו דברים מעולם, נחשב הדבר כמיגו במקום עדים, לפי שאין לו הוכחה שטר, וטענת היכן שטרך היא כהוכחה גמורה של עדים שאין הקרקע שלו. **244**. יתבאר עוד להלן דין הטענה. **245**. אבל בקטן המוטל בעריסה יש לו דין מוחזקות כמבואר בגמרא לו, א. **246**. ולעיל הובא מחלוקת הראשונים, אם דין חזקת ג' שנים הוא בכל בעלי חיים, או שרק בעבדים הנקנים בשטר יש דין חזקת ג' שנים. **247**. **שנינו במשנה** (כח, א), שדה הבעל חזקתה שלש שנים ואינו מיום ליום, רבי ישמעאל אומר ג' חדשים בראשונה ג' באחרונה ושנים עשר חודש באמצע, הרי י"ח חודש, רבי עקיבא אומר חודש בראשונה וחודש באחרונה וי"ב חודש באמצע, הרי י"ד חודש. עוד שנינו, אמר רבי ישמעאל, במה דברים אמורים בשדה הלבן, אבל בשדה אילן כנס את תבואתו ומסק את זיתיו כנס את קייצו הרי אלו ג' שנים [שהרי היו ג' אכילות, אף שהיו בשנה אחת, לפי שכל דבר היה בפרק זמן אחר]. **ומבואר בגמרא** (שם, ב ואילן, וכן לו, ב), שחכמים חולקים על דברי רבי ישמעאל ורבי עקיבא. **ומדברי רש"י** (במשנה ד"ה שדה) מתבאר, שבמשנה שנינו שבשדה הבעל חזקתה שלוש שנים ואינו מיום ליום, הוא מדברי רבי ישמעאל ורבי עקיבא, אבל לדעת חכמים צריכים לעולם שלוש שנים, [כפי שיתבאר בסמוך בזה במחלוקת רב ושמואל]. וראה גם בתוספות רי"ד לו, ב. **אבל הרשב"א והריטב"א** והר"ן כתבו, שדברים אלו של המשנה הם דברי חכמים, וגם לדבריהם אין צריכים אכילת פירות במשך שלוש שנים מיום ליום, רק שצריכים אכילה הראוי לעבד עליהם ולגדול שנה שלימה, ואין מספיק אכילה של חודש או ג' חדשים שאין גודל בהם בשיעור הראוי לגדול בשנה, ועל זה חלקו רבי ישמעאל ורבי עקיבא שגם כשאוכל דבר שאינו ראוי לגדול בשנה שלמה נחשב הדבר לאכילת שנה. וראה גם בעליות דרבינו יונה וביד רמ"ה שם. **בדעת חכמים הסוברים שצריכים שלוש שנים**, **נחלקו רב ושמואל** (בגמרא לו, ב), דעת רב שצריכים שלוש שנים מיום ליום, ולדעת שמואל צריכים שלוש גדירות (בתמרים) או שלש בצירות (בענבים) או שלש מסיקות (בזיתים). ובביאור המחלוקת ישנו ג' שיטות בראשונים. **א' רבינו הננאל בפירוש הראשון** (כפי שהביא הרשב"ם)

וממילא מעמידים בחזקת הקונה בראיה מזה שהבעלים שותקים<sup>257</sup>. **שיטת היש מפרשים שברמב"ם**<sup>258</sup>, שההוכחה היא מזה שהיה המערער צריך למחות כדי שלא יטען המחזיק שהיה לו שטר ואבד, ועל ידי המחאה יצטרך המחזיק לשמור על השטר ולא יוכל לטעון טענה זו, ולכן ההוכחה היא רק אחרי ג' שנים שעד ג' שנים בלאו הכי המערער שומר על השטר<sup>259</sup>. **שיטת הנמוקי יוסף**<sup>260</sup>, שכיון שאין אדם עשוי להחזיק בשטר יותר מג' שנים, **תיקנו חכמים** משום הפסד הלקוחות שאם לא מחה הבעלים בתוך ג' שנים, שוב אין שומעים למחאתו<sup>261</sup>.

### כשהוא בעצמו סייע בנטילת הפירות

באופן שהמחזיק הטוען שקנה את הקרקע<sup>262</sup>, טוען שהמערער הטוען שהקרקע שלו ולא מכרה, בעצמו סייע לו בנטילת הפירות, והביא עדים על כך<sup>263</sup>, הרי זה חזקה **לאלתר**<sup>264</sup>, שאין אדם עשוי לשמש את המחזיק בקרקעו בגזילה ולתת לו את פירותיו, ומאחר שעשה מעשה המוכיח שמכר לו הרי כאילו הודה שהקרקע של המחזיק<sup>265</sup>, ואין אומרים היכן שטרך, שראיה זו שסייע לו ראה גדולה היא שמכרעת את הריעותא של היכן השטר<sup>266</sup>.

### החזיק בפני

דעת רבי יהודה<sup>267</sup> ורבי ישמעאל ברבי יוסי<sup>268</sup>, שכל דין חזקת ג' שנים, הוא רק **כשלא החזיק בפני המערער**, אבל אם החזיק בפני המערער הרי זה חזקה לאלתר, שאין אדם מניח שיאכלו אחרים בקרקעו אפילו שעה אחת ושותק, ומזה שלא מיחה מוכח שזה של המחזיק, ולא אמרו שלוש שנים אלא במקום שאין המערער לפנינו, שגם אם הלך למקום רחוק יגיע אליו השמועה שאחר נכנס לקרקעו ויכול למחות<sup>269</sup>. **אבל אין הלכה כדבריהם**<sup>270</sup>, ואף כשהחזיק בפני המערער אין חזקה קודם ג' שנים, שאומרים למחזיק היכן שטרך, ועד שלש שנים דרך אדם להיזהר בשטרו ואינו יכול לטעון שאבד לו<sup>271</sup>.

### רצופות ומקוטעות

חזקת שלוש שנים הוא כשהחזיק **ברציפות שלוש שנים שלימות**<sup>272</sup>, ואם היו חסרות אפילו יום אחד אין זה חזקה<sup>273</sup>. ואפילו אם החזיק כמה שנים, כל שלא אכל פירות כל שנה, אין זה חזקה<sup>274</sup>. **היה דרכם של בני אותו מקום להוביר** את הקרקעות שנה בינתיים, מועיל החזקה אף שאינם רצופות, והחזקה היא בשש שנים שמתוכם זרע ואכל שלוש פעמים<sup>275</sup>, **ויש מהראשונים שכתב**, שהחזקה היא בשלוש שנים אף שבאחד מהם לא זרע<sup>276</sup>. **ואם זרע ואכל שלוש שנים רצופות במקום שרגילים להוביר** שנה בינתיים, נחלקו הראשונים<sup>277</sup> אם מועיל החזקה מיד, או שאין מועיל כלל אף לאחר שש שנים כיון שלא החזיק כדרך המחזיקים.

### בית הראוי לדירה

החזיק בבית הראוי לדירה, אין זה חזקה אלא אם כן דר בה בימים ובלילות<sup>278</sup>, וצריך שיעידו העדים שדר שם גם בלילות, ואם השכיר את הבית ומעידים השוכרים שהם דרו שם ביום ובלילה, צריכים שלא יהיו נוגעים בעדותם<sup>279</sup>. **ודעת הרשב"ם**<sup>280</sup>, שאם אין המערער טוען שהמחזיק לא דר שם בלילות, אין צריך להביא עדים שדר גם בלילה, שכיון שהביא עדים שדר שם מסתמא דר גם בלילות, ורק אם המערער טוען שבליילה הוא לא ראה שדר אחד בדירתו ולכן לא מיחה, צריך המחזיק להביא עדים שדר גם בלילה. **וברובלין** המסתובבים בעיריות, טוענים למערער להצריך את המחזיק להביא עדים שדר גם בלילה, אף שהמערער עצמו אינו טוען<sup>281</sup>.

### חזקה בתנוית

**חנניות שעשויים לשימוש של יום בלבד**, הרי זה חזקה גם כשלא היה שם בלילות<sup>282</sup>. **ודעת רב האי גאון**<sup>283</sup> **ורבינו גרשום**<sup>284</sup> **והרמב"ם**<sup>285</sup>, שמועיל לדור שם שלוש שנים בימים בלבד<sup>286</sup>. **אך דעת התוספות**<sup>287</sup> **והראב"ד**<sup>288</sup> **והרא"ש**<sup>289</sup>, שצריך להחזיק בדירה זמן של שלוש שנים, שאם היה רק בימים ולא בלילות צריך להחזיק

מא, א. 271. אבל רבי יהודה סובר, שאין ראה של אחיו שטרך, שכיון ששתק ולא מיחה ואין עשוי לשתוק, אין חושש עוד המחזיק שיבוא למחות, ואין שומר על שטרו. וראה יד רמה לח, א אות צא. 272. ואין נמדד לפי שני העולם, אלא לפי הזמן שירד לשדה, ריטב"א ריש פרק ג'. והוסיף שאם התעברה השנה, התעברה לו, והיינו למחזיק, שהחזקה היא בשלושים וששה חדשים. וראה בשער משפט וחיודשי הרי"ם קמא, א. 273. גמרא כט, א ורמב"ם טוען ונטען יב, א. 274. לפי שיכול המערער לומר שזוהי שהניח שנה אחת מלזרוע ולאכול, הוכיח המחזיק שאין זה שלו ולכן לא מיחה בו (רשב"ם ד"ה שאכלן). **והרמב"ם כתב**, שהטעם הוא משום שיכול המערער לטעון שבא למקום בזמן שלא ראה מי שישב בה, ולכן לא מיחה. **ודעת בעל העיטור** (אות מ מחאה), שאם החזיק באכילת שלוש שנים, אף שאינם רצופות, מועיל לחזקה, וכל מה שאמרו שאינו מועיל לחזקה כשאינם רצופים, היינו שהזמן שלא אכל פירות אין מצטרף לחזקה. והוא דעת יחיד. 275. כן הוא ברשב"ם שם ד"ה באתרא ובעליות דרבינו יונה ורמב"ן וריטב"א א וריטב"א שם וברא"ש סימן ב. 276. כן הוא דעת הראב"ן המובא בהגהות מיימוני טוען ונטען יב, ד. והביא שיש לזה סמך בשער בינה לרב האי גאון [ראה להלן לגבי חנניות]. וכן הוא בהכרח לדעת בעל העיטור הנ"ל, שכל פעם מועיל חזקה של אכילת שלוש שנים אף שאינם רצופות. 277. מובא בטור סימן קמא, ובשולחן ערוך שם, ד. 278. כמבואר בגמרא כט, א. 279. בגמרא שם מתבאר אופן שלא היו נוגעים, כגון שעומדים עם שכר הדירה ושואלים למי לשלם. אבל אם כבר שילמו למחזיק, אין נאנמים, שהרי הם נוגעים שלא יוציא את הקרקע מהמחזיק, שבכך יצטרכו לשלם למערער. וכתב רבינו יונה, שאם שילמו למחזיק, והמחזיק החזיר להם את דמי השכירות, שוב אין נחשבים נוגעים. אבל הרשב"א כתב, שהם נחשבים נוגעים, כיון שעל ידי כך המחזיק הצילם מהפסד, ומתביישים להעיד לחובתו. וראה ש"ך קא, נב ובנתיבות המשפט שם, ד. 280. שם ד"ה אמר. 281. וראה בסוגיא שם פירושים נוספים בראשונים בביאור דברי הגמרא, ולדבריהם אין מקור לדברי הרשב"ם, ולעולם צריך המחזיק להביא עדים שדר שם גם בלילה. ולדעת רבינו תם (המובא בתוספות שם) אין צריכים שיעידו על כל הימים והלילות, ודי אם מעידים על מקצת ימים ולילות, שדי בכך שראו אותו פעמים גם ביום וגם בלילה. 282. מבואר בגמרא כט, ב. 283. ספר המקח שער מ' הענין ה'. 284. כט, ב ד"ה ומודי. 285. טוען ונטען יב, ג. 286. וכן דעת הרמ"ם שם אות כד. וכתב בביאור הדברים, שהרי זה כדבר שאינו עושה פירות תדיר, שאם החזיק בו שלוש שנים ואינם מיום ליום, יש לו חזקה, כפי שהתבאר לעיל. 287. כט, ב ד"ה ומודה. 288. בהשגות שם. 289. סימן ב.

השטר, כיון ששם התופס הוא מוחזק שהרי זה מטלטלין, ומוחזק מועיל במקום ספק. 257. **השער משפט** (קמה, א) **והחיודשי הרי"ם** (קמ, א) התקשו בדבר, שאם כן לא היה צריך המחזיק להביא ראה על אכילה של ג' שנים, שדי על אכילה של יום אחד שהיא כבר הראיה שהבעלים שתקו, ונגד הטענה של אחיו שטרך מועיל זה שעברו כבר שלוש שנים אף שאין הוכחה שישב שם כל השנים הללו. ותיירו, שטעם זה שאדם מקפיד על כך שישבים בשדהו, אינו הוכחה גמורה שמכר, והוא רק ריעותא על מוחזקותו, וכל שאין הוכחה על מוחזקות המחזיק, מעמידים בחזקת המרא קמא, ורק אחרי ג' שנים שהמחזיק החזיק בקרקע, מוציאים מהמרא קמא. **והקהלות יעקב** (יח, ח) תירץ, שאחרי שהדין שעד ג' שנים אין הוכחה משתיקתו כיון שיש נגד זה ריעותא של אחיו שטרך, שוב אין הוכחה משתיקתו בתחלה, כיון שידע בלאו הכי שיכול לטעון גם לאחר זמן, ולכן ההוכחה היא רק משתיקה של ג' שנים, וממילא צריכים להוכיח על החזקה של ג' שנים. וכן כתב בחיודשי רבי ראובן סימן יא. וראה גם באבי עזרי טוען ונטען יא, ב. 258. מב, א. וכן הוא ברשב"א כט, א. 259. והנפקא מינה מטעם זה, באופן שהאב אכל שנה ובנו הקטן אכל שני שנים, שלדברי היש מפרשים אין זה חזקה, כיון שהקטן אינו יודע לשמור על השטר, ולא היה מועיל לו למחות. 260. יד, א מדפי הרי"ף כפי שדייק מדבריו הקצות החושן קמ, ב. וכן משמעות לשון רש"י כתובות יז, ב ד"ה שני. וכן דייק הקצות החושן מדברי הרמב"ם טוען ונטען יא, ב ומדברי התוספות לה, ב ד"ה ואי. וכן דייק הקהלות יעקב (סימן יח) מדברי הרא"ש בתחילת הפרק, וכן הוא בתוספות הרא"ש בבא מציעא קי, א ד"ה לקוחה. 261. והקהלות יעקב (סימן יח) ביאר בדברי הנמוקי יוסף, שאחרי שתיקנו חכמים כן, שוב גם יש הוכחה משתיקתו ששתק ג' שנים, שהרי לאחר מכן לא יוכל למחות, וזה הוכחה שזה שלו. וראה גם בחיודשי רבי מאיר שמחה על הגמרא כט, א. 262. כתב רבינו יונה (לה, ב) שזה דווקא כשטוען כן, אבל אם אינו טוען שקנה את הקרקע, אף שסייע לו אינו מועיל על קניית הקרקע, ורק על הפירות מועיל שאין צריך להחזירם. 263. ואם אין עדים והמערער עצמו הודה בכך אך טוען שגזולה היתה בידו, כתב **הנתיבות המשפט** (קמב, א) שנאמן, ואף שההוכחה שאין אדם מסייע לגזול ליטול פירות היא כמו עדים, מועיל נאמנות זו כנגד עדים, שהרי היה יכול לשתוק ולא להודות שסייע, ונאמנות של הפה שאסר מועיל אף נגד עדים. וכתב, שמכל מקום צריך לתת טעם למה סייע בידו. אך רבים חלקו על כך, שגם הפה שאסר אין מועיל נגד עדים. וכן כתב **השער משפט** (שם, א) שאינו נאמן. 264. גמרא לה, ב. 265. ראה רשב"ם שם ד"ה אי. 266. קצות החושן קלה, ב. וראה שם מה שכתב לבאר על פי זה. 267. במשנה לח, א כפי המתבאר בגמרא מא, א. 268. בביריתא נט, ב. 269. כפי המתבאר במשנה לח, א. 270. גמרא

שש שנים, ואין זה כמו שדות שמועיל בשלוש שנים אף שאינו שם ביום ובליה<sup>290</sup>, לפי שבית יכול לשמש גם לדירת לילה, אף שחזונו אינו משתמש בלילה, ולכן צריכים שיחזיק באכילה של שלוש שנים, שהוא שש שנים<sup>291</sup>.

**חרישה**

נחלקו תנאים ואמוראים<sup>292</sup> אם **חרישה בלבד** הוא חזקה שאין אדם עשוי לשתוק כשחורשים בשדה, או שאין זה חזקה שאומר הבעלים הלואי ויחרוש עד שתכלה מחרשתו ובינתיים תתרפה הקרקע ואחר כך אטלנה ואזרענה בעצמי<sup>293</sup>. **ולדעת הסובר שאין זה חזקה**<sup>294</sup> נחלקו הראשונים<sup>295</sup> באופן שחרש ולאחר מכן זרע, אם מונים את החזקה מהזריעה שרק היא החזקה, או שמונים את החזקה כבר מהחרישה, שכיון שהחרישה היא תיקון הזריעה, מצטרף מתחילת החרישה<sup>296</sup>.

**טענה**

**כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה**, כיצד, אכל פירות שדה זו כמה שנים, ובא המערער ואמר 'מה אתה עושה בתוך שלי', והשיבו 'ירדתי לתוכה מפני שלא אמר לי אדם דבר מעולם', אין זה חזקה, עד שיטען שקנה ממנו או שנתנה לו במתנה או שירש מאבותיו<sup>297</sup>. **וכן נאמן לטעון שקנה ממי שבפניו מכר לו המוכר את הקרקע**, שיש לו מיגו שהיה יכול לטעון שהוא בעצמו קנה<sup>298</sup>.

**טענה לירוש ולוקח**

**הבא משום ירושה** אינו צריך טענה<sup>299</sup>, שאין אדם בקי בקרקעות אביו איך באו לידו<sup>300</sup>, וטוענים לו שאביו קנה את הקרקע, **וכן הלוקח**<sup>301</sup> אינו צריך טענה איך בא ליד המוכר, שטוענים ללוקח<sup>302</sup>, **ואפילו אם המוכר** אומר שגזולה היתה בידו, אינו נאמן לאבד את זכותו של המחזיק<sup>303</sup>. **ודעת הראב"ד**<sup>304</sup> **והרמ"ה**<sup>305</sup>, שצריך להוכיח בעדים שהוא הלוקח. **אבל דעת הרמב"ן**<sup>306</sup> **ועוד ראשונים**<sup>307</sup>, שאף אם אין לו עדים נאמן, שתפיסתו מוכחת עליו, ועוד שיש לו מיגו שהיה יכול לטעון שהוא עצמו קנה מהבעלים. **וצריך הירוש או הלוקח להביא עדים** שדר בה המוריש או המוכר לפחות שעה אחת דרך דירה<sup>308</sup>, וכשיש בין שניהם ג' שנים הרי זה חזקה<sup>309</sup>, אבל אם אין לו עדים שהמוכר דר בה יום אחד אין מעמידים אותה בידו<sup>310</sup>. **ואם טען המחזיק שבפניו דר בה המוכר**, דעת התוספות<sup>311</sup> שנאמן במיגו שהיה טוען שהוא עצמו לקחה<sup>312</sup>, אך רק אם טען כן מתחילה, אבל אם אמר מתחילה מפלוני לקחתי ולא אמר שלקח ממי שדר בה בפניו, ואחר כך כשביקשו ממנו להביא עדים שהמוכר דר בה אמר שבפניו דר בה אינו נאמן במיגו<sup>313</sup>. **אבל הרמב"ן**<sup>314</sup> כתב, שאינו נאמן לומר בפני דר בה המוכר יום אחד<sup>315</sup>, שכל מה שטוענים ללוקח שהמוכר קנה מהמערער, הוא רק כשיש עדים שהמוכר דר בה ולכן טוענים על כך, שרגלים לדבר שקנה מהמערער שהרי דר בה, אבל אם אין עדים על כך אין אנו טוענים שהוא קנה מהמערער<sup>316</sup>. **וכתב הריטב"א**<sup>317</sup>, **שאם המוכר עצמו טוען לפניו שהוא קנה מהבעלים**, אף אם לא דר בה יום אחד, מועיל חזקת ג' שנים של הלוקח. **אבל מדברי הנמוקי יוסף**<sup>318</sup> דייק רבי עקיבא איגר<sup>319</sup>, שאין המוכר נאמן בזה, ורק אם דר בה יום אחד מועיל ללוקח חזקת ג' שנים אף שאין לו טענה.

**לפרש את טענתו הראשונה**

טען המחזיק שהיה הקרקע של אבותיו, והביא המערער עדים שהיה של אבותיו, ולאחר מכן הביא המחזיק עדים שאכל שלוש שנים, סבר רבה<sup>320</sup> לומר שנאמן במיגו שהיה יכול מלכתחילה לטעון כן שאכל שני חזקה. ואביי דחה, שזה **מיגו במקום עדים**, ומאחר שדבריו הראשונים הוכחו על ידי עדים, שוב אין נאמן לומר שזה שלו, שהרי זה חזקה שאין עמה טענה<sup>321</sup>. **ואין טוענים לו לפרש את דבריו שאבותיו לקחו מאבותיו של המערער**, כיון שמשמעות דבריו מתחילה היתה שזה של אבותיו מעולם ולא היה של המערער ושל אבותיו כלל, והודה בכך שלא לקחו מהמערער<sup>322</sup>. **ויש שכתבו**<sup>323</sup>, שאין טוענים לירוש כשהוא עצמו טוען בטענת ברי, ואפילו אם הביא עדים. **אמנם, דעת כמה ראשונים**<sup>324</sup>, שאם הביא עדים שאבותיו גרו שם זמן קצר, טוענים לו שאבותיו קנו<sup>325</sup>. **ואם טען כן בבית דין מתחילה**

לפי שזוהי הדבר כטענת שגר. **ב' רבינו יונה** (מוז, א ד"ה ה"ד) כתב, שבוז יש סיוע לחזקה של הלוקח או היורש. וכן כתב הקצות החושן (קמו, ט) שהוא בתורת הוכחה ואומדן שהמוכר לקח מהבעלים, ורק על זה מועיל טענינו. **ג' המהרי"ט** (חושם משפט כ, מובא בקצות החושן שם) כתב, שעל ידי זה שדר בה המוכר יום אחד, נחשב הלוקח לוקח שלו וטוענים לו מה שהמוכר היה טוען, אבל אם לא דר בה הראשון אין יכולים לטעון עבור הקונה לפי שאין יודעים שהוא לוקח שלו. וכתב לפי זה, שאם יש לקונה שטר שהוא קנה מהמוכר, אין צריך עדים שהמוכר דר בה יום אחד. וכן כתב התוספות ר"ד מא, ב. אבל הקצות החושן הוכיח מדברי הרשב"ם, ל ב ד"ה א"ל שאפילו אם יש לקונה שטר שקנה מהמוכר אין מועיל בלא הוכחה שהמוכר דר בה. וכן כתב המשנה למלך (טוען ונטען שם), שאפילו אם יש לו שטר או עדים שלקח מזה, אין מועיל החזקה אם לא דר בה המוכר יום אחד. **ד' בקובץ שיעורים** (אות קעד) ביאר על פי דברי הרשב"א בתשובה (ה, קלח), שכל מה שהבעלים צריכים למחות הוא רק במי שבא מכח טענה שקנה ממנו, אבל באדם שקנה מאחר אין צריכים הבעלים למחות בו, וכיון שהראשון לא דר בו כלל, נמצא שמעולם לא היו צריכים הבעלים למחות, שהרי על הראשון לא היה מתי למחות שהרי לא דר בה. אבל אם דר בה יום אחד, שכבר הוצרכו הבעלים למחות על החזקת יום זה [כפי שהתבאר לעיל שכבר על יום אחד צריכים למחות], ממילא מועיל החזקה על סמך החזקת הראשון בלי מחאה. וראה עוד בברכת שמואל סימן כז ובחידושי רבי שמואל סימן כב. **311**. ל א ד"ה לאו. **312**. וכתבו, שכן הוא אפילו אם לא החזיק שני חזקה, כל שאין למערער עדים שהיתה הקרקע שלו, נאמן לומר בפני דר בה המוכר במיגו שהיה יכול לומר לא היתה שלך מעולם. והתומים (קמו, טו) כתב, שכל דברי התוספות הם רק באופן זה שאין למערער עדים שזה היה שלו, אבל אם יש למערער עדים שהיה שלו, אינו נאמן במיגו שיכול היה לטעון שלקח מהמוכר, שזה מיגו הדעוה, שיותר נוח לו לטעון שקנה מאחר שדר בה. **313**. שזה מיגו למפרע, כמבואר בתוספות שם. **314**. בחידושי מא, ב ובמלחמות ז, א מדפי הרי"ף. וכן דעת הרמ"ה אות קיה והרשב"א שם. **315**. וכתב התומים (קמו, כג) להוכיח מדברי הרמב"ן (לא, א), שזה רק אם המערער טוען ברי, אבל אם המערער טוען שמא, כגון שהוא יורש, גם לדעת הרמב"ן נאמן לומר בפני דר בה יום אחד. וראה בסמ"ע שם, סג. **316**. וביאר רבי עקיבא איגר, שאין בית דין טוענים אלא על דבר שהוא ברור מצד עצמו, ואין נאמן במיגו אלא על דבר שאחרי המיגו אין עוד ספק, אבל אין טוענים על המיגו, שאין מיגו אלים כל כך שיבררו על כך ספק אחר על פי דבריו. **והבעל המאור** שם ביאר, שאם אין עדים שראו שדר בו יום אחד, הרי זה ריעותא, ולכן אין טוענים לירוש וללוקח. **317**. מא, ב. **318**. י, ב מדפי הרי"ף. **319**. על השולחן ערוך קמו, יד. **320**. גמרא לא, א. **321**. רשב"ם שם ד"ה אמר. **322**. תוספות שם ד"ה מה. וראה בטור סימן קמו שכתב לפי זה, שאם בתחילת הדברים 'ירשתיה מאבותי' שאין זה לשון ברור של טענה שהיה של אבותיו מעולם, אכן טוענים לו שאביו קנה מאבותיו של המערער. **323**. הרשב"א שם בשם רבותיו. **324**. הרמ"ה שם, והרשב"א בתחילת דבריו. **325**. שהרי טוענים לירוש. וזה לשיטתם שבכל פעם רק אם יש עדים טוענים, אבל הוא עצמו אינו נאמן לטעון שדר המוריש יום אחד, ואין נאמן במיגו, וכפי שהובא לעיל. וראה ש"ך קמו,

**290**. וכן אין זה דומה לבית ורולין וסוחרים, שאף שיוצאים מביתם בשנה פעמים הרבה ושוהין הרבה מחוץ לבית, מועיל חזקה בג' שנים, (כפי שפסק הרא"ש כדעת רבינו חננאל שבתוספות ד"ה אמר, מובא להלכה ברמ"א קמ, ח), ששם אין זמן בטלתם ידוע ואין קבע לביטולם, אבל כאן יש קבע לביטולם שבכל לילה מתבטלים. רא"ש שם. וראה בסמ"ע קמ, כ. **291**. והמדרכי סימן תקכג כתב, שרק בבית דירה משעשאו חנות, בזה הוא שצריכים שיחזיק שש שנים כיון שזה בית ושאר בני אדם דרים בו בימים ובלילות. אבל אם זה חנות מעיקרא, אין צריך שש שנים, ומועיל להחזיק שלוש שנים אף שזה רק ביום. וכן הכריע הרמ"א קמ, יד. **292**. מובא בגמרא לו, ב. **293**. וכתב הרמב"ן שם (ד"ה מאי בנייהו) שהוא הדין אם בנה אדם חורבתו של חבירו שלוש שנים, או שנה אחת משלש השנים, לא עלתה לו חזקה, שהמערער אומר הלואי וכל ממנו יוציא זה לבניו, ואחר כך אבוא אני ואטלנו. **294**. שכן הלכה, כפי שפסקו הראשונים שם והרמב"ם טוען ונטען יב, ט. **295**. מובא ברמב"ן וברשב"א שם. וכן בטור ושולחן ערוך קמא, ט. **296**. וראה בסמ"ע קמא, יד אם גם לגבי בניית חורבה הדין תלוי במחלוקת זו, שאם דר לאחר מכן בבנין, ממתים מונים את החזקה משעת הדירה או משעת הבניה. **297**. משנה מא, א ורמב"ם טוען ונטען יד, יב. **298**. גמרא מא, ב. ובפשטות לשון הגמרא מבואר, שהוא נאמנות מדין מיגו שמה לו לשקר לטעון שהוא ראה שפלוגי קנה, שהיה יכול לטעון שהוא בעצמו קנה, ולכן נאמן כשאומר שהוא ראה שהמוכר קנה, אבל אין זה נחשב בעצמו לטענה, וכן מבואר בדברי התוספות ל, א ד"ה לאו. **אבל הקצות החושן** (קמו, יב) דייק מדברי הרשב"ם (לא, א ד"ה ומוזד) שאין זה מדין מיגו, אלא שזה עצמו נחשב לטענה, כשם שהיה טוען שהוא עצמו קנה. וביאר כן גם בדעת הרא"ש והטור (שם) שמועיל לומר כן גם כשאמר בתחילה בסתם שקנה מפלוני, ורק לאחר זמן אמר שאותו פלוני קנה בפניו ממנו. והש"ך (שם, טו) תמה על כך, שזה מיגו למפרע, שהרי עכשיו כבר אין לו מיגו. וביאר הקצות החושן, שהטור סובר שאין זה מדין מיגו. וראה בנתיבות המשפט שם, יב ובתשובות רבי עקיבא איגר, ג, כט ובחידושי הגר"ש סימן יב וקהלות יעקב סימן כא. **299**. לשון המשנה שם. **300**. רשב"ם שם ד"ה אינו. **301**. וכן בעל חוב שגובה קרקע בחבובו, שדינו כלוקח. (רמ"א קמו, י בשם רא"ש כלל לח). **302**. ראה גמרא כג, א. **303**. תוספתא ב, א הובא ברא"ש ג, ח. רמ"א קמו, י בשם תשובת הרא"ש לט, ד. **304**. מובא ברמב"ן וברשב"א מא, ב. **305**. יד רמה מא, ב אות קיה וטור סימן קמו אות כז בשמו. **306**. שם. **307**. רשב"א שם בשם הרמב"ן ובתשובה ב, רעג, וריטב"א שם, וטור בשם הרא"ש. וכן פסק הש"ך קמו, ז. **308**. כדעת רבי חייא מא, ב. כפי שפסק הרשב"ם שם ד"ה איבעיא ול, ב ד"ה אמרי ליה. וכן כתבו הרמ"ה והמאירי שם. וכן פסקו הרי"ף (כב, א מדפי הרי"ף) והרא"ש (ג, לו) והרמב"ם (טוען ונטען יד, יד). ולהלכה בטור ושולחן ערוך קמו, יד. [והלשון אפילו שעה אחת דרך דירה, הוא מהיד רמ"ה שם אות קיט, וכן הוא להלכה ברמ"א קמו, יד. ומבואר בגמרא שם בדברי רבא, שאם הלך לבקר בקרקע אינו מועיל, ואפילו אם הלך למדוד שמה לא הלך אלא לבקר]. **309**. וכתב הבית יוסף (סימן קמו), שאפילו אם לא דר בה הלוקח כלל, כיון שדר בה המוכר ג' שנים, הרי זה חזקה. **310**. בטעם הדבר מצינו כמה ביאורים, א' הרמב"ן והריטב"א (מא, ב) כתבו, שאם אין המוכר דר בתוכה, אין טוענים ללוקח,

שהיה של אבותיו, וחזר הוא עצמו וטען בפני בית דין שהוא קנה את זה מהמערער, ומה שאמר מתחילה שהיה של אבותיו כוונתו שנחשב הדבר אצלו כמו קרקע שקיבל מאבותיו, נחלקו אמוראים אם יכול לחזור ולטעון<sup>326</sup>.

## המחאה

אין הבעלים צריכים למחות בפני המחזיק, שאפילו אם מחה בפני שנים<sup>327</sup> שהחזיק אדם בקרקע שלהם בגזילה, הרי זה מחאה, אף שלא שלח אותם למחות אצל המחזיק, לפי שיכול הדבר להיוודע אצל המחזיק<sup>328</sup>, ואפילו אם לא אמרו העדים את המחאה לשום אדם והתברר לנו שהמחזיק לא שמע על המחאה, מועיל המחאה<sup>329</sup>. ויש שהוכיח<sup>330</sup> מדברי הרמב"ן<sup>331</sup>, שאם המחזיק לא שמע על המחאה, אין זה מועיל, כיון שלא היה צריך לשמור על שטרו<sup>332</sup>. וכיון שמיחה פעם אחת, שוב אין צריך למחות בתוך ג' שנים, אבל לאחר ג' שנים צריך למחות<sup>333</sup>. ואם שינה את מחאתו כשחזר וערער<sup>334</sup>, יש לו חזקה<sup>335</sup>.

## אלו שאין להם חזקה לפי שאין מקפידים עליהם

יש כאלו שאף אם אכלו בקרקע שלוש שנים, אין להם חזקה, לפי שהבעלים עשויים לשתוק כשהם אוכלים בקרקעותיהם. ואלו הם, האומנים<sup>336</sup>, האריסים<sup>337</sup>, האפוטרופסים<sup>338</sup>, השותפים<sup>339</sup>, האיש בנכסי אשתו<sup>340</sup>, האשה בנכסי בעלה<sup>341</sup>, הבן בנכסי אביו והאב בנכסי בנו<sup>342</sup>. וצריך המערער להביא עדים על כך שהיו אומנים או אריסים ואפוטרופסים ושותפים, שאם אין ידוע על כך בעדים והמחזיק הודה כן מעצמו וטוען שהבעלים מכרם לו, מועיל לו החזקה, שהרי יש לו מיגו שהיה יכול לומר שאינו אומן<sup>343</sup>.

## אלו שאין להם חזקה לפי שיראים למחות בהם

הוחזק על שדה זו בגזילה, אין לו חזקה על שדה זו<sup>344</sup>, לפי שהבעלים יראים מלמחות בו<sup>345</sup>. ודעת כמה ראשונים<sup>346</sup>, שאפילו אם לא הוחזק עכשיו שגזל קרקע זו, אלא שהיתה גזולה בידו וכבר הוציאה בית דין מידו, שוב אין לו בה חזקה<sup>347</sup>. וכן מי שהוחזקו אבותיו שהם הורגים נפשות על עסקי ממון, אין להם חזקה על שום קרקע<sup>348</sup>.

## בחדש שוטה וקטן

החדש והשוטה והקטן, דעת הרמב"ם<sup>349</sup>, שאין להם חזקה, מפני שאין טענתם טענה כדי להעמיד את הקרקע בידם, וחזקה שאין עמה טענה אינה חזקה<sup>350</sup>. אבל הרמב"ן<sup>351</sup> כתב, שיש להם חזקה<sup>352</sup>. והמחזיק בנכסיהם אין לו חזקה, שאין ראייה משתיקתם<sup>353</sup>. ואין מחזיקים בנכסי קטן אפילו הגדיל<sup>354</sup>, כגון שאכל שנה אחת כשהוא קטן, ושנים אחר שהגדיל<sup>355</sup>. ונחלקו הראשונים כשאכל שלוש שנים אחר שהגדיל אם הוא חזקה<sup>356</sup>.

הלכה. וכן פסק הרמב"ם טוען ונטען יג. ח. וכן הוא להלכה בשולחן ערוך קמט, ב. 340. מבורר בגמרא (מט, א) שבסתם בעל יש לו זכות לאכול מנכסי אשתו, ובוה אין כל חידוש שאין בזה חזקה, שהרי משלו הוא אוכל, והחידוש הוא שאפילו אם התנה עמה שאין לו פירות בנכסיה, כגון שכתב לה כשהיא ארוסה 'דין ודברים אין לי בנכסין ובפירותיהם', שמן הדין אין הפירות שלו, מכל מקום אין זה חזקה, שאין האשה מקפדת על בעלה כשאוכל משלה שלא כדין. ומתבאר עוד בגמרא (ג, ב לפי דעת רבא בביאור דברי רב), שאם הבעל חופר בקרקע בורות שיחין ומערות, יש לו חזקה, שבזה האשה היתה צריכה למחות. ולפי פירוש הרשב"ם בביאור התירוץ הראשון בגמרא (ד"ה אימא), חזקה זו היא לאלתר. והר"י מיגאש הסתפק לומר, שדין זה שיש לו חזקה בחפירת בורות, הוא רק לגבי חזקה בבורות עצמם, אבל לא על הקרקע. והיד רמ"ה (אות קצה) כתב, שאם גם אכל מהפירות וגם חפר בה בורות, יש לו חזקה גם על הקרקע, אבל אם לא אכל את הפירות אין לו חזקה כלל. אבל הריטב"א שם הביא, שיש הסוברים שאפילו בחפירת בורות שיחין ומערות בלבד יש לו חזקה, אף שאינו אוכל מהפירות. 341. אמרו בגמרא (נא, א) שבסתם אשה שהבעל חייב לזון אותה, אין כל חידוש בכך שאין לה חזקה, שהרי היא אוכלת מזונותיה. והחידוש הוא באופן שייחד לה קרקע אחרת למזונותיה, שאף על פי כן אין לה חזקה, שאין מקפיד עליה הבעל אם אוכלת יותר. 342. היינו בבן הסמוך על שולחנו, ובוה שנינו שאין לבן חזקה בנכסי האב ולא לאב בנכסי בן זה. ואם אין סמוך על שולחנו, נחלקו בוה בגמרא (נב, א) אם יש לו חזקה, ונפסק להלכה שיש לו חזקה. 343. רמב"ם טוען ונטען יג, ג. 344. דעת רבי יוחנן בביאור הברייתא מז, א. ודוקא על שדה זו, כפי שכתב הרשב"ם ושאר הראשונים. 345. רשב"א שם. וכתב רבינו יונה, שבכל קרקע שהחזיק בה שלוש שנים, אין אומרים שמא הוא גזלן והבעלים ייראו מלמחות בו, שרק אם ידוע עליו שהוא גזלן על שדה זו חוששים כן. 346. רמב"ן רשב"א וריטב"א שם. וכן כתב הטור סימן קמט. 347. שבזה חוששים ששוב גזל שדה זו, וייראו הבעלים מלמחות בו. ועוד, שאין הבעלים חוששים למחות בו, כיון שידוע לכל שכבר גזלה ממנו פעם אחת. 348. דעת רב חסדא בביאור הברייתא מז, א. [וכתבו הראשונים, שאין רב חסדא ורבי יוחנן חולקים בדין, אלא רק בביאור הברייתא]. וכיוצא בדבר אמרו בגמרא (לו, א) שראשי גלויות אין להם חזקה, ואין לאחרים חזקה בנכסיהם, שמתו שירצו יוכלו להוציא את שלהם ואין חוששים למחות, ולכן אין ראייה מזה ששתקו. וראה בסמ"ע קמט, כ אם גם בסתם גזלן על שדה אחת, אומרים כן שאין לאחר חזקה בנכסיו. 349. טוען ונטען יג, ב. 350. כן מתבאר בלשון הרמב"ם שם, וראה ביאור הגר"א קמט, כה וקצות החושן שם. ה. והרמב"ן והרשב"א והריטב"א (מב, א) הביאו סברא אחרת שלקטן אין חזקה, מפני שהמחאה לא תועיל לו, שהרי אינו יודע לשמור על השטר, וכל שאין המחאה מועלת לשמירת השטר, אין שייך בו חזקה. 351. מב, א. וכן כתבו שם הרשב"א והריטב"א והנמוקי יוסף בשמ"ע. 352. ואף שהקטן אינו יודע לשמור על שטרו, מכל מקום אין אדם שותק כשיושבים בקרקעו בלא רשות, ומזה שלא מיחה ראייה שהוא של הקטן, אלא שבתוך שלוש שנים גם קטן צריך להביא שטר, ואף שאינו יודע לשמור על שטרו לא חילקו בוה חכמים, שאם נאמר שלקטן יש חזקה מיד, נמצא שמי שאין לו דעת הרוויח, ולא מציעו בשום מקום שירוויח בכך שאין לו דעת. 353. רמב"ם שם, ומקורו מהגמרא בבא מציעא לט, א-ב. 354. בבא מציעא שם. 355. כפירוש הרמב"ם טוען ונטען יד, ז. 356. שלדעת רש"י (שם ד"ה ואפי') פירוש הגמרא 'ואפילו הגדיל' הוא גם כשאכל עוד שלוש שנים לאחר שהגדיל, שכיון שתחילת ירידתו היתה כשהוא היה קטן שלא ידע שהוא של אביו, לא ידע שצריך למחות בו. וכן דעת הרמב"ם שם.

כ. 326. ואם מתחילה לא טען בבית דין, ואחר כך אומר בבית דין שקנה, לכולי עלמא נאמן. ואם מתחילה טען בבית דין, ואחר כך יצא וחזר וטען, לכולי עלמא אינו נאמן. 327. כדעת רבי חייא בר אבא משמיה דרבי יוחנן, וכהכרעת רב נחמן לט, ב. 328. גמרא לט, א ורשב"ם שם ד"ה מחאה. 329. תוספות מ, א ד"ה מחאה (הנמשך מעמוד קודם) ורא"ש סימן א. 330. שער משפט קמו, ג. 331. לג, ב ד"ה אי הכי. 332. וראה בשו"ת חתם סופר חושן משפט סימן צח. 333. הכרעת רבא בגמרא לט, ב כפירוש הרשב"ם ד"ה ה"ג. 334. דעת הר"י מיגאש, שדווקא אם שינה את הטענה ב' פעמים, אבל שאר הראשונים חלקו עליו. 335. דעת הר"י מיגאש, שאף שבטלה המחאה השנייה [ולשיטתו היינו המחאה השלישית], צריך שיחזיק עוד ג' שנים מאותו מחאה. אבל דעת הרמ"ה, שמיד יש לו חזקה, שכיון שבטלה טענתו אינו שומר עוד על שטרו. 336. הרשב"ם (מב, א ד"ה האומנין) פירש את דין האומנין שהוזכר במשנה, לגבי דין מוחזק במטלטלין, ולא על דין חזקה ג' שנים. והביא בשם רבינו גרשום שלא גרס כלל במשנה את האומנין. [וכן הוא במשנה שבירושלמי, אבל ברבינו גרשום שלפנינו גרס כן במשנה, וביאר שמדובר במטלטלין]. אבל הרמ"ה (שם אות ה) כתב, שאפשר לפרש את המשנה באומנין של קרקע, כגון בנאי וצויר שדרכו לדור בתוך הבית שקיבל עליו את המלאכה בה עד שתכלה מלאכתו כדי שיהא מזומן שם לעשות מלאכתו, או שמדובר באומן שמלמד עבדים אומנות, שאין על האומן דין חזקה ג' שנים בעבד. והרמב"ם (טוען ונטען יג, א-ד) הביא דין זה של אומנין על קרקע, כפי שביאר הרמ"ה בפירושו הראשון. 337. מבורר בגמרא (מו, ב) שמדובר באריס שמוחזק כן מאבותיו [אריס בתי אבות] שהיו רגילים לשמור שדות של מפשחה זו ועולם הם ואבותיהם, ולא היו יכולים להחליפם באריסים אחרים, אבל באריס סתם שמקבל רק למחצה לשליש ולרביע מפירות השדה, כיון שעכשיו אוכל מכל פירות השדה במשך שלוש שנים, הרי זה חזקה. והרשב"ם פירש באריסים בתי אבות, שאותם אריסים נוהגים לאכול מפירות הקרקע כולה במשך שנתיים או שלוש שנים, ואחרי כן אוכלים כן הבעלים, ולכן אין באכילתם חזקה. וכתב הלחם משנה (טוען ונטען יג, ה) שלדבריו, אפילו באריס בתי אבות, אם אין רגילים כן שאוכלים במשך שנתיים שלוש את כל פירות הקרקע, יש בהם חזקה. אבל לדעת הרמב"ם, אף אם לא היה דרכם לאכול שלוש שנים כל הפירות, אלא נוטלים כאריס, מכל מקום יש לומר שאין הבעלים מוחים בהם כשאוכלים את הכל, כיון שהם אריסי בתי אבות, ולכן אין בהם חזקה. 338. בבבא מציעא (לט, א-ב) מתבאר, שגם אם מינוהו בית דין, אין לו חזקה, ואפילו לאחר שהגדיל הקטן. וכתב המגיד משנה (טוען ונטען יג, ז) שכל שכן כשמינוהו האב. וכתב הרמב"ם (שם) שבין אם היו אפוטרופסין על שדה זו, בין אם היו אפוטרופסין על שאר נכסים, אין להם חזקה. אבל הטור (סימן קמט) כתב, שאם אינו אפוטרופוס אלא על שדה ידועה, יש לו חזקה בשדות אחרות. והיד רמ"ה (מב, א אות ה) כתב, שאפילו אין ידוע כלל שבותרת אפוטרופוסת באה לקרקע לידו, מכל מקום אם הוחזק זה להיות אפוטרופוס אצל אנשים אחרים, מסתמא אף קרקע זו בתורת אפוטרופוסת באה לידו. 339. בגמרא (מב, ב) מובא בוה מחלוקת אמוראים, שאבוה דשמואל ולוי סוברים שלעולם אין לשותפים חזקה, אבל שמואל סובר שפעם יש לשותפים חזקה. ובדעת שמואל נאמרו ג' דעות, א' אם ירד השותף לכל השדה, יש לו חזקה, אבל ירד לחציה אין לו חזקה ואין אומרים שחלקו בשדה. ב' ירד לחציה יש לו חזקה שחלקה ביניהם, אבל אם ירד לכולה אין לו חזקה שמתמא אין מקפידים אחד על השני אם אחד אוכל ג' שנים וזה שאחריו יאכל ג' שנים אחרות. ג' רבינא בדעת שמואל אמר, שאם יש בה בקרקע כדי חלוקה, יש לו חזקה, אבל אם אין בה כדי חלוקה אין לו חזקה. וכתב הרשב"ם (ד"ה דלית) שכן

המחזיק צריך להביא שני עדים על החזקתו שלוש שנים בקרקע כדרך בעלים. הביא שלוש כיתי עדים שכל אחד מעיד על שנה אחרת, נחלקו תנאים<sup>357</sup> אם זה נחשב עדות על חצי דבר שאינה עדות, או שאין בזה חיסרון של חצי דבר. בטעם התנאים הסוברים שאין בזה חיסרון של חצי דבר, נאמרו כמה מהלכים בראשונים. הרשב"ם<sup>358</sup> פירש, שבמקום שמעידים כל מה שיכלו לראות העדים באותו זמן עליו הם מעידים, אין בזה חיסרון של חצי דבר<sup>359</sup>. התוספות<sup>360</sup> כתבו, שבעדות על אכילת שני חזקה, מועיל העדות של כל שנה בפני עצמה, באופן שלא יביא עוד עדים על שנה אחרת, שיוציאו את הפירות מידי המחזיק על פי העדים<sup>361</sup>, ולכן אין זה נחשב חצי דבר<sup>362</sup>. הרמב"ן<sup>363</sup> ביאר, שעדות על אכילה של שנה אחת גם היא עדות על דבר שלם, שעדותם היא שהלוקח החזיק בקרקע בתורת בעלים, וכבר באכילה של שנה אחת יש עדות על דבר זה, רק שבהצטרף שלוש אכילות מעמידים את הדבר בחזקתו<sup>364</sup>, אבל כל שנה היא עדות שלמה על כך שהוא בעלים בקרקע. והר"ן<sup>365</sup> כתב, שעיקר החזקה הוא כבר מתחילה, שהרי אין אדם רואה אחר אולם בשדהו ושותק, וכל מה שצריכים שלוש שנים הוא רק כדי לסלק את הריעותא של אחיו שטרך<sup>366</sup>, ולכן עדות על שנה אחת כבר נחשבת עדות שלמה, שהרי העדות על החזקה הוא בשנה הראשונה<sup>367</sup>. והשיטה מקובצת<sup>368</sup> כתב לבאר, שהחזקה אינה עדות על דבר, שהרי אין החזקה הקונה את הדבר לקונה, והיא רק הוכחה בעלמא שהיא שלו, ועל זה אין חיסרון של חצי דבר<sup>369</sup>.

**כאיזה אופן צריך להחזיר את אכילת הפירות**

**הביא המחזיק עדים על אכילה של שתי שנים, צריך להחזיר את הפירות שאכל לבעלים, ואף שאם היה אומר מתחילה שירד לקרקע רק לפירות לא היה צריך להחזיר את הפירות, כאן שתובע את הקרקע שהיא שלו, צריך להחזיר את הפירות שהעידו עליו עדים שאכל<sup>370</sup>. ומכל מקום פירות של שנה שלישית אינו מחזיר, שהרי אם מאמינים לו לדבריו שאכל שלוש שנים, שוב הקרקע שלו<sup>371</sup>. הביא המחזיק עד אחד שאכל בה שלוש שנים, צריך להחזיר את הקרקע ואינו מחזיר את הפירות<sup>372</sup>. הביא המערער עד אחד שהמחזיק אכל בה רק שני שנים, והמחזיק מודה שאכל בה שני שנים אך טוען שהוא קנה את הקרקע ואבד לו השטר, צריך לשלם את אכילת השנתיים<sup>373</sup>.**

**פרק ד**

**ספיקות במקח וממכר**

**מה נכלל ומה לא נכלל במכירה**

מספר פרקים במסכת<sup>374</sup>, עוסקים בבירור נידונים שונים של ספיקות בין המוכר והלוקח, מה כלול במקח שעשו. וכלל הדברים הוא, שהמוכר דבר שיש לו תשמישים, התשמישים קבועים בתוך הדבר אותו הוא מכר<sup>375</sup>, הרי גם הם מוכרים יחד עם הדבר עצמו, אבל הדברים שאינם קבועים בתוך הדבר עצמו<sup>376</sup>, אינם כלולים במקח זה, אלא אם כן פירש בפירוש שמוכר לו את הדבר עם כל מה שבתוכו שבוה קנה גם את התשמישים שאינם קבועים בדבר<sup>377</sup>.

**דברים שאינם נכללים במכירת בית**

המוכר את הבית, לא מכר את היציע<sup>378</sup>, ולא מכר את החדר שלפנים מן הבית שעשו רק לשמירת החפצים<sup>379</sup>, ולא מכר לו את הגג שיש לו מעקה י' טפחים<sup>380</sup>. וכן, המוכר את הבית, לא מכר את הבור העשוי לשאוב מנונו מים, שאינו מתשמיש הבית. ואפילו אם כתב בשטר המכר, שמוכר לו את העומק והרום של הבית, אין הבור בכלל המכירה<sup>381</sup>, לפי שבכך שמפרש שמוכר את העומק והרום הוא קונה רק את עובי הארץ שהוא העומק<sup>382</sup>, ואת האויר שהוא הרום<sup>383</sup>, אבל לא את הדברים הנוספים שבנויים בקרקע<sup>384</sup>.

357. נו, ב. 358. שם ד"ה אלא. וכן כתב הבעל המאור בבא קמא כח, א מדפי הרי"ף (ד"ה וכן הנמשך מעמוד קודם). 359. הרמב"ן במלחמות ה' (בבא קמא שם) הקשה על טעם זה, שאם החיסרון של חצי דבר הוא משום שאין מעידים על כל מה שיכלו לראות באותו זמן, אם כן אין החיסרון בעדות משום חצי דבר, אלא משום שכיון שכל אחד ראה מה שחבירו לא ראה והרי זה כעדות שקר, ואדרבה יותר מסתבר שיש חיסרון של חצי דבר בזמן שלא יכלו לראות את הכל, שהוא יותר מחצית דבר. והחתם סופר (במלכותין שם) ביאר את דעת הרשב"ם והבעל המאור, שפסול חצי דבר הוא לא דין בהגדת העדות אלא בראיית העדות. וראה בקובץ שיעורים אות רנה. 360. במלכותין שם ד"ה אלא בשם הרשב"א, ובבבא קמא ע, ב ד"ה למעוטי בשם הרי"ף. 361. ראה עוד בסמוך. 362. הבעל המאור שם התקשה בטעם זה, שהרי אין נידון בין המערער למחזיק על הפירות. והאחרונים כתבו ליישב את דעת הרי"ף, שהוא סובר שהפסול הוא בהגדת העדות שאם אין נפקא מינה מעדות שלו בלבד, אין זה נחשב הגדת עדות, ולכן אם יתכן מצב שיהיה נפקא מינה מעדותם, אין זה חצי דבר. וראה בחידושי רבינו מאיר שמחה במלכותין שם. 363. במלחמות ה' שם, בבבא דברי רש"י בבא קמא שם. 364. שאם יש רק שנה אחת אומרים שמה לשנה אחרת כבר לא החזיק בה וחזרה לחזקת הבעלים הראשונים, אבל כל שיועדים שהמשיך את השנה הראשונה הרי החזקה היא מתחילת השנה הראשונה. וראה אבי עזרי עדות טא, כ בבבא דברי הרמב"ן. 365. חידושי הרי"ן במלכותין שם, בבבא דברי רש"י. 366. כפי שהובא לעיל בשם הרמב"ן. 367. ובברכת שמואל סימן מט כתב בשם הגר"ח, שזה גם כונת דברי הרמב"ן הנ"ל בבבא דברי רש"י. 368. בשם שיטה לא נודע מחברה. 369. מה שאין כן כששני כתי עדים מעידים על שערות של גדלות, אחת מעידה על שעה במקום אחד, ואחת מעידה על שעה במקום אחר, בזה יש חיסרון של חצי דבר, שביאת השערות היא הגדלות. וראה בקובץ שיעורים פסחים אות ב ובאור שמח סוטה א, א. 370. גמרא לג, ב וכביאר התוספות שם ד"ה ואי והרמב"ן והרשב"א שם. 371. תוספות שם בסוף הדיבור. 372. מסקנת הגמרא לד, א. שכיון שהעד בא לטובתו לומר שהקרקע שלו, נחשב הדבר כמו מקום שהוא עצמו הודה על אכילת הפירות, ואין העד מחייבו שבועה. 373. ואף שרק עד אחד מעיד על אכילה זו והוא עצמו הרי טוען שהוא קנה את הקרקע, מכל מקום הרי מחוייב שבועה כנגד העד, ואינו יכול להשבע שהרי מודה לעצם דברי העד, ומתוך שאינו יכול להשבע משלם. (גמרא שם). 374. פרקים רביעי - שביעי סא, א קח, א. 375. כגון, כשמכר את הבית, הרי הדלת והמכתשת הקבועה בכלל מכירת הבית, כמבואר במשנה סה, א. וכגון, המוכר את הספינה, מכר את התורן ואת הנס ואת העוגין וכל המנהיגין.

## אם המוכר משייר לעצמו זכות לדרך

כיון שהמוכר נשאר לו דבר בתוך רשות הלוקח, נחלקו תנאים<sup>385</sup> כיצד יוכל להגיע למקום זה. לדעת רבי עקיבא, צריך המוכר לקנות לו מהלוקח דרך להגיע לבור<sup>386</sup>, לפי שהמוכר בעין יפה מוכר<sup>387</sup>. ולדעת חכמים אין צריך לקנות לו דרך. ונפסק להלכה<sup>388</sup> כדעת רבי עקיבא. במתנה, מודים חכמים שהנותן בעין יפה הוא נותן<sup>389</sup>.

## במכירה ונתנה לשני אנשים

היו שני בתים זה לפנים מזה, ומוכר את שניהם לשני אנשים או שנתן את שני הבתים לשני אנשים, אין להם דרך זה על זה, וכן אם נתן את החיצון לאחד ומוכר את הפנימי לאחר, אין לפנימי דרך על החיצון. אבל אם מכר את החיצון לאחד, ונתן את הפנימי לאחר, יש לפנימי דרך על החיצון, שהנותן נתן בעין יפה יותר מן המוכר<sup>390</sup>, ונתן לפנימי יותר ממה שנתן לראשון<sup>391</sup>. וכתב הר"י מיגאש<sup>392</sup>, שזה רק אם מכר ונתן ביחד לשניהם, אבל אם מכר לאחד את החיצון ולאחר מכן נתן לשני את הפנימי, אין לפנימי דרך על החיצון, לפי שבמכירה שמכר לראשון כבר מכר לו את הכל<sup>393</sup>.

## במתנה והקדיש

הנותן בעין יפה הוא נותן, הוא גם לגבי בור, שהנותן בית במתנה נתן גם את הבור<sup>394</sup>. וכן המקדיש את השדה הקדיש את כל מה שבתוכה, שהמקדיש בעין יפה הוא מקדיש<sup>395</sup>. וזה רק בקרקעות, אבל במטלטלין אין חילוק בין מכירה להקדש ומתנה, וכל מה שאינו בכלל מכירה במטלטלין<sup>396</sup>, אינו בכלל מתנה והקדש<sup>397</sup>.

## מכירת בית בכירה והוכחת סימון מיצרים

היה בית גדול ובתים קטנים פתוחים בו, ועומד המוכר באחד הבתים הפתוחים לבית הגדול, ואומר ללוקח 'בית זה אני מוכר לך', הדבר תלוי איך קוראים לבית הגדול ואיך קוראים לבתים הקטנים. א' אם כולם קוראים לבית הגדול 'בית' סתם, ולבתים הקטנים הפתוחים לו אין קורים בית בסתם, כל הבית מכור לו. ב' אם כולם קוראים לבית הגדול 'בירה' ואין קוראים לזה כלל 'בית', אפילו אם פירש ומסר את המיצרים של כל הבירה, ואמר שאין משייר במכר כלום, מכור לו רק הבית שעומד בו<sup>398</sup>. ג' אם כולם קוראים לבית הקטן 'בית', וגם לבירה קוראים 'בית', נחלקו הראשונים אם מועיל כשמסמן את המיצרים החיצוניים להוכיח שהתכוון למכירת כל הבית<sup>399</sup>. ד' אם יש הקוראים לבית הגדול 'בירה', ויש הקוראים לו 'בית', אין מועיל מסירת מיצרים החיצונים, אבל אם כתב לו שלא שייר לו כלום, מכר לו את הבית הגדול. ה' אם כולם קוראים לבית הגדול לפעמים 'בית' ולפעמים 'בירה' נחלקו הראשונים אם מועיל שמסמן את המיצרים החיצוניים<sup>400</sup>. ו' אם הרוב קוראים לבירה 'בית' ורק מעט קוראים לזה 'בירה', דעת הרבה ראשונים<sup>401</sup> שמועיל מסירת מיצרים לקנות את כל הבירה, אבל הריטב"א כתב שאין מועיל בזה רוב<sup>402</sup>.

## מכירת קרון ופרדות

המוכר את הקרון לא מכר את הפרדות והמוכר את הפרדות לא מכר את הקרון<sup>403</sup>, אך אם היו אדוקים ומחוברים זה לזה מכר את שניהם<sup>404</sup>. ודעת הרמב"ן, שגם באופן שהיו אדוקים, אין מועיל בסתמא, אלא אם כן יש הוכחה בדמים שמכר את שניהם. אבל הרשב"א כתב<sup>405</sup>, שאפילו בלי הוכחת דמים קנה את שניהם, שכל שהם אדוקים, הרי הם כדבר אחד<sup>406</sup>. וכתב הטור<sup>407</sup>, שרק אם מכר את הקרון, מועיל שהפרדות אדוקים בו שקונה גם אותם. אבל אם מכר את הפרדות, אף אם אדוקים בקרון, לא קנה את הקרון.

## מכירת צמד ובקר ודמים מודיעים

המוכר את הצמד<sup>408</sup> לא מכר את הבקר, והמוכר את הבקר לא מכר את הצמד<sup>409</sup>. ורבי יהודה סובר שאם מכר את הצמד במאתיים זוז, שהדבר ידוע שאין הצמד נמכר במאתיים זוז, זה הוכחה שמכר גם את הבקר<sup>410</sup>. אבל חכמים סוברים שאין מועיל הוכחה של הדמים<sup>411</sup>. ומבואר בגמרא<sup>412</sup>, שבאופן שכולם קוראים לצמד 'צמד' ולבקר 'בקר', ודאי שאין מועיל הוכחה של דמים. וכן במקום שכולם קוראים לבקר גם צמד, לכולי עלמא מועיל הוכחת דמים שמכר גם את הבקר. ובאופן שהרוב קוראים לבקר 'בקר' ומיעוט קוראים לבקר 'צמד', בזה סובר רבי יהודה שהדמים מוכיחים ורבנן סוברים שאין הדמים מוכיחים<sup>413</sup>. ודעת הרשב"ם<sup>414</sup>, שאפילו במקום שהרוב קוראים לבקר צמד, סוברים רבנן שאין מועיל הוכחת דמים.

## ביאור השעם שאין מועיל הוכחת דמים

בדעת רבנן הסוברים שאין הדמים ראייה, נאמרו כמה ביאורים בראשונים. א' הרשב"ם<sup>415</sup> פירש, שהוא משום שמעמידים את הדבר בחזקת המוכר, ואין מוציאים ממנו בראיה זו של הוכחת דמים<sup>416</sup>. ולפי דבריו, הדין הוא רק כשהלוקח כבר שילם, שבוה אין מועיל להוציא מהמוכר, אבל אם הלוקח עדיין לא שילם, מספק

הדמים מודיעים לסייע לרוב. 403. משנה עז, ב. 404. ברייתא שם. 405. והביא כן גם בשם הראב"ד. 406. ודומה הדבר למכתשת הקבועה בבית, שבמכירת הבית קונה גם את המכתשת. וכתב, שאין מועיל הוכחת דמים לדבר זה לכולי עלמא. 407. סימן כ. 408. שהוא העול וכלי העגלה הקטנה והעגלה עצמה המחברים את השוורים יחד. 409. משנה עז, ב. וכתב הרשב"ם, שאפילו באדוקים בו לא קנה את שניהם, שרק לגבי קרון ופרדות מועיל אדוקים בו. וביאר הרמ"ה, שרק בפרדות שהם טפלים לקרון מועיל אדוקים שהטפל בטל לעיקר, אבל בפרות וצמד ופרדות הן העיקר ואין הם בטלות לצמד. אבל הר"י מיגאש כתב, שאין חילוק בין פרות וצמד ולקרון ופרדות, וגם בפרות וצמד מועיל באדוקים בו שאם מכר את הצמד קנה את הפרות. וכן הסכים הרמב"ן. 410. ראה בנמוקי יוסף שם, אם דברי רבי יהודה הם גם לגבי קרון ופרדות שהוזכר באותה משנה. 411. בחידושי הגר"ח (סימן רצ) כתב לבאר את מחלוקת רבי יהודה וחכמים, על פי דברי הרמב"ם (מכירה כו, ח) שכתב אחרי כל הדינים שהביא בעניינים אלו, של דברים שנכללים בכלל המכירה שמכר ומה לא נכלל במכירה, וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן, הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג, אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדים אלא יש קורין כך ויש שקורין כך עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו. וביאר הגר"ח, שכל מה שאמרו שנכלל במכירה, היינו שזה כלול בלשון המכירה, וכגון בתשישי הבית הקבועים בבית, הרי זה כלול בלשון בית. ועל זה סובר רבי יהודה, שהודעת הדמים מועיל להוכחה על הלשון של המכירה, שכשיש הוכחת דמים הרי זה מוכיח שבלשון צמד כלול הבקר. אבל חכמים סוברים, שהוכחת הדמים אין מועילה לקבוע את הלשון, וכיון שבלי הוכחת דמים בלשון צמד אין כלול בקר, אין מועיל הוכחת הדמים לומר שכלול בזה מכירת בקר. וכתב לפי זה, שבמקום שהנידון הוא לא על מה שכלול בלשון המכירה, אלא על כוונת המכירה, גם רבנן מודים שהדמים יכולים להיות הוכחה על כוונת המכירה. וראה שם מה ששייב לפי זה. וראה גם ברכת שמואל סימן יב. 412. עז, ב. 413. תוספות צב, א ד"ה וליחזי לפי הגירסא הראשונה שהביאו, שלדעת רבנן רק במקום שיש רוב וחזקה אין מועילה הוכחת דמים. 414. עז, ב ד"ה ה"ג. 415. עז, ב ד"ה ורבנן צב, א ד"ה וליחזי. וכן כתבו התוספות צב, א ד"ה וליחזי לפי גירסת הרשב"ם. 416. ואפילו אם הרוב סומיע להוכחת הדמים אין מועיל

להלכה בשולחן ערוך ריד, ד-ה. 385. במשנה סד, א. 386. הרשב"ם (סד, א ד"ה וצריך) סתם, שצריך לקחת דרך להגיע לבור, ולא פירש שכן הוא גם לגבי החדר והיציע והגג ששנו במשנה הקודמת. אך המאירי במשנה הראשונה (סא, א) כתב, שכן הוא לכל הדברים שצריך המוכר לקחת לו דרך. וכן כתב היר"מ"ה אות ב ד"ה ברם. 387. מסקנת הגמרא סד, ב בביאור שיטת רבי עקיבא בכמה מקומות. 388. בגמרא סה, א. 389. משנה עא, א. וכמבואר בגמרא סה, א שהוא גם לגבי דרך. 390. שהרי במתנה מודים חכמים שנותן בעין יפה. 391. גמרא סה, א. 392. מובא בשיטה מקובצת שם ובמגיד משנה מכירה כה, ד. 393. שהרי להלכה המוכר בעין יפה מוכר, ואם כן מכר לו גם את הדרך להגיע לפנימי, ושוב כשנותן את הבית הפנימי, אין לו דרך על החיצון. 394. רשב"ם עא, א ד"ה אבל. 395. משנה עא, א. 396. כגון בספינה, כפי שהתבאר לעיל. 397. רשב"ם עג, א ד"ה מרזופין. והתוספות יום טוב (ז, א) הוכיח מדברי הרשב"ם עא, א ד"ה אבל, שכשנתן והקדיש קרקע, אף שאומרים בזה שנותן בעין יפה, הוא רק לגבי דברים המחוברים לקרקע, או דברים הצריכים לקרקע, אבל בדברים התלושים הנמצאים בקרקע, אף שהנתינה וההקדש הוא על הקרקע, אין הדברים התלושים בכלל ההקדש והנתינה. אבל הנמוקי יוסף כתב, שגם הדברים המטלטלים שבקרקע בכלל הנתינה וההקדש, ורק כשנותן ומקדיש מטלטלין, אין בזה חילוק בין נתינה והקדש למכירה. וראה שם שהאר"ך בזה בדעת הרמב"ם והשולחן ערוך. 398. כל זה מפורש בגמרא סא, ב. 399. בדעת ר"י בתוספות שם ד"ה אלא מבואר, שבאופן זה מועיל שמסמן את המיצרים החיצונים, להוכיח שמכר לו את כל הבית. אך מדבריו בדעת הרשב"ם וריב"ם מתבאר, שאף באופן זה אין מועיל שמסר לו מיצרים החיצונים. [אמנם, הפרישה (ריד, י) כתב, שלדינא גם רשב"ם וריב"ם מודים לדעת ר"י, שמועיל באופן זה מסירת מיצרים חיצונים]. 400. רבינו יונה והריטב"א שם כתבו שמועיל שמסמן את המיצרים החיצונים, אבל בספר המקח (שער כ) מבואר, שאין מועיל בזה מסירת מיצרים החיצונים, עד שיכתוב לו שלא שייר כלום. 401. יד רמה ורבינו יונה שם, וריב"ם מכירה כא, יז. וכן הוא בשולחן ערוך ריד, ז. 402. לפי שאין הולכים בממון אחר הרוב. ודעת הראשונים הנ"ל שמועיל בזה מסירת מיצרים חיצוניים, שאף שאין הולכים בממון אחר הרוב, מכל מקום במסירת המיצרים החיצוניים מועיל להוכיח כדעת הרוב. וראה להלן בדן

לא יוכלו להוציא ממנו את הדמים. ב' הרמב"ן<sup>417</sup> כתב, שלדעת חכמים אפילו אם הדמים ביד הלוקח ועדיין לא שילם, כופים אותו לתת את הכסף ויקבל רק צמד, ואין מועיל לו חזקת ממון, שהדמים אינם נחשבים להוכחה כלל, אפילו אם אין הרוב מסייע למוכר. ג' לדעת התוספות<sup>418</sup>, הטעם שאין מועיל הוכחת דמים, הוא משום שהרוב מסייע למוכר, שהרי הרוב אין קוראים לצמד בקר, והוכחת דמים אינה מועילה להוציא ממוחזק נגד רוב<sup>419</sup>. ד' דעת הרמ"ה<sup>420</sup>, שאם יש רוב המסייע להודעת הדמים<sup>421</sup>, מודים רבנן שהדמים מודיעים<sup>422</sup>, אבל במקום שאין רוב, אין הדמים מודיעים כלל.

**איזה שיעור תוספת דמים מועיל לראיה**

בדעת רבי יהודה הסובר שהדמים הם ראיה, או לדעת רבנן במקום שגם הם מודים שהדמים ראיה<sup>423</sup>, נחלקו הראשונים מהו שיעור של תוספת הדמים שיוכלו לעשות הוכחה. דעת הראב"ד<sup>424</sup> שהוא בשיעור שאין הדעת טועה לשלם מחיר זה. אבל דעת הר"י מיגאש<sup>425</sup> והרשב"א<sup>426</sup>, שאפילו בשיעור שהדעת טועה בהם, מועיל הודעת דמים לראיה. אך כתב הרשב"א, שצריכים שיעור שיש בו ביטול מוקח, והיינו ביותר משותת<sup>427</sup>. והמאירי<sup>428</sup> כתב, שאפילו בפחות מכך מועיל הוכחת דמים.

**בזכות רוב**

במקום שאין הוכחת דמים, אך יש הוכחת רוב<sup>429</sup>, נחלקו רב ושמואל<sup>430</sup> אם מועיל הוכחת הרוב להוציא מיד המוכר, ולדעת שמואל אין הולכים בממון אחר הרוב<sup>431</sup>. וכתבו הראשונים<sup>432</sup>, שזה רק להוציא מיד המוחזק, אבל להחזיק מודה שמואל שהולכים בממון אחר הרוב. ולפי זה, אם הלוקח עדיין לא שילם, אין מוציאים ממנו את הממון, שהרי הרוב מסייע לו. אבל הפני יהושע<sup>433</sup> כתב בדעת הרשב"א<sup>434</sup>, שאפילו אם הלוקח עדיין לא שילם, מוציאים ממנו את הממון.

**הטעם שרוב אינו מועיל להוציא ממון**

בטעם הדבר שלדעת שמואל, וכן הלכה, אין מועיל להוציא ממון על ידי הוכחת רוב, כתב התרומת הדשן<sup>435</sup> שהוא משום שהמוציא מחבירו עליו הראיה, ורוב אינו נחשב ראיה להוציא עמה ממון. והקצות החושן<sup>436</sup> כתב לבאר, שאף שבכל מקום רוב עדיף מחזקה, חזקת ממון אלימה ואין רוב מכריע כנגדה. ובשב שמענתא<sup>437</sup> ביאר, שכל רוב מכריע נגד חזקה, משום שהחזקה הוא דבר שהיה מעיקרא ואינו כעת לפנינו, מה שאין כן חזקת ממון שהוא כעת לפנינו, ולכן אין הרוב מכריע נגדה<sup>438</sup>.

**אם בכל רוב אין הולכים בממון**

התוספות בסנהדרין<sup>439</sup> כתבו, שכל מה שאין הולכים בממון אחר הרוב, הוא רק ברוב שאינו רוב חשוב, אבל ברוב חזק כמו רוב של דינים, גם בממון הולכים אחר הרוב. ובביאור הדברים נאמרו שני מהלכים באחרונים. הב"ח<sup>440</sup> כתב, שכל מה שאין הולכים בממון אחר הרוב הוא רק במקום כזה שנגד הרוב המסייע ללוקח יש גם רוב שמסייע למוכר<sup>441</sup>. והשב שמענתא<sup>442</sup> כתב לבאר, שרק ברוב התלוי בדעת בני אדם שיוכל להשתנות בזה אין הולכים בממון אחר הרוב<sup>443</sup>.

**ברוב דאיתא קמן**

דעת כמה ראשונים<sup>444</sup>, שכל מה שאין הולכים בממון אחר הרוב, הוא רק ברובא דאיתא קמן, אבל ברובא דאיתא קמן לכולי עלמא הולכים אחר הרוב גם להוציא ממון. אבל התרומת הדשן<sup>445</sup> הכריע, שאפילו ברובא דאיתא קמן אין הולכים בממון אחר הרוב<sup>446</sup>, והוכיח כן מכמה ראשונים<sup>447</sup>.

**פרק ה**

**ירושה**

**ענף א - סדר נחלות**

**פסוקי התורה בסדר הנחלת נחלה**

וַיֹּאמֶר ה' אֶל מֹשֶׁה לֵאמֹר: כֵּן בְּנֹת צִלְפַּחַד דְּבַרְתָּ נָתַן חֶמֶן לָהֶם אֲחֹת נַחֲלָה כַּתּוּבָה וְהַעֲבַרְתָּ אֶת נַחֲלַת אֲבִיהֶן לָהֶן: וְאֵל בְּנֵי יִשְׂרָאֵל תְּדַבֵּר לֵאמֹר אִישׁ כִּי יָמוּת וְבֵן אֵין לוֹ וְהַעֲבַרְתָּם אֶת נַחֲלָתוֹ לְבָתּוֹ: וְאִם אֵין לוֹ בֵּת וְנָתַתְּם אֶת נַחֲלָתוֹ לְאֶחָיו: וְאִם אֵין לוֹ אֲחִים וְנָתַתְּם אֶת נַחֲלָתוֹ לְאֶחָיו: וְאִם אֵין אֲחִים לְאֶבְיוֹ וְנָתַתְּם אֶת נַחֲלָתוֹ לְשֹׂארוֹ הַקָּרֵב אֵלָיו מִמִּשְׁפַּחְתּוֹ וְיָרַשׂ אֹתָהּ וְהִתָּה לְבְנֵי יִשְׂרָאֵל לְחֶקֶת מִשְׁפַּט פְּאֻשׁר צִוָּה ה' אֶת מֹשֶׁה:

433. בליקוטים שבסוף נזיקין. 434. צב, א ד"ה יכול. 435. סימן שמש. 436. רפ, ב. 437. ד, כד. 438. וכתב לפי זה, שרוב מועיל נגד חזקת מרא קמא, שהרי אין החזקה לפנינו. ובקונטרס הספיקות (ו, יא) הסתפק בדבר, ותלה את הספק בנידון אם חזקת מרא קמא הוא מדין חזקת ממון או מדין חזקה קמייא (ראה קונטרס הספיקות א, ה. שהאר"י בנידון זה). ובנחל יצחק (עה, טו) ובשו"ת מהרש"ם (ז, עז) ובקובץ שיעורים (ב, ח) הוכיחו מדברי הרא"ש (קידושין ב, ח) שאין הולכים בממון אחר הרוב אפילו נגד חזקת מרא קמא. 439. ג, ב ד"ה דיני. 440. רלב, כא. 441. שכנגד רוב השוורים הנמכרים לחרישה, יש רוב אנשים שקונים שוורים לשחיטה, רק שרוב השוורים הנמכרים לחרישה, הם יותר שוורים מרוב האנשים הקונים את השוורים לשחיטה. שכנגד עשרה אנשים שקונים שור אחד לשחיטה, יש איש אחד שקונה מאה שוורים לחרישה. וראה בקונטרס הספיקות ו, א שתמה על דברי הב"ח מהמשך דברי הגמרא שם שדימו רוב זה של שחיטה ומכירה לענייני רוב אחרים ששם אין רוב כנגד רוב. 442. ד, ו. וכן הוא באבני מילואים מה, ב. 443. ראה ברמב"ן ובריטב"א קידושין נ, ב שרוב התלוי ברצון בני אדם הוא רוב גרוע. 444. גליון תוספות המובא בשיטה מקובצת צב, ב ובתרומת הדשן סימן שיד. וכן דייק בתרומת הדשן שם מדברי הרשב"ם צג, א ד"ה דהוא גופיה (וראה בגליון הש"ס לרבי עקיבא איגר שם). ומהריצב"א המובא בתשובות מיימוני לספר משפטים סימן יח ובתשובות הרשב"א א, תתסג. 445. שם. 446. ובקונטרס הספיקות (ו, ה) כתב, שכן משמע מדברי הרמ"א חושן משפט רצב, י שאין הולכים בממון אחר הרוב להוציא ממון אפילו ברוב שאיתא קמן. 447. תוספות כתובות טו, ב ד"ה ד"ה להחזיר ומרדכי שם סימן קמא. והקונטרס הספיקות (ז, ד) כתב, שכן משמע מדברי הרשב"א והרא"ה כתובות שם, ומהתוספות במכילתין כג, ב ד"ה חוץ. וראה שם מה שדן בזה מדברי התוספות ביומא

להוציא בזה ממון. 417. עז, ב ד"ה לא צריכא. וכן הוא ברשב"א ובר"ן שם. 418. צב, א ד"ה וליחזי לפי הגירסא הראשונה. 419. וגם לפי דבריהם, אם הלוקח עדיין לא שילם דמים, לא יוכלו להוציא ממנו, שכל הטעם שאין מוציאים מהמוכר הוא משום שהוא מוחזק, וכשהלוקח מוחזק בדמים אי אפשר להוציא ממנו אף שיש רוב, שהרי ברוב אין מוציאים ממון. 420. עז, ב אות ג. והובא בטור סימן רכ. 421. דהיינו, שהרוב קורא לצמד 'בקר'. 422. וכן כתבו התוספות צב, א ד"ה וליחזי שבזה כולי עלמא מודים, שאם הרוב מסייע להוכחת הדמים, הולכים אחרי הודעת הדמים. 423. כגון לדעת התוספות כשאין הרוב מסייע למוכר, או לדעת הרמ"ה כשהרוב מסייע ללוקח. וכפי שהתבאר מדברי הגר"ח בדעת הרמב"ם, מועיל הוכחת דמים בכל מקום שהספק הוא לא בלשון המכירה אלא בכוונת המכירה. 424. מובא ברשב"א עז, ב ובבא קמא כז, א, ובמאירי בבא קמא מו, א ד"ה והודעת. 425. צב, א. 426. ראה ברשב"א בבא קמא שם. 427. ראה ביאור הגר"א קעא, טו. 428. בבא קמא מו, א. 429. כגון, המוכר שור לחבירו ונמצא נחן שאינו ראוי להתחזק לחרישה, ורוב השוורים נמכרים לחרישה, אך מיעוט נמכרים לשחיטה, ויש ספק אם הקונה קנה את השור לחרישה או לשחיטה. 430. צב, א-ב. 431. ההפלאה (כתובות טו, ב על תוספות ד"ה לא צריכא ושם כט, א ד"ה וא"ת) כתב לייסד, שכל מה שאין הולכים בממון אחר הרוב, הוא רק במקום שהנידון הוא רק לגבי הממון, אבל אם הנידון הוא גם לגבי איסורים, כיון שלגבי האיסורים הרוב מכריע את הדין, הרי זה מכריע גם לדיני ממונות היוצאים מנידון זה, שכבר הוכרע הנידון על פי הרוב. וכעין זה כתבו בתשובות רבי עקיבא איגר תניינא סימן קח ד"ה עוד ובשב שמענתא ד, ח. וראה בתשובות כתב סופר יורה דעה סימן קמט. 432. תוספות כג, ב ד"ה חוץ ור"י מיגאש ותוספות ר"ד וריטב"א ורמ"ה צב, ב. וראה גם לשון הרשב"ם צב, ב ד"ה לא.

## ירושת הבן

מהכתוב למדנו, כי הבן קודם בירושה לכל היורשים, וכשמת האב רק הבנים הזכרים יורשים אותו. ונחלקו תנאים<sup>448</sup> אם הדבר הוא רק כשיורשים את האב, אבל כשיורשים את האם אין חילוק בין הבנים לבנות<sup>449</sup>, או שגם כשיורשים את האם הבן קודם לבת<sup>450</sup>. ולהלכה נפסק<sup>451</sup>, שבין בירושת האב ובין בירושת האם, הבן קודם לבת, ובמקום בן אין הבת יורשת.

## בן פסול ובני בניו

בן מומזר יורש את אביו, וקודם בירושה לבנות כמו בן כשר<sup>452</sup>, לפי ש'בן' משמע גם פסול<sup>453</sup>. אם כבר מת הבן ויש לבן בן או בת, בנו ובתו קודמים בירושה לבת המת, שנאמר 'ובן אין לו' ודורשים עיין עליו<sup>454</sup>, שאם יש לו יוצאי ירכו, דינם כמוהו<sup>455</sup>.

## ירושת הבת

לא הניח המת בן ולא יוצאי ירכו של בן, והניח בת או יוצאי ירכה, הבת ויוצאי ירכה קודמים בירושה לכל הקרובים האחרים, שנאמר 'ואם אין לו בת' ודורשים עיין עליו, שכל שיש יוצאי ירך לבת הם קודמים בירושה לאחרים.

## ירושת האב

אין למת בנים ובנות כלל, יורש אותו אביו, שהאב קודם לכל יוצאי ירכו. ונחלקו תנאים במקור הדבר, יש שלמדו<sup>456</sup> ממה שנאמר 'ונתתם את נחלתו לשארו הקרב אליו', ושאריו היינו אביו<sup>457</sup>, ומהכתוב 'הקרוב' לומדים שהקרוב יותר למת, קודם לירושה<sup>458</sup>, וכיון שהאב אינו קרוב יותר מכן המת<sup>459</sup>, לכן בן המת וכן בת המת קודמים לאב, אבל אין האח קודם לאב שלא מציינו קירבה של אח למת יותר מאב<sup>460</sup>. ויש שלמדו<sup>461</sup> מהכתוב 'איש כי ימות ובין אין לו והעברתם את נחלתו לבתו', במקום בת אתה מעביר את הנחלה מן האב, ואי אתה מעביר את הנחלה מן האב במקום אחים. והרמב"ן<sup>462</sup> כתב לבאר בטעם הדבר שלא הזכירה התורה בפירוש ירושה זו, שבמשפטי הירושה כל מנחיל נוחל, כי הקורבה שוה, וכיון שאמר הכתוב שהבן יורש את אביו, ממילא גם האב יורש את הבן.

## ירושת האחים מן האב

אם כבר מת האב של המת, ויש לו בנים שהם אחי המת מן האב, הם קודמים בירושה לכל אדם, שנאמר 'ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחיו'. ונחלקו הראשונים בטעם ירושת האב, אם הוא ירושה דרך האב שבקבר<sup>463</sup>, או שהוא ירושה של אחים עצמם שיורשים את האב<sup>464</sup>. והאחרונים כתבו לדון כמה נפקותות במחלוקת זו<sup>465</sup>.

## אם ואחים מן האם

האם אינה יורשת את בנה ואת בתה<sup>466</sup>, שמשפחת אם אינה קרויה משפחה, שנאמר<sup>467</sup> 'למשפחתם לבית אבותם'<sup>468</sup>. ומטעם זה גם אין אחים מן האם יורשים את המת, שאינם קרויים משפחתו<sup>469</sup>. והאחרונים הוכיחו, שאפילו במקום שאין משפחת אב, כגון בגיורת<sup>470</sup>, אין משפחת האם קרויה משפחה<sup>471</sup>, והנכסים הם הפקר<sup>472</sup>.

## סדר הנחלות באבי האב ואחי האב למטה ולמעלה

אין לו אב, ולא אחים מן האב, ולא בנים ובנות לאחים מן האב, הירושה עוברת לאבי האב<sup>473</sup>, ואם אין אבי האב קיים עובר הירושה לאחי האב, שהם יורשים דרך האב המת<sup>474</sup>, שנאמר 'ואם אין לו אחים ונתתם את נחלתו לאחי אביו'. יש לאחי המת בנים או בנות או צאצאי הבנים או צאצאי הבנות, הם קודמים לאחי אבי המת, שנאמר 'ואם אין לו אחים' ודורשים עיין עליו. ולעולם כן הסדר, שאם יש לאחי האב בנים או בנות, הם קודמים בירושה לאחרים, אין להם בנים ובנות,

פיה, א ד"ה לא צריכא. 448. מובא בגמרא ק"א. א. 449. הטעם הוא, מפני שהמקור ללימוד על ירושת האם הוא מהכתוב (במדבר לו, ח) 'וכל בת יורשת נחלה ממשות בני ישראל', היאך בת יורשת שני מטות, אלא זו שאביה משבט אחד ואמה משבט אחר, ומתו וירשתן, ומזה לומדים שבת יורשת את אמה. והמקור שבן יורש את אמו, הוא מקל וחומר מבת, שאם בת שאינה יורשת את האב במקום הבן, יורשת את האם, בן שיפה כחו בנכסי האב שיורש וקודם לבת, אינו דין שיירש את אמו כמו הבת. אך אומרים דיו לבא מן הדין להיות כנידון, ואין הבן קודם לבת בנכסי האם, כיון שכל המקור שהבן יורש את האם הוא בקל וחומר מבת. 450. הטעם הוא מדרשה מהכתוב 'ממשות' מקיש מטה האב למטה האם, מה מטה האב הבן קודם לבת, אף במטה האם הבן קודם לבת. 451. בגמרא שם. 452. יבמות כב, א. 453. תוספות קטו, א ד"ה בן. 454. לפי שהיה אפשר לכתוב 'אן לו', כמובאר בקידושין ד, א. 455. משנה וגמרא קטו, א. 456. סתמא דגמרא קא, ב. 457. שנאמר (ויקרא יח, יב) 'שאר אביו הוא'. 458. ומזה לומדים שאף שהכתוב 'ונתתם את נחלתו לשארו' נאמר בסוף הפרשה, אין זה סדר הירושה. 459. שהרי הבן קם תחת אביו ליעוד ולשדה אחוה. 460. ואף שאח קם תחת אחיו לייבום, מה שלא מציינו באב, היינו רק במקום שאין אב, אבל כשיש אב אין האח קם תחת אחיו. 461. רבי ישמעאל ברבי יוסי מובא בגמרא קט, א. 462. על התורה במדבר כז, ט. כן מפורש בתוספות קח, א ד"ה ואחין לפי גירסא אחת (לפי הגירסא במוסגר, דברי התוספות הם על אחי אביו, אבל הגירסא הישנה היא על האחים עצמם, ומפורש בתוספות שיורשים דרך האב). וכן כתב בחידושי הרמב"ן שם (ד"ה ואחין) ובפירושו על התורה במדבר כז, ט. וכן מובא בפירוש המשניות להרמב"ם על המשנה שם ובדבריו נחלות א, ג. וכן דעת הדרכי משה רנ"ג, ז. 464. כן משמעות דברי הרשב"ם קח, א ד"ה והאחין וקב"ב, ד"ה ורב ענן. (אך ראה ברשב"ם קטז, ב ד"ה הכי נמי). וכן דעת הבית יוסף סימן רנ"ג (ראה תשובות רבי עקיבא איגר סימן קלח). 465. א' רבי עקיבא איגר על המשנה שם כתב נפקא מינה, לפי דעת רבי יהודה בן בתירא (קל, א) שיכול אדם להנחיל למי שראוי לירושו, אם אפשר להנחיל לאב, שאם האח יורש של אחיו יכול להנחילו, אך אם הוא רק יורש דרך אביו אין זה נחשב שראוי לירושו. אך בתשובות סימן קלב צידד, שגם אם הוא יורש רק על ידי המת, נחשב הדבר שהוא ראוי לירושו. וכן כתבו הקצות החושן והנתיבות המשפט רפ"א, ב. וראה בקובץ שיעורים אות תלה. ב' עוד נפקא מינה כתב רבי עקיבא איגר בתשובה שם, באופן שהאב יעקב הנחיל את כל נכסיו לבנו ראובן [שלדעת רבי יהודה בן בתירא יכול לעשות כן]. ומת יעקב, ואחר כך מת שמעון שהוא אחד האחים האחרים, ואם ירושת האחים היא דרך האב גם בנכסים אלו נוטל רק ראובן, שבכל ירושה שמהאב יורש רק ראובן, אבל אם יורשים ישר זה את זה, כולם נוטלים בשה בירושת האח. ודחה, שעל דבר שלא בא לעולם אין מועיל הנחלה, ואם כן לא הועיל הנחלת האב על הנכסים שהיו ברשות שמעון. ג' נפקא מינה נוספת כתב רבי עקיבא איגר בתשובה שם, באופן

שהיה אביהם בעל חוב לאחר, שאם הירושה היא דרך האב הבעל חוב יוכל לגבות מירושה זו, אבל אם האחים יורשים ישר זה את זה, אין הבעל חוב של האב נוטל מירושת האח, שהרי האב לא ירש את זה. ד' רבי עקיבא איגר בתשובה קלח כתב שנחלקו בנידון זה הבית יוסף והדרכי משה (סימן רנ"ג) אם מועיל שאדם יקנה דבר לאחיו ואחריך לפלוני, שהרי הדין הוא שאדם האומר למי שראוי לירושו ואחריך לפלוני, אין לשני כלום, שירושה אין לה הפסק (כמובאר בגמרא קכט, ב וקל"ג, א). ואם אח נחשב יורש מצד עצמו אין מועיל כשאומרים לו ואחריך לפלוני (וכן דעת הבית יוסף שם), אבל אם הוא יורש דרך האב, מועיל שאומרים לו ואחריך לפלוני (וכן דעת הדרכי משה שם אות ז). ה' החתם סופר (שו"ת אבן העזר ב, עד) כתב, לפי שיטת הגאונים (מובא במדרכי קידושין סימן תצא), שמומר אינו יורש את אביו, שאינו נחשב 'זרע', מכל מקום את אחיו יורש שנקרא את. אך כתב, שאם ירושת אח הוא דרך האב, גם בירושת האחים לא יירש. ו' החזון איש (סנהדרין י"ג, ט), כתב, שמי שיורש רק על ידי משמוש מהמת, אינו נעשה גואל הדם להרוג את הרוצח, והוכיח מהמבואר ברמב"ם (רוצח א, ג) שאח נעשה גואל הדם לאחיו, שאח יורש את אחיו ישר ולא דרך האב. 466. משנה קח, א. ויש מאן דאמר (בגמרא קיד, ב) וראה שירושת את בנה, שנאמר 'וכל בת יורשת נחלה ממשות בני ישראל' מקיש מטה האם למטה האב, מה מטה האב אב יורש את בנו, אף מטה האם אם יורשת את בנה. 467. במדבר א, ב. 468. גמרא קט, ב. והרמב"ם (נחלות א, ב) כתב, שהוא מדברי קבלה. והלחם משנה תמה, שהרי הוא נלמד מהכתוב, שמשפחת אם אינה קרויה משפחה. והאבי עזרי שם תירץ, שבאם לא די בכך שמשפחת אם אינה קרויה משפחה, שהרי הבן יורש את אמו אף שמשפחת אם אינה קרויה משפחה ואם כן היה מקום לומר שגם האם תירש את בנה (ראה לעיל בשם הרמב"ן על התורה), ולכן הוצרך הרמב"ם לומר שהוא מדברי קבלה שאין האם יורשת את בנה. 469. גמרא קי, ב. 470. שאם לא כן, לעולם יש משפחת אב, שהרי הירושה ממשמשת עד ראובן בן יעקב אבינו. 471. כן הוכיחו המשנה למלך (נחלות א, ו) והגר"ח (חידושי רבינו חיים הלוי איסורי ביאה טו, ט ד"ה והנה בבכורות) מהמבואר בתוספות קיד, ב ד"ה אף, שהנידון על ירושת האם, הוא בגיורת. וראה שם מה שתמה על כך מהמבואר בבכורות מז, א שכשהאב נכרי יולדים אחרי האם ואם האם לוויה הבן נקרא לוי פסול. ויישב שהוא רק לגבי שם לוי, אבל לייחוס הולד לעולם אין משפחת האם קרויה משפחה. ובשיעורי רבי שמואל (אות ז) כתב, שכן מפורש בגמרא קמ"ב, א שגר שמת, אין האם יורשת אותו. ותמה מוכן על לשון הרשב"ם קח, א ד"ה האיש, שרק משום שקרובי האב יורשים אותו, לכן אין קרובי האם יורשים אותו. אמנם, הרש"ש (יבמות נד, ב) דייק מדברי רש"י שם (ד"ה מה), שבמקום שאין משפחת אב, משפחת אם קרויה משפחה, אך תמה עליו מניין לו כן. וראה בקובץ הערות כ, ג. 472. כן כתב המשנה למלך שם. 473. שהאב קודם לכל יוצאי ירכו, כפי שהובא לעיל. 474. מפורש בגמרא קט, א. ולפי הראשונים שגם ירושת האח היא דרך משמוש מהאב, נמצא



הולכים לאבי האב וליורשי אחי אבי האב, שהנחלה ממשמשת והולכת לעולם, עד ראובן בן יעקב<sup>475</sup>, וכל דור שעולים בודקים אם יש יוצאי ירכו עד למטה שהם קודמים בירושה לעלות עוד דור למעלה. ולעולם הבנים ויוצאי ירכם, בין בנים ובין בנות, קודמים לבנות<sup>476</sup>.

**ירושת הבעל**

האשה שמתה, יורשת אותה בעלה<sup>477</sup>, והוא קודם לכל קרוביה בירושתה<sup>478</sup>. ונחלקו תנאים ואמוראים<sup>479</sup>, אם הוא מן התורה או מדרבנן<sup>480</sup>. לדעת הסובר שהוא מן התורה, לומדים כן מהפסוק 'ונתתם את נחלתו לשארו', ושארן זו אשתו<sup>481</sup>, ודורשים את הפסוק ונתתם את נחלת שארו<sup>482</sup>, אבל היא אינה יורשת אותו, שנאמר 'ירש אותה', הוא יורש אותה ולא היא יורשת אותו<sup>483</sup>.

**ממתי יורש אותה הבעל**

הבעל שירש את אשתו, הוא רק משכנסה לרשותו, ואינו יורש אותה באירוסין לבד, שאינה קרויה שארו כשהיא ארוסה, וגם אם ירושת הבעל מדרבנן לא תיקנו עד שתיכנס לרשותו<sup>484</sup>. אך אין צריך לכונסה לחופה כדי לזכות בירושתה, אלא כל שיצאה מרשות האב ונכנסה לרשותו, כגון שמסרה האב לשלוח בעלה להולכה אל הבעל, הרי היא כבר ברשות הבעל לירושתה<sup>485</sup>.

**ירושה בראוי ולאחר מיתת הבעל**

אין הבעל יורש את אשתו מנכסים שנפלו לה לאחר מיתה כשהיא בקבר שהיו ראויים ליפול לה בחייה, ואם נפל לה ירושה ממקום אחר לאחר שמתה, אין זוכה בזה הבעל<sup>486</sup>. וכן אין הבעל יורש את אשתו כשהוא בקבר להוריש את ירושתה לירשיו<sup>487</sup>, לפי שפקע השאירות על ידי המיתה<sup>488</sup>, או משום שלא התחדש דין ירושה בקבר להנחיל לירשי המת, אלא לירשיים על ידי קורבה, ולא על ירושת בעל שאין ירושתו מחמת קורבה<sup>489</sup>.

**ירושת בן מאמו לאחר מיתתה**

כשם שאין הבעל יורש את אשתו בקבר, כך אין הבן יורש את אמו בקבר<sup>490</sup>. ולומדים כן מכך שנאמר דין איסור הסבת נחלה שלא תסוב הנחלה אל הבן משבט אחר, ונאמר איסור הסבת נחלה שלא תסוב הנחלה אל הבעל אין הבעל יורש את אשתו בקבר, אף הסבה אל הבן אין הבן יורש את אמו בקבר<sup>491</sup>. ולכן אין הבן יורש מנכסי אמו אחרי שהוא בקבר<sup>492</sup>, להוריש את נחלת האם לירשיו. וסברא הוא, שכיון שמת הבן לפני האם, פקע לו כחו בירושת אמו<sup>493</sup>. אבל אם מתה האם, יורש אותה הבן<sup>494</sup>, ואפילו כמה שנפל לה אחר מיתתה<sup>495</sup>, ואם מת לאחר מכן יעבור הנחלה לקרוביו<sup>496</sup>.

**ענף ב - ירושת בכור**

**פסוקי התורה על ירושת בכור**

פי תהיון לאיש שתי נשים האחת אהובה והאחת שנואה וילדו לו בנים האהובה והשנואה והיה הבן הבכור לשנואה: והיה פיום הנחילו את פניו את אשר יהיה לו לא יוכל לבכר את בן האהובה על פני בן השנואה הבכור: כי את הבכור בן השנואה יכיר לתת לו פי שנים בכל אשר ימצא לו כי הוא ראשית אנו לו משפט הבכרה: (דברים כג, טו-י)

**מי נחשב בכור לנחלת פי שנים**

הבכור נוטל פי שנים בנכסי אביו<sup>497</sup>, כיצד הניח חמשה בנים ואחד מהם בכור, מחלקים את הירושה כאילו היה כאן ששה אחים לששה חלקים שמהם נוטל הבכור שני חלקים, ונמצא הבכור נוטל שליש המון, וכל אחד מן ארבעת האחים האחרים נוטלים שתות<sup>498</sup>. ובכור הוא הנוולד לאב ראשון, שנאמר 'כי הוא ראשית אוננו', ואפילו אם הפילה אמו הרבה נפלים, הנוולד ראשון שהוא בן קיימא נחשב בכור לנחלה, שנאמר 'ראשית אוננו' ולא אונה, מי שלבו דווה עליו<sup>499</sup>. גם אם היה הבכור מנישואי איסור, נוטל פי שנים, שנאמר 'כי את הבכור בן השנואה יכיר', זו ששנואה בנישואיה<sup>500</sup>.

**בכור שאינו נוטל פי שנים**

בכור שנולד אחר מיתת האב<sup>501</sup>, אינו נוטל פי שנים, שנאמר 'יכיר' ולא הכירו אביו<sup>502</sup>. טומטום שנקרע ונמצא זכר, אינו נוטל פי שנים, שנאמר 'והיה הבן הבכור' עד שיהיה בן משעת הויה<sup>503</sup>. היוצא דופן אינו בכור, שנאמר 'וילדו לו בנים', וזה לא נולד, וכן הבא אחריו אינו בכור שהרי אינו ראשית אוננו<sup>504</sup>.

אם תנשא לאחר האחר יורשה. 489. תוספות שם בשם ר"י. 490. גמרא קיד, ב וקנט, ב. 491. גמרא קנט, ב. 492. כן הוא לכלי עלמא, כמבואר ברשב"ם שם. 493. רשב"ם קיד, ב ד"ה אף. וביאור האחרונים (דרכי דוד שם ושיעורי רבי שמואל יבמות לה, א) שאף של קרוב גם אחר שמת יורש את קרובו. כאן הבן אינו קרוב של אמו, שהרי משפחת אמו אינה קרויה משפחה, והתחדש דין ירושת בן אף כשאינו קרוב, אך להעביר את הירושה לאחר בזה אין לו כח ירושת בן שכשמת פקע ממנו שם בן, ומדין משפחה אינו נחשב משפחה כדי לרשת אותה. 494. מפורש במשנה קמב, א. 495. כפי שלומדים מהכתוב 'אין לו' עיין עליו, שאפילו אם יש לו בת כשהיא בקבר יורש אותה בנה, כפי שהובא לעיל (ראה תוספות קיד, ב ד"ה מה). 496. כפי המבואר במשנה קמב, א. 497. בספר דבר אברהם (א, כז) חקר, באופן שיש רק בן אחד שהוא בכור לאביו, שהוא היורש היחיד, אם דינו לקחת בכל הנכסים הוא כדן פשוט, או שנוטל חלק בתורת בכורה וחלק בתורת פשוט. וכתב (שם אות ג) שבעיקר הדבר מצד עצמו, הסברא הישרה גזרת שלא שייך ענין בכורה שקראו הכתוב פי שנים, אלא כשיש חלוקה בין האחים, אבל כשאין שום חלוקה אלא שאחד יורש את הכל, איזה מקום יש כאן לבכורה ולפי שנים. ושוב הביא שבפתי תשובה (חושן משפט רפא, ז) מובא, שכבר דנו בזה שלושה גאונים הדור בשבות יעקב ג, קעד. וראה שם עוד שהאריך בזה ובנפקא מינה מנידון זה. 498. על פי רמב"ם נחלות ב, א. 499. גמרא קיא, ב. 500. בגמרא יבמות כג, א דרשו כן על חייבי לאוין, שהיא שנואה בנישואיה, ואף על פי כן תופס בהם קידושין. אך הרמב"ם (נחלות ב, יג) הביא דרשה זו גם על חייבי כריתות. וראה בלחם משנה שם שתמה על דבריו. וביאור הגר"א (רעז, ד) הביא, שבספרי מתבאר שיש שני ריבויים של שנואה בפסוק, ואחד הוא על חייבי כריתות. 501. כגון שנולדו תאומים, או שהניח האב שתי נשים ונולד הבכור מאחת והשני מהשניה. 502. גמרא קמב, ב. 503. גמרא קכו, ב. 504. מבואר

שירושת אחי האב הם דרך אבי האב. אבל אם הירושה היא ישר דרך האב, יורש אחי האב מהאב. 475. ולא עד יעקב אבינו, שלעולם אין נגמור שבט מישראל. 476. כמבואר במשנה ובגמרא קטו, א-ב. 477. משנה קה, א. 478. כן מתבאר מהמשנה קנח, א. וכן הוא לשון הרמב"ם נחלות א, ת. וראה בתוספות קיג, א ד"ה מתה. 479. כתובות פג, ב פד, א. וראה בגמרא במכילתין קט, ב וקיא, ב וקנט, ב ובראשונים שם. 480. וכן נחלקו הראשונים בזה להלכה, הרמב"ם (נחלות א, ח) פסק שהוא רק מדרבנן, אבל הראב"ד ועוד הרבה ראשונים סוברים שלהלכה ירושת הבעל מן התורה. 481. שנאמר (בראשית ב, כד) 'והיו לבשר אחד', ונאמר (שמות כא, י) 'שארה כסותה ועונתה לא יגרע'. 482. שגורעין ומוסיפין ודורשין, כמבואר בגמרא קיג, ב. 483. כן דעת רבי עקיבא בגמרא שם. והובא שם עוד, דעת רבי ישמעאל, שלומדים על ירושת הבעל, מהכתוב (במדבר לו, ז-ט) 'ולא תסב נחלה לבני ישראל ממה אל מטה וגו' וכל בת ירושת נחלה ממשות בני ישראל לאחד ממשפחת מטה אביה וגו' ולא תסב נחלה ממה למטה אחר כי איש נחלתו ידבק וגו'. ולומדים מזה, שהתורה הזוהירה שלא תנשא אשה משבט זה, לבעל משבט אחר, שעל ידי כך תיסוב נחלה משבט אחד לשבט אחר, שהבת תירש את אביה, ולאחר מכן בעלה משבט אחר יירש אותה. 484. כתובות נג, א ופט, ב וברש"י שם. 485. כתובות מה, ב. 486. וכל הראשונים מודים לדין זה שאין הבעל נוטל בראוי, שהוא מבואר בגמרא קיג, א מפסוקים, ונפסק להלכה בגמרא קכה, ב ובעוד מקומות. 487. תוספות קיד, ב ד"ה מה ושאר הראשונים שם בביאור דברי הגמרא שאין הבעל יורש את אשתו בקבר. ומבואר בתוספות שם שביסוד הדין גם הרשב"ם מודה לדברי שאר הראשונים, אף שבפירוש דברי הגמרא פירש הרשב"ם שאין הבעל יורש את אשתו כשהיא בקבר, כמבואר בדין הקודם. 488. תוספות שם בשם ריב"א. וכעין זה בשאר הראשונים שם בשם הר"י מייגאש. והרשב"א שם כתב, שכיון שמתרת להנשא לאחר, נפרדה ממנו, ושוב אינו יורשה, שהרי

מהכתוב 'כיר' דורשים שהאב נאמן לומר על אחד מבניו שהוא הבכור<sup>505</sup>, ונחלקו תנאים בדבר<sup>506</sup>, דעת רבנן שרק במקום שאין מכירים כלל, נאמן האב לומר על מי מבניו שהוא הבכור והשאר הם הפשוטים. ורבי יהודה סובר, שאפילו אם היה אחד מוחזק בבכור, נאמן האב לומר שאינו בכור, ונאמן לומר על אחר שאינו מוחזק בבכור שהוא הבכור<sup>507</sup>. והלכה כרבי יהודה<sup>508</sup>.

בנאמנות האב להעיד על בנו, דעת הרשב"ם והתוספות<sup>509</sup> שהוא רק באופן שידוע שהוא בנו, שעל זה חידשה התורה שנאמן לברר מי הבכור, אבל אם אין ידוע שהוא בנו אינו נאמן לומר עליו שהוא בנו ליורשו, ורק על נכסיו שכבר קיימים בשעה שאומר שהוא בנו נאמן לומר שהוא בנו שיירש אותו, משום שהיה יכול לתת לו את נכסיו במתנה. אבל בדעת הרמב"ם<sup>510</sup> מבואר<sup>511</sup>, שגם כשאינו ידוע שהוא בנו, נאמן מדין 'כיר' לומר שהוא בנו, ושהוא הבכור<sup>512</sup>.

### נאמנות חיה ואם

המייילדת שאמרה מיד זה יצא ראשון, נאמנת עליו שהוא הבכור. והאם נאמנת כל שבעת ימי הלידה לומר שזה הבכור. והאב נאמן לעולם<sup>513</sup>. בנאמנות המייילדת והאם, כתב הרשב"א<sup>514</sup> שהוא תקנה מדרבנן. והתוספות הרא"ש<sup>515</sup> כתב, שלומדים כן מזה שהתורה האמינה לאב להעיד על בנו שהוא בכור אף שהוא קרוב כיון שהוא רגיל להכיר בבניו, ומזה לומדים שאף המייילדת והאם נאמנות בזמן זה לפי שהם רגילים להכיר ואין אחרים שיכירו.

### כבוד בנכסי האב

אין הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב<sup>516</sup>, בין אם היה בכור לאב ובין אם היה בכור לאם, שנאמר 'לו משפט הבכורה' משפט הבכורה לאיש ולא משפט הבכורה לאשה<sup>517</sup>.

### בני ובנות הבכור

הבכור שמת, ובאו בניו או בנותיו כשאין לו בנים, ליטול בחלק ירושתו, נוטלים גם את חלק הבכורה כאילו היה קיים, ובנות צלפחד נוטלו שני חלקים בשביל אביהם בנחלת חפר, חלק פשוט וחלק בכורה שהיה בכור לאחיו<sup>518</sup>.

### ראוי

אין הבכור נוטל בראוי כבמחזק, כגון, אחד ממורישי האב שמת לאחר מיתת האב, הבכור והפשוט יורשים בזה כאחד. שבדבר שהיה ראוי לבוא לאביו והגיע לו לאחר מיתתו, אין הבכור נוטל בזה פי שנים, אלא כשאר אחיו, שנאמר 'בכל אשר ימצא לו', כשהוא מצוי ביד האב. ורבנן<sup>519</sup> דורשים עוד מהכתוב 'לתת לו' שחלק הבכור נחשב מתנה מהאב<sup>520</sup>, וכשם שבמתנה אין אדם יכול לתת דבר שאינו ברשותו, כך גם בחלק הבכורה אין נוטל הבכור מדבר שאינו ברשות האב<sup>521</sup>. ויש מפרשים<sup>522</sup>, שהלימוד ממתנה הוא, שכל זמן שלא בא ליד המקבל אין זה נחשב שלו, ולכן גם חלק הבכור כל זמן שלא בא ליד הבכור אינו נחשב שלו<sup>523</sup>.

### כשבה

השביו הנכסים לאחר מיתת האב, דעת רבנן<sup>524</sup> שאין הבכור נוטל בזה פי שנים. אבל רבי סובר, שהבכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו הנכסים ממילא, שזה שבח של נכסי האב, ורק אם השביו היתומים את הקרקע לאחר מיתת אביהם, אין הבכור נוטל בחלק זה פי שנים. ואמרו בגמרא<sup>525</sup>, שאם הניח האב דקל קטן ונעשה גדול, או שהניח להם קרקע שהתייפנה מעצמה לאחר מכן, לכולי עלמא נוטל בזה הבכור פי שנים<sup>526</sup>, והמחלוקת היא באופן שהניח לה האב שחת שגדלו ונעשו שבילים, או דקלים שהפריחו ויצאו מהם תמרים, שרבנן סוברים שכיון שהוא דבר חדש שלא היה בעת מיתת האב, אין נוטל בזה הבכור פי שנים שזה נחשב ראוי, ולדעת רבי נוטל בזה הבכור פי שנים<sup>527</sup>, כיון שזה נעשה מאליו ונחשב מצוי אצל האב. ונחלקו הראשונים אם הלכה כדעת רבנן שאין הבכור נוטל בזה פי שנים<sup>528</sup>.

### כשבה לאחר שמיחה וזמת הבכור בחלק הבכורה

בכור שמיחה ותובע חלוקה<sup>529</sup>, יש לו פי שנים גם בשבח<sup>530</sup>. ודעת הרשב"ם<sup>531</sup> שהטעם הוא משום שההלכה היא שהבכור זוכה בחלקו משעה שתובע את החלוקה<sup>532</sup>,

קידושין עד, א. 514. שם עג, ב ד"ה ת"ר. 515. שם עד, א. 516. משנה קכב, ב. 517. מסקנת הגמרא קיא, ב. ובהוה אמינא למדו מהכתוב 'בכל אשר ימצא לו' ולו ולא לה, או מהכתוב 'ראשית אונו' ולא אונו. וראה במגיד משנה ולחם משנה נחלות ב, ח. 518. משנה קטז, ב. ומבואר שם, שזה מלבד הנחלה שהגיע לצלפחד עצמו שהיה מיוצאי מצרים. 519. קכד, א. 520. כן מתבאר מפירוש הרשב"ם שם ד"ה עד. וראה בסמוך. 521. רשב"ם קכד, א ד"ה עד. 522. מובא ברבינו יונה ובריטב"א שם. וראה גם ברש"ש שם. וכן מוכח בתוספות קכו, ב ד"ה לא. וכן מוכח מתוספות י"ב, ב ד"ה כגון, שחלק הבכורה הוא מתנה מהאחים ולא מהאב, ואם כן אי אפשר לפרש כדברי הרשב"ם שצריך שיהיה ברשות האב מדין מתנה. וכן כתב הניתיבות המשפט רעת, ט שחלק בכורה הוא מתנה מהאחים. 523. ונפקא מינה לגבי השבח, וכפי שיבואר בסמוך. 524. קכד, א. 525. שם בדברי רב פפא. 526. רבינו יונה כתב, שלפי זה אין טעמם של רבנן משום שהם מדמים את הדבר למתנה, שאם כן גם בכזה שבח לא היה ראוי לקבל פי שנים. אבל מדברי התוספות (קכו, ב ד"ה והלכתא) מבואר, שבאמת גם למסקנא לדעת רבנן הלימוד הוא ממתנה, אך גם לדבריהם עיקר הלימוד הוא מהכתוב 'ימצא לו' שדבר שאינו מצוי ברשותו אין הבכור נוטל בו פי שנים, רק שהם סוברים שהכתוב 'לתת לו' מגלה מה נחשב שאינו מצוי, שכל דבר שאין האב יכול לתת בתורת מתנה נחשב אינו מצוי, אבל שבח שבא ממילא נחשב מצוי. 527. והריטב"א והרמ"ה כתבו, שאפילו אם הניח האב קרקע ללא תבואה כלל, וצמח התבואה מאליו, נחשב הדבר למחזק, ואין צריכים שיהיה שחת בשעת מיתת האב, ומה שאמרו בגמרא שהיה שחת הוא לחידוש בדעת רבנן שאף בכזה אופן אין נוטלים. 528. כן דעת הרשב"ם קכד, ב ד"ה אמר וקכה, ב ד"ה ואין, וכן פסק הרמב"ם נחלות ג, ד. אבל הרמב"ן והר"ן (קכד, ב) הביאו בשם רבינו חננאל, שלהלכה לגבי שבח אם עשה כרבי עשוי, אף שאסור לעשות לכתחילה כדבריו. והב"ח והפרישה (סימן רעת) כתבו בדעת התוספות (קכד, ב ד"ה מספקא) שהלכה כרבי. 529. כן מבואר בפירוש הרשב"ם (קכו, א ד"ה אמר רב הונא) ובעוד ראשונים. אבל בדברי הר"ן (שם) מתבאר, שאפילו אם אינו תובע חלוקה, אלא מגלה בדעתו שרוצה לקבל פי שנים, די בכך. וראה בקהלות יעקב סימן ט' בביאור המחלוקת. 530. גמרא קכו, א. 531. שם ד"ה אמר רב הונא. 532. כמבואר בגמרא קכו, ב והלכתא יש

במשנה בכורות מז, ב לדעת תנא קמא ובגמרא שם. ובמשנה שם מובא דעת רבי שמעון הסובר שיוצא דופן נחשב בכור לנחלה, שהוא סובר שגם יוצא דופן נחשב לידה. 505. בגדר נאמנות 'כיר', חקר הצפנת פענח (אסורי ביאה טו, יב), אם הוא גדר של עדות, או שהוא גזירת הכתוב של נאמנות חדשה. והוכיח כצד שהוא עדות מהגמרא ביבמות (מז, א) שאמרו על דין 'כיר' לדברין עכו"ם אתה ואין עדות לעכו"ם, ומוכח שהוא מדין עדות. אך מהגמרא בגיטין (עא, א) הוכיח שהוא גזירת הכתוב של נאמנות מיוחדת, שמבואר שם שמועיל בנאמנות 'כיר' הרכנת הראש, אף שבעדות אין מועיל. וכן מוכח מדעת הרשב"ם (קכו, ב ד"ה וחזר) שאין מועיל לחזור בו מנאמנות 'כיר', אפילו בתוך כדי דיבור. אמנם, הטור (רעט, ה) חלק על הרשב"ם, שמועיל לחזור בו תוך כדי דיבור. ומאידך, מדברי הרשב"ם שם שכתב שאין חוזר ומגיד, מבואר שדין 'כיר' הוא מדין עדות, שהרי חסרון אינו חוזר ומגיד הוא בדין עדות. ויש להוסיף עוד, שהמשנה למלך (נחלות ב, יד) הביא בשם המהר"ן לב (א, סב) ומשפטי שמואל (סימן קג) שאף כשהוא מכחיש עדים נאמן האב. אמנם, מדברי הראשונים (קכו, א) מבואר, שאין האב נאמן נגד עדים. 506. גמרא קכו, ב ושם נסמן. 507. וכשם שנאמן לומר זה בני בכור, כך נאמן לומר זה בן גרושה וכן חלוצה [וראה בשערי ישרו, יג שהם שני דינים שונים]. וכתבו האחרונים (ראה שב שמעתתא ב, כ וש"ת רבי עקיבא איגר תשובה קי וקובץ שיעורים אות תנו) שהנאמנות היא רק ביחס לבן, ולא ביחס אל האם. ודעת הרבה ראשונים (ריטב"א ונמוקי יוסף קכו, א וכן מבואר בתוספות שם ד"ה כן ובעוד ראשונים שם), שכשם שהאב נאמן לומר מי הוא בנו ומי הוא הבכור ומי אינו בכור, כך האב נאמן לומר גם על אחד שאינו בנו והוא ממזר. אבל התוספות ר"ד (קכה, ב אות לו) והשלטי גבורים (קידושין לב, א מדפי הר"ף) כתבו, שאין אדם נאמן לומר שזה אינו בנו, שהתורה לא האמינה אלא לומר מי הוא בנו ובין בניו, ולא על בנים של אחרים. 508. כמבואר בגמרא קכה, ב קכט, א לאפוקי מדברי רבי יוחנן הסובר שהלכה כרבנן. 509. קלד, ב ד"ה ליורשו, וכן בשאר הראשונים שם. 510. נחלות ב, יד. 511. כפי שמבואר בדברי המגיד משנה שם, וכפי שביארו הגר"א (רעז, ט) והקצות החושן (שם, ב). 512. וביסוד הדבר כן מבואר גם בדעת הרא"ש סימן לט שגם אם אין ידוע שהוא בנו, נאמן לומר עליו שהוא בנו. וראה בשב שמעתתא ב, כ ובאבני מילואים (ד, כב). 513. גמרא

וממילא הקרקע שלו השביחה. אבל בדת התוספות<sup>533</sup> מבואר, שגם קודם שתובע חלוקה זוכה הבכור בחלקו לגבי שיוכל למכור אותו או למחול עליו, ואף על פי כן אינו זוכה בשבח<sup>534</sup>, ואף על פי כן אם מיחה זוכה בשבח<sup>535</sup>. ויש שביאר בזה<sup>536</sup>, שבזמן מיתת האב, הנכסים הם ברשות תפוסת הבית, ואין זה בבעלות האחים<sup>537</sup>, ולאחר שתובע הבכור לחלוק, יוצא הדבר מתפוסת הבית ונעשים שותפים על הדבר, וממילא זוכה הבכור בשבח שהרי חלקו השביח.

**כמלזה**

היה לאב הלואה אצל אחרים<sup>538</sup>, והבעל חוב פרע את החוב, נוטל הבכור בממון זה כמו הפשוט<sup>539</sup>. ואם היה ביד האב משכון על החוב, נוטל הבכור פי שנים, שבעל חוב קונה משכונ<sup>540</sup>. היה הבכור חייב הלואה לאב, חולקים הבכור ושאר האחים בחלק הבכורה, לפי שהדבר ספק אם זה נחשב מוחזק<sup>541</sup>.

**בבהמה שילדה ובשכירות**

הניח להם אביהם פרה מושכרת או מוחכרת ביד אחרים, או שהיתה רועה במקום מרעה, וילדה, אמרו בברייתא<sup>542</sup> שהבכור נוטל בה ובולדה פי שנים. והגמרא<sup>543</sup> מבארת שהוא כדעת רבי הסובר שבכור נוטל פי שנים בשבח שבא מאליו<sup>544</sup>. אבל בדת הרמב"ם<sup>545</sup> מבואר, שלהלכה גם לדעת רבנן נוטל בזה פי שנים<sup>546</sup>, כיון שאין זה נחשב שינוי, שהולד כבר היה בעולם בעיבור<sup>547</sup>, ורק בדבר שהשתנה<sup>548</sup> סוברים רבנן שאין נוטל פי שנים. ונחלקו האחרונים בדעתו, אם גם בדמי השכירות נוטל פי שנים<sup>549</sup>.

**דבר שאינו ברשותו**

דעת הרמב"ם<sup>550</sup>, שאם היתה לאב ספינה בים, יורשים אותה הבכור והפשוט כאחד, שזה נחשב ראוי. אבל כמה ראשונים<sup>551</sup> סוברים, שאין נחשב הדבר לראוי, והבכור נוטל בזה פי שנים. היה הדבר ברשות גנב, דעת המרדכי<sup>552</sup> שאם הוא דבר שאין מתיישים מהם, אין זה נחשב ראוי<sup>553</sup>. אבל הגר"א<sup>554</sup> והקצות החושן<sup>555</sup> כתבו, שדבר גזול נחשב ראוי<sup>556</sup>.

**שני החלקים כחלק אחד**

זכותו של הבכור לתבוע את שני החלקים בירושה שיהיו במקום אחד, שנאמר 'פי שנים'<sup>557</sup>, שהרי שניהם חלקו הן והרי הן כחלק אחד<sup>558</sup>, ואם עלה לו בגורל חלק אחד בחלוקת הפשיטות, נוטל עוד חלק כזה בקרקע הסמוכה לה בלא גורל<sup>559</sup>. ונחלקו הראשונים<sup>560</sup> באופן שהקרקע הסמוכה לחלק הפשיטות שלו היא עידיית ויש קרקע אחרת בינונית או זיבורית, אם יכול הבכור לכפות את הפשוטים שיקבל מהעידיית הסמוכה לו.

**ענף ג - הנחלה**

**למי שאינו ראוי לירשו**

אדם שבא להוריש את נכסיו למי שאינו ראוי לירשו<sup>561</sup>, לא אמר כלום<sup>562</sup>. וכן אם בא לעקור את כל הירושה מאחד שראוי לירש, לא אמר כלום<sup>563</sup>, שהרי הוא

חולקין. אבל התוספות (לה, א ד"ה ומאי וקכו, א ד"ה ובמלוה) כתבו, שאין הלכה כסומכוס, ומה שכאן חולקים הוא משום תקנת הכמים שתיקנו בפירוש שבמקום ספק זה יחולקו. והרמ"ה כתב, שכאן כלולי עלמא חולקים, כיון שאין כאן מוחזק, שהבכור מודה שאין הנכסים שלו ומקבל רק מכה אביו. והרי"ף ורבינו גרשום במהלך אחד ביארו את דברי הגמרא, שהבכור נוטל פי שנים בחוב שאצלו, שזה ודאי נחשב מוחזק. 542. כקב. ב. 543. כקד. א. 544. וכן כתב הראב"ד (בהשגות נחלות ג, ב) שלהלכה שאין סוברים כרבי, אין הבכור נוטל בזה פי שנים. 545. נחלות ג, ב. כפי שביאר המגיד משנה שם. 546. היינו לפי מסקנת הגמרא מדברי רב פפא שהובא לעיל, שבדבר שכבר היה בעין, גם לדעת רבנן נוטלים בזה פי שנים בשבח שממילא. 547. וכתבו הקצות החושן (רעה, ג) והגר"א (שם, ד) שהרמב"ם לשיטתו (גינה א, יא) שבמעוברת וילדה אין זה נחשב שינוי בבהמה ובולד. והראב"ד לשיטתו שגם שם הוא סובר שלידה נחשב שינוי. ובטור (סימן רעה) מבואר, שגם בפיתום אינו נוטל פי שנים, ומבואר שפיתום הבהמה גרע מדקל שנעשה עב. 548. כמו שחת שנעשה תבואה ודקל שהפריח ונעשו תמרים. 549. הלחם משנה שם פירש בדברי הרמב"ם, שגם בדמי השכירות נוטל פי שנים, וכתב לתלות את הדבר מחלוקת אם אינה לשכירות אלא לבסוף שבזה הוא ראוי, או שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף שאינו ראוי. אבל הקצות החושן (רעה, ב) כתב, שגם אם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הוא ראוי, שלא גרע ממלוה. וראה חידושי רבי עקיבא איגר על הרמב"ם שם, שהביא מדברי הלבוש שכתב שגם בדמי השכירות נוטל פי שנים. אבל רבי עקיבא איגר כתב, שאין לזה הכרח, ויתכן שגם הרמב"ם מודה שבדמי השכירות נחשב הדבר כמו מלוה שאין נוטל בה פי שנים, ורק בפיתום האם ובולד נוטל פי שנים שזה אינו נחשב שינוי. וראה גם בנתיבות המשפט רעה, א. ובעיקר הנידון על דמי השכירות, ראה בזה בחידושי הרמב"ם והרשב"א יג, א ובמאירי כקב, ב. 550. נחלות ג, א. 551. הרשב"א בתשובה ד, קלב והמאירי כקב, ב ד"ה גדולי. ובלחם משנה שם מתבאר, שגם הראב"ד כוונתו להשיג על הרמב"ם בזה. 552. סימן תקעד. ומובא להלכה ברמ"א רעה, י. 553. ולפי זה מוכח שלא כדעת הרמב"ם לגבי ספינה. 554. שם, כ. 555. שם, יד. וכן באבני מלואים צ, ג. 556. הגר"א הוכיח כן מהמבואר בגמרא (קב, ב), שבבהמה מושכרת אצל אחרים יש חידוש שזה נחשב מוחזק (כמבואר בתוספות שם ד"ה היתה). ובאמת, המאירי (קב, ב) הביא שיטה, שאף בגוף הפרה המוחכרת או המושכרת אין נוטל בה פי שנים, שאין זה עדיף ממלוה. אבל המאירי חלק עליהם, ששכירות וחיכרות הוא ענין פיקדון. והקצות החושן שם הביא מדברי הגהת אשר"י (ט, יא) שכתב, שבפרה מושכרת בלא שטר אין נוטל בה פי שנים, וכתב שלפי זה כל שכן שמגולל לא יטול פי שנים. וכתב, שאפילו שמדברי שאר הפוסקים משמע שלא כדברי הגהת אשר"י, וגם כשמושכרת בלא שטר נוטל פי שנים מהפרה, היינו משום שהפרה המושכרת נחשבת ברשותו לגמרי להקדישו ולמכרו, אבל בדבר גנוב שאין יכול לתת במתנה, הרי זה ראוי. וכתב הקצות החושן, של דברי המרדכי הם רק לגבי גביית כתובה, שגובה ממלוה, שגם גנוב נחשב כמלוה. אבל בבכור שאינו נוטל ממלוה, גם ממושכרת לא יטול. 557. גמרא קבד, א בדעת רבנן. וראה ברשב"ם שם ד"ה אחד, במקור דין זה לדעת רבי. וראה בתוספות יב, ב ד"ה כגון, בטעם שצריכים מקור לדין זה, ואין אומרים שיתנו לו את שני החלקים בסמיכות מדין כופין על מדת סדום. 558. לשון רש"י יב, ב ד"ה פשיטא. 559. רשב"ם קבד, א ד"ה אחד. 560. הרי"ף מיאש והרמב"ן יב, ב ומבואר ברשב"א שם ובריב"א קבד, א ובמגיד משנה שכנים יב, ב. 561. כגון על בת במקום שיש בן, כמבואר במשנה קל, א. ומבואר בגמרא שם, שבזה הכל מודים. 562. משנה קכו, ב. 563. הש"ך (רפא,

לבכור קודם חלוקה. 533. קכו, ב ד"ה והלכתא. 534. וכיוצא בדבר כתב הרי"ף שם, שאף שקיימא לו שיש לבכור קודם חלוקה, היינו רק לגבי גוף הנכסים שנמצאים ביד האב, אבל מה שהשביח לאחר מכן אין זוכה בזה האב, ושלא כמו הגאונים שפסקו להלכה שבכור מקבל בשבח מחמת שהוא זוכה בנכסים. אך הרמ"ה הקשה על כך, שאם זכה בגוף הנכסים, הרי ממילא השבח שלו, שהרי קרקעו השביח. ולכן כתב הרמ"ה, שגם אם יש לבכור קודם חלוקה אין זה קנין גמור, אלא זכות בעלמא. וראה קהלות יעקב סימן ט' בביאור מחלוקת הראשונים. 535. הקובץ שיעורים (אות ת) ביאר בטעם הדבר, שהבכור יש לו זכות לתבוע חלוקה, והאחים אין יכולים לדחותו לעשות חלוקה בזמן אחר, ולכן יכול לתבוע מהם שאם אינם עושים עכשיו את החלוקה יקבל את השבח מיד. 536. שיעורי רבי שמואל אות מג. 537. ראה שו"ת מהר"ח אור זרוע סימן קכא (מובא בקובץ שיעורים אות תד). 538. אפילו בשטר כדעת רבנן (קבד, א) כפי המבואר בסוגיית הגמרא שם. ודעת הרשב"ם (קבד, א ד"ה ירשו) שלדעת רבי, במלוה בשטר נחשב הדבר מוחזק, כיון שמוחזק בשטר שעל פי השטר גובים את החוב, אבל מלוה על פה שאין לו שטר וגם יכול לטעון כנגד זה פרוע, כלולי עלמא הוא ראוי. אבל בעליית דרבינו יונה כתב, שלדעת רבי גם חוב של מלוה בעל פה נחשב מוחזק, וכן הוא בתוספות ר"ד שם. וראה קצות החושן רעה, ו. 539. מסקנת הגמרא קכה, ב בדברי רב פפא. ובגמרא (קבד, ב) נחלקו אמוראים, שדעת רבה שאם גבו קרקע יש לו פי שנים, שהקרקע משועבד לחובות ונחשב כמוחזק, ורק אם גבו מעות אין לו פי שנים. ורב נחמן סובר להיפך, שאם גבו מעות נחשב בהם למוחזק [הרשב"ם פירש, שכיון שההלואה היתה במעות והחזירו מעות נחשב הדבר למוחזק, והתוספות פירשו שכיון שעל פי רוב פורע בעל חוב במעות, היה על זה סמיכות דעת ונחשב הדבר למוחזק], ואם גבו קרקע נחשב הדבר ראוי. [בתוספות (קכה, א) מבואר, שיש מאן דאמר הסובר שבין בגבו קרקע ובין בגבו מעות נחשב הדבר למוחזק ונוטל פי שנים]. אבל למסקנת הגמרא בדת רב פפא, בין בגבו קרקע ובין בגבו מעות, נחשב הדבר לראוי. והתוספות (קכה, א) סוף ד"ה ואין הנמשך מעמוד קודם) התקשו בדבר, שכן בסוגיית הגמרא בסוף המסכת (קעה, ב) מבואר, שנידון זה אם גבו קרקע נחשב כמוחזק או ראוי, תלוי אם שעבודא דאורייתא, ורב פפא עצמו סובר בקידושין (ג, ב) ששעבודא דאורייתא. וראה גם בתוספות קעו, א ד"ה גובה. אבל הרמב"ן (קכה, ב) כתב, שרק אם שעבודא לאו דאורייתא מוכרח שגם גבו קרקע אינו נחשב מוחזק, אבל גם אם שעבודא דאורייתא יתכן שגבו קרקע אינו נחשב מוחזק, ולכן סובר רב פפא שאפילו בגבו קרקע אין לו לבכור פי שנים, אף שהוא סובר שעבודא דאורייתא. 540. רשב"ם קבד, ב ד"ה אבל בשם רבינו חננאל וקכה, ב ד"ה ואין. 541. גמרא קכו, א לפי ביאור רוב הראשונים. וביאור הספק נאמרו כמה מהלכים בראשונים. א' הרשב"ם פירש, שהספק הוא אם זה נחשב מוחזק, כיון שהבן רוצה לשעבד את נכסיו לגמרי לאב, ובענין יפה גומר ומקנה את נכסיו לאב לצורך גביית החוב, ולכן יש צד שזה נחשב מוחזק. ב' הרי"ף (במהלך אחד) והרמב"ם (נחלות ג, ה) ביארו, שהספק שזה נחשב מוחזק הוא לפי שהחוב הוא תחת ידו של הבכור, ולכן יתכן שנחשב הדבר שהוא מוחזק אצלו. ג' הרמ"ה (אות צד) כתב, שהדבר תלוי מהיכן לומדים שאין הבכור יורש בראוי, שאם הוא מהכתוב 'כל אשר ימצא לו' צריכים שיהיה הדבר מצוי ברשות האב המוריש, וכאן אין הדבר נחשב ברשות המוריש. אבל אם הלימוד הוא מזה שהתורה קוראת לזה מתנה, כאן אין בזה חיסרון ראוי, כיון שהאב היה יכול לתת את החוב במתנה לבכור. וראה בקובץ שיעורים אות שצח. ובעיקר הדבר שחולקים מספק, כתב הרשב"ם שהאז מדין מומן המוטל בספק, והוא לשיטתו (סג, א ד"ה תנו וצב, א ד"ה לשחיטה) שהלכה כסומכוס שכל מומן המוטל בספק

מתנה על מה שכתוב בתורה, ואין מועיל על זה מחילה<sup>564</sup>, שנאמר בפרשת ירושה<sup>565</sup> 'והיתה לבני ישראל לחוקת משפט', לומר שחוקה זו לא תשתנה ולא יועיל בה התנאי<sup>566</sup>.

### סילוק הבכור מחלק הבכורה

אין אדם יכול לסלק את הבכור מחלק בכורה<sup>567</sup>, שנאמר 'לא יוכל לבכר'<sup>568</sup>. וכתב הרמב"ם<sup>569</sup>, שאף שאין יכולים לסלק את הבכור מחלק הבכורה, זה רק בחיי הבכור, אבל אם כבר מת הבכור בחיי אביו, אף שהוא יורש את חלק בכורתו בקבר ומורישו ליורשיו, יכול אביו לסלק את בני בניו מחלק הבכורה, שנאמר 'על פני בן השנואה', שכל דין 'לא יוכל לבכר' הוא רק כשהוא על פני הבכור עצמו<sup>570</sup>.

### לירוש בין היורשים

היו לו יורשים רבים, כגון שהיו לו כמה בנים, או שהיו לו כמה בנות, ואמר על בן בין הבנים או על בת בין הבנות, שהוא יירש את כל נכסיו<sup>571</sup>, נחלקו בזה חכמים ורבי יוחנן בן ברוקא<sup>572</sup>, לדעת חכמים לא אמר כלום, ולדעת רבי יוחנן בן ברוקא דבריו קיימים, שנאמר 'והיה ביום הנחילו את בניו', התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה<sup>573</sup>. והלכה כדברי רבי יוחנן בן ברוקא<sup>574</sup>.

### הנחלה במקצת הנכסים

דעת הרשב"ם<sup>575</sup> שהנחלה של רבי יוחנן בן ברוקא, מועיל בין אם אמר על אחד מהבנים שיירש את כל נכסיו, ובין אם אמר שיירש חצי מנכסיו וכל השאר יירשו את המחצית האחרת. אבל הרשב"ם<sup>576</sup> סובר, שכל דין הנחלה של רבי יוחנן בן ברוקא, הוא רק אם מנחיל את כל נכסיו, אבל על מקצת נכסיו אין מועיל הנחלה, שאין אדם יכול להקנות את מקצת נכסיו בלא קנין<sup>577</sup>.

### הקנה לאחד הפשוטים במקום שיש בכור

במקום שיש בכור והנחיל מנכסיו לאחד מהפשוטים, דעת הר"י מייגאש<sup>578</sup>, שכשם שבטלה צוואתו לגבי הבכור, כך בטלה צוואתו לגבי הפשוטים ואין בדבריו כלום. אבל דעת הרשב"ם<sup>579</sup> והרשב"א<sup>580</sup>, שהחלוקה שלו לגבי הפשוטים קיימת, ומקבצים מכולם לפי חשבון ומשלימים לבכור<sup>581</sup>. אמר על אחד מן היורשים הפשוטים שהוא יטול פי שנים בירושה, הבכור נוטל פי שנים כדינו<sup>582</sup>, ומן השאר נוטל הפשוט פי שנים<sup>583</sup>. וכתב הרשב"א<sup>584</sup>, שיש אומרים שאין נוטל את החלק היתר על כל אחיו אלא במוחזק, ולא בראוי, כדין בכור, כיון שהוציא את לשון ירושתו בלשון פי שנים כדין בכור. אך כתב, שיש חולקים על זה, שנוטל פי שנים גם בראוי<sup>585</sup>.

### כבריא

בדעת רבי יוחנן בן ברוקא שמועיל להנחיל את הירושה לאחד מהיורשים, הסתפקה הגמרא<sup>586</sup> אם הוא רק בשכיב מרע, שהוא נקרא כבר בר ירושה ומתקיים בו 'ביום הנחילו את בניו'<sup>587</sup>, או שהוא גם בבריא<sup>588</sup>. ונחלקו הראשונים<sup>589</sup> באיזה אופן הסתפקו לומר שיועיל אפילו בבריא, יש אומרים שמועיל כן רק כשכותב בשטר בלשון ירושה<sup>590</sup>, או כשעשו עמו קנין על כך<sup>591</sup>. ויש אומרים שאפילו כשאין כותב בשטר<sup>592</sup>, כיון שמחלק את נכסיו בלשון ירושה נתנה לו התורה כח להנחיל את נכסיו לאחר מיתה<sup>593</sup>.

### בלשון קנין

כל הדברים האמורים, הם כשאמר בלשון ירושה, אבל אם אמר בלשון קנין ומתנה, בין אם גירע מהבכור ובין אם נתן לאחד ולקח מאחר, דבריו קיימים<sup>594</sup>. ואם הוא בריא, צריך קנין, או שיכתוב שטר שמפורש בו הקנאה מוחיים. ואם הוא שכיב מרע אין צריך קנין, שדברי שכיב מרע ככתובים ומסורים<sup>595</sup>.

### הנחלה בבני בנים ובאחים

יכול אדם להנחיל לאחד מבני בניו כשאין לו בנים<sup>596</sup>, שהרי הם בכלל יורשיו<sup>597</sup>. וכן יכול אדם להנחיל את הירושה לאחד מאחיו בין האחים היורשים אותו<sup>598</sup>. וכתב הקצות החושן<sup>599</sup>, שאף אם ירושת אח הוא רק על ידי האב שבקבר<sup>600</sup>, מועיל על זה הנחלה, שגם על היורש על ידי משמוש מהמת, נחשב הדבר שהוא ראוי ליורשו, ומועיל לו הנחלה<sup>601</sup>.

(רפא, ב), שלפי דבריו אפילו אם עשה קנין, אין זה מועיל במקצת נכסיו כשמקנה בלשון ירושה, כיון שבלשון ירושה לא מועיל קנין, ובמקצת לא מועיל לשון ירושה<sup>578</sup>. קל, א. 579. שם ד"ה הלכה. 580. שם. 581. ובשולחן ערוך (רפא, ו) הובאו שתי הדעות. 582. שאי אפשר לסלק את חלק הבכורה, כפי שהובא לעיל. 583. ריטב"א קכו, ב. ולפי שיטת הרשב"א הנ"ל שמועיל הנחלה רק כשמנחיל את כל נכסיו, מדובר שגם את שאר הנכסים הנחיל לאחרים. 584. קכו, ב. מובא בנמוקי יוסף נה, ב מדפי הר"ף. 585. וראה בנתיבות המשפט (רפא, ג) מה שדן בדברים אלו, אם מוכח מהם שמועיל הנחלה גם על דבר שלא בא לעולם. וראה בנידון זה בסמוך. 586. קלא, א. 587. רשב"ם שם ד"ה בר. 588. ולהלכה פסק הרמב"ם (נחלות ו, ד) שבריא אינו יכול להוסיף ולגרוע לא לבכור ולא לאחד מן האחים. וכתב מגיד משנה, שאם הנחיל ותפס אחד מן היורשין, אין מוציאם מהם. 589. הראב"ד (בשיטה מקובצת) הביא את שני הדעות. 590. וכן הכריח הרשב"א, שהרי כל מה שבשכיב מרע מועיל כשאומר בעל פה, הוא רק שמוא תטרף דעתו, אבל בבריא לא מועיל בעל פה כמו בשטר. וכתב, שאף שאין שטר לאחר מיתה, כיון שכתב בלשון ירושה הרי זה מועיל עם גמור מיתה. אבל אם אין מועיל הנחלה בבריא, אף שכתב כן בשטר בלשון ירושה אין זה מועיל. וראה מגיד משנה זכיה ומתנה יב, ה. 591. כן כתב הר"י מייגאש. 592. וכן הוא מוכרח לפי שיטת הרשב"א הנ"ל, שכל הנחלה דרבי יוחנן בן ברוקא הוא רק כשמנחיל את כל נכסיו, שעל הנחלה של מקצת נכסיו צריכים קנין, ועל כרחך שהנחלה דרבי יוחנן בן ברוקא הוא בלי קנין. 593. כן כתבו הרשב"א והר"ן והנמוקי יוסף. ומדברי הר"ן מתבאר, שהטעם שמועיל בלי קנין, משום שכשאומר בלשון ירושה, אין זה הקנאה על הנכסים, אלא שהתורה נתנה לו כח לקבוע מי יירש על נכסיו. אבל הרשב"א סבר, שדין הנחלה הוא מדין הקנאה על הנכסים (ראה להלן שיוצא מן מדברי הרשב"א), ולכן אין מועיל בבריא בלא קנין או שטר. וראה בחידושי רבי אריה לייב מאלין א, צח. 594. משנה קכו, ב. 595. ויתבאר בפרק הבא. 596. אבל אם יש לו בנים, ודאי שאין יכול להנחיל לבני בנים, שהרי אין הם ראויים לירש אותו, שאין בני הבנים יורשים במקום שיש בנים. וראה ביד רמ"ה קכו, ב שמתה על יעקב אבינו שנטל את הבכורה מראובן ונתן לאפרים ומנשה, שהרי כשיש בנים אין יכולים להנחיל לבני בנים. וראה שם מה שכתב בזה. 597. רמב"ם זכיה ומתנה ט, ה. וראה בלשון הגמרא קנט, א שבן הבן יורש את אקנו מכת עצמו ולא מכת אביו. 598. רמב"ם נחלות ו, ב. 599. רפא, ב. וכן הסכים לדבריו הנתיבות המשפט שם, א. 600. ראה לעיל בענף א מה שהובא בזה מחלוקת ראשונים. 601. וראה גם בתשובות רבי עקיבא איגר סימן קלב שביאר כן בדעת הרמב"ם. אמנם, בגליון השולחן ערוך רפא, א כתב

(ו) כתב, שאם אמר על אחד מהבנים שהוא לא יטול, מועילים דבריו, ורק אם אמר שלא יירש לא אמר כלום, כיון שלשון לא יטול משמעו שהוא נותן לאחרים בתורת מתנה, ובמתנה מוחיים יכול לסלק את אחד מיוורשיו. אבל הקצות החושן והנתיבות המשפט (שם) כתבו, שגם בלשון לא יטול אין זה לשון הקנאה לאחרים, ואין זה מועיל, וכפי שאמרנו כן במשנה לגבי בכור. וראה בקצות החושן שם (סק"ה) בביאור חילוק לשון המשנה שלגבי בכור נקטו שאמר בלשון לא יטול, ולגבי פשוט נקטו בלשון לא יירש. 564. רשב"ם שם ד"ה התם בביאור דברי הגמרא. וראה בתוספות כתובות נו, ב ד"ה הרי באמצע הדיבור. 565. במדבר כז, יא. 566. רמב"ם נחלות ו, א. וראה בתשובות רבי עקיבא איגר תניינא סימן פג וזכרון שמואל סימן סג וחיודשי רבי שמואל למכלתין סימן כח ושיעורי רבי שמואל חלק ב' אות עג. 567. אפילו כשאמר בלשון שנותן לאחרים ולא אמר שבכור לא יטול, כמובא בנמוקי יוסף על המשנה שם (נה, ב מדפי הר"ף). 568. משנה קכו, ב. ובגמרא (קל, ב) למדו כן מהכתוב 'לא יוכל לבכר', שאינו יכול להעביר את חלק הבכורה. ודעת הרמב"ן (ספר המצוות במצוות שהשמיט הרמב"ם מצוה יב), שהוא לאו, וגם ביטול מצוות עשה שהבכור יקבל פי שנים, ראה שם באריכות. וראה בזה בקצות החושן רפא, א. ובעיקר הדין שאין יכולים לסלק את הבכור מיורשתו, תמה ה"ד רמ"ה (קכו, ב אות ו), איך העביר יעקב אבינו את הבכורה מראובן ונתנה לאפרים ומנשה, הרי כתוב לא יוכל לבכר. ותיירץ, שקודם מתן תורה הועיל הנחלה אפילו לקחת מהבכור, והוכיח כן שדיני הקנאה שונים קודם מתן תורה, שהרי יעקב קנה מעשיו את הבכורה אף שהוא דבר שלא בא לעולם. וראה עוד בדעת זקנים בעלי התוספות דברים כא, טז. וראה עוד בסמוך. 569. על התורה דברים כא, טז. 570. והקצות החושן (רפא, ד) הביא שהמהרי"ט (חלק חושן משפט סימן עא) כתב, שגם מבני הבכור אינו יכול לסלק את חלק הבכורה. אך כתב, שמזה שהמהרי"ט לא הביא את דברי הרמב"ן, מוכח שהמהרי"ט לא ראה את דבריו, ואם היה רואה את דבריו ודאי שלא היה חולק על כך. [והתורה תמימה (בראשית סוף פרק מוח) כתב לבאר לפי דברי הרמב"ן, כיצד סילק יעקב אבינו את ראובן מבכורתו, שהרי ההעברה היתה לגבי חלוקת ארץ ישראל, וחלוקת ארץ ישראל היתה לאחר פטירת ראובן, ובה מועיל לסלק את חלק הבכורה מבניו]. 571. ולא אמר מי לא יירשנו, אלא אמר שאחד מהם יירש יותר מהאחרים. 572. במשנה קל, א וכפי ביאור רבי ישמעאל בנו של רבי יוחנן בן ברוקא שם. 573. אבל את חלק הבכורה אינו יכול ליטול מהבכור, לפי שנאמר 'לא יוכל לבכר' כפי שהובא לעיל. 574. גמרא שם. 575. קל, א ד"ה הלכה. 576. שם ד"ה התורה, ומובא בנמוקי יוסף נח, ב מדפי הר"ף. וכן כתב בהגהות אשר"י סימן ל בשם האור זרוע. 577. וכתב הנתיבות המשפט

דעת הקצות החושן<sup>602</sup>, שאם סילק את האחים מהירושה ונתן רק לאחד<sup>603</sup>, שוב אינו יכול לחזור בו, שכיון שעשה אותו יורש לבדו וסילק את האחרים, נעשה כאילו האחרים אינם ראויים ליורשו, וכשם שאינו יכול להנחיל למי שאינו ראוי ליורשו ולסלק את היורש מהירושה, כך אינו יכול לתת את היורשה לאחרים ולסלק את מי שכבר עשאו ליורש<sup>604</sup>. אבל הנהיבות המשפט<sup>605</sup> כתב, שיכול לחזור בו<sup>606</sup>. וכתבו אחרונים<sup>607</sup>, שנחלקו בגדר דין ההנחלה, שהקצות החושן סובר שהמוריש יכול לקבוע מי היורש על כל הנכסים, וכיון שעשה את אחד מהם יורש וסילק את האחרים, שוב אינו יכול לסלק את היורש מיורשתו כמו שאין יכול לסלק יורש ולתת למי שאינו ראוי ליורש. והנהיבות המשפט סובר, שגדר ההנחלה הוא שהמוריש יכול לקבוע על הנכסים למי מהיורשים הם יילכו.

**הנחלה בדבר שלא בא לעולם**

דעת הקצות החושן<sup>608</sup> שאפשר להנחיל גם דבר שלא בא לעולם<sup>609</sup>. אבל הנהיבות המשפט<sup>610</sup> כתב, שאין מועיל הנחלה בדבר שלא בא לעולם<sup>611</sup>. וכתבו אחרונים<sup>612</sup>, שהמחלוקת הוא לשיטתם, שהקצות החושן סובר שההנחלה היא על היורשים, וכיון שאין זה דין על הנכסים יכול להקנות להם גם דברים שיבואו לאחר מכן, שהרי הוא עשה אותו ליורש. אבל הנהיבות המשפט סובר שההנחלה היא על הנכסים, ולכן אינו יכול להנחיל דבר שלא בא לעולם<sup>613</sup>.

**פרק ו**

**מתנת שכיב מרע**

**יסוד דין מתנת שכיב מרע**

חולה שתשש כח כל גופו וכשל מחמת החולי עד שאינו יכול להלך על רגליו בשוק והרי הוא נופל על המטה, הוא הנקרא שכיב מרע<sup>614</sup>, ומשפט מתנותיו אינו כמתנת הבריא שצריך קנין, שאם צוה ליתן לפלוני כך וכך לאחר מיתתו<sup>615</sup>, אפילו אם לא כתב הדבר בשטר, זכה אותו פלוני במתנה כשימות בכל מה שנתן להם ואינו צריך קנין, שדברי שכיב מרע ככתובין ומסורין הן, בין בשבת בין בחול<sup>616</sup>. ושני חידושים ישנם בעיקר דין מתנת שכיב מרע, א' שמועיל כן גם בלא קנין, ב' שזוכה בזה הקונה לאחר<sup>617</sup> מיתת הנותן<sup>618</sup> אף שאין אדם מקנה לאחר מיתה<sup>619</sup>. וחידוש נוסף מצינו במתנת שכיב מרע, שמועיל להקנות במתנת שכיב מרע גם דברים שאין מועיל בהם קנין סתם בבריא<sup>620</sup>.

**טעם דין מתנת שכיב מרע**

במקור דין מתנת שכיב מרע שמועיל באמירה בלבד בלא קנין<sup>621</sup>, אמרו בגמרא<sup>622</sup> שהוא מן התורה, ורב זירא משמו של רב אמר שהוא נלמד מהכתוב<sup>623</sup> 'והעברתם את נחלתו לבתו', ודורשים מזה<sup>624</sup> שיש העברה אחרת שהיא כזו, והיא מתנת שכיב מרע. ורב נחמן אמר שלומדים מהכתוב<sup>625</sup> 'ונתתם את נחלתו לאחיו', ודורשים מזה שיש לך נתינה אחרת שהיא כזו, והיא מתנת שכיב מרע<sup>626</sup>. ודעת התוספות<sup>627</sup> שהוא אסמכתא בעלמא. אבל ראשונים אחרים כתבו<sup>628</sup>, שלדעה זו מתנת שכיב מרע הוא מן התורה. ובהמשך הגמרא אמרו, שרב נחמן אמר שמתנת שכיב מרע הוא מזדבנן<sup>629</sup>, ומה טעם תיקנו כן חכמים, שמה תיטרף דעתו עליו. וכמה פירושים בדבר, א'<sup>630</sup> שחוששים שמה יכבד עליו חוליו קודם שיספיק להביא עדים על הקנין ושוב לא יוכל להקנות, ולכן תיקנו שיקנה באמירה בלבד. ב'<sup>631</sup>, שאם לא יקנה על ידי האמירה, חוששים שמה מתוך צערו שלא יקיימו את דבריו, תטרף דעתו מחמת חליו. ג'<sup>632</sup>, שאם יטרודוהו לעשות קנין, יטרף דעתו מחמת

שם, וברמב"ם זכיה ומתנה ה. ט. 619. ראה רשב"ם קלג, א ד"ה א"ל רבא. 620. כגון להקנות חוב, כמבואר בגמרא קמח, א. ומבואר שם שני טעמים לכך, א' משום שמתנת שכיב מרע מועיל בכל דבר שמועיל בו ירושה, לפי שגדר מתנת שכיב מרע הוא כירושה. ב' שגם בבריא יש אפשרות להקנות חוב על ידי מעמד שלשתן, וכל דבר שיש אפשרות לבריא להקנות באיזה קנין שהוא, יכול השכיב מרע להקנות בדיבור בלבד. וכתב הר"ן שם, שנפקא מינה בין הטעמים, באופן שנתן השכיב מרע רשות לשכנו להוציא זיוין לתוך אויר חצירו (ראה רשב"ם סג, ב ד"ה האי מאן), שזכות זו על האויר אין אפשרות להקנות בכלל, אבל בירושה יורשים את הדבר, ואם כן לפי הטעם שמתנת שכיב מרע מועיל כמו ירושה, גם בזה יועיל מתנת שכיב מרע. ולפי הטעם שהוא משום שיש אפשרות של קנין בבריא, לא יועיל בזה הקנין. להקנות דבר שלא בא לעולם, מבואר בגמרא (קמז, ב), שאין מועיל במתנת שכיב מרע, כשם שאין מועיל במתנת בריא. דבר שאינו ברשותו להקנות במתנת שכיב מרע, בשו"ת תשב"ץ (ב, רלה) כתב שהדבר תלוי בשני הטעמים של הגמרא לגבי הקנות חוב במתנת שכיב מרע, שלפי הטעם שמועיל כמו בירושה, מועיל גם בדבר שאינו ברשותו, אבל לפי הטעם שיש אפשרות של קנין בבריא, אין מועיל בדבר שאינו ברשותו. ובשו"ת מהר"ח אור זרוע סימן קיא כתב שמועיל להקנות דברים גזולים במתנת שכיב מרע. וראה בהרחבה באור שמה זכיה ומתנה י. ב. להקנות דבר שאינו קצוב, המשנה למלך (זכיה ומתנה ה, ב) הביא בשם מהר"א די בוטון (סימן קצט) והפני משה א, שה). שאף לדעת הרמב"ם הסובר שבבריא אין מועיל קנין על דבר שאינו קצוב (ראה מכירה יא, טז) במתנת שכיב מרע מועיל. והמשנה למלך כתב, שכשם שאינו מועיל בבריא, כך אינו מועיל בשכיב מרע, כפי שאינו מועיל על דבר שלא בא לעולם. וראה באור שמה שם בתחילת דבריו. 621. רשב"ם קמז, א ד"ה מנין ושם, ב ד"ה מתנת. 622. קמז, א. 623. במדבר כז, ח. 624. הרשב"ם כתב, שדורשים את ייתור המילה 'והעברתם' שלא היו צריכים לכתוב כלל. והביא, שרבינו חננאל פירש, שלומדים מייתור מילת 'את', ואחרים פירשו שלומדים מכך שהתורה שנתנה בלשונה ואמרה 'והעברתם' ולא אמרה 'ונתתם'. 625. במדבר שם, ט. 626. ונאמרו שם עוד דעות בגמרא למקור דין מתנת שכיב מרע, רב מנשיא בר ירמיה למד מחזקיהו המלך שכשנטה למות אמר לו הנביא ישעיהו בן אמוץ (מלכים ב, כ, א) 'צו לביתך כי מות אתה'. ורמי בר יחזקאל למד מאחיתופל שכשהלך למות נאמר בכתוב (שמואל ב' יז, כג) 'ויצו אל ביתו'. 627. שם ד"ה מנין. 628. כן כתבו רבינו יונה והריטב"א שם. וכן משמעות דברי הרשב"ם שם, ב ד"ה מתנת. 629. ולדעת הראשונים הנ"ל הסוברים בדעת רב נחמן שהוא מן התורה, נחלקו בזה אמוראים בדעתו של רב נחמן. 630. רשב"ם שם ד"ה מתנת בפירוש ראשון. 631. פירוש שני ברשב"ם שם וכתב שכן נראה בעיניו. 632. פירוש נוסף ברבינו יונה שם.

בפשיטות, שמדין זה שמועיל הנחלה לאח בין האחים מוכח שאח הוא יורש ישר, שביורש על ידי משמוש אין מועיל הנחלה. 602. רגג, א ורפא, ג. 603. שמועיל כדעת רבי יוחנן בן ברוקא. 604. אבל אם מיעט לזה וריבה לזה יכול לחזור בו ולהפוך ולמעט לזה ולרבות לזה, שהרי כולם יורשים הם. 605. רפג, ג. 606. והביא, שכן מבואר מדברי הנמוקי יוסף (נט, א מדפי הר"ף). וכן מבואר בחידושי הריטב"א ובעליות דרבינו יונה קלא, א ד"ה בעי וביד רמ"ה אות קלז. וכן כתב הרשב"א בשתב"ג, קכב. 607. שיעורי רבי שמואל לדרך קיד אות כד ואבי עזרי זכיה פרק יב ועוד. 608. רגג, ה. 609. וכן כתב המהר"ט אלגאזי בסוף בכורות (פרק שמיני אות פג). 610. רפא, ג. 611. וכן מוכח בדברי הר"י מיגאש קלא, א. וכן כתב הרשב"א קידושין ס, ב. וכן כתב השער המלך (נחלות ג, יד) בשם המהר"ט, וראה שם שהאר"י לדון בזה. וראה גם בתשובות רבי עקיבא איגר סימן קלב ושו"ת חתם סופר חושן משפט, קנ ודברי חיים נחלות סימן ו המלבושי יום טוב חושן משפט סימן יב. 612. שיעורי רבי שמואל לדרך קל אות פז. 613. הנהיבות המשפט שם כתב, שכשם שאין מועיל הנחלה על דבר שלא בא לעולם, כך אין מועיל הנחלה על דברים שהם מלוה אצל אחרים. אמנם, ביד רמ"ה (קכד, ב אות צ) מבואר, שמועיל הנחלה על הלוואה שאינה ברשות האב. והמהר"ט אלגאזי (בכורות שם) הוכיח מזה, שמועיל הנחלה על דבר שלא בא לעולם. ובשיעורי רבי שמואל שם, כתב לחלק בין הלוואה לדבר שלא בא לעולם, שהגר"ח (מכירה פרק כב) דייק בדעת הרמב"ם (מכירה ו, יב), שהטעם שאין מועיל להקנות חוב, הוא משום שחוב הוא לא בר הקנאה, ולא משום שאין זה ברשותו (ראה תוספות עז, א ד"ה קני הנמשך מעמוד קודם), ואם כן מובן שבהנחלה מועיל להקנות בזה. 614. לשון הרמב"ם זכיה ומתנה ה, ב. וראה בגמרא קנא, א וקנא, א' כדקציר ורמי בערסיה, ומבואר שם שאם מהלך על רגליו אינו נחשב שכיב מרע, וראה בגיטין עב, ב. 615. ואין חילוק בין צוה לתת מיד לאחר מותו, או שצוה ליורשו ליתן לאחר זמן (רמ"א רנ, א). 616. לאפקוי מדעת רבי אליעזר הסובר (במשנה קנן, ב) שרק בשבת תיקנו שדברי שכיב מרע ככתובין ומסורין הן, אבל בחול אינם ככתובין ומסורין. ודעת רבי אליעזר בן שמוע (במשנה קנן, א) כמבואר בתוספות שם ד"ה רבי), שאפילו בשבת אין דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין. 617. ראה להלן, אם זוכה בזה למפרע. 618. כדעת רבא בגמרא קלז, א וכן דעת אב"י למסקנא. ודעת אב"י שם קודם שחזר בו, שקונה עם גמור מיתה. ונפקא מינה לדין 'אחרין', שאם נתן הראשון את הנכסים במתנה לשני, ואמר לו 'ואחרין לפלוני', ונתן השני את הנכסים במתנת שכיב מרע לאחר, זכה אותו פלוני בנכסים, כיון שה'אחרין' הוא עם המיתה, וכבר זכה 'האחרין' בנכסים, קודם שיזכה בהם אותו אחד שבא לזכות מהשני במתנת שכיב מרע. וראה גם בסוגיית הגמרא קלג, א לגבי גביית מזון האשה והבנות מנכסים שנתן במתנת שכיב מרע, ובר"ף

הטירדה. ד'633 שמו ייצא הדבר בשבת שאינו יכול לעשות קנין, ומחמת כן תטרף דעתו עליו וימות, ולכן תיקנו שיועיל אף בלא קנין, ולא חילקו בדבר בין שבת לחול.

### גדר מתנת שכיב מרע

בגדר מתנת שכיב מרע אמרו בגמרא<sup>634</sup> כירושה שווהו רבנן, ומי שישנו בירושה ישנו במתנת שכיב מרע, ומי שאינו בירושה<sup>635</sup> אינו במתנת שכיב מרע. אך נחלקו ראשונים בדבר, דעת הר"ף<sup>636</sup> והרמב"ם<sup>637</sup>, שרק לגבי יורש אמרו כן שמתנת שכיב מרע הוא כירושה, ואם היורש<sup>638</sup> אינו ראוי ליורשו, אין יכולים לתת לו במתנת שכיב מרע, אבל לאדם אחר שאינו יורשו כלל, יכולים לתת אף שאינו ראוי ליורשו, כיון שלאדם אחר הוא בתורת מתנה ולא בתורת ירושה. אבל הראב"ד<sup>639</sup> ועוד ראשונים<sup>640</sup> סוברים, שאין חילוק, וכל שאין ראוי ליורשו, אין יכולים להקנות לו במתנת שכיב מרע. ובעיקר הדבר, דעת התוספות<sup>641</sup> שהדבר תלוי במקנה, שאם אין ראויים לירש אותו, אין בו מתנת שכיב מרע, אבל אם יש לו מי שירש אותו, יכול לקנות גם למי שאין ראוי לירש. אבל בדברי שאר הראשונים מתבאר שהדבר תלוי במקבל, שאם הוא אינו ראוי לרשת באותה שעה<sup>642</sup>, אין יכולים להקנות לו במתנת שכיב מרע. אבל לאדם שראוי לירש, אף שאינו קרובו, יכול להקנות במתנת שכיב מרע, שהרי הוא ראוי לירש על ידי משמוש<sup>643</sup>.

### כאיזה אופן מתנת שכיב מרע אינה צריכה קנין

מתנת שכיב מרע שאינה צריכה קנין, הוא באחד משני אופנים, א' שנותן את כל נכסיו בלי שום שיוך, שכיון שאינו משייר כלום לעצמו מוכח שמתכוין להקנות מחמת מיתה. ב' שמקנה חלק מנכסיו, ומפרש שנותנם מחמת מיתה, או שנראה מדבריו שנותן מחמת מיתה<sup>644</sup>, או שנותן בפירוש במתנת שכיב מרע<sup>645</sup>. אבל אם מקנה מקצת נכסיו סתם, אפילו כשהוא שכיב מרע, הרי זו צריכה קנין ככל מתנת בריא<sup>646</sup>.

### אם עמד

מתנת שכיב מרע שאינה צריכה קנין<sup>647</sup>, אם הבריא ועמד, חוזר בו<sup>648</sup>. ודעת הריטב"א<sup>649</sup>, שאפילו אם אינו חוזר בו בפירוש, המתנה בטילה מאליה, שכל נתניתו היתה רק על דעת שימות. ומדברי התוספות<sup>650</sup> מתבאר, שגם אם לא אמר בפירוש שחוזר בו, מסתמא ודאי חוזר בו<sup>651</sup>. ובמתנת שכיב מרע במקצת שלא מחמת מיתה שעשו קנין, אפילו אם עמד אינו חוזר<sup>652</sup>.

### מתנת שכיב מרע עם קנין

מתנת שכיב מרע שכתבו בשטר לשון קנין, נחלקו בדבר רב ושמואל<sup>653</sup>, לדעת רב יש בה שתי מעלות, שאינו יכול לחזור בו כמתנת בריא, ושיכול להקנות בו הלואה כמתנת שכיב מרע<sup>654</sup>. ושמואל אמר, שלא קנה כלל, שמואל לא גמר להקנותו אלא בקנין, והרי אין קנין לאחר מיתה<sup>655</sup>. ודעת הרשב"ם<sup>656</sup>, שהוא הדין אם לא כתבו כלל את הדבר בשטר, כל שהשכיב מרע עשה קנין על הדבר<sup>657</sup>, דינו הוא כן, שלפי שמואל לא קנה כלל. אבל דעת התוספות<sup>658</sup> שדין זה הוא רק אם הקנין כתוב בשטר, אבל אם הקנה לו בקנין ולא כתב בשטר, דינו ככל מתנת שכיב מרע.

### כשאמר לכתוב שטר

שכיב מרע שאמר כתבו ותנו קרקע בשיווי מנה<sup>659</sup> לפלוני ומת, אין כותבים ונותנים, שמואל לא גמר להקנותו אלא בשטר, ואין שטר לאחר מיתה<sup>660</sup>. אבל אם יפה את כחו בכתיבה, כגון שאמר תנו ואף כתבו לו, קנה אף אם לא כתבו מחיים, שייפוי כח הוא זה למקבל המתנה, ולא הקנאה בשטר, וכותבים ונותנים אף לאחר מיתה<sup>661</sup>. וכל זה הוא במצווה לכתוב בלשון שטר, אבל שכיב מרע שמסדר ענינו וגומר צוואתו ומצוה לכתבה, אינו אלא ליזכרון דברים בעלמא וגמר להקנות לו מיד, ואין צריך ייפוי כח<sup>662</sup>.

### כשחזר בו במקצת

שכיב מרע שנתן את כל נכסיו לאחד, וחזר והקנה חלק מנכסיו לאחר, הרי זה חזרה מכל ההקנאה לראשון<sup>663</sup>, וההקנאה לשני הוא כדין מתנת שכיב מרע במקצת<sup>664</sup>. וכל זה הוא רק כשהחזרה היא על ידי שהקנה לאחר, שבזה אומרים שהוא חזרה מכל ההקנאה לראשון, אבל אם חזר בו בפירוש ממקצת הנכסים שהקנה לראשון, לא בטל ההקנאה על שאר הנכסים<sup>665</sup>.

הרשב"ם (שם ד"ה מתנת) שכל זה הוא רק במתנת שכיב מרע בכולה, אבל במתנת שכיב מרע במקצת שצריך קנין, אין שייך לדון שכוונתו להקנות רק לאחר מיתה אף שכתבו בלשון שכיב מרע. אבל התוספות (שם) חולקים, שגם במתנה במקצת אם כתב לשון שכיב מרע ולשון מתנה, חוששים שהתכוין להקנות לאחר מיתה, ואין שטר לאחר מיתה. וראה ברמב"ם זכיה ה, י ובחידושי הרמב"ן שם. 656. שם ד"ה שכתוב. וכן דעת הרמב"ן והריטב"א שם, וכן כתב הגמוןקי יוסף שם בשם כל המפרשים. 657. ולא פירש שהוא קנין לייפוי כח בלבד. 658. שם ד"ה מתנת. 659. וכתב הריטב"א (קלה, ב) שאלו הם כל נכסיו, שאם לא כן אין זה מתנת שכיב מרע. וראה ביד רמ"ה שם. 660. גמרא קלה, ב וקנב, א. ומדברי הרשב"ם (קנב, א ד"ה אין כותבין) משמע, שאם כתבו את השטר מחיים, אף שעדיין לא מסרו את השטר, יכולים למסור לאחר מיתה. וכן מבואר בדברי הר"י מוגאש (קלה, ב). וביאר בטעם הדבר, שהחשש הוא שמא התכוין להקנות במתנת שכיב מרע רק אם יכתבו שטר, וכיון שבשעת מיתה אין כתוב שטר, אין יכול לקנות במתנת שכיב מרע, אבל אם כתבו שטר מחיים, קנה במתנת שכיב מרע מיד לאחר מיתתו. והדי רמ"ה (קלה, ב אות קעג) כתב, שגם אם כתבו מחיים, אם לא מסרו מחיים שוב אין יכולים למסור לאחר מיתה, והביא דעות הסוברים שגם אם כתבו ונתנו את השטר מחיים אין זה מועיל, כיון שהוא מתנת שכיב מרע, ומתנת שכיב מרע חל רק לאחר מיתה, וממילא אין השטר יכול להועיל אפילו אם נמסר מחיים, כיון שהקנין עצמו הוא רק לאחר מיתה, ואין השטר יכול לקנות לאחר מיתה, אך הכיח מהסוגיא בגיטין (ט, ב) לא כן, שהרי השו"ד דין זה לגט, וכשם שבגט אם נתנו מחיים ודאי שהועיל, כך גם בשטר שכיב מרע, וראה בגמוןקי יוסף סב, א מדפי הר"ף ד"ה אמר המחבר, ועיין במגיד משנה ובכסף משנה ולחם משנה זכיה ומתנה ת, יב בביאור דברי הרמב"ם והראב"ד שם. 661. קלה, ב. 662. שו"ת הרשב"א סימן אלף מד נפסק להלכה בשולחן ערוך רנ, כא. וראה בס"ז שם ובגניבות המשפט שם, בו בביאור החילוק מתי הוא בלשון צוואה ומתי הוא בלשון שטר. 663. מסקנת הגמרא קמה, ב. 664. רא"ש סימן כב. 665. ריטב"א ונומקי יוסף שם. וכתבו, שאף שנמצא

633. פירוש נוסף ברבינו גרשום שם. 634. קמט, א. 635. כגון בן של גר שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה. 636. שם (ע, א מדפי הר"ף), וכתב בסוף דבריו שכן שלח רבינו האי גאון. 637. זכיה ט, ז-ח. 638. דהיינו, בנו של הגר, שהיה ראוי ליורשו אילולי שאמרה תורה שהבן אינו מתייחס לאביו [ראה ברמב"ן במלחמות שם ובחידושי הרשב"א שם]. 639. בהשגותיו לרי"ף ולרימב"ם. 640. בעל המאור שם, רבינו יונה שם, תוספות רי"ד שם, ורא"ש פרק ט' סימן כה. 641. שם ד"ה כל. 642. בן גר, שאין לו שום קרוב, שעדיין לא נשא אשה ואין לו בנים. והרמ"ה (אות צח) כתב, שצריך שיהיה ראוי לרשת את אביו דווקא. 643. כן ביאר הריטב"א שם. 644. כגון שמתאונן על מיתתו וכיוצא בזה. 645. וזה נקרא מצוה מחמת מיתה, כמבואר בגמרא קנא, ב וברשב"ם שם. 646. כל זה מתבאר בסוגיית הגמרא קנא, ב שכן הוא המסקנא שם. 647. בין כשנתן את כל נכסיו, ובין במצוה מחמת מיתה. 648. מסקנת הגמרא קנא, ב. והסתפקה הגמרא (קמה, ב) באופן שהקדיש את כל נכסיו ועמד, אם אומרים שלגבי הקדש גמר והקנה לגמרי, או שכל לגבי עצמו לא גמר להקנות לגמרי על צד שלא ימות. וכן הסתפקו שם בהפקר ובצדקה. ולהלכה פסק הרמב"ם (זכיה ט, יט) שמספק הנכסים בחזקה הבעלים שהוא מוחזק. אבל הרא"ש (סימן כג) כתב, שמספק אין מנטלים את ההקדש או את ההפקר, שהרי הפקיר והקדיש, ובאים לבטל את ההקדש וההפקר מספק אומדנא, ואין עושים אלא על פי אומדנא ברורה. וראה בקצות החושן רנ, ה בביאור דברי הרא"ש. 649. קנא, א ד"ה הכי. ומבואר בגמוןקי יוסף עא, א מדפי הר"ף. 650. קנא, א ד"ה ולא. 651. ומשמע מדבריהם, שאם יאמר בפירוש שאינו חוזר בו, אין צריך הקנאה חדשה. אבל לפי דברי הריטב"א, שבכל מתנת שכיב מרע, כל המתנה הוא רק על צד שימות, גם אם יאמר עכשיו בפירוש שאינו חוזר בו, לא יועיל לקנין, שהקנין של השכיב מרע היה רק על דעת שימות. וראה בתוספות גיטין ט, א ד"ה ואינו חוזר ועב, ב ד"ה אמר. וראה עוד בקובץ שיעורים אות תקלו ואות תקנ. 652. מסקנת הגמרא שם. 653. קנב, א. 654. כפי שהתבאר לעיל שבמתנת שכיב מרע יכולים להקנות גם הלואה אף בלא מעמד שלשתן. 655. ודעת

כתב הרמב"ם<sup>666</sup>, ששכיב מרע שכתב את כל נכסיו ופירש שנתן את הכל מעכשיו ועשה קנין מחיים, אין זה מתנת שכיב מרע, אלא כשאר כל מתנות הבריאיים, ואם הגיע השטר ליד המקבל, או שקנו מיד הנותן, קנה הכל, ואין השכיב מרע יכול לחזור בו. ודעת הריטב"א<sup>667</sup>, שזה רק אם התנה בפירוש שנותן מתנה קיימת לעולם, אבל בסתם כשהקנה מעכשיו, כיון שהוא שכיב מרע או מצווה מחמת מיתה, הרי זה כאילו התנה שהוא מקנה מהיים אם ימות, ואם עמד מחליו חוזר בו.

**אם מתנת שכיב מרע הל למפרע משעת האמירה**

הנותן מתנת שכיב מרע ומת המקבל לפני הנותן, כתבו התוספות<sup>668</sup> והרא"ש<sup>669</sup>, שזכו היורשים במתנת שכיב מרע, שדברי שכיב מרע כשמת, כמסורים למקבל משעת נתינת שכיב מרע או אמירתו. ובביאור דבריהם כתב הקצות החושן בשני אופנים, א'<sup>670</sup>, שמתנת שכיב מרע הוא כירושה<sup>671</sup>, וכשם שירושה הוא דרך המתים, כך גם במתנת שכיב מרע זוכה המת להעביר לירשיו. ב'<sup>672</sup>, שמתנת שכיב מרע חלה לאחר מיתה למפרע משעת ההקנאה או הדיבור<sup>673</sup>. אבל דעת הרשב"א והר"ן<sup>674</sup>, שבמתנת שכיב מרע שלא מסר השכיב מרע את הדבר לאחר, ומת המקבל קודם שמת השכיב מרע, אין זוכים לירשיו.

**פרק ז**

**ערב ושעבוד נכסים**

**ענף א - ערב**

**ביצד נעשים ערב**

הערב המשתעבד לשלם את החוב למלוה, הוא כשאמר למלוה בשעת נתינת המעות ללוה, 'הלווה ואני ערב', או 'הלווה ואני פורע', או 'הלווה ואני חייב', או 'הלווה ואני אתן לך', בכל אחד מלשונות אלו, נעשה הערב חייב לפרוע את החוב אם הלווה לא יפרע. ערב אחר ישנו, והוא 'ערב קבלן', כשהערב אומר למלוה או 'תן לו ואני נותן'<sup>675</sup>. ואם אמר 'תן לו ואני קבלן', נחלקו הראשונים אם הוא לשון ערבות או קבלנות<sup>676</sup>. בין ערב, ובין ערב קבלן, נעשים חייבים כתנאי הערבות שהתחייבו בו, אף בלא שעשו קנין על התחייבות זו<sup>677</sup>, ובלבד שהיה הדבר בשעת נתינת המעות, אבל לאחר נתינת המעות מהמלוה ללוה, שוב אין מתחייב הערב בלא קנין<sup>678</sup>.

**מקור דין ערבות**

**במקור דין ערבות** שמשתעבד האדם בחוב על ידי אמירה בלבד, אמרו בגמרא<sup>679</sup>, שהוא נלמד מהכתוב<sup>680</sup> 'לקח בגדו כי ערב זר ובעד נכרה חבלהו', שפירושו שהכתוב אומר למלוה שיקח את בגדו של הערב כשערב בשביל איש זר אף שערב באמירה בלבד<sup>681</sup>, וכן מהכתוב<sup>682</sup> 'בני אם ערבת לרעך תקעת לזר כפיך, נוקשת באמרי פיך נלכדת באמרי פיך', עשה זאת אפוא בני והנצל כי באת בכף רעך לך התרפס ורהב רעך', הרי שעל ידי הערבות שערב לרעו, התחייב ממוון<sup>683</sup>. והטעם שמועיל להתחייב באמירה בלבד, שיש לו הנאה לערב בכך שהמלוה מאמין לו ועל סמך דברו מלוה את הכסף ללוה, ותמורת ההנאה גומר בלבו להתחייב אף בלי קנין<sup>684</sup>.

**ממה הל חוב הערבות**

במהותו של הערבות כתב הרשב"ם<sup>685</sup>, שנחשב הדבר שהמלוה עשה את שליחותו של הערב, וכאילו הוא עצמו הלוה, והרי זה כאילו הערב נטל את המעות של המלוה ונתנם ללוה<sup>686</sup>. ומדברי כמה ראשונים מתבאר, שייסוד דין ערב הוא שנחשב הדבר שהערב הוא שקיבל את ההלוואה מידי המלוה, והוא המלוה ללוה<sup>687</sup>. ובדברי הרמב"ם<sup>688</sup> מתבאר, שייסוד חיוב ערב הוא על ידי ההתחייבות, שיכול אדם להתחייב על דבר אף בלא קנין, ובלבד שהוא התחייבות גמורה, והיינו כשיש לו הנאה שידוע שהוא מתחייב בלב שלם<sup>689</sup>. ובדברי הריטב"א<sup>690</sup> מתבאר<sup>691</sup>, שייסוד חיובו של ערב הוא על ידי ההתחייבות, וההתחייבות חלה תמורת ההנאה שמקבל בכך שסומכים עליו ומאמינים לו שיפרע.

**סדר הגביה מהלוה והערב**

ערב רגיל שאינו ערב קבלן, אין המלוה יכול לתבוע מהערב, אלא אם תבע את הלוה תחילה<sup>692</sup>, ואפילו אם אין ללוה נכסים ידועים, צריך לתבוע את הלוה קודם

זה הוא רק ערב. 677. כפי שפסק בגמרא קעו. ב. 678. כפי שפסק הלכה בגמרא שם, שערב לאחר מתן מעות צריך קנין, ובלא קנין אינו גובה כלל, לא מנכסים משועבדים ולא מנכסים בני חורין של הערב, ואפילו אם חנקו המלוה את הלוה ואמר הערב הנה לו ואני אשלם, אין חייב כלום [וראה בגמרא שם, באופן שנעשה ערב בבית דין], ואם קנו מידו, הרי זה מתחייב משום הקנין, כמבואר בגמרא שם. וכתבו הסמ"ע (קטס, ד) והש"ך (שם, ד), שאף שלגבי אסמכתא הדין הוא שאין מועיל קנין אלא בבית דין חשוב, בערבות שלאחר מתן מעות מועיל קנין אף שלא בבית דין, שאין זה אסמכתא גמורה, וראה בדבריהם בביאור הדבר שאין זה אסמכתא. 679. קעג, ב. 680. משלי כ, טו. 681. רשב"ם שם ד"ה לקח. 682. משלי ו, א-ג. 683. בתחילת הגמרא למדו על דין ערבות מהכתוב ביהודה שנעשה ערב להשיב את בנימין ליעקב אבינו (בראשית מג, ט) 'אנכי אערבנו מידי בתקשנו', אך הגמרא דוחה מקור זה, שכן יתכן שיהודה היה ערב קבלן, ואין מכך מקור לדין ערבות רגילה שאינו בקבלנות. ומבואר מדברי הגמרא, שעל ערב קבלן באמת יכולים ללמוד מיהודה. 684. וראה בבית יוסף ובפרישה תחילת סימן קטס מה שכתבו בזה למסקנת הגמרא מה המקור של חיוב ערב וקבלן, אם הוא נלמד מהפסוקים, או שהוא נלמד מסברא מדין בההיא הנאה. 685. קעג, ב ד"ה גמר. 686. ראה קהלות יעקב קידושין סימן יב בהרחבה בביאור שיטה זו. 687. כן מתבאר מדברי הרא"ש בסוגיא בקידושין ז, א. וכן הוכיח המחנה אפרים (רבי, יא) מהתוספות בבא מציעא עא, ב ד"ה מצאו, ומהריטב"א שם. ובחידושי רבי שמואל (קידושין סימן ט) כתב, שדברי הריטב"א בבבא מציעא, הם על ערב קבלן או ערב שלוף דוץ, וראה להלן. 688. מכירה יא, טו. 689. ראה במתנה אפרים ערב סימן א, ובקהלות יעקב שם אות א. וראה עוד בספר חידושי מרן ר"ז הלוי במכתבים שבסוף הספר עמוד פב ובחידושי רבי שמואל קידושין סימן ט' אות ב' בביאור שיטת הרמב"ם. 690. קידושין ז, א. 691. כן ביאר הקהלות יעקב שם את דברי הריטב"א. 692. משנה קעג, א כביאור הגמרא. אם הלוה אינו במדינה זו, ואין יכול לתבוע אותו, ואין לו נכסים במדינה זו שיכולים להוריד אליהם את המלוה, יכול המלוה לתבוע את הערב תחילה (רמב"ם מלוה ולוה כו, ג ושולחן ערוך קטס, ז). ובאופן שהלוה הוא איש אלים שאינו ציית דינא, דעת הרמב"ם (מלוה ולוה כה, ג) שבאופן זה יכול לתבוע מהערב תחילה. וכתב המגיד משנה, שכן הדין בהסכמה מרוב הראשונים והאחרונים, שכל שהלוה אלם, הרי זה כמי שאין לו

שעכשיו זה הקנאה רק על מקצת מהנכסים, מכל מקום כיון שבשעת ההקנאה היה זה על כל הנכסים, אין צריכה קנין. 666. זכיה ומתנה ח, יח. 667. קנא, א ד"ה הכי וקנא, ב ד"ה א"כ וקנא, א ד"ה אמר אממור. 668. גיטין יד, ב ד"ה הא. 669. א, יט. 670. קכה, ה. 671. כמבואר בגמרא (קמח, א) שאפשר להקנות חוב במתנת שכיב מרע מטעם זה שירשם חוב. אמנם, האור שמו (זכיה ומתנה ט, יג) והאמרי משה (לט, ג) הקשו על כך, שכל מה שאמרו שמתנת שכיב מרע כירושה שווה רבנו, הוא רק לגבי כחו של הנותן, אבל לגבי זכיה המקבל, לא נאמר שיש למתנת שכיב מרע כח ירושה, כפי שמבואר בגמרא (קמא, ב) שאי אפשר לתת מתנת שכיב מרע לעובר, אפילו אם סוברים שעובר הוא בר ירושה, ולא גרע ממת. וראה בשיעורי רבי שמואל גיטין אות רעה בביאור שיטת הקצות החושן. 672. רנ, א. 673. ובסימן רמה, ח ביאר בזה את שיטת הרמב"ם (זכיה ומתנה ד, ג) שהמקבל אינו יכול לחזור בו במתנת שכיב מרע אפילו קודם שמת הנותן, שכיון שמתנת שכיב מרע חלה למפרע, שוב אין מועיל חזרת המקבל, שהרי כבר זכה משעת אמירת השכיב מרע, ובעיקר הדברים, ראה מה שכתבו בזה באור שמו ואמרי משה שם, ובאחיעזר חלק ב כב, י והלך ג סימן סח וחידושי רבי שמעון שקאף במכלתין סימן ל ומשנת רבי אהרן גיטין סימן יג. וראה בעיוני הדף גיטין סימן כה. 674. בגיטין שם. 675. כל לשונות אלו מבוארים בגמרא (קעד, א) ללא חולק, ולדעת רבא, זהו האופן היחיד שנעשים קבלן, וכתב הרשב"ם שהלכה כמותו, וכן פסקו הרי"ף (פא, א מדפי הרי"ף) והרמב"ם (מלוה ולוה כה, ה) והרא"ש (פרק י' סימן מא) ועוד ראשונים. אבל דעת רב חסדא, שבכל אופן הוא לשון של קבלנות, מלבד כשאומר 'הלווה ואני ערב', שכל שאומר 'תן לו' הוא לשון קבלנות, אפילו אם אמר 'ואני ערב'. ורבי יצחק סובר, שהדבר תלוי באיזה לשון הוא אומר, שאם אומר לשון 'ערב' לעולם הוא ערב, אפילו כשאומר 'תן לו', ואם אומר לשון 'קבלנות', לעולם הוא קבלן אפילו אם הוא אומר 'הלווה'. 676. הרשב"ם שם ד"ה בר כתב, שהוא כל שכן מלשון 'תן לו ואני אתן' שהוא קבלנות. אבל הרמב"ם (מלוה ולוה כה, ה) כתב, שהוא לשון ערבות. והמחבר (קטס, יח) פסק כדעת הרמב"ם, והרמ"א כתב כדעת הרשב"ם. וכתב הרשב"א (שו"ת סימן תתצב, ומובא במגיד משנה מלוה ולוה כה, ה), ששטר שכתוב בו 'פלוני קבלן', הרי הוא ערב קבלן, שבדודאי אמר בלשון המועיל. וכן פסק הרמ"א (קטס, יח). אבל הש"ך (שם, לו) הביא, שהרש"ם (סימן ט) פסק כדעת בעל התרומות והעטור, גשם באופן

שתובע את הערב, שמא יש ללוה מטלטלין שמהם יוכל לפרוע את חובו<sup>693</sup>, ואינו יכול לתבוע את הערב אלא לאחר שתבע את הלוה ואין ללוה לשלם לו<sup>694</sup>, אבל אם יש ללוה לשלם ללוה, אפילו אם יש לו רק זיבורית<sup>695</sup>, אין יכול לתבוע מהערב<sup>696</sup>.

### כשהתנה המלוה שיגבה מאיזה שירצה

התנה המלוה עם הערב בשעת הערבות, ואמר 'מאיזה שארצה אפרע', יכול לתבוע מהערב אף קודם שתובע את הלוה<sup>697</sup>. ודעת הרבה ראשונים<sup>698</sup>, שזה רק אם אין ללוה כאן נכסים ידועים שמהם יוכל לתבוע המלוה, שבוה הדין הוא שיכול לתבוע את הערב אף קודם שתובע את הלוה לדין<sup>699</sup>, אבל אם יש ללוה קרקעות<sup>700</sup> שמהם יוכל המלוה לגבות את חובו, אף באופן זה שהתנה שיכול לפרוע תחילה מאיזה מהם שירצה, אין יכול לגבות מהערב לפני שתובע את הלוה<sup>701</sup>. ואם התנה 'מאיזה שארצה אפרע תחילה', דעת רבינו תם<sup>702</sup> שגם בזה אם יש ללוה נכסים ידועים, יכול לגבות מהערב רק אחר שתובע מהלוה. ודעת הרמב"ם<sup>703</sup>, שבוה כיון שהתנה שיכול לתבוע מאיזה שירצה תחילה, יכול לגבות מהערב אף קודם שתובע את הלוה. אבל דעת הר"י מיגאש<sup>704</sup>, שבכל אופן יכול לתבוע את הערב תחילה, אף אם התנה רק שיגבה מאיזה מהם שירצה<sup>705</sup>.

### כדי הגביה מלוה וערב קבלן

בערב קבלן, נחלקו תנאים במשנה<sup>706</sup> אם יכול לגבות מהערב קודם שתובע מהלוה אף כשיש ללוה נכסים ידועים, ולהלכה<sup>707</sup> בערב קבלן יכולים לגבות מהערב קודם שתובעים את הלוה. ואם אין נכסים ידועים ללוה, לכולי עלמא יכול לתבוע מהקבלן אף קודם שתובע מהערב<sup>708</sup>. ואם הלוה עומד ורוצה לשלם, אין המלוה רשאי לגבות מהקבלן<sup>709</sup>.

### כשאין יכול לגבות מהיתומים

מת הלוה, ויש שם יתומים קטנים שאין יכולים לגבות מהם עד שיגדלו, דעת הרבה ראשונים<sup>710</sup> שדינו כמו שאין הלוה לפנינו, ואף בערב רגיל יכול לגבות מהערב ואין ממתין על היתומים עד שיגדלו. אבל דעת הרמב"ן<sup>711</sup> שאפילו מהקבלן אין יכול לגבות באופן זה עד שיגדלו היתומים שיוכלו לגבות גם מהם<sup>712</sup>.

### כשהערב נטל את הכסף מהמלוה

באופן שהקבלן נטל את הכסף מהמלוה והוא נתן את הכסף ללוה, אין המלוה יכול לתבוע מהלוה, ודינו לתבוע רק מהקבלן<sup>713</sup>. ודעת הרמ"ה<sup>714</sup>, שדין זה הוא רק בקבלן, אבל בערב אף אם הוא העביר את הכסף מהמלוה ללוה, אין הלוה נפטר בכך. אבל הטור<sup>715</sup> כתב, שאין חילוק בזה בין ערב לקבלן. וכתב רבינו תם<sup>716</sup>, שאם אין לערב נכסים, יכול לגבות מהלוה מדין שעבודא דרבי נתן, שהרי הערב חוזר על הלוה<sup>717</sup>.

### כשיש שני ערבים

דעת הרמב"ם<sup>718</sup>, שאם שני אנשים ערבו על הלוואה של אדם אחד, יכול המלוה להפרע מאיזה מהם שירצה את כל החוב<sup>719</sup>, ואם אין לאחד מהם כדי כל החוב, חוזר ותובע את השני משאר החוב. אבל דעת הראב"ד<sup>720</sup> והרמב"ן<sup>721</sup>, שאם יש לשניהם כדי הפירעון, גובה מכל אחד מחצה<sup>722</sup>. ורק אם אמר בפירוש שיגבה מאיזה מהם שירצה, יכול לגבות מאחד מהם את כל החוב<sup>723</sup>.

### גביית הערב מהלוה

ערב שפרע את החוב ללוה, חוזר הערב וגובה מהלוה את מה שפרע<sup>724</sup>, וצריך להוכיח בעדים שפרע בשבילו את החוב, ואין מועיל שמוציא את שטר החוב להוכיח שפרע את החוב והמלוה נתן לו את השטר<sup>725</sup>. ואם המלוה כתב בשטר 'התקבלתי ממך', מועיל הדבר לראיה לגבות מהלוה<sup>726</sup>. ונחלקו הראשונים<sup>727</sup>, אם דינו כמלוה בשטר שגובה גם מהמושועבדים, או שדינו כמלוה על פה שגובה רק מנכסים בני חורין, וההוכחה של כתיבת 'התקבלתי' מועיל רק לגבי זה שהלוה לא יוכל לומר פרעתי.

וגם את דינם של התוספות שאין גובה מהערב אלא כפי שיכול היה לגבות מהלוה עצמו. 710. רמב"ם מלוה ולוה כו, ג; רמב"ן קעג, ב בשם יש אומרים; רשב"א שם ד"ה והיכא. 711. שם ד"ה לא שנו. 712. שהרי גם הקבלן צריך לחזור על היתומים לגבות מהם. 713. גמרא קעד, א. 714. יד רמה שם. ומובא בטור סימן קכט אות כב. והבית יוסף שם דייק כן גם מלשון הרמב"ם (מלוה ולוה כו, ג). 715. שם. 716. בספר הישר סימן תרנו, ומובא בראשונים בבבא בתרא שם. 717. וכתב הרשב"א, שנראה שאם מחל הערב ללוה, אין המלוה יכול לתבוע מהלוה, כיון שכל שעבודו הוא מחמת הערב, אף הניח את הדברים בצריך עיון. 718. מלוה ולוה כה, י. וכן דעת המרדכי סימן תרנב. 719. המבי"ט (בתשובות חלק א' סימן רכח) כתב, שלדעה זו, אם פרע אחד את כל החוב, אין יכול אותו אחד לחזור על הערב השני ולתבוע ממנו חצי מהחוב שפרע. אבל הש"ך (קלב, ה) כתב, שגובה אחר כך את החצי מחבירו, ואפילו אם מחל המלוה לאחד הערבים וחזר וגבה את הכל מהערב השני [כמבואר בשולחן ערוך שם, ו שלדעה זו שיכול המלוה לגבות את הכל מאיזה ערב שירצה, יכול הוא גם לגבות מערב אחד את הכל אף שמחל לערב השני], מכל מקום חוזר הערב וגובה את החצי מהערב האחר. והקצות החושן (עו, ז) הסכים לדעת המבי"ט, והנתיבות המשפט (קלב, ג) הסכים לדברי הש"ך. וראה במשובב נתיבות שם. 720. בהשגות שם. 721. קז, א ובבא מציעא לד, ב. 722. ודעת המבי"ט (הנ"ל) שלדעה זו, אם פרע אחד את כל החוב, הולך וגובה מהערב השני את החצי, שהרי הוא היה צריך לתת חצי למלוה. אבל הש"ך (שם) כתב להיפך, שכיון שלדעה זו לא היה צריך לפרוע את הכל, דינו כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו. 723. כן כתב הרמב"ן על פי דברי התוספתא במכילתין יא, ח. ובביאור הגר"א (עו, יח) כתב ביישוב דעת הרמב"ם, שבתוספתא מדובר בשני קבלנים שהם כמו שני לווים שלוו בעצמם, ולכן גובה מכל אחד מחצה אם לא אמר ממי שארצה אפרע. ומבואר אם כן, שבקבלנים לכולי עלמא גובה רק מחצה מכל אחד. 724. דין זה מוכח בברייתא קעד, ב בדין ערב שיוציא מתחת ידו שטר ההלוואה. ודעת הרמב"ם (מלוה ולוה כו, ו), שזה רק אם הלוה ביקש ממנו להיות ערב על הלוואה זו וישלם אם הוא לא יפרע, אבל אם הוא מעצמו נעשה ערב וקבלן או ערב שפרע על דעת עצמו בלא שהלוה אמר לו לשלם, אין הלוה חייב לשלם לו, לפי שדינו כמו פורע חובו של חבירו שלא מדעתו. והראב"ד חולק על דין זה. והמגיד משנה צידד בביאור דברי הראב"ד, שאפילו בערב שאינו קבלן שנכנס בערבות מאליו ופרע מאליו, חוזר וגובה מהלוה, וכן הובא דין זה בשם יש מי שאומר בשולחן ערוך קל, ב. וראה בסמ"ע שם, יא ובש"ך שם, ז. 725. כן פירש הראשונים את המבואר שם בברייתא שערב שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו אינו גובה, ואף שמדובר שם שאינו גובה מהיתומים, הוא הדין שמהלוה עצמו אינו גובה בזה. 726. ברייתא שם. 727. רשב"א שם ד"ה דלהכי ותוספות שם ד"ה ואם (שתחילתו בעמוד א') ורא"ש ג, יב בשם רבינו יונה (לב, ב ד"ה הוא ערבא).

נכסים, אף שיש חולקים על כך. וראה להלכה בשולחן ערוך קכט, י ובהגהת הרמ"א שם. 693. תוספות קעג, ב ד"ה חסורי. וראה שם בפריט הדינים באופן שאין הלוה לפנינו. 694. ומתקנת הגאונים, צריך הלוה להשבע שאין לו כלום ושעדיין הוא חייב לו, שלא יעשו הלוה והמלוה קנוניא על נכסי הערב, כמבואר ברמב"ם מלוה ולוה כו, ד ובשולחן ערוך קכט, ט. 695. רשב"א שם, א ד"ה ואמרי ור"י מיגאש קעג, ב ועוד ראשונים. 696. ובר"י מיגאש שם מבואר, שבאופן זה שיש ללוה נכסים, אף אם תובע את הלוה ולא משלם, אין יכול לתבוע את הערב, שכיון שיש ללוה נכסים, דינו הוא על נכסים אלו. דין שטעה והוריד את המלוה לנכסי הערב קודם שתבע את הלוה, מורידים את הדין מלדון עוד, כמבואר בגמרא קעד, א. אם תבע את הערב שלא כדן קודם שתבע את הלוה, ופרע לו הערב את החוב, דעת הרמב"ם (מלוה ולוה כו, ו) שדינו כפורע את חובו של חבירו שלא מדעתו, ואין הלוה חוזר ופורע לערב את חובו, שיכול הלוה לטעון שהיה מפיס את המלוה שימחול לו. והראב"ד שם השיג על הדברים, והמגיד משנה צידד לפרש בדבריו, שאף שהוא מעצמו נעשה ערב והלוה לא אמר לו לשלם, מכל מקום הלוה חייב לשלם לו, שכיון שיש עליו שעבוד, אין זה נחשב כמו פורע חובו של חבירו בעלמא שהוא מעצמו הלך ופרע את החוב שלא מדעת הלוה. 697. כמבואר במשנה קעג, ב. 698. תוספות שם, וכן מודה לזה הרמב"ם מלוה ולוה כה, ד. 699. מה שאין כן אם לא היה מתנה שפרע ממי שירצה, לעולם צריך לתבוע את הלוה לדין קודם, כפי שהתבאר. 700. כן מבואר בדברי התוספות שם, שנכסים ידועים הוא רק בקרקעות. והמרדכי (סימן תרו) הביא בשם הראב"ה, שגם אם אין ללוה אלא מטלטלין ידועים, לא יגבה מן הערב תחילה. 701. וכמבואר בלשון הגמרא שם. והטעם הוא, שהרי הערב ילך ויגבה אותם מהלוה, ואין מטריחים את הערב בחינם. ראה בתוספות שם ד"ה חסורי. 702. בתוספות שם. וכן דעת הראב"ד בהשגות. 703. מלוה ולוה כה, ד. 704. מובא ברמב"ן ובשיטה מקובצת שם בהרחבה. 705. ולדבריו, מה שאמרו בגמרא, שאם יש נכסים ידועים ללוה אין גובה מהערב, הוא על אופן שלא התנה מאיזה מהם שארצה אפרע, ועל סתם ערב אמרו כן, שאם יש נכסים ידועים ללוה אין יכול לגבות מהערב אף אם תובע את הלוה. וראה להלכה בשולחן ערוך קעג, ב. 707. כפי שנפסק בגמרא קעד, א. 708. כן מבואר ברמב"ן ובנמוקי יוסף שם, שגם לפי רבן שמעון בן גמליאל מועיל קבלן לגבי דין זה שיכול לתבוע תחילה, וכל המחלוקת הוא רק באופן שיש נכסים ידועים ללוה. 709. כן כתב הרמב"ן בגיטין מט, ב בביאור דברי הגמרא שם. וכן פסק בשולחן ערוך קכט, טו. אף לפי דברי התוספות בגיטין שם (ד"ה אלא) בפירוש דברי הגמרא, לכאורה אין מקור לדין זה. ולדעת התוספות שם, באופן שמת הלוה, שדין המלוה לגבות מהיוורשים רק מזיבורית, גם מהקבלן גובה רק מזיבורית. אבל הרמב"ן שם חלק על דין זה. והרשב"א במכילתין (קעד, א ד"ה וכל) פסק את שני הדינים, גם את דינו של הראב"ן שאם הלוה עומד ופורע אין יכול לתבוע מהקבלן,



ענף ב - שעבוד נכסים

המהלוקת בדין שעבוד מן התורה

לוה שלוח בשטר, גובה מקרקעות המלוה אף כשמת וגובה מן היורשים, ואף מקרקעות שנמכרו לאחרים, לפי שהם משועבדים לו, ושעבודו קודם למכירה. אבל הלואה בעל פה, אף שהיו עדים, אין גובה מהקרקעות שנמכרו<sup>728</sup>, וגובה רק ממה שיש ללוה. ומן התורה אין חילוק בין מלוה על פה למלוה בשטר, אך נחלקו אמוראים בדבר<sup>729</sup>, דעת עולא שמן התורה בין מלוה בשטר ובין מלוה על פה גובה ממשועבדים שנמכרו, לפי שהשתעבדו הנכסים ללוה מן התורה<sup>730</sup>, ומה טעם אמרו חכמים שמלוה על פה אינו גובה ממשועבדים, משום הפסד הלוקחות שאין יכולים לדעת על ההלואה שאין כותבים עליה שטר ואין עליה קול, ולא יוכלו להזהר בדבר שלא לקנות קרקעות שיש עליהם שעבוד<sup>731</sup>. ודעת רבה, שמן התורה אין גובה ממשועבדים לא במלוה על פה ולא במלוה בשטר, שאין דין שעבוד מן התורה<sup>732</sup>, ומה טעם אמרו שמלוה בשטר גובה ממשועבדים, כדי שלא תנעול דלת בפני לווי<sup>733</sup>.

ירידה לנכסים

בדעת רבה הסובר שאין דין שעבוד מן התורה, מבואר בגמרא<sup>734</sup> שכל דין פריעת בעל חוב הוא רק מצוה<sup>735</sup>, וכופים על פירעון בעל חוב כדי כפיה על המצוות. וכתב הרמב"ם<sup>736</sup>, שאף לפי דעה זו בית דין יורדים לנכסיו של הלוה אם אין רוצה לפרוע, שגם זה הוא מדין כפיה על המצוות לפרעון חובו, ומקיימים לו מצוות עשה שלו בעל כרחו, ועד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו<sup>737</sup>.

גביה מיתומים

לפי דעה זו שאין שעבוד מן התורה, אם מת הלוה אין יכולים לגבות מן היורשים, שהרי על היתומים אין מצוה לפרוע את חובות אביהם<sup>738</sup>. אמנם, במלוה בשטר גובים מהיורשים לכולי עלמא<sup>739</sup>. ולהלכה, גם במלוה על פה גובים מהיורשים, אף אם שעבודא לאו דאורייתא, כדי שלא תנעול דלת בפני לווי<sup>740</sup>. ומצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם<sup>741</sup> מנכסי אביהם<sup>742</sup>, ואם הניח להם אביהם קרקעות כופים אותם על מצוה זו, ואם לא הניח להם קרקעות, אין כופים אותם על כך<sup>743</sup>.

הדין להלכה

להלכה נחלקו הראשונים אם שעבודא דאורייתא או דרבנן, דעת הר"ף<sup>744</sup> והרמב"ם<sup>745</sup> ועוד ראשונים<sup>746</sup> שכל נכסי הלוה תחת שעבוד המלוה מן התורה, ורק מדרבנן אינו גובה במלוה על פה מהלוקחות לפי שאין לה קול. אבל בדעת התוספות הוכיח הש"ך<sup>747</sup>, שלהלכה שעבודא לאו דאורייתא, ורק מדרבנן גובה מהיורשים במלוה על פה, ומהלוקחות במלוה בשטר.

הדין במפרש

כתבו התוספות<sup>748</sup>, שלפי דעה זו שאין משתעבדים הנכסים מן התורה, אף אם יכתוב בפירוש שמעבד לו את הנכסים אין זה מן התורה<sup>749</sup>. וכתב התוספות ר"ד<sup>750</sup>, שהמהלוקת היא בין כשמפרש ובין בסתם, שלדעת הסובר ששעבודא דאורייתא הוא גם בסתם<sup>751</sup>, ולדעת הסובר שעבודא לאו דאורייתא הוא גם במפרש. אבל שיטת המאירי<sup>752</sup> שבמפרש לו שמעבד לו את נכסיו, לכולי עלמא גובה מן התורה<sup>753</sup>.

יסוד דין שעבוד ואם מועיל גם על מטלטלין

כתב הרמ"ה<sup>754</sup>, שיש שני טעמים לומר ששעבודא דאורייתא, א' מהכתוב<sup>755</sup> 'וציא אליך את העבט החוצה', שזוה לומדים שיש שעבוד על נכסי הלוה, וזה כולל גם מטלטלין<sup>756</sup>. ב' מדין ערב, שנכסי האדם ערבים על שעבוד גופו<sup>757</sup>, וטעם זה מועיל רק על קרקעות, שאדם סומך עליהם, אבל במטלטלין שאין עליהם סמיכות דעת אין זה דומה לערב<sup>758</sup>, ואין שעבוד מן התורה על מטלטלין<sup>759</sup>. ולכולי עלמא מדרבנן ודאי שאין משתעבדים המטלטלין, ואין גובה אותם מן היורשים.

הגביה כשיש כמה יורשים ולקוחות

אחים שחלקו בירושת אביהם בקרקעות, נחלקו הראשונים אם יכול בעל חוב לגבות את חובו מאחד מהם, או שיפרע מכל אחד את חלק חובו כפי שיעורו בחלק הירושה, דעת התוספות<sup>760</sup> שאין הבעל חוב יכול לטרוף את כל החוב מחלקו של אחד מהם<sup>761</sup>. והראב"ד<sup>762</sup> כתב, שאם רק אח אחד נמצא לפנינו, יכול הבעל חוב לגבות את חובו מאותו אח. והרמב"ן והרשב"א<sup>763</sup> כתבו, שאם לאחד מהם יש בינונית שעל זה דינו של הבעל חוב, יכול לגבות מאותו אחד את הכל<sup>764</sup>. אבל בדעת

728. בגביית הקרקעות מן היורשים, יתבאר להלן. 729. גמרא קעה, ב ובמקומות נוספים. 730. הרשב"ם (ד"ה שעבודא) כתב, שמקורו הוא מהכתוב (דברים כד, יא) 'האיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבט', הרי שיש דין שעבוד על נכסי הלוה. וראה להלן בשם הרמ"ה. ורבינו גרשום כתב, שמקורו הוא מהכתוב (משלי כב, ז) 'עבד לוח לאיש מלוה'. 731. מה שאין כן במלוה בשטר שיש על זה קול, ובכך שקנו קרקעות בלי לברר שמא הם משועבדים, הם הזיקו לעצמם, ולכן העמידו את הדין כדון תורה שהמלוה גובה גם מהמשועבדים שנמכרו. 732. כתב הרשב"ם (ד"ה לאו) שלדבריו דין משכון המפורש בתורה הוא רק באופן שמשכן בפירוש שלא בשעת הלואה. ורבינו גרשום כתב שהוא סובר שהפסוק 'עבד לוח לאיש מלוה' הוא אסמכתא בעלמא. 733. ובמלוה על פה לא יתיקנו כן, כיון שאין לזה קול. 734. מפורש כן בכתובות פו, א. וראה בחידושי הרמב"ן במכלתיין קעה, ב שהוכיח כן מהסוגיא. 735. רש"י (כתובות שם ד"ה פריעת) כתב, שמקורו הוא מהכתוב (ויקרא יט, לו) 'הן צדק', ודרשו (בבא מציעא מט, א) שיהיה הן שלך צדק ולא שלך צדק. והרמב"ן במכלתיין שם כתב, שמקור המצוה הוא מהכתוב לגבי גביית חוב 'האיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבט החוצה' שמבואר בזה חיוב תשלום, ועוד מבואר כן מכל הכתובים של מוזיק שחייב לשלם, שגם על מוזיק הנידון הוא אם שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא. 736. במכלתיין שם. 737. וראה בקצות החושן לט, א שהתקשה בדבר לפי זה, למה ברבית קצוצה אין יורדים לנכסיו אף שכופים אותו להחזיר (כפי שפסק השולחן ערוך יורה דעה קסא, ה), שירדו לנכסיו מדין כפי על המצוות. ובשערי יושר ה, ב כתב לבאר את הדברים, שכל דין כפיה על ממון, הוא רק במצוה שמוטלת על הממון, ולכן בחוב אף אם אין בו שעבוד על הנכסים עצמם, מכל מקום יש לו למלוה בהם זכות גביה, שהרי יש עליו על הלוה שעבוד הגוף לפרוע לחבירו, וכשיגבה את הממון יזכה בדין הממון שבוה, שיסוד המצוה הוא חוב הממון. אבל במצוות שהם רק בין אדם למקום, אין מועיל כפיה על הנכסים, שלא יזכה בנכסים אלו בלי שהבעלים יתן לו אותם, ולכן בחזרת רבית שהוא חוב בין אדם למקום, אין מועיל כפיה על הנכסים. 738. כמבואר בערכין כב, א. אמנם, למאן דאמר שעבודא דאורייתא, גובים את המשועבדים מהיתומים באופן שברור שהאב לא פרע (כגון שנדון אותו על שלא פרע ומת בנידויו, או שהיתומים בעצמם מודים בכך), אף שאין החוב שלהם שהרי השעבוד קדם לירושתם. והתומים (סו, מג, מובא בקצות החושן סו, כו ובנתיבות המשפט קז, ט) ייסד, שאף שאין היתומים עצמם בעלי החוב, מכל מקום על חוב זה שהשתעבדו נכסי אביהם לפרעון החוב, יש גם שעבוד הגוף על היתומים לפרוע את חובות אביהם. וכיסוד דבריו, מבואר ברא"ש בבא קמא א, ו' ידמי כרעיא דאבוהון אינון לפרוע חובת אביהן בשוה. וכן מתבאר

הרמב"ם כתבו הראשונים<sup>765</sup>, שבכל אופן יכול הבעל חוב ליטול מאחד האחים את כל החוב, שהרי הרמב"ם סובר שגם בשנים שנעשו ערבים על חוב, יכול המלוה לגבות מאחד מהם את כל החוב<sup>766</sup>. ובאופן שיש כמה לקוחות שלקחו כמה קרקעות שוים<sup>767</sup> כתב המגיד משנה<sup>768</sup> שגובים בשוה מכל הלקוחות כפי החשבון שלקחו<sup>769</sup>.

### נכסים שינו מהפקר

גר שאין לו יורשים שמת, והיו לו חובות, וזכו אחרים בנכסיו, גובה הבעל חוב מהם, כפי שגובה מיורשים<sup>770</sup>, שלא נפקע השעבוד כשהיו הנכסים הפקר<sup>771</sup>. והשלטי גבורים<sup>772</sup> הסתפק באופן שהפקיר את כל נכסיו וזכו בהם אחרים, אם גם בזה גובה מהזוכים כדין משועבדים אף במלוה על פה<sup>773</sup>. והקצות החושן<sup>774</sup> כתב, שגם בהפקר גובה.

### נכסים שקנה לאחר ההלוואה וכתבת השטר

כפי שהתבאר, הדין הוא שמלוה בשטר גובים ממשועבדים, אף מהיורש והלווקח. והסתפקו בגמרא<sup>775</sup> באופן שכתב בשטר שמעבד גם נכסים שקנה לאחר ההלוואה, אם גובים מנכסים אלו מהיורש והלווקח<sup>776</sup>, והספק הוא שמא שעבוד עדיף מקנין, שאף אם אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום יכול לשעבד נכסים שלא באו לרשותו<sup>777</sup>. ובעיקר הדבר נחלקו בזה האחרונים, דעת התומים<sup>778</sup> והנתיבות המשפט<sup>779</sup>, שלמאן דאמר שעבודא דאורייתא ודאי שמשעבדים מן התורה כל הנכסים, גם הנכסים שקנה לאחר ההלוואה<sup>780</sup>, וכל הנידון הוא רק על הדין דרבנן שביטלו את השעבוד במלוה על פה והשאירו שעבוד רק על מלוה בשטר, בזה הדין הוא שהשאירו את השעבוד רק על נכסים שהיו למלוה בעת כתיבת השטר, ואם משעבד נכסים שקנה לאחר מכן הוא שעבוד חדש, ועל זה דנה הגמרא אם מועיל שעבוד על דבר שלא בא לעולם. אבל דעת הקצות החושן<sup>781</sup>, שגם אם שעבודא דאורייתא, אין חל שעבוד על הנכסים שאינם בשעת חלות החוב<sup>782</sup>, ולכן צריכים שישעבד לכך בפירושו.

## דברי פתיחה

שינוי במשנה בסוף המסכת<sup>783</sup>, 'הרוצה שיחכים יעסק בדיני ממונות' שאין לך מקצוע בתורה יותר מהן והן כמעין הנובע'. ופירש החתם סופר<sup>785</sup>, שמה שדימו את דיני ממונות למעין הנובע ולא לנהר שאינו פוסק<sup>786</sup>, לפי שנהר שאינו פוסק הוא נמשך ממקורו הראשון, וכן כל כללות דיני התורה נמשכים מהחכמה העליונה מקור מים חיים, ואין אדם יכול לומר שהוא רוצה להחכים בו, שהוא מתנת אלוקים, וגם משה רבינו זכה בחכמת התורה במתנה<sup>787</sup> ולא מחכמת עצמו ותבונתו. אבל בדיני ממונות, עיקר החכמה הוא לעיין בתחבולות בני אדם ומענותם וערמימותם, והחכמה זו אינה ממקור עליון כנהר שאינו פוסק, אלא כמעין הנובע מעצמו שמתברך מעצמו, ועל זה יש בכחו של האדם הרוצה להחכים, לעסוק בדיני ממונות. ובעל החזון יהוקא<sup>788</sup> ביאר את הדמיון של דיני ממונות למעין הנובע, לפי שבמרוצת הדורות השתנו המציאות של חיי האדם ועסקיהם במשא ומתן בהמצאות חדשות המתחדשות מעת לעת, וכך התגלות שלא היתה עוד לעולמים בעולם המעשה, דורשת גילוי חדש בתורתנו הקדושה לדלות מעמקיה את הוראת הדרך אשר ילכו בה בני אדם בכל מעשה אשר יעשו בכל דור ודור, ובדיני ממונות של תורת ישראל שניתנה מפי קורא הדורות מראש, יש פתרונות על כל השאלות העולות מידי דור ודור ותקופה ותקופה על כל המהפכות המתחוללות בעולם על ידי כשרון המעשה וקנאת עם מעם ומדינה במדינה, והעוסק בדיני ממונות בהרחבה מיסודם של דברים, אשר על פיו מתגלה בכל עת ובכל מקום הכלל שצריך לדון על פיו, מוצא פתרון של תורה על כל נושא חדש, כמעין הנובע.

משתעבד אפילו אם לא כתב את השעבוד בשטר, שאחריות טעות סופר, אבל על הנכסים שלא היו לו בעת קניית השטר, אין אומרים אחריות טעות סופר ואם לא כתב בשטר שמעבד גם את הקרקעות שיקנה, לא השתעבדו נכסים אלו, ואם כתב בשטר שמעבד גם את מה שיקנה השתעבדו נכסים אלו. וכן דעת הר"י מיגאש (מובא בשיטה מקובצת קנו, ב). אבל הרשב"א (שם) כתב, שגם לגבי הקרקעות שיקנה אומרים אחריות טעות סופר. וראה בראשונים מד, ב. 777. בטעם הדבר כתב הרשב"ם שני טעמים, א' כיון שהנכסים בעולם יכול להחיל עליהם שעבוד אף שעדיין לא קנה אותם, ולפי זה דבר שבא לעולם אף שאינו ברשותו יכול למכור. ב' שהאלימו חכמים שעבוד נכסים יותר מקנין, כדי שלא תנעול דלת בפני לוין, ומבואר בראשונים טעמים נוספים לכך שבשעבוד יועיל אף דבר שלא בא לעולם. התוספות (ד"ה דאיקני) כתבו, שכיון שהשעבוד חל ממילא, הוא דבר שאליהם לתפוס גם דבר שלא בא לעולם. והמחנה אפרים (הלכות גביית חוב סימן א) כתב בדעת בעל התרומות (שער מג) בשם הרמב"ן, שהטעם שמועיל שעבוד על דאקני אף שהוא לא בא לעולם, לפי שכל שעבוד הוא על שעבוד הגוף, ושעבוד הגוף כבר ישנו בעולם. והמאירי כתב, שהטעם שמועיל שעבוד על דאקני, משום שמן התורה כל נכסיו משועבדים גם דאקני (ראה בסמוך שנחלקו בזה האחרונים). וכל מה שאין הם משועבדים ממילא אף בלא כתיבת דאקני הוא משום שרבנן חסו על הלקוחות, והיכן ששעבד אותם מפורש לא תיקנו חכמים, ומשתעבד מן הדין. 778. קד, ז. 779. ס, יב. וכן מתבאר בשו"ת רבי עקיבא איגר קמא סימן קלב. וכן דעת הברוך טעם חלק א' למסכת בבא מציעא דף יד. 780. שכל חוב הוא סיבה לשעבוד, והרי כל זמן יש עליו חוב, ואין שעת ההלוואה בלבד הסיבה לשעבוד. 781. קיב, א באריכות. וכן במשובב נתיבות סו, כג. 782. ששעבוד נכסים הוא לא מחמת החוב עצמו, אלא עצם ההשתעבדות לחוב היא היוצרת את שעבוד הנכסים, ולכן רק הנכסים שהם בשעת חלות השעבוד של החוב עצמו משעבדים לפירעון החוב. 783. קעה, ב. 784. ראה בתחילת ההקדמה למסכת בבא קמא מה שהובא לבאר בזה בשם ההפלאה. וראה עוד בסוף ההקדמה שם, מה שהובא מדברי הראשונים ואחרונים בגודל מעלת לימוד דיני ממונות. 785. חידושי חתם סופר על התורה פרשת חוקת משנת תק"פ. 786. כפי ששינו באבות ו, א על הלומד תורה לשמה, שמגלים לו רזי תורה ונעשה כמעין המתגבר ונבחר שאינו פוסק. 787. כפי שנאמר (שמות לא, יח) 'ויתן אל משה'. 788. בקובץ מאמרים מאמר 'תורה ובני ישראל'.

עוד בתרומת הכרי סימן קעה. 765. הריטב"א והתומקו יוסף שם, והמגיד משנה מלוה ולוה כה, י בשם הרשב"א. 766. כפי שהובא בזה לעיל. והקצות החושן (קז, ט) התקשה בזה בדעת השולחן ערוך, שלגבי ערב הביא (בסימן עז, א ובסימן קלב, ד) את מחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם גובה מכל ערב חצי או שיכול לגבות את הכל מאחד מהם, וסתם להלכה כדעת הרמב"ם שיכול לגבות את הכל מאחד מהם, ואילו לגבי בעל חוב שבא לטרוף מאחד היורשים פסק השולחן ערוך (קז, ז) שאין יכול לקחת מאחד את הכל, אלא לוקח מכל אחד כפי חלקו בירושה, והרי לפי המתבאר דיניהם תלויים זה בזה, שהרי מקור הרמב"ם לפסוק לגבי ערב שיכול לגבות מאחד מהם את הכל הוא מהמבואר לגבי בעל חוב שיכול לטרוף מאחד היורשים, ואם כן אין יתכן שלגבי ערב נפסק שיכול לגבות את הכל מאחד, ולגבי גביה מהיורשים אין יכול לגבות מאחד את הכל. וכתב, שכל זה צריך נגר להולמו. וראה בנתיבות קלב, ב מה שיישב בזה, ומה שכתב על דבריו בדברי משפט סימן קז. וראה עוד באור שמח מלוה ולוה כה, י. ובאבי עזרי (מלוה ולוה כה, י) כתב ליישב את פסק השולחן ערוך, שגדר חיוב ערב הוא התחייבות חדשה של הערב למלוה, ואינו אותו חוב שהתחייב הלוה למלוה, ולכן כששנים נעשים ערבים יש לכל אחד חיוב חדש. מה שאין כן בחיוב משועבדים שגובים מהלקוחות והיורשים, אין זה חוב חדש, אלא הוא אותו החוב שהתחייב הלוה, שעל חוב זה השתעבדו נכסיו, ולכן כששנים ירשו ולקחו ב' שדות, החיוב מתחלק בין שניהם בשוה. וראה עוד שם בבאור הדבר. 767. אם הקרקעות אינם שוים, ראה בסוגיית הגמרא בבא קמא ח, א-ב. 768. מלוה ולוה יט, ה. 769. האור שמח (מלוה ולוה כה, י) תמה על כך, שהמגיד משנה סותר אדריין, שהרי לגבי ערבים יורשים פסק דעת הרמב"ם שיכול לגבות מאחד מהם את הכל. וראה באבי עזרי שם מה שביאר לפי דרכו הנ"ל שיש חילוק בין לקוחות לערבים שבלקוחות אין זה חוב חדש, ומה שלגבי יורשים פסק המגיד משנה שיכול לגבות מאחד את הכל, הוא משום שחיוב היורש אינו חיוב האב, אלא על היורש יש חיוב הגוף לשלם את חוב אביו (כמבואר בתומים סו, מג שהובא לעיל), ואם כן הוא דומה לשני ערבים. 770. מגיד משנה זכיה ומתנה ב, טו-טז בשם בעל העיטור (אות ח' חוב) והרשב"א (בבא קמא מט, ב), ונפסק בשולחן ערוך ערה, לא. 771. כן ביאר הרשב"א שם. 772. במכלתין ל, א מדפי הר"ף אות א. 773. וכתב, שיש לומר שבזה אין גובה, כיון שבסתמא השעבוד נשאר על המפקיר שיכולים לגבות ממנו. 774. רמה, ב. 775. קנו, א. 776. ולהלכה פסק הרמב"ם (מלוה ולוה יח, א) שבנכסים שהיו לו בעת ההלוואה,