

דבר משה*

פרק השותפין

דף ב' ע"א

(א) השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר.

פירש"י וז"ל, שיש להן חצר בשותפות, ובתי שניהן פתוחין לתוכו, וכל חצירות ששנו חכמים לפני הבתים הן ורוב תשמישן בחצר עכ"ל. וצ"ע למה הקפיד רש"י לומר שהחצר הוא לפני הבתים, דאמאי לא מצי איירי גם בחצר ששני אחורי הבתים פונים אליו, ונהי שכתב רש"י שכל חצירות ששנו חכמים הרי הן לפני הבתים, וכן כתב בדף ו' ע"ב בד"ה אבל שאחורי הבתים קרוי רחבה ולא חצר, וא"כ הרי מוכח מגוף לשון המשנה שנקט חצר דאיירי בלפני הבתים, אבל הלא גם על גוף המשנה יש לדקדק דנהי שלא הי' יכול למיתני סתמא כי רצה לאפוקי גינה ובקעה וכמש"כ הרשב"א אבל מ"מ למה נקטה חצר ולא נקטה רחבה. ובאמת בנוגע ללשון המשנה לכאורה הי' שייך לומר שלא דוקא נקט התנא חצר אלא

הה"נ לרחבה, אלא שמזה שנחית רש"י להדגיש שחצר פירושו הוא לפני הבתים משמע שהוא סובר ששפיר יש להתנא כוונה מסוימת למה נקט דוקא חצר, דאל"כ מהו הנפ"מ אם חצר הוא לפני הבתים או אחורי הבתים.

גם צ"ע למה הקפיד רש"י לומר שרוב תשמישן הוא בהחצר*).

והנה בנוגע למה שכתב רש"י שחצר הוא לפני הבתים י"ל שאין כוונתו לאפוקי אחורי הבתים אלא יש לבאר שכתב כן לרבותא, והיינו על פי מה שמבואר בגמרא שיש מחלוקת בענין אם התנא של המשנה סובר שהיזק ראי' שמי' היזק או לא שמי' היזק, ועוד מבואר שם שבהיזקא דבית כו"ע מודים שהיזק ראי' שמי' היזק, והיינו שאם שכן אחד יכול להציץ מחלונו לתוך ביתו של חברו ולא רק לתוך חצירו, אז לכו"ע הרי זה נקרא היזק, וא"כ י"ל שאתי רש"י לאשמועינן שאע"פ שבתי שניהם פתוחים לתוך החצר אבל בכל זאת אין זה נקרא עוד היזקא דבית, אלא שפיר פליגי בצירור זה

הרבים. (הועתק מההוצאה הראשונה, שנת תשמ"ה.)
** והנה הר"ב במשניות השמיט את כל דברי רש"י הנ"ל אבל התיו"ט העתיקם. וע"ע ברש"י על הרי"ף דאיתא רק שבתי שניהם פתוחים לתוכו, וכן כתב התפארת ישראל על משניות.

* אזכיר כאן לטוב את ידידי היקר הרב הגאון ר' חיים אילסון שליט"א אשר למדנו יחד הרבה ענינים במס' ב"ב ואשר העיר לי הרבה מאד דברים נחוצים ברוב הענינים שנידונים כאן. יה"ד שיתברך בכל טוב ויזכה להפיץ מעיינותיו חוצה הלא המה חידושו

בגמ' אם היזק ראי' שמ' היזק או לא. ויש לבאר דהיינו משום שמן הסתם שני הפתחים מרוחקים הן מן המיצר שיעור כזה שא"א להציץ מן המיצר לתוך הבית, ברם אכתי צ"ע דאם איירי באופן שבמציאות אי אפשר לראות א"כ מה קמ"ל רש"י בזה, וביותר נראה לומר שאפילו באופן ששפיר אפשר לראות אבל בכל זאת לא חשיב הזיקא דבית משום שכמעט תמיד הפתח סגור.

גם י"ל שהטעם למה הדגיש רש"י לומר דאיירי בחצר שלפני הבתים הרי זה רק כדי לומר דאיירי במקום כזה שרוב תשמישן הן שם, וכמו שסיים רש"י, ולכן כתב שהחצר הוא לפני הבתים, כי מן הסתם רוב תשמישן הן לפני הבתים ולא מאחוריהם, והא דפי' דאיירי באופן שרוב תשמישם הוא בהחצר י"ל שכוונתו בזה היא לאשמועינן רבותא אליבא דמ"ד שהיזק ראי' לא שמ' היזק, והיינו דקמ"ל רש"י שהוא סובר כן אפילו בחצר שמשתמשים בו הרבה, וכן פי' השט"מ בד"ה ואפשר וכו' בשם גליון את כוונת רש"י במש"כ שרוב תשמישן בחצר.

עוד כתב שם השט"מ שגם לפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' שמ' היזק יש כאן רבותא, והיינו דאשמועינן שאפילו אם הם שותפין בחצר שעומדת לפני הבתים אשר בכה"ג הרי הם רואים זה את זה והרי הם יכולים להזהר שלא לעשות שם מילי דצניעותא כי אם בבתים, אפילו הכי שמ' היזק וצריכים לבנות כותל, וצ"ע.

מיהו בשביל הרבותא הזאת (אליבא דמ"ד שמ' היזק), וכן בשביל הרבותא הראשון שכתבנו (של היזיקא דבית), הרי סגי במה שכתב רש"י דאיירי בחצר שלפני הבתים, ועדיין אין זה מיישב למה נקט

רש"י שרוב תשמישן הן שם, אבל הדרך האמצעי שכתבנו (בקטע המתחיל גם י"ל) מיישב גם את הדבר הזה וכמו שביארנו.

וע"ע במהר"ם כאן שהבין שכוונת רש"י במה שכתב שהם עושים רוב תשמישן בחצר היא לפי מאי דמסקינן בהלישנא אחרנא שבסוגיית הגמ' שהיזק ראי' שמ' היזק, ואתי רש"י לאשמועינן שברחבה שמאחורי הבתים, שאין עושים שם רוב תשמישין, כו"ע מודים שאינם צריכים לבנות כותל משום שאין שם שום היזק ראי'. ולכאורה אין שם שום היזק ראי' משום שבכה"ג הרי הוא יכול לשמור בקלות שלא לעשות תשמישיו בשעה שחבירו נמצא שם.

והנה חזינן שדקדק רש"י לומר שבתי שניהם פתוחים לתוכו ושניהם משתמשים שם את רוב תשמישן, ונראה דהיינו משום שאם רק אחד מהם משתמש שם את רוב תשמישיו (וכגון חצר שהוא לפני אחד מהבתים ומאחורי הבית השני), אז רק זה שלא קביע לי' תשמישתי' יצטרך לבנות את המחיצה וכמו בגג הסמוך לחצר בע"ב.

(ב) בונין את הכותל באמצע.

הנה לכאורה הכוונה היא שהם בונים את הכותל באמצע השטח של החצר, ואיירי באופן שיש לשני השותפין חלקים שוים בהחצר, דהיינו שמחצה מן החצר הוא של זה ומחצה של זה, ולכן יוצא כהנ"ל שהכותל שהוא מפריד בין החלקים הרי הוא בדיוק באמצע החצר, כי כיון שיש לשניהם חלקים שוים, והרי כל אחד מהם חייב לתת חצי השטח של הכותל, א"כ יוצא שהכותל נבנה באמצע החצר בדיוק. ולפ"ז יתכן שאם חלקו של אחד מהם הוא יותר גדול מחלקו

וכן מבואר בשט"מ שם. וע"ע בחזו"א על ב"ב בסוף סי' א' (*).

והנה אע"פ שהשט"מ הסכים עם רש"י לדינא, אבל בכל זאת לא ס"ל כרש"י שכן היא המשמעות של בונין באמצע אלא ס"ל שהחידוש הזה נכלל במאי דתנן שזה נותן ג' וזה נותן ג', דלכך האריך התנא בלשונו ולא תני שגויל הוא ו', או בלשון של כל אחד נותן ג', כדי לרבות שגם אם אין החלקים שוים, בכל זאת הדין נשאר תמיד שזה נותן ג' וזה נותן ג', אלא שכתב השט"מ שם שמרש"י משמע שהחידוש של הך אריכות לשון של זה נותן ג' וכו' הוא כדי לאשמועינן שהשיעור של הכותל הוא ו', וכמש"כ תוס' דלא נימא שכל אחד נותן ו' ושהשיעור הוא י"ב (מיהו אכתי לא מיושב בזה למה לא נקט התנא לשון של כל אחד נותן ג').

עוד כתב השט"מ לעיל שם דתני זה נותן ג' וכו' כדי לאשמועינן כהרא"ה (הובא בנ"י) שאינו יכול לטעון שהוא רוצה להכנס לתוך שלו ולבנות את הכל משלו (ודלא כדעת הרא"ש שהוא שפיר יכול לעשות כן). ודע שהשט"מ שם הוסיף שגם קושיית תוס' שהקשו למה צריכים את ה"לפיכך", דהיינו שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, הלא גם בלא הרישא אלא מצד הסברא לחוד הדין נותן שיחלוקו, גם קושיא זו מתורצת ע"י דבריו דלעיל, והיינו משום

של חבירו, אשר בכה"ג אין מקומו של הכותל באמצע החצר ולא איירי המשנה בציוור זה, א"כ בכהאי גוונא אולי כל אחד מהם צריך לתת כפי מדת חלקו, ולא קאי על זה מאי דתנן שכל אחד חייב להשתתף מחצה.

מיהו מלשון רש"י משמע שהבין בדרך אחרת את מאי דתנן שבונין את הכותל באמצע, דעיין בדבריו שכתב וז"ל, באמצע, זה נותן מחלקו חצי מהמקום וכו' עכ"ל, ונראה מדבריו שהבין שאין המלה באמצע מוסבת על כל החצר כולה, דהיינו שבונים את הכותל באמצע השטח של החצר, ושאירי בחלקים שוים, אלא הכוונה היא שהכותל יהי נבנה על המקום שהוא נקרא באמצע שני החלקים, כלומר שכל אחד חייב לתת חצי ממקום הכותל, ואירי אפילו בחלקים שאינם שוים, כי גם בכה"ג כל אחד חייב לתת מחצה מהמקום ומהאבנים באופן שהכותל יעמוד על מקום שהוא נקרא ממוצע בין שני החלקים. וכן הבין השט"מ כאן בד"ה בגויל וכו' את כוונת רש"י, וכן כתב הרמ"ה באות א', וכן נפסק בשו"ע בחו"מ סי' קנ"ז סעיף ג' עיי"ש בביאור הגר"א, ועי' ברש"ש כאן. ובסברת הדבר למה גם בכה"ג הרי הם חייבים להשתתף בשוה י"ל שהרי זה משום ששניהם חייבים בשוה שלא להזיק בהיזק ראי' ולסלק מעל עצמם את השם של מזיק, וכן ביאר הרמ"ה

וע"ע באות י"ט שנדון לפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' לא שמ' היזק ושאינם בונים אא"כ נתרצו לבנות, האם הם נותנים לפי חלקם היכא שאין חלקיהם שוים, או האם הם בונים בשוה. וכן עיי"ש במה שהבאנו מהנתיחה"מ בענין היכא שנתרצו בבקעה.

(* ועיין בספר משנת רבי אהרן בעמוד מ"ד שכתב שבמחיצה י' משום נתפס כגנב, הרי הם משתתפים לפי חלקם, אלא שאעפ"כ היכא שהם חייבים לבנות כותל גבוה ד' אמות משום היזק ראי', ובוה הרי הם שוים וכהנ"ל, אז גם בהשיעור עד י' טפחים הרי הם חייבים לבנות בשוה ולא לפי חלקם.

אלא משמע שהכל כמנהג המדינה קאי רק על איזה סוג של כותל חייבים לעשות, דהיינו אם גויל או גזית, אבל לא מהני מנהג כדי להפחית מן העובי של כל מין ומין. ובאמת יש ראשונים שחולקים בפירוש על הדין הנ"ל של תוס' וסוברים שאין רשות לפחות מהשיעורים שהזכיר התנא אפילו אם כן הוא המנהג (עיי' בזה ברמב"ן וברא"ש ובנ"י ובש"מ). ובטעמא דמילתא כתבו דהיינו משום שגויל פחות מו' טפחים יפול. וע"ע בנחלת דוד בריש דבריו על מכילתין מה שביאר בשיטה זו.

ד) מקום שנהגו וכו'.

הרא"ש והרשב"א כתבו שאין הכוונה שחייבים לבנות כמנהג בוני מחיצות של בתים שהם יותר עבים מכותלי חצר אלא הכוונה היא כמנהג בוני מחיצות בחצר השותפין (ועי' ברמ"ה באות ב' שכתב שסגי כמנהג בוני כותל החלוקה לאחר בנין החצר, אפילו אם אלו שבונים אותו בשעת בנין החצר בונים כותל יותר חזק, והיינו משום שצריכים כמו המנהג בהציור הזה גופא שלפנינו).

מיהו הרשב"א שם הביא שיש מפרשים כמנהג בתי העיר (כלומר כמנהג כותלים שהם בגובה ד' אמות בבניני העיר כדי שיהי' יכול אח"כ לסמוך עליו תקרה ולעשותו בנין, כן ביאר הפני שלמה בעמוד י"ד - ט"ו את כוונת היש אומרים, ומיושבת בזה קושייתו של הרשב"א עליהם. וכן הביא הפני שלמה מהש"מ בדף ו' בשם הראב"ד שהטעם למה צריכים גויל וגזית הרי זה כדי שיוכל אח"כ לסמוך עליו תקרה דאילו בשביל היזק ראי' סגי גם בהוצא ודפנא).

שי"ל שהלפיכך בא להסביר את הדין הנ"ל שהם בונים בשוה ולא לפי גודל חלקם. מיהו לפי דבריו לעיל שם שהבאנו הרי יוצא שכבר אשמועינן התנא חידוש זה במאי דתנן שזה נותן ג' וזה נותן ג'. וי"ל דס"ל שזה נכלל באמת בקושיית הגמ' בדף ד' שהקשה על הלפיכך שפשיטא, וכדרכו של הר"י מיגש שהקושיא היא שכבר ידעינן כן מהרישא, ודלא כתוס' שסוברים שהקושיא היא שיש לדעת כן מסברא גם בלא הרישא, רק דהי' קשה להש"מ הקושיא של תוס' למה לא הקשה הגמ' דפשיטא מצד הסברא שיחלוקו, ועל זה תי' השיטה שאי משום קושיא זו הי' אפשר לומר שהלפיכך מחדש ששניהם נותנים מחצה גם כשאין חלקיהם שוים, ולכן הוצרכה הגמ' להקשות שפשיטא משום שיש לנו כבר את הרישא, ושגם החידוש הנ"ל בהציור שאין חלקיהם שוים תני כבר בהרישא, ומתרצת הגמ' שהלפיכך אתי לאשמועינן דבר אחר לגמרי דהיינו כשנפל לרשותא דחד מינייהו.

ג) הכל כמנהג המדינה.

הנה תוס' כאן הקשו דכיון שהכל כמנהג המדינה א"כ למה הוצרך התנא לפרט את השיעורים של גויל וגזית וכפיסין ולבנים, ותירצו דהיינו כדי לאשמועינן שאם המנהג הוא לעשות גויל יותר מרוחב ו' אין מנהג זה מחייב. ושוב כתבו שאם נהגו בפחות מו', שפיר דמי, וגם זה הוא בכלל מאי דתנן שהכל הוא כמנהג המדינה (כמו הוצא ודפנא).

מיהו הרמב"ן כאן בד"ה לפיכך והש"מ בד"ה בגויל וכו' כתבו שמרש"י בד"ה הכל כמנהג וכו' משמע דלא כתוס'

ה) תד"ה בגויל.

א. עיין לעיל באות ב' וג'.

ב. עיין בדבריהם שהביאו בשם ר"ת שיש מציאות של מנהג הדיוט שאין הולכים אחריו, והוכיח כן ר"ת מהא דמשמע בגמרא שאם נהגו בפחות מהוצא ודפנא אין הולכים אחרי מנהג זה. וצ"ע דלפי מה שדייקו תוס' לעיל מהמסנה שאין הולכים אחרי מנהג לעשות גויל יותר מו' למה לא הוכיח ר"ת את שיטתו מדבר זה.

מיהו נראה שעיקר כוונת ר"ת אינה להוכיח רק הא לחוד שאין הולכים אחרי מנהג הדיוט, אלא עיקר כוונתו היא להוכיח שיש מנהג שאין הולכים אחריו ושנחשב בעיני חז"ל בגדר מנהג הדיוט אפילו כשתנן בתוך המשנה שהכל הוא כמנהג המדינה, והרי את זה לא הי' יכול להוכיח מגויל יותר מו' דהא להדיא מרומז בתוך המשנה שדבר כזה הוא מנהג הדיוט וכמו שביארו תוס', אבל בנוגע לפחות מהוצא ודפנא הרי אין שום רמז בתוך המשנה דהוי מנהג הדיוט, ולכן שפיר רואים מזה את החידוש הנ"ל שאע"פ שתנן בסתמא שהכל הוא כמנהג המדינה, בכל זאת יתכן שיש יוצא מן הכלל. וכן משמע באמת מלשון תוס' בדברי ר"ת שעיקר החידוש הוא שאומרים כן אע"פ שתנן בסתמא שהכל הוא כמנהג המדינה.

ג. ועי' עוד בהגהות אשר"י על הרא"ש בסי' ה' שכתב על מה שהוכיח ר"ת מכאן שיש מנהגים שאין סומכים עליהם אפילו היכא דתנן שהכל הוא כמנהג המדינה וז"ל, ולא ידענא איזה מנהג הוא שאין סומכין עליו וכו' עכ"ל. ועיי"ש שהוא חולק על

ר"ת וסובר שגם אם נהגו בפחות מהו"ד שפיר דמי, ואינו צריך לעשות יותר מזה, וכן סובר הרמב"ן כאן.

ו) שיטת הרא"ש שרשאי להכנס לתוך שלו ולבנות הוצא ודפנא.

א. מראה מקומות בנוגע לשיטת הרא"ש.

הנה שיטת הרא"ש בסי' ה' היא שאם הוא רוצה הרי הוא רשאי להכנס לתוך שלו ולבנות מחיצה מהוצא ודפנא אע"פ שזה כנגד מנהג המדינה. והקשה הט"ז על זה בסי' קנ"ז סעיף ה' דא"כ למה אמרינן שהיכא שנפלה המחיצה יחלוקו, הלא זה שנפלה המחיצה לתוך רשותו יכול לטעון שבנה את הכל משלו ושהי' מוכרח לעשות כן כי חבירו רצה לעשות הוצא ודפנא בתוך שלו, ולא רצה להשתתף במחיצה חזקה כמו המנהג, ולכן הוצרך הוא לכדו לבנות את הכל משלו. והקצה"ח שם בסק"ד הוסיף לבאר את קושייתו שאפילו אם אינו טוען כן אבל מ"מ אמאי אינו נאמן במיגו שהי' יכול לטעון כן, ועיי"ש במה שתי' הקצה"ח, וכן עיין בזה בפני שלמה כאן בד"ה לפיכך וכו', ובנחלת דוד בד"ה והיכא, ולקמן בסק"ב נאריך יותר בזה.

וע"ע ברשב"א כאן בד"ה עוד יש מרבוותא וכו' שהביא את דעת הרא"ש והקשה על זה דהא כוונת המשנה היא שכופין אותו לעשות כמנהג המדינה, דהיינו שאם אחד מהם רוצה לעשות גויל והשני רוצה לעשות כפיסין כופין אותו להשתתף בגויל כמנהג המדינה, ואילו לפי הנ"ל איך נוכל לכופו לתת ג' טפחים קרקע ואבנים,

רק לסלק את ההיזק ראי' שהוא גורם, אבל אינו חייב להמציא לחבירו כותל כדי לסמוך עליו. והנחל"ד בד"ה אולם וכו' החזיק בהשגת הט"ז, מיהו הפני שלמה בעמוד י"ג כתב יישוב על השגתו עיי"ש. וע"ע בחזו"א בסי' א' סק"ו מש"כ בביאור דעת הרא"ה. ומדברי הרשב"א שהבאנו לעיל מבואר דשפיר רשאי מיהא להכנס לתוך שלו ולבנות כותל של אבנים כמו המנהג, וכ"כ הרמב"ן בדף ו' ע"ב בד"ה שתי חצירות.

ב. עוד בענין קושיית הט"ז על הרא"ש.

ומעתה נעיין יותר בקושיית הט"ז על הרא"ש שהבאנו לעיל בסק"א, דהנה הט"ז הקשה שלפי הרא"ש למה לא יוכל זה שנפל הכותל לתוך רשותו לטעון שהוא בנה את הכל כי חבירו לא רצה לעשות כמו המנהג אלא רצה להכנס לתוך שלו ולבנות הו"ד ולכן הוצרך הוא לבדו לבנות את הכל משלו. והנה הקצה"ח שם תירץ שאינו נאמן לומר שחבירו רצה לעשות הו"ד להיפך מן המנהג אלא נקטינן שמסתמא שפיר הסכים חבירו לעשות כמנהג המדינה. והוסיף הנחל"ד שגם אינו נאמן לומר שלא הסכים שחבירו יעשה הו"ד כי בודאי שפיר הי' מסכים לדבר זה כי מה איכפת לו הלא אם יפול יתבענו בדין דהא יש שופטים בארץ וכדברי הרא"ש שם*).

והנה אולי יש לתרץ עוד על קושיית

הלא הוא בודאי יבחור לעשות לבדו מחיצה דקה של הו"ד (ושוב הראה הרשב"א שפליגי רב הונא ורב חסדא בדינו של הרא"ש). ועיין בפני שלמה בריש מכילתין בד"ה שם מקום וכו' מש"כ על קושיא זו. וע"ע בהקושיא על הרא"ש שהביא רעק"א בשו"ת סי' קפ"ד מהא דאמרין בסוגיין טעמא דרצו הא לא רצו אין מחייבים אותו אלמא היזק ראי' לא שמי' היזק, ואילו לפי הרא"ש אולי לעולם היזק ראי' שמי' היזק, רק דקתני רצו משום שבכה"ג שנתרצו ועשו קנין אינו יכול לומר אבנה משלי בהוצא ודפנא. ועיי"ש במה שכתב רעק"א ליישב.

והנה הרשב"א וכן הנ"י חולקין על הרא"ש משום שהשני יכול לומר שאינו מסכים למחיצה של הו"ד כי הוא חושש שמא יפול ויצטרך להתעצם עמו בדין. וגם הרא"ש שם הביא שיש חולקים על שיטתו מהטעם הנ"ל. ועיין בנחלת דוד בד"ה אמנם וכו' מה שביאר במחלוקתם, ולקמן בסק"ג נאריך בזה יותר.

ועוד הביא הנ"י בשם הרא"ה שהשני יכול לטעון שהוא רוצה בדוקא שיבנו את הכותל בין שניהם, ושלא יבנה חבירו לבדו, משום שהוא רוצה שתהי' לו הזכות לסמוך עליו, ולפיכך כתב הרא"ה שאין אחד מהם רשאי לבנות לגמרי בתוך שלו אפילו אם הוא מסכים לבנות כפי מנהג המדינה. מיהו הט"ז השיג על סברתו דהא כל חיובו הוא

והרמב"ן בד"ה לפיכך וכו' הביא שיש אומרים שבאמת בעינין שיביא עדים שהיו שם בשעת קנין החלוקה ושמעו שלא התנו כן. מיהו הרמב"ן, והר"ן בשט"מ, חולקים על היש אומרים הנ"ל וז"ל הר"ן, כיון שהחצר חלוק לפניך, הדבר מוכיח שנתרצו

* ודע שכבר נתקשו הראשונים דלמ"ד היזק ראי' שמי' היזק ומאי מחיצה חלוקה א"כ יהא זה שנפל הכותל לתוך רשותו נאמן לומר שהוא בנה את הכל משום שחבירו לא הסכים לחלוק עמו אלא על מנת שהוא יקבל על עצמו לבנות את הכותל הכל משלו.

שותף לכה"פ כנגד השויות של הו"ד, וא"כ שוב לא מהני מה שהכותל נפל לתוך רשותו ונעשה ע"י זה מוחזק, והיינו משום דאמרין ששותפים לא קפדי אהדדי, ואפילו אם ידיע שותפתייהו בודאות רק בחלק קטן לחוד, וכן הביא מהמחבר בסי' קע"ט דמילתא דידיע לתרי שותפי, אפילו אם אחד מהם הוא מוחזק, בכל זאת אינו יכול לטעון ששני שלישי הם שלו, אלא פלגי לי' בשוה, דכיון דידיעין שהשני הוא שותף לכה"פ בשיעור שלישי א"כ שוב לא מהני תפיסתו של הראשון אלא הרי השני יכול לטעון שהוא שותף של חצי, וא"כ הה"נ בנידון דידן מכיון דידיעין שהוא שותף לכה"פ כפי השויות של הוצא ודפנא, שוב לא מהניא חזקתו של התופס אלא הרי השני יכול לטעון שהוא שותף של חצי.

איברא יש לפקפק בהתירוק הנ"ל על קושיית הט"ז, שהרי השני מודה לזה שנפל הכותל לתוך רשותו שלא שילם לו כלום עבור כותל כזה שנבנה לגמרי על מקומו של הראשון, שהרי הוא כופר ואומר שהוא

הט"ז שאינו נאמן לטעון כהנ"ל משום שאפילו אם באמת בנה את הכל משלו, אבל הלא חבירו בודאי חייב לשלם לו את חצי הוצאותיו, כי גם הוא הי' חייב לבנות כותל, וא"כ י"ל שאינו נאמן לומר שבנה את הכל משלו ושלא גבה אח"כ את חצי הוצאותיו, אלא נקטינן שבודאי גבה את חצי הוצאותיו. מיהו בהשקפה הראשונה אין זה מספיק כדי לתרץ את קושיית הט"ז, והיינו משום שלפי הרא"ש נראה פשוט שלא יוכל לתבוע ממנו את חצי הוצאותיו אלא רק את הסכום של כותל של הו"ד (ואת דמי הקרקע בכלל לא יוכל לתבוע כמו שנבאר להלן), וא"כ אכתי קיימא בדוכתה קושיית הט"ז למה צריך זה שנפל הכותל לתוך רשותו להחזיר חציו, הלא הוא יכול לומר שבנה את הכל משלו ולא גבה אלא סכום מועט של הו"ד.

שו"ר בספר משנת רבי אהרן בעמוד כ"ח שכתב שבכל זאת גם לפ"ז מיושבת קושיית הט"ז, והיינו משום שמ"מ הרי ידיע שותפתייהו בחלק קטן, דהא בודאי גבה לכה"פ את הסכום של הו"ד, ונעשה חבירו

סברת הר"ן אינו נאמן, ואפי' אם לא הי' בגדר טענה שחבירו רצה לעשות כנגד המנהג וכדברי הקצה"ח. ועכ"פ הרא"ש בסי' ו' כתב תירוק אחר על הקושיא הנ"ל שהקשו הראשונים וז"ל, דמסתמא כיון שהיזק ראי' שמי' היזק, שניהם נתרצו לסלק ההיזק מעליהם עכ"ל. הרי שתי' שיש אומדנא חיובית ששניהם היו מוכנים לשלם כדי לסלק את ההיזק ראי', ולא תירץ כהר"ן שגם בלא אומדנא חיובית אינו יכול לטעון כנגד הסתמא. ולכאורה חזינן דלא ס"ל להרא"ש כיסודו של הר"ן, וא"כ לפ"ז שפיר הקשה הט"ז למה לא יוכל המוחזק לטעון שהשני רצה לבנות הו"ד בתוך שלו, ושפיר צריכים אנו להתיר של הקצה"ח שאינו יכול לטעון שחבירו רצה לעשות נגד המנהג (משנת רבי אהרן עמ' כ"ז הערה ב').

לחלוק וכו', וכיון שהדבר ידוע שנתרצו לחלוק, הרי הי' לכל אחד מהם לכופ חבירו לבנות באמצע, מאי אמרת דלמא כשנתרצו לא נתרצו אלא על מנת שיבנה אחד מהם משלו, ליתא, דריצויין ברור וכו', ואותו תנאי שאתה אומר, אין בו הוכחה כלל, וכל כיוצא בזה תופסין את הודאי ומניחין את הספק עכ"ל, כלומר שאין לו כח לחדש בטענתו דבר שהוא כנגד הסתמיות שלפנינו אע"פ שהוא המוחזק. ולפ"ז יש עוד תירוק על קושיית הט"ז, דהא גם כאן מכיון שאנו רואים מחיצה של גויל לפנינו, ומדינא כך הוא חיובם, א"כ בודאי לפי הסתמיות שניהם בונה בשותפות, דמהיכא תיתי לומר שאחד מהם טען מתחילה שהוא רוצה הו"ד, וא"כ נמצא שהמוחזק בא לחדש בטענתו מילתא דלא חזינן כלל, וא"כ לפי

בעצמו בנה חציו, וא"כ יש כאן הודאת בעל דין שלא היתה כאן שום פרעון עבור כותל כזה שנבנה לגמרי על מקומו של הראשון, וא"כ אכתי קשה קושיית הט"ז למה אין זה שנפל הכותל לתוך רשותו נאמן לומר שהוא בנה את הכל על שלו ושלא נפרע כלום ושאינן כאן שום שותפות כלל.

ועוד דיש לפקפק בכל עיקר ההנחה שכתבנו שהיכא שכנס לתוך שלו משום שחבירו רצה לבנות הו"ד דיכול הוא לתבוע מחבירו לכה"פ את ההוצאות של הו"ד, דעיין בנ"י דמבואר שחבירו יכול לטעון שאינו רוצה לקנות את האבנים כיון שאינם עומדים ברשותו, והמעייין שם יראה שיתכן שזה קאי אליבא דכו"ע ולא רק לפי הרא"ה שהביא שם (ועי' עוד בחזו"א בסי' א' סק"ו שר"ל שכו"ע מודים להרא"ה).

(וכן פשיטא שאינו חייב לקנות את חצי הקרקע של מקום הכותל, כי אינו חייב להוסיף בקניית קרקעות, ורק בנוגע להאבנים צריכים את הטעם של הנ"י כיון שגם אם הי' בונה בתוך שלו הי' צריך להמציא אבנים. ולפ"ז היכא שהיו לו אבנים מוכנים א"כ גם בנוגע להאבנים יוכל לטעון שאינו רוצה להוסיף ברכישת אבנים, ולא נצטרך בכה"ג את הסברא של הנ"י. מיהו באמת גם בכה"ג צריכים את טעמו של הנ"י כי בלא טעם זה הרי יוכל הבונה לומר לחבירו שיתן לו חבירו את האבנים המוכנים.)

והנה לפי תירוצי הקצה"ח והנחל"ד על קושיית הט"ז יוצא שהיכא שנפל הכותל לתוך רשותו ואנו רואים שהוא יותר ממנהג המדינה, יהי' נאמן לומר שהוא כנס לתוך שלו ובנה את הכל משלו כי חבירו לא רצה לבנות יותר מן המנהג (ולא הי' איכפת לו

לחבירו בזה שלא יוכל לסמוך עליו). וכן בעיר חדשה שאין שם שום מנהג ידוע, אשר שיטת רבינו יונה (הובאה לקמן באות ז') היא שדינם הוא לבנות בכפיסין או בלבנים, א"כ אם הכותל הוא יותר מכפיסין ולבנים יוכל זה שנפל לרשותו לטעון שהוא בנה הכל כי חבירו רצה כפיסין או לבנים.

ג. קושיית הרא"ש על החולקים עליו. והנה כבר הבאנו שהרא"ש הביא חולקים על שיטתו שסוברים שהשני יכול לעכב עליו מלכנס לתוך שלו ולעשות הו"ד משום שהוא יכול לטעון שלמחר תפול המחיצה ויצטרך לצעוק עליו בב"ד. והרא"ש דחה את דבריהם וכתב שאין זו טענה משום שמה בכך אם יצטרך לצעוק עליו בב"ד הלא יש שופטים בארץ, והוסיף וז"ל, דאי לא תימא הכי מחיצת הכרם אם תפרוץ תיאסר תבואת חבירו ויצטרך בעל הכרם לבנות גזית וכו' עכ"ל. ולכאורה אין מובן מה היא ראיית הרא"ש מהתם הלא התם לא משמע דאיירי באופן שיש מנהג לבנות בין תבואה לכרם מחיצה של גזית.

ונראה שהרא"ש הבין בדעת החולקים שהטעם למה הם אוסרים עליו להכנס לתוך שלו ולבנות מחיצה שהיא פחותה מן המנהג אינו משום שהוא הולך בזה כנגד המנהג, אלא הרא"ש הבין שהטעם של החולקים עליו הוא משום שמעיקר הדין הרי היא נחשבת מחיצה גרועה (וממילא הרי הוא יכול לטעון שאולי תפול ויצטרך לצעוק עליו בב"ד) כי הם סוברים שבאמת רק גזית חשיבא מחיצה מעלייתא מעיקר הדין אבל בפחות מזה צריכים לחוש שמא תפול ויצטרך להתעצם עמו בדין, רק דהיכא שיש

פחות מהמנהג, אלא שמ"מ הרי זה רק משום שיש כאן מנהג מדינה, אבל במחיצת הכרם, אשר מן הסתם איירי באופן שאין שום מנהג ידוע, הרי הוא שפיר יכול לעשות מחיצה של לבנים כיון שגם זו חשיבא מחיצה מעלייתא על פי דין**), ואם יהי' מנהג לעשות גויל, אז אה"נ הרי הוא יצטרך לעשות גויל.

(ז) בענין גדר הכח של מנהג, וכן בענין מקום שנהגו שלא לבנות.

א. שי' הרשב"א שחייבים לבנות בחצר גם במקום שנוהגים שלא לבנות כלל.

הנה שיטת הרשב"א (הובאה גם בני"י) היא שחייבים לבנות כותל אפילו במקום שנהגו שלא להקפיד על היזק ראי' ושלא לבנות כותל, והיינו משום שמנהג גרוע הוא, ולכן חייבים לבנות כותל גם במקום כזה לפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' שמי' היזק. ודייק כן הרשב"א ממה שמשמע שרק בגינה אמרינן שבמקום שנהגו שלא לבנות אינם חייבים, אבל בחצר בכל גוונא הרי הם חייבים לבנות כותל. והטעם שהחמירו בחצר יותר מבגינה הרי זה משום שלפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' שמי' היזק הרי ההיזק ראי' של חצר הוא גרוע יותר מההיזק

מנהג המדינה לעשות פחות מזה, אז הקילו רבנן והתירו לעשות כמנהג המדינה (עיין בזה באות ז'), ומש"ה היכא שהמנהג הוא לעשות גזית, אינו יכול להכנס לתוך שלו ולבנות פחות מזה, כי זו היא מחיצה גרועה מצד הדין, וליכא בכה"ג המתיר של מנהג, ומש"ה הקשה עליהם הרא"ש שאם רק גזית מיקרי מחיצה מעלייתא על פי דין א"כ גם במחיצת הכרם למה אינו צריך לעשות גזית, דהא מן הסתם איירי באופן שאין שם שום מנהג ידוע, וא"כ אין שם שום דבר שיתיר לו לעשות פחות, ומזה הוכיח הרא"ש שלא כשיטתם אלא דאמרינן שיש שופטים בארץ [ודע שיש לעיין למה נקט הרא"ש גזית ולא גויל או כפיסין*].

מיהו לכאורה יש לדחות את ראיית הרא"ש ולומר שהחולקים הנ"ל סוברים שבאמת גם לבנים חשיבא מחיצה מעלייתא מעיקר הדין, רק שאדרבה חז"ל החמירו וחייבוהו לעשות כמנהג המדינה, וכן אפילו היכא שהוא רוצה לפטור את עצמו ממנהג המדינה ע"י שיכנס לתוך שלו, לא הניחוהו, אלא חבירו יכול להקפיד עליו שיעשה כמו המנהג בטענה שאינו רוצה לצעוק עליו בב"ד, ואע"פ שגם פחות מגזית מיקרי מחיצה מעלייתא אבל בכל זאת הכח של מנהג מעכבו מלהכנס לתוך שלו ולעשות

במה שדייקנו מדברי הרא"ש בתחילת סי' ה', והטור בסי' קנ"ז, והראב"ד, בענין אם הם סוברים שמשפיק בכה"ג אפילו בהו"ד.

** מיהו אולי נצטרך לכה"פ שיעשה לבנים וכמו שנקטתי בפנים, אבל לא הו"ד, וכן סובר רבינו יונה גבי חצר במקום שאין מנהג דסגי בכפיסין או לבנים ולא הו"ד (הובאו דבריו באות ז').

* מיהו לפ"ז יוצא שבמקום שאין שם שום מנהג איך לעשות מחיצה בחצר, יוכל אחד מהם לומר שאינו רוצה להשתתף א"כ יעשו גזית כיון שמעיקר הדין רק גזית מיקרי מחיצה מעלייתא, וזהו דלא כשיטת רבינו יונה שנביא באות ז' דסגי בכה"ג בכפיסין או בלבנים, והמאירי הביא באמת סוברים שצריכים "הרחב שבבנינים". וע"ע לקמן באות ז' בסק"ד וסק"ה

ראי' של גינה. ועיין עוד שם ברשב"א שהוכיח כדינו משיטת ר"ת שהביאו תוס' כאן שאם נהגו לעשות פחות מהוצא ודפנא הרי זה מנהג גרוע ואין הולכים אחריו, וא"כ כ"ש שאין הולכים אחרי מנהג שלא לבנות כלל.

עוד הביא הרשב"א שם שיש חולקים על זה וסוברים שלעולם גם חצר הרי הוא כמו גינה ומהני בו מנהג שלא לבנות (וביאררו דהיינו משום שההיזק ראי' של חצר הרי הוא באמת יותר קטן מההיזק ראי' של גינה, וכן מוכח בגמרא לכה"פ לפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' לאו שמי' היזק). וע"ע ברא"ש בסי' ו' שהביא את ב' הדעות (ועי' בספר משנת רבי אהרן בעמוד כ"ט מה שפלפל בזה בדעת הרמב"ם).

גם צידד הרשב"א לומר שלעולם גם בגינה לא מהני מנהג שלא לבנות, והביא כן מהירושלמי, וכן סובר הריטב"א בדבריו על דף ד' ע"א בשם הרשב"א, וכן מוכח בתוס' בע"ב בד"ה גינה וכו' וכמו שכתב השט"מ שם בד"ה הא וכו' בשם הגלין, והיינו משום שכתבו תוס' שם שחצר הוא יותר קל מגינה גם לפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' שמי' היזק, והרי מדברי תוס' בע"א בשם ר"ת מוכח שחייבים לבנות בחצר גם כשיש מנהג שלא לבנות וכמ"ש הרשב"א, וא"כ כשנצרך לזה את דברי תוס' הנ"ל בע"ב יוצא שכל שכן שבגינה הרי הם חייבים אפילו כשיש מנהג שלא לבנות. ולפ"ז צ"ל דהא דכתבו תוס' בדף ד' ע"א בד"ה הכי וכו' שבגינה מהני מנהג שלא לבנות, הרי זה רק לפי אביי בתוך הסוגיא שם אשר לדידי' מוכרחים לפרש כן בכוונת המשנה ולדידי' יוצא שאיתא כן להדיא בתוך הסיפא וכמו

שביארו תוס' שם, אבל לפי מסקנת רבא שם אין הכרח לומר כן, ואע"פ שאיתא שם שחייבים ב"סתם גינה", אבל י"ל שהכוונה היא גם להיכא שנהגו להדיא שלא לבנות, ולא אתי אלא לאפוקי שאין צריכים שיהי' מנהג חיובי לבנות, אלא לעולם גם ב"סתם גינה" חייבים, אבל לעולם ה"ה להיכא שנהגו להדיא שלא לבנות ונקט התנא סתם גינה אגב בקעה שנקט סתם בקעה וכמו שביאר הרשב"א עיי"ש (מיהו עיין בנחלת דוד בד"ה ת"ש וכן וכו' שייחס לדעת תוס' בד"ה גינה שבין בחצר ובין בגינה שפיר מהני מנהג שלא לבנות).

והנה עיין עוד ברשב"א שהביא בשם רבינו יונה שבעיר חדשה שאין שם מנהג (וכן בעיר שנהגו שלא לבנות לפי הרשב"א), הרי הוא רשאי לבנות אפילו מחיצה של כפיסין או של לבנים (ועי' בפרישה בסי' קנ"ז סק"ז), ואין חבירו יכול לכופו ליותר מזה, אבל אינו יכול לבנות הוצא ודפנא אא"כ חבירו מסכים, והיינו משום שהו"ד מהני רק כשיש מנהג חיובי לעשות כן. ולכאורה צריך ביאור בגדר הדברים למה לחלק בין הו"ד להאחרים. ולהלן בסמוך בסק"ב נכתוב ג' דרכים בזה.

ב. גדר הדבר שהמנהג מחייב.

ובאמת גם עיקר החידוש של המשנה שמנהג מחייב, צריך ביאור, מה הוא הכח של מנהג. ונראה ש"ל בכל זה ג' דרכים.

א', שלעולם מצד עיקר הדין של הרחקת נזיקין מספיק בכותל לבנים, משום שגם זה מיקרי מחיצה מספיק חזקה, דכך שיערו חכמים, והדבר מסור הוא לחכמים לקבוע,

אבל מחיצה מהו"ד, מצד עצם מהותה אין היא נקראת מחיצה כלל נגד היזק רא"י, אלא הרי היא מועילה רק מדין מחילה או בגלל תקנת חכמים ללכת אחר מנהג כזה לקולא, ולכן סובר רבינו יונה שלהוצא ודפנא בעינן מנהג להדיא, אבל במקום שאין שם מנהג אינו יכול לבנות הו"ד, אבל לבנים הרי הוא שפיר יכול לבנות משום שבמקום שאין מנהג גם זה יכול להחשב מחיצה קבועה בשביל סילוק היזק רא"י.

ג', שלעולם מצד עיקר הדין בעינן גויל, רק דהיכא שנהגו בפחות, נקטינן שהוא מוחל, ואפילו אם הוא עומד וצווח שאינו מוחל, בכל זאת אמרינן שבטלה דעתו אצל המנהג של כל אדם (וצ"ע), א"נ שחכמים תיקנו להקל כמו המנהג. ולפי הדרך הזה אכתי אין נראה שום מקום לחלק כחילוקו של רבינו יונה בין לבנים להו"ד, דהא גם לבנים הם פחות מעיקר הדין, וא"כ במקום שאין שם שום מנהג הדין נותן שיעשה גויל.

ג. היכא שקנו בידם לעשות כותל (למ"ד ה"ר לש"ה).

והנה בסוגיית הגמ' מבואר שלפי המ"ד שסובר שהיזק רא"י לא שמי' היזק, איירי מתניתין באופן שקנו מידם לעשות כותל. ולכאורה יש לעיין אמאי חייבים הם להחמיר ולעשות גויל היכא שהמנהג הוא כן, דהא לפי המ"ד הנ"ל א"א לומר את שני ההסברים האחרונים שכתבתי, דהא לפי

רק שחכמים תיקנו לילך בתר המנהג בין לחומרא, כגון בגויל, ובין לקולא, כגון בהו"ד, ולכן סובר רבינו יונה שאינם רשאים לעשות הו"ד אא"כ יש מנהג לעשות כן, אבל לא בעיר חדשה שאין שם מנהג, והיינו כהנ"ל שבלא מנהג הרי נשאר שצריכים לכה"פ מחיצה של לבנים מעיקר הדין. והיכא שנהגו בפחות מהוצא ודפנא שזהו מנהג גרוע וכמש"כ ר"ת, א"נ שנהגו שלא לבנות כלל, בהני גווי לא תיקנו רבנן לילך בתר המנהג כיון שהם מנהגים גרועים*).

שו"ר בחזו"א על ב"ב בסי' א' סק"ב שהסיק כהדרך הזה אלא שבתחילה ר"ל שהכח של מנהג הוא משום שהשותפים עצמם בשעה שנשתתפו או חלקו נתכוונו מן הסתם להשתעבד זה לזה כמנהג המדינה. ושוב הסיק שהכח של מנהג בא מצד תקנת חכמים וכהנ"ל. ועע"ש שהוסיף בזה הסבר וגם דן בכמה ציורים שונים.

ב', דלעולם החיוב מעיקר הדין הוא לבנות דבר שנקרא מחיצה קבועה נגד היזק רא"י, והיכא שיש מנהג, אותו המנהג הרי הוא הדבר שקובע מה נקראת מחיצה קבועה נגד היזק רא"י באותו מקום, דאם המנהג הוא לבנות גויל, אז באותו מקום רק מחיצה מגויל נקראת מחיצה קבועה נגד היזק רא"י, ואם המנהג הוא לבנות מלבנים, אז גם מחיצה מלבנים נקראת מחיצה קבועה נגד היזק רא"י, אלא דהני מילי מלבנים ולמעלה,

* וע"ע בחזו"א על ב"ב בסי' א' סק"ב שהקשה שבמקום שנהגו שלא לבנות שום מחיצה הרי סוף סוף כשנשתתפו הרי עשו על דעת שלא לבנות, וא"כ הרי זה צריך להועיל כמו שתנאי מפורש מועיל לפי הדעות שמחילה מועלת על היזק רא"י, וכן בחצר שאין

בו דין חלוקה למה אינו יכול לטעון שעל מנת לבנות כותל לא איתרצאי לחלוק משום שסמכתי על המנהג שלא לבנות, ובטור מבואר שגם בכה"ג כופין. ותי' שכיון שחכמים קבעו שהוא מנהג גרוע הרי הוא מרופה בלבנות בני אדם ואין סומכים עליו.

המ"ד הנ"ל אין מעיקר הדין שום חיוב כלל, והרי בדרך ב' וג' שכתבתי נקטתי שמנהג אינו משמש כאן ככח עצמאי שמחייבו בדבר שאינו חייב בו מעיקר הדין, וא"כ למה מתחייב הוא להחמיר כמו מנהג המדינה וגם בלי שיטעון שקנה מידו רק על דעת לבנות מחיצה פחותה הרי אין שום סיבה לחייבו במחיצה מעולה (אבל לפי הדרך הראשון שכתבתי שפיר מצינו שיש חיוב להחמיר כמו המנהג אע"פ שמעיקר הדין אינו חייב, דהא לפי הדרך ההוא הרי סגי מעיקר הדין גם בלבנים ובכל זאת המנהג מחייבו לעשות יותר).

וי"ל דנקטינן שכוונתו במה שקנה מידו היתה לחייב את עצמו כמו המנהג.

ד. היכא שנהגו במחצלות.

והנה הרא"ש בריש סי' ה' כתב שאם נהגו במחצלות הרי הוא כופהו לעשות הו"ד. ולכאורה נראה שהוא חולק על רבינו יונה, דהא לפי רבינו יונה לכאורה גם בכה"ג יוכל לכפותו לעשות כפיסין או לבנים משום שכיון שהמנהג לעשות מחצלות הרי הוא בגדר מנהג הדיוט, ואינו בגדר מנהג, הרי זה כמו עיר חדשה שאין שם שום מנהג כלל (וכן נקטתי לעיל בנוגע לעיר שנהגו שלא לבנות כלל).

מיהו יש לדחות ולומר דנהי שמנהג הדיוט אינו נתפס אבל מ"מ הרי נכלל במנהגם גם מנהג שלא לבנות יותר מהו"ד, ודבר זה שפיר נתפס, וממילא הרי זה כמו עיר שנהגו בהו"ד דמורה רבינו יונה דלא בעינן בה כפיסין או לבנים (ולפ"ז גם בעיר שנהגו שלא לבנות כלל יספיק בהו"ד ודלא כמו שנקטתי לעיל). וע"ע לעיל באות ו'

סק"ג ובההערה שם במה שדייקנו מדברי הרא"ש בסוף סי' ה'.

ה. היכא שהשותפין עניים.

ודע שהטור בסי' קנ"ז פסק בשם ה"ר יהודה ברצלוני שאם שני השותפין הם עניים הרי הם יכולים לקחת מצדקה כדי לעשות הו"ד אבל לא יותר ואפילו היכא שנהגו ביותר. ולכאורה צ"ע למה לא יקחו כדי לעשות כפיסין או לבנים לפי מה שפסק להלן שם כרבינו יונה.

וי"ל דס"ל לה"ר יהודה כדברי השט"מ בדף ו' בשם הראב"ד שהבאתי באות ד' שכתב שבאמת כדי לסלק היזק רא"י סגי במחיצה של הוצא ודפנא ואין סיבה לחייבו ביותר מזה, רק שצריכים לבנות כמנהג המדינה כדי שיוכל אח"כ לסמוך עליו תקרה ולעשותו בנין, וא"כ לפ"ז שפיר סובר ה"ר יהודה שאין עניים יכולים לקחת מצדקה כדי לבנות יותר מהו"ד, אלא הרי הם רשאים לקחת רק לצורך סילוק היזק רא"י, אבל רבינו יונה אינו סובר כהראב"ד דהא לפי הראב"ד הדין נותן שבעיר חדשה סגי בהו"ד כי מהיכא תיתי לחייבו ביותר מזה בלי מנהג, וא"כ בע"כ צ"ל דס"ל לרבינו יונה שצריכים כפיסין או לבנים בגלל היזק רא"י, אשר לפ"ז יוצא שעניים יוכלו לקחת מצדקה גם כדי לבנות כפיסין או לבנים.

ח. תד"ה לפיכך (בענין מוחזק ותפיסה).

א. דברי תוס' דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק.

עיין בדבריהם שהקשו על המשנה דגם

היכא שאין שום מוחזק במציאות ממש, אז גם רבנן מודים שכיון שיש ספק לב"ד בלי טענותיהם הרי זה כאילו שניהם מוחזקים, ומש"ה הקשו תוס' דפשיטא שלא מהני הכא מה שנפל לרשותא דחד מינייהו משום דהוי תפיסה ממוחזק לאחר שנולד הספק.

ועי' עוד בקונטרס הספקות בכלל ב' אות ז' בענין מה שדבריהם כאן סותרים את שיטתם בכתובות דף כ' ע"א שתפיסה לאחר שנולד הספק מהני היכא שהוא טוען טענת ברי'. וכתב הקונטרס הספקות ליישב בשם אחיו וז"ל, ואחי אלופי מוהר"ח הכהן שן השיב לי שהתוס' מחלקים בדרך זה, דהיכא שתחילת הדין היא הממע"ה אז מהני תפיסה אפילו אחר שנולד הספק כל שטוען ברי', דכיון דאילו היו באין תחילה לדין הי' ג"כ הדין הממע"ה, אלא שמתחילה הי' הראשון מוחזק ועכשיו השני, ואין הדין משתנה, אבל היכא שתחילת הדין ביניהם יחלוקו כי האי דריש בתרא אפילו תפס אחד אח"כ מפקינן מיני' להעמיד הדין בחזקתו עכ"ל.

מיהו לפי חילוקו אכתי קשה מתקפה אחד בפנינו למה לא מהני התפיסה, שהרי התם אם נאמר שמהני התפיסה אין אנו משנים את הדין כי מה שהדין הי' יחלוקו אין זה בגדר יחלוקו מספק כמו בב"ב כאן, אלא הרי זה רק מדין מוחזק דאנן סהדי שמאי דתפיס האי דידי' הוא כמו כל מוחזק דאינו ממש בגדר אנן סהדי (עי' בזה בקו"ש על ב"ב אות ק"ס), וא"כ ע"י שהוא תופס לא משנים את הדין אלא גם מקודם וגם עכשיו הדין הי' שהמע"ה.

ובספרי על כתובות בח"ב אות ס"ו דנתי

בלא זה שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות כותל, אמאי לא פסקינן יחלוקו מדין ספק, ואפילו היכא שנפל לרשותא דחד מינייהו ונעשה מוחזק אינו בדין שתועיל תפיסתו שהרי הוא נעשה מוחזק לאחר שנולד הספק (דהא הספק נולד בהיותו עוד עומד על תלו דהא תוס' כתבו דהכא מיקרי בגדר דררא דממונא שפירושו הוא שיש ספק לב"ד בלא טענותיהם, וא"כ נמצא שנולד הספק בעודו קיים, הגרנ"ט), ולא מהני כמו שהוכיחו מבקעה.

וכתב הקו"ש באות ח' דהא דלא נחתו תוס' להוכיח מב"מ דף ו' דלא מהני תפיסה לאחר שנולד הספק (והחרשב"א בדף ד' ע"א בד"ה ואיכא למידק וכו' הוכיח באמת מהגמ' בבא מציעא שם), אלא כתבו כן מצד הסברא לחוד, הרי זה משום דהו"א דהתם גרע טפי, דהא התם איירי באופן שתפס ממי שהוא מוחזק ידוע, משא"כ הכא הרי לא תפס ממוחזק ידוע, דהא לא ידעינן למי שייכת הקרקע שעלי' נבנה הכותל. וביאר הקו"ש שבכל זאת ס"ל לתוס' שלא מהני מה שהוא נעשה מוחזק לאחר הנפילה, משום שבאמת גם אצלנו הרי זה נקרא שהוא תפס ממוחזק (אלא שדבר זה לא חזינן מההיא דב"מ, ומש"ה לא הביאו תוס' משם), והיינו משום שהכא גם רבנן מודים להסברא שכתבו תוס' בב"מ דף צ"ז ע"ב בדעת סומכוס דהוה לי' כאילו שניהם מוחזקים, רק שסומכוס סובר כן אפילו היכא שאחד מהם הוא מוחזק ממש במציאות, דגם בכה"ג ס"ל דהוה כאילו שניהם מוחזקים, ומש"ה ס"ל שיחלוקו אפילו כשאחד מהם הוא מוחזק ממש, ועל זה פליגי רבנן וסוברים שהמע"ה, אבל

לומר שמה שתוס' שם סוברים שמהני תפיסה לאחר שנולד הספק כשהוא טוען טענת ברי הרי זה רק כשיש לו גם מיגו שהי' יכול לומר שלא תפס וכגון היכא שתפס שלא בפני עדים, משא"כ בתקפה אחד בפנינו הרי אין לו מיגו, וכן הכא אין לו מיגו שהרי חזינן שנפל הכותל לתוך רשותו.

ב. דברי תוס' בענין למה לא שייך לומר כאן כל דאלים גבר.

שוב העירו תוס' דכיון שלא הי' כאן מוחזק במציאות א"כ למה לא נאמר שכל דאלים גבר. וכתבו דהכא יש דררא דממונא והיכא שיש דררא דממונא לא אמרינן כל דאלים גבר, וכן איתא באמת בגמרא להלן בדף ל"ה דהיכא דאיכא דררא דממונא לא אמרינן כד"ג. ולכאורה יש לפרש שהטעם למה לא אמרינן כד"ג היכא שיש דררא דממונא הרי זה משום דכיון שיש דררא דממונא וספק לב"ד בלי טענותיהם א"כ הרי זה עושה כאילו שניהם הם מוחזקים, והרי היכא ששניהם אוחזים ממש במציאות לא אמרינן כד"ג כמו שביארו תוס' לקמן בדף ל"ד ע"ב, ומש"ה גם היכא דאיכא דררא דממונא לא אמרינן כד"ג, וכן ביאר התוס' רי"ד בריש ב"מ (ולפי ביאורו של הקו"ש שהבאנו לעיל בסמוך יוצא שגם לפני קושיא זו של כד"ג ידעו תוס' דהו"ל כאילו שניהם הם מוחזקים רק שעכשיו הביאו תוס' שבכה"ג לא שייך הדין של ד"ג).

מיהו יש להעיר על דברי התוס' רי"ד ולקמן באות שצ"ט נאריך בס"ד עוד בזה). והקובץ שיעורים כאן באות ט' ביאר בדרך

אחרת את החילוק של דררא דממונא לענין כד"ג עיי"ש.

ג. דברי הקצה"ח בענין למה לא שייך לומר כאן כד"ג.

והנה הקצה"ח בס' קנ"ז סק"ג הקשה על תוס' למה חשיב הכא דררא דממונא יותר מב' אוחזים בטלית דמבואר בב"מ דלא חשיב דררא דממונא (ועיי' בפני שלמה בד"ה בא"ד והא דלא וכו' ולהלן שם מה שכתב על זה). והסיק הקצה"ח דלא כתוס', אלא לעולם לא מיקרי כאן בגדר דררא דממונא, רק דהא דלא שייך לומר כאן כל דאלים גבר הרי זה משום שהכא הרי זה ציור ששניהם הם אוחזים במציאות ממש לעין כל, והיינו משום דמיקרי ששניהם היו מוחזקים בו במציאות ממש בזמן שהי' עומד (ודלא כתוס') שנקטו שבזמן שהי' עומד לא הי' כאן שום מוחזק ידוע במציאות). ובביאור הדבר הביא הקצה"ח את שיטת הרמב"ם שכששניהם יושבים בצד הערימה הרי הם נקראים מוחזקים ואוחזים, וכן הביא את דברי הריב"ש שבגג הבנוי על רה"ר והגג נסמך על ידי שני כותלים שמשני צדי רה"ר הרי בעלי הכותלים ההם נקראים מוחזקים ואוחזים בהגג שמעל הרה"ר, וא"כ גם כאן הרי הכותל נסמך על ידי הקרקע שתחתיו, והרי אותה קרקע מחוברת היא לחצירו של כל אחד מהם, ומש"ה נחשב ששניהם אוחזים את הקרקע ואת האבנים. ועיי' בפני שלמה בד"ה ומ"ש וכו' שהביא שתוס' אינם סוברים כהרמב"ם שיושבים בצד הערימה מיקרי מוחזקים ואוחזים. ואת הראי' מדברי הריב"ש דחה דשאני התם

שהגג שעל הרה"ר נסמך ממש ע"י שני הכותלים שבהצדדים, משא"כ הקרקע שתחת הכותל (כלומר שהיא אינה נסמכת ע"י הקרקע שבצדדים יותר ממה שהיא עצמה סומכת בכחה את הקרקע שבצדדים).

ד. הרמב"ן והרמ"ה.

והנה הרמב"ן בד"ה לפיכך וכו' כתב שלאחר שזכינו להדין של המשנה שהכותל שנפל שייך לשניהם א"כ מעתה אם לכתחילה בנו כותל יותר גבוה מד' אמות (שהוא השיעור שחייבים לבנות) הרי שניהם נקראים מוחזקים באותה תוספת, ואם נפל הרי הם חולקים אפילו אם יש לאחד מהם חזית, אע"פ שלא שייך על זה הטעם של המשנה שהיו מחויבים לבנותו. ולכאורה כוונתו היא כהריב"ש דהיינו שמכיון שעד ד' אמות מחזקינן שהוא של שניהם א"כ מעתה יוצא שמה שהוא למעלה מד' אמות הרי הוא נסמך ממש ע"י הכותל של שניהם, דומיא דההוא גג שהזכיר הריב"ש, ולכן שפיר חשיבי מוחזקים, וציור זה הרי הוא דומה ממש לציורו של הריב"ש (ולא שייך על זה החילוק שכתבנו בנוגע להקרקע), ולא עוד אלא שבאמת ציור זה עדיף מציורו של הריב"ש דהא הכא לאחר שמחזקינן שעד ד"א הוא שלו א"כ יוצא שכל האבנים שהם למעלה מד"א הרי הם מונחים ממש על רשותו דהיינו האבנים והקרקע שלמטה מד"א משא"כ בהציור של הריב"ש הרי הגג רק נסמך ע"י רשותו.

וע"ע ביד רמה בריש אות ג', דיוצא מדבריו דלא כתוס', אלא דשפיר חשיבי מוחזקים על מקום הכותל במציאות ממש, והיינו משום שמקום הכותל משמש את שתי

הרשויות, ודבר זה עושה אותם מוחזקים במציאות ממש, ואע"פ שהרמ"ה איירי שם בנוגע להקרקע שמתחת הכותל, ועל זה הוא דכתב דחשיבי מוחזקים עלי' משום הטעם הנ"ל, אבל בודאי נראה דה"ה דשייכא סברתו גם על אבני הכותל כשהכותל עומד על תלו (אבל כשנפלו האבנים לרשות דחד מיניהו ס"ל שם דשפיר נחשב זה שנפל לתוך רשותו כמוחזק). ועי' בחידושי הגר"ש הכהן בסי' ג' שרצה להכניס את סברתו של הרמ"ה לכוונת תוס'.

ה. דברי הר"י מיגש, ודברי הקצה"ח על הציור של כולו שלי וחצי שלי.

עוד הביא הקצה"ח את פירושו של הר"י מיגש בקושיית הגמרא לקמן בדף ד' דפריך פשיטא, והיינו שכוונת הגמרא היא להקשות שמאחר שתנן כבר בהרישא ששניהם חייבים לבנות א"כ מעתה פשיטא שאם נפל נקטינן שהוא של שניהם (ודלא כתוס') שהסיקו שקושיית הגמרא היא שהדין נותן שיחלוקו גם בלא זה שידעינן כבר ששניהם חייבים לבנות את הכותל), ומתרצינן לא צריכא דנפל לרשותא דחד מיניהו וקמ"ל דשותפין לא קפדי אהדדי אפילו לזמן מרובה וכמו שביאר הקצה"ח עיי"ש. ושוב הקשה הקצה"ח שם על זה דלפי פירושו של הר"י מיגש קשה למה לא הקשה הגמ' את קושיית תוס' דהיינו שנגיד יחלוקו גם בלי זה ששניהם היו מחויבים לבנות, והרי משמע שזה לא הי' קשה מידי להש"ס. ותי' הקצה"ח שבלא לדעת ששניהם היו מחויבים לבנות, א"כ מאחר דאיכא ודאי רמאי, לא היינו אומרים יחלוקו, אלא היינו אומרים יהא מונח עד שיבוא אליהו וכשיטת

של "לפיכך" היינו אומרים יחלוקו, ואפילו בהציוור של כולו שלי וחצי שלי וכהנ"ל. שו"ר שכבר העירו בזה האחרונים.

ו. דברי הרשב"א בדף ד'.

והנה עיין ברשב"א לקמן בדף ד' ע"א שהעיר את הנקודה הנ"ל בתורת קושיא על הגמרא, והיינו דמאי מקשה הש"ס שם פשיטא, הלא שפיר בעינן את הטעם של המשנה ששניהם היו מחויבים לבנות את הכותל ולא סגי לומר שיחלוקו מספק, והיינו משום שאילו היו חולקים מטעם ספק לחוד, הרי בזה אומר כולו שלי וזה אומר חציו שלי לא היינו אומרים יחלוקו. ותירץ הרשב"א שבאמת גם בזה אומר כולו שלי וזה אומר חציו שלי, הדין נותן שנגיד יחלוקו, והיינו משום שהם תפוסים ממש כל אחד בחצי הכותל, והרי זה כמו היכא שידו של זה מגעת עד אמצע הטלית וכן ידו של זה, דבכה"ג אמרינן שיחלוקו אפילו בזה אומר כולה שלי וזה אומר חצי שלי, והא דחשיבי כתפוסים ממש בחצי הכותל הרי זה משום שהקרקע שתחת הכותל שייכת חצי לכל אחד, וז"ל הרשב"א, אבל כאן שהמקום על כרחנו מוחזק ביד שניהם להיות מחצה על מחצה, דמי מהם מוחזק בו יותר, ומסתמא חלק חצירו של זה מתפשט עד מחציתו וזה עד מחציתו, הרי האבנים כאילו מוחזקים ותפוסים כולן ביד שניהם בשוה זה כזה וכו' עכ"ל.

והנה מדברי הרשב"א הנ"ל, וכן מדבריו להלן שם, מבואר שכאן בראשית דבריו הרי הוא סובר שהמקום שתחת הכותל נקטינן בודאות שהוא שייך לשניהם, גם בלא הכרעת מוחזק (וצ"ע באמת למה). מיהו לקמן בסק"ח נביא שבסוף דבריו להלן שם

רש"י בב"מ שהביא שם. ועוד תירץ הקצה"ח שבלא לדעת ששניהם היו מחויבים לבנות א"כ היכא שזה אומר כולו שלי (כלומר שבנה לבדו) וזה אומר חציו שלי (כלומר שבנו אותו בשותפות), לא היינו אומרים שהם חולקים בשוה אלא היינו אומרים שזה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביע וכדתנן בריש ב"מ. ועיין ביד רמה בריש אות ג' שכתב שבאמת בהכי איירי מתניתין ושלכן צריכים את ה"לפיכך".

והנה לכאורה על תוס' נשאר קשה מהציוור הנ"ל שהביא הקצה"ח, והיינו דמה הקשו תוס' שנאמר יחלוקו מספק, הלא צריכים את הטעם של "לפיכך", בשביל הציוור של כולו שלי וחציו שלי. מיהו נראה שתוס' אזלי לשיטתם, דהא תוס' לומדים שאינם נקראים מוחזקים במציאות ממש וכהנ"ל, וא"כ לפ"ז יוצא שגם בלא שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות הדין נותן שיחלוקו ואפילו היכא שזה אומר כולו שלי וזה אומר חציו שלי והיינו משום שזה שאומר חצי שלי הרי הוא נאמן לקבל חצי במיגו דאי בעי אמר כולו שלי (ואם הי' אומר כולו שלי הרי שפיר הי' זוכה בחצי), דהא כל הטעם למה לא מהני מיגו בכה"ג אלא אמרינן שהאומר חצי שלי מקבל רק רביע, הרי זה משום דהוי מיגו להוציא וכמש"כ תוס' בריש ב"מ (ועיי"ש שראשונים אחרים כתבו משום דהוי מיגו מממון לממון), וא"כ זהו רק התם כיון שהם אוחזים ממש, דמשום כך חשיב המיגו מיגו להוציא, אבל הכא הרי לא שייך טעם זה כיון שאינם אוחזים ממש (אע"פ שע"י שיש כאן דררא דמונא חשיב כשניהם מוחזקים), וא"כ נמצא ששפיר הקשו תוס' שגם בלא הטעם

הגמרא שבכל זאת איך ס"ד שהוא נעשה מוחזק, דהא הרי זה דומה להיכא שנפל כלי מחצירו של ראובן לחצירו של שמעון ושמעון טוען שהוא שלו שאין שומעין לו עכ"ד. ונראה שהטעם שלא מהני תפיסה בכה"ג הרי זה משום שכל הטעם שתפיסה קודם שנולד הספק מהני (היכא דידעינן שתפס) הרי זה רק משום שיש בהתפיסה גם כמדה מסוימת של הוכחה, דהיינו ממה שמסר נפשו לתפוס בכח (דוגמת הסברא שכתב הרא"ש שכד"ג הרי הוא בגדר בירור שהוא שלו דהא חזינן שמסר נפשו יותר מחבירו), ומש"ה היכא שהכלי בא לרשותו דרך נפילה ולא בדרך תפיסה בכח, אין זה מועיל.

ועיי"ש ברשב"א שתירץ על קושייתו דהא דלא מהני נפילה הרי זה רק כשנפל החפץ מרשותו של ראובן שהיתה מבוררת לו בתורת ודאי (דרך בכה"ג הרי אנו צריכים את הכח של רא"י שיש בתפיסה), אבל הכא הרי הוא מקבל את חצי הקרקע רק בתורת ספק (אלמלא שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות), ולכן שפיר היתה מועלת הך תפיסה של נפל לרשותא דחד מינייהו אע"פ שאין בה שום כח של הוכחה (וזהו שכתבתי לעיל שהרשב"א חזר בו בסוף דבריו ממה שכתב בתחילת דבריו שהמקום הוא מבורר לשניהם, אלא הרי הוא סובר שהוא מקבל את הקרקע רק מטעם ספק בלי שום בירור ופסק של וודאות, אלמלא שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות).

ט. דרכו של הנחל"ד בכיאור דברי הגמ' בדף ד'.

וע"ע בנחלת דוד בד"ה מיהו יש לומר

נחית לומר שגם אודות המקום אין אנו יודעים בבירור, וכוונת הגמרא במה שהקשה "פשיטא", היא להקשות גם על הקרקע דהיינו שגם בלא ה"לפיכך", דהיינו שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, פשיטא שיחלוקו מדין ספק (כן משמע כוונתו שם ולא מטעם מוחזקים). מיהו לפ"ז הדרה קושייתו לדוכתה, דמאי פריך פשיטא, הלא צריכים את הטעם של "לפיכך" בשביל הציור של כולו שלי וחציו שלי.

ז. עוד בדברי הרשב"א שם.

והנה הגמרא בדף ד' תירצה דאיירי המשנה באופן שנפל הכותל לרשותא דחד מינייהו דס"ד שיזכה משום שנעשה מוחזק. והקשה הרשב"א שם על זה דהא הויא תפיסה לאחר שנולד הספק, וא"כ איך ס"ד שיזכה (וכמו שהעירו תוס'), ותירץ דשפיר מהני התפיסה כיון שאירעה התפיסה לפני שבאו לב"ד עיי"ש. ודבריו אלו הם דלא כדברי תוס' כאן שסוברים שגם זה מיקרי תפיסה לאחר שנולד הספק. וכתב הגרנ"ט שתוס' אזלי לשיטתם שהרי תוס' כתבו שמיקרי כאן דררא דממונא, כלומר שגם בלא טענותיהם יש ספק לב"ד, וא"כ יוצא שהספק התחיל גם קודם שטענו בב"ד, וגם כשהכותל הי' עומד על תלו הי' נקרא שיש כאן ספק, ומש"ה אע"פ שנפל לרשות דחד מינייהו לפני שטענו בב"ד, הרי זה אכתי מיקרי תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל הרשב"א סובר שלא מיקרי דררא דממונא, וממילא שפיר מיקרי תפיסה קודם שנולד הספק משום שהספק התחיל רק כשטענו בב"ד.

ח. עוד בדברי הרשב"א שם.

שוב הקשה הרשב"א שם על התירוצ' של

וכו' בהדרך שרצה לומר בביאור קושיית הגמרא שם (לפי פירושו של רש"י בדף ד'), והיינו דפריך הגמ' דפשיטא שגם בלא ה"לפיכך", דהיינו שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, צריכים לחלוק בשוה מספק, וס"ד דאיירי באופן שנפל לתוך רשות שניהם בשוה באופן שנעשו עכשיו מוחזקים, ולא נפל תחתיו ממש על המקום המסופק שאז אין שום מוחזק, ולכן אפילו באופן שזה אומר כולו שלי וזה אומר חציו שלי, הדין נותן שיחלוקו משום שנעשה עכשיו מוחזק על חצי, ואע"פ שנעשה מוחזק לאחר שנולד הספק, אבל מ"מ מכיון שאם הי' אומר כולו שלי, הי' שפיר מקבל חצי גם בלי מוחזקות, א"כ שפיר מהני תפיסה גם לאחר שנולד הספק לזכות אותו לכה"פ בהחצי שהי' יכול לקבל על ידי טענת כולו שלי, ועל זה מתרץ הש"ס דאיירי באופן שנפל לרשותא דחד מינייהו, ואין כוונת הגמרא בזה לומר שהוא נעשה על ידי זה מוחזק על הכל, דהא ליתא, שהרי לענין זה שפיר יש כאן חסרון של תפיסה לאחר שנולד הספק, אלא כוונת הגמרא היא לומר שבכה"ג אם השני שלא נפל לתוך רשותו אומר חצי שלי, הרי הדין נותן שיקבל רק רביע, דהא אין לו בכה"ג הכח של מוחזקות, ולכן שפיר בעינן את ההוכחה של "לפיכך". וע"ע בהמשך דבריו שם מה שפלפל בזה.

ט) תד"ה לפיכך (שותפין לא קפדי אהדדי ומוחזק).

א. יישוב על קושיית המהרש"א על תוס'.

הנה תוס' הקשו שגם בלא הטעם של

"לפיכך", דהיינו שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, גם בלא"ה נימא יחלוקו משום ספק, ואפילו באופן שנפל לרשותא דחד מינייהו נימא יחלוקו משום דהויא תפיסה לאחר שנולד הספק. והקשה המהרש"א למה לא כתבו דלא מהני מה שנפל לרשותא דחד מינייהו משום שיש כאן ספק שמא הם שותפין ובשותפין לא מהני תפיסה משום דשותפין לא קפדי אהדדי וכמו שהזכירו תוס' להלן בדבריהם סברא זו.

מיהו לכאורה יש ליישב דהא תוס' כאן סוברים שהציוור של המשנה מיקרי דררא דממונא וכמו שביארו בתוך דבריהם, וכבר ביאר הקו"ש בחלק ב' סי' ט' אות ג' דהיכא שיש דררא דממונא לא בעינן את כח הראי' שיש במוחזק, דהיינו החזקה של כל מה שתחת יד אדם שלו הוא, אלא סגי בעצם העובדא שהוא תפוס בו כדי לומר שהמוציא מחבירו עליו הראי', וא"כ לפ"ז לא הי' מספיק כאן לומר דלא מהני תפיסה משום ששותפין לא קפדי אהדדי, והיינו משום שכלל זה סגי רק כדי לבטל את כח הראי' שיש במוחזק ולומר שממה שהוא תחת ידו אין ראי' שהוא הבעלים משום שיתכן שהוא תחת ידו רק מכח השותפות, ובאמת הכא גם בלא"ה אין את כח הראי' של מוחזק דהא ידעינן שהגיע לידו בדרך נפילה דממילא, אבל בכל זאת אע"פ שאין כאן הכח של ראי' שיש במוחזק אבל תפוס מיהא הוה, והרי בנידון דידן סגי בזה לחוד שהוא תפוס כיון שיש כאן דררא דממונא, ולכן שפיר הוצרכו תוס' לומר שאינו נקרא בכלל בגדר מוחזק משום דהויא תפיסה לאחר שנולד הספק.

להדיא חזינן ששפיר נקטו שבזמן מועט לא מהניא תפיסתו משום ששותפין לא קפדי אהדדי, וא"כ אכתי צ"ע שגם כאן בתחילת דבריהם למה לא כתבו כן.

מיהו באמת תוס' לא כתבו להדיא בסוף דבריהם שלא מהני תפיסה בזמן מועט משום ששותפין ל"ק אהדדי, אלא לעולם י"ל כהנ"ל שהטעם היחידי הוא משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, וכהנ"ל שלא סגי כאן בטעמא דשותפין ל"ק אהדדי, רק שתוס' באו לתרץ שנהי שאין כאן הכח של מוחזק (משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק) אבל בכל זאת בזמן מרובה יש מיהא את כח הראי' של קפדי אהדדי משא"כ בזמן מועט ליכא ראי' זו משום ששותפין לא קפדי אומן מועט. ועוד דתוס' שם קאי על טענת לקוח כמו שנביא להלן, והרי בטענת לקוח ליכא דררא דממונא וספק בלי טענתו, וא"כ התם צריכים את כח הראי' שיש במוחזק, ולכן שפיר סגי שם לומר שלא מהני תפיסתו משום ששותפין ל"ק אהדדי.

ב. תירוצו של הגר"ח מטלז.

והנה הגר"ח מטלז תירץ את קושיית המהרש"א באופן אחר, והיינו שמאי דאמרינן ששותפין לא קפדי אהדדי הרי זה רק לשון אחד בהגמרא בסוף ב"מ שם, אבל שאר הלשונות שם פליגי על זה, וא"כ י"ל שתוס' רצו כאן לתת טעם לפי כל הלשונות למה לא מהני תפיסתו, אבל להלן כשהוצרכו לאוקמה בזמן מרובה, שפיר ביארו שבזמן מרובה גם שותפין קפדי אהדדי, והיינו משום שרצו ליישב גם לפי הלשון שסוברת ששותפין לא קפדי אהדדי.

והנה לכאורה יש לפקפק על דרכנו הנ"ל דהא מרש"י בב"מ דף קט"ז מבואר שהכלל של שותפין לא קפדי אהדדי מפקיע גם את כל עיקר השם של תפיסה ולא מיקרי בכלל שהוא בגדר תפוס, והיינו משום דאמרינן שמכיון שהם שותפין הרי הוא משאיל לחבירו את מקומו של החפץ, וא"כ לפ"ז הדרה קושיית המהרש"א לדוכתה דאמאי לא כתבו תוס' דהא דלא מהני תפיסתו הרי זה משום שיש צד לומר שהם שותפין ושותפין לא קפדי אהדדי אשר זהו טעם לומר שאינו נקרא בכלל בגדר תפוס משום דספק תפוס לא מיקרי תפוס וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ח סק"ט.

מיהו לכאורה לא שייך לומר כאן כדברי רש"י בב"מ שם, והיינו משום שהכא ידעינן בודאות שאינו משאיל לו מקום, שהרי הוא טוען שחבירו אינו שותף כלל אלא שהכל הוא שלו, וא"כ אפילו אם הוא משקר אבל הא ודאי שאינו משאיל לו מקום, ורק בב"מ שם דאיירי בשמא ושמא, רק שם אמרינן שאם האמת הוא שהאבנים הם של השני הרי הוא משאיל להשני מקום, וא"כ אכתי י"ל כדרכנו הנ"ל והיינו שלא כתבו תוס' כאן את הטעם של שותפין לא קפדי אהדדי משום שהכא סגי בזה לחוד שהוא תפוס (כיון שיש כאן דררא דממונא), והרי גם אם נאמר כאן ששותפין לא קפדי אהדדי, אכתי תפוס מיהא הוה וכהנ"ל.

מיהו אכתי יש להקשות על זה מדברי תוס' להלן כאן בתירוצם, דהא תוס' תירצו שצריכים את הטעם של "לפיכך" להיכא שנפל לרשותא דחד מינייהו ושהה ברשותו זמן מרובה, דבכה"ג הי' זוכה משום שגם שותפין קפדי לזמן מרובה עיי"ש, וא"כ הרי

ג. תירוצם של המהרש"א והמהר"ם. והנה המהרש"א עצמו תי' על קושייתו שתוס' לא כתבו את הטעם של שותפין לא קפדי אהדדי משום דס"ל שכלל זה אמרינן רק היכא ידיע שותפתייהו וכשיטת הר"ח והרי"ף לקמן בדף ד' ע"א (הובא ברש"י שם). ומשמע מהמהרש"א שרצונו לומר שכן ס"ל לתוס' לפי האמת. מיהו לכאורה יש לתמוה, דהא להלן בדבריהם חזינן ששפיר הזכירו תוס' את הכלל של שותפין לא קפדי אהדדי אע"פ שלא ידיע שותפתייהו. ומן התימה שהמהרש"א בעצמו הזכיר בתוך דבריו את סוף דברי תוס' שהזכירו ששותפין לא קפדי אהדדי.

ובאמת גם המהר"ם כתב כהמהרש"א והעיר כהנ"ל מסוף דברי תוס', וכתב שהתם אזלי תוס' לבתר דידעינן כבר שכופין את שניהם לבנות כותל, ולכן אח"כ, כשהוא טוען שהוא לבדו בנה אותו, הרי זה כמו ידיע שותפתייהו. מיהו לכאורה דבריו אינם מובנים דהא תוס' שם קאי לפני שידועים ששניהם חייבים לבנות, ובפירוש נקטו שם שגם בלא זה ששניהם חייבים לבנות, ג"כ הוה אמרינן יחלוקו, אפילו היכא שנפל לרשותא דחד מינייהו היכא ששהה רק זמן מועט, משום ששותפין לא קפדי אהדדי.

וראיתי מתרצים דהתם בסוף דבריהם כוונת תוס' היא רק להציר שהזכירו שם שהוא טוען לקוח, דהא בכה"ג מכיון שהוא מודה ששניהם בנו אותו הרי שפיר ידיע שותפתייהו ולכן שפיר שייך לומר ששותפין לא קפדי אהדדי. מיהו המהר"ם

לא כתב משום שמודה אלא משום ששניהם חייבים לבנות. ועיין בתוס' רעק"א כאן באות ג'.

ד. דברי הפני שלמה.

ועיין גם בפני שלמה שהביא את הקושיא הנ"ל על המהר"ם בשם האחרונים, והוא תירץ שכוונת תוס' במה שהעמידו בזמן מרובה היא לתרץ ב' קושיות, א', את הקושיא שהזכירו תוס' לעיל דהיינו שגם בלא זה ששניהם חייבים לבנות הדין נותן שיחלוקו מדין ספק, ועל זה כתבו תוס' שזוהי באמת קושיית הגמרא בדף ד' ושכוונת הגמרא היא לתרץ דאיצטריך להיכא שנפל לרשותא דחד מינייהו ושהה ברשותו זמן מרובה, ועוד כיוונו תוס' לתרץ גם קושיא אחרת והיינו שנהי צריכים לזה ששניהם חייבים לבנות אבל הלא לאחר שתנן כבר בהרישא ששניהם חייבים לבנות למה לו להתנא למיתני את הסיפא, הלא פשיטא שאנו צריכים לנקוט ששניהם קיימו את חיובם ושכנוהו בין שניהם (וזוהי באמת קושיית הגמ' בדף ד' לפי פירושו של הר"י מיגש, וכתב הנחל"ד שכן צ"ל שהבינו תוס' בתחילת דבריהם את קושיית הגמ' בדף ד'), וגם זה מתורץ על ידי דברי תוס', והיינו משום שצריכים את הסיפא כדי לומר שמהני הטעם של "לפיכך", דהיינו שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, אפילו כנגד הראי' של שתיקה לזמן מרובה, ובנוגע להקושיא השני' הזאת, דאיירי לאחר שידעינן כבר ששניהם חייבים לבנות, בנוגע להקושיא הזאת כיוונו תוס' לומר שבזמן מועט אמרינן ששותפין לא קפדי אהדדי ושמשום כך לא מהניא תפיסתו, אבל בנוגע

להקושיא הראשונה שהקשו שנאמר יחלוקן גם בלא הטעם ששניהם חייבים לבנות, אז הסיבה היחידה לומר שלא מהניא תפיסתו (בלי זמן מרובה) הרי היא רק משום דהויא תפיסה לאחר שנולד הספק עכ"ד הפני שלמה.

מיהו אכתי אין הדבר מוסחבר, משום שנהי שתוס' כיוונו בזה להיכא שידעינן כבר את הרישא ששניהם מחויבים לבנות, אבל אכתי למה חשיב משום כך שידיע שותפתייהו, הלא על זה גופא אנו דנין, אם קיימו שניהם את חיובם לבנות או לא, וסוף סוף לא ידעינן בבירור שהיו פעם שותפין, שהרי המוחזק טוען שהוא בנה אותו לבדו ושלא היתה כאן שום שותפות כלל, וא"כ לא שייך אלא לומר שמחזקינן ששניהם בנו אותו אבל לא שייך להכריע לטובת שניהם מצד ששותפין לא קפדי אהדדי.

ה. דרכו של הקהללות יעקב.

ובספר קהללות יעקב ראיתי ביאור אחר בדברי תוס' כאן, והיינו שעיקר הסברא של שותפין לא קפדי אהדדי היכא דידיע שותפתייהו היא כך, דכיון שבודאי היו פעם שותפין א"כ משום כך יש לו חזקת מרא קמא, והיכא שיש לו חזקת מרא קמא לא סגי בעצם העובדא שהשני הוא תפוס אלא בעינן גם את כח הראי' שיש במוחזק, וזה הרי ליכא בשותפין כיון שלא קפדי אהדדי, אבל לעולם הרי הוא שפיר מיקרי בגדר תפוס (ועי' להלן בסק"ח בשם רבינו יונה), אפילו לפי הצד שהם שותפין, דאילו לא הי' נחשב בגדר תפוס כלל, א"כ גם כשלא ידיע שותפתייהו, אלא השני רק טוען שהם שותפין, אינו בדין שתועיל תפיסתו, דהא

כבר כתב הקצה"ח בסי' פ"ח סק"ט שספק תפוס לא מיקרי תפוס, וא"כ בע"כ צ"ל שהרי הוא בודאי נחשב במציאות בגדר תפוס, אפילו אם לפי האמת הם שותפין, רק דהיכא שידיע שותפתייהו ויש כאן חזקת מרא קמא, צריכים גם לכח הראי' שיש במוחזק, וזה הרי ליכא כיון ששותפין לא קפדי אהדדי, אבל היכא שלא ידיע שותפתייהו ואין כאן חמ"ק הרי סגי באמת בזה לחוד שמיקרי תפוס, ולכן אצלינו דקיימינן שלא ידיע שותפתייהו, שפיר הוצרכו תוס' לומר בקושייתם שלא חשיב בכלל בגדר מוחזק משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק (וזהו כתיורצו של המהרש"א שצריכים ידיע שותפתייהו), והא דמשמע מסוף דבריהם שלא מהני הכא חזקתו (בזמן מועט) משום ששותפין לא קפדי אהדדי אע"פ שהכא לא ידיע שותפתייהו, הרי זה משום שהתם אזלי תוס' לאחר שכבר זכינו לדין שהי' נקרא שהי' כאן ספק על הכותל בעוד היותו בנוי ושבההיא שעתא היינו פוסקים יחלוקן מספק, דלפ"ז י"ל שכיון שבההיא שעתא היינו פוסקים יחלוקן הרי זה כאילו יש לכל אחד מהם חזקת מרא קמא בחצי הכותל, ולכן גם בכה"ג הרי זה כמו ידיע שותפתייהו וצריכים את הכח של ראי' שיש במוחזק ולכן שפיר כתבו תוס' שבזמן מועט אין כאן הכח של ראי' משום ששותפין לא קפדי אהדדי עכ"ד הקה"י.

מיהו קשה לי על זה דהא הכא לכאורה גם בלא"ה אין כאן הכח של ראי' שיש במוחזק, דהא ידעינן שנפל לרשותו בדרך ממילא, וכבר הזכיר הקה"י עצמו סברא זו לעיל (והרי גם שהה שם רק זמן מועט באופן שאין עליו טענה של למה לא מיחה).

צריכים גם זמן מרובה וגם מיגו.

הנה כתבו תוס' שהיכא שנפל לרשותא דחד מינייהו ושהה ברשותו זמן מרובה היינו אומרים שיזכה משום שיש לו מיגו דאי בעי אמר שקנהו ממנו. והקשה רעק"א בגליון הש"ס דמכיון ששהה ברשותו זמן מרובה, הרי יש כאן הוכחה טובה שהוא בנה אותו, דהיינו משום שלא מיחה חבירו, וא"כ למה לא סגי בזה לחוד, ולמה צריכים לצרף לזה את המיגו. והפני שלמה שם תירץ דנהי ששהה ברשותו זמן מרובה אבל מ"מ זה לבד אינו מספיק כדי ליצור הו"א כנגד מה שהדבר נראה ששניהם בנוהו, אלא צריכים דוקא לצרף לזה את המיגו (אבל טענת לקוח עדיפא מטענת בניתי כי כשהוא טוען לקחתי הרי הוא מודה ששניהם בנוהו משא"כ נגד טענת בניתי יש שפיר סתירה מחזקה זו). וזהו כפירושו הנ"ל שתוס' כאן קאי לאחר שכבר ידעינן שעל שניהם לבנות.

ז. דרכו של הגרנ"ט.

ובקובץ שיעורים כאן בשם הגרנ"ט, וכן בספר חידושי הגרנ"ט כאן, הובא עוד דרך איך ליישב את קושיית רעק"א, והעולה מדבריהם הוא כך, דלעולם אע"פ ששהה בידו זמן מרובה ויש כאן ראי' שהוא שלו כי השותף השני הי' צריך למחות, אבל בכל זאת אין זה בגדר ראי' חיובית שבכחה להכריע כנגד ראי' אחרת, אלא הרי היא מועילה רק כדי להוות ספק, דהיינו שכשיש ראי' אחרת כנגדה הרי היא מועילה כדי לבטל את אותה ראי' ולעשות מצב של ספק באופן שיוכל לזכות בכח תפיסתו, והרי גם כאן בתוס' יש כעין ראי' אחרת כנגדה דהא כבר הבאנו מהמהרש"א והמהר"ם

ועוד דהא הר"ח שכתב שצריכים ידיע וכמו שפירש"י שם דכיון ששותפין לא קפדי אהדדי נקטינן שהשאל לז' מקום בחצירו, וא"כ איך כתב הר"ח על זה שצריכים ידיע שותפתייהו, הלא גם אם לא ידיע שותפתייהו, הרי יש כאן ספק אם הוא נקרא בכלל בגדר תפוס, ולא מהני לפי הקצה"ח.

ועכ"פ לפי דרכו אפשר לומר כעין דרכו של הפני שלמה בביאור דברי תוס', דהנה כבר הבאנו שהפני שלמה כתב שתוס' בסוף דבריהם כתבו את הטעם של שותפין לא קפדי אהדדי משום שקיימי שם לאחר שכבר יודעים ששניהם חייבים לבנות את הכותל, וממילא הרי זה חשיב כמו ידיע שותפתייהו, וכבר הקשינו דהא בכל זאת על זה גופא אנו דנין אם בנו בשותפות או לא וא"כ למה חשיב כידיע שותפתייהו, וא"כ לא שייך לומר שיחלוקו אלא משום שמחזקינן ששניהם בנו אותו אבל לא שייך לומר יחלוקו מטעם דלא חשיב מוחזק משום ששותפין לא קפדי אהדדי. מיהו לפי הנ"ל יש לבאר כוונת תוס' באופן אחר קצת והיינו שכיון ששניהם היו חייבים לבנות את הכותל א"כ אפילו אם אין זה עושה חזקה ששניהם קיימו את חיובם לבנות אבל מ"מ הרי זה גורם שצריכים את כח הראי' שיש במוחזק כדי לומר שאחד מהם לבדו בנהו, ולא סגי בתפיסה לחוד, והכא הרי ליכא לכח הראי' כיון ששותפין לא קפדי אהדדי, וא"כ שפיר כתבו תוס' טעם זה של שותפין ל"ק אהדדי, דהא גם כאן צריכים אנו את כח הראי' של מוחזק כמו היכא ידיע שותפתייהו.

ו. קושיית רעק"א על תוס' למה

דהכא חשיב כמו ידיע שותפתייהו, וביארו המהר"ם והפנ"ש דהיינו משום שתוס' קיימי לאחר שכבר ידעינן ששניהם חייבים לבנות אשר זה גורם שהדבר נראה ששניהם בנוהו ושאינו של זה שנפל לתוך רשותו (ובשם הקהלות יעקב כתבנו שתוס' אזלי שכיון שכשהי' עומד היינו פוסקים יחלוקו מספק הרי זה כאילו יש חזקת מ"ק שהוא שיך (לשניהם), ודבר זה מבטל את כח הראי' שיש במוחזקות כי שותפין ל"ק אהדדי, וא"כ מעתה נהי שמהני מה ששהה ברשותו זמן מרובה כדי לבטל את ההוכחה ששניהם קיימו את חיובם לבנות ולהוות מצב של ספק, אבל בכל זאת אכתי צריכים להמיגו כדי להכריע את הספק, ולא סגי בהכח של מוחזק, דהא הויא תפיסה לאחר שנולד הספק, ולכן שפיר צריכים את המיגו שהי' יכול לומר לקוח, ובטענת לקוח שפיר הי' נאמן עי"ז ששהה בידו זמן מרובה, והיינו משום שזה ששהה בידו זמן מרובה הי' מועיל לבטל את מה שהדבר נראה ששניהם בנוהו ולהוות מצב של ספק ושוב הי' זוכה ע"י שהוא המוחזק, דהא בנוגע לטענת לקוח לא חשיב תפיסה לאחר שנולד הספק, דהא הספק הזה אם הוא לקוח או לא מתעורר רק עכשיו על ידי טענתו, בזמן שהוא כבר תפוס, אבל בשביל טענת בניתי לא סגי בזמן מרובה לחוד אלא שפיר צריכים לצרף את המיגו וכהנ"ל (ובזה קמ"ל המשנה שהטעם של "לפיכך", דהיינו שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, הרי הוא אלים יותר ממיגו ביחד עם ההוכחה של זמן מרובה). כן נראה לומר בכונת הקו"ש והגרנ"ט, עיי"ש שדבריהם סתומים קצת.

והנה הגרנ"ט המשיך להקשות על הביאור הנ"ל דאכתי למה מהני מה שהוא מוחזק כשהוא טוען טענת לקוח, הלא נהי שמה ששהה בידו זמן מרובה מועיל להכריע את מה שנראה ששניהם בנוהו לספק, אבל בכל זאת מאחר שהוא ספק אם הם עדיין שותפין או אם קנה את חלקו ממנו, א"כ אכתי בדין הוא שלא תועיל תפיסתו, והיינו משום שלפי הצד שהם שותפין הרי אינו בגדר מוחזק כלל אלא הרי הוא משאיל מקום לחבירו בשביל חלקו בהכותל, דזהו הביאור במאי דאמרינן ששותפין לא קפדי אהדדי וכמש"כ רש"י בב"מ דף קט"ז ע"ב, וא"כ יוצא שיש כאן ספק בזה גופא אם הוא בגדר תפוס, וא"כ למה הוא זוכה. ותירץ הגרנ"ט דנהי שיש כאן ספק אם השאיל לו מקום או לא, אבל הלא איהו יש לו חזקת מרא קמא על הקרקע שלו, וא"כ הרי זה מכריע שלא השאיל לחבירו את הקרקע ולכן הרי הוא שפיר נקרא מוחזק על האבנים. מיהו לא הבנתי את עיקר קושייתו הנ"ל של הגרנ"ט, והיינו משום שהכא ידעינן בודאי שאינו משאיל לו מקום, דהא איהו טעין שאינו שותף אלא שהכל הוא שלו, וא"כ אפילו אם הוא משקר, אבל בכל זאת הא ודאי שאינו משאיל לו מקום, ורק בב"מ שם דאירי בשמא ושמא, רק שם אמרינן שאם האמת הוא שהאבנים הם של השני הרי הוא משאיל לו מקום, וצ"ע.

(שוב הראוני ששיעור זה של הגרנ"ט נמצא בין כתבי הגאון ר' שלמה היימן זצ"ל ביתר ביאור והרי הוא נדפס בספר וזאת ליהודה הוצאת ישיבת חברון בעמוד תק"ג.)

ח. דברי הנתיחה"מ והשט"מ.

מיהו ראיתי בנתיחה"מ בסי' קע"ט סק"ב שנקט ג"כ שגם אצלינו הכוונה בשותפין לא קפדי אהדדי היא שהשותפין משאילים מקום אחד להשני, דעיי"ש שהקשה הנתיחה"מ למה להו לתוס' להא ששה ברשותו זמן מרובה, תיפוק ל' גם בלא"ה משום מיגו דאי בעי כפר שהאבנים הן אצלו (כי איירי כשאין האבנים יוצאות מתחת ידו כמו שהוכיח שם), ותירץ הנתיחה"מ דכיון שהוא משאיל לו מקום וכמש"כ רש"י בב"מ, א"כ הרי זה כמו מיגו להוציא עיי"ש, אלא שבשם כל הפוסקים כתב שהיכא שיש לו מיגו, שפיר מהני המיגו נגד הכלל של שותפין לא קפדי אהדדי (ואפילו בלא שהה ברשותו זמן מרובה).

וע"ע בשט"מ בדף ד' ע"א בד"ה עלה בדינו וכו' בשם רבינו יונה שהסביר שמכיון ששותפין לא קפדי אהדדי, ממילא אין כאן הכח של רא"י שיש במוחזק, ולא הזכיר בכלל את הענין של שאילת מקום, ולכאורה משמע דרכנו הנ"ל שהכא לא שייך הענין של שאילת מקום.

י. תד"ה לפיכך.

הנה תוס' מעמידים את המשנה באופן שזה שנפל לתוך רשותו טוען בנתי. מיהו הרמב"ם בספ"ב מהל' שכנים הביא את הדין של לפיכך על היכא שהוא טוען טענת לקוח וקמ"ל שכיון שידעינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות ושהיו שותפין לא מהני מה שהוא מוחזק משום ששותפין לא קפדי אהדדי, ועיינן בזה באריכות באות ל"ז.

יא. תד"ה לפיכך.

עיינן בדבריהם שכתבו וז"ל, אבל הכא מעיקרא נולד הספק וכו' עכ"ל. ועי' בקונטרס הספקות בכלל ב' באות ז' שהבין שכוונתם היא לומר שתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני, וכן הבין הקו"ש כאן באות ח', ועיינן בקונטרס הספקות שם מה שביאר בשיטתם, וכן עיינן בדברי תוס' לקמן בדף ק"ה ע"א בד"ה אבל.

והאור שמח בפ"ב מהל' שכנים הט"ז ביאר בדרך אחרת את דברי תוס' כאן, והיינו שאין כוונתם לתפיסה לאחר שנולד הספק, אלא כוונתם היא משום שמכיון שעל הקרקע אין שום מוחזק, ונשאר הדין שיחלוקו, א"כ ממילא האבנים נגררים אחר הדין של הקרקע כיון שהם טוענים על שני הדברים דהיינו גם על הקרקע וגם על האבנים, והרי זה דומה למה שכתבו תוס' בדף ל"ג ע"א לענין קרקע ופירות, שהיכא שהוא מפסיד את הקרקע בדין, הרי הוא צריך לשלם גם את הפירות של הקרקע, משא"כ כששהו ברשותו זמן מרובה ויש לו מיגו, אז שפיר יתכן להפריד את הקרקע מהאבנים כמו שמבואר בסוף דברי תוס' וכמו שביאר האו"ש שם (ועיי"ש שביאר האור שמח למה התם בדף ל"ג אפילו מיגו על הפירות לא מהני להפרידם מהקרקע).

מיהו יש לעיינן בעצם הדמיון שדימה האור שמח לההיא דדף ל"ג, דהא התם איירי באופן שידעינן בודאות שלהקרקע ולהפירות יש דין אחד ושא"א להפריד ביניהם, אבל הכא נהי שהוא עצמו טוען שגם הקרקע שתחת הכותל, וגם גוף הכותל, הרי הם שלו, אבל הלא אין שום הכרח לזה, אלא לעולם יתכן שהקרקע היא של שניהם

ואילו האבנים הם כולם שלו, וא"כ אולי שפיר יש להפריד את דין האבנים מדין הקרקע ולומר שתפיסתו על האבנים מהניא לו, וצ"ע.

יב) תד"ה לפיכך (בענין חזית בחצר).

וז"ל, כיון שאין חזית לא לזה ולא לזה כדפריך בגמ' גבי בקעה לא יעשה חזית לא לזה ולא לזה ואי הוה דהאיך שנפל לרשותו מאי פריך וכו' עכ"ל. וכתב הש"ך בסי' קנ"ז סק"י שמדברי תוס' אלו מוכח שהם סוברים שגם בחצר תיקנו דין חזית כמו בבקעה. ופירשו האחרונים שהש"ך הבין שכוונת תוס' היא שמה שאין חזית לא לזה ולא לזה הרי זה משמש לראי' חיובית ששניהם בנוהו, והיינו משום שכיון שתיקנו חזית בחצר א"כ אם איתא שאחד מהם בנהו לברו, הי' לו לעשות חזית, ולכן אם לא עשו לא זה ולא זה הרי זה נראה ששניהם בנוהו, ומשום הכי הקשו תוס' שגם בלא הדין ששניהם בונים את הכותל בעל כרחם נימא יחלוקו. והקשה הקצה"ח שם בסק"ו על הש"ך דהא תוס' קיימי בלא הדין ששניהם בונים את הכותל בעל כרחם, ובלא הדין ששניהם בונים את הכותל בעל כרחם הרי בודאי היו מתקנים חזית גם בחצר וכמו שביאר שם לעיל בסק"ג, וא"כ אכתי אין ראי' מדבריהם שתיקנו חזית בחצר גם לפי האמת ששניהם בונים את הכותל בעל כרחם.

ועי' גם בנחל"ד כאן בד"ה ודע וכו' שהבין את כוונת הש"ך כמו שביארנו לעיל, וכן הבין החשק שלמה בסוף המס' על דף ד' ע"ב את כוונת הש"ך, וכן הפני שלמה בד"ה והא דאמרינן, אלא שהקשו שבאמת אין זו

כוונת תוס', אלא כוונתם היא רק שמכיון שאין חזית לא לזה ולא לזה א"כ אין כאן שום ראי' חיובית לאחד מהם, אבל אינו בגדר ראי' חיובית ששניהם בנוהו, כי אולי רק אחד מהם בנהו, רק שלא ידע דינא דחזית א"נ שקלפו חבירו יפה (פני שלמה). ובאמת אילו היו סוברים תוס' שהעדר חזית הרי הוא בגדר ראי' חיובית ששניהם בנוהו וכמו שהבין הש"ך, א"כ שוב לא הי' קשה מידי מה שהקשו תוס' מפרק השואל וכמש"כ הפני שלמה והחשק שלמה שם (ואין צורך להגיע להא דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק), וכן לא הי' קשה מה שהקשו שנימא כל דאלים גבר. ועי' גם ברעק"א במשניות שהבין את כוונת תוס' דלא כהש"ך.

מיהו באמת אי משום הא, אכתי יש מקום להוכיח מתוס' שחזית מהני בחצר, והיינו משום שאפילו אם אין כוונת תוס' לומר שהעדר חזית הרי היא ראי' חיובית, אבל בכל זאת סוף סוף הרי משמע מדברי תוס' שאם היתה חזית לאחד מהם הרי זה שפיר הי' מועיל, ואולי זוהי באמת כוונת הש"ך, אלא שגם לפ"ז אכתי נשארת קשה קושיית הקצה"ח שהרי תוס' קיימי בלא הדין ששניהם בונים את הכותל בעל כרחם, ובלא הדין ששניהם בונים את הכותל בעל כרחם הרי בודאי היו מתקנים חזית גם בחצר.

והנה הרמב"ן בסד"ה לפיכך וכו' תירץ את קושיית תוס' על פי דברי רש"י שם, וכתב שרק התם בבקעה לא הי' מועיל מה שנפל לרשות דחד מינייהו כיון שיש ראי' של העדר חזית ששניהם בנוהו וכמש"כ רש"י שם שהעדר חזית חשיב ראי' חיובית ששניהם בנוהו, אבל בכותל חצר שהתם לא תיקנו דין של חזית, התם שפיר הי' מועיל

חייבום חכמים לבנות בין שניהם, אם נפל הכותל לאחר שנים רבות, אין האחד יכול לומר כל הכותל נבנה בחלקי ומשלי היו האבנים אע"פ שהוחזק יותר מחבירו וכגון שנפל בחלקו כדמפרש בגמ' עכ"ל. וצ"ב מה היא כוונתו במה שכתב שהוא מוחזק יותר מחבירו דמשמע שגם חבירו נקרא מוחזק הלא חבירו אינו מוחזק כלל.

ונראה שכוונתו היא לומר שבאמת בהיותו קיים, שניהם היו נחשבים מוחזקים, והיינו משום שמכיון שלא הי' כאן שום מוחזק במציאות, ויש ספק לב"ד בלי טענותיהם, ממילא אמרינן דהוה כאילו שניהם היו מוחזקים וכמו שביאר התוס' רי"ד בריש ב"מ, ומה שכתב רש"י שמכיון שנפל לרשותא דחד מינייהו הרי הוא נקרא מוחזק יותר והרי הוא צריך לזכות (אלמלא הטעם של המשנה ששניהם היו מחויבים לבנות), הרי זה משום דאזיל רש"י לשיטתו בכתובות דף כ' ע"א דס"ל שתפיסה לאחר שנולד הספק מהני והרי הוא נעשה מוחזק עיי"ש (ודלא כתוס' שסוברים שה' זוכה רק אם שהה ברשותו זמן מרובה משום שיש ראי' מזה שלא מיחה), ולכן שפיר כתב רש"י שהוא מוחזק יותר, כלומר שלעולם גם להשני יש בחינה מסוימת של מוחזק רק שהראשון נעשה מוחזק יותר ע"י שתפס.

מיהו ע"י בפני שלמה בעמוד ו' בד"ה ודאתאן וכו' שכתב שלפי ביאורו של רש"י בדררא דממונא אין הציור אצלינו נחשב דררא דממונא, ומש"ה בעודו קיים, בלי החיוב כותל, הי' הדין נותן שכל דאלים גבר, ומאי דפרכינן בגמרא שפשיטא שיחלוקו הרי זה משום דאזלינן שנפל להצדדים לתוך רשות שניהם בשוה, ודבריו

מה שנפל לרשות דחד מינייהו, וזהו כשיטת הר"י מיגש שהביא הרמב"ן לעיל שם שבחצר לא תיקנו דין של חזית. ועיין בקצה"ח בסי' קנ"ז סק"ג שהקשה על הרמב"ן דהא בלא הדין ששניהם בונים את הכותל בעל כרחם הרי גם בחצר היו מתקנים תקנת חזית (וכמו שהבאנו כבר), דהא הרמב"ן ביאר שטעמו של הר"י מיגש הוא משום שלא מהני ראיית חזית להוציא מההוכחה של "לפיכך" ששניהם קיימו את חיובם לבנות, וא"כ יוצא שבלי הדין ששניהם בונים את הכותל בעל כרחם גם בחצר היו מתקנים את הדין של חזית. ועוד הקשה הקצה"ח שלמ"ד שהיזק ראי' לא שמי' היזק הרי בודאי שגם בחצר תיקנו דין של חזית כמו שביאר שם (וכ"כ הנחל"ד בסד"ה מיהו), וא"כ אפילו לפי דרכו של הרמב"ן אכתי קשה לפי המ"ד שה"ר לא שמי' היזק, למה לי ההוכחה של "לפיכך", תיפוק לי' משום שאין חזית לא לזה ולא לזה ואפילו כשנפל לרשות דחד מינייהו.

ולקמן באות ג' נביא את סברות הראשונים בענין אם חזית מהני בחצר. ובאות פ"א נדון בזה בענין משמעות דברי תוס' בדרך ה' ע"א בד"ה מארבע.

ג) תד"ה לפיכך.

וז"ל, אבל בבקעה אם שהו הרבה הי' נאמן לומר שעשאה עכ"ל. עיין בקושיית המהרש"א והמהר"ם ובתירוצם, וכן במה שתירץ הקצה"ח בסי' קנ"ח סוף סק"ג, ובמה שכתבתי באות מ"ו.

ד) רש"י ד"ה לפיכך.

וז"ל, לפיכך, הואיל ובתחילת הבנין

הם שלא כדרכנו הנ"ל, דהא אם בעודו קיים הי' נחשב כאילו שניהם הם מוחזקים, שוב א"א לומר כל דאלים גבר, דהא כד"ג אמרינן רק היכא שליכא שום מוחזק אבל לא היכא ששניהם הם מוחזקים. ברם לקמן באות שצ"ט הראנו שיתכן שרק היכא ששניהם הם מוחזקים במציאות ממש לא אמרינן כד"ג אבל לא סגי בזה שחשבינן להו כאילו הם מוחזקים עיי"ש בטעם הדבר (וזהו דלא כהתוס' רי"ד הנ"ל בב"מ דהא תוס' רי"ד כתב את דבריו בביאור למה לא אמרינן כל דאלים גבר כשיש דררא דממונא וכתב משום דהוה כשניהם מוחזקים).

טו) נפרצה אומר לו גדור.

א. שיטת תוס' בענין למה בעל הכרם חייב יותר מבעל הזרעים.

עיי' בתוס' שכתבו שבעל הכרם חייב לגדור משום שהוא נחשב המזיק משום עבודת הכרם, כלומר כדי שלא תכנס מחרישתו לתוך שדה חבירו כמו שביארו תוס' בב"ק דף ק' בריש ע"ב, ורש"י לקמן בדף י"ח ע"א. ואפי' רבי יוסי שסובר שעל הניזק להרחיק עצמו הרי הוא מודה שבעל הכרם חייב לגדור משום שחשיב גירי דילי'. ולפ"ז יוצא שחיובו של בעל הכרם לגדור הוא רק משום ההיזק של מחרישתו, רק שמכיון שסוף סוף הרי הוא חייב לגדור א"כ מעתה אם אינו גודר הרי זה גורם שיחשב מזיק גם על ההיזק של עשיית כלאים אע"פ שבנוגע לעצם עשיית הכלאים אינו בדין שיחשב יותר מזיק מבעל הזרעים, אפילו לפי רבנן שלא מצריכים גירי דילי', כן משמע מסדר דברי תוס' (שצריכים את הטעם של מחרישה גם לפי רבנן), וכ"כ

התוס' רי"ד שלא מיקרי בעל הכרם בגדר מקיים כלאים יותר מבעל הזרעים.

ב. שיטת הרמ"ה.

ועכ"פ מדברי תוס' יוצא שמכיון שהוא חייב לגדור משום ההיזק של המחרישה מש"ה הרי הוא נחשב מזיק גם בנוגע לעשיית הכלאים וכמו שביארנו. ובאמת הרמ"ה באות י"ח כאן כתב עוד יותר (הובא בטור בסי' קנ"ז), והיינו שאם התרו בו ואינו בונה את הכותל של היזק רא"י ובאו גנבים הרי הוא חייב לשלם את מה שגנבו כיון שהגניבה היא תוצאה ממה שלא קיים את חיובו לבנות מחיצה, דמכיון שלא קיים את חיובו לגדור הרי זה משווהו למזיק בדרך גרמי על כל התוצאות שיוצאות מזה, דמה שלא קיים את חיובו לגדור הרי זה מיקרי בגדר גרמי, וכתב הרמ"ה שמקורו הוא מהדין הנ"ל בכלאים (ועי' בברכת שמואל כאן בסי' י"ז אות א').

מיהו לכאורה יש להקשות על זה מלשון הרמ"ה לעיל באות י"ז שכתב שחיובו של בעל הכרם לגדור הרי הוא באמת משום ההיזק של עשיית כלאים משום שגם עצם עשיית הכלאים חשיבא היזקא דידי' ולא של בעל הזרעים, וכן מבואר בחידושי הרמב"ן, וכן הביא התוס' רי"ד מרבי יצחק זצוק"ל, ודלא כתוס' שסוברים שמצד עצם עשיית הכלאים אינו בגדר מזיק יותר גדול מבעל הזרעים, וא"כ לפ"ז קשה להבין מה היא ראיית הרמ"ה להדין הנ"ל שכתב בנוגע להיזק רא"י, הלא בכלאים הרי הוא נחשב מזיק גם על עצם עשיית הכלאים משא"כ בהיזק רא"י הרי אינו נחשב מזיק לענין גנבים.

ג. דברי הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי.

ובאמת יש עוד ראשונים שסוברים שהכרם אוסר את הזרעים אלא שהם סוברים שזהו סיבה מספקת כדי לחייב את בעל הכרם בתשלומין ודלא כהרמ"ה שאין זו סיבה מספקת, דעיין בקונטרס דינא דגרמי להרמב"ן (קרוב לתחילתו) שהביא ב' דעות בענין אם הגפנים אוסרים בדרך מזיק בידים ממש או בדרך גרמי, דבשם הר"י בעל התוס' הביא שמיקרי שהגפנים אוסרים את הזרעים בדרך מזיק ממש בזה שהם מתערבים עמם, וכן כתב בחידושו כאן שהוא בא לתוך תחומו של חברו ואין חברו נכנס לתחומו*), רק שבכל זאת אינו חייב משום ממונו שהזיק משום שהערבוב כשהוא לעצמו אינו אוסר בלי יאושו של בעל הכרם והרי היאוש הוא רק בגדר גרמי, ולכן חיובו של בעל הכרם אינו משום ממונו המזיק אלא רק משום גרמי דאדם המזיק, וגם הביא הרמב"ן שם דעה אחרת שסוברת שבאמת הגפנים לא חשיבי כמזיקים בידים ע"י הערבוב, אלא הרי הם רק גורמים לההוספה שתבוא, וזוהי הסיבה למה מחיצת הכרם שנפרצה מיקרי רק בגדר גרמי, ועי"ש ברמב"ן שהקשה עליהם שא"כ הרי זה צריך להיות נחשב היזק שאינו ניכר, ועוד שמכיון

ואולי י"ל דס"ל להרמ"ה שנהי שבעל הכרם חייב לגדור משום שמיקרי שהכרם אוסר את הזרעים, אבל בכל זאת אכתי י"ל שמיקרי שהכרם אוסר את הזרעים רק בדרך גרמי, וא"כ י"ל דס"ל להרמ"ה כשיטת הרא"ה שעל גרמי דבהמתו פטור מתשלומין*), ולכן שפיר כתב הרמ"ה שמכיון שחזינן שמלבד ממה שבעל הכרם חייב לגדור הרי הוא גם חייב לשלם א"כ מוכח מזה שהיכא שהי' חייב לעשות מחיצה ולא עשה הרי זה מיקרי גרמי דאדם בנוגע לכל התוצאות. מיהו צריכים להוסיף לזה שאע"פ שהרמ"ה סובר שגרמי דבהמתו פטור מלשלם, אבל בכל זאת הרי הוא סובר שהוא חייב לשמור מזה, דהא כבר הבאנו שהוא סובר שחיובו לגדור הרי הוא משום עשיית כלאים.

מיהו לכאורה אכתי יש להקשות דהא לפי הנ"ל למה גם בגרמי דבהמתו אינו חייב כמו במחיצה, דהא גם שם מכיון שהי' חייב לשמור ולכלוא את בהמתו הדין נותן דמיקרי גרמי דאדם על כל התוצאות. ובאמת כעין זה יש להקשות גם על הא דגרמא בניזקין פטור אבל אסור, דהא כיון שאסור והרי הוא חייב לשמור את עצמו, הדין נותן שיהי' חייב על כל התוצאות. מיהו י"ל שהוא פטור משום שלא התרו בו וכדברי הרמ"ה שצריכים שיתרו בו, וצ"ע.

(* ועי' בספרי על ב"ק בחלק א' אות שע"ד בהערה שם שהארכתי בשיטת הרא"ה.

(** אבל התוס' רי"ד כתב בשם הר"י משום שהגפנים יונקים למרחוק יותר מן הזרעים. והשט"מ בב"ק דף ק' ע"א בשם הרמ"ה בפרטיו וכן בשם הרי' יהונתן כתב משום דאיירי באופן שהענבים

אינם עוד כשיעור ואינם נאסרים באיסור כלאים וא"כ נמצא שהכרם אוסר את הזרעים אבל הוא עצמו אינו נאסר לא הוא ולא הענבים ולכן הרי זה נקרא שהכרם הזיק את הזרעים ושהזרעים אינם מזיקים את הכרם. והרמ"ה באות י"ז כאן כתב "כדי שלא יסכך גפנו על תבואת חברו", וזהו כהרמב"ן שהכרם בא לתוך תחומו של הזרעים.

שהוא משום חיובו להרחיק. וז"ל הרא"ש שם, שמכיון שמעורב ממונו בממון חברו ונתייבש מלגדור ברי היזיקא וחשיב מעשה עכ"ל (כלומר ומש"ה הרי זה בגדר גרמי ולא רק בגדר גרמא עיי"ש), (וע"ע בדברי הר"י מיגש שהבאתי בריש אות קע"א), וכבר הבאנו את המחלוקת שהביא הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי באם מיקרי שהכרם אוסר בדרך מזיק בידים (רק שאינו חייב משום ממונו שהזיק משום דבעינן גם ליאושו של בעל הכרם ומש"ה הרי זה מיקרי רק בגדר הגרמי של המייאש), או האם זה מיקרי שהכרם עושה כן רק בדרך גרמי, וצ"ע אם יש ראי' מדברי הרא"ש לאחד מן הצדדים דמצד אחד יכול להיות דמש"כ שחשיב מעשה כוונתו היא שמצד הגפן יש כאן מעשה בידים על הזרעים (רק דחשיב גרמי כי צריכים יאושו של בעל הכרם), ומצד שני י"ל דחשיב רק גרמי של הכרם ומש"כ שחשיב מעשה כוונתו היא רק דלא חשיב גרמא דהכרם אלא חשיב גרמי דהכרם.

שהגרמי הוא מצד הגפנים א"כ הדין נותן שיהי' פטור משום שגרמי דממונו פטור כמו שביאר שם (וכבר הבאנו שהרמ"ה סובר שיש כאן גם גרמי מצד האדם כי לא קיים את חיובו לגדור וכמו שביארנו) עכת"ד הרמב"ן. וחזינן מדברי הרמב"ן שהדעה האחרת שהביא סוברת שעשיית הכלאים מיקרי הגרמי של הכרם ושבעל הכרם חייב משום כך ודלא כהרמ"ה, והרמב"ן עצמו סובר שהכרם מיקרי מזיק בידים ממש רק שמכיון דבעינן גם יאוש מש"ה בעל הכרם חייב רק משום גרמי. ועכ"פ לפי שני הפירושים חיובו של בעל הכרם לשלם הרי הוא משום גוף עשיית הכלאים ולא משום אי עשיית המחיצה. ועי' בקו"ש באות י"ב וי"ג*).

ד. דברי הרא"ש בפרק לא יחפור.

ועיין גם ברא"ש בפרק לא יחפור בסי' י"ז שהוא סובר שחיובו של בעל הכרם לשלם הרי הוא משום שעל עצם עשיית הכלאים יש כאן חיוב של גרמי, ודלא כתוס'

הרמב"ן הרי זה נחשב בגדר מזיק בידים, ולפי הדעה האחרת שהביא שם הרי זה נחשב רק בגדר גרמי. ועיין בברכת שמואל כאן בסי' י"ז אות ב' שכתב ביאור אחר במחלוקתם. ומתוס' בב"ק דף ק' בד"ה שאני התם וכו' יוצא שההו"א של הגמ' שם סוברת דחשיב גרמי והמסקנא שם סוברת דמיקרי מזיק בידים. ועכ"פ הרמב"ן שם הביא את הדעות הנ"ל כדי לתרץ למה אין בעל הכרם חייב משום ממונו שהזיק (וכמו שהזכרנו בפנים), שהרי העצים נכנסים לשדהו של בעל הזרעים ואוסרים. ועיין בברכת שמואל כאן בסי' י"ד בהערה ה' מאת המסדר שהביא את תירוצו של הגדול ממינסק על זה ואת קושייתו של הגר"ח מבריסק על תירוצו.

(* והנה יש לבאר את המחלוקת שבין הרמב"ן והדעה השני' שהביא, דהרמב"ן סובר דמיקרי שהגפנים מזיקים בידים משום שהדבר המזיק הוא הערבוּב, ואת הערבוּב הרי הגפנים עושים בגופם ממש, ואע"פ שלמעשה אין הערבוּב אוסר את הזרעים עד שיוסיפו מאתיים אבל מ"מ הערבוּב עצמו מיקרי הדבר המזיק ולכן הרי זה נקרא שהגפנים הזיקו בידים ממש אע"פ שההזיק יצא לפועל רק אח"כ, אבל הדעה השני' שהביא שם סוברת שהדבר המזיק מיקרי ההוספה של מאתיים, וזה הרי בא רק אח"כ ולכן חשיבי הגפנים רק בגדר גורמים, דהיינו שהם גורמים שהדבר המזיק יבוא. ולכאורה הציוור הנ"ל דומה להיכא שהוא מכניס לתוך חפץ מסוים חומר שעתיד לעשות בו קלקול לאחר זמן, דלפי

ה. דעת רש"י, והרמב"ן בחידושיו כאן.

וגם בדעת רש"י והרמב"ן בחידושיו כאן י"ל שלא כהרמ"ה שהרי כתבו שחיובו לגדור הוא משום כלאים, ובפשטות נראה שרצונם הוא לומר שעשיית הכלאים הרי הוא גם הדבר שמחייבו בתשלומין, ודלא כמו שחילקנו בדעת הרמ"ה שאע"פ שהוא חייב לגדור כדי לשמור מעשיית כלאים ע"י כרמו, אבל בכל זאת הדבר שמחייב בתשלומין אינו עשיית הכלאים ע"י כרמו (משום דס"ל שגרמי דבהמתו פטור) אלא הדבר שמחייבו הוא מה שלא קיים את חיובו לבנות מחיצה.

הרי דאיכא ג' שיטות, א', שיטת תוס' שלענין כלאים לא חשיב בכלל שבעל הכרם הוא יותר מזיק מבעל הזרעים, ב', שיטת הרא"ש ששפיר מיקרי שהכרם מזיק את הזרעים ולכן הרי בעל הכרם חייב על זה משום גרמי (וכבר הבאנו את המחלוקת שהביא הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי בענין אם הכרם עושה כן בדרך מזיק בידים או בדרך גרמי), ג', שיטת הרמ"ה שמיקרי שפיר שהכרם מזיק את הזרעים, רק שלא מספיק בזה לחוד כדי לחייב בתשלומין והיינו משום שמיקרי הגרמי של גוף הכרם ולא הגרמי של בעל הכרם, והרי הוא סובר שגרמי דבהמתו פטור, ולכן שפיר הוכיח הרמ"ה את דינו שזה גופא שלא קיים את חיובו לגדור משוהו למזיק בדרך גרמי.

ועי' ברש"י כאן שכתב וז"ל, אומר לבעל הכרם גדור אתה שלא יאסרו גפניך את תבואת השדה משום כלאים וכו' וכשאינן שם גדר תנן בפרק שני לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו אא"כ הרחיק ממנו ד'

אמות כדי עבודת הכרם דבהכי הוי כלאים עכ"ל, ויש לדון בכוננת רש"י כאן האם כוונתו היא כתוס' שבעל הכרם חייב להתרחק או לבנות כותל רק משום המחרישה, רק שכיון שאם הי' עושה כן לא הי' נעשה כלאים והשתא נעשה כלאים הרי הוא חייב משום גרמי, או האם כוונתו היא לומר שגם בנוגע לעצם עשיית כלאים הרי הוא נקרא המזיק, וממילא היכא שיש כלאים הרי הוא חייב להתרחק ד"א גם בגלל כלאים, וזהו כפשטות לשונו שכתב גדור אתה שלא יאסרו גפניך את תבואת השדה, דהיינו שהיכא דאיכא גפן ותבואה הרי החיוב לגדור הוא גם משום עשיית הכלאים, אבל יש לדחות שכוונתו היא לומר גדור אתה משום המחרישה, כי אם לא תגדור תהי' תוצאה של עשיית כלאים, וראשון נראה.

ו. דברי הפוסקים על שיטת הרמ"ה.

והנה הטור בסי' קנ"ז הביא שהרא"ש השיג על הרמ"ה שאפילו הפורץ גדר בפני בהמת חבירו הרי הוא פטור, וא"כ כ"ש היכא שרק לא בנה מחיצה. מיהו באמת על הרמ"ה לשיטתו לא קשה מידי, שהרי הרמ"ה מחייב באמת גם שם כמו שהביא הטור בסי' שצ"ו וכן הגר"א בב"ק דף נ"ה ע"ב (ועיי"ש בשט"מ). וכנראה שהרמ"ה למד כן מכאן שהרי לפי פירושו כאן יוצא שאם לא קיים את חיובו לבנות את המחיצה הרי הוא חייב על התוצאות וא"כ כ"ש שהיכא שפרץ את המחיצה הרי הוא צריך להיות חייב על התוצאות (והרא"ש בפרק לא יחפור שם חילק לפי שיטתו שבכלאים הרי זה מיקרי בגדר גרמי משום הטעמים

שהבאנו לעיל בשמו, אבל בפורץ גדר אין הוא או ממונו עושים כלום להבהמה שברחה, וכן אין הבהמה הולכת לאיבוד מיד ממש, ולכן הרי זה נחשב רק בגדר גרמא).

וע"ע בב"ח בסי' קנ"ז אות ה' שכתב שלעולם הרמ"ה מודה לדברי הרא"ש שיש כאן חיוב תשלומין של גרמי משום עצם העובדא שהגפנים אוסרים את הזרעים (גם בלא לומר שבעל הכרם מיקרי מזיק בדרך גרמי מצד זה שלא קיים את חיובו לבנות מחיצה), רק דס"ל להרמ"ה שגם הציור של הכותל של היזק ראי' הרי הוא ממש כמו הציור של כלאים, וז"ל הב"ח, (דבציור של היזק ראי') ברי היזיקא דגנבים ונעשה מיד וחשיב מעשה עכ"ל, וצ"ע. שו"ר בשו"ך בסי' קנ"ה סקכ"ב שהשיג על מה שכתב הב"ח שגנב הוא ברי היזיקא כמו כלאים עיי"ש.

ודע שאחרי שכתב הרמ"ה את דינו הנ"ל בנוגע להמחיצה של היזק ראי' (דאם אתו גנבי הרי הוא חייב), סיים הרמ"ה שה"ה שכל היכא שהוא גורם לחבירו הפסד ממון כי האי גוונא הרי הוא חייב והוא דאתרו ב' מעיקרא. וכתב הפרישה שם באות ו' שאין כוונת הרמ"ה לומר שצריכים להתרות בו שיהי' חייב לשלם בשביל התוצאות, אלא כוונתו היא דצריך להודיעו שיכול לצאת היזק ממה שאינו גודר, ולכן צריכים להתרות רק היכא שאין הדבר מגולה שיכול לבוא מזה היזק כדי שלא יוכל לומר שלא עלה על דעתו שיכול לבוא מזה היזק ושהוא חייב להסתלק, והוכיח כן הפרישה מהא שהקשה הרא"ש מפורץ גדר, אע"פ שהתם הרי לא התרו בו, וא"כ חזינן שהבין

הרא"ש שאין כוונת הרמ"ה להצריך התראה שיהי' חייב לשלם דהא אילו כן גם בפורץ גדר ניבעי כן (וכתב שדוחק לומר שהתם הדבר ידוע שיהי' חייב) וא"כ בע"כ צריכים התראה רק על אפשרות ההיזק, ורק היכא שלא ברי כל כך שיצא מזה היזק, ומש"ה בפורץ גדר שהדבר ברור אין צריכים התראה. ובאמת גם הרמ"ה עצמו מחייב בפורץ גדר כמו שהבאנו כבר אע"פ שלא התרו בו. ברם הנחלת דוד כאן נקט שהרמ"ה מצריך תמיד שיתרו בו, ובזה יישב את קושיית הרא"ש למה הפורץ גדר פטור. מיהו לכאורה מוכח לומר שלא כהנחלת דוד אלא כהפרישה, דהא חזינן שהרמ"ה עצמו מחייב בפורץ גדר בלי התראה וכהנ"ל.

ובתורת חיים בב"ק דף נ"ה ע"ב ראיתי שביאר שטעמו של הרמ"ה גבי פורץ גדר הוא משום שהוא סובר כשיטת הריצב"א שהביאו תוס' לקמן בדף כ"ב ע"ב שגרמי הוא קנס דרבנן שקנסו בכל גרמא שהוא שכיח ורגיל שיהי' חייב כדי שלא יהא כל אחד הולך ומזיק את ממון חבירו, ובפורץ גדר הדבר שכיח שהבהמה תברח. וצריך בירור כעת מה היא שיטת הרמ"ה בגרמי.

ודע שהרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי הקשה על המ"ד שסובר שרק בור ברשותו חייב אבל בור ברה"ר פטור, דאמאי אינו חייב על בור ברה"ר משום גרמי, שהרי כריית בור הרי היא בגדר גרמי דאדם, ותיירץ שכריית בור חשיבא באמת רק בגדר גרמא ולא בגדר גרמי, א"נ דגזירת הכתוב היא שבור ברה"ר פטור. ולפי תירוצו השני יוצא גם למסקנא שכריית בור חשיבא בגדר גרמי,

וא"כ יוצא שצריכים פרשת בור רק כדי לפטור ברה"ר וכן כדי לפטור אדם וכלים. ועכ"פ לפי הרמ"ה בודאי יוצא שכריית בור הרי היא בגדר גרמי, שהרי הוא מסלק מחיצת הקרקע שמגינה בפני הבהמה וא"כ הרי הוא צריך להיות חייב עבור התוצאות בק"ו מהיכא שלא בנה מחיצה מחויבת. מיהו לפי דברי התורת חיים אין לומר שגם הרמ"ה סובר דבעינן פרשת בור רק כדי לפטור רה"ר ואדם וכלים, דהא לפי התורת חיים יוצא שהרמ"ה סובר שגרמי חייב רק מדרבנן.

טז) נפרצה אומר לו גזור. בענין למה צריכים להתרות בו.

עיי' בתוס' שהביאו את פירושו של הר"י שצריכים בדוקא להתרות משום שבלא"ה א"א לחייבו באחריותו (ולקמן נביא פירוש אחר שבלי התראה אינו נעשה בכלל כלאים). ולכאורה פי' כן הר"י משום דס"ל שבגרמי לא אמרינן שאדם מועד לעולם אלא הרי השוגג פטור, וכן האומר מותר ג"כ פטור, ולכן בלי התראה א"א שיתחייב בתשלומין כי נקטינן שהוא שוגג. ועיי' גם בשט"מ בשם עליות דרבינו יונה שכתב שגרמי פטור אם לא התרו בו. ולכאורה מוכח מזה דסבירא להו שהחייב של גרמי הוא רק קנס מדרבנן, וכשיטת הריצב"א בתוס' לקמן בדף כ"ב ע"ב, דהא אילו הי' נחשב אדם המזיק מהתורה א"כ אמאי לא אמרינן בזה שאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד בין אונס בין רצון, וכן מבואר ברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי, ובש"ך בריש סי' שפ"ו וכן בסק"ו שם, שאם גרמי הוא

מהתורה, אמרינן בזה שאדם מועד לעולם, משא"כ אם הוה רק קנס מדרבנן, אז פטרינן שוגג (ואע"פ שמאן דדאין דינא דגרמי הוא ר"מ ורבי מאיר קונס בהיזק שאינו ניכר שוגג אטו מזיד אבל בכל זאת בגרמי אינו קונס וכמו שנביא באות ר"ב שביאר התוס' רי"ד בגיטין דף נ"ג ע"ב, והוכיח כן מהא דבנפרצה בעינן לומר לו גזור).

מיהו לכאורה יש לתמוה על זה מתוס' לקמן בדף כ"ב ע"ב בד"ה זאת אומרת וכו' דמבואר שם שהר"י סובר שגרמי הוא מהתורה ודלא כהריצב"א שם, וא"כ צ"ע דמכיון דס"ל שגרמי הוא מהתורה למה צריכים התראה (והנה תוס' בב"ק דף נ"ד ע"א כתבו שגרמי הוא מדרבנן בשם הר"י, מיהו נראה פשוט שכוונתם היא להריצב"א רק שקיצרו בשמו, וכן בדף ע"א ע"ב שם הביאו דבר זה בשם הריצב"א וגם שם בודאי כוונתם היא להריצב"א).

ואולי י"ל שאע"פ שהר"י סובר שגרמי הוא מהתורה, אבל בכל זאת אינו בכלל אדם המזיק, אלא הרי הוא נלמד בק"ו מנזקי ממונו, ומש"ה שוגג פטור, וכן האומר מותר ג"כ יהי' פטור, ולכן שפיר צריכים התראה כדי להתחייב משום גרמי, ודלא כתלית הרמב"ן והש"ך שאם גרמי הוא מהתורה גם שוגג חייב (והרי אנו נוקטים בזה שבנזקי ממון האומר מותר פטור, ועי' בזה בספרי על ב"ק חלק א' אות שמ"ג, וכן באות ב' שם בסק"ז).

גם יש ליישב על פי דברי הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי שכתב שאפילו אם גרמי הוא מהתורה וחייב גם בשוגג אבל בכל זאת מוסר פטור על שוגג (ואע"פ שהוא

נחשב בגדר גרמי ולא רק בגדר גרמא בעלמא) משום שאינו אלא דיבורא בעלמא, וא"כ לפ"ז כ"ש שמי שאינו גודר בשוגג הרי הוא צריך להיות פטור, דהא זהו פחות אפילו מדיבורא בעלמא, וא"כ גם לפ"ז א"ש הא דמצריך הר"י התראה כדי להתחייב משום גרמי. איברא, עיי"ש ברמב"ן (בסוף עמוד רט"ז) שכתב כהנ"ל שהוא פטור על דיבור בעלמא רק על היכא שהוא אונס אבל לא כתב כן גם על שוגג.

וע"ע בדרכו של הגידולי שמואל בדף כ"ב ע"ב.

מיהו אכתי יש לתמוה על דברי תוס' בע"ב כאן בד"ה וחייב וכו' שכתבו בדעת הר"י (ועיי"ש שיתכן שהר"י עצמו אמר כן) שמאי דתניא שהוא חייב באחריותו אינו משום קנס, אלא הרי הוא חיוב מעיקר הדין, והרי הוא חייב אפילו בשוגג, ומעתה הרי זה סותר את דברי הר"י כאן שסובר שבעינין מזיד. מיהו עיין במהר"ם שם דמבואר בדבריו תירוץ על דבר זה.

והנה הרמב"ן והרשב"א והנ"י חולקים על הר"י כאן ומפרשים שאם לא אמרו לו גדור, אינו נעשה בכלל כלאים, ומבואר בדבריהם שהיינו משום שכל זמן שלא התרו בו נקטינן שבאמת לא הי' ניחא לי' בקיומו, ואפילו אם לא הי' בדעתו לגדור אבל מ"מ נקטינן שהטעם שלא רצה לגדור אינו משום שניחא לי' בקיומו אלא משום שהי' סובר שגם חבירו חייב לגדור עמו, ולכן צריכים להתרות בו ולהודיעו שהוא לבדו חייב לגדור, דמעתה אם לא יגדור הרי זה נקרא שהוא רוצה בקיומו.

וגם מדברי הרמב"ם בפ"ז מהל' כלאים

הי"ז נראה כשיטת הרמב"ן הנ"ל דהא השמיט שם לגמרי את העובדא שהוא חייב באחריותו, ובכל זאת כתב שאומרים לו גדור, וא"כ חזינן דס"ל שצריכים לומר לו גדור בשביל לאסור משום כלאים ולא רק כדי שיהי' חייב באחריותו (אלא דעיי"ש ברדב"ז שביאר שהרמב"ם לא הזכיר שהוא חייב באחריותו משום שהרמב"ם איירי בכרם וזרעים ששניהם שייכים לאיש אחד, וא"כ לפ"ז צ"ל שאפילו בכה"ג י"ל שהי' סבור שאינו חייב לגדור ולא רק היכא שהי' סבור שחבירו חייב לגדור עמו, וכן י"ל בלשון הרשב"א עיי"ש).

ועיין עוד בנוגע לגרמי בשוגג במחנה אפרים בהל' נזקי ממון סי' ו' ובברכת שמואל על ב"ק בסי' י"ח.

דף ב' ע"ב

יז) תד"ה וחייב.

א. עיין בדבריהם שכתבו שכלאים חשיב היזק ניכר משום שניכר שהוא כלאים כשרואים את הגפנים ביחד עם הזרעים, משא"כ מטמא חשיב היזק שאינו ניכר אפילו אם רואים שם את השרץ, משום שאינו ניכר אם הוכשר או לא.

והנה הרמב"ן בקונטרס (בדפוס הישן בעמ' רט"ז טור ב') דינא דגרמי הקשה אמאי חשיב טבח אומן שקלקל בגדר היזק ניכר הלא הפסולים של שהי' ודרסה אינם ניכרים, ותירץ שבכל זאת עצם השחיטה שהיא הדבר שמנבלת, שפיר ניכרת היא, והא דמפגל מיקרי היזק שאינו ניכר (בגיטין דף נ"ג) הרי זה משום שהתם אין השחיטה

אוסרתה אלא המחשבה, והרי המחשבה אינה ניכרת*).

והנה הרמב"ן לעיל שם כתב שמחיצת הכרם שנפרצה חשיב שפיר היזק ניכר משום שהתערובות ניכר וכמש"כ תוס' כאן, ולכאורה צ"ע אמאי לא חשיב היזק שאינו ניכר כיון שצריכים מחשבתו ויאושו כמו שפיגול חשיב אינו ניכר מהאי טעמא. ונראה שהכא גרע מפיגול משום שהכא ע"י האוש משתנה עצם המציאות והרי הוא נחשב עכשיו מציאות של תערובות, וזה הרי הוי בגדר דבר של מציאות, ולכן אינו דומה לפיגול.

ולכאורה זוהי גם כוונת תוס' במש"כ שחשיב הכא יותר ניכר ממגע שרץ, דהא לכאורה גם על דבריהם קשה, דהא גם כאן אין יאושו ניכר, כמו שבשרץ אין ההכשר ניכר, וא"כ בע"כ צ"ל כהנ"ל שכוונתם היא לומר שהכא ע"י יאושו יש כאן שינוי בעצם המציאות דהיינו עשיית תערובות**).

מיהו לפ"ז צ"ב, דהא משמע מתוס' שאם ההכשר ה' שפיר ניכר, אז ה' נחשב שפיר בגדר היזק ניכר כיון שכל הגורמים ניכרים אע"פ שעצם ההיזק אינו מהווה בתוכו שום שינוי בהמציאות. וצ"ל שגם בזה סגי להחשב היזק ניכר וצ"ע.

ב. וז"ל, אבל אין לומר דהכי נמי הוי היזק שאינו ניכר וקנסוהו וכו' עכ"ל. הנה מדבריהם מוכח שהכא מיקרי שהאדם עצמו

היזק בדרך גרמי, ואין הכוונה שהכרם היזק בדרך גרמי (ושגרמי דבהמתו חייב), דהא לא מצינו שקנסו על היזק שאינו ניכר שנעשה ע"י בהמתו וא"כ צ"ל שהאדם עצמו נקרא המזיק, וכבר הארכנו בזה לעיל באות ט"ו.

ג. וז"ל, ועוד אי קנס הוא, במזיד דוקא ה' לו להתחייב עכ"ל. עי' בקושיית רעק"א על זה בגליון הש"ס בב"ק דף ק' ע"ב, וכן בהגהות החת"ס והפורת יוסף בסוף המסכתא כאן.

(יח) בענין יסוד הדין של היזק ראוי (וכן בענין אם חזקה ומחילה מועילות בזה).

א. הסברות לומר ששמי' היזק, וכן שלא שמי' היזק.

עיין לקמן בדף ס' ע"א דיליף הש"ס מקרא דשוכן לשבטיו שאסור להסתכל לתוך ביתו של חברו, ושמהאי טעמא לא היו פתחי אהליהם במדבר מכוונים זה כנגד זה. והנה לכאורה י"ל שהמ"ד שסובר שהיזק ראוי שמי' היזק סובר שכוונת הפסוק הנ"ל היא לאסור גם הסתכלות לתוך חצירו של חברו ולא רק הסתכלות לתוך ביתו, וממילא הרי הם חייבים לבנות כותל בחצר, כי בלי כותל יהיו מוכרחים להסתכל לתוך החצר השני כי א"א לשמור מזה ולעמוד כל היום בעצימת עינים. ועוד סובר המ"ד הזה

באות כ"ג.

** ובספר גידולי שמואל כאן הביא מפרשים ששפיר חשיב יאושו בגדר דבר הניכר כי בדרך כלל אלו שאינם מתיאשים מתעסקים לגדור וזה שאינו עוסק נראה כמתיאש.

* גם הקשה הרמב"ן שם (בטור א') למה מיקרי מפגל בגדר מזיק בידים (כדחזינן מהא דלא ילפינן משם דינא דגרמי), ותי' דהיינו משום שהשחיטה היא מעשה אלא שאין האיסור ניכר בו, כלומר שנחשב שעל ידי המעשה שחיטה הוא היזק בידים עם המחשבה. ועיין עוד בספרי על נדרים על דף ל"ו

וכו' ואילו לפי הנ"ל צ"ע דמה בכך, הלא בכל זאת בנוגע לדברים שעושים בחצר לא הי' לו להצטער. מיהו אולי הכוונה שם היא שכיון שחבירו אינו קבוע בהגג יתרגל לעשות בחצירו תשמישין יותר צנועין מן הרגיל.

ועוד יש להקשות על עיקר הסברא שכתבתי, דנהי שלא הי' לו להצטער ולהתבייש אבל אכתי יש כאן משום עין הרע וכמו שנביא להלן מהרמב"ן.

גם יש לפקפק בעיקר הסברא הנ"ל שכתבתי שמכיון שלא הי' להשני להתבייש ולהצטער אין המזיק אחראי לזה, דעיין בדף כ"ג ע"א במעשה דרב יוסף שמבואר דלא כהסברא הנ"ל אלא שמכיון שאנינא דעתו טפי, שפיר חייב השני להתרחק, ויש עוד לפלפל בזה. ועי' בספרי על אבות באות ק"פ ובספרי על ב"ק בח"ב אות קצ"ב עוד מקורות בנוגע לסברא זו.

ועיין ברש"י בריש דף ג' שכתב ביאור אחר בדעת המ"ד שסובר שה"ר לש"ה, והיינו דס"ל שבאמת לא יעשה בחצירו תשמישין של צינעה כיון שהוא יודע שחבירו יסתכל, וממילא למעשה לא יצא לו שום היזק ראי'. ואי משום שהוא מצמצם את תשמישיו י"ל שס"ל שצמצום תשמישין לא מיקרי היזק כיון שאין כאן שום היזק מסוים (והמ"ד שמי' היזק סובר שלא יצמצם את תשמישיו וממילא יהי' לו צער ובושה וזילותא ועין הרע). מיהו צ"ע למה חייב הוא לסבול את הצמצום, ועוד מה הוא התירוץ של רבים שאני, הלא באמת אינו עושה שם דברי הצנע.

והנה עד כאן נקטנו שבלי כותל, בהכרח יבוא להסתכל כי א"א להזהר מזה ולעמוד

שאינן כוונת הפסוק רק לאיסור כלפי שמיא לחוד משום שאינו בגדר צניעות, אלא כוונת הפסוק היא משום שהוא גורם לחבירו צער ובושה וזילותא ועין הרע וכמו שנביא להלן מהרמב"ן, ובגלל כן הרי הוא נקרא בגדר מזיק. ועי' ברמ"ה כאן באות כ"ה קרוב לסופו שנקט שהפסוק הנ"ל קאי גם על הסתכלות לתוך חצירו.

גם י"ל שלעולם אין כוונת הפסוק לאיסור מטעם מזיק אלא כוונת הפסוק היא לאיסור כלפי שמיא מחמת שאינו דבר של צניעות להסתכל, רק שהמ"ד שסובר שמי' היזק סובר מצד הסברא לחוד שיש לו דין מזיק כשהוא מסתכל במעשיו (והריב"ש, הובא בכ"מ בפ"ב מהל' שכנים הי"ב, כתב שהיזק ראי' יש בו "קצת איסור".

ברם סברת המ"ד שסובר שלא שמי' היזק צ"ע טובא, דלכאורה י"ל שהוא סובר שבאמת הפסוק קאי רק על הסתכלות לתוך ביתו לחוד, אבל לתוך חצירו מותר לכתחילה להסתכל משום שלפי דעת התורה אין אדם צריך להצטער על מה שרואים אותו עושה תשמישין של חצר, רק שהני מילי אם המסתכל הוא יחיד, אבל אם רבים מסתכלים, אז גם הך מ"ד מודה שבדין הוא מצטער, וכן כשחבירו רואה את תשמישיו שבתוך ביתו, וכן היכא שכבר הי' שם כותל כיון שכבר נתרצו לעשות כותל (רש"י) או משום שכבר הורגל לעשות בתוך החצר תשמישי צינעה כמו בבית (תוס'), וכמו שמבואר כל זה בסוגיית הגמרא. מיהו צ"ע על זה מהא דמבואר בע"ב שבגג הסמוך לחצר, בעל הגג חייב לבנות משום שיכול בעל החצר לומר לבעל הגג לדידי קביעה לי תשמישי

כל הזמן בעצימת עינים. מיהו אם היינו נוקטים ששפיר אפשר להזהר, אז היינו יכולים לפרש את המחלוקת בהיזק ראי' כך, שלכו"ע אסור להסתכל, רק דפליגי באם סומכים עליו שלא יסתכל או האם אין סומכין עליו אלא מחייבים אותו לבנות כותל. מיהו גם לפ"ז קשה להבין סברת המ"ד שלא שמי' היזק, והיינו משום שאכתי אין מוסבר למה הוא מודה שמחייבים את בעל הגג לבנות בינו לבין החצר וכמו שמבואר בגמרא משום הטעם של לדידך לא קביעה לך תשמישך, הלא גם שם יוכל להזהר שלא להסתכל. ועוד דלפי הסברא הנ"ל למה מודה הך מ"ד שהיזקא דבית שאני. ועוד שאין הדרך הנ"ל עולה יפה עם המשמעות של הלשון של לא שמי' היזק, דהא לפי הדרך הנ"ל יוצא שגם הך מ"ד מודה דמיקרי היזק, רק שהוא סובר שלא יבוא לידי כך, וא"כ אין הלשון מתוקנת (ועכ"פ ראיתי בספר אבן האזל על פרק ב' מהל' שכנים הט"ז בד"ה והנה יש לעיין וכו' שכתב שהמ"ד שסובר היזק ראי' שמי' היזק סובר כן אפילו כשאינו מוכרח להסתכל, והוכיח כן מהא דתניא בדף כ"ב שאינו רשאי להעמיד מחיצה מן הצד לחלונות כדי שלא יעמוד ויראה, ומוכח שאין צריכים דוקא היזק ברור ומוכרח).

ולכאורה מוכרחים לומר שהמ"ד שסובר שלא שמי' היזק סובר שבמציאות לא יהי' שום היזק משום שבקלות הרי הם יכולים לעשות את תשמישיהם כשאין השני מסתכל (אבל לא כרש"י שכתב שלא ישתמשו כלל תשמישים של צינעה), וגם הך צמצום פורתא של תשמישים לזמנים מסוימים אינו

בגדר היזק, וזוהי כוונתו בהך לשון של לא שמי' היזק. ולפי זה שפיר מובן למה הוא מודה דהיזקא דבית שאני, וכן היכא שכבר הי' שם כותל ונפל, וכן היזקא דרבים, וכן בגג הסמוך לחצר, והיינו משום שבכל הני גווני אינו יכול להזהר, אלא שפיר ינזק.

ועכ"פ אע"פ שהדרך הנ"ל מיישבת לכאורה את כל הקושיות שהערנו אבל אכתי לא יצאנו ידי חובתנו להבין את דרכו של רש"י בדף ג' שם, וצ"ע. וע"ע ברש"י לעיל בדף ב' ע"ב בד"ה טעמא דרצו.

והנה יש עוד דרך איך להבין את הענין של ה"ר, והיינו שאין ההיזק בזה שהוא מזיק את חבירו בצער ובושה וזילותא ועין הרע אלא יסוד ההיזק הוא בזה שבעל החצר מצמצם את תשמישיו מחמת ההסתכלות משום שהוא יודע שחבירו מוכרח להסתכל, א"נ אפילו אם חבירו אינו מוכרח להסתכל וכמו שצדדנו כבר, אבל בכל זאת הרי הוא חושש שמא יסתכל, ומש"ה הרי הוא ממצטט בהשתמשות החצר. ואם נאמר שחבירו מוכרח באמת להסתכל א"כ נקל יותר לחשבו מזיק, שהרי ע"י ראייתו הרי הוא מצמצם את תשמישי בעל החצר, אבל אם נאמר שאינו מוכרח להסתכל, רק שחבירו מצמצם את תשמישיו מחמת פחד שמא יסתכל, א"כ קשה יותר להבין למה מחייבים אותו לבנות כותל מחמת זה שחבירו מצמצם את תשמישיו מחמת פחדו. ועיין באבן האזל בפ"ב מהל' שכנים הט"ז שביאר באריכות למה יש סברא לחייבו על צמצום תשמישים (ועיי' גם בדבריו שהבאתי לעיל כאן).

ובטעם הדבר למה אינו נחשב מזיק בגלל הצער והבושה והזילותא והעין הרע י"ל

כדברי התומים שהובאו בקיצור תקפו כהן באות קכ"ז קרוב לסופו, שכתב שקוטרא ובית הכסא לא חשיבי היזקים לגופו (ודלא כדברי הרמב"ן שנביא להלן) משום שהוא יכול לצאת מביתו ולא להנזק, ואם לא עשה כן א"כ איהו דאזיק אנפשי, רק שאם הי' יוצא מביתו אז בהכרח הי' מפסיד תשמיש ביתו, וא"כ נמצא שיש כאן דין מזיק משום שהוא מצמצם עליו את תשמישי ביתו עכ"ד התומים, וא"כ י"ל שכן ס"ל להמ"ד שסובר שהיזק ראי' שמי' היזק, והיינו דס"ל שאינו נחשב מזיק מחמת שהוא גורם לחבירו צער ובושה וזילותא ועין הרע, דהא יש בכח חבירו למנוע מלעשות שם תשמישים של צינעה, רק דס"ל דחשיב מזיק משום שהוא מצמצם את תשמישי חבירו.

ובדעת המ"ד שסובר ה"ר לש"ה י"ל כמו הדרך שכתבנו לעיל והיינו שהמ"ד שסובר לא שמי' היזק הרי הוא סובר שחבירו יכול לעשות תשמישיו בקלות כשאינן הלה מסתכל ולכן לא מיקרי שהוא גורם לחבירו צמצום תשמישים, משא"כ בבית שהוא משתמש שם תדיר, שפיר אמרינן לכו"ע שה"ר שמי' היזק, וכן בחצר באופן שכבר הי' שם כותל ונפל משום שגם בכה"ג הרי הוא משתמש שם תדיר, וכן כשרבים עוברים דרך שם כו"ע מודים כיון שלא יוכל להזהר בקלות, וכן מגג לחצר כיון שאינו יודע להבחין מתי בעל הגג נמצא שם.

ב. דברי הראב"ן והרמ"ה.

הנה המרדכי בדה"ו ע"ב בסי' תע"א הביא בשם הראב"ן שאם אינו יכול להסתכל בכל החצר כולו של חבירו, אלא אכתי יכול חבירו להשתמש בחלק מחצירו בלי שיראו

והנה בפשטות שיטת הראב"ן א"ש בין אם נאמר שמי' היזק משום צער ובושה וזילותא ועין הרע ובין אם נאמר שהוא משום צמצום תשמישין דהא בהציור של הראב"ן לא יצמצם את תשמישיו וגם לא יהיו לו צער ובושה וזילותא ועין הרע. מיהו באמת זה תלוי באיך מבינים את הצד של צמצום תשמישין, כי יש להבינו בב' דרכים, א', כמו שנקטנו עד עכשיו שההיזק הוא עצם העובדא שחיסר לו התשמיש, ב', שכיון שהי' יכול לקבל תשמיש מהקרקע ועכשיו אינו יכול הרי זה נקרא היזק לגוף הקרקע, והנפ"מ בין הצדדים הנ"ל הוא ציורו של הראב"ן, דהא היכא שהוא עדיין יכול לעשות את אותו תשמיש בחלק אחר של חצירו א"כ יוצא שלא יפסיד את עצם התשמיש, אבל שפיר יש כאן היזק לאותה קרקע שהוא צריך

להרחיק את תשמישו משם, וא"כ לפי הדרך הזה בהבנת הצד של צמצום תשמישין צ"ל שהראב"ן סובר שיסוד הדין של היזק רא"י אינו משום שגורם לו צמצום תשמישין אלא משום שגורם לו צער ובושה זילותא ועין הרע.

וע"ע ברמ"ה שם שביאר שבשני חצירות זו למעלה מזו, אם יש הפלגת ד"א ביניהם, אין התחתון חייב לבנות, ואע"פ שהתחתון רואה את העליון כשהוא עומד בקצה חצירו, אבל מ"מ הרי העליון יכול להשתמש בהחלק הפנימי, ועיין עוד בב"ח בסי' ק"ס אות ב'.

ג. דברי הראב"ד בדף ו'.

הראב"ד בדף ו' ע"ב בשט"מ כתב דהיכא שיש לראובן מיצר משותף עם שמעון, וכן מהצד השני יש לו לראובן מיצר משותף עם אדם אחר, הרי שמעון יכול לומר שאינו רוצה לבנות כי בלא"ה לא יוכל ראובן לעשות דברי צניעות. ולכאורה דברי הראב"ד צודקים רק עם נאמר שה"ר שמי' היזק פירושו הוא משום צמצום תשמישין, דלפ"ז בהציור הנ"ל הרי שמעון שפיר יכול לטעון שגם בלא"ה יצטרך ראובן לצמצם (וגם בזה יש לפקפק כמו שנכתוב באות צ"ח), אבל אם נאמר שהוא משום היזק הגוף, הרי סו"ס שמעון מוסיף יותר היזק הגוף. וע"ע בזה באות צ"ח.

ולכאורה הרא"י הנ"ל שהבאנו מדברי הראב"ד יש להביא גם מהמשנה להלן בדף ס' דתנן שמתור לעשות פתח כנגד פתח כשיש רה"ר באמצע משום דאמר לי' סוף סוף הא בעית אצטנועי מבני רה"ר כמבואר בגמ' שם. ברם יש לדחות שיחיד במקום רבים אינו גורם הוספה משמעותית בצער

בושה זילותא ועין הרע. ומהאי טעמא אין רא"י מהמשנה לדינו של הראב"ד כי י"ל שהטעם הוא משום צער בושה זילותא ועין הרע ובהמשנה אין הוספה בדברים אלו כיון דאיירי ברבים והוספת יחיד אבל בהציור של הראב"ד שפיר יש הוספה. ונראה שמש"ה לא נסתייע הראב"ד לדינו מהמשנה ההיא אלא כתב כן מסברא (ואת המשנה ההיא הביא שם רק בנוגע לנקודה אחרת עיי"ש).

ד. דברי הב"י בענין גג הסמוך לחצר.

הב"י בריש סי' ק"ס ביאר שבגג הסמוך לחצר אין בעל החצר צריך להשתתף בבנין המחיצה משום שאין בעל הגג סובל ממנו שום היזק רא"י שהרי הוא יודע שבעל החצר קבוע שם וממילא הרי הוא נזהר מלעשות שם דברי צניעות. ומדבריו מוכח שהטעם של המ"ד שסובר שמי' היזק הוא משום היזק הגוף אבל לא איכפת לי' בצמצום תשמישין. מיהו הראשונים בתוך הסוגיא שם כתבו טעמים אחרים וכגון הא דהביא הב"י להלן שם דאיירי בגג שאינו עשוי לשימוש.

ה. לשון השט"מ בדף ו'.

בשט"מ בדף ו' ע"א באמצע ד"ה עוד יש לתרץ וכו' כתב וז"ל, שיש שם היזק רא"י שהוא היזק גדול לקרקע חבירו עכ"ל, ומבואר שהקפידא הוא משום צמצום תשמישין, וכן מבואר כמו הצד שכתבנו לעיל בסק"ב שזה חשיב היזק להקרקע.

ו. דברי הרי"ף והרמב"ן בענין חזקה ומחילה.

והנה שיטת הרי"ף היא שאין חזקה

מוחל אע"פ שהוא שותק], ועוד מי ידע כמה מטי דלימחול [כלומר דיכול לומר סבור הייתי שאוכל לסבול ועכשיו איני יכול וכ"כ בסוגיין בד"ה אלמא (השני)], ועוד דאפילו מחל הניזק, כיון דודאי אסור הוא למזיק להזיקו (כצ"ל) בראי' ולהסתכל בו לדעת, ואין אדם יכול להזהר בכך לעמוד כל היום בעצימת עינים, על כרחנו נאמר לזה סתום חלונך ואל תחטא עכ"ל, ומבואר בדבריו שהקפידא בהיזק ראי' הוא משום היזק לגופו מחמת עין הרע וצער וזילותא ובושה*).

מיהו עיין בדבריו בסוגיין בד"ה אלמא (הראשון) שהקשה על המ"ד שסובר שה"ר לש"ה ממתניתין דלא יפתח אדם חלון לחצר השותפין, דחזינן משם שה"ר ש"ה, ותיירן שבחלון כו"ע מודו משום שהוא נמצא תמיד אצל החלון ולא יוכל הלה להשתמש בחצירו כלל, אבל אכתי אין ראי' מזה לחצר הפתוח לחצר*), ולכאורה מדבריו אלו

שאין האיסור תלוי כלל בקפידת חבריו, ולא תועיל אפילו מחילה מפורשת.

ועיין בסמ"ע בסי' קנ"ד סק"י על ההלכה שאין פותחין חלונות שכתב שהסוברים שלא מהני מחילה סוברים שטעם הפסוק הוא משום איסור (כלומר כלפי שמיא) ולא משום קפידת חבריו. ועכ"פ הענין של צמצום תשמישין הרי הוא בודאי רק ענין של ממון וניתן הוא למחילה.

** ועי' בחזו"א בריש ב"ב מה שכתב לחלק בין הכא לההיא דחלון ולא הביא את דברי הרמב"ן, וכן עיין במש"כ על זה האבן האזל בפ"ב מהל' שכנים הט"ז בד"ה והנה יש לעיין.

ועכ"פ חזינן שהרמב"ן כתב שהסתכלות מחלון שכיחא טפי מהסתכלות מחצר, וע"ע בזה בדבריו בד"ה אלמא (השני). וגם עיין ברמ"ה באות כ"ה (קרוב לסופו) שהוא סובר איפכא, והיינו שמחצר לחצר הרי הוא מוכרח להסתכל משא"כ מחלון, וכ"כ הרא"ש כאן בסי' ב'. וע"ע בדברי הרמ"ה באות ס"ד שהבאתי לעיל בתחילת סק"ב.

מועלת בהיזק ראי' אלא הרי הוא יכול תמיד למחות. וכתב הרמב"ן על זה בדרך נ"ט וז"ל, ומסתבר כוותי', שאני אומר קוטרא ובית הכסא לפי שהן ניזוקין בגוף, אין להם חזקה, לא אמרו חזקה בניזוקין אלא בניזוקי ממון דאמת מים וסיד וסלעים והשנויין עמהם שאין נזקן אלא בכותלו של חבריו, אדם מוחל על כותלו אפילו יפיל אותו ממש, אבל קוטרא ובית הכסא שהוא עצמו ניזק ומצטער בהם אין להם חזקה, וזה טעמו של רב יוסף בקורקור שהאסטניסין ואיניי הדעת מצטערין וניזוקין הן בכך, והוא הדין וכ"ש היזק ראי' דנזקי אדם באדם הוא, אי משום עין הרע (פי' עין הרע שיזיק לגופו), אי משום לישינא בישינא (פי' ויוזל כבודו בעיני בני אדם), אי משום צניעותא (פי' שיש לו צער ובושה כשחבירו רואה את מעשיו) ונלכאורה כוונת הרמב"ן בכל זה היא שבהיזק הגוף הרי אנו נוקטים שבאמת אינו

* והנה לפי איך שביארנו את דברי הרמב"ן יוצא שסובר הרמב"ן שלא מהני חזקה בהיזק ראי' כי מסתמא אינו מוחל על היזיקא דגופו, וכן אפילו מחילה מפורשת אינה מועלת. ברם מדבריו בדרך ז' ע"ב בד"ה ולא וכו' מבואר שמחילה מפורשת על ההיזק של הראי' שפיר מועלת עיי"ש בקו"ש אות ל"ט. ועיין במנ"ח במצוה מ"ח שסובר שמהני מחילה אפילו על חבלה, דהיינו שאדם יכול להרשות לאדם אחר לחבול בו (וע"ע בזה בכ"מ בסוף הל' ת"ת, ובטורי אבן במגילה דף כ"ח ע"א בסד"ה אל וכו', ובפסקי התוס' בקידושין אות ס"ד, ובשאלתות פר' משפטים, ובספר חסידים סי' תק"ע, ובמהר"ם שיק מצוה מ"ח), וא"כ כ"ש שהוא יכול להרשות להשני להזיקו בהיזק ראי'.

מיהו אכתי יש מקום לומר שלא מהני כאן מחילה מפורשת אפילו לפי המנ"ח, והיינו משום שיש לומר כמו שצדדנו לעיל שהטעם שהקפיד הפסוק (של שוכן לשבטיו) על היזק ראי' אינו משום שע"ז הרי הוא מזיק את חבריו, אלא הקפידא הוא משום האי צניעות שיש בזה שהוא מסתכל, אשר לפ"ז יוצא

נראה שה"ר הוא ענין של היזק ממון בזה שהוא מצמצם את תשמישיו ולא ענין של היזק הגוף, דהא לכאורה משמע שטעמו של המ"ד שסובר שמי' היזק הוא משום שהוא סובר שגם בחצר נגד חצר יש מספיק צמצום תשמישין כדי לאסור.

מיהו יש לדחות שכוונת הרמב"ן היא לומר שהמ"ד שסובר שהיזק ראי' לא שמי' היזק אינו חושש להיזק הגוף אלא רק לצמצום תשמישים, ומש"ה הרי הוא חושש רק בחלון, אבל לא מחצר לחצר כי מחצר לחצר לא יצמצם לגמרי את תשמישיו, ואע"פ שיש היזק הגוף, אבל המ"ד הזה אינו חושש להיזק הגוף, אבל טעמו של המ"ד שסובר שמי' היזק הרי הוא משום שהוא שפיר חושש להיזק הגוף וכדברי הרמב"ן בדף נ"ט ומש"ה הרי הוא חושש גם מחצר לחצר.

ז. דברי הרמ"ה בחזקה דחלון.

עיי' בטור בסי' קנ"ד (אצל אות ה' שבב"י) שכתב וז"ל, וכתב הרמ"ה דאפילו חזקה לא מהניא בי' כיון דבאיסור עשאו. ומיהו דוקא פתח כנגד פתח, אבל חלון כנגד חלון דלא הוי כל כך קפידא מהני בי' חזקה עכ"ל הטור. מיהו ביד רמה באות כ"ה נראה ששיטתו היא אחרת ממה שנראה מדברי הטור, דעיי"ש שכתב שבחצר לא מהניא חזקה משום שבהכרח יצטרך להסתכל ולצער צער הגוף, ורק בחלון יש חזקה משום שבחלון שפיר יוכל לשמור את עצמו שלא להסתכל. ולכאורה הביאור בדבריו הוא דחזקה מהני רק בנוגע להיזק ממון של צמצום תשמישין, דכיון שהחזיק אמרינן שחבריו מחל על זה שהוא מצמצם את

תשמישיו, ולכן בחלון שפיר מהני חזקה מפני שהוא יכול לומר שלא יסתכל, ואין חבריו יכול לומר הריני מפחד שמא יסתכל ומצמצם אני את תשמישי בגלל זה, משום שלזה מהני חזקה (רק שבכל זאת בודאי אסור לו להסתכל, וכמו שיוצא מגוף סברת הרמ"ה כאן, וכ"כ השט"מ באמצע ד"ה הא לא רצו, וכן הרמ"ה בפרק חזקת הבתים באות רע"א בד"ה ושמעין מינה לא שנא וכו', וכן מבואר בסוף דברי הרמב"ן הובא לעיל בסוף סק"ו, וכ"כ הרמ"ה בסי' קנ"ד סעיף ז', ועיי' בסמ"ע בסק"ד וסקכ"א שביאר את דבריו, וכן עיי' בט"ז שם), וא"כ ממ"נ אם חבריו ישתמשו אין כאן צמצום תשמישין וגם לא היזק הגוף, ואם לא ישתמש הרי מחל לו על צמצום התשמישין, אבל בחצר לא מהני חזקה משום שהתם יהי' מוכרח להסתכל ולהזיקו בהיזק של צער הגוף וכהרמב"ן וא"כ אם ישתמש יהי' כאן היזק הגוף. ועוד הוסיף הרמ"ה שם וז"ל, ועוד דגבי חצר וכיוצא בה דאע"ג דלא מכוין דלא חזי, לא סגי דלא חזי, מעיקרא כי קא מחזיק באיסורא קא מחזיק, כדדרשינן בפרק חזקת הבתים מקרא דוירא את ישראל שוכן לשבטיו, מה ראה, ראה שאין פתחיהן מכוונים, אלמא נמי איסורא נמי איכא, ולית לי' חזקה לאיסורין, וה"ה גבי פתח כנגד פתח דחד טעמא הוא וכו', אבל גבי חלון דעשוי לאורה וכו' דל"ל היזק ראי', דיכול לאיתהנויי בתשמישתה ודלא לאסתכולי ברשותא דחברי', מעיקרא כי קא מחזיק (בהיתירא קא מחזיק), ואמטול הכי קיימא חזקה דמצי אמר מימנעא ולא מסתכלנא וכו' עכ"ל. הרי שלא תלה הרמ"ה את הדבר במדת הקפידא.

וע"ע ביד רמה בדף נ"ט באות רע"א בד"ה ושמעין מינה דלא שנא וכו' שכתב כדבריו כאן.

ח. דברי הרא"ש וביאורו של הגרש"ש.

והנה מהרא"ש כאן נראה דרך אחרת בהבנת הענין של היזק ראי', דעיין בדבריו כאן בסי' ב' שביאר שמחילה מהני בהיזק ראי' משום שהחיוב הוא חיוב ממון של בנין כותל ועל חיוב ממון שפיר מהני מחילה. ולכאורה צ"ב דנהי שמוחל לו את החיוב כותל שזהו באמת חיוב של ממון, אבל מה עם ההיזק שהוא גורם לו דהיינו או היזק הגוף או צמצום תשמישים, דלמה אינו יכול לחזור בו ממה שמחל לו והרשה לו להזיקו היזק הגוף וכן לצמצם את תשמישיו כמו שהוא יכול לחזור בו ממה שהרשה לו לקרוע את כסותו, ואם ס"ל שמחילה מפורשת שפיר מהני מאיזו סיבה שהיא גם על הענינים האלו א"כ הרי הי' לו לפרש כן, ולא לייחד את דבריו רק על החיוב של בניית הכותל.

וראיתי בחידושי הגרש"ש כאן בסי' א' בתחילת דבריו שביאר בדעת הרא"ש דזה ברור שיש איסור להסתכל במכוון כדי לראות את מעשי חברו, ואפילו אם מחל לו הרי הוא יכול לחזור בו, וכן כל זמן שאין שם כותל אין שום איסור עליו לעשות תשמישיו בחצירו אפילו אם בדרך זה יזדמן לו לראות בדרך מקרה ובלי מתכוין, והא דתיקנו חז"ל חיוב של בנין כותל הרי זה כדי למנוע את ההיזקים שיצאו מהראי' הזאת שבאה מתוך השתמשות (אע"פ שהיא באמת מותרת), אבל בכל זאת לא אסרו את עצם ההשתמשות בלי כותל אע"פ שעיי"ז יבוא לראות בדרך מקרה, וכן השתא שהוא חייב לבנות כותל, בודאי מותר לו

להשתמש בחצירו עד שיספיקו לבנות את הכותל, רק שאסור לו להסתכל במכוון וכהנ"ל, ולפ"ז שפיר כתב הרא"ש דמהני מחילה על החיוב לבנות כותל, והיינו משום שעל הסתכלות להדיא במתכוין, באמת לא מהניא מחילה, אלא שאין אנו חושדים אותו שיעשה כן, וכן על ראי' בשעת השתמשות לא בעינן בכלל למחילתו, וא"כ שפיר יוצא שאין לפנינו לדון אלא באם מהני מחילה על החיוב לבנות את הכותל וכמו שדן הרא"ש. והמשיך הגרש"ש שם לומר שלפ"ז שבלי כותל אין איסור בזה שיבוא להסתכל בשעת השתמשות א"כ אם יאמר אחרי שמחל שהי' סבור שיכול לסבול ראי' בשעת השתמשות אבל עכשיו הרי הוא רואה שאינו יכול לסבול הרי זה טענה וכמו שסובר ר"ת בדף כ"ג ע"א גבי קוטרא ובית הכסא שהוא יכול לומר כן לאחר מחילה, אלא שהביא שם שהפלפולא חריפתא כאן על הרא"ש הבין שגם ר"ת יודה שכאן אין לו טענה זו לפי סברת הרא"ש, ולכאורה היינו משום דס"ל שאסור לו להסתכל אפילו בדרך תשמישו אשר לפ"ז לא שייך כאן לטעון שאינו יכול לסבול כי חברו יזהר באמת לא להסתכל.

והנה מה שכתב הגר"ש דליכא איסור אלא כשהוא מסתכל במתכוין כדי לראות את מעשי חברו, כעין זה כתב הסמ"ע בסי' קנ"ד סקי"ד דליכא איסור מעיקר הדין אלא כשהוא מסתכל כדי לראות. מיהו זהו דלא כדברי הרמב"ן ודברי הרמ"ה שהבאנו שכתב שבחצר הרי הוא מוכרח לעבור על האיסור.

וע"ע בטור בסי' קנ"ז וברמ"א בסעיף

וע"ע רשב"א כאן בענין חזקה בהיזק ראי' וכן בהחילוק שהביא מהר"י מיגש.

יט) מחיצה גודא וכו' וטעמא דרצו.

הנה לפי הלשון הזה לכאורה הטעם למה חייבים לבנות כותל באמצע בשוה הרי הוא משום שעל זה גופא נתחייבו ונתרצו, רק שכשקדים חד ורציי' לחברי' הו"א שהוא יכול לומר כי איתרצאי לך באורא בתשמישתא לא איתרצאי, וקמ"ל שנקטינן שגם בכה"ג כוונתו היתה להתרצות לבנות בשוה בין שניהם, וכמו שמבואר בגמרא. ולפ"ז יש לחקור דאולי היינו רק כשיש לשניהם חלקים שוים אבל כשאין חלקיהם שוים אולי צריכים לנקוט שלא נתכוין בעל החלק הקטן להתחייב חצי, ואע"פ שהמ"ד שסובר שהיזק ראי' שמי' היזק סובר שהוא חייב לבנות חצי גם בכה"ג, וכמו שהבאנו לעיל באות ב', אבל אכתי י"ל שלפי המ"ד שסובר שלא שמי' היזק, אשר לדידי' הרי הם בונים רק כשהם רוצים, א"כ כשאין חלקיהם שוים אולי נקטינן שלא נתרצה לבנות חצי.

מיהו עיין ברש"י כאן בד"ה וטעמא דרצו וכו' שכתב וז"ל, לבנות כותל מדעת שניהם

ג' שפסקו בשם הר"י ברצלוני שאם שניהם עניים ואינם יכולים לבנות כותל הרי הם מותרים להשתמש רק שצריכים הם להתרחק את תשמישם בכל מה שאפשר עיי"ש. ולפי ביאורו הנ"ל של הגרש"ש הדין הנ"ל מובן היטב משום שבאמת ליכא איסור אלא כשהוא מסתכל להדיא*).

וע"ע בקובץ שיעורים כאן (וכן להלן בהגרש"ש שם) שהקשה על דברי הרא"ש שבכל זאת איך מהני מחילה הלא החיוב הזה לבנות כותל חל מחדש בכל רגע, ואינו כמו הלואה שסיבת החיוב קרה רק פעם אחת בהעבר ותו לא, וא"כ גם לאחר שהוא מוחל על הכותל הרי שוב חל חיוב חדש לבנות כותל. ותירץ הקו"ש דמחילה תמיד מהני משום דהוי כאומר הריני כאילו התקבלתי, וא"כ גם הכא כשמחל לו הרי זה כאילו קיבל את דמי הכותל וממילא אינו יכול שוב לתובעו. ולפי דבריו מיושב גם מה שהקשינו שהרא"ש דן רק מצד מחילת הכותל, אבל מה עם עצם ההיזק, דלפי הקו"ש אין על מה לדון, דהא פשיטא שלאחר שקיבל דמי בנין הכותל, שוב אין לו על חבירו כלום.

וע"ע בברכת שמואל בסי' א' וב' מש"כ בביאור דעת הרא"ש.

ובסוף אות ק"א כתבנו עוד שאם לא נאמר כהגרש"ש א"כ לא איכפת לן אם שותף אחד רואה ומזיק יותר מהשותף השני, דהא סו"ס גם השני חייב בחיוב גמור להפסיק את ההיזק פורתא שהוא עושה, אבל לפי הגרש"ש שבאמת גם בלא כותל אינם עוברים על איסור מזיק א"כ יש מקום לומר שחז"ל חייבו את זה שהוא מזיק יותר בכל בנין הכותל וכשיטת הסמ"ע שהבאתי שם.

(* ועיין באות צ"ה סק"א שכתבנו שאם לא נאמר כהנ"ל אלא אם נאמר שכשאין שם כותל הרי הרואה עובר על איסור מזיק אפילו אם אינו מסתכל בכוונה א"כ לפ"ז נראה שחל על כל אחד מהם בנפרד חיוב לבנות כותל שלם, רק דכיון שאחד מהכותלים יהי' לחנם מש"ה משלשים ביניהם, אבל לפי ביאורו של הגרש"ש שאינן בונים כדי לאיפרושי מאיסורא א"כ יתכן שחז"ל תיקנו בתחילה שכל אחד מהם חייב לבנות רק חצי כותל.

בנוגע להחזקת ראי' של חצר כל אחד מהם מקבל אותה מדריגה של תועלת שחבירו מקבל ונקטינן שנתכוין להתחייב כפי התועלת. מיהו עי' באות י"ח סק"ה שהבאנו שהשט"מ בדף ר' כתב שענין היזק ראי' הוא היזק להקרקע עיי"ש בביאור הדבר.

כ) טעמא דרצו.

פירש"י וז"ל, ולקמן פריך כשרצו מאי הוי ליהדרו בהו עכ"ל. ועיי"ש דמתרצינן דאיירי באופן שקנו מידם. והנה הסוגיא לקמן שם קאי לפי המ"ד שהוא מפרש שרצו לעשות פלוגתא, אלא שמדברי רש"י כאן מבואר שבאמת גם לפי הלישנא קמא הטעם למה אינם יכולים לחזור ממה שנתרצו לעשות גודא הרי הוא משום שקנו מידם (ועיין ברש"ש).

והנה על מה שמבואר בגמ' שם שקנו מידם לעשות חלוקה מבואר בגמ' שם דלא חשיב קנין דברים משום שקנו ברוחות עיי"ש, והא דקנו מידם לעשות גודא (לפי הלישנא קמא) לא חשיב קנין דברים עיין בתוס' לקמן בדף ג' ע"א בד"ה כי רצו וכו' שכתבו דהיינו משום שקנו ושיעבדו נכסיהם לבנין הכותל. והשט"מ בריש ע"ב כאן כתב בשם הראב"ד דאיירי באופן שהוא מקנה לחבירו ממון בנכסיו כשיעור שוויות המחיצה, מיהו לכאורה הרי זה סותר את מה שכתב הנ"י (בדף ב' ע"א בדפי הרי"ף קרוב לתחילתו) בשם הראב"ד דאיירי אפילו באופן שלא הקנה לו שום ממון בנכסיו אלא קנו מידו להתחייב בדמי חצי כותל (ולאפוקי היכא שלא הקנה לו להתחייב, אלא הקנה לו רק על זה שיעשה מעשה נתינה של מעות, דזה לא מהני). וכ"כ

דחייבום חכמים שיבנו בין שניהם עכ"ל, הרי שפירש שגם לפי הלשון הזה שהם בונים בגלל שרצו לעשות גודא, בכל זאת גם לפ"ז לאחר שנתרצו היתה כאן תקנת חכמים. ולכאורה כתב כן משום שאמרינן בגמ' שקמ"ל שגם כשקדים חד ורציי' לחברי' הרי הם בונים באמצע דסובר רש"י שבאמת יכול להיות שנתרצה רק למעוטי אוריא אבל לא תשמישתא, רק שבכל זאת הרי הם בונים באמצע משום שחכמים חייבוהו לתת מחצה, וא"כ יכול להיות שה"ה בבעל חלק קטן שטוען שהוא נתכוין לבנות רק כפי חלקו, אכתי חייבוהו חכמים לבנות מחצה. מיהו צ"ע בסברת הדבר דהא מאחר שלפי הלשון הזה הרי הם בונים רק בגלל שרצו א"כ למה חייבוהו חכמים לבנות יותר ממה שהוא עצמו נתכוין להתחייב.

ועכ"פ עי' בנתיה"מ בחלק החידושים בסי' קנ"ח אות ג' שהביא שיש מסתפקים בנוגע לבקעה אם נתרצו לבנות מחיצה והי' שדהו של אחד מהם יותר גדול משל חבירו האם כל אחד חייב לבנות כפי חלקו או האם כל אחד חייב לבנות חצי, וביאר הנתיה"מ שהצד לומר שהם חייבים לפי חלקם הרי זה משום שמכיון שבבקעה ההיזק הוא עינא בישא (כלומר שע"י עין הרע הרי הוא מזיק להתבואה) א"כ אותו שיש לו חלק יותר גדול הרי הוא ניזוק יותר והרי הוא מקבל יותר תועלת מהכותל ומש"ה יצטרך לתת יותר. ולכאורה כוונתו היא שנקטינן שנתכוין כפי התועלת שהרי לא הזכיר תק"ח, ומדינא הרי א"א לחייבו כיון שאינו חייב כלל לבנות אלא נתרצה. ומעתה בחצר יתחייבו בשוה גם בלא תקנת חכמים מיוחדת כי

הרמב"ן כאן דהיינו שהוא מתחייב בדמי כותל כעין מה שאמרו חייב אני לך מנה בשטר (והזכיר גם קנו מידם על מקום הכותל), וכ"כ הרמ"ה בסוף אות י"ט שהוא חייב לבנות כותל בהדי' (ולכאורה הכוונה היא כהרמב"ן שהוא מתחייב בדמי כותל) וכדאמרין חייב אני לך מנה בשטר. ועיין לקמן באות ל"ה שנאריך בביאור כל הנ"ל.

כא) אי תנא אותו הוה אמינא מסיפס בעלמא.

עיין ברש"י ובמהר"ם על תד"ה הוה אמינא וכו' איך שביאר את כוונת רש"י כאן, וכן ברמב"ן ובשט"מ בסד"ה הוה וכו' איך שביארו את דברי רש"י. וע"ע בתורת חיים בריש דף ג' מה שהקשה על רש"י.

כב) אי תנא אותו הוה אמינא מסיפס בעלמא.

א. עיין בתוס' שכתבו וז"ל, פי' ורצו דקתני אמסיפס ואע"ג דבלא רצו עושיין מסיפס בעל כרחם כדמוכח בסמוך וכו', היינו מסיפס גרוע אבל כי רצו עושיין מסיפס מגויל וגזית כמנהג המדינה, ומיקרי מסיפס משום שהוא מלא חלונות כדפירש בערוך ואינו מגין מהיזק ראי', א"נ לפי שאינו גבוה י' כדמוכח לקמן גבי גג הסמוך לגג דאמר רב נחמן עושה לו מעקה גבוה י' דפריך אי להיזק ראי' ד"א בעינן ואי לנתפס כנגב במסיפס סגי עכ"ל.

והנה לכאורה כוונת תוס' היא לפרש דאי תנא אותו הוה אמינא שהמשנה איירי באופן שהזכירו שהם מתרצים לעשות מסיפס, וקמ"ל דאיירי באופן שהזכירו ביניהם

לעשות כותל. מיהו צ"ע דמה הוא הנפ"מ אם איירי המשנה באופן שנתרצו לעשות מסיפס או אם איירי באופן שנתרצו לעשות כותל, הלא בין כך ובין כך החידוש הוא שבונים אותו באמצע, וא"כ אכתי קשה אמאי תני בונין את הכותל, ליתני בונין אותו ויתפרש באמת על מסיפס בעלמא.

וי"ל שלעולם לגבי מה שהם חייבים לבנות באמצע אין נפ"מ בין היכא שנתרצו לבנות כותל לבין היכא שנתרצו לבנות מסיפס, רק שיש נפ"מ לענין כמנהג המדינה, והיינו משום שי"ל שהשתא שכוונת המשנה היא להיכא שנתרצו לעשות כותל א"כ מעתה נקטינן שהיכא שהסכימו לעשות רק מסיפס אינו חייב לעשות גויל וגזית כמנהג המדינה אלא הרי הוא יכול לטעון שהוא נתכוין לפחות מזה, דהא חזינן שנקטו תוס' שאם לא הסכימו ביניהם כלום, אינם חייבים לעשות מסיפס של גויל וגזית כמנהג המדינה (עיין בזה לקמן בסק"ב), וא"כ יתכן שגם היכא שנתרצו על מסיפס הרי הוא יכול לומר שלא נתכוין לעשות גויל וגזית כמנהג המדינה, וכ"ש כשקדים חד ורציי' לחברי'.

גם י"ל דאילו הי' איירי בנתרצו לעשות מסיפס א"כ אז הוה אמינא שרק במסיפס הרי הם חייבים לבנות כמנהג המדינה משום שאל"כ למה הוצרכו להתרצות, הלא גם בלא"ה הרי הם מחוייבים ועומדים, ובע"כ צ"ל שכיוונו לעשות יותר ממה שהם חייבים, ולכן הרי הם חייבים להחמיר כמנהג המדינה, אבל כשנתרצו לעשות כותל, אכתי הו"א שלא נתכוונו להתחייב כמנהג המדינה אלא נתכוונו להתחייב רק בעצם בניית הכותל, דהא בלא זה שנתרצו, אינם חייבים כלל לבנות כותל, והו"א שגם

חכמים לא חייבום להחמיר כמנהג המדינה. גם י"ל דס"ל לתוס' שהמשנה לא איירי באופן שפירשו הם בשעת הקנין אם כוונתם היא לבנות כותל או מסיפס, אלא המשנה איירי באופן שהם קנו מידם סתם, ולכן אם הוי תני אותו הו"א שהכוונה היא למסיפס בעלמא, כלומר שאנו נוקטים שכוונתם היתה למסיפס בעלמא, וקמ"ל שנקטינן שכוונתם היתה לכותל. ועיין ברמב"ן מה שפי' בכוונת הגמרא ורש"י.

ב. וז"ל, א"נ לפי שאינו גבוה י' כדמוכח לקמן וכו' עכ"ל. הנה ראיתי באבן האזל על פ"ב מהל' שכנים הט"ז בד"ה והנה בהא וכו' שהבין שכוונתם בזה היא לתת עוד תירוץ בענין מה ניתוסף מחמת זה שנתרצו, ועל זה תירצו משום שבלא רצונם הי' סגי בפחות מיו"ד, ועכשיו שנתרצו בעינן שיעשו גובה י'. מיהו לכאורה הי' אפשר לפרש כוונתם גם בדרך אחרת והיינו שכוונתם בזה היא רק לתת עוד טעם למה מיקרי בשם מסיפס מאחר שהם בונים מגויל וגזית אבל באמת גם לאחר שנתרצו אינם חייבים לעשות גובה י'.

ועכ"פ עיי"ש באבן האזל שהקשה דהא בדף ו' שם מסקינן שגם בלא רצונם הרי הם צריכים לבנות מחיצה י' טפחים לצורך נתפס כגנב. ועוד הקשה על מה שכתבו תוס' שבלא רצונם לא היו צריכים לעשות כמנהג המדינה, דמ"ט לא "דהא יכול כל אחד לומר לא אעשה מעותי אנפרות לעשות מחיצה גרוע שלמחר תפול כמו דאמרינן במחיצת ד' אמות, וגם יכול לטעון לא אחפוץ לתבוע אותך בכל יום לדין כמש"כ הרא"ש לגבי מחיצת ד'" (ועיין בקצה"ח

בסי' ק"ס סוף סק"ב שהראה שהרמב"ם כתב בתשובה שלנתפס כגנב צריכים מחיצה של י' מגויל וגזית. ובאות ק"י נדון בזה בדעת הרא"ש והנתייה"מ, והסיק שם שהלישנא קמא לא ס"ל כמסקנת הגמ' בדף ו', אלא ס"ל שגם לפי האמת אין צריכים מחיצה י' משום נתפס כגנב (היכא שלא נתרצו), ולכן שפיר יש לתרץ שמועיל רצונם כדי לחייבם במחיצה יו"ד, ושם הוה תנא אותו הוה אמינא מסיפס בעלמא (ועיי"ש שכתב כן בשם הרשב"א). ועוד כתב דהא דלא רצה הלישנא אחרינא לומר כהל"ק הרי זה משום דס"ל להלישנא אחרינא שאם מחיצה היא גודא א"כ ליתני אותו, וס"ל שאין לתרץ דאי תנא אותו הו"א מסיפס בעלמא וכמו שתירץ הלישנא קמא, משום שגם בלא רצונם הרי הם חייבים לבנות מחיצה של י' מגויל וגזית כמנהג המדינה וכמסקנת הגמרא בדף ו' (ועכ"פ אע"פ שיוצא לפי דרכו שהל"ק סובר שאין צריכים מסיפס י' אבל בכל זאת אכתי יתכן שמודה הל"ק שצריכים מסיפס קטן וכן משמע בגמ' וכמו שנבאר בסמוך).

והנה גם בספר משנת רבי אהרן בעמוד כ"ו ראיתי שכתב שלאו כו"ע ס"ל שצריכים מחיצה י' מטעם נתפס כגנב, אלא הרי זה תלוי בב' הלשונות בענין אם היזק ראוי שמי' היזק או לא, דהמ"ד שסובר היזק ראוי לא שמי' היזק הרי הוא סובר שאין צריכים שום דבר המבדיל כלל. ועיקר הוכחתו לזה נביא לקמן באות ל"ח (ומאותה הוכחה מוכח באמת כמו שכתבנו שאין צריכים שום דבר המבדיל כלל, ולא רק שאין צריכים י'). מיהו חוץ מזה הראה הגרא"ק שם שיש כמה מקומות בתוך הסוגיא כאן שהגמרא נוקטת

שבודאי אין צריכים מחיצה של י', וביאר הגרא"ק כהנ"ל דהיינו משום דאזלינן שלא שמי' היזק. וצ"ע שם למאי דאמרין דאי תנא אותו הוא אמינא במסיפס בעלמא ופירש"י יתדות עצים נמוכים תקועים בקרקע ולא כותל עשרה, וכן להלן דחינן שחולקים אותו במסיפס בעלמא, הרי שלמ"ד לא שמי' היזק אין צריכים מחיצה של י', דהא מחיצה של י' אינה נקראת מסיפס כמו שהראה שם מדף ו' ע"ב.

וכן הוכיח שלפי המ"ד שסובר לא שמי' היזק אין צריכים מחיצה י' ממה שמקשינן בסוגיין שאם יש בו ד' אמות לזה ולזה חולקים, ומדייקנן מאי לאו בכותל, כלומר כותל גבוה ד"א משום היזק ראי', ומוכח שהגמרא הבינה שהמ"ד שסובר לאו שמי' היזק אינו סובר שצריכים מחיצה י', דהא אם איתא שצריכים לעשות מחיצה של י', מנ"ל להקשות מאי לאו כותל ד' אמות משום היזק ראי', הלא יש גם לומר שהכוונה היא למחיצה י' משום נתפס כגנב, וא"כ בע"כ צ"ל שהבינה הגמ' בהקושיא שלפי הך מ"ד אין צריכים מחיצה י' אלא רק מסיפס בעלמא כדי לסמן את החלקים והבינה הגמרא שעל זה לא א"ש הלשון של חולקים.

מיהו מהמקומות הנ"ל מוכח רק שאין צריכים מחיצה של י' אבל אכתי אין ראי' שאין צריכים שום דבר כלל.

ועי' עוד שם שהוכיח ממאי דאמרין מהו דתימא מצי אמר לי' כי איתרצאי לך באוירא בתשמישתא לא איתרצאי, ופירש"י שהוא טוען שהי' עושה נסרים בעלמא, דלכאורה קשה דהא הי' מוכרח לעשות

מחיצה מגויל וגזית כמנהג המקום משום נתפס כגנב וא"כ איך הוא יכול לטעון שנתרצה רק לעשות מחיצת נסרים בעלמא, ובע"כ מוכח שהך מ"ד אינו סובר שצריכים גויל וגזית משום נתפס כגנב. מיהו באמת מהכא מוכח רק שאין צריכים גויל וגזית אבל אכתי יתכן שצריכים גובה י'. ועכ"פ בההערה הראשונה בעמוד ל"ב דחה ראי' זו משום שאפילו אם צריכים גויל וגזית אבל מ"מ לפי הרא"ש הרי הוא יכול לומר שהוא רוצה לכנוס לתוך שלו ולעשות מחיצה י' מהוצא ודפנא, וא"כ שפיר ס"ד שהוא יכול לטעון שגם ע"י הקנין לא נתרצה למעט את מקומו. ובההערה הראשונה על עמוד ל"ה דחה עוד שאפילו אם הי' צריך לעשות י' מגויל וגזית, אבל בכל זאת מכיון שהוא גבוה רק י' טפחים, אכתי אינו צריך לעשות גויל ברוחב ו' אלא ה"ה שסגי בגויל פחות מזה, וא"כ לעולם יש לומר שנהי שהוא מוכרח לבנות כותל, אבל בכל זאת לא הי' צריך להרחיבו כל כך כמו שהוא צריך לעשות עכשיו ע"י כותל ד"א וע"ע בזה בדברי הנתיחה"מ שהבאתי באות ק"י סק"ב). מיהו ראייתו אכתי קיימת לפי מה שכתב רש"י כאן שהוא טוען שהי' עושה נסרים בעלמא, דהא להדיא חזינן שרש"י נוקט שאין צריכים מחיצת גויל וגזית.

ועכ"פ לכאורה יש לדחות את ההוכחות הנ"ל ולומר שהסוגיא כאן סוברת כדעת המקשן בדף ו' שסובר שלנתפס כגנב סגי במסיפס בעלמא ואין צריכים י', דהא רק בהמסקנא שם מסקינן שצריכים י' בשביל נתפס כגנב, וא"כ י"ל שהגמרא כאן סוברת עוד כמו הס"ד, ולכן קסברה הגמרא שסגי במסיפס בעלמא אפילו בפחות מיו"ד, אבל

המ"ד שסובר שלא שמי' היזק הרי הוא חייב לבנות, ולכן כתב רש"י דאיירי באופן שאינו רוצה לבנות כי הוא טוען שאי אפשר לו בהוצאה זו. מיהו ע"י באות י"ח סק"א במה שהבאנו מרש"י עצמו בביאור סברת המ"ד שסובר שלא שמי' היזק.

(כד) וכיון שרצו (לעשות פלוגתא) בונין את הכותל בע"כ.

א. עיין בגמרא דפרכינן ואימא מאי מחיצה פלוגתא וכו', וכיון דרצו בונין את הכותל בעל כרחו אלמא היזק ראי' שמי' היזק. הנה לפי מאי דמסקינן לקמן בדף ו' ע"ב שצריכים לכה"פ מחיצה י' בשביל נתפס כגנב א"כ יש להקשות דאולי כוונת המשנה היא רק למחיצה י' ולא לד' אמות משום היזק ראי'. וי"ל דכותל משמע יותר מי"ד טפחים. ועוד דהא בדף ה' תנן שכותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנות עד ד"א, והמ"ד שסובר שה"ר שמי' היזק ס"ל שדוחק לומר שנפל שאני, כי זהו שינוי דחיקא, אלא ס"ל דהא דנקט נפל הרי זה בשביל הסיפא, וא"כ י"ל שהמשנה בדף ה' הוא הדבר שמכריח אותו ללמוד שהכותל שמוזכר בהמשנה הראשונה הוא של ד"א ושהיזק ראי' שמי' היזק. וכן מבואר בר"ש כ"א שטעמו של המ"ד שמי' היזק הוא כי ס"ל שתירוצי הגמ' לפי המ"ד לא שמי' היזק הם שינויי דחיקי, וגם התירוץ של נפל שאני, וא"כ יוצא לפ"ז שמוכח מהמשנה בדף ה' שצריכים לבנות ד"א משום היזק ראי'. (משנת רבי אהרן עמוד כ"ו בההערה, ועיין שם במה שציין לרש"י בדף ג' ע"א

לפי המסקנא שם לא היתה הגמ' נוקטת כאן שסגי במסיפס בלא גובה י' אלא היתה נוקטת שצריכים גובה י' אבל לא גויל וגזית (אלא שכבר הקשה האבן האזל על הדרך הזה בתוס' דמאי טעמא לא ניבעי כמנהג המדינה), וכן לא היתה הגמ' מקשה מאי לאו כותל, וא"כ אכתי אין ראי' מוכרחת שהמ"ד שסובר לא שמי' היזק חולק באמת על המסקנא בדף ו'.

(כג) מחיצה פלוגתא.

פירש"י וז"ל, ולהכי תני רצו שכיון שרצו לחולקה בונין כותל אבנים על כרחם ואם בא האחד לומר אי אפשרי ביציאה זו אלא במסיפס בעלמא אין שומעין לו עכ"ל. ולכאורה צ"ע למה הוצרך רש"י לתת התנצלות בפיו למה אינו רוצה לבנות כותל, דהיינו מה שכתב רש"י שהוא אומר שאי אפשר לו לעמוד בההוצאה.

וי"ל דקמ"ל בזה שהוא צריך אפילו לדחוק את חייו כדי לבנות את הכותל, ואע"פ שבעשיית מצות אינו חייב בהוצאה שתגרום שידחקו חייו (עיין ביש"ש בב"ק פרק א' ס' כ"ד), אבל הכא הוי ענין של הרחקה מאיסורים, דהיינו כדי שלא יסתכל (כי נקטינן שבלא כותל יבוא להסתכל).

ולפי הרא"ש בסי' ב' כאן הרי החיוב לבנות כותל הוא חיוב ממון לחבירו, והרי כדי לשלם חיוב ממון שהוא חייב לחבירו הרי הוא חייב אפילו לדחוק את חייו ורק בקיום מצות הרי הוא פטור מלדחוק את חייו. גם ה"י אפשר לומר שכוונת רש"י היא לרמוז שבאופן שאינו רוצה לבנות בגלל שהוא רוצה להדיא להסתכל, אז גם לפי

בד"ה למימרא דבגזית וכו'.

ב. עיין לקמן באות צ"ה שנדון באם יסוד החיוב לבנות כותל הוא שכל אחד יבנה כותל שלם לבדו, רק שכיון שאחד מהם יהי' לחנם מש"ה משלשים ביניהם, או האם יסוד החיוב הוא ששניהם יבנו כותל אחד בשותפות.

כה) בונין את הכותל באמצע, פשיטא.

א. עיין ברש"י בד"ה דרצ"י שלומד כתוס' שהקושיא היא רק על הלשון של גודא.

ב. הנה תוס' כתבו שלפי הלשון שרצו לעשות פלוגתא, לק"מ קושיית הגמ' של פשיטא, והיינו משום דסד"א דמשום היזק רא"י יש לו לסייע בבנין הכותל אבל אין לו לבנות בחלקו משום כך (ועיין במהר"ם בענין למה לא תירצו כדבריהם לעיל בד"ה וכו'ן). ולכאורה סברתם בזה צריכה ביאור, והנחלת דוד הקשה באמת על דבריהם ונשאר בצ"ע. ואולי יש לבאר קצת על פי מה שנביא לקמן באות קנ"א מהקצה"ח והנתייה"מ שהציור של נזקי שכנים אינו בגדר מזיק ממש, אלא הרי הוא חייב להתרחק רק משום תקנת חכמים עיי"ש, דלפ"ז י"ל שהו"א שתיקנו רק שיסייע אבל לא שיתן מחלקו אם אינו רוצה, ומאי דתנן זה נותן ג' דקאי על המקום איירי כששניהם נתרצו לתת מקום דאז יש חיוב על שניהם ליתן כשיעור. מיהו זה נראה דוחק. ועוד דהא סברת הנתייה"מ שם למה הוי רק מדרבנן לא שייכא הכא שהרי ע"י בניית הכותל לא יצטרך להתבטל מתשמישו שהרי שפיר יוכל לראות בתוך חצר דידי' (מיהו

יצטרך להפסיד את מקום הכותל).

כו) כי איתרצאי למעוטי באורא בתשמישתא לא איתרצאי.

עיין ברש"י שפירש שס"ד שהוא יכול לטעון שנתכוין להסכים רק לבנות מחיצה דקה של נסרים גבוהה ד"א שזהו יותר ממסיפס (שבין כך הי' צריך לעשות) כי מסיפס היא נמוכה, אבל לא הסכים להרבות ברוחב. ומבואר ברמב"ן שלפי הר"ח שמסיפס הוא כותל רחב רק שיש בו חלונות א"כ אינו יכול לומר שלא רצה ליתן הרבה קרקע אבל הרי הוא יכול לטעון שהסכים לסבול מחיצה סתומה ולמעט אורא רק על מנת שהיא תיבנה לגמרי על קרקע חבירו. מיהו צ"ע דגם לפי רש"י למה אינו יכול לפטור את עצמו לגמרי מלתת שטח ע"י טענה שנתרצה להגביה עד ד"א ולסתום רק על דעת שחבירו יבנהו לגמרי על שטחו, וכן פירש הרשב"א את הגמ' עיי"ש.

כז) והא וכן קתני.

עיין בשט"מ בד"ה והא וכן קתני שכתב וז"ל, ואם תאמר ולדידי' מי ניחא והא על כרחין לא שוו בדינייהו, דחצר אפילו במקום שנהגו שלא לגדור מחייבים אותו לגדור, ואילו גינה במקום שנהגו שלא לגדור לא מחייבים לי' וכו', וי"ל דמ"מ לדידי' שוו בטעמייהו ואילו למ"ד דה"ר לא שמי' היזק לא שוו בטעמייהו וזהו שכתב רש"י ז"ל והא וכן קתני דמשמע דתרווייהו חד טעמא וכו' עכ"ל. וע"ע בלשון רבינו גרשום שכתב וז"ל, מאי וכן בגינה כלומר דמשמע דאותו דין עצמו שנהג בחצר, אותו

דין עצמו נוהג בגינה, ולטעמיך אינו דין אחד עכ"ל.

כח) תד"ה גינה.

א. וז"ל, דשאני גינה שגדלין בה ירק לאכילה וכל שעה היא עומדת בקמותי אבל בקעה אינה עומדת בקמותי אלא חודש אחד בשנה ולא מחייב לגדור אבל אסור לעמוד בשעה שעומדת בקמותי עכ"ל. לכאור' יש לפרש שכוונתה היא שבקעה הרי הוא יכול לטעון שלא יסתכל, אבל בגינה שההיזק מצוי תמיד, אינו יכול לטעון כן.

מיהו באבן האזל בפ"ב מהל' שכנים הט"ז בד"ה אבל כ"ז הוא וכו' ראיתי שלא הבין כהנ"ל למה שאני חודש אחד לחוד, דעיי"ש שהקשה שאם היזק ראוי בגינה ובבקעה הוא משום מזיק לגופו או נכסיו ולא משום צמצום תשמישיו א"כ מה היא סברת החילוק הנ"ל, דהיכן מצינו בהרחקת נזיקין נפ"מ בין זמן מועט לזמן מרובה, ובע"כ צ"ל שאזלי שהיזק ראוי בגינה למ"ד לש"ה הרי הוא משום צמצום תשמישיו ומשום שיש אומדנא שרצו בשעת חלוקה שיהי' לכל אחד היכולת להשתמש בלי ראיית חבירו ולא יצטרך לצמצם תשמישיו (וכמו שביאר לעיל שם באריכות שבלי האומדנא לא הי' שייך להקפיד על צמצום תשמישיו עיי"ש), וא"כ בזה י"ל שאומדנא זו קיימת רק בנוגע לצמצום קבוע של תשמישיו אבל בנוגע לצמצום לשעה ליכא אומדנא עכת"ד, הרי שהוא מפרש שלעולם גם בבקעה יש כאן מציאות של היזק ראוי באותו חודש, רק שבכל זאת אינו חייב לגדור וכמו שביאר.

ב. וז"ל, וא"ת ולמ"ד פלוגתא וכו' עכ"ל. והנה לכאורה יש ליישב דתני וכן בגינה כדי

לדייק שבמקום שנהגו להדיא שלא לבנות אין חייבים לבנות, משא"כ בחצר חייבים גם בכה"ג. מיהו י"ל דס"ל לתוס' שגם בכה"ג הרי הם חייבים לבנות בגינה, וכבר ביארנו לעיל באות ז' שכן יוצא מתוך דבריהם עיי"ש. ועוד י"ל שהרי מהמשה משמע שמאי דתני שבגינה בונין הרי זה אתי לאשמועינן חיובא ולא פטורא ודו"ק.

כט) שיטת הרמב"ם בגינה.

עיין ברמב"ם בפ"ב מהל' שכנים הט"ז שפסק שבגינה הרי הוא חייב לבנות רק מחיצה של עשרה טפחים משום נתפס כגנב אבל אינו חייב לבנות גובה של ד' אמות. וכבר הקשו לו חכמי לוניל מסוגיא דידן דמשמע דשפיר חייב לבנות ד' אמות נגד עין הרע. והרמב"ם השיב להם שכוונת הגמרא היא "לשינויא בעלמא ואינו אליבא דהלכתא", ומה שאמר ר"א שאסור לאדם לעמוד בשדה חבירו בשעה שהיא עומדת בקמותי הרי זה רק מדת חסידות. ועיין בלח"מ שם שהקשה על דבריו דהא תמוה טובא לומר ששינויא בעלמא הוא ולא אליבא דהלכתא ושבאמת אין צריכים מחיצה של ד' אמות, דהא חזינן מקושיית הגמ' שהמ"ד שסובר שה"ר ראוי שמ' היזק ושהלכתא כוותי' הרי הוא סובר שחייבים לבנות ד' אמות בגינה מעיקר הדין משום הדין הרגיל של היזק ראוי, ונהי שהתרצן מחדש שגם המ"ד שסובר לא שמ' היזק הרי הוא מודה בגינה משום עין הרע, ואפילו אם ננקוט שמעתה גם לפי המ"ד שסובר היזק ראוי שמ' היזק הרי הטעם בגינה הוא רק משום עין הרע, אבל מהיכא תיתי לומר דהוי רק שינוי דחיקא ולא מעיקר הדין ושבאמת סגי מדינא ב' טפחים.

גם צ"ע דסו"ס למה לא הביא הרמב"ם את המדת חסידות של ד"א משום עין הרע. והנה המאירי כאן כתב שאע"פ שגם בגינה יש היזק ראי' של עין הרע וכדאיתא בגמרא אבל בכל זאת אכתי מספיק במחיצה של י', כי על ידי זה הרי הוא נזכר שלא להסתכל ראי' מתמדת וממילא אין בכה"ג ההיזק של עין הרע כמו שביאר שם. והנחלת דוד כתב שמהני מחיצה של י' משום שעיי"ז לא יוכל להכנס לתוך הגינה וההסתכלות מבחוץ שהוא במרחק אינה גורמת עין הרע, ונהי שהמקשן סבר שאם סוברים היזק ראי' שמי' היזק בעינין בגינה ד' אמות אבל מ"מ התרצן מתכוין להגיד שגם לפי המ"ד שבחצר היזק ראי' שמי' היזק הטעם בגינה הוא כר' אבא וממילא מספיק גם לדידי' בי"ט.

ועי' ברמב"ן ובנ"י בדף ד' ע"א, וכן בביאור הגר"א בסי' קנ"ח סק"ג, שביארו שהמקשה סבר שגם בגינה צריכים ד' אמות משום שאם לא כן לא אתי שפיר הלשון של וכן, דהא מהלשון של וכן משמע שגם בגינה המחיצה היא משום היזק ראי' ולכן מקשה הגמרא דחזינן מזה שהיזק ראי' שמי' היזק, ותירצה הגמרא שהד' אמות הרי הן משום עין הרע ורק בגינה, אבל בחצר הרי הם חייבים רק אם נתרצו, ועל זה המשיכה הגמרא להקשות שא"כ מאי וכן, הלא לפי הנ"ל יוצא שחצר וגינה אינם מאותו הטעם, ותירצה הגמרא שהלשון של וכן קאי על גויל וגזית, וא"כ מעתה י"ל שבטל מה שנקטו לעיל שלמ"ד היזק ראי' שמי' היזק צריכים בגינה ד' אמות דומיא דחצר אלא יתכן שהוא חייב רק י' טפחים והא דקתני וכן הרי זה רק לענין גויל וגזית, ואע"פ

שהגמ' קאי לפי המ"ד שסובר לאו שמי' היזק אבל י"ל שהכי נשאר גם לפי אידך מ"ד שסובר שה"ר שמי' היזק. והוסיף הגר"א שמקורו של הרמב"ם להדין הנ"ל הוא מהמשנה בדף ה' דתנן כותל החצר שנפל מחייבין אותו לבנותו עד ד' אמות, דמשמע מזה שבגינה אינו בונה עד ד"א.

והנה פירושי המאירי והנחל"ד וכן פירושו של הגר"א צריכים זה לזה, כי המאירי והנחל"ד כתבו סברות למה יספיק בגינה בי"ט אבל לא נחתו לבאר איך מיישבים את הלשון של וכן, ואילו הגר"א ביאר איך לפי הרמב"ם אתי שפיר הלשון של וכן אבל לא נחית לבאר סברת דינו.

ולפי הנ"ל כוונת הרמב"ם במש"כ דהוי שינוי דחיקא ולא אליבא דהלכתא היא כך, דמה שתירץ המתירץ שמשום ר' אבא בעינין בגינה ד"א הוא שינוי דחיקא ולא אליבא דהלכתא כי לפי מה שהמשיכו לומר ש"וכן" קאי על גויל וגזית הרי זה מתבטל ונשאר שמספיק בי"ט (ועי' בלשון הנחל"ד ודו"ק).

והנה הגר"א שם כתב עוד דרך איך להסביר את דינו של הרמב"ם, והיינו שקושיית הגמרא מ"וכן גינה" היא רק לפי אביי בדף ד' ע"א שמפרש שרק המלים "וכן גינה" קאי על גינה ושאיירי בגינה סתם, אבל רבא שם סובר שכל הבבא קאי על גינה ומפרש שגינה סתם כמקום שנהגו לגדור, ומפרש הרמב"ם שהכוונה היא דהווי ב' בבות נפרדות, ד"וכן גינה" קאי על סתם גינה של שותפין, אבל כמקום שנהגו לגדור הרי זה בבא בפני עצמו ואיירי במוכר וכוונת המשנה היא שחייב הלוקח לגדור אפילו במקום שנהגו בפירוש שלא לגדור משום שאפילו מקום שנהגו בפירוש שלא

לגדור הרי זה כמקום שנהגו לגדור, ובע"כ צ"ל שאין זה משום היזק ראי' דהא משמע שרק לוקח חייב בכה"ג אבל שותפין אינם חייבים היכא שנהגו בפירוש שלא לבנות (בגינה), ואילו הי' הטעם משום היזק ראי' הרי גם שותפין היו צריכים להיות חייבים, וא"כ בע"כ צ"ל דהוי משום נתפס כגנב, ולכן שותפים אינם חייבים בזה כי לא חשידי אהרדי, וא"כ יוצא שנוכר בהמשנה לענין גינה מחיצה י' משום נתפס כגנב, אבל ליכא היזק ראי', ולכן גם לענין סתם מקום (שאינן שם מנהג שלא לבנות) דאיירי לענין שותפין סובר הרמב"ם שהכוונה היא שסגי במחיצה י' משום נתפס כגנב כי רק במקום שנהגו בפירוש שלא לגדור פטרינן שותפין משום הטעם של לא חשידי אהרדי אבל בסתם מקום גם שותפין חייבין.

מיהו הקצה"ח בסי' קנ"ח סק"ב כתב ליישב את שיטת הרמב"ם בדרך הפוכה ממש מדרכו של הגר"א, והיינו דס"ל להרמב"ם שבמוכר ולוקח חייב הלוקח באמת לבנות ד"א משום היזק ראי', רק שבכל זאת רק לוקח חייב בזה וכמו שנבאר, אבל בשותפים סגי בזה שיבנו י' טפחים בלבד וכמו שפסק הרמב"ם, והא דנקטה הגמרא שצריכים בגינה ד"א הרי זה משום שהגמרא אזלא שהמשנה איירי במוכר ולוקח (וכדעת רבא לפי פירושו של הרמב"ם). והנה הקצה"ח שם כתב ב' טעמים למה במוכר ולוקח הלוקח חייב לבנות ד"א משא"כ בשותפין, א', משום שהלוקח מחויב יותר לשמור שלא יגיע ממנו היזק להמוכר עכ"ד, ולפי הטעם הזה י"ל שכוונת הגמרא היא כך, דבתחילה מקשינן דהא בגינה חזינן שהיזק ראי' שמי'

היזק וקשה על המ"ד שסובר שלא שמי' היזק, ונהי שבגינה אין ההיזק ראי' גדול כל כך ולכן רק הלוקח חייב לסלקו, אבל בכל זאת חזינן שהיזק ראי' מחייב בנין מחיצה, וא"כ בחצר שיש הרבה היזק ראי' אז גם שותפין צריכים להיות חייבים ואפילו אם לא נתרצו לבנות, ומתרצינן שלעולם היזק ראי' אינו מחייב מחיצה, רק דשאני גינה משום דאיכא משום עין הרע, אבל בהרישא בחצר השותפין הרי הם בונים רק בגלל שרצו, ושוב פרכינן דהא וכן קתני וא"כ חזינן שגם בהרישא וגם בהסיפא הרי הוא משום שהיזק ראי' שמי' היזק, ומתרצינן דוכן קאי על גויל וגזית, אבל לעולם הסיבה שבונים הרי הוא משום עין הרע ורק לוקח צריך לבנות ד"א מטעם זה אבל בשותפין סגי ביו"ד טפחים וכן למ"ד ה"ר שמי' היזק רק לוקח בונה ד"א בגינה אבל שותפין בונים רק י' טפחים.

ושוב כתב הקצה"ח עוד טעם למה הלוקח חייב יותר, והיינו משום שמכיון שהמוכר כבר נתרגל בתשמישי צינעה א"כ הרי זה דומה למאי דאמרינן בגמרא שנפל שאני ושלוכו"ע צריכים מחיצה של ד' אמות וכמו שפירשו תוס' משום שכבר הורגלו בתשמישי צינעה עכ"ד הקצה"ח. מיהו לפי טעמו הב' א"כ שוב א"א לפרש כדבריו הקודמים שם שהגמרא כאן סברה שצריכים בגינה ד"א משום דאיירי במוכר ולוקח, דהא אם איירי במוכר ולוקח א"כ לא היתה הגמרא צריכה לדחות שרק בגינה צריכים ד"א משום עין הרע אלא הגמרא היתה יכולה לדחות בדרך אחרת, והיינו שלעולם היזק ראי' לא שמי' היזק, רק שבכל זאת צריכים בגינה ד' אמות משום היזק ראי'

כיון שכבר הורגל, דוגמת הדחי' של נפל שאני. ועוד דהא מסוגיית הגמ' יוצא שבגינה הרי הוא בונה משום עין הרע ולא משום תשמישים, והרי לגבי עין הרע לא שייך הטעם השני שכתב הקצה"ח.

וע"ע בדרכם של האבן האזל ושל הגרא"ק ביישוב דעת הרמב"ם, ששניהם ביארו שהגמרא נקטה שכוונת התנא בגינה היא למחיצה של ד' אמות משום שהגמרא כאן סברה שאין צריכים בכלל מחיצה י' משום נתפס כגנב ודלא כהסוגיא בדף ו' (ואפילו אם צריכים מיהא מסיפס בעלמא אבל זה לא נקרא מחיצה כמו שמבואר בדף ו' שם), אבל אליבא דהלכתא שצריכים מחיצה של י' לנתפס כגנב א"כ תו לא קיימינן שבגינה צריכים כותל של ד' אמות משום היזק ראוי' אלא לעולם כוונת המשנה בגינה היא למחיצה של י'. ועי' לעיל באות כ"ב סק"ב ולקמן באות ל"ח שהבאתי איך שהעלו בפלפולם שהגמ' כאן אזלא שאין צריכים בכלל מחיצה י' משום נתפס כגנב.

ל) נפל שאני.

א. עיין ברש"י ובמה שהביא השט"מ בזה וכן במהרש"א ובמהר"ם.

ב. עיין בפירושם של תוס', ולעיל באות י"ח סק"א דננו על סברת פירושם לפי כל הדרכים בהבנת היזק ראוי'.

ג. עיין בהמהרש"א בענין למה לא רצו תוס' ללמוד כרש"י. ולפי ביאורו יוצא שבנפל הרי הם חייבים לבנות אפילו אם בתחילה רק אחד מהם לבדו בנה. והחזו"א בריש ב"ב הקשה על זה דאיך יש לו זכות להרגיל את עצמו להשתמש תשמישין של

צינעה ולחייב בזה את חבריו לבנות עמו כשנפל. ועיין שם איך שביאר הוא למה לא למדו תוס' כרש"י וכן איך שביאר את פירושם של תוס'.

ד. עיין בנתיה"מ בביאורים בר"ס קנ"ח שחקר מה יהי' בבקעה היכא שהי' שם כותל ונפל, האם הם חייבים לבנותו, ותלה את הדבר במחלוקת רש"י ותוס' כאן עיי"ש.

לא) היזיקא דרבים שאני.

עיין לעיל באות י"ח סק"א שדננו על סברת חילוק זה לפי כל הביאורים בהבנת היזק ראוי'.

לב) היזיקא דבית שאני.

גם על זה דננו באות י"ח סק"א עיי"ש.

לג) שאני התם דא"ל בעל החצר לבעל הגג וכו'.

גם על זה דננו באות י"ח סק"א עיי"ש.

דף ג' ע"א

לד) כשאין בה דין חלוקה והוא דרצו.

עיין בספר משנת רבי אהרן בתחילתו באות י"ב שחקר למה א"א לכוף על חלוקה כשאין ד"א לזה וד"א לזה, האם זה משום שכיון שכל מחצה אינה ראוי' לשימוש בפני עצמה, נקטינן שבתחילת השותפות שיעבד כל אחד את חלקו לחבירו עולמית, ולכן אינו יכול לכופו אחר כך לחלוק, או האם גם בלא לשעבד את חלקו אינו יכול לתבוע חלוקה כי אין לו רשות להפסיד ולהזיק את חברו ע"י שעושה את חלקו אינו ראוי

לשימוש, ועי"ש מה שהביא בזה. ועי' עוד
בחידושי הגרש"ש בסי' א' סק"ב.

לה) קנין דברים.

א. צדדי השאלה אם קנין אתן מהני,
וכן ביאור דברי הר"י ורבינו אליהו
בתוס' בכתובות.

עיין ביד רמה באות כ"ו כאן שהביא
מחלוקת בענין אם קנין אתן מהני או לא,
דהיינו באופן שעשה קנין בלשון של אתן
לך מנה וכדומה (ועיין גם בנ"י שהביא בשם
הגאונים דלא מהני).

ובספר משנת רבי אהרן בתחילתו
ובהערה שם בעמוד ב' ביאר את צדדי
השאלה כדלהלן, דבדעת המ"ד שסובר
שקנין אתן לא מהני י"ל שני דרכים, א',
דקנין אתן לא מהני משום שלא קיים בדיני
התורה סוג חיוב כזה לעשות מעשה של
נתינה, כמו שלא שייך חיוב לעשות איזה
מעשה אחר כגון הליכה וכדומה, אבל היכא
שהוא קונה מידו בלשון של חיוב, דהיינו
שיהי' מחויב לו מנה, ולא שיתן לו מנה, אז
שפיר מהני, כי על ידי זה הרי הוא משעבד
את גופו עכשיו בחיוב ממון, וסוג חיוב
ושיעבוד כזה שפיר קיים בתוך דיני התורה,
ומש"ה שייך על זה עשיית קנין. ב', שהטעם
למה קנין אתן לא מהני הרי זה משום שקנין
יכול לחול רק על נכסים, ולפי הצד הזה
אפילו אם לא יאמר לשון של אתן, אלא
אפילו אם יאמר שהוא מחייב את עצמו
בשיעבוד הגוף, דשפיר יש סוג חיוב כזה,
בכל זאת גם זה חשיב קנין דברים, ולא
שייך לחייב את עצמו אלא ע"י שהוא
משעבד לחבירו את נכסיו לחיוב מנה אשר

בכה"ג שפיר יש להקנין על מה לחול, אבל
לשעבד את גופו מעצמו בשיעבוד הגוף אין
לו שום כח כי קנין יכול לחול רק על נכסים.
ועי"ש בהערה הנ"ל שהוכיח שרבינו
אליהו, הובא בתוס' בכתובות דף נ"ד ע"ב,
סובר ששפיר מהני קנין כדי לשעבד את
גופו לחיוב ממון, ובדעת הר"י בתוס' שם
כתב שיש להסתפק באם הוא מודה לזה או
האם הוא סובר ששייך לעשות רק שיעבוד
נכסים, דעי"ש בתוס' שהקשה הר"י לרבינו
אליהו איך חתן יכול לשעבד את עצמו
להכלה בסכום של תוספת כתובה בזמן
שאין לו אפילו שוה פרוטה, דבשלמא כשיש
לו נכסים הרי הוא משעבד את נכסיו לחוב
זה, והואיל ונתחייב, אפילו אם נאבדו
הנכסים אח"כ וקנה אחרים הרי הם
משתעבדים, דאע"פ שאין אדם מקנה דבר
שלא בא לעולם אבל מ"מ אדם משעבד דבר
שלא בא לעולם, אבל חתן שאין לו נכסים
היאך ישתעבדו נכסיו שיקנה אחרי כן, דכיון
שלא נתחייב לה הרי זה דבר שלא בא
לעולם עכ"ד, וביאר הקו"ש שם בראשית
דבריו את קושיית הר"י דאילו היו לו נכסים,
אז שפיר הי' חל חיוב על גופו, דכיון
שנשתעבדו הנכסים, חל גם חיוב על גופו,
וכיון שחל חיוב על גופו, שפיר משתעבדים
גם נכסים שהוא קונה אח"כ, וזוהי כוונת
הר"י במש"כ שאדם משעבד נכסים שלא
באו לעולם, אבל כשאין כאן עכשיו חלות
שיעבוד על נכסיו, אז לא שייך שיחול חיוב
על גופו לבד (עי"ש בקו"ש שקיצר).

ותירץ לו רבינו אליהו וז"ל, דמצינו כעין
זה וכו' דתני מתנה שומר חנם להיות
כשואל, ופריך במאי בדברים, ומשני בשקנו
מידו, משמע בכל ענין, אע"פ שאינו מקנה

לו שום נכסים, אלא שמשעבד את גופו לזה החוב מעתה, ולכשיהיו לו נכסים חל שיעבודו מעתה, ואין זה קנין דברים בעלמא, דקנין דברים לא הוי אלא כההיא דריש ב"ב וכו', אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה, משעבד, ואין זה קנין דברים עכ"ל, וא"כ בדעת הר"י יש להסתפק באם הוא סובר שא"א בכלל לשעבד את גופו בלי נכסים ע"י קנין*, או האם הוא שפיר מודה ששייך לשעבד את גופו, רק שהוא סובר שבכל זאת מכיון שאין להחתן עכשיו את הסכום הנ"ל הרי יש כאן חסרון של דבר שלא בא לעולם דס"ל להר"י שגם בנוגע לשיעבוד הגוף שחל על הגברא אינו יכול לשעבד את גופו כשהמדובר הוא לגבי דבר שלא בא לעולם והרי עיקר חלות ההתחייבות על גופו הוא לגבי לשלם מהנכסים. ועיי"ש במשנת רבי אהרן שדעתו נוטה להצד השני.

ובדעת המ"ד שסובר שקנין אתן שפיר מהני כתב הגרא"ק שם ב' דרכים, א', דס"ל ששפיר שייך סוג חיוב כזה לעשות מעשה של נתינת ממון, משום שגם זה מיקרי חיוב

ממון, ולעולם הקנין מהני באמת לחייבו לעשות את המעשה הזה של נתינת ממון. ב', שלעולם גם המ"ד הזה סובר שלא קיים סוג חיוב כזה לתת, רק שהוא סובר שהיכא שעשה קנין ליתן, כוונתו היתה לשיעבוד נכסים. ולפי הדרך השני יוצא שאם מת יתחייבו בניו אחריו לתת את הנכסים משא"כ לפי הדרך הראשון לא יתחייבו כיון שעל האב הוי רק שיעבוד הגוף, ועיי"ש שהביא שהב"ש בס"י נ"א נסתפק בדין זה. וכן לפי הדרך השני יוצא שאם עשה קנין למכור קרקע לראובן ולבסוף מכר לשמעון, לא קנה שמעון, דהא הקרקע עצמה משועבדת היא לראובן, וזהו כדעת המהר"א ששון שהביא המל"מ בפ"ח מהל' מכירה, אבל לפי הצד הראשון שפיר יקנה שמעון את הקרקע, וכדעת המל"מ עצמו שם, עכ"ד הגרא"ק.

ב. דברי רש"י כאן.

והנה עיין ברש"י כאן שכתב וז"ל, קנין דברים הוא ואין חליפין קונין אלא דבר הנקנה או במכר או במתנה או שיעבוד

* ולפ"ז יצטרך הר"י לאוקמה לההיא דמתנה שומר חנם להיות כשואל באופן שהוא משעבד לו נכסים ודלא כרבינו אליהו שנקט דאירי בכל גוונא. א"נ דשאני התם שעל ידי הקנין חל עליו שם של שואל ומאחר שחל עליו שם של שואל הרי הוא ממילא מתחייב באונסים מצד התורה בשעת האונס כמו שהתנה.

ודע שהקובץ שיעורים בכתובות שם כתב כמו הצד הזה שהזכרנו בפנים, דהיינו שהר"י סובר שא"א בכלל לשעבד את גופו ע"י קנין, אלא שכתב דאע"פ שגם לפי המ"ד שסובר שיעבודא לאו דאורייתא הדין הוא שאדם יכול לחייב את עצמו, אבל היינו רק אם יש לו נכסים שאפשר לפרוע

ממנו. ושוב העיר דכיון שאינו יכול לחייב את גופו כשאין לו נכסים א"כ לכאורה אינו צריך להועיל אפילו לפי המ"ד שסובר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואילו תוס' הקשו רק לפי המ"ד שסובר שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ות"י הקו"ש שלפי המ"ד שסובר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא חשיב קנין דברים כי אפשר לו להתחייב עכשיו שיחול החיוב לאחר זמן כשיהיו לו נכסים ואז בההיא שעתא הרי לא יהי' בגדר קנין דברים, אבל למאי דקי"ל שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, הרי אינו יכול להתחייב עכשיו שיחול החיוב לאחר זמן כי מי איכא מידי שעכשיו אינו יכול לחול ולאחר זמן הרי הוא יכול לחול.

קרקעות שהקנין חל עליו או מטלטלין עכ"ל. הרי להדיא שלא שייך שיחייב אדם את עצמו בשיעבוד הגוף, ולא שייך שיעשה אלא קנין שחל על נכסים וכמו שצייד הגרא"ק (וצייד כן בין בדעת המ"ד שסובר שקנין אתן לא מהני ובין בדעת המ"ד שסובר שקנין אתן מהני וכמו שהבאנו).

ג. דברי הראשונים בענין למה מהני קנו מידו לעשות כותל.

הנה הראשונים דנו כאן בנוגע להמ"ד שסובר שמחיצה היא גודא דאיך מהני קנו מידו לחייבו לעשות כותל, הלא קנין דברים הוא. ובשט"מ בריש דף ב' ע"ב איתא בשם הראב"ד שהוא מקנה לחבירו ממון בנכסיו כשיעור המחיצה. מיהו הנ"י הביא בשם הראב"ד דאיירי באופן שקנו מידו להתחייב בדמי חצי הכותל (אבל לשון של אתן דמי חצי הכותל לא מהני כמו שסיים שם בשם הגאונים). ולכאורה יש כאן סתירה בענין מה היא שיטת הראב"ד. מיהו י"ל שהראב"ד סובר שקנין בלשון התחייבות שפיר מועיל כמו שהביא הנ"י בשמו, רק דהא דמועיל הרי זה משום שאנו מפרשים שכוונתו היא לשעבד באמת את נכסיו, ולעולם הרי אנו צריכים שיחול השיעבוד על נכסים שיש בהם ממש, וזוהי כוונתו גם בשט"מ כאן, דהיינו שצריכים שישתעבדו נכסיו, רק שבדבריו שהביא השט"מ צייר הראב"ד באופן שפירש כן להדיא בתוך דבריו, ולא דוקא כתב שצריכים לשון של הקנאה ממש דהיינו שהוא משתפו ממש בחלק מנכסיו, אלא בודאי הה"נ דסגי במה ששיעבד לו נכסיו, וא"כ נמצא שעיקר יסודו של הראב"ד בשני הפירושים הוא דבר אחד,

והיינו שצריכים שישעבד לו את נכסיו אבל קנין שהוא רק על שיעבוד הגוף לא יועיל (ועיין ברמב"ן בריש דף ב' ע"ב שכתב שהוא מחייב את עצמו בדמי כותל דוגמת מה שאמרו חייב אני לך מנה בשטר, וכ"כ הרמ"ה בסוף אות י"ט שהוא מתחייב לבנות כותל בהדי' וכדאמרינן חייב אני לך מנה [ולכאו' כוונתו היא כהרמב"ן שהוא מתחייב בדמי כותל]), וצ"ע.

ד. ביאור דברי תוס' כאן.

הנה יש לעיין בדעת תוס' בסוגיין, דעיין בדבריהם שהקשו גם הם למה מהני קנין לעשות כותל, ותירצו דאיכא למימר "שקנו ושיעבדו נכסיהם לבנין הכותל". הרי שהקפידו לומר ששיעבדו להדיא את נכסיהם אשר מעתה יוצא שהקנין חל על שיעבוד נכסים, ומשמע שלא סגי בזה שישעבדו את גופם ודלא כדעת רבינו אליהו בכתובות. מיהו בהדיבור השני כתבו וז"ל, בפרק השוכר את הפועלים דתנן מתנה שומר חנם להיות כשואל ומוקי לה בקנו מידו, התם לאו קנין דברים הוא, אלא קנין גמור הוא שמשעבד את עצמו שאם יאנס שישלם עכ"ל, הרי שהתם לא הזכירו שהוא משעבד את נכסיו אלא משמע מדבריהם שהוא משעבד רק את גופו להיות חייב לשלם ושגם זה מהני וכדעת רבינו אליהו בכתובות שם, וא"כ צ"ע מדבריהם גבי כותל.

מיהו נראה שהדבר מתבאר היטב על פי דברי רבינו אליהו בכתובות שם, והיינו משום שרבינו אליהו שם כתב שמשמע שהציוור של מתנה שומר חנם להיות כשואל איירי אפילו באופן שאינו משעבד לו שום

נכסים, וביאר הפ"י דהיינו משום שאפילו אם יש לו עכשיו נכסים אבל הלא איהו רוצה להיות כמו כל שואל דעלמא שנכסיו משתעבדים רק בשעת האונסים וא"כ יוצא שעכשיו אינו משעבד לו שום נכסים וא"כ ה"ה אפילו אם אין לו עכשיו שום נכסים, ושפיר נסתייע רבינו אליהו משם (וע"ע במהרש"א ובמהר"ם שיף שם), וא"כ מעתה י"ל שכן היא שיטת תוס' בב"ב כאן והיינו שלעולם הרי הם סוברים כדברי רבינו אליהו שהוא יכול באמת לשעבד את עצמו בשיעבוד הגוף גם בלא שום שיעבוד נכסים, וכדבריהם גבי שומר, רק שגבי כותל ס"ל שי"ל באופן יותר מרווח, והיינו שהוא מתכוין לשעבד אפילו את נכסיו מעכשיו, אלא שרק בכותל י"ל כן, אבל גבי מתנה שומר חנם להיות כשואל הרי אנו נוקטים שהוא רוצה שישתעבדו נכסיו רק משעת אונסין כמו כל שואל וכמו שביאר הפ"י, ואין כוונתו לעשות עכשיו אלא שיעבוד הגוף גרידא, ובדרך ממילא ישתעבדו נכסיו אח"כ בשעת האונס וכמו שנתבאר.

ה. עוד בדברי הר"י ורבינו אליהו.

והנה ראוי להתעורר עוד על דברי תוס' בכתובות שם, דהנה חזינן שהקשה הר"י דוקא על היכא שאין לו להחתן נכסים, אבל היכא שיש לו נכסים, וחל השיעבוד נכסים, על כה"ג לא הקשה כלום וכמו שביארו בקושייתם, ומשמע שחל כבר עכשיו חל השיעבוד, ולכאורה דבריהם צ"ע דהא אפילו אם יש לו עכשיו נכסים אבל החיוב של כתובה חל בשעת הגירושין או המיתה וא"כ נמצא שעכשיו אינו משעבד כלום. ואולי י"ל שגבי כתובה השיעבוד נכסים

חל באמת בשעת הנישואין וא"כ יוצא שבאמת לא קשה מידי מהיכא שיש לו נכסים. ועיין בקו"ש שם באות קנ"ז שפלפל בענין מתי חל החיוב והשיעבוד של כתובה. גם י"ל דהיכא שיש לו נכסים הרי הוא יכול לשעבד כבר עכשיו את הנכסים על הזמן שלאחר שתתגרש, דוגמת גופו מהיום ופירי לאחר זמן וכמו שביאר הקו"ש לקמן כאן באות תס"ב ענין זה עיי"ש, ולכן הקשה הר"י רק מהיכא שאין לו נכסים אשר בכה"ג אין כאן עכשיו שום דבר שיחול עליו השיעבוד, ועל זה תירץ לו רבינו אליהו שמ"מ הרי הוא יכול לשעבד את גופו עכשיו גם בלי שיחול שיעבוד על נכסים ושוב ממילא ישתעבדו נכסיו אח"כ.

והנה כבר הבאנו את מה שציידד הגרא"ק שלעולם גם הר"י מודה שאפשר לאדם לשעבד את גופו רק שהר"י חולק על רבינו אליהו מפני שהוא סובר שא"א לו לשעבד את גופו לגבי דבר שלא בא לעולם והיכא שאין לו עכשיו נכסים חשיב גם השיעבוד הגוף דבר שלא בא לעולם. מיהו לפי דרכנו האחרון הנ"ל לכאורה א"א לומר כן, והיינו משום שכמו שאנו אומרים שאילו היו לו נכסים, שפיר הי' יכול לשעבד אותם עכשיו על הזמן שלאחר שיתחייב לשלם את הכתובה, א"כ הה"נ בנוגע לשיעבוד הגוף למה לא נאמר שהוא יכול לשעבד את גופו ושיחול עכשיו השיעבוד על הזמן שיהיו לו נכסים.

ובאמת גם בלא"ה לכאורה צד זה של הגרא"ק צ"ב משום שאם הר"י מודה שהוא יכול באמת לשעבד את גופו א"כ למה יש כאן חסרון של דבר שלא בא לעולם מצד זה שאין לו עכשיו נכסים, דאמאי אינו יכול

לחייב את עצמו לשלם כך וכך מעות אע"פ שאין לו עכשיו את המעות.
והנה אולי יש לומר ביאור אחר בדברי הר"י, והיינו שלעולם הרי הוא שפיר יכול לשעבד את גופו מעצמו בחיוב ממון, וכן אין כאן שום חסרון של דבר שלא בא לעולם, רק שהר"י חולק על מה שחידש רבינו אליהו שאם חל שיעבוד הגוף מעכשיו שוב משתעבדים הנכסים שהוא קונה אח"כ גם בלא שום קנין מיוחד. מיהו הא ליתא לכאורה, דא"כ יוצא שכשואין להלוה נכסים בשעת ההלוואה, אע"פ שחל עליו חיוב הגוף, אבל בכל זאת לא ישתעבדו נכסיו שקנה אח"כ.

והנה כבר כתבנו שמלשונם של תוס' שם משמע שהי' קשה להר"י רק כשאין להחתן נכסים, ומשמע שהי' קשה לו אפילו אם הזמן לשלם את הכתובה הי' בשעת הנישואין. מיהו עי' ברא"ש שם שהוסיף בקושיית הר"י שהי' קשה לו דוקא מצד זה שכל עיקר החיוב לשלם את הכתובה חל לאחר מיתה או הגירושין (וכבר הבאתי שכבר העיר הקו"ש בענין מתי חל החיוב). וביאר המהר"ם שיף שכוונת הרא"ש היא כך, דבשלמא אם החיוב חל אח"כ אבל כבר יש לו נכסים עכשיו, וכמו הציור הרגיל של כתובה, אז לא קשה מידי, וכמו שמבואר בתוס' שם, וכבר צדדנו לבאר דהיינו משום שהנכסים משתעבדים כבר עכשיו על הזמן שלאחר חלות החיוב, וכן אם החיוב לשלם חל עכשיו בשעת הקנין, ג"כ לא קשה מידי אפילו אם אין לו עכשיו שום נכסים (ודלא כמו שמשמע מתוס' שגם זה קשה), ולכאורה הרי זה משום שהוא שפיר יכול לעשות שיעבוד הגוף וממילא חל גם

השיעבוד נכסים לכשיהיו לו נכסים, ולא קשה אלא אם אין לו נכסים עכשיו וגם השיעבוד הגוף אין זמנו מתחיל עכשיו (ועל זה תירץ רבינו אליהו דשפיר יכול הוא לשעבד את עצמו עכשיו בשיעבוד הגוף לכשיתחייב וכמו שחזינן במתנה שומר חנם להיות כשואל, דשפיר יכול הוא לשעבד את גופו על הזמן של שעת אונסין כמו בשואל, עיי"ש בלשון הרא"ש).

מיהו לכאורה יש להעיר למה יש כאן יותר קושיא ע"י צירוף שני הדברים יחד, דהא גם כשאין לו עכשיו נכסים וגם אינו מתחייב עכשיו בחיוב הגוף, למה אינו יכול לשעבד את גופו כבר עכשיו על הזמן שלאחר חלות החיוב (כמו שהוא יכול לעשות בשיעבוד נכסים), וממילא יחול גם השיעבוד נכסים לכשיהיו לו נכסים (וכבר הערנו דבר זה לעיל כאן), דהא הרא"ש אזיל דשפיר יתכן לעשות שיעבוד הגוף וכן אזיל הרא"ש דשפיר אפשר לשיעבוד לחול עכשיו על הזמן של אח"כ.

גם יש לעיין איך הוא יכול לעשות שיעבוד הגוף בכתובה על הצד שימות, הלא לאחר שימות לא שייך שיהי' גופו משועבד, ולא שייך לומר כן אלא על היכא שתתגרש.

(לו) בענין לך חזק וקני.

עיין בתוס' ד"ה רב אשי שכתבו וז"ל, הכא כיון שאמרו אתה תיקח רוח צפונית ואני רוח דרומית והלך והחזיק כל אחד בשלו, זה שלא בפני זה, נעשה כמי שקנו מידם ברוחות אע"פ שלא אמרו זה לזה לך חזק וקני עכ"ל. והנה לכאורה כוונתם היא דהוי כעין הא דמצינו בדף נ"ג ע"א שיש גם דברים אחרים שיכולים למלאות את

התפקיד של לך חזק וקני וכגון הא שצידד רב לומר שבמתנה לא בעינן שיאמר לו לך חזק וקני משום שהנותן בעיני יפה הוא נותן, ופירש הרשב"ם וז"ל, שמחמת חיבה נותן לו, הלכך ניחא לי' שילך ויחזיק, ואיכא למימר כמאן דאמר לי' דמי עכ"ל, וא"כ גם כאן י"ל דכיון שהסכימו לחלוק, ובודאי יש להם סיבות לכך, וכל אחד גם מקבל, וכן כבר ביררו את חלקם, א"כ הרי זה כאילו אמר לו לך חזק וקני (ועיי"ש בגמ' וברשב"ם ותוס' שביארו למה שמואל סובר שגם במתנה צריכים לומר לך חזק וקני, דלא שייך ההיא טעמא הכא).

מיהו ראיתי בחזו"א על ב"ב בסי' א' סק"ד שביאר בדרך אחרת מה הוא הדבר שעושה כאן שיהי' נחשב כאילו אמר לו לך חזק וקני, וז"ל, יש לעיין הלא הא דצריך לומר לך חזק וקני הוא משום דעד הקנין יכול לחזור ודלמא לא ניחא שיעשה חבירו קנין, ולמה אין צריך כאן דעת מקנה וכו', ואמנם אם כל אחד החזיק בתוך שלו נראה דאפילו לא אמרו זה לזה לך חזק וקני מהני, דכיון דראשון החזיק, גילה דעתו שחפצו לגמור הדבר בקנין, וכשבא חבירו והחזיק שפיר חל הקנין, אף דלא ידע מחזקת חבירו, מ"מ השתא דנודע לנו שחבירו ניחא לי', קנין השני קנין ממילא הוא, ולפ"ז י"ל דזה אשמועינן רב אשי וכפירוש תוס' דאיירי בלא לך חזק וקני ודוקא כשהחזיקו שניהם עכ"ל. מיהו כבר הבאנו שתוס' לא פירשו כן שהרי מתוס' משמע שהדבר שגורם שיחשב כאילו אמר לך חזק וקני הוא הסכמתם יחד ולא עצם קנינו של הראשון. וכן הרא"ש בע"כ אינו לומד כהחזו"א שהרי גם הרא"ש כתב דאשמועינן שאין צריכים לך חזק וקני

אע"פ שכתב שסגי גם אם אחד לחוד מחזיק (ולקמן נביא את הטעם שכתב הרא"ש ואת ביאורו של האבן האזל בדבריו).

וגם עיקר דברי החזו"א צריכים ביאור, דהא אכתי לחזקתו של הראשון לא הי' כאן לך חזק וקני. מיהו י"ל דאזיל החזו"א שמספיק בקנינו של אחד מהם לחוד, רק שצריכים למעשה ששניהם יעשו קנין כדי שלקנינו של השני תהי' המעלה של לך חזק וקני ע"י קנינו של הראשון.

גם י"ל שלעולם אזיל דבעינן קנינם של שניהם, רק שלאחר שהשני מחזיק ומגלה ע"י זה דניחא לי', שוב נקטינן שמסתמא הי' ניחא לי' גם לפני כן בעת שהחזיק הראשון. ומלשון החזו"א שהבאתי משמע יותר כהדרך הראשון.

ועכ"פ הסברא השני' שכתבנו דמתגלה שהשני רצה כבר בשעת קנינו של הראשון הרי היא בנוי' על ההנחה שצריכים לך חזק וקני רק משום גילוי דעת דניחא לי' (ובאמת כן כתב החזו"א להדיא עיי"ש), דלפ"ז שפיר י"ל שסגי בזה שלבסוף נתגלה שהי' ניחא לי' בשעת הקנין וכהנ"ל, אבל אם נאמר שהטעם למה צריכים לך חזק וקני אינו רק כדי לגלות דניחא לי', אלא גילוי דעתו של המקנה הרי הוא חלק מגוף מעשה הקנין, א"כ לפ"ז הסברא נותנת שצריכים שדבר זה יהי' קיים כבר בשעת הקנין ולא יספיק במה שהוא מגלה דעתו אח"כ.

ובאמת יש גם לצדד ולומר שאפילו אם הוי משום גילוי דעת, אבל מ"מ אכתי י"ל שזה גופא שהוא יכול לבטל את הקנין ע"י שיאמר שחזר בו, הרי זה נחשב חסרון במעשה הקנין, אשר לפ"ז אכתי יוצא שצריכים לי' בשעת הקנין ולא אח"כ.

ובספרי על ב"ק בחלק א' אות תרכ"ו הבאתי מהרא"ש בגיטין ששפיר מהני הוכחה הבאה לאחר גמר מעשה הקנין, אלא שצידדתי שם שאולי כוונת הרא"ש היא להיכא שהוכיח בתוך כדי דיבור.

וע"ע שם באות תרכ"ז סק"ב שדנתי בהצדדים הנ"ל בביאור לך חזק וקני.

ועי' גם באבן האזל בפ"ב מהל' שכנים ה"י שחקר בזה, ותלה את זה באם בכלל צריכים אנו שהמקנה יעשה "הקנאה", או האם כל הקנין הוא רק מצד הקונה, והמקנה רק נותן רשות להקונה לקנות, דאם נאמר שהמקנה שפיר עושה הקנאה אז י"ל שע"י אמירת לך חזק וקני הרי הוא עושה את ההקנאה וממילא הרי זה נקרא חלק מעצם הקנין. וכתב האבן האזל שהקצה"ח והנתייה"מ בחו"מ סי' רמ"ד חולקים בענין אם יש תמיד הקנאה מצד המקנה (הקצה"ח) או לא (הנתייה"מ). וכתב שהרא"ש בסוגיין סובר שלך חזק וקני הרי הוא משום "הקנאה", ולכן כתב הרא"ש דכיון שהכא יש לו כבר חלק בו אין אנו צריכים לך חזק וקני, והיינו משום שבכה"ג לא צריכים הקנאה אלא רק סילוק וחלוקה, ורק בעלמא צריכים לך חזק וקני בשביל ההקנאה, ודברי הרא"ש הם בע"כ טעם למה כאן לך חזק וקני מהני משום הקנאה (והא דאין צריכים לו כדי לגלות שיש דעת מקנה ה"ז משום שהסכימו קודם לכן על החלוקה).

מיהו יש להעיר דלפי הצד שהמקנה רק נותן רשות להקונה לקנות א"כ איך מצינו דינים מיוחדים היכא שדעת אחרת מקנה, וכגון הא דהיכא שיש דעת אחרת מקנה קטן יכול לקנות מדאורייתא, דאם אינו משום שיש הקנאה מצד המקנה מאי אולמי'.

וצ"ל שגם הנתייה"מ מודה שאע"פ שאין צריכים שהמוכר יעשה מעשה הקנאה אלא כל הקנין יכול להיות מצד הקונה אבל בכל זאת גם הוא מודה שיכול להיות גם מצד המקנה בדרך הקנאה.

והנה בודאי גם הקצה"ח מודה שאפשר לקנות בצורה שהכל הוא מצד הקונה וכגון הזוכה נכסי הגר שמת, וא"כ יוצא לפי הנ"ל שגם הקצה"ח וגם הנתייה"מ מודים שיתכן רק מצד הקונה וכן שיתכן גם ע"י הקנאה מצד המקנה, רק שהם חולקים במכירה רגילה שיש שם אדם שמקנה, דבזה הקצה"ח סובר שחייב ללכת רק בדרך הקנאה משום דכיון שיש שם אדם שהחפץ נמצא בבעלותו הרי זה עובר רק על ידי מעשה הקנאה דידי', והנתייה"מ סובר שגם בכה"ג יכול להיות מצד הקונה לחוד.

ועיין עוד בנדורים דף ל' שכתב הר"ן כעין הצד של מצד הקונה לענין קידושין, דהיינו שאין האשה מקנה את עצמה אלא הרי היא כמו מפקרת את עצמה וכל הקיחה הרי היא רק מצד הבעל המקדש.

והנה מה שהקשינו שלפי הנתייה"מ למה מהני דעת אחרת מקנה להקנות לקטן, י"ל כשיטת הרמב"ם שהמקנה עושה בכה"ג זכ"י בשביל הקטן, ודלא כתוס' סוברים דהוי באמת מחמת הקנאות, הובא בקצה"ח בסי' רמ"ג סק"ז עיי"ש.

דף ד' ע"א

לז) פשיטא, ל"צ דנפל לרשותא דחד מינייהו.

עיין ברי"ף שכתב וז"ל, ושמעינן מהא, דמילתא דידיעא לתרי שותפי אע"ג דאיתא

השתא ברשות דחד מינייהו לא נפיק מחזקה דאיך, מ"ט משום דשותפין לא קפדי אהדדי וכו' עכ"ל, וכן מבואר בההגהה שברש"י כאן בשם הר"ח. מיהו לכאורה צ"ע איך חזינן מהמשנה ששותפין לא קפדי אהדדי, הלא המשנה איירי באומר אני בניתי, והרי הוא רוצה לזכות משום שהכותל נפל לרשותו והרי הוא מוחזק, ובוה קמ"ל המשנה שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, וא"כ איך חזינן ששותפין לא קפדי אהדדי ושאינו חשיב מוחזק, הלא הטעם שהוא מפסיד הוא משום שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות.

מיהו הדבר מבואר בחידושי הרשב"א כאן בד"ה ויש מי שפירש וכו' דעיי"ש שכתב שהרי"ף מפרש שהמשנה איירי באופן שטען המחזיק שהוא לקוח בידו, ולא שהוא בנה, אלא מודה הוא שגם חבירו בנה, רק שהוא טוען שהוא קנה ממנו אח"כ, והרי הוא רוצה לזכות בטענה זו מאחר שהוא עכשיו המוחזק, ובוה קמ"ל המשנה דכיון שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות ושהיו שותפין א"כ תו לא מהימן על טענת לקוח מכח זה שהוא תופס בו משום ששותפין לא קפדי אהדדי (וכן אין לו מיגו שהי' יכול לומר בניתי כי מחזקינן ששניהם בנוהו). ועיין גם ברמב"ם בספ"ב מהל' שכנים שהביא את הדין של "לפיכך", דהיינו שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, על היכא שהוא טוען טענת לקוח ולא טענת בניתי.

מיהו הא גופא צריך ביאור, למה לומדים הרי"ף והרמב"ם שכוונת המשנה היא להיכא שטען טענת לקוח ומטעם ששותפין לא קפדי אהדדי, דלמה אינם לומדים

שאיירי בטענת בניתי, ושהטעם שהוא מפסיד הוא משום שאינו נאמן נגד מה שמחזקינן ששניהם בנוהו.

ובספר משנת רבי אהרן בעמוד כ"ג באות ג' ביאר דהיינו משום שכשהוא טוען בניתי אין אנו צריכים את ההוכחה של "לפיכך" ששניהם קיימו את חיובם לבנות, אלא גם בלא זה היינו פוסקים יחלוקו, והיינו משום שכשהוא טוען טענת בניתי הרי נמצא שהספק נולד בעוד שהכותל הי' בנוי על תלו, וא"כ גם בלא הא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות לא הי' זוכה מכח זה שנפל לתוך רשותו משום דהויא תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל בטענת לקוח שפיר הי' יכול לזכות, משום שספק זה נולד ע"י טענתו, לאחר שכבר נפל הכותל לתוך רשותו, והויא תפיסה קודם שנולד הספק, ולכן שפיר הי' זוכה אלמלא הא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות ושהיו שותפין ושותפין לא קפדי אהדדי (ובאמת כבר הקשו תוס' לעיל בדף ב' שלטענת בניתי אין אנו צריכים להא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות משום שגם בלא"ה הויא תפיסה לאחר שנולד הספק, והם תירצו שצריכים להא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות להיכא ששהה ברשותו זמן מרובה, אבל הרמב"ם סובר שצריכים להא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות להיכא שטוען לקוח, ולקמן נסביר למה לא תירצו תוס' כהרמב"ם).

מיהו עיי"ש שהמשיך לבאר שלכאורה לא סגי בהדרך הנ"ל כדי לבאר את טעמו של הרמב"ם, דהא שיטת הרמב"ם היא שגם תפיסה לאחר שנולד הספק מהני. ולכן

המשיך לבאר שהרמב"ם סובר שתפיסה לאחר שנולד הספק מהני רק היכא שהכרעת הספק צריכה להיות הממע"ה, דבכה"ג הרי על ידי תפיסתו אינו גורם שום שינוי בהכרעת הדין, דהא גם השתא נשאר שהמע"ה, אלא שמקודם הי' הוא המוציא, והשתא חבירו הוא המוציא, אבל היכא שהכרעת הספק היתה צריכה להיות יחלוקן מספק, אז לא מהני התפיסה לשנות את הדין להמע"ה (והביא שם שגם הקונטרס הספקות בכלל ב' אות ז' כתב חילוק זה), ומש"ה כשהוא טוען טענת בניתי, שפיר סובר הרמב"ם שגם בלא הא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות לא היתה מועלת תפיסתו, דהא הספק נולד כשהכותל הי' קיים, ואז הכרעת הדין היתה שיחלוקן מספק, דהא לא הי' אז שום מוחזק ידוע, ולכן הרי זה כאילו הוכרע כבר אז שיחלוקן מספק משום שאנו דנין כאילו כבר טענו אז טענת בניתי, וא"כ מכיון דהוי כאילו כבר הוכרע שיחלוקן, שוב לא מהני תפיסתו, משום שאינו יכול לשנות את הדין מיחלוקן להמע"ה, אבל כשהוא טוען שקנה את האבנים לאחר שנפלו לתוך רשותו ואין כאן שום דיון כלל אודות למי הי' שייך הכותל בעודו בנוי, א"כ בכה"ג לא חשיב כאילו כבר הוכרע מקודם שתפס שיחלוקן מספק, ולכן שפיר היתה מועלת תפיסתו, ולא הי' נחשב שהוא משנה את הדין ע"י תפיסתו, ולכן שפיר צריכים להא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, דעי"ז מתברר שהיו שותפין, ושוב אמרינן ששותפין לא קפדי אהדדי ולא חשיב מוחזק, עכ"ד הגרא"ק זצ"ל.

מיהו אכתי צ"ע, משום שאפילו אם

נאמר שכשהוא טוען טענת בניתי אז גם בלא הא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות לא היתה מועלת מה שנפל לתוך רשותו, וכהנ"ל דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק לשנות את הדין מיחלוקן להמע"ה, אבל אכתי הרי אילו הי' לו מיגו שפיר הי' זוכה, וכגון באופן שאין אנו מכירים את האבנים אשר בכה"ג יש לו מיגו שהי' יכול לומר שהחזיר ושאלו הם אחרים, וא"כ אכתי קשה למה אין הרי"ף והרמב"ם לומדים דאיירי בטענת בניתי ושצריכים להא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות להיכא שנפל לרשותא דחד מינייהו ויש לו מיגו, דהא בכה"ג שפיר צריכים להא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות לפעול שהמיגו יחשב מיגו במקום עדים, וא"כ אכתי מנא להו ללמוד דאיירי בטענת לקוח ולהוכיח ששותפין לא קפדי אהדדי.

ברם לא קשה מידי משום שי"ל שהרי"ף והרמב"ם סוברים שמאי דנקטינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות אין זה על המדריגה של ודאות הנראה לעינים, אלא הרי זה רק בגדר הוכחה וחזקה, ולעולם מיגו מועיל נגד זה, ואם הוא טוען בניתי ויש לו מיגו, אז באמת הרי הוא נאמן, ורק היכא שאין לו מיגו אינו נאמן, וא"כ אכתי יוצא כהנ"ל דלא בעינן בכלל את החזקה ששניהם קיימו את חיובם לבנות להיכא שהוא טוען בניתי וכמו שביארנו.

(ומה כתבנו שמהני מיגו אין להקשות ממה שמביעיא לן לקמן בדרף ה' באם מיגו מהני במקום חזקה או לא, כי לא איפשטא האיבעיא שם, וא"כ נשאר שהמע"ה ושפיר מהני מיגו, כ"כ רבינו יונה בשט"מ כאן בביאור שיטתו כאן שמהני מיגו. ובתוס'

ביחד וכדתנן בהמשנה, אבל בלא החזקה, שפיר היתה תפיסתו מועלת. ולכאורה צ"ב דאכתי למה צריכים את החזקה דהא גם בלא הא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות הרי הם לכה"פ בגדר ספק שותפין, וא"כ נמצא שתפיסתו היא רק בגדר ספק, דהא אולי היו שותפין ולא קפדי אהדדי.

ובספר משנת רבי אהרן בעמוד כ"ד מבואר שזהו באמת טעמם של תוס' בדף ב' שלומדים שצריכים להא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות להיכא ששהה ברשותו זמן מרובה, דלכאורה צ"ע למה לא למדו דאיירי אפילו באופן ששהה ברשותו זמן מועט ובטוען טענת לקוח, דנהי שכתבו שא"א לומר שאיירי בטענת בניתי משום דהויא תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל למה לא למדו דאיירי בטענת לקוח אשר בכה"ג אין כאן החסרון של תפיסה לאחר שנולד הספק וכמו שביארנו.

ובע"כ צ"ל דס"ל לתוס' כהנ"ל שלסלק את הטענה של לקוח לא בעינן להא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, אלא גם בלא"ה מכיון שהם לכה"פ בגדר ספק שותפין לא מהני תפיסתו היכא שהוא טוען לקוח. ובטעמא דמילתא למה לא מהני תפיסתו היכא שהם ספק שותפין ביאר הגרא"ק בהערה שם דהיינו משום שלטענת לקוח הרי אנו צריכים גם את הכח של ראי' שיש במוחזק, דהיינו החזקה של כל מה שת"י אדם שלו הוא, ולכן גם בלא הא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות לא הי' זוכה מכח שהוא תפוס, דהא כיון שאנו מסופקים שמא הם שותפין א"כ כבר אין כאן הכח של ראי' שיש במוחזק דהא יתכן שהגיע לידו מחמת השותפות.

לעיל בדף ב' ע"א בד"ה לפיכך וכו' מבואר שמיגו לא מהני.

ועיין באמת בב"י בסי' קנ"ז אות י"ג, וכן במ"מ על פ"ב מהל' שכנים הט"ז וי"ח, שנקטו שלפי הרי"ף והרמב"ם מיגו מהני (כן בירר האבן האזל בדבריו על הלכה זו את כוונת המ"מ, ודלא כהלח"מ על הי"ח שהבין בדעת המ"מ שגם הרמב"ם מודה שלא מהני מיגו כשהוא טוען טענת בניתי, וע"ע בנתי"מ בסי' קע"ט סק"ב). ונראה שהוכחתם היא כהנ"ל והיינו שאם נאמר שמיגו לא מהני א"כ קשה איך הוכיח הרי"ף מכאן ששותפין לא קפדי אהדדי, הלא יש לאוקמה בטענת בניתי, ונהי שגם בלא הא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות לא היתה מועלת תפיסתו כיון דהויא תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל אכתי היתה מועלת היכא שיש לו גם מיגו, וא"כ י"ל שהוצרך התנא לאשמועינן שאפילו מיגו לא מהני, אלא בע"כ צ"ל שמיגו שפיר יועיל משום שהא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות אינה על מדריגת ודאות הנראה לעינים אלא הרי היא רק בגדר הוכחה וחזקה, ולכן שוב א"א לאוקמה בטענת בניתי, אלא צ"ל דאיירי בטענת לקוח, אשר בכה"ג שפיר היתה מועלת תפיסתו משום דהויא תפיסה קודם שנולד הספק, ולכן הוצרך התנא לאשמועינן שיש חזקה ששניהם קיימו את חיובם לבנות ושהם נחשבים כשותפין ידועים וקי"ל ששותפין לא קפדי אהדדי.

ועכ"פ מפירושם של הרי"ף והרמב"ם יוצא שכדי לסלק טענת לקוח ולומר שלא מהני מה שהוא מוחזק, הרי אנו צריכים לזה שהם ידועים כשותפין ע"י החזקה שבנו

ובנוגע לטעמו של הרמב"ם שלומד דאירי שפיר בטענת לקוח ביאר שם הגרא"ק בהערה דהיינו משום שהרמב"ם סובר שגם לטענת לקוח סגי בהמציאות של מוחזק ואין אנו צריכים לכח הראי', והרי סוף סוף יש לו את הכח של מוחזק במציאות (דהא י"ל שלא שייך לומר כאן שהוא משאיל לו מקום, וכמו שביארנו לעיל בסוף אות ט'), ולכן שפיר צריכים להא דמחזקין ששניהם קיימו את חיובם לבנות, דקמ"ל בזה שכיון שהיו שותפין א"כ משום כך מחזקין בודאות שהגיע לידו מחמת השותפות (עי' לעיל בקטע "ברם"). (מיהו לא הבנתי למה מחזקין כן. וביותר הי' נראה לפרש שהטעם הוא משום שהסתמיות הוא שהגיע לידו מחמת השותפות, והרי אין אדם נאמן לטעון כנגד הסתמיות וכדברי הר"ן שהבאנו לעיל בהערה הראשונה על אות ו' עיי"ש.) [ועכ"פ לפי דרכו יוצא שאם טען שלקח אחרי שנפלו, יזכה.]

מיהו הגרא"ק לא ביאר שם סברת תוס' למה לטענת לקוח הרי אנו צריכים גם את כח הראי' שיש במוחזק. ברם נראה שהטעם הוא משום שהציר של טענת לקוח הרי הוא ציור שאין ספק לב"ד בלא טענותיהם, וכבר ביאר הקובץ שיעורים בחלק ב' סי' ט' אות ג' שהיכא שיש דררא דממונא, דהיינו שבלא טענותיהם יש ספק לב"ד, אז סגי בזה לחוד שהוא מוחזק במציאות ואין אנו צריכים את כח הראי' שיש במוחזק כיון שיש כאן ספק מופשט לב"ד, משא"כ היכא שכל הספק בא רק מחמת טענותיהם, אז צריכים את כח הראי' של כל מה שתחת יד אדם שלו הוא (דמחזקין שהחפצים והממון שנמצאים אצלו אינם נמצאים אצלו בגזל) והרי הוא

זוכה מכח אנון סהדי ולא מטעם מוחזק וכלשון הגמ' דאנון סהדי דמה שתחת יד אדם שלו הוא. ובקו"ש על ב"ב באות ק"ס ביאר את הענין בדרך אחרת, והיינו שבאמת הך חזקה של כל מה שתחת יד אדם שלו הוא, אינה חזקה גמורה אשר בכחה להכריע, אלא כל פעולתה היא רק בזה שהיא גורמת ספק לב"ד (אבל בלא זה אין כאן ספק כיון שיש כאן חזקת מרא קמא), ושוב לאחר שיש ספק לב"ד הרי הוא זוכה באמת על ידי זה שהוא המוחזק וחבירו הוא בגדר מוציא מחבירו, ולכן היכא שיש כבר ספק לב"ד בלי טענותיהם אין אנו צריכים את החזקה של כל מה שיש לו לאדם תחת ידו שלו הוא (ועיי' גם בהגרנ"ט בריש מכילתין שכתב בתוך דבריו פירוש זה בהך חזקה של כל מה שתחת יד אדם שלו הוא), וא"כ לפי זה שפיר יוצא שלטענת לקוח הרי אנו צריכים גם את החזקה של כל מה שת"י אדם שלו הוא כיון שאין ספק לב"ד בלי טענתו.

והוסיף הגרא"ק שם לבאר שהרמב"ם ותוס' אזלי לשיטתייהו בביאור הגמרא בשבועות דף מ"ו דמבואר שם שבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אינו יכול לטעון לקוח כנגד חזקת מרא קמא, ודעת תוס' שם היא דסגי בזה שהם דברים שרגילים להשאיל ולהשכיר, אבל הרמב"ם כתב שצריכים שיהיו דברים שהם מיוחדים להשאיל ולהשכיר, וכתב הגרא"ק דפליגי בהנ"ל, והיינו שתוס' סוברים שלטענת לקוח הרי אנו צריכים את כח הראי' שיש במוחזק, וא"כ מכיון שהוא דבר שדרכו להשאיל ולהשכיר הרי כבר אזלה הכח של ראי', דהא יתכן שהגיע לידו בדרך שאלה או שכירות,

אבל הרמב"ם סובר שלטענת לקוח סגי בעצם המציאות של מוחזק, והרי תפוס מיהא הוי, ומש"ה ס"ל שתפיסתו מהני כל זמן שאין כאן חזקה הפכית כגון היכא שידוע שדבר זה מיוחד הוא רק להשאל ולמשכיר דאז מחזקינן בודאות שבא לידו בשאלה או שכירות עכת"ד הגרא"ק.

מיהו לא הבנתי ביאור זה בדעת הרמב"ם דהא קי"ל שבגודרות לא מהני טענת לקוח אע"פ שהוא מוחזק, משום שכיון שמנפשייהו קאזלי חיישינן שמא נכנסו לרשותו מאליהן, והרי לפי הנ"ל נהי שאין כאן הכח של ראי' שיש במוחזק אבל המציאות של מוחזק שפיר איכא וא"כ אמאי לא מהני (אפילו נגד חזקת מרא קמא כמו שסובר הרמב"ם בדבר שאינו מיוחד להשאל ולהשכיר), ובע"כ חזינן משם שלטענת לקוח הרי אנו צריכים את הכח של ראי' שיש במוחזק וכן הוכיח באמת הקו"ש שם. וע"ע באות ל"ט.

לח) ל"צ דנפל לרשותא דחד מינייהו.

הנה לפי המעמידים את המשנה בטענת לקוח מבואר בסוגיין שבלא זה שקנו מידם לבנות כותל אשר משום כך ידיע שותפתייהו הי' מועיל מה שנפל לתוך רשותו לזכותו משום הכח של מוחזק. ובספר משנת רבי אהרן בעמוד כ"ה הקשה דגם בלא זה שהיו חייבים לבנות כותל ד' אמות משום שקנו מידם, הרי היו חייבים לבנות לכה"פ מחיצה גבוהה י' טפחים משום נתפס כגנב כמו שמבואר לקמן בדף ו' ע"ב, וא"כ שוב לא מהני תפיסתו אפילו על האבנים שלמעלה מי' טפחים, דהא כיון

שהם בודאי שותפין במקצת, שוב אמרינן ששותפין לא קפדי אהדדי, ושפיר יכול חבירו לטעון שהוא שותף בכל הד' אמות, ושהגיע לידו של השני בדרך שותפות, וא"כ יוצא שגם בלא הא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות בטלה חזקתו גם על מה שלמעלה מיו"ד (לפי אלו שמוקמי לה בלא שהה ברשותו זמן מרובה), וכן פסק המחבר בסי' קע"ט שגם כשידוע רק שיש לו חלק קטן, בכל זאת הרי הוא יכול לטעון מחצה של הכל, ולא מהני תפיסתו של השני משום דאמרינן ששותפין לא קפדי אהדדי.

ועיי"ש שביאר שקושיא זו קשה רק לפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' לא שמי' היזק, אבל לפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' ש"ה לא קשה מידי, והיינו משום שלדידי' הרי מבואר בתוס' בדף ב' ע"ב בד"ה וכיון וכו' שהחידוש של המשנה במאי דתנן שבזנין אותו באמצע הוא שאינו יכול לומר שנתרצה לחלוק רק על מנת שהוא לא יצטרך להשתתף בהכותל, וא"כ י"ל שעל זה גופא קאי ה"לפיכך", דהיינו שמכיון שאינו יכול לטעון טענה זו לפיכך אם נפל הרי הם חולקים, וא"כ תו ליכא להקשות שגם בלא הא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות עד ד' אמות היינו יודעים ששניהם בנו ביחד לכה"פ עד גובה י', דהא בלא הא דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות הרי יתכן שגם עד שיעור י' בנה המוחזק לבדו משום שרק על מנת כן הסכים חבירו לחלוק, אבל למ"ד שהיזק ראי' לא שמי' היזק שפיר יש להקשות כהנ"ל, שהרי לדידי' איירי מתניתין בחצר שיש בו דין חלוקה, ויש חזקה שהם שותפין

בהכותל אך ורק מפני שקנו מידם לבנות כותל, וא"כ שפיר צ"ע כהנ"ל דגם בלא התחייבות על ד' אמות הרי בודאי שותפין הם לכה"פ במחיצה של י' (ועיי"ש שביאר שהקושיא הנ"ל קשה רק על טענת לקוח אבל לא על טענת בניתי).

ובעמוד כ"ו הסיק מתוך כך שהמ"ד שסובר לא שמי' היזק סובר שאין בכלל חיוב של מחיצה משום נתפס כנגב ודלא כהגמ' לקמן בדף ו' ע"ב. וגם הראה שבכמה מקומות נוקטת באמת הגמרא שלדעת הך מ"ד אין חיוב של מחיצה י' והבאנו את דבריו לעיל באות כ"ב סק"ב.

מיהו עיי"ש שביארנו שאכתי אין ראי' מאותם מקומות אלא שאין צריכים מחיצה י' אבל אין ראי' שאין צריכים שום דבר המבדיל כלל.

ובעמוד ל"א כתב דרך אחרת איך ליישב את קושייתו הנ"ל, והיינו שהמ"ד שסובר ה"ר לא שמי' היזק סובר כהלשון בסוף ב"מ שחולקת על הכלל של שותפין לא קפדי אהדדי.

ובעמוד ל"ד ול"ה הקשה כעין הקושיא הנ"ל בדרך אחרת, והיינו על פי שיטת הרמב"ן בדף ב' בד"ה לפיכך וכו' שכתב וז"ל, וא"ת למעלה מד' אמות אין כופין זה את זה לבנות, ומפני מה אין אתה מאמינו שכולה שלו למעלה מד"א אם לזה חזית ואין לו לזה (שהרי ליכא הוכחה ששניהם בנוהו), זו אינה קושיא, שכיון שהכותל עד ד"א הוא של שניהם, נמצא הלה מוציא מרשות חבירו דבר המוחזק לו, ולא סגי אלא בראי' גמורה ולא בחזית עכ"ל, וא"כ צ"ע דלפי דבריו למה צריכים להא דמחזקינן ששניהם בנו עד ד"א, דהא גם

בלא זה שנתחייבו לבנות עד ד"א הרי ידעינן ששניהם בנו יחד לכל הפחות את הגובה של י' טפחים, וא"כ יוצא ששניהם היו מוחזקים בתורת ודאי על מה שלמעלה מהגובה של י' טפחים, ואע"פ שנפל לתוך רשותו של חד מינייהו אבל הרי זה דומה לכלי שהוחזק לראובן שנפל מחצירו של ראובן לתוך חצירו של שמעון ושמעון טוען שהוא שלו דאין שמעון נעשה מוחזק כמו שכתב הרשב"א כאן בד"ה ואכתי קשיא לי. ובהערה שם תירץ שגובה י' טפחים אינו צריך רוחב של ו' בגויל וכן אינו צריך רוחב של ה' בגזית (עיין בזה לעיל באות כ"ב סק"ב ובאות ק"י סק"ב), ומש"ה אלמלא הא דמחזקינן ששניהם בנו עד גובה ד"א, לא הי' נקרא מוחזק מצד דינו של הרמב"ן, דהא ליכא הוכחה ששניהם נתנו קרקע ובנו יחד את כל הרוחב עד גובה י' טפחים וששניהם נקראים מוחזקים על מה שלמעלה מזה.

מיהו יש להעיר דא"כ איפרך גם כל עצם תירוצו של הרמב"ן, דהא אם הגביהו יותר מד"א הרי בע"כ צ"ל שהרחיבו את הכותל יותר מהשיעורים של המשנה, דאל"כ הרי סופו ליפול ולא יצא ידי חובתו, וא"כ בע"כ צ"ל שהרחיבו את הכותל יותר מהשיעורים של המשנה, וא"כ אכתי קשה קושיית הרמב"ן דאמאי לא יועיל חזית על זה, דהא ליכא הוכחה ששניהם בנו יחד את כל הרוחב וששניהם נקראים מוחזקים על מה שלמעלה מזה. ויש ליישב.

לט) אי נמי דפנינהו חד לרשותא דידי'.

עיין ברשב"א שכתב וז"ל, ויש מי שפי'

דפנינהו שלא בעדים אלא שאנו רואים אותן עכשיו יוצאות מתחת ידו ומכירין אנו אותן שהן אבני אותו כותל, וטוען לקוחות הן בידי, דבעלמא ודאי נאמן, אבל הכא אנן סהדי דשותפין נינהו ושותפין לא קפדי אהדדי, וכן נראה שפירשה הרי"ף ז"ל בהלכות, וגם זה אינו מחוור בעיני וכו', ועוד דכיון שהכותלים מצויים ליפול וכשנופל אפשר דנפל לרשותו של שמעון, אין תפיסתו בהן ראי' והוה כגודרות דאין להם חזקה הואיל ואזלן מנפשיהו, ומיהו בזה יש לומר כגון שנפלו תחילה ברשותו של ראובן ובפני עדים ומחר ראינו אותן יוצאות מתחת ידו של שמעון וכו' עכ"ל.

וביאור דבריו הוא כך, שאם טען טענת לקוח לא היתה מועלת חזקתו משום דהוי כגודרות שאין להן חזקה כי אולי נכנסו הגודרות לרשותו מאליהן, דהא הכא נמי אולי נפל הכותל לתוך רשותו, ואין שום ראי' ממה שהוא מוחזק בהאבנים שהוא קנאן, ולטענת לקוח הרי אנו צריכים דוקא את כח הראי' שיש במוחזק ולא סגי בעצם העובדא שהוא מוחזק, וכדמוכח מגוף הדין של גודרות אין להן חזקה (וכבר ביארנו לעיל באות ל"ז בד"ה מיהו הגרא"ק וכו' את טעם הדבר, וגם הבאנו שהגרא"ק ביאר שהמפרשים דאיירי בטענת לקוח סוברים שלטענת לקוח סגי בהמציאות של מוחזק ואין אנו צריכים את כח הראי' של מוחזק, והקשינו שם על זה מהדין של גודרות).

מיהו לפ"ז אין מובן המשך דברי הרשב"א שם שכתב דאיכא לאוקמה באופן שידוע שנפל לרשות חבירו ועכשיו האבנים נמצאים ברשות דידי' דבכה"ג הי' נאמן לטעון לקוח ושפיר צריכים להא דמוחזקין

ששניהם קיימו את חיובם לבנות יחד ושהיו שותפין ושוב לא תועיל חזקתו משום ששותפין לא קפדי אהדדי, דלכאורה אינו מובן, דהא לפי הנחת הרשב"א שלטענת לקוח הרי אנו צריכים גם את כח הראי' שיש במוחזק א"כ שוב לא יעזור מה שצייר הרשב"א שנפל בתחילה לתוך רשותו של חבירו, דהא גם בכה"ג אין בזה שהוא מוחזק שום ראי' ברורה שהוא קנאן כי סו"ס יש כאן ספק שמא היו שותפים וא"כ אולי הונחו ברשותו משום שהיו שותפין, וא"כ לפי הנחת הרשב"א שלטענת לקוח הרי אנו צריכים את כח הראי' שיש במוחזק אשר מכח זה הקשה מגודרות, שוב לא יעזור מה שצייר שנפל בתחילה לתוך רשותו של חבירו, וצ"ע.

(מ) שי' הרמב"ם במוכר גינה.

א. דברי הרמב"ם בפיה"מ וספר היד. עיין ברמב"ם בפיה"מ שפירש את המשנה של גינה בדרך מחודשת, והיינו דאיירי במוכר גינה בתוך גינותיו, ולא איירי בשותפים שחלקו, וכוונת המשנה היא שאם מכר גינה בלשון סתם, ולא הזכיר שהיא מעורבת עם עוד גינות, מחייבים את הלוקח לגדור אפילו במקום שנהגו שלא לגדור כי יש לזה דין כאילו הי' מקום ששפיר נהגו לגדור, אבל מי שמכר שדה בבקעה בלשון סתם, אין כופין את הלוקח לגדור ואפילו במקום שנהגו לגדור כי יש לזה דין כאילו הי' מקום שנהגו שלא לגדור, וסיים הרמב"ם שסתם בקעה, כלומר מקום שהוא בגדר סתם, שאין שם שום מנהג, היא כמקום שנהגו שלא לגדור. והנה לכאורה יש כאן סתירה מיני' ובי' בדברי הרמב"ם, שהרי

בתחילה כתב שבקעה הרי הוא פטור אפילו במקום שנהגו לגדור, ושוב סיים שרק במקום שהוא בגדר סתם הרי הוא פטור. וגם ביד החזקה בפ"ב משכנים הי"ז כתב הרמב"ם את ההלכה הנ"ל של מוכר גינה ובקעה, וכתב שבגינה הרי הלוקח חייב אפילו במקום שנהגו שלא לגדור, ובנוגע לבקעה כתב שרק כשהבקעה היא במקום שהוא בגדר סתם הרי הוא פטור, וכסוף דבריו בפיה"מ. וראיתי מגיהים שבתחילת דבריו בפיה"מ צ"ל אבל מי שמכר בבקעה סתם אין כופין את הלוקח אלא במקום שנהגו לגדור (במקום גירסתינו שאין כופין "אפילו" במקום שנהגו לגדור).

ב. דרכו של החזו"א.

ועיין בחזו"א בסי' ב' סקי"ב שהבין שמה שכתב הרמב"ם בתחילת דבריו בפיה"מ שבבקעה הרי הלוקח פטור אפילו אם נהגו לגדור, כוונתו היא שפטור הלוקח מלגדור לבדו, אבל ביחד עם המוכר בודאי הרי הוא מחויב כמו בשותפין, ומה שסיים הרמב"ם שסתם בקעה הרי הוא כמקום שנהגו שלא לגדור דמשמע שאם נהגו בפירוש לגדור הרי הוא שפיר חייב, הכוונה בזה היא שהוא מחויב בהדי המוכר, ועל זה הוא שכתב שבסתם בקעה הרי הוא פטור ואינו חייב אלא במקום שנהגו לגדור, אבל לגדור לבדו הרי הוא פטור אפילו במקום שנהגו לגדור, ובגינה הרי הוא חייב תמיד לגדור לבדו ואפילו במקום שנהגו שלא לגדור. והעיר על זה החזו"א שמדברי הרמב"ם ביד החזקה משמע שבמקום שנהגו לגדור אין חילוק בין גינה לבקעה ואילו לפי הנ"ל הרי יוצא ששפיר יש חילוק והיינו שבגינה הרי הוא

חייב לבדו משא"כ בבקעה הרי הוא חייב רק בהדי המוכר. וכתב החזו"א שלפי דבריו בספר היד נראה שבשניהם אין הלוקח חייב לגדור לבדו אלא רק בהדי המוכר וכתב שכן משמע מרהיטת המשנה (וע"ע בזה להלן כאן בדברינו בסק"ה).

ג. קושיא על הרמב"ם מסוגיית הגמרא.

והנה מלבד מהסתירות הנ"ל בתוך דברי הרמב"ם, קשה עוד על דבריו מסוגיית הגמרא כאן, דהא מהגמרא מבואר שהכוונה בסתם גינה היא למקום שאין שם שום מנהג, דהיינו מקום שהוא בגדר סתם, דהא מדייקינן וכן גינה מקום שנהגו לגדור מחייבין אותו הא סתמא וכו', כלומר במקום שהוא בגדר סתם שאין שם שום מנהג קבוע, אין מחייבין אותו, ועל זה מתרצינן שגם סתם גינה חייב, אבל במקום שנהגו בפירוש שלא לגדור הרי הוא פטור, ודלא כהרמב"ם שכתב שהלוקח חייב אפילו במקום שנהגו בפירוש שלא לגדור (מיהו עי' בדברי הרשב"א שנביא בסקי"א).

ד. דרכו של הב"י.

והנה כבר הבאנו שגם בספר היד כתב הרמב"ם את ההלכה הנ"ל של מוכר גינה ובקעה, ועיין בכ"מ שם, וכן בב"י בסי' קנ"ח, שנדחק לפרש שבאמת אין כוונת הרמב"ם בספר היד לחייב בגינה אפילו במקום שנהגו בפירוש שלא לגדור, אלא כוונתו היא לחייב רק במקום שהוא בגדר סתם, וכסוגיית הגמרא, אלא שהרמב"ם סובר שיש לפרש שכוונת הגמרא היא ללוקח. מיהו כבר העיר הרש"ש (לעיל על המשנה) שדרכו של הב"י דחוקה היא בלשונו של הרמב"ם משום

וגם הקצה"ח בסי' קנ"ח סק"ב הביא את הירושלמי הנ"ל אלא שהקצה"ח הבין שהרמב"ם רוצה לפרש כהפירוש של הירושלמי גם בכוונת הבבלי, וכבר השיג עליו הנחלת דוד שם שזה דוחק כי בהבבלי הכוונה ב"סתם" היא על המקום.

ו. דברי הגר"א.

והנה גם הגר"א בסי' קנ"ח סק"א הביא את הירושלמי הנ"ל כמקורו של הרמב"ם וגם כתב שהרמב"ם מפרש כן בהבבלי, ובאמת נתקשה שם הגר"א דהא מסוגיית הבבלי שלפנינו מוכח שהכוונה היא למקום שהוא בגדר סתם, ולפיכך כתב הגר"א שם (בהליקוט השני) שלהרמב"ם היתה גירסא אחרת בגמרא, אשר לפי גירסתו יוצא ששפיר יתכן ללמוד שהמלה "סתם" שהזכיר רבא לא קאי על סוג המקום אלא כוונתו היא שמכר לו בלשון סתם, וכוונת רבא היא כך, דסתם גינה, כלומר כשהוא מוכר בלשון סתם, הרי זה כמקום שנהגו לגדור וחיוב, ואפילו אם המקום הוא מקום שנהגו בפירוש שלא לגדור וכדאיתא בירושלמי, אבל סתם בקעה, כלומר שמוכר לו בקעה בלשון סתם, הרי הוא כמקום שנהגו שלא לגדור אפילו אם הוא מקום שהוא בגדר סתם דהיינו שאין שם שום מנהג קבוע, ושפיר אפשר ללמוד כן בלשון "סתם" לפי גירסתו בקושיית הגמרא עיי"ש, ועכ"פ בבקעה אם הוא מקום שנהגו בפירוש לגדור, אכתי יהי' חייב לגדור וכדאיתא בירושלמי (ודלא כתחילת דברי הרמב"ם בפיה"מ). ולקמן שם (בהליקוט השלישי) נתעורר הגר"א דאמאי לא מפרש הרמב"ם בכוונת הבבלי שגם בבקעה הדין הוא

שלפי הגירסא שלפנינו בדברי הרמב"ם בספר היד של "אפילו במקום שנהגו שלא לגדור" (ודלא כגירסת הכ"מ של "אפילו במקום שלא נהגו לגדור") משמע להדיא שכוונתו היא לחייב אפילו במקום שנהגו בפירוש שלא לגדור דגם בכה"ג יש חיוב בגינה בהציוור של לוקח וכמו שנקטנו עד עכשיו (והב"י פי' שכוונת הרמב"ם היא לחייב בגינה רק במקום סתם אע"פ שהוא גורס "אפילו במקום שנהגו שלא לגדור" דכוונת הרמב"ם בזה היא למקום סתם).

ה. דברי הירושלמי.

והנה באמת יש מקור מפורש בירושלמי להדין הנ"ל של הרמב"ם, דעיין בירושלמי על הך מתניתין דגינה דתני בגינה בין במקום שנהגו לגדור בין במקום שנהגו שלא לגדור כופין, אבל בבקעה מקום שנהגו לגדור כופין, שלא לגדור אין כופין ע"כ, הרי להדיא שהירושלמי מפרש שבגינה הרי הוא חייב אפילו במקום שנהגו שלא לגדור, וכתב הנחלת דוד כאן שלעולם הירושלמי פליג על הפירוש של הבבלי בהמשנה, והפירוש שכתב הרמב"ם בפיה"מ הוא הפירוש של הירושלמי, וסובר הרמב"ם שהירושלמי מפרש את המשנה לענין לוקח, ועוד סובר הרמב"ם שאע"פ שהבבלי חולק על הירושלמי בנוגע לפירוש המשנה אבל מ"מ שפיר פסקינן כמו הדין שיוצא מהפירוש של הירושלמי שלוקח שונה משותפין (מיהו אכתי לא יישב הנחלת דוד את הסתירה שהעיר הוא עצמו לעיל שם בין דברי הרמב"ם בפיה"מ לבין דבריו בספר היד בנוגע לבקעה, וכן העיר גם הקצה"ח בסי' קנ"ח סק"ב).

לקולא עד הקצה, כמו שבגינה הרי הוא לחומרא עד הקצה, והיינו שיפרש שהמוכר בבקעה סתם הרי הלוקח פטור אפילו במקום שנהגו בפירוש לגדור (ודלא כהירושלמי), וכן כתב הרמב"ם באמת בפיה"מ (בתחילת דבריו) וכמו שהבאנו כבר. וביאר הגר"א שא"א לומר כן, והיינו משום שלפ"ז הי' יוצא שבגינה מחייבים בלוקח יותר ממה שמחייבים בשותפין, ואילו בבקעה לפי הנ"ל הרי יוצא להיפך, דהיינו שמחייבים בלוקח פחות ממה שמחייבים בשותפין, דהא יוצא שבבקעה לוקח פטור אפילו אם נהגו לגדור ואילו שותפין חייבים בכה"ג, ולכן מוכרחים אנו להשוות לוקח לשותף בבקעה (מיהו לכאורה אכתי הי' אפשר לפרש איפכא, והיינו שבגינה שוים הם שותפין ללוקח ושגם בלוקח החיוב הוא רק במקום שהוא בגדר סתם, אבל לא במקום שנהגו להדיא שלא לגדור, אבל בבקעה החיוב בלוקח הרי הוא יותר קל משותף והרי הוא פטור אפילו במקום שנהגו בפירוש לגדור משא"כ שותפים חייבים בכה"ג, ויש ליישב).

גם נתעורר שם הגר"א (וכבר נתעורר על זה הכ"מ כמו שהביא שם, וצ"ל כ"מ ולא מ"מ), דהא הרמב"ם ביד החזקה הביא את הדין של גינה גם לעיל שם גבי שותפין, וכתב שגינה היא כמו חצר אבל בבקעה חייבים רק במקום שנהגו, והרי אם הבבלי נתכוין לפרש את המשנה לענין מוכר ולוקח, א"כ יוצא שאין הדין של גינה ובקעה נזכרים בהבבלי לענין שותפין, וא"כ לא הי' לו להרמב"ם לקבוע את ההלכה של גינה ובקעה גם לענין שותפין. ותירץ הגר"א שהרמב"ם סובר שהמשנה מתכוונת לשני

הדברים, וז"ל הגר"א, אבל י"ל דע"כ צ"ל ג"כ לפירוש רש"י (כלומר שבע"כ צ"ל שהמשנה מתכוונת גם לגינה של שותפין וכמו שיוצא מפירוש"י), דקאמר במתניתין וכן גינה, ר"ל כמו חצר, וקאמר בבקעה אלא אם רצה וכו', ואם וכו', אלא דהרמב"ם מפרש וכן בגינה כהנ"ל, ומקום שנהגו לגדור הוא בבא בפני עצמה עכ"ל, פי' שהרמב"ם מפרש שהתנא קאמר תרי מילי, חדא וכן בגינה, וזה איירי לענין שותפין, וכוונת התנא היא שיש לגינה אותו הדין שיש לחצר, ומאי דתנא שוב "מקום שנהגו לגדור מחייבים אותו", זה איירי בלוקח, והכוונה היא כהנ"ל, שכשמוכר בלשון סתם הרי זה תמיד כמקום שנהגו לגדור, ואפילו במקום שנהגו בפירוש שלא לגדור. ולהלן שם בסק"ג בהליקוט ביאר עוד הגר"א שבאמת הך חומרא ששנוי' גבי לוקח נוהגת רק בלוקח אבל לא בשותפין, אלא שותפין הרי הם פטורים מלעשות מחיצה בגינה במקום שנהגו בפירוש שלא לגדור ואינם חייבים אלא במקום שהוא בגדר סתם.

ואולי יש להוסיף על כל זה שהרמב"ם סובר שבחצר הדין הוא ששותפין פטורים במקום שנהגו שלא לגדור, וממילא הי' קשה לו איך תני וכן בגינה הלא בגינה הרי הוא חייב גם במקום שנהגו שלא לגדור וכדאיתא בירושלמי, ולכן הוכרח לפרש שהתנא קאמר תרי מילי, חדא בשותף וחדא בלוקח וכהנ"ל (ועיין ברא"ש בסי' ו' שכתב שבאמת ממה שחילקם התנא לשתי בבות ותני מנהגא רק בגינה מוכח שאין להם דינים שוים).

ודע שהגר"א בסק"ג בהליקוט שם כתב שהך מחיצה שעושים בגינה בצירוף של

לוקח הרי היא מחיצה של י' טפחים משום נתפס כגנב כמו שסובר הרמב"ם שם לענין שותפים בגינה דהיינו שהם חייבים לבנות רק י' טפחים ולא ד"א, דאילו היתה הכוונה לכותל ד"א משום היזק רא' א"כ מה היא הסברא להחמיר בהציור של לוקח במקום שנהגו שלא לבנות יותר מבשותף שפטור במקום שנהגו שלא לבנות (וכן למה בלוקח מחייבים ד"א משא"כ בשותף במקום סתם סגי ביו"ד טפחים), וא"כ מוכח שהכוונה היא למחיצה י' משום נתפס כגנב (וכתב שמוזה הוכיח הרמב"ם שבגינה אין חיוב לבנות משום היזק רא' עיי"ש), אשר לפ"ז שפיר יש סברא לחלק בין לוקח לשותף משום ששותפין עד עכשיו לא חשדי אהדדי וכמו שכתב שם. ועכ"פ מהרמב"ם בספר היד משמע באמת כהנ"ל שבלוקח החיוב הוא רק מחיצה של י' שהרי לעיל בהלכה ט"ז הזכיר הרמב"ם לענין גינה של שותפין במקום סתם מחיצה של י', וכאן גבי לוקח לא שינה לומר שכוונתו היא לכותל של ד"א. מיהו מצד שני הרי לעיל כתב לשון של מחיצה ואילו הכא גבי לוקח כתב לשון של כותל. ועיין באמת בקצה"ח שם שהבין דלא כהגר"א אלא שכוונת הרמב"ם היא שהלוקח חייב לבנות כותל ד"א משום היזק רא', ועיי"ש שכתב למה לוקח חייב לבנות ד"א ואילו שותף במקום סתם הרי הוא חייב רק יו"ד טפחים.

ז. דעת הסוברים שבגינה מחייבים רק במקום סתם.

הנה יש לעיין בדעת הסוברים שבגינה מחייבים רק במקום שהוא בגדר סתם מה הם עושים עם הירושלמי. ועיין בהגר"א שם

בסק"ב שכתב שהם סוברים שאין כוונת הירושלמי לחייב בגינה אפילו במקום שנהגו להדיא שלא לגדור וכפשטות המשמעות שם, אלא הכוונה היא רק למקום שהוא בגדר סתם, כלומר מקום שאין שם מנהג קבוע, ולא דוקא קאמר הירושלמי שבגינה חייבים אפילו במקום שנהגו שלא לגדור, אלא הכוונה היא למקום שלא נהגו לגדור, כלומר שהוא מקום סתם, וס"ל לאותן שיטות שצריכים בהכרח לדחוק כן בכוונת הירושלמי, משום שאם לא נדחוק כן ישאר קשה על משמעות הירושלמי לענין בקעה, שהרי תני שם שבבקעה במקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבין אותו, ומשמע שבמקום שהוא בגדר סתם שפיר מחייבין אותו, ושוב קאמר שבמקום שנהגו לגדור מחייבין אותו, ומשמע שבמקום שהוא בגדר סתם אין מחייבין אותו, וא"כ יש כאן סתירה בין הדיוקים בנוגע למקום סתם, אבל אם נאמר שהכוונה בגינה ובבקעה היתה למקום שהוא בגדר סתם ושרק בכה"ג מחייבין אותו א"כ אז שיטת הירושלמי בבקעה מבוררת שפיר, דהא לפ"ז יוצא להדיא שכוונת הירושלמי היא לומר שבבקעה במקום שהוא בגדר סתם, פוטרים אותו.

ח. דברי הט"ז.

וע"ע בט"ז בר"ס קנ"ח שמפרש אחרת את כוונת הרמב"ם בספר היד, והיינו שאם מכר גינה סתם, כלומר שמכר גינה בין גינותיו בלי לפרש איזו גינה הוא מוכר, ושוב בחר לתת לו גינה שהיא סמוכה לגינה שלו שהיא זרועה עד המיצר וגם הלוקח רוצה לזרוע עד המיצר, א"כ הרי הם חייבים

לגדור משום כלאים, כלומר שאם ירצה הלוקח לסמוך לשם זרעים או יצטרכו בין שניהם לעשות מחיצה משום כלאים אפילו במקום ששותפין נוהגים שלא לגדור כי כבר הרחיקו את הזריעות, וגם הלוקח חייב כי מסתמא המוכר מכר על דעת שיהי' שם גדר ולא אמרינן בכה"ג שמוכר בעין יפה הוא מוכר, אבל בסתם בקעה מכיון שאין שם זריעת כלאים אלא רק תבואה הרי הם פטורים.

ט. דברי היפה עינים.

והנה היפה עינים כאן כתב כסברת הט"ז אבל בדרך אחרת, וכנראה הרי הוא מפרש את הגמרא והרמב"ם כך, דסתם גינה, כלומר גינה שנמצאת במקום שהוא בגדר סתם דהיינו שאין שם מנהג בנוגע להציוור של לוקח, הרי הוא כמקום שנהגו לגדור, ועל זה מוסיף הירושלמי שכן הוא הדין אפילו אם באותו מקום המנהג של שותפין הוא שלא לגדור, והטעם של הדין הוא כסברת הט"ז, אבל סתם בקעה כלומר שאין שם שום מנהג קבוע בנוגע ללוקח, הרי הוא כמקום שנהגו שלא לגדור, ועל זה מפרש הירושלמי שבכל זאת אם המנהג של שותפין שם הוא לגדור אז גם בלוקח יש חיוב לגדור, אלא שמהבבלי משמע שבסתם בקעה אין מחייבין אפילו אם הוא מקום ששותפין נהגו שפיר לגדור ודלא כהירושלמי, דהא מהבבלי משמע שבבקעה הדין הוא לגמרי להיפך מגינה (ועי' לעיל בשם הגר"א), וזהו שכתב הרמב"ם בפיה"מ שבבקעה הרי הוא פטור אפילו במקום שנהגו לגדור, כלומר אפילו אם שותפין נהגו שפיר לגדור, ושוב סיים הרמב"ם

בפיה"מ שסתם בקעה הרי הוא כמקום שנהגו שלא לגדור, וכוונתו בזה היא שבמקום שבין מוכר ולוקח אין שום מנהג, אז הרי הוא פטור (אפילו אם שותפים שפיר נוהגים לגדור וכהנ"ל), אבל אם גם בהציוור של לוקח הרי הם נוהגים לגדור אז בודאי יש חיוב, כן נראה כוונת היפה עינים.

י. עוד בדברי הט"ז והיפה עינים.

והנה כבר הבאנו שהט"ז סובר שבציוור של לוקח כוונת הרמב"ם היא לחייב את שניהם בשוה, דהיינו שהמוכר והלוקח חייבים לבנות ביחד. מיהו עיין במ"מ שהוא סובר שהחיוב מוטל רק על הלוקח. ובאמת כן משמע לכאורה מלשון הרמב"ם שכתב שכופין את הלוקח. וכתב המ"מ שזהו כפסקו של הרמב"ם בפכ"א מהל' מכירה שהלוקח מקבל עליו את המקום של הגדר. מיהו עיין ביפה עינים שם שכתב שהחיוב מוטל על שניהם דומיא דהרישא של המשנה דאיירי בחצר השותפין, והא דפסק הרמב"ם בהל' מכירה שכל החיוב מוטל על הלוקח הרי זה משום שהתם איירי במוכר חצי שדהו דמשמע שהוא רוצה שהחצי ישאר לו בשלימות, אבל הכא מיירי במוכר במדה אשר אז אין שום משמעות בלשונו בנוגע להחלק שנשאר לו. ברם באמת יש לפקפק על מה שכתב היפה עינים שמהמשנה משמע ששניהם בונים דוגמת הרישא, דהא אדרבא לכאורה יש לדייק שבפרט זה אינו דומה להרישא, דהא חזינן דקתני גבי גינה לשון של מחייבין אותו.

מיהו כבר הבאנו שגם החזו"א כתב שמרהיטת המשנה משמע שגם בגינה שניהם בונים ביחד. ועי' לעיל שם בסקי"א

מש"כ בנוגע לדברי הרמב"ם בהל' מכירה.

יא. דברי הרשב"א.

וע"ע ברשב"א בדף ב' ע"א בד"ה איכא מרבנותא וכו' שהסיק שבחצר מחייבין אותו אפילו אם נהגו שלא לבנות, וכתב בהמשך דבריו וז"ל, ועוד דאפילו בגינה נמי מוכח בירושלמי דאפילו במקום שנהגו שלא לגדור מחייבין אותו, דגרסינן התם כו', ולפ"ז הא דאמרינן בגמרא וכן בגינה סתם כמקום שנהגו לגדור דמי ומחייבין אותו, לאו למימרא דבמקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבין אותו, אלא אידי דבעי למימר דבקעה סתם כמקום שנהגו שלא לגדור ואין מחייבין אותו, אמר דגינה סתם מחייבין, שכן דרכם לקרב הענינים עכ"ל. הרי שהוא מפרש את הירושלמי לענין שותף ודלא כהגר"א בדעת הרמב"ם ששותף פטור במקום שנהגו שלא לגדור ולוקח חייב (ועיין לעיל באות ז' שהוכחנו גם מתוס' בדף ב' שהם סוברים כהרשב"א דבין בגינה ובין בחצר מחייבין את השותף לבנות אפילו במקום שנהגו שלא לבנות, ואע"פ שבתוס' כאן בד"ה הכי וכו' מבואר להדיא שבמקום שנהגו שלא לגדור הרי הוא פטור בגינה, צ"ל שכוונתם היא רק לפי אביי אשר לדידי' מוכרחים לפרש כן בכוננת המשנה וכמו שביארו תוס' כאן בדבריהם עיי"ש).

מא (מאי חזית וכו').

עיין ברשב"א לעיל כאן בד"ה על כן וכו' שביאר שרק בבקעה שייך הראי' של חזית אבל בחצר לא שייך במציאות הראי' של חזית וז"ל, דאילו בבקעה הרבה נכנסים שם ורואין כשיש שם חזית, אם יסירנו משם או

יקלפנו, מצוי הוא הרבה ברוב הפעמים יודע הענין (כלומר ויגידו לב"ד שהם זוכרים שהי' שם חזית או שראו שהי' קילופא), אבל בחצר (כצ"ל) אי אפשר, דמי נכנס בחצר של חבירו לראות אם קלפו האבנים אם לאו וכו' עכ"ל, פי' דס"ל להרשב"א שכל ההיכר של חזית הרי הוא רק כשהכותל עומד אבל לאחר שנפל שוב אין ניכר כלום, והיינו משום שכל האבנים מתערבים ואין היכר איך הי' מושב האבן בהיותו בנוי ולא יזיה צד הי' החזית, רק שבבקעה מהני חזית כי יזכרו איך הי' בבנינו משא"כ בחצר. ועי' גם בט"ז בסי' קנ"ח סעיף ה' שכתב שלפי הדעה השני' בשו"ע שם חזית מהני בבקעה רק כשבאו לדון כשהכותל עומד כי לאחר שנפל שוב אין היכר. מיהו הרשב"א עצמו סובר ששפיר מהני גם לאחר נפילה כי גם לאחר נפילה יזכרו אנשים איך הי' בעודו עומד ויבואו עדים, אבל הט"ז אזיל שלא יזכרו, דהא אם סובר הרשב"א דמהני רק כשבא לדון כשהכותל עומד א"כ הרי זה שפיר שייך גם בחצר דהא ב"ד יכולים לראות אז למי החזית. וכנראה לא מסתבר לו להרשב"א לומר שתיקנו חזית בחצר רק כדי שנוכל לברר לכה"פ כל זמן שהוא עודנו עומד.

נמצא שלפי הרשב"א תיקנו חזית להיכא שהכותל נפל ולפי הט"ז להיכא שהכותל עומד.

והנה עיין בחזו"א בסי' א' סקי"א שהק' על סוגיית הגמרא איך שייך פלוגתא באם גיזוזא הוא ידיע או לא, וכן באם ליפופא הוא ידיע או לא, הלא דברים אלו הם שאלות במציאות. ויישב שם החזו"א על פי דברי הרשב"א הנ"ל, והיינו שבודאי אין כאן

הרי הוא גורס "אמתא" ולא "באמתא". ברם ביד החזקה כתב "כמו אמתא", וזה אתי שפיר אם הוא גורס "כאמתא".

דף ד' ע"ב

(מג) מישרק לי טינא וכו' אביי אמר הוצא לית לי תקנתא אלא בשטרא.

א. עיין בנחלת דוד שביאר דמאי דבעינן גם טינא מחשש דלמא גיזו זה רק לפי המ"ד לעיל שסובר שגיזוזא לא ידיע (ואין חילוק בזה בין כותל אבנים לבין הוצא), אבל אם נאמר שגיזוזא מידע ידיע, אז לא בעינן טינא אלא סגי בזה שהוא מסנף יריכי מלבר, אלא שהקשה שאם צריכים לעשות טינא (למ"ד דגיזוזא לא ידיע), ואנו סוברים שקילופא שפיר מינכר, א"כ למה לא סגי בטינא לחוד, וכתב שאם נגרוס "אלא" משריק לי בטינא אתי שפיר, ועי"ש שכתב בדעת הרא"ש והטור שהם לא הזכירו טינא כי אזלי שגיזוזא מידע ידיע.

והנה מעתה יש לעיין בדעת אביי למה ס"ל דלית לי תקנתא אלא בשטרא. ולכאורה נראה דהיינו משום דס"ל דגיזוזא לא ידיע, וגם ס"ל שאפילו אם באבנים עושים את החזית ע"י טינא משום שקילופא שפיר ידיע, אבל רק בכותל של אבנים ניכרת הקילופא אבל לא בהוצא ודפנא, וכן משמע מרש"י וכן מהרמ"ה באות מ"ב שכתבו שאביי סובר שקילופא טינא מעל גבי הוצא לא ידיע ומשמע שקילופא טינא מעל גבי אבנים שפיר ידיע. ועי' עוד בשט"מ בד"ה אביי אמר וכו' בשם רבינו יונה, וכן בתורת

שום מחלוקת בנוגע להמציאות, רק המחלוקת היא באיזה אופן מתעורר הרואה יותר ומבין שנעשה כאן רמאות, ואנחנו צריכים שיתעורר וישים על לבו ויזכור הדברים כדי שיבוא לב"ד להעיד לאחר שנפל משום שאז שוב אינו ניכר אלא צריכים לסמוך על עדים וכדברי הרשב"א, וא"כ בדבר זה הוא דפליגי המאן דאומרים בסוגיין דהיינו באם גיזוזא מעורר יותר את החשד או האם ליפופא מעורר יותר, והיינו משום שמצד אחד ליפופא הוא יותר ניכר להעין והכל מבחינים בו, אבל מצד שני גיזוזא מעורר יותר את החשד שנעשה כאן רמאות כי בליפופא יחשבו שהוסיפו אותו לנוי או לחיזוק הכותל.

וע"ע בריטב"א דמבואר בדבריו שלפי רבי יוחנן שסובר שחזית הוא אמה סיד מבחוץ לצד חבירו א"כ לא שייך סימן זה בחצר כי בחצר הדרך היא לסייד את המחיצה לנוי (וממילא חבירו יוכל לומר שעשה כן לנוי).

(מב) רבי יוחנן אמר נשעי' באמתא מלבר.

עי' ברבינו גרשום שכתב האמה העליונה על פני כל הכותל, כלומר דזוהי הכוונה במה שאמר רבי יוחנן נשעי' באמתא, כלומר בהאמה הידועה, וכן נראה שהבין רש"י ולכן כתב בראש הכותל. מיהו הריטב"א כתב "כשיעור אמתא בצדה" ולא הקפיד הריטב"א על למעלה, וצ"ע איך מפרש הריטב"א את הלשון באמתא.

ועי' בפיה"מ שכתב הרמב"ם "שיעור אמה" ולא כתב באיזה מקום בהכותל, ואולי

חיים, שכתבו שאביי סובר שקילופא לא ידיע, אבל לא הדגישו לומר שהוא סובר כן רק לגבי הוצא.

גם י"ל דס"ל שבאבנים עושים את הגזית ע"י מיכפא קרנא מלגו משום דליפופא שפיר ידיע, אלא שרק בכותל של אבנים ניכרת הליפופא, אבל כאן בסינופי הוצין, שפיר יוכל חבריו לעשות כן מצדו לאחר זמן, ולא יהי' ניכר שעשה כן לאחר זמן וכדאיתא בגמרא כאן (ועיין בנחלת דוד).

מיהו אולי זה תלוי במה הוא הפירוש של סינופי יריכי, דעיין בשט"מ בשם הרא"ש שפירש שהכוונה היא שבין שורות הקנים יחבר עצים דקים בולטים, וכן כתב המאירי על המשנה, וא"כ לפ"ז לכאורה שפיר יוכל חבריו לעשות כן אח"כ ולא יהי' ניכר, ועיין גם בפירוש הראב"ד שם, מיהו רש"י פירש דאיירי אודות ההוצין עצמם שמהם הוא עושה את המחיצה, ושהכוונה היא שכשהוא מגיע לסוף ההוצא, וצריך לחבר אחרת, אינו משאיר את הקצה של הראשון בתוך עובי המחיצה אלא הרי הוא מוציא להיות בולט לחוץ, וא"כ לכאורה דבר זה א"א לעשות אלא בשעת בנין המחיצה ולא אח"כ, וא"כ לפ"ז אכתי קשה על אביי למה לא יוכל לעשות חזית בהוצא ע"י סינופי יריכי מלגו. ועכ"פ בגמ' כאן איתא ששפיר יכול חבריו לעשות כן מצדו לאחר זמן ולא יהי' ניכר, וצ"ע.

ב. לכאורה הי' נראה לומר שאם יעשה חזית בהוצא, ולא השחיתו חבריו, בכה"ג גם אביי מודה דשפיר הוא ראי'. מיהו עיי"ש בשט"מ בשם רבינו יונה שכתב שמכיון שלא תיקנו חזית בהוצא א"כ אפילו

אם יעשה כן לא יועיל, וכן כתב המהר"ם בריש ע"ב ודימה דבר זה לשיטת הר"י מיגש דלא מהני חזית בחצר אפילו אם יעשנו.

מד) אמר אביי הוצא לית לי' תקנתא אלא בשטרא.

עיין בקובץ שיעורים לקמן באות תרל"ו שהוכיח מכאן שיכולים לכתוב שטר לשם ראי' אפילו אם אין כאן מי שהוא מתחייב ע"י כתיבת השטר וז"ל, וגבי זכו לפלוני בשדה זו וכתבו לו השטר חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה, הקשו תוס' בב"ב דף ע"ז אמאי חוזר בשטר, ותירצו דנפסד בכתיבת השטר עיי"ש, והרמב"ן תירץ דאפילו לית לי' פסידא כלל א"א לכתוב שטר שלא מדעת המתחייב, ובדעת תוס' נראה דכיון דהכא אינו מתחייב בכלום ע"י כתיבת השטר (כי השטר הוא רק לראי' בעלמא ואינו מחדש שום חובה), לא שייך דעת המתחייב, ודברי הרמב"ן (שנקט שלהנותן הנ"ל יש דין של "מתחייב") צ"ע, דכיון דכבר נקנית השדה למקבל, למה לא יוכלו לכתוב לו שטר ראי' שהשדה היא עכשיו שלו, ומה בכך שמתחילה היתה השדה של הנותן, הא עכשיו אין לו שייכות אל השדה יותר מאיש אחר, ואם נאמר דהיכא דליכא מתחייב א"א כלל לכתוב שטר, א"כ גם מדעת הנותן אין לכתוב כיון דעכשיו אין לו שייכות להשדה, ובפרק השותפין דף ד' הוצא לית לי' תקנתא אלא בשטרא, והיינו שעדים כותבים שהוא הגדר שלו, משום דבזה ליכא מתחייב עדים יכולים לכתוב עכ"ל, הרי שהוכיח מסוגיא דידן דהיכא שאין כאן אדם שהוא בגדר מתחייב, שפיר יכולים העדים לכתוב שטר.

מיהו עיין בדף מ' דאמרינן מחאה בפני שנים ואין צריך לומר להם כתובו, וכתב הנ"י בשם הרנב"ר ז"ל, ואע"ג דבעלמא בכל שטר בעינן צוואת מקנה דומיא דספר מקנה (כלומר וא"כ איך הם יכולים לכתוב בלי הציווי של המחזיק), היינו בדבר שבינו לבין חברו, אבל במחאה ובמודעא שאין הדבר תלוי אלא בו, די שיכתבו בלשון שליחות כ"כ הרנב"ר ז"ל בחידושו עכ"ל, וא"כ כעין זה יש לחלק בין כאן להרמב"ן, דהא גם כאן אין הדבר תלוי אלא בו, דהא אין מסופר בהשטר אודות שום קנין או הלואה מאדם שני, וא"כ אכתי אין ראי' מהכא להרמב"ן, דהא התם אין הדבר תלוי בהקונה לחוד, דהא הי' שם גם מקנה וא"כ כשהקונה בא לבדו לכתוב שטר ראי' אכתי יתכן שיש חסרון בזה שאין כאן שום אדם שהוא בגדר מתחייב. מיהו נראה שדוחק לחדש שבשטר שמסופר בו על דבר שבינו לחברו בעינן אדם שהוא בגדר מתחייב. וע"ע בתוס' בדף ל"ט ע"ב בד"ה מחאה וכו' שהקשו באמת כהנ"ל אמאי מהני שטר מחאה בלא דעת המתחייב ותירצו דמהני רק מדרבנן, ודלא כהנ"י בשם הרנב"ר.

מה) ולא יעשו חזית לא לזה ולא לזה.

א. עיין בתוס' בדף ב' ע"א בד"ה לפיכך וכו' שהעירו דנימא שצריכים ששניהם יעשו חזית משום שאם לא יעשו לא זה ולא זה א"כ כשנפל לרשות דחד מינייהו הרי יזכה מדין מוחזק כיון שאין ראי' בענין מי בנה את המחיצה, ותירצו תוס' שגם בכה"ג אין אנו צריכים חזית משום שתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני. מיהו הרמב"ן שם

בסד"ה לפיכך וכו' הביא מתרצים על קושיית תוס' דלא סגי למימר שצריכים חזית לזה ולזה בשביל הציור של נפל לרשות דחד מינייהו, דהא לפ"ז יוצא שאין צריכים שיעשו חזית אלא בשביל האבנים, אבל בכדי לומר יחלוקו על הקרקע אכתי לא בעינן חזית, אלא הה"נ שהיינו פוסקים יחלוקו על הקרקע גם אם לא הי' חזית לא לזה ולא לזה (דהא בנוגע להקרקע לא שייך מציאות של נפל לרשותא דחד מינייהו), ואילו מהמשנה משמע שגם בשביל הדין יחלוקו שעל הקרקע בעינן להא ששניהם יעשו חזית, ומש"ה שפיר מקשינן דהא בנוגע להקרקע סגי גם אם לא יעשו חזית לא לזה ולא לזה (ועיין במה שהוסיף הקצה"ח בס"י קנ"ח סק"ג בביאור תי' זה). ועוד תירץ הרמב"ן על קושיית תוס' שמרש"י כאן משמע שכוונת הקושיא היתה שמה שאין עושין חזית ישמש כסימן חיובי ששניהם בנו את הכותל, וא"כ שפיר פרכינן שלא יעשו חזית לא לזה ולא לזה משום דכיון שזה נחשב סימן חיובי א"כ גם כשנפל לרשות דחד מינייהו הדין נותן שיחלוקו.

והב"י בס"י קנ"ח אות ד' תירץ על קושיית תוס' שאה"נ הגמרא היתה יכולה לתרץ שצריכים ששניהם יעשו חזית בשביל הציור של נפל לרשות דחד מינייהו, רק דעדיפא מיני' משני. והב"י כתב את הדברים בתור קושיא על שיטת רבינו יונה שהביא הטור שם שאם בבקעה שניהם לא עשו חזית ונפל לרשותא דחד מינייהו הרי הוא זוכה דקשה דא"כ נתרץ שלכן צריכים ששניהם יעשו חזית ולא סגי שלא יעשו חזית לא לזה ולא לזה, ותי' הב"י כהנ"ל דעדיפא מיני' משני.

מיהו לכאורה אין זה מספיק דהא התירוץ של רבינא כאן הוא שהמשנה אתי לאשמועינן דלא כאביי כמו שמבואר בתוך הסוגיא, וא"כ אדרבה עדיפא לן למימר תירוץ שהוא אליבא דכו"ע, וכבר העיר הט"ז דבר זה בקצרה בסי' קנ"ח סעיף ה' (ועיין בפני שלמה כאן בד"ה והנה וכו' מה שתירץ על זה).

והט"ז עצמו שם תירץ על קושיית תוס' שא"א לומר שצריכים חזית לזה ולזה בשביל הציור של נפל לרשותא דחד מינייהו משום שאפילו אם יעשו שניהם חזית, לא יועיל להיכא שנפל לרשות דחד מינייהו, והיינו משום שלאחר שנפל הכותל אין ניכר כלום אודות החזית, ועיקר הוכחת חזית היא להיכא שהכותל עודנו קיים (מיהו לעיל באות מ"א הבאנו מהרשב"א שראיית חזית שייכת שפיר גם לאחר שנפל עיי"ש).

והגר"א שם בסק"ו תי' דלא חיישינן שמא יפול הכותל וגם שמא יפול לרשות דחד מינייהו. מיהו עיי"ש בסק"ד בסופו שהקשה דהא את ה"לפיכך" של הבבא של חצר שפיר מוקמינן באופן שנפל לרשות דחד מינייהו או שפנינהו חד מינייהו לרשותו וא"כ למה א"א להעמיד כן גם את ה"לפיכך" של הסיפא בבקעה ולומר שצריכים ששניהם יעשו חזית ולא סגי בלא יעשו לא זה ולא זה כדי שיהי' הדין יחלוקו גם כשנפל לרשות דחד מינייהו. מיהו לפי דבריו בסק"ו לק"מ כי החשש הנ"ל אינו מספיק גדול כדי לתקן שיעשו חזית.

והנה הטור בסי' קנ"ח שם כתב שדעת רש"י היא דהיכא שבבקעה לא עשו שום חזית ונפל הכותל לרשות דחד מינייהו, אינו זוכה, אלא הרי הוא בחזקת שניהם, ודעת

רבינו יונה היא דשפיר זוכה וכמו שהבאנו כבר. והקשו הפוסקים על רבינו יונה כהנ"ל דא"כ למה לא תירץ הש"ס שצריכים ששניהם יעשו חזית כדי שיהי' בחזקת שניהם אפילו אם נפל לרשותא דחד מינייהו וכבר הבאתי שהב"י הקשה כן, ותירצו ככמה מהתירוצים הנ"ל.

והנה הב"י שם כתב שלא מצא את דברי רש"י שהביא הטור. מיהו עיין בקצה"ח שם שכתב שכוונת הטור היא לדברי רש"י בקושיית הגמרא כאן שכתב שמה שאין שם חזית לא לזה ולא לזה הרי הוא בגדר סימן חיובי, אלא שכתב הקצה"ח שרש"י כתב כן רק בקושיית הגמרא, אבל לאחר שתירצו ששפיר תיקנו ששניהם יעשו חזית, א"כ מעתה אם לא עשו, אין בזה שום סימן חיובי כלל ששניהם בנו את הכותל, דהא גם אם שניהם בנוהו, אין זה מיישב למה אין שם חזית, וממילא מה שאין שם חזית אינו ראוי לכלום, וא"כ דברי רש"י הם רק לפי קושיית הגמרא, וכן רבינו יונה כתב את מה שכתב רק לפי האמת שתיקנו ששניהם יעשו חזית, דמעתה אין שום ראוי כלל ששניהם בנו את הכותל מזה שאין חזית לא לזה ולא לזה וכהנ"ל, ולכן שפיר יזכה המוחזק, וא"כ נמצא שאין כאן שום מחלוקת בין רש"י ורבינו יונה ודלא כהטור. וכתב הקצה"ח שלפ"ז לא קשה על רבינו יונה למה לא תירצה הגמ' שצריכים ששניהם יעשו חזית כי אם לא יעשו חזית שמא יפול לרשותא דחד מינייהו, דהא כשהקשינו ששניהם לא יעשו חזית גם רבינו יונה מודה שהקושיא היתה שיהי' סימן חיובי ושלא יועיל מה שנפל לרשותא דחד מינייהו.

לא לזה ולא לזה הבינה הגמרא שכוונת התנא היתה לומר שצריכים בדוקא ששניהם יעשו ולא סגי בזה ששניהם לא יעשו, דאילו הי' סגי גם בזה ששניהם לא יעשו א"כ לא בעינן כלל להך בבא, אלא פשיטא שיש כאן סימן שהוא של שניהם כיון שיש חזית, וא"כ בע"כ צ"ל שכוונת התנא היא לאשמועינן שהיתה כאן תקנה ששניהם בדוקא יעשו חזית, ועל זה פריך דאמאי הצריכו כן, ועל זה תירץ רבינא שאין זה כוונת התנא, אלא הסיבה למה כתב התנא שכששניהם בונים שניהם עושים חזית הרי היא לתכלית אחרת, והיינו משום שהתנא נתכוין בזה למחיצה של הוצא ודפנא, וכוונתו היא שנדייק שאם רק אחד מהם עשה חזית, הרי זה שפיר יועיל אפילו בהוצא ודפנא, ולאפוקי מאביי, אבל לעולם כששניהם בנו את המחיצה, גם אם לא יעשו חזית הרי זה משמש כסימן, משום שלא היתה שום תקנה ששניהם בדוקא יעשו חזית, כן נראה בביאור דברי הגמרא לפי הרמב"ן והריטב"א, ולפ"ז יוצא שלפי רבינא דברי רש"י בתוך הקושיא נשארים גם לפי המסקנא וכשיטת הטור.

(מו) ולא יעשו חזית לא לזה ולא לזה (בענין אם חזית עדיף ממוחזק).

הנה לעיל בהאות הקודמת הבאנו את מה

וכדברי הקצה"ח העיר גם הנחלת דוד לעיל בדף ב' על תוס' שם*), אלא שהנחל"ד רצה לומר שנפלה טעות סופר בספרי הטור ושצ"ל ר"י במקום רש"י, ושכוונת הטור היא לתוס' בד"ה לפיכך שסוברים שאם שניהם לא יעשו חזית אז אפילו אם יפול לרשות דחד מינייהו לא יועיל משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק**).

ב. והנה נראה שיש לבאר בפשיטות למה הטור נקט שדברי רש"י קיימים גם לפי המסקנא (ואין סיבה להגיה בדברי הטור שצ"ל ר"י), והיינו על פי פירושו של הריטב"א בהמשך הסוגיא כאן שרמז אליו גם הרמב"ן בסוגיין, די"ל שגם רש"י והטור למדו כן, ואבאר דברי, דעיין בהמשך הסוגיא דמתרצינן שהטעם למה לא סגי בזה שלא יעשו חזית לא לזה ולא לזה הרי זה משום דדלמא קדים חד מינייהו ועביד חזית, ופרכינן דכי תנא תקנתא לרמאי, ומתריך רבינא שכוונת התנא היא לרמז שגם בהוצא שייך חזית ולאפוקי מאביי, וכתב הריטב"א שלפ"ז שוב קיימא בדוכתה שבאמת סגי בבקעה גם אם לא יעשו חזית לא לזה ולא לזה, ולעולם לא תיקנו בדוקא ששניהם יעשו, וכן מבואר מתוך דברי הרמב"ן כאן בסד"ה וליעבד לגו, והכוונה היא כך, דבתחילה כששאלה הגמרא שלא יעשו חזית

* וכתב שגם כוונת הסמ"ע שם בסק"י היא לומר שרבינו יונה קאי לפי המסקנא.

** ועיין גם בב"ח בסי' קנ"ח אות ו' שכתב שהדין שהטור הביא בשם רש"י נמצא בתוס' בדף ב' ע"א, אלא שהב"ח נקט שצ"ל רש"י ושכוונת

הטור היא שמתוס' שם משמע שגם רש"י בדף ד' ע"א סובר כן בביאור קושיית הגמ' שם של פשיטא. מיהו המעיין ברש"י שם יראה שרש"י אינו לומד את קושיית הגמרא כמו תוס', ומה שציינו תוס' לדבריו הרי זה רק לאפוקי מדרכו של הר"י מיגש בביאור קושיית הגמרא שם.

שהעירו תוס' בדף ב' דאמאי לא תירצה הגמרא שאילו לא יעשו חזית לא לזה ולא לזה, אז אם נפל לרשותא דחד מינייהו הדין נותן שיזכה מדין מוחזק, והבאנו כמה תירוצים על זה, ותירוצם של תוס' הוא דלא מהני תפיסתו משום דהוי תפיסה לאחור שנולד הספק. ועיי"ש במהרש"א ובמהר"ם שהקשו שלפי המשך דבריהם שם אכתי נשאר קשה אמאי לא מתרצינן שצריכים חזית להיכא שנפל לרשותא דחד מינייהו ושהה ברשותו זמן מרובה, דהא אילו לא היו עושים חזית, שפיר היתה מועלת מה ששהה ברשותו זמן מרובה וכמו שכתבו תוס' שם בסוף דבריהם, משא"כ היכא שעשו חזית, אז הראי' של חזית עדיף טפי מזה ששהה ברשותו זמן מרובה. ועי' גם בב"ח בסי' קנ"ח אות ו' שכתב שאם לא עשו חזית, אז כששהה ברשותו זמן מרובה, שפיר הי' זוכה במיגו דאי בעי אמר לקוח, ואפילו לפי רש"י שסובר שמה שלא עשו חזית משמש בגדר סימן חיובי ששניהם בנוהו אבל בכל זאת זמן מרובה עדיף טפי, משא"כ כששניהם עושים חזית, אז הראי' של חזית שהוא שייך לשניהם הרי היא עדיפא טפי מזמן מרובה, והיינו משום שהראי' של שניהם עושים חזית עדיף טפי מהראי' של שניהם אינם עושים, וכתב הב"ח שזהו דלא כהב"י שם שמשמע מדבריו שלפי רש"י אין חילוק בין הראי' של שניהם עושים לבין הראי' של שניהם אינם עושים. מיהו הקצה"ח שם החזיק בדעת הב"י שאין חילוק ביניהם, וממילא כתב הקצה"ח שכמו שמוחזק, וכ"ש זמן מרובה, מהני כשאין שם חזית, הה"נ כשיש שם חזית, והראי' של עושים חזית (דהיינו

מזה שלא מיחה כשחבירו עשה את החזית) מועלת רק במקום ספיקא אבל לא כנגד מוחזק, וכ"ש דלא מהני נגד המיגו של לקוח שיש לו כששהה ברשותו זמן מרובה (מיהו יש לדון על הך כ"ש), והוכחת הקצה"ח היא מדברי הרמב"ן בדף ב' ע"א בד"ה לפיכך שכתב שאם הגביהו את הכותל של החצר יותר מד"א ויש לאחד מהם הראי' של חזית אין זה מועיל, וביאר הרמב"ן דהיינו משום ששניהם הם מוחזקים בשוה על הגובה שלמעלה מד"א, דהא אנן ידעינן שעד ד"א בנו בשותפות, באופן שחצי מהגובה שלמעלה מד"א מונחת על חצריו וכותלו של זה, וכן חצי על החצר והכותל של השני, וא"כ מכיון ששניהם מוחזקים על מה שלמעלה מד"א לא מהני ראיית חזית להוציא ממוחזק.

ברם לכאורה דברי הרמב"ן צריכים עיון, דהא כבר הבאנו באות מ"ה סק"א שגם הרמב"ן הקשה את קושיית תוס' דמאי פרכינן שלא יעשו חזית לא לזה ולא לזה הלא בעינן חזית להיכא שנפל לרשותא דחד מינייהו, דאילו לא הי' שם שום חזית כלל, הי' זוכה מדין מוחזק, משא"כ השתא שיש חזית לזה ולזה, אינו זוכה אלא יחלוקו, וכבר הבאנו שם גם את תירוציו, וא"כ חזינן שהרמב"ן סובר שחזית שפיר מהני להוציא ממוחזק.

מיהו עיין בספר משנת רבי אהרן בעמוד כ"ב דמבואר מדבריו די"ל דהא דמהני כששניהם לא עשו חזית (או כששניהם שפיר עשו חזית) כדי להוציא מזה שנפל הכותל לתוך רשותו אין זה משום שראיית חזית היא כל כך חזקה שהיא יכולה להוציא ממוחזק, אלא ראיית חזית מועלת באמת רק

בהיות הכותל על תלה אשר באותה שעה לא הי' כאן שום מוחזק כלל, וא"כ באותה שעה הכריעו החזיתין ששניהם בנו את הכותל, ונעשו שניהם מוחזקים להיות בעלים, ולכן אפילו אם אח"כ נפל לרשות דחד מינייהו אין המוחזק זוכה משום דהוי כמו היכא שנפל כלי מחצירו של ראובן לתוך חצירו של שמעון דאין שמעון נעשה מוחזק ע"ז כמש"כ הרשב"א לעיל בע"א בד"ה ואיכא למידק וכו', ע"כ דברי הגרא"ק, וא"כ לפ"ז אכתי יוצא כמו שהוכיח הקצה"ח מדברי הרמב"ן דהיכא שיש לנו מוחזק ודאי, והחזית בא להוציא ממנו, לא מהני חזית, דכן הוא בצירורו של הרמב"ן של למעלה מד' אמות, דהא בכותל חצר מכיון דידעינן ששניהם בנוהו עד ד"א א"כ הרי זה נותן לשניהם דין מוחזק על חצי הכותל שלמעלה מד' אמות, וא"כ יוצא שע"י החזית הרי אנו באים להוציא מחזקתו של אחד מהם, ועל זה שפיר קאמר הרמב"ן שחזית לא מהני נגד מוחזק.

והנה דברי הגרא"ק בביאור ההוכחה של חזית נכונים רק אם נאמר דמיקרי הכא דררא דמונא ושהתחיל הספק כבר בשעה שהכותל הי' בנוי, דלפ"ז שפיר שייך לומר שבאותה שעה הכריעו החזיתין ששניהם הם מוחזקים, ושלכן לא מהני מה שנפל לרשות דחד מינייהו וכמו שביאר הגרא"ק, משא"כ היכא שיש מוחזק אמתי, כמו בהצירור של הרמב"ן של למעלה מד"א, לא תועיל החזית להוציא ממנו, אבל אם נאמר כהרשב"א בדף ד' ע"א בד"ה ואיכא למידק וכו' דמיקרי כאן שנולד הספק רק בשעה שטענו בב"ד, א"כ בהיכא שעתא הרי זה שנפל הכותל לתוך רשותו כבר נעשה מוחזק ובכל

זאת חזינן שראיית חזית מהני להוציא ממנו, וא"כ שפיר חזינן שחזית עדיפא ממוחזק ודלא כהרמב"ן. ועיין באמת בני" בדף א' ע"ב בדפי הרי"ף שכתב בשם רבינו יונה דלא כהרמב"ן בענין אם הגביהו את הכותל למעלה מד"א אלא כתב ששפיר תועיל חזית להכריע על החלק שלמעלה מד"א ולהוציא מהמוחזק.

והנה ע"ע עוד ברמב"ן בדף ב' שהביא בשם הר"י מיגש שבחצר אפילו אם יהי' לאחד מהם חזית לא מהני נגד ההוכחה של "לפיכך" דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות. מיהו הרא"ש בסוגיין חולק על הר"י מיגש וסובר שחזית שפיר מהני בחצר, וא"כ חזינן שהוא סובר שראיית חזית עדיפא מההוכחה של "לפיכך". ובאמת מדברי הרא"ש שם משמע שהבין שאין טעמו של הר"י מיגש משום שחזית אינה יכולה להכריע נגד ההוכחה של "לפיכך" שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, אלא טעמו של הר"י מיגש הוא משום שעל פי רוב יכופו זה את זה לבנות יחד ואין שום צורך לתקן סימן בשביל היכא שרק אחד בנהו, ומאחר שלא תיקנו חזית, אינו מועיל, אבל אילו היו מתקנים חזית, אז שפיר הי' מועיל גם כנגד ההוכחה של "לפיכך". ועי' בלשון הנ"י בסוף דף א' ע"א בדפי הרי"ף ובתחילת ע"ב שם.

מז) הוצא ל"ל תקנתא אלא בשטרא.

עיין ברש"י שפירש שאם אחד עשה את הגדר, העצה היא שיחתים עדים על זה, ואם שניהם עשו את הגדר יחתמו העדים ששניהם עשאוהו (ולכאורה כוונתו היא

שבכה"ג יעשו שני שטרות). ועיין ברש"ש שהקשה למה צריכים שיחתמו העדים ששניהם עשו את הגדר, הלא גם אם לא נעשה שום שטר הרי זה גופא שאין שטר לא לזה ולא לזה הרי הוא סימן חיובי ששניהם עשאוהו כמו דפרכינן לענין חזית שלא יעשו לא זה ולא זה (והכא לא שייך לחשוש דילמא קדים חד וכו', דהא העדים לא יחתמו לו שקר).

ועיין בקצה"ח בסי' קנ"ח סק"ג שהקשה קושיא אחרת והיינו שגם בלא שטר למה לא יהי' של שניהם כיון שאין חזית לא לזה ולא לזה דהא זה שאין שם שום חזית הרי זה סימן חיובי לפי רש"י כמו שהביא שם. ותי' שבהוצא מה שאין שם חזית אינו סימן כי בהוצא לא תיקנו תקנת חזית. מיהו אכתי קשה קושיית הרש"ש דהיינו דמה שלא עשו שטר יהי' בגדר סימן (ועיין בנחלת דוד בדרך ב' ע"א באמצע ד"ה מיהו וכו' מה שתירץ על זה).

וראיתי בספר משנת רבי אהרן בעמוד כ"ב שתירץ שבע"כ צ"ל שמה שאין להם שטר אינו נחשב ראי' מספיק חזקה שיכולה להוציא ממוחזק, היכא שנפל לרשות דחד מינייהו. והוסיף עוד הוכחה לזה משום שאילו היתה על מדריגה כזו א"כ קשה למה צריכים בכותל חצר את ההוכחה של "לפיכך" שמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות, הלא גם בלא ההוכחה של "לפיכך" ששניהם קיימו את חיובם הרי יש הוכחה ששניהם בנוהו מזה שלשניהם אין שטר, וא"כ מוכח דמה שאין להם שטר אינו נחשב ראי' שיכולה להוציא ממוחזק, אלא שצ"ע כהנ"ל דהא חזינן שמה שאין להם חזית משמש שפיר כראי' ששניהם בנוהו

אפילו היכא שנפל לרשות דחד מינייהו וכמו שמבואר מדברי רש"י כאן וכמו שהבאנו לעיל בריש אות מ"ה שביאר הרמב"ן בדבריו, וא"כ מ"ש חזית משטר.

וביאר שם הגרא"ק שטעם הדבר הוא משום שלעולם גם מה שאין חזית לא לזה ולא לזה אינו ראי' מספקת כדי להוציא ממוחזק היכא שנפל לרשותא דחד מינייהו, רק דהא דמהני הרי זה משום שזה מספיק סימן כדי להחזיק את הכותל בחזקת שניהם בעוד שהי' קיים כיון שראינו אז שאין כאן שום חזית, ומאחר שנעשו מוחזקים מאז, שוב אין מועיל מה שנופל הכותל לרשותו של השני וכמש"כ הרשב"א שאם נפל כלי המוחזק לראובן לתוך חצירו של שמעון אין שמעון נעשה מוחזק על ידי זה, אבל אילו לא היו שניהם נחשבים מוחזקים מאז שהכותל הי' בנוי, אז באמת לא היתה העובדא שאין כאן חזית מספיק חזק כדי להוציא מזה שנפל הכותל לתוך רשותו, וא"כ לפ"ד ניחא למה לא שייך להכריע מצד זה שאין להם שטרות, ולמה אין זה משמש כראי' ששניהם בנוהו, והיינו משום שדבר זה לא הי' ניכר לעין בזמן שהכותל הי' בנוי, וראי' זו אינה מתחילה אלא בב"ד לאחר שכבר נעשה אחד מהם מוחזק ע"י הנפילה, ולכן שוב אמרינן שאין בכח ראי' זו להוציא מיד המוחזק, משא"כ אם יש לשניהם שטר חתום מעדים ששניהם בנוהו הרי שני עדים בודאי מועילים להוציא מידי מוחזק.

מיהו יש להעיר דהא לפי שיטת הרשב"א בע"א בד"ה ואיכא למידק וכו' שכל הספק מתחיל רק לאחר נפילת הכותל, אבל בהיות הכותל בנוי, לפני שטענו בב"ד, לא מיקרי שיש דררא דממונא וספק לב"ד, א"כ לפ"ז

הכותל משום שאם רק אחד מהם בנה אותו לכדו למה לא עשה חזית (ובריש אות מ"ה הבאנו את דברי הרמב"ן שביאר שלפי רש"י מהני סימן זה גם אם נפל לרשות דחד מינייהו). והקשה בספר משנת רבי אהרן בעמוד ל"ג (באות י"ב) דמה היא הראי' מזה שאין חזית שהכותל שייך לשניהם בשוה, הלא זה שנפל המחיצה לתוך רשותו יוכל לטעון ששלשה חלקים הם שלו, רק שלא הי' יכול לעשות חזית כי זה הי' מראה שכולו הוא שלו, וא"כ מכיון שהוא מוחזק ואין שום ראי' כנגדו אמאי לא יהי' נאמן אם יאמר שיותר מחצי הוא שלו, וא"כ יוצא שאם לא יעשו חזית לא לזה ולא לזה לא תהי' כאן שום ראי' ששניהם בנוהו בשוה, וא"כ שפיר צריכים בדוקא ששניהם יעשו חזית, דעי"ז שפיר יש הוכחה שהם שותפין שוים, דהא חזינן שכל אחד הסכים שחבירו יעשה סימן שוה לשלו.

ותי' הגרא"ק דהא סוף סוף גם אם לא יעשו חזית לא לזה ולא לזה אכתי יהי' מוכח שיש לחבירו לכה"פ חלק קטן בתוך המחיצה, וא"כ שוב לא יוכל לזכות בשלשה חלקים מכח זה שהוא מוחזק, כי שותפין לא קפדי אהדדי ולא מהני תפיסתו, וכבר פסק המחבר בסי' קע"ט שאפילו אם הוא ידוע כשותף רק בחלק קטן, אכתי אמרינן שלא קפדי אהדדי, ואין המוחזק נאמן לומר שחלקו הוא יותר גדול משל חבירו על סמך זה שהוא מוחזק, כי שותפין לא קפדי אהדדי.

וע"ע שם בההערה בעמוד ל"ד שהקשה עוד, דאכתי יוכל זה שנפל לתוך רשותו לטעון שהוא עשה את כל הכותל ורק

הרי חזינן דשפיר מהני ראיית חזית להוציא מזה שנעשה מוחזק ע"י הנפילה, וכמו שכתבנו בהאות הקודמת, וא"כ הדרה קושיא לדוכתה דבחצר ישמש מה שאין להם שטר כראי' ששניהם בנוהו (דהא גם הרשב"א סובר כרש"י שכשאין ראי' לא לזה ולא לזה הרי זה סימן חיובי ששניהם בנוהו), וגם בלא ההוכחה של "לפיכך" דמחזקינן ששניהם קיימו את חיובם לבנות נאמר יחלוקו אפילו בנפל לרשות דחד מינייהו. וצ"ל שלפי הרשב"א המשנה איירי בטענת לקוח, דהיינו שהוא מודה שהראשון בנהו אבל הוא טוען שאח"כ קנהו ממנו (ולא איירי בטוען בנית), והרי מזה שאין להם שטרות על תחילת הבנין אין שום ראי' אם לקח ממנו אח"כ או לא, ולכן שפיר צריכים את ההוכחה של "לפיכך" להוכיח שהיו שותפין בתחילת הבני', ומאחר שאנו יודעים שהיו שותפין בתחילת הבני' שוב אינו נאמן בטענת לקוח אע"פ שהוא מוחזק והיינו משום ששותפין לא קפדי אהדדי (אבל מה שאין להם שטרות לא סגי להוכיח שבנו יחד, כי אולי רק הראשון בנה, וכדברי המוחזק שטוען לקוח, רק שהצניע את שטרו כדי להוכיח שהיו שותפין בתחילתו כדי שלא תועיל טענת לקוח). מיהו מדברי הרשב"א בע"א משמע שהוא מפרש את הציור של נפל לרשותא דחד מינייהו בטענת בנית, וצ"ע.

מח) ולא יעשו חזית לא לזה ולא לזה.

מלשון רש"י מבואר שהכוונה היא שזה גופא יהי' בגדר סימן ששניהם בנו את

יש בזה דינא כי אם לא היו קובעים חזית אז באמת לא הי' מועיל כלל. וביאר החזו"א שקושיית רבא מפרזיקא היא כך, דהא באמת אין שום חיוב לעשות חזית אלא הרי זה רק בגדר עצה טובה, ומש"ה הקשה למה הוצרך התנא לתת עצה זו, הלא פשיטא שאנשי כל מקום ומקום יוכלו בעצמם לתקן סימנים, והסכמת המקום בודאי מהני וכמו שכתב הטור בסי' קנ"ז שגם עכשיו הרי זה מועיל אם קבעו איזה סימן אחר, ונהי שלאחר שתיקנו חזית הרי הסימן של חזית מועיל בכל המקומות, ואפילו במקום שלא נהגו, אבל למה הוצרכו חז"ל לתקן כן, ואמר לו רב אשי שא"כ גם בהרישא היכא ששניהם הסכימו לעשות יחד את המחיצה למה הוצרך התנא לומר שאם אחד מהם קדים ועשה חזית שיזדרז השני לעשות חזית הלא פשיטא שיעשה כן. ובשלמא אם היתה כוונת התנא לומר שיש באמת חיוב לעשות חזית, א"כ אז הי' א"ש, אבל מכיון שאין כוונת התנא לקבוע חיוב למה איצטריך למיתני הכי (ושוב העיר שלפי הגירסא דגריס שתיקנו ששניהם יעשו חזית דלמא קדים אחד ויעשה חזית א"כ שפיר איצטריך התנא לאשמועינן דבר זה עיי"ש בדבריו). ורבא מפרזיקא תירץ שבשלמא בהרישא כיון שתני דינא תני תקנתא, והכוונה היא דכיון שהוצרך התנא לומר שבבקעה אין כופין ושום רוצה הוא לבנות הרי הוא צריך לבנות לבדו מש"ה תני גם תקנתא ויהיב התנא עצה של חזית, אבל בנוגע להסיפא, דלא תני שם דינא, למה יהיב תנא תקנתא לרמאי, ואמר רבינא שהסיפא קמ"ל שבהוצא מהני חזית ודלא כאביי, ומפרש

הקרקע הוא בשותפות, והא דלא עשה חזית הרי זה משום שזה הי' מראה שגם הקרקע היא שלו, וא"כ אכתי מאי מקשה הש"ס שלא יעשו חזית לא לזה ולא לזה, הלא אם לא יעשו שום חזית יוכל המוחזק לומר שכל האבנים הם שלו, והכא לא שייך לתרץ את התירוץ הנ"ל שהבאנו לעיל משום שלפי הך טענה שהם שותפין רק בהקרקע יוצא שלא ידיע שותפתייהו כלל בהאבנים.

ותירץ שם על פי שיטת הרמב"ן (הובאה באות מ"ו) דהיכא שהם שותפין בהקרקע שלמטה מהכותל א"כ מעתה יש להם דין מוחזק על האבנים שעל גביו, וא"כ ה"ה הכא, אפילו אם לא יעשו חזית לא לזה ולא לזה, הרי הם ידועים כשותפין לכה"פ על הקרקע דהיינו שכל אחד מהם מוכרח להודות שיש גם לחבירו לכה"פ חלק קטן בהקרקע (דאל"כ למה לא עשה חזית), וא"כ הרי זה נותן לכל אחד מהם דין מוחזק על חלק מסוים של הכותל בהיותו בנוי, ואיתחזק שיש לכל אחד מהם לכה"פ חלק קטן בהאבנים משום דכל מה שתחת ידו של אדם שלו הוא, וא"כ מאחר שאיתחזק שהם שותפין על הכותל, ממילא שוב לא יוכל זה שנפל לתוך רשותו לומר שהם שותפין רק בהקרקע ושכל האבנים הם שלו, או שיותר ממתצה מהאבנים הם שלו, דכיון דידיע שותפתייהו שוב לא מהני מוחזקות משום ששותפין לא קפדי וכמו שהבאנו לעיל.

מט) ורישא לאו תקנתא לרמאי.

עיי' בחזו"א בסי' א' סקי"א שהקשה למה מיקרי שהוא תקנתא לרמאי הלא שפיר

חזית בחצר, כי בהיות הכותל עומד אין אנשים נכנסים לשם לראות, ואחרי שנפל ובאו לידון בב"ד, שוב אין ניכר לאיזה צד הי' החזית, ולא נראה לו להרשב"א לומר שתיקנו חזית בחצר רק בשביל הציור שהם באים לדון כשהכותל עודו עומד.

ועי' ברא"ש בסי' ו' שכתב שהר"י מיגש סובר שלא תיקנו חזית בחצר משום שמתחילה כל אחד מהם יכול לכופף את חבירו לבנות עמו, ומשמע שכוונתו לומר שמכיון שהם יכולים לכופף אחד את השני, שוב אין צורך לתקנת חזית, דהא בודאי תמיד שניהם יעשו את הכותל ביחד, וא"כ אין שום צורך לעשות חזית, דהא גם אם לא יעשו לא לזה ולא לזה, ננקוט ששניהם בנו, ומאחר שלא תיקנו חזית א"כ מעתה אפילו אם חבירו יקדים אח"כ ויוציא חזית, לא יועיל להוכיח שהוא בנה את הכותל נגד ההוכחה של "לפיכך", והיינו משום שכיון שלא תיקנו חזית א"כ אין הסימן הזה מועיל, משום שראיית חזית אינה מועלת בלי תקנת חכמים, ועיין ברמ"ה כאן באות מ"ד שסובר ג"כ כהנ"ל (אם כי לא הביא כן בשם הר"י מיגש).

ב. מקורו של הר"י מיגש.

והנה בהמשך דבריו הקשה הרא"ש על הר"י מיגש דמנין לו מהגמ' שחזית לא מהני בחצר. מיהו מקורו של הר"י מיגש מובא ברמב"ן ברף ב' ע"א בד"ה לפיכך וכו', וכן ברשב"א כאן בד"ה ולא יעשה וכו', והיינו דאי ס"ד דמהני א"כ כששניהם בנו ביחד אמאי לא תני שהם צריכים שניהם לעשות חזית כמו בבקעה משום החשש שמא קדים

המהר"ם שלפי אב"י לא מהני חזית בהוצא אפילו אם יעשה חזית, דכיון שלא תני לי' בתוך המשנה ולא תיקנו חז"ל חזית בהוצא, לא מהני בי' (חוץ ממקום שנהגו כן מעצמם), ולכן קאמר רבינא שכוונת הסיפא היא לרמוז שחזית מהני באמת גם בהוצא והרי זה נקרא שקמ"ל דינא דהיינו שאם עשה חזית בהוצא הרי זה מהני לו.

מיהו לפי ביאורו הנ"ל של החזו"א אכתי אין זה מספיק, כי אכתי קיימת הקושיא למה הי' התנא צריך לתקן כן בהוצא, הלא גם בלא התנא, כל מקום יתקן איזה סימן.

ברם י"ל שכוונת התנא היא בעיקר לחדש לנו את עצם המציאות שחזית שפיר הויא סימן טוב גם בהוצא, וא"כ מאחר שהתנא מחדש לנו חידוש מסוים בענין מהותו של חזית, שוב לק"מ למה שנה לנו כן, והיינו משום שרצה להשמיענו חידוש זה שחזית הוא סימן טוב גם בהוצא, ואולי אגב אורחא יוצא מזה שמעתה תועיל חזית בכל מקום אפילו אם לא נהגו כן מעצמם דכיון שהוצרכו להזכיר דהוי סימן טוב א"כ אולי באמת גם התקינו כן חז"ל (אבל בנוגע לכותל של אבנים שפיר הי' קשה, משום שאין התנא משמיענו שם שום חידוש כלל בענין עצם החזית). ועיי"ש להלן בחזו"א בד"ה הכא.

ג. דין חזית בחצר.

א. שיטת הר"י מיגש והבנת הרא"ש בדבריו.

הנה כבר הבאנו לעיל באות מ"א את דברי הרשב"א שלא תיקנו חזית בחצר כי לאחר שנפל לא שייך במציאות הרא"י של

חבריו ויעשה, וא"כ בע"כ מוכח שאפילו אם חבריו יעשה אח"כ חזית, לא יועיל לו, וכן העיר הקצה"ח בסי' קנ"ז סק"ז שזהו מקורו של הר"י מיגש והביא את דברי הרמב"ן שם.

מיהו בדעת הרא"ש י"ל כהסברא שהובאה בשט"מ בשם הר"ר יהונתן כאן והיינו שלעולם שפיר מהני חזית בחצר, והא שכששניהם בנוהו אינם צריכים לעשות חזית לזה ולזה שמא קדים חברי, הרי זה משום שבחצר מכיון שנמצאים שם תמיד, לא יוכל לעשות חזית ברמאות משא"כ בבקעה שהוא מקום עזוב.

ועיין גם ברמ"ה באות מ"ד בד"ה ברם וכו' (קרוב לסופו) שהביא את הראי' הנ"ל של הרמב"ן, אלא שצ"ע דהא מדבריו לעיל באות מ"ג מבואר דס"ל כהר"ר יהונתן שרק בבקעה שייך לחשוש להרמאות של דלמא קדים חד וכו', אבל בחצר לא קיים חשש כזה, והרי לפי הר"ר יהונתן הרי אין מקום לראיית הרמב"ן וכהנ"ל, וצ"ע.

והנה יש עוד הוכחה לומר שלא מהני חזית בחצר, והיינו הוכחת הרשב"א בע"א בד"ה וקשיא וכו', דעיי"ש שכתב שאם מהני חזית בחצר א"כ למה צריכים את הטעם של "לפיכך", תיפוק לי' שהוא של שניהם מזה שאין חזית לא לזה ולא לזה.

ג. קושיית הרא"ש מבנין חלונות.

עוד הקשה הרא"ש על הר"י מיגש דמאי שנא מבנין חלונות בתוך הכותל דמהני בחצר להוכיח שהוא בנה וכמו שהביא שם. מיהו י"ל דס"ל להר"י מיגש שמכיון שמנהג אנשי המקום הוא שמי שבנה את הכותל יש

לו את הזכות לפתוח חלונות א"כ פשיטא שזה מועיל גם כנגד ההוכחה של "לפיכך" (וכן אם בנה בנין עיי"ש ברא"ש), כי אם שניהם בנו את הכותל למה לא מיחה חבריו בשעה שפתח הוא את החלונות, אבל עשיית חזית מצד עצמותה אין בה כדי לעורר מחאה, וגם לא נהגו בני המקום בסימן זה מצד עצמם, רק שחז"ל תיקנו סימן זה גבי בקעה, וא"כ בחצר הרי לא היתה להם סיבה לתקן וכהנ"ל.

ד. הבנת הרמב"ן בדברי הר"י מיגש.

ועכ"פ עיין ברמב"ן בריש מכילתין בד"ה לפיכך, וכן ברשב"א כאן, שהבינו בדרך אחרת לגמרי את שיטת הר"י מיגש שלא מהני חזית בחצר להוכיח שאחד מהם בנה לבדו, והיינו דכיון שהיזק ראי' שמי' היזק והרי הם יכולים לכופף זה את זה לבנות, ונקטינן שבאמת עשו כן וכפו זה את זה וכדתנן שלפיכך האבנים הם של שניהם, לכן אם טען אחד שהוא בנה, אפי' אם הי' עושה חזית, לא היתה בכח ראי' זו להועיל כנגד ההוכחה של "לפיכך" ששניהם בנו את הכותל (וגרע מראיית חלונות כמו שביארנו), וזהו דלא כדרכו הנ"ל של הרא"ש בדברי הר"י מיגש, דהא הרא"ש כתב בשמו שלא תיקנו חזית משום שלא הוצרכו לתקן כן, וממילא השתא שלא תיקנו אינו מועיל, ומשמע שאילו היו מתקנים, שפיר הי' שייך להועיל, ואילו הרמב"ן והרשב"א הביאו מהר"י מיגש שאפילו ע"י תקנה לא הי' שייך להועיל וכהנ"ל (ובחידושי הר"י מיגש שבידינו איתא כדרכם של הרמב"ן והרשב"א). וע"ע בלשון הנ"י בסוף דף א'

ע"א בדפי רי"ף ובריש דף א' ע"ב.

ה. דברי הרא"ש בנוגע לחצר שאין בו דין חלוקה.

והנה הרא"ש בתוך דבריו שם כשהביא את הר"י מיגש העיר שגם לפי הר"י מיגש אכתי נשאר ציור ששפיר הי' שייך שחזית יועיל בחצר, והיינו באופן שאין בהחצר דין חלוקה, דהא בכה"ג שפיר יש צורך לתקנת חזית, דהא בכה"ג אינם יכולים לכופו זה את זה לבנות ביחד, אלא שפיר יכול אחד מהם להסכים לחולקו רק ע"מ שחבירו יבנה את הכותל, וא"כ בכה"ג שפיר צריכים תקנת חזית כדי להוכיח שעל מנת כן חלקו. וכתב הרא"ש שמ"מ מכיון שבחצר שיש בה דין חלוקה, שהוא הציור הרגיל, אין מקום לתקנת חזית וכהנ"ל, א"כ ממילא לא תיקנו אותו בשביל ציור זה לחוד, ולכן לא מהני (חוץ מהיכא שנהגו כן מעצמם דאז לא גרע מחלונות). מיהו יש לעיין במש"כ הרא"ש שתקנת חזית היתה יכולה להועיל בהציור הנ"ל של חצר שאין בה דין חלוקה, דהא לעיל בריש סימן ו' הקשה הרא"ש שבחצר שאין בה דין חלוקה למה אין זה שנפל הכותל לתוך רשותו יכול לטעון שחבירו הסכים לחלוק רק על מנת שהוא יבנה את הכותל, ותירץ הרא"ש שזו אינה טענה משום שנקטינן שבודאי שניהם רצו לסלק את ההיזק רא"י (כיון ששמי' היזק) וממילא יש חזקה ששניהם בנוהו ואינו נאמן לומר שרק הוא בנהו לבדו, וא"כ לפ"ז איך כתב הרא"ש שחזית שפיר הי' צריך להועיל בהציור הנ"ל להוכיח שהוא לבדו בנה, דהא גם כאן נימא שתקנת חזית אינה

יכולה להוציא מחזקה זו ששניהם בנוהו. מיהו באמת לא קשה מידי, והיינו משום שכבר כתבנו שהרא"ש סובר שלפי הר"י מיגש תקנת חזית שפיר מסוגלת להועיל גם כנגד ההוכחה של "לפיכך", דהיינו כנגד החזקה ששניהם כפו זה את זה להשתתף, רק שלא הוצרכו לתקן כן בחצר כי בודאי יכופו זה את זה לבנות ביחד, וא"כ שפיר י"ל שתקנת חזית מסוגלת להועיל גם כנגד החזקה ששניהם רצו לסלק את ההיזק רא"י.

ו. דברי הרשב"א בנוגע לחצר שאין בו דין חלוקה.

והנה עיין ברשב"א כאן בד"ה ולא יעשה וכו' שהבין אחרת את שיטת הר"י מיגש גם בהפרט הנ"ל, דעיי"ש שהבין דלא כהרא"ש, אלא הבין שלפי הר"י מיגש בחצר שאין בה דין חלוקה ויש לו ראיית חזית הרי הוא שפיר יכול לנצח בטענה שהוא לבדו בנה כי חבירו לא הסכים לחלוק אלא על מנת שהוא יבנה לבדו.

ברם לכאורה יש להקשות על הרשב"א את הקושיא הנ"ל, דאיך מועיל החזית, הלא לפי הרשב"א טעמו של הר"י מיגש הוא משום שלא מהני חזית נגד ההוכחה של "לפיכך", וא"כ גם בכה"ג הרי יוצא שהחזית מועיל נגד חזקה, דהא יש חזקה ששניהם רצו לסלק את ההיזק רא"י וכמו שהבאנו כבר מהרא"ש (ואולי יש לדחוק שהך חזקה שיש בחצר שאין בה דין חלוקה ששניהם רצו לסלק את ההיזק רא"י קלישא יותר מהחזקה שיש בחצר שיש בה דין חלוקה ששניהם כפו זה את זה לבנות), ויש לפלפל בזה. מיהו באמת גם בלא"ה לק"מ משום שהרשב"א לא כתב כדברי הרא"ש הנ"ל שיש חזקה ששניהם רצו לסלק את ההיזק רא"י, דהא עיין בדבריו

בע"א בד"ה וללישנא וכו' שכתב תירוץ אחר על קושיית הרא"ש בריש סי' ו', וכן כתב הר"ן בשט"מ בדף ב' ע"א, וכן כתב הרמב"ן שם בד"ה לפיכך (עיי"ש בהגהת הגרא"ז).

ועכ"פ שיטת הרשב"א היא שלפי הר"י מיגש בחצר שאין בה דין חלוקה שפיר מהני חזית להוכיח שהוא לבדו בנה את הכותל ושחבירו נתרצה לחלוק רק על מנת שהוא יבנה לבדו, והמשיך הרשב"א שם להקשות על הר"י מיגש דא"כ לא מתוקמא מתניתין, דהא מתניתין איירי בחצר שאין בה דין חלוקה, רק שרצו לחלוק, וא"כ אמאי אין שניהם צריכים לבנות חזית משום החשש שמא חברו יעשה חזית אח"כ ברמאות (דהיינו דילמא קדים חברי' וכו'), ואז יועיל באמת החזית גם לפי הר"י מיגש*, והוצרך הרשב"א לדחוק שלפי הר"י מיגש המשנה איירי באופן שיש עדים שהסכימו לחלוק בלי תנאי אשר לפ"ז שוב יש כאן החזקה של "לפיכך" שבאמת כפו זה את זה ולא יועיל חזית כמו שאינו מועיל בחצר שיש בה דין חלוקה כנגד החזקה של "לפיכך", אלא ששוב הקשה הרשב"א שא"כ למה צריכים לעשות חזית בבקעה הלא לפי הנ"ל צ"ל שגם הסיפא של בקעה איירי באופן ששניהם הסכימו בפני עדים לבנות כותל וממילא הרי הם יכולים לכופף זה את זה וא"כ למה אמריןן שבבקעה הרי

הם צריכים חזית, ונשאר שם הרשב"א בצ"ע על הר"י מיגש. מיהו לפי הרא"ש לא קשה מידי משום שלפי דרכו של הרא"ש לעולם איירי המשנה באופן שלא היו עדים שקנו זה מזה לעשות חלוקה סתם, וכן בבקעה לא היו עדים שקנו זה מזה לבנות, ולכן בבקעה שפיר צריכים לעשות חזית, כי אם יקדים אחד ויעשה, שפיר יועיל לו, אבל בחצר אפילו אם יקדים אחד ויעשה, לא יועיל לו, כיון שבחצר בכל גווני לא תיקנו ראיית חזית.

ז. עוד ראשונים בנוגע לחצר שאין בה דין חלוקה.

היוצא מכל הנ"ל הוא שיש מחלוקת בין הרא"ש והרשב"א בענין אם לפי הר"י מיגש קיימת תקנת חזית בחצר [לפי המ"ד שהיזק ראי' שמי' היזק**] היכא ששפיר היתה מסוגלת להועיל. ובאמת מצאתי עוד ראשונים שסוברים כדעת הרשב"א ששפיר צריכה להועיל, דעיין ברמב"ן בדף ב' ע"א בד"ה לפיכך וכו' שהקשה שאכתי שייך תקנת חזית בחצר היכא שהגביהו את הכותל יותר מד' אמות, ואחד מהם עשה חזית, דבכה"ג שפיר צריך חזית להועיל להוכיח שמה שלמעלה מד"א הוא שלו, ותיריך הרמב"ן שבכה"ג יש לשניהם דין מוחזק על מה שלמעלה מד"א וכמו שביאר שם, וממילא לא סגי בראיית חזית כי לא סגי בראיית חזית להוציא ממוחזק (ועיין לעיל באות מ"ו שביארנו למה הוא מועיל בבקעה

ששניהם עושים חזית. ועיי' גם בקצה"ח בסי' קנ"ז סוף סק"ג שכתב שלמ"ד לש"ה מהני חזית בחצר. (** עיי' בהערה הקודמת.

(* ועיי"ש שהק' גם לפי המ"ד שסובר שה"ר לא שמי' היזק ושהמשנה איירי ברצו לעשות גודא דלדידי' בודאי מועיל ראיית חזית וא"כ אמאי לא תני

להוציא מזה שנפלו האבנים לתוך רשותו), הרי שאלמלא טעם זה, שפיר הי' מועיל החזית בחצר בכה"ג גם לפי הר"י מיגש. ועיין בנ"י כאן בשם רבינו יונה שכתב שבאמת שפיר מהני חזית להוכיח על מה שהוא יותר גבוה מד"א גם לפי הר"י מיגש ודלא כמסקנת הרמב"ן שם.

וע"ע לעיל באות י"ב וכן לקמן באות פ"א בנוגע לשיטת תוס' בענין אם חזית מהני בחצר.

נא) המקיף את חבירו משלש רוחותיו (מה הציור).

א. פירושו של רש"י דאיירי במחיצות שבין החיצון והפנימי.

הנה הרמב"ן והריטב"א כתבו בשם רש"י דאיירי באופן שגדר החיצון בינו לבין הפנימי, וכן פירש"י להדיא בב"ק דף כ' ע"ב, וכמו שהביא הרשב"א כאן. ונראה שכן יש לדייק גם מדברי רש"י כאן, דהא כתב וז"ל, שאין מחייבין אותו לתת כלום כדאמרינן שסתם בקעה מקום שנהגו שלא לגדור הוא עכ"ל, הרי שמשמע מדבריו שאם נהגו לגדור, אז היינו מחייבין את הפנימי משום החיוב מחיצה שנוכח בהמשנה בריש פירקין שהוא משום היזק ראי', וא"כ בע"כ צ"ל דאיירי במחיצות פנימיות שהיו בין שני השכנים דוגמת המשנה שם דהא מחיצות חיצוניות אינן עוזרות נגד ההיזק ראי' שיש להפנימי מהחיצון. מיהו לכאורה יש לדחות שלעולם איירי במחיצות חיצוניות ושכונת רש"י היא להיכא שבני רשות הרבים יכולים להציץ מעבר לשדהו של החיצון לתוך

שדהו של הפנימי ולכן היינו מחייבין גם את הפנימי להשתתף בהמחיצות החיצוניות אילו נהגו להקפיד על היזק ראי' אע"פ שהוא בגדר ניזק ולא בגדר מזיק (וכעין זה מצינו לעיל בדף ב' ע"ב דכופין לעשות בית שער וכדומה). ברם זה אינו, חדא, דדוחק להעמיד את דברי רש"י דוקא באופן ששדהו של החיצון הוא צר כל כך, ועוד דבאמת נראה שבהציור הנ"ל אפילו אם הי' מקום ששפיר נהגו לגדור לא יצטרך הפנימי להשתתף במחיצות חיצוניות, דהא סופם לעשות גם מחיצות פנימיות כיון שאירי במקום שנהגו לגדור גם בין שדה לשדה, וא"כ יכול הפנימי לטעון שאין סופו ליהנות כלל מהמחיצות החיצוניות, וא"כ שפיר מוכח גם מדברי רש"י אצלינו דאיירי במחיצות פנימיות וכהנ"ל, וצע"ק על הרשב"א שהביא כן רק מדברי רש"י בב"ק.

ב. דברי הנחלת דוד שלפי רש"י איירי במחיצות של ד"א ושהנאת הפנימי היא הסילוק של ה"ר.

והנה עיין בנחלת דוד שכתב שצ"ל שלפי רש"י איירי באופן שהחיצון בנה מחיצות בגובה של ד' אמות משום היזק ראי', והרי הוא רוצה שהפנימי ישתתף בכל הד"א, דאי בנה רק מחיצות של י' טפחים, א"כ לא נהנה הניקף כלום, דהא מסתמא החיצון גדר את עצמו גם מבחוץ, וא"כ בין כך ובין כך מסולק מהפנימי ההיזק של שן ורגל ואדם של בני רה"ר, וא"כ איזה הנאה יש לו להפנימי אם לא שהחיצון בנה מחיצה של ד' אמות אשר בכה"ג נהנה הפנימי מסילוק היזק ראי', ואע"פ שמירי במקום שאין המנהג לגדור משום היזק ראי', אבל בכל

מד' רוחותיו כי בבקעה אין מחייבין אותו.

ג. דברי הרמב"ן בדעת רש"י, דלא כביאורו של הנחל"ד.

והנה בחידושי הרמב"ן כאן (בפירושו השני שנביא להלן בסמוך) מבואר דלא כההנחה שכתב הנחל"ד דוד בדעת רש"י שהנאת הפנימי היא משום היזק רא"י, דעיי"ש שהביא את דברי הגמרא בב"ק דאמרינן שהצירור של מקיף הרי הוא ציור של זה נהנה וזה לא חסר, והקשה הרמב"ן שלפי רש"י דאיירי במחיצות פנימיות אמאי מיקרי החיצון בגדר לא חסר, הלא כל עיקר הטעם למה החיצון גדר הרי הוא נגד ההיזק רא"י של הפנימי, וא"כ שפיר חסר הוא בגלל הפנימיים**). ותירץ הרמב"ן שבכל זאת אין הפנימי חייב עבור החסרון הזה, והיינו משום שאין הנהנה חייב אלא היכא שהנאתו היא הדבר שגורם את החסרון של המחסיר, וכמו היכא שהוא דר בחצר חבירו דעבידא למיגר, דמה שהוא נהנה ודר בו, הרי הוא הדבר שגורם שאין בעל החצר יכול להשכירו, אבל הכא החסרון של החיצון אינו בא מהנאתו של הפנימי, אלא אדרבה החיצון הוא שהחסיר לעצמו בתחילה מחמת ראיית הפנימי, והנאת הפנימי באה אח"כ מחסרון שכבר נחסר החיצון***). ועוד כתב הרמב"ן דכיון שהוא מקום שנהגו שלא לגדור א"כ במקום כזה אין זה נקרא בכלל

זאת שפיר מיקרי הפנימי בגדר נהנה משום זה שנסתלק ממנו היזק רא"י. והוסיף הנחל"ד שאין לומר שלעולם איירי במחיצה של י' טפחים ושהנאת הפנימי הוא מזה שמעתה החיצון נתפס כגנב, דאי משום הא אי אפשר לחייב את הפנימי, כי יוכל לטעון שאינו צריך מחיצה לצורך זה כי החיצון אינו נחשד בעיניו כגנב, ואע"פ שבין גג לגג אינו יכול לפטור את עצמו ע"י טענה זו, אלא כופין אותו להשתתף במחיצה של י', שאני התם דשכיחי שיהיו בגג כלים וכדומה ומש"ה יש לחשוש יותר לנתפס כגנב מבבקעה*), וא"כ בע"כ צ"ל כהנ"ל דאיירי במחיצה של ד' אמות משום סילוק היזק רא"י, עכת"ד הנחל"ד דוד.

ועוד כתב הנחל"ד שההגהה ברש"י סובר שאירי במחיצות חיצוניות ולענין אם חייב להשתתף עד יו"ד טפחים כי ע"י המחיצות האלו הרי הוא שמור משן ורגל של בני רה"ר (אבל אינו צריך להשתתף ביותר מזה אם בנהו החיצון עד גובה ד"א כי אכתי אין הפנימי שמור עי"ז מהיזק רא"י כי החיצון רואהו). וכתב שכוונת ההגהה היא ליישב למה בהמשנה קמייא אין מחייבין אותו בבקעה ואילו הכא שפיר מחייבין אותו ועל זה תי' דהכא איירי במחיצות חיצוניות של יו"ד ולא מטעם היזק רא"י. ובעל ההגהה יסבור שעל מחיצות פנימיות של ד"א משום ה"ר הפנימי פטור לעולם אפילו אם החיצון הקיף אותו

*** הנה הפני שלמה בדבריו על תד"ה דמי קנים וכו' הבין בדרך אחרת את כוונת הרמב"ן בסברא זו, דעיי"ש שהבין שכוונת הרמב"ן היא לומר שלא שייך לחייב את הפנימי בשביל שחסר המקיף משום שבשעה שהוציא המקיף את הוצאותיו ונחסר, דהיינו בשעת בניית הג' מחיצות הראשונות, עדיין לא נהנה

(* והוסיף שתדע, שהרי בגג הרי הוא כופהו על זה אבל בבקעה לא מציינו שכופין לעשות מחיצה י'. מיהו לא ביאר למה גם כששכיחי כלים אינו יכול לומר שאינו חושדו.

** וכן הקשו תוס' בב"ק שם, וגם תוס' כאן בדף ה' ע"א כתבו שכה"ג מיקרי חסר.

שו"ר בחידושי הגר"ח על הש"ס בב"ק שם בד"ה והנה וכו' שכתב את הסברא הראשונה שהזכרנו בשם הרמב"ן לבאר את הס"ד של הש"ס שם דחשיב שהחיצון לא חסר, ולהלן שם ביאר מה הוא התירוץ של הגמרא של היקיפא יתירא עיי"ש.

גם יש להעיר דמדברי רש"י בב"ק יוצא להדיא דלא כהרמב"ן, דהא רש"י בב"ק שם כתב שהחיצון הי' שפיר גדור מבחוץ, ולפ"ז אם נרצה לומר כסברתו של הרמב"ן שאין כאן הנאת היזק ראי', נצטרך לומר שהפנימי נהנה רק מסילוק רגל בהמותיו של החיצון, א"נ מזה שהחיצון יהי' נתפס כגנב, ועיין בזה להלן בסמוך כאן, אבל על כל פנים ברש"י שם מבואר דלא כהרמב"ן שהרי הרמב"ן נקט שאין כאן מחיצות חיצוניות שהרי כתב שהנאת הפנימי הרי היא מזה שמסולק ממנו השן ורגל של בני רה"ר.

גם צ"ע דלפי הרמב"ן שהנאת הפנימי היא רק סילוק רגל הרבים, א"כ בדין הוא שלא יצטרך הפנימי להשתתף אלא בגובה י', ואילו מלשון רש"י בגמרא כאן בד"ה לפי מה שגדר משמע שהוא משתתף בכל הגובה.

ועכ"פ היוצא מכל הנ"ל הוא שבין לפי הרמב"ן ובין לפי הנחלת דוד אין הפנימי צריך מחיצות פנימיות כדי לסלק מעל עצמו רגל אדם ובהמה כשיש מחיצות חיצוניות,

שהפנימי גרם חסרון להחיצון, והיינו משום שבמקום כזה כיון שהיזק ראי' לא מיקרי היזק, א"כ אמרנן שהחיצון הוא שהחסיר לעצמו ע"י בנין המחיצות, וגם מה שהפנימי מיקרי נהנה, אין זה משום שהוא מסולק מהיזק ראייתו של החיצון, אלא הנאתו הוא מחמת סילוק שן ורגל של בני רה"ר כי הי' פרוץ לרה"ר ולא הי' גדור מבחוץ עכת"ד הרמב"ן. ולפי דברי הרמב"ן בפירושו השני יוצא שהחיצון גדר למעשה ד' אמות כדי לסלק מעל עצמו את ראיית הפנימי, אבל הסיבה שהפנימי מיקרי נהנה אינה משום הסילוק של ההיזק ראי' אלא משום הסילוק של בהמת רה"ר ואיירי באופן שלא עשה החיצון מחיצות חיצוניות (ולקמן נדון למה אין מספיק לזה חריץ ובן חריץ).

והנה לפי הרמב"ן סוגיית הגמרא בב"ק שם צריכה ביאור, דעיי"ש שבתחילה מדייקנן מדברי ת"ק שאם המקיף הקיף את כל הד' רוחות, אז שפיר חייב הניקף, והיינו בע"כ משום שזה נהנה וזה לא חסר חייב, ודחינן ששפיר מיקרי שחסר החיצון משום שא"ל את גרמת לי היקיפא יתירא, הרי שמסקינן ששפיר מיקרי חסר, והרי לכאורה צ"ע מה עושים עם הסברות הנ"ל שהזכיר הרמב"ן בביאור קושיית הגמרא שם כדי להסביר דמיקרי לא חסר, דהא לא נזכר בהגמרא שם שום דיחוי על סברות אלו.

שהפנימי נהנה מיד בשעת בניית הרביעית (משא"כ לפי דרכנו בפנים הרי גם בנוגע להמחיצה הרביעית החסרון של החיצון אינו בא מהנאתו של הפנימי), והוכחת הגמרא בב"ק שם שזה נהנה וזה לא חסר חייב הרי היא ממה שהפנימי חייב להשתתף גם בהג' מחיצות הראשונות אע"פ שמיקרי שהחיצון לא חסר וכהנ"ל.

הניקף, ולכן הרי זה נקרא שנחסר החיצון בשביל עצמו ולא מיקרי שנחסר בשביל הפנימי, ונהי שכשגדר המקיף את הרביעית נהנה הניקף גם מג' הראשונות, אבל שוב לא שייך לומר שהמקיף נחסר שהרי מה שעשה כבר עשה ולא עשה אלא בשביל עצמו וכהנ"ל, אבל בנוגע להמחיצה הרביעית הרי זה שפיר נחשב שהחיצון נחסר בשביל הפנימי כיון

רק שהנחלת דוד מעמיד את דברי רש"י באופן שיש מחיצות חיצוניות והתועלת של הפנימי הרי היא נגד ההיזק רא"י של החיצון, ואילו הרמב"ן מעמיד באופן שאין מחיצות חיצוניות והנאת הפנימי היא משום סילוק הבהמות של רה"ר.

וע"ע באות ס' סק"ב שנדייק מרש"י כדרכו של הנחלת דוד בדבריו.

ד. שיטת הרמב"ן עצמו.

והנה הרמב"ן עצמו שם חולק על רש"י וסובר שאירי אודות מחיצות חיצוניות ושהנאת הפנימי היא מזה שמעתה מסולקת ממנו רגל הרבים, ואע"פ שכופין לעשות חריץ ובן חריץ בין השדות, אבל דבר זה מועיל רק כדי לסלק רגל בהמה אבל לא כדי לסלק את בני רה"ר* (וגדר חייבים רק במקום שנהגו והכא איירי במקום שלא נהגו, ולכן א"א לחייב את הפנימי אלא משום זה שהוא נהנה).

ושוב צידד הרמב"ן באם עדיין יצטרכו לעשות חריץ ובן חריץ בין השדות לאחר שגדר החיצון מבחוץ, או האם לא יצטרכו ויכול החיצון לטעון שפטר את הפנימי אפי' מלעשות חריצין. ובתחילה צידד לומר ששפיר יצטרכו לעשות כן וז"ל, וזה כיון שגדר מבחוץ סילק מעליו רגל הרבים ונהנה ודי לו ממנו בחריצין שהרי נתפס עליו כגנב עכ"ל, ושוב צידד לומר שהיכא שגדר

מבחוץ אין צריכים חריצין מבפנים כי החיצון אינו מכניס בהמותיו לתוך שדהו של הפנימי, וגם בלא חריצין הרי החיצון נתפס כגנב (בבקעה) אם הוא נמצא בתוך של הפנימי.

ומדרכו השני נראה שהחיוב לעשות חריצין הוא כדי לסלק רגל בהמת רה"ר אבל לא לנתפס כגנב שהרי כתב שגם בלא חריצין הרי הוא נתפס כגנב. מיהו מלשונו בדרכו הראשונה שכתב שצריכים לעשות חריצין גם לאחר שגדר מבחוץ, אין ברור אם כוונתו לומר דהיינו כדי לסלק מהפנימי את רגל בהמת החיצון, או האם הוא משום נתפס כגנב, דהא יש להסתפק במה שכתב הרמב"ן "שהרי נתפס עליו כגנב", האם כוונתו היא לומר שהוא נתפס כגנב גם בלא חריצין, או האם כוונתו היא דוקא משום החריצין. ובמלחמות כאן כתב הרמב"ן "לפיכך זה שגדר מבחוץ יפה סילק מעליו רגל הרבים ונהנה הפנימי ודי לו מחבירו בחריץ אם רצה שהרי נתפס עליו", ונראה מלשון זה דס"ל שלא שייך כאן לכפות על חריץ משום שכבר מסולקים הרבים ע"י הגדר שמבחוץ וכן החיצון אינו מכניס בהמותיו לשדהו של הפנימי, וא"כ מצד טעמים אלו אין שום צורך לחריצין, דאילו הי', היינו כופין, וכן משום נתפס כגנב אין כופין משום שאין כופין בבקעה על נתפס כגנב וכדברי הנחל"ד שהבאנו לעיל בסק"ב

אלא שיהא חבירו ובהמתו נתפסין עליו כגנב ומזיק אבל למנוע ממנו יד רבים ושן ורגל שלהם א"א אלא בגדר וכו' לפיכך זה שגדר מבחוץ יפה סילק מעליו רגל הרבים ונהנה הפנימי ודי לו מחבירו בחריץ אם רצה שהרי נתפס עליו עכ"ל.

* הנה מדבריו הקודמים שהבאנו בביאור דעת רש"י משמע שצריכים גדר גם נגד בהמות, ויש ליישב. ועיין בדרכו של הרמב"ן במלחמות שכתב וז"ל, וא"ת והרי שנו בתוספתא כופין בני בקעה זה את זה לעשות ביניהם חריץ ובן חריץ ומה תועלת בגדר שבחוץ, אין שמירת חריצין הללו

ובהערה, ולכן סגי בחריץ אם רצה כלומר אם רצה להזהר מנתפס כגנב (ומדרכו השני בחידושו מבוואר דס"ל שגם בלא שום תיקון כלל אין בבקעה חשש של נתפס כגנב, ודלא כהנחת הנחל"ד שנקט דשפיר שיך, רק שאין כופין על זה, ובפירושו השני על דרכו הראשון נקטנו בכוונתו דשפיר שיך ושגם כופין על זה).

וע"ע בשט"מ בשם הראב"ד בנוגע ללמה צריך הפנימי להשתתף במחיצה ואינו יכול לומר דסגי בחריץ וכן חריץ (וכבר כתבנו שהרמב"ן סובר שאין חריצין מועילים אלא כדי לסלק רגל בהמה).

ה. למה אין הפנימי פטור משום שהחיצון הרי הוא בגדר מבריה ארי.

הנה בהגהות חו"י על הרי"ף כאן הקשה למה אין הפנימי פטור משום שהחיצון הוא בגדר מבריה ארי מנכסי חבירו, והביא שתוס' בפרק הכונס כתבו דלא דמי הכא למבריה ארי אבל כתב שתוס' לא פירשו למה. מיהו באמת תוס' שם שפיר הזכירו טעם והיינו משום שהוא השביח את גוף נכסי חבירו, וביאר בחי' הגרש"ש כאן בסי' ד' סק"ד וז"ל, וכוונתם (של תוס') דרק היכא שמציל נכסי חבירו מאיזה הפסד שיך לדון מדין מבריה ארי, אבל אם מתקן נכסי חבירו באופן שלא יוכל ארי לבוא אלי', הוי שבח ממש וזה ברור ופשוט עכ"ל. ונראה שגם כשגדר מבחון הרי זה נקרא שהשביח את נכסי הפנימי בזה שעשה אותה מעתה שדה שמורה, וכן מבוואר מדברי הגרש"ש שם.

והנה בעל הגהות חו"י שם כתב שלפי רש"י קושייתו אינה קשה, פי' כי לפי רש"י

הרי איירי באופן שהקיף מבפנים וא"כ י"ל דאיירי באופן שבנה את הגדר על השטח של שניהם, ובכה"ג שבנה לו כותל על שטחו הרי זה נקרא ששיבח את הקרקע שלו ולא שיך כאן מבריה ארי, אבל לפי הר"י שסובר דאיירי בהקיף מבחוץ, א"כ אכתי נשאר קשה כי החו"י סובר שאין זה נקרא ששיבח את הקרקע שלו ודלא כדברי הגרש"ש שהבאנו שגם בכה"ג הרי זה נקרא ששיבח את נכסיו (ויש עוד לעיין בדברי החו"י שם). מיהו יש להקשות דאם זה נחשב שהשביח את קרקע חבירו מחמת נתינת גוף הכותל משום שעכשיו הרי זו קרקע שיש עלי' כותל, א"כ גם בהקיף מג' רוחות הדין נותן שיהי' חייב, ויש ליישב.

והנה לכאורה גם בלא"ה י"ל שלא דמי הכא למבריה ארי, והיינו משום שהכא חשיב בגדר ברי היזיקא, כי י"ל שבודאי היו בהמות או בני רה"ר נכנסים, ולכן חשיב המקיף בגדר מציל מפי הארי, וכבר כתבו תוס' בהכונס שם שבכה"ג הרי הוא חייב, וגם החו"י הזכיר שאצלינו הרי זה בגדר ברי היזיקא, אבל לא כתב שזה מיישב את קושייתו.

(נב) שיטות הבעל המאור וה"ר יהונתן בענין הנ"ל.

הנה גם הבעל המאור כתב כדברי רש"י דאיירי כאן במחיצות פנימיות, אבל הבעל המאור אינו מפרש כרש"י דאיירי במקום שנהגו שלא לגדור, אלא הרי הוא מפרש דאיירי במקום שנהגו שפיר לגדור משום היזק ראי', ולכתחילה הי' יכול המקיף להכריח את הניקף לגדור עמו, רק לאחר שכבר גדר, שוב אינו יכול לתובעו, כי

החיוב של השותף השני לשלם לאחר שהשותף הראשון קדם וגדר אינו משום שהראשון פטרו מחיובו, אלא הרי הוא משום נהנה, ומש"ה כשגדר החיצון רק ג' רוחות אין הפנימי חייב לשלם כי עדיין אינו נהנה, שהרי עדיין אינו מוגדר מהרוח הרביעית מראיית בני רה"ר, וגם נקטינן שאין סופו של הפנימי לגדור מהרוח ההיא דהא יש הרבה אנשים שאינם גודרים את עצמם מבני רה"ר כיון שאין דרכם של בני רה"ר להתעכב ולגרום עין הרע, משא"כ בחצר הי' שפיר מיקרי שנהנה משום שבחצר הרי סופו לגדור בעצמו מהרוח הרביעית עכ"ד הבעל המאור.

והנה לכאורה דברי הבעל המאור צריכים ביאור, דהא כתב שבבקעה אין הפנימי נקרא נהנה כי אין סופו לגדור מהרוח הרביעית אע"פ שהוא מקום שנהגו לגדור, והיינו משום שראיית הרבים מהרוח הרביעית אינה מזיקתו וכמו שהבאנו שכתב הבעל המאור להדיא, ומעתה צ"ע למה לא מיקרי שהוא נהנה מזה שגדר החיצון את ג' הרוחות הראשונות, דהא מעתה הרי הוא נהנה מזה שאין החיצון מסתכל בקמותיו וגורם עין הרע, ובודאי איכפת לו בזה דהא איירי במקום שנהגו לגדור.

ועיין עוד ברמב"ן במלחמות שהקשה על הבעל המאור למה אין החיצון יכול לתבוע את הפנימי גם בלא שיהי' הפנימי נחשב בגדר נהנה, דהא כיון ששניהם היו חייבים לבנות א"כ יוצא ששליחותי' קעביד, וכן הקשה המאירי על הבעל המאור. ונדחק המאירי לומר שכוונת הבעל המאור היא להיכא שכנס המקיף לתוך שלו וגדר, דבכה"ג אינו יכול לכופ את הניקף לקנות

את המחיצות ומש"ה לא שייך לחייב את הניקף אלא מדין נהנה.

ועי' בברכת שמואל בסי' ג' סק"א שביאר את מחלוקתם של הרמב"ן והבעל המאור כך, דהרמב"ן סובר ששליחותי' קעביד משום דס"ל שהחיוב כותל הרי הוא בגדר חיוב ממון לחבירו (כהרא"ש), וממילא הרי הוא חייב להשתתף גם אם לא נהנה, כי גם אם חבירו בנה לבדו, עדיין נשאר העובדא שהוא חייב כותל לחבירו, אבל הבעל המאור סובר שיש כאן רק חובת גברא כלפי שמיא לעשות כותל, ולא הוי בגדר חיוב ממון לחבירו, ומש"ה אם קדם חבירו ובנה על דעת עצמו, שוב אין על הניקף חיוב כותל ואין כאן אלא דין נהנה ומהנה עיי"ש (ועע"ש בסי' ד' ה' ו' מש"כ עוד בדבריהם). ולפי ביאורו לכאורה איירי אפילו באופן שבנה המקיף על הקרקע של שניהם ולא כנס לתוך שלו.

ועיין בשט"מ בשם הר"ר יהונתן שפירש ג"כ כמו הבעל המאור אבל בשינוי קצת, והיינו דאיירי באופן שיש להמקיף שדה גם מהרוח הרביעית ואין בדעתו לגדור את אותה רוח, ומש"ה פטור הניקף כי המקיף לא הציל אותו מהיזק רא"י. ולפי טעמו אתי שפיר אפילו אם חיובו לשלם לאחר שגדר הראשון אינו רק משום נהנה אלא משום דשליחותי' קעביד, דגם לפ"ז י"ל שאינו מחויב להשתתף היכא שאין בדעתו של המקיף להשתתף גם בהרוח הרביעית (מיהו המאירי שם כשהקשה על דרכו של בעל המאור כלל בדבריו גם קושיא על דרכו של הר"ר יהונתן, והיינו שלמה אינו חייב להשתתף ויכפהו אח"כ לבנות גם מהרוח הרביעית). ומדברי הר"ר יהונתן משמע

שחיובו לשלם היכא שהמקיף גדר מכל ד' רוחותיו אינו רק משום נהנה אלא משום ששליחותי קעביד וכהרמב"ן, שהרי כתב שאם הי' מקיפו מד' רוחותיו הי' צריך הפנימי לקנות את חצי המקום והאבנים, ואילו הי' חייב רק משום נהנה א"כ ישלם הנאתו ותו לא, דהא הסכום של הנאתו הרי הוא פחות מחצי ההוצאות והמקום, דהא לענין סמיכה ושאר דברים נשאר הכותל של הבונה. וע"ע בזה באות נ"ח, וכן באות ס' בנוגע לדעת רש"י.

נג) המקיף את חבירו וכו'.

הנה כבר הבאנו באות נ"א שיש אומרים שהכא איירי באופן שהפנימי נהנה מזה שהמחיצות מסלקות היזק ראוי. ועיין במאירי בד"ה ונמצאת וכו' שביאר איך שייך לומר שסגי באגר נטירא אם המדובר הוא בהיזק ראוי (ועיין גם בלח"מ בפ"ג מהל' שכנים ה"ג שהעיר על זה).

נד) רב הונא אמר הכל לפי מה שגדר (ביאורו של הרמב"ן).

עיין ברמב"ן במלחמות ובחידושים שפירש שרב הונא סובר ששדה עשוי ועומדת להגדר יפה, ולכן נקטינן שהניקף בודאי ניחא לי' בהגדר היקרה שגדר המקיף, וחייא בר רב סובר שאדם עשוי לגדור את שדהו בקנים. ומדברי הרמב"ן יוצא שהטעם שחייב הניקף להשתתף הרי הוא משום דאנן סהדי דניחא לי' בהמחיצות, רק דפליגי רב הונא וחייא בר רב בענין כמה נקטינן דניחא לי'. מיהו לכאורה יש להקשות על זה דהא בב"ק דף כ' ע"ב מדייקינן מדברי ת"ק שזה נהנה וזה

לא חסר חייב, דהא משמע מדברי ת"ק שאם עמד המקיף וגדר את הרביעית, שפיר מחייבים את הניקף, ואילו לפי דרכו של הרמב"ן מה היא הראי', הלא לעולם י"ל שזה נהנה וזה לא חסר פטור, רק דכיון דאיכא אנן סהדי דניחא לי' הרי זה כמו היכא דאיכא גילוי דעת מפורש דניחא לי' דבכה"ג מחייבינן אפילו אם זה נהנה וזה לא חסר פטור וכמו שמוכח להלן בתוך הסוגיא שם, דהא להלן שם נקטה הגמרא שאפילו אם נאמר דס"ל לרבי יוסי שאם עמד המקיף פטור משום שזה נהנה וזה לא חסר פטור אבל בכל זאת אם עמד הניקף הרי הוא חייב משום שבכה"ג איכא גילוי דעת דניחא לי' וכמו שביארו תוס' שם וכן להלן כאן בדה"ע"א בד"ה אע"פ וכו', וא"כ צ"ע כהנ"ל דלפי הרמב"ן איך מדייקינן מדברי ת"ק שזה נהנה וזה לא חסר חייב, הלא לעולם י"ל שגם ת"ק סובר שזה נהנה וזה לא חסר פטור רק דשאני הכא דאיכא אנן סהדי דניחא לי' והרי זה כמו היכא שגילה דעתו להדיא דניחא לי'.

ברם נראה דלא קשה מידי, והיינו משום דהא דאמרינן דהיכא שגילה דעתו דניחא לי' הרי הוא חייב, הרי זה רק היכא שגילה דעתו שניחא לי' בהוצאת מעות וכמו שכתבו תוס' בלשונם בב"ק שם, וכגון היכא שעמד הניקף וגדר את הרביעית דגילה דעתו דניחא לי' בהוצאה (וכן יספיק גם אם איכא אנן סהדי שהי' מוציא כספים), אבל כוונת הרמב"ן אינה לומר דאנן סהדי דניחא לי' בהוצאה, אלא כוונתו היא רק לומר דניחא לי' בעצם הנאת המחיצות ושחשיב הנאה גבי', דכיון ששדה עשוי להגדר באבנים א"כ מעתה אנן סהדי שזה נחשב גבי' הנאה, ולכן שפיר הוכיחה הגמ' בב"ק מהא דחייב

כשעמד מקיף וגדר את הרביעית שזה נהנה וזה לא חסר חייב.

שו"ר שכבר העירו כן האחרונים על הסוגיא בב"ק שם, דעייך בהגהה שבתוס' בסוגיין שסוברים שכשהקיף המקיף מחייב רבי יוסי את הניקף לכל הפחות על המחיצה הרביעית וכתבו דהיינו משום שאנן סהדי שאין לך אדם שלא הי' מוציא הוצאות על הגדר הרביעי כדי להיות גדור מד' רוחות, והקשה הפני שלמה בעמוד כ"א בשם האשל אברהם את הקושיא הנ"ל שהקשינו דא"כ מה מדייק הש"ס בב"ק שם מדברי ת"ק שזה נהנה וזה לא חסר חייב הלא י"ל שהטעם שמחייב ת"ק את הפנימי להשתתף בכל המחיצות הרי הוא משום שאנן סהדי שניחא לי' בהוצאה אבל לא משום הא לחוד שקיבל הנאה. ועכ"פ הרי להדיא חזינן שהקשה דוקא משום שר"ל דאיכא אנן סהדי דניחא לי' בהוצאה, דוגמת דברי ההגהה שבתוס' (אבל מהרמב"ן אין ראי' לומר דאיכא אנן סהדי כזה וכהנ"ל).

והנה הפני שלמה תי' את הקושיא הנ"ל כך, דאם נאמר שזה נהנה וזה לא חסר פטור, אז גם א"א לחייבו משום האנן סהדי הנ"ל, והיינו משום שהאנן סהדי הנ"ל מהני רק כדי לקבוע שהוא בגדר נהנה, וא"כ אכתי אינו חייב א"כ נאמר שזה נהנה וזה לא חסר חייב, וגם דברי ההגהה שבתוס' הנ"ל בסוגיין אזלי לפי הצד שזה נהנה וזל"ח חייב דהא אזלי לפי מסקנת הסוגיא בב"ק שם שלעולם זה נהנה וזל"ח חייב, רק שבכל זאת פטר רבי יוסי כשהקיף המקיף משום שהניקף יכול לומר לדידי סגי בנטירא בר זוזא, וא"כ על זה שפיר כתבו תוס' שאכתי יתכן לחייב על המחיצה הרביעית

משום נהנה כיון שיש אנן סהדי שהי' משתתף בהמחיצה הרביעית.

מיהו לכאורה יש לתמוה על הפני שלמה דהא חזינן שההגהה שבתוס' כתב להדיא דאנן סהדי שהי' מוציא הוצאות על המחיצה הרביעית, והרי כבר הבאנו שזוהי סיבה לחייב אפילו לפי הצד שזה נהנה וזה לא חסר פטור, דהא חזינן שאפילו אם זה נהנה וזה לא חסר פטור בכל זאת אם עמד הניקף מחייב רבי יוסי משום גילוי דעת דניחא לי' בהוצאה, דכן מוכח מסוגיית הגמ' בב"ק כמו שהבאנו כבר, וא"כ חזינן שגם אם זה נהנה וזה לא חסר פטור בכל זאת מהני מה שגילה דעתו דניחא לי' בהוצאה, וא"כ הה"נ שיועיל אנן סהדי דניחא לי' בהוצאה וכהנ"ל.

שו"ר גם באבן האזל בפ"ג מהל' שכנים ה"ד שנתעורר על הסוגיא בב"ק שם שהביאה ראי' מת"ק שזה נהנה וזל"ח חייב דלמה לא דחינן דשאני הכא משום שאנן סהדי דניחא לי' להוציא הוצאות. ותירץ האבן האזל שלפי הצד שזה נהנה וזה לא חסר פטור, א"כ מכיון שמצד דיני התורה הרי הוא פטור, הרי בודאי יגמור בדעתו לא להיות מרוצה להוציא הוצאות, כדי שלא להתחייב, ומש"ה שפיר דייקו מדברי ת"ק שזה נהנה וזה לא חסר חייב, והיינו משום שאם איתא שזה נהנה וזל"ח פטור, אז ליכא שום אנן סהדי דניחא לי' להוציא הוצאות (אבל אם נאמר שזה נהנה וזה לא חסר חייב, אז שפיר י"ל דאיכא גם אנן סהדי דניחא לי'). ולפי דרכו אתי שפיר גם שיטת רבי יוסי הנ"ל שהבאנו שמהני גילוי דעת דניחא לי', והיינו משום דהיכא שעמד הניקף וגדר את הרביעית, התם בע"כ חזינן

דשפיר ניחא ל' למרות העובדא שזה נהנה וזה לא חסר פטור, ולכן הרי הוא שפיר חייב אפילו אם זה נהנה וזה לא חסר פטור (ועיי"ש באבן האזל שביאר שסברתו הנ"ל שייכת רק כשבנה המקיף על השטח של עצמו אבל כשבנה על השטח של שניהם אכתי קשה דגם אם זה נהנה וזה לא חסר פטור אכתי למה אינו חייב משום הדין של יורד לשדה חבירו שלא ברשות והשביחה).

נה) הכל לפי מה שגדר (עוד בענין ביאור הרמב"ן).

עיינן ברמב"ן במלחמות ובחידושים שפירש שרב הונא סובר ששדה עשוי ועומדת להגדר יפה, וממילא נקטינן שהניקף בודאי ניחא ל' בהגדר היקרה שגדר המקיף, וחייא בר רב סובר שאדם עשוי לגדור את שדהו בקנים. ומדברי הרמב"ן יוצא שהטעם לחייב לפי מה שגדר הרי הוא דוקא משום שיש אנן סהדי דניחא ל' במחיצות כאלו, אבל בלא זה לא היינו אומרים שגופו ונכסיו נהנו מהמחיצות היקרות ויתחייב לשלם, אלא בעינן אנן סהדי דניחא ל' בהך הנאה. ולכאורה יש להוכיח כהנחת הרמב"ן מדברי הגמרא בב"ק דף כ' ע"ב בדעת רבי יוסי, דהא מסקינן שם שלעולם יתכן שרבי יוסי סובר שזה נהנה וזה לא חסר חייב, רק דהא דמיפטר היכא שגדר המקיף את הרביעית הרי זה משום שיכול הניקף לומר שלדידי סגי בנטירא בר זוזא, ולכאורה צ"ע דמה בכך הלא סוף סוף הרי הוא נהנה כפי מה שגדר המקיף, וא"כ מוכח דלא סגי בזה אלא בעינן בדוקא שיהי' ניחא ל'.

והנה לעיל שם תנן ששן ברה"ר משלמת

מה שניהנית, ובדף כ' ע"א פליגי רבה ורבא באופן שאכלה שעורין, דרבה סובר שהוא משלם דמי שעורין בזול, ורבא סובר שהוא משלם דמי תבן, ומעתה לפי הרמב"ן שהכל תלוי בהניחותא של הנהנה ובכמה אמדינן שהי' מרוצה להוציא, א"כ פליגי שם אם יש אנן סהדי שהי' קונה רק תבן, אבל אילו הי' טעמו של רב הונא משום שהוא חייב לשלם את כל השיעור של הנאה שקיבל, אפילו אם אין אנן סהדי שניחא ל' בזה, א"כ נצטרך לומר שרב הונא סובר כרבא.

נו) בענין הנ"ל.

עיינן בבעל המאור דמבואר בדבריו שאפילו רב הונא מודה שאינו צריך לתת יותר ממה שהוא ממנהג של המדינה (היכא שגדר המקיף יותר ממנהג המדינה) וז"ל, ור' יוסי סבר הכל לפי מה שגדר והי' לטיט וצרורות ועפר לפי מנהג המדינה עכ"ל. והנה אולי י"ל שדבריו אתו שפיר בין אם נאמר שטעמו של רב הונא הוא משום דאיכא אנן סהדי דניחא ל' במחיצה יקרה ובין אם נאמר שאין אנן סהדי רק שהוא חייב משום דין נהנה (עיינן בזה בהאות הקודמת), דלפי שני הדרכים י"ל שאתי שפיר דברי הבעל המאור, דהא אם טעמו של רב הונא הוא משום אנן סהדי א"כ פשיטא שי"ל שעל יותר ממנהג המדינה אין אנן סהדי ואין השדה עשוי להגדר במחיצה כזו, וכן אם טעמו של רב הונא הוא משום נהנה אולי י"ל שטפי ממנהג המדינה אינו בגדר הנאה המחייבת תשלומין משום שבטלה דעתו אצל כל אדם (ודוחק).

נז) בענין הנ"ל.

א. שיטות הראשונים היכא שמיחה הניקף.

עיינן ברא"ש שכתב שאפילו לפי רב הונא אם מיחה הניקף תחילה ואמר שלא יתן כלום כי לדידי' סגי בנטירא בר זוזא, לא יהיב לי' אלא אגר נטירא. וע"ע ברשב"א כאן בד"ה ואיכא למידק וכו' שהביא בשם הרמב"ן שאם מיחה ואמר שלא ישלם לו מדמי הגדרים כלום, הרי הוא פטור. מיהו בחידושי הרמב"ן איתא כן רק בדרך אפשר. והרמ"ה באות ו' בד"ה ומנא (הראשון) קרוב לסופו כתב שאם אמר שלא ניחא לי' בהאי גדר הרי הוא משלם רק דמי נטירותא, וכתב עוד שסגי בזה שהוא מוחה לפני בנין הרביעית. ולהלן שם באות ו' בד"ה ומנא (השלישי) כתב דהא דמשלם מיהא דמי נטירותא הרי זה משום שהיו יכולים לכופף אחד להשני להעמיד שומר.

והנה גם מה שמהני מחאה אתי שפיר לפי שני הדרכים הנ"ל שכתבנו, והיינו משום שאם רב הונא מחייב כפי מה שגדר משום שאנן סהדי שניחא לי' בזה, א"כ אם מיחה, הרי מעתה חזינן שלא ניחא לי' בזה, ואם טעמו הוא משום שזה הוא השיעור של הנאתו, י"ל דמהני מחאה משום שלא כל כמיני' דהמקיף לגרום הנאה להניקף בעל כרחו ולתבוע ממנו תשלומין (אבל אם טען רק אח"כ שלא ניחא לי' תו לא מהימנינן לי' כי למה לא מיחה קודם).

וע"ע בברכת שמואל בב"ק סי' י"ד סק"ג שכתב לענין שן ברה"ר שאם אמר לפני אכילת הבהמה שלא ניחא לי' באכילתה, אינו צריך לשלם אפילו את מה שנהנית. מיהו בדבריו על ב"ב בסי' ז' סק"ב כתב

שבשן ורגל לא מהני מחאה. ובסי' י"א אות ה' כתב שבכל זאת במקיף וניקף, שפיר מהני מחאת הניקף, כיון שאינו משתמש בפועל ממש בדבר שהוא של חבירו.

ב. עוד בשיטת הרמב"ן בענין היכא שמיחה הניקף.

והנה כבר הבאנו את דברי הרמב"ן שציידד שאם מיחה הניקף, אינו צריך לשלם, והנני מעתיק כאן את לשונות הרמב"ן בזה כי ראיתי מבוכה בהאחרונים בענין מה היא שיטתו, וז"ל הרמב"ן, ועדיין יש לדקדק בה, כיון שאינו יכול לכופו לסייע עמו לגדור אותו הגדר החיצון, למה מגלגלין עליו עכשיו, וכי מפני שקדם הלה ובנה הפסיד זה, ולדידי לא קשיא שהרי זה דומה במקצת ליורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, שאילו מתחילה בא לימלך ומיחה על ידו אינו רשאי ליגע בו ואפשר שאינו חייב לו כלום אלא יטול עציו ואבניו וכו' עכ"ל עיי"ש. וע"ע להלן שם בהמשך דבריו שכתב הרמב"ן שהסוגיא כאן איירי באופן שבנה המקיף לגמרי על השטח של עצמו, דאילו בנה גם על השטח של הניקף אין הניקף חייב כלום וז"ל, שהרי אם רצה אומר לו אין רצוני בגדר שקרעני מתמעט וכו', שאם אי אתה אומר כן (שיכול הניקף לומר כן), במקום שלא נהגו לגדור בבקעה יקדים אחד מהם ויגדור ויגלגל על חבירו את הכל עכ"ל. ועיינן בכ"מ בפ"ג מהל' שכנים ה"ד בסוף דבריו שהקשה דמה קשה להרמב"ן על בקעה במקום שלא נהגו לגדור, דהא יכול למחות תחילה ולא ישלם אלא דמי נטירא, וכן הקשה הב"י בסי' קנ"ח סוף אות ט' וסיים הב"י שאולי סובר הרמב"ן

והנה כבר הבאנו שהרמב"ן כתב שסברת רב הונא היא דאנן סהדי דניחא לי' במחיצות יקרות, ולפי דבריו י"ל שהרי זה כאילו הן נבנו גם בשביל הניקף ושליחותי' קעביד, אשר לפ"ז מובן היטיב למה הוא צריך להשתתף בכל שוויות האבנים, אבל אם לא נאמר דהוה כאילו הן נבנו בשביל הניקף ושליחותי' קעביד, אלא אם נאמר שהניקף משלם ביוקר משום שזהו שיעור הנאתו, א"כ אכתי צ"ע כהנ"ל למה צריך הוא להשתתף במלוא שוויות האבנים.

שור'ר בחידושי הגרש"ש על ב"ב בס"י ד' אות א'-ג' שכתב באמת שאם נבוא לחייבו רק משום נהנה אי אפשר לחייבו לשלם אלא כפי הנאתו, רק דהא דמחייבין לי' להשתתף בכל השוויות הרי זה משום שהוא קונה את חצי הכותל בקנין חצר, ולהסוכרים דאירי במחיצות חיצוניות הרי הוא קונה זכות בהכותל לעכב את המקיף מלהורידו, וא"כ יוצא שאין להמקיף בהכותל יותר מהניקף ולכן צריך הניקף לשלם חציו. וביאר שם שבמחיצות חיצוניות הרי הוא קונה בקנין חזקה ע"י שהוא מקבל שימוש מההיקף עיי"ש איך שביאר דבר זה. וגם הביא שהקצה"ח בס"י קנ"ח סק"ו כתב שאין להניקף שום קנין בהמחיצות החיצוניות ודלא כדרכו. ועוד הביא שהרמב"ם סובר שהיכא שבנה המקיף מחיצות פנימיות אבל בנה אותן על השטח שלו, א"כ כיון שיש להמקיף יותר ממה שיש להניקף, שהרי מותר לו להשתמש בהמחיצות משא"כ הניקף, מש"ה הניקף משלם בכה"ג רק דבר מועט.

ושוב הקשה הגרש"ש שם דאם הניקף קונה חצי מהמחיצות איך מדייק הגמרא בב"ק מדברי ת"ק שזה נהנה וזה לא חסר חייב, הלא לעולם י"ל שזה נהנה וזה

שמחאה לא מהני. ועי' בקצה"ח בסוף סק"ה שכתב שבודאי הרמב"ן סובר שמחאה שפיר מהני, והביא את דברי הרמב"ן הראשונים שהבאנו (והנה כבר הבאנו שהרמב"ן בדבריו הראשונים כתב כן רק בדרך אפשר, וכבר הבאנו שהרשב"א הביא מהרמב"ן בדרך מוחלט שמחאה מהני).

ותי' הקצה"ח על קושיית הכ"מ שצ"ל שכוונת הרמב"ן בדבריו השניים היא לומר שאם לא נאמר כן (שיכול הניקף לומר שאין רצונו שקרקעו תתמעט), א"כ יקדים אחד ויגדור בשעה שלא יהי' השני מצוי בביתו למחות ולא יוכל למחות וכו' עכ"ל.

ועכ"פ צ"ב דהא בדבריו השניים הנ"ל הסיק הרמב"ן שאם הקיף את הקרקע של הניקף אין הניקף חייב לו כלום, והוכיח כן מבקעה, ואילו בדבריו הראשונים כתב ששפיר חייב אפילו על מחיצות חיצוניות מדין יורה. ברם נראה שהיא הנותנת, בדבריו השניים כיון שמיעט הקרקע ע"י הגדר הרי הוא יכול לומר שהי' ברצונו לנטוע שם משא"כ ביורד הרי היורד עשה מה שהי' באמת מתוכנן לעשות עם הקרקע.

נח) בענין הנ"ל.

הנה יש לעיין למה חייב הוא לשלם את כל מחצית שוויותם של האבנים, אשר עיי"ז הרי הם נעשים לגמרי שלו לענין סמיכה ושאר השתמשויות, דלמה אינו יכול לטעון שהוא רוצה לשלם רק עבור ההנאה שהוא מקבל מהכותל וזהו בודאי פחות ממלוא השוויות של האבנים שזה כולל גם את הזכות של השתמשות וכהנ"ל. ועוד דלמה חייב הוא לשלם את כל ההוצאה בבת אחת, ולא סגי אם ישלם כל פעם ופעם כפי הנאתו.

לא חסר פטור, רק ששאני הכא שחסר המקיף בזה ששוב אינו רשאי להורידו. ותירץ הגרש"ש שאם נאמר שזה נהנה וזה לא חסר פטור א"כ אז בודאי אין הניקף רוצה לקנות זכות בהכותל אלא ניחא לי' להנות בדרך פטור, ורק אם נאמר שזה נהנה וזה לא חסר חייב, רק אז, כיון שבין כך ובין כך הרי הוא חייב לשלם הנאתו, נקטינן שהוא כבר רוצה לקנות זכות בעצם הכותל (וזה דומה קצת למה שהבאנו כבר באות ג"ד מהאבן האזל עיי"ש).

והחזו"א בסי' ג' סק"א בסוף ד"ה ה' וכו' כתב וז"ל, והא דמגלגלין עליו את הכל, ולא סגי לי' בתשלום שכר שימוש בכל שנה, דכיון דכותל רביעי משלים לו את הבנין, הו"ל כנהנה בכלו, והוא נהנה שיש לו בנין שלם שזה דמי בית בד' כתלים, והיינו נמי טעמא דמתניתין דלעיל במקיף, דלא סגי בשכר שימוש עכ"ל. וע"ע בענין זה באות ס"ח.

נט) הכל לפי מה שגדר.

א. דברי הראשונים שזה תלוי באיך גדרו את הרביעית.

הנה עיין ברמב"ן בחידושיו שביאר שלפי רב הונא אם גדר הניקף את הרביעית באותו מין גדר שגדר המקיף הרי הוא משלם כולן כדמי מחיצת המקיף, אבל אם גדר את הרביעית במחיצה יותר חזקה ממה שגדר המקיף אז הרי הוא יכול לומר שהמבנה שזה רק כמו החלק החלש, וכמו שנביא להלן מהריטב"א, ואיני רוצה להשתתף בהיקף שסופו ליפול, רצונך שאשלם אז אשלם את כולן כדמי המחיצה החזקה שבניתי, ואתה תקבל על עצמך שאם

יפלו תחזור ותבנה אותן. והרמב"ן הביא את הדין הנ"ל מהירושלמי, וכתב שמזה למדים שאם גדר הניקף את הרביעית במחיצה גרועה ממה שגדר המקיף אין מגלגלין עליו אלא כשוויות המחיצה הגרועה, פי' כי גם כאן אינו חייב לשלם יותר ממה שהוא מקבל והוא מקבל רק הגנת מחיצה גרועה (וכהריטב"א). וכתב הרמב"ן שלפ"ז "קרוב הוא לפרש כן" את כוונת רב הונא, והיינו שכוונתו לומר כפי מה שגדר הניקף את הרביעית. ועוד כתב הרמב"ן שגם אם גדר המקיף את הרביעית הרי הניקף משלם כפי מה שגדר המקיף, דאם הקיף את הרביעית בקנים הרי הניקף משלם את הראשונות כפי דמי קנים, וכ"כ הריטב"א וביאר דהיינו משום שכיון שצד אחד הוא חלש הרי כולם חשיבי חלשים (ובביאור הגר"א בסי' קנ"ח סקט"ז כתב שלפי דעה זו י"ל באמת שהכוונה היא כפי מה שגדר את הרביעית בין מקיף בין ניקף, וצע"ק למה לא כתב הרמב"ן עצמו כן), ועיין גם בטור בסי' קנ"ח שהביא את דעת הרמב"ן אבל רק את הדין שאם בנה את הרביעית במחיצות זולות הרי הוא חייב להשתתף בהג' הראשונות רק כסכום של זולות, והנתימ"מ שם בסק"ז כתב את סברת הריטב"א עיי"ש.

מיהו מדברי המ"מ בפ"ג מהל' שכנים ה"ד משמע שהשיטה שסוברת שמסתכלים על חולשת המחיצה הרביעית סוברת כן רק אם גדר הניקף את הרביעית, אבל אם גדר המקיף את הרביעית בקנים אכתי חייב הניקף להשתתף בהראשונות כפי מה שגדרן, וכן מבואר ברמ"ה בריש אות מ"ה (בנדפס נדפס מ"ו בטעות) עיי"ש היטב. ולפי שיטה זו צ"ל שאע"פ שהמחיצה

לפי מה שגדר המקיף את הראשונות, ולא משמע מדברי המ"מ דס"ל שיש הכרעה מדברי הרמב"ם, ולא עוד אלא שבספר משנת רבי אהרן בעמוד ס"ה כתב שמשמעות דברי המ"מ בדעת הרמב"ם היא באמת כדעת החולקים שהביא המ"מ שם שסוברים שגם כשגדר הניקף את הרביעית בקנים הרי הוא משלם את הראשונות כפי מה שגדר המקיף.

ג. דברי הרמב"ן בדעת חייא בר רב.

והנה דעת המלחמות בסוגיין היא שחייא בר רב שסובר דמי קנים בזול הרי הוא סובר כן אפילו אם עמד הניקף והקיף את הרביעית באבנים, והיינו משום שהוא יכול לומר שאפשר לו לשלם רק מחיצה אחת של אבנים אבל לא את כולן. ועיין גם בשט"מ בד"ה והקשה וכו' בשם הרא"ש שכתב כדינו של הרמב"ן אבל מטעם אחר, והיינו שיכול לומר שבאמת רצונו במחיצה זולה רק שכיון שגדר הראשון באבנים הוצרך הוא לעשות גם את הרביעית מאבנים ולא קנים כי לא יתכן ג' מחיצות מאבנים ואחת מקנים.

ובספר משנת רבי אהרן בריש עמוד ס"ה הוכיח כן גם מתוס' כאן בד"ה דמי וכו' דהא חזינן שכתבו תוס' שהוא יכול לומר דסגי לי' בנטירא בר זוזא אע"פ שגדר הניקף את הרביעית בקנים עיי"ש. ועוד כתב שם שהרמב"ן אזיל בזה לשיטתו, והיינו משום שהרמב"ן הרי סובר שרב הונא שמחמיר וסובר כפי מה שגדר המקיף את הראשונות ביוקר הרי הוא סובר כן רק באופן שגדר הניקף את הרביעית ביוקר אבל אם גדר את הרביעית בקנים הרי הוא מודה שהוא משלם

של רוח אחת היא חלשה, אין זה פוגם בשוויונה של המחיצה שבהצד השני, כי הניקף שפיר נהנה מאותה מחיצה, כי סו"ס הבא מאותה רוח לא יוכל להכנס, אלא שבכל זאת אם הניקף הקיף את הרביעית בקנים הרי הוא משלם גם את הראשונות רק כדמי קנים, וזה אתי שפיר לפי שני הדרכים שביארנו לעיל באות נ"ה בדעת רב הונא, והיינו משום שאם טעמו של רב הונא הוא משום שאנן סהדי שניחא לי' להניקף במחיצה כזו, א"כ היכא שעמד הניקף וגדר בפחות הרי חזינן שלא ניחא לי', וכן אם נאמר שהטעם הוא משום שכן נהנה אבל הרי כבר הבאנו באות נ"ז שגם לפ"ז מחאה לפני שגדר את הרוח הרביעית מהניא לפוטרו וא"כ מה שגדר הניקף את הרביעית בקנים הרי זה כמחאה שאינו רוצה אבנים.

ב. דעת הרמב"ם בזה.

והנה הרמב"ם בפ"ג מהלי' שכנים ה"ג כתב בתחילה שאם גדר המקיף את הרביעית הרי הניקף חייב, ובה"ד כתב שאם גדר הניקף את הרביעית הרי הוא חייב משום גילוי דעת, וצ"ע למה הוצרך הרמב"ם לכתוב את הטעם של גילוי דעת. מיהו לפי הנ"ל י"ל שכוונתו היא לומר דהיכא שגדר המקיף את הרביעית אז בכל האופנים הניקף חייב להשתתף בג' הראשונות כפי מה שגדרן ואפילו אם גדר המקיף את הרביעית בקנים, אבל היכא שגדר הניקף את הרביעית אז הכל תלוי בגילוי דעתו, ואם גדר בפחות ממה שגדר המקיף הרי הוא חייב רק לפי מה שגדר את הרביעית. מיהו עיי"ש במ"מ שהביא שיש דעה שסוברת שגם אם גדר הניקף את הרביעית בפחות הרי הוא משלם

רק קנים, וא"כ מוכח שגם היכא שגדר הניקף את הרביעית ביוקר סובר חייא בר רב שהוא משלם דמי קנים בזול.

ד. שיטת הרמ"ה.

ועכ"פ ע"י ברמ"ה בריש אות מ"ה (בנדפס רשום מ"ו בטעות) שסובר שאין שום מחלוקת בין רב הונא וחיאי בר רב היכא שעמד הניקף אלא לפי שניהם אזלינן בתר מה שגדר הניקף את הרביעית, דאם גדר בקנים אז גם רב הונא מודה שהוא משלם דמי קנים בזול (צ"ע דמי יימר שרב הונא מודה גם למה שסובר חייא בר רב שהוא משלם בזול), וכן אם גדר באבנים אז גם חייא בר רב מודה שהוא משלם דמי אבנים, ודלא כהרמב"ן (מיהו צ"ע דא"כ כשגדר בקנים למה הוא משלם רק בזול), ולא פליגי אלא היכא שגדר המקיף את הרביעית.

ס) הכל לפי מה שגדר.

פירש"י וז"ל, בכל יציאות שהוציא בהן הראשון יחזיר לו מחצה עכ"ל. והנה יש כמה דברים שאפשר לדייק מדבריו:

א. מדבריו יוצא שלפי רב הונא אין שמין בזול אלא כמו השער שהוציא. ובאמת כן יוצא מדברי ר"ה עצמו שלא הזכיר בזול כמו שעשה חייא בר רב.

ב. כבר הבאנו באות נ"א סק"ג שהרמב"ן הבין דאיירי באופן שהחיצון בנה גובה של ד"א כדי להנצל מההיזק ראי' של הפנימי, רק שאעפ"כ הנאת הפנימי נחשבת רק מה שהוא נהנה מסילוק הנכנסים. ולפ"ז לכאורה נראה פשוט שאין הפנימי צריך

להשתתף אלא עד י' טפחים ודלא כמו שמשמע מרש"י שהוא צריך להשתתף בכל היציאות שהוציא הראשון דהיינו אפילו עד ד"א, וא"כ משמע מרש"י כדרכו של הנחלת דוד שהבאתי שם שהנאתו של הפנימי הוא סילוק היזק ראייתו של החיצון. וכן מבואר גם מרש"י בד"ה יהב לי' אגר נטירא.

ג. הנה חזינן שרש"י בלשונו הנ"ל הזכיר רק שהוא צריך לשלם את חצי ההוצאות שהוציא המקיף אבל לא דיבר רש"י בנוגע להקרקע. ואולי י"ל דהיינו משום דאיירי באופן שבנה המקיף על הקרקע של שניהם ולכן אין כאן שום צורך לתשלומין. ולפ"ז יש מקום לומר שאם בנה המקיף על הקרקע שלו (דהיינו של המקיף) יכול הניקף לומר שאינו רוצה לקנות עוד קרקע. ודוחק לומר שלעולם כוונת רש"י היא להיכא שבנה המקיף לגמרי על שלו וכוונתו היא לומר שהניקף צריך לקנות גם את הקרקע ושגם זה הוי בכלל לשונו שכתב "שהוציא בהן הראשון".

ובשט"מ בשם הר"ר יהונתן איתא דשפיר צריך הניקף לשלם עבור חצי הקרקע. מיהו מדברי הנ"י בריש מכילתין בשם הרא"ה מבואר כמו שצדדנו שהוא יכול לומר שאינו רוצה לקנות עוד קרקע (עיי"ש דאיירי בנוגע להיכא שכנס אחד מהשותפין בחצר לתוך שלו ובנה את הכותל של היזק ראי' לגמרי לבדו), וכן גם הרמב"ם סובר שאינו חייב לקנות עוד קרקע כמו שנבאר באות ס"ח. וע"ע ברמב"ן כאן שכתב דאיירי דוקא באופן שבנה המקיף על הקרקע שלו אבל אם בנה על הקרקע של הניקף הרי הניקף פטור לגמרי מפני שהוא יכול לומר שהוא

רוצה יותר את ההשתמשות של הקרקע (אבל עכ"פ לא הזכיר הרמב"ן שמאחר שבנה המקיף לגמרי על הקרקע שלו חייב הניקף להשתתף גם בגוף הקרקע).

והנה אפילו לפי מה שהערנו שלכאורה יש להניקף טענה שאינו רוצה לקנות עוד קרקע, אבל מ"מ על האבנים אין לו טענה זו, והיינו משום שגם אם הי' בונה על השטח שלו הי' מוכרח לקנות אבנים. ועי' בדברי הנ"י שם וכן לעיל באות ו' סק"ב קרוב לסופו.

סא) דמי קנים בזול.

פירש"י וז"ל, דאמר לי' לדידי סגי לי בגדר של קנים עכ"ל. והקשה התורת חיים דאם הוא צריך מיהא מחיצת קנים א"כ אמאי קאמר חייא בר רב שהוא משלם רק בזול, דבשלמא תוס' הרי כתבו שהוא טוען שמספיק לו בנטירא בר זוזא ושהוא מסכים למחיצת קנים רק אם ימצא בזול, אבל מרש"י משמע שהוא רוצה מחיצת קנים, וא"כ אמאי משלם הוא בזול. מיהו י"ל דס"ל לרש"י כדברי הבעל המאור כאן שהוא משלם בזול כי הוא יכול לטעון שהי' טורח עד שהי' מוצאם בזול, דלפ"ז יוצא שאע"פ שהוא רוצה מחיצה של קנים אבל בכל זאת הרי הוא משלם בזול משום שהוא יכול לטעון שהי' מסכים רק בזול.

סב) ראשונה שני' ושלישית איכא בינייהו.

הנה רש"י פירש בהמשנה שלהמקיף היו שדות מג' רוחות. ובב"ק הוסיף שבהציוור שגדר המקיף מד' רוחות הכוונה היא שהיו לו שדות מד' רוחות. מיהו הכא בסוגיין לא

דקדק רש"י לומר כן. ואולי דקדק לומר כן רק בב"ק משום שהתם אמרינן שהמקיף נחשב בגדר לא חסר גם אם הקיף מרוח רביעית (אלמלא הטעם של את גרמת לי הקיפא יתירא עיי"ש ברש"י ותוס' איך שפירשו דבר זה), והרי אם איירי באופן שגדר מרוח רביעית אע"פ שלא הי' לו שם שדה הרי הוא חסר וחסר, ויש לדחות עי' בזה באות נ"א סק"ג.

סג) ראשונה שני' ושלישית איכא בינייהו.

בענין קם דינא.

עיין בגמרא דמפרשינן שת"ק סובר רביעית הוא דיהיב לי' אבל ראשונה שני' ושלישית לא יהיב לי', ורבי יוסי סובר שראשונה שני' ושלישית נמי יהיב לי'. והנה רש"י פי' שטעמו של ת"ק שפוטר הרי הוא משום שכבר יצא מב"ד זכאי. ועיין בההגה שבתוס' שהקשה שגם על הרביעית נאמר כן עד הטפח האחרון. מיהו נראה פשוט שכוונת רש"י היא כמו שמבואר בדבריו דאיירי באופן שדנו כבר בב"ד על הג' הראשונות ופסקו שהוא פטור, דבכה"ג אמרינן קם דינא כמו שמבואר ביבמות דף ל"ז ע"ב עיי"ש דפליגי בענין אם אמרינן קם דינא או הדר דינא, וכן כתב הרש"ש כאן.

והנה לפ"ז יוצא שלפי מאי דפסקינן כרבי יוסי דמשלם את כולן ההלכה היא שהדר דינא. ובאמת הר"ר אפרים והרבה גאונים פסקו בהסוגיא ביבמות שם שהדר דינא וכמו שמבואר בסוף דברי הבעל המאור כאן וכן במאירי כאן בד"ה כבר ביארנו למעלה. מיהו הרי"ף פסק שם שקם דינא, ועיין בדברי המאירי הנ"ל שביאר שיש לחלק בין

הכא להתם דאפילו אם התם פוסקים קם דינא אבל אכתי אפשר לפסוק כאן כמו רבי יוסי שסובר הדר דינא.

סד) מקיף וניקף איכא בינייהו.

עיי' בתוס' שכתבו שהסברא לומר שבעמד מקיף הרי הניקף חייב לשלם את הרביעית הרי הוא משום שאין לך אדם שלא הי' מסייע בהרביעית כדי להיות גדור מארבע רוחות. ויש לעיין דא"כ מ"ש עמד הניקף מעמד המקיף, ולמה בעמד ניקף הרי הוא צריך להשתתף גם בהג' הראשונות, הלא מכיון שתוס' מפרשים שהטעם למה כשגדר המקיף חייב הניקף להשתתף בהרביעית הרי הוא משום שבודאי הי' מסכים לסייע בהרביעית אילו הי' מוצא כבר את הג' ראשונות גדורות, א"כ ה"ה נמי כשעמד הניקף וגדר את הרביעית אין כאן גילוי דעת על יותר מזה.

סה) מקיף וניקף איכא בינייהו.

עיי' בתורת חיים אין שפירש את האוקימתא הזאת, ונראה ש"ל שכן היא כוונת רבינו גרשום כאן.

סו) מקיף והיקף איכא בינייהו.

עיי' בתוס' רי"ד בתחילת דבריו שפירש שלפי ת"ק אם גדר המקיף את הרביעית מגלגלין על הניקף את הכל, אבל אם גדר הניקף את הרביעית הרי הוא פטור על הראשונות כיון שכבר נפטר (כנראה שהוא גורס רק מקיף וניקף איכא בינייהו בלי ההמשך), ואילו לפי רבי יוסי גם כשגדר הניקף מגלגלין עליו את הכל. ולפי פירושו צ"ע בדעת ת"ק, דאם היכא שגדר המקיף את הרביעית מגלגלין על הניקף את הכל א"כ גם

כשעמד הניקף למה אינו חייב, דלמה גרע מהיכא שגדר המקיף ולא גילה הניקף דעתו. וי"ל דהיינו משום שהיכא שהמקיף גדר רק את הראשונות א"כ נקטינן שלא עשה בשביל הנאתו של הניקף, ולא הי' בדעתו לתבוע את הניקף, שהרי אין להניקף שום הנאה מזה (וי"ל שזוהי כוונת התוס' רי"ד במה שכתב שכבר נפטר), אבל היכא שגדר המקיף את הרביעית א"כ מעתה איגלאי מילתא שהי' בדעתו מתחילה לתבוע ולשתף את הניקף. ועיי' במלחמות כאן בסוף דבריו שכתב כעין הסברא הנ"ל בנוגע להאוקימתא של ראשונה שני' ושלישית איכא בינייהו דעיי"ש שביאר שת"ק סובר שהמקיף מחל (אפילו אם הדר וגדר המקיף את הרביעית, לפי האוקימתא ההיא) ורבי יוסי סבר שלא מחל. ועכ"פ בסוף דבריו שם נתחרט התוס' רי"ד וכתב שת"ק מחייב כשעמד המקיף וכ"ש היכא שעמד הניקף, ורבי סובר דוקא כשעמד ניקף.

סז) מקיף וניקף איכא בינייהו.

בגמרא אמרינן לפי הך איבעית אימא (לפני הלישנא אחרינא) שרבי יוסי סובר שדוקא אם עמד הניקף וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל משום שגילה דעתו דניחא לי' אבל לא בעמד מקיף, וכן סברה הסוגיא בב"ק בדעת רבי יוסי וכמו שהביאו תוס' כאן.

וביאר תוס' בב"ק שם בד"ה טעמא וכו', וכן לקמן כאן בדף ה' ע"א, שאפילו אם נאמר שרבי יוסי סובר שזה נהנה וזה לא חסר פטור ושזהו הטעם למה מיפטר הניקף כשגדר המקיף את הרביעית אבל בכל זאת כשגדר הניקף את הרביעית הרי הוא חייב

משום שגילה דעתו דניחא לי' בהוצאה. והנה נראה שהטעם לחייב את הניקף היכא שגילה דעתו דניחא לי' אינו משום שמעתה ידעין שהוא מחשיבו להנאה וממילא אפשר לחייבו מדין נהנה, דהא חזינן שמהני דבר זה לחייבו אפילו אם זה נהנה וזה לא חסר פטור וכהנ"ל, וא"כ בע"כ צ"ל שהטעם לחייבו הוא משום דמיקרי שבתחילה נבנו המחיצות בשבילו וששליחותי' קעביד. וזהו כעין הסברא שהזכיר הרמב"ן כאן לענין היכא שהיו חייבים לעשות מחיצה משום היזק ראי' וקדם האחד ובנה משלו שהשני חייב להשתתף משום ששליחותי' קעביד. ועי' גם בחידושי הגרנ"ט בשיעורו על זה נהנה וזה לא חסר בקטע המתחיל ונראה בפשיטות וכו' שכתב סברא זו שגילוי דעת דניחא לי' מהני משום דהוי כהוציא הוצאות על פיו.

והנה עיין בב"ק דף כ"א ע"א דאמרינן השוכר בית מראובן ונמצא שהוא של שמעון הרי השוכר פטור מלשלם לשמעון משום שזה נהנה וזה לא חסר פטור, והקשו המפרשים דהא גילה דעתו דניחא לי' בהוצאה. מיהו לפי הנ"ל לק"מ משום שכל עיקר הסברא של גילוי דעת דניחא לי' לא שייכא אלא בבנין מחיצות אשר בכה"ג אמרינן שמעתה נתגלה שכשגדר המקיף הרי זה נחשב כמו שגדר גם בשביל הניקף וששליחותי' קעביד, אבל התם הרי שמעון לא השכיר לו כלום, וצ"ע.

והנה יש עוד דרך איך להבין את מה שכתבו תוס' דשאני עמד ניקף משום שגילה דעתו דניחא לי' בהוצאה, והיינו על פי דברי הנ"י בדף ה', וכ"כ הרשב"א שם בשם רבינו יונה, שכיון שגילה דעתו דניחא לי' הרי הוא

קונה את חצי המחיצות בקנין חצר, ולקמן באות ע"ז סק"ב נביא שכן הבינו התו"ט ורעק"א את כוונת תוס' בדף ה' בענין למה מהני גילוי דעתו של הניקף. וגם לפ"ז פשיטא שלא שייך שיועיל גילוי דעת אלא במקיף וניקף משום שע"י שניחא לי' הרי הוא קונה עכשיו בקנין חצר את חצי המחיצות וכהנ"ל, אבל לא שייך ענין זה גבי משכיר בית מראובן ונמצא שהוא של שמעון.

מיהו הקצה"ח בסי' קנ"ח סק"ו הבין שאין כוונת תוס' בדף ה' לדברי הרשב"א והנ"י, אלא כתב שם הקצה"ח כדברי הרשב"א והנ"י בתורת תירוץ אחר על קושיית תוס' למה מודה רבי יוסי בעמד ניקף.

וע"ע בספרי על ב"ק בחלק א' אות רפ"ה מה שהבאתי עוד בנוגע להקושיא הנ"ל ממשכיר בית מראובן ונמצא של שמעון.

(סח) שיטת הרמב"ם.

עיין ברמב"ם בפ"ג מהל' שכנים ה"ג וד' שצייר את הדינים של מקיף וניקף באופן שהקיף המקיף את חורבתו של הניקף שהיתה עומדת בין חורבותיו של המקיף, והבין הכ"מ שהמחיצה שבנה המקיף הוא סביב לשטח שיכול לשמש כבית, והמחיצה יכולה להיות מחיצה של בית. וגם הוסיף הרמב"ם שאין הניקף חייב אלא כשבנה המקיף גם על השטח של הניקף, אבל אם בנה המקיף לגמרי על השטח של עצמו, אין הניקף חייב אלא דבר מועט לפי ראות עיני הדיינים, ומבואר בכ"מ דהיינו משום שמכיון דאיירי בכותל בית אשר סופו של הניקף לסמוך עליו את גגו, א"כ אם אינו על השטח של הניקף ולא יוכל לסמוך עליו,

אינו חייב לשלם אלא דבר מועט כפי שיעור הנאתו מהכותל בלי רשות לסמוך.

גם הביא הכ"מ את דברי הרמב"ן שפירש איפכא מהרמב"ם, והיינו שהגמרא כאן איירי דוקא באופן שבנה המקיף על הקרקע שלו לחוד, אבל אם בנה על הקרקע של הניקף, יכול הניקף לומר שאינו רוצה להפסיד קרקע, והרי הוא פטור מכל וכל, וזהו להיפך מדברי הרמב"ם הנ"ל, אלא שהרמב"ן איירי בבקעה ואילו הרמב"ם איירי בחורבה, ולכן כתב הכ"מ שי"ל שבבקעה יסבור הרמב"ם שהניקף חייב להשתתף בכל המיקרים בין אם בנה המקיף על הקרקע שלו ובין אם בנה לגמרי על הקרקע של הניקף, דגם בכה"ג יתחייב, כי בבקעה לא נהיג סמיכה. גם צידד הכ"מ לומר שלעולם יתכן שבבקעה יודה הרמב"ם להרמב"ן שאין הניקף חייב אם בנה המקיף על השטח של הניקף. ועוד צידד לומר שבבקעה יסבור הרמב"ם שלא יצטרך הניקף להשתתף בשום ציור, כי לפי הדרך דאיירי בבקעה הרי צריכים לאוקמה במקום שלא נהגו לגדור וכמש"כ רש"י (וע"ע לעיל באות נ"ב שהבאנו שהבעל המאור והרר' יהונתן חולקים על רש"י בזה), וא"כ י"ל שבכה"ג פטרוהו חכמים אפילו אם הקיף המקיף מד' רוחותיו, עכת"ד הכ"מ. ולפי הכ"מ יוצא שהטעם למה מצריך הרמב"ם שיהי' גם על השטח של הניקף הרי הוא כדי שיוכל לסמוך.

מיהו מהמ"מ שם מבואר שגם בלא הטעם של סמיכה הרי אנו צריכים שיהי' על הקרקע של הניקף ושבלא זה א"א לחייבו לשלם אלא דבר מועט ואפילו בבקעה שאינה עשויה לסמיכה (וכן דייק הקצה"ח בס"י קנ"ח סק"ה מדברי המ"מ, וכן דייק שם

גם מדברי הטור), והיינו משום שצריכים שהניקף יקנה בקנין חצר את חצי הכותל. ועיין באבן האזל על ה"ד שביאר שטעם הדבר הוא משום דס"ל להרמב"ם שהיכא שלא קנה הניקף, והמקיף יכול ליטול משם את אבניו אם ירצה, אז גם הניקף יכול לומר לו טול אבניך וכמש"כ הרי"ף בפרק השואל שדין טול ודין אטול תלויין זה בזה, ולכן דוקא היכא שהקיף המקיף על המקום של שניהם, אשר בכה"ג כבר קנה הניקף והמקיף אינו יכול ליטול את אבניו, אז גם הניקף אינו יכול לומר לו אח"כ טול אבניך והרי הוא חייב משום הדין של יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות.

ועוד מבואר באבן האזל שם שפירושו הנ"ל הוא רק כי איירי הכא שהקיף גדר ולא בנה מחיצה שיכולה להיות מחיצה של בית וכמו שביאר בדבריו על ה"ג (ודלא כהבנת הכ"מ), כי חורבה אינה עשויה ליבנות (אלא רק ליגדר), וממילא אם בנה המקיף מחיצה אין הניקף קונה אפי' את מה שעל שטחו, אלא יכול המקיף לומר אטול וממילא יכול הניקף לומר טול.

ועי"ש באבן האזל שהמשיך להקשות דאם החיוב הוא משום היורד לשדה חבירו והשביחה אם כן קשה על הסוגיא בב"ק, דהא בב"ק מדייקינן מדברי ת"ק שדוקא אם גדר המקיף ג' רוחות הרי הניקף פטור אבל אם גדר המקיף גם את הרביעית הרי הניקף חייב ואם כן חזינן שזה נהנה וזה לא חסר חייב, ואילו לפי ביאורו של המ"מ קשה להבין מה היא הראי', הלא הטעם שהוא חייב הרי הוא משום שהוא קונה את גוף הגדר וחל כאן הדין של יורד, ולא משום שהוא משלם

עבור הנאתו*). ובשלמא אם איירי בכונה על המקום של המקיף ודלא כהרמב"ם, אז שפיר מיייתי הגמרא ראי' שזה נהנה וזה לא חסר חייב, שהרי בכה"ג אין הניקף קונה את המחיצות ולא חל כאן הדין של יורד לשדה חבירו שלא ברשות**), אבל לפי הרמב"ם שאיירי במחיצות פנימיות וביאר המ"מ משום שהניקף קונה חצי המחיצות א"כ לפ"ז יוצא שאינו חייב משום נהנה אלא משום שהוא קונה את המחיצות וא"כ צ"ע על סוגיית הגמ' שם כהנ"ל.

וכתב האבן האזל שצ"ל שהסוגיא בב"ק חולקת באמת על הסוגיא אצלינו והתם אזלינן דאיירי באופן שבנה המקיף את כל הכותל על השטח שלו, ובאמת הניקף משלם רק משום שנהנה, ורק דבר מועט, וכמש"כ הרמב"ם דהיכא שהוא משלם משום נהנה הרי הוא משלם רק דבר מועט כראות עיני הדיינים, אבל הסוגיא אצלינו בע"כ סוברת שהחיוב הוא משום שקנה את המחיצות ולא משום נהנה, דהא משום נהנה לא שייך לומר כרב הונא דמשלם כפי מה שגדר, דהא הרמב"ם סובר ששויות ההנאה היא רק דבר מועט, וא"כ מוכח שהסוגיא אצלינו סוברת דאיירי באופן שבנה על הקרקע של שניהם וכהנ"ל, רק שבכל זאת סובר חייא בר רב שהוא משלם רק דמי קנים בזול משום דאמר לדידי סגי בנטירא בר זווא

וכמש"כ תוס', כן מבואר באבן האזל שם. מיהו עיין בקצה"ח בסי' קנ"ח סק"ו שהבין שלפי הרמב"ם גם הסוגיא בב"ק איירי באופן שבנה על המקום של שניהם, והיינו משום שבהסוגיא בב"ק שם מיייתנן ראי' מדברי רבי יוסי שזה נהנה וזה לא חסר פטור, והיינו ממה שרבי יוסי פוטר אם עמד המקיף וגדר את הרביעית, והקשו תוס' שם דאם רבי יוסי סובר שזה נהנה וזה לא חסר פטור א"כ למה מחייב רבי יוסי היכא שעמד הניקף וגדר את הרביעית, ותירצו תוס' דהיינו משום שהיכא שעמד הניקף הרי גילה דעתו דניחא ל' בהוצאה והרי זה סיבה לחייבו לשלם וכמו שנבאר באות ע"ז סק"ב, מיהו הקצה"ח שם הביא שהיש"ש דחה את החידוש הזה שכתבו תוס', ולכן כתב הקצה"ח תירוץ אחר על קושיית תוס', והיינו שלפי מה שכתב המ"מ בטעמו של הרמב"ם דבעינן שיהי' על המקום של שניהם משום שאז הרי הוא קונה ע"י קנין חצר את חצי הכותל א"כ לפ"ז י"ל דס"ל לרבי יוסי שמכיון שגילה דעתו דניחא ל' א"כ מעתה הרי הוא קונה את חצי המחיצה בקנין חצר מאחר שהמקיף בנה על השטח של שניהם, ומש"ה אע"פ שסובר רבי יוסי שזה נהנה וזה לא חסר פטור, אבל מ"מ שאני היכא שעמד הניקף משום שבכה"ג הרי הוא קונה את חצי הכותל ושפיר חסר המקיף, והראה הקצה"ח דוגמא לזה מלקמן בדף ה' כאן עיי"ש

במה שהוציא המקיף הוצאות, דהא בכל זאת שפיר מוכח שזה נהנה וזה לא חסר חייב, והיינו משום שאם נאמר שמצד דין נהנה הרי הוא פטור, א"כ בודאי לא יגמור הניקף בלבו להיות ניחא ל' במה שהוציא המקיף הוצאות, שהרי הוא מחייב את עצמו על ידי זה, וא"כ שפיר מוכח שזה נהנה וזה לא חסר חייב.

(* ולכאורה ה"ה שקשה שהחיצון נקרא בגדר חסר כיון שהפנימי קונה את גוף הכותל. ועיין להלן שהבאתי שהקצה"ח הזכיר נקודה זו.

(** והוסיף האבן האזל שעכ"פ א"א להקשות על ראיית הגמ' ולומר ששאני הכא דאנן סהדי דניחא ל'.

שזה נהנה וזה לא חסר חייב, הלא שאני הכא שהוא קונה את המחיצות. ותי' שגם לענין לקנות י"ל שאם זה נהנה וזה לא חסר פטור לא יתכוין הניקף לקנות את המחיצות. ועיין עוד בנתייה"מ בסי' קנ"ז סק"ז שביאר שסוגייתנו איירי באופן שאינו קונה את המחיצות ורק משום כך סובר חייא בר רב דמי קנים בזול, ולקמן באות ע"ט הבאנו את דברי הנתייה"מ באריכות.

דף ה' ע"א

(סט) כותל חצר שנפל וכו'.

בדף ב' ע"ב מסקינן שלפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' שמי' היזק, ה"ה שבזמן שחלקו את החצר בתחילה ועוד לא הי' שם כותל, הרי הם חייבים לעשות כותל, והא דתנן ציור של דנפל הרי זה משום הסיפא, דהיינו כדי לאשמועינן שלמעלה מד"א אין מחייבין אותו אפילו אם בתחילה הי' שם כותל גבוה יותר מד' אמות ונפל. והנה הנ"י כאן כתב שגם תחילת המשנה איירי באופן שהי' בתחילה גבוה יותר מד"א, כי הוא סובר שמאי דתנן "עד ד"א" הרי זה קאי גם על לפניו (מחייבין אותו לבנותו עד ד"א), ולא רק לאחריו (עד ד"א בחזקת שנתן), וכמו שביאר הב"י בסי' קנ"ז בתחילת אות כ"ג דקאי על שניהם. מיהו לכאורה מהסוגיא בדף ב' שם לא משמע כן אלא משמע שרק ההמשך איירי בכותל שהי' בתחילה יותר מד"א, ואתא לאשמועינן שאעפ"כ אינו חייב אלא עד ד"א, אבל תחילת המשנה איירי באופן שבתחילה לא הי' גבוה יותר מד"א. ולפי הנ"י יוצא שהחידוש שחייב רק עד ד' אמות אע"פ שבתחילה הי' יותר מד"א כלול

(ובאות ע"ז נביא שהתירו"ט ורעק"א הבינו שגם כוונת תוס' היא לסברת הקצה"ח). הרי חזינן שהקצה"ח נוקט שגם הסוגיא בב"ק סוברת דאיירי באופן שבנה על השטח של שניהם. ולפ"ז הדרה קושית האבן האזל לדוכתה איך מדייקינן מדברי ת"ק שזה נהנה וזה לא חסר חייב (מזה שמשמע שאם עמד המקיף וגדר את הרביעית הרי הניקף חייב), הלא י"ל שהטעם של ת"ק הוא משום שהניקף קונה חצי הכותל וחייב מדין יורד. וצ"ל לפי דרכו של הקצה"ח שהסוגיא בב"ק סוברת שבאמת היכא שהמקיף גדר את הרביעית א"א לחייב את הניקף מדין יורד משום שהוא שפיר יכול לומר להמקיף טול אבניך, ושאינו רוצה לקנות, ולעולם הסוגיא בב"ק חולקת על סוגיא דידן, דלפי סוגיא דידן הרי הניקף שפיר חייב מדין יורד כיון שבנה המקיף גם על שטחו של הניקף (וכיון שהוא חייב משום יורד לכן סובר רב הונא שהוא משלם כפי מה שגדר), ואילו הסוגיא בב"ק מחייבת רק משום נהנה ורק דבר מועט כפי הנאתו. ועיין באבן האזל שם בסד"ה שאין מגלגלין וכו' שהביא שהכ"מ בפ"י מגזילה סובר בדעת הרמב"ם שאפילו בעשוי' ליטע הרי הוא יכול לומר לו טול עציך, אבל המ"מ שם סובר שאינו יכול לומר כן (והסיק לפי דרכו כהמ"מ). וע"ע בדרכו של הגרש"ש בסי' ד' סק"ב וסק"ג שכתב שגם כשבנה המקיף על השטח של עצמו הרי הניקף קונה בקנין חזקה ע"י שהוא מקבל שימוש מן המחיצות, אלא שמכיון שרק המקיף משתמש בגוף המחיצות ולא הניקף מש"ה סובר הרמב"ם שהניקף משלם רק דבר מועט. והקשה הגרש"ש שא"כ מה היא ראיית הגמ' בב"ק

מה שקיבלו עליהם לעשות כותל, והכא אשמועינן שיש חזקה שקיימו את חיובם לבנות כותל גם כשהם מחויבים ממילא, בלא שקנו מידם, דהיינו באופן שהי' שם כבר כותל (וכדאמרינן בדף ב' ע"ב דנפל שאני), אבל לפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' שמי' היזק, כבר ידעינן דבר זה מהמשנה הראשונה, דהא לדידי' גם הרישא איירי באופן שהם חייבים גם בלא קנו מידם.

מיהו באמת בהמשנה הזאת שפיר אשמועינן התנא חידוש נוסף, והיינו שאפילו היכא שתבע אחד מהשני להשתתף ויש עדים שסירב, בכל זאת הרי הוא יכול לטעון אח"כ ששפיר נמלך להשתתף וששילם, דעיין ברשב"א כאן שכתב שבהכי איירי הרישא וז"ל, איכא למידק, מאי בחזקת שנתן ואי זה מוחזק בו יותר (כלומר למה היינו חושבים שרק חבירו נתן ולא הוא), וי"ל כגון דאיכא עדים דארצי' חד מינייהו לחברי' וסירב מלבנות עמו ואפילו הכי הרי זה בחזקת שנתן עכ"ל.

מיהו לא הבנתי את קושיית הרשב"א דהא י"ל בפשיטות דאיירי באופן שראובן מודה ששמעון השתתף, רק ששמעון טוען שראובן לא השתתף, דמש"ה ראובן הוא בגדר הנתבע, וצריך את החזקה שנתן, אלא שקשה מה שהקשינו שכבר ידעינן מהמשנה הראשונה שיש חזקה אבל הקושיא הזאת לא הקשה הרשב"א.

והנה עיין בתוס' בד"ה מארבע אמות וכו' שכתבו ג"כ כדברי הרשב"א אבל כתבו כן רק על הסיפא ולא על הרישא, ומזה משמע דהרישא ניחא להו גם בלא לומר דמיירי בקדים חד וארצי' לחברי', והיינו כדברינו הנ"ל די"ל דאיירי שגם הנתבע

גם בתחילת המשנה. וצ"ל שכוונת הגמ' לעיל היא רק שהחידוש הנ"ל נתבאר בפירוש בהסיפא אבל לעולם כלול הוא גם בהרישא. ועיי"ש שהובאה המשנה בזה"ל מחייבין אותו לבנות עד ד"א, וכן הוא הדיבור המתחיל ברש"י כאן, ומשמע כהנ"י.

ע) בחזקת שנתן.

עיין בני"י בריש פירקין שהוכיח מדברי הרא"ה שהביא שם שאם כנס אחד לתוך שלו ובנה אינו יכול לתבוע מחבירו להשתתף עיי"ש בטעם הדבר. ולפ"ז צ"ל דאיירי כאן באופן שבנה הבונה על הקרקע של שניהם והרי הוא תובע רק את ההוצאות של האבנים והפועלים, אבל אילו בנה את הכל על הקרקע שלו לא הי' יכול לתבועו להשתתף. ועיין גם ברש"י בד"ה בחזקת שנתן דמשמע שהוא תובע רק שישלם לו את חצי ההוצאות אבל אינו תובע ממנו שיקנה ממנו את חצי הקרקע, והיינו כהנ"ל דאיירי באופן שלא בנה את כל הכותל על שלו, ועיין לעיל באות ו' סק"ב שצדדנו בענין אם יש חולקים על הרא"ה בזה.

עא) בחזקת שנתן.

הנה צ"ע דהא כבר תנן בהמשנה הראשונה שיש חזקה שנתן, וכוונת המשנה שם היא לומר שאפילו כשנפל לרשותא דחד מינייהו הרי הם חולקים על סמך חזקה זו וכמו שמבואר בגמרא בדף ד' ע"א, וא"כ למה השמיענו כן המשנה פעם שני', ובשלמא לפי המ"ד שסובר שהיזק ראי' לא שמי' היזק ואיירי המשנה הראשונה באופן שקנו זה מזה לעשות כותל, א"כ י"ל שהתם אשמועינן שיש חזקה שקיימו שניהם את

מודה שהתובע השתתף, רק שהוצרכו להעמיד את הסיפא בארציי בגלל קושיא אחרת.

ועיק במהר"ם כאן, וכן בחזו"א בסי' ב' סק"ב, שביארו שכוונת תוס' היא לתרץ למה אינו נאמן לומר ששילם אח"כ במיגו שהי' יכול לומר שגם הוא בנה עמו בתחילה (והמיגו הזה מועיל אפילו אם הוא מודה שגם חבירו בנה, ובתוך הסוגיא לא נזכר שיש מיגו כזה עיי"ש בחזו"א ודו"ק), והוסיף החזו"א שבהרישא אין שום צורך לאוקמה באופן שיש עדים שסירב לבנות, כי גם בלי זה צריכים את החזקה כי אין לו מיגו לומר שהי' יכול לומר שבנה עמו יחד בשותפות, דרק בהסיפא דאיירי באופן שסמך כותל אחר לאחר זמן יש מיגו כזה כי כיון שכבר עבר זמן מרובה משעה שנתנה הרי הוא מעיז לטעון שהתובע שכח שגם הוא בנה עמו, אבל בהרישא הרי ידוע ומפורסם עוד לכל מי בנה ולכן אינו מעיז לשקר ולומר שגם הוא בנה, אלא נוח לו לומר שפרע חלקו באמצע הבני' כי נתנת המעות הרי הוא מעשה קטן ובזה שפיר מעיז כי אינו מפורסם ויתכן ששכח*).

ועכ"פ לפי מה שמשמע שתוס' אינם מעמידים את הרישא באופן שיש עדים שסירב לבנות, א"כ הדרה קושייתנו לדוכתה מה הוא החידוש של הך בבא, הלא כבר תנן בהמשנה הראשון שיש חזקה שנתן.

עב) רש"י ד"ה בחזקת שנתן.

* וגם אין לו בהרישא מיגו שהי' יכול לומר ששילם עכשיו בגמר הבנין, כי כבר כתבו תוס' בד"ה ובא וכו' שאינו מעיז לטעון כן.

** ואם יש לו תביעה על חבירו שנתן לו כבר

וז"ל, אם אמר האחד לאחר שכבר בנאו וכו' עכ"ל. הנה נראה שכוונתו היא לומר שאם אמר בשעה שעוד לא בנה את הכותל שנתן כבר את הכסף להשני, אינו נאמן, אלא הרי הוא חייב להשתתף ולבנות עכשיו, וכ"כ הקצה"ח בסי' קנ"ז סק"א, וביאר הקצה"ח דמכיון שעוד אין כאן כותל א"כ הרי הוא עומד בחיובו לבנות, ומש"ה ב"ד כופין אותו לבנות**), משא"כ לאחר שהכותל הוא בנוי וכבר אין כאן חיוב בנין, רק שחבירו רוצה להוציא ממנו את ההוצאות, א"כ בכה"ג הרי הוא בגדר נתבע והרוצה להוציא ממנו עליו הראי', ולכן הרי הוא שפיר יכול לומר ששילם אפי' אם הוא אומר ששילם קודם גמר הכותל בשביל כל חצי הכותל כמו שהביא הקצה"ח שם. וע"ע במה שהביא מטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום.

עג) עד שיביא ראיו'.

פירש"י וז"ל, עד שיביא התובע עדים שתבעו ולא נתן לו וכו' עכ"ל. ועיין ברא"ש בסוף סי' ט' שתמה עליו דאפילו אם הביא עדים כאלו אבל אכתי מי יימר שלא פרעו אח"כ. ועיין באמת ברשב"א שהעמיד את הרישא באופן שיש עדים שהי' מסרהב בו ולא רצה להשתתף ושעל הצירור הזה קתני שהרי הוא בחזקת שנתן (וכן יוצא גם מתד"ה מארבע), וא"כ הרי זה להדיא דלא כרש"י. וע"ע שם בדברי הרא"ש איך שפיר הוא את כוונת התנא.

והנה לכאורה הי' אפשר לצייר את כוונת

מעות, עליו להביא ראיו' בעדים, דלכאורה החזקה שהזכיר רש"י שבודאי תבע אותו הראשון לפני הבנין אינה מספקת כדי להוציא ממנו מהראשון, ועוד דמהיכא תיתי לומר שכבר נתן לו עכשיו, דהא כיון שעוד לא נבנה, אולי עוד לא נתן.

התנא באופן שהנתבע טוען שנתן לו מעות בפרק מסוים, ועל זה קאמר התנא שהרי הוא בחזקת שנתן עד שיביא התובע עדים שבזמן מאוחר יותר עשה הנתבע הודאת בעל דין שערך לא שילם לו, דבכה"ג הרי נמצא שהחזק הנתבע כפרן כמה שטען שפרע לו כבר בהזמן המוקדם, וממילא כבר הפסיד את נאמנותו על כסף זה ושוב אינו נאמן לעולם לומר שפרעו אפילו אם יאמר שפרעו אחר זמן. ויש עוד לדון על זה ודו"ק.

עד) בחזקת שנתן.

צ"ע למה צייר התנא את הסכסוך הזה אם פרע אח"כ או לא על הציור שנפל ושוב נבנה ולא על הציור של המשנה הראשונה דאיירי בהבני' הראשונה.

עה) למעלה מד"א אין מחייבין אותו.

עיי' ברא"ש כאן שכתב שאין שותף אחד רשאי להגביה את הכותל למעלה מד' אמות בע"כ של השני וז"ל, שהרי האויר שעל הכותל חציו של חברו ואינו יכול למעט אוירו לפי שיכול לומר שאני רוצה להשתמש על חצי הכותל שהוא שלי, או היום או מחר אבנה ואסמוך הקורות וכו' על חצי הכותל שהוא שלי עכ"ל. מיהו הנ"י בסוף ב"מ בשם הרשב"א כתב דשפיר רשאי, וכן הוא בחידושי הרשב"א לקמן בדף ו' ע"א בד"ה ויש מפרשים ההיא וכו', ודייק כן הרשב"א מהלשון דתנן שאין מחייבין אותו דמשמע שה"ה שאינו יכול לעכב את חברו מלהגביה, דאילו יכול הוא לעכבו א"כ פשיטא שאין מחייבין אותו להשתתף (ועיי' בהרא"ש במש"כ בנוגע להדיוק הנ"ל).

ובדרכי משה בסי' קנ"ז הביא שהנ"י בפרק הבית והעלי' מתיר להגביה רק את חצי הכותל שלצדו. מיהו הקצה"ח שם בסק"י בירר שכוונת הרשב"א והנ"י היא להתיר להגביה את כל רוחב הכותל.

ועי' גם ברמב"ם בפיה"מ כאן שסובר כהרשב"א שהוא רשאי להגביה, וכ"כ הרמב"ם בתשובה כמו שהביא הקו"ש כאן וכדברי הרשב"א כתב גם הריטב"א כאן בד"ה מד"א, אלא שהרשב"א והריטב"א כתבו דהיינו רק עד השיעור שיכול לשאת ולא יתקלקל לדעת הבקיאים (לשון הרשב"א), אבל יותר מזה אסור לו להגביה ולקמן בסמוך נבאר את דבריהם. ועי' גם בשט"מ בד"ה בחזקת (הראשון) שהקשה דהא ע"י הגבהתו הרי הוא מחליש את הכותל, ותי' שהוא מרחיבו טפח מלמטה. והטור בסי' קנ"ז הביא שרבינו יונה אוסר לשותף אחד להגביה יותר מד"א, והביא הב"י דהיינו משום שזה מחליש את הכותל. והנה ע"ע בטור שם שהביא גם את דעת הרשב"א הנ"ל שמותר לו להגביה עד השיעור שלא יתקלקל לדעת הבקיאים. ובשו"ע הובא שיטת ההג"מ דשפיר מותר לו להגביה גם למעלה מד"א, רק שהוא צריך לשלם לחברו את מה שכותלו נפחת מחמת כובדו, וכתב הסמ"ע בסק"ב שדברי הטור שהביא את דעת הרשב"א אינו חולק על דברי ההג"מ, והיינו משום שכוונת הטור בשם הרשב"א היא רק להיכא שיש סכנה שיפול פתאום, דזה אסור לו לעשות אפילו אם ירצה לשלם, וחבירו שפיר יכול לעכב עליו, ובאמת כן נראה ממה שהתנה הרשב"א דבעינן שלא יתקלקל לדעת הבקיאים, שהרי לכאורה צ"ע דהא דבר

ברור הוא שיחלש אם יגביהנו יותר מד"א כמו שמבואר בדף ג' ע"א וכמו שביאר הב"י באמת את טעמו של רבינו יונה וכמו שהבאנו כבר, וא"כ למה צריכים לשאול את הבקיאים, ובע"כ צ"ל שלא איכפת לן אא"כ יש סכנה שיפול פתאום, ולזה שפיר בעינן אומדנא דבקיאים.

ועכ"פ האוסרים להגביה מטעם חלישות הכותל לכאורה יאסרו להגביה אפילו את חצי רוחב הכותל.

וע"ע בביאור הגר"א בסקמ"א שכתב שיסוד המחלוקת שבין הרא"ש ויתר הראשונים היא באם הכותל של היזק ראי' שייך כולו לזה וכולו לזה, כלומר דהוי כחצר השותפין, או האם הוא שייך מחצה לזה ומחצה לזה, דהיינו שחצי הכותל הקרוב לראובן שייך רק לראובן והחצי שקרוב לשמעון שייך רק לשמעון, דאם הוא שייך כולו לזה וכולו לזה הרי הוא שפיר יכול להגביה, דהא כיון שהוא שותף הרי הוא יכול להשתמש בכל הכותל, אבל אם הכותל הוא מחצה לזה ומחצה לזה, אז אינו יכול, כי אינו רשאי לבנות על חציו של חבירו. והביא הגר"א שיש מחלוקת בזה בירושלמי, דהיינו באם כולו לזה וכולו לזה או האם מחצה לזה ומחצה לזה, והתם בירושלמי איתא שהנפ"מ בזה הוא היכא שנפלה מציאה על הכותל, דלפי הצד שכולו לזה וכולו לזה אז המוצא שהוא אדם שלישי הרי הוא קונה (ועיין בזה בקצה"ח בסי' ר"ס סק"א), אבל אם הוא מחצה לזה ומחצה לזה, אז כל אחד מהשותפים קונה את מה שבצדו. וכתב הגר"א דה"ה שיש נפ"מ בנוגע לאם שותף אחד רשאי להגביה בלי רשותו של חבירו וכהנ"ל. מיהו לכאורה צ"ע דהא גם אם נאמר

שכולו לזה וכולו לזה איך הוא רשאי לקבוע שם דבר לעולם ולעכב בזה לחלוטין את תשמישו של השותף השני. מיהו עיין בלשון הרשב"א בדף ו' שם שכתב וז"ל, ולעתים שזה צריך להגביה ופעמים שזה צריך להגביה עכ"ל, וכעין לשונו כ' גם הטור ועיי"ש בב"ח.

ועכ"פ גם הב"ח בסי' קנ"ז תלה את המחלוקת בהצדדים הנ"ל שהביא הגר"א. מיהו הקצה"ח בסק"ה הוכיח מלשון הרא"ש בדף ו' דס"ל ששפיר חשיבי שותפין בכל אבני הכותל, ודלא כהב"ח והגר"א שכתבו שלפי הרא"ש נקטינן שמחצה לזה ומחצה לזה, וביאר הקצה"ח שמ"מ שפיר סובר הרא"ש שאסור לשותף אחד להגביה, והיינו משום שחצי הקרקע שלצדו של השני עם כל אוירו עד הרקיע שייך רק לו, דהא לא נשתתפו אלא בהאבנים אבל על הקרקע ליכא שום שותפות כלל, וא"כ הרי אינו חייב להרשות לחבירו להגביה ולבנות באוירו [ועוד צידד הקצה"ח לומר שאינו רשאי להגביה כי חבירו רוצה להשתמש על גבי אבנים ששייכים גם לו ואינו רוצה להשתמש על האבנים של הראשון (ועי' בלשון הרא"ש שהבאנו בתחילת האות), ועיי"ש שהסיק כהטעם הראשון]. ולפ"ז יוצא שהחולקים על הרא"ש סוברים ששפיר מותר לו להגביה כותל שיש לו חלק בו אע"פ שהאוויר הוא לגמרי של חבירו, וצ"ע. (ולפי הביאורים שכתבו הגר"א והקצה"ח בדעת הרא"ש יוצא כמו שכתבתי לעיל שעל צדו מודה הרא"ש שמותר לו להגבי', משא"כ לפי מה שציידתי לבאר שבחצר השותפים אסור לקבוע דבר קבוע לעולם הרי יוצא שגם על צדו אסור לו להגביה

(לפי הצד שכולו לזה וכולו לזה).

מיהו מהרשב"א בדף ו' שם משמע שגם בהקרקע הרי הם נעשים שותפים ומש"ה מותר לו להגביה, וז"ל, אבל בכותל חצר, ששניהם שותפים במקום הכותל, וגם כל הכותל יד שניהם שוה בו, וזה יכול להשתמש בכולו, וזה יכול להשתמש בכולו, ולעתים זה צריך להגביה, ופעמים שזה צריך להגביה, אין אחד מהם יכול למחות ביד חברו אלא זה מגביה ונועץ וזה מגביה ונועץ, שכל אחד על שלו הוא מגביה, וזה יפה לשניהם ובלבד שלא יגביה כל כך שיתקלקל הכותל בכך (כצ"ל) לדעת הבקיאין וכו' עכ"ל.

וע"ע בלשון השט"מ כאן בד"ה בחזקת וכו' שכתב וז"ל, ומיהו היאך יבנה כותל באויר של חברו שאם רוצה בונה עלי' עד חצי עביו של כותל שהרי חצי מקום הכותל הוא שלו עכ"ל. וזה נראה כהסברא שהסיק הקצה"ח.

וע"ע בדברי הנתיחה"מ בסי' קע"ו סק"ב שהבין שהמ"ד שסובר שאינו יכול להגביה סובר כן אפילו אם הכותל הוא באמת בגדר חצר השותפין ולא מחצה לזה ומחצה לזה, דהא הנתיחה"מ קאזיל שם שהכותל עצמו הרי הוא כמו חצר השותפין ובכל זאת הביא על זה את השיטה הנ"ל (והסברא לדבר זה יכול להיות או כהקצה"ח, דהיינו משום שבהצד שלו כל המקום מתהום ארעא עד רום רקיע הרי הוא שלו ולכן הרי הוא יכול לעכב, א"נ כהסברא שכתבנו ששותף אינו יכול לבנות בחצר השותפין דבר שיהי' קבוע שם לעולם).

ועיין עוד בנתיחה"מ בסי' קנ"ז בסק"ו שביאר שטעמם של אלו שמתירים להגביה

הרי הוא משום שהם סוברים שהיתה תקנה דרבנן מיוחדת לכך ואינו מעיקר הדין, וטעם התקנה הי' כי בלא זה הרי אם ירצה להגביה יצטרך לבנות עוד כותל על הקרקע שלו ולמעט את חלקו ולכן תיקנו רבנן שיהי' רשאי להגביה.

עו) סמך לו כותל אחר.

עיין ברש"י שכתב שהראשון הגביה הרבה, והפני שלמה בעמוד כ"ג ביאר את כוונתו בזה.

עז) אע"פ שלא נתן עליו את התקרה מגלגלין עליו הכל.

א. עיין ברגמ"ה דמשמע שצריכים שיהי' כבר בגדר נהנה. מיהו מרש"י מבואר דאירי באופן שעוד לא נהנה כלל, רק שבכל זאת הרי הוא חייב משום דגלי דעתו דניחא לי' בההגבהה.

ועיין בתוס' כאן שכתבו אהא דמגלגלין עליו את הכל וז"ל, אע"ג דזה נהנה וזה לא חסר פטור מ"מ כיון דגלי דעתו דניחא לי' בהגבהה חייב עכ"ל. ולכאורה משמע מדבריהם כרגמ"ה דאירי באופן שכבר נהנה שהרי תוס' כתבו שהוא בגדר נהנה. מיהו בתוס' רעק"א על משניות בד"ה מגלגלין וכו' ביאר שלעולם גם תוס' מודים שאע"פ שעוד לא נהנה עכשיו הרי הוא חייב והיינו משום שיש סברא להחמיר עליו על שם שסופו ליהנות, וכוונת תוס' היא להקשות שהרי גם בסופו אכתי יהי' בגדר זה נהנה וזה לא חסר.

ב. והנה הך סברא שכתבו רש"י ותוס' דגילה דעתו דניחא לי' צריכה ביאור, דמאי

עח) אע"פ שלא נתן עליו את התקרה מגלגלין עליו את הכל.

בענין דברי הנ"י ורבינו יונה שהוא קונה את מה שלמעלה מד"א בקנין חצר.

עיין בהאות הקודמת שהבאתי את דברי הנ"י ורבינו יונה שכתבו שכיון שניחא ל"י בהגבהת הכותל הרי הוא קונה את חציו בקנין חצר. והנה אפילו אם נאמר שתלוש ולבסוף חיברו כה"ג חשיב כמחובר אבל בכל זאת הרי הוא שפיר קונה את הכותל למעלה מד"א בקנין חצר, דהא כבר בירר האור שמח בפ"א מהל' גירושין ה"ו בד"ה אולם אחר העיון וכו' שגם קרקע נקנית בחצר, ודלא כהנתיב"מ שהביא שם, ועיין בזה בספרי על ב"ק בחלק א' אות קצ"ב.

וע"ע בנתיב"מ בסי' קע"ו סק"ב שהקשה על הנ"י מלקמן בדף פ"ד ע"ב דמבואר שחצר השותפין אין קונים זה מזה. מיהו לפי הדעה שהבאתי באות ע"ה שחצי הכותל עד ד"א שייך לזה וחציו שייך לזה (ואינם שותפין בכל אבן ואבן) לק"מ קושיית הנתיב"מ, אלא הרי הוא שפיר קונה בקנין חצר את חצי הכותל שלמעלה מד"א. ועי' להלן בסמוך מה שנביא מהקצה"ח בענין זה. ועכ"פ הנתיב"מ תירץ שרק התם בדף פ"ד אינו קונה, והיינו משום שכשנתן השותף, שהוא המקנה, את החפץ בתוך

איכפת לן בזה שגילה דעתו הניחא ל"י בהוצאה, הלא סו"ס הרי זה בגדר זה נהנה וזה לא חסר.

והגרנ"ט (בהוצאה הישנה) כאן בשיעורו על זה נהנה וזה לא חסר בד"ה ונראה בפשיטות וכו' פירש שמאחר שגילה דעתו הניחא ל"י א"כ הרי זה כאילו הוציא המגביה את ההוצאות על פיו ובשליחותי. והתירו"ט כאן בד"ה מגלגלין, וכן בתוס' רעק"א על משניות בד"ה בחזקת וכו', צירפו את דברי הנ"י כאן שכתב שכיון שניחא לו בהגבהת המחיצה הרי הוא קונה בקנין חצר את מה שלמעלה מד"א, ומשמע מהתירו"ט ורעק"א שכוונתם היא לפרש כן גם את כוונת תוס' (*).

מיהו הקצה"ח בסי' קנ"ח סק"ו הבין שאין כוונת תוס' כהנ"י עיי"ש.

ג. והנה הנ"י, וכן רבינו יונה בשט"מ ד"ה סמך וכו', כתבו שהוא קונה כאן בקנין חצר אע"פ שלא אמר לו לך חזק וקני. מיהו בטעמא דמילתא למה אין צריכים לך חזק וקני חלוקים הם, דהנ"י כתב דהיינו משום שכשהגביה למעלה מד"א הרי הי' זה ברור שעשה כן על מנת שיקנה השני מתי שירצה, אבל רבינו יונה שם הסביר שבאמת יכול זה השני שסמך לקנות את חצי הכותל המשותף אפילו בע"כ של המגביה כיון שבנאו על חלקו, וכן הביא הרשב"א בשמו בד"ה סמך.

שם יפסיק ולא יבנה וכבר כתבו תוס' שם שאב"י ורבי מודים בכה"ג (בנוגע להחויב לבנות עד ד"א) (וכן הקשה המהרש"א על תד"ה כי היכי), ועל זה תירץ רעק"א שכיון שגמר בלבו לסמוך הרי הוא קונה מיד על ידי קנין חצר והרי הוא מתחייב מיד, רק שאכתי חשיב תוך זמנו כמו שביאר שם.

(* והנה רעק"א שם קאי על סוגיית הגמרא בע"ב שהקשו למה בסמך לו כותל אחר אינו נאמן לומר פרעתי בתוך זמני לפי אב"י ורביא שסוברים שנאמן אדם לומר פרעתי בתוך זמני, והקשה רעק"א דהא בהציוור של סמך לו כותל אחר י"ל שגם אב"י ורביא מודים משום שעוד לא ברור בכלל אם יתחייב כי

בסמוך), וא"כ למה חייב הוא לשלם מחצה מכל הכותל שהוא למעלה מד"א וכדתנן שמגלגלין עליו את הכל, ע"כ קושיית הקצה"ח (ועיי"ש שהוסיף להקשות שאפילו רביע לא יקנה).

והנה יש לעיין בכוונת הקצה"ח במה שכתב שאין הקרקע שלו יכולה לקנות בשבילו את כל מה שנמצא עלי' למעלה מד"א, האם כוונתו היא משום שכוונתם היא להיות שותפין בכל אבן ואבן, או האם גם מצד הדין אין אפשרות שיקנה את כל מה שלמעלה מהקרקע שלו, דהא נהי שהקרקע שלמטה לצדו הרי היא כולה שלו, אבל הרי חצי הכותל שלצדו עד גובה ד"א אינו שלו, אלא הרי הם שותפין בו והרי הוא כחצר השותפין, וא"כ אם ירצה לקנות את כל מה שלצדו למעלה מד"א, הרי זה כמו היכא שמונח הדבר הנקנה בתוך כליו של המקנה שמונח על הקרקע של הקונה, דאינו קונה (עי' בסי' ר' סעיף ה'), שהרי גם כאן הכותל עד ד"א הרי הוא כמו כלי שחציו שייך להמקנה, וא"כ לא יוכל הקונה לקנות את כל מה שבתוכו, דהיינו כל הכותל למעלה מד"א שמונח על צדו, אלא רק חציו, כמו שהכלי שהוא מונח בו (דהיינו הכותל עד ד"א) הרי הוא רק חציו שלו. מיהו יש לדחות את הצד הזה משום שי"ל שמכיון שהם שותפין א"כ כשהוא משתמש בהחצי כותל שלצדו השתמשות זו של קנין חצר, הרי הוברר

החצר, הרי על ידי הדין של ברירה מתברר שאותו מקום הרי הוא קנוי באותה שעה לו לבדו לתשמישו, ולכן אין המקום ההוא יכול לקנות בשביל השני דהא אינו חצירו של השני*). אבל הכא הלא שותף אחד אינו רשאי להגביה את הכותל למעלה מד"א בלי רשותו של השני ולכן כשהגביה בלי רשות לא הוברר שהמקום הוא בשבילו, ולכן שפיר יכול השני לקנות שם בקנין חצר (וע"ע בדרכו של המחנה אפרים שהביא שם בסוף דבריו, ודחהו). ולפי הנתיחה"מ צריך לצאת שהחצר שפיר יכול לקנות לכל אחד מהם מידי אחרים וכדברי הריטב"א שהבאתי לקמן בסוף האות עיי"ש.

והנה עיין גם בקצה"ח בסי' קנ"ז סק"ה בד"ה אמנם איכא למידק וכו' שדן בענין איך הוא קונה בחצר, ובתחילה נקט שהקרקע שלמטה מהכותל הרי הוא החצר שקונה כאן ולא הכותל עצמו, והקשה על זה דהא חלקו של כל אחד בהקרקע הרי הוא מבורר, דהא בגוף הקרקע אינם שותפים כלל, אלא החצי שלצדו הרי הוא לגמרי שלו וכן החצי שלצד השני הרי הוא לגמרי של השני, וא"כ החצי חצר שלצד השני בודאי אינו קונה בשבילו, ורק החצי שלצדו הרי הוא קונה בשבילו, וא"כ קשה משום שלפ"ז יש כאן אפשרות שיקנה על ידי קנין חצר רק חצי ממה שהוא למעלה מהקרקע שלו דהיינו רביע מכל רוחב הכותל שהוא למעלה מד"א (כמו שנסביר להלן

אינן קונות לו במקח וממכר בסימטא הרי זה כי כיון דקדם הכלי הרי המקום נעשה רשותו של המוכר והוי כחצירו של המוכר שאינו קונה להלוקח (ועיי' עוד בספרי על גיטין באות שפ"ד סק"ד).

(* מיהו לכאורה צ"ע למה לא אמרין שהמקום משמש אח"כ בשעת קנין בשביל השותף שהוא הקונה ויוברר שהמקום הוא אז קנוי לו. ועכ"פ הנתיחה"מ שם הביא שכתבו הפוסקים שהטעם למה ארבע אמות של אדם

הדבר שכולו הוא שלו בההיא שעתא, והרי הוא לגמרי בגדר כליו של קונה, וכבר הזכרנו סברא זו לעיל.

ועכ"פ שוב צידד הקצה"ח לומר שאולי החצר שקונה בשבילו כאן אינה הקרקע שלמטה, אלא עצם הכותל שהם שותפין בו עד ד"א הרי הוא החצר שקונה בשבילו את מה שלמעלה מד"א, ולכן הרי הוא שפיר קונה מחצה מכל הרוחב שלמעלה מד"א שהרי הוא שותף בכל הרוחב שעד ד"א. וזהו כדברי הנתיחה"מ הנ"ל שהבאנו מסי' קע"ו שהחצר שקונה כאן הרי הוא חצר השותפין, אלא שעדיין קשה מהא דחצר השותפין אין קונים זה מזה, וכבר הבאנו את תירוצו של הנתיחה"מ על זה, אבל הקצה"ח עצמו בסי' קע"ו סק"א כתב דרך אחרת, והיינו שאע"פ שחצר השותפין אין קונים זה מזה, אבל בכל זאת הרי הוא שפיר קונה בשביל שניהם ביחד, דהיינו שאותו הדבר הנקנה יהי' שייך לשניהם ביחד. מיהו לכאורה זהו דלא כדבריו בסי' ר"ס סק"א שכתב להדיא שחצר השותפין אינה קונה אפילו בשביל שניהם ביחד, והוכיח כן מהירו' בסוף בבא מציעא שאמרו שם שאם הכותל של היזק ראי' הוא כולו לזה וכולו לזה, אינם קונים מציאה שנפלה עלי' משום שחצר השותפין אינה קונה להם, הרי להדיא שאינו קונה אפילו בשביל שניהם ביחד (וכ"כ גם בסי' קנ"ז שם בסוף דבריו).

ואולי יש ליישב את הסתירה בדברי הקצה"ח ע"י שנחלק בין היכא שהם רוצים שהחצר המשותפת תקנה את הדבר באופן שיהיו שותפין בו, דזה שפיר מהני וכההיא דסי' קע"ו, משא"כ בסי' ר"ס כוונת הקצה"ח היא להיכא שהם רוצים שהחצר תקנה לכל אחד מהם בפרטיות ושיהיו

חלקיהם מעורבים זה בזה בלי שיהי' על זה תורת שותפות (לענין היתר השתמשות וכדומה). מיהו לפ"ז צריכים לדחוק שגם כוונת הירושלמי שם היא להיכא שהם רוצים לקנות את המציאה שנחה על הכותל בצורה שתהי' מחצה לזה ומחצה לזה בלא תורת שותפות. ברם באמת אין זה דוחק כל כך לאוקמה בהכי, דהא גם לפי הצד שהכותל הוא מחצה לזה ומחצה לזה, אשר לפי הצד הזה הרי הם שפיר קונים את המציאה, הרי לכאורה הכוונה היא שכל אחד קונה מחצה לבדו בלי תורת שותפות, וא"כ בע"כ צ"ל דאיירי באופן שכן הוא רצונם ואין רצונם לזכות כל אחד מהם בחצי גם בשביל חבירו ושיהיו שותפין (ויש עוד לפלפל בזה).

ועכ"פ יש לעיין באם שייך לחלק כהדרך הנ"ל שחילקנו בין היכא שהם רוצים לקנות בתורת שותפות לבין היכא שהם רוצים חלקים מעורבים לפי הסברא שכתב הקצה"ח בסי' ר"ס למה חצר השותפין אינה קונה אפילו בשביל שניהם ביחד עיי"ש. ומתשובת המהר"ם שהביא שם לכאורה נר' דלא כהחילוק הנ"ל שחילקתי.

ועוד דעיי"ש שהביא הקצה"ח משו"ת הרא"ש שאם נפלה מציאה לחצר השותפין בלי ידיעתם הרי הם שניהם קונים מכח קנין חצר, ומבואר שם שהקצה"ח סובר שהדין נותן שאינם קונים משום שחצר השותפין אינו קונה אפילו לשניהם ביחד מעלמא, ואילו לפי חילוקנו הנ"ל נהי שאינם יכולים לקנות בפרטיות אבל למה אינם קונים בתורת שותפין. מיהו י"ל שבשביל דבר זה צריכים כוונה מפורשת להשתתף בהדבר הנקנה.

וע"ע בקצה"ח בסי' קנ"ז שם במה

שהמשיך להקשות מהציור של מקיף וניקף. ושוב הביא שלפי המ"ד בירושלמי שמחצה לזה ומחצה לזה הרי הוא שפיר קונה את כל מה שלמעלה מהחצי שלצדו.

וע"ע בריטב"א על קידושין בדה"ח ע"ב על הציור שם של סלע של שניהם שכתב שחצר השותפין זוכה לכל אחד מהם מיד אחרים אבל לא זה מזה עיי"ש.

עט) מגלגלין עליו את הכל.

עיין בנתי"מ בסי' קנ"ז סק"ז שהקשה למה מודה כאן חייא בר רב שהוא צריך לשלם חצי מכל ההוצאות של הכותל (וכדמשמע ממה שלא הביא הש"ס את פלוגתתם לענין משנתנינו). ועוד הקשה דהא לענין מקיף וניקף קי"ל שאם הניקף הקיף את הרביעית בקנים, אז כו"ע מודים שאינו צריך להשתתף בהראשונות אלא כדמי קנים, ואילו כאן לא חילקו הפוסקים כן אלא משמע שאפילו אם הכותל שבנה כנגדו הרי הוא של קנים בכל זאת הרי הוא צריך להשתתף בכל ההוצאות של המגביה.

ותי' הנתי"מ דשאני הכא דאיירי באופן שניכר שהוא רוצה לסמוך על כותלו של המגביה ולהשתמש בו בפועל ממש (צ"ע איך ניכר, אולי יעשה קונדיסין) ולכן הרי הוא מוכרח לזכות בו כי כל זמן שאינו זוכה בו אסור לו לסמוך עליו (לכאורה זהו רק כתירוץ השני של תוס' בד"ה אע"פ, וצ"ע), וא"כ מאחר שהוא זוכה בו הרי הוא שפיר חייב להשתתף בכל ההוצאות, אבל התם במקיף וניקף הרי הוא רק בגדר נהנה, בלי לזכות בהכותל, ומש"ה הרי הוא צריך לשלם רק את דמי הנאתו.

וכתב הנתי"מ שלפ"ז אם ניכר (ע"י

שעשה קונדיסין, מיהו צ"ע למה צריכים שיהי' ניכר ולא סגי בטוען שיעשה קונדיסין) שאינו רוצה לסמוך את תקרתו על הכותל של המגביה אלא הרי הוא רוצה רק להשתמש בו ככותל ביתו (אבל את התקרה יסמוך על עמודים), אז הרי הוא צריך לשלם באמת רק כפי הכותל שבנה כנגדו, דאם בנה כותל של עצים אז מגלגלין עליו רק ככותל של עצים. ועיין גם ברמב"ן על דף ו' בד"ה הא דתנן וכו' שהביא מהירושלמי שדנו לומר שהיכא שאינו סומך את התקרה על הכותל אינו משלם ככל רוחבו, וכתב הרמב"ן שלפ"ז ישלם רק כהוצא ודפנא או ככותל בנין קל, ולכאורה הרי זה צריך להיות תלוי באיזה מין כותל בנה כנגדו וכדברי הנתי"מ.

ועכ"פ עיין לעיל באות ס"ח שהבאנו שיש אומרים שגם במקיף וניקף הרי הניקף קונה את חצי המחיצות, ובכל זאת סובר חייא בר רב דמי קנים בזול.

פ) תד"ה מארבע וכו'.

עיין לעיל בסוף אות ע"א.

פא) בא"ד.

וז"ל, ואין צריך להעמיד בשעשה חזית עכ"ל. עיין בב"י בסי' קנ"ז אות י"ד שנסתפק אם כוונת תוס' היא שבאמת הי' אפשר להעמיד בחזית, רק שאין צריכים, או האם כוונתם היא לומר שלפי האמת שאין צריכים להעמיד בחזית, א"כ מעתה אמרינן שבאמת לא מהני חזית וכהר"י מיגש שלא מהני חזית בחצר, וכוונתם היא לומר שאין צריכים להעמיד בחזית ולומר שחזית מהני. ועכ"פ השט"מ בד"ה בחזקת שלא נתן

הוא יצטרך לשלם עבור כל הגובה כיון שהוא נהנה מהכל על ידי סמיכת התקרה. מיהו באמת בהציור הנ"ל צ"ע למה צריך הוא לשלם בכלל, דהא ממה שהגביה הראשון יותר ממה שדרוש כדי לסלק היזק ראי' הרי חזינן שלא הגביה בגלל היזק ראי', וא"כ אין זה מיקרי שחסר בגללו. ואולי הרי הוא יכול לטעון שאם לא הי' צריך להגביה משום סילוק ההיזק ראי' לא הי' מגביה בשביל צרכיו האחרים.

דף ה' ע"ב

(פד) אילימא דאמר לי' פרעתין בזמני פשיטא בחזקת שנתן.

פירש"י וז"ל, פשיטא דנאמן שהרי זו טענת מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידך כלום עכ"ל. ושוב אמרינן בגמ' אלא לאו דא"ל פרעתין בתוך זמני, ופירש"י וז"ל, קודם שהשלמת לד"א עכ"ל, אלמא עביד איניש דפרע בתוך זמנו, ומסקינן שאני הכא דכל שפא ושפא זימני' הוא.

והקשה רבינו יונה בשט"מ ד"ה אלא וכו' וז"ל, מ"ט קרי לי' בתוך זמנו, שהרי נתחייב כבר מטרם שום אבן על אבן בבנין לשכור עמו פועלים ולקנות אבנים, וי"ל דלא נתחייב להקדים לחבירו כל הוצאות הבנין כאחד אלא להוציא בהוצאת המלאכה עמו דבר יום ביומו עכ"ל. פי' שמתי שחבירו מוציא כספים לקנות אבנים הרי זה נקרא "זמני" לענין קניית אבנים, וכן בסוף כל יום ויום שזהו הזמן לשלם שכר הפועלים הרי זה נקרא "זמני" לענין לטעון שנתן בשביל שכר הפועלים, והכוונה במאי דאמרינן

וכו' בשם הרא"ש הביא בשם רבינו תם שהסיפא איירי באמת באופן שעשה חזית למעלה מד' אמות, וכ"כ ההגהות אשר"י בשם הר"י שאפשר להעמיד בחזית באופן שעשה חזית למעלה מד"א. ועי' בפני שלמה, וכן במה שהשיג הנחל"ד על הב"י. וע"ע ברמב"ן בדף ב' ע"א שסובר שחזית לא מהני אפילו בשביל מה שהוא למעלה מד' אמות (דכיון שהכותל עד ד"א, וכן המקום, הרי הם של שניהם, א"כ שניהם הם מוחזקים על מה שלמעלה מד"א ולא מהני חזית להוציא ממוחזק).

(פב) תד"ה אע"פ שלא נתן.
עיין לעיל באות ע"ז סק"ב שביארנו למה מועיל גילוי דעת דניחא לי'.

(פג) בא"ד.

וז"ל, א"נ הכא זה חסר משום דגורם לו להגביה הכותל למעלה מד"א כדי שלא יהי' לו היזק ראי' בשום ענין ממנו עכ"ל. והנה בב"ק דף כ' בהסוגיא של זה נהנה וזה לא חסר פליגי תוס' והרמ"ה בענין כמה הוא צריך לשלם היכא שחיסרו, דהיינו האם הוא צריך לשלם רק את מה שחיסר (הרמ"ה), או האם הוא צריך לשלם בשביל כל ההנאה שקיבל (תוס'). ויש לדון על זה גם כאן, והיינו באופן שהגביה הראשון הרבה יותר מד' אמות, דהיינו יותר ממה שצריכים כדי לסלק היזק ראי' "בשום ענין", והשני סמך לו כותל כנגד כל הגובה, דהא בכהאי גוונא הרי לא חיסרו את כל מה שהגביה, וא"כ לפי הרמ"ה לא יצטרך לשלם עבור כל הגובה אלא רק עבור מה שנחוצך כדי לסלק היזק ראי' "בשום ענין", אבל לפי תוס' הרי

את כוונת הטור לפי דרכו שם. והנחלת דוד בעצמו שם סובר שהוא נאמן רק על מה שכבר נבנה, דהיינו שלאחר שנגמרה השורה הרי הוא נאמן לומר ששילם את אותה שורה כמו שכתב שם, וכן כתב הרמ"ה באות מ"ח, וכן מבואר מהמשך דברי רבינו יונה שם, דעיי"ש שכתב רבינו יונה בזה"ל, ומדקאמר נמי שאני התם דכל שפא ושפא זמני' הוא מכלל דמעיקרא הוה סלקא דעתך שגם על שפא שנגמרת לאו זמני' הוא, והשתא נמי דוקא קא אמרינן כל שפא ושפא זמני' הוא, אבל אינו יכול לתובעו לפני גמר השפא, וכיון שהתחיל לבנות משלו, הרי הוא כמו שפטר מלבנות עמו עד גמר הטור שהתחיל עכ"ל, הרי שאינו נאמן על להבא כי זה נקרא עוד בתוך זמנו, וכן מבואר בדבריו להלן בשט"מ ד"ה ולענין משנתנו. מיהו אולי כוונתו היא רק להיכא שכבר התחיל הבונה לבנות את השפא, דרק אז ס"ל שאין השני נאמן לומר ששילם עבור השפא, וכמש"כ שם שכיון שהתחיל הרי הוא פטור מלשלם עד גמר הטור, אבל קודם התחלת השפא אכתי יתכן שהוא שפיר נאמן על השפא.

והנה הש"ך בסי' ע"ח סקי"ב הקשה על התירוץ של הגמרא דמכיון שכל שפא ושפא זימני' הוא א"כ הדרה קושיא לדוכתה דפשיטא שהוא נאמן לומר ששילם, דאין לומר שרצה התנא לאשמועינן הא גופא שכל שפא ושפא זימני' הוא, דהא בודאי לא איצטריך התנא לאשמועינן מה שהסכימו בני אדם ביניהם, ועוד דא"כ הו"ל להגמ' לתרץ בלשון של "הא קמ"ל דכל שפא ושפא זימני' הוא" ומדקאמר "שאני הכא דכל שפא ושפא זימני' הוא" משמע שזה פשוט בלא"ה שכל שפא ושפא זימני' הוא

"בזמני" היא שהוא אומר שנתן בשביל האבנים בשעת קניית האבנים וכן שנתן בשביל הפועלים בסוף היום, והכוונה במאי דאמרינן "בתוך זמני" היא שהוא אומר ששילם בשביל האבנים לפני שקנה וכן שנתן בשביל שכר הפועלים באמצע היום, ומאי דמסקינן דכל שפא ושפא זימני' הוא, הכוונה היא שאפילו באמצע היום הרי זה נחשב זמנו.

ושוב כתב רבינו יונה עוד דרך זו"ל, א"נ קס"ד השתא דכיון שזה התחיל לבנות הרי הוא כמו שהאריך לו הזמן ונפטר מחיוב עד שיגמור הכותל עד ד"א עכ"ל. וכהדרך הזה נראה מדברי רש"י הנ"ל שהבאנו שכתב דחשיב בתוך זמנו עד סוף הדי' אמות.

ומעתה יש לחקור במה היא כוונת התירוץ של כל שפא ושפא זימני' הוא, האם הכוונה היא דחשיב "זמני" רק על אותה שורה (בזמן שגומר אותה, א"נ אפילו קודם לכן וכמו שנביא להלן בסמוך שיש מחלוקת בזה), או האם הוא נחשב "זמני" אפילו על עבודת כל הכותל כולו.

והריטב"א בד"ה תנן כתב על התירוץ של כל שפא ושפא זימני' הוא זו"ל, פי' שאפילו בתוך הד"א לאחר זמנו הוי, ואע"פ שטען שבאותה שעה פרע על הנשאר ג"כ, שדרך להקדים מעות על בנין עכ"ל, הרי שהוא לומד שהוא נאמן לומר ששילם את הכל.

וע"ע בנחלת דוד שהביא את דברי הב"ה והפרישה בסי' קנ"ז והש"ך בסי' ע"ח שהבינו בכוונת הטור שבאמצע השורה הרי הוא נאמן לומר שפרע עד סוף השורה אבל תו לא. מיהו בב"י בסי' קנ"ז משמע שהבין שכוונת הטור היא שהוא נאמן לומר שפרע עבור השורה עוד לפני שהבונה התחיל לבנותה, וכן הבין התומים בסי' ע"ח סק"ד

וא"כ קשה פשיטא". וחידוש הש"ך מתוך כך שיש בהתירוץ של הגמרא חידוש מסוים מצד הסברא, והיינו דכיון שכל שפא ושפא זימני' הוא הרי הוא נאמן לומר שפרע עבור כל הכותל מראש, וגם ר"ל מודה לזה, והיינו משום דכיון שכל שפא ושפא זימני' הוא א"כ אם לא ישלם עבור כל הכותל מראש הרי יצטרך להטרד הרבה פעמים, דהיינו אחר כל שפא ושפא, וא"כ בכגון זה גם ריש לקיש מודה שהוא יכול לומר ששילם עבור כל הכותל מראש כדי שלא להטרד בסוף כל שורה ושורה. והוסיף הש"ך שלפ"ז ה"ה שבכל מלאכה המתפרדת, אשר כל חלק וחלק הוא זמנו, הרי הוא יכול לומר ששילם לאלתר בשביל הכל כדי שלא להטרד לאחר כל חלק וחלק. ועיין ברש"ש כאן שכתב שבכל זאת גם הש"ך סובר כן רק לאחר שהתחיל הבונה לבנות את השורה הראשונה דאז הרי הוא נאמן לומר ששילם בהיא שעתא עבור הכל (וזהו כהריטב"א). מיהו התומים שם בריש סק"ה הבין דלא כהרש"ש עיי"ש.

ודע שהתומים שם בסק"ה הקשה על חידושו של הש"ך מתוס' כאן בד"ה כי היכי וכו' דעיין בדבריהם שכתבו שגם אביי ורבא שסוברים כי היכי דלא ליטרדן, מודים הם שאם יש חשש שיפסיד אינו משלם תוך הזמן, וכתבו שכן הוא בכותל חצר דהא יש חשש שמא הבונה יפסיק מלבנות ולכן גם אביי ורבא מודים שאינו משלם בתוך הזמן, וכתבו תוס' שלפ"ז הגמרא היתה יכולה להקשות גם על אביי ורבא ולומר שלטעמיך דאיירי באופן שהוא אומר ששילם בתוך הזמן א"כ גם על אביי ורבא קשה למה נאמן הוא בהרישא לומר ששילם בתוך הזמן, אלא

שכן היא דרך הש"ס בכמה מקומות להקשות אע"ג דהומ"ל לטעמיך עכ"ד תוס', והק' התומים דלפ"ז שוב א"א לומר כפירושו של הש"ך בהתירוץ של הגמרא, דהיינו שקמ"ל שהוא פורע את הכל מראש, דהא לפי תוס' הרי יוצא שצריכים את התירוץ גם לפי אביי ורבא, דהא באמת גם על אביי ורבא ה"י קשה וכהנ"ל, ואילו לפי אביי ורבא אכתי לא יפרע על כל הכותל מראש כדי שלא להטרד כי שמא יבוא לידי הפסד ואביי ורבא סוברים שכשיש חשש של הפסד לא אמרינן כי היכי דלא ליטרד, ואע"פ שלפי התירוץ הרי יצטרך להטרד הרבה פעמים, דהיינו בסוף כל שפא ושפא, אבל בכל זאת גם בכה"ג מסתבר לומר שהוא חושש להפסד, דהא אביי ורבא סוברים שבאמת הרי הוא חושש גם לטרדה אחת ולכן דרכו היא תמיד לשלם תוך זמנו, ובכל זאת במקום חשש הפסד הרי הם סוברים שאינו חושש להטרדה, וא"כ הה"נ להרבה טרדות, ע"כ קושיית התומים.

שו"ר שגם הרשב"א כאן הקשה את קושיית הש"ך על התירוץ של כל שפא ושפא זימני' הוא, דהיינו שלפ"ז הדרה קושיא לדוכתא דפשיטא הוא, ותני' וז"ל, י"ל שהא גופא קמ"ל עכ"ל, הרי שכתב שכוונת התנא היא באמת לאשמועינן שכן היא דרכם של בני אדם ודלא כהש"ך שלא רצה לסבול פירוש זה.

וע"ע ברמב"ם בפ"ג מהל' שכנים ה"ב שהביא את הדין של המשנה בזה"ל, אחד מן השותפין שבנה כותל שמבדיל בינו לבין חבירו עד ד"א ותבע חבירו ליתן חלקו בהוצאה ואמר נתתי חלקי הרי זה בחזקת שנתן וכו' עכ"ל, ולא חילק הרמב"ם כלום

בנוגע לאם אמר ששילם בסוף או באמצע או בתחילה, ומשמע לכאורה שלפי התירוף של כל שפא ושפא זימני' הוא הרי הוא יכול לומר ששילם בשביל הכל משהתחיל, ואולי אפילו לפני שהתחיל וכהתומים.

והנה גם הנתייה"מ בסי' ע"ח סק"ד הקשה את קושיית רבינו יונה שהבאנו לעיל, והיינו דמה שייך כאן תוך זמנו, הלא גם בתחילה הרי זה נחשב זמנו כיון שהוא חייב לסייע בבנין, ותירץ כעין תירוצו השני של רבינו יונה, והיינו דאיירי באופן שיודעים שארצי' לחבירו וחבירו הי' מסרהב, והתחיל המרצה לבנות לבדו, וחבירו הסכים לפרוע, דבכה"ג ס"ד שאינו נקרא בזמנו אלא בסוף הבנין וכמו בפועל שאינו יכול לתבוע את שכרו עד סוף המלאכה, וגם צירף את העובדא שאינו יודע עוד כמה יעלה (וזהו כעין דרכו של רבינו יונה שכתב שדרכו של הבונה היא להאריך לו עד סוף הבנין), ועל זה מתרצת הגמרא שבכל זאת בסוף כל שפא ושפא הרי זה נקרא זמנו של ההיא שפא, והיינו משום שהוא יכול לטעון שהבונה לא רצה לבנות הלאה עד ששילם לו עבור השפא שכבר בנה, ולא דמי לפועל משום דשאני התם שהפועל התחייב לעשות את כל המלאכה ואין שכירות משתלמת אלא לבסוף אבל הכא הרי הבונה אינו חייב לבנות את כל הכותל לבדו.

והנה הנתייה"מ הזכיר רק שלפי התירוף הרי הוא יכול לומר שנשתתף עבור השפא הראשונה. מיהו אולי היכא שאין עדים שהמשיך הבונה לרצותו לאחר השפא הראשונה להקדים לו כסף עבור כל הכותל ולא רצה להקדים, הרי הוא יכול לומר שלאחר השפא הראשונה הקדים לו עבור כל הכותל וכמו שהבאנו לעיל מהריטב"א.

ועכ"פ כהדרך הנ"ל בקושיית הגמרא מבואר גם בתומים שם בסק"ד, דעיי"ש שהקשה גם הוא את קושיית רבינו יונה, ותירץ כדברי הנתייה"מ, דידעינן שהתחיל הבונה לבנות משלו, אלא שבהתירוף של הגמרא הוסיף התומים שהוא יכול לומר שאחרי שחבירו עשה את ההתחלה שוב לא רצה להמשיך עד ששילם לו את מה שכבר בנה וסייע לו גם להבא, וכן בכל שורה ושורה הי' מוכרח להקדים על השורה הבאה עכ"ד התומים.

ועכ"פ עיין בתומים ובנתייה"מ דמבואר שלפי ביאורם שוב לא שייך ללמוד מכאן את דינו של הש"ך בנוגע למלאכה המתפרדת, והיינו משום שמאי דאמרינן הכא שהוא משלם לאלתר הרי זה משום סברא מיוחדת ששייכת רק כאן דהיינו שהי' מוכרח לסייע כי הבונה לא רצה לבנות הלאה, משא"כ בהציוור של מלאכה המתפרדת הרי כבר התחייב הפועל לגמור את הכל וכהנ"ל (ועיי"ש במש"כ בכוננת המרדכי שהביא הש"ך שם). ולפי הנ"ל לא קשה על התומים עצמו אותה קושיא שהבאתי לעיל שהקשה התומים על הש"ך, והיינו משום שלפי דרכו יוצא שלפי התירוף של הגמרא הרי הי' מוכרח לסייע על להבא אע"פ שהי' באמת חשש של הפסד שמא יפסיק לבנות.

פה) אילימא דאמר לי' פרעתין בזמני פשיטא בחזקת שנתן.

פירש"י וז"ל, פשיטא דנאמן שהרי זו טענת מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום עכ"ל, ושוב אמרינן, אלא לאו דא"ל

פרעתין בתוך זמני, אלמא עביד איניש דפרע בתוך זימני, והקשה התומים בסי' ע"ח סק"ד מזה על דברי רש"י בהמשנה דהא רש"י בהמשנה כתב שיש באמת חזקה שחבירו לא יבנה משלו אם לא שהוא ג"כ מסייע אלא הי' צועק מיד בב"ד, וא"כ מאי מקשה הש"ס, הלא שאני הכא שיש חזקה שפרע בתחילה. ועוד הקשה על דברי רש"י בהמשנה דהא גם בהתירוץ חזינן דלא תירצה הגמרא ששאני הכא שיש חזקה, אלא ששאני הכא שכל שפא ושפא זימני' הוא, ואילו לפי דברי רש"י בהמשנה צ"ע למה צריכים לזה הלא שאני הכא שיש חזקה שפרע לו את הכל.

ונראה שיש להוסיף עוד קושיא על קושיית התומים, דהא חזינן שרש"י עצמו בדבריו הנ"ל שהבאנו בפירושו על קושיית הגמרא על הציור של פרעתין בזמני פירש דהוי כמו כל כופר הכל, הרי שאין כאן גם חזקה שפרע.

ועכ"פ חזינן שהתומים הקשה רק לפי דברי רש"י בפירושו על המשנה, אבל לא הקשה מעצם לשון המשנה דמשמע שיש חזקה שפרע וכדתנן הרי זה בחזקת שנתן ואולי יש לדחוק דס"ל להתומים שהי' אפשר לדחות שאין כוונת המשנה לומר שיש חזקה חיובית שלא הי' מתחיל לבנות קודם הפרעון, אלא הכוונה היא רק להדין של הממע"ה, והיינו דכיון שהוא המוחזק במעותיו הרי אנו נוהגים בו כמו במי שיש לו חזקה שפרע.

ועיי"ש בתומים שתירץ שדברי רש"י בהמשנה קאי רק לפי התירוץ של הגמרא של כל שפא ושפא זימני' הוא, והיינו לפי דרכו שהבאנו בסוף האות הקודמת, דעיי"ש

שביאר התומים שכוונת המקשן היא שמכיון שהבונה התחיל לבנות לבדו א"כ מסתמא הרי הוא מרחיב זמן לחבירו עד סוף כל הכותל (וכרבינו יונה), וממילא עד גמר הבנין הרי זה מיקרי תוך זמנו, ועל זה מתרצת הגמרא שאע"פ שידעינן שהבונה התחיל לבנות לבדו אבל מ"מ הרי השני נאמן לומר שלא רצה הבונה להמשיך אחרי ההתחלה עד שפרע לו עבור העבר וגם סייע לו על השפא הבא, ומעתה מאחר שזכינו לסברא זו סובר רש"י שיש באמת חזקה שאע"פ שהתחיל הבונה לבנות לבדו אבל בכל זאת לא הי' הבונה ממשיך לבדו אחר ההתחלה אלא הי' צועק עליו בב"ד. ולפי דרכו של התומים א"ש גם מה שהקשינו למה רש"י עצמו בקושיית הגמרא על הציור של פרעתין בזמני לא הזכיר חזקה, דלפי הנ"ל לק"מ, והיינו משום שבקושיית הגמרא אזלינן עוד שהרחיב לו זמן הפרעון עד הסוף, ואז הוי שפיר בגדר כופר הכל בעלמא, וליכא שום חזקה מסוימת שפרע באמת בסוף הזמן, ורק בהתירוץ של הגמרא יש חזקה שפרע לאחר השפא הראשונה וכהנ"ל שאילו לא פרע לא הי' הבונה ממשיך לבנות לבדו.

פ"ו בחזקת שלא נתן וכו', אלא לאו דאמר לי' פרעתין בתוך זמני.

עיין ברש"ש שהקשה דהא כבר אמרו שכל שפא ושפא זימני' הוא, וא"כ כל שפא שגומר הרי זה זמנו לענין לשלם להראשון עבור השפא שכנגדו. ותירץ שהכוונה כאן היא שהוא אומר ששילם לפני שעבר את הגובה של ד"א. מיהו לכאורה קשה על זה

פז) מי יימר דמחייבו לי רבנן.

עיינן ברמ"ה באות מ"ט שבתחילה צידד לומר שכוונת הגמ' בזה היא להעמיד כשאמר ששילם בתוך זמנו, כלומר לפני שהגיע ליותר מד"א, אבל אם אמר ששילם לאחר שגמר הכותל שסמך הרי הוא שפיר נאמן (כן כתב שם, אבל המעיין בדבריו יראה שבאמת לא ברור אם ס"ל כרש"י שהכוונה בזמני היא שגמר את כל הכותל של סמיכה או האם הכוונה היא למיד כשעבר את הגובה של ד"א), והיינו משום שאז הרי הוא שפיר מבין שהוא חייב, ורק לפני כן אינו יודע שסופו להיות חייב (ונר' שכוונתו היא כדברי רעק"א במשניות כאן בסוף אות ה'). ושוב הסיק דלא כהנ"ל אלא כרבוואתא שמפרשים שגם בסוף הרי הוא סובר שלא מחייבו לי רבנן, וכן פירש"י כאן. מיהו גם לפ"ז אכתי י"ל שאם נתן כבר את התקרה הרי הוא שפיר יודע שהוא חייב וכמש"כ הנ"י כאן שכן נראה מדברי רבינו יונה, וכ"כ הרמב"ן במלחמות. והנה באות נ"ג שם הוכיח הרמ"ה שהכוונה היא כרבוואתא שאפילו בזמנו הרי הוא אומר מי יימר דמחייבו לי רבנן משום שאם נאמר שהיכא שאמר ששילם לאחר שגמר לסמוך את הכותל הרי הוא שפיר נאמן ואמרינן שאז הרי הוא שפיר יודע שהוא חייב א"כ הדיחוי של הגמרא להלן בסוגיין אינו מובן, דהא דחינן להלן שלעולם מיגו שפיר מועיל במקום החזקה של אין אדם פורע תוך זמנו, רק דשאני הכא דאמר מי יימר דמחייבו לי רבנן, ולכאורה אינו מובן, דהא בכל זאת אכתי יש לו מיגו שהי' יכול לומר ששילם לאחר שגמר לסמוך, דהא בההיא שעתא שפיר ידע כבר

דא"כ הרי זה גרע אפילו מתוך זמנו, דהא עוד לא נתחייב, וא"כ י"ל שבכה"ג גם אביי ורבא מודים שאין דרכו לשלם אז.

מיהו מהתומים בסי' ע"ח סק"ד מבואר שגם לאחר שעבר את הד' אמות הרי זה נקרא עוד תוך זמנו, דעיי"ש שהקשה גם הוא כהנ"ל דאמאי מיקרי תוך זמנו, הלא כל שפא ושפא זימני' הוא, וכתב שעל פי דרכו שכתב בביאור דברי הגמרא לק"מ, דהא כבר פירש לעיל שם שמאי דאמרינן שכל שפא ושפא זימני' הוא הכוונה היא שהוא יכול לטעון שהי' מוכרח לפרוע לאחר השפא כי הבונה לא רצה לבנות הלאה עד ששילם אלא הי' צועק עליו בב"ד, אבל אין הכוונה שהוא זמן הפרעון מעיקר הדין, וא"כ הכא לא שייך הטעם הנ"ל, ואינו יכול לטעון שהי' מוכרח לשלם כי הראשון הי' מוכן לצעוק עליו בב"ד, דהא נקטינן שחבירו אינו יודע את הדין שהוא יכול לתבוע ממנו להשתתף כי אינו גלוי לכל כמו שכתב רש"י בהמשנה.

ובאמת גם מרש"י כאן משמע שסברה הגמרא שמיקרי תוך זמנו אפילו לאחר שעבר כבר את הגובה של ד"א, דעיינן בדבריו שכתב וז"ל, אילימא דא"ל פרעתיך בזמני כשגמרתי את כותלי וידעתי כמה נתחייבתי לסייע בהגבהתך עכ"ל, הרי שלפני זה מיקרי תוך זמנו. מיהו לכאורה צ"ע דכי לא ידע מראש כמה הוא עתיד לבנות.

והתורת חיים כאן בד"ה שאני הכא וכו' כתב שאה"נ דהומ"ל לטעמיך ושגם לפי ריש לקיש קשה כיון שכל שפא ושפא זימני' הוא, וגם לפי ר"ל הרי אנו צריכים לתרץ דאמר מי יימר דמחייבו לי רבנן.

דמחייבו לי רבנן, וא"כ בע"כ צ"ל שאינו נאמן לומר ששילם אפילו כשגמר לסמוך, והיינו משום שגם בכה"ג לא ידע דמחייבו לי רבנן, ולכן אין לו מיגו עכ"ד הרמ"ה. מיהו לא הבנתי את ראיית הרמ"ה דהא דלמא לעולם שפיר יש לו מיגו, רק שכוונת הגמרא היא לתרץ שבכל זאת אינו נאמן אפילו אם מיגו שפיר מהני במקום חזקה והיינו משום שמה שהוא אומר שפרע בתוך הזמן הרי זה נגד ב' חזקות דהיינו החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו וכן החזקה שבתוך הזמן אינו יודע שהוא חייב, דבכה"ג י"ל דחשיב כמו שיש אגן סהדי שלא שילם ולא אמרינן מיגו.

וע"ע בדף ו' ע"ב בתד"ה האי וכו' דלפי פירושו של ר"ת שהביאו שם יוצא שלאחר שכבר סמך כשורא דמטלתא על כותל חבירו והניחו כך לי' יום הרי הוא שפיר בחזקת שנתן, וכן אם חיברו בטינא הרי הוא בחזקת שנתן מיד. ועיין גם בתוס' רי"ד שם שהסיק כן, וביאר דהיינו משום שבודאי לא ה' מניחו לעשות כן אם לא ה' משלם.

פח) מי יימר דמחייבו לי רבנן.

עיין בהאות הקודמת שהבאנו שהיכא שכבר נתן עליו את התקרה יש דעה בהראשונים שאז הרי הוא שפיר יודע שהוא חייב. ועיין גם ברמ"א בסי' קנ"ז סעיף י"א שכתב שאם "קבע לו בנין קבוע" הרי הוא שפיר יודע שהוא חייב, והרי הוא שפיר נאמן לומר שנתן חלקו, ודין זה איתא בטור, והקשה הקצה"ח דא"כ גם קודם שנתן עליו את התקרה למה אינו נאמן לומר ששילם דהא הרי הוא יודע שהוא עתיד ליתן תקרה ושסופו להתחייב וא"כ הרי הוא שפיר

משלם גם מהשתא כי היכי דלא ליטרד אחר כך. ותירץ הקצה"ח על פי דברי הנ"י על המשנה שכתב שהמשנה איירי אפילו באופן שסופו לקרות על גבי עמודים דידי' ולא על הכותל המשותף, רק שבכל זאת הרי הוא חייב להשתתף משום שישמש שהוא גובה ככותל ביתו, וא"כ י"ל שגם לאחר שיקרה על עמודים דידי' לא יבין שהוא חייב וממילא הרי הוא סובר שגם לבסוף לא יחייבוהו רבנן, והא דאינו יכול לטעון ששילם משום שהי' בדעתו ליתן את התקרה על הכותל ומש"ה שפיר ידע שיתחייב, הרי זה משום דאזלי אביי ורבא כהמ"ד בירושלמי שאסור לו ליתן את התקרה על הכותל.

מיהו צ"ע על תירוצו של הקצה"ח דהא מדברי הנ"י עצמו כאן מבואר להדיא שבהציור שאיירי בה המשנה כל זמן שלא נתן את התקרה הרי הוא בדעה שלא יחייבו לי רבנן אבל לאחר שנתן הרי הוא שפיר מבין שיחייבו לי רבנן וא"כ אכתי קשה למה אינו מבין כן גם קודם כיון שבדעתו לתת עליו את התקרה.

ועכ"פ בנוגע לעצם קושיית הקצה"ח עיין ברשב"א בד"ה שאני התם וכו' שהקשה את קושייתו, וכן הקשה בתוס' רעק"א על משניות כאן בסוף אות ה', ועיי"ש במה שתירצו, וכן עיין עוד בריטב"א בד"ה הדרא וכו' ובד"ה שאני הכא.

דף ו' ע"א

פט) לא ליתרע אשיתאי.

יש לעיין באופן שעשה את החלונות אח"כ כשהחליט להשתתף עם הבונה, האם

יצטרך לפייס את הבונה בדמים עבור מה שנחלש הכותל, נוסף על מה שהוא משתתף בהוצאות הכותל (רק דמכיון שהוא רשאי לקבוע את החלונות בעל כרחו של הבונה על מנת לפייסו בדמים, לכן הקדים הבונה לקבעם שם כי נוח לו בכותל חזק ולא בכותל רעוע ופיוס בדמים).

אבל עכ"פ הא מיהא משמע שהוא בודאי רשאי לקבוע שם אח"כ חלונות, לכה"פ על מנת לפייסו וכהנ"ל.

ועיין עוד לעיל באות ע"ה שהבאנו את שיטות הראשונים בענין היכא ששותף אחד רוצה להגביה את הכותל למעלה מד"א האם השני יכול לעכבו בטענה שלא ניחא לי' דליתרע אשיתי', וכן האם המגביה צריך לפייסו בדמים עבור זה.

צ) רב יוסף אמר אחזיק להורדי אחזיק לכשורי.

עיין ברא"ש שהביא את שיטת רבינו יונה שהיכא שברור לנו שבתחילה היתה לו זכות לסמוך רק את הדבר הקל לחוד, אסור לו להוסיף אח"כ דבר כבוד, רק שהכא איירי באופן שהוא טוען שקנה ממנו בלשון סתם שיהי' מותר לו לסמוך עליו, ומש"ה אע"פ שלבסוף סמך רק הורדי, אבל למה יפסיד בגלל זה את זכותו לסמוך גם כשורי אם יחליט אח"כ לעשות כן עכ"ד. ולפי דרכו י"ל דפליגי הלישנא קמא בדברי רב נחמן ורב יוסף בענין אם יש בכלל לשון סתם רק הורדי או האם יש בכללה גם כשורי. גם י"ל שפליגי באם זה נחשב שמחל על הזכות לכשורי, ועכשיו שרוצה, כבר אין הראשון מסכים לזה (ועי' בהאות הבאה בענין אם מחילה בחזרה

תועיל או אם צריכים שיקנה לו בחזרה). מיהו עיין בחזו"א בסי' ג' ריש סק"ה שפירש שיתכן דאיירי כאן גם באופן שהזכירו להדיא הורדי, רק שלא פירשו להדיא שלא יהי' רשאי לסמוך כשורי, וכן יתכן דאיירי באופן שיש הכחשה ביניהם, דהיינו שהמחזיק טוען שהסכימו בפירוש שיהי' רשאי לסמוך גם כשורי והבעלים טוענים שהסכימו בפירוש לשלול כשורי, וביאר החזו"א שרב יוסף סובר שכיון שאין הדרך לעשות הסכמה לחצאין (דהיינו להורדי ולא לכשורי) לכן כשהסכימו על הורדי, בודאי שגם כשורי הוא בכלל, וכן כשיש הכחשה ביניהם, זה שאומר שהתנו למעט כשורי, עליו לברר, ור"נ בהלישנא קמא סובר שכיון ששכיח קצת לעשות הסכמה לחצאין הרי בעל הכותל מיקרי מוחזק.

צא) ההגה שברש"י.

וז"ל, וכיון דמשתמש זה לפניו ושותק י"ל נטל רשות ממנו או נתן לו ממון ומכר לו תשמיש זה עכ"ל. הנה י"ל שמה שכתב שנטל ממנו רשות, כוונתו היא למתנה בקנין שטר או חזקה.

גם י"ל כהקצה"ח בסי' קנ"ג סק"ג שכתב שמאחר שהוא מרשה לו להשתמש א"כ מעתה חשיבא ההשתמשות גופה כמעשה קנין של חזקה לענין לקנות את הזכות בהקרקע לאותה השתמשות.

גם י"ל שכוונתו היא שהוא טוען שנתן לו רשות ולעולם הרי זה מועיל גם בלי לעשות קנין וכדברי הרשב"א בדף כ"ח ע"ב (על קושיית הגמרא שם של חזקה שאין עמה טענה) שכתב ששפיר יכול אדם למחול

השתמשות לחבירו, והרי חבירו זוכה בהשתמשות בלי לעשות קנין, דבעל החצר יכול למחול לו שלא יסלק אותו משם, רק דס"ל לבעל ההגה דהיינו רק ע"י טענה שמחל לו בפירושו, אבל שתיקתו אינה ראי' שהוא מוחל עכשיו.

צב) הדעות בענין איך מחזיקים בתשמישין וניזקיין.

הנה יש כמה שיטות בזה, ובאות זו נברר ונסדר את כל השיטות, ובאות צ"ג וצ"ד נבאר את סברות הדבר.

א. שיטת רש"י והרשב"ם ובעל ההגה שברש"י.

מפירושו של רש"י גבי כשורא דמטלתא מבואר דס"ל שאין צריכים ג' שנים לחזקת תשמישים שהרי הוא מפרש שקאי שם על מי שעושה חזקת תשמישים בכותלו של חבירו (ולא כר"ת שפירש דקאי על המשנה עיי"ש בתוס'), והרי להדיא איתא שם שאין צריכים ג' שנים אלא סגי בל' יום או בלאלתר עיי"ש. וכן כתב הרשב"ם בדף מ"א ע"א בפירושו על המשנה שם דסגי ביום אחד. וכן הביאו תוס' בע"ב כאן שהרשב"ם סובר שלא לתר הוא חזקה. מיהו טענה שפיר צריכים דהיינו שיטעון שקנה ממנו את ההשתמשות (אבל השתיקה עצמה אינה מועלת בתורת מחילה) וכמש"כ רש"י בע"ב כאן בד"ה לא היא חזקה וז"ל, פייסתיך במעות עד עולם עכ"ל. וכן כתב הרשב"ם בדף מ"א שם. וכ"כ בעל ההגה שברש"י כאן. הרי דס"ל לרש"י ולהרשב"ם ולבעל ההגה שאין צריכים ג"ש, אבל טענה שפיר בעינן.

ועיין בטור בסי' קנ"ג (קרוב לסופו) שכתב וז"ל, פירשב"ם שלחזקה כזאת אין צריך ג' שנים אלא בדבר שיש בו חסרון קרקע כגון פתיחת חלונות מרוב ומזחילה שהם תשמישים גדולים, ורגילים לכתוב עליו שטר, אבל תשמיש קטן כזה אין רגילים לכתוב עליו שטר, הלכך לאלתר הוא חזקה אבל טענה צריך עכ"ל. והנה הב"ח שם כתב שכדברי הטור בשם הרשב"ם במה שחילק בין תשמיש גדול לתשמיש קטן איתא בדברי ההגה שברש"י כאן. וז"ל ההגה, דלא שייך שלש שנים אלא גבי חזקה שמחזיק בשדה חבירו ואומר לקחתיו ממך אבל הכא בחזקת תשמישין בעלמא מיירי וכו' עכ"ל, והבין הב"ח שהטור מפרש שכוונת ההגה היא כך, שרק בתשמיש קטן הוא חזקה לאלתר כי אין כותבין על זה שטר, וזהו שכתב בעל ההגה "תשמיש בעלמא", אבל על תשמיש גדול שפיר כותבין שטר ולכן צריכים ג' שנים. מיהו באמת בדברי ההגה לא הוזכר הענין של שטר, ועוד שמתחילת לשון ההגה משמע שצריכים ג"ש רק כשטוען שקנה את גוף השדה ממש, ומפשטות לשון ההגה משמע שסברתו היא משום דהוי חידוש יותר גדול לומר שמכר את הקרקע מלומר שמכר רק תשמיש, ומש"ה בכדי להחזיק בתשמישין אין צריכים ראי' גדולה של ג"ש (מיהו סברא זו אינה ברורה כל כך) ועיין גם בב"י שם שכתב שמדברי ההגה משמע שאינו מחלק בין תשמיש גדול לתשמיש קטן, ודלא כהב"ח.

וביותר נראה לומר שכוונת הטור היא לדברי הרשב"ם בדף ג"ז ע"א בתחילת המשנה שהזכיר להדיא חזקת ג"ש לענין

לפי רבי ישמעאל ור"ע בהמשנה שם אבל לפי חכמים לא שייך להצריך בגודרות ג"ש כיון שאין כותבים עליהן שטר. ועכ"פ הרי מבואר מעתה ששיטת רש"י והרשב"ם היא שבתשמיש גדול צריכים ג"ש משא"כ בתשמיש קטן, ודעת ההגה שברש"י היא שגם בתשמיש גדול אין צריכים ג"ש, אבל טענה תמיד צריכים דהא הרשב"ם בדף נ"ז שם הזכיר שצריכים טענה אפילו כשהחזיק ג"ש ולא תלינן במחילה, ומסתמא כן סובר גם רש"י, ועיין בזה באות קי"ג.

ב. שיטת הריב"ם.

הריב"ם בתוס' בדף כ"ג ע"א בד"ה והא וכו' סובר שהחזקה הנזכרת בסוגיין הרי היא של ג"ש אבל אין צריכים טענת מכירה, וזה הוא להיפך מהשיטה הנ"ל שהבאנו בסק"א שסוברת שהחזקה הנזכרת בסוגיין הרי היא בפחות מג"ש אבל טענה שפיר צריכים (וג"ש צריכים רק בתשמיש גדול אבל לא בכשורי והורדי דסוגיין).

ג. שיטת הרא"ש.

שיטת הרא"ש היא שצריכים גם ג"ש וגם טענת מכירה, וכן כתב הנ"י בשם ר"ת והרשב"א, וכן היא דעת תוס' בדף כ"ג ע"א בד"ה והא וכו' במה שהקשו על הריב"ם שם (דהא משמע דס"ל לתוס' שם שצריכים טענה בכל הצוירים של חזקת תשמישים ולא רק בהורדי לענין שיהי' נחשב חזקה גם לכשורי, ואע"פ שמצד הסברא יש מקום לחלק וכמו שהזכירו תוס' עצמם שם בקושייתם על הריב"ם, אבל בכל זאת משמע מלשונם שם שהם באים להצריך טענה בכל הצוירים, וכן מבואר להדיא לפי הגהת הב"ח שם).

תשמישין, וכן כתב בדף נ"ט ע"א לפני המשנה עיי"ש, וא"כ הרי זה סותר את דבריו שבדף מ"א, ובע"כ צריכים לחלק כחילוקן של הטור (מיהו עיין בנחלת דוד בתחילת ד"ה אר"נ שכתב כדרכו של הב"ח שההגה שברש"י הרי היא מהרשב"ם).

ועיין גם ברש"י בדף ז' ע"א בד"ה בדנפשי וכו', ובדף כ"ב ע"א בד"ה והחלונות, שהזכיר ג"ש לגבי חזקת תשמישין, וא"כ גם בדעת רש"י צ"ל כהנ"ל כדי שלא יסתרו דבריו שם את מה שכבר הבאנו משמו שאין צריכים ג"ש. ובדף י"ט ע"א בד"ה בחורש לאילנות כתב רש"י "ימים רבים", עי' בדברינו שם באות קפ"ז (וע"ע באות קט"ז סק"ב שנביא ביאור אחר בדעת רש"י בדף ז' מספר משנת רבי אהרן בעמוד צ"א).

ועכ"פ יש לעיין בביאורו של הטור לחילוק זה, דהיינו מה שכתב שעל תשמיש גדול כותבין שטר ומש"ה צריכים ג"ש, דהא לפ"ז לכאורה יוצא שלגודרות שאין כותבין עליהם שטר אין צריכים ג"ש, ואילו הרשב"ם בדף ל"ו ע"א בד"ה ומשני וכו' כתב שגודרות יש להם חזקה לאחר ג"ש, וא"כ חזינן שגם היכא דליכא שטר יתכן שיעור של ג"ש, ורק לאחר ג"ש יש טענה למה לא מיחה (וענין זה יבואר באריכות בפרק חזקת הבתים), וא"כ ה"ה שיש לבאר שגם על תשמיש גדול אין עושים שטר, רק שבכל זאת צריכים ראי' גדולה של ג' שנים משום דהוי חידוש יותר גדול לומר שמכר לו או נתן לו תשמיש גדול מלומר שמכר לו או נתן לו תשמיש קטן ומש"ה לתשמיש גדול צריכים ראי' גדולה של ג"ש.

מיהו הקו"ש באות ק"ס כתב שכוונת הרשב"ם בדף ל"ו שם גבי גודרות היא רק

ד. שיטת הגאונים.

הראשונים כאן הביאו בשם הגאונים שאין צריכים לא טענת מכירה ולא ג"ש.

ה. הדרך שיש לחלק לענין אם צריכים ג"ש, בין היכא שבא בטענה לבין היכא שאינו בא בטענה.

עייין ברש"ש בדף כ"ג ע"א שהקשה למה תוס' בע"ב כאן הביאו את דברי הרשב"ם דהוי חזקה לאלתר בלי שום חולק ואילו בדף כ"ג הביאו את דברי הריב"ם שצריכים ג"ש בלי שום חולק.

ורצה הרש"ש לחדש שאולי גם הריב"ם מצריך ג"ש רק היכא שאינו בא בטענת מכירה או מתנה אבל כשהוא בא בטענה גם הריב"ם מודה דהוי חזקה לאלתר.

ולפי הרש"ש יוצא שהיכא שאינו בא בטענה, אלא רוצים לומר ששתיקתו תוכיח שהוא מוחל, בכה"ג צריכים ראי' גדולה של שתיקת ג"ש. וי"ל דהיינו משום שלא מסתבר כל כך לומר ששתק בכוונה למחול, ולכן צריכים שתיקת ג"ש שזה מראה יותר שכוונתו היא למחול, אבל היכא שהוא בא בטענת מכירה או מתנה, שהם דברים רגילים ומצויים, בזה סגי בראי' קטנה של שתיקה שעה אחת, וצ"ע.

ועי' עוד לקמן באות תל"ח שביארתי את דברי תוס' בדף מ"א על פי שיטה זו.

ו. דעת השט"מ.

עייין בשט"מ בד"ה עוד יש לתרץ וכו' שהובאה דעה שהיכא שהוא מחזיק בכח מסוים בגוף הקרקע כגון בשופכי, או בחלונות (שחזקת חלונות מונעת את חבריו מלבנות כנגדן עד שיתרחק ד"א, וכן

בחלונות יש שם היזק ראי' שזה נחשב היזק לקרקע חבריו כמש"כ שם, וא"כ יוצא שע"י החזקה מקבל המחזיק זכויות בגוף הקרקע, אז הרי אנו צריכים גם טענת מכירה וגם ג"ש כי שפיר כותבים על זה שטרות, אבל היכא שהוא מחזיק בהשתמשות של כותל ולא בהשתמשות בגוף הקרקע, אז אין אנו צריכים טענה וג"ש (עייין לעיל במש"כ הטור בשם הרשב"ם).

ז. דעת הסוברים שבחזקת תשמישין צריכים ג"ש וטענה משא"כ בחזקת ניוזקין.

הנה הרמ"א בסי' קנ"ג סעיף ט"ז גבי חזקת תשמישין הביא את ב' הדעות באם צריכים ג"ש וטענת מכירה או לא, ולא הכריע, אבל בסי' קנ"ה סעיף ל"ה הכריע דסגי בלא טענה וכן בלא חזקת ג"ש. והעיר שושן, והט"ז והגר"א בסי' קנ"ה שם, כתבו דהא דהכריע הרמ"א רק בסי' קנ"ה הרי זה משום שהמתין עד המקום האחרון שנזכר ענין זה. ברם הסמ"ע בסי' קנ"ג סקל"ב כתב לחלק שהרמ"א מספקא לי' כמאן הלכתא, וממילא בחזקת ניוזקין (כמו בסי' קנ"ה שם) פסק לזכותו של המחזיק, דמכיון שהוא משתמש בתוך שלו הרי הוא זה שנקרא מוחזק*), משא"כ בחזקת תשמישין שהוא משתמש בתוך של חבריו מספקא לי' להרמ"א מי מיקרי המוחזק ולכן לא הכריע.

(* ועי' בתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסוף סי' קנ"ה שכתב שהיכא שיש ספיקא דדינא, כגון הספק אם מהני קנין בקוטרא וביה"כ, אז אם סמך כבר, אין מחייבין אותו להתרחק, אבל אם בא לסמוך אין מניחין אותו, דומה למה שאמרו ארעא היכא דקיימא תיקום, זווי היכא דקיימי לוקמי עכ"ל.

קרקע כסותי והפטר, משא"כ בזיו ומזחילה שבא להחזיק בשל חבירו, דעתו (של הרמ"א) להכריע דבעי קנין קרקע לפירות, ולכן כתב דבעי ג"ש וטענה, דהיינו שיטעון שקנה בקנין וכו' עכ"ל.

ודע שגם מדברי הרמב"ן בדף נ"ז בד"ה הא דתנן וכו' נראה כדברי הנתיחה"מ, וז"ל שם, הא דתנן אלו דברים שאין להם חזקה ואלו דברים שיש להם חזקה, בחזקת שלש שנים היא ובבא בטענה, שזו גוף הקרקע הוא, ואין לשתיקה חזקה אלא בניזקין כגון שעושה בתוך שלו, אבל משתמש בשל חבירו טענה בעי וכו' עכ"ל.

וע"ע בדבריו במלחמות כאן שיש לדייק דס"ל כהסמ"ע שיש חילוק בין נזיקין לתשמישין ודלא כהע"ש והט"ז והגר"א, דעיי"ש שהביא ממעשה דרב יוסף שברף כ"ג ע"א שאין צריכים טענה, וביאר דהיינו משום שלא הי' מדובר שם בענין להחזיק בגוף השדה שהרי לא נזכר בגמ' שהיו טוענים שקנו את גוף השדה, ושוב הוסיף הרמב"ן בזה"ל, שהאומנין הללו לא היו נכנסין לתוך שלו אלא יושבין בצלו של האילן וכו' עכ"ל, ולכאורה יש לעיין מה היא כוונת הרמב"ן בזה, דהא אפילו אם שפיר היו נכנסין, אבל הרי לא רצו לזכות בגוף השדה, וא"כ אכתי אתי שפיר הא דאין

והנה כבר הבאנו שהט"ז בסי' קנ"ה שם כתב שכוונת הרמ"א היא להכריע בכולם שאין צריכים חג"ש וטענה, והוסיף הט"ז שם שטעם ההכרעה הוא משום שהמוציא מחבירו עליו הראי', כלומר שבכולם המחזיק הרי הוא זה שנקרא המוחזק בההשתמשות, וכ"כ הנ"י בסוגיין דמכיון שספיקא היא אם צריכים ג"ש וטענה, לכן מכריעים לזכותו של המחזיק וז"ל, שאם שבקינן ל"י בחזקתי לא עבדינן מידי, אבל אי הוי מפקינן ל"י מחזקתי הוינן כמוציא מחבירו עכ"ל, וקאי שם הנ"י גם על חזקת תשמישין ולא רק על חזקת נזיקין עיי"ש. מיהו באמת יש לעיין למה מיקרי המשתמש בגדר מוחזק הלא אדרבה בזה שאנו מזכים את המחזיק הרי אנו מרשים לו להוציא תשמיש מבעל הקרקע מכאן ולהבא. ובאמת כדי לקנות את התשמיש צריכים שיקנה זכות בעצם הקרקע בשביל להשתמש בו והרי על זה יש להראשון חזקת מרא קמא דקרקע בחזקת בעלי עומדת*).

ועכ"פ עיין בנתיחה"מ בסי' קנ"ג סקי"ג שכתב ג"כ לחלק בין חזקת תשמישין לחזקת נזיקין מטעם אחר, ולא מטעם איך להכריע בספק וז"ל, ולענ"ד נראה לחלק דבהרחקות, כשעושה הדבר בשלו, רק שמזיק לחבירו, במחילה סגי, דהוי כאומר

נקראים מוחזקים, דהא גם המחזיק מודה שגוף הקרקע שייכת להם ואין המחזיק טוען אלא זכות השתמשות, וא"כ נמצא שניהם הם מוחזקים, רק שהיכא שהשתמש שם לבדו ובעל הקרקע לא השתמש עמו כלל באותן ג"ש, אז הרי הוא נאמן שקנה את התשמיש במיגו שהי' יכול לטעון על גוף הקרקע לקוח היא בידי ולנצח בחג"ש (ואין זה נקרא מיגו להוציא כיון שלגבי מוחזקות שניהם שוים וכהנ"ל).

(* שו"ר באבן האזל בפ"ה מהל' שכנים ה"ה שנקט שא"א להכריע לצדו של המשתמש מצד זה שהוא נקרא מוחזק, דעיי"ש שכתב בדעת הרמב"ם (וכן בדעת רבי יוסי בירושלמי) שבאמת חג"ש אינה צריכה להועיל גבי תשמישין, והיינו משום שבאמת אין בכח חזקת ג"ש להכריע את הספק, אלא הרי היא מועלת רק לעשות את המחזיק מוחזק על הקרקע וכמו שביאר שם, ואילו הכא גבי תשמישין הרי גם הבעלים

צריכים טענה, וא"כ למה הוצרך הרמב"ן לומר שלא נכנסו, ולכאורה משמע דס"ל להרמב"ן דנהי שלענין נזיקין אין צריכים טענת מכירה או מתנה, אבל מ"מ לענין השתמשות שפיר צריכים טענת מכירה או מתנה, ולכן הוצרך הרמב"ן להוסיף שלא היו נכנסין ומשתמשין. מיהו אע"פ שכן משמע מדבריו, אבל לכאורה א"א לומר כן, דהא הרמב"ן קאי שם בדעת הגאונים שסוברים שגם בהשתמשות אין צריכים טענה וכמו שהביא שם, וצ"ע.

ח. דעת הסוברים שצריכים ל' יום.

הרמ"ה באות נ"ט כתב שחזינן מכשורא דמטלתא שאין צריכים ג"ש אלא סגי בל' יום. ובפחות מל' יום לא סגי אלא א"כ עשה מידי דקביעותא כמו חברי' בטינא, דאז הוי חזקה לאלתר אע"פ שלא עברו ל' יום. והאבן האזל בפ"א מהל' שכנים ה"ד רצה לומר שכן סובר גם הראב"ד (ודלא כהבנת המ"מ בדעת הראב"ד כמו שהביא שם).

והוסיף הרמ"ה דהני מילי היכא שיש עדים שמעידים שהבעלים ראו ושתקו, אבל בלא עדים, צריכים ג"ש, ולאחר ג"ש נאמן המחזיק לומר שהבעלים ראו במיגו שהי' יכול לומר שקנה בשטר ולנצח בחזקה ג"ש (וע"ע בשט"מ ד"ה עוד).

ועוד הוסיף הרמ"ה בסוף דבריו שם דהא שצריכים ל' יום הרי זה רק היכא דהוה הכותל מעיקרא של חברו, אבל בכותל חצר של שנים שהי' גבוה יותר מד"א ונפל ושוב הגביה אותו שותף אחד יותר מד"א והשני נעץ בו קורות בטענה ששילם חלקו גם עבור מה שלמעלה מד"א, הרי הוא נאמן לאלתר עיי"ש.

ומהרמב"ן במלחמות כאן משמע שרק בהציוור של כשורא דמטלתא השיעור הוא ל' יום אבל בשאר דברים השיעור הוא בכל אחד לפי השיעור של קפידא של כל דבר ודבר.

ועיין עוד בספר משנת רבי אהרן בעמוד צ"ט אות י"ד שהביא ששיטת הראב"ד בסוף פרק חזקת הבתים היא שחזקת תשמישין צריכה ל' יום, וכתב שמקורו של הראב"ד הוא מסוגיא דידן, ועוד הביא את דברי הראב"ד בשט"מ כאן שמה שאמרה הגמרא שבסוכת מצוה השיעור הוא ז' ימים הרי זה קאי על לפניו, דהיינו שאם היא סוכת מצוה אז אע"פ שנגמרו כבר הל' יום בתוך החג אינה חזקה עד שיעברו גם ז' ימי החג, וכתב הגרא"ק שלפי פירושו גם הדין של חיברו בטינא קאי על לאחר ל' יום, והיינו שאם חיברו בטינא, אז היא חזקה לאלתר לאחר שעברו הל' יום, ואפילו בסוכת מצוה בתוך החג, אבל לעולם צריכים שיעברו ל' יום.

ט. דעת הסוברים שצריכים חזקה ע"י מעשה ולא ע"י שוא"ת.

הרמב"ם בפ"ב מהל' שכנים הי"ד פסק שאין חזקה להיזק ראי' ואפילו אם עמדו שנים רבות בלא כותל יכול אחד מהם לכוף את השני לבנות, וכתב המ"מ שטעם הדבר הוא משום שאין חזקה בלי לעשות מעשה, אבל אם פתח חלון על חצר חברו, אז שפיר יש חזקה להיזק ראי'.

וע"ע במאירי בדף ו' ע"ב בד"ה קדם ועשה וכו' שכתב שאם יש שני שותפים, והי' לאחד מהם זכות מסוים ולא השתמש בו, ואח"כ החליט להשתמש בו, אין השני יכול לטעון שכבר קיבל חזקה שהראשון לא

יעשה כן, וביאר דהיינו משום שהשני לא עשה חזקה שיש בה מעשה עיי"ש בהציורים שכתב המאירי. וע"ע בדברי המאירי בדף ז' ע"א ד"ה שני אחין.

עכ"ל, הרי שהרמ"ה סובר שאין כאן שטר כי המחזיק זוכה מכח מחילה דעכשיו ולא מכח מכירה או מתנה.

ב. והנה גם יש לבאר את המחלוקת אם צריכים ג"ש בדרך אחרת, והיינו שלעולם לא כתבין שטר על הדברים האלו, רק שבכל זאת י"ל שצריכים ג"ש והיינו על פי מה שנבאר באות רל"ד שיש אומרים שאפילו היכא דלא כתבין שטר צריכים ג"ש, או משום לא פלוג, או משום שתמיד השיעור של קפידא הוא ג' שנים.

צג) הסברות להצריך ג"ש או לא.

א. הנה כבר הבאנו בהאות הקודמת דפליגי קמאי בענין אם צריכים בחזקת ניזקין ותשמישין ג"ש או אם הוי חזקה בפחות. והנה לקמן באות רנ"ב גבי חזקת קרקעות נביא שי"א שבאמת יש טענה מיד על המערער למה לא מיחה, רק שצריכים ג"ש כדי לסלק מעל המחזיק את הטענה של אחוי שטרך, וא"כ לפ"ז בחזקת תשמישין הכל תלוי באם כותבין שטר על דברים אלו או לא. ועיין גם ברמ"ה כאן באות נ"ט שביאר שאין צריכים ג"ש משום שאין כותבין שטר על דברים אלו. וכן מבואר בטור בסי' קנ"ג קרוב לסופו בשם הרשב"ם. ברם בענין למה אין כאן שטר יש חילוק ביניהם, דהטור כתב וז"ל, אבל תשמיש קטן אין רגילין לכתוב עליו שטר הלכך לאלתר הוי חזקה, אבל טענה (כלומר טענת מכירה או מתנה) צריך עכ"ל, הרי שלפי הטור מכיון שצריכים טענת מכירה, שייך על זה שטר, רק שאין רגילין לכתוב שטר על מכירת תשמיש קטן, ואילו הרמ"ה כתב וז"ל, אבל לתשמישתא בעלמא והוא הדין לניזקין כיון דבשתיקה בעלמא קיימא חזקה כדבעי לברורי בפרק חזקת הבתים וכו' (כלומר שאין צריכים טענת מכירה או מתנה) לא שייך ב' שטרא כי היכי דלימא ל' אחוי שטרך, הלכך לא בעי ג"ש וכו'.

צד) הסברות להצריך טענה או לא.

א. הנה כבר הבאנו באות צ"ב דפליגי קמאי בענין אם צריכים בחזקת ניזקין ותשמישין שיטעון המחזיק שקנה ממנו את התשמיש או האם עצם שתיקתם של הבעלים מהני לזכותו עכשיו. ויש לבאר בפשטות דפליגי באם מסתבר לומר ששתיקתו מראה שהוא מוחל בשעת שתיקתו, או האם לא מסתבר לומר כן. ועיין באבן האזל בפ"ח מהל' שכנים ה"ג שחילק לפי הראב"ד דבניזקין נקטינן שבודאי אינו מוחל ולכן בחזקת ניזקין ס"ל להראב"ד שצריכים טענה, משא"כ בתשמישין שפיר נקטינן שהוא מוחל.

ב. גם יש לבאר את המחלוקת הנ"ל בדרך אחרת, והיינו שאלו שמצריכים טענה סוברים שאפילו אם כוונתו היא למחול עכשיו אבל בכל זאת מחילה מועלת רק על חובות ושיעבודים אבל לא בכדי להקנות לו דברים חיוביים כגון זכות השתמשות והיזק,

וכן כתב הנ"י בדף י"ב ע"א בדפי הרי"ף בדבריו על המשנה בדף כ"ג ע"א. ודעת הסוברים שאין צריכים טענה י"ל שטעמם הוא כדברי הרשב"א בדף כ"ח ע"ב (על קושיית הגמרא שם של חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה) שכתב שגם בחזקת תשמישין וניזקין שייך גדר של מחילה, והיינו משום שיש לו שיעבוד על חברו שלא ישתמש חברו בהקרקע שלו וע"י מחילה הרי הוא מוחל לחברו שיעבוד זה. והנה דברי הרשב"א הנ"ל צריכים ביאור אבל עכ"פ לפי דרכו לכאורה הי' שייך לחלק ולומר שבניזקין שפיר מועלת מחילה משום שבכה"ג הרי המזיק עושה בתוך שלו אלא שהוא משועבד שלא להזיק את חברו ולכן על זה שפיר מהניא מחילה, אבל על תשמישין לא מהניא מחילה כי בתשמישין הרי זה נחשב שהוא מקבל זכות ממשיית בשדהו של חברו, ולכן שפיר צריכים קנין, ומש"ה בכה"ג שפיר יצטרך לטעון טענת מכירה, וע"י לעיל באות צ"ב סק"ז שהבאתי דעה כזו. מיהו הרשב"א כתב שם להדיא שעל תשמישין שפיר מהני מחילה. ועכ"פ הקצה"ח בסי' קנ"ג סק"ג כתב דרך אחרת (ולא הדרך של הרשב"א) כדי לבאר למה בחזקת תשמישין אין צריכים טענת מכירה וקנין, והיינו משום שהתשמיש גופי' משמש כקנין חזקה לקנות לו בהקרקע את הזכות להשתמש אותו תשמיש, ולכן כיון דשתיק וגילה דעתו דניחא לי', שוב מועלת תשמישו של המחזיק בתורת קנין חזקה. ובסי' קנ"ה סקט"ז הוסיף להקשות דהניחא בחזקת השתמשות שהיא זכות חיובית בקרקע חברו אבל בחזקת ניזקין שהוא עושה בתוך שלו למה אין חברו יכול

לחזור בו, דהא בכה"ג לא שייך לומר שהשתמשות היא קנין חזקה דהא אינו משתמש כלום בחצר חברו אלא בתוך שלו. והנה האבן האזל בפ"א ה"ד בד"ה אלא דאכתי צריך לבאר וכו' כתב ליישב את קושיית הקצה"ח הנ"ל בסי' קנ"ה ע"י שנאמר שגם בחזקת ניזקין שייך קנין חזקה וז"ל, מ"מ י"ל דכיון דגרמת ההיזק לחברו היא מסיבת היתר תשמישו, הוי זה כמו שימוש בשל חברו עכ"ל. וכעין זה כתב בפ"א שם ה"ג בד"ה ובאופן וז"ל, דבקרע כסותי אם הי' להקרע איזה תועלת וזכות בזה והחזיק בכסותו לקרעה ע"פ דיבורו, ודאי לא הי' יכול לחזור כי כבר זכה, רק דבקרע כסותי לא שייך זכות בזה, אבל בניזקין כמו משרה לירק, כיון שלבעל המשרה יש זכות בזה להחזיק המשרה, אף שמזיקת להירק, וכיון שהחזיק וזכה בזה, הוי כמו חזקת תשמישין דמהני חזקה עכ"ל. מיהו הקצה"ח עצמו שם תירץ שבאמת כל ההרחקות של נזקי שכנים אינן משום דחשיב מזיק ממש, אלא לעולם אין עליו שום תורת מזיק כלל כיון שהוא עושה בתוך שלו, רק שחכמים תיקנו את ההרחקות האלו בין השכנים, והם אמרו דהיכא שסמך בהיתר, שוב אינו צריך להתרחק, וא"כ היכא שמחל הניזק הרי המחזיק נחשב כמי שסמך בהיתר ולכן שוב אינו צריך להתרחק, ואפילו לפי השיטה שלא מהני תמיד סמך בהיתר, אבל מ"מ גם הוא מודה שנתנית רשות עדיפא טפי, ושפיר מהני (משא"כ בקרע כסותי דחשיב מזיק ממש, הרי הוא שפיר יכול לחזור בו ממחילתו), כן נראה כוונת הקצה"ח שם, ועוד נאריך ביסוד החיוב של ההרחקות של שכנים באות קנ"א.

והנה כבר כתבנו לעיל שלפי סברתו של הרשב"א הי' מקום לחלק ולומר שרק בחזקת תשמישין צריכים טענה אבל לא בחזקת ניזקין. ומעתה נראה שלפי הסברות הנ"ל שכתב הקצה"ח יש מקום לומר איפכא, והיינו שרק בחזקת ניזקין צריכים טענה אבל לא בחזקת תשמישין, והיינו ע"י שנתפוס את דברי הקצה"ח בסי' קנ"ג אבל לא את דבריו בסי' קנ"ה, דלפ"ז יוצא שבחזקת תשמישין היא שתיקתו בגדר ראי' דניחא ל"י ושוב מועלת תשמישו של המחזיק בתורת קנין חזקה וכמש"כ הקצה"ח בסי' קנ"ג, אבל בחזקת ניזקין דלא שייך קנין חזקה כיון שהוא עושה בתוך שלו (ודלא כמו שכתבנו בשם האבן האזל), אז הרי הוא יכול לזכות רק ע"י שהוא טוען שהוא עשה עמו קנין סודר (ודלא כדרכו של הקצה"ח בסי' קנ"ה שגם בחזקת ניזקין אין צריכים טענה).

ועכ"פ כעין הדרך הנ"ל כתב בספר משנת רבי אהרן בעמוד צ"ה בביאור דעת הראב"ד לפי הבנת המ"מ בדבריו, דעיין בפ"א מהל' שכנים הי"ד שביאר המ"מ דס"ל להראב"ד שבחזקת ניזקין צריכים ג"ש וטענה, ואילו בפ"ה ה"ה לענין חזקת תשמישין ביאר המ"מ דס"ל להראב"ד דמהני לאלתר, וביאר הגרא"ק דהיינו משום דס"ל שבחזקת תשמישין אין צריכים טענה שקנה ממנו קודם אלא מהני סבלנות ומחילה כי המחזיק קונה את זכות ההשתמשות ע"י ההשתמשות עצמה, ומש"ה הוי חזקה לאלתר, אבל בניזקין לא מהני סבלנות אלא הרי זה כמו קרע כסותי דיכול להתחרט, ומש"ה צריכים טענה שעשה עמו קנין סודר להדיא, והרי כל היכא

שצריכים טענה שעשה עמו קנין צריכים חזקה של ג"ש כמו שהביא בשם הרמב"ן בהסכמת כל הגאונים. וע"ע בספר משנת רבי אהרן לעיל שם שהאריך בזה (ולא צוין שם לדברי הקצה"ח. ועע"ש איך שהגדיר את השיטה שקנין ממש הרי הוא אלים ושפיר מהני, והיינו שכוונתם היא לומר שהוא קונה זכות בשדהו של חבירו להזיקו). והנה לפי דברי הקצה"ח יש גם להמציא דרך הפוכה מכל הנ"ל, והיינו כמו שצידדתי כבר לעיל כשהבאתי את דברי הרשב"א שרק בחזקת ניזקין אין צריכים טענה אבל בחזקת תשמישין צריכים שפיר טענה, דלפי מה שהבאנו לעיל יש להמציא כן ע"י שנתפוס את דברי הקצה"ח בסי' קנ"ה אבל לא את דבריו בסי' קנ"ג, דלפ"ז י"ל שרק בחזקת ניזקין אין צריכים טענה משום שכיון שהבעל הבית שתק שעה אחת ונתרצה הרי זה נקרא שהמזיק סמך בהיתר וממילא שוב מותר לו להשאר שם ולעשות בתוך שלו, אבל בחזקת תשמישין שהוא עושה בתוך של חבירו הרי צריכים שיקנה את הזכות של תשמיש זה בתוך הקרקע של חבירו ע"י קנין, ולכן שפיר צריכים שיטעון טענת מכירה (ודלא כהקצה"ח בסי' קנ"ג שכתב שהתשמיש גופי' הוי קנין חזקה).

דף ו' ע"ב

צה) אמר אביי שני בתים בשני צדי רה"ר וכו'.

א. בענין מה הי' יסוד התקנה של בניית כותל.

עיין בגמרא דאמר אביי שני בתים בשני צדי רה"ר זה עושה מעקה לחצי גגו וזה

עושה מעקה לחצי גגו זה שלא כנגד זה ומעדיף. ובתד"ה מהו דתימא וכו' מבואר שאחד מהם יכול לכופף את השני ולומר לו או תבנה אתה את הכל בגגך ואני אשתתף עמך במעות, או אני אבנה את הכל ואתה תשתתף עמי במעות. ויש לעיין בדין זה שכתבו תוס'.

ובתחילה יש לחקור בהא דשכנים חייבים לבנות כותל ביניהם משום היזק ראוי, האם יסוד החיוב הוא שכל אחד יבנה כותל שלם, רק שמכיון שאחד מהכותלים יהי' לחנם, משום הכי הרי הם משלשים ביניהם וכל אחד בונה רק חצי, או האם יסוד החיוב הוא שחל מתחילה על שניהם ביחד חיוב לבנות כותל אחד בשותפות. ולכאורה אם נאמר שבלי לבנות כותל הרי הוא נחשב מזיק גמור בזה שהוא מצער את חבריו בראייתו או בזה שהוא ממעט את תשמישיו בחצירו, א"נ שיש בזה איסורא משום הפסוק של שוכן לשבטיו לקמן בדרף ס' ע"א, א"כ לפי כל הדרכים האלו לכאורה חל החיוב על כל אחד מהם בנפרד לבנות כותל שלם, דהא כל אחד מהם חייב להרחיק את עצמו משום הטעמים הנ"ל, אבל אם נאמר כהרא"ש בסי' ב' שמעיקר הדין אין כאן שום ענין של הרחקת נזיקין משום שאין שום איסור להסתכל בדרך ממילא בשעת עשיית מלאכתו (וגם אינו חשוד להסתכל במכוון כדי לראות את מעשי חבריו), רק שבכל זאת

חז"ל תיקנו חיוב של בניית כותל כדי שלא יראה אפילו בשעת מלאכתו וכמו שביארנו את שיטתו לעיל בסוף אות י"ח בשם הגרש"ש, א"כ לפ"ז אכתי שפיר יש לחקור כנ"ל בענין מה היא המהות של החיוב הזה דרבנן לבנות כותל.

והנה הנ"י בריש פירקין כתב בשם הרא"ה שאם כנס אחד לתוך שלו ובנה כותל של גויל וגזית, אינו יכול לתבוע מהשני שישלם חצי כי השני יכול לטעון שאינו רוצה לקנות אבנים שמונחים על קרקע שאינו שלו [משא"כ בבקעה, ששם אין האבנים עומדים לשימוש עיי"ש בני"ן*], ומשמע שבלא טעם זה, שפיר הי' צריך להשתתף, ולכאורה מזה מוכח שהחיוב הוא חיוב אחד על שניהם ביחד לבנות כותל אחד, דלפ"ז שפיר יכול הבונה לבוא בטענה שהוא עשה גם את המחצה של השני, אבל אם נאמר שהחיוב הוא חיוב נפרד על כל אחד מהם לבנות כותל שלם לבדו, א"כ מכיון שהבונה כבר בנה על השטח שלו מהאבנים שלו, איך הוא יכול לבוא בטענה על השני שישתתף עמו, הלא הוא עשה דבר שהי' חייב באמת לעשות לבדו.

מיהו יש לדחות שבכל זאת הרי הוא יכול לתבועו כיון שסוף סוף השני נפטר על ידו מחיובו (מיהו לקמן באות ק"ט נבאר למה לא חשיב הבונה בגדר פורע את חובו של חבריו ומבריה ארי שאין לו כח לתבוע,

* ודע שהטעם הזה צריכים אנו רק בכדי לפוטרו מלהשתתף בהאבנים, כי בלא הטעם הנ"ל של הרא"ה שפיר הי' צריך להשתתף, כי גם אם הי' בונה על הקרקע שלו הרי הי' צריך לקנות אבנים (היכא שאין לו), וממילא גם עכשיו הי' צריך לקנותם מחבריו אלמלא הטעם הנ"ל של

הרא"ה, אבל הא דאינו צריך לקנות חצי מהשטח של הקרקע שבנה עליו חבריו (ואם הי' עושה כן, הרי היו האבנים מונחים באמת על רשותו), הרי זה משום טענה פשוטה שאינו חייב לקנות קרקע חדשה שלא הי' צריך לקנות בלא"ה. וע"ע לעיל באות ו' סק"ב בד"ה ועוד וכו' ולהלן שם.

וכן למה אין במה שהוא תובע את חבריו משום מדרת סדום).

מיהו לכאורה אכתי יש להביא ראי' מדברי תוס' הנ"ל בסוגיין, והיינו משום שבשלמא אם עיקר החיוב הוא ששניהם יבנו כותל אחד יחד, א"כ משום כך שפיר יכול אחד מבעלי הגגין לכוף את השני שיעשו מחיצה אחת השייכת לשניהם, במקום לעשות ב' חצאי מחיצות שכל חצי שייך רק לאחד מהם, והיינו משום שעיקר התקנה היתה באמת שתהי' לשניהם ביחד מחיצה שלימה אחת בשותפות, אבל אם נאמר שבאמת כל אחד מהם חייב לבנות לבדו, ומה שהם משתתפים במחיצה אחת הרי זה רק בדרך פשרה, א"כ איך הוא יכול לכוף את חברו לקבל פשרה זו, הלא חברו יכול לומר שהוא רוצה את הפשרה של מעדיף (אע"פ שיעלה יותר).

מיהו גם את הראי' הזאת אפשר לדחות משום שי"ל שלעולם גם כששניהם בונים מחיצה אחת הרי זה בדרך פשרה, רק שבכל זאת שפיר יכול אחד לכוף את השני לעשות כן במקום הפשרה של להעדיף, והיינו משום שבדרך זה הרי יסלקו לגמרי את ההיזק ראי' ולא יוכלו לראות אפילו בדרך אלכסון משא"כ כשרק מעדיפים הרי עדיין אפשר לראות בדרך אלכסון. א"נ י"ל שהוא יכול לכוף לפשרה זו משום שעל ידי זה ירויחו את ההוצאה המיותרת של ההעדפה. ועיין בתוס' שהזכירו את הטעם השני שהזכרנו. והרא"ש הזכיר את שני הטעמים, והרא"ש הדגיש להדיא שאלו הם הטעמים אשר בגללם הרי הוא יכול לכופו.

ב. דברי תוס' כאן.

ודע שלכאורה הדין הנ"ל שכתבו תוס'

כאן הרי הוא דלא ככל עיקר יסודו של הנ"י שהבאנו לעיל, דהא לפי הנ"י הרי גם כאן למה לא יוכל השני להשיב שהוא עצמו אינו רוצה לבנות את הכל על גגו, וגם אינו מסכים להשתתף בההוצאות של הראשון ושהראשון יבנהו על גגו כי אינו רוצה להשתתף באבנים שיהיו על גגו של אחר וכ"ש כאן שלא יוכל בנקל להשתמש בהם. מיהו מצאתי שכבר העיר הנתיחה"מ כהנ"ל בסי' ק"ס סק"א דהיינו שדברי תוס' (שהביא המחבר בסי' קנ"ט סעיף ג') הם דלא כהנ"י, והסיק הנתיחה"מ שלעולם גם תוס' מודים לדינו של הנ"י, רק דשאני הכא שהוא יכול לכוף משום שהוא לתועלת שניהם כדי להרויח את ההעדפה (אע"פ שהוא מפסיד את שימוש האבנים, וצע"ק עיי"ש).

ועכ"פ עיין בנחלת דוד כאן שכתב שמסתימת לשון הרי"ף והרמב"ם משמע שאינם סוברים כתוס' שאפשר לכוף (ועיי"ש) איך שיישב את קושיית תוס' בנוגע למה היתה ההו"א של הגמרא). ובטעמא דמילתא למה אינו יכול לכופו, כתב הנחל"ד דהיינו באמת משום שהשני יכול לטעון שיותר נוח לו שיהיו לו אבנים על חצי גגו כדי שיוכל לסמוך עליהם, ועוד שאינו רוצה לשלם בשביל אבנים שיהיו מונחים על גגו של הראשון ושהוא, השני, יצטרך לשמור את שטרו כדי להוכיח שהם שלו, ועוד שהוא רוצה שיהיו על חצי גגו כדי שיהי' מוצנע קצת מבני רה"ר (אבל בכל זאת הרי הוא יכול לטעון שאינו רוצה להניח לחבירו לבנות את כל המעקה על גגו, כמו שביאר הנ"י).

מיהו לכאורה הטעמים שכתב הנחלת דוד הרי הם נכונים רק לפי מה שכתבו תוס'

שהראשון רוצה לכופו בטענה שהוא רוצה לחסוך את ההעדפה, דעל זה שפיר יכול השני לטעון שזה גורם לו הפסד משום הטעמים שכתב הנחל"ד, אבל לפי הסברא שהוסיף הרא"ש שעי"ז מסתלק ההיזק ראי' לגמרי א"כ לכאורה אין הטענות הנ"ל שכתב הנחל"ד צריכות להיות מכריעות כשיש אפשרות לסלק לחלוטין את ההיזק ראי' (משא"כ כשאין אחד מהם מוכן לבנות לבדו, אז אין שום עצה אלא לעשות העדפה וכמו שמבואר בראשונים שא"א לחייב רק את אחד מהם לבנות כותל שלם, וכן א"א לחייב את שניהם כי אחד מהכותלים יהי' למותר).

ודע שלפי הסברא שכתבו תוס' שהוא יכול לכופו כדי להרויח את ההעדפה א"כ יוצא שאם השני יקבל על עצמו את כל ההעדפה, שוב א"א לכופו, אבל לפי הטעם של סילוק היזק ראי' שהוסיף הרא"ש הרי גם בכה"ג יוכל לכופו.

ועכ"פ יש לעיין למה לא כתבו תוס' את הטעם של סילוק היזק ראי' שכתב הרא"ש. ואולי אינם מפרשים כמו שמבואר מפירש"י שסגי בהעדפה מועטת, אלא הרי הם מפרשים כמו הרב אב"ד בשט"מ שפירש שהכוונה היא להעדפה גדולה באופן שגם על ידי ההעדפה מסתלק ההיזק ראי' לגמרי. מיהו לפ"ז הרי היו תוס' צריכים לחלוק על רש"י בהדיא בנוגע להפירוש של העדפה.

צו) בענין הנ"ל.

והנה יש לעיין כששותפין מתחייבים לבנות כותל בחצר משום היזק ראי', למה אין אחד מהם יכול לטעון אני אבנה חצי אורך הכותל על הקרקע שלי ומהאבנים

שלי, ואתה תבנה את החצי השני על הקרקע שלך ומהאבנים שלך, וירויה בזה שלכו"ע מותר יהי' לו להגביה את הכותל למעלה מד' אמות, עיין לעיל באות ע"ה מה שהבאתי מהגר"א [והכא אין צריכים מעדיף כי יכולים הם לבנות את שני החצאים סמוך ממש אחד להשני, דהא ליכא שום רה"ר באמצע]. ולפי הצד שהזכרנו שהחייב הוא לבנות כותל אחד ביחד, א"כ לכאורה מובן היטב למה אינו יכול לכופו לעשות כהנ"ל, והיינו משום שאין זה עיקר דינם לבנות כל אחד בנפרד. מיהו גם לפי זה אכתי למה לא יוכל לומר לו אני אבנה חצי אורך הכותל על הקרקע שלי ואתה תשתתף עמי בהאבנים וכן אתה תבנה חצי על הקרקע שלך ואני אשתתף עמך בהאבנים, דהא באופן זה הרי הם באמת שותפין בכל חלק וחלק מן הכותל. מיהו כבר הבאנו מהנתימ"מ שי"ל שגם תוס' והרא"ש מודים שהיכא שאין קיימים הטעמים של חסכון העדפה וסילוק היזק ראי' הרי השני יכול לטעון שאינו רוצה לקנות אבנים שיהיו על קרקע השני.

צז) רש"י ד"ה תוס'.

וז"ל, דאי לא קדים וכו' פשיטא דב"ד עושים פשרה ביניהם לעשות כל אחד חצי מעקה או האחד יעשה כולו וחבירו יחזיר לו שכר הורעת אשיותא, אבל השתא דקדים, יכול לטעון אידך אילו לא קדמת אותי הייתי עושה כולו בגגי אבל לחצאין לא עבידנא וכו' עכ"ל.

והנה צ"ע למה כתב שהוא צריך לתת רק את הסכום של הורעת אשיותא, דהא ממ"נ

אם הוא צריך לשלם עבור הורעת אשיותא א"כ למה אינו צריך לשלם גם עבור עצם האבנים וההשתמשות בגגו, דהא חבירו פטרו מבנין מעקה ואין כאן הפטור של מבריה ארי ומדת סדום כמו שנבאר באות ק"ט.

צח) שני בתים בשני צדי רה"ר.

הנה מדברי אב"י יוצא שגם בגג שיין היזק רא"י. וכבר הקשו תוס' שמהסוגיא להלן משמע שבעל הגג אינו ניזק בהיזק רא"י. ותירצו דשאני הכא דאיכא רה"ר באמצע.

ובשט"מ מבואר שראשונים אחרים תירצו שיש שני סוגים של גג, וגם הרמב"ם והראב"ד מחלקים על הדרך הזה (ועיין בדברי הראשונים כל פרטי הדברים איך שהגדירו את שני הסוגים). וע"ע בב"י בריש סי' ק"ס ובמה שכתבנו על דבריו באות י"ח סק"ד.

והשט"מ בשם הראב"ד כתב עוד דרך, והיינו שלקמן איירי באופן שיש גם מהצד השני של הגג שכן אחר שגם הוא מזיק אותו בהיזק רא"י ע"י שהוא רואה לתוך גגו, ומש"ה השכן שמצד זה יכול לטעון הלא בין כך ובין כך לא תוכל לעשות דברי צניעות. והנה בדעת יתר הראשונים שלא תירצו כן שמעתי דהיינו משום שהוא יכול להשיב שמפלוני אני יכול לסבול אבל לא ממך, א"נ שהוא יכול לטעון שבדעתו לגדור מהצד ההוא. מיהו באמת גם בלא"ה נראה שהטענה הזאת שהזכיר הראב"ד בנוי היא על ההנחה שיסוד ההיזק של היזק רא"י הוא במה שהרואה גורם למעט

מהשני את תשמישיו בחצירו או גגו, דלפ"ז שפיר יכול הרואה לטעון שבין כך ובין כך הרי אתה צריך למעט בגלל השכן שבהצד השני, וכן מבואר להדיא בלשון הראב"ד, אבל אם נאמר שהיזק רא"י הוא משום שלפעמים ישתמש שם וחבירו יראה אותו, ויצא לו מזה עינא בישא ולישנא בישא והעדר צניעותא וכמש"כ הרמב"ן בדף נ"ט, א"כ לפ"ז אין טענתו טענה, והיינו משום שנהי שגם הלה רואה מהצד השני, אבל אכתי הרי הוא, מהצד הזה, מוסיף היזק וצער.

גם נראה שגם לפי סברתו של הראב"ד, בחצר שיש לו שכנים משני הצדדים, אם החצר הוא גדול כל כך עד שהשכן שבהצד השני אינו רואה את הצד הזה, א"כ שוב יוצא שהוא לבדו מזיק מן הצד הזה ויצטרך לעשות מחיצה. מיהו לעיל באות י"ח סק"ב הבאנו מהמרדכי בשם הראב"ן שאם נשאר לו להשני פינה בחצירו שהוא יכול לעשות שם את תשמישיו בצינעה הרי הראשון פטור מלבנות את הכותל של היזק רא"י (ועיי"ש שביארנו את סברת הדבר), ולפי שיטתו אולי יש לדחות את הדין הנ"ל שכתבנו לפי הראב"ד, והיינו משום שנהי שהוא לבדו מזיק מהצד הזה, אבל אולי יוכל לפטור את עצמו בטענה שאילו לא הי' כאן עוד שכן מהצד השני, הי' יכול האמצעי לעשות את תשמישיו מהצד השני, ויש לדחות.

צט) שני בתים בשני צדי רה"ר.

עיין באור שמח בפ"ג מהל' שכנים ה"ה מה שרצה לחדש בלשון הרמב"ם באיך שביאר את הציור של הגמרא, וכן מש"כ

ליישוב בזה את קושיית המ"מ מלקמן ברף ס' דתנן שמותר לו לפתוח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון אם יש רה"ר מפסיק באמצע דחזינן מזה דלא כאביי (ועי' בדברי הראב"ד בשט"מ שהבאתי בהאות הקודמת מש"כ ליישב).

ק) זה עושה מעקה לחצי גגו וכו'.

א. דברי הרא"ש בענין הלשון של מעקה.

עיי' ברא"ש בסי' ה' שנתעכב על הא דאמרינן בסוגיין שבעל הגג עושה מעקה ולא אמרינן שהוא בונה כותל, ודייק מזה הרא"ש שהבונה בתוך שלו בלי שותפות חבירו הרי הוא רשאי לבנות אפילו מהוצא ודפנא*). וכבר הארכנו בשיטת הרא"ש לעיל באות ו'.

והנה הפני שלמה כאן צידד לומר שהחולקים על הרא"ש סוברים שלא דוקא אמרינן מעקה. מיהו עיי"ש שהוכיח הפני שלמה שבע"כ צ"ל שמעקה הוא באמת דוקא, דהא מבואר בסוגיין שהוא יכול לטעון שאינו רוצה לעשות את הכל על גג משום שהוא חושש שיכביד על כותלו, והק' השט"מ בשם עליות דרבינו יונה דהא גם בלא הכבדה הרי הוא יכול לטעון שאינו רוצה למעט את השטח של גגו, ותי' דהא דלא נקטו כן הרי זה משום שגם בלא"ה הי' צריך לבנות מעקה משום מצות מעקה

עכת"ד, וא"כ מוכח שגם עכשיו אינו צריך להרחיב יותר מזה אלא רק לעשותו אטום בלי חלונות, דאל"כ אכתי קשה קושייתו, וא"כ מוכח שמעקה הוא דוקא (צע"ק דאכתי יוכל לטעון שהי' עושה מעקה מפצימין ומשתמש בין הפצימין משא"כ עכשיו הרי הוא צריך לבנותו אטום).

ושוב צידד הפני שלמה לומר שהחולקים על הרא"ש סוברים שרק הכא סגי במעקה כדי שלא תחלש החומה של ביתו ע"י כותל של גויל וגזית.

ובסוף דבריו כתב שלעולם איכא למימר שמעקה הרי הוא באמת לאו דוקא ושצריכים כותל גמור כמנהג המדינה ובכל זאת לא קשה למה אמרינן שהוא טוען רק מצד הכבדת הכותל ולא מצד הפסד השטח, די"ל שרצתה הגמרא לומר טענה שמתאימה אפילו למקום שנהגו לעשות כותל אבנים דק כמו העובי של מעקה.

ב. בענין צורת המחיצה שהוא צריך לבנות כאן.

והנה כדי לקיים מצות מעקה צריכים מחיצה שאפשר לאדם לסמוך עלי' בלי ליפול. ושמעתי חוקרים אם הכא הרי הוא חייב באמת לעשות את כל המחיצה בחוזק כזה, או האם מספיק אם יעשה רק את הפצימין של מצות מעקה מחוזק כזה, אבל מה שסותם ביניהם משום היזק ראי' הרי הוא יכול לעשות אפילו ע"י סתימה חלשה, ולא אמרינן שגם בשביל סילוק היזק ראי'

דיתירע אשיתאי, דמשמע בבנין אבנים הוא מכביד על הגג, לא מתורת חיוב אומר כן אלא לפי שאינו רוצה לבנות בשלו בהוצא ודפנא לפי שאינה מתקיימת זמן מרובה וקשה עליו לטרוח תמיד בבנין המחיצה עכ"ל.

* והנה הרא"ש שם הוכיח כן ממימרא דרב נחמן אמר שמואל להלן כאן. מיהו לכאורה יש להוכיח כן גם מאביי.

וע"ע ברא"ש שם שכתב וז"ל, והא דקאמר בענין שני גגין משני צדי רה"ר דלא ניחא לי

צריכים לכל הפחות החוזק של מעקה.

והנה ממה שכתב הרא"ש שהכונס לתוך שלו יכול לבנות אפילו הוצא ודפנא לכאורה חזינן שלא איכפת לן בנוגע להמחיצה של היזק ראי' אם אינה יכולה לעמוד נגד סמיכת אדם, דהא לכאורה הוצא ודפנא אינם יכולים לעמוד אם אדם יסמוך עליהם, וא"כ שפיר יוכל לעשות את מה שבין הפצימין מחומר חלש, אבל לפי הסוברים שגם הכונס לתוך שלו צריך לבנות כמנהג המדינה, רק דשאני הכא משום הורעת כותלו (וכמו שהבאנו לעיל בסק"ב מהפני שלמה דרך זה) א"כ שפיר יש לחקור כהנ"ל, דהיינו האם הוא צריך מיהא לבנות כחוזק מעקה גם בהריווח שבין הפצימין, או האם מכיון שהכא אין צריכים כמנהג המדינה, הרי הוא יכול לסתום אפילו בהוצא ודפנא.

ונראה שיש להוכיח דין זה מלקמן דאמר שמואל שבגג הסמוך לחצר, בעל הגג עושה מעקה גבוה ד"א, אבל בין גג לגג לא, והרי התם בגג הסמוך לחצר אין בעל הגג חייב במצות מעקה דהא איירי באופן שאין הגג גבוה עשרה, ובכל זאת חזינן שנקטו לשון "מעקה". ומה שכתבנו דאיירי בגג שאינו גבוה י' הרי זה כי הוי דומיא דבין גג לגג דאיירי בשאינו גבוה עשרה, דהא אילו הי' הגג עשרה מהגג השני, לא הי' רב נחמן מצריך מחיצה עשרה משום נתפס כגנב לפי הרא"ש ורבינו יונה שסוברים שכשיש הפלגה של גובה י' אין חשש של נתפס כגנב. ועוד דהא חזינן ששמואל קאמר שהוא צריך לעשות מעקה גבוה ד"א ואילו בעלמא החיוב הוא רק גובה של י' טפחים. וא"כ משמע שגם לענין ה"ר לא הקילו

לעשות פחות מחוזק מעקה.

מיהו יש לדחות דהא לפי הרא"ש שסובר שסגי בהוצא ודפנא בעל כרחך חזינן שהשתמשו בלשון מעקה אע"פ שהכוונה היא להוצא ודפנא, וכן מבואר בלשון הרא"ש גופא בסי' ה' שם, וא"כ ה"ה שי"ל כן גם לפי השיטה השני'.

ג. בענין גג הסמוך לחצר.

והנה לקמן שם גבי גג הסמוך לחצר חבירו מבואר שבעל החצר אינו חייב לבנות משום היזק ראי'. ולפי תוס' בד"ה שני צדי וכו' לכאורה הרי זה משום דאיירי באופן שלא היתה רה"ר באמצע, וממילא בכה"ג הרי בעל הגג יכול להזהר מבעל החצר כיון שהוא מרגיש כשבעל החצר נכנס לשם, ואין כאן היזק אע"פ שבעל החצר נמצא שם הרבה.

מיהו ראשונים אחרים מחלקים שהתם איירי בסוג של גג שאינו לשימוש משא"כ אביי איירי בסוג של גג שהוא לשימוש (עיין בשט"מ וברמב"ם וראב"ד, ועי' ברש"י בד"ה אין זקוק לו [השני]). ולפי דבריהם יוצא שאם גג שהוא לשימוש יהי' סמוך לחצר, אז גם בעל החצר יהי' חייב לבנות משום היזק ראי'. וכן מבואר בני"י כאן, וברמ"ה באות ס"ב, וכן בקצה"ח ורעק"א בשו"ע בריש סי' ק"ס (ודלא כהסמ"ע שפטר את בעל החצר גם בכה"ג עיי"ש בטעמו). ויש לעיין איזה מין מחיצה יבנו בכה"ג. ולפי הרא"ש שכתב שבעל הגג בונה רק מעקה משום שהוא בונה לבדו, א"כ בכה"ג שהם בונים בשותפות הרי יצטרכו לבנות של גויל וגזית כמנהג המדינה, אבל אם נאמר שהטעם שהקילו על בעל הגג לבנות

מעקה לחוד הרי הוא משום הורעת כותל ביתו, א"כ לכאורה גם בכה"ג יש לו זכות לבנות רק מעקה לחוד, אלא שא"כ יש לעיין כמה חייב בעל החצר לבנות, דמצד אחד י"ל שהוא חייב לבנות לבדו על חצירו רוחב של ששה טפחים מגויל כיון שבעל הגג פטור מזה, וכן י"ל שלא חייבו חכמים לכל אחד מהם לבנות כותל כמנהג המדינה אלא בזמן שגם חבירו חייב לעשות כן ויוכלו לשלשל ביניהם, וכ"ש לפי מה שצדדנו באות צ"ה שיסוד החיוב אינו על כל אחד לבדו לבנות כותל שלם (רק שמשלשים ביניהם כדי שלא יהא כאן כותל מיותר), אלא יסוד החיוב הוא על שניהם יחד לבנות כותל אחד, דלפ"ז בודאי י"ל שאינו צריך לבנות רוחב ו' לבדו. ולפי הצד הזה יש לדון שיצטרך בעל החצר לבנות רק כותל ברוחב ג', ואולי יוכל לטעון שאינו רוצה לבנות כותל אבנים ברוחב ג' כיון שהוא פחות חזק ממנהג המדינה, אשר לפ"ז יספיק בזה שהוא משתתף בעשיית מעקה ותו לא. וראיתי שהרמ"ה באות ס"ב כתב שבגג הסמוך לחצר בצירור שגם בעל החצר צריך לבנות, יעשו מעקה בין שניהם באמצע. וע"ע בלשון הב"י ורעק"א בריש סי' ק"ס.

קא) אר"נ אמר שמואל גג הסמוך לחצר חבירו, עושה לו (בעל הגג) מעקה גבוה ד"א.

הרי שבעל החצר פטור בכה"ג מלעשות מחיצה של היזק ראי'. והנה חזינן ששמואל סיים שבין גג לגג ליכא חיוב לעשות מעקה, ופירשו תוס' לעיל דהיינו משום דאיירי בגגין הסמוכין זה לזה בלי רה"ר באמצע,

דבכה"ג שניהם מרגישים אחד בהשני ויכולים לשמור. ולכאורה זהו גם הטעם למה בגג הסמוך לחצר אין בעל החצר חייב לעשות מחיצה משום היזק ראי', והיינו משום שגם בכה"ג הרי בעל הגג יוכל להזהר מבעל החצר כיון שהוא מרגיש בו כשהוא נמצא שם (ואין כאן היזק ראי' אע"פ שבעל החצר נמצא שם הרבה), אבל בגג וחצר בשני צדי רה"ר גם בעל החצר יצטרך לבנות. ולפי הראשונים שמחלקים בין סוגים שונים של גג (ועי' ברש"י בד"ה אין זקוק לו [השני]), א"כ בגג הסמוך לחצר, אם הגג הוא לשימוש, אז שניהם יצטרכו לבנות, וכן מבואר בנ"י וברמ"ה באות ס"ב (ועיין בהאות הקודמת שחקרנו בענין איזה מין מחיצה יבנו). והסמ"ע בסי' ק"ס סק"ב דייק מלשון הרמב"ם שגם אם הגג הוא מן הסוג שמשמשים בו, בכל זאת רק בעל הגג חייב לבנות (ודלא כביאורו של הב"י והד"מ שהרמב"ם איירי רק כשהוא מהסוג שאין משתמשים בו), דעיין בלשון הרמב"ם שכתב בתחילה את הדין שבשני גגין שדרים בהם צריכים לבנות, ושוב כתב את הדין שבגג הסמוך לחצר, רק בעל הגג בונה, ולא דקדק לומר דאיירי בגג שאין דרים בו, ושוב כתב שבשני גגין הסמוכין זה לזה שאין דרים בהם שניהם פטורים, וא"כ משמע שלעיל בגג הסמוך לחצר איירי עוד הרמב"ם כשדרים בהגג, ורק מה שסיים שבין גג לגג שניהם פטורים, רק זה איירי בגגין שאין דרים בהם. והנה הקצה"ח השיג על הסמ"ע מדברי המ"מ שכתב שלעולם הרמב"ם איירי דוקא בגג שאין דרים בו וכמו שסובר הראב"ד שם. מיהו לא הבנתי השגתו דהא דברי המ"מ שם קאי על הצירור

זה שמזיק פחות חייב להתרחק מהטעמים הנ"ל.

קב) ורב נחמן דידי' אמר וכו' אבל זקוק למחיצת עשרה.

יש לעיין באם שמואל סובר באמת שאין זקוק אפילו למחיצת עשרה ורב נחמן אתי לחלוק עליו, או האם הכוונה היא רק ששמואל לא דיבר מזה כלל, ולכן הוצרך רב נחמן להוסיף דין זה, אבל לעולם יתכן שגם שמואל מודה לזה.

ובחידושי אנשי שם על הרי"ף ראיתי שהוא נוקט שר"נ ושמואל פליגי בזה, וכן נוקט הנחלת דוד כאן. ובאמת כן משמע מלשון הרא"ש בסי' ט"ז שכתב שלפי שמואל בגג הסמוך לחצר אין בעל החצר משתתף בהוצאה, דמשמע שאינו משתתף כלל ואפילו לא כדי מחיצה עשרה (עי' להלן שם בסי' י"ז). מיהו עיין ברש"י בד"ה אין זקוק לו (הראשון) שכתב וז"ל, אין זקוק לו בין גג לגג לארבע אמות גובה עכ"ל, ולכאורה קאי דבריו על מה שאמר שמואל שבין גג לגג לא (אלא שרש"י גורס אין זקוק לו), ואתי רש"י לומר ששמואל דיבר רק אודות ד"א אבל אכתי יתכן שגם הוא מודה לרב נחמן שצריכים מחיצה עשרה, דאם קאי דבריו על רב נחמן הרי אינו מוסיף כלום דהא פשיטא שר"נ קאי על בין גג לגג.

קג) רש"י ד"ה אין זקוק לו.

וז"ל, נוח לו להזהר משכניו עכ"ל. הרי שכתב שכניו בלשון רבים. ואולי נתכוין לומר שאיירי שאפילו אם יש גגין מכל צד הרי הוא יכול להזהר, אבל אם אינו יכול

של שני גגין ולא על הציור של גג וחצר, ומבואר בדברי המ"מ שגם דברי הראב"ד קאי על הציור של שני גגין. ואולי פשיטא ל"י להקצה"ח ששני הציורים איירי באותו מין גג, אלא שא"כ ה"י לו להקצה"ח לפרש. גם אולי ס"ל להקצה"ח שדברי הראב"ד והמ"מ צריכים להיות קבועים על הציור של גג וחצר משום שבציור של שני גגין הרי הרמב"ם עצמו כתב בפירוש דאיירי באין דרים בהם וא"כ מה בא הראב"ד להוסיף. מיהו גם את זה ה"י לו להקצה"ח לפרש. ובאמת גם אם קאי על שני גגין, שפיר יש הוספה בדברי הראב"ד וכמו שביאר בעל ההגהות על המאירי כאן שהרמב"ם תלה את הדבר באם דרים בו ממש, ואילו הראב"ד תלה את הדבר בראויים לשימוש, ומשמע אפילו אם למעשה אין דרים בו עכשיו.

ועיין באמת בהגהות רעק"א בריש סי' ק"ס שלא השיג על הסמ"ע מהמ"מ אלא מדברי הנ"י (כצ"ל שם) בסוגיין שהבאנו, וכן מהרמב"ן בדף ב' שהביא גם הקצה"ח. ועכ"פ עי"ש בדברי הסמ"ע שביאר את סברתו, והיינו שאפילו בגג שדרים בו, בעל הגג מזיק את בעל החצר יותר ממה שבעל החצר מזיק את בעל הגג, ומש"ה כל החיוב רכיב על בעל הגג (ודלא כהדרך שכתבנו לעיל שבעל הגג מרגיש). והנה לכאורה אפשר לומר כסברתו רק אם נאמר שהחיוב לבנות כותל כדי להתרחק מהיזק רא"י הרי הוא מדרבנן, דלפ"ז שפיר י"ל שחכמים תיקנו שאם אחד מזיק יותר, רק הוא יבנה, אבל אם נאמר דחשיב מזיק ממש מהתורה, א"נ דאיכא איסורא מקרא דשוכן לשבטיו לקמן בדף ס' ע"א (ועיין בכל זה לעיל באות י"ח), א"כ לא שייך לחלק כהנ"ל, דהא גם

להזהר מכולם ביחד, ועל ידי שאחד מהם יבנה, אז שפיר יוכל להזהר, א"כ יצטרך אחד מהם לבנות, כי צריכים מצב שהוא יכול להזהר מכל שכניו, ולא יוכל כל אחד לדחותו לאידך. מיהו צ"ע מי מהם יבנה ואיך יתפשרו ביניהם, וכבר מבואר בראשונים שבשני גגין בשני צדי רה"ר שניהם בונים חצי ומעדיפים משום שא"א לומר רק לאחד מהם לחדד לבנות כי מאי אולמי' האי מהאי, וא"כ צ"ע בהציור הנ"ל שכתבנו מי מהם יבנה. ולכאורה י"ל שיעשו גורל ויקח את הוצאותיו מהאחרים כפי חלקם דוגמת מה שנפסק בשו"ע בסי' קנ"ט סעיף ד'. והא דבשני גגין בשני צדי רה"ר אין מגרילים הרי זה משום שכיון שע"י הגורל יצא הפסד מרובה לאחד מהם בזה שהוא מפסיד משטח גגו אע"פ שהוא מקבל תשלומין מש"ה מוטב לעשות העדפה כיון שהוא רק דבר מועט.

קד) ואם הי' חצרו למעלה מגג חבירו אין נזקקין לו.

ומסקינן בגמרא שאין נזקקין לד"א (דהיינו שאין בעל החצר חייב לבנות ד"א משום היזק ראי') אבל נזקקין למחיצת עשרה. והנה הרמב"ם בפ"ג מהל' שכנים ה"ז פסק שבעל החצר אינו צריך לבנות כלל ומשמע אפילו מחיצת עשרה, וכבר תמה עליו המ"מ שזהו להיפך ממסקנת הגמ' כאן. והט"ז בסי' ק"ס כתב דאיירי הרמב"ם באופן שהחצר הוא גבוה י' טפחים מהגג ולכן בכה"ג אין צריכים כלום בשביל נתפס כגנב (עיין בהאות הבאה שהבאנו את כל

השיטות בזה). מיהו שאר המפרשים לא נקטו כן בכוונת הרמב"ם. והגר"א בסק"ו שם כתב לבאר כוונת הרמב"ם דהא בהברייתא קתני שבב' חצרות זו למעלה מזו, העליון מסייע להתחתון מלמטה, וא"כ כשתני בהסיפא שאם הי' חצרו למעלה מגגו של חבירו אין זקוק לו הכוונה היא שאינו זקוק להשתתף במה שלמטה מקרקע חצירו, וכך היא גם כוונת הרמב"ם, אבל אכתי בודאי הרי הוא צריך להשתתף במה שלמעלה עד הגובה של י' טפחים מהקרקע של הגג (וע"ע בסק"ג שם). ובספר משנת רבי אהרן בעמוד מ"ב הקשה על הגר"א דא"כ למה לא תירצו כן בגמרא כשהקשו על רב נחמן, דהיינו שיתרצו שכוונת הברייתא היא רק על למטה והתם באמת אין זקוק לו כלל, ועיי"ש מה שכתב על זה.

והב"י כתב שלעולם כוונת הרמב"ם היא לפוטרו לגמרי, והטעם הוא משום שמכיון שבעל הגג צריך בין כך ובין כך לבנות מעקה של ד"א משום היזק ראי', מש"ה אין בעל החצר צריך להשתתף עמו כלל עד גובה י' משום נתפס כגנב עכ"ד הב"י. ולכאורה כוונת הב"י היא משום שאם יתבע בעל הגג את בעל החצר (ולא יסכים שבעל החצר יצא ידי חובתו ע"י המעקה שלו), א"כ יש בזה משום מדת סדום, ודלא כמו שכתב הפני שלמה בד"ה לכן נלענ"ד וכו' בדעת יתר המפרשים, שאין בזה משום מדת סדום כיון שמה שבעל הגג בונה מעקה של ד"א הרי זה רק בשביל הנאת בעל החצר כדי שלא יוזק מראייתו. ועיין בנחלת דוד שכתב עוד סברות לדינו של הרמב"ם חוץ מסברתו של הב"י.

ועכ"פ גם לאחר סברת הב"י אכתי נשאר קשה על הרמב"ם מסוגיית הגמרא. וכתב הב"י על זה שהרמב"ם סובר שמה שדחו בגמרא שזקוק הוא למחיצת עשרה, הכוונה בזה היא רק לדחות את דיוקו של המקשן ולומר שבכלל אין הכרח לדייק את מה שדייק שבעל החצר פטור הוא מכלום, אבל לפי האמת כן הוא הדין, שאין בעל החצר צריך להשתתף כלל.

ונראה שיש גם להמציא מקור בתוך הגמרא למה הרמב"ם לומד שהתירוץ הוא רק בגדר דיחויא בעלמא (ועיין בנחלת דוד שכתב פשט מחודש בהגמרא לפי הרמב"ם), והיינו מלעיל ב"ב, דעיין שם ברמב"ן שהקשה למה לא הוכיח הש"ס שהיזק ראי' שמ"י היזק מהברייתא של ב' חצרות זו למעלה מזו, דחזינן מהך ברייתא שצריכים לבנות משום היזק ראי' (וכן הקשו תוס' בסוף ה"דף שם), ותי' הרמב"ן בחד תירוץא דהיינו משום שהי' אפשר לדחות שהברייתא מתכוונת למחיצה עשרה משום נתפס כגנב ולא לכותל של ד"א משום היזק ראי', אלא שהוסיף הרמב"ן להקשות שלפ"ז אכתי לא אתי שפיר הסיפא דהא תני שאם הי' חצרו למעלה מגג חבירו אין נזקקין לו, ואילו לפי הנ"ל קשה טובא אמאי אין צריכים לעשות מחיצה עשרה משום נתפס כגנב, וכתב הרמב"ן דהיינו משום שאין בני אדם מחזיקים חפצים על הגגין וממילא לא שייך לחשוש לנתפס כגנב, והעיר הקצה"ח בסי' ק"ס סק"ג שזהו להיפך מכל עיקר דברי ר"נ שאמר בפירוש שבגגין שפיר צריכים מחיצה משום נתפס כגנב, וכתב הקצה"ח שלפי שיטת הרמב"ם יש לתרץ קצת אחרת מדרכו של הרמב"ן, והיינו שיש לתרץ שלעולם

היתה הגמרא יכולה לדחות שהברייתא איירי במחיצה עשרה משום נתפס כגנב וכמש"כ הרמב"ן, והיכא שהיתה חצרו למעלה מגג חבירו, דהיינו הציור של הסיפא, אין צריכים אפילו מחיצה עשרה וכשיטת הרמב"ם הנ"ל שמכיון שבעל הגג צריך לבנות מחיצה ד"א (דהא בין חצר לגג לכו"ע היזק ראי' שמ"י היזק כמו שמבואר בסוגיא קמייתא), מש"ה בעל החצר פטור וכסברת הב"י (אבל לעולם בין גג לגג שפיר צריכים מחיצה י' וכדברי ר"נ), עכ"ד הקצה"ח. ומעתה לפ"ז י"ל שזהו גופא מקורו של הרמב"ם, והיינו דס"ל שחזינן שהסוגיא קמייתא ב"ב סוברת שהברייתא איירי במחיצה עשרה אשר לפ"ז יוצא שבין חצר לגג אין בעל החצר חייב לבנות אפילו מחיצה עשרה, ולכן נוח לו להרמב"ם לפרש שגם הגמרא כאן נתכוונה רק לדיחויא בעלמא וכדברי הב"י.

ק"ה) גדר החשש של נתפס כגנב.

הנה בגמרא מבואר שאפילו כשאין חיוב לבנות כותל של ד' אמות משום היזק ראי' אבל אכתי הרי הוא צריך לבנות מחיצה י' משום נתפס כגנב, ופירש"י דהיינו משום שבלי מחיצה יוכל להכנס לשם בכוונה לגנוב ואם יתפסו אותו יוכל לומר שנכנס כדי לחפש כלי שנפל לשם, אבל אחרי שיש שם מחיצה של י', שוב לא יוכל כלי ליפול לשם, וממילא יהי' מבורר שנכנס באמת לשם גניבה, וכן ביאר הנ"ל. מיהו הרא"ש כתב שהוא צריך לבנות כדי שלא יהא נתפס כגנב, וכבר עמד הפלפולא חריפתא באות ר' על לשון זה, ועיי"ש במה שנדחק לפרש. מיהו נראה שכוונת

הרא"ש היא כך, שאם לא יבנה א"כ זימנין שבאמת יעשה ממצורי ממצר וחבירו יחשוד שהוא בא לגנוב ולכן בונים כדי שלא יהי' נחשד כגנב.

והנה לפי הנ"ל לכאורה שייך לחייב גם את בעל המקום התחתון לעשות מחיצה משום נתפס כגנב, דהא יש לחשוש שמא יפול כלי מידו לתוך המקום העליון שהוא גבוה בכמה טפחים, דהא שפיר יתכן שכלי יפול מידו לחצר השני' אע"פ שהחצר השני' היא גבוהה כמה טפחים, וכן שייך ממצורי ממצר. וכן מבואר ברא"ש להדיא בסי' י"ז שגם התחתון צריך לסייע משום נתפס כגנב. מיהו בשט"מ הובא בשם הר"י מיגש שמהתחתון להעליון ליכא שום חשש של נתפס כגנב כי א"א שיעלה בלי כוונה, ומבואר בדבריו שם שאין הכוונה כאן לנפילת כלי אלא הכוונה היא שזימנין שיבוא בכוונה לגנוב, וכשיתפסו אותו יגיד שנפל הוא עצמו לתוך רשותו בלי כוונה, ולכן בונין כדי שלא יוכל לומר שנפל, אלא יהי' נתפס כגנב, ולכן בעל התחתון אינו צריך לבנות כי א"א שהאדם עצמו יפול מלמטה למעלה (אלא שצ"ע על זה דסוף סוף גם מלמטה למעלה אמאי לא נחשוש שמא יטעון שנכנס לשם משום שנפל מידו כלי, וכמו דחיישינן לפי רש"י). ועיי' עוד בדברי רבינו יונה שהובאו בשט"מ לעיל שם שכתב שאם העליון הוא גבוה י', שוב אין צריכים מחיצה לנתפס כגנב, ולכאורה דינו אתי שפיר רק לפי פירושו הנ"ל של הר"י מיגש, די"ל שאם יש כאן גובה י', תו לא יוכל העליון לומר שנפל הוא עצמו, כי נקטינן שבודאי יזהר מליפול מגובה כזה (שיש בו כדי להמית),

אבל לפי פירושו של רש"י הרי גם בכה"ג שייך נפילת כלי (ויש לדחות תלי' זו). מיהו אע"פ שסובר רבינו יונה שלמעלה מי' אין חשש של נתפס כגנב אבל מ"מ הר"י מיגש עצמו סובר שגם לפי סברתו שייך לחשוש לנתפס כגנב אפילו אם העליון הוא גבוה י', ולא עוד אלא אפילו אם יש בין שתי החצרות גובה של ד"א, דהנה בגמרא תניא שאם החצר היא למעלה מגג חבירו אין נזקקין לו, ומפרשינן בגמרא שאין נזקקין לכותל ד', כלומר שבעל החצר אינו צריך לבנות כותל ד', אבל הרי הוא צריך לבנות מחיצה י' משום נתפס כגנב, ועיי' בשט"מ בשם הר"י מיגש שמפרש שבהציור הנ"ל גם בעל הגג אינו צריך לבנות כותל ד' משום היזק ראי' (ודלא כרש"י בד"ה אין זקוק לו דמשמע שרק בעל החצר אינו זקוק עיי"ש) והיינו משום שמלמטה למעלה אין היזק ראי', ולכאורה כוונתו היא משום דס"ל דאירי שהחצר היא גבוהה ד"א מהגג דממילא שוב אין בעל הגג מזיק את בעל החצר בהיזק ראי' וכמו שנביא בהאות הבאה שיש עוד ראשונים שסוברים כן, וא"כ חזינן שהר"י מיגש סובר שיש חשש של נתפס כגנב גם כשיש הפלגת ד"א, והיינו משום דס"ל שגם בכה"ג יתכן שלא יזהר ויפול בלא כוונה, ודלא כרבינו יונה שסובר שאם יש הפלגת י' יזהר ולא יפול. והנה יש לעיין בנוגע לכל הנ"ל בשיטת הרא"ש, דהא הרא"ש בסי' י"ז כתב שגם מתחתון לעליון יש חשש של נתפס כגנב, וא"כ חזינן שהוא מפרש שהחשש הוא לממצורי ממצר ולא לנפילת גופו, וכן כתב להדיא בסי' ט"ז שהחשש הוא לממצורי ממצר, והרי הרא"ש שם כתב ג"כ שבגובה י' שוב אין צריכים את המחיצה של נתפס

כגנב אשר זה אתי שפיר רק לפי הטעם של נפילת האיש עצמו שלא בכוונה וכמו שביארנו.

ואולי יש לדחוק שלעולם סובר הרא"ש שהטעם הוא משום נפילת כלי, ומש"ה הרי הוא חושש גם מלמטה למעלה, רק שכבר ביארנו שהרא"ש סובר שהחשש הוא שמא יפול כלי ויכנס שם כדי ליטלו ויגידו שנכנס כדי לגנוב, וא"כ י"ל שסובר הרא"ש שאם יש הפלגה של י' טפחים מסתמא לא יכנס לשם בלי רשות כדי ליטול את הכלי, ולכן אין כאן בשביל מה לחשוש אע"פ שבודאי יתכן שיפול לשם כלי (אבל לפי רש"י שהחשש הוא שמא יכנס לגנוב ויאמר שנכנס כדי ליטול כלי שנפל לשם א"כ גם כשיש גובה י' יש לחשוש שמא יכנס כדי לגנוב ויתנצל ויאמר שנכנס כדי ליטול כלי שנפל לשם). מיהו לכאורה דחיק טובא למימר שכשיש הפלגת י' טפחים חמור עליו להכנס כדי ליטול את הכלי, וצ"ע.

שו"ר שיש מפרשים את כוונת הרא"ש במה שכתב שלא יהא נתפס כגנב בדרך אחרת ממה שכתבתי, והיינו שכוונתו היא לומר שהחשש הוא שמא יטייל בתוך רשותו סמוך להמיצר ויהי' נראה כאילו הוא נכנס לרשות חבירו (אע"פ שבאמת לא נכנס ומש"ה צריכים לבנות מחיצה של יו"ד כדי שלא יהי' נראה כגנב, וא"כ לפ"ז שפיר י"ל שגם על התחתון יש צורך לבנות כדי שלא יהי' נראה כגנב, וכן י"ל שאם יש הפלגה של יו"ד שוב לא יהי' נראה כאילו הוא נכנס לרשות חבירו.

מיהו באמת כל הנ"ל לא אתי שפיר עם לשון הרא"ש בסי' ט"ז שכתב כדברי הגמ' ש"בעשרה לא מצי מישתמיט לי', בציר

מעשרה מצי מישתמיט לי' אמר מימצורי קממצירנא".

וע"ע בתחילת האות הקודמת שהבאתי שהט"ז מפרש בדעת הרמב"ם שכשיש הפלגה של גובה י' אין צריכים מחיצה משום נתפס כגנב.

קו) שתי חצירות זו למעלה מזו (מה הוא הצירור).

א. מחלוקת הר"י ור"ת.

עיין בסוגיין דפליגי ר"ה ור"ח בשתי חצירות זו למעלה מזו, דר"ה סובר שהתחתון בונה למטה והעליון בונה למעלה, ורב חסדא סובר שהעליון צריך לסייע גם למטה, ומרש"י מבואר שלעולם גם התחתון חייב להשתתף למעלה, והבינו תוס' שהוא צריך להשתתף עד גובה של ד"א מקרקעית העליונה, והקשו תוס' על זה למה חייב הוא כל כך, הלא מאחר שהגיע הכותל לגובה של ד"א מקרקעית התחתונה, נסתלק ההיזק ראי' שגורם התחתון, ותי' הר"י שאינו כן אלא באמת הרי הוא יכול לראות את העליון עד שהכותל מגיע לגובה של ד"א מקרקעית העליונה, והיינו בזמן שהעליון עומד בשפת חצירו, אבל רבינו תם סובר כמו ההנחה שסברו תוס' בקושייתם והיינו שבאמת מספיק להתחתון לבנות רק עד שמגיע הכותל לגובה ד"א מקרקעית התחתונה, רק דהכא איירי באופן שהחצר של התחתון גבוהה מהצד השני (ועכ"פ מכיון שהם בונים בכה"ג יותר מגובה ד"א, א"כ יתכן שהכותל יצטרך להיות רחב יותר משהו טפחים. ולכאורה לפי רב הונא התחתון יצטרך לשלם עבור הרחבה זו כיון שהוא הגורם).

והא דאין ר"ת חושש לזה שהתחתון יראה את העליון כשהוא עומד על שפת חצירו, י"ל דהיינו משום שמכיון שנשאר להעליון מקום לעשות תשמישו בהחלק הפנימי של חצירו, אין התחתון נקרא מזיק, וזהו כדעת הראב"ן שהבאנו לעיל באות י"ח סק"ב. א"נ ס"ל לר"ת שהעליון מיקרי עיקר המזיק ולכן התחתון פטור לגמרי דוגמת סברת הסמ"ע בסי' ש"ס סק"ב שהבאנו לעיל באות ק"א. ולקמן באות זו נביא עוד סברא מהב"ח ש"ל בזה.

ב. דעות הראשונים בענין אם (לפי דרכו של הר"י) התחתון חייב תמיד לסייע עד ד"א ממש מהעליון.

והנה הנ"י כתב כעיקר סברתו של הר"י, רק שבכל זאת הרי הוא סובר שאין התחתון צריך לבנות ממש עד גובה ד"א מקרקעית העליונה, אלא הרי הוא צריך לבנות רק עד הגובה שמעכבת היזק ראי' מכל וכל, וזה תלוי בכל ציור וציור לפי שיעור הגובה שבין ב' החצרות, וכן בארכה של החצר התחתונה, וכ"כ הרמב"ן והרשב"א לפי השיטה הזאת. מיהו מסתימת לשון הר"י משמע שלעולם התחתון בונה עד ד"א מקרקעית העליונה, וכ"כ הרא"ש להדיא שאפילו אם העליונה גבוהה הרבה בכל זאת התחתון בונה עד גובה של ד"א משפת העליונה כי בפחות מזה אכתי יראה התחתון את העליון כשהוא עומד על שפת חצרו (וצ"ע במאי פליגי).

ועיין במחבר בסי' ק"ס גבי חצר גבוהה מגג שכתב כדעת הר"י והרא"ש, והרמ"א בסוף הסי' הביא את דעת הרמב"ן והרשב"א והנ"י על הציור של שתי חצירות ושכן כתב

הטור בשם רבינו יונה. ועיין בפרישה ובסמ"ע שם שנתעורר על זה שהביאו הטור והרמ"א את דעת רבינו יונה רק בסוף הסימן על הציור של שתי חצרות, ולא מקודם לכן שם על הציור של חצר למעלה מגג. ותירץ דס"ל להטור ולהרמ"א שרבינו יונה ס"ל כן רק בשתי חצרות זו למעלה מזו, אבל בחצר למעלה מגג גם רבינו יונה מחמיר ודורש שבעל הגג יבנה עד גובה ד"א מהחצר בכל מקרה שהוא, דהא בכה"ג בעל הגג הוא המזיק היחידי, ואם נפטור את בעל הגג הרי גם בעל החצר לא יצטרך לבנות את הד"א, ומש"ה חייבו את בעל הגג לבנות את כל הד"א, משא"כ בב' חצרות זו למעלה מזו הרי אפילו אם נפטור את התחתון אכתי יצטרך העליון לבנות גובה של ד"א מהקרקע שלו. מיהו כבר תמה הט"ז שם על דברי הסמ"ע דסוף סוף בחצר למעלה מגג למה חייבו חכמים את התחתון בחנם, והסיק שרבינו יונה סובר כן גם בחצר הגבוהה מגג. ברם בפרישה כתב ליישב את קושיית הט"ז דהיינו משום לא פלוג כדי שלעולם תהי' מחיצה של ד"א משפת העליונה. ועכ"פ גם בהגר"א שם משמע דלא כהסמ"ע, וגם הב"י באות ב' סובר שכוונת רבינו יונה היא גם לחצר גבוהה מגג.

ג. דעת רש"י.

והנה יש עוד ראשונים שסוברים כר"ת שבאמת התחתון מזיק להעליון רק כשהעליון אינו מופלג בגובה ד"א מהתחתון, והרי הם לומדים דהכא איירי באופן שהעליון אינו גבוה ד"א מהתחתון ולכן התחתון מסייע רק עד גובה ד"א מהקרקע של התחתון כי אז הרי זה כאילו

העליון גבוה ממנו יותר מד' אמות (ואם החצר העליונה גבוהה ד"א או יותר, אין התחתון מסייע כלום), ועיין בחידושי הרמב"ן שהביא פירוש זה, וכן סובר הרמב"ד.

והנה הסמ"ע בסוף סי' ק"ס כתב שגם הר"י ברצלוני שפטר את התחתון כשיש הפלגת ד"א בין ב' החצירות, הרי הוא מודה שאם אין הפלגת ד"א, והרי התחתון חייב לבנות, הרי הוא בונה כבר עד שהוא מגיע לגובה של ד"א מהקרקע העליונה. מיהו הקצה"ח שם הראה מדברי הרמב"ן הנ"ל והטור לא כן.

והנה רש"י בסוגיין כתב שלפי רב הונא אין העליון מפסיד בגלל נמיכותו של התחתון, והסיק הרמב"ן בסוף דבריו שרש"י סובר שהתחתון בונה עם העליון עד הגובה של ד"א מהקרקע של העליון (בציור שהתחתון רואה עד שם עיי"ש), באופן שאין העליון מפסיד יותר מכל שותף רגיל, שהרי גם כאן התחתון בונה עמו את כל הד"א שלו, ואין העליון מסייע כלום למטה לפי רב הונא. מיהו בתחילת דבריו צידד הרמב"ן לומר שיתכן שרש"י מודה שהתחתון בונה רק עד גובה של ד"א מקרקע התחתונה, אבל מה שלמעלה מזה הרי העליון בונה את כל רוחבו לבדו, ושפיר מפסיד העליון יותר מסתם שותף, וכוונת רש"י במה שכתב שהעליון אינו מפסיד היא שאינו מפסיד יותר מהתחתון, כי גם התחתון בונה את כל הרוחב של האמות התחתונות לבדו. ועיין בביאור הגר"א בסי' ק"ס סק"ד שכתב בשם הרמב"ן שמשמעות לשון רש"י היא שאינו מפסיד יותר מכל שותף דעלמא, וזהו כמו מסקנת הרמב"ן שהבאנו.

ד. דברי רגמ"ה והראב"ד.

והנה כבר הבאנו את החולקים על ר"ת שסוברים שהתחתון צריך לבנות יותר מגובה ד"א מהקרקע התחתונה. והבאנו דהיינו משום שגם אחר שבונה ד"א מהקרקע התחתונה אכתי רואה הוא את העליון כשהעליון עומד על שפת חצרו. ולפ"ז יוצא מדברי ר"ה שאין מקילין על התחתון אע"פ שהעליון מזיקו יותר ממה שהוא מזיק את העליון (שהרי העליון רואה את כל שימושיו של התחתון ואילו התחתון רואה את העליון רק כשהוא עומד על שפת חצרו), ואפילו רב חסדא שמקיל על תחתון הרי זה מטעם אחר וכמש"כ הרא"ש דהיינו משום שהעליון בונה על היסוד שלו. מיהו רגמ"ה כאן כתב שטעמו של רב חסדא הוא באמת משום שהעליון מזיק יותר (כן נראה כוונתו עיי"ש).

ה. דברי הרמ"ה.

והנה הרמ"ה כאן סובר כר"ת שהתחתון אינו נקרא מזיק אלא עד גובה ד"א מהקרקע התחתונה, אלא שסובר הרמ"ה דהכא איירי באמת באופן שיש הפלגת ד"א בין ב' החצרות, ובאמת התחתון אינו חייב כלום מצד דיני היזק רא"י, רק שהוא רוצה שהעליון יבנה מחיצה חזקה, ואם יבנה העליון על הקרקע שלו למעלה (כמו שהדין נותן מאחר שהתחתון אינו חייב כלום מצד דיני היזק רא"י) לא יעמוד הכותל ימים רבים מחמת חלישות הקרקע שהוא תיחוח ופונה לאויר העולם בלי סמיכה, ולכן רוצה התחתון שהעליון יבנה למטה, והעליון טוען שאינו חייב לבנות למטה כי אין בבנין זה שלמטה שום הצלה מהיזק רא"י, ובזה סובר

ר"ה שהדין עם העליון, ור"ח סובר שהדין עם התחתון, והא דמודה ר"ח שגם התחתון חייב לסייע למטה הרי זה משום שהוא לבדו נהנה מהחלק ההוא של הכותל ע"י "דסמיק ל"י מאי דבעי ולא חייש דלמא נתר עפרי' דעליון ואבני' עילויה" (מיהו צ"ע איך הוא רשאי לסמוך בלי רשותו של העליון, ע"י בני' בריש פירקין).

והנה הרמ"ה שם בסוף דבריו הקשה למה באמת אין היזק ראי' מהתחתון להעליון היכא שיש גובה של ד"א ביניהם, ותירץ דהיינו משום שהעליון יכול לעשות את תשמישו במקום יותר פנימי ואינו חייב להשתמש על המיצר (ועיי"ש במה שהקשה שוב מחלון, וכן בתירוץ). ועיין גם במרדכי שהביא בשם הראב"ן שהיכא שנשאר מקום בחצרו שהוא יכול להשתמש שם בצינעה, אין חיוב לבנות כותל משום היזק ראי', והמרדכי שם דחה את דבריו, ולעיל באות י"ח סק"ב ביארנו את סברות המחלוקת. והב"ח בסי' ק"ס אות ב' כתב טעם אחר למה מיפטר התחתון כשיש גובה ד"א בין ב' החצרות וז"ל, שאע"פ דאית ל"י היזק ראי' ממנו כשעומד בשפת חצרו, מ"מ מאחר שאין תשמישו קבוע בשפת חצרו, יכול לזוהר ממנו, כיון דלא שכיח, וא"כ חזר דין בעל חצר בזה כדין בעל הגג כיון דאין תשמישו קבוע במקום הזה עכ"ל.

ו. דברי הרמב"ם.

והנה נראה שגם כוונת הרמב"ם היא לפרש כר"ת והרמ"ה, דעיין בפ"ג מהל' שכנים ה"ז שכתב שהעליון בונה למעלה לבדו, ומשמע שאין התחתון משתתף כלום

למעלה מהקרקע של העליון, ולפי הנ"ל יש לפרש דהיינו משום דאיירי באופן שהעליון הוא גבוה ד"א מהתחתון וכהרמ"ה, וכן פי' התורת חיים כאן את כוונת הרמב"ם, ודלא כהמ"מ והלח"מ שפירשו שגם הרמב"ם מודה שהתחתון משתתף למעלה.

ז. רבינו יונה בשם הר"י מיגש.

והנה רבינו יונה בשט"מ הביא שהר"י מיגש מפרש שבהציור של חצר למעלה מגג חבירו (דהיינו הסיפא של הברייתא של ב' חצרות זו למעלה מזו) אין בעל הגג חייב לבנות משום היזק ראי' משום שאין היזק ראי' מלמטה למעלה (ודלא כרש"י בד"ה אין זקוק לו, דמשמע שרק בעל החצר אינו זקוק עיי"ש), ותמה רבינו יונה דהא גבי ב' חצרות זו למעלה מזו חזינן דשפיר שייך היזק ראי' מלמטה למעלה. מיהו לפי הנ"ל י"ל שהר"י מיגש סובר כהרמ"ה שהטעם שהתחתון בונה אינו משום שהוא גורם היזק ראי' אלא משום הנאתו מהכותל וכמש"כ הרמ"ה. ובאמת עיין גם בדברי הרמ"ה גופי' שנקט שבחצר למעלה מגג גם בעל הגג פטור מלבנות מחיצה כי בעל החצר מצי לאיצטונועי מיני' כיון שיש הפלגת ד"א וא"כ נמצא שאינו מזיקו כלל.

נמצא לפי כל הנ"ל שיש כאן ג' שיטות. א', שיטת הר"י והרא"ש שהתחתון נקרא מזיק בראייתו עד שיש כותל גבוה ד"א מהקרקע של העליון. ב', שיטת הרמב"ן והרשב"א והנ"י דנהי שהוא מזיק למעלה מד"א מהקרקע שלו (התחתון), אבל השיעור המדויק משתנה כפי הגובה וכן כפי הרוחב של החצר התחתונה. ג', שיטת ר"ת

סברות בדעת רב הונא. ובהאות הקודמת הבאנו גם את דרכו של הרמ"ה בנוגע לטעמו של רב הונא. וגם הבאנו עוד פי' בסברת ר"ח בשם רגמ"ה והראב"ד.

קח) בענין המחלוקת בין רב הונא ורב חסדא (כיצד בונים).

א. דברי הראב"ד.

עיינ בגמרא דאיתמר ב' חצרות זו למעלה מזו רב הונא אמר תחתון בונה מכנגדו ועולה, ועליון בונה מכנגדו ועולה, ורב חסדא אמר עליון מסייע מלמטה ובונה. והנה בפשטות הי' נראה לומר שכוונת רב הונא היא שהתחתון בונה ד"א ברוחב ו' על הקרקע שלו, ואז העליון ממשיך להגביה את הכותל הזה יותר. מיהו הרשב"א והריטב"א דחו דרך זו משום שא"א לומר שהעליון רשאי לבנות על כותלו של התחתון בחנם, שהרי זה דומה לבונה כותל על חצרו של השני. ונראה שגם רש"י אינו לומד כהדרך הנ"ל, דהא לפי הדרך הנ"ל יוצא שלפי רב הונא העליון הרויח מחמת נמיכותו של התחתון, שהרי יוצא שהעליון אינו צריך לבנות על שטחו, ואילו רש"י כתב שהעליון אינו מפסיד, ומשמע שגם אינו מרויח.

ועיינ בשט"מ בשם הראב"ד שפירש בדרך אחרת, והיינו שאם בדרך משל העליון הוא גבוה ב' אמות מהתחתון, אז התחתון בונה ב' אמות ברוחב ג' טפחים עד שהוא מגיע לגובה העליון, ואז מתחיל העליון, ובונים שניהם יחד ב' אמות ברוחב ו' טפחים, ואז ממשיך העליון לבנות לבדו עוד ב' אמות, כי התחתון צריך לבנות רק עד שהוא מגיע לגובה ד' אמות מהקרקע

והרמ"ה (והר"י מיגש והרמב"ם) שלעולם התחתון נחשב מזיק רק עד ד"א מהקרקע שלו (התחתון).

קז) בענין המחלוקת בין רב הונא ורב חסדא (סברות המחלוקת).

עיינ בגמרא דאיתמר ב' חצרות זו למעלה מזו רב הונא אמר תחתון בונה מכנגדו ועולה, ועליון בונה מכנגדו ועולה, ורב חסדא אמר עליון מסייע מלמטה ובונה. ופירשו הראשונים שטעמו של רב חסדא הוא משום שאם אין יסוד אין בנין ומש"ה נמצא שהעליון כשהוא בונה למעלה הרי הוא משתמש בכותלו של התחתון, ולכן הרי הוא חייב להשתתף. וכתב הריטב"א שטעמו של רב הונא הוא משום שהתחתון הוא הגורם להחלק התחתון של המחיצה, דהיינו מחמת נמיכותו. וי"ל שזהו גם בכלל כוונת רש"י שכתב בפירושו לדברי רב הונא "ולא יהא עליון נפסד בשפלות קרקעיתו של תחתון" דהיינו שאינו רק הגדרת המציאות אלא גם כעין נתינת טעם דהיינו שאינו בדין שיפסיד מחמת גרמת נמיכות התחתון. מיהו הרשב"א לעיל בדף ב' בד"ה עוד יש מרבוותא, כתב שטעמו של רב הונא הוא משום שבאמת העליון אינו צריך ליסודו של התחתון שהרי הוא יכול להכנס לתוך שלו ולבנות אפילו מהוצא ודפנא, ורב חסדא חולק על זה וסובר שאינו יכול להכנס לתוך שלו ולבנות הוצא ודפנא, אלא גם אם יכנס לתוך שלו הרי הוא צריך לבנות כמנהג המדינה מגויל וגזית, ולכן הרי הוא שפיר צריך ליסודו של התחתון. ועיינ בעליות דרבינו יונה שכתב עוד

התחתונה. ובתחילה כתב הראב"ד שהעליון בונה אותן ב' אמות העליונות ברוחב ו' גם על האבנים של התחתון וצ"ע. טפחים, דהיינו שהוא מגביה את החלק שהוא בנה עוד ב' אמות, וכן הרי הוא מגביה את החלק שבנה התחתון עוד ב' אמות, באופן שיוצא שהעליון לבדו מגביה את כל הכותל המשותף עוד ב' אמות. והנה כבר פליגי הראשונים לעיל בענין אם שותף אחד רשאי להגביה את הכותל המשותף יותר מד"א, ולכאורה מדברי הראב"ד הנ"ל חזינן שהוא שפיר רשאי, דהא חזינן שהוא סובר שהעליון רשאי לבנות את אמותיו למעלה על כל הכותל המשותף. מיהו י"ל שהכא כו"ע מודים שהוא רשאי וכסברת הנחלת דוד בסוגיין בד"ה ולכן נראה (קרוב לסופו) דהיכא שההגבהה היא לגמרי לתועלת התחתון, כי רק הוא ניזק בגובה זו מהיזק ראי', שוב אינו יכול לעכב את העליון מלבנות.

וע"ע בראב"ד שם ששוב צידד לומר דרך אחרת, והיינו שלעולם סגי אם העליון יבנה את ב' האמות העליונות אפילו מהוצא ודפנא, אלא שיש לעיין בדברי הראב"ד האלו, וז"ל שם, אלא שי"ל שאותם ב' אמות העליונות שלו, כיון שאין לתחתון לסמוך עליהם, שהרי בתוך שלו הן בנויות, ואין לתחתון שיתוף באותו בנין, אין מן הדין לכופו לבנות אותן בגויל, אלא אפילו בהוצא, שלא אמרו גויל וגזית וכפיסין אלא מפני סמיכת תקרה שיוכלו לסמוך עליהם, אבל להנצל מהיזק ראי' אפילו בהוצא עכ"ל. והנה מה שכתב שאין להתחתון לסמוך עליהם משום שבתוך שלו (של העליון) הן בנויות, אין מובן לכאורה, דהא אדרבה הרי לעיל שם כתב הראב"ד

שהעליון בונה את אותן ב' אמות העליונות ברוחב ו' גם על האבנים של התחתון וצ"ע. גם יש להעיר על דברי הראב"ד, דהנה כבר הבאנו שלעיל בריש פירקין פליגי הראשונים בענין אם שותף אחד רשאי להכנס לתוך שלו ולבנות הוצא ודפנא לגמרי על השטח שלו, או האם השני יכול לעכב עליו כדי שיוכל לסמוך, וכן כדי שיהי' כותל חזק ולא יצטרך לתובעו לחזור ולבנותו, ונר' שמדברי הראב"ד כאן אין ראי' שהוא רשאי והיינו משום שי"ל שרק הכא רשאי העליון לבנות אפילו הוצא ודפנא, כי אין דינם בכלל לבנות את האמות העליונות בשותפות, אבל היכא שיעקר דינם הוא לבנות בשותפות אכתי שפיר י"ל שהשני יכול לטעון שהוא רוצה בעיקר דינם משום הטעמים הנ"ל. וע"ע במאירי בסד"ה זה שביארנו כמה וכו'.

וע"ע בראב"ד שם שדן על טעמו של רב חסדא והסיק שטעמו של רב חסדא הוא משום שהעליון משתמש בכותלו של התחתון, והיינו משום שהקרקע של העליון לבדה לא היתה יכולה לשמש כיסוד מספיק חזק בשביל לקבל את כותלו כיון שהקרקע פתוחה היא לאויר העולם ויכולה להתמוטט, ולכן הרי הוא זקוק לזה שהתחתון הסמיך לו כותל של רוחב ג' (ועע"ש במה שהוסיף הראב"ד).

מיהו הרמב"ן דחה פירוש זה משום שבודאי יכול כותלו של העליון לעמוד לבדו על יסוד הקרקע שלו לחוד, ואין שום סיבה שיסייע להתחתון לבנות את הרוחב ג' שלו ואילו ר"ח קאמר שהוא שפיר צריך לסייע (כן נראית כוונתו במה שכתב "ואינו עיקר שא"כ אין העליון מסייע מלמטה בבנין

אח"כ" כלומר אין סיבה שיסייע), ואם איירי באמת באופן שאינו יכול לעמוד לבדו (כגון שהוא עפר תיחוח), א"כ אז באמת לא יספיק ברוחב ג' כדי לסעדרו. וכן השיג הריטב"א על פירוש זה דכותל כזה לא יעמוד. וגם המאירי בהדיבור הנ"ל כתב שאם הקרקע הוא תיחוח א"כ לא יעמוד הכותל ע"י שהתחתון מסעדרו בכותל שהוא רחב רק ג' טפחים, ואם הקרקע של העליון היא קשה וחזק, אז אין העליון צריך כלל לסעדרו של התחתון ולמה חייב הוא לסייע למטה. והסיק המאירי בשם הראב"ד שהעליון מסייע להתחתון משום שהוא צריך באמת לבנות את ב' האמות העליונות ברוחב ו', וא"כ נמצא שהוא בונה על כותלו של התחתון, אבל השתא שהוא מסייע מלמטה הרי הוא בונה על הכותל המשותף.

ב. דברי הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והמאירי.

ועיין ברמב"ן וברשב"א ובריטב"א (ועי' גם ברבינו גרשום) שפירשו שלפי רב הונא התחתון בונה ברוחב של ג' טפחים על הקרקע שלו, וכן הרי הוא מקציע עוד רוחב של ג' טפחים מהקרקע של העליון ובונה עד כנגד הקרקע של העליון, ואז הרי שניהם ממשיכים לבנות ביחד ברוחב ו' טפחים עד גובה של ד' אמות מהקרקע של התחתון, א"נ עד גובה כזו שהתחתון כבר אינו יכול לראות (עיי' באות ק"ו שהבאנו את כל השיטות בזה), ואז ממשיך העליון לבנות את כל רוחב הכותל של ו' טפחים עד שהוא מגיע לגובה של ד' אמות מהקרקע שלו (ושפיר רשאי העליון להגביה גם את החצי

כותל שבנה התחתון וכמו שכתבנו כבר לפי הראב"ד), ורב חסדא סובר שהעליון חייב להשתתף באבנים שבנה התחתון במקום הקיצוע (וכן להשתתף בהוצאות הבנין) כי העליון המשיך לבנות על גביהם והרי הם משתמשים כיסוד לכותלו.

והנה יש לעיין בפירושו של הרמב"ן למה סובר רב הונא שהתחתון רשאי להקציע לתוך שטחו של העליון, הלא העליון אינו חייב לסייע למטה לפי רב הונא, וא"כ למה חייב הוא לוותר על הקרקע שלו, הלא יוכל לבוא לידי הפסד עי"ז, כי אולי ימכור התחתון את חצרו למי שאינו מקפיד על היזק ראי', ויוכלו להוריד את הכותל, ואז יהיו להעליון כמה טפחים בודדים של שטח למטה שאינם ראויים לשימוש, ואע"פ שהרמב"ן בדף נ"ט סובר שגם אם אינם מקפידים הרי הם צריכים לבנות כותל (עי' באות י"ח סק"ו שביארנו כוונתו שם), אבל בכל זאת אולי העליון עצמו יקנה את החצר התחתונה, ואז לא יצטרך כותל, ואולי ירצה דוקא שהטפחים ההם יהיו למעלה (מיהו אולי זוהי טענה רחוקה), וא"כ מכיון שלפי רב הונא אין העליון צריך להשתתף באבנים למטה, למה צריך הוא לוותר על הקרקע שלו אלא יעשו ככותלו של הראב"ד והתחתון יעשה ברוחב ו'.

והנה הרשב"א והריטב"א הוסיפו להסביר שהתחתון אינו בונה רוחב ו' על שטחו כי א"כ אח"כ יצא שהעליון בונה את שלו על חצירו של התחתון, אבל עכ"פ שאילתנו עדיין קיימת דנהי שאין זה צדק שהתחתון יבנה על חצירו רוחב ו' והעליון

יבנה על שלו, אבל הלא גם אין זה צדק שהתחתון יקציע לתוך של העליון כי העליון אינו חייב לסייע למטה.

ורצה חכם אחד לומר שהתחתון רשאי להקציע תמורת מה שהוא מרשה להעליון לבנות את האמות העליונות על גובה כותלו למעלה ודלא כמו שכתבנו לעיל שזה מותר גם בלא"ה משום טעמו של הנחל"ד.

ועכ"פ עיין במאירי שפירש ג"כ כמו הרמב"ן אבל כתב שאם הקרקע העליון הוא מאבן שהוא קשה מאד, אז אפשר לעשות כהראב"ד שהתחתון בונה רק רוחב ג' בלי להקציע, ואין העליון מסייע כלל אפילו לפי רב חסדא, כי אינו צריך לו, וכבר הבאתי לעיל את דברי המאירי.

ג. הרא"ש.

והנה יש לעיין בענין איך לומד הרא"ש כאן, דהא הרא"ש סובר בדעת רב חסדא שמקציעים מהקרקע של העליון ושהעליון בונה שם ביחד עם התחתון, וא"כ חזינן שצריכים למטה רוחב של ו' טפחים, ודלא כהראב"ד, מיהו בדעת רב הונא לא הזכיר הרא"ש שמקציעים, ומשמע שהוא סובר שלפי רב הונא התחתון בונה רוחב של ו' שכולו על הקרקע שלו, והרי הוא בונה ברוחב ו' טפחים עד שהוא מגיע לקרקע העליון, ואז הרי הוא ממשיך ברוחב ג' ביחד עם העליון שבונה ג"כ רוחב ג' על הקרקע שלו (העליון) עד שהם מגיעים לגובה של ד' אמות מקרקע העליונה (וכשיטת הרא"ש שם שהתחתון צריך לבנות עד המקום ההוא), והא דסובר הרא"ש שהתחתון בונה למטה רוחב של ו' ואינו סובר כהרמב"ן שהוא מקציע לתוך הקרקע של העליון י"ל

דהיינו משום הקושיא שהקשינו לעיל על הרמב"ן שבאמת מנין לו הזכות לעשות כן, הלא העליון יכול לטעון שלמחר ימכרנו למי שאינו מקפיד על היזק ראי' ויוכלו להוריד את הכותל ונמצא שאיכד שימוש בכמה טפחים של קרקע (ולפי הרא"ש הרי שפיר מהני מחילה על הכותל של היזק ראי' כמו שכתב לעיל בסי' ב'), וגם אי אפשר לומר את הטעם שכתבנו לפי הרמב"ן דהיינו שהעליון חייב להניח להתחתון להקציע משום שגם הוא בונה על גבי כותלו למעלה, דהא זה אינו לפי הרא"ש, דהא הרא"ש סובר שגם התחתון חייב להמשיך עד גובה של ד"א מהקרקע של העליון וא"כ נמצא שהעליון אינו בונה כלום על כותלו של התחתון.

ד. דברי הרמ"ה.

ועיין ברמ"ה שלומד בדרך אחרת, והיינו שאירי באופן שיש הפלגת ד' אמות בין ב' החצרות, ובכה"ג באמת אין התחתון מזיק להעליון בהיזק ראי' (וכבר הבאנו דעה זו לעיל באות ק"ו עיי"ש), ורק העליון צריך לבנות, ובאמת איירי באופן שהעליון הי' מסכים לבנות לגמרי על הקרקע שלו אלא שהתחתון תובעו לבנות מלמטה כי הוא טוען שהקרקע של העליון הוא תיחוח וחלש וסופו של הכותל ליפול, והעליון טוען שאינו חייב לבנות למטה כי אין בבנין זה שלמטה שום הצלה מהיזק ראי', ובכה"ג רב הונא סובר שהדין הוא עם העליון, והעליון רשאי לבנות לגמרי על השטח שלו, ואם התחתון רוצה בדוקא במחיצה שלא תיפול, אז הרי הוא צריך לבנות כולו על השטח שלו עד שהוא מגיע להעליון, ואז העליון

האבנים, כי השני יכול לטעון שאינו רוצה להשתמש באבנים שהם על הקרקע של הראשון (עי' באות ו' סק"ב בד"ה ועוד די' לפקפק וכו', ולהלן שם), וחזינן מדברי הרא"ה שאלמלא הך טענה שאינו רוצה להשתמש באבנים שהם על הקרקע של הראשון, שפיר הי' חייב להשתתף (וכמו שהביא שם באמת מהציוור של בקעה עיי"ש).

ב. שיטת תוס' והרא"ש היא שבב' גגין בשני צדי רה"ר, האחד יכול לומר לחבירו או בנה אתה ואני אשתתף במעות, או אני אבנה ואתה תשתתף במעות עיי"ש, וחזינן משיטתם שכשאחד מהם בונה חייב השני להשתתף במעות, וכתב הנתיחה"מ בסי' ק"ס סק"א שיתכן שגם הנ"י בשם הרא"ה מודה בכה"ג שהוא יכול לכופו לקנות את האבנים כיון שהוא לטובת שניהם שרק אחד מהם יבנה, כי ע"י זה ירויחו את ההעדפה. ומדברי הנתיחה"מ שם משמע שהי' קשה לו רק מסברת הרא"ה, אבל אלמלא סברת הרא"ה לא הוה קשה לי' מידי, והיינו משום שהדין נותן שכיון שפטר הבונה את חבירו מחיובו, הרי חבירו חייב להשתתף באבנים (וכדחזינן גם מגוף דברי הרא"ה וכהנ"ל).

ג. בב' חצרות זו למעלה מזו סובר רב חסדא שהעליון מסייע להתחתון כי הוא משתמש ביסודו, וא"כ להדיא חזינן שמאחר שבנה התחתון, והעליון מקבל מזה תועלת, הרי הוא חייב לשלם.

ד. בחצר למעלה מגג, חייב בעל הגג לבנות מעקה של ד"א משום היזק ראי'

ממשיך לבנות על כותלו של התחתון (ואין טענה עליו בזה כי התחתון דרש כן, וצ"ע), ורב חסדא סובר שהדין הוא עם התחתון והרי העליון חייב לבנות למטה כותל חזק שלא יפול, והא דמודה ר"ח שגם התחתון חייב לסייע למטה הרי זה משום שהוא לבדו נהנה מהחלק ההוא של הכותל ע"י "דסמיך לי' מאי דבעי ולא חייש דלמא נתר עפרי' דעליון ואבני' עלויה". מיהו יש לעיין לפי הרמ"ה למה לפי רב חסדא אין מקציעין לתוך הקרקע של העליון כיון שגם הוא חייב לבנות למטה ולמה חייב התחתון להניח לו לבנות ו' על הקרקע שלו (אבל מה שהוא ממשיך לבנות על הכותל המשותף לק"מ כמו שביארנו לעיל בסק"א בד"ה ועי' בשט"מ). ואולי כוונת הרמ"ה היא שהם בונים למטה רק ברוחב ג' וכהראב"ד, מיהו מסתימת לשונו משמע שהם בונים כותל רחב ו' כמו תמיד, וכבר העיר הב"י בסי' ק"ס שגם מהרמב"ם משמע שהעליון מסייע למטה לפי רב חסדא רק באבנים אבל לא בקרקע.

קט) בענין החיוב להשתתף במעות כשהשני בונה את המחיצה.

הנה מצינו כמה ציורים שאם האחד בנה את המחיצה ופטר בזה את השני, הדין נותן שהשני ישתתף במעות, וארשום תחילה את המקומות.

א. הנ"י בריש פירקין כתב בשם הרא"ה שאם אחד מן השותפין בחצר כנס לתוך שלו ובנה את הכותל מגויל וגזית, אינו יכול לתבוע מהשני שישתתף עמו בהוצאות

ובעל החצר פטור מלבנות מחיצה בשביל היזק ראי', אבל בכל זאת אכתי חייב בעל החצר במחיצה עשרה משום נתפס כגנב, ולכן הרי הוא חייב להשתתף עם בעל הגג במעות אע"פ שבעל הגג הי' חייב לבנות גם בלא"ה משום היזק ראי'*) .

ומעתה יש לעיין בטעמא דמילתא למה הוא מתחייב בכל הציורים הנ"ל, דהא נהי שגם הוא הי' צריך לבנות, אבל בכל זאת מכיון שחבירו בנה, הרי חבירו דומה לפורע את חובו ולמבריה ארי מנכסיו דפטור מלשלם עבור זה.

ויש ליישב על פי דברי תוס' בנדריים דף ל"ג ע"ב שכתבו דהיכא שראובן משתמש בידים בהחפץ של שמעון כדי להבריה את הארי מעליו, לא שייך הפטור של מבריה ארי, וכגון התם בנדריים שראובן משיב את האבידה של שמעון ועל ידי זה הרי הוא נפטר מלתת פרוטה לצדקה, דביארו תוס' שם שבכה"ג אין שמעון נקרא רק בגדר מבריה ארי מראובן, אלא הרי זה נקרא שראובן נהנה הנאה חיובית מהחפץ של שמעון מאחר שראובן השתמש בגוף החפץ של שמעון כדי להבריה את העני מעליו, וא"כ ה"ה שבכל הציורים הנ"ל הרי זה כך, דהא בהציור של רב חסדא שהוא בונה על גבי יסודו של חבירו הרי הוא משתמש בפועל ממש בהאבנים של חבירו. וכן בהציור של הרא"ה שאחד מהשותפין כנס

לתוך שלו ובנה ועי"ז פטר את השני מלבנות, הרי מעתה השני משתמש בפועל ממש בכותלו של הראשון כדי לעכב את ראייתו, ואע"פ שאינו משתמש בו בידי, אבל בכל זאת הרי זה בודאי נקרא שגופו משתמש בהכותל, ואפילו אם שימוש זה לשם עצמו אינו שוה כסף אבל בכל זאת הרי הוא משתמש בגוף כותל של חבירו לפטור את עצמו מחיובו. וכן בשני גיין משני צדי רה"ר, כשיבנה אחד, הרי גופו של השני משתמש בכותלו כדי לעכב את ראייתו ולפטור את עצמו מחיובו. וכן בחצר למעלה מגג, הרי גופו של בעל החצר משתמש ממש בהמחיצה של בעל הגג כדי שיהא נתפס כגנב (או כדי שלא יהא נתפס כגנב), וגם כאן אפילו אם אין שימוש זה לשם עצמו שוה כסף אבל הרי הוא משתמש בגוף מחיצת חבירו לפטור את עצמו מחיובו (אבל בציורו של רב חסדא אולי גם בלי דברי תוס' בנדריים י"ל בפשיטות שהוא צריך לשלם שהרי הוא עושה שימוש בכותל חבירו ששוה כסף דהיינו שהוא משתמש בו ליסוד בנינו ובונה עליו את כותלו.

מיהו לפי הדרך הזה אכתי לא יצטרך ראובן לתת חלק בשכר הפועלים שהוציא שמעון, דהא ראובן לא עשה שום השתמשות בכסף זה. ברם י"ל שבגלל העבודה המושקעת בהאבנים מתעלה עצם שויו של הכותל כשיעור דמי המלאכה ולכן מכיון שראובן משתמש בגוף הכותל הרי זה

(* ולקמן נביא את הטעמים שכתבו הנתיחה"מ והפני שלמה למה אין כאן טענתו של הרא"ה שאינו רוצה שיהיו לו אבנים על הקרקע של חבירו, אבל עכ"פ גם כאן לכאורה י"ל שאין צריכים לטעמיהם אלא בכדי לסלק את הטענה

שהזכיר הרא"ה, אבל לענין עיקר חיובא אין צריכים את הטעמים שכתבו, אלא מאחר שבעל הגג פטר את בעל החצר מחיובו הרי בעל החצר חייב להשתתף (וכדחזינן כעין זה מגוף דברי הרא"ה וכמו שביארנו לעיל).

נקרא שהשתמש גם בהשוויות הנ"ל של דמי הפועלים.

גם יש ליישב את הענין הנ"ל על פי דברי הר"י בתוס' בב"ק דף נ"ח ע"א דהיכא שברי שההיזק הי' מגיע, אז אין זה נקרא מבריה ארי אלא הרי זה מיקרי מציל מפי הארי והרי הוא חייב, וכתב שם דהא דפורע את חובו פטור אע"פ שהי' ברי היזיקא (דהא בודאי יתבע המלוה את חובו) הרי זה משום דשאני התם שהלוה כבר נתחייב ולכן אין זה נקרא היזק (ולכאורה כוונתו היא משום שכבר קיבל הלוה מעות מקודם, בשעת ההלוואה). ומעתה לפי הר"י לק"מ למה לא פטרינן הכא משום מבריה ארי, שהרי אלמלא זה שהראשון בנה, הרי ב"ד היו כופין את השני לבנות וא"כ יוצא שהראשון הצילו מהפסד ברור, ולכן אין זה נקרא בגדר מבריה ארי.

גם עיין בדברי הרמב"ן במלחמות בריש פירקין שכתב וז"ל, וכי עלתה על הדעת שאחד מן השותפין שעשה מחיצה בחצר שאין מחייבין את חבריו לשלם עד ד' אמות, שיהא נקרא זה נהנה וזה לא חסר, הא ודאי נהנה וחסר הוא, וכיון דהא בנין אתרוייהו רמיא לסלוקי נזקא מינייהו, שליחותא דידו' עבד עכ"ל.

והנה אכתי יש לעיין, דנהי שאין כאן הפטור של מבריה ארי, אבל בכל זאת למה לא שייך לפטור את השני משום מדת סדום, דכיון שהראשון בנה משום החיוב שלו, א"כ למה אינו חייב לתת לחבירו ליהנות מזה משום מדת סדום. והנה בהציור של הרא"ה (וכן בב' בתים בב' צדי רה"ר) ששותף אחד בחצר כנס לתוך שלו ובנה, לא מסתבר לפטור משום מדת סדום, דהא

גם השותף השני הי' חייב לבנות את הכותל הזה עצמו בשביל אותה סיבה עצמה וא"כ לא מסתבר לומר בכה"ג שהבונה חייב לוותר להמתעצל מחמת מדת סדום, אבל בהציור של רב חסדא הרי התחתון בונה כנגדו בשביל חיוב שמוטל רק עליו לבדו, דהא העליון מצד עצמו אינו חייב במחיצה זו, שהרי בין כך ובין כך אין היא מעכבת את ראייתו, וא"כ מאי איכפת ל' להתחתון אם העליון משתמש בכותלו כסוד, ולמה אין בזה משום מדת סדום. וכן בחצר למעלה מגג חבירו הרי בעל הגג בונה בשביל חיוב שמוטל רק עליו לבדו, דהיינו הסיבה של היזק ראי', וא"כ מאי איכפת ל' אם דרך אגב מיפטר בעל החצר מהמחיצה של נתפס כגנב ולמה אין בזה משום מדת סדום.

שו"ר בפני שלמה כאן בעמוד מ"ו בד"ה לכן וכו' בתוך דבריו שכתב שבחצר למעלה מגג חבירו אין משום מדת סדום משום שכיון שכל התועלת של הכותל שבעל הגג בונה הרי זה בשביל בעל החצר ולא בשביל בעל הגג, דהיינו כדי שלא יציץ בעל הגג לתוך חצירו, לכן אין כאן מדת סדום אם נחייב את העליון להשתתף. וכן בשתי חצרות זו למעלה מזו הרי הכותל שהתחתון בונה למטה הרי הוא כולו בשביל הנאת העליון דהיינו כדי שלא יציץ בו התחתון.

והנה יש עוד קושיא שאפשר להקשות, דהנה הרא"ש כתב שבחצר למעלה מגג חבירו, אם החצר הוא גבוה י' טפחים, אין כאן חיוב מחיצה של נתפס כגנב, וממילא בעל החצר פטור לגמרי, וצ"ע דהא בעל החצר חייב מיהא במעקה כדי שלא יפול הנופל, והרי יוצא שבעל הגג פטור מזה,

וא"כ אמאי אין בעל החצר חייב להשתתף לכה"פ כסכום עשיית מעקה.

ק) ואם היתה חצירו למעלה מגג חבירו אין נזקקין לו.

א. דברי הרא"ש.

עיי' בגמרא דמיייתין הא דתניא שאם היתה חצירו למעלה מגג חבירו אין נזקקין לו, ומסקינן דאין נזקקין לו לד"א אבל נזקקין למחיצה עשרה, פי' שגם בעל החצר חייב להשתתף עד גובה י' טפחים. ועיי' ברא"ש שכתב דהיכא שהחצר גבוהה י' טפחים, אין בעל החצר חייב להשתתף כלום (משום שבכה"ג אין חשש של נתפס כגנב), אלא בעל הגג בונה לבדו מעקה של ד' אמות, אבל היכא שאין החצר גבוהה י' טפחים, על זה קיימי דברי הגמ' שגם בעל החצר חייב להשתתף, וצייר הרא"ש באופן שהחצר גבוהה ו' טפחים מהגג דבכה"ג מכיון שבעל החצר זקוק לעוד ד' טפחים הרי הוא חייב להשתתף באותם ד' טפחים, והרי הוא חייב לשלם מחצה מהם, דהיינו עבור ב' טפחים.

ב. קושיות הקצה"ח על הרא"ש.

ועיי' בקצה"ח בסי' ק"ס סק"ד שהקשה על הרא"ש למה סגי בזה שהוא משתתף רק באותם ד' טפחים, דלמה אינו חייב לסייע גם למטה בכל האבנים, וכן בהמקום, וכמו שסובר רב חסדא בנוגע להכותל של היזק ראי' בב' חצרות שזו למעלה מזו, ועיי"ש בתירוצו. ועוד הביא הקצה"ח שם את דעת הרמב"ן שנקט שבאמת גם במחיצה י' חייב בעל החצר שהוא העליון לסייע גם למטה

(ועיי' עוד בדברי הפלפולא חריפתא על הרא"ש).

וע"ע בקצה"ח לעיל שם בסק"ב שהקשה עוד דלכאורה לא יתכן בכלל דין כזה שהוא חייב לסייע בהאבנים והמקום, והיינו משום שאם הוא ישתתף א"כ הרי הוא יכול לעכב את בעל הגג מלהגביה את המחיצה עד ד' אמות, וכמו שפסק הרא"ש בהמשנה שאחד מהשותפין יכול לעכב את חבירו מלהגביה את הכותל, ובלית ברירה בעל הגג יצטרך לבנות מחיצה של ד"א שהיא כולה על השטח שלו, ומאחר שיעשה כן, שוב אין צורך למחיצה י' של בעל החצר, וגם לא יוכל בעל הגג לכפות את בעל החצר להשתתף באותה מחיצה של ד"א שהוא בונה על השטח שלו דהא כבר כתב הנ"י בשם הרא"ה שאין חיוב לקנות אבנים שהם על הקרקע של השני, ע"כ קושייתו של הקצה"ח (והנחלת דוד בסוף ד"ה לכך וכו') תירץ דכיון שכל המחיצה עד ד"א היא רק לטובת בעל החצר כדי שלא יוזק מהיזק ראי', לכן אין בעל החצר יכול לעכב את בעל הגג מלהגביה את הכותל, וע"ע ביתר דבריו שם).

והנה דברי הקצה"ח צריכים ביאור קצת, למה הוצרך לומר בסוף דבריו שבעל הגג לא יוכל לכפות על בעל החצר לקנות את האבנים בגלל דינו של הנ"י, תיפוק לי' משום מה שהזכיר כבר לעיל שם, והיינו דאילו יקנה אותם בעל החצר א"כ שוב לא יניח לבעל הגג להגביה עד ד' אמות (ויש ליישב).

מיהו באמת דברי הקצה"ח מכוונים הם מאד, והיינו משום דעיי"ש בסק"ב בתחילת דבריו שדקדק להקשות דוקא על פי מה

שהסיק בסק"ד שבעל החצר צריך להשתתף ולסייע למטה בין בהאבנים ובין בהמקום (ולקמן בסמוך נבאר את טעמו בזה), וא"כ חזינן שנוקט הקצה"ח שכל זמן שלא נשתתף בעל החצר גם בהמקום, אין לו שום כח לומר לבעל הגג שאינו מניחו להגביה את המעקה יותר מ', ואין לו אלא טענת הנ"י בשם הרא"ה שאינו חייב לקנות את האבנים וכמש"כ הקצה"ח בסוף דבריו.

ומעתה נבאר למה דקדק הקצה"ח להקשות את הקושיא דוקא על פי מה שהסיק בסק"ד שבעל החצר צריך להשתתף ולסייע גם למטה בין בהאבנים ובין בהמקום. ונראה שדקדק לומר כן משום דהא חזינן שהקצה"ח בדבריו הנ"ל כתב שני טעמים בענין למה שותף אחד יכול לעכב את השני מלהגביה את הכותל יותר מד' אמות, חדא, "לפי שהוא ממעט באויר חצרו, וגם יוכל למחות כשהוא רוצה להשתמש בכותל", ולעיל בסי' קנ"ז סק"ה ביאר הקצה"ח את כוונתו בזה יותר, וז"ל באמצע דבריו שם, והא דאינו יכול להגביה יותר, נראה משום דחצי המקום ודאי כמכיר חלקו, ויש לו בצד מקומו מתהום ארעא ועד רום רקיעא, ואויר מקומו שלו הוא, ועוד שרוצה ג"כ להשתמש על שלו ואינו רוצה להשתמש על אבני חבירו, ואע"ג דחבירו נתרצה, הו"ל בכלל שונא מתנות, אלא שמדברי הרא"ה משמע דכה"ג שעושה הנותן לטובתו (כלומר שהוא מרשה לו להשתמש במתנה כדי שיהי' הוא רשאי להגביה את כותלו), לא הוי בכלל שונא מתנות, והובא בטור סי' קע"א וכו', ומסתבר טעמא דאויר של צד מקומו שלו עכ"ל (ועי' בלשון הרא"ה בסי' ח'), וא"כ לפי הטעם

של אויר מקומו הרי שפיר נקט אצלינו שרק היכא שהוא משותף גם בהקרקע הרי הוא יכול לעכב את חבירו מלהגביהו.

מיהו אכתי יש לעיין בדברי הקצה"ח שהבאנו מסי' ק"ס סק"ד, דהא חזינן שהקשה על הרא"ה שיצטרך להשתתף גם למטה בהקרקע מצד דינו של רב חסדא, ולכאורה ה"ה שהי' יכול להקשות על הרא"ה שבכלל א"א לחייבו להשתתף בהאבנים לחודייהו משום טענתו של הנ"י, ויש ליישב.

ג. תירוצו של הנתיחה"מ.

והנה הנתיחה"מ שם בסק"א כתב ליישב את קושיית הקצה"ח שם בסק"ב, והיינו דשפיר חייב הוא להשתתף בהאבנים משום דהכא לא שייך דינו של הנ"י, דהא שיטת תוס' והרא"ה כאן היא שבשני גגין בשני צדי רה"ר יכול אחד לומר לחבירו או תבנה אתה על גגך ואני אשתתף בהאבנים או אבנה אני על גגי ואתה תשתתף בהאבנים, וכן נפסק בשו"ע, וא"כ חזינן שבכה"ג מכיון שהוא לטובת שניהם שרק אחד מהם לחוד יבנה, שהרי ע"י זה יחסכו את ההעדפה, א"כ אין לו טענה שלא יוכל להשתמש בהאבנים (כיון שיהיו על גגו של השני), אלא שפיר אפשר לכוף על כך שהוא יבנה על הקרקע וחבירו יקנה את האבנים, וא"כ גם בציוורו של הרא"ה בחצר למעלה מגג הרי הוא לטובת שניהם שבעל החצר יקנה שני טפחים באמצע הכותל, משום שאל"כ הרי יצטרכו שניהם לבנות בשותפות מחיצה רחבה ו' וגבוה עשרה על הגבול (דהיינו שבעל החצר יבנה גובה של ד' ברוחב של ג' על שפת החצר ובעל הגג יבנה גובה י'

ברוחב ג' טפחים על שפת הגג), ואז בנוסף לזה יצטרך בעל הבנות עוד מחיצה גבוהה ד' אמות ורחב ו' טפחים משום היזק ראוי, וא"כ יוצא שכל אחד מהם יפסיד רוחב של ג' טפחים קרקע שלא לצורך, ולכן בכה"ג מכריחים את בעל החצר לקנות את האבנים (כלומר רק ב' טפחים של אבנים אבל לא את כל האבנים למטה יחד עם המקום, דהא אל"כ לא מיושבת קושיית הקצה"ח שהקשה שבעל הגג יוכל לעכב את בעל החצר מלהגביה יותר מ' טפחים עד ד"א) ע"כ דברי הנתיחה"מ.

ד. בענין כמה רוחב צריכים בשביל מחיצה י' של נתפס כגנב.

עכ"פ חזינן שהנתיחה"מ בדבריו הנ"ל נקט שהמחיצה של נתפס כגנב צריכה להיות רחבה ו'. וגם חזינן שהוא נוקט שאפילו בצירוף של הרא"ש שבעל החצר צריך לבנות רק ד' טפחים (כיון שחצרו גבוהה ו' טפחים), גם לאותם ד' טפחים לא סגי ברוחב של ג' טפחים אלא צריך בעל הגג לבנות כנגדם.

מיהו דברי הנתיחה"מ נראים כסותרים את דבריו להלן שם בסק"ב, דהנה כבר הבאנו את קושיית הקצה"ח בסק"ד שם שהקשה על הרא"ש למה אין בעל החצר צריך להשתתף גם למטה בכל האבנים והמקום, ולמה סגי בזה שיקנה ב' טפחים באמצע הכותל, ותירץ הנתיחה"מ וז"ל, ולא קשה מידי וכו' וא"כ יכול בעל החצר לומר לבעל הגג או אבנה ד' טפחים משלי ותן לי הוצאות על שני טפחים או אני אתן לך הוצאות על שני טפחים וכו' ובעל הגג בודאי לא יתרצה שיבנה בעל החצר בשלו

ד' טפחים ושהוא יתן לו הוצאות ב' טפחים, כיון דאח"כ יצטרך לבנות על חלקו כל הכותל מלמטה עד ד"א למעלה מחצרו של זה ויהי' כל הוצאותיו שנתן לחבירו על מגן וכו', משא"כ בב' חצרות שאינו יכול לומר לו אבנה הכל על שלי ותן לי חצי הוצאה, דלמה יעשה זה למעט אורח חצרו, ואם רוצה בכך כדי להרויח הבנין למטה ורוצה לבנות בחלקו ולהניח לחבירו להשתמש בכותלו ולנעוץ בו קורות מחמת חצי הוצאה שנתן, חבירו בודאי יתרצה עכ"ל. ומדבריו אלו נראה שלגובה של ד' טפחים סגי ברוחב כל שהוא שאינו ממעט את אורו ולכן בעל החצר מסכים לעשות על שטחו.

ועכ"פ עיין בספר משנת רבי אהרן בעמוד ל"ה בהערה הראשונה שכתב ש"ל שאפילו אם המחיצה של עשרה שהוא משום נתפס כגנב צריכה להיות מגויל וגזית כמנהג המדינה, אבל בכל זאת אינה צריכה להיות רחבה ו' טפחים, אלא הרי היא יכולה להיות פחות מזה, כי רק כשיש גובה של ד' אמות בעינין רוחב של ו' טפחים. וזהו דלא כדברי הנתיחה"מ בסק"א שהבאנו שגם בכה"ג בעינין ו' טפחים.

ובאמת יש לעיין בזה בדברי הרא"ש הנ"ל בסוגיין שהבאנו, דהא חזינן שכתב הרא"ש שאם החצר היא גבוהה ו' טפחים מהגג אז בעל החצר צריך להשתתף כשוויות ב' טפחים, כיון שהוא צריך לבנות עמו גובה של ד' טפחים, ונראה שיש להוכיח מזה שהרא"ש סובר אחד משני דברים, דהיינו או שהמחיצה עשרה של נתפס כגנב צריכה להיות רחבה ו', או שהוא סובר שהיא יכולה להיות אפילו מהוצא ודפנא, אבל א"א לומר דסגי בגויל וגזית בפחות

וע"ע בנחלת דוד כאן בד"ה ועוד, ולעיל
באות כ"ב ובהערה שם.

דף ז' ע"א

**קיא) אבל מטי כשורי למטה
מעשרה מצי א"ל
למטה מיו"ד רשותא
דידי הוא ולא משעבד
לך.**

וכתב הרא"ש שבכה"ג הרי הם בונים
כמו שהי' מתחילה. ולכאורה צ"ע, דהא
לפ"ז יוצא שגם למעלה מיו"ד הרי הוא
רשותו של התחתון דהא זהו הטעם למה הם
בונים כמו שהי' בתחילה, וא"כ למה אין
התחתון יכול לכוף העליון לסתור גם
כשלא מטו כשורי למטה מיו"ד, ומאי
איכפת לן בזה שבעלמא גובה י' חשיב
חילוק רשות וראוי לדירה, וכן הקשה
הקו"ש כאן באות ל"ז.
ולכאורה יש ליישב בהקדם ב' יסודות.

א', שלעולם רשותו של התחתון מיקרי
באמת רק עד גובה י' כדאיתא בגמ' אבל
למעלה מזה מיקרי רשותו ומקומו של
העליון וכמו שמצינו בשאר דוכתי שלמעלה
מיו"ד חשיב רשות אחרת, רק שנכללת
בכלל חלוקתם הסכמה שהתחתון יהי' רשאי
להחזיק את כותלי ביתו בתוך רשותו של
העליון.

ב', דהיכא שלא מטי כשורי למטה מיו"ד
א"א לחייב את העליון מצד דין מזיק של
נזקי ממונו (כלומר משום זה שאבניו ועציו
הכבידו והזיקו את התחתון), והיינו על פי
מש"כ הנתיה"מ בסי' קנ"ה סקי"ח שא"א

מרוחב ו', והיינו משום שאם נאמר דסגי
בגויל וגזית בפחות מרוחב ו' א"כ א"א
להעמיד את דברי הרא"ש שכתב שבעל
החצר צריך לשלם בשביל ב' טפחים, דהא
ממה נפשך אם בעל הגג בנה מחיצה של
הוצא ודפנא וכשיטת הרא"ש בסי' ה' דהיכא
שהוא בונה על הקרקע שלו הרי הוא יכול
לבנות את המחיצה של היזק ראי' אפילו
מהוצא ודפנא א"כ יש לבעל החצר לומר
שאינו רוצה להשתתף במחיצה של הוצא
ודפנא אלא במחיצה חזקה של גויל וגזית,
ואם איירי באמת באופן שבעל הגג בנה
מגויל וגזית ברוחב ו' (כדין הכותל של היזק
ראי' שהוא גבוה ד' אמות) א"כ למה כתב
הרא"ש שבעל החצר צריך להשתתף בב'
טפחים דמשמע ב' טפחים ברוחב ו', הלא
סגי לי' לבעל החצר בפחות מרוחב ו', דהא
אזלינן השתא שהמחיצה של נתפס כגנב
אינה צריכה רוחב ו' כיון שהיא גבוהה רק
י' טפחים, וא"כ יוצא דלא מתוקמא דינו של
הרא"ש אלא אם נאמר דסגי בהוצא ודפנא
בשביל המחיצה של נתפס כגנב ואיירי
באופן שבעל הגג בנה הוצא ודפנא כדין
הנכנס לתוך שלו, א"נ דבעינן רוחב ו' של
אבנים בשביל המחיצה של נתפס כגנב
ואיירי באופן שבעל הגג בנה ברוחב ו',
דלפי זה שפיר יוצא שדינו של בעל החצר
הוא להשתתף בב' טפחים בכל רוחב
המחיצה (אבל בודאי דוחק לומר שלעולם
בעינן לנתפס כגנב מחיצה של גויל וגזית
וסגי בפחות מרוחב ו' ושהרא"ש איירי
באופן שבעל הגג בנה את המחיצה של היזק
ראי' בדיוק באותו רוחב שבעינן בשביל
המחיצה של נתפס כגנב, אע"פ שהי' סגי לי'
בהוצא ודפנא).

לחייב משום נזקי ממון היכא שהוא משתמש בתוך הרשות שלו ואם ימנע את עצמו מההיזק יפסיד את תשמישו. ולקמן באות קנ"א נאריך בדברי הנתייה"מ ונביא שגם הקצה"ח סובר כן ושהגר"א חולק על זה.

ולפי ב' הנחות הנ"ל א"ש סוגיא דידן, דהא לפי הנתייה"מ יוצא דהיכא שלא מטי כשורא למטה מי' א"כ מכיון שאבני העליון אינם יוצאים לתוך רשותו של התחתון, אלא הרי הם נשארים למעלה מיו"ד שהוא רשותו של העליון וכמו שכתבנו כבר, א"כ א"א לחייב את העליון משום מזיק, וממילא נשאר העובדא שהבית משועבד להעלי', וא"א לחייב את העליון לסתור, אבל היכא שמטי כשורי למטה מיו"ד, הרי בכה"ג יש להעליון דין מזיק משום שיצא ממונו מתוך רשותו והרי הוא משתמש בתוך רשותו של התחתון, וא"כ בכה"ג הרי הוא שפיר חייב לסתור משום שהיכא שיש לו דין מזיק לא אמרינן שביתא לעלי' משתעבד, ומאחר שסותרים, א"כ מעתה שפיר בונים עד הגובה שהי' בתחילה שהרי כן הי' בכלל הסכמתם בתחילה שיהי' מותר להתחתון להחזיק את עציו ואבניו בתוך רשותו של העליון. ולפ"ז מובנת היטב השיטה שהביא הרמב"ן שהעליון חייב לבנות לבדו עד גובה יו"ד, והיינו משום שיש לו על זה דין מזיק וכהנ"ל.

והנה רבינו יונה (בשט"מ בע"ב בד"ה עלה בדינו), וכן הרשב"א כאן, סוברים שהתחתון צריך לבנות את ביתו לבדו וכן העליון בונה את ביתו לבדו (ועי' בהמשך דברי רבינו יונה שם), ולפי הנ"ל לכאורה צ"ע, דהא ממ"נ אם העליון צריך לסתור משום שיש לו דין מזיק א"כ למה אינו חייב גם לבנות את ביתו של התחתון.

ונראה שרבינו יונה והרשב"א אינם מחייבים את העליון משום מזיק אלא משום שמכיון שהושפל ביתו למטה מיו"ד א"כ נמצא שהוא גזל את רשותו של התחתון והשיג את גבולו ולכן אינו צריך לבנות אלא סגי בזה שהוא סותר את ביתו כדי לסלק את עצמו מהאיסור ע"י שהוא מחזיר להתחתון את גבולו (אלא שאכתי צ"ע למה אינו חייב באמת גם משום מזיק).

מיהו אכתי אין מוסבר לפי הנ"ל הדעה שהביא הרמב"ן שם שהתחתון צריך לבנות משלו, דמשמע שהוא צריך לבנות גם את ביתו של העליון, דלכאורה דבר זה אינו מובן, דהא העליון הי' חייב לסתור או משום מזיק או משום משיג גבול וא"כ למה מתחייב התחתון לבנות את הכל משלו. ברם אולי הכוונה היא באמת שהתחתון צריך לבנות רק את הבית שלו ולא את של העליון וכרבינו יונה והרשב"א עיי"ש.

ועכ"פ מסקנת הרמב"ן עצמו שם היא ששניהם בונים ביחד את כל הבית כולו, וגם על זה בודאי צ"ע למה הם עושים כן, דהא ממ"נ אם העליון חייב לסייע למטה משום שהוא אחראי בשביל ביתו של התחתון משום דין מזיק א"כ למה אינו חייב לבנות לבדו (ועי' גם ברא"ש שכתב שיבנו שניהם). ובאמת עצם היסוד שרשותו של התחתון מגיעה רק עד י' טפחים קשה להולמו, דהא נהי שגובה י' מיקרי רשות בשאר דוכתי אבל הכא בדיני ממונות הרי מאחר שחילקו למעלה מגובה י', א"כ בודאי שגם עצם המקום למעלה מיו"ד עד תקרת התחתון שייך הוא להתחתון.

שוב הבנתי מתוך דברי הנ"ל כאן ביאור אחר בדברי הגמרא כאן וז"ל, שנטבעו הכותלים וירדה דירת העליון באויר התחתון

ואפ"ה לא מצי כייף תחתון לעליון שיבנה משום דבית לעלי' שיעבודי משעבד כל זמן שישאר שם שיעור דירה דהיינו י' טפחים, אבל מטו כשורי למטה מיו"ד רשותא דתתאי הוא ולא משתעבד לי' ויכפנו לבנות עכ"ל, ומשמע מדבריו שאין הכוונה כאן במאי דאמרינן "רשותא דידי" להלכות רשות כמו בשאר דוכתי, אלא הכוונה היא שהיכא שמטי למטה מיו"ד אין ביתו של התחתון ראוי לדירה כלל, אבל לעולם בדיני ממונות גם למעלה מיו"ד הוי רשותו של התחתון, רק דהא דאין העליון חייב כשאיבתס למעלה מיו"ד הרי זה משום שנקטינן שהיתה דעתם בשעת חלוקה שהתחתון יהי' משועבד להעליון ומש"ה אין על העליון לא דין מזיק ולא דין משיג גבול, אבל על למטה מיו"ד לא נתכוין התחתון לשעבד להעליון את רשותו ומש"ה שפיר חייב העליון לסתור.

ולפ"ז שפיר יש מקום לחייב את התחתון בכל, א"נ שיכנו שניהם, כי מאחר שחידשנו שיש כאן ענין של אומד דעתם א"כ י"ל שכן הוא אומד דעתם, דהיינו שגם כשאיבתס למטה מיו"ד התחתון יבנה את הכל או שיכנו שניהם.

וע"ע בלשון המאירי כאן שכתב וז"ל, וחכמי הצרפתים שאלו שהרי ודאי כשחלקן זכה התחתון מתהום ארעא עד רום העלי' וא"כ כשנחבס כולו יאמר לו ברשותי אתה עומד (וזהו ממש הקושיא שהזכרנו בראשית דברינו), עד שתירצוה שאמר לו תחתון לעליון עלי' זו כי סלקא סק בהדה וכי נחתה חות בהדה, כלומר זכה בה על כל צד שהיא עומדת ומתוך כך כל שלא שפלה מעשרה ולמטה התנאי מועיל להיות

הכל ברשותו, ולא יראה כן שהרי מ"מ סתם נאמרה ובלא שום תנאי בעולם, ואני אומר לשיטתם שלא התנו בחלוקה לא סק וחות בהדה ולא מתהום עד רום עלי', אלא שחלקן סתם וכו', ומאחר שלא נאמר שם עד רום עלי', כל שנחבסה אין עליון זקוק לתחתון אפילו אמר לו תחתון שהוא בונה כולו משלו וכו', ומ"מ אם ירדו לתוך עשרה הרי זה רשות בעה"ב וכופהו לסתור ולבנות הכל עמו עכ"ל.

ק"ב) תד"ה היינו הך.

וז"ל, וא"ת וכו' עכ"ל. צ"ע די"ל בפשיטות שקושיית הגמרא היא על מה שהביאה הגמרא בהך עובדא את מה שהוסיף לומר לית לי דוכתא למידר בה וכו'.

ק"ג) רש"י ד"ה בדנפשאי אנא בנינא.

וז"ל, בשלי אני בונה ואין לך עלי חזקת אורה של שלש שנים וכו' עכ"ל. הנה הקו"ש כאן נקט שלפי רש"י מהני רק חזקה שיש עמה טענת מכירה או מתנה אבל לא סבלנות, אבל בני" בע"ב בד"ה ולא אמת המים וכו' מבואר שהוא סובר שאינו צריך לטעון טענת מכירה או מתנה, ומשמע שם שכן הבין גם בכונת רש"י עיי"ש, ולעיל באות צ"ב סק"א הסקנו שלפי רש"י שפיר בעינן טענה. וע"ע בשט"מ כאן בשם רבינו יונה דס"ל ג"כ דבעינן טענה.

ק"ד) מחלוקת רש"י ותוס' בסתימת חלונות.

עיין ברש"י ד"ה בדנפשאי אנא בנינא

שכתב וז"ל, בשלי אני בונה ואתה אין לך חזקת אורה של שלש שנים וכו' עכ"ל. וכן לקמן בדף כ"ב ע"א על הא דתנן דצריך להתרחק כותלו מחלוננו של חבירו ד"א פירש"י דהיינו משום דאירי באופן שבעל החלון החזיק ג"ש. והבינו תוס' מדבריו שהיכא שלא החזיק ג"ש רשאי בעל הכותל אפילו להאפיל עליו לגמרי. מיהו הר"י בתוס' כאן סובר שמותר לו רק להאפיל עליו קצת באופן שנשאר ראוי לדירה, אבל אסור לו להאפיל עליו לגמרי אפילו אם בעל החלון לא החזיק, וההיא דדף כ"ב איירי אפילו באופן שבעל החלון לא החזיק ובאופן שהוא מאפיל עליו לגמרי.

ועיין בקו"ש כאן באות ל"ח שביאר דהא דס"ל לרש"י שמותר לו להאפיל עליו לגמרי הרי זה משום דס"ל לרש"י כדברי הרשב"א ברפ"ב שהוא יכול לומר את אירי ואורי אני נוטל, אבל תוס' לית להו הך סברא וממילא כשהוא מאפיל עליו וגורם לביתו להיות אינה ראוי' לשימוש הרי זה כאילו הוא סותר את ביתו.

מיהו אכתי צריך ביאור משום שממה נפשך אם ס"ל להר"י שמיקרי מזיק א"כ מה הוא הטעם שמותר לו להאפיל קצת, דמאי שנא אם הוא מזיקו הרבה או אם הוא מזיקו רק קצת.

וצ"ל כדברי הנתיחה"מ בסי' קנ"ה סקי"ח שנביא באריכות לקמן באות קנ"א שכל ההרחקות של נזקי שכנים הרי הן רק מדרבנן (כיון שהמזיק עושה בתוך רשותו, ואם יחדל, יצטרך לבטל את תשמישו), וא"כ שפיר י"ל שהזיק פורתא כה"ג לא אסרו רבנן.

קטו) קושיית ההגהות אשר"י כאן.

בגמרא אמרינן ההוא גברא דהוי בני אשיתא אחורי כווי דחברי', א"ל קא מאפלת עלי וכו', וקאמר רב חמא בדין קא מעכב, ומבואר מזה שהי' אסור לו להאפיל עליו. ושוב אמרינן באידך עובדא של תרביצא ואספלידא שהוא יכול לומר בדידי קא בנינא, הרי ששפיר רשאי הוא להאפיל עליו, והקשה ההגהות אשר"י כאן בשם הא"ז שיש כאן סתירה בדברי רב חמא, ונשאר קשה. מיהו לכאורה לק"מ שהרי רש"י פירש על המעשה השני של תרביצא ואספלידא שבעל החלון לא החזיק ג"ש, וא"כ י"ל שהעובדא קמייתא איירי באופן ששפיר החזיק, וכן לפי הר"י ור"ת בתד"ה א"ל וכו' י"ל שהמעשה הראשון איירי באופן שהי' מאפיל עליו לגמרי.

דף ז' ע"ב

קטז) האחין שחלקו וכו' ולא חלונות זה על זה.

א. פירש"י וז"ל, ולא חלונות לערער על סתימת אורו עכ"ל. והבין הרמב"ן שכוונת רש"י היא לומר שאין בעל החלון יכול לעכב על השני מלבנות כותל ולסתום את אורו, אבל ה"ה שאין בכחו של השני לכפות את בעל החלון לסתום את חלוננו משום היזק ראוי. וכוונת המימרא שאין להם חלונות זה על זה היא רק שאין לבעל החלון זכות לשמור את אור חלוננו ולעכב את השני מלבנות, אבל אין הכוונה שאין לו בכלל זכות לקיים שם את חלוננו. וכשיטה זו הביא הרא"ש בשם הראב"ד וכ"כ בעל ההשלמה

בסוגיין וכ"כ המאירי. והב"ח בסי' קנ"ד אות ל"ז כתב שביאורו של הרמב"ן בדברי רש"י אינו מוכרח והוכיח כן מהא דלא ייחס הרא"ש את השיטה הזאת לרש"י אלא רק להראב"ד. ועכ"פ עיין בהרא"ש שחולק על השיטה הנ"ל והרי הוא סובר שבעל החלון שפיר חייב לסתום את חלונו משום היזק רא"י, וכתב שכן סובר הרמב"ם (וע"ע בב"ח שם בנוגע למה היא שיטת הרמב"ם, וכן עי' במה שכתב הב"ח [וציין לתשובות הרשב"א והריב"ש] שאפילו המחייבים כאן לסתום מחייבים רק אם יש כאן היזק רא"י קבוע, אבל לפתוח חלון בתחילה בודאי אסור אפילו אם החלון יגרום רק היזק רא"י שאינו קבוע כמש"כ שם).

והנה הרא"ש שם הקשה כמה קושיות על הראב"ד, וקושייתו הראשונה היא שאיך שרי ל"י לבעל החלון למיעבד היזק רא"י. מיהו עיין ברמב"ן ובנ"י דמבואר שאע"פ שיש כאן היזק רא"י אבל מ"מ על מנת כן חילקו, וס"ל להרמב"ן והנ"י שמחילה מהני על היזק רא"י וכמו שביאר הקו"ש כאן (וע"ע בזה לעיל באות י"ח סק"ו), משא"כ הרא"ש סובר שאינה מועלת [ורק בהציוור של שותפין בחצר, שיש להם חיוב לבנות מחיצה משום היזק רא"י, רק בכה"ג סובר הרא"ש בריש פירקין שמהני מחילה, והיינו משום שהתם במחיצה הרי זה כאומר הריני כאילו התקבלתי ממך את דמי בנין המחיצה, והרי לאחר שקיבל מהשותף השני דמים לבנות מחיצה פשיטא שאין לו עליו שום טענה, וכן ביאר הקו"ש באות א' את כוונת הרא"ש בריש פירקין, וכן היא כוונתו גם כאן באות ל"ט אלא שקיצר]. וע"ע באות

י"ח סק"ח שהבאנו את בירורו של הגרש"ש בדעת הרא"ש.

ב. ועכ"פ לפי השיטה שאינו צריך לסתום את חלונו משום שהשני מחל לו וכהנ"ל, לכאורה נראה שאין הכוונה שנשאר לבעל החלון זכות חיובית של אורה בחלקו של השני (דוגמת היכא ששייר לעצמו דרך), אלא לעולם לא נשתייר לבעל החלון שום זכות בחלקו של השני, רק שמכיון שמחל לו השני על היזק רא"י א"כ ממילא יוצא שאינו צריך לסתום את חלונו.

ברם בספר משנת רבי אהרן הבין לא כך, אלא הבין שמיקרי באמת שנשתייר לבעל החלון זכות חיובית בחלקו של השני, וז"ל בסוף עמוד צ' ובעמוד צ"א, ויעויין בגמ' דף ז' ע"א: תרי אחי שחלקו ביניהם אספלידא ותרביצא ובנה בעל התרביצא אשיתא אפומא דאספלידא, א"ל קא מאפלת עלי, א"ל בדידי קא בנינא ע"כ, ופירש"י בדידי קא בנינא: בשלי אני בונה ואין לך עלי חזקת אורה של ג"ש דהשתא הוא דפלגינהו, הרי דס"ל לרש"י דגם גבי אחין שחלקו שייכא חזקת אורה ואילו ה"י בעל האספלידא מחזיק ג"ש בזכות האורה, לא ה"י אחיו רשאי להאפיל עליו. ולכאורה צ"ע דהא בהא דתניא בע"ב שם דאחין שחלקו אין להם חלונות זה על זה פירש"י, וכן פ"י הראב"ד הובא ברא"ש שם, דר"ל דרשאי כ"א לבנות כותל כנגד חלונו של השני, אבל כל זמן שלא בנה אינו יכול לכופו לסתום החלון, והיינו דרש"י והראב"ד סוברים, דבאחין שחלקו, באמת נשארה לכל אחד מהם זכות אורה אצל השני, אלא דמצד

דף ח' ע"א

קטז*) שאינו רוצה ליהנות בכבוד התורה.

הנה באבות פ"ד משנה ה' תנן כל הנהנה מן התורה נוטל חייו מן העולם, והאריך הרמב"ם שם להוכיח שאסור להתפרנס מדברי תורה א"כ הי' בעל מום אשר אם לא יתפרנס מן התורה ימות, ומשמע שהוא איסור גמור כמו כל האיסורים שבתורה שאינם מותרים אלא במקום פיקוח נפש. מיהו נראה שאין כוונת הרמב"ם דוקא למצב של פיקוח נפש, אלא בודאי היכא שהגיע לדלות כזו שהיו נותנים לו משום חובת נתינת צדקה אפילו אם לא הי' ת"ח, מותר לו לקחת. והנה הרמב"ם שם הביא ראי' שאסור להתפרנס מדברי תורה מזה שר"י בן עמרם התחפש כע"ה בשני בצורת ולא רצה שרבי יאכילהו משום היותו ת"ח. מיהו רבינו יונה שם הקשה להיפך, והיינו דאיך הי' רבי מוכן לפרנסו משום היותו ת"ח. ותירץ רבינו יונה שלעולם הי' מותר משום שכבר הגיע למדרגה של עוני של היתר צדקה*), רק שרבי רצה לקיים את המצוה של צדקה רק בת"ח, וריב"ע נהג בעצמו מדת חסידות שלא לקחת בתורת ת"ח*). ולפ"ז י"ל שגם

כוונת הרמב"ם דוקא להיכא שהגיע למצב של פיקוח נפש אלא ה"ה להיכא שהגיע לדלות כזו שהיו נותנים לו צדקה אפילו אם לא הי' ת"ח. מיהו בדברי רבינו יונה אין אנו מוכרחים לומר כן, אלא בודאי כוונתו היא למצב של פיקוח נפש ממש, והיינו משום שרבינו יונה איירי בנוגע למדת חסידותו של רבי יונתן בן עמרם והרי הוא נוקט שהי' מותר על מדת חסידותו רק במקום פיקוח נפש.

זכות זו לא נשתעבד השני שלא לבנות כנגדו, ולפ"ז הרי צ"ע איך ס"ל לרש"י דחזקת ג"ש של בעל האספלידא מועילה לענין שלא יוכל השני לבנות כנגדו, הלא לפי שיטתו הי' לבעל האספלידא זכות תשמיש באוירו של התרביצא משעת חלוקה, כל זמן שלא בנה אחיו כנגדו, וא"כ נמצא דכל הג"ש לא החזיק כלל בשל חבירו, וא"כ במה החזיק כאן שלא יוכל השני לבנות כנגדו (ויקשה כן אף להנך ראשונים שסוברים דיש חזקה אף במקום שאינו יכול למחות, דזהו דוקא במקום שישנה עכ"פ מציאות של חזקה בנכסי חבירו, אבל כאן שיש לו זכות האורה מצד החלוקה, הרי אינו מחזיק כלל בשל חבירו). והנראה מוכרח מדברי רש"י כמו שכתבנו, דאף במקום שאינו משתמש כלל באוירו של חבירו, ולא שייכא חזקת אורה בתורת חזקת תשמיש, מ"מ ישנה חזקה בחלון לענין שלא יוכל לבנות כנגדו, ולכן שפיר ס"ל לרש"י דגם באחין שחלקו שייכא חזקת אורה, דנהי דלא שייכא גביהו חזקת תשמיש, מ"מ כל שעמד החלון ג"ש בלי כותל כנגדו, הוחזק שיש לו שיעבוד וזכות בחצר השני לענין זה שלא להאפיל עליו עכ"ל. וע"ע שם שהמשיך לבאר שחזקה זו לכו"ע בעיא ג"ש ואפילו לפי הסוברים שחזקת תשמישים לא בעיא ג"ש.

(* והתשב"ץ בספר מגן אבות שם כתב טעם אחר למה הי' מותר עיי"ש.

(** ועיי"ש שכתב רבינו יונה שאילו לא היו נותנים לו, הי' ריב"ע מגלה את עצמו, כי אין עון זה גדול מכל התורה דקי"ל וחי בהם ולא שימות בהם עיי"ש. והנה כבר הבאנו כעין זה מלשון הרמב"ם והיינו שאין היתר אלא א"כ הי' בעל מום ואם לא יתפרנס מן התורה ימות, ודחקנו שאין

להרמב"ם הי' מותר מעיקר הדין, רק שמ"מ נסתייע הרמב"ם מהמדת חסידות של ריב"ע משום דס"ל שחזינן מזה שבעלמא הרי זה אסור.

והנה הכ"מ בפ"ג מהל' ת"ת הכריע דלא כהרמב"ם אלא שמותר להתפרנס מדברי תורה אם אין לו עכשיו ממה להתפרנס ויצטרך לעשות מלאכה. מיהו בהמשך דבריו שם התנה תנאים, דבתחילה כתב שהיכא שיש לו אומנות הרי הוא חייב להתעסק בה משום שמי שיש לו עתה פרנסה אסור לו ליטול. ושוב בהמשך דבריו הוכיח ממעשה דריב"ע שאפילו היכא שאין לו אמצעי אחר אבל מ"מ יש לו לעשות כל תיצדקי שאפשר כדי שלא לקחת בזכות תורתו אלא בתורת עני, ושוב כתב שיותר נראה לומר שריב"ע לפניו משורת הדין הוא דעביד.

ובסוף דבריו כתב וז"ל, וגם כי נודה שהלכה כדברי רבינו בפיה"מ, אפשר שהסכימו כן כל חכמי הדורות משום עת לעשות לה' הפרו תורתך שאילו לא היתה פרנסת הלומדים ומלמדים מצוי' לא היה יכול לטרוח בתורה כראוי והיתה התורה משתכחת ח"ו ובהיותה מצוי' יכול לעסוק בה ויגדיל תורה ויאדיר עכ"ל. ויש לעיין לפי שיטת הרמב"ם אם קאי הך היתר אפילו לענין שלא לעשות לכתחילה כל תצדקי כדי שלא יתנו לו בתורת ת"ח אפילו באופן שלא יגרום לו לבטלה, או האם הוא עדיין חייב מעיקר הדין לעשות כל תצדקי גם בזה"ז כשלא יגרום לו בטלה. ועכ"פ מדת חסידות בודאי איכא דוגמת מה שפסק הרמ"א ביו"ד סי' רמ"ו שיש מדת חסידות גם בזה"ז למי שלא יתירשל בתורתו לא להתפרנס מדברי תורה. מיהו היכא שהגיע להיתר צדקה אשר

בכה"ג כתב רבינו יונה (וכן צדדנו לפי הרמב"ם) דהוי רק מדת חסידות לעשות כל תצדקי, אפילו בימי קדם, א"כ אולי בזה"ז ליכא הך מדת חסידות, מאחר שגם בימי קדם הי' מותר מעיקר הדין. ועיין בספרי על אבות באות ק"צ עוד פרטים בענין זה.

דף ח' ע"ב

ק"ז) בענין מה שעוסק במצוה פטור מצדקה.

הנה תוס' כאן בד"ה אכפי' וכו' הביאו שמלבד ממה שיש בצדקה מצות עשה, יש גם לאו דכתיב לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ את ירך וגו'. והקשה הקובץ שיעורים כאן (וכן הקשה הבית יעקב בכתובות דף מ"ט) דא"כ למה אמרינן שהעוסק במצוה פטור מלתת פרוטה לעני, דנהי שעוסק במצוה פטור מן המצוה אבל היכן מצינו שהוא פטור מלאו. ולכאורה יש לתרץ שהלאו קיימא רק על היכא שאינו נותן משום אימוץ ורעת הלב אבל היכא שהוא נמנע מלתת משום שהוא עוסק במצוה אין זה נקרא הציור של הלאו.

מיהו לפ"ז יוצא שהיכא שיש לו רעת הלב לא יפטר מצדקה, וצ"ע.

ועוד, דהנה את התירוץ הנ"ל י"ל רק לפי הרמב"ם שמנה את לא תאמץ ולא תקפוץ הכל ללא תעשה אחת בתוך תרי"ג, דלפ"ז שפיר יש לומר שהגדר של לא תקפוץ הוא כהנ"ל, אבל עי' בספר חרדים בפ"א ממצות ל"ת אות כ"ז שכתב וז"ל, לעקור מנפשותינו מדת האכזריות, לפיכך אע"פ שצוה לא תקפוץ את ירך מליתן צדקה, לפי שהי'

אפשר שיתן ולבו אכזר על העני, לפיכך חזר וצוה לא תאמץ את לבבך אלא תתן ברחמנות, ר"י, סמ"ק, סמ"ג, רמב"ן, תשב"ץ, ממנין תרי"ג מצות עכ"ל, ולקמן שם בפ"ה אות ע"ט מנה החרדים בנפרד את לא תקפוץ, וא"כ לפי שיטה זו לא תקפוץ הוא לאו על עצם העובדא שאינו נותן וא"כ אכתי צ"ע איך עוסק במצוה פוטר אותו מלאו זה.

ועכ"פ הקו"ש תי' שם בתירוצו הראשון שהלאו של צדקה הוא תוצאה מהחיוב מצוה, כלומר שהתורה קבעה לאו על זה שאינו מקיים את המצוה (ולא נקבע הלאו על עצם העובדא שאינו עושה את המעשה), ומש"ה מאחר שהוא נפטר מן המצוה, שוב ממילא אין כאן לאו, אלא שהוסיף הקו"ש שי"ל כן רק אם נאמר שבשעה שהוא עוסק בהמצוה הרי הוא פטור מן המצוה השני, ושאיפילו אם יקיים את המצוה השני לא יצא ידי חובתו בזה, אלא הרי הוא צריך אח"כ לחזור ולקיימה, אבל אם נאמר שהעוסק במצוה אינו פטור מהמצוה השני אלא הרי הוא בגדר אנוס מלקיים את המצוה האחרת, אבל אם עמד וקיימה הרי הוא שפיר יוצא ידי חובתו (ועי' בזה במ"ב סי' תע"ה בשעה"צ אות ל"ט, ובט"ז ונקה"כ ביו"ד סי' שמ"א), א"כ יוצא ששפיר רמיא עלי' מצות צדקה וא"כ אכתי שפיר יש ל"ת. והנה הצד הזה שכתב הקו"ש שהיכא שהפסיק ועשה את המצוה השני אינו יוצא ידי חובת המצוה השני צריך בירור, דהא שיטת תוס' בסוכה דף כ"ה ע"א היא שהעוסק במצוה פטור מן המצוה רק בשעה שהוא עסוק בעשיית המצוה הראשונה אבל לא בשעה שהוא מפסיק וכגון ההולכים

לדבר מצוה בשעת חנייתן, וא"כ לפ"ז אין דבריו של הקו"ש מובנים, דהא מכיון שהפסיק כדי לעשות את השני הרי באותו רגע הרי הוא מתחייב בהמצוה השני ואיך שייך לומר שאם יקיימה אינו יוצא ידי חובתו. ואולי ס"ל להקו"ש שגם תוס' מודים שאם הפסיק מלעשות את המצוה הראשונה היכא שלא הי' מוכרח להפסיק הרי הוא חייב לחזור אלי' ולא לעשות את השני והרי הוא עודנו פטור על השני, ומש"ה שפיר שייך לומר שאינו יוצא ידי חובתו אם הוא עושה את השני אלא שצ"ע דדבר זה מנ"ל. ועכ"פ לפי שיטת רש"י והר"ן שעוסק במצוה פטור ממצות אחרות אפילו בשעת חנייתן א"כ שפיר משכחת להו לשני הצדדים הנ"ל, דהיינו באופן שקיים את המצוה השני, האם יצא ידי חובתו או לא, אלא שלפי רש"י והר"ן לא אתי שפיר כל כך הצד שכתב הקו"ש דהוי כמו אנוס (שהרי בשעת חנייתו אינו אנוס).

ושוב כתב הקו"ש לתרץ בדרך אחרת והיינו שאולי באמת עוסק במצוה פטור אפילו מלאווין היכא שעבירת הלאו היא בדרך שוא"ת, וצ"ע לדברי הט"ז בחו"מ סי' רס"ו סעיף ה', ועיי"ש בט"ז שכתב באמת כדבריו הנ"ל של הקו"ש, והיינו שעוסק במצוה פטור גם מלאווין (ואירי שם בהלאווין של צדקה והשבת אבידה שהן בשוא"ת) וכתב דמש"ה היכא שהוא עסוק כבר בכבוד אביו הרי הוא פטור מלהשיב את האבידה אע"פ שיש שם גם הלאו של לא תוכל להתעלם, והוכיח כן הט"ז מהא דעוסק במצוה פטור מצדקה אע"פ שיש שם גם לאו דלא תאמץ.

ודע שבהשבת אבידה לכאורה לא שייך

לומר את סברתו הראשונה של הקו"ש, דהא התם הלאו אינו בא על זה שאינו מקיים את העשה, דהא משכחת ציור שאינו עובר על הלאו אע"פ שמיקרי שביטל את העשה של השבת אבידה וכמו שמבואר בב"מ דף כ"ו ע"ב. מיהו הרמב"ן והריטב"א בקידושין דף ל"ד ע"א כתבו גם לענין השבת אבידה שהל"ת הוא על זה שאינו מקיים את העשה. מיהו תוס' שם כנראה חולקים על זה ומש"ה לא תירצו שם כתירוצם. וכתב הקהלות יעקב שם בסי' כ"ח (סי' ל"ב בהמהדורא החדשה) שי"ל שגם תוס' מודים שגבי צדקה הלאו הוא על זה שאינו מקיים את העשה, ורק בהשבת אבידה לית להו לתוס' כסברת הרמב"ן כיון ששייך העשה בלי הלאו.

עוד מבואר בדברי הקהלות יעקב שם שכל הסברא לומר שהל"ת הוא על זה שאינו מקיים את העשה קיימת רק בל"ת שהדרך איך לעבור עליו הוא בשוא"ת, דמכיון שכל הדרך איך לעבור הרי הוא בזה שהוא יושב ואינו מקיים את העשה הרי זה מראה שהלאו הוא באמת על זה שאינו מקיים את העשה. מיהו הרמב"ן שם כתב גם על שילוח הקן שהלאו של לא תקח האם על הבנים הרי הוא על זה שאינו מקיים את העשה, והתם הרי הוא עובר על ידי מעשה לקיחה ובכל זאת חזינן דס"ל להרמב"ן שהיסוד של הלאו הוא העובדא שאינו מקיים את העשה.

והנה הריטב"א בסוכה דף כ"ה ע"א (חידושי הרשב"א לסוכה הרי הם באמת מהריטב"א), הקשה למה צריכים דרשה למימר שעוסק במצוה פטור מן המצוה, הלא פשיטא שפטור משום דמאי אולמי'

האי מהאי, ולמה הוי ס"ד שיצטרך להפסיק כדי לקיים מצוה אחרת. ותירץ הריטב"א שצריכים את הדרשה כדי לאסור עליו להפסיק. מיהו לפי תירוצו השני של הקו"ש ה"ה שיש לתרץ שצריכים את הדרשה כדי לפטורו אפילו כשיש גם לא תעשה של שוא"ת. מיהו לא משמע מהסוגיא שצריכים את הדרשה רק בכדי לפטורו מלאו, אלא מפשטות הסוגיא משמע שצריכים את הדרשה גם להעשה (גם יש לעיין דלכאורה י"ל שצריכים את הפסוק לפטור גם בשעת חנייתן לפי רש"י, א"נ כדי לומר שזה בגדר פטור ולא רק אונס).

וע"ע ברמב"ם בפיה"מ על מס' אבות בפ"ב משנת א' שכתב וז"ל, ומפני עיקר זה (דהוי זהיר במצוה קלה כבחמורה משום שאין אתה יודע מתן שכרן של מצות) אמרו העוסק במצוה פטור מן המצוה מבלתי הפרש בין המצוה אשר הוא מתעסק בה ובין האחרת אשר תבצר ממנו עכ"ל. והנה הך דין של עוסק במצוה פטור מן המצוה דרשינן בברכות דף י"א ע"א ובסוכה דף כ"ה ע"א מקרא דובלכתך בדרך דדרשינן בלכת דידך פרט ללכת של מצוה. ונראה שאין כוונת הרמב"ם לומר שהטעם של עיקר הדין של עוסק במצוה פטור מן המצוה הרי הוא משום שאין אתה יודע מתן שכרן של מצות, דהא אילו כן לא היינו צריכים את הדרשה של ובלכתך בדרך, וא"כ בע"כ צ"ל דאי משום הך טעמא דהוי זהיר לחוד, אכתי לא הוי פטור ומש"ה צריכים את הדרשה של ובלכתך בדרך, אבל מ"מ אכתי הוי ראוי לחלק ולומר שרק אם השני היא שוה להראשונה, רק אז הרי הוא פטור, ורק בכה"ג איירי הפסוק, אבל אם השני היא

חמורה, לעולם אימא שבאמת אינו פטור, ועל זה כתב הרמב"ם דהא דלא מחלקינן הכי הרי זה משום שאין אנו יודעים מתן שכון של מצות ואיזו היא החמורה לפי האמת.

גם י"ל לפי הרמב"ם שצריכים את הדרשה כדי לאסור עליו להפסיק וכהריטב"א. ברם יש לעיין בענין אם שיטת הרמב"ם היא באמת שאסור לו להפסיק, דעיין בפט"ו מהל' אישות שכתב שהטעם למה מותר לו להמשיך ללמוד לאחר גיל י"ח ולהתאחר מלישא אשה הרי זה משום שעוסק במצוה פטור מן המצוה, והרי התם כתב רק שמוותר לו להתאחר, ברם בפ"ג מהל' ת"ת ה"ד כתב שאם הוא עוסק בתורה לא יפסיק בשביל מצוה שאפשר לעשות ע"י אחרים, ומשמע שאסור (והנה הריטב"א שם כתב עוד טעם למה בעינן קרא ואולי כן י"ל בדעת הרמב"ם, ויש לפלפל בזה עיי"ש).

והנה לכאורה נראה שלא תעשה שלוקיין עליו הרי הוא יותר חמור ממצות עשה ולכן לוקיין עליו. מיהו אם נרצה לומר כדברי הט"ז גם לפי הרמב"ם א"כ נצטרך לומר של"ת של שוא"ת אינו עדיף בהחלט ממצות עשה שהרי כתב הט"ז שעוסק במצוה פטור גם מל"ת כזה, ואילו הי' ל"ת כזה חמור מעשה הרי לא הי' העוסק בעשה נפטר ממנו לפי סברת הרמב"ם. ובאמת הרמב"ם בפיה"מ שם כתב שלאויין שאין לוקיין עליהם הרי הם קלים בעונשם מלאויין שלוקיין עליהם וא"כ שפיר י"ל שלא ידעינן אם הוא עדיף מהעשה שהוא עוסק בה או אם אינו עדיף, ולכן שפיר י"ל שעוסק במצוה פטור מל"ת כזה וכהט"ז. ברם המאירי שם כתב וז"ל, ואע"פ שיש לאויין שאין בהם מלקות,

מ"מ יש לדמות עונשם שבידי שמים כעונש שאר הלאויין או קרוב לכך עכ"ל. ועוד דלכאורה דוחק לומר שמצות עשה מסוימת הרי היא יותר חמורה ממצות עשה אחרת בהדי לאו וכגון מצות צדקה שיש שם גם לאו וגם עשה.

ובספר חרדים בההקדמה (באמצע ד"ה האחד וכו' ולהלן שם) כתב שעונשו של עשה הרי הוא יותר חמור אפילו מלאו שיש בו מלקות. ברם ביבמות דף ז' ע"א אמרינן שלא תעשה הרי הוא יותר חמור מעשה. ובספרי על יבמות בדף ז' כתבתי לבאר את דברי החרדים שלא יקשה עליו מהגמ' שם. ועיין גם ברמב"ן על הפסוק של זכור את יום השבת לקדשו שכתב שעונשו של לא תעשה הרי הוא יותר חמור מעונשו של עשה משום שלעבור על לא תעשה הרי הוא דבר יותר גס מלעבור על עשה, וביאר שהיינו משום שמדריגת עשה הרי היא יותר גדולה ממדריגת לא תעשה משום שקיום מצות עשה הוא מדריגה של אהבה ואילו פרישה מל"ת הרי היא מדריגה של יראה, ומדריגת אהבה הרי היא יותר גדולה ממדריגת יראה ולכן אמרינן שעשה דוחה ל"ת, וממילא אם הוא עובר על יראה עונשו יותר גדול (כי הרי זה דבר יותר גס) (ועי' בספר יד מלאכי באות תקט"ו שהבין שכוונת הרמב"ן היא לומר שעשה הוא יותר חמור מל"ת וכן הבין המהר"ץ חיות ביבמות שם את כוונת הרמב"ן ומש"ה תמהו עליו מהגמ' ביבמות שם. מיהו המעיין בדברי הרמב"ן יראה שהביאור הוא כמו שכתבתי).

ק"ח) בענין מצות צדקה.

בספרי על אבות באות קס"ח הארכתי

בענין אם עדיף לתת הרבה לעני אחד או האם עדיף לפזר להרבה עניים עיי"ש.

דף ט' ע"ב

ק"ט) הכשילם בבנ"א שאינם מהוגנים כדי שלא יקבלו עליהם שכר.

א. הנה אע"ג דאמרינן בברכות דף ו' ע"א שמי שחישיב לעשות מצוה ונאנס ולא עשאה מעלה עליו הכתוב כאילו עשאה, אבל מ"מ י"ל ששאני הכא שהם עצמם היו אשמים בזה שנזדמנו להם בני אדם שאינם מהוגנים ומש"ה לא חשיב אנוס. מיהו עיין בב"ק דף ט"ז ע"ב (דגם שם הובאה הך מימרא) שכתב וז"ל, הא דאינו מקבל שכר היינו דוקא במי שידוע בו, אבל אם אינו מכירו, ואפשר שהוא הגון, שכר יש לו, שהרי לשם מצוה מכוי, ועוד דאי לא תימא הכי אתה נועל דלת בפני כמה מהוגנים במקום שאינם ניכרים, ומעשה דרבי בפרק השותפין מסייע לן דהדר אמר יכנסו הכל, הרמ"ה ז"ל עכ"ל. הרי דקאי הנ"ל על הגמ' דידן שהם עצמם היו אשמים, ומ"מ נקט הנ"ל שהוא שפיר מקבל שכר אם לא הי' מכירו.

מיהו צ"ע מה היא הראי' מרבי שם להיכא שהוא עצמו אשם בזה שהכשילוהו בבני אדם שאינם מהוגנים, וגם בלא"ה לא הבנתי את ראייתו מרבי, דהא מה שרבי אמר יכנסו הכל הרי זה הי' בכדי שלא למנוע מהמהוגנים אבל איך מוכח משם שקיבל רבי שכר גם על האינם מהוגנים.

וי"ל שהראי' של הרמ"ה היא כך, דכיון שחזינן שרבי הכריע שצריכים לתת צדקה לעמי הארץ שאינם מהוגנים כדי שיקבל ההגון, א"כ חזינן שזוהי הדעת תורה, דהיינו

לתת גם לזה שאינו הגון כדי שלא למנוע מההגון, וא"כ בודאי שגם מן השמים מסכימים לתת שכר לעשירים רשעים כשהם נותנים צדקה לבני אדם שאינם מהוגנים (אע"פ שבגלל רשעתם נזדמנו להם כאלו), כדי שלא ימנעו מלתת צדקה ויקבלו גם העניים המהוגנים.

שו"ר בקובץ הערות בחידושי אגדות שבסוף הספר בסי' ג' סק"ד שהקשה את קושייתנו הנ"ל מחישיב לעשות מצוה, ועיי"ש מש"כ על זה.

ב. הנה נראה שהכוונה בבני אדם שאינם מהוגנים היא לרמאים שהם באמת עשירים. א"נ לאפיקורסים שמצוה לאבדן. ובאמת לכאורה אין שכר אפילו כשהוא נותן צדקה לסתם עבריין לתיאבון במזיד על אחת מכל מצות האמורות בתורה וכמו שמבואר לכאורה ביו"ד ריש סי' רנ"א ועיי"ש בט"ז. ולעיל בדף ח' ע"א משמע שה"ה שאין מצוה לתת לע"ה שלא קרא או שנה. מיהו עיין ברמ"ה ובריטב"א שם וכן במש"כ המחבר בסי' רנ"א סעיף י"א.

דף י' ע"ב

קכ) האומר סלע זו לצדקה בשביל שיחי' בני הרי זה צדיק גמור.

בגמרא מסקינן דאיירי בישראל ופירש"י וז"ל, ישראל דעתן לשמים בין יחי' בין לא יחי' אינו מהרהר אחר מדת הדין, אבל עכו"ם אינו נותן אלא על מנת כן, ואם לאו מתחרט עכ"ל. והנה תוס' בפסחים דף ח' ע"ב הקשו על הא דאמרינן שהוא צדיק גמור מהא דתנן בפ"א דאבות אל תהיו כעבדים המשמשין את הרב על מנת לקבל

פרס אלא הוו כעבדים המשמשין את הרב שלא על מנת לקבל פרס, ותירצו שהכוונה באבות שם היא שלא יתחרט בשביל ביטול הפרס (דוגמת המדריגה של גוי שבסוגיין).

מיהו המפרשים באבות שם הזכירו גירסא אחרת דגריס אלא הוו כעבדים המשמשין את הרב על מנת שלא לקבל פרס, ומשמע שלא יכוון כלל לפרס, ולפ"ז לכאורה אכתי קשה מהא דאמרינן הרי זה צדיק גמור. וצ"ל לפי גירסא זו כדבר התירו"ט באבות שם שכתב ליישב את קושיית תוס' שלעולם איירי בחד גוונא, רק שאע"ג דאמרינן דמיקרי צדיק גמור, אבל מ"מ המשנה באבות שם משמיענו מדה חסידות יתרה, וכן הביא שם מהמהר"ל בספרו דרך חיים על אבות, וכן תי' התשב"ץ במגן אבות שם.

גם יש לתרץ כדרכו של היד רמה כאן באות ק"ל (וכ"כ הערל"נ בר"ה דף ד'). והר"ח בר"ה שם הביא מפרשים שהרי זה צדקה גמורה. וע"ע בחידושו של המהרש"א בסוטה דף י"ד.

והנה מדברי רבינו יונה באבות שם נראה שהחילוק בין ב' הגירסאות הוא כך, דלפי הגירסא דגריס "שלא על מנת לקבל פרס", הרי הוא רשאי לחשוב שמגיע לו שכר, רק שלא יעשה את המצוה בשביל השכר, אלא גם אלמלא השכר יהי ג"כ מוכן לעשות את המצוה, אבל הגירסא דגריס "על מנת שלא לקבל פרס" ס"ל שהוא צריך לחשוב שבכלל לא מגיע לו שום שכר, כי כבר גמלו הקב"ה הרבה חסדים, וגם הרי הוא חייב לעבוד משום מעלת הרב שהוא ראוי לכך, וכמו שכתב רבינו יונה שם, אבל מ"מ אכתי יתכן שגם לפי הגירסא הזאת מותר לו לרצות את

השכר, רק שלא יחשוב שמגיע לו שכר וכהנ"ל, וא"כ לפי זה יש להשוות את דברי תוס' גם להגירסא הזאת, שהרי גם לפי הגירסא הזאת מותר לו לרצות את השכר של תחיית בנו, ואפשר לומר שהוא נחשב צדיק גמור וגם חסיד כיון שלא הי' מתחרט משום ביטול הפרס, ומאי דתנן שצריכים לשמש ע"מ שלא לקבל פרס הכוונה היא רק שצריכים שלא יתחרט מחמת פרעניות וכן שלא יחשוב שמגיע לו השכר.

דף י"א ע"א

מעשה במונבו המלך (קכא) שבזבו אוצרותיו וכו' בשני בצורת.

הנה בתוספתא דפאה פרק ד' (וכן בהירושלמי שנביא לקמן בסמוך כאן) גרסינן כל נכסיו, ומבואר בסוגיין שטוב עשה, ולכאורה צ"ע דהא באושא התקיננו שאל יבזבו יותר מחומש, ומשמע שאסור, וכן מבואר ברמב"ם בסוף הל' ערכין, וכן מבואר בערכין דף כ"ח ע"א עיי"ש (ועיי' בגליון הש"ס בכתובות דף נ' ע"א) (מיהו אולי המעשה במונבו קרה לפני תקנת אושא).

ואולי בשני בצורת הי' בזה משום פיקוח נפש. ברם בירושלמי פ"א דפאה ה"א לא נזכר שהיתה שנת בצורת אלא איתא סתם שבזבו כל נכסיו לעניים. מיהו יש ליישב על פי דברי הבה"ל בסי' תרנ"ו בד"ה ואפילו במצוה עוברת וכו' שחידש דהיכא שיש לו פרנסה קבועה הרי הוא חייב על מצות יותר מחומש עיי"ש, ואפי' אם נאמר שבצדקה ליכא חיוב כזה מאחר שכבר קיים את

המצוה במה שנתן עד עישור או חומש, אבל מ"מ הא מיהא י"ל שגם איסור ליכא. שוב ראיתי בפיה"מ ריש פאה שכתב הרמב"ם דליכא איסור לבזבו יותר מחומש אלא אדרבה הרי זה מדת חסידות לבזבו וכבר תמה עליו רבי יעקב עמדין בהגהותיו שם.

קכב) אין חולקין את החצר עד שיהא ד"א לזה וד"א לזה.

א. דברי הגרא"ק בביאור דין זה.

בספר משנת רבי אהרן בעמוד ח' (אות י"ב) חקר בטעם דין זה, דמצד אחד י"ל שהטעם למה אין שותף אחד יכול לכוף את השני לחלוק כשאין בו כדי חלוקה הרי זה משום שמכיון שכל חלק וחלק לבדו אינו ראוי לשימוש א"כ משום כך נקטינן שבשעה שנשתתפו שיעבד כל שותף את חלקו לחבירו להשתמשות תמורת מה שגם השני משעבד את חלקו לו (ובירושה י"ל שכך הוא דין ירושה שמשעבדים החלקים זה לזה), ולכן מכיון שכל חלק משועבד להשותף השני אין אחד מהם יכול להכריח את השני לחלוק, ומצד שני י"ל שלעולם אין כאן שיעבוד כזה, רק שהטעם למה אינו כופהו לחלוק הרי זה משום שהוא נחשב בזה בגדר מזיק כי הרי אחרי החלוקה לא יוכל השותף השני להשתמש בחלקו וא"כ נמצא שהראשון הזיקו.

והנפ"מ בין שני הצדדים יצויר באופן שיש לשנים חצר או חפץ אחד ביחד, אבל לא על דרך השתתפות תחילה (וכמו שנצייר לקמן בסמוך), האם גם בכה"ג אין חולקים כשאין בו כדי חלוקה, דלפי הצד הראשון שפיר יכול אחד מהם לתבוע חלוקה שהרי

בכה"ג לא שיעבדו את חלקם זה לזה, אבל משום מזיק אחתי איכא. ומצינו ציור כזה בבעל המאור בפרק שנים אוחזין (בהסוגיא של בעל חוב גובה את השבח) שביאר שכוונת הרי"ף שם היא לומר שכשהמלוה גובה מן הלוקח אינו רשאי להשאיר אצל הלוקח קרקע שהיא פחותה מכדי חלוקה, אלא הרי הוא חייב לקנות את הקרקע ההיא מהלוקח, והרמב"ן שם סובר שהמלוה יכול שפיר להשאיר פחות מכדי חלוקה (וביאר את כוונת הרי"ף שם בדרך אחרת), הרי שמצינו שם ציור שיש להמלוה כח בהקרקע של הלוקח שלא על דרך השתתפות תחילה, ופליגי הבעל המאור והרמב"ן באם הוא יכול להשאיר אצל הלוקח פחות מכדי חלוקה, והיינו משום שהבעל המאור סובר כהטעם של מזיק, ולכן ס"ל שאינו יכול, והרמב"ן סובר כהטעם של שיעבוד ובכה"ג הרי לא שיעבד המלוה את חלקו.

ומצינו עוד ציור כזה בשנים אוחזין בנוגע להא דתנן בתחילת הפרק שם שבשנים אוחזין בטלית פסקינן יחלוקו, ובדף ז' ע"ב שם מסקינן שהכוונה היא לדמי, כלומר שמוכרים את הטלית וחולקים את הדמים, ומבואר במהרש"ל שם שאם הם רוצים דוקא את גוף הטלית ולא מעות דהיינו בהציור של מקח וממכר שם דאיירי באופן שנקט המוכר זוזי מתרוייהו ושניהם רוצים את גוף הטלית, אז הרי הם חולקים בדרך גוד או אגוד אבל א"א לחתוך את הגוף הטלית ולהפסידו, והמהרש"א שם חולק וסובר ששפיר חולקים הם את גוף הטלית אם אחד מהם תובע לעשות כן עיי"ש, הרי גם שם מצינו ציור שיש לשניהם חלק בהטלית שלא על דרך השתתפות

שפיר סובר הרמב"ן שהמלוה יכול להשאיר את הלוקה בפחות מכדי חלוקה. וכהדרך הזה יש להוכיח מדברי המרדכי שהביא הב"י בסי' קע"א שאם יש לאחד מהשותפין כדי חלוקה, והשני שאין לו כדי חלוקה רוצא לחלוק, הרי השני יכול לכוף להראשון לחלוק משום שהוא יכול לומר אי אפשרי בתקנת חכמים כגון זו שתיקנו לטובתי, הרי להדיא דמה שאין חולקים בעל כרחו של השותף שאין לו כדי חלוקה הרי זה רק מדרבנן, אלא שצריכים להוסיף שהמרדכי סובר כן רק בציוור שלאחד יש כדי חלוקה ולהשני אין כדי חלוקה אבל בציוור שלשניהם אין כדי חלוקה התם בודאי יודה המרדכי שגם מדאורייתא אין אחד יכול לכוף להשני לחלוק כי התם אמרינן שנשתעבדו אחד להשני וכמו שכתבנו לעיל, וההכרח לומר שהוא מן התורה הוא מהא דחזינן שאפילו אם שניהם מחלו ואמרו אי אפשרי והסכימו לחלוק הרי הם יכולים להתחרט עד שיעשו קנין וכדאמרינן בדף ג' ע"א דבעינן קנו מידו, הרי שאי אפשרי לא מהני, והיינו בע"כ משום שבכה"ג הדין של אין חולקין הרי הוא מדאורייתא.

ובעמוד י"ב (סוף אות י"ז) כתב עוד להוכיח שבע"כ צ"ל שהבעל המאור מודה להסברא של השתעבדות, משום שאל"כ א"כ בחצר שיש בו ז' אמות שיש לכל שותף ג' וחצי, למה לא יכול שותף אחד לקחת

תחילה, וגם המחלוקת שבין המהרש"ל והמהרש"א בהציוור ההוא תלוי' היא בהנ"ל, והיינו שאם הטעם למה אין חולקים כשאין בו כדי חלוקה הוא משום שנשתעבדו אחד להשני א"כ בהציוור הנ"ל לא נשתעבדו, ולכן שפיר סובר המהרש"א שהם חולקים אם אחד מהם תובע לעשות כן, אבל אם הטעם הוא משום מזיק הרי גם בכה"ג א"א להזיק את השני וכדעת המהרש"ל שם.

והנה יש להוכיח כהטעם של מזיק, דהא לפי הטעם של שיעבוד הרי צריך לצאת שבציוור שחלקו של שותף אחד הוא כדי חלוקה וחלקו של השני אינו כדי חלוקה, שפיר יוכל השותף שיש לו כדי חלוקה לכוף לחלוק, דהא בכה"ג לא היתה לו שום סיבה לשעבד את עצמו להשני שהרי אין הוא צריך את חלקו של השני, ואילו בהמשנה תנן שאינם חולקים עד שיהא לשניהם כדי חלוקה ומשמע שבציוור שיש רק לאחד מהם כדי חלוקה אכתי אינו יכול לכוף את השני לחלוק והיינו בע"כ משום הטעם של מזיק וכבעל המאור והמהרש"ל ודלא כהרמב"ן והמהרש"א*).

וי"ל שהרמב"ן יסבור שהדין הזה שהשותף שיש לו כדי חלוקה אינו יכול לכוף להשני שאין בו כדי חלוקה לחלוק הרי הוא רק מדרבנן (אבל אה"נ מדאורייתא אין שום מקום לזה כיון שלא שייך בכה"ג הטעם של שיעבוד), ורבנן תיקנו כן רק בשותפין אבל לא במלוה ולוקה ולכן התם

לבחור להשאר בשותפות וכדעת הב"ח ודלא כהש"ך בסי' קע"א סק"א, אבל לעולם אין הראשון יכול להכריח את השני לחלוק. ובאמת מגוף לשון הרמב"ן במלחמות שם שהזכיר גא"ג מבואר שכן היא כוונתו.

* ומה שנראה מדברי הרמב"ן במלחמות שם שהוא סובר שבציוור כעין הנ"ל הרי הראשון שיש לו כדי חלוקה שפיר יכול להכריח את השני לחלוק, אין זה כוונתו שם, אלא כוונתו היא רק שאין השני יכול לומר להראשון גוד או אגוד אלא הרי הראשון יכול

ג' אמות ולהשאיר חצי אמה בהשותפות, דהא אינו מזיק בזה את חברו, ובע"כ צ"ל שאינו יכול לעשות כן מפני הסברא של השתעבדות, דהיינו שמכיון שכל חלק אינו ראוי לשימוש בפני עצמו לכן אמרינן שבתחילת השותפות שיעבד כל שותף לחברו את חלקו בשיעבוד עולמי, ומש"ה אינו יכול לחלוק כלל (אבל כשיש להראשון ד' ולהשני ג' שפיר יוכל הראשון לומר אני משאיר בתוך השותפות ד', וכמו שפסק המחבר בסי' קע"א, כי בכה"ג שלהאחד יש שיעור חלוקה הרי שלא שייך הסברא של השתעבדות, והרי גם אינו מזיק כיון שהוא משאיר ד').

מיהו באות כ' צידד שוב לומר שהרי"ף (שהביא שם) סובר רק את הטעם של מזיק, והא דאינו יכול לקחת מקצת מחלקו ולהשאיר את יתר חלקו בשותפות כדי שישאיר כדי שימוש הרי זה משום שאינו רשאי לשנות את צורת השותפות, דהיינו את יחס גודל החלקים, וזאת היא סברא בפני עצמה אפילו אם נאמר שאין כל חלק משועבד לחברו לשימוש עולמי אלא אפילו אם נאמר שהטעם היחידי שאינו יכול להכריחו לחלוק הוא משום מזיק (ולפ"ז גם כשיש להראשון ד' ולהשני ג' לא יוכל הראשון לומר להשני אני משאיר ד' בתוך השותפות), עיי"ש בהערה בעמוד ט"ו שביאר כן, עכת"ד משנת רבי אהרן (והמעייין שם בפנים ימצא עוד דרכים וצדי דרכים בנוגע לכל הנ"ל).

ב. עוד דרך בביאור הדין הנ"ל.

והנה לכאורה יש לומר דרך אחרת בכל הנ"ל, ובתחילה נבאר את צדדי הספק באם

שייך לומר דחשיב מזיק או לא, דהנה נראה שהטעם לומר דלא חשיב מזיק הרי הוא כסברת הרשב"א בריש פרק ב' שכתב שמותר לבנות כותל כנגד חלונו של חברו אע"פ שהוא מאפיל עליו כי הרי הוא יכול לומר את אוירי ואורי אני נוטל, וכן סובר רש"י לעיל בדף ז' ע"א וכמו שביאר הקו"ש שם באות ל"ח ודלא כתוס' שם שסוברים שאין לו טענה זו אלא הרי הוא נחשב כסותר את ביתו של חברו כשהוא מאפיל עליו, וא"כ גם כאן לפי הרשב"א הרי יש לו את הטענה של את חלקי אני נוטל ולא שייך לחשבו מזיק עבור זה אבל לפי תוס' הרי הוא שפיר נחשב בגדר מזיק.

מיהו באמת לפי רש"י והרשב"א יש לפקפק באם שייך כאן הך טענה של שלי אני נוטל, והיינו משום שיתכן שזה תלוי במה היא המהות של כל שותפות, והיינו שאם בכל שותפות הרי זה נחשב שיש לכל שותף מחצה מכל משהו ומשהו א"כ נראה שי"ל שאין לו הך טענה של שלי אני נוטל דהא אין כאן חלק מסוים שהוא שלו, אבל אם המהות של שותפות היא שיש לכל אחד חלק מסוים, רק שלא ידעינן איזה חלק הוא שלו, א"כ אז י"ל שהוא שפיר יכול לתבוע שיחלוקו בטענה של שלי אני נוטל (ואפילו אם אין ברירה, אבל בכל זאת עיקר זכירתו הוא בדבר מסוים וממילא הרי הוא יכול לתבוע חלקו, וכמו שהבאתי כעין זה מהגרא"ק בהערה האחרונה לאות זו).

והנה כבר הבאנו שמהמשנה משמע שכשיש לשותף אחד כדי חלוקה אינו יכול להכריח את השני לחלוק כשלא יגיע גם להשני כדי חלוקה, והבאנו את דברי

מהלשון משמע יותר כהגרא"ק).
ולפי הנ"ל יש להסביר ג"כ למה סובר
המהרש"א שם שאחד מהם יכול לכוף
להשני שיעשו חלוקה ויחתכו את גוף
הטלית ואינו נחשב מזיק בזה שהוא משהו
את חלקו של חברו אינו ראוי לשימוש,
די"ל שגם שם מכיון שלא נשתתפו בתחילה
מרצונם אין אומרים שיש לכל אחד מחצה
מכל משהו אלא אמרינן שהדין של יחלוקו
מזכה לכל אחד חלק מסוים ומש"ה הרי הוא
שפיר יכול לומר את שלי אני נוטל.

אלא שלפ"ז צריכים להוסיף שגם באחין
שירשו יש לכל אחד מחצה מכל משהו
אע"פ שלא נשתתפו מתחילה מרצונם, דהא
חזינן שגם אחין שירשו אינם כופין לחלוק
דבר שאין בו כדי חלוקה, וא"כ חזינן לפי
דרכנו שגם שם יש לו מחצה מכל משהו
ושייך הטעם של מזיק, ואע"פ שאחים
שירשו אינם עומדים להשאר תמיד שותפים
אבל בכל זאת צ"ל לפי דרכנו הנ"ל שכן
היא החלות דין של ירושה דהיינו שזוכה כל
יורש בחלק מכל משהו.

ובעמוד י"ג שם הביא הגרא"ק שרש"י
בגיטין דף מ"ז ע"ב סובר שכל שותף יש לו
מחצה מכל משהו ומש"ה בישראל ועכו"ם
שקנו שדה בשותפות אמרינן שהפירות הם
טבל וחולין מעורבין זה בזה, ותוס' שם ס"ל
שיש לכל אחד מהם חלק מסוים, והא דהו
טבל וחולין מעורבין זה בזה הרי זה משום
שאין ברירה ושמא הגיע להישראל הפירות
ששייכים כולם או חצים להעכו"ם, ובהערה
שם צידד שאולי גם תוס' שם סוברים כרש"י
כשאין בהשדה כדי חלוקה, דבכה"ג אולי גם
תוס' סוברים שיש לו מחצה מכל משהו
ומשהו כיון שאין השדה ראוי לחלוק.

הגרא"ק שהוכיח מזה כמו הטעם של מזיק,
וגם הבאנו את מה שהקשה על זה מדברי
הרמב"ן שסובר שבעל חוב יכול לגבות
מהלוקח ולהשאיר לו קרקע שאין בה כדי
חלוקה. מיהו לפי דרכנו הנ"ל י"ל שהרמב"ן
סובר שדוקא בשנים שנשתתפו שייך לומר
שהוא נחשב מזיק והיינו משום שבכה"ג
נקטינן שיש לכל אחד מחצה מכל משהו
ולא שייך הטענה של שלי אני נוטל, משא"כ
בבעל חוב ולוקח י"ל שהשיעבוד של הבעל
חוב הוא על חלק מסוים (רק דלא ידעינן
איזה חלק) ולכן הרי הוא שפיר יכול לומר
להשני את שלי אני נוטל, ובסברת הדבר י"ל
שהיכא שנשתתפו מתחילה א"כ הרי היו
עומדים להשאר שותפין תמיד, ומש"ה התם
אמרינן שיש לכל אחד מחצה מכל משהו,
אבל בעל חוב הרי בודאי ירצה לגבות את
חלקו ומש"ה התם מסתבר יותר לומר שיש
לו חלק מסוים (וכעין חילוק זה, אבל בדרך
אחרת, נביא לקמן בסוף קטע המתחיל
ובעמוד י"ג וכו' בשם הגרא"ק), וז"ל
הרמב"ן שם, דמאי עסקי' דלוקח בהדי בעל
חוב, אטו איהו מזבין לה נהלי להך ארעא
או זבין לה מיני, בעל חוב בע"כ נמי שקל
חובו בקרקע, ואין הדין נותן לכופו להיות
לוקח מזה עכ"ל, והגרא"ק נקט שכוונת
הרמב"ן היא לומר שמכיון שלא נשתתפו
מתחילה ואין לו עסק עמו, לכן יוצא
שמעולם לא שיעבד הבעל חוב את חלקו
להלוקח, מיהו לפי דרכנו הנ"ל יש לפרש
שכוונת הרמב"ן היא לומר שמכיון שלא
נשתתפו מתחילה ואין לו עסק עמו, לכן לא
מסתבר לומר שיש לו חלק בכל משהו
ומש"ה לא שייך כאן הסברא של מזיק אלא
הרי הוא יכול לומר את שלי אני נוטל (מיהו

וע"ע בר"ן בריש פרק השותפין דמבואר שם עוד ב' דעות בענין מה היא המהות של שותפות בדבר שאין בו דין חלוקה (לפי ראב"י שם דהלכתא כוותי"), דדעת הרמב"ן שהביא הר"ן שם היא שהדבר שייך תמיד כולו לזה וכולו לזה, ודעת הר"ן עצמו היא שבשעה שראובן משתמש בו הרי הוא שייך כולו לראובן ובשעה ששמעון משתמש בו הרי הוא שייך כולו לשמעון, ונראה שלפי ב' הדרכים האלו לא שייך שיאמר את שלי אני נוטל כיון שאין לו חצי מסוים וממילא שפיר שייך הטעם של מזיק, אלא שגם כאן י"ל שלא שייכים הדרכים האלו אלא באופן שנשתתפו תחילה והיו עומדים להשאר כך לעולם, אבל בבעל חוב או בטלית אמרינן ששפיר יש לו חלק מסוים וכהנ"ל.

ג. עוד דרכים מהגרא"ק.

והנה לקמן באות י"ט שם ביאר הגרא"ק עוד טעם למה אין כופין לחלוק דבר שאין בו כדי חלוקה, דעיי"ש שביאר שאם נאמר שיש לכל שותף חצי מסוים א"כ הכח לתבוע חלוקה הרי הוא בודאי סברא מוכרחת מצד השכל, דהא פשיטא שהוא יכול לתבוע את שלו (וכתב שם דהיינו אפילו לפי המ"ד שסובר שאין ברירה דגם לדידי' מכיון שעיקר זכיייתם היא במסוים ממילא יכול כל אחד לתבוע חלקו), ומש"ה צריכים לחדש שבדבר שאין בו דין חלוקה הטעם למה אין חולקים הרי הוא או משום שיעבוד או משום מזיק וכהנ"ל, אבל אם נאמר שלכל שותף יש מחצה בכל משהו ומשהו, אז בכלל אין שום סברא מוכרחת לומר ששותף אחד יוכל לתבוע חלוקה, כי חבירו יכול לטעון שאינו

רוצה למכור את חלקו, וא"כ בע"כ צ"ל לפ"ז שהכח לתבוע חלוקה הוא דין מחודש מצד התורה, אשר לפ"ז י"ל בפשיטות שבדבר שאין בו כדי חלוקה לא חידשה התורה דין זה ולכן אינו יכול לתבוע חלוקה, ואין אנו צריכים להטעמים של השתעבדות ומזיק עכ"ד. וגם לפ"ז א"ש דרכנו הנ"ל, דהא זה שייך רק היכא שנשתתפו תחילה מרצונם אשר בכה"ג יש לכל אחד מחצה מכל משהו וכמו שביארנו אבל בהני גווני שהבאנו ממסכתא ב"מ יש לו שפיר חלק מסוים וכמו שביארנו ולכן התם הרי הוא שפיר יכול לתבוע חלוקה (ולית לן הטעמים של השתעבדות ומזיק).

ובאות כ' שם ביאר עוד טעם למה אינו יכול לתבוע חלוקה כשאין בו דין חלוקה, והיינו על פי ההנחה שהכח לתבוע חלוקה הרי הוא משום שהוא יכול לטעון שלא ניחא לי' שחבירו ישתמש בחלקו וא"כ בדבר שאין בו דין חלוקה הרי כתב הר"ן בריש השותפין שכל אחד בשעה שהוא משתמש בו הרי כל החפץ שייך רק לו וכמו שהבאנו וא"כ יוצא שאין לחבירו שום חביעה כנגדו, ולכן אין חבירו יכול לכופו לחלוק. וגם לפ"ז אתי שפיר למה הוא יכול לכוף לחלוק בב"מ שם, והיינו משום שכבר ביארנו שי"ל שגם הגדר של הר"ן לא שייך אלא כשנשתתפו תחילה מרצונם, אבל בהציורים בב"מ שם הרי צורת השותפות היא שיש לכל אחד חלק מסוים וא"כ יוצא שהוא שפיר משתמש בשל חבירו.

ד. סברת הרשב"א.

שו"ר בתשובות הרשב"א בתשובה תקנ"ו שכתב שהטעם שאין חולקים חזר

שאין בו כדי חלוקה הרי הוא משום ועשית הישר והטוב.

קכג) אין חולקים את החצר עד שיהא ד"א לזה וד"א לזה.

הרשב"א כאן הקשה דהא בהבירייתא שהביאה הגמרא כאן מבואר שצריכים באמת שמונה אמות לכל אחד כדי שיהיו לכל אחד גם ד"א לפני פתחו לפירוק חמורו, וא"כ קשה למה השמיט התנא דין זה, והרי מהמשנה משמע שאם יש בכל החצר ח' אמות הרי זה שפיר נחשב שיש כאן כדי חלוקה, ואילו זה אינו אמת לפי הבירייתא הנ"ל. ותירץ הרשב"א שנהי שהיכא שהחצר הוא יותר מח' אמות, וכגון היכא שהוא י' אמות, אין חולקים אותו כי לא ישאר לכל אחד ד"א לפירוק בהמתו ועוד ד"א לשימוש, אבל אם החצר הוא ח"א בצמצום, אז שפיר חולקים כי אין בכה"ג שום מקום כלל בשביל השתמשות אלא רק בשביל פירוק בהמתו, ולכן לא תנא התנא של המשנה לאידך ד"א כי לפעמים אין צריכים אותן כלל, וז"ל הרשב"א באמצע דבריו, אבל חצר מצומצם שאין בה אלא שמונה אמות, חולקים אותה, דאי משום פירוק משא יש בה כדי לזה ולזה, ואי משום מילוסא של חצר הא לית בה כלל, ומי

מעכב, והיינו מתני' וכו'. וגם הריטב"א הביא את דינו של הרשב"א וז"ל, אומר הי' רבינו הרשב"א דודאי אם לא הי' בכל החצר אלא כדי ד"א של פתח, חולקים אותו, דהא איכא אחר חילוק שמו ותשמישו הראשון וכו' עכ"ל. מיהו לכאורה דינו של הרשב"א נראה תמוה מאד, דהא מכיון שכשיש בהחצר ח' אמות מצומצמות, שפיר נוטל כל אחד ד"א, א"כ גם כשיש ט' אמות למה לא יטול כל אחד ד' וחצי אמות, ויוכל להשתמש בהן ביחד, דהא גם אם לא יחלקו לא ישארו ד"א בהחצר לשימוש חוץ מהאמות של פתחים. ובשט"מ בשם רבינו יונה איתא שדינו של הרשב"א לא נתחורר.

ונראה שמהאי טעמא כתב הפני שלמה שיש מקום לדברי הרשב"א רק לפי שיטתו של הרשב"א דס"ל שהד"א שלפני הפתח קנויות לו בקנין גמור, דלפ"ז כשיש ח' אמות מצומצמות הרי באמת אין עושין בכה"ג שום חלוקה כלל, וכן יוצא שבצדו של י' אמות כל החלוקה תהי' רק על הב' אמות האמצעיות והרי אין בהן כדי חלוקה*), אבל אם סוברים שהד' אמות שסמוכות לפתחו אינן קנויות לו בקנין גמור, אלא רק לפירוק משאו מתי שירצה, א"כ אם נאמר שכשיש ח' אמות מצומצמות הרי הם חולקים, הרי יוצא שיש על זה שם של חלוקה, והיינו רואים מזה ששפיר

אינו סובר כן, דהא הרשב"א סובר שהד' אמות של פירוק משאו קנויות לו לגמרי לפני חלוקה, וא"כ לפ"ז כשיש בכל החצר עשר אמות לכאורה שפיר היו צריכים לחלוק לפי הרמ"ה, ובע"כ צ"ל שהרשב"א לא ס"ל כהרמ"ה, והנחלת דוד כאן כתב שהסברא לחלוק על הרמ"ה היא משום שהוא יכול לומר

(* והנה שיטת הרמ"ה הובאה בטור סי' קע"א היא שהיכא שיש כבר לאחד מהם חלק מבורר ששייך רק לעצמו, אז אפשר לכופו לחלוק את החצר של שותפות אע"פ שיקבל רק ב' אמות, כי הב' אמות שפיר ראיות לשימוש בהדי האמות שיש לו כבר (עי' בזה באות קכ"ה). מיהו לכאורה מוכח שהרשב"א

עושים חלוקה על הח' אמות אע"פ שלכל אחד יגיעו רק ד"א, וא"כ מאי איכפת לן בחצר של י' אמות אם יקבל עוד אמה, אלא בע"כ צ"ל לפ"ז שמכיון שחזינן שאין חולקים כשיש י' אמות הה"נ שאין חולקים כשיש רק ח'.

מיהו הפני שלמה הקשה על זה דהא רבי יוחנן קאמר בירושלמי שהד' אמות שלפני הפתח אינן קנויות לו בקנין גמור והרי איהו קאמר ג"כ שהד' אמות בהמשנה הרי הן חוץ משל פתחים וא"כ אכתי יקשה למה השמיט התנא אמות אלו, דהא לפי רבי יוחנן לא שייך תירוצו של הרשב"א.

מיהו נראה שאתי שפיר דינו של הרשב"א אפילו אם נאמר שהד"א של פירוק משאו אינן קנויות לו בקנין גמור לפני החלוקה, והיינו משום שעכ"פ יש לו בהן זכות יתירה ממה שיש לו בשאר החצר, שהרי בהני ד"א יש לו רשות לפרק את משאו מתי שירצה ואינו צריך להשתוות עם חבירו על זמני השימוש, וא"כ לפ"ז יוצא שבאמת יש כאן ב' מיני שותפויות, דהיינו שותפות א' על אמצע החצר ששניהם שווים בה, ועוד שותפות על הד' אמות שסמוכות לפתחו אשר באמות אלו זכותו של בעל הפתח עדיף, ולפ"ז יוצא שכשהם חולקים הרי הם עושים באמת ב' חלוקות נפרדות כי יש כאן ב' שותפויות, וא"כ שפיר י"ל שכשיש כאן י' אמות הרי הוא יכול לומר שאינו רוצה לחלוק את הב' אמות

מה זכות יש לך באותה שדה המיוחדת לי לבדי עד שתכופני עי"ז לחלוק דדלמא רצוני למכור אותה השדה או ליתן במתנה".

(* ואע"פ שהן ראויות לשימוש בהדי הד' אמות

האמצעיות*).

והנה כבר הבאנו שהרשב"א תי' שהתנא לא תני שצריכים גם ד' אמות שלפני הפתח כי לא פסיקא מילתא משום שבחצר שהוא ח' אמות בצמצום סגי בזה שכל אחד מקבל ד"א ותו לא. ולפי דבריו יוצא שבשביל חצר של י' אמות שפיר הי' צריך התנא למיתני שיש חסרון בזה שאין ח' אמות לכל אחד, רק שלא עשה כן משום דלא פסיקא מילתא. מיהו לכאורה יש לבאר בדרך אחרת קצת, והיינו שבכלל לא הי' התנא צריך למיתני שיש חסרון בזה שאין ח' אמות לכל א' והיינו משום שמכיון שמצינו לפעמים שהוא מקבל רק ד"א א"כ חזינן מזה שד"א נקראות בשם חצר וא"כ אפילו בחצר של י' אמות אשר בכה"ג אין חולקים אבל עכ"פ הטעם שאין חולקים אינו משום שיחסר בהשם של חצר ויהי' נקרא שאין שמו עליו אלא הטעם הוא משום דין נוסף שצריכים ד' אמות לפני הפתח וד"א לשימוש, והרי התנא כאן קעסיק רק בהחסרון של אין שמו עליו ומש"ה שפיר הזכיר התנא רק את השיעור של ד"א לזה וד"א לזה כי זה סגי כדי לסלק את החסרון הזה אפילו בהציוור של י' אמות.

קכד) בענין הנ"ל.

הנה בהאות הקודמת הבאנו את קושיית הרשב"א אמאי לא תנא התנא של המשנה שצריכים גם שיהיו כדי ד"א סמוך לפתחו

שסמוכות לפתחו אבל הרי הוא יכול לטעון את הטענה הנ"ל שהזכיר הנחלת דוד, וכדחזינן גם בלא"ה שהרשב"א לא ס"ל כהרמ"ה.

מיהו יש לפקפק מכמה טעמים על הדרך הנ"ל שכתבתי כאן, וכתבתי רק לעורר.

וכמו שעשה התנא של הברייתא דמייתי הגמרא. והבאנו את תירוצו של הרשב"א וביארנו את דבריו. וגם כתבנו תירוץ אחר על קושייתו.

ועי' בריטב"א שכתב עוד תירוץ, והיינו שלא הזכיר התנא את הד"א שלפני הפתחים משום שאין להן קצבה כי הכל לפי הפתחים.

ונראה שיש ליישב בעוד דרכים למה לא הזכיר התנא אמות אלו, דהנה הרשב"א להלן שם הסיק בדעת הבבלי שהד' אמות שלפני הפתח קנויות הן לו בקנין גמור אפילו קודם חלוקה, וא"כ לפ"ז פשיטא שאין הכרח להזכיר הני ד"א כי הני ד"א נחלטות לו כבר לפני החלוקה וא"כ נשאר שהחצר של שותפות הוא רק אותן אמות שהן באמצע וא"כ שפיר דיבר התנא רק על אותן אמות וקאמר שאין חולקים אא"כ יש שם ד"א לזה ולזה, ואפילו לפי השיטה שסוברת שאינן קנויות לו לגמרי אבל עכ"פ הרי יש לו בהן זכות יתירה מחבירו שהרי הוא יכול לפרק את משאו שם מתי שהוא רוצה משא"כ באמצע החצר הרי הוא צריך להשתוות עם חברו בקשר להזמנים, ובהאות הקודמת כתבנו שלפ"ז יוצא שבאמת יש כאן ב' מיני שותפויות וכשהם חולקים הרי יש כאן ב' חלוקות נפרדות, וא"כ גם לפ"ז י"ל שהתנא דיבר רק אודות השותפות של החצר ושפיר קאמר שאין חולקים שותפות זו עד שיהיו ד"א לזה וד"א לזה.

ובהדרכים הנ"ל יש ליישב גם את דברי הרמב"ם, דעיין בפ"ב מהל' שכנים ה"א שכתב שנותנים לכל אחד ד"א לפני פתחו ואין חולקים עד שיהא שם כדי שיעור זה,

ובכל זאת בפ"א שם ה"ד לא הזכיר דבר זה אלא הביא רק מאי דתנן בהמשנה שאין חולקים את החצר עד שיהא שם ח"א.

שו"ר בנחלת דוד כאן באמצע ד"ה אמנם וכו' שכתב כעין הסברא הנ"ל (כן נר' כוונתו שם) וז"ל, והכי קאמר רבי יוחנן ד"א שאמרו במתניתין היינו אותן ששייך בהם לשון חלוקה שעד הנה לא הי' מכיר כל אחד חלקו ועכשיו הוא שחולקין ביניהם משא"כ ד"א דשל פתחים בהפקר או מחלק נכסיו לא איירי בהו מתניתין דבהו לא שייך לשון חלוקה דכבר מחולקין ועומדין הן בהנך ד"א מכבר ומתניתין אין חולקין קתני משמע דבהנך דשייך בהו חלוקה קמיירי וכו' עכ"ל, אלא שבדעת הרמב"ם שלא הזכיר בפ"א את הד"א שלפני הפתח כתב הנחלת דוד דהיינו משום דס"ל שבאחין שחלקו אין אנו צריכים הנך ד"א וכהבנת הב"י בהרמב"ם ודלא כשיטת הרא"ש ועוד ראשונים, וצע"ק על הנחל"ד למה לא תירץ גם את דברי הרמב"ם על הדרך הנ"ל (ועע"ש שם איך שביאר שמהרמב"ם מבוואר דלא כדינו של הרמ"ה שהבאנו בהערה על האות הקודמת).

קכה) אין חולקין את החצר עד שיהא ד"א לזה וד"א לזה.

בשו"ע סי' קע"א סעיף ד' נפסק בזה הלשון, יש מי שאומר שאם יש לו אצלו קרקע הראוי להצטרף עמו יכול חברו לכופו לחלוק (אע"פ שכל חלק מהחלוקה הוא פחות מכדי חלוקה) עכ"ל, ומקורו של המחבר הוא הטור בשם הרמ"ה. ובסמ"ע

אבל אם נאמר כהירושלמי שאינן קנויות לו א"כ יוצא שאכתי אין לו שם חצר, וא"כ לכאורה ראיית השער משפט נגד הב"ח והט"ז מכוונת רק אם נאמר שהד"א שסמוך לפתחו קנויות לו בקנין גמור.

מיהו אכתי יש להקשות, דהא אם נאמר שהד"א שסמוך לפתחו קנויות הן לו בקנין גמור א"כ גם ביאורו של הסמ"ע בכוונת הרמ"ה מופרכת היא מסוגיין, דהא לפי הרמ"ה למה לא יוכל לכופף את חברו לחלוק כיון שיש לחבירו חלק מבורר, וא"כ יוצא שכל הביאורים שנאמרו בכוונת הרמ"ה לא א"ש אם נאמר שהן קנויות לו בקנין גמור.

קכו) אמר רב הונא חצר מתחלקת לפי פתחי ורב חסדא אמר נותנין ד"א לכל פתח ופתח והשאר חולקים בשוה.

פירש"י וז"ל, היתה לו חצר, ובה שני בתים, ואחד מהן פתוחין לו שני פתחים לחצר, ולבית השני אין פתוח לחצר אלא פתח אחד, וחילק נכסיו על פיו ונותן האחד לראובן בנו והשני לשמעון, וחצר לא חילק, אם באו לחלוק על החצר, זה שיש לו שני פתחים נוטל שני חלקים בחצר ואחיו נוטל חלק אחד עכ"ל. וביאר הנ"י שרש"י סובר שרק בכה"ג איירי ר"ה ור"ח משום שבכה"ג נקטינן שדעתו של אביהם היתה לחלק להם כדרך שהוא עצמו הי' משתמש, אבל בציוור של שני אחין שירשו או שני שותפין שקנו בשותפות ורוצים עכשיו לחלקו, אין לאחד יותר מלהשני בין לפי רב הונא (בכל החצר)

מבואר שכוונת לשון המחבר היא שאותו שאין לו קרקע אחר הרי הוא יכול לכופף את השני לחלוק כי לא יגיע לו שום הפסד מזה שיקבל פחות מכדי חלוקה, דהא חלקו ראוי הוא להצטרף בהדי הקרקע שיש לו כבר. מיהו הב"ח והט"ז פירשו את דברי הטור בשם הרמ"ה בדרך אחרת, ודלא כהמחבר, והיינו שהכוונה היא שזה שכבר יש לו שם קרקע הרי הוא יכול לכופף את זה שאין לו שם קרקע משום שכיון שיש לו שם קרקע ואילו יחלקו הרי תהי' לו זכות של בר מצרא לדרוש את החלק שסמוך לקרקעו, לכן הרי זה נחשב כמו היכא שחלקו הוא מבורר, דחולקים אע"פ שאין בו כדי חלוקה וכמש"כ הרי"ף, ותמה השער משפט דהא התם בהציוור של חלקו מבורר הרי איירי באופן שכל אחד אין לו רשות להשתמש בחציו של חברו ומש"ה אין הם מפסידים כלום בזה שהם חולקים ועושים מחיצה ולכן התם שפיר יכול אחד מהם לכופף את חברו, אבל הכא כל זמן שלא חלקו הרי כל אחד משתמש בכולו וא"כ לא שייך כאן ההיתר של חלקו מבורר. והביא השער משפט רא"י לזה דהא בסוגיין מבואר שאין חולקים אא"כ יגיעו לכל אחד שמונה אמות דהיינו ד' אמות בחצר וד' אמות הסמוכות לפתחו, ולכאורה צ"ע דגם בבציר מזה למה לא יוכל לכופף את חברו לחלוק, דהא כיון שיש לו ד"א סמוך לפתחו א"כ יש כאן דינא דבר מצרא על חצי ממה שנשאר וא"כ הרי זה נחשב כמו שחלקו מבורר. מיהו לכאורה ראייתו של השער משפט מכוונת רק אם הד"א שסמוך לפתחו הרי הן קנויות לו לגמרי בקנין גמור, דלפ"ז שפיר יוצא שכבר יש לו שם חצר ויש כאן דינא דבר מצרא,

ובין לפי רב חסדא (אינו מקבל ד' אמות לכל פתח ופתח). ובשם הר"י מיגש הביא הנ"י דאירי באופן שבנו בתים בשטח של הפקר ואח"כ החליטו להקיף את השטח שביניהם ולחלקו ביניהם, דגם מקודם לכן בשעה שבנו את הבתים הי' בדעתם להחזיק בהשטח שביניהם באופן כזה, וכדברי הנ"י מבואר גם בהראשונים כאן.

והנה הריב"ש בסי' רמ"ח כתב שרש"י והר"י מיגש העמידו בצירורים אלו משום שהם סוברים שהד"א שלפני הפתחים קנויות לו בקנין גמור ודלא כרבי יוחנן בירושלמי כאן שסובר שיש לו בהן רק זכות של השתמשות, דלפי הירושלמי הרי י"ל דהוי בגדר תקנה דרבנן שתהי' לו זכות להשתמש באמות אלו כיון שהוא צריך להן וא"כ י"ל שגם באחין שירשו תיקנו רבנן שתהי' להם זכות של השתמשות, אבל אם נאמר שהן קנויות לו בקנין גמור א"כ אז מסתבר לומר כרש"י וכהר"י מיגש שלא אמרינן כן באחין שירשו כי באחין שירשו אין מי שיקנה להם קנין נוסף זה, דהא לא מסתבר לומר שהד"א קנויות לו בקנין גמור מצד תקנה דרבנן כי למה יתקנו רבנן כן, ומש"ה ס"ל לרש"י והר"י מיגש שלא שייך לומר כן אלא בהצירורים הנ"ל שכתבו אשר בהני גווני יוצא שאביהן הקנה להם קנין זה או שהם עצמם נתכוונו כבר לזכות בהן מן ההפקר, אבל לא באחין שירשו כי באחין שירשו מי הקנה להם קנין נוסף זה, כן נראה כוונת הריב"ש. ובאמת גם בחידושי הרמב"ן כאן מבואר להדיא שרש"י והר"י מיגש כתבו כן משום שהם סוברים שהד"א קנויות הן לו לגמרי וכהריב"ש עיי"ש. ולקמן בהאות הבאה נביא את מה שהקשו

הראשונים גם על הצד שאינן קנויות לו בקנין גמור דהא לאחר חלוקה הלא הן שפיר נעשות שלו לגמרי וא"כ איך יש לו כח להפסיד אותן מחבירו ע"י חלוקה.

מיהו הנחלת דוד בדף י"ב בד"ה ודע דהריב"ש וכו' כתב שאין תליית הריב"ש מוכרחת משום שגם רש"י והר"י מיגש יכולים לסבור שאין כאן קנין גמור אלא רק זכות השתמשות, רק שבכל זאת י"ל שבאחין שירשו אין לו זכות זאת, ונסתייע הנחל"ד שם ממה שהנ"י סובר כרש"י והר"י מיגש ובכל זאת הרי הוא סובר ג"כ שהד"א אינן קנויות לו בקנין גמור ומשמע שגם רש"י והר"י מיגש יכולים לסבור כן, וגם הלח"מ בפ"ב מהל' שכנים ה"ג השיג על הריב"ש וכמו שהביא הנחל"ד שם.

ולכאורה סברת הלח"מ והנחל"ד היא שהזכות של השתמשות אינה מצד תקנה דרבנן אלא מצד זכות גמור מעיקר הדין, ומש"ה ס"ל שגם זה שייך רק בצירור שאביהם הקנה להם זכות זאת או שנתכוונו לזכות בזה מן ההפקר אבל לא באחין שירשו וחלקו כי מי הקנה להם.

ובאמת יש גם לדחות את תליית הריב"ש בדרך הפכית ולומר שגם אלו שסוברים שה"ה לאחין שירשו הרי הם יכולים לסבור דהוי שפיר בגדר קנין גמור, דעי' ברשב"א כאן בד"ה ויש מרבתי שאמרו דארבע אמות וכו' שהסיק שהד"א קנויות לו לגמרי ובכל זאת לעיל בד"ה ומיהו וכו' הסיק דה"ה לאחין ושותפין שחלקו שנתנין ד"א לכל פתח, וכתב דהיינו משום שגם זה הי' בכלל העילוי.

ודעת הרא"ש כאן היא שרש"י כתב את מה שכתב רק בדעת רב הונא, אבל ר"ח

סובר שיש לו ד"א לכל פתח ופתח גם באחין שחלקו משום עילוי. ועי' בנחל"ד כאן מה שהקשה על דבריו, ובהאות הבאה נאריך עוד בדברי הרא"ש.

קכז) רב חסדא אמר נותן ד"א לכל פתח ופתח.

הנה שיטת הרא"ש כאן היא שגם באחין שירשו בתים וחצר ורוצים לחלקו נותנים ד"א לכל פתח ופתח, והיינו משום שמסתמא נתכוונו לכלול את זה במה שהעלו בדמים בשעה שחלקו את הבתים א' כנגד השני (והרא"ש סובר שגם רש"י מודה לזה, ומה שכתב רש"י ציור של אב המחלק, הרי זה רק בשביל רב הונא).

והקשה הרא"ש על זה ממאי דאיתא בירושלמי (בשם רבי יוחנן) דהך זכות שיש לו קודם חלוקת החצר בהד"א שלפני הפתח אינה בגדר קנין גמור, אלא לעולם גם על השטח הזה הרי הם שותפים רק שיש לו זכות מיוחד בהשטח הזה לפרק את משאו מתי שירצה (כלומר שאינו צריך להשתוות עם השותף השני אודות הזמנים), והק' הרא"ש דלפ"ז איך שייך לומר שבשעת חלוקת החצר הרי הוא נוטל גם את האמות האלו, דהא ע"י החלוקה הרי הן נעשות לגמרי שלו ואיזו זכות יש לו ליקח אותן לגמרי לעצמו. ותירץ הרא"ש שבכל זאת לא משגחינן בזה אלא אה"נ שיפסיד כי מסתמא כבר העלו דבר זה בשעת חלוקת הבתים (ולקמן נבאר את דבריו).

ומדברי הרא"ש מבואר שהבין שכוונת הירושלמי היא רק ללפני חלוקת החצר אבל אחרי חלוקת החצר גם הירושלמי מודה דקניי לו קנין גמור.

והרמב"ן הסיק שבאמת אין בעל הב' פתחים יכול לכוף את בעל הפתח אחד לחלוק אא"כ יחלוקו בשוה, דהא אם יקח כל אחד ד"א כנגד פתחו הרי יצא שבעל הפתח האחד יפסיד את תשמישיו באותן ד"א וכמו שהעיר הרא"ש.

והנה הרשב"א הסיק שהד"א קנויות הן לגמרי ושהבבלי חולק על הירושלמי, והוכיח כן הרשב"א משום שהרי הוא גודרן לעצמו, וא"כ חזינן שהן קנויות לו לגמרי. ומבואר מראיית הרשב"א דס"ל שכוונת הירושלמי היא ללאחר חלוקה ודלא כהרא"ש.

ועוד הוכיח הרשב"א דלא כהירושלמי מרב הונא שהרי מה שאמר רב הונא שהוא זוכה בשני שלישי של החצר הרי זה בודאי בקנין גמור, כי אינו צריך כל כך הרבה שטח כדי לפרק את משאו, וא"כ מדרב הונא נשמע לרב חסדא שגם הד' אמות שהזכיר רב חסדא קנויות הן לו לגמרי.

(מיהו לא הבנתי את כוונת הרשב"א במה שכתב שהבבלי חולק על הירושלמי, דהלא קושיותיו של הרשב"א קשות גם על הירושלמי.)

איברא, לאחר העיון נראה מלשון הרא"ש שכוונתו היא להסיק שהד"א קנויות לו בקנין גמור גם קודם חלוקת החצר, ושגם רבי יוחנן בהירושלמי מודה לזה, וז"ל הרא"ש, אמנם מטעם אחר נראה שאינו נוטל ד"א לכל פתח דגרסינן בירושלמי א"ר יוחנן ד"א לא שהם קנויות לו לקנין אלא כדי שיהא מעמיד בהמתו לשעה ופורק חבילותיו לשעה, ובתוספתא נותנין לו מכניס ומוציא ד"א בחצר, אלמא אינם שלו לגמרי וחבירו משתמש שם כשהוא אינו

היא לדבריו להלן שם) עכ"ל, וצ"ע.

קכח) אמר רב הונא חצר מתחלקת לפי פתחי, ור"ח אמר נותנין ד"א לכל פתח ופתח.

צ"ע למה לא הזכיר גם רב הונא שנותנין ד"א לכל פתח, דלכאורה יש נפ"מ לדינא בזה, דהא אם יש לאחד מהם פתח א' ולהשני ב' פתחים, א"כ אם נחלק את כל החצר לפי פתחי הרי בעל הפתח האחד יקבל שלישי מכל החצר והשני יקבל ב' שלישים, אבל אם ניתן ד"א לכל פתח ופתח א"כ היכא שהפתח היחיד של הראשון הוא רחב כשני הפתחים של השני גם יחד הרי יצא שבמקומות של הפתחים יקבלו שניהם שטח שווה, ורק את היתר יחלוקו בדרך שלישי ושני שלישים, וא"כ אמאי לא קאמר גם רב הונא שיש דין מיוחד של ד"א לכל פתח.

דף י"א ע"ב

קכט) אמר רב הונא אחד מבני המבוי שביקש לסתום כנגד פתחו בני מבוי מעכבין עליו שמרבה עליהן את הדרך.

פירש"י שרצה להקיף מחיצה סביבות הד"א שיש לו בהמבוי כנגד פתחו. והקשו תוס' דהא לא הזכירו חז"ל שיש לו ד"א במבוי לשימוש אלא רק בחצר. מיהו ע"י בהגהות אשר"י שכתב דאיירי בבית

פורק שם משאו ואין בהמתו עומדת שם, וא"כ למה יהיו שלו אחר חלוקה לגמרי, נמצא מפסיד האחד מה שהי' משתמש בהן מתחילה, וכיון שהחצר חציו שלו ומשתמש בכלול למה יפסיד כשיחלוקו. ומיהו י"ל שאה"נ שיפסיד דכיון דעלו בדמים, כל צרכי הבית הם בכלל העילוי משעה שהעלו על הבתים וחלקו את הבתים, רק שאינו מקפיד אם חבירו משתמש בהן עכ"ל, ולפ"ז צריכים לדחוק שכוונת רבי יוחנן בהירושלמי כמה שאמר שאינן קנויות לו אינה לומר שבאמת אינן קנויות לו בקנין גמור, אלא לעולם הרי הן שפיר קנויות לו בקנין גמור, רק שכוונת רבי יוחנן היא לומר שאינן קנויות לו לענין לעכב את חבירו מלהשתמש בהן כשהוא אינו צריך להן כי נקטינן שבדאי נתכוין לתת לחבירו זכות זו כשנשתתפו יחד (ברם מפשטות דברי רבי יוחנן משמע שכוונתו היא לומר שאינן קנויות לו כלל בקנין גמור).

מיהו יש להקשות על זה משום שלקמן בדף י"ב ע"א מבואר שע"י שסתם את הפתח ופרץ את פצימיו הרי הוא מאבד את אותן ד"א, ופירש שם הרא"ש שאע"פ שלא הקנה אותן ע"י קנין אבל בכל זאת מהני כאן מחילה וסילוק כי אין לו בהנך ד"א אלא זכות השתמשות לחוד ולכן מהני סילוק עכ"ד, הרי שהוא נוקט שם שאינן קנויות לו בקנין גמור.

ועי' בקצה"ח בסוף דבריו על סי' קס"ב שכתב וז"ל, ולדעת הרא"ש בפ"ק דב"ב אפילו בחצר שיש לו קנין בגוף ד' אמות ואפילו קנו בשותפות (כוונתו היא לדברי הרא"ש כאן בסי' ל"ח) מכל מקום כל שפרץ את פצימיו אמרינן דהפקיר זכותו (כוונתו

הפתוחה למבוי ולא בחצר הפתוח למבוי, דהיינו דאיירי באופן שביתו פתוחה להמבוי ולא לחצר ומש"ה שפיר יש לו ד"א בהמבוי (מיהו רגמ"ה כתב כאן דאיירי באופן שפתחו של החצר פתוח להמבוי, וא"כ על זה שפיר יש להקשות את קושיית תוס' דהיכן מצינו שיש לו בכה"ג ד"א).

ועכ"פ לפי רש"י י"ל שכוונת רב הונא במה שהזכיר מבוי היא כך, דבבתיים הפתוחים לחצר, פשיטא שאינו רשאי להקיף את הד"א שלפני פתחו כי ע"ז הרי הוא מפסיד משאר בני החצר את התשמיש של המקום ההוא כשבעל הפתח אינו מפרק את חמורו, אבל במבוי שעשוי רק להליכה, הו"א שהוא שפיר יכול להקיף, ולכן קמ"ל רב הונא שגם בזה הרי הוא מפסיד את בני המבוי בזה שהוא מרבה עליהם את הדרך.

מיהו לכאורה יש להקשות למה לן טעם זה של מרבה עליהם את הדרך הא אפילו אם לא ה' גורם שום הפסד לבני המבוי אמאי אינם יכולים לעכבו מלקחת חלק מהמבוי שהוא שייך לכולם ולהקיפו במחיצות ולעשותו שלו (ולא שייך כאן מדת סדום כי בודאי אין אדם חייב לתת דבר משלו לחבירו אפילו אם אין לו מהדבר ההוא שום תשמיש).

ולכאורה נראה שהנך ד"א שלפני הפתח קנויות הן לו בקנין גמור ואינם בגדר שותפים על זה, רק ש"קודם חלוקה אינו מקפיד אם חבירו משתמש בה בשעה שאין צריך להן" כמש"כ הרא"ש לעיל, ולכן בלי הטעם של מרבה עליהם את הדרך, שפיר ה' יכול להקיפן מחיצות כי באמת הרי הן שלו (ועי' בדברי הרשב"א שנביא בסוף אות ק"ל).

ולעיל באות קכ"ו וקכ"ז הבאנו כבר את דעות הראשונים בענין אם הן קנויות לו לגמרי, ושהרמב"ן והריב"ש דייקו מרש"י בע"א שהן שפיר קנויות לו, ושהנחל"ד והלח"מ דחו את דיוקם. וע"ע בדברי הרא"ש שהבאנו מדף י"ב.

דף י"ב ע"א

(קל) בית סתום יש לו ד"א, פרץ את פצימיו אין לו ד"א.

א. כתב הרא"ש שאע"פ שלא הקנה את הד"א להשותף השני אבל בכל זאת הרי הוא מאבד את זכותו ע"י מחילה וסילוק לחוד כי אין לו בהנך ד"א אלא רק זכות של השתמשות ועל זה שפיר מהני סילוק וז"ל, וכיון שגילה בדעתו שאין צריך להם פקע זכותי מינייהו עכ"ל (ולעיל באות קכ"ז הקשינו שלכאורה מדברי הרא"ש בסי' ל"ח משמע שהן שפיר קנויות לו לגמרי).

מיהו המ"מ בפ"ב מהל' שכנים ה"ז הזכיר לענין פרץ את פצימיו לשון של הפקר. ועיין גם בריטב"א כאן שכתב שהוא מדין הפקר. הרי שהם סוברים ששפיר צריכים קנין. ולכאורה הרי זה משום שהם סוברים שהד"א קנויות לו לגמרי (וכן הסיק באמת הריטב"א לעיל). מיהו אולי גם אם נאמר שיש לו בהן רק זכות של השתמשות אכתי שייך לומר שצריכים קנין, וזה תלוי באיך מבינים את יסוד הדין של הך זכות השתמשות, והיינו שאם הוא בגדר שיעבוד, כלומר שיש לו שיעבוד על בעלותו של שותפו בהד"א לענין זה שיוכל תמיד לפרק את משאו, א"כ אז הדין נותן שתועיל באמת

מחילה או סילוק, אבל אם נאמר שהזכות של פירוק משאו מתי שירצה חשיב כמדה יתירה של בעלות בתוך השותפות, א"כ שפיר בעינן הפקר או קנין כדי להפקיעה. וע"ע בלשון הקצה"ח בסוף סי' קס"ב. וכבר הערנו על דבריו לעיל בסוף אות קכ"ז.

ב. הנ"י כאן כתב וז"ל, בית סתום, שאפילו שהי' סתום קודם שיחלק להם האב הבתים, כל היכא שלא פירץ האב את הפצימין שהם המשקופות, אע"פ שפרצה הבן לאחר מיתתו, לא איכד זכותו שזכה כבר בד' אמות בכל פתח, וכמו שלא מחל את המיצר כן לא מחל אותן ד"א, ולענין מבוי דוקא הוא דאמרינן דאם פירץ את פצימיו בעל הפתח איכד את זכותו, ולא בד"א בלבד אלא אף בכל שיתוף המבוי, והטעם דלאו רשות גמורה הוא לפי שהוא מדרס אף לבני רה"ר, אבל כל שלא פירץ את פצימיו לא נסתלק זכותו ממנו דכפתוח הוא חשוב עכ"ל. הרי שמחלק הנ"י שבחצר אין כוונת הבן למחול ואילו במבוי נקטינן שהוא שפיר מתכוין למחול והיינו משום שבמבוי הרי הוא מרגיש פחות זכות ממה שהוא מרגיש בחצר כיון שגם בני רה"ר נכנסים להמבוי, ומש"ה דעתו היא יותר קרובה למחילה במבוי. ולפ"ז יוצא שהמימרא במבוי קאי על הבן עצמו.

מיהו יש להקשות דא"כ לא א"ש סוגיית הגמרא כאן, דהא בגמרא קאמר רבא שאם פירץ את פצימיו הרי הוא מפסיד את זכותו בהמבוי, ועל זה מייתי אביי סייעתא מהך ברייתא של פירץ את פצימיו בחצר, ואילו לפי הנ"י מה היא הראי', הלא הברייתא בחצר איירי באופן שהאב פירץ אבל אם הבן

פירץ אין זה נחשב כמחילה, וא"כ אולי גם במבוי אין זה נחשב כמחילה, ונהי שכתב הנ"י סברא לחלק אבל מ"מ אכתי אין כאן סייעתא למבוי.

ועיין גם ברשב"א בשם רבו שכתב כדרכו של הנ"י אבל יש לומר בדבריו הסבר אחר וז"ל, דדוקא פירץ האב את פצימיו עד שלא נתנו לזה, אבל אם לאחר מכאן פירץ המקבל מתנה את פצימיו לא איכד זכותו, דד"א אלו קנויות הן לו קנין גמור ומשום שפרץ את פצימיו לא נתן ולא הפקיר את זכותו, ואינו דומה למבוי שאינו עומד לתשמיש אלא לדריסת הרגל הוא עשוי וכשפרץ את פצימיו סילק עצמו מכל תשמיש המבוי שאין המבוי רשות גמורה לו וכו' עכ"ל. ויש להבין דבריו כך, דלא איירי באב שמת שהוריש לבנו כהנ"י, אלא איירי באב שנותן מתנה לבנו, ואם האב פירץ הרי זה מהני כדי לגלות שאין כוונתו לתת להבן ד"א לפני פתחו, אבל אין הכוונה שהוא מפקירו, אבל אם הבן עצמו פירץ אין זה מועיל כי מאחר שזכה הבן הרי אנו צריכים קנין או הפקר כיון שהד"א קנויות הן לו לגמרי וכשיטתו לעיל שם, משא"כ במבוי שפיר מהני פירץ את פצימיו כי הד"א במבוי אינן קנויות לו לגמרי כיון שהמבוי שייך גם לבני רה"ר עכת"ד. ולפי הרשב"א שפיר מייתנין סייעתא מחצר למבוי כי באמת נקטינן שאומדן דעתו הוא תמיד לסלק את עצמו מהד"א ע"י סילוק ומחילה, רק שבחצר לא מהני פריצת הבן כי צריכים קנין, אבל במבוי שאין צריכים קנין, שפיר מהני פריצת פצימיו של הבן, וא"כ שפיר מייתנין ראי' ממה שבחצר מהני פריצת פצימיו של האב, דהא מוכח מזה שפריצת

פצימיו מראה שיש כאן כוונה לסלק את הד"א לחלוטין מעצמו ומהבן, ובחצר סגי בהאב גם בלי הפקר כי סגי בזה שאינו נותנו להבן, וא"כ ה"ה כשפרץ הבן במבוי. ויש עוד לפלפל בזה.

דף י"ב ע"ב

קלא) אר"ה ברי' דר"י פשיטא חלק בכור וחלק פשוט יהינן לי' אחד מצרא.

עי' בתוס' כאן שהביאו שבפרק יש נוחלין דרשינן כן מהא דכתיב פי שנים מקיש חלק בכורה לחלק פשוט.

והנה ביש נוחלין באות קכ"ג צידדתי לומר שכשבכור נוטל פי שנים אין הכוונה שרק החלק השני נקרא חלק בכור אלא באמת כל השני חלקים ביחד יש להם חלות שם של חלק בכור. וכתבתי שם שיסוד זה נראה מחודש מאד מצד הסברא, וכן שלא שייך לומר כן אלא בנכסים המוחזקים להאב בחייו אבל נכסים שהם בגדר "ראוי" הרי הם בודאי רק בגדר חלק פשיטות שהרי אין הבכור נוטל פי שנים בראוי. וגם הבאתי שם כמה ראיות דלא כהיסוד הנ"ל וביניהם גם מתוס' בסוגיין, דהנה תוס' כאן הביאו שדינו של ר"ה ברי' דר"י נלמד מקרא דפי שנים, והקשו על זה למה לי קרא, תיפוק לי' משום שכופין על מדת סדום, ותירצו תוס' וז"ל, ואומר ר"י שלא נתן לו הכתוב כח אלא כשני אחין ואילו היו שני אחין רוצים להשתתף לא כפינן לשלישי לתת להם חלק ביחד וכו' עכ"ל, ולהדיא נראה מזה שהר"י סובר שרק החלק העודף מיקרי חלק בכורה

אבל את החלק הראשון הרי הוא נוטל רק משום דין פשוט ולכן אתי שפיר מה שכתב הר"י דהוי כשני אחין, אבל אם נאמר שגם החלק הראשון מיקרי חלק בכורה א"כ לכאורה הרי זה דומה לאח אחד, וא"כ שוב קשה למה לי קרא תיפוק לי' משום שכופין על מדת סדום, וא"כ מוכח שרק החלק העודף הרי הוא בגדר חלק בכורה אבל החלק הראשון הרי הוא רק בגדר חלק פשיטות ולכן שפיר הוה ס"ד שאינו נוטלם ביחד.

מיהו אכתי יש לבעל דין לחלוק ולומר דנהי שבלא הילפותא של פי שנים הוה אמרינן שאינו חלק אחד, אבל מ"מ לאחר דאשמועינן קרא שהוא נוטלם על חד מצרא א"כ אולי הא גופא קמ"ל הפסוק שהם נחשבים חלק אחד ושהכל הוא חלק בכורה. ברם זה אינו, דהא לפי זה יוצא שהוא נוטלם יחד גם כשלא שייך לומר שכופין על מדת סדום, כיון שהם נחשבים חלק אחד ממש, ואילו מתוס' לא משמע כן, אלא משמע שגם לפי האמת אין לו כאן יותר זכויות ממה שיש לו היכא שכופין על מדת סדום (משא"כ בלי הפסוק היינו אומרים שגם זה לא שייך), שהרי תוס' לא כתבו שקמ"ל הפסוק שנוטל אפילו כשלא שייך מדת סדום.

ובאמת ראשונים אחרים כאן תירצו שצריכים את הדרשה כדי לומר שהוא נוטלם ביחד אפילו כשלא שייך לומר שכופין על מדת סדום, וכגון היכא שקרקע אחת יפה מהשני, א"נ היכא שגם להפשוט יש דינא דבר מצרא, וביארו שהבכור נוטלם יחד אפילו בהציורים הנ"ל משום ששני החלקים שלו הרי הם כחלק אחד, אבל

עכ"פ גם הראשונים הנ"ל לא כתבו אלא דהוה "כחלק" אחד (וכלשון זה כתב גם רש"י כאן, ועי' בזה לקמן בסמוך), אבל לא כתבו דהוה חלק אחד ממש.

והנה רש"י כאן על המימרא של ר"ה ברי' דר"י לא הביא את הדרשה של פי שנים אלא משמע דס"ל שר"ה ברי' דר"י מסברא לחוד קאמר, וז"ל רש"י, שהרי שניהן חלקו הן והרי הן כחלק אחד עכ"ל. ולקמן באות הבאה אבאר בס"ד למה פי' כן, אבל עכ"פ אם נרצה לומר שמה שהבכור נוטל את שני החלקים על חד מצרא הרי הוא מצד הסברא לחוד ושאינן צריכים לזה שום דרשה (וכן שאינו מטעם כופין על מדת סדום) א"כ לכאורה צ"ל שהם חלק אחד ממש.

קלב) אר"ה ברי' דר"י חלק בכור וחלק פשוט יתבינן לי' אחד מצרא.

פירש"י וז"ל, שהרי שניהן חלקו הן והרי הן כחלק אחד עכ"ל, ומשמע מדבריו שר"ה ברי' דר"י קאמר כן מצד הסברא. מיהו תוס' הביאו שבדף קכ"ד דרשינן כן מקרא דפי שנים. ואולי טעמו של רש"י הוא משום שממה שאמר ר"ה ברי' דר"י לשון של "פשיטא", משמע דס"ל כן מצד הסברא. ותוס' שהביאו כאן את הילפותא הנ"ל, אולי לא גרסי "פשיטא" (מיהו הרא"ש כאן גורס פשיטא וגם הביא את הילפותא).

והנה יש להוסיף עוד דהנה בדף קכ"ד שם דרשינן את דרשה הנ"ל לפי רבנן שם, אבל רבי שם דורש פי שנים למידי אחרינא, וא"כ י"ל שרש"י סובר שרבי ס"ל דהא דיהבינן לי' אחד מצרא הרי הוא מילתא דפשיטא מצד הסברא ור"ה ברי' דר"י פוסק

כרבי כדחזינן מהלשון של פשיטא וכהנ"ל (ועיי"ש דפליגי אמוראי איך לפסוק). מיהו זהו דלא כהרשב"ם שם שכתב שרבי דורש את שני הדברים מפי שנים, דהיינו גם הא דיהבינן לי' אחד מצרא, וגם את הדין השני שם.

קלג) בענין כופין על מדת סדום.

בגמ' אמרינן אר"ה ברי' דר"י חלק בכור וחלק פשוט יתבינן לי' אחד מצרא, והביאו תוס' מלקמן בדף קכ"ד דרשינן כן מקרא דפי שנים, ושוב הקשו תוס' למה לן קרא תיפוק לי' משום שכופין על מדת סדום.

והנה לכאורה יש ליישב את קושייתם בפשיטות, והיינו דנהי שכופין על מדת סדום אפילו מהתורה וכמו שנקטו תוס' בקושייתם (וכן נוקט הר"י בתירוץיו), אבל בכל זאת הרי לכאורה לא נחלט הדבר עד שכופין אותו למחול על זכותו והוא אומר רוצה אני, ואם לא אמר רוצה אני, או שאין לנו כח לכופו ולהכותו, הרי הוא נשאר בזכותו, דהא להדיא משמע מתוך הלשון של כופין על מדת סדום שאין הדבר חל מאליו אלא צריכים אנו לכופו עד שהוא עצמו עושה כן, וא"כ שפיר צריכים קרא דפי שנים, דהא מזה ילפינן שעיקר דינו של בכור הוא ליטול את שני החלקים ביחד ואין צריכים לכפותו כדי שיסכים.

שו"ר ברמב"ם בפ"ב מהל' שכנים ה"א שכתב וז"ל, ואם אמר אחד מהם תנו לי חלקי בצד זה כדי שיהא סמוך לשדה אחר שלי ויהי' הכל שדה אחד שומעין לו וכופה אותו על זה שעיקוב בדבר זה מדת סדום היא עכ"ל, ומשמע שהבין שהלשון של

כופין לא קאי על ב"ד, דהיינו שב"ד כופין אותו, אלא הלשון קאי על הבעל דין, דהיינו שהבעל דין יכול לדרוש כן (והכוונה בהלשון של "כופין" בלשון רבים היא לבעלי דינין דעלמא), וא"כ אכתי י"ל שמאחר שהבעל דין דורש כן, אז הדבר נחלט גם בלא שום כפי מצד ב"ד אשר לפ"ז שפיר קשה קושיית תוס' למה צריכים דרשה דפי שנים (ועי' ברמב"ם שהוא מתרץ על קושיית תוס' שצריכים קרא להיכא שהחלקים אינם שוים וכגון היכא שהחלק שהבכור רוצה ליטול הוא עידית ומה שישאר בשביל הפשוט הוא בינונית עיי"ש במ"מ על ה"ב).

מיהו אכתי צ"ע מצד הסברא דאיך נחלט הדבר בלי רצונו של הבעל דין השני ומה בכך שיש בזה משום מדת סדום.

וצ"ל שמכיון שהחיוב להתרחק ממדת סדום הרי הוא מן התורה וכמו שיתבאר א"כ סברא פשוטה היא שכוונת התורה היא שהדין יהי נחלט גם בלי רצונו של הבעל דין השני. ובענין מה הוא המקור בהתורה להא דכופין על מדת סדום ראיתי במשנת רבי אהרן עמוד כ' בהערה השני' שם שהוא מן הפסוק צדק צדק תרדוף דתניא בסנהדרין דף ל"ב ע"ב צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה, כיצד, שתי ספינות בנהר, אם עוברות שתיהן, שתיהן טובעות, בזה אחר זה, שתיהן עוברות, הא כיצד טעונה ושאינה טעונה תדחה שאינה טעונה מפני טעונה וכו', הרי שמהך קרא דצדק צדק תרדוף אנו למדין שאע"פ ששתיהן שוות בהזכות להשתמש בהנהר אבל מ"מ מכיון ששתיהן אינן יכולות לעבור ובהכרח שהאחת תעכב, חייבת זאת שאינה טעונה להתעכב,

וה"ה ממש בנידון דידן, מאחר שהשדות שוות, ממילא נוטל בעל המיצר הסמוכה לו מדין צדק צדק תרדוף עכ"ד משנת רבי אהרן.

ומלשון רבינו יונה בשט"מ סד"ה אמר רבה וכו' נראה דס"ל שהמקור בהתורה הוא קרא דועשית הישר והטוב. מיהו לעיל שם בד"ה אמר רבא וכו' בשם התוס' הרא"ש איתא שלא שייך כאן קרא דועשית הישר והטוב.

קלד) בענין כופין על מדת סדום.

הנה תוס' כאן הקשו ל"ל קרא למימר דיהבינן ל' להבכור את חלקו אחד מצרא תיפוק ל' משום שכופין על מדת סדום, והביאו בשם הר"י שני תירוצים על זה, ושוב תירצו בשם הריצב"א שמה שאמר רבה בסוגיין שכופין על מדת סדום הרי הוא רק מדרבנן, דהא אע"פ שזה נהנה וזה לא חסר פטור ואם דר אדם בחצר חבירו שאינו קיימא לאגרא אינו חייב לשלם לו שכר, אבל בכל זאת לכתחילה בודאי יכול הבעה"ב לעכב עליו שלא לדור, ואילו היתה כוונת רבה כאן שכופין על מדת סדום מן התורה א"כ בודאי לא הי' יכול לעכב עליו, וא"כ בע"כ מוכח שכוונת רבה כאן היא רק מדרבנן עכ"ד. ומזה שהוצרך הר"י ועוד ראשונים לתרץ בדרכים אחרים, מוכח שהם סוברים שכופין על מדת סדום הרי הוא מן התורה, וא"כ מעתה יש לעיין מה הם עושים עם ראיית הריצב"א, דאם הוא מן התורה למה יכול בעל הבית לעכב את חבירו מלדור לכתחילה בחצר דלא קיימא לאגרא.

שם, שסובר שבאמת הרי הוא שפיר יכול להכנס ולדור לכתחילה בע"כ של חבריו. והנה באמת הראבי' הביא שם שהר"י עצמו חולק על הדעה הנ"ל והרי הוא סובר שהיכא שהבעל הבית הי' יכול להשכירו, אז הרי הוא שפיר יכול לעכבו מלדור שם, ורק היכא שלא הי' יכול להשכירו אין הוא יכול לעכב את חבריו מלדור שם [וגם זהו דלא כהריצב"א, דהא משמע מדברי הריצב"א שהבעל הבית יכול לעכבו בכל גוונא]*. מיהו נראה שטעמו של הר"י שם הוא משום שהיכא שהוא יכול להשכירו א"כ יש לו ברירה לומר שהוא רוצה באמת להשכירו מאחר שבין כך ובין כך ידור מי שהוא שם, ומש"ה הרי זה נחשב כחצר דקיימא לאגרא, אבל בלא טענה זו מודה הר"י שהי' יכול לדור שם בע"כ של הבעל הבית משום שכופין על מדת סדום, וא"כ שפיר מתורצת קושיית הריצב"א לפי עיקר יסודו של הר"י. איברא, מצאתי שיש מחלוקת באם טעמו של הר"י במה שהוא סובר שהבעה"ב אינו יכול לעכב עליו מלדור שם היכא שלא הי' יכול להשכירו הרי הוא באמת משום שכופין על מדת סדום וכמו שכתבנו, דעיין בביאור הגר"א בסי' שס"ג שכתב שהטעם הוא משום שהרי זה באמת לטובת הבעל הבית שידור שם וכדאמרינן בגמרא שם מקרא דשאי' יוכת שער, ומשמע שבלא הטעם הזה הי' שפיר יכול בעל הבית לעכב עליו וכהריצב"א. מיהו הננו"ב, הובא בפ"ת בסי' ק"ע סק"א, סובר שטעמו של הר"י, וכן

מיהו בב"ק בסוף דף ח' בדפי הר"י כבר הקשה הנ"י ממדת סדום על הצד שזה נהנה וזה לא חסר חייב לשלם, דאמאי מתחייב הוא לשלם הא כופין על מדת סדום, ובתירוצו שם יישב גם את הקושיא הנ"ל למה לכו"ע הרי הוא יכול לעכב עליו לכתחילה מלדור שם, וז"ל הנ"י שם, כתב הרא"ה ז"ל אע"ג דקיי"ל דזה נהנה וזה אינו חסר כופין אותו על מדת סדום, הני מילי בקרקע של שניהם שאין משתמש בשלו כלל, אלא יכול לכופו ממדת הדין שלא לעשות, וכגון הבונה כנגד חלונו של חבריו והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו והלה יכול לעשות לו חלונות במקום אחר שלא יפסיד מן האורה כלל, כגון זה אמרינן כופין, אבל להשתמש בשלו, כלל לא אמרו, שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שלא יכוף את חבריו בעל כרחו ע"כ, וכן דעת הרא"ש ז"ל והריטב"א ז"ל דכה"ג לא אמרינן כופין על מדת סדום עכ"ל, וכן י"ל גם בדעת הר"י כאן.

ובאמת צ"ל שגם הריצב"א מודה לחילוק זה שהרי גם לפי הריצב"א חזינן שכשתיקנו רבנן שכופין על מדת סדום לא תיקנו שיוכל להכנס ולדור בע"כ של הבעל הבית, ובע"כ צריכים לחלק כהחילוק הנ"ל, רק שהריצב"א סובר שהחילוק הנ"ל מתוקמה רק בנוגע לתקנות דרבנן אבל מדין תורה אין מקום לחילוק זה, וצ"ע.

גם י"ל שהר"י כאן סובר כהדעה שהביא הראבי', הובא במרדכי ובשלטי הגבורים

ראשונים אחרים משמע דלא ס"ל כן, דהא הריצב"א כאן חולק על זה, וכן הנ"י בשם הרא"ה שהבאנו לעיל, דהא לדידהו בכל גוונא רשאי בעל הבית לעכב עליו מלדור שם.

(* ובסי' שס"ג סעיף ו' פסק הרמ"א כדעת הר"י שהביא הראבי' שם (וכמו שנביא לקמן בסמוך), והביא הפ"ת שם מספר בית אפרים שהקשה למה סתם כן הרמ"א בזמן שמדברי

אמנם יש גם לומר דחשיב בגדר חלוקה, והיינו שהיכא שאין בהחפץ כדי חלוקה וא"א לחלוק את החפץ עצמו, אז צורת החלוקה היא החפץ כנגד דמי החפץ, דהיינו ששותף אחד לוקח את החפץ עצמו והשותף השני לוקח את דמיו.

גם יש להסתפק אם הכח לומר גוד או אגוד הרי הוא מן התורה או האם הוא רק תקנה דרבנן, וספק זה יש להסתפק לפי שני הצדדים הנ"ל, דהיינו לפי הצד של מכירה יש להסתפק אם יש לו כח מן התורה לכוף את חברו לקנות או למכור, או האם הוא רק בגדר תקנה דרבנן, וכן לפי הצד של חלוקה יש להסתפק האם חלוקה זו חשיבא באמת בגדר חלוקה מעלייתא מן התורה, או האם רבנן תקנוה.

והנה אם נאמר שגוד או אגוד הרי הוא בגדר חלוקה מעלייתא מדאורייתא א"כ ניחא בפשיטות למה רשאי שותף אחד לכוף את השני לגוד או אגוד, והיינו משום שהרי יש בהחפץ כדי חלוקה זו של גוד או אגוד, אבל אם נאמר שאינו נחשב חלוקה מעלייתא מדאורייתא, רק שרבנן תיקנוה א"כ צריך ביאור למה תיקנוה. וכן אם גדר הדברים הוא שהוא יכול לכופו למכור או לקנות (או מן התורה או מדרבנן וכהנ"ל), צריך ביאור מה הוא הטעם שהוא יכול לכופו לזה.

ויש לומר בזה כמה דרכים:

א. הנה מצאתי בספר משנת רבי אהרן בעמוד י"ג וי"ד ג' סברות בענין למה שותף אחד יכול תמיד לכוף את השני לחלוק כשיש בהחפץ כדי חלוקה. א', אם נאמר שצורת שותפות היא שיש לכל אחד חלק מסוים בהחפץ (רק שלא הוברר איזה חלק

הרמ"א בסי' שס"ג שפסק כוותי', הרי הוא משום שכופין על מדת סדום, ומש"ה כתב שם שדינו של הרמ"א הוא אמת רק לפי הרמב"ם שסובר שכופין על מדת סדום לענין חד מצרא, אבל לא לפי הרא"ש שסובר שאין כופין. ברם יש להעיר על הנו"ב דהא לפי דרכו יוצא שפסקי הרמ"א סתרי אהדדי שהרי בסי' קע"ד פסק הרמ"א כהרא"ש, אבל לפי הגר"א אין שום סתירה כלל דהא לפי הגר"א הטעם של הדין בסי' שס"ג הוא משום דהוי לטובת בעל הבית אבל בעלמא אין כופין. מיהו באמת מדברי הראב"י וכן הרמ"א בסי' שס"ג משמע שטעמם הוא משום שכופין על מדת סדום (וצ"ל שהגר"א כתב שם את מה שכתב רק בדעת הרא"ש שהביא שם עיי"ש), וא"כ אכתי קיימת סתירה בדברי הרמ"א.

קלה) תד"ה כגון זה.

וז"ל, ועוד דבכור מתנה קריא רחמנא וכו' ואין לכוף את הנותן עכ"ל. הנה מזה משמע לכאורה כדברי הנתיחה"מ בסי' רע"ה סק"ט שהבכורה הרי היא מתנה מהאחין ולא מהאב, וכבר הארכתי בזה בפרק יש נוחלין אות מ"ד.

דף י"ג ע"א

קלו) יסוד הדין של גוד או אגוד.

הנה יש להסתפק בענין מה הוא יסוד הדין של גוד או אגוד, דמצד אחד י"ל שהוא בגדר מכירה רגילה כמו היכא שהם מוכרים את החפץ לאדם שלישי, דהא גם כאן שותף אחד מוכר להשני את חלקו.

שהוא מקפיד עליו ואוסרו להשתמש בחלקו. ברם לכאורה יש להעיר על דרך זה דהא נהי שאינו מסכים שחבירו ישתמש בחלקו אבל אכתי למה יש לו כח לכופו לעשות חלוקה, הלא חבירו יכול לומר שהוא מוכן לא להשתמש. ברם יש להוסיף שהרי בכה"ג בודאי גם חבירו לא ירשה לו להשתמש, וא"כ תהי' כאן מדת סדום בזה ששניהם אינם משתמשים אפילו בשלהם, ומש"ה הרי הוא יכול לכופו לגאא"ג (אבל אין כופין להרשות להשתמש וכמו שמבואר בנ"י בב"ק דף כ' בשם הרא"ה והרא"ש והריטב"א, הובא לעיל כאן באות קל"ד).

ב. גם י"ל עוד דרך איך לומר שגוד או אגוד הוא מדין כופין על מדת סדום, והיינו שהוא יכול לכופו לגאא"ג גם בלי להמציא שהם מגיעים למצב ששניהם אסורים להשתמש, אלא גם בלא זה י"ל שכשאחד רוצה לעשות גאא"ג אין שום זכות להשני להתנגד, כי אינו חסר בזה, והרי זה ציור של זה נהנה וזה לא חסר, ואדרבה הרי יותר טוב לשניהם לעשות גאא"ג, וכופין על מדת סדום, וכן נראית כוונת האבן האזל בפ"א משכנים ה"ג בדעת הרמב"ם. מיהו לא הבנתי למה אינו יכול לטעון שהוא לטובתו להשתמש בכל החפץ בשותפות, ועיין באות קל"ח סק"ו.

ועכ"פ לפי ב' הדרכים הנ"ל הכח שהוא

הוא (שלו) א"כ סברא פשוטה היא שהוא יכול לתבוע חלוקה בטענה שהוא רוצה את חלקו*). ב', אם נאמר שאין לכל אחד חלק מסוים אלא שיש לכל אחד מחצה מכל משהו א"כ לא שייך הסברא הנ"ל, כי אין לו שום חלק מסוים, אלא צ"ל שהתורה חידשה בדיני שותפות הלכה נוספת ששותף יכול לתבוע חלוקה (אע"פ שאין זה מחויב מצד הסברא). ג', הרי הוא יכול לתבוע חלוקה בטענה שאינו רוצה שחבירו ישתמש בחלקו. ומעתה נעייין למה כשאין בהחפץ כדי חלוקה אין שותף אחד יכול לתבוע חלוקה. וביאר הגרא"ק שם שלפי הדרך השני שהזכיר י"ל בפשיטות שכשאין בו דין חלוקה לא חידשה התורה הך הלכה נוספת ששותף יכול לתבוע חלוקה, אבל לפי הדרך הראשון והשלישי גם כשאין בו דין חלוקה הדין נותן שיוכל לכוף לחלוקה, וא"כ בע"כ צריכים לחדש סברות חדשות למה אינו יכול, וכתב דהיינו או משום דחשיב מזיק כי הוא גורם לחלקו של חבירו להיות אינו ראוי לשימוש, או משום שבתחילת השותפות נשתעברו זה לזה לא לחלוק עכ"ד**).

ועכ"פ לפי הסברא השלישית אכתי יש לעיין דהא גם כשאין בו דין חלוקה הדין נותן שיוכל להקפיד ולגרום שלא ישתמש חבירו בחלקו [אם לא לפי הסברא של שיעבוד***], וא"כ י"ל שזהו הטעם למה הוא יכול לכופו לגוד או אגוד, דהיינו ע"י

(* והוסיף שם שאפילו לפי המ"ד שסובר אין ברירה אבל מ"מ מכיון שעיקר זכייתם הרי היא במסוים, ממילא יכול כל אחד לתבוע את חלקו.

** והוסיף שם בהערה שיתכן שכשאין בו כדי חלוקה כו"ע מודים שיש לכל שותף מחצה מכל משהו ולא חלק מסוים.

*** ברם הר"ן בנדרים בריש פרק השותפין כתב שראב"י שם (דקי"ל כוונתי) סובר שבדבר שאין בו כדי חלוקה נקטינן שבזמן ששותף אחד משתמש בו הרי החפץ נחשב לגמרי שלו, ולפ"ז לכאורה אין השני יכול להקפיד עליו, דהא אין הראשון משתמש בשום דבר משלו, ודברינו כאן הרי הם לפי הראשונים האחרים שם.

יכול לכופו בו הרי הוא הכח של כופין על מדת סדום, ולפ"ז הרי זה יכול להיות מדין מכירה ואין צורך לחדש שרבנן תיקנו וחידשו סוג חדש של חלוקה. ועי' בהר"י והריצב"א לעיל בדף י"ב ע"ב שנחלקו באם כופין על מדת סדום שם הרי הוא דאורייתא או דרבנן.

ג. גם י"ל שהטעם שהוא יכול לכופו לעשות גאא"ג הרי הוא משום שכן תיקנו רבנן משום שהי' נראה להם שהוא דבר הגון, ובצורת התקנה יש לומר ד' דרכים, א', שתיקנו חלות דין חלוקה דרבנן של החפץ כנגד מעות, ב', שתיקנו דין מכירה, ולפי שני הדרכים האלו הדבר מועיל מדין הפקר ב"ד הפקר אפילו אם אין חבירו מסכים לזה, ג', שתיקנו דין מכירה א"נ חלוקה ע"י שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, ד', התורה מסרה דיני ממונות כאלו לחכמים, ולאחר שתיקנו רבנן (חלוקה או מכירה), הרי זה נשאר דין תורה והרי זה בכלל משפטים (הדרך הרביעי הוא דרכו של החזו"א בריש סי' ח'). ובתשובות הרשב"א בתשובה תתקנ"ו איתא שגאא"ג הוא תקנה משום ועשית הישר והטוב.

ד. האבן האזל בפ"א מהל' שכנים ה"ג כתב בדעת הרא"ש שהכח לומר גאא"ג נובע מזכותו להשתמש בחלקו, והיינו דכיון שיש לו זכות להשתמש בחלקו, והכא הרי שניהם אינם יכולים להשתמש ביחד, ממילא יש לו זכות לדרוש גאא"ג כדי שיוכל להשתמש בחלקו (או בהמעות שהן כנגד חלקו). ולפי דרכו יוצא לכאורה שלא שייך גאא"ג אלא בדבר שא"א להם להשתמש בו יחד. מיהו לקמן באות קל"ח סק"ו נביא שנחלקו

הרא"ש והר"י מיגש באם נאמר הדין של גאא"ג גם בדבר שאפשר להם להשתמש בו ביחד ושהרא"ש סובר שהוא שפיר יכול לומר גאא"ג.

ה. הגרנ"ט כאן כתב שיש לו זכות לדרוש את פירוק השותפות, ואע"פ שאינו יכול לדרוש חצי מהחפץ אבל הרי הוא יכול לדרוש גאא"ג (ועע"ש שכתב הגרנ"ט שגאא"ג הרי הוא מדין חלוקה, וע"ע בהחלק האחרון של השיעור).

ו. הגרא"ק בספר משנת רבי אהרן עמוד י' אות י"ד סובר בדעת הב"ח שמעיקר זכותי שותפים הוא לתבוע מהשני שאו אני אתקן את חלקך (כלומר ע"י שאמכור לך את חלקי דעי"ז יהי' בחלקך שיעור חלוקה ושימוש) או אתה תתקן את חלקי (ע"י שתמכור לי את חלקך ויהי' בחלקי שיעור חלוקה ושימוש). וביאר שם הגרא"ק שצריכים לפי הב"ח לעיכובא שהחלקים יתוקנו ולכן סובר הב"ח שאם יש לשותף א' כשיעור חלוקה ולהשותף השני אין כשיעור חלוקה אין השותף שאין לו שיעור יכול לכוף את הראשון לגאא"ג והיינו משום שאינו מתקן בזה את חלקו (והש"ך סובר שהוא שפיר יכול לכופו בכה"ג לגאא"ג עיי"ש).

קלז) מקורות מפורשים בענין הצדדים הנ"ל.

א. בענין אם הוי מדאורייתא או מדרבנן.

א', הקרית ספר בתחילת דבריו על הלכות שכנים כתב דהוי מן התורה.

ב', בשט"מ לקמן בע"ב בד"ה וז"ל ה"ר יונה ז"ל מבואר בשם רבינו יונה שיש לומר

שהוא תקנה מדרבנן, וז"ל שם, דפשיטא שאין חלוקה בשני כלים דתשמישין חלוק דלכל חד מינייהו מיבעי לי' תרוייהו, הלכך זה שחולקים תקנה היא שתיקנו ליתן דרך לחלוקה, וה"ה דמתקנינן דינא דגורד עכ"ל.

ג', הרשב"א בתשובה תתקנ"ו כתב דהוי "תקנה" משום ועשית הישר והטוב.

ד', הרמב"ן בחידושו כאן בד"ה רב יהודה וכו' כתב לשון של "אמור רבנן".

ה', גם הרא"ש בתשובה צ"ח אות ג' כתב "אמרו חכמים".

ב. בענין אם הויא מכירה או חלוקה. א', הרמב"ם בהל' שכנים, וכן הרמב"ן במלחמות, ובחידושים בד"ה לא תאנו וכו', הזכירו לשון מכירה, ועי' בכל לשונות הרמב"ן, דהיינו שהוא מוכר את חלקו או קונה את חלקו של חבירו (ולא משמע שכוונתם היא משום דאחין או שותפין שחלקו לקוחות הן, אלא משמע שכוונתם היא למכירה כפשוטה). ועי' בהחלק האחרון של שיעורו של הגרנ"ט על גאא"ג.

ב', הרמ"ה על דף מ"ח באות קפ"ה כתב שצריכים שיאמר רוצה אני.

ג', השט"מ כאן בד"ה ש"מ לית דינא וכו' הסיק שגאא"ג מהני בע"כ, ודלא כהרמ"ה שסובר שצריכים רוצה אני, וא"כ לפ"ז הרי זה מדין הפקר ב"ד (א"נ כדרכו של החזו"א).

ד', הרא"ש בתשובה צ"ח אות ג' כתב וז"ל, דטעמא דרב יהודה דאמר אית דינא דגאא"ג היינו משום שאין מקום המשותף

ראוי לתשמיש שניהם, הלכך אמרו חכמים שיש כח לאחד מן השותפין לומר תקנה חלקי ויהי' ראוי לך להשתמש או אקנה חלקך ויהי' ראוי לי לתשמיש, דהוי זה נהנה וזה לא חסר, שאין ראוי לתשמיש שניהם וראוי לאחד מהם וכו' עכ"ל. הרי דס"ל דהוי כעין כופין על מדת סדום כיון שזה נהנה וזה לא חסר. וגם האבן האזל בפ"א משכנים ה"ג הזכיר צד זה (בד"ה ובדעת). מיהו האבן האזל שם כתב שהרא"ש להלן שם באותה תשובה סובר שהכח לתבוע גאא"ג נובע מזכות תשמישו בחלקו ואינו משום מדת סדום, אלא שמכיון שיש לו זכות להשתמש בחלקו, והכא הרי שניהם אינם יכולים להשתמש ביחד, ממילא יש לו זכות לתבוע גאא"ג כדי שיוכל להשתמש בחלקו (או במעות שכנגד חלקו). ולפ"ז צ"ל דמה שהזכיר הרא"ש זה נהנה וזה לא חסר, אין זה הסיבה למה אומרים גאא"ג, אלא כוונתו במה שהזכיר דבר זה היא משום שאם חבירו הי' חסר, אז בודאי לא הי' יכול להשתמש בהזכות הנ"ל כדי לומר גאא"ג ולהזיק את חבירו, רק שמכיון שחבירו אינו חסר, שפיר יש לו את הכח לומר גאא"ג (מיהו יש לעיין אם בגלל הזכות השתמשות בחלקו הרי הוא יכול לכופו למכירה וכמו שנוקט הרא"ש שגאא"ג הרי הוא בגדר מכירה, דהא לכאורה הרי זה טעם רק לכופו לחלוקה. וכעין זה יש לעיין גם לפי ביאורו של הגרנ"ט שהבאתי באות קל"ו סק"ה).

ועכ"פ חזינן שהרא"ש הזכיר בתוך דבריו לשון של מכירה וקני' וכמו שעשו הרמב"ם והרמב"ן.

ולעיל בסק"א התעכבנו על לשון הרא"ש בהתשובה הנ"ל שכתב "אמרו חכמים".

קלח) ראיות מהגמרא והראשונים להצדדים הנ"ל.

הנה יש כמה נקודות בהגמ' והראשונים כאן שאפשר לתלות בהצדדים הנ"ל שהבאנו, ואע"פ שבכמה מקומות יש מקום לפקפק בהתליות שאכתוב, אבל בכל זאת כדי לעורר את לב המעיין לא אמנע מלכתוב מה שנראה לתלות בהשקפה הראשונה.

א. קושיית רבא מבכור ופשוט.

בגמרא אמרינן א"ל רבא לר"נ לדידך דאמרת לית דינא דגאא"ג, בכור ופשוט שהניח להם אביהן עבד ובהמה טמאה כיצד עושין, כלומר דלרב יהודה דס"ל דאית דינא דגאא"ג ניחא, ולכאורה מוכח מזה שגאא"ג הוא מן התורה, דהא אם הוא רק מדרבנן, א"כ גם לפי רב יהודה תיקשי על הדין דאורייתא דמה יעשו בכור ופשוט.

ב. מחלוקת הר"י והריצב"א בתד"ה אית וכו'.

תוס' בד"ה אית דינא דגאא"ג כתבו וז"ל, נראה לר"י דאפילו בדמים יקרים הרבה יכול לומר לו גאא"ג (וכתבו הראשונים שכן סובר גם רש"י כאן), ואין נראה לריצב"א וכו' עכ"ל.

והנה בדעת הריצב"א י"ל דס"ל דגאא"ג הרי הוא משום חלוקת החפץ כנגד מעותיו ומש"ה ס"ל שזה לא שייך אלא כנגד ערכו האמתי, משום שרק זה מיקרי חלוקה (ומה שכתב שאל"כ יצא קלקול בהציוור של חצר [עייין במהרש"א הביאור בזה], זהו רק בגדר הוכחה, אבל טעמו הוא משום דס"ל דהוי משום חלוקה וכהנ"ל).

גם י"ל כמו הצד שכתבנו לעיל שגאא"ג

הרי הוא דין מכירה ושרבנן הם שתיקנו שהוא יכול לכופו לעשות כן (אבל מן התורה הרי חבירו יכול לכופו להשאר שותף), דלפ"ז י"ל שרבנן תיקנו רק לפי ערכו האמתי (משום שאם לא כן יצא קלקול בחצר, ומש"ה תיקנו בדרך לא פלוג בכל הציוורים).

ועי' בשיעורו של הגרנ"ט כאן מה שכתב לבאר את המחלוקת שבין הר"י והריצב"א.

ג. המחלוקת שהביא הרי"ף כאן.

הנה הרי"ף כאן הביא שיש אומרים שלא אמרינן גאא"ג אלא היכא שיש ביכולת שניהם לקנות, דהיינו גם זה שתובע גאא"ג וגם הנתבע, דבעינן שגם הנתבע יהי' בעל מעות, ואילו הרי"ף עצמו סובר שסגי בזה שהתובע יכול לקנות (וכמו שמבואר דבר זה להדיא בגמרא שצריכים שהתובע יוכל לקנות), אבל אין אנו צריכים שגם להנתבע תהי' אפשרות לקנות, אלא כיון שהתובע מוכן לקנות הרי הוא יכול לתבוע את השני למכור. והנה אם גאא"ג הוא דין דאורייתא, דהיינו או משום חלוקה, או משום מכירה, ויש כח לכופו למכירה משום שכופין על מדת סדום א"נ משום שיש לו זכות להשתמש בחלקו א"נ משום שאינו חייב לעמוד בשותפות (וכמו שהבאנו כבר סברות אלו, ועיין בסוף אות קל"ז), א"כ לכאורה אין מובן הטעם של הדעה הראשונה, דלמה צריכים שגם הנתבע יוכל לקנות, הלא גם בלא זה יש כאן מציאות של חלוקה, וגם בלא זה שייך הטעם של כופין על מדת סדום ושאר הטעמים שהזכרנו, ובשלמא מה שצריכים שהתובע יוכל לקנות, זה ניחא, משום שאל"כ הרי יוצא שהוא מטיל

הוצאות על הנתבע, וזה אינו בדין, אבל למה צריכים שגם הנתבע יוכל לקנות, אבל אם הדין של גאא"ג הרי הוא רק תקנתא דרבנן א"כ שפיר י"ל שלא רצו רבנן לתקן אלא כשיש לשניהם הברירה לעשות את שני הדברים, וצ"ע.

ד. פירושו של הרשב"א בקושיית רבא לרב נחמן.

הנה בגמרא אמרין שא"ל רבא לרב נחמן לדידך דאמרת לית דינא דגוד או אגוד, בכור ופשוט שהניח להם אביהן עבד ובהמה טמאה כיצד עושין, וביאר הרשב"א שרבא סובר שא"א לעשות חלוקה לימים וכמו שהשיב רב נחמן כי חלוקת ימים לא מיקרי חלוקה כי לפעמים ירויח אחד יותר מהשני, וביאר הרשב"א שכוונת הגמרא במה שהביאה מחצי עבד חצי בן חורין היא להוכיח כר"ג שחלוקת ימים מיקרי שפיר בגדר חלוקה וכדחזינן התם שהם עושים חלוקת ימים, ודחינן דשאני התם שאין בכלל שום אפשרות לעשות גאא"ג כיון שאין שם שום אפשרות של גוד, ולכן בכה"ג גם רבא מודה שחלוקת ימים היא חלוקה, אבל היכא שיש אפשרות של גאא"ג, א"כ אפילו אם נאמר כר"ג שאין כופין לעשות גאא"ג אבל מ"מ מכיון שיש אפשרות במציאות של גאא"ג אין חלוקת ימים נחשבת חלוקה (וכ"ש אם נסבור כרב יהודה דאית ל"י דינא דגאא"ג), ומש"ה שפיר הקשה רבא לר"ג שלפי שיטתו שאין כופין לעשות גאא"ג מה יעשו בכור ופשוט, ור"ג סובר שגם במקום שיש אפשרות לעשות גאא"ג חלוקת ימים נחשבת חלוקה וממילא הרי הם עושים חלוקת ימים, עכ"ד

הרשב"א בביאור קצת (וביאירתי כן כדי שישאר גם לפי התירוף של הגמ' על ח"ע חב"ח שעדיין יש מקום לקושיית רבא לר"ג).

ולכאורה עדיין צריכים לבאר את סברת רבא והיינו משום שמכיון שבעצם גם רבא סובר שיש מקום לחלוקת ימים וכדחזינן בחצי עבד חצי בן חורין, א"כ למה ס"ל שהיכא שיש אפשרות לעשות גאא"ג, שוב לא מיקרי חלוקת ימים בגדר חלוקה. ולכאורה מוכח מזה דס"ל לרבא שגאא"ג הרי הוא מדין חלוקה, ולכן שפיר י"ל שחלוקה זו עדיפא מחלוקת ימים (או משום שחלוקת ימים הרי היא רק בגדר חלוקת הגוף לפירות, או משום שבחלוקת ימים יש ימים שבכלל אינו עומד בחלקו), ושהיכא ששייך במציאות לעשות גאא"ג לא מיקרי חלוקת ימים בגדר חלוקה מעלייתא, אבל אם גאא"ג הוא מדין מכירה א"כ בודאי שהדין נותן שחלוקת ימים תיחשב חלוקה במקום מכירה, וא"כ מוכח שרבא סובר שגאא"ג מהני מדין חלוקה ולכן ס"ל שהיכא ששייך גאא"ג לא מיקרי חלוקת ימים בגדר חלוקה מעלייתא.

מיהו אכתי צ"ע מה מקשה רבא על רב נחמן הלא לפי רב נחמן דלית ל"י דינא דגאא"ג הרי יוצא שגאא"ג אינו מיקרי בגדר חלוקה, ומה ל"י בזה שאפשר לעשות כן במציאות הלא בכל זאת אינו נקרא חלוקה, וא"כ מאי מקשה רבא על רב נחמן הלא ה"ל לו לרבא להבין שלפי ר"ג שפיר אפשר לעשות חלוקת ימים וכמו שרבא עצמו סובר בחצי עבד חצי בן חורין, ומאי איכפת לן בזה שיש אפשרות של גאא"ג כיון שאין כופין על זה.

בסי' קע"א סעיף י' הביא ב' דעות בנוגע לאם פסקינן כת"ק או כרשב"ג ואילו בסעיף י"ב סתם כמסקנת הרמב"ן הנ"ל בחצר של ג"א, ולכאורה מוכח מזה דס"ל להמחבר שגאא"ג הרי הוא משום מכירה, דהא אם הוא משום חלוקה, הלא לא שייכא חלוקה בכה"ג לפי רשב"ג וכמו שביארנו, אבל אם גאא"ג הרי הוא משום מכירה, אז ניחא דינו של הרמב"ן, משום שאז יוצא שאין כאן שום מתנה, דהא כשאדם קונה דבר שאינו ראוי לשימוש בודאי אין זה נקרא שנתן להמוכר מתנה, וצ"ע.

ו. דינו של הר"י מיגש בשדה.

הרא"ש כאן בסי' נ"א כתב וז"ל, וכן כתב (הר"י מיגש) דדינא דגאא"ג אין בשדה, וזו היא סברתו דדוקא בדבר שמשמשין בו בשותפות כגון בית דירה ומרחץ ובית הבד וטלית ושובך ואין נוח להשתמש בשותפות עם חבריו יכול לומר גאא"ג, אבל בשדה אפשר לעובדה בשותפות או למוסרה לאריס, ואין דבריו נראין לי בזה עכ"ל. הרי דפליגי הרא"ש והר"י מיגש בציוור שיש אפשרות להשתמש ביחד, האם אומרים גאא"ג, דהר"י מיגש סובר שבכה"ג אין אומרים גאא"ג. ולכאורה מוכח לומר שהר"י מיגש סובר שגאא"ג אינו חלוקה מעלייתא מן התורה, דהא אם הויה חלוקה מעלייתא מן התורה, מאי איכפת לן בזה שהוא ראוי לשימוש ביחד, דמאי שנא מכל דבר שיש בו כדי חלוקה לזה ולזה דיכול אחד מהם לכוף לחלוקה אע"פ שהוא ראוי לתשמיש ביחד, וכן אם נאמר שהוא מדין מכירה מטעם שאינו חייב להשאר בתוך השותפות הדין נותן שגאא"ג עדיף מתשמיש ביחד, וא"כ בע"כ צ"ל דס"ל להר"י מיגש שגאא"ג הרי

ה. דינו של הרמב"ן היכא שכל החפץ אינו ראוי לשימוש אפילו לאחד מהם. הנה הרמב"ן בד"ה וגוד וכו' חקר באם אמרינן גאא"ג בחצר שיש בו רק ג' אמות, דמצד אחד י"ל שבכה"ג לא אמרינן גאא"ג כי גם ע"י גאא"ג לא יגיע לו חלק הראוי לשימוש, אבל מצד שני י"ל ששפיר אמרינן גאא"ג כיון שגם השתא אין בו כשיעור ולא חזי לשימוש, והסיק הרמב"ן ששפיר אמרינן בכה"ג גאא"ג. והנה יש לעיין במסקנת הרמב"ן למה אמרינן בכה"ג גאא"ג לפי הצד שגאא"ג הרי הוא משום חלוקת החפץ כנגד מעות, דהא אכתי יוצא שחלק אחד, דהיינו החפץ, אין בו כדי חלוקה, ונהי שהחלק של מעות ראוי הוא לשימוש אבל החלק של החפץ אינו ראוי, וא"כ איך הוא יכול לכופו לעשות חלוקה כזו, הלא כמו שאינו יכול לכופו לחלקו לחלקים של אמה ומחצה, ה"ה שאינו בדין שיכוף אותו לחלקו כנגד מעות כיון שהג' אמות אין בהן כדי חלוקה וא"כ בע"כ צ"ל דהוי מדין מכירה.

איברא לכאורה הי' אפשר לומר שלעולם הרי הוא מדין חלוקה, רק שבכל זאת הרי הוא שפיר יכול לכופו, כי הרי הוא נותן לו ברירה לקחת את המעות, וא"כ הרי הוא נותן לו ברירה לקחת חלק שיש בו שפיר כדי חלוקה. ברם אין זה פשוט, כי לפ"ז יוצא שהוא אומר לו קח אתה במתנה מעלה זו שהמעות הן ראויות לשימוש או תן לי במתנה מעלה זו, וא"כ לפי רשב"ג הרי השני יכול לומר שהוא חושש לשונא מתנות יחי', וגאא"ג לא נאמר אלא היכא שהחפץ והדמים הרי הם על אותה מדריגה. ברם אולי י"ל שהרמב"ן פוסק כת"ק שאינו חושש כאן לשונא מתנות. מיהו המחבר

הוא בגדר כפי' למכור משום שזה נהנה וזה לא חסר, א"נ הרי הוא תקנה דרבנן של מכירה או של חלוקה, דלפי טעמים אלו שפיר י"ל שבדבר שאפשר להשתמש בו ביחד לא אמרינן גאא"ג כי לא שייך בכה"ג טעמא דזה נהנה וזל"ח כי הרי הוא יכול ליהנות ע"י שיעבדו בשותפות או ימסרנה לאריס, וכן אין שום סיבה שחכמים יתקנו מכירה או חלוקה.

איברא הרי מצינו שהשתמשות יחד עדיפא מחלוקה לימים וכמו שנביא להלן, הרי שהשתמשות יחד עדיפא מסוג גרוע של חלוקה (ולקמן נקשה באמת על זה), וא"כ לפ"ז אכתי י"ל שגאא"ג הרי הוא מדין חלוקה, רק שמכיון דהוי סוג גרוע של חלוקה מש"ה ס"ל להר"י מיגש שהשתמשות יחד עדיף.

ודברי האבן האזל שהבאנו לעיל באות קל"ו סק"ד נראים כהר"י מיגש. ועי' בלשון התשובת הרא"ש שהבאנו באות קל"ז סק"ב (והאבן האזל שם קאי על דברי הרא"ש בתשובה).

וע"ע בדברי הר"י מיגש שנביא בסקי"ג.

ז. הרשב"ם והרמ"ה לקמן בדף קכ"ו. לקמן בדף קכ"ו פליגי אמוראי באם יש לבכור קודם חלוקה או לא, ופירש הרשב"ם שם שלכו"ע אין לפשוט קודם חלוקה. והקשה הרמ"ה שם באות צ"ד ד"ה כרם וכו' דאיך שייך לומר שאין לפשוט קודם חלוקה הלא לפ"ז איך אמרינן גאא"ג. ולכאורה מוכח שהרמ"ה סובר שגאא"ג הרי הוא משום מכירה דלפ"ז שפיר מקשה הרמ"ה איך יש לו כח למכור לפני חלוקה לפי הרשב"ם, אבל אם גאא"ג הרי הוא משום

חלוקה, מאי מקשה, הלא חלוקה בודאי הרי הם יכולים לעשות.

ח. דברי הריטב"א כאן בענין גאא"ג וגורל.

הנה לקמן בע"ב קס"ד להש"ס דאמרינן גאא"ג גם בשני חפצים שאינם ממין אחד וכגון הציור של תרתי אמהתא שם, והיינו דקס"ד שהאחד יכול לומר לחבירו קח אתה חפץ אחד ואני אקח את השני או איפכא. וכתב הריטב"א שם בד"ה דתנן וכו' דמוכח מזה שהס"ד סבר שחולקים שני מינים זה כנגד זה וכגון שדה כנגד כרם וכדומה ושזה מיקרי חלוקה מעלייתא. והקשה הריטב"א על זה דא"כ למה אין עושים גם חלוקת גורל על שדה כנגד כרם ועי"ש בתירוץ, ועכ"פ מבואר מדבריו דס"ל שגאא"ג הרי הוא משום חלוקה ולא משום מכירה.

ט. דברי השלטי הגבורים בענין יתומים.

השה"ג הביא בשם רב האי גאון שאם מת האב והניח יתומים קטנים וגדולים ב"ד מעמידים להם אפוטרופוס ועושינן גאא"ג, ושהרא"ש בתשובה כתב שביתומים לא אמרינן גאא"ג כי אפוטרופוס אינו יכול למכור בנכסי יתומים. ולכאורה נראה מדברי הרא"ש שגאא"ג הוא מכירה ולא חלוקה (ועיין באות קל"ז סק"ב).

י. מחלוקת הב"ח והש"ך.

הב"ח בסי' קע"א סובר שהיכא שיש לאחד מן השותפין חלק שאין בו כדי חלוקה, ואילו החלק של השני יש בו כדי חלוקה, אין הראשון יכול לומר גאא"ג, והש"ך בסקי"א חולק עליו וסובר שהוא

יב. תרתי אמהתא.

הנה בגמרא מבואר שבשני מינים, כגון שתי אמהות שאחת יודעת לבשל ואחת יודעת לתפור, לא אמרינן גאא"ג, ואין אחד יכול לומר לחבירו קח אתה אחת ואני השני' או אני אקח את השני' ואתה את הראשונה, וכתב הבעל המאור דהיינו רק בציוור שהם שני מינים וגם אין דמיהם שוה, דבכה"ג אין אחד יכול לומר לחבירו קח אתה היקר ואני את הזול ותשלם לי את ההפרש או אני אקח את היקר ואשלם לך את ההפרש, אבל בשני מינים שדמיהם שוה, שפיר חולקים דבר כנגד דבר, וכן בשנים ממין אחד אע"פ שאין דמיהם שוה, כגון א' גדול וא' קטן, או א' עידית וא' בינונית, שפיר אמרינן גאא"ג, וכן דייק הרמב"ן מדברי רש"י בע"ב שם בד"ה חולקין וכו' שבשני מינים שפיר חולקים דבר כנגד דבר אם דמיהם שוה (מיהו הפני שלמה כתב שרש"י סובר כן רק לפי הס"ד של הגמרא שם אבל לפי המסקנא לא אמרינן בכה"ג גאא"ג, ועיין במה שכתב על דברי הבעל המאור). והרמב"ן במלחמות ובחידושי חולק על שיטה זו והרי הוא סובר שאינו יכול לכופו בהני גווני, וביאר הרמב"ן דהיינו משום שאין אומרים לאדם גם לקנות וגם למכור אלא רק או לקנות או למכור, ולכאורה דבריו מובנים רק אם נאמר שגאא"ג הרי הוא משום תקנה דרבנן של מכירה, אבל אם הוא משום חלוקה א"כ אין כאן מכירה כלל, וכן אם הוה משום מכירה רק שיש סיבה דאורייתא למה יש בכחו לכופו למכירה, א"כ הסברא נותנת שהוא יכול להכריחו גם למכור וגם לקנות, וא"כ בע"כ צ"ל דס"ל להרמב"ן דהוי רק מדרבנן ומטעם מכירה אשר לפ"ז שפיר י"ל

שפיר יכול לומר גאא"ג. ובספר משנת רבי אהרן עמוד י' (באות י"ד) ביאר שסברת הב"ח הוא שיסוד הטענה של גאא"ג הוא זכות מסוים שיש להשותף לתבוע מהשני תקן את חלקי או תן לי לתקן את חלקך, ולכן היכא שחלקו של השני הוא כבר מתוקן משום שיש בו כדי חלוקה אינו מחויב לקבל טענת גאא"ג, ולא סגי בזה לחוד שהראשון אינו רוצה להיות שותף עמו. ולפ"ז א"א לומר שגאא"ג הרי הוא משום חלוקה, וכן א"א לומר שהוא משום זה נהנה וזה לא חסר, וכן א"א לומר שהוא משום שיש לו זכות להשתמש בחלקו, או זכות לא להשאר שותף, כי לפי כל זה לכאורה אין סברא לומר כדינו של הב"ח, וא"כ לפי הב"ח בע"כ צ"ל באמת כדברי הגרא"ק שטעמא דגאא"ג הרי הוא משום שמעיקר זכותי שותף הוא שיוכל לטעון או אתקן חלקך או תקן את חלקי (א"נ שרבנן תיקנו כן).

ועיי"ש שהוכיח הגרא"ק שהרמב"ן במלחמות בפרק שנים אוחזין סובר כהב"ח.

יא. דינו של הראב"ד.

השט"מ בע"ב בד"ה הא דתניא וכו' הביא בשם הראב"ד בזה"ל, והיכא דא"ל טול אתה שיעור, בדמים או בחנם, ואני פחות (כלומר שבשדה של ד' אמות, אמר לו תקח אתה ד' אמות ואני שלש ותשלם לי בשביל האמה היתירה [או תקחנה בחנם]) או אטול אני כשיעור ואתה פחות, כתב הראב"ד ז"ל מסתברא דהיינו דינא דגוד או אגוד משום דא"ל חד לחברי' או תקן אותי או אתקן אותך אבל שנהי' שנינו מקולקלים לא עכ"ל, ועי' בהגרנ"ט בריש עמוד ע' מה שדייק מדבריו.

שבכה"ג לא תיקנו (וע"ע בהחלק האחרון של שיעורו של הגרנ"ט על גאא"ג). והנה להרא"ש יש שיטה אחרת בנוגע להנ"ל, והיינו שבב' מינים לא אמרינן גאא"ג, אבל במין אחד שפיר יכול לכופו אפילו אם אין דמיהן שוים. וצ"ל דקאזיל משום חלוקה וס"ל דנהי שכשיש כדי חלוקה בכל אחת אין חולקים שדה כנגד שדה כשאחת היא עידית ואחת בינונית, אבל כשאין בהן כדי חלוקה, ואין ברירה אחרת, אז שפיר נחשב שדה כנגד שדה בגדר חלוקה אבל לא מין אחד כנגד מין שני (אבל אם ס"ל להרא"ש שגאא"ג הרי הוא משום מכירה וס"ל שכופין אותו גם למכור וגם לקנות א"כ הה"נ לשני מינים).

יג. האם גאא"ג עדיף מלהשכיר ולחלוק בשכר.

השט"מ כאן בסוף ע"א הביא את דברי הר"י מיגש שנסתפק בדבר העשוי לשכר ושותף אחד רוצה להשכיר ולחלוק בשכר והשותף השני תובע גאא"ג, הדין עם מי. והרשב"א בד"ה עשאן וכו' וכן הריטב"א בסד"ה ת"ש וכו' פסקו שגאא"ג עדיף דהא רב יהודה קאמר אית דינא דגאא"ג על כל הנשנה במשנתנו ובהמשנה תנן ג"כ מרחץ ובית הבד ואפילו עשאן לשכר עיי"ש (וע"ע בההוכחות שכתב הגר"א לדין זה בסי' קע"א סקכ"ט).

והנה אם נאמר שגאא"ג אינו מדין חלוקה אלא מדין מכירה משום שזה נהנה וזה לא חסר וכופין על מדת סדום א"כ לכאורה ליכא שום סברא לומר שגאא"ג עדיף משכירות שהוא בגדר השתמשות יחד, אבל אם נאמר שגאא"ג הרי הוא מדין

מכירה מטעם שאינו חייב להשאר בתוך השותפות, א"כ אז שפיר מסתבר לומר שגאא"ג עדיף מלהשכיר (וכן אם נאמר שהוא תקנת חכמים משום שכן נראה להם היושר, ג"כ י"ל דעדיף משכירות כדי שלא יהיו מוכרחים לעמוד בשותפות תמיד), וכן אם נאמר שגאא"ג הוא משום חלוקה, גם אז י"ל שגאא"ג עדיף משכירות, ושהוא יכול לתבוע חלוקה זו, וא"כ י"ל שהר"י מיגש מסתפק בהצדדים הנ"ל (ועיי'ן לעיל בסק"ו במה שכתבנו על דבריו בשדה). ועי' בסוף דברי הר"י מיגש שכתב וז"ל, כייפינן ל"י לנתבע למיגר או לאוגרי והדבר צ"ע עכ"ל.

יד. האם גאא"ג עדיף מחלוקת ימים.

הנה הרשב"א בד"ה עשאן וכו' כתב שלפי הצד שחלוקת ימים לא מיקרי חלוקה, וכמו שביאר שסובר רבא, אז גאא"ג עדיף מחלוקת ימים (וסיים שהר"י מיגש העלה את הדבר בספק. והמ"מ בפ"א מהל' שכנים ה"ב הביא מהר"י מיגש שגאא"ג עדיף מחלוקה לזמנים), ומשמע מדברי הרשב"א שאם חלוקת ימים היא שפיר בגדר חלוקה, וכמו שציידד לעיל לפסוק כרב נחמן, אז חלוקת ימים עדיפא מגאא"ג, וכ"כ לעיל בד"ה נמצא וכו'. וי"ל דהיינו משום דלא מיבעיא אם גאא"ג הוי בגדר מכירה דאז בודאי הרי הוא יכול לתבוע חלוקה, אלא אפילו אם גאא"ג מיקרי חלוקה, אבל מ"מ י"ל שחלוקה שהיא מיני' ובי' עדיפא מחלוקת החפץ כנגד דמיו.

והנה יש גם להמציא סברות לומר איפכא, דהיינו שגאא"ג עדיף מחלוקת ימים, והיינו שאם נאמר שגאא"ג הרי הוא בגדר חלוקה א"כ י"ל שחלוקת גאא"ג עדיף

זמנים, וכמו שביארנו כבר את הסברות לזה, אבל אינה עדיפא משכירות שהיא בגדר השתמשות יחד, כי השתמשות יחד, אפילו בדרך קלושה כשכירות עדיפא מחלוקה קלושה זו של גאא"ג (דוגמת מה שנביא להלן שלהשתמש ביחד או להשכיר עדיף מחלוקת זמנים). מיהו לפי הצד שהוא יכול לתבוע גאא"ג משום שאינו מחויב לעמוד בשותפות כל ימיו א"כ לכאורה אין מקום לומר ששכירות עדיפא מגאא"ג.

והנה הגר"א שם בסק"ט כתב להוכיח שגאא"ג עדיף מחלוקת זמנים מהא דפרכינן שבחצי עבד וחצי בן חורין למה לא אמרינן גאא"ג במקום לומר החלוקת זמנים של עובד את עצמו יום אחד ואת רבו יום אחד, הרי שגאא"ג עדיף מחלוקת זמנים עכ"ד.

קלט) בענין חלוקה לימים.

הנה בגמ' מסיק רב נחמן שבכור ופשוט שירשו עבד או בהמה טמאה הרי הם חולקים אותם לימים דהיינו שעובד בשביל הבכור ב' ימים ובשביל הפשוט יום אחד, וביאר הרשב"א שרבא שהקשה על רב נחמן הרי הוא סובר שחלוקת ימים אינה נקראת בגדר חלוקה וז"ל, שאין חלוקת ימים חלוקה כלל ואפילו בפשוט, שאין אחד מהם רוצה להתבטל ממלאכת עבדו או בהמתו יום אחד שמא תזדמן לו מלאכה באותו יום, וכל שכן בכור ופשוט שמלאכת הפשוט ברחוק זמן עכ"ל. ומבואר מדברי הרשב"א שהסברא לומר ששפיר יכולים לכוף לחלוק לימים הרי זה משום מיקרי בגדר חלוקה, אבל לא כתב שהוא משום דמיקרי דרך מסוים של השתמשות ביחד, וצ"ב מה היא מהותה של חלוקה זו. ויש כמה דרכים בזה.

מחלוקת ימים, והיינו משום שבחלוקת ימים לא יוכל לעמוד תמיד בחלקו מתי שירצה, משא"כ ע"י גאא"ג הרי יהי' לו תמיד או החפץ או המעות.

גם י"ל שחלוקת ימים אינה בגדר חלוקת הגוף לגמרי אלא הרי היא בגדר חלוקת הגוף לפירותיו משא"כ גאא"ג הרי הוא חלוקה לחלוטין על הגוף (נגד מעותיו) ומש"ה י"ל שגאא"ג עדיף. ועיין לקמן בהאות הבאה שהבאתי את דברי החת"ס בנוגע לשני הצדדים הנ"ל בענין מה הוא יסוד הדין של חלוקת ימים.

גם י"ל כהצד שיסוד הדין של גאא"ג הוא משום שאינו חייב לעמוד תמיד בשותפות נגד רצונו (א"נ שרבנן תיקנו כן משום שכך ה' נראה להם היושר) אשר לפ"ז הדין נותן שנוהג גאא"ג גם במקום חלוקת ימים אפילו אם נאמר שגאא"ג הרי הוא בגדר מכירה לפי הצד הזה ולא בגדר חלוקה.

ובדרכי משה סי' קע"א אות ג', וכן ברמ"א שם על השו"ע, כתב שמהטור שם נראה שגאא"ג עדיף משכירות ומחלוקת ימים, ושכן כתב המ"מ בשם הר"י מיגש (ועי' בההערה לעיל בסמוך), ושכן כתב הרשב"א בתשובה תתקנ"ו, וכתב הגר"א שהרשב"א כתב רק שגאא"ג עדיף מחלוקת זמנים אבל לא הזכיר אם עדיף משכירות (והר"י מיגש בשט"מ כאן נסתפק באם גאא"ג עדיף מלהשכיר כמו שהבאנו בסקי"ג וכן הביא המ"מ שם), הרי שיתכן שגאא"ג עדיף מחלוקת זמנים אבל אינו עדיף משכירות, ויש לבאר דהיינו משום שגאא"ג חשיב חלוקה וס"ל להרשב"א בהתשובה שם שחלוקה זו עדיפא מחלוקת

דהנה הר"ן בנדריים דף מ"ה ע"ב כתב שלפי ראב"י שם (דהלכתא כוותי) היכא שיש שני שותפין בדבר שאין בו כדי חלוקה, והסכימו ביניהם להתחלף בזמנים, א"כ בזמן שכל שותף משתמש בו הרי גוף החפץ נקראת לגמרי שלו באותה שעה לפי המ"ד שסובר שיש ברירה, ובציוור כגון זה גם אנן פסקינן שיש ברירה עכ"ד. הרי שחלוקת זמנים מיקרי חלוקת הגוף ממש, וכן ביאר החת"ס בחלק חו"מ תשובה קע"ט על פי דברי הר"ן הנ"ל,

וגם ביאר שלפי המ"ד שסובר שאין ברירה הרי זה כאילו לקח קנין פירות לאותו זמן, דהיינו שהגוף נשאר בשותפות רק שהם חולקים בפירות כפי הזמנים שהסכימו.

ועיין בחידושי הגרש"ש כאן בסי' ה' אות ב' שכתב דהוי חלוקה על הגוף לתשמישין לזמן, ולא הזכיר את דברי הר"ן בנדריים שם, וכן לא את הענין של ברירה.

וע"ע בר"ן בנדריים שם שהביא שהרמב"ן חולק עליו וסובר שגם בזמן ששותף אחד משתמש בו הרי זה מיקרי שהחפץ שייך כולו לזה וכולו לזה, וא"כ גם לפי הרמב"ן יוצא שבחלוקת זמנים אין כאן חלוקה על בעלות הגוף אלא חלוקת פירות לפי החת"ס או חלוקת הגוף רק לענין תשמישין לפי הגרש"ש.

והנה הרמב"ן בסוגיין בסד"ה בכור וכו' כתב שאם הם שותפין בדבר שאפשר להשתמש יחד בגופו, כגון בית הבד או מרחץ, אז השתמשות בגופו עדיף מחלוקת זמנים, ואין אחד מהם יכול לכוף את חבירו להתחלק בזמנים אם חבירו רוצה בהשתמשות יחד, וכן כתב הרמב"ם, וכן נפסק בטור ובשו"ע בסי' קע"א סעיף ח'

(ויש לפלפל בראיית הגר"א לזה שם בסקל"ה). מיהו לכאורה יש להעיר על הדין הזה דבשלמא אם חלוקת זמנים הרי היא בגדר חלוקת פירות, או חלוקת הגוף לתשמישין, אבל לא חלוקה ממש על כל בעלות הגוף, א"כ אז שפיר י"ל שלהשתמש שניהם תמיד עדיף מחלוקת זמנים, אבל אם חלוקת זמנים מיקרי חלוקה ממש על כל בעלות הגוף וכמו שיוצא מדברי הר"ן בנדריים א"כ למה אין אחד מהם יכול לכוף את חבירו לעשות כן, שהרי הדין הוא ששותף יכול שפיר לכוף את חבירו לחלוק חלוקה גמורה, וא"כ למה אינו יכול לכוף לחלוק גם את החלוקה הזאת, וצע"ק.

והנה הראשונים בסוגיין חולקים בענין אם חלוקת זמנים עדיפא מלהשכירו ולחלוק בשכר או האם להשכירו ולחלוק בשכר עדיף, דעיין בריטב"א בד"ה רב נחמן וכו' שכתב שלהשכיר עדיף מחלוקת זמנים, והדרכי משה בסי' קע"א אות ג' כתב שכן נראה מהרמב"ם, ושכריב"ש יש חולקים על זה. ומלשון הטור בסי' קע"א משמע ששניהם הם על מדריגה אחת. ויש לומר שדבר זה תלוי הוא במה היא מהותה של חלוקת זמנים, והיינו דאם היא בגדר חלוקת בעלות הגוף ממש א"כ אז י"ל שזה עדיף משכירות שהיא רק השתמשות בעלמא (וכבר הערנו לעיל למה לפי צד זה השתמשות בגופה ממש עדיפא מחלוקת זמנים), וכן אם היא חלוקת הגוף לתשמישין, ג"כ יתכן לומר שהיא עדיפא משכירות, אבל אם חלוקת זמנים הרי היא רק סוג מסוים של השתמשות יחד וחלוקת פירות אז י"ל ששכירות עדיפא כיון שגם עי"ז שניהם משתמשים ואין אחד מהם

מסולק לזמן מסוים, ויש עוד לפלפל בתליות אלו כמובן.

דף ט"ו ע"א

קמ) חזקי' וסייעתו כתבו ספר ישעי' וכו', אנשי כנה"ג כתבו ספר יחזקאל ושנים עשר וכו'.

צ"ע מה היא הכוונה בכל זה, הלא כל הנבואות היו ידועות וזכורות, וא"כ מה הוא הנפ"מ מי העלה אותן על הכתב.

ולכאורה הי' אפשר לומר שאין הכוונה לגוף דברי הנבואה אלא הכוונה היא לפסוקים כגון חזון ישעי' בן אמוץ וגו' שאינם מגוף דברי הנבואה, וקמ"ל שחזקי' וסייעתו חיברו פסוקים אלו. מיהו לפ"ז יוצא שפסוקים אלו לא נכתבו מהנביא בכח נבואה אלא רק בכח רוח הקודש או סתם חכמה, וצ"ע אם ניתן לומר כן. ועוד דלשון "כתבו ספר ישעי'" משמע כולו, וא"כ הדרה קושייתנו הראשונה לדוכתה.

ונראה שלעולם גם אותם פסוקים היו מהנביא בכח נבואה, רק דעיין בברכות ה' ע"א ומגילה דף ז' ע"א דמבואר שהי' באמת חיוב להעלות את ספרי הנביאים על הכתב, וא"כ י"ל שכוונת הגמ' כאן היא לומר מי קיים את הדין הזה לכותבם, וגם בנוגע לחמשה חומשי תורה י"ל שהכוונה היא למי קיים את הדין של כתיבה וכמו שמבואר בגיטין דף ס' שהי' דין מסוים לכותבם.

ועכ"פ נראה שאין לפרש שהכוונה היא למי החיל על תורה נביאים וכתובים תורת דברים שבכתב, כי נראה שנביאים וכתובים

הרי הם באמת בגדר תורה שבעל פה (גם לאחר שנכתבו) כי זה ברור שנו"כ ניתנו למרע"ה יחד עם כל התורה, דהא לא ניתוסף כלום על התורה לאחר מתן תורה למרע"ה, וכן איתא להדיא בברכות דף ה' שניתנו למשה, וא"כ י"ל דחשיבי תורה שבעל פה מאחר שבאותה שעה ניתנו למרע"ה (ולכלל ישראל) בע"פ, ואע"פ שנצטוו אח"כ לכותבם כשבאו הנביאים, אבל מ"מ לא אמרינן שאח"כ נשתנו צורתם ונהיו תורה שבכתב, שהרי בודאי לא נשתנה כלום בצורת התורה לאחר מתן תורה, וא"כ בודאי שגם אחר כך היו נחשבים תורה שבעל פה, והרי הם דומים למשניות שאע"פ שנכתבו אבל בכל זאת הרי הם נשארים תורה שבעל פה.

וע"ע ברבינו בחיי בריש אבות שכתב וז"ל, שגם נביאים וכתובים נאמרו למשה בסניני אלא שלא ניתן רשות ליכתב עד שבאו נביאים שבדורות וכתבום ברוה"ק עכ"ל, וכעין זה איתא במחזור ויטרי, וע"ע בשט"מ בב"ק דף ב' ע"ב. ועי' בחידושי הגרי"ז על מנחות דף ל' בעמוד קנ"ט שכתב בשם הגר"ח שנביאים ניתנו להנביא כדי למוסרו לישראל בעל פה ולכותבו אח"כ, ואילו כתובים ניתנו כדי להכתב ולקרותם לכלל ישראל מתוך הכתב. מיהו גם לפ"ז נראה פשוט שגם כתובים הרי הם בעיקרם תורה שבעל פה כיון שעד אז היו קיימים בעל פה וכהנ"ל (ועל פי דברינו הנ"ל מבואר מש"כ תוס' בחד תירוצא בתמורה דף י"ד ע"ב שנביאים וכתובים מותר לאומרם בעל פה ולא שייך בהו האיסור של דברים שבכתב אי אתה רשאי לאומרם בעל פה, והיינו משום שהרי הם באמת בגדר דברים שבעל פה ולא בגדר דברים שבכתב. ומתוס' בב"ק

דף ג' ע"ב מבואר לכאורה שגם נביאים וכתובים אסור לומר בעל פה, ועי' בספרי שם באות מ"ז שהארכתי בביאור דבריהם, וגם הבאנו שם את דברי רבינו בחיי, וכן את דברי רבי צדוק הכהן בספר פרי צדיק, בענין אם נביאים וכתובים הם בגדר תורה שבעל פה. ועוד הבאתי בשם החו"י שי"ל שגם בב"ק שם מודים תוס' שמותר לומר נביאים וכתובים בעל פה).

ועל כל פנים כל זה הוא רק בנוגע לנו"כ אבל חמשה חומשי תורה היו נחשבים דברים שבכתב גם מקודם שהעלה אותם מרע"ה על הכתב והיינו משום שגם תחילת מסירתם לכלל ישראל בשעת מתן תורה היתה בצורת דברים שבכתב, שהרי כתב הרמב"ן בהקדמתו לפירושו על התורה שהיתה כתובה באש שחורה על גבי אש לבנה ומשה הי' כסופר המעתיק מספר קדום (וגם כשאמר לכלל ישראל בעל פה י"ל שאמר להם שכך כתוב בהספר תורה של אש).

והנה יש להקשות על זה ממה ששוב כתב הרמב"ן בזה"ל, אבל זה אמת וברור שכל התורה מבראשית עד לעיני כל ישראל מפיו של הקב"ה לאזניו של משה כענין שנאמר להלן מפיו יקרא אלי את כל הדברים האלה ואני כותב על הספר בדיו עכ"ל, הרי שניתנו גם בצורת דברים שבעל פה. מיהו י"ל שאמרה זו היתה רק למשה לחוד אבל כלל ישראל קיבלו רק דברים שבכתב וכהנ"ל. א"נ שבאמת מרע"ה לא העתיק ממש מהס"ת של אש אלא הקב"ה השמיע לו שכך וכך כתוב שם ומשה הי' כותב מפי הקב"ה וזוהי גם כוונתו במה שכתב בתחילת דבריו ש"משה הי' כסופר המעתיק, וגם לפ"ז יוצא שהמסירה היתה נקראת מסירה של דברים שבכתב.

והנה בנוגע למה שחילק הגר"ח בין נביאים לכתובים, ע"ע בהגרי"ז שם שר"ל שבחמשה חומשי תורה היו ב' הבחינות, והיינו שניתנו למרע"ה למוסרם לישראל בכתב, וגם ניתנו לו ללמדם לכלל ישראל בע"פ, כלומר ללמדם שכך כתוב בהספר תורה הכתוב וכהנ"ל שצורתם היתה תמיד דברים שבכתב (משא"כ הח' פסוקים האחרונים נאמרו לו רק להכתב לפי המ"ד ש"משה כתבם).

קמא) תד"ה פ"ה.

וז"ל, פירש הקונטרס דיחזקאל לא כתב ספרו לפי שהי' בחוץ לארץ, וקשה דהא ירמי' נמי בחוץ לארץ הי' שהלך למצרים ונתנבא שם כמה נבואות ולא מצינו שחזר יותר לארץ ישראל עכ"ל.

והנה השואל בנו"ב תניינא חלק או"ח סי' ק"ו הקשה שהרי רש"י בירמי' מ"ד י"ד כתב ששפיר חזר. והנו"ב השיב שם שנהי שחזר ממצרים אבל לא חזר לא"י כי אם לבבל, וכן הביא מסדר עולם פרק כ"ו. ברם באמת ראיתי שיש חילוקי גרסאות בדברי רש"י בירמיהו שם, דבדפוס אחד מצאתי כתוב שירמיהו חזר "לשם", כלומר לארץ ישראל, ובדפוס אחר מצאתי כתוב שחזר "משם" כלומר ממצרים. מיהו באמת רש"י בעצמו בקהלת י"ב סוף פסוק ו' הביא את תוכן דברי הסדר עולם שהביא הנו"ב, וגם בירמיהו שם כתב שכדבריו איתא בסדר עולם כמו שהעיר הנו"ב, וא"כ מוכח שכוונתו היא רק שחזר ממצרים (ועיין בשם הגדולים במערכת רש"י באות ב' שכתב שאין לפקפק בזה שפירש"י על נו"כ הרי הוא באמת מרש"י [חוץ מאיוב ודברי הימים]).

דף ט"ז ע"א

קמב) שהי' גוזל שדה יתומים ומשביחה ומחזירה להם.

התורת חיים כאן הקשה איך הותר לעשות כן, הלא אמרינן בב"מ דף ס"א ע"ב לא תגנובו על מנת לשלם כפל. ועיין בפני שלמה ובקובץ שיעורים כאן שכתבו לחלק בין ישראל לעכו"ם, וכ"כ הרמ"ה כאן, ועוד חילקו הפנ"ש והקו"ש בין גניבה לגזילה.

מיהו לפי מה שכתב הריטב"א לעיל בדף ה' ע"א בד"ה רוניא וכו' לק"מ דעיי"ש שכתב וז"ל, וא"ת הא אמרינן לא תגנובו ע"מ למיקט או על מנת לשלם, וי"ל דפירות אלו היו עומדין לשכר ודמיהן היו קצובין דבכה"ג שרי למישקל על מנת לפרוע דמיהן וכו', א"נ דבכה"ג שאינו עושה לצער חבירו אלא להוציא לאור שרי וכן עיקר עכ"ל, הרי שהיכא שהוא עושה כן בלי מחשבה רעה אלא לשם תכלית טובה שרי. מיהו מרש"י בב"מ שם בד"ה ע"מ לשלם כפל מבואר שגם בכה"ג אסור.

ובספר באר יעקב ביו"ד סי' קס"א תירץ שהאיסור לגנוב על מנת להחזיר הרי הוא רק מדרבנן (וכ"כ הלח"מ בריש הל' גניבה, וכ"כ הגר"ח מואלאזין בשו"ת חוט המשולש בסי' י"ז בד"ה ומה שכתב כת"ר וכו' על פי מה שנתן הרמב"ם טעם לדבר כדי שלא ירגיל עצמו לגנוב), וביתומים לטובתם לא גזרו. הרי שגם הוא כתב כהריטב"א אבל רק משום שהוא מדרבנן. והנה הפני שלמה כתב לחלק בין גניבה לגזילה כי הרמב"ם כתב שטעם הדבר למה

אסור לגנוב על מנת להחזיר הרי זה כדי שלא ירגיל את עצמו לגנוב וזה שייך רק בגניבה אבל לא בגזילה, וכוונתו היא כי גניבה היא בצינעה ולכן יש לחוש טפי שמא יתרגל. והקו"ש כתב לחלק כי י"ל שגם בעלמא לא ילפינן גזילה מגניבה. ושניהם לא הביאו את דברי הרמ"ה, וכן את דברי הב"ח בסי' שנ"ט שכתב להדיא לחלק בין גניבה לגזילה מטעמו של הפני שלמה.

והש"ך שם כתב שדברי הב"ח דחוקים. ועי' בריטב"א בב"מ דף ס"א שם שהקשה למה לא אמרו לא תגזול על מנת למיקט, ותי' "ואפשר דמגניבה אתיא", הרי דס"ל שגם בגזילה אסור. וכן מוכח מדבריו הנ"ל גבי רוניא שהי' ציור של גזילה.

ובסה"מ של הרמב"ם שהוציא לאור הגר"ח העליר בעמוד ק"ס ראיתי שכתב להוכיח לחלק בין גניבה לגזילה דהנה בב"ק דף ס' ע"ב הוכיחו בגמ' שאסור ליטול שיעורים על מנת לשלם עדשים מקרא דדברי קבלה דכתיב חבול ישיב רשע גזילה ישלם ולא הוכיחו מלא תגנובו על מנת לשלם כפל וא"כ מזה מוכח דהוא קאי רק על גניבה אבל לא על גזילה, ובגזילה הרי זה אסור מקרא דחבול ישיב רשע (ובהא כתב הרא"ש שם שאם התשלומין הם בעין ליכא איסור עיי"ש בב"ח ובש"ך).

ויש לעיין עוד דנהי שתירצו המחברים הנ"ל שבאיוב לא הי' אסור מצד לא תגנובו על מנת לשלם כפל כי הי' ציור של גזילה אבל אכתי למה לא הי' אסור משום הגמ' בב"ק דף ס' של חבול ישיב רשע גזילה ישלם דהא גם שם הי' לתכלית טובה. וי"ל דאיסור זה הוא רק כשבדעתו להחזיר דבר אחר וכגון התם בשעורים ועדשים אבל לא

היכא שאינו רוצה ליטלו לעצמו אלא להחזירו משובח כמו באיוב. מיהו אכתי צ"ע על הריטב"א כי הוא מתיר בהתי' השני לשם תועלת גם כשמשלם דמים (כדמשמע בתירומו הראשון), וא"כ בשעורין ועדשים בב"ק שם למה הי' אסור.

קמג) אברהם אפילו בדידי' לא איסתכל.

עיין במהרש"א שהקשה דהא אברהם קיים כל התורה כולה ואפילו עירוב תבשילין וא"כ איך עבר על מה שאסור לקדש אשה עד שיראנה, ועיי"ש מה שתי'. מיהו ראיתי בפיה"מ להרמב"ם על פרק ה' דאבות משנה י"ט שכתב שאברהם לא הסתכל בצורתה של שרה הסתכלות שלימה, וא"כ לק"מ כי לעולם י"ל ששפיר ראה אותה בדרך ראי' בעלמא. וע"ע ברמב"ן בבראשית כ"ו ה' שסובר שלא קיימו האבות את התורה אלא בארץ ישראל אבל לא בחוץ לארץ (והגור ארי' חולק), וגם לפי הרמב"ן לק"מ.

דף ט"ז ע"ב

קמד) אמר רבי יוחנן ה' עבירות עבר אותו רשע באותו היום.

א. ומסיים רבי יוחנן שבא על נערה המאורסה, והרג את הנפש, וכפר בעיקר, וכפר בתחיית המתים, ושט את הבכורה. והקשו תוס' דהלא לא נצטוו בני נח על נערה המאורסה, ותירצו בשם הר"י שאעפ"כ מכוער הדבר כמו ושט את הבכורה דהוי רק בגדר דבר מכוער אבל לא הי' מצווה עליו.

והנה הא דלא כתבו תוס' גם על זה שכפר בעיקר שהוא רק דבר מכוער, הרי זה משום דס"ל שדבר זה הרי הוא בכלל האיסור של עבודה זרה שנצטוו עליו בני נח, ואע"פ שבזה שכפר בהקב"ה עדיין לא עבד עבודה זרה אבל הרי זה לכל הפחות בגדר אביזרייהו דעבודה זרה (והעירוני שיש לעיין עוד אם שייך לומר דהוי בכלל מגדף). מיהו צ"ע אמאי לא כתבו גם על מה שכפר בתחיית המתים דהוי רק דבר מכוער שהרי לא מצינו שנצטוו בני נח להאמין בתחייה"מ. ועיין בספרי על סנהדרין בהקונטרס בענין עיקרי הדת (שלפני פרק חלק) באות ב'.

ב. ובאמת יש לעיין בעיקר כוונת רבי יוחנן כמה שאמר שכפר בתחיית המתים, דהא פשיטא שאם כפר בעיקר הוא הדין שנכללת בזה גם כפירה בתחייה"מ, דהא מי יחי' את המתים אם לא הקב"ה, ועוד דע"י שכפר בהקב"ה ה"ה שכפר בהשגחה פרטית ובכח נבואה וכל שאר הדברים התלויים במציאות הא-ל, וא"כ מה הוא הרבותא לומר שכפר בתחיית המתים.

ובאמת לפי סדר הדרשות שהביא רבי יוחנן הי' אפשר לומר שכפר בתחייה"מ לפני שכפר בעיקר, אשר לפ"ז שפיר יש למנות לחודי' את מה שכפר בתחיית המתים, דהנה בתחילה אמר עשו הנה אנוכי הולך למות, ורק אח"כ אמר למה זה לי בכורה (דדרשינן מהמלה "זה" שכפר בעיקר), וא"כ הי' אפשר לומר שבתחילה כפר רק בתחייה"מ ורק אח"כ כפר בעיקר, אלא שחזינן שרבי יוחנן עצמו הפך את הסדר והזכיר קודם שכפר בעיקר ורק אח"כ הזכיר שכפר בתחיית המתים, וא"כ צ"ע כהנ"ל.

ג. שו"ר ראיתי בספר משנת רבי אהרן, מאמרים ושיחות מוסר, בהמאמר "חינוך" באות ז', שביאר באריכות שמה שאמר רבי יוחנן כאן שעשו כפר בעיקר אין הכוונה לחוסר אמונה, אלא הכוונה היא לאי

התחשבות בהמציאות של הקב"ה, כי הדעת אינה סובלת שהכחיש עשו את מציאות הקב"ה, ועוד הוכיח כן ממה שאח"כ זעק זעקה גדולה ומרה על אבדון הברכות.

פרק לא יחפור

דף י"ז ע"א

קמה) בור שיח ומערה.

פירש"י וז"ל, בור עגול, שיח ארוך וקצר, מערה מקורה בקירו, נברכת הכובסים חופר חפירה מרובעת וכו' עכ"ל. הנה בב"ק דף נ' ע"ב איתא שגם מערה היא מרובעת ולא קצר וארוך, וכן הביא רבינו גרשום כאן, וצע"ק למה השמיט רש"י דבר זה, ובפרט מאחר שהזכיר כן בנברכת הכובסים. ועוד קשה למה השמיט מה שבור הוא "קטין" דגם זה מוזכר שם.

קמו) רש"י ד"ה אא"כ.

וז"ל, מפני שהחפירה הסמוכה לבור מחלשת כותלי הבור ומרפה אותן עכ"ל. צ"ב מה היא כוונתו בהנך תרי מילי דהיינו מחלשת ומרפה (וברש"י שבר"ף הושטמו המלים "ומרפה אותן"). ונראה שכוונת רש"י היא לומר שהחפירה מחלשת את כותל הבור ועושהו תיחוח באופן שהוא עלול ליפול פנימה לתוכו, וגם הרי היא מרפה אותו, כלומר שמה שהוא חופר בור סמוך לבורו של חבירו הרי הוא גורם שכותל בורו של חבירו עלול ליפול אחורה לתוך הבור של החופר ולשון מרפה הוא

כמו "הרף ממני" דגם כאן החפירה מרפה את כותלי הבור מהבור של חבירו.

ולפ"ז יש ליישב את קושיית הרשב"א בע"ב על מאי דאמרינן שם שכל מרא ומרא מרפית ל"י לארעאי, דהקשה שמכיון שההיזק בא מזה שהקרקע מתרפה בשעת החפירה א"כ איך סיד מתקן דבר זה, הלא בכל זאת העפר שבין הבורות נעשה תיחוח ויפול בורו של חבירו פנימה (באופן שהי' מותר לחבירו לסמוך בלי לעשות סיד), ונשאר הרשב"א קשה, ואילו לפי הנ"ל אתי שפיר דהא מהני שלא יפול אחורה. איברא, אין זה מספיק דהא חזינן שמהצד של חבירו אינו צריך לסוד ואילו לפי הנ"ל הלא מכיון דבעינן סיד כדי שמה שכבר נתרפה לא יפול א"כ למה אינו צריך לסוד גם מצד חבירו.

ועיין בריטב"א שתירץ בשם הרא"ה בדרך אחרת וז"ל, והסיד הוא צריך לטעם החפירה (כלומר שהוא בא לסלק היזק החפירה ולא רק כדי לסלק את ההיזק של מתונא), להעמיד הקרקע שהרפה שלא יתרפה יותר עכ"ל, כלומר שבלי סיד תוסיף הקרקע להתרפות באופן שלא יועיל המרחק של ג' טפחים, ולפי דבריו תו לא קשה מה שהקשינו שיתחייב לסוד גם מצד חבירו כי י"ל שמה שהוא סד מצדו מועיל שכל העפר

לא יתרפה עוד וממילא הרי זה מועיל גם לענין שלא יפול פנימה לצד חבירו די"ל שלצורך זה מספיק בזה שהוא סד מצד אחד לחוד (וצ"ע). ועיין גם בפני שלמה כאן שתי את קושיית הרשב"א בדרך קרובה לדברי הריטב"א וז"ל, די"ל אף אם הוא מתרחק כשיעור, ולא מרפיי' עתה מרא דידי, מ"מ איכא למיחש דלאחר זמן יתרפה מחמת בור זה ולענין זה שפיר מהני סיד עכ"ל.

ברם אכתי לא מתיישבת בזה קושייתו השני' של הרשב"א שם, דעיי"ש שהקשה עוד איך אפשר לומר שאו סד בסיד קתני, הלא בודאי שסיד לברו לא יועיל נגד מה שכבר נתרפה שלא יפול פנימה, וכן העיר הפני שלמה. וכתב הפני שלמה ליישב שלפי הצד של או סד בסיד קתני נצטרך לומר באמת שההיזק הוא רק משום המים ולא משום מרפית לי' לארעא.

והמאירי כאן בסד"ה וכן וכו' כתב עוד יותר, והיינו דהיכא שההיזק הוא רק משום מרפית לארעא לא בעינן סיד כלל והא דבעינן גם סיד הרי זה בשביל מתונא כשיש מים, ודלא כמו שנקט הרשב"א ששפיר בעינן לי' גם בשביל מרפית לארעאי, ולקמן באות ק"ס נביא שהבית הלוי נקט כדרכו של המאירי בכיור דברי הרמב"ם עיי"ש. וע"ע בזה בתחילת האות הבאה.

קמז) תד"ה לא יחפור.

א. דברי תוס' שכשאין מים אין צריכים הרחקה ג'.

עיין בדבריהם שהקשו דבע"ב כאן אמרינן שההיזק הוא בזה שהחפירה מחלשת את הקרקע, ואילו בדף י"ט ע"א אמרינן

שהוא משום מתונא כלומר בליעת המים. ותירצו תוס' וז"ל, ואומר ר"י דלא קאמר אלא דמאותה שעה מתחיל ההיזק, וכיון שהתחלת ההיזק הוה גירי דילי', מודה רבי יוסי, ומיהו אי לאו משום מיא לא הי' צריך הרחקה ג' טפחים עכ"ל, כלומר שמקילים וסגי בהרחקה פחות מג"ט, אבל א"א לומר שמקילים וסגי רק בקצת סיד פחות ממה שרגיל. מיהו יתכן שהיינו רק לפי הצד של או סד בסיד קתני אבל לפי הצד של וסד בסיד קתני שפיר יש לומר דרך אחרת איך להקל כשאין בו מים והיינו שגם בכה"ג צריכים הרחקה ג' רק שאין צריכים סיד (ולעיל בהאות הקודמת הבאנו שכן סובר המאירי, והבית הלוי בדעת הרמב"ם).

מיהו החקירה הנ"ל בנוי' היא על ההנחה שכוונת תוס' היא לומר שהיכא שאין בו מים, שפיר צריכים שמירה מסוימת, רק שאין צריכים את כל השיעור המוזכר בתוך המשנה, וכן הבין הגר"א בסי' קנ"ה סקל"א את כוונת תוס', דעיין בב"י (בסוף אות י"ב שם) שהביא את דברי הרשב"א בתשובה שכתב שיש מפרשים שהמשנה איירי כשיש בו מים אבל היכא שאין בו מים צריכים לשאול את דעת הבקיאים בענין כמה להתרחק, והביאו הרמ"א, וציין הגר"א שם שכן מבואר גם בתוס' כאן.

מיהו ממה שהב"י עצמו לא הביא כן בשם תוס' אלא רק בשם הרשב"א משמע שהבין כמו שהבין החזו"א בסי' י"ג סק"ה בד"ה ודעת וכו' את כוונת תוס', והיינו שאם אין בו מים אין צריכים שום הרחקה כלל משום שאין הנזק של מרפית לארעא נחשב היזק חשוב אשר בכחו לחייב שמירה, וא"כ ה"ה שלפי הצד של וסד בסיד אין צריכים

כלום. ובאמת כן תירץ התוס' הרא"ש כאן על קושיית תוס' כי בלי מיא "לא חשיב כולי האי הזיקא" (הובא בשט"מ). מיהו הרשב"א כאן בד"ה פרק וכו' כתב בשם תוס' שאם לא משום מתונא לא הוי צריכים הרחקה כולי האי, ומשמע שהרחקה מסוימת שפיר היינו צריכים, וכדבריו בתשובותיו.

ועכ"פ יש לעיין בדרכו של הב"י (והחזו"א) בדעת תוס', דמה בכך שאינו היזק חשוב, הלא אם הוה מיהא בגדר היזק, למה אינו חייב להתרחק (שהרי אסור להזיק אפילו פחות משהו פרוטה).

וי"ל דס"ל כהיסוד שנביא באות קנ"א מהקצה"ח והנתיח"מ שכל ההרחקות הנזכרות בנזקי שכנים אינן משום שהוא נחשב מזיק גמור שחייב להתרחק מדאורייתא, דהא מכיון שהוא עושה בתוך שלו וע"י ההרחקה יצטרך להפסיד את תשמישו מהמקום ההוא, אין עליו חיוב הרחקה מדאורייתא מדין מזיק, אלא כל ההרחקות הרי הן רק משום תקנה דרבנן שתיקנו בין השכנים, וא"כ לפ"ז שפיר י"ל שלא תיקנו אלא בהיזק חשוב.

מיהו מלשונו של החזו"א בסי' י"ד סקט"ז משמע דס"ל שבנזקי שכנים הרי הוא שפיר נחשב מזיק מדאורייתא משום הדין שגרמא בניזקין אסור, אע"פ שהוא עושה בתוך שלו בדרך שימוש, ואינו רק משום תקנה דרבנן, וע"ע בזה באות קנ"א סק"ב.

ועיין בחזו"א בסי' י"ג סק"ה בד"ה מיהו וכו' שהקשה על תוס' שסוברים שבלא מים אין צריך הרחקה ג', דמאי שנא מהא דצריך להרחיק את המחרישה מן הכותל ג' טפחים, דהא מוכח משם שאפילו בלא מים צריכים

הרחקת ג' טפחים. וציידד לחלק שם בין כותל חצר לכותל בור, והיינו שצריכים להרחיק את המחרישה רק מכותל בנין אבל לא מכותל בור, וכן מצאתי שכתב המאירי כאן בנוגע להמציעתא וכן בנוגע להסיפא (של מחרישה וזרעים ומי רגלים) שרק מכותל חצר צריכים להתרחק דברים אלו אבל לא מכותל בור (וע"ע בחזו"א שם בד"ה י"ט וכו' שדן בזה). מיהו עיין ברמ"ה באות כ"ה בסוף ד"ה וכו"ת הא שדה וכו' שכתב שמאי דתנן מרחיקין את הזרעים מן הכותל, כל כותל משמע, דהיינו גם כותל בור, תדע דאמרינן בגמרא שהטעם הוא מפני שמחלידין את הקרקע ומעלין עפר תיחוח, אלמא אירפויי מרפו לי' לארעא וכהיזיקא דמרא הוא עכ"ד.

עוד כתב החזו"א שם שיש לומר ששאני מחרישה שהוא בדרך כלל על שטח גדול וגם הרי הוא חורש כמה פעמים משא"כ בבור. ועי' גם בבית הלוי בח"ב סי' מ"ו אות ד' בד"ה הרמב"ם וכו' קרוב לסופו שהקשה כהנ"ל על תוס' ותי' ששאני מחרישה שהולך על פני כל השטח של אורך הכותל.

ב. דברי תוס' שגם להיזק של המים יש דין של גירי דילי'.

והנה תוס' כאן כתבו שגם להיזק של מים יש דין של גירי דילי' כיון שתחילת ההיזק דהיינו מה שכל מרא ומרא מרפית לארעא הרי הוא בגדר גירי דילי'. מיהו לפי שיטת הטור שנביא להלן באות קס"ו יש דרך מרווח יותר להסביר למה גם רבי יוסי חושש להיזק המים, והיינו משום שהבאנו שם שבספר משנת רבי אהרן הוכיח דס"ל להטור שמלבד ממה שרבי יוסי מחייב

הרחקה כשיש כאן גירי דילי' הרי הוא מחייב הרחקה גם כשממונו יזיק אחר כך בדרך ישיר (אע"פ שאינו נקרא שיש כאן גירי של הגברא), והרי זה נקרא גירי דמונו, וא"כ ה"ה שגם כאן י"ל דחשיב שהמים אח"כ מזיקים ע"י גירי ע"י התפשטותם, ומש"ה סובר רבי יוסי שחייבים להתרחק ג' טפחים דהיינו כדי שלא יהא כאן היזק של מים שהוא גירי דמונו.

ומתוס' רואים דלא ס"ל כהשיטה הנ"ל שהרי כתבו דחשיב גירי דילי' רק משום שההתחלה היתה ע"י כל מרא ומרא וכו' (מיהו אולי תוס' הוצרכו לזה להיכא שלא קנה את המים, עי' להלן בסק"ג), וכן הטור יצטרך לתרץ כהדרכים האחרים את קושיית תוס' כאן.

ג. דברי תוס' שהמשנה אזלה גם כר"י.

הנה שיטת תוס' כאן היא שאי לאו מתונא, לא הי' חייב להתרחק ג' טפחים, וגם טרחו להמציא סברא למה גם רבי יוסי מודה שהוא צריך להתרחק ג' טפחים משום מתונא (אע"פ שלכאורה היזיקא דמתונא אינו בגדר גירי דילי'), והסבירו דהיינו משום שסגי בזה שתחילת ההיזק היתה ע"י גירי דילי' דהיינו מה שכל מרא ומרא מרפית לארעא.

ונראה דהא דהוצרכו תוס' לומר שגם רבי יוסי מודה שצריכים להתרחק ג' טפחים, הרי זה לפי שיטתם בדף כ"ב ע"ב שכתבו בשם הר"ח שרבי יוסי מודה לכל ההרחקות של משנתנו. מיהו עיין לקמן באות קס"ט שנדון באם תוס' עצמם סוברים באמת כהר"ח או לא. ועוד דלכאורה א"א

לומר שתוס' כאן קיימי בשיטת הר"ח שכל מילי דמתניתין הרי הם בגדר גירי דילי', דהא לפי הר"ח פשיטא שההיזק של מתונא הרי זה בגדר גירי דילי' גם בלא זה שיש כאן התחלה של כל מרא ומרא מרפית לארעא, דהא חזינן שתני בתוך המשנה שמרחיקין את המי רגלים, והרי ההיזק של מי רגלים הוא משום מתונא, וא"כ אם תוס' אזלי לפי הר"ח למה הוצרכו תוס' לדחוק ששאני הכא שההתחלה היתה ע"י כל מרא ומרא וכו'. מיהו י"ל שתוס' רצו להמציא שגם אם יתאספו שם מי גשמים בלי מעשה מצדו הרי זה נקרא גירי דילי'. מיהו לפ"ז יוצא שכוונת תוס' היא לומר שצריכים את הטעם של כל מרא ומרא כדי לפעול שגם אם יתמלא אח"כ מים בדרך ממילא יצטרך להתרחק גם לפי רבי יוסי, וא"כ הי' להם לתוס' להדגיש שכוונתם היא שמה יתמלא מים בדרך ממילא אח"כ כיון שזהו עיקר התירוץ. ברם ביותר נראה לומר שלעולם תוס' לא אזלי כהר"ח רק שהוצרכו לומר שגם ר"י מודה כאן כי עי"ז מיושבת הסתירה בין מתונא למרפית לארעא. וע"ע באות קצ"ג.

ומעתה יש לעיין בדעת רש"י בענין אם מתניתין אתי גם לפי רבי יוסי, דהנה לקמן באות קמ"ח נבאר שמשמע מלשון רש"י כאן שבבור שיח ומערה סגי בהיזיקא דכל מרא ומרא וכו' לחוד כדי להצריך הרחקה של ג' טפחים, אבל באמת מים ונברכת הכובסין שאינן עמוקות כל כך בעינן דוקא מים (ואולי יש לדחות), ויש לעיין אם בלי מים אינו חייב להתרחק כלל משום שלא שייך בהן ההיזק של כל מרא ומרא כיון שאינן עמוקות, או האם הוא צריך להתרחק

שאינן עמוקות כל כך וכמש"כ תוס', וכבר צדדנו לומר כדרך זו בדעת רש"י. אולם באמת הרמב"ן בדף כ"ב שם אזיל לפי הר"ח שרבי יוסי מודה לכל ההרחקות של המשנה, וא"כ לכאורה צ"ל שהרמב"ן יפרש דאיירי מתניתין באופן שהוא עצמו הכניס לשם את המים ולא איירי במי גשמים (א"נ משום גירי דממוני' עי' לעיל בסק"ב).

ד. עוד תירוצים על הסתירה בין טעמא דמים לטעמא דכל מרא וכו'.

והנה בראשונים כאן איתא עוד תירוצים על הסתירה שהקשו תוס' בין טעמא דמתונא לבין טעמא דכל מרא וכו', דעיין בריטב"א בשם הרא"ה שכתב ששני הטעמים אמתיים הם, ושכל אחד מהם לחודי' סגי כדי לחייב הרחקה ג' טפחים וסיד, והיינו שחפירה אפילו בלי מים מחייבת הרחקה וסיד, וכן היכא שחבירו הרשה לו לחפור ואח"כ הרי הוא רוצה להכניס לשם מים בלי רשותו הרי הוא צריך הרחקה וסיד משום שגם מתונא לחוד מזיק.

והרמב"ן כאן וכן השט"מ בשם הר"ן כתבו שבבור שיח ומערה יש היזק מצד חלישות הקרקע אפילו בלי מים, אבל נברכת הכובסין ואמת המים איירי בהיזיקא דמים, ומשמע שאין בהן היזק מצד כל מרא ומרא וכו', ולכאורה הרי זה משום שאינן עמוקות כל כך וכמש"כ תוס' (***) וכבר דננו באם משמע כן מלשון רש"י כאן, וגם הבאנו כבר

*** והוסיף הר"ן דהא דאמרינן בדף י"ט שכל הרישא הוא משום מתונא, ומשמע שגם הבבא של בור שיח ומערה איירי במתונא, הכוונה היא שאפילו אם יהי' מים בתוך הבור שיח ומערה, בכל זאת סגי בהרחקה ג"ט ואין צריכים יותר.

קצת כפי ראות עיני המומחין. וע"ע בלשון רש"י דמשמע שהמים שבנברכת הכובסין הרי הן מי גשמים שנכנסו מאליהן, וכן בדבריו בדף י"ט ע"א ד"ה דקוו וקיימי מבואר שאמת מים הרי היא ממים חיים, הרי שגם אמת המים איירי באופן שנכנסו המים מאליהן, ומעתה אם נצרף לזה את מה שצדדנו בדעת רש"י שבאמת המים ובנברכת הכובסין ליכא בכלל משום היזיקא דכל מרא ומרא, אלא כל החיוב של הרחקה הרי הוא משום מתונא לחוד, א"כ יוצא שהחיוב של הרחקה באמת המים ונברכת הכובסין אינו משום דהוי בגדר גירי דילי' (*), ורבי יוסי יסבור שאין צריכים להתרחק, ומתניתין אזלא דלא כרבי יוסי (**), וזה אתי שפיר באמת לפי מה שכתב רש"י בדף כ"ב ע"ב שמילי טובא במשניות דפירקין אינם גירי דילי' ודלא כתוס' שם בשם הר"ח. ובאמת לפי רש"י בדף כ"ב שם יתכן שאפילו אם הי' מכניס בעצמו את המים, אכתי אינו בגדר גירי דילי', וכן י"ל שמי רגלים אינן בגדר גירי דילי'.

וע"ע ברמב"ן בדף כ"ב ע"ב בד"ה לימא וכו' שכתב שהיזיקא דבור שיח ומערה הרי הוא משום כל מרא ומרא וכו' והיזיקא דאמת המים ונברכת הכובסין הרי הוא משום מתונא, וכן כתב גם בריש פירקין כאן, ומשמע שאין בהם שום היזיקא מצד כל מרא ומרא וכו' ולכאורה הרי זה משום

(* משא"כ אם שייך היזיקא דכל מרא ומרא אפי' במקצת א"כ יוצא שההתחלה היתה גירי דילי' ואולי שייכת סברת תוס'.

(** מיהו עדיין יש לעיין מצד גירי דממונו, עי' לעיל בסק"ב.

את דברי הרמב"ן. ודבריהם משמשים כעוד תירוץ על הסתירה בין טעמא דמתונא לבין טעמא דכל מרא ומרא וכו', ובהגהות מהר"י בכרך בסוף המס' כתב את הדברים הנ"ל להדיא בתור תירוץ על הסתירה הנ"ל.

ועל דרך זה אבל בשינוי קצת תירץ גם הראב"ד בשט"מ בדף י"ט ע"א בד"ה הא וכו' דעיי"ש שהוא סובר שרק בור לחודי' מזיק בדרך חלישות הקרקע, והיינו משום שהוא עמוק יותר אפילו משיח, אבל כל האחרים, ואפילו שיח ומערה, צריכים מים דוקא. ועיין גם ברבינו גרשום כאן שהזכיר שבשיח יש מים ולא הזכיר כן בבור.

וע"ע בדרכו של הפני שלמה כאן, ובדברי המאירי שהבאנו בסוף אות קמ"ו.

קמח) אמת המים ונברכת הכובסין.

עיין בתוס' בד"ה לא וכו' שסוברים שכל הדברים שנזכרו בתוך המשנה יש בהם מים. ועוד כתבו שהחידוש של אמת המים ונברכת הכובסים הוא בזה שאע"פ שאינן עמוקות כל כך כמו בור שיח ומערה, בכל זאת הרי הוא צריך להתרחק. ועיין גם ברש"י שכתב שנברכת הכובסים הרי היא עמוקה אמה או יותר, וי"ל דכוונתו היא כתוס' שאינה עמוקה כל כך ושזהו החידוש שבה.

ונראה דהא דלא הגבילו תוס' את עומקן לאמה או יותר וכמו שכתב רש"י, הרי זה משום שתוס' אולי לשיטתם בב"ק דף ג' ע"א שסתם בור הוא עמוק הרבה ולא רק עמוק עשרה טפחים, אבל רש"י שם סובר שסתם בור הוא עמוק י' טפחים, ומש"ה הוצרך רש"י לומר שנברכת הכובסים הרי

היא עמוקה רק אמה או יותר (קצת). עוד נראה שרש"י חולק באמת על תוס', שהרי חזינן שרק בנברכת הכובסים הזכיר רש"י שיש בה מים, אבל לא הזכיר כן בבור שיח ומערה, וא"כ י"ל דס"ל שמכיון שאמת המים ונברכת הכובסים אינן עמוקות כל כך כמו בור שיח ומערה, מש"ה אינו צריך להתרחק אלא כשיש בהן מים, משא"כ בבור שיח ומערה הרי הוא צריך להתרחק ג' טפחים אפילו אם אין בהן מים ודלא כתוס', וכבר הבאנו לעיל באות קמ"ז שכן סוברים הרמב"ן והר"ן. ועיין גם במהר"ם כאן בריש פירקין שכתב שרש"י חולק על דברי תוס' וסובר שבור שיח ומערה מיירי גם בלי מים.

מיהו אולי יש לדחות שרש"י בנברכת הכובסין נתכוין רק לבאר את המציאות מה זה נברכת הכובסים, ואין כוונתו לומר שבשביל דין המשנה צריכים שיהי' שם מים.

ולכאורה יש להוכיח שרש"י אינו סובר שטעם ההרחקה באמת המים ונברכת כובסים הרי הוא דוקא משום מים, שהרי בד"ה אא"כ וכו' כתב שטעם ההרחקה הרי הוא משום שחפירה מחלשת, ומשמע שכוונתו שם היא לכל הדברים שנזכרו בהמשנה.

מיהו בהגהות הר"י בכרך בסוף המסכתא מבואר להדיא בדעת רש"י כדברינו הנ"ל שבור שיח ומערה הוא בלי מים ומשום כל מרא ומרא וכו' ואמת המים ונברכת הכובסים הוא עם מים ומשום מתונא. ולפ"ז צ"ל שדברי רש"י הנ"ל בד"ה אא"כ וכו' קאי באמת רק על בור שיח ומערה.

וע"ע בלשון המהר"ם הנ"ל בריש פירקין.

קמט) שי' הרמב"ם שצריכים להתרחק בור גם מכותל חצר.

א. עיין ברמב"ם בפ"ט מהל' שכנים ה"א שכתב שצריך להרחיק את בורו מכותלו של חברו ג' טפחים וסד בסיד, ומשמע שמכותל בנין קאמר, והעיר הטור בסי' קנ"ה שזהו דלא כסוגיית הש"ס שמפרש שכוונת המשנה היא לכותל בורו. אלא שכתב הטור שכן מוכח מהא דחייבים להתרחק מי רגלים מכותל החצר, דכל שכן שצריכים להתרחק בור שיח ומערה דמזקי טפי (וכ"כ הראב"ד בשט"מ בדף י"ט ע"א דכן מוכח ממי רגלים, וכתב הראב"ד שגם כשאין מים בתוך הבור הרי הוא צריך להתרחק מכותל בנין של חברו משום שגם היזיקא דמרפית לארעא שייך בכותל בנין כדחזינן מהא דצריכים להרחיק את הזרעים משום שהם מחלידין את הקרקע, וכן הוכיח הראב"ד מהסוגיא של דווא לקמן בדף כ"ב).

מיהו התורת חיים לקמן בדף י"ט בסד"ה התם וכו' הקשה שאולי שאני מי רגלים משום חריפותם.

ועיין בדרישה באות י"ב שהביא את דברי המ"מ שכתב על דברי הרמב"ם שכן מתבאר בגמ' וביאר הדרישה שכוונת המ"מ היא שמקורו של הרמב"ם הרי הוא באמת מסוגיית הגמרא כאן, והיינו משום שהי' קשה לו להרמב"ם דנהי שהגמרא כאן תירצה למה תני "מכותלו" ולא תני "מבורו", אבל מ"מ אכתי נשאר קשה למה תני "כותלו" סתם ולא תני לשון של "מכותל בורו" (עיין בזה בשט"מ בד"ה וז"ל הראב"ד וכו' ובד"ה מכותל וכו' בשם הראב"ד והרר' יהונתן), וסובר הרמב"ם

שבא התנא לרמוז בזה שגם מכותל בנין בעינן הרחקה ג' טפחים וסד בסיד ולא רק מכותל בורו ומש"ה תני כותל סתם (וע"ע בסוף דברי הראב"ד בדף י"ט שם). ועוד כתב הדרישה שכל זה הוא בנוגע לשיטת המ"מ בדעת הרמב"ם אבל לפי הטור שלומד דין זה ממי רגלים א"כ באמת לא נצטרך סד בסיד כמו שאין צריכים במי רגלים (והש"ך תמה על דברי הדרישה שהרי גם בלא"ה הטור פוסק שאין צריכים וסד בסיד אפילו כשהוא סומך לכותל בורו של חברו משום שהוא פוסק כהצד של או סד בסיד ועיי"ש בקצה"ח בסק"ה מה שכתב ליישב), וכל זה הוא דלא כהב"י דמשמע מדבריו שהוא סובר שגם הרמב"ם לומד ממי רגלים והרישא איירי רק מכותל בורו, עכת"ד הדרישה.

והבית הלוי בח"ב סי' מ"ו סק"ג כתב שלפי הטור שלומד ממי רגלים א"כ בור שאין בו מים אין צריכים להתרחק, אע"פ שהטור סובר שמכותל בור שפיר צריכים להתרחק גם בור שאין בו מים. מיהו כבר הבאנו שהראב"ד בדף י"ט סובר שגם בור שאין בו מים צריכים להתרחק מכותל בנין ולמד כן מזרעים ודווא.

וע"ע בב"ח שם שכתב שאפילו לפי הטור שלומד ממי רגלים אבל בכל זאת אכתי צריכים סד בסיד כשהוא חופר סמוך לכותל בנין (ודלא כהדרישה), ואע"פ שבמי רגלים סגי בהרחקה לחוד, אבל בכל זאת חפירות אלו גריעי ממי רגלים. והבית הלוי שם כתב שגם מהב"י משמע דס"ל שהטור עצמו מסכים עם הרמב"ם שצריך גם לסוד בסיד, אלא שהסיק הבית הלוי כדרכו של הדרישה

פתח בבור וסיים בכותל דאע"ג דדין הכותל
 שוה לדין הבור וכו' עכ"ל, וזהו כדעת
 הרמב"ם.

ב. והנה לקמן באות קנ"ג נדון באריכות
 בענין מה שצריכים ו' טפחים בין הבורות,
 האם הוא משום שחפירת הבור מזקת באמת
 עד מרחק של ו' טפחים, או האם לעולם
 חפירת בור מזקת רק עד ג' טפחים, רק דהא
 דבעינן ו' טפחים בין הבורות הרי זה כדי
 שלא יזיק כל אחד את כותל בורו של חברו.
 ולכאורה משיטת הרמב"ם הנ"ל מוכח כהצד
 השני, דהא חזינן מדבריו שהוא צריך
 להתרחק מכותל בנין רק ג' טפחים ולא ו'
 טפחים, ואם חפירת בור מזקת עד ו'
 טפחים, א"כ למה אינו צריך להתרחק ו'
 טפחים. מיהו אולי יש לדחות שאע"פ
 שחפירת בור מזקת כותל בנין רק עד מרחק
 של ג' טפחים, אבל בכל זאת הרי היא מזקת
 בורו של חברו עד מרחק של ו' טפחים כיון
 שגם הבור של השני הוא בעומק.

שו"ר באבן האזל בפ"ט מהל' שכנים ה"י
 בד"ה והנה וכו' שהוכיח כהנ"ל בדרך אחרת
 וז"ל, והנה לפי מה שכתב הרמב"ם בה"א
 בדינא דלא יחפור, סתם כותל, דסובר
 הרמב"ם דמה דתנן מכותלו של חברו קאי
 בין על כותל בנין בין על כותל בור, א"כ
 ע"כ דהוא חד דינא, ודין הרחקה ג' טפחים
 גבי בור הוא ג"כ רק הרחקה מכותל הבור
 וכו' עכ"ל. מיהו אולי יש לדחות גם את זה
 ולומר שגם ממה שכללם התנא ביחד אין
 ראי' שיסוד הדין הוא הרחקה ג"ט מכותל
 בורו אלא לעולם יתכן שיסוד הדין הוא
 שצריכים ו' טפחים מחלל בורו, רק דכיון
 שעל פי רוב הרי זה יוצא ג' טפחים מכותל

שלפי הטור אין צריכים סד בסיד אפילו לפי
 הצד של וסד בסיד כיון שהוא לומד ממי
 רגלים, והראה שכן יש לדקדק מדברי הטור
 עצמו, אלא שתמה הבית הלוי על מה שפסק
 הטור בסעיף ט' בשם הרמ"ה שבמי רגלים
 בתוך גומא בעינן הרחקה ג' מכותל בנין של
 חברו וסד בסיד, דלכאורה לומד כן הרמ"ה
 מאמת המים, ועל זה הקשה הבית הלוי
 אמאי לא הביא הטור שם גם את דעת
 הרא"ש שפסק שאו סד בסיד קתני כמו
 שהביאה הטור במקום אחר שם (ועי' לעיל
 כאן בשם הש"ך), ועוד הקשה הבית הלוי
 דהא זה סותר את מה שיוצא לפי הטור
 שבבור הסמוך לכותל בנין אין צריכים סד
 בסיד אפי' להצד ש'וסד בסיד' קתני וכהנ"ל.
 וע"ע בפני שלמה כאן בד"ה כותל וכו'
 שהביא בשם השיטה שלא נודעה למי ראי'
 מדף י"ט לדינו של הרמב"ם. והחזו"א בסי'
 י"ג בתחילת סק"ה הוכיח כהרמב"ם מהא
 דס"ד להש"ס כאן שכוונת המשנה במה
 שאמרה עד שיתרחק מכותלו היא מכותל
 בנין. וכן כתב שם עוד הוכחה מדף י"ט ע"א
 הובאה לקמן באות קפ"ג. ובד"ה ויש עוד
 וכו' כתב את ההוכחה הנ"ל של השיטה
 שלא נודעה למי הובאה לקמן באות קפ"ד.
 גם עיין ביתר דברי החזו"א שם בד"ה מיהו
 וכו' שהעיר שלכאורה יש ללמוד את דינו
 של הרמב"ם ממחרישה, אלא שא"כ לא
 ניבעי סיד ודלא כהרמב"ם ששפיר צריכים
 סיד. ועיין גם בתורת חיים בדף י"ט בסד"ה
 התם וכו' שכתב שיש ללמוד ממחרישה
 ושלפ"ז אין צריכים סיד עיי"ש. ועוד כתב
 החזו"א שיש לחלק ששאני מחרישה שהוא
 חורש הרבה פעמים וכן על שטח גדול.
 והריטב"א כאן בד"ה גי' וכו' כתב וז"ל,

את ראייתו מרש"י, דהא י"ל שרש"י שם רק השתמש בלשון הגמרא עיי"ש.

קנא) בענין יסוד החיוב של הרחקת ניזקין.

א. דרכם של הקצה"ח והנתייה"מ.

עיינן בקצה"ח בסי' קנ"ה סקט"ז שהקשה איך מועלת חזקה בניזקין דמאי שנא מקרע כסותי על מנת לפטור שהוא יכול לחזור בו אפילו ממחילה מפורשת. ואפילו אם המזיק טוען שקנה ממנו, אבל מ"מ הרי אין כאן זכות חיובי של תשמיש בחצר חבירו אשר שייך לקנותו, אלא הרי המזיק משתמש בתוך שלו, רק שהוא מזיק לחבירו, וא"כ למה אין חבירו יכול לחזור בו. ותירץ דהא דחזקת ניזקין מהני הרי זה משום שהחזקה מראה שהוא סמך בהיתר (ע"י רצון הניזק), והיכא שהוא סמך בהיתר, שוב אינו חייב להתרחק, "דהכי הוי דינא דנזקי שכנים כיון שאינו מזיק בידים ממש", וכוונת הקצה"ח היא לומר שהטעם למה הוא חייב להתרחק את כל ההרחקות השנויות בפירקין אינו משום שהוא נחשב מזיק ממש מדאורייתא, אלא הרי הן רק בגדר תקנה דרבנן שתיקנו בין השכנים, והם אמרו שכיון שסמך בהיתר שוב אינו חייב להתרחק (והוסיף הקצה"ח שאפילו לפי השיטה שסוברת שסמך בהיתר לא מהני, אבל מ"מ היכא שסמך בהסכמת חבירו הרי זה שפיר מועיל אליבא דכו"ע, והכא הרי החזקה מראה שעשה כן בהסכמתו).

מיהו לא הבנתי טעם זה שכתב הקצה"ח "דאינו מזיק בידים ממש", דמה בכך, דהא בכל זאת גם גרמא בניזקין אסור מהתורה. ועיינן בנתייה"מ בסקי"ח שביאר ענין זה

בורו, מש"ה כללו התנא בחד לשון עם הרחקה מכותל בנינו, וכן כדי לאשמועינן שכותל בור הוא ג' (דהא גם אם כוונת התנא היא רק לכותל בורו לחוד ולא לכותל בנינו הרי ג"כ יוצא שכוונת התנא היא כהנ"ל לפי הצד שחפירת בור מזקת עד ו' טפחים).

והנה יש לעיין עוד למה סגי בהרחקת בור מכותל בנין בג' טפחים, דלמה אין צריכים ד"א, דהא חזינן שאם יש לחבירו כותל (חדש), אסור לו לסמוך כותל אחר בלי להתרחק ד"א בשביל דוושא, ומהא שיש תועלת של דוושא הרי יוצא שחפירה מזקת, וכעין זה הקשה הרמ"ה באות ל"ו דאמאי מרחיקין את המחרישה מכותלו של חבירו רק ג"ט, דלמה לא ניבעי ד"א כדחזינן לענין דוושא, ותירוצו שם אינו שייך גבי בור עיי"ש. ואולי י"ל שאין צריכים ד"א משום שהבור נמצא רק על שטח קטן, ולא לאורך כל הכותל, ובשטח קטן אין קפידא של דוושא כדאמרין בדף כ"ב לענין בא מן הצד. מיהו לפ"ז יוצא שאם הבור הוא לאורך כל הכותל יצטרך באמת להתרחק ד"א.

קנ) תד"ה וסד בסיד.

הנה הרשב"א בריש דף י"ט הביא שיש מיישבים את הגירסא שגורסת בהסיפא או סד בסיד, והיינו שי"ל ששאלת הגמרא היא איך לגרוס בהרישא, דהיינו וסד או או סד. והתורת חיים שם כתב עוד דרך בזה.

ועוד כתב התורת חיים שם שמרש"י שם בד"ה ליערבינהו וכו' משמע להדיא שהוא גורס בהסיפא או סד וכו'. מיהו לא הבנתי

בדרך אחרת, דעיי"ש שהקשה כמה קושיות, דהנה בתוך המשניות שבפירקין נישנו כמה דברים שהם בגדר האבות נזיקין של שור ואש, וא"כ למה מהני בהם חזקה וכי מהני חזקה לד' אבות נזיקין.

ועוד הקשה דמשמע שאם לא הרחיק, אלא הזיק, הרי הוא פטור מלשלם, וצ"ע למה מיפטר, הא הוי שור או אש (מיהו עיין ברמב"ן בסוף קונטרס דינא דגרמי שדן באמת בענין אם הוא פטור או חייב).

גם הקשה למה פוטר רבי יוסי היכא שאינו בגדר גירי דילי, הלא הוה בגדר הד' אבות נזיקין וכהנ"ל (וצ"ל בדברי הנתיחה"מ שם "רבי יוסי" במקום "רבנן" עיי"ש).

ועוד הקשה שבדף כ"ו ע"א על הא דפטרינן שם רקתא הקשו תוס' מאי שנא מאש, וצ"ע למה הקשו רק על רקתא ולא על הציורים האחרים שבפירקין שדומים לשור ואש וכהנ"ל.

ועוד הקשה על הגמ' שם שמקשה על רקתא מהמשנה של גץ היוצא מתחת הפטיש, למה לא הקשו מעיקר המזיק של אש.

ותירץ הנתיחה"מ דהכא מעיקר הדין אינו חייב משום מזיק, ואין עליו שום חיוב להתרחק, והיינו משום שהוא משתמש בתוך רשותו וע"י שיתרחק הרי יצטרך להפסיד לגמרי את התשמיש הזה בחלק של שדהו, ובכה"ג אין עליו חיוב מהתורה להתרחק כיון שחבירו יכול להתרחק (אבל אם לא הי' מוכרח להפסיד את תשמישו, אז שפיר הי' נחשב מזיק). ועוד ביאר שמ"מ בגץ ורקתא יש סברא לחייב כי "ניחא לי' למיזל ומכה בהם שילך לחוץ"

וע"ע בספר משנת רבי אהרן בעמוד פ' אות ה' וכן בברכת שמואל בסי' כ' סק"א

שכתבו כעין דרכו הנ"ל של הנתיחה"מ, דעיי"ש שכתבו דלא חשיב מזיק ממש כיון שהוא עושה בתוך שלו, ונראה שכוונתם היא כהנתיחה"מ דהוא עושה בתוך שלו וכדי לשמור מההיזק יצטרך להפסיד תשמישו, ואת זה אינו חייב לסבול מהתורה (כיון שהניזק יכול לשמור כמש"כ הנתיחה"מ). ועי' עוד בברכת שמואל בסי' י"ט בסוף סק"א מש"כ על קושיית תוס' מרקתא.

וע"ע במשנת רבי אהרן בעמוד צ"ה אות י' שר"ל שהראב"ד סובר דהוי באמת מזיק ממש מעיקר הדין. מיהו לפ"ז קשה מה הוא טעמו של רבי יוסי שפוטר מהרחקה כשאינו בגדר גירי דילי. וצ"ל דס"ל לרבי יוסי שכשאינו בגדר גירי דילי אין עליו שום חלות שם של מזיק, ודלא כהקצה"ח והמאירי שנביא לקמן שסוברים שגם גורם דגורם אסור. ברם אכתי קשה מהדברים שהם בכלל שור או אש וכקושיית הנתיחה"מ. ועכ"פ עיין בביאור הגר"א בסי' קנ"ה סק"ח דמבואר להדיא דס"ל דהוי בגדר מזיק גמור מהתורה, וכשיש ספק אם הוא חייב להתרחק או לא הרי זה נחשב ספיקא דאורייתא עיי"ש. וע"ע לעיל באות קמ"ז סק"א שהבאנו שגם החזו"א נוקט דהוי בגדר מזיק גמור. ולקמן באות ק"צ סק"ג נצדד שגם רבינו גרשום סובר דחשיב מזיק גמור מהתורה. והראוני שכן יוצא מפירושו של הר"ח בסנהדרין סוף דף ז' שפי' דלא כרש"י שם עיי"ש.

ב. הסוגיא בדף כ"ב.

והנה בדף כ"ב ע"ב תנן שמרחיקין את הסולם מן השוכך ד' אמות שלא תקפוץ נמי' מהסולם להשוכך ותזיק את היונים,

לדוכתה שאין לו רשות לעשות את התשמיש וחשיב מזיק ממש וחייב לשלם מדאורייתא. וע"ע בספרי על כ"ק בח"א אות ב' ופ"ה.

ד. עוד בסוגיית הגמ' בדף כ"ב.

והנה מעתה יש לעיין עוד בדברי הגמרא בדף כ"ב שם דמבואר שטעמו של רבי יוסי בגירי דילי' הוא משום שגרמא בניזקין אסור, דהנה שיטת הקצה"ח בסי' ל"ב סק"א היא שגם גורם דגורם אסור (אבל מ"מ פטור הוא אפילו מדיני שמים, וכעין דין זה הובא גם בשט"מ בב"ק דף ג"ו ע"א בד"ה וכתב בשם המאירי שיש דברים שאין עליהם חיוב תשלומין אפי' מדיני שמים ומ"מ איסורא איכא), וא"כ צ"ע דגם כשאין כאן גירי דילי' הרי איכא איסור.

וצ"ל שאין כוונת הגמרא שם לומר שכל היכא שטיב המעשה הוא על מדריגת איסור מזיק הרי הוא חייב להתרחק, אלא כוונת הגמרא היא רק שמכיון שרבי יוסי מקפיד על גירי דילי', א"כ בודאי שצריכים גם שטיב המעשה יהי' על מדריגת איסור מזיק, ולכן הקשה הגמרא מהא דס"ד שגרמא בניזקין פטור ומותר, ותירצה הגמרא שאע"פ שהוא פטור אבל מ"מ אכתי טיב המעשה הרי הוא שפיר על מדריגת איסור מזיק, אבל אין הכוונה שסגי באמת בזה לחוד שטיב המעשה הרי הוא על מדריגת איסור מזיק, אלא לעולם צריכים גם שיהי' בגדר גירי דילי'. ועיין גם בספר משנת רבי אהרן בעמוד פ"ז בד"ה והנראה בזה וכו' שביאר בדעת הנ"י שמצד טיב המעשה אפשר לחשבו מזיק גם כשאין כאן גירי דילי', ואפילו לפי רבי יוסי, רק שמכיון שנזקי שכנים אינם בגדר

ובגמרא אמרינן שגם רבי יוסי מודה לזה משום דחשיב גירי דילי', ושוב פרכינן דהלא הרי זה רק בגדר גרמא בניזקין, ומתצינן זאת אומרת שגרמא בניזקין אסור. ולכאורה משמע שלכה"פ לפי ר"י צריכים להתרחק רק כשיש האיסור דאורייתא של מזיק ודלא כהנתייה"מ (ובאמת מהתם הביא החזו"א בדבריו הנ"ל שציינו אליהם ראי' שיש בנזקי שכנים איסור של גרמא בניזקין).

מיהו יש לדחות שאין כוונת הגמרא לומר שבציור של נזקי שכנים גופא בעינן שיהי' קיים איסור של מזיק ושבלא"ה אין חיוב של הרחקה, אלא לעולם גם בלא איסור של מזיק יתכן לחייבו להתרחק מתקנת חכמים (וכמו שביאר הנתייה"מ שבאמת יש כאן סיבה לומר שלא שייך האיסור של מזיק), רק שכוונת הגמרא היא לומר שצריכים סוג מעשה כזה שבעלמא יש בו משום איסור מזיק, וכגון העמדת סולם, אבל לעולם הכא באמת אין איסור מזיק משום הטעם הצדדי של הנתייה"מ דהיינו משום שיצטרך להפסיד את תשמישו. מיהו פשטות משמעות דברי רש"י שם היא שגם בהיא גוונא דסולם יש כאן איסור של גרמא בניזקין עיי"ש.

ג. הסברא של השיטות שמחייבים אותו לשלם.

ועכ"פ יש לעיין דאם אינו נקרא מזיק א"כ מה הוא הטעם של אלו שמחייבים בתשלומין. ולכאורה י"ל שזה גופא הרי הוא חלק מהתקנה דרבנן שתיקנו בין השכנים. מיהו בספר משנת רבי אהרן בעמוד פ' כתב ביאור אחר והיינו שמאחר שתיקנו רבנן שהוא חייב להתרחק, א"כ מעתה הדרה

מזיק גמור, אלא תקנת חכמים וכמו שביארנו, א"כ בהא ס"ל לרבי יוסי שלא תיקנו להתרחק אלא כשיש כאן גירי דילי. ולמ"ד שנוקי שכנים הם דאורייתא צ"ל לפי רבי יוסי שגורם דגורם מותר וכמש"כ לעיל בסק"א.

ה. כהנ"ל, וכן הסוגיא בדף כ"ו.

והנה כבר הבאנו שהגמרא הקשה על המשנה של מרחיקין את הסולם, דהוי רק בגדר גרמא. ויש לעיין למה הקשה הגמרא כן דוקא על המשנה ההוא ולא על המשניות הקודמים (ועי' בתוס' שהקשו למה לא הקשו על דוושא).

ויש ליישב דהנה רש"י שם פירש שרבי יוסי מודה רק בהציור של סולם שהוא צריך להתרחק, אבל "במילי טובא" דמתניתין הרי הוא חולק וסובר שמותר לסמוך*), ומשניות דפירקין הן אליבא דרבנן, וא"כ לפי דבריו י"ל ששפיר לא הקשה הגמרא על המשניות הקודמות שגרמא בניזקין הן, די"ל שהגמרא הבינה שאם רבנן אוסרים אפילו כשאינו בגדר גירי דילי א"כ הה"נ שהם אוסרים אפילו אם טיב המעשה אינו על מדריגת איסור מזיק כלל, ולכן לא פריך מידי על רבנן, ולא פריך אלא על רבי יוסי וכמו שביארנו דמכיון שהוא מקפיד על גירי דילי א"כ בודאי שהוא מצריך ג"כ שטיב המעשה יהי' על מדריגת איסור מזיק (מיהו אכתי

יש להעיר דהא מרש"י יוצא שיש מיהא הני דאזלי שפיר כרבי יוסי כי הוו שפיר גירי דילי וא"כ אכתי הי' שייך להקשות על אותם דברים דהא גרמא נינהו. וע"ע בסק"ו).

מיהו זה נראה דוחק משום דמהיכא תיתי להחליט שמכיון שלא הצריכו רבנן גירי דילי דה"ה שלא הצריכו שטיב המעשה יהי' על מדריגת איסור.

מיהו לכאורה יש להביא רא"י שלפי רבנן אין צריכים שיהי' על מדריגת איסור מזיק מתוס' לקמן בדף כ"ו ע"א בד"ה מאי שנא וכו', דעיי"ש בגמרא שסובר רבינא שמה שהרוח מולכת את המוץ בשעת ניפוץ המוץ ומזיק, אין זה נחשב בגדר גירי דילי, והקשה מר בר רב אשי דמאי שנא מזורה ורוח מסייעתו דחייב משום מלאכת שבת, וכתבו תוס' שם שרבינא סובר ששאני שבת משום שמלאכת מחשבת אסרה תורה, אבל הכא הרי הוא רק בגדר גרמא, ולעולם גם מר בר רב אשי מודה לחילוק זה, ומש"ה הרי הוא פוטר מתשלומין, רק שבכל זאת הרי הוא מדמה לשבת לענין שיהי' חיוב הרחקה ושיהי' נחשב בגדר גירי דילי כיון שגרמא בניזקין אסור עכת"ד, ולכאורה אין דבריהם מובנים בדעת מר בר רב אשי, דאיך לומד מר בר רב אשי משבת דהוי על מדריגת גירי דילי, דהא כמו שאינו מדמה לענין תשלומין ה"ה שא"א לדמות לענין שיחשב גירי דילי, דהא גם לענין זה י"ל דשאני שבת שמלאכת מחשבת אסרה תורה אפילו אם אינו על מדריגת גירי דילי.

ונראה מדברי תוס' שהם מפרשים שלפי מר בר רב אשי "גירי דילי" הרי הוא

* כן היא לשון רש"י שם, ועיין במאירי כאן בסד"ה אמר המאירי וכו' שכתב וז"ל, וגדולי הרבנים (רש"י) סוברים בקצתם שאינם בכלל גירי וכו' עכ"ל. וברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי מבואר שלכה"פ כל הנך של המשנה הראשונה לא הוו גירי לפי רש"י.

מיגש שהוסיף שבאמת קושיית הגמרא שם היא גם על רבנן, וא"כ לפי פירושו יוצא שגם לפי רבנן קיים התירוץ שגרמא בניזקין אסור וצריכים שהמעשה יהי' לכה"פ על מדריגת איסור.

ו. עוד בדעת תוס' שרבי יוסי מודה בכל משניות דפירקין.

והנה תוס' ושאר הראשונים, חולקים על רש"י ומפרשים שבאמת רבי יוסי מודה בכל המשניות שבפירקין שהוא חייב להתרחק משום שכולם הם בגדר גירי דילי'***). ולפ"ז אכתי צ"ע למה לא הקשה הגמרא על כל המשניות דהא גרמא בניזקין הם. וצ"ל שסברה הגמרא שכל הציורים שנזכרו לפני המשנה של סולם הרי הם יותר מסתם גרמא והרי הם בגדר מזיק בידים ממש או גרמי או ממונו המזיק (וכבר דן בזה הרמב"ן בסוף קונטרס דינא דגרמי), ולכן לא הקשו אלא על המשנה של סולם משום שהציור של סולם הרי הוא רק בגדר גרמא בניזקין ומש"ה הקשו למה מחייבו רבי יוסי להתרחק, ועל זה תירצו שלעולם רבי יוסי אינו מקפיד על חיוב תשלומין אלא ה"ה דסגי בזה שגרמא בניזקין הרי הוא אסור.

חייבה התורה בשבת (אפילו אם נאמר שגורם דגורם מותר בניזקין. א"נ הרי הוא סובר שגורם דגורם אסור גבי ניזקין). ולקמן בהאות הבאה נביא דפליגי הראשונים בנוגע לסברת רבינא.

** מיהו אולי לא גרע ממיסאו עצה רעה.

*** ולקמן באות קס"ט נדון בענין אם הוא מודה באמת לכל המשניות שבפירקין או האם רק להמשניות שלפני ההוא דדף כ"ב ע"ב.

המדריגה של גרמא בניזקין אסור, ו"לאו גירי דילי'" הרי הוא המדריגה של גורם דגורם, וס"ל למר בר רב אשי שגורם דגורם מותר, ומש"ה שפיר הוכיח מר בר רב אשי משבת דחשיב גירי דילי', והיינו משום שאם אינו לכה"פ על מדריגת גירי דילי', דהיינו גרמא, אלא רק על מדריגת גורם דגורם שמותר, בודאי לא היתה התורה מחייבתו בשבת*), הרי שיוצא מדברי תוס' שם בדעת מר בר רב אשי שרבנן מחייבים בהרחקה אפילו כשאינו עובר על האיסור של גרמא. מיהו אולי לפי רבנן מודה מר בר"א שגורם דגורם אסור.

מיהו מה שצדדנו לומר שגורם דגורם מותר צ"ע מצד הסברא, דהא כבר כתב הרמ"ה כאן באות ק"ז שגרמא בניזקין אסור משום ואהבת לרעך כמוך, וא"כ גם גורם דגורם צריך להיות אסור מטעם זה, ובשלמא אם גרמא בניזקין אסור משום לפני עור לא תתן מכשול וכמו שכתב הרמ"ה שם גם דרך זה, א"כ שפיר יש לחלק ולומר שגורם דגורם אינו נקרא מספיק מעשה כדי להחשב נתינת מכשול**), אבל אם גרמא בניזקין אסור משום ואהבת לרעך כמוך, לכאורה א"א לחלק. וע"ע בקובץ שיעורים על דף כ"ב. ועיין בשט"מ בדף כ"ב ע"ב בשם הר"י

* ורבינא סובר שלגירי דילי' צריכים מעשה בידים ממש ולא סגי במדריגת גרמא, וא"כ שוב אין ראי' משבת משום שיתכן דהוי רק בגדר גרמא דהא גם לפ"ז אתי שפיר הא דחייבתו התורה בשבת.

א"נ שגם רבינא מודה שסגי לגירי דילי' במדריגת גרמא, רק שהוא סובר שאין ראי' משבת שע"י הרוח מיקרי שיש כאן מדריגת גרמא אלא לעולם י"ל שע"י הרוח יש כאן רק מדריגת גורם דגורם ובכל זאת

קנב) בענין מה מיקרי גירי דילי.

א. הנה בדף כ"ב ע"ב אמרין להדיא שיתכן שציור מסוים יחשב גירי דילי אע"פ שהוא בגדר גרמא בניזקין. מיהו יש דעה בראשונים בדף כ"ו ע"א שבאמת פליגי בזה רבינא ומר בר רב אשי ומרימר שם, דעיי"ש דס"ל למר בר רב אשי ומרימר שאע"פ שהרוח מוליכה את הרקתא, בכל זאת הרי זה חשיב בגדר גירי דילי, וזהו כמו הסוגיא בדף כ"ב שגם גרמא יכולה להחשב גירי דילי, אבל רבינא שם סובר שרקתא לא מיקרי גירי דילי, ויש דעה בראשונים שהוא חולק על הסוגיא שבדף כ"ב. מיהו תוס' שם כתבו שגם רבינא יכול להודות שגרמא כגון ההיא דדף כ"ב חשיב גירי דילי, ורק ברקתא סובר רבינא שאינו נחשב גירי דילי והיינו משום שע"י הרוח גרע וכמו שביארו שם*).

והנה רש"י בדף כ"ב ע"ב ודף כ"ה ע"ב פירש שגירי מיקרי כשבא מידו ממש כמו בחצים. מיהו אע"פ שזהו הפירוש של המלים "גירי דילי", אבל בכל זאת מר בר רב אשי סובר שה"ה שיש דין הרחקה גם על גרמות כאלו שדומים לגירי דילי, וכן בדף כ"ב ע"ב שם אמרין שמודה רב יוסי בגירי דילי ופרכינן דהא הוי גרמא ומתריצינן דגרמא בניזקין אסור, הרי שגם בגרמא שדומה לגירי סובר רבי יוסי שהוא צריך להתרחק.

ב. עיין באות קס"ו שהבאנו מחלוקת בענין אם רבי יוסי מחייב הרחקה גם כשממונו מזיק בדרך גירי או האם צריכים שההיזק תוכל להחשב בגדר גירי דגופו.

דף י"ז ע"ב

קנב) אביי אמר סומך.

הנה תוס' והראשונים כאן דנו בענין כמה צריך השני להתרחק כשיבא גם הוא לעשות בור, ומזה מוכח שהם סוברים שלפי אביי מותר להראשון להשאר שם אפילו לאחר שיעשה השני בור. מיהו יתכן שרק בב' בורות הרי זה כך, כיון שתרוייהו מזקי אהדדי, אבל כשסמך גפת וסלעים, ובא חבירו ובנה כותל, אשר בכה"ג רק בעל הגפת הוא בגדר מזיק, אכתי י"ל שהוא צריך להתרחק לאחר שהשני בונה כותל (וכן נביא להלן מהר"י מיגש). ועוד דיתכן שרק בכור אינו צריך להתרחק אח"כ משום שבאמת לא יתכן לתקן את ההיזק של מרפית לארעא וכמו שנראה מתוס' בד"ה מרחיקין וכו' וכמו שנבאר באות קס"ה. מיהו מדברי הרשב"א בהתשובה שהביא הב"י בסי' קנ"ה אות י"ב חזינן דס"ל ששפיר יתכן לתקן לכה"פ במקצת, שהרי כתב הרשב"א שם שהיכא שסמך בור באיסור הרי הוא חייב לסותמו. ובאמת מתוס' בד"ה מרחיקין וכו' יש ראי' רק

מיהו משבת לענין דלא נקרא כלו לו חציו ועליו להתרחק א"ע, ומדברי הגאון בביאור הגר"א למדתי דגם רבינא סובר דלא הוי כלו לו חציו אלא דסובר דהרחקה תלוי בדין תשלומין וכל זמן דליכא תשלומין מהני הדין דזה נוטע בתוך שלו ומיקרי עי"ז כלו לו חציו ע"י שעושה ברשותו וכו' עכ"ל.

* ועיין בברכת שמואל בסי' כ"א סוף סק"א שכתב ד"ל, ובזה פליגי רבינא עם מר בר רב אשי ומרימר דרבינא סובר דזורה ורוח מסייעתו הוי כלו חציו, דגרע אפילו מסולם ונמי, ולקמן נביא איה"ש, ומיקרי כלו לו חציו, ומשבת לא ילפינן לענין הרחקה, ומר בר רב אשי ומרימר סברי דילפינן

שאינו יכול לתקן את ההיזק לגמרי, אבל אכתי יתכן שאם יסתום אותו הרי זה שפיר יועיל קצת לסלק את ההיזק של מרפית לארעא.

וע"ע בחידושי הגרש"ש בסי' ז' בד"ה ובמה וכו' שהוכיח שלפי אביי אין הסומך צריך להתרחק אח"כ מתוס' לקמן בדף י"ח ע"א בד"ה דיקא וכו' (הראשון). ולכאורה יש להעיר למה לא הוכיח כן מדברי תוס' הנ"ל בתחילת הסוגיא שכתבו שבעל הבור השני צריך להתרחק כל הו' טפחים. ועל פי הנ"ל י"ל דהיינו משום שהבין שיש לדחות ששאני בור שתרוייהו מזקי אהדדי.

וע"ע ברשב"א בדף י"ח ע"א בד"ה עוד נ"ל לפרש דה"ק וכו' שכתב שגם אביי מודה שיצטרך להתרחק אם הוא דבר שהוא בגדר גירי דילי, וכ"כ רעק"א בתשובה קנ"א והבית הלוי בח"ב סוף סי' מ"ו בדעת הרא"ש.

ועכ"פ כל הנ"ל הוא רק בנוגע לתחילת הסוגיא אבל בסוף הסוגיא מסיק רבינא בדעת רבא שאפילו היכא שעשה את הדבר המזיק באמצע שדהו, כגון שנטע חרדל, ורק אח"כ מכר את החצי השני לאדם אחר, הרי הוא חייב להתרחק אח"כ כשבא הלוקח וסמך שם את הדבר הניזק, וא"כ חזינן שמה שסמך בהיתר אינו מתיר לו להשאר שם אח"כ. והקשה הקצה"ח בסי' קנ"ה סקי"א שלפ"ז למה מתיר אביי לסמוך בור לשדה העשוי לבורות ולהשאר שם אפילו אח"כ כשהשני יעשה בור, דנהי שבשעת הסמיכה לא עשה איסור לפי שיטתו שמותר לסמוך אפילו לשדה שעשוי לבורות אבל הרי חזינן בסוף הסוגיא שמה שעשה בהיתר לא מהני לאח"כ. ועיי"ש שתי שמכיון שאביי סובר

שמותר תמיד לסמוך בקדימה הרי זה עדיף משאר ציורים של עשי' בהיתר והרי הוא מותר להשאר שם אפילו אח"כ כמו שביאר שם ורבינא אזיל כרבא, ובאמת גם רבא יודה בציוור שיש לדידי' היתר קדימה שלא יצטרך אח"כ להתרחק.

והגרש"ש בסי' ז' שם כתב לתרץ שאולי לפי מסקנת רבינא יודה אביי שהוא חייב באמת להתרחק אח"כ, רק דפליגי אביי ורבא בענין אם הוא מותר לסמוך על מנת לסלקו אח"כ.

ועוד תירץ הגרש"ש שאולי אביי חולק על כל עיקר דברי רבינא והרי הוא סובר שכל היכא שעשה בהיתר אינו חייב להתרחק אח"כ, ואפילו אם עשה בהיתר אחר ולא בהיתר של קדימה וזהו הטעם למה מותר לו לסמוך, ורבא סובר שחייב להתרחק אח"כ ולכן הרי הוא סובר שאסור לסמוך. וזהו דלא כהקצה"ח שסובר שלפי אביי תחילת הדין הוא היתר קדימה, והכח של היתר קדימה גורם שאינו צריך להסתלק אח"כ, אלא אדרבה תחילת הדין היא שאם יהי' מותר לסמוך לא יצטרך להתרחק, וזה גופא גורם שמותר לסמוך כי אין סיבה לחשוש שמא לא יסתלק כי באמת אינו צריך להסתלק.

ובשט"מ בסוף דף י"ח בשם הר"י מיגש בתחילת דבריו שם מבואר דס"ל שגם בתחילת הסוגיא, לפני מסקנת רבינא, הי' ברור שלפי אביי יצטרך המזיק להסתלק לאחר שבא שם הניזק, חוץ מכגון בור (וחרדל ודבורים לפי רבי יוסי) משום שתרוייהו מזקי אהדדי.

נמצא שיש ה' דרכים, א', דרכו של הקצה"ח שלפי אביי בכל המזיקים אינו

צריך להתרחק כשבא הניזק אח"כ כיון שסמך בקדימה. ב', דרכו של הגרש"ש שלפי דברי רבינא מודה אביי ששפיר צריך הסומך להתרחק כשבא הניזק אח"כ ודלא כמו שנקטנו בתחילת הסוגיא. ג', דרכו השני של הגרש"ש שאביי ורבא חולקים באם הוא צריך אח"כ להתרחק, דרבא סובר שצריך וזהו גופא הטעם למה הוא אוסר לסמוך כי אין סומכים עליו שיתרחק אח"כ. ד', שיטת הר"י מיגש שגם בתחילת הסוגיא מודה אביי שהוא צריך להתרחק אח"כ, חוץ מגבי בור משום שתרוייהו מזקי אהדדי. ה', שיטת הרשב"א בתחילת הסוגיא שאביי סובר שאינו צריך להתרחק אח"כ חוץ מגבי דבר שהוא בגדר גירי דילי'.

קנד) אביי אמר סומך.

א. אין מותר לו להשתמש בקרקע חבירו ולשעבדו בשביל כותל בורו.

הנה יש לעיין איך מותר לסמוך בור לצד המיצר של חבירו, הלא על ידי זה הרי הוא משתמש באדמת חבירו בשביל כותל בורו, וא"כ למה אינו צריך לשלם (אבל אין להקשות שאפילו כשהוא מתרחק ג' אשר בכה"ג יוצא שכל הכותל של בורו הרי הוא ברשותו בכל זאת הרי

(* עי' בזה לעיל באות קל"ד.

(** מיהו אולי אין זה נקרא בגדר זה נהנה וזה חסר כי הראשון לא נהנה מאותם הטפחים שהשני נחסר, דהא הראשון סמך נהנה רק מהג' טפחים שהם צמודים להמחיצה, ואילו השני נקרא חסר בנוגע להג' טפחים שאחרי ג' אלו, דהיינו אותם שמשלימים להשיעור הרחקה של ששה טפחים.

גם יש לומר שכאן לא שייך הדין של זה נהנה וזה חסר משום שמה שהשני צריך להתרחק את כל

הוא נהנה מזה שקרקע חבירו מעמידה ומחזקת את כותל בורו שהרי בלא הקרקע שלו יפול קצת מכותל בורו, דזה לק"מ, דהא תמיד קרקע חבירו שאצל הגבול מעמידה את הקרקע שלו רק שהנאה זו התירה התורה, ולא קשה אלא כשעושה מקרקע חבירו כותל בורו).

ובהשקפה הראשונה הי' נראה לומר דהיינו משום שהרי זה בגדר זה נהנה וזה לא חסר ולכן מיפטר מלשלם (ועיין היטב ביד רמה בתחילת אות כ"ד). מיהו לכאורה אכתי צ"ע משום שהניחא לפי המ"ד שסובר שזה נהנה וזה לא חסר פטור אבל לפי המ"ד שסובר חייב אכתי קשה. ודוחק לומר שכל הסוגיא כאן אזלא דוקא לפי המ"ד שסובר פטור. ועוד דהא יש אומרים שלכו"ע הרי הוא יכול לעכב עליו לכתחילה מלהשתמש ולא פליגי אלא בדיעבד אם הוא חייב לשלם או לא*). ועוד דתינח היכא שסמך לשדה שאינה עשוי' לבורות אבל אכתי איך מתיר אביי בשדה שעשוי' לבורות, הלא בכה"ג השני חסר, דהא מעתה כשירצה השני לעשות בור יצטרך להתרחק כל הששה טפחים לבדו לפי הראשונים שסוברים שמאחר שהראשון סמך בהיתר כל ההרחקה מוטלת על השני**). ובאמת גם לפי השיטה

הששה טפחים לבדו הרי זה כדי שלא יזיק, וא"כ י"ל שאין הנהנה חייב לשלם עבור זה. וכעין זה כתבו הראשונים כאן כדי להסביר למה הניזק מותר לסמוך אע"פ שע"ז הרי הוא בגדר מזיק שהרי הוא מצריך להשני להתרחק כדי שלא להזיקו, דכתבו הראשונים דהיינו משום שלא מיקרי בכה"ג שהראשון הזיק להשני, אלא השני חייב להתרחק משום חובה דנפשי', וא"כ גם כאן י"ל שלא איכפת לן בזה שהמהנה נחסר כי הוא מתרחק כדי שלא להזיק. מיהו הא ליתא משום שהכא בבורות הרי השני

שגם בכה"ג הרי השני צריך להתרחק רק ג' טפחים, ג"כ יוצא שהוא חסר, דהא מעתה יהי כותל בורו חלש, וא"כ היכא שסמך לשדה שעשוי לבורות אמאי אינו חייב לשלם כמו בזה נהנה וזה חסר (ועיין בחזו"א בריש סי' י"א).

ולכאורה יש ליישב שזה שסמך לא מיקרי בגדר נהנה משום שהוא יכול לומר שלא ניחא לי בכותל בור ברוחב ג' אלא לדידי סגי בכותל בור כל שהוא, וא"כ י"ל שכל הסומך צריך באמת לסמוך על דעת כן שלא ניחא לי בהנאת כותל בור ברוחב ג'. וכעין זה איתא בראשונים בדף ד' ע"ב בסוגיא דמקיף וניקף שאם המקיף הקיף מכל הד' רוחות והניקף מיחה בתחילה שאינו רוצה בהנאה זו הרי הוא פטור מלשלם. ובברכת שמואל על ב"ק בסי' י"ד סק"ג כתב שאע"פ ששן ברה"ר משלמת מה שניהנית אבל בכל זאת אם אמר בעל הבהמה קודם ההיזק שלא ניחא לי באכילתה הרי הוא פטור אפילו ממה שניהנית. וע"ע בכל זה לעיל באות נ"ז.

ועכ"פ לפי הדרך הנ"ל שכתבנו אכתי יוצא שיצטרך להתרחק לכה"פ כל שהוא מן המיצר, דהא בהכרח בעי כותל בור של לכה"פ כל שהוא, אלא שבאמת לכאורה גם

בלא"ה יצטרך להתרחק כל שהוא, כי אם יחפור על המיצר ממש, לא יתכן שלא יפול קצת מאדמת חבירו לתוך בורו, וא"כ בודאי הרי הוא צריך להתרחק פורתא (ולא קשה ממה שקרקע חבירו מעמידה את ההוא כל שהוא כמו שביארתי בהערה לעיל). ואולי זוהי באמת כוונת לשון הגמרא שאמרה הבא לסמוך בצד המיצר ולא אמרה הבא לסמוך להמיצר. מיהו הנ"ל כאן בהגדירו את הציור של סמיכת בור כתב "שיהא לו שדה חבירו לכותל בורו" ומשמע מדבריו דאיירי באופן שסמך להמיצר ממש. מיהו אולי גם איהו מודה שהרחיק כל שהוא רק שכוונתו היא ששדה חבירו משמש לג' טפחים של כותל בורו ודלא כדרכנו הנ"ל שהסומך מגלה דעתו שלא ניחא לי בזה.

והנה אע"פ שהדרך הנ"ל שכתבנו נראית דחוקה, כי נצטרך לאוקמה באופן שהוא מגלה דעתו בתחילה שאינו רוצה ליהנות מאדמת חבירו, אבל בכל זאת יש להוכיח כהדרך הנ"ל מדברי הרשב"א כאן בד"ה דכל מרא ומרא וכו' (הראשון), דעיי"ש שהקשה על אביי איך הוא מתיר לסמוך בורו להמיצר, וכן לרבא למה צריכים לאסור משום הטעם של כל מרא ומרא מרפית לארעא, הלא ע"י שהוא סומך

מתרחק גם כדי שלא יזק ולא רק כדי שלא יזיק, ומהנ"ל כאן משמע שבכה"ג הרי זה שפיר נקרא שהראשון הזיק להשני, ורק היכא שהוא מתרחק כדי שלא יזיק לחוד, רק בכה"ג אין זה נקרא שהזיק אותו, דעיי"ש שכתב הנ"ל שמה שבעל הבור מצריך לבעל האילן להתרחק אין זה נקרא שבעל הבור הזיק את בעל האילן כי מה שבעל האילן מתרחק הרי זה כדי שלא יזיק, ובכל זאת המשיך הנ"ל להקשות בשם הרשב"א איך מותר לסמוך בור הלא הוא מצריך לחבירו להתרחק בורו ו' טפחים (ותי' שבכל זאת לא

מיקרי מזיק כיון שהוא עושה הכל בתוך הרשות שלו), וא"כ חזינן ששפיר מיקרי שהראשון חסר להשני. ועכ"פ צ"ע על המשך דברי הנ"ל שם בשם הרשב"א דעיי"ש שכתב שוב שהציור של בור (מכיון שהוא עושה הכל בתוך הרשות שלו וכהנ"ל), הרי זה דומה לחנות של נחתומים ואוצר דרשאי בעל העלי' לעשות אוצר אע"פ שהוא מכריח את בעל הבית להתרחק את חנותו, ואילו לפי הנ"ל מה קשה מהתם הלא התם באוצר הבעה"ב מתרחק רק כדי שלא יזיק ולא כדי שלא יזק.

הרי הוא משעבד את הקרקע של חבריו ומכריחו להתרחק ו' טפחים כשירצה לעשות בור (וכדעת תוס') כאן שכשהראשון סמך בהיתר, אז כל ההרחקה של ו' טפחים מוטלת על השני, ועיי"ש שתיקן שאין בכך כלום משום שכשהוא סומך אין הוא משתמש בשום דבר ששייך לחבירו, שהרי הוא חופר בתוך שלו, והמים משלו הן נובעין, ולכן הרי הוא שפיר יכול להכריח את השני להתרחק כדי שהשני לא יזיקנו, ואין זה דומה להציוור של פותח חלון על חצר חבריו שהביא שם בקושייתו, ומבואר בדברי הרשב"א בחידושו שם שיכול בעל החצר לעכבו כי בעל החלון משתמש באויר חצירו, ומבואר בדברי הרשב"א שם שגם אח"כ הרי הוא יכול לבנות כנגדו ולהאפיל עליו בטענה של שלי אני נוטל, מיהו לכאורה דבריו אינם מובנים שהרי גם בבור הרי הוא משתמש בקרקע חבריו בשביל כותל בורו, וא"כ למה אין חבריו יכול לקרב את בורו ולומר את שלי אני נוטל כמו שכתב לענין חלון עיי"ש, ובע"כ צ"ל כהנ"ל שלעולם הסומך צריך להתרחק כל שהוא, והרי הוא סומך על דעת שלא להתכוין ליהנות מאדמת חבריו וממילא אסור להשני להתקרב ולהזיק לההוא כל שהוא, אבל היכא שלא גמר דעתו שלא ליהנות אלא הרי הוא מתכוין שג"ט של חבריו יהיו כותל בורו אז הי' מותר לחבירו ליטול את שלו ולא לחשוש להרפיון של ההוא כל שהוא, ויש לדחות (מיהו יש להעיר שהרי גם הנ"י הביא את דברי הרשב"א הנ"ל, וכמו שהבאנו לעיל בסמוך בהערה, ובכל זאת כתב לעיל שם שעשה את שדה חבריו לכותל בורו וכמו שהבאנו כבר).

ב. בענין המחלוקת אם השני חייב להתרחק כל הששה טפחים.

מיהו לפי הנ"ל יש לעיין בשיטת תוס' והרא"ש שסוברים שמאחר שהראשון סמך בהיתר מעתה כל הו' טפחים מוטלים על השני, דלכאורה נראה לומר שחפירת בור מחלשת את הקרקע רק עד מרחק של ג' טפחים לחוד, והא דצריכים ו' טפחים בין הבורות הרי זה כדי שלא יזיק כל אחד את כותל בורו של חבריו שהוא רחב ג' טפחים, ומש"ה יוצא שהם צריכים בין שניהם להתרחק ו' טפחים, וא"כ צ"ע דהא בכה"ג שהוא סומך את בורו בצד המיצר הרי כתבנו שבאמת אין לו כותל הבור של ג' טפחים, אלא יש לו רק כותל בור רחב כל שהוא (וכמו שכתבנו שהוא נכנס כל שהוא לתוך שלו), וא"כ צ"ע למה צריך השני להתרחק ו' טפחים כשירצה לעשות בור, ולמה לא סגי אם יתרחק ג'. ולכאורה נצטרך לומר לפי דרכנו הנ"ל שבאמת חפירת בור מחלשת את הקרקע עד מרחק של ו' טפחים ומש"ה שפיר יוצא שחבירו צריך להתרחק ו' טפחים לבדו.

ולפ"ז יש דרך נאות איך ללמוד את המחלוקת באם השני צריך להתרחק כל הו' טפחים או האם סגי בזה שהוא מתרחק ג' טפחים, די"ל דפליגי בשני הצדדים הנ"ל שכתבנו והיינו שהשיטה שסוברת שהשני מתרחק רק ג' סוברת שבאמת חפירת הבור מזקת רק עד מרחק של ג"ט לחוד, רק שבכל זאת צריכים תמיד שיהיו ו' טפחים בין הבורות כדי שלא יזיקו הכותלים, ומש"ה בכה"ג שאין לו להראשון כותל בור של ג' טפחים, די לו להשני להתרחק ג"ט ותו לא, אבל השיטה שסוברת שהשני צריך

להתרחק ו' טפחים הרי היא סוברת שחפירת בור מזקת עד מרחק של ו' טפחים (ועיין לעיל באות קמ"ט סק"ב שצדדנו שהרמב"ם סובר שחפירת בור מזקת רק עד מרחק של ג' טפחים).

ולפי דרכנו הנ"ל יוצא שגם השיטה שסוברת שהשני מתרחק רק ג' טפחים הרי היא סוברת שבעצם כל ההרחקה שצריכים כאן מוטלת רק על השני לחוד, רק דס"ל שבאמת מצד המציאות אין שום צורך להצריכו להתרחק יותר מג"ט כיון שאין להראשון כותל בור ברוחב ג' וכהנ"ל.

מיהו מדברי הרשב"א לעיל בד"ה אביי אמר (הראשון) משמע שגם הך מ"ד סובר שבאמת מצד המציאות יש כאן צורך להתרחק ו' טפחים, רק שהוא סובר שאי אפשר לחייב את השני בכל ההרחקה וז"ל, דאמר לו (השני) להראשון לא דיך שלא הרחקת מן המיצר שלי אלא שתזקיני להתרחק ולכנוס בתוך שלי יותר מדיני עכ"ל, הרי שגם השיטה הזאת סוברת שיש כאן צורך מצד המציאות שהשני יתרחק ו', והיינו משום אחד משני טעמים, דהיינו או משום שבאמת ג"ט בשדהו של השני נעשים כותל בורו של הראשון (וכמו שנבאר להלן, ודלא כמו הדרך הנ"ל שכתבנו למעלה שבכה"ג יש לו כותל בור של כל שהוא), ומש"ה מצד המציאות הי' השני צריך להיות חייב להתרחק ו' כדי שלא להזיק את כותל בורו של הראשון, או דלעולם אין שדהו של השני נעשה כותל בורו של הראשון (וכהדרך הנ"ל שכתבנו), רק שבכל זאת גם השיטה הזאת מודה שחפירת בור מזקת עד מרחק של ו' טפחים ומש"ה הי' חייב השני להתרחק ו'

אלמלא הטענה שכתב הרשב"א. וע"ע באבן האזל בפ"ט מהל' שכנים ריש ה"י שכתב וז"ל, דאם נימא דצריך השני להתרחק ו' טפחים ע"כ צ"ל דעיקר ההרחקה הוא מהבור, ומשום דשיעור הרחקה מבור לבור הוא ו' טפחים, דאף שהראשון סמך למיצר, מ"מ א"א שלא יהי' משהו קרקע בצד הבור של בעל הבור, ולכן צריך להתרחק עכ"ל, ע"ש בכל דבריו.

ג. הסוברים שיש לו כותל בור בשדה חבירו.

ובאמת ראיתי שהמפרשים בסוגיין נקטו דלא כמו דרכנו הנ"ל אלא נקטו שגם היכא שסמך הראשון להמיצר חשבינן לג' טפחים בשדהו של השני ככותל בורו (ועיין במה שהבאנו כבר מלשון הנ"י), דהנה היד רמה כאן באות כ"ד בד"ה ושמעין וכו' דן בענין כמה צריך השני להתרחק לאחר שסמך הראשון, והכריע שהשני צריך להתרחק רק ג"ט עיי"ש, וכתב שאם השני יצטרך להתרחק כל הו' טפחים לבורו, א"כ נמצא שהראשון משעבד את הקרקע של השני בזה שסמך, וא"כ למה לא אסרינן עליו לסמוך מטעם זה גם בלא טעמא דכל מרא ומרא וכו', ועוד כתב דאיך אפשר לדרוש מהשני שיתרחק ו' טפחים כדי שלא להזיק את כותל בורו של הראשון, הלא הכותל בור כאן שייך להשני, וא"כ איך אפשר להקפיד עליו שלא יזיק אותו עכ"ת ד הרמ"ה, הרי שהוא סובר שבכה"ג הסומך משתמש באמת ברוחב ג"ט של שדהו של השני וההרחקה של ו' טפחים הרי היא כדי שלא יזיק השני את אותו כותל הבור ומש"ה תמה הרמ"ה איך יתכן דין כזה, וזהו דלא כדרכנו הנ"ל

וכתמיהתו של הרמ"ה דאי אפשר לדרוש ממנו שלא להזיק את שלו. וע"ע שם שתירץ שאם יקרב השני את בורו ולא יתרחק ו' טפחים, א"כ נהי שאין קפידא עליו במה שהוא מחליש את הקרקע שלו, אבל הלא ע"י זה הרי הוא גם מחליש את הקרקע שבצדדי בורו של הראשון, ואותה קרקע שבצדדים הרי היא שייכת להראשון. ומתירוצו חזינן שהנתייה"מ נוקט שחפירת הבור מזקת עד מרחק של ו' טפחים, וגם חזינן שהוא נוקט שאין הסומך בקדימה מתרחק אפילו כל שהוא (כי קרקע חברו יכולה להיות כותל בורו), דלכך הוצרך לומר שהשני מזיק את הצדדים ולא כתב משום שהוא מזיק את אותו כל שהוא.

ולפי כל הנ"ל יוצא שטעמם של הסוברים שהשני צריך להתרחק כל ה' טפחים הרי הוא או משום שלעולם חפירת בור מזקת רק עד ג' טפחים, רק שחכמים שיעבדו להראשון ג"ט בשדה של חברו (וכהסברא שהזכיר האבן האזל), או משום שחפירת בור מזקת עד ו' טפחים (וכהסברא שהזכיר הנתייה"מ), וטעמם של הסוברים שהשני צריך להתרחק רק ג' טפחים הרי הוא משום שהם סוברים שחפירת בור מזקת רק עד ג' טפחים והרי הוא רשאי להזיק את כותל בורו של חברו שנמצא ברשותו (וכסברת הרמ"ה), א"נ משום שבאמת אין לחבירו שום כותל בור בתוך רשותו כי הוא מתכוין שלא ליהנות מזה (וכהדרך שכתבנו בתחילת האות הזאת), א"נ דלעולם חפירת הבור מזקת אפילו עד ו' טפחים, רק שיכול השני לומר לא דיין שנתקרבת אלא שאתה גם מצריכני להתרחק יותר מדיני (וכסברת הרשב"א).

שבאמת הראשון משייר כל שהוא בשדהו וההרחקה של השני של ו' טפחים היא כדי שלא יזיק את אותו כל שהוא.

עכ"פ דרכו של הרמ"ה שונה מדרכו של הרשב"א בענין למה אין השני צריך להתרחק את כל ה' טפחים, שהרי הרמ"ה סובר בסברתו השני שאין שום צורך להצריך להשני להתרחק ו' טפחים כי באמת הכותל בור של הראשון שייך להשני ואילו מהרשב"א מבואר ששפיר יש צורך רק שא"א לחייבו, וכבר ביארנו דהא דסובר הרשב"א ששפיר יש צורך שהשני יתרחק ו' טפחים הרי זה משום אחד משני טעמים, דהיינו או משום שהוא סובר ששפיר יש להראשון זכות של כותל בור בחצירו של חברו, וכבר ראיתי שהאבן האזל בפ"ט מהל' שכנים ה"י הזכיר סברא זו ודימהו להא דשיעבדו לו חז"ל את קרקע חברו לשם דוושא, א"נ דס"ל להרשב"א כהדרך שכתבנו שחפירת בור מזקת במשך ו' טפחים וממילא אם לא יתרחק השני ו' טפחים הרי יזיק את הכותל בור כל שהוא ששייר הראשון משדהו (וכן את הצדדים), וכבר הבאנו שהאבן האזל שם הזכיר גם סברא זו (וכתב דהיכא שהשדה [של הסומך] אינה עשויה לבורות) אין צורך להרחקת ו' טפחים אלא משום הסברא השני אבל לא משום הסברא הראשונה והיינו משום שבכה"ג בודאי לא שיעבדו חז"ל את שדהו של השני, וע"ע ביתר דבריו שם).

ועיין גם בנתייה"מ בסי' קנ"ה סקי"ב שנקט דלא כדרכנו הנ"ל אלא נקט שגם כשסומך בצד המיצר חשבינן לג' טפחים בשדה חברו ככותל בורו, דעיי"ש שהקשה למה מחייבים את השני להתרחק ו' טפחים,

ד. דעת המהרש"א בנוגע להנ"ל.

וגם המהרש"א כאן נוקט שכשומך בור להמיצר הרי ג"ט בשדהו של חבירו נחשבים ככותל בורו, דהנה תוס' בד"ה אביי אמר וכו' (הראשון) הקשו כעין קושיית הרשב"א הנ"ל שהבאנו שאיך יכול הראשון לפי אביי לשעבד את הקרקע של השני בזה שמכריח אותו להתרחק ו' טפחים, אלא שתוס' הקשו איך הוא יכול להפסיד אותו ע"י שיצטרך להרחיק את אילנו עוד ג"ט נוספים על הכ"ה אמה שתיקנו, ואילו הרשב"א הקשה מזה שהוא מצריך את השני להרחיק את בורו. ועיין במהרש"א שהקשה למה לא הקשו תוס' שגם כשהוא מרחיק את הבור ג"ט הרי הוא מצריך להשני להרחיק את אילנו ג' טפחים נוספים בגלל כותל בורו, ובאמת כן קשה על כל הכ"ה אמה איך מותר לו להכריח לבעל האילן להתרחק כ"ה אמה, ותירץ וז"ל, ולרוב דאינו סומך ובעי הרחקה ג"ט שהוא כותל בורו, ודאי צריך להרחיק בעל האילן שלא יקלקלו שרשיו כותל בורו של חבירו שהוא בגבול חבירו, אבל לאביי הרי מפסיד מגבול עצמו שצריך להתרחק כ"ה אמות (וג"ט) ממיצר שלו שלא יקלקל כותל בור חבירו שבגבולו עכ"ל (אבל מתוס' עצמם אולי אין רא"י כי תוס' כתבו רק שהנסמך יצטרך להתרחק עוד ג"ט ויתכן שאין זה בגלל כותל בור אלא מפני שאילן מזיק כ"ה אמה וג"ט רק שתנן רק כ"ה אמה כי בדרך כלל יש כותל הבור ג' וא"כ נמצא שצריך להתרחק מהבור כולל כותל הבור כ"ה אמה).

ועכ"פ צ"ע על המהרש"א דהא מסוף דברי תוס' חזינן באמת שגם זה הי' קשה להם, שהרי הוסיפו להקשות למה אין בעל

הבור צריך להכנס לתוך שלו כל הכ"ה אמות, והוכיחו מזה כתירוץ שכתבו שם, ואילו לפי המהרש"א אין שום הכרח מזה לכותל בור ברשות חבירו לפי אביי.

ה. מח' ראשונים אם יכול לסמוך ולהזיק כי "את שלי אני נוטל".

ועכ"פ עיין בתוס' שתירצו שאין קפידא במה שהוא מכריח את בעל האילן להתרחק עוד ג"ט משום שמה שבעל האילן יצטרך להתרחק הרי זה כדי שלא יזיק הוא את כותל הבור (ולא כדי שלא יזיק), ולפ"ז יוצא דלא כהיסוד שהבאנו לעיל בשם הרשב"א בנוגע לפותח חלון, דהא בכה"ג הרי בעל הבור משתמש בנכסי בעל האילן לפי דרכו של המהרש"א בזה שג"ט ברשות בעל האילן נעשים כותל בורו של בעל הבור (אע"פ שהרשב"א עצמו לא נקט כן וכמו שהבאנו בתחילת דברינו), וא"כ לפי הרשב"א בעל האילן יוכל לומר את שלי אני נוטל ולא יצטרך להתרחק ג"ט נוספים (ולקמן בסוף אות קנ"ו נביא שגם תוס' בדף ז' והרמ"ה והריטב"א בסוגיין לא ס"ל כהרשב"א דיכול להתקרב ולהזיק בטענה של שלי אני נוטל. ועיין בהסברא השני' של הרמ"ה לעיל כאן בסק"ב).

ו. דברי הנ"י.

ועיין באמת בני"י כאן שהזכיר שכשסמך בור סמוך למיצר, צריך בעל האילן להתרחק כ"ה אמות כדי שלא יזיק, אבל לא הזכיר שהוא צריך להתרחק עוד ג"ט יתרים על זה. ונראה דהיינו או משום דס"ל כסברת הרשב"א ששלי אני נוטל וכמו שכתב להלן שם, או משום שהוא סובר שכשהוא סומך בור בצד המיצר לא חשבינן ג"ט בשדהו של

חבירו ככותל בורו, וכבר הבאנו שיש סתירה בדברי הנ"י בנוגע לזה.

קנה) בענין היתר סמיכה.

הנה בסוגיין פליגי אביי ורבא בענין אם מותר לסמוך בור סמוך למיצר כל עוד שאין לחבירו בור, ובהאיכא דאמרי קאמר רבא משום מרפית לארעא, וכבר הבאנו בהאות הקודמת את קושיית הרשב"א כאן דתיפוק ל"י משום שבזה שהוא סומך בצד המיצר הרי הוא מצריך את חבירו להתרחק ו' טפחים שהוא יותר מדינו. ובתוך דברינו שם הבאנו בזה ב' שיטות:

א', שיטת הרשב"א שכל זמן שאינו מזיק קרקע חבירו וגם אינו משתמש בנכסי חבירו אין קפידא במה שהוא מצריך את חבירו להתרחק כדי שלא יזיק אותו, אבל היכא שהוא משתמש בנכסי חבירו אז אין חבירו חייב להתרחק יותר מדינו אלא הרי הוא יכול להתקרב ולומר את שלי אני נוטל. וכתב הרשב"א שמשום כך כשהוא פותח חלון לחצר חבירו יכול חבירו לומר שלא יתרחק אח"כ את כותלו אלא יבנהו בתוך ד' אמות לחלונו ויאפיל עליו כיון שעיי"ז הרי הוא רק נוטל את אוירו ואורו וכהנ"ל. ב', שיטת תוס' בד"ה אביי אמר

(הראשון) לפי ביאורו של המהרש"א שגם כשהוא משתמש בשל חבירו אין קפידא בזה שהוא מצריך את חבירו להתרחק כיון שחבירו מתרחק כדי שלא להזיקו.

ומעתה נוסיף את שיטת הרמ"ה בכל דבריו באות כ"ה, דעיי"ש דס"ל שגם כשאינו מזיק קרקע חבירו, וכגון היכא שהוא פותח חלון בהכותל שלו שישקיף על פני חצר חבירו, וגם אם אינו משתמש בשל חבירו או אוירו (כן מוכח מקושייתו בד"ה וכ"ת אי הכי שנביא בסמוך) יש קפידא שלא להזיקו בזה שהוא גורם לו להתרחק כדי שלא להזיקו, וביאר הרמ"ה שעצם מה שהוא מזיקו להתרחק ולבטל את תשמישו מהמקום שהוא הרי זה חשוב כמו היזק לגוף הקרקע כמו כל מרא ומרא וכו', וחשיב גם גירי דילי', רק דהוי היזק שאינו ניכר [עיי' בד"ה וכ"ת מי דמי]*).

(והנה הרשב"א כתב להדיא את סברתו [שאינו משתמש בשל חבירו] בין לפי אביי ובין לפי רבא. וכן תוס' יסברו את סברתם להתיר גם לפי רבא, כי בתוך דבריהם הוכיחו את סברתם ממה שאינו צריך להכניס את בורו כ"ה אמה. אבל מה שכתב הרמ"ה לאסור לכאורה זהו רק לפי רבא

כשהמזיק סומך הרי זה צריך להיות נחשב היזקא דגירי דילי' כיון שהוא מכריח את הניזק להתרחק אע"פ שסמך המזיק קודם שהי' שם כותל. מיהו יש לחלק דשאני התם באות כ"ו שהרי במה שהמזיק סומך אין הוא מכריח להניזק להרחיק את כותלו דהא יש להניזק ברירה לקבל על עצמו את ההיזק ולא להתרחק אלא לבנות את כותלו סמוך להמיצר, ולכן לא חשיב גירי דילי', אבל כשסומך הניזק כגון הכא שהוא פותח את חלונו הרי הוא מכריח בהכרח גמור את המזיק להתרחק, ומש"ה הרי זה שפיר חשיב היזק להקרקע וגירי דילי'.

* והנה יש להעיר שהרי הרמ"ה עצמו באות כ"ו כתב שלפי רבי יוסי אם כבר נמצא שם כותל, אסור לו לסמוך גפת משום דהוי גירי דילי', אבל בכל זאת אם אין שם כותל אינו בגדר גירי דילי' ומותר להשים שם גפת לפי רבי יוסי, ומה שמתרץ רבא בסוגיין שה"ה שכשליכא כותל אסור לסמוך, זהו רק לפי רבנן, אבל לפי רבי יוסי מותר, וא"כ לכאורה הרי זה סותר את דבריו שהבאנו בפנים, שהרי הבאנו שהוא סובר שמה שהניזק פותח את חלונו הרי זה בגדר גירי דילי' כיון שהוא מכריח את המזיק להתרחק, וחשיב גירי דילי' אע"פ שעוד לא נמצא שם המזיק, וא"כ כ"ש

אבל לפי אביי שמתיר להמזיק לסמוך בור אפילו לשדה העשוי לבורות ואינו חושש לכל מרא ומרא וכו' א"כ לכאורה ה"ה שאינו חושש למה שהוא גורם להשני להתרחק.)

ושוב הקשה הרמ"ה בד"ה וכו'ת אי הכי וכו' למה בהמציעתא של המשנה אין בעל הכותל חייב להתרחק כדי שלא יצטרך בעל הגפת או בעל הסלעים והזרעים להתרחק (שהרי הכא הגפת אינו מכריחו בהכרח גמור להרחיק את הכותל, עי' בההערה לעיל בסמוך). ותירץ דאיירי המשנה בקרקע שאינה עשוי לגפת וסלעים וזרעים. ובד"ה וכו'ת הא וכו' הוסיף שגם מה שאין בעל הבור צריך להתרחק כדי שלא לגרום לבעל האילן להתרחק כ"ה אמה הרי זה משום דאיירי בשדה שאינה עשוי לאילנות. ובד"ה וכי תימא תינח וכו' הקשה שוב על הסיפא של משנתנו למה אין בעל הכותל צריך להתרחק כדי שלא לגרום ריחוק לבעל התנור, והכא הרי כל חצר ראוי היא להעמדת תנור. וחידש הרמ"ה מתוך כך שאע"פ שהניזק תמיד צריך להכנס לתוך שלו כדי שלא לגרום להמזיק להתרחק וכהנ"ל אבל בכל זאת הציור של כותל הוא יוצא מן הכלל, והיינו משום שאם לא יוכל לסמוך את כותלו עד המיצר א"כ יהי' לו מזה היזק גדול, כי לא יהי' לו גבול אמתי לשדהו, וגם הרי יפסיד לגמרי את התשמיש של אותם טפחים מועטים שיהיו מהצד החיצון של הכותל, ומש"ה אין בעל הכותל חייב להכניס את כותלו לתוך שלו עכ"ד.

והנה הרשב"א בתוך דבריו שם הביא ראי' לשיטתו שאין קפידא במה שהניזק סומך ומשעבד את הקרקע של המזיק מהא דמותר לבעל העלי' לעשות אוצר אע"פ שזה

גורם שאין בעל הבית רשאי לעשות חנות של נחתומים ורפת בקר. ולפי המבואר בדברי הרמ"ה הנ"ל שהבאנו אתי שפיר למה הביא הרשב"א ראי' דוקא מאוצר, ולא משאר הדברים השנויים בהמשנה, והיינו משום דס"ל שהתם י"ל כהתירוצים שתירץ הרמ"ה, משא"כ באוצר.

ועיין גם בתוס' שהקשו איך מותר לו לבעל הבור לסמוך לפי אביי ולהכריח את השני להרחיק את אילנו עוד ג' טפחים. ותירצו שהוא שפיר רשאי לשעבד את הקרקע של חבירו כיון שחבירו מתרחק רק כדי שלא להזיק (ודלא כהרמ"ה שכתב דאיירי בקרקע שאינה עשוי לאילנות). ובסוף דבריהם הוכיחו שבע"כ צ"ל כהנ"ל משום שאל"כ אמאי לא יצטרך בעל הבור להכנס לתוך שלו כל הכ"ה אמות של הרחקת אילן מהבור. וגם בדבריהם יש להעיר למה הקשו רק על בור ואילן ולא הקשו על הציורים של המשנה הראשון שבפירקין דחזינן שאין קפידא בזה שבעל הכותל מכריח את המזיק להתרחק. מיהו לפי המבואר ברמ"ה לק"מ משום שי"ל שזה הי' פשוט להם להתוס' שכותל שאני משום הסברות שכתב הרמ"ה ולכן הקשו דוקא מבור ואילן (ויש ליישב גם בדרך אחרת).

קנו) המח' ראשונים הנ"ל.

הנה כבר הבאנו שהרשב"א מתיר להניזק לסמוך ולגרום שהמזיק יצטרך להתרחק, חוץ מהפחת חלון לאורה לחצר חבירו משום שבכה"ג הרי בעל החלון משתמש בנכסי חבירו. והנה בכה"ג שהוא פותח חלון לחצר חבירו מבואר ברשב"א שם שאין סוף הדין שבעל החצר יכול לעכבו לכתחילה מלפתוח את חלונו, אלא משמע שגם אם

בדיעבד פתח כבר את חלונו רשאי בעל החצר לבנות את כותלו על המיצר אע"פ שהוא מאפיל בזה על בעל החלון, והיינו משום שהוא רשאי ליטול את אורו ואורו. וגם הבאנו שהרמ"ה סובר שאפילו היכא שאין הניזק משתמש בנכסי חבירו אסור לו לסמוך ולהכריח את המזיק אח"כ להתרחק. מיהו נראה שהדין הוא רק שהמזיק יכול לעכב את הניזק מלסמוך, אבל אם עבר הניזק וסמך, אסור להמזיק להזיקו ולסמוך לשם את הדבר המזיק כל זמן שהניזק נמצא שם, וכן משמע מלשונות הרמ"ה בריש אות כ"ה. ובטעם הדבר י"ל דהיינו משום שבכה"ג אין המזיק יכול לטעון ששלו הוא נוטל, אלא הרי הוא עושה פעולה של היזק ע"י הבל וכדומה, ומש"ה הרי הוא יכול רק לעכב את הניזק מלסמוך, וכן להוציאו אח"כ, אבל כל זמן שהוא נמצא שם, אין לו רשות להזיקו. וע"ע בלשון הרשב"א שם. מיהו לכאורה צ"ע מדברי הרמ"ה לעיל שם באות כ"ד בד"ה ושמענין וכו', דעיי"ש שכתב שאם סמך את בורו בהיתר, אין השני צריך להתרחק ו' טפחים לבדו אלא סגי לי' בהרחקת ג' טפחים לחוד, וביאר הרמ"ה דהיינו משום שאם יצטרך להתרחק לבדו את כל הששה טפחים הרי יצא שהראשון הזיקו על ידי זה, שהרי גרם לו להתרחק יותר מדינו, וא"כ למה הוצרך רבא לומר את הטעם של מרפית לארעא, תיפוק לי' משום שהראשון מזיק להשני ע"י שהוא מכריחו להתרחק ו' טפחים וכשיטתו הנ"ל שהניזק אינו יכול לסמוך על מנת שהמזיק יתרחק אח"כ יותר מדינו, וא"כ בע"כ צ"ל שהשני אינו צריך להתרחק ו' טפחים אלא מותר לו להשני לחפור לאחר ריחוק של ג' טפחים

לחוד עכ"ד דברי הרמ"ה. הרי שבכה"ג מתיר הרמ"ה להשני לבוא ולהזיק את הראשון ודלא כמשמעות לשונותיו באות כ"ה שציינו לעיל.

(מיהו אולי שאני הכא דכיון שאם יכריח את חבירו להתרחק יושחת הבור מש"ה מותר גם הוא להשחיתו. ואולי זה תלוי בעביד איניש דינא לנפשי ואכמ"ל בזה.) ולכאורה הי' נראה לומר דלא קשה מידי משום שגם בכה"ג הרי השני רק נוטל את שלו, דהיינו כותל בורו של הראשון שהוא נמצא בתוך רשותו, וא"כ הרי זה דומה להציור של חלון. מיהו זה אינו, דהא הסברא הזאת הזכיר הרמ"ה רק להלן שם באות כ"ד. ועוד קשה דבחלון גופי' באות כ"ה לא כתב הרמ"ה כדינו של הרשב"א אלא כתב רק שאסור לו לפתוח חלון משום שעיי"ז הרי הוא מכריחו לבעל החצר להרחיק אח"כ את כותלו, וזהו דלא כדינו של הרשב"א שבאמת יוכל בעל החצר לבנות כי הוא רק נוטל את אורו ואורו, וא"כ מאחר שהרמ"ה לא כתב שם את דינו של הרשב"א, למה גבי בור הרי הוא סובר שהשני מותר לחפור בורו ע"י הרחקת ג' טפחים לחוד כל זמן שהראשון נמצא שם. ועיי"ן גם בריטב"א בד"ה איכא דאמרי וכו' אביי וכו' שכתב את סברת הרשב"א שהפותח חלון לאורה לחצר חבירו הרי הוא משתמש בשל חבירו, וכתב הריטב"א שמשום כך בעל החצר מעכבו מלפתוח, ומשמע מדבריו שם שאם פתח לא יוכל בעל החצר לבנות כל זמן שהוא נמצא שם, ודלא כהרשב"א שרשאי ליטול את שלו. וצ"ע על הרמ"ה והריטב"א למה לא יוכל לומר כן. והקובץ שיעורים לעיל באות ל"ח הראה

שאינה עשוי' לבורות עכ"ד האבן האזל, ואילו אנו צדדנו שאפילו בעשוי' לבורות הרי הם נעשים בגדר אינה עשוי'.

ב. עיין באות קס"ב שצדדנו לומר שע"י החלטה לחדר לעשות בור נעשית שדהו שדה העשוי' לבורות.

קנח) דא"ל כי היכי דאת אימלכית וחפרת אנא נמי וכו'.

מלשון זה משמע שגם שדהו של הראשון שסמך אינה עשוי' לבורות, וצ"ע למה נקטו כן, דלכאורה אין שום נפ"מ בזה, אלא גם כששדהו של הראשון עשוי' לבורות אכתי יהי' אסור לו לסמוך לפי רבא.

ויש ליישב בהקדם דברי הקצה"ח בסי' קנ"ה סק"א דעיי"ש שהקשה מה הוא טעמו של המתיר לסמוך בשדה שאינה עשוי' לבורות, הרי במסקנת הסוגיא בדף י"ח ע"ב מבואר (לפי רש"י והר"י שם) שגם היכא שהי' לו היתר מסוים לסמוך, בכל זאת הרי הוא חייב להתרחק אח"כ, וא"כ נהי שסמיכה לשדה שאינה עשוי' לבורות מותרת בשעתה, אבל בכל זאת לאחר שהשני עושה בורו למה אין הראשון חייב להתרחק, ובשלמא אם השני חייב להתרחק ו' טפחים, א"כ שוב אין שום צורך להראשון להתרחק, אבל לפי הסוברים שהשני צריך להתרחק רק ג"ט א"כ למה אין הראשון חייב להתרחק אח"כ, ובשלמא אם הי' סובר שיש היתר מיוחד של סמך בקדימה א"כ זה הי' מועיל גם לאחר שבא הניזק וכמו שביאר הקצה"ח שם, אבל הרי חזינן שהמ"ד הזה סובר שאין היתר

שרש"י ותוס' בדף ז' ע"א פליגי בסברת הרשב"א, והיינו שרש"י סובר כסברת הרשב"א שהוא יכול להתקרב ולומר את אורי ואורי אני נוטל ואילו תוס' חולקים וסוברים שאסור לו להתקרב, ונשאר הקו"ש בצ"ע בנוגע למה היא סברת תוס'.

קנז) גדר עשוי' לבורות וגדר אינה עשוי' לבורות.

א. עיין ברש"י שכתב שעשוי' לבורות הוא כגון בית השלחין. ויש לעיין מה דינו של בית השלחין היכא שכבר יש שם מספיק בורות, דלכאורה יש סברא לומר שבכה"ג יתר המיצר מתהפך להיות נקרא שדה שאינה עשוי' לבורות כי אין סיבה לומר שעשוי בעל השדה להחליף את המקום של הבורות.

וכן יש לעיין בנוגע לשדה העשוי' לבורות, היכא שנכנס הראשון ה' טפחים ועשה בור, האם השני צריך להתרחק ג' טפחים מהמיצר משום שאסור לסמוך לשדה העשוי' לבורות, או האם יש לומר שאותן ה' טפחים נחשבים כבר כשדה שאינה עשוי' לבורות, כי מסתמא לא ירחיב הראשון את בורו, וא"כ די לו להשני להכנס רק טפח אחד כדי שיהיו ששה טפחים בין הבורות.

ובאבן האזל בפ"ט מהל' שכנים ה"י בסוף דבריו שם ראיתי ציור הפוך, והיינו כשהשדה של הראשון אינה עשוי' לבורות וכנס לתוך שלו ד' טפחים דכתב האבן האזל שם שסגי אם השני יתרחק ב' טפחים מן המיצר כדי שיהיו ו' טפחים בין הבורות ולא אמרינן שהטפחים שכנס הראשון נעשים עשויים לבורות כי שמא ירחיב את בורו, אלא הרי אותן טפחים נשארים בגדר שדה

מיוחד של סמך בקדימה דהא ס"ל שאסור לסמוך לשדה העשוי לבורות. ויישב הקצה"ח על פי שיטת הר"י מיגש שהביא שם בנוגע למרחיקין את האילן מן הגפנים דס"ל להר"י מיגש שאם שניהם באו יחד, דהיינו בעל האילן ובעל הגפנים, והשדה אינה עשוי לגפנים, אז אין בעל האילן צריך להתרחק, כי הוא יכול לומר לבעל הגפנים לאו כל כמינך ליטע גפנים כשאין זה הדרך, אלא או התרחק אתה את כל ההרחקה או אזיקך, וא"כ גם כאן מכיון שהשדה אינה עשוי לבורות הרי הסומך הראשון אומר להשני לאו כל כמינך לעשות שלא כדרך אלא או התרחק או אזיקך* (עכ"ד הקצה"ח. ולפ"ז יש ליישב את קושייתנו הנ"ל על הלשון של רבא, ולומר שהטעם של רבא שאסור הרי הוא באמת רק משום שגם הסומך הראשון עושה שלא כדרך ולכן ס"ל שאינו יכול לומר להשני לאו כל כמינך*), וכיון שעושה שלא כדרך הרי הוא צריך להתרחק כבר עכשיו, אבל אם שדה של הראשון עשוי לבורות אז גם רבא ה"י מודה שהוא יכול לומר להשני לאו כל כמינך. ושו"ר שכן כתב הפני שלמה לקמן בדף י"ח ע"א על תד"ה טעמא וכו' בדעת רבא. מיהו לפי זה יוצא שגם לפי הלשון הראשון יש ציור שרבא מתיר לסמוך,

והיינו באופן ששדהו של הראשון עשוי היא לבורות והרי הוא רוצה לסמוך לשדה שאינה עשוי לבורות, ולכאורה א"א לומר כן משום שבגמרא מקשינן על רבא ממאי דמשמע בהמשנה שהראשון מותר לסמוך, ואמרינן שבשלמא לפי הל"ב יש לאוקמה בשדה שאינה עשוי לבורות אבל לפי הל"ק קשה, ואילו להנ"ל גם להל"ק לק"מ משום שיש לאוקמה להמשנה בהציור הנ"ל שגם רבא מודה בו, ויש ליישב.

וע"ע בדף י"ח ע"א דאמרינן שאפילו רבא מודה שבעל הרפת מותר לסמוך את רפתו קודם שעשה בעל העלי אוצר משום שדירה שאני, ואילו לפי הפנ"ש (שגם רבא סובר כהר"י מיגש) לא ה"י הש"ס צריך לזה, דהא י"ל כהנ"ל דשאני גבי שדה שאינה עשוי לבורות שגם שדהו של הראשון אינה עשוי לבורות משא"כ ברפת בקר הרי בעל הרפת אינו עושה שום שינוי כלל, ולכן גם רבא מודה שהוא יכול לומר לבעל האוצר לאו כל כמינך וכמו שכתבנו שגם רבא מודה שמותר לסמוך לשדה שאינה עשוי לבורות היכא ששדהו של הסומך עשוי היא לבורות, ומהא דלא חילק כן הש"ס לכאורה מוכח שגם בכה"ג אוסר רבא (ובאמת גם מתוס' שם בד"ה טעמא וכו' מוכח דלא כהפני שלמה שהרי חזינן שלא תירצו שם

* והנה הרמב"ן השיג על הר"י מיגש בזה"ל, וזה הדין כמה הוא רחוק שיאמר אדם לחבירו לא תטע או אזיקך, ודברים הללו לא נאמרו אלא לענין הבא לסמוך בצד המיצר שאין חבירו רוצה לחפור בו עכשיו עכ"ל. ובספר משנת רבי אהרן בעמוד פ"ב אות ח' ביאר שהר"י מיגש סובר שכל הדין מזיק כאן נובע ממה שתיקנו חכמים תקנות מסוימות של הרחקה בהלכות שכנים, אבל באמת אינו נקרא מזיק

גמור מן התורה (עי' באות קנ"א שהארכנו בזה), וא"כ בכה"ג שהוא יכול לומר לאו כל כמינך לא תיקנו חכמים הרחקה, אבל בודאי אם ה"י נחשב מזיק מדאורייתא גם בלא תקנת חכמים, אז לא ה"י שייך לומר הך סברא של לאו כל כמינך אלא ה"י מוכרח לומר כדעת הרמב"ן.

** ואביי סובר שגם בכה"ג הרי הוא יכול לומר כן כיון שקדם.

את תירוצו של הפני שלמה עיי"ש).

ברם י"ל לפי הפני שלמה שהגמ' אמרה את התי' של דירה שאני כי אזלינן שהדרך הוא לעשות אוצר ואין זה נקרא שבעל העלי' שינה וא"כ קשה על רבא בהל"ב שאוסר לסמוך בשדה העשוי' לבורות אע"פ שהסומך אינו משונה כיון שגם הנסמך אינו משונה כשיעשה בור דעל זה צריכים שפיר את התי' של הגמ' ששאני באוצר ורפת בקר בגלל שדירה שאני.

מיהו עי' ברשב"א שם שהביא את פירושו של הר"י מיגש ב"דירה שאני" דכוונת הגמרא היא לומר שאין דרכו של בעל העלי' לעשות מדירתו אוצר ודבר רחוק הוא יותר אפילו משדה שאינה עשוי' לבורות ומש"ה מותר להתחתון לעשות רפת, ועיין גם ברמב"ן שם שהביא פירוש זה, והא דפירש הר"י מיגש דהוי יותר רחוק אפילו משדה שאינה עשוי' לבורות הרי זה כדי ליישב למה רבא אוסר בבורות (לפי הל"ק) ובכל זאת הרי הוא סובר שדירה שאני, ואילו לפי הפני שלמה לא הי' צריך לזה, ויש ליישב. ולקמן באות קס"ח נדון עוד בפירושו של הר"י מיגש על דירה שאני. ועכ"פ עיין עוד בקצה"ח שם ששוב הביא את שיטת הרמב"ן שחולק על סברת הר"י מיגש של לאו כל כמינך והרי הוא סובר שבעל האילן אינו יכול לומר לבעל הגפנים לאו כל כמינך. והקשה הקצה"ח שלפ"ז עדיין נשאר קשה מה הוא הטעם שמותר לסמוך לשדה שאינה עשוי' לבורות ואינו צריך להתרחק אח"כ כשיבוא השני לחפור את בורו. והנה לעיל שם בסק"י הביא הקצה"ח את לשונו של הרמב"ן בזה (הובא לעיל בסמוך כאן בהערה), ומבואר

שהרמב"ן עצמו כתב דשאני הכא בסוגיין דכיון שהראשון סמך כבר בהיתר, אז כשבא השני הרי הוא שפיר יכול לומר לו לאו כל כמינך. מיהו נראה שעל זה גופא מקשה הקצה"ח, דמה הוא טעם הדבר, דמה מהני מה שסמך בהיתר לפי מסקנת הסוגיא (וגם ליכא היתר מיוחד של קדימה כדחזינן מהא דאסור לסמוך לשדה שעשוי' לבורות וכהנ"ל). מיהו צ"ע אם אפשר להעמיס את זה בכוננת לשון הקצה"ח עיי"ש.

ועיי"ש בקצה"ח שתירץ שאע"פ שאין היתר מיוחד של קדימה כדחזינן מהא דאסור לסמוך לשדה שעשוי' לבורות, וכן סמך בהיתר אחר לא מהני לאח"כ לפי מסקנת הסוגיא, אבל בכל זאת כשהוא סומך לשדה שאינה עשוי' לבורות הרי זה נקרא היתר גמור, וזה מהני בציור של תרוייהו מזקי אהדדי כדי לפעול שלכו"ע השני צריך להתרחק את כל הו' טפחים, אשר בכה"ג לא יהי' שום היזק כלל, וממילא שפיר מותר לסמוך לשדה שאינה עשוי' לבורות ואינו צריך להתרחק אח"כ, ובכה"ג כו"ע מודים שהשני מתרחק ו' (ועיין בחזו"א בסי' י"ג סק"ב שהקשה על זה ממה שהמ"מ בפ"ט מהל' שכנים ה"י הביא את השיטה שהשני מתרחק רק ג' טפחים על שדה שאינה עשוי' לבורות).

קנט) כל מרא ומרא קא מרפית לה לארעאי.

עיין ברמ"ה באות כ"ד בד"ה איתמר וכו' שהבין שהכוונה היא שכבר עכשיו הרי הוא נחשב מזיק על הקרקע משום שהוא ממעט את תשמישו ומשווה אותה אינה ראוי' לבורות והוי לי' גירי'.

מיהו מדברי הרמב"ן בדף י"ח ע"א בד"ה
 הא דאקשינן וכו' יוצא שאפשר לפרש פירוש
 אחר, דעיי"ש בגמרא דמיייתנן הא דתנן
 שמרחיקין את הגפת וכו' מן הכותל ג"ט,
 ומדייקנן טעמא דאיכא כותל הא ליכא כותל
 סומך, וקשה על רבא דס"ל שאסור לו
 לסמוך, והביא הרמב"ן פירוש אחד
 שהקושיא היא לפי רבנן (וכ"כ תוס' בד"ה
 מרחיקין), אבל לפי רבי יוסי לא קשה מידי,
 משום שכל זמן שאין כותל הרי ליכא גירי
 דילי' (דבכל הנך שהביאה הש"ס לא שייך
 הסברא של כל מרא ומרא וכו'), ושוב כתב
 הרמב"ן עוד פירוש, והיינו שלעולם הקושיא
 היא גם לפי רבי יוסי וז"ל, ואיכא ליפרושי
 כיון דאפשר דכל הרחקות דמתניתין מודה
 רבי יוסי דגירי נינהו כדבעי למיכתב לקמן,
 ואילו איתי' לכותל הוו גירי, השתא נמי
 כגירי דמו, דהא ההיא שעתא דבני כותל הוו
 גירי' וכיון דסמך סמך עכ"ל, וא"כ לפי
 הפירוש הזה שוב לא צריכים לפירושו הנ"ל
 של הרמ"ה אלא אפילו אם לא הי' נקרא
 עכשיו מזיק על הקרקע, בכל זאת הי' אסור
 לו לסמוך אפילו לפי רבי יוסי, והיינו משום
 שמכיון שאילו הי' כאן בור הי' נחשב מזיק
 בגירי דילי' אם הי' סומך עוד בור, משום
 שעל ידי סמיכתו הרי הוא מרפה לארעא
 ומזיק את הבור הראשון, א"כ גם כשחפר
 לפני שיש שם בור הרי זה נקרא כגירי דילי'
 ואפי' אם לא הי' שייך לומר שיש כבר עתה
 היזק בגוף הקרקע, וכמו בגפת סמוך לכותל.
 ודע שהטור הביא מהרי"ף ורש"י שאסור
 לסמוך בצד המיצר כל הנך דברים שנזכרו
 בסוגיין ולא רק בור (ודלא כר"ת שסובר
 בדף י"ח ע"ב שלפי המסקנא רבא אוסר רק
 בור ואפילו לפי רבנן דלא בעו גירי דילי').

והקשה הדרישה בסי' קנ"ה אות מ"ז דהא
 אנן קי"ל כרבי יוסי וא"כ היכא שלא שייך
 הסברא של כל מרא ומרא וכו' וליכא
 עכשיו שום היזק ניכר וגירי דילי' אמאי
 אסור לסמוך. ותירץ הדרישה כהנ"ל שאין
 כוונת הסברא של כל מרא ומרא וכו' דוקא
 משום שנקרא שכבר עכשיו יש כאן היזק
 להקרקע, אלא גם בלא זה, כיון שאילו הי'
 כאן בור הי' נחשב מזיק על הבור בגירי
 דילי' משום הסברא של כל מרא ומרא וכו',
 א"כ מש"ה גם עכשיו הרי זה נחשב כגירי
 דילי', ומש"ה הה"נ ששאר הדברים שנזכרו
 בהמשנה כגון גפת וסלעים אסור לסמוך
 אפילו לפי רבי יוסי כיון שאילו הי' כבר
 כותל הי' נחשב גירי דילי'. וז"ל הדרישה,
 לכן נראה דהרי"ף וסייעתו שם לא ס"ל
 כתירוץ של תוס' הנ"ל (שקושיית הגמ' על
 רבא מגפת והאחרים הוא רק לפי רבנן),
 אלא ס"ל דמה שאמר רבא טעמא דכל מרא
 ומרא וכו' משום שאילולי האי טעמא לא
 הוי גירי דילי' כלל, דהא אפילו אם כבר
 חפר חבירו בור בצדו אין זה מזיק לו
 בחפירתו עד שיביא בתוכו מים וזהו לאו
 גירי דילי' כיון שההיזק בא אחר זמן,
 וממילא מש"ה הוצרך לומר דההיזק התחיל
 בכל מרא ומרא וכו', אבל בסמיכת הגפת
 אין צריך להאי טעמא, שגם אף אם אין
 כותל בשעת הסמיכה מ"מ מיד שיבנה
 חבירו הכותל בצד הגפת כשסמך זה יהי'
 ניזק מגפת שלו וכמש"כ לעיל, וזה מיחשב
 גירי שלו, ומשום הכי פריך הגמרא שפיר
 אף לרבי יוסי, וגם אליב"י מסיק הגמרא
 וקאמר דאה"נ אפילו בלא כותל אסור
 לסמוך וכו' עכ"ל. ועייין עוד באות קס"ו מה
 שכתבנו עוד בדעת הטור.

קס) כל מרא ומרא קא מרפית לה לארעאי.

עיינן בגמרא דמבואר שרבא סובר שאפילו לפי רבי יוסי אסור לסמוך בור בצד המיצר משום דחשיב עכשיו כמו גירי דילי' משום דכל מרא ומרא מרפית לארעא. והנה הרמב"ם בפ"ט מהל' שכנים ה"א פסק שהחופר בור סמוך לכותל בנין של חבירו צריך להרחיק ג' טפחים וסד בסיד, ובכל זאת בהלכה י' כשהביא את הציור של סמיכת בור בצד המיצר כשאין שם בורו של הניזק, לא הזכיר הרמב"ם כלל את הענין של סד בסיד, אלא כתב שמותר לסמוך לשדה שאינה עשוי' לבורות וכשהשני יעשה בור הרי הוא צריך להתרחק, ולא הזכיר שהשני צריך גם לסוד בסיד, ושוב כתב שם שאסור לסמוך לשדה שעשוי' לבורות אלא הרי הוא צריך להתרחק וגם בזה לא הזכיר שהוא צריך לסוד בסיד, וכן כשהשני יעשה בור כתב הרמב"ם שגם הוא צריך להתרחק ג"ט, וגם בזה לא הזכיר הרמב"ם שהוא צריך לסוד בסיד. וכבר נאמרו בזה כמה דרכים ונסדרם בעזהשי"ת באות קע"ט אבל נביא כאן את דרכו של הבית הלוי בח"ב סי' מ"ו אות ד' משום שהוא נוגע לסוגיא דהכא. ועיי"ש בבית הלוי שיסד שאע"פ שרבא אוסר לסמוך בצד המיצר גם לפי רבי יוסי משום שכל מרא ומרא מרפית לארעא, אבל מ"מ הרמב"ם סובר שטעם זה סגי רק בכדי לחייב הרחקה אבל לא בכדי לחייב סיד, והיינו משום שמלשון הרמב"ם בה"א משמע שהטעם שצריכים להתרחק ג"ט הוא משום שכל מרא ומרא מרפית לארעא אבל הטעם שצריכים סיד הוא כדי לעכב את ההיזק של המים, ולכן אם יש כבר להשני

בור, אז שפיר אסור לו לסמוך בור בלי לעשות סיד, ואפילו לפי רבי יוסי משום שהמים מזיקים להבור בדרך גירי דילי', אבל כל זמן שאין להניזק בור, אין כאן שום היזק מהמים בדרך גירי דילי', ועיינן בהאות הקודמת מה שהבאנו מהרמב"ן, ולכן נהי שהוא צריך להתרחק ג"ט כדי שלא להזיק עכשיו את הקרקע בדרך כל מרא ומרא וכו' אבל אכתי אינו צריך לעשות סיד (והמים אינם גורמים שום היזק לגוף הקרקע), וגם כשהשני סומך את הבור שלו לאחר זמן, אין ההיזק של מתונא שנעשה אז נחשב בגדר גירי דילי' כיון שבאותה שעה אין הראשון עושה שום פעולה (ועי' באות קס"ו בענין גירי דמוני'), ולכן הראשון שסמך את בורו סמוך למיצר אינו צריך לסוד בסיד לפי רבי יוסי, אבל לפי רבנן הרי הוא שפיר צריך. וביאר עוד הבית הלוי שהדרך הנ"ל הוא דלא כדעת תוס' בריש פירקין שסוברים שבלא מים אין צריכים אפילו הרחקה של ג"ט, וכן דלא כהראשונים האחרים שהבאנו באות קמ"ז סק"ה שסוברים שגם בלי מים צריכים לסוד בסיד, אלא הרי זה דעה שלישית והיינו שהרחקת הג' טפחים הרי הוא כדי שלא לגרום רפיון הקרקע, והסיד הוא כנגד ההיזק של המים (וכבר הבאנו בסוף אות קמ"ו שכ"כ המאירי).

וע"ע בבית הלוי שם שהקשה על דרכו הנ"ל מסוגיית הגמרא כאן, דהא בגמרא מקשינן על רבא מהמשנה דתנן שלא יחפור בור סמוך לבורו של חבירו ומדייקנן טעמא דאיכא בור הא ליכא בור שרי, וקשה לרבא, ואילו לפי דרכו הנ"ל הלא יש לתרץ בפשיטות שלעולם גם היכא דליכא בור אסור לסמוך, רק שהמשנה נקטה ציור שיש

שם בור משום שרצה לאשמועין את הדין של סד בסיד. ותירץ הבית הלוי שצ"ל שכוונת הגמרא היא להקשות לפי רבנן (וכהדרך שכתבו תוס' בד"ה מרחיקין עיי"ש).

ובאמת גם הרמ"ה כאן באות כ"ד בד"ה אתמר וכו' כתב כיסודו של הבית הלוי שאע"פ שרבא אוסר לסמוך אבל בכל זאת לפי רבי יוסי הרי הוא מודה שאינו צריך לעשות כסיד, והקשה על זה מהא דמקשינן לקמן על רבא מדברי רבי יהודה שבסלע הבא בידים זה מתרחק ג' וסד בסיד וכן השני, דחזינן מזה שגם הראשון שסמך בקדימה צריך לסוד, ות"י הרמ"ה כתירוצו של הבית הלוי והיינו שי"ל שרבי יהודה אתי כרבנן.

וע"ע בבית הלוי שם שביאר עוד דהא דאין השני צריך לסוד בסיד כשהוא עושה את בורו הרי זה משום שנהי שהראשון עשה בהיתר בזה שלא עשה סיד, אבל בכל זאת הרי זה נחשב שלא כהוגן, ומשום כך אין השני צריך לסוד בסיד, וכמו שמבואר בתוס' בדף י"ח ע"ב שאע"פ שהראשון עשה בהיתר אבל בכל זאת הרי זה נחשב שלא כהוגן עיי"ש, וממילא אין השני צריך לסוד בסיד אלא מותר לשום שם מים אע"פ דהוי גירי דילי, אבל להתרחק הרי הוא שפיר צריך כדי שלא להזיק בידים את הסומך ע"י כל מרא ומרא, דלענין זה לא מהני מה שהסומך עשה שלא כהוגן וכמש"כ תוס' שם.

מיהו אכתי צריך ביאור דהא גם היכא שהראשון סמך לשדה שאינה עשוי לבורות לא הזכיר הרמב"ם שהשני צריך לעשות סיד, ואילו בכה"ג לכאורה לא מיקרי

שהראשון עשה שלא כהוגן דהא שדהו של השני אינה עשוי לבורות (וע"ע בקצה"ח בסי' קנ"ה, הובא לעיל באות קנ"ח, שכתב שמה שהראשון סמך לשדה שאינה עשוי לבורות הרי זה בגדר היתר גמור יותר משאר ציורים של היתר), וא"כ למה אין השני צריך לעשות סיד. וכתב הבית הלוי שבכל זאת אין השני צריך לעשות סיד כיון שהראשון מזיקו, ואע"פ שהוא צריך להתרחק כדי שלא להזיק את הראשון בידים ע"י כל מרא ומרא וכו' אבל בכל זאת הרי זה רק בנוגע להרחקה משום שלענין להזיק את הראשון בידים ע"י כל מרא ומרא וכו' לא מהני הסברא הנ"ל שהראשון מזיקו (וכעין מה שכתבו תוס' בדף י"ח ע"ב שם שלא מהני לזה הסברא של שלא כהוגן), אבל בנוגע להזיקא דמים אע"פ שהוא בגדר גירי דילי, שפיר אמרינן שאין השני צריך להתרחק כיון שגם הראשון מזיקו (והמעייין בבית הלוי יראה שכוונתו היא כמו שכתבתי ושלכן נזהר מלומר שגם כשסמך לשדה שאינה עשוי לבורות הרי זה נחשב שעשה שלא כהוגן).

והוסיף הבית הלוי שרק בהלכה א' דאיירי הרמב"ם בכותל בנין דהראשון אינו מזיק כלל להשני וכשבא השני לחפור הא כבר יש לחבירו כותל, רק בכה"ג פוסק הרמב"ם שהשני צריך להתרחק וגם לסוד משום שגם המתנא מיקרי גירי כשיש שם דבר הניזק.

וע"ע בבית הלוי שהמשיך להקשות דהא בהמשנה תנן שצריכים סיד, ואילו לפי הנ"ל היאך יתכן דין זה של סד בסיד, דהא הראשון שסמך פטור מלעשות סיד, וכן גם השני פטור, וכפסקו של הרמב"ם (ודוחק

ושכוונת התנא היא לומר שהשני מתרחק ג' טפחים מכותל בורו של הראשון שנמצא בתוך רשותו. והקשה בהגהות פורת יוסף בסוף המסכתא דא"כ מה היא קושיית הגמרא כאן על אביי ממאי דנקטינן שכותל בורו שנינו, הלא גם לפ"ז י"ל כאביי שהראשון סמך בצד המיצר.

שו"ר ביד רמה באות כ"ד בד"ה ושמעינן וכו' שהקשה כהנ"ל על הגמרא למה לא מוקמינן הכי את המשנה לפי אביי, דהיינו שלעולם מכותל בורו שנינו, וכן לעולם איירי באופן שהראשון סמך בצד המיצר וכשיטת אביי, רק שהכוונה במאי דתנן שצריך להתרחק ג"ט מכותל בורו היא שהשני צריך להרחיק ג"ט מכותל בורו של הראשון שנמצא ברשותו, והוכיח מזה הרמ"ה שאם הראשון סמך בהיתר, סגי לי' להשני להתרחק ג' מחלל הבור ודלא כשיטת הרא"ש שהוא צריך להתרחק ו' טפחים דהיינו ג' טפחים מכותל בורו שקיבל הראשון ברשותו, אלא סגי בכה"ג בג' טפחים בין הבורות, ומש"ה שפיר מקשינן על אביי, וא"א לפרש את המשנה על הדרך הנ"ל דהיינו שהראשון סמך בצד המיצר וששוב חייב השני להתרחק ג"ט מכותל בורו דהיינו ו' טפחים מחלל בורו דהא בכה"ג סגי בזה שיתרחק רק ג' מחלל הבור וכהנ"ל.

וע"ע בלשון הרמב"ם בפ"ט מהל' שכנים ה"י שפסק שמותר לסמוך לשדה שאינה עשוי' לבורות וכתב וז"ל, ואם ימלך חבירו לחפור בור בצדו צריך להתרחק מן כותל הבור ג' טפחים עד שיהא בין חלל שתי הבורות ו' טפחים עכ"ל, הרי שכתב כעין סגנונו של הרא"ש שהשני מתרחק ג"ט מכותל הבור שברשותו (עיי"ש במ"מ). מיהו

להעמיד כשהראשון עשה סיד מעצמו אע"פ שלא הי' חייב). ותירץ הבית הלוי שלק"מ משום שלפי אביי הרי איירי המשנה באופן שבאו לחפור בכ"א, וא"כ מכיון שבכה"ג הרי זה נחשב כאילו יש כבר להשני בור וגם אביי סובר שאסור לסמוך בכה"ג א"כ הה"נ שצריכים לסוד בסיד, דהא מכיון שזה נחשב כאילו יש כאן כבר בור הרי נמצא שאם לא יעשה סיד הרי הוא מזיק את השני ע"י המים בדרך גירי דילי', אבל לפי רבא שסובר שהמשנה איירי בזה אחר זה אכתי צ"ע כהנ"ל.

והסיק הבית הלוי שצ"ל שהך דין של המשנה אתי כרבנן דרבי יוסי דלא בעו גירי דילי', ומש"ה לדידהו כשהוא סומך בור הרי הוא צריך לעשות סיד אע"פ שאין כאן עוד לחבירו בור ואינו מזיקו עכשיו את ההיזק של מתונא, אבל לפי רבי יוסי אין צריכים סיד אלא בצירור שבאו לחפור בכ"א.

קסא) אלא לאביי קשיא.

ע"י ברא"ש לעיל כאן שכתב וז"ל, ומתניתין איירי בין בשדה שעשוי' לבורות בין בשדה שאינה עשוי' לבורות, בשדה העשוי' לבורות קמ"ל אליבא דרבא שהראשון הוצרך להתרחק ג' טפחים, והשני מתרחק מכותלו ג' טפחים, ובשדה שאינה עשוי' לבורות והראשון סמך למיצר, קמ"ל דכותל בור הוא ג"ט טפחים, והשני מתרחק מכותלו ג' טפחים, ונמצא כונס לתוך שלו ו' טפחים (וכשיטת תוס' כאן), דכיון שסמך הראשון ברשות, מוטל על השני לעשות כל ההרחקה עכ"ל. הרי שכתב שהמשנה יכול להתפרש באופן שסמך הראשון בצד המיצר

ראיתי באבן האזל שם שביאר את כוונת הרמב"ם בדרך אחרת עיי"ש.

קסב) כשבאו לסמוך בב"א.

עיי' ברמ"ה באות כ"ד בד"ה אתמר וכו' (קרוב לסופו) שכתב וז"ל, ומסתבר דהיכא שבאו שניהם לחפור בב"א אפילו בשדה שאינה עשוי' לבורות, כל חד מינייהו בעי רחוקי לדברי הכל, דהא להאי לישנא בתרא דאביי לא שני לי' בין עשוי' לבורות לשאינה עשוי' לבורות, וכי מחייב להו לארחוקי מטעמא דאתו שניהם לחפור בב"א הוא דמחייב להו לארחוקי, דכמאן דאיתא לבור הניזק דמו, הלכך לא שנא בשדה העשוי' לבורות ולא שנא בשאינה עשוי' לבורות מחייב להו לארחוקי ואפילו לאביי עכ"ל. ולפי דבריו יוצא לכאורה שלפי הלשון הראשון שפיר שייך לומר שלפי אביי בשדה שאינה עשוי' לבורות אינם צריכים להתרחק אפילו היכא שבאו לסמוך בב"א, דהא חזינן שנחית הרמ"ה לצדד כן ושאינו פשוט לו כל כך מצד הסברא שהם צריכים להתרחק, רק שבכל זאת הכריע שהם צריכים להתרחק משום שלפי הלשון השני אין חילוק בין עשוי' לבורות לבין אינה עשוי' לבורות, וממילא מכיון שהלשון השני הוכרח לומר שבבאו בבת אחת, הרי הם חייבים להתרחק, הה"נ לאינה עשוי' לבורות, וא"כ הא תינח לפי הלשון השני אבל לפי הלשון הראשון אין לנו הכרח לומר שהם צריכים להתרחק ככה"ג.

מיהו באמת לפי הלשון הראשון נראה שפשוט יותר שלפי אביי בשדה שאינה עשוי' לבורות היכא שבאים לחפור בב"א הרי הם צריכים להתרחק, דהא לפי הלשון

הראשון הרי אביי מודה שאסור לסמוך לשדה שעשוי' לבורות, וא"כ מספיק לומר שמכיון שהם באים לחפור, הרי שדויתיהן מתהפכות להיות נחשבות עשויות לבורות, אבל לפי הלשון השני הרי אביי מתיר לסמוך אפילו לשדה העשוי' לבורות, וא"כ כדי לאסור כשבאו לסמוך בב"א צריכים אנו לומר דחשיב כאילו יש להשני כבר בור, וזהו חידוש יותר גדול.

מיהו באמת לפי מה שהבאתי באות ק"ס מהבית הלוי יוצא שגם להלשון הראשון צריכים אנו לומר דהוי כאילו יש כאן כבר בור, דהא אם לא נאמר כן, אלא נאמר רק דחשיב כשדה העשוי' לבורות, א"כ לפי רבי יוסי תיסגי בהרחקה בלי סד בסיד כיון שאין שם עוד בור, משא"כ אם נאמר שבבאו לסמוך בב"א הרי זה נחשב כאילו יש להראשון כבר בור, אז שפיר יצטרך השני גם לסוד בסיד.

מיהו באמת יש מקום לומר שאפילו לפי הלשון השני לא יצטרכו לסוד בסיד לפי רבי יוסי, והיינו משום שאע"פ שמודה אביי שבבאו לסמוך בב"א הרי זה נחשב כאילו יש להשני בור, אבל מ"מ י"ל שהיינו רק לענין לחייב בהרחקה לפי רבנן דרבי יוסי, אבל לפי רבי יוסי אכתי י"ל שלא מיקרי בגדר גירי דילי' ולא יצטרך לסוד. ולפ"ז יש ליישב לפי דרכו של הבית הלוי למה לא כתב הרמב"ם שכשבאו לחפור בב"א צריכים מיהא ששניהם יסודו בסיד כיון דחזינן בהגמרא שזה מיקרי כבר שיש לכל אחד שם בור. מיהו עיי"ש בבית הלוי שנקט שבבאו לסמוך בב"א, שפיר יצטרך כל אחד לסוד בסיד גם לפי רבי יוסי.

והנה כבר כתבנו שלפי הלשון השני הרי

ונראה שתוס' לא הקשו קושיא זו כי תוס' קיימי כאן על שדה שאינה עשוי' לבורות וא"כ בכה"ג הרי נקטינן שהשני לא יעשה בור בצדו, אבל הרשב"א קאי שם בפירוש בשדה העשוי' לבורות עיי"ש. מיהו אכתי צ"ע למה לא הקשו תוס' את קושיית הרשב"א ויקבעו הקושיא על עשוי' לבורות. והנה תוס' תירצו וז"ל, וי"ל דמ"מ אינו עושה לו היזק דהא דמרחיק יותר לא מפני שלא יזיקנו הבור אלא מפני שלא יזיק הוא לבור וכו' עכ"ל. ותירוצם של תוס' אינו מיישב את קושיית הרשב"א שהרי כשהשני ירצה לעשות בור הרי הוא יצטרך להתרחק גם כדי שלא יזיק ולא רק כדי שלא יזיק. ועיין גם בנ"י שהקשה בתחילה את קושיית תוס', ותירץ כתירוצם, ואעפ"כ שוב המשך להקשות את קושיית הרשב"א. ועי' לעיל בסוף ההערה השני' על אות קנ"ד שהארכתי קצת בזה.

ב. עיין במהרש"א ולעיל באות קנ"ד סק"ד.

קסד) תד"ה אביי אמר סומך (השני).

א. וז"ל, אומר ר"י דלשתי הלשונות לאביי דאמר סומך אם בא אחד לחפור בור לאחר מכאן צריך הוא להתרחק כל ששה טפחים עכ"ל. הנה מלשונם משמע שהי' מקום מצד הסברא לחלק בזה בין ב' הלשונות לפי אביי, וצריך ביאור איזה מקום יש לחלק בזה.

ויש לבאר על פי דברי הקצה"ח בס"י קנ"ה סקי"א שהביא שהיכא שהראשון סמך בהיתר גמור כמו בלוקח, אז לכו"ע השני

זה חידוש יותר גדול לחייב הרחקה כשבאו לסמוך בב"א מלפי הלשון הראשון, והיינו משום שלפי הלשון השני הרי אנו צריכים לדון כאילו יש לו כבר בור. מיהו נראה שבאמת אין בזה שום חידוש כלל אלא בודאי יצטרכו להתרחק, דהא כשהם מתחילים לחפור הלא אינם חופרים בקצב אחד, אלא בדרך כלל יוצא שבתחילה האחד מעמיק יותר ואחר שעה יתכן שהשני הגיע כבר לעומק יותר עמוק, וא"כ יש בכל אחד מהם שעה שהוא חופר ומזיק את עומק בורו של חברו שנמצא שם כבר, וא"כ אין כאן אפשרות להתיר אלא את החוליא הראשונה שהם חופרים בבת אחת. מיהו בצירוף שחפרו כל חוליא וחוליא בשוה ובבת אחת, שפיר י"ל שיש חידוש לומר שאסור, כי בכה"ג הרי הם חופרים באמת בב"א, ואע"פ שיש כבר בורות למעלה מהעומק שהם חופרים עכשיו, אבל יתכן שאין החפירה בעומק מוסיפה היזק למה שלמעלה ממנה, וצ"ע.

ובענין מה שצדדנו לומר שהיכא שבאו לסמוך בבת אחת הרי זה נקרא שיש שם כבר בור, עי' בקצה"ח בס"י קנ"ה סק"ג במה שכתב וז"ל, ונראה כיון דהנך כולהו וכו' עכ"ל.

קסג) תד"ה אביי אמר סומך (הראשון).

א. וז"ל, וקשה לרשב"א דהא מפסיד הוא שאם יטע אילן יצטרך להתרחקו יותר מחמת שסומך זה עד המיצר עכ"ל. והנה עיין בחידושי הרשב"א שהקשה באופן אחר והיינו שאם יסמוך הרי יכריח את חברו להתרחק ו' טפחים כשירצה לעשות בור.

צריך להתרחק את כל ההרחקה לבדו בציוור של תרוייהו מזקי אהדדי, והוסיף שממילא י"ל שאם סמך לשדה שאינה עשוי' לבורות אז לכו"ע השני צריך להתרחק את כל ההרחקה משום שגם זה נקרא היתר גמור, והשיטה שסוברת שהשני מתרחק רק את חצי ההרחקה סוברת כן רק כשסמך לשדה העשוי' לבורות, וא"כ לפ"ז מובנים היטב דברי תוס', והיינו שכוונתם היא לומר שלא רק היכא שסמך לשדה שאינה עשוי' לבורות, צריך השני להתרחק את כל הששה טפחים (דבזה כו"ע מודים לפי הקצה"ח), אלא אפילו כשסמך לשדה העשוי' לבורות. ועכ"פ עיין בחזו"א בסי' י"ג סק"ב בד"ה וכן וכו' שהקשה על הקצה"ח מדברי המ"מ בפ"ט מהל' שכנים ה"י שהביא את הדעה שהשני מתרחק רק ג' על הציוור של שדה שאינה עשוי' לבורות.

גם יש להסביר את כוונת תוס' על פי דברי האבן האזל בפ"ט מהל' שכנים ה"י בד"ה כתב וכו' שיש ללמוד מתוך דבריו שם דרך הפכית מהקצה"ח, והיינו שהיכא שהשדות אינן עשויות לבורות אז לכו"ע אין השני צריך להתרחק אלא ג' טפחים מהמיצר, והיינו על פי ההנחה שלעולם חפירת בור מזקת רק עד מרחק של ג"ט, והא דצריך ו' טפחים בין הבורות הרי זה כדי שלא יזיק כל אחד מהם את כותל בורו של חברו, והא דמחייבים את השני להתרחק את כל הו' כשסמך הראשון בהיתר, הרי זה משום שבאמת חכמים נתנו להראשון כותל הבור בתוך רשותו של השני, וזה שייך רק באופן ששדהו של הראשון היא שדה העשוי' לבורות, אבל אם היא אינה עשוי' לבורות לא אמרינן

שחכמים נתנו לו זכות כזאת (והרמב"ם שם איירי באופן שגם שדהו של הראשון אינה עשוי' לבורות), ולכן לכו"ע השני מתרחק רק ג', וא"כ גם לפ"ז א"ש דברי תוס' די"ל שכוונתם היא לומר שלא מיבעיא כשהשדות הן עשויות לבורות אלא אפילו כשהן אינן עשויות לבורות צריך השני להתרחק ו', ודלא כסברת האבן האזל (והנה באות קס"ב צדדנו שברגע שנמלך לעשות בור הרי שדהו מתהפכת להיות נקראת שדה עשוי' לבורות. מיהו נראה שאין זה סותר את דברי האבן האזל הנ"ל, משום שאכתי י"ל שהיכא שמטבעה אינה עשוי' לבורות, לא נתנו לו חכמים זכות זאת של כותל בור ברשות חבירו).

ב. צ"ע דלפי הר"י שהשני צריך להתרחק את כל ההרחקה, א"כ מה היא סברת רבא של כל מרא ומרא מרפית לארעא, הלא אדרבה מכיון שאם הראשון מותר לסמוך הרי השני יצטרך להתרחק את כל הו' טפחים א"כ יוצא שלא יסבול כלל מרפיון הקרקע.

ג. כבר הבאנו באות קנ"ד סק"ג שהרמ"ה סובר דלא כתוס' אלא שהשני צריך להתרחק רק ג', וסברתו היא משום שא"א לדרוש מהשני שיתרחק כדי שלא להזיק את כותל הבור דהא כותל הבור הוא מהקרקע שלו. וגם הנתייה"מ בסי' קנ"ה סקי"ב הקשה כן על הסוברים שהוא צריך להתרחק ו'. מיהו צ"ע על הרמ"ה דא"כ למה הוא צריך להתרחק אפילו ג', הלא גם אם הוא חופר בתוך ג' טפחים הרי הוא חופר בתוך שלו ולמה אינו רשאי לקחת את כותל הבור לעצמו כיון שהוא שלו. מיהו יש ליישב כדברי הנתייה"מ שם

שאם חפר ולא הרחיק ג' הרי הוא חייב למלאות כדי לסלק את ההיזק של מרפית לארעא עיי"ש, הרי שהוא שפיר מסתלק. מיהו י"ל שבודאי מועיל העובדא שהוא ממלאהו כדי לסלק קצת מן ההיזק ומש"ה הרי הוא חייב למלאות וכדברי הרשב"א, אבל בכל זאת אין ההיזק מסתלק לגמרי אלא אכתי נשאר שם קצת רפיון וממילא בודאי אסור לו לחפור ע"מ למלאותו אח"כ (רק שבשביל היזק פורתא כזה לא חייבוהו חכמים לשלם מדיעבד, אלא סגי בזה שהוא ממלאהו, וצ"ע).

ב. הרמב"ן הביא שיש מתרצים על קושיית תוס' שמהמשה משמע שאם ליכא כותל מותר לו לסמוך ולהשאירו שם גם אחר שיבנה השני את הכותל דאל"כ אלא שהוא שפיר חייב לסלק אח"כ את הגפת הי' לו להתנא להשמיענו חידוש זה, ועיין ברמב"ן שהקשה עליהם שא"א לדקדק דבר זה מלשון המשנה.

והנה עיין עוד ברשב"א שהקשה שמשוגיית הגמרא יוצא שלפי אביי הטעם למה קתני "מן הכותל" הוא כדי לאשמועינן שדוקא כשכבר נמצא שם הכותל אסור לו לסמוך, אבל כל זמן שאין כותל מותר לסמוך, וא"כ צ"ע למה הוצרך התנא לאשמועינן כן כל כך הרבה פעמים, דבשלמא לפי רבא הלא החידוש של המשנה הוא שדברים אלו קשים הם להכותל, וא"כ שפיר הוצרך התנא לאשמועינן כן בכל אחד ואחד*), אבל לפי

במי רגלים שהמתנותא קשה לכותל, ולכאורה כבר אשמועינן כן בהרחקת בור דהוי נמי משום מתנותא כדאמרינן בדף י"ט ע"א. וכן מתרצינן דקמ"ל הבבא של תנור שהבלא קשה לכותל, ולכאורה כבר אשמועינן כן בגפת וסלעים. ויש ליישב.

בתירוצו, דעיי"ש בנתיה"מ שכתב שהטעם של השיטה שסוברת שהשני צריך להתרחק ו' אינו כדי שלא להזיק את כותל הבור שנמצא ברשותו אלא הרי הוא משום ששיטה זו סוברת שחפירת הבור מזקת עד מרחק של ו' טפחים ומש"ה אם יתקרב בתוך ו' טפחים הרי הוא יזיק את הצדדים של בורו של הראשון*), וא"כ גם את השיטה השני' יש ליישב על הדרך של הנתיה"מ, והיינו שי"ל שכיון שחפירת בור מזקת לכה"פ עד מרחק של ג"ט מש"ה אם יחפור תוך ג' הרי יצא היזק לצדדי הבור של הראשון, אבל לעולם אין קפידא במה שהשני מזיק את הקרקע של עצמו. מיהו הרמ"ה שם לא הזכיר כלל את ענין ההיזק לצדדי הבור של הראשון עיי"ש.

קסה) ת"ש מרחיקין וכו' טעמא דאיכא כותל.

א. עי' בתוס' שכתבו וז"ל, תימה מאי קושיא הא ודאי מותר לסמוך כשאין כותל שאין מזיק כלום וכשיחפון זה לעשות כותל יסיר את הגפת עכ"ל. לכאורה כוונתם היא שנימא שרק גבי בור אוסר רבא משום שאפילו אם ימלאנו אח"כ, בכל זאת אכתי נשאר ההיזק של מרפית לארעא (ועיין גם בשו"ת רעק"א בסי' קנ"א בד"ה ע"כ וכו' שכתב שנשאר היזק). מיהו עיין בב"י בסי' קנ"ה אות י"ב שהביא את תשובת הרשב"א

(* וע"ע לעיל באות קנ"ד שהוספנו דהיינו גם כדי שלא להזיק את הכותל כל שהוא שצריך הראשון להכנס לתוך שלו כדי שלא להשתמש באדמת השני.

(** יש לעיין בזה דהא מתרצינן שקמ"ל מתניתין

למה יהי' אסור לסמוך לפי רבא הלא אין כאן העובדא של כל מרא ומרא מרפית לארעאי, וכתבו לפרש שרק לפי רבי יוסי הוצרך רבא להטעם של כל מרא ומרא וכו', ושקושיית הגמרא כאן היא לפי רבנן, אבל לפי רבי יוסי מותר לסמוך הנך דברים אפילו לפי רבא משום שאינם בגדר גירי דילי' (בהאות הבאה נבאר את דבריהם עיי"ש).

ועיין ברמב"ן בריש דף י"ח שכתב גם פירוש אחר וז"ל, איכא לפרושי דאליבא דרבנן מקשינן וכו' (וכמו שכתבו תוס'), ואיכא לפרושי כיון שאפשר דכל הרחקות דמתניתין מודה רבי יוסי דגירי נינהו כדבעינן למיכתב קמן, ואילו איתי' לכותל הוו גירי', השתא נמי כגירי דמו, דהא ההיא שעתא דבני לכותל הוו גירי' וכיון דסמך סמך עכ"ל, הרי שמצדד הרמב"ן לפרש שאע"פ שסמך המזיק בשעה שעוד לא נמצא שם הניזק, בכל זאת הוי כגירי דילי' (ועי' בחזו"א בסי' י"א סק"ג שכתב בשם הרמב"ן "שיש כאן חום הפועל עכשיו", וצ"ע).

והנה לפי דרכו של רש"י בדף י"ח ע"ב במסקנת הסוגיא יוצא שאם עשה את הדבר המזיק באמצע שדהו בהיתר גמור ואז מכר חצי שדהו עד המקום של הדבר המזיק לאיש אחר, הרי הוא חייב עכשיו להתרחק אע"פ שעשהו בהיתר גמור, והביאו הטור בסי' קנ"ה. ולכאורה יש לתמוה דהא אנן קי"ל כרבי יוסי וא"כ לא הי' לו להטור להביא דבר זה להלכה דהא בודאי לא מיקרי בשעת הסמיכה כגירי דילי', ואפילו לפי הרמב"ן, דהא לכאורה סברת הרמב"ן היא דחשבינן כאלו יש כאן כבר כותל כי השדה עומד לכותל וזה לא שייך באמצע שדהו ולא היתה כאן שום רשות הניזק כלל

אביי אם אשמועינן בחדא שמותר לסמוך הה"נ לכולהו, ע"כ קושיית הרשב"א. ברם לפי הפירוש הנ"ל שהביא הרמב"ן אתי שפיר, אלא שנצטרך להקדים את שיטת הרשב"א לקמן בדף י"ח ע"א בד"ה עוד נ"ל וכו' שאפילו לפי אביי שמותר לסמוך אבל בכל זאת בדבר שנקרא גירי דילי' הרי הוא חייב להתרחק אח"כ כשיבוא לכאן הדבר הניזק, דלפ"ז הרי מכיון דמשמע מהמשנה שמותר לו להשאירו שם גם אח"כ, וכהפירוש שהביא הרמב"ן, א"כ בע"כ צ"ל לפי הרשב"א שאינם בגדר גירי דילי', וא"כ שפיר הוצרך התנא לאשמועינן בכל אחד מהם שמותר לו לסמוך שם ולהשאירו שם לעולם דהא אשמועינן בזה שכל אחד ואחד מהם אינו בגדר גירי דילי' (ועי' לעיל באות קנ"א סק"ה וסק"ו בענין אם הוי גירי דילי' או לא).

ועכ"פ בדעת הרשב"א עצמו א"א לתרץ כהנ"ל, והיינו משום שהרשב"א לא תירץ את קושיית תוס' כמו שתירצו המפרשים שהביא הרמב"ן אלא הרשב"א תירץ בדרך אחרת, וא"כ משמע שהוא סובר כמו הרמב"ן דליכא שום משמעות מהמשנה שגם אח"כ הרי הוא יכול להשאירו שם ושאינו צריך להתרחק.

והרשב"א עצמו תירץ על קושייתו וז"ל, וי"ל דמשום דהני ניזקין דמתני' לא דמי חד לחברי' והייתי סבור לומר דדלמא לא בכל מקום אמרו כן לכך הוצרך לחשוב ולמתני כל הני עכ"ל.

קסו) ת"ש מרחיקין וכו' טעמא דאיכא כותל.

הנה תוס' כאן הקשו על קושיית הגמ'

ומה שייך לומר שזה נחשב כגירי דילי' (מיהו אולי סברת הרמב"ן היא שרואים אותו כמניח והולך כל הזמן אשר זה שייך גם בצירורו של הטור).

וראיתי בספר משנת רבי אהרן בעמוד ע' שהוכיח מכאן שהטור סובר ששפיר מיקרי גירי אע"פ שסמך לפני שבא שם הדבר הניזק, אבל לא מטעם הרמב"ן (וכתב כהנ"ל שבהציוור של הטור לא שייך ביאורו של הרמב"ן), אלא ס"ל להטור שהיכא שלאחר שיבוא שם הדבר הניזק הרי הדבר המזיק יזיקו בדרך גירי א"כ הרי הסומך חייב משום גירי דממונו של אח"כ, ולעולם לא מיקרי גירי דילי' משעת הסמיכה כמו שסובר הרמב"ן, אלא הרי הוא חייב על גירי דממונו של אח"כ, ולכן הרי הוא חייב להתרחק אפילו אם בשעת הסמיכה עשה כן באמצע שדהו. ועיי"ש במשנת רבי אהרן שהקשה על זה מהא דרבי יוסי מתיר לסמוך אילן סמוך לבור משום דלא מיקרי גירי דילי' כיון דליתניהו עוד להשרשים, דהא לפי הנ"ל למה מותר הוא להשאר שם לאחר שיבואו השרשים, הלא בההיא שעתא איכא גירי דממונו ע"י התפשטות השרשים. ותירץ דהיינו משום ששאני אילן שהפסדו מרובה ומש"ה הקילו רבנן, א"נ משום שעיקר יישוב העולם הוא באילנות, וכמו שכתבו הראשונים בדף י"ח ע"ב סברות אלו עיי"ש. וגם לפי הדרך הנ"ל אתי קושיית הגמ' כאן גם לפי רבי יוסי כי גם לפי רבי יוסי אסור לסמוך משום גירי דממונו.

קסז) תד"ה מרחיקין.

עיינן בדבריהם שהקשו מאי מקשה הש"ס על רבא הלא הכא גם רבא יודה שמותר לו

לסמוך כיון שיוכל להסירו כשיבנה השני את כותלו. ותירצו תוס' שני תירוצים: א', שגם בגפת הקרקע מתקלקלת עכשיו כמו בחפירת הבור. ועוד תירצו שצריכים לחשוש שמא אח"כ לא ירצה להסירו. והוסיפו שקושיית הגמרא על רבא היא רק לפי רבנן אבל לפי רבי יוסי באמת לק"מ אלא שפיר מותר לו לסמוך אפילו לפי רבא כי אין כאן דוגמת מרפית לארעא (ועי' בדרישה בס' קנ"ה אות מ"ז שכתב שגם לפי תירוצם הראשון קושיית הגמרא היא רק לפי רבנן וז"ל, דאף דגפת מקלקל הקרקע מ"מ אין הקלקול מתחיל אלא לאחר שמעמיד הכותל שם ואז הוי גרמתו ואינו מזיק בידים להיות גירי דילי' משא"כ חפירת בור דבהדי דחפר מרפה לארעא בכל מרא ומרא עכ"ל, וצ"ע). והנה יש להבין את מה שכתבו תוס' שלפי רבי יוסי לק"מ בשני דרכים:

א', שלפי רבי יוסי אפילו אם יש שם כבר כותל מותר לו לסמוך גפת משום שההבלא מזיק לאחר זמן ואין שום היזק מיד כמו שיש בחפירת בור דכל מרא מרפית לארעא. ב', שלעולם אם הי' שם כבר כותל הרי זה בודאי נחשב גירי דילי', רק שכוונת תוס' היא שמכיון שאין עוד כותל, ממילא עכשיו בשעה שהוא סומך אינו בגדר גירי דילי' וממילא לפי רבי יוסי גם רבא מודה שמותר לו לסמוך כל זמן שאין כותל, וכן לא שייך כאן לחשוש שמא לא יסירנה אח"כ משום שאפילו כשיבנה השני כותל לא יתחייב להסיר את הגפת משום שגם אז לא חשיב גירי דילי' כיון שבההיא שעתא לא עביד שום מעשה, וממילא הרי הוא מותר לסמוך עכשיו. ועיינן בנ"י שכתב כסברא זו. ובשו"ת רעק"א בס' קנ"א בד"ה כל הנך ראיות וכו'

העליון לאוצר מהו, האם גם בכה"ג מותר להתחתון לעשות רפת כיון שהעליון עדיין לא עשה את האוצר ממש או האם אסור להתחתון לסמוך בכה"ג את הרפת, ואילו לפי הר"י מיגש מאי קא מיבעיא לי, הלא מזה שכיבד וריבץ לאוצר חזינן להדיא שבדעתו לעשות אוצר.

ועיין גם בקצה"ח בסי' קנ"ה סק"ג שהביא הפי' הנ"ל מחי' הר"י מיגש ומחי' הרמב"ן והק' מעצמו את קושיית הרשב"א וכתב ב' תירוצים, ובתירוצו השני כתב שהר"י מיגש אזיל לשיטתו גבי הדין של מרחיקים את האילן מן הגפנים דס"ל להר"י מיגש שאם השדה של בעל הגפנים אינה עשויה לגפנים ושניהם באו ליטע, אז בעל האילן יכול לומר לבעל הגפנים לאו כל כמינך לעשות שלא כדרך, וא"כ לפ"ז מכיון שאין דרכו של בעל העליון לעשות מדירתו אוצר א"כ אפילו אם ידוע שהוא רוצה לעשות כן, בכל זאת יכול התחתון לעשות רפת בקר בגלל הטענה של לאו כל כמינך, אלא דהני מילי לפני שהעליון עשה כבר אוצר, אבל לאחר שעשה כבר אוצר, אז אין התחתון יכול לעשות רפת ולטעון טענה זו, כמו שאין בעל האילן יכול לטעון כן לאחר שסמך כבר בעל הגפנים, וא"כ לפ"ז י"ל שכוונת אביי שם היא לחקור באופן שכיבד וריבץ לאוצר האם זה מיקרי כאילו יש שם כבר אוצר וממילא אין התחתון יכול לטעון לאו כל כמינך או האם אין זה נחשב כאילו יש שם כבר אוצר עכת"ד הקצה"ח. ולפי הקצה"ח יוצא שאין טעמו של הר"י מיגש משום שאין אנו חוששים שמא יעשה מדירתו אוצר אלא טעמו הוא משום שבאמת אין לו זכות לעשות כן ולדרוש שהתחתון

הבין שכן היא גם כוונת תוס'. וכן ביאר הנתיחה"מ בסי' קנ"ה ריש סקי"ג את דבריהם, והוכיח כן מהא דכתבו תוס' בדף כ"ב ע"ב בשם הר"ח שכל הדברים שנשנו בתוך משנתנו הרי הם בגדר גירי דילי, וכן מבואר בבית הלוי בח"ב סי' מ"ו אות ד' ד"ה והנה.

דף י"ח ע"א

קסח) דירה שאני.

עיין ברש"י שפירש שהכוונה היא שאין לנו לאסור את דירתו עליו א"כ ההיזק הי' מוכן, ובשט"מ בשם הראב"ד פירש דכיון דהוי בגדר דירה א"כ אינו מיתחזי כמזיק. ולכאורה הפירושים הנ"ל מובנים רק אם נאמר כמו שהבאנו באות קנ"א מהקצה"ח והנתיחה"מ שההרחקות של נזקי שכנים אינן משום שהוא בגדר מזיק גמור אלא הרי הן תקנות חז"ל בין השכנים עכ"ד, דהא אם נאמר שהוא בגדר מזיק א"כ יש כאן איסור מזיק וא"כ איך שייך לחלק משום הסיבות הנ"ל, והרי דירה שאני הוא היתר להשאר שם גם אח"ג וכדמשמע מהברייתא כמש"כ הקצה"ח בססקי"א הובא להלן כאן.

ועיין ברשב"א בשם הר"י מיגש שפירש בדרך אחרת בזה"ל, אין בעל הבית צריך לימנע מלעשות בביתו חנות נחתומים מחשש שמא ימלך השני ויעשה מביתו אוצר לפי שלעולם אין אדם עושה מדירתו אוצר ודבר רחוק הוא יותר משדה שאינה עשויה לבורות ולדבר רחוק כזה לא חששו עכ"ל. ועיין גם ברמב"ן שהביא פירוש זה.

והנה הרשב"א הקשה על הפירוש הנ"ל של הר"י מיגש מהאיבעיות של אביי לקמן בדף כ' ע"ב דבעי אביי אם כבר כיבד וריבץ

יתרחק ממנו. ברם מלשון הרשב"א שהבאנו (שכתב "לא חששו") מבואר שכוונת הר"י מיגש היא משום שאין אנו חוששין שמא יעשה העליון אוצר. מיהו הקצה"ח לא הביא את דברי הרשב"א אלא הביא שם רק את דברי הר"י מיגש כמו שהם מובאים בחידושי הרמב"ן, ומלשון הרמב"ן אין הכרח.

(וע"ע בקצה"ח להלן שם בסוף סק"י"א שכתב וז"ל, אלא דלפי מה שמפרש הר"י מיגש בהא דמשני דתנא אם הי' רפת בקר קודמת לאוצר מותר משום דדירה שאני דהיינו משום שאין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר, ובזה תיקשי השתא דעשה אוצר למה לא ירחיק הרפת בקר כיון דבהיתר לא מהני (לאחר שבא השני, לפי מסקנת הסוגיא בע"ב), וכאן האוצר אינו מזיק, אלא דהר"י מיגש לפי מה שמפרש בגפנים דהיכא דאינו עשוי לכך לאו כל כמיני' א"כ בדירה נמי כיון דאינו עשוי לכך לאו כל כמיני' עכ"ל.) והנה כבר הבאנו את לשון הרשב"א שלעשות מדירתו אוצר הרי זה דבר יותר רחוק אפילו משדה שאינה עשוי' לבורות, וכ"כ הרמב"ן בהביאו את הפירוש הנ"ל של הר"י מיגש. ועכשיו ראיתי בספר חי' הר"י מיגש שפי' כן כדי לחלק בין כאן לבין הא דס"ל לרבא שאסור לסמוך אפילו לשדה שאינה עשוי' לבורות, ולכן חילק הר"י מיגש ששאני הכא שאין דרכו כלל לעשות מדירתו אוצר. וזהו עיקר כוונת הגמ' כאן לפי הר"י מיגש דהיינו שדירה שאני מבור משום דהוי יותר רחוק משדה שאינה עשוי' לבורות. ולפי הבנת הקצה"ח שטעמו של הר"י מיגש הוא משום הסברא של לאו כל כמיני' א"כ מעתה יוצא שלא אמרינן לאו כל כמיני' אלא בכגון אוצר שאין דרכו כלל

לעשות מדירתו אוצר, וכן גבי גפנים משום שאין הדרך כלל ליטע שם גפנים, אבל בנוגע לשדה שאינה עשוי' לבורות אין הסומך יכול לומר להשני לאו כל כמיני' לעשות בור.

וע"ע באות קנ"ח שרצינו לומר ביאור אחר למה אוסר רבא לסמוך בשדה שאינה עשוי' לבורות ואינו יכול לומר לאו כל כמיני' לפי הר"י מיגש, דכתבנו דהיינו משום דאיירי באופן שגם שדהו של הסומך אינה עשוי' לבורות, וכדאמרינן שם דא"ל כי היכי דאת וכו', וכתבנו שבאמת משום כך אמרו בגמרא שם לשון זה, דהיינו כדי להורות דאיירי באופן שגם הסומך עושה שלא כדרך, דמש"ה ס"ל לרבא שם שאינו יכול לומר לאו כל כמיני'. מיהו מהגמ' כאן יוצא דלא כהדרך הזה מהא דלא מחלק הגמ' כהחילוק הזה בין בורות לרפת ואוצר דהיינו שהכא הסומך אינו עושה דבר משונה, וצ"ע למה באמת לא חילקה הגמ' כן.

ובלא דברי הר"י מיגש בביאור הגמ' כאן היה נראה לומר שהגמ' לא חילקה כן כי אזלינן שהדרך הוא שפיר לעשות אוצר ואין זה נקרא שבעל העלי' שינה, והקושיא היא על רבא בהל"ב שסובר שאסור לסמוך לשדה העשוי' לבורות אע"פ שהסומך אינו משונה כיון שגם הנסמך אינו משונה כשיעשה בור, דגם כאן ברפת שניהם אינם משונים, אבל הר"י מיגש הרי מפרש שקושיית הגמ' היא גם משדה שאינה עשוי' לבורות ושכונת התירוץ של דירה שאני היא שהוי יותר שלא כדרך אפילו משדה שאינה עשוי' לבורות ואילו לפי הדרך שהבאנו באות קנ"ח למה לא תירצו דשאני ברפת שהתחתון הוא כדרך ולכן יכול לומר לאו כל כמיני'.

העלי' סופגים את הריח או את ההבלא והרי היא מתקלקלת. ועיין בפלפולא חריפתא על סי' ה' שברא"ש באות כ' שכתב כהדרך הזה בביאור דברי הרא"ש שם.

שו"ר בחידושי הגרש"ש בריש סי' ז' שתי' כהנ"ל את הסתירה בין תוס' כאן לבין דבריהם בדף כ"ב אבל בדרך אחרת וז"ל, דהכא שעושה קודם שהי' דבר הניזק לא הוה גירי דילי' רק בדירה וכה"ג דבכל יום ויום הוא מחדש את הנזק ע"י שעושה עשן בחנותו וכו' עכ"ל. מיהו לא ידעתי איך יישב רפת בקר דהא התם אין האדם ממשיך לעשות כלום. ברם הגרש"ש כתב שכדבריו כתב רעק"א בסי' קנ"א, וראיתי בסוף הסי' שכתב רעק"א כהנ"ל גם על רפת בקר וז"ל, דבגפת וכדומה לא הוי גירי דילי' בסמך קודם וכו' דשאני התם דברפת הוי ודאי גירי דילי' כיון דמתחדש ההיזק בכל יום וכו' עכ"ל. ויש גם מפרשים אחרים בסוגיין שכתבו שרפת בקר מיקרי גירי דילי' כל שעה.

מיהו לפי הדרך הנ"ל שכתבנו בשם הפלפולא חריפתא יוצא שדבריהם כאן הם כפירושם השני לעיל בד"ה מרחיקין, דהא בפירושם הראשון שם כתבו שגם גפת והאחרים מועילים לקלקל את גוף הקרקע אשר לפ"ז גם הם חשיבי גירי דילי' אפי' לפני שבנה הניזק את הכותל, ואילו תוס' הכא סוברים שרק ברפת בקר הוא כך, וא"כ מוכח דאזלי כאן לפי פירושם השני שם וכהנ"ל (מיהו עי' בדברי הדרישה שהבאנו באות קס"ז).

מיהו יש להקשות על הדרך הנ"ל שכתבתי בדעת הר"ח בדף כ"ב מתוס' לקמן בדף כ"ה ע"ב ד"ה עני והעשיר וכו' דמוכח מדבריהם שם שגם באוצר אין כאן עכשיו

ועיין גם ברמ"ה באות כ"ז שפירש כהר"י מיגש, ועיי"ש בלשונו שכתב "לא מצי למימר לי' למחר מימליכנא ועבידנא לי אוצר", ומשמע כהבנת הקצה"ח בהר"י מיגש ולא משום שאין חוששין.

קסט) דיקא נמי דקתני אם היתה רפת בקר קודמת לאוצר מותר.

עיין בתוס' שהקשו דדלמא קתני לה דוקא הכא גבי רפת בקר כדי לאשמועינן דאע"ג דהוה גירי דילי' בכל זאת מותר, דהשתא הוי חידוש אפילו לפי רבי יוסי, דאי הוה אשמועינן כן בהשאר, אז לא הי' בזה שום חידוש לפי רבי יוסי אלא רק לפי רבנן. והקשה התורת חיים דהא מדבריהם כאן יוצא שכל שאר הדברים בהמשנה אינם בגדר גירי דילי', ואילו בדף כ"ב ע"ב כתבו בשם הר"ח שהם שפיר בגדר גירי דילי'.

מיהו יש ליישב שכוונת תוס' בדף כ"ב ע"ב היא שכולם נחשבים גירי דילי' רק כשהוא סומך לאחר שכבר נמצא שם הדבר הניזק, אבל בסוגיין נתכוונו לומר שאם יסומך כשעדיין לא נמצא שם הדבר הניזק (כגון כותל), אז לא הוי בגדר גירי דילי', חוץ מגבי חנות של נחתומין תחת האוצר כמו שכתבו תוס' כאן, והיינו משום שהחנות מועילה לקלקל את גוף בנין העלי' וכמש"כ תוס' לעיל בד"ה לא יפתח (דנראה שזוהי כוונתם במה שכתבו שההבל מזיק את האוצר אבל את היין משביח דכוונתם היא שההבל מזיק את הבנין לענין לעשות בו אוצר רק שביין התירו כי כנגד זה יש המעלה שאת היין עצמו בדרך ישיר הרי הוא משביח), וגם ברפת בקר י"ל שעצי

שום גירי דילי, דעיי"ש בתוס' שהביאו את דרכם של ר"ת והר"ח שהביאו תוס' במסקנת הסוגיא בדף י"ח ע"ב שבאמת רבא מתיר לסמוך בכל מקום (אפילו לפי רבנן) חוץ מבור משום דכל מרא וכו', וכתבו תוס' שם שלפ"ז אין לנו צריכים את הסברא של דירה שאני, דהא גם בלא סברא זו הרי רבא מתיר לסמוך בכל מקום חוץ מגבי בור, ואילו לפי הנ"ל הרי שפיר צריכים את הסברא הנ"ל דהא רפת הרי היא כמו בור כיון שהוא מזיק עכשיו ע"י סרחון העלי, וא"כ מוכח שתוס' שם סוברים שאין הרפת בקר גורם עכשיו שום היזק כלל בדרך גירי דילי ולכן שפיר כתבו שאין לנו צריכים למסקנא את הסברא של דירה שאני.

והנה הרא"ש בסי' ה' הביא את הסברא של דירה שאני גם לפי המסקנא וכתב שאע"ג דהוי גירי דילי אבל מ"מ דירה שאני, ואע"פ שגם הרא"ש מסיק כר"ת שלפי המסקנא מתיר רבא לסמוך כל דבר חוץ מבור אבל בכל זאת צ"ל דהוצרך לכתוב את הסברא של דירה שאני משום דס"ל כדרכנו הנ"ל וכביאורו של הפלפולא חריפתא שם שכוונת הרא"ש היא לומר שהוא מסריח את עצם העלי אשר לפ"ז הרי הוא כמו בור ומש"ה שפיר צריכים לומר שדירה שאני.

מיהו רעק"א בתשובה קנ"א בד"ה אך עדיין וכו' ובד"ה ע"כ נראה וכו' כתב טעם אחר למה הביא הרא"ש הא דדירה שאני, והיינו משום שאע"פ שהוא סובר כר"ת אבל בכל זאת הרי הוא מצריך להתרחק אח"כ כשיבוא שם הדבר הניזק אם המזיק יהי בגדר גירי דילי, וגם אביי סובר כן (וכן כתב הרשב"א לעיל על דירה שאני), ודלא כר"ת

שמתיר גם להשאירו אח"כ, ומש"ה שפיר הוצרך הרא"ש לכתוב את הסברא של דירה שאני והיינו כדי לומר שברפת בקר אינו צריך להתרחק אפילו אח"כ. וגם הבית הלוי בח"ב בסוף סי' מ"ו כתב כדרכו של רעק"א כדי ליישב את הרא"ש.

והנה ע"ע בתוס' בדף כ"ו ע"א בד"ה זיקא וכו' שכתבו שהמשנה של מרחיקין את הגורן קבוע מן העיר אזלה כמו רבנן ולא כרבי יוסי. והקשה התורת חיים שם שזה סותר את מה שהביאו בשם הר"ח שכל המשניות הן ציורים של גירי דילי. מיהו נראה פשוט שכוונת תוס' בדף כ"ו שם היא רק לפי רבינא שם שסובר שגם רקתא לא מיקרי גירי דילי. ועיין שם בחידושי הרשב"א שכתב להדיא שרק רבינא יסבור שהמשנה של גורן קבוע הרי הוא כמו רבנן.

קע) דיקא נמי דתני עלה אם היתה רפת בקר קודם לאוצר מותר.

א. עיין בפירושו של הרשב"א בכוונת הדיקא נמי, ובמש"כ על זה בספר משנת רבי אהרן בעמוד ע"ח אות ב'. ועיין גם בבית הלוי בח"ב סוף סי' מ"ו שכיון לפירושו של הרשב"א, וכן כתב שם כעיקר דרכו של הגרא"ק אבל בהסבר אחר.

ב. עיין בתוס' שכתבו וז"ל, ולאביי לא קשיא האי דיקא, דלא משמע לי' שיהא חידוש בשאר טפי מדירה עכ"ל. ועיין בשט"מ בשם התוס' הרא"ש שכתב עוד שקושייתם בהדיבור הקודם מתרצת את קושייתם כאן, והיינו דאביי יאמר דתני כן דוקא גבי רפת בקר כדי לאשמעינן כן גם

לפי רבי יוסי. וע"ע בתורת חיים וכן בנתי"מ בס"י קנ"ה סק"ב שכתבו עוד תירוצים.

קעא) דיקא נמי דקתני הי' גדר בינתים זה סומך לגדר מכאן וזה סומך לגדר מכאן.

א. פירש"י דסגי בזה אפילו אם איירי במינים שיש בהם משום כלאים, משום שאע"פ שהשרשים הולכים ומתפשטים מתחת להגדר, אבל בכל זאת מכיון שאין תערובת למעלה אין כאן איסור של כלאים. והנה רש"י לעיל פירש שטעם המשנה למה אסור לסמוך אילן להשדה הרי הוא משום ההיזק שתעשה המחרישה. מיהו בשט"מ הובאו דברי הר"י מיגש שהביא גם פירוש אחר, והיינו שהטעם הוא משום האיסור של כלאים, והא דבעל האילן חייב לבדו בכל ההרחקה הרי זה משום שלכתחילה היתה שדהו עשוי לזרעים, והוא שינה אותה לאילנות, ומש"ה כל ההרחקה מוטלת עליו.

והא דרש"י כאן אינו לומד כן, י"ל דהיינו משום דדחיק לי לאוקמה באופן שבעל האילנות שינה ושקודם לכן היתה שדהו עשוי לזרעים.

ועיין עוד בשיטת הרא"ש שהבאנו באות ט"ו שהוא סובר שבעל האילן אחראי בשביל כלאים יותר מבעל הזרעים משום שזה נקרא שהאילן הוא זה שעושה מעשה ואוסר את הזרעים עיי"ש.

וצ"ע על פירש"י כאן מרש"י לעיל בדף ב' ע"א דמשמע מדבריו שם כהר"י מיגש שהחייב הרחקה הרי הוא משום כלאים.

ב. והנה הר"י מיגש חולק על רש"י גם בהמשך הסוגיא דאמרינן דיקא נמי הי' גדר בינתים זה סומך לגדר מכאן וזה סומך לגדר מכאן וכוונת הגמרא היא להוכיח מזה דאיירי בצונמא והיינו משום דאי ליכא צונמא א"כ אכתי יש כאן ההיזק של השרשים*, אבל האיסור של כלאים שפיר מסתלק ע"י הגדר, כן יוצא מדברי רש"י כאן, אבל הר"י מיגש פירש שם שהוכחת הגמרא היא משום שבלא צונמא עדיין צריך להיות כאן האיסור של כלאים, משום שלא סגי בהפסקת גדר למעלה אלא צריכים גם הפסק למטה, והיינו משום שהאיסור של כלאים חל בין ע"י תערובות לבד ובין ע"י יניקה לבד. ועיין בקו"ש כאן שכתב שלפי הר"י מיגש צ"ל דהא דאמרינן דמהני צורת הפתח וגוד אחית מחיצתה הרי זה איירי כשיש גם צונמא, וזהו חידוש גדול. ועיין גם במאירי בדף ב' ע"א בד"ה כבר ידעת וכו' שהביא את ב' השיטות, דהיינו שיש אומרים שלאיסור כלאים סגי בחדא, ויש אומרים שצריכים תרתי אבל יניקה בלי תערובות למעלה או תערובות בלי יניקה אינה אסורה. ובשבת דף פ"ד ע"ב כתב רש"י כשיטתו כאן דסגי בהיכר למעלה כדי לסלק את האיסור של כלאים עיי"ש.

והנה עיין בריטב"א בד"ה דיקא וכו' שהביא בשם רש"י פירוש שלישי בהדיקא נמי וכו', והיינו שסוברת הגמרא שהגדר הנזכר בתוך הברייתא איירי אפילו בגדר

* והרי מלשון המשנה משמע שמוותרים לסמוך גם בזה אחר זה, וא"כ גם על אביי קשה איך מותר להשני לסמוך, ובע"כ צ"ל דאיירי בצונמא, כן ביאר המהרש"א וכן כתבו הראשונים כאן.

נמוך שאין בו השיעור של הפסקה לענין כלאים, ולכן מדייק הש"ס דנהי שהוא מעכב את המחרישה, אבל אכתי יש בו משום כלאים, אלא ע"כ דאיירי בדאיכא צונמא. ולפי דבריו יוצא כפירושו של הר"י מיגש בכונת הדיקא נמי דהיינו שבלא צונמא יש כאן משום כלאים, אבל בדיני כלאים יוצא כרש"י שאם יש למעלה גדר כשיעור, תו לא איכפת לן ביניקה למטה (וכן אם יש צונמא ואין יניקה למטה לא איכפת לן בהתערובת למעלה).

וע"ע ברש"י לקמן בריש דף י"ט ע"ב בד"ה המבריך שסובר שם שיניקה לחוד אוסרת וצ"ע מדבריו כאן. מיהו תוס' בע"א שם בד"ה המבריך וכו' כתבו שיניקה לחוד אינה אוסרת. ובדברי הרמב"ן שם יש סתירה. והרשב"א שם סובר כהדעה שלא אסרינן עד דאיכא בין יניקה ובין עירוב כמו שנבאר כל זה לקמן באות קפ"ט.

קעב) מעמיק להן שלשה טפחים כדי שלא יעכב המחרישה.

עיי' בגמרא דאמרינן אי הכי (דאיירי בצונמא) אימא סיפא, היו שרשיו יוצאים בתוך של חבירו מעמיק להן שלשה טפחים כדי שלא יעכב המחרישה, ואי דמיפסק צונמא, מאי בעו שרשין התם, ומתצינין ה"ק ואי לאו צונמא והיו שרשיו יוצאין לתוך של חבירו מעמיק להן שלשה טפחים כדי שלא יעכב המחרישה. והקשו תוס' דאם איירי באופן שסמך שלא ברשות א"כ מה הוא הטעם שאינו קוצץ את כל האילן, ותירצו דהיינו משום שאינו קוצץ את האילן אלא א"כ נותן דמים, והכא איירי בלי נתינת דמים.

והרמב"ן פי' בשם תוס' שלעולם גם בלי נתינת דמים הרי הוא יכול לדרוש קציצת האילן רק שנקטו שהוא קוצץ את השרשים ולא שקוצצים את האילן כי נתכוונו לומר בזה שהוא קוצץ את השרשים ושהם נעשין שלו, כלומר בלי נתינת דמים. ושוב הקשה הרמב"ן דאי איירי שנטע את האילן שלא ברשות א"כ אמאי אינו רשאי לקצוץ אפילו יותר מעומק ג"ט (פי' וגם שרשים אלו יהיו שלו). ולפיכך פירש הרמב"ן שלעולם איירי באופן שנטע שלא ברשות, רק שהחזיק, ומש"ה אין בעל השדה יכול לקצוץ את האילן. מיהו לכאורה צ"ע דא"כ למה מותר לו לקצוץ את השרשים. וצ"ל דהיינו משום שנהי שבעל האילן קיבל חזקה להשאיר את אילנו שם, וכן קיבל חזקה שהשרשים יכנסו לתוך שדהו של השני, אבל אכתי לא קיבל חזקה ששרשיו יזיקו, דהא בעל השדה עדיין לא עשה שם שום חרישה, ומש"ה מותר לו לבעל השדה לקצוץ אח"כ את השרשים בעומק ג'.

מיהו הרא"ש כאן הביא מרבינו יונה שהטעם למה אסור לסמוך גפת ואח"כ כשהשני יעשה כותל יסלקנו (וכקושיית תוס' לעיל) הרי זה כי יוכל לטעון שקיבל חזקה, וזהו דלא כדברינו הנ"ל בדעת הרמב"ן. ועיי' בדברי הרא"ש עצמו שם שהוא חולק על רבינו יונה וסובר שאינה חזקה משום שלא הי' יכול למחות כי עוד לא הי' שם שום היזק, וא"כ גם לפי הרא"ש צריך לצאת שאצלינו תועיל החזקה גם על לאחר שיתחילו השרשים להזיק, דהא כאן אצלינו שפיר הי' יכול למחות שלא יכנסו השרשים לתוך שדהו.

עוד הביא הרמב"ן בתחילת דבריו בשם

הר"א אב"ד שפי' שאינו קוצץ את האילן משום שאיירי באופן שנטע את האילן בזמן שהי' שם צונמא ואח"כ איתרמי מילתא שנסתלק הצונמא, ומש"ה מותר לו להשאיר שם את האילן, רק שהלוקח קוצץ את השרשים בעומק ג', והרמב"ן חולק עליו וסובר שבכה"ג הרי הוא שפיר קוצץ את האילן אע"פ שנטע אותו בהיתר גמור. ועיין באות קע"ד שנדון בענין אם קשה על הרמב"ן משיטתו גבי היתר לקיחה.

קעג) מרחיקין את האילן מן הבור כ"ה אמה.

ובגמרא מדייקינן טעמא דאיכא בור הא ליכא בור סמיך וכו' כלומר וקשיא לרבא, והקשה הרשב"א כאן דהא לעיל בתחילת הסוגיא מבואר שלפי רבא הציור של סמיכת אילן לבור הרי הוא שוה להציור של סמיכת בור למיצר קודם שיש להשני בור ושאיין לדייק טעמא דאיכא בור וכו' ולהקשות מזה על רבא, דהא אמרינן שם שלפי רבא בודאי רבנן יאסרו גם סמיכת בור סמוך למיצר לפני שיש להשני בור, ואילו הכא משמע שכיון שיש כאן כבר את הבור הרי זה גרע מהציור של סמיכה לפני שיש שם הדבר הניזק ופרכינן על רבא מהא דמשמע שדוקא בכה"ג אסור, ומתריץ הרשב"א שבתחילת הסוגיא סברה הגמרא שאע"פ שכבר ישנו להבור שהוא הדבר הניזק, אבל מ"מ הרי עדיין אין השרשים שהם הדבר המזיק, ומש"ה הרי זה על מדריגה אחת עם סמיכת בור סמוך למיצר, דהתם ישנו להדבר המזיק אבל אין עוד הדבר הניזק, ולכן קאמר רבא שלפי רבנן שאוסרים לקרב את האילן הה"נ

שיהי' אסור לסמוך בור סמוך להמיצר, אלא שכל זה הוא לפי רבא, אבל אביי שמתיר סמיכת בור סמוך להמיצר הרי הוא סובר שהציור של סמיכת אילן לבור גרע טפי מסמיכת בור סמוך למיצר כיון שהדבר הניזק נמצא שם כבר וכמו שאמר אביי שם דזה מחשיבו למזיק גמור אע"פ שאין כאן עוד השרשים שהם הדבר המזיק, וסוגיית הגמ' כאן שמקשה על רבא קאזלה עם סברת אביי, עכת"ד הרשב"א.

והנה יש להעיר על ביאורו הנ"ל של הרשב"א דהא חזינן שהגמרא מקשה על רבא דטעמא דאית' להבור הא ליכא בור מותר לסמוך את האילן, וביאר הרשב"א שהגמרא אזלה עם סברת אביי דכיון שכבר נמצא שם הבור הרי זה גרע מסמיכת בור סמוך למיצר משום שתלוי באם הדבר הניזק נמצא שם כבר, מיהו צ"ע על מה שסוברת הגמ' כאן שרבא יסבור שלעולם ה"ה אם לית' עוד להבור אסור לסמוך את האילן (רק דקמ"ל שעד כ"ה אמה מזיק האילן להבור), דלכאורה צ"ע מהיכא תיתי שרבא אוסר בכה"ג שאין כאן לא הדבר המזיק, דהיינו השרשים, ולא הדבר הניזק, דהיינו הבור, ונהי שאביי סובר שכשישנו להבור הרי זה גרע מסתם סמיכה כיון שישנו להדבר הניזק, ואע"פ שאין כאן הדבר המזיק, אבל בכל זאת כשאין כאן לא הדבר הניזק ולא הדבר המזיק אולי כו"ע מודו שאין זה אפילו על מדריגת סמיכה. ולכאורה צ"ל דאזלה הגמרא כאן עם סברא ששפיר מיקרי שיש כאן הדבר המזיק, והיינו משום שמסתכלים על עצם האילן כהדבר המזיק, ואין מסתכלים על השרשים כדבר בפני עצמם.

קעד) בלוקח.

עיינן בסוגיית הגמרא דמוקמינן להמשנה דקתני אם הי' אילן קודם לבור לא יקוץ באופן שנטע את האילן באמצע שדהו ושוב מוכר. ושיטת רש"י כאן היא דאיירי דוקא באופן שהלוקח עשה את הבור לאחר המכירה, אבל אם עשה המוכר את הבור לפני המכירה, ושוב מכר את הבור, אז המוכר צריך להתרחק, והכוונה במאי דתנן שאם האילן קודם לבור לא יקוץ היא להיכא שהלוקח עשה את הבור, דאם איירי באופן שהמוכר עשה את הבור לפני המכירה א"כ קשה איזה נפ"מ יש באם עשה את הבור קודם או נטע את האילן קודם, ועי' בתוס', וברש"י בע"ב מבואר שרבינא שם מסיק שגם כשהלוקח עשה את הבור המוכר חייב להתרחק. והנה גם הרמב"ן בע"ב במלחמות (ועי' גם בחידושים) סובר שכוונת ר"פ היא להתיר רק כשעשהו הלוקח אח"כ, אלא שהרמב"ן סובר שגם מסקנת רבינא היא כך, וכוונת רבינא היא לפרש שכוונת ר"פ היא להתיר רק באופן שהלוקח הביא לשם אח"כ את הדבר הניזק, ודלא כדעת המקשן שם שסובר שכוונת ר"פ היא להתיר גם כשכבר הי' הדבר הניזק שם בשעת המכירה.

מיהו גם לפי המקשה שם שסובר שכוונת רב פפא היא להתיר גם כשהי' שם כבר הדבר הניזק, אכתי י"ל שיהי' נפ"מ מסוים בין היכא שהלוקח עשה את הבור לבין היכא שקנה את הקרקע עם עם הבור ביחד, והיינו דהיכא שלא פשע הלוקח בנפשי' הרי הוא יהי' רשאי להעמיק את השרשים ג' טפחים וכמו דאמרינן לעיל בנוגע להיכא שנסתלק הצונמא (כי בודאי לא נקרא הלוקח פושע בזה שהוא חורש, כי בודאי

השדה עומדת לחרישה), משא"כ היכא שפשע הלוקח י"ל שלא יהי' רשאי לעשות כן.

והנה כבר הבאנו באות קע"ב את שיטת הרמב"ן דהיכא שסמך בהיתר צונמא ואח"כ נסתלק הצונמא הרי הוא צריך להתרחק, וראיתי בספר משנת רבי אהרן בההערה בעמוד פ' שהקשה על זה דמאי שנא היתר צונמא מהיתר לקיחה, דהא בהיתר לקיחה אמרינן שאינו צריך להתרחק אח"כ. מיהו לא הבנתי את הקושיא, דהא כבר הבאנו שהרמב"ן סובר שהיתר לקיחה הוא רק היכא שסמך הלוקח אח"כ ופשע אנפשי', אבל היכא שלא פשע הלוקח אלא כבר הי' שם התשמיש הניזק בשעת המכירה, הרי גם ר"פ מודה שהמזיק צריך להתרחק, וא"כ תו לא קשה כלום על הציור של צונמא, דהא אדרבה בהציור שנסתלק הצונמא הרי לא פשע השני כלום וא"כ שפיר כתב הרמב"ן שחייב הראשון להתרחק (כשמסתלק הצונמא) כמו שבהיתר לקיחה הרי הוא חייב להסתלק כשלא פשע הלוקח. ואולי כוונת הגרא"ק היא להקשות לפי תחילת הסוגיא דהיינו לפי המקשה שם על רב פפא שסובר שרב פפא התיר להשאר שם בכל הציורים של לוקח.

ועכ"פ עיי"ש במשנת רבי אהרן שחילק בין היתר צונמא לבין היתר לקיחה וז"ל, דהא דהיתר דלקיחה מהניא אין זה משום שאין שם מזיק על הסמיכה, אלא משום דזכה בתשמיש המזיק לפני שחל עליו חיוב הרחקה, וכל זה בהיתר דלקיחה, שסמך לפני שהי' לניזק עצם זכות ודין שכנים לחייבו (להמזיק) בהרחקה, משא"כ גבי צונמא, אה"נ עצם הסמיכה מותרת, אבל מ"מ לא

שייך זכי' באילן, כיון שישנו כבר לדין הרחקה, ולכן שפיר צריך להתרחק אח"כ כשניטלה הצונמא עכ"ל.

והנה עד עכשיו נקטנו שהטעם לחלק ולומר שיש היתר לקיחה רק כשסמך הלוקח אחרי המכירה אבל לא היכא שכבר הי' שם הדבר הניזק בשעת המכירה, הרי הוא משום שהיכא שסמך הלוקח אח"כ הרי איהו דפשע אנפשי'. מיהו ראיתי במשנת רבי אהרן בעמוד פ"א ביאור אחר בזה וז"ל, ונראה בהסבר שיטתם (שיש היתר לקיחה רק כשסמך הלוקח אחרי המכירה) על פי מה שנתבאר למעלה, דהיתר דלקיחה מהני מצד שסמך התשמיש המזיק לפני שהי' כאן דין דשכנים שעל המזיק להתרחק את עצמו, דבזה זוכה בהתשמיש ובהזכות להחזיקו ברשותו, ושוב לא מתחדש עליו חיוב הרחקה בהמכר, וללא חיוב הרחקה לא חשיב מזיק, וממילא אין צריך להתרחק, ונראה דרבינו יונה והרמב"ן (שסוברים את החילוק הנ"ל) סוברים דבלקיחה לחוד, דהיינו באופן שישנו להדבר הניזק בשעת המקח, לא שייך לומר שזכה בהתשמיש המזיק בסמיכתו לפני המקח, דבשעה שנעשו שכנים ע"י המקח, הנה אז מתחדשים זכותי השכנים ודיני ההרחקה, וכך לי סמכו שניהם לפני המקח כבאים שניהם לסמוך לאחר המקח, שהרי מתחדש דין ההרחקה עכשיו בשעת המקח גם על התשמישים המזיקים שהיו קבועים כאן מקודם, ולכן כל שישנו לדבר הניזק בשעת המקח, על המזיק להתרחק, אבל כשסמך בהיתר דלקיחה, וגם לאחר המקח עדיין לא סמך הניזק, דתשמיש המזיק הי' קבוע

קודם לעצם דין ההרחקה, וגם לאחר שנעשו שכנים עדיין ליכא להדבר הניזק, הנה בזה שפיר אמרין דלא מתחדש דין הרחקה על התשמיש אח"כ בסמיכת הניזק, ולכן שפיר מהני היתר דלקיחה בצירוף קדימה לניזק עכ"ל.

דף י"ח ע"ב

קעה) שיטת רש"י והר"י בסוגיא דחרדל.

א. שיטת רש"י, ודברי הרמב"ן בחידושים ובמלחמות.

עיין בתוס' בשם הר"י איך שפירש את הגמרא לפי שיטת רש"י, והיוצא מדבריו הוא שלפי אב"י שסובר שמותר לסמוך א"כ המחלוקת שבין רבי יוסי ורבנן בענין חרדל ודבורים איירי באופן שסמך בעל הדבורים בתחילה כיון שמותר לסמוך, ותרוייהו סברי שגם דבורים מזקי לחרדל, רק שרבנן סברי שהמזיק השני דהיינו בעל החרדל חייב להתרחק, ואילו רבי יוסי סובר שגם בעל החרדל מותר לסמוך כיון שהראשון עשה קצת שלא כהוגן, דאע"פ שמותר לסמוך, בכל זאת הרי זה נחשב קצת שלא כהוגן. ועיין בחידושי הרמב"ן בסד"ה אי הכי וכו' שכתב טעם אחר למה סובר רבי יוסי שבעל החרדל אינו צריך להתרחק, והיינו שיכול בעל החרדל לומר לבעל הדבורים הלא אילו סמכתי אני בתחילה, הי' אתה צריך להתרחק, ולכן עכשיו נהי שאתה סמכת תחילה אבל בכל זאת גם אני איני צריך להתרחק.

ועיין ברמב"ן במלחמות שכתב דרך שלישי בביאור טעמו של רבי יוסי, והיינו

דלא מחשיב ליה לבעל החרדל בגדר מזיק כלל, והיינו משום שיכול בעל החרדל לומר לבעל הדבורים הו"ל להדבורים שלא לאכול, ולכן רק הדבורים הם בגדר מזיק, וגם בחידושיו בד"ה ה"ג וכו' הזכיר הרמב"ן דרך זה.

ולפי כל הפירושים הנ"ל צריכים להסביר למה בבור אמרינן שכשסמך הראשון בהיתור, השני שפיר חייב להתרחק, וכתבו תוס' שהתם הרי זה משום שאם יעשה השני בור הרי יזיק את הראשון בידים על ידי שכל מרא ומרא מרפית לארעא, ומש"ה אע"פ שהראשון עשה קצת שלא כהוגן, בכל זאת על השני להתרחק. ועיין לעיל באות ק"ס בענין אם השני צריך לעשות גם סיד

והרמב"ן בחידושיו בד"ה אי הכי וכו' תירץ דשאני גבי בור שכשהשני יעשה בור אין עכשיו שום התחדשות של היזק מצד בעל הבור הראשון, דהא ההיזק של כל מרא ומרא וכו' כבר קרה כשהראשון עשה את בורו, ולכן בכה"ג אמרינן שהשני צריך להתרחק, משא"כ בדבורים וחרדל הרי כשיעשה השני את החרדל הרי הדבורים יעשו התחדשות של היזק עכשיו ע"י שיאכלו עכשיו את החרדל (ועיין לעיל שם שכתב גם דרך אחרת).

ובספר משנת רבי אהרן בעמוד ס"ז בד"ה והכי מבואר וכו' ביאר דהא דלא תירצו תוס' כהרמב"ן הרי זה משום שאולי לשיטתם בריש פירקין שהבור של המשנה הוא בור שיש בו מים דאיכא גם היזק של מתונא וא"כ לפי שיטתם יוצא שהבור של הראשון מזיק בפועל גם בשעה שהשני סומך את בורו, ומש"ה כתבו תוס' תירוצן אחר והיינו ששאני בורות שהשני אם

יסמוך הרי יזיק את הראשון בידים ע"י כל מרא ומרא וכו', אבל הרמב"ן אזיל לשיטתו שהבור של המשנה אין בו מים. וע"ע לעיל שם במה שהביא מדברי תוס' בד"ה מכלל.

ב. דברי תוס', והקצה"ח בס"י קנ"ה סקי"א.

והנה תוס' כתבו שלפי רבנן חייב בעל החרדל להתרחק את כל השיעור של ההרחקה כמו שבבור לפי אביי השני צריך להתרחק את כל הששה טפחים ולא רק ג"ט וכשיטתם לעיל בדף י"ז ע"ב. וכתב הקצה"ח בס"י קנ"ה סקי"א שלפ"ז יוצא שלפי הראשונים שסוברים שבעל הבור השני מתרחק רק ג' טפחים א"כ גם כאן בעל החרדל יצטרך להתרחק רק חצי מהשיעור של ההרחקה. והחזו"א בס"י י"ג סק"ב הקשה על הקצה"ח דדלמא רק בבורות הרי הם סוברים שהשני מתרחק רק ג' טפחים משום שבאמת חפירת בור מזקת רק עד מרחק של ג"ט, רק שצריכים ו' טפחים בין הבורות כדי שלא יזיק כל אחד מהם את כותל בורו של חבירו, ולכן באופן שסמך הראשון עד המיצר, שפיר אין השני צריך להתרחק ו' טפחים, כי בכה"ג אין לו להראשון הזכות של כותל בור כיון שהוא הקרקע של השני, אבל בעלמא, לעולם אימא שהשני צריך להתרחק את כל השיעור של ההרחקה.

והנה כבר הבאנו לעיל באות קנ"ד ס"ק ג' שהרמ"ה כתב כסברתו של החזו"ן איש בענין למה סגי אם בעל הבור השני מרחיק רק שלשה טפחים, אבל עיין בס"ק ב' שם שהבאנו שמהרשב"א שם משמע ששפיר יש צורך להשני להתרחק ששה טפחים גם

הרי יזיק את הראשון בידיים על ידי הא דכל מרא ומרא מרפית לארעא משא"כ בחרדל, והרי תוס' בעצמם משתמשים בסברא זו בדעת רבי יוסי כדי להסביר שאע"פ שבעל החרדל רשאי להתקרב כיון שבעל הדבורים עשה שלא כהוגן, בכל זאת בעל הבור השני אסור להתקרב. ויש ליישב.

ד. דברי רבא, ודברי הקצה"ח בסי' קנ"ה סקי"א.

והנה כל הנ"ל הי' בנוגע לאיך מפרש אביי את מחלוקתם של רבי יוסי ורבנן, אבל רבא מוקים לה בלוקח, דהיינו באופן שזרע בעל החרדל תחילה, והי' מותר לו לעשות כן כי כל השדה היתה שלו, ואח"כ מכר חצי השדה עד סוף מקום החרדל, והלוקח רוצה לעשות דבורים, ובכה"ג אע"פ שזרע את החרדל בלי איסור, אבל בכל זאת לאחר שמכר, והלוקח רוצה לעשות דבורים, סוברים רבנן שבעל החרדל צריך להתרחק, אבל לא בעל הדבורים משום שהדבורים אינם מזיקים את החרדל, ורבי יוסי סובר שגם הדבורים מזיקים את החרדל ומש"ה בעל הדבורים צריך להתרחק את כל ההרחקה כי הוא המזיק השני וגם אין כאן שלא כהוגן מצד בעל החרדל.

והנה הקצה"ח שם הקשה שלפ"ז למה סובר אביי שהיכא שעשה בור סמוך לשדה שעשוי' לבורות, שוב אינו צריך להתרחק, דנהי שבשעתו הרי עשאו בהיתר אבל אח"כ למה אינו צריך להתרחק כמו שחזינן לפי רבנן שאע"פ שעשה בעל החרדל בתוך שלו אבל בכל זאת הרי הוא צריך להתרחק, (ואע"פ שהכא תרוייהו מזקי אהדדי אבל הרי הראשון עשה שלא כהוגן וא"כ לא דמי לדברי רבי יוסי), וכן ברפת בקר קודם

בכה"ג וכבר ביארנו לעיל באות קנ"ד דהיינו או משום שגם בכה"ג יש לו זכות של כותל בור, או משום שחפירת בור מזקת עד מרחק של ו' טפחים ומש"ה אם יתקרב בתוך ו' טפחים הרי יזיק את צדדי הבור שבשדהו של הראשון או הקרקע כל שהוא שהשאר הראשון משדהו בשביל כותל בורו), רק שבכל זאת הרי הוא יכול לטעון לא דיך שסמכת עד המיצר אלא שאתה רוצה גם להטיל את כל ההרחקה עלי, וא"כ י"ל שהקצה"ח אזיל כטעמו של הרשב"א ולכן גם בחרדל יש לו לבעל החרדל טענה זו ולא יצטרך להתרחק את כל השיעור של ההרחקה.

והנה מלשונם של תוס' נראה באמת כתלייתו של הקצה"ח, שהרי כתבו שבעל החרדל מתרחק את כל השיעור של ההרחקה כמו שבעל הבור השני מתרחק ו', ומשמע שאילו הי' בעל הבור השני חייב להתרחק רק ג' טפחים, הוא הדין שהיינו אומרים כן גם בנוגע לבעל החרדל. מיהו יש לדחות שכוונתם היא רק שלפי שיטתם שבבורות השני מתרחק ו' א"כ אז בודאי שבעל החרדל יצטרך להתרחק את כל השיעור, משא"כ אם היינו מוצאים שבעל הבור השני צריך להתרחק רק ג"ט, אז לא הי' הכרח לומר שבעל החרדל צריך להתרחק את הכל, אלא הרי זה הי' תלוי באיך היינו מבינים דין זה שבעל הבור השני מתרחק רק ג' טפחים, אם כהרמ"ה אם כהרשב"א.

ג. קושיא על תוס'.

והנה הקשני חכם אחד דמה היא ראיית תוס' ממה שבעל הבור השני צריך להתרחק את הכל שגם בעל החרדל צריך להתרחק את הכל, הלא שאני בבור שאם השני יתקרב

לאוצר דגם לרבא מותר משום שדירה שאני למה אינו צריך לסלק את הרפת אח"כ כשעמד הניזק כמו בלוקח (ועיין בחי' הגרש"ש בסוף סי' ז' בד"ה ובמה וכו' שרצה לומר שאולי לפי מסקנת רבינא גם אביי סובר שבעל הבור הראשון צריך להתרחק לאחר שכבר חפר השני בור. מיהו עדיין לא תירץ הגרש"ש בזה את מה שהקשה הקצה"ח שגם לפי רבא חזינן ברפת בקר קודם לאוצר שבעל הרפת אינו צריך להסתלק אח"כ).

וכתב הקצה"ח שטעמו של אביי אינו משום שעשה את המזיק בהיתר, דאי משום הא, בודאי הי' צריך להתרחק אח"כ, אלא טעמו הוא משום קדימה, כלומר שהוא סובר שהיכא שסמך להמיצר קודם שהגיע שם הניזק ואינו אז בגדר מזיק אין עליו דין הרחקה לא בשעה שהוא סומך וגם לא אח"כ כי היכא שמותר לסמוך בגלל שהוא קודם הרי זה עדיף משאר היתרים, אבל רבא הרי חולק על הדין הזה של סמיכה בקדימה, והרי הוא סובר שאסור לו לסמוך אע"פ שאין הניזק נמצא שם, ולכן גם היכא שעשאו בהיתר כגון בציור של לוקח הרי הוא צריך להתרחק אח"כ וכדברי רבינא כי מיד אחרי הלקיחה אסור לו להשאר שם כמו בסומך בור, ומה שהי' שם בהיתר לפני הלקיחה אינו עוזר לאח"כ, ואביי חולק באמת על רבינא משום ששפיר אית לי' להדין של סמיכה בקדימה, ושפיר רשאי בעל החרדל להשאר שם אחרי הלקיחה כיון שאין שם עוד דבורים (וכמש"כ רש"י שהלוקח עשה את הדבורים) וכמו שיש לו רשות לסמוך בור, וממילא יש כאן היתר קדימה, ומש"ה גם אחרי שיבואו הדבורים

לא יצטרך להתרחק, אבל לעולם מודה אביי שהיכא שסמך על פי איזה היתר אחר, כגון נתינת רשות לזמן מסוים, הרי הוא צריך להתרחק אח"כ, רק שאביי מתיר לו להשאר שם היכא שסמך בהיתר קדימה, ורבא לית לי' הך דין שמותר להקדים ולסמוך להמיצר אלא ס"ל שאסור לו להחזיק את הדבר המזיק סמוך למיצר אפילו ע"י קדימה, ומש"ה סובר רבא שבהציור של לוקח הרי הוא צריך להתרחק מיד אחרי הלקיחה אע"פ שעשאו לפני הלקיחה ולא מהני מה שבשעה שעשאו בתחילה לפני הלקיחה עשאו בהיתר, וכמו שאביי עצמו סובר בשאר הציורים של היתר מלבד קדימה, אבל בציור שגם רבא מודה שיש היתר להקדים ולסמוך להמיצר, כגון ברפת בקר קודם לאוצר משום שדירה שאני, התם הרי הוא מודה שגם אח"כ אינו צריך להתרחק כמו לפי אביי בכל ציור של היתר קדימה (והנה בדבריו אלו נוקט הקצה"ח שהסברא של דירה שאני אינה סברא שיכולה בפני עצמה לגרום היתר להשאר שם אח"כ, אלא הטעם שמותר לו להשאר הרי הוא רק משום שעיי"ז יש כאן היתר קדימה שמועיל כמו לאביי, וזהו דלא כדברי רעק"א בדעת הרא"ש שהבאנו באות קס"ט).

ועיין בהגרש"ש שם שרצה לתרץ בדרך אחרת, והיינו שי"ל שאביי חולק על כל עיקר הדין שהיכא שסמך בהיתר הרי הוא צריך אח"כ להתרחק, אלא ס"ל שכל היכא שסמך בהיתר, יהי' מאיזה היתר שיהי' (כלומר אפילו לא בציור של קדימה), מותר לו להשאר שם אח"כ. מיהו נר"פ שהקצה"ח לא תי' כן משום שעדיין לא מתורץ עיי"ז דעת רבא, דהא חזינן שרבא סובר שזרע

בהיתר לא מהני ומ"מ ברפת בקר קודם לאוצר הרי הוא מודה שאינו צריך להתרחק אח"כ וכמו שהקשה הקצה"ח, ומש"ה הוצרך הקצה"ח לחדש שקדימה למיצר עדיף משאר היתרים, ולכן גם את שיטת אביי תי' על דרך זה.

שוב המשיך הקצה"ח שם להקשות דאכתי תיקשי לפי מאי דקי"ל כהלישנא בתרא דרבא שאסור לסמוך דוקא לשדה העשוי' לבורות אבל לשדה שאינה עשוי' לבורות מותר לסמוך, וגם אינו צריך להתרחק כשחופר השני בור, דלכאורה צ"ע דכסמך לשדה שאינה עשוי' לבורות למה אינו חייב להתרחק אח"כ, דהא חזינן שרבא אינו סובר את הדין המיוחד של קדימה שהרי הוא אוסר לסמוך לשדה שעשוי' לבורות, וא"כ גם היכא שבשעת הסמיכה הי' לו איזה היתר לסמוך, כגון בשדה שאינה עשוי' לבורות שהי' מותר לו לסמוך משום שלא עלה על דעתינו שהשני יעשה בור, למה אינו צריך להתרחק אח"כ כמו שאמר רבינא גבי לוקח.

ותירץ הקצה"ח דהא דמודה רבא בשדה שאינה עשוי' לבורות שאינו צריך להתרחק אח"כ הרי זה משום שגם הבור השני מזיק את הראשון וכיון שסמך הראשון בהיתר (ואין כאן שום שלא כהוגן כלל) הרי כל ההרחקה מוטלת על השני וכשיטת תוס' שבעל הבור השני מתרחק את כל ההרחקה, וכן חזינן מהאוקימתא של רבינא גופה שרבי יוסי סובר שבעל הדבורים שסמך שני צריך להתרחק את כל ההרחקה כיון שגם הוא מזיק לבעל החרדל (לפי רבי יוסי).

והוסיף הקצה"ח דאכתי תיקשי לפי השיטה שחולקת על תוס' וסוברת שלפי

אביי שמתיר לסמוך בור, הרי בעל הבור השני חייב להתרחק רק ג"ט לחוד, דהיינו חצי מהשיעור של הרחקה, דחזינן מזה שאע"פ שתרוייהו מזקי אהדדי בכל זאת אין השני חייב בכל השיעור של ההרחקה, וא"כ אכתי קשה שגם לפי רבא למה אין בעל הבור הראשון צריך להתרחק לאחר שחפר בעל הבור השני אע"פ שהראשון סמך בהיתר לשדה שאינה עשוי' לבורות. ותירץ הקצה"ח שגם השיטה הזאת מודה שהיכא שהראשון סמך בהיתר גמור ולא עשה אפילו שלא כהוגן הרי השני צריך לעשות את כל ההרחקה היכא שגם הוא מזיק, וכמו שחזינן שסובר רבי יוסי שהיכא שסמך בעל החרדל בהיתר לקיחה, חייב בעל הדבורים לעשות את כל ההרחקה, וא"כ ה"ה שהיכא שסמך בור לשדה שאינה עשוי' לבורות הרי זה נקרא היתר גמור ולא מיקרי שעשה שלא כהוגן ומש"ה כל ההרחקה מוטלת על השני. והנה לפי הדרך של הקצה"ח יוצא שהיכא שסמך הראשון לשדה שאינה עשוי' להדבר הניזק, בציור שהשני אינו בגדר מזיק ואין כאן גדר של תרוייהו מזקי אהדדי, אז באמת יצטרך הראשון להתרחק אח"כ, וכגון היכא שסמך גפת לשדה שאינה עשוי' לכותל. ועיין בספר משנת רבי אהרן בריש עמוד פ"ג שנתעורר על זה וכתב שכל הראשונים נקטו שבכה"ג הדין הוא כמו

בבור שאין הראשון צריך להתרחק אח"כ. ועיין עוד בחזו"א בסי' י"ג סק"ב שהשיג על דברי הקצה"ח מהא שהביא המ"מ בפ"ט מהל' שכנים ה"י את הדעה שבעל הבור השני צריך להתרחק רק ג' על הציור של שדה שאינה עשוי' לבורות, ודלא כהקצה"ח שכתב שבכה"ג כו"ע מודו שהשני מתרחק ו'.

שוב כתב הקצה"ח עוד דרך ליישב למה כסמך בור לשדה שאינה עשוי' לבורות, אינו צריך להתרחק אח"כ, והיינו על פי שיטת הר"י מיגש שהביא שם (גבי אילן וגפנים) שקיימת טענה של לאו כל כמינך לעשות דבר שהוא שלא כדרך ולהצריכני להתרחק (ועיין לעיל באות קס"ח שדננו בענין אם באמת שייכת הכא סברת הר"י מיגש).

ובספר משנת רבי אהרן בעמוד פ"ג בד"ה ולפ"ז וכו' ראיתי שתירץ בדרך אחרת, והיינו על פי מה שביארנו כבר באות קנ"א שכל ההרחקות בהלכות שכנים הרי הן משום תקנות מיוחדות שתיקנו חז"ל בין השכנים ולא משום שיש עליו תורת מזיק מעיקר הדין, דלפ"ז י"ל שמה שאמר רבינא שאע"פ שנטע בהיתר גמור באמצע שדהו, בכל זאת הרי הוא צריך להתרחק אח"כ כשמכר את השדה, הרי זה משום שבאותה שעה שמכר ונעשו שכנים זה לזה, חלים עליו כל הדינים שתיקנו חז"ל בין השכנים, ובהיה שעתא אין שום סיבה להתיר לו לסמוך (לפי רבא), ומש"ה הרי הוא צריך להתרחק, אבל היכא שחפר בור סמוך לשדה שאינה עשוי' לבורות הרי בשעה שחפר אותו כבר היו שכנים זה לזה, ובכל זאת ה' מותר לו לחפור כיון שהשדה השני' אינה עשוי' לבורות, וא"כ בכה"ג לעולם י"ל שאין ההיתר יורד.

ה. מחלוקת רש"י ותוס' בהשקלא וטריא של הגמ'.

הנה יש פרט אחד כאן בתוך השקלא וטריא שמחולקים בו רש"י ותוס', דהא בגמרא פרכינן ואי לא סמיך היכי משכחת

לה, ופירש"י וז"ל, היכי משכחת לי' דליסמך חד מינייהו ברישא הרי חבירו מעכב עליו עכ"ל, הרי שפירש שלא יתכן בכלל ציור שיבואו לידי מצב של היוזק. מיהו תוס' פירשו וז"ל, היכי משכחת לה דבעל החרדל ירחיק כל ההרחקה לרבנן ולרבי יוסי לא ירחיק כלל, דכיון דתרווייהו מזקי אהדדי על כל אחד ואחד להתרחק חצי ההרחקה ואפילו סמך בעל הדבורים תחילה יש לו לסלקם הואיל ושללא כדין סמכם עכ"ל, הרי שפירשו שהקושיא היא על הדין אבל לא על עצם הציור. ונר' דהיינו משום שעל עצם הציור לק"מ דהא מצי איירי באופן שסמך הראשון שלא כדין, רק דפריך הש"ס היכי משכחת לה לההלכה ששנוי' בתוך המשנה. והנה אע"פ שתוס' כתבו בסוף פירושו של הר"י שכן פירש הר"י לפי שיטת רש"י, אבל מ"מ י"ל שאין זה סותר את מה שפירשו את קושיית הגמרא דלא כרש"י דהא י"ל שכוונתם שם היא רק לעיקר דרכו של הר"י בהמשך הגמ' דעל זה כתבו שהוא לפי שיטת רש"י שאינו גורס "אלא", אבל אכתי יכול להיות שבהפרט הנ"ל איך לפרש את קושיית הגמ' חולק הר"י על רש"י. מיהו הרמב"ן בחידושו בד"ה אי הכי וכו' כתב ג"כ כהר"י אע"פ שכתב שם שרצונו היא לפרש את כוונת רש"י, וצ"ע.

והנה להלן בדבריהם הקשו תוס' וז"ל, וא"ת נוקי פלוגתייהו בלא לוקח, דלרבנן דבורים לא מזקי לחרדל צריך בעל החרדל להסיר ולהתרחק כל ההרחקה אע"פ שסמך תחילה, ולרבי יוסי כיון דתרווייהו מזקי אהדדי אין עליו להרחיק את כל ההרחקה אלא חצי עכ"ל (ותירצו שמהלשון של רבי

יוסי מתיר, משמע שהוא מתיר לסמוך לגמרי). ונראה פשוט דהא שהקשו תוס' כן, הרי זה רק לפי שיטתם הנ"ל בביאור קושיית הגמרא, אבל לפי רש"י אכתי יקשה על זה איך משכחת שבעל החרדל סמך.

קעו) גירסת ר"ת ור"ח.

א. דברי רעק"א.

עיינן בתוס' שהביאו שר"ת והר"ח גרסי אלא אמר רבינא, והכוונה היא לאוקמה באופן שסמך בעל הדבורים תחילה, דלעולם גם רבא מודה שמותר לסמוך כל המזיקים קודם שבא שם תשמישו של הניזק, והרי הוא מתיר לעשות כן אפילו לפי רבנן דרבי יוסי שאינם מצריכים גירי דילי, חוץ מבור משום שכל מרא ומרא מרפית לארעא (ודלא כתחילה הסוגיא שרבא אוסר גם כל המזיקים לפי רבנן), ולכן מותר לבעל הדבורים לסמוך אפילו אם גם הדבורים מזיקים להתרדל, רק שסובר רבי יוסי שכיון שעשה עכ"פ קצת שלא כהוגן, מש"ה מותר לבעל החרדל לבוא שם ואינו חייב להתרחק, משא"כ רבנן סוברים שדבורים לא מזקי לחרדל, וא"כ יוצא שלא עשה בעל הדבורים שלא כהוגן, ומש"ה ס"ל שאסור לבעל החרדל לבוא שם אלא חייב להתרחק. וכתב רעק"א בתשובה קנ"א (קרוב לתחילתו) שתוס' סוברים לא רק שמותר לסמוך, אלא הרי הוא גם רשאי להשאר שם כשבא הניזק, וכתב שם ג' ראיות לזה, א', דהא משמע שלפי רבי יוסי גם בעל הדבורים אינו חייב להתרחק אח"כ (וכתב רעק"א שדוחק לומר שהיינו רק בדבורים וחרדל כיון שגם בעל החרדל מזיק את בעל הדבורים, אבל באופן שהסומך הראשון הוא

המזיק היחידי, שפיר יהי' חייב להתרחק אח"כ).

ועוד כתב רעק"א דהא תוס' כתבו בתוך לשונם לשון של רבא מודה, וכוונתם היא שרבא מודה לבעל פלוגתי' אביי, וא"כ מבואר מזה שגם רבא סובר שאינו צריך להתרחק אח"כ כמו שסובר אביי.

ועוד כתב רעק"א דהא תוס' בדף כ"ה ע"ב כתבו שלפי ר"ת, שוב אין אנו צריכים את התירוץ של דירה שאני, דהא בשאר הציורים מודה רבא שמותר לסמוך, וא"כ מוכח מזה דס"ל לתוס' שרבא מתיר לסמוך ולהשאר שם גם אח"כ, דאל"כ אכתי צריכים את הסברא של דירה שאני כדי להתיר לו להשאר שם אח"כ. וע"ש במש"כ רעק"א בדעת הרא"ש, הובא אצלנו לעיל באות קס"ט (והבאנו שם גם את דברי הבית הלוי עיי"ש).

ב. דברי הבעל המאור והרמב"ן.

והנה הבעל המאור ביאר בדרך אחרת את סברת רבי יוסי לפי גירסת רבינו תם, והיינו שרבי יוסי סובר שכיון שתרוייהו מזקי אהדדי א"כ הרי זה בגדר מילתא דלא שכיחא, ומש"ה לא גזרו בה רבנן ולא הצריכו הרחקה. והרמב"ן השיג עליו וז"ל, דאטו גזירה היא זו להחמיר באיסורין שנאמר בה כן, והרי בורות שניהם מזיקין ומצרכינן בהו הרחקה, וכן בשרשין אמרינן זה סומך לגדר מכאן וזה מכאן ואוקימנא במיפסק צונמא (כלומר אבל בלא צונמא חייבים להתרחק) עכ"ל. ובביאור סברת הבעל המאור נראה לומר שהוא סובר שכל הני הרחקות אינן משום דהוי בגדר מזיק מדאורייתא אלא לעולם מהתורה אין עליו

שום חיוב הרחקה כלל אלא כל עיקרן אינן אלא תקנות שתיקנו חכמים בין השכנים (וכמו שהבאנו כבר באות קנ"א מהקצה"ח והנתיחה"מ), ויש להוסיף שהבעל המאור סובר שהטעם שחכמים תיקנו כן הרי זה משום סייג שלא יבוא להזיק בצירור שיש עליו חיוב מזיק מהתורה, ומש"ה שפיר שייך לומר כאן כדברי הבעל המאור שבמילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן.

גם י"ל שלעולם הטעם של התקנה לא הי' כדי לעשות סייג, אלא בשביל תיקון העולם בין השכנים, רק שגם בכגון זה סובר הבעל המאור ששייך לומר שבמילתא דלא שכיחא לא תיקנו (מיהו הבעה"מ כתב לא גזרו). וברעת הרמב"ן י"ל שהוא סובר שלא אמרינן שבמילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן אלא בנוגע לגזרות וסייגים לחוד, דכיון שאין בסייגים שום תועלת עצמי אלא כל עיקרם הם רק משום סייג לתורה, א"כ בזה אמרינן שבמילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן, אבל בנוגע להני תקנות של הלכות שכנים שהם לשם תיקון העולם בין השכנים ויש בהם תועלת עצמי, אכתי י"ל שתיקנו גם על דבר שאינו שכיח.

גם י"ל דס"ל להרמב"ן ששפיר חשיב מזיק מן התורה וכדעת הגר"א שהבאנו לעיל באות קנ"א.

ועכ"פ אכתי צריכים ליישב את מה שהקשה הרמב"ן על הבעל המאור משני בורות, דהא התם חזינן שתיקנו הרחקה אע"פ שתרוייהו מזקי אהדדי, ואין לתרץ ששאני התם משום דחשיב מזיק בידיים ממש משום שכל מרא ומרא וכו' דהא אכתי תיקשי קושייתו השני' מהא דזה

סומך לגדר מכאן וזה סומך לגדר מכאן דאיירי בשרשי אילן ולא במזיק בידיים ובכל זאת תיקנו הרחקה אע"פ שתרוייהו מזקי אהדדי.

ואולי י"ל שכוונת הבעל המאור היא דחשיב מילתא דלא שכיחא רק היכא ששניהם מזיקים אהדדי בשני מיני היזק ששונים זה מזה וכגון חרדל ודבורים, שהרי בעל החרדל ניזק ע"י שהדבורים אוכלים את החרדל ואילו בעל הדבורים ניזק ע"י שהחרדל מחדד את פיהם של הדבורים וגורם שיאכלו את הדבש, אבל בב' אילנות או ב' בורות שההיזק הוא אותו מין היזק לשניהם, שפיר תיקנו. מיהו לכאורה כשדנין אם חשיב מילתא דשכיחא או לא אין נראה חילוק בין שני הציורים וא"כ אכתי צ"ע.

ורצה חכם אחד לחלק שכוונת הבעל המאור היא רק להיכא שע"י מעשה אחד לבדו אירע ההיזק לשניהם, וכגון מה שהדבורים אוכלים את החרדל שהמעשה הזה מפסיד את החרדל וגם מחדד את פי הדבורים, דרק דבר כזה מיקרי מילתא דלא שכיחא, אבל בב' בורות או ב' אילנות הלא ההיזק לשניהם הוא ע"י ב' מעשים נפרדים דהיינו שבתחילה חופר אחד בור ומרפה את הקרקע של השני, ושוב חופר השני וגורם גם הוא רפיון קרקע, וכן בב' אילנות כל אילן מזיק בנפרד את השדה של השני, וא"כ בכה"ג אין זה נקרא מילתא דלא שכיחא, אלא הרי זה נקרא שאירעו שני היזקים שכל אחד הוא בגדר מילתא דשכיחא.

מיהו הבעל המאור סתם את הדברים ותלה את הדבר במזקי אהדדי בלי להגדיר איזה סוג מזקי אהדדי.

קעז) בלוקח.**דברי הרמב"ן והרשב"א.**

עיינן בסוגיין שהעמיד רב פפא את המשנה של חרדל בלוקח, ולכן ס"ל לרבי יוסי שבעל החרדל אינו צריך להתרחק, ומקשינן על זה דא"כ מ"ט דרבנן, וכן למה מודה רבי יוסי במשרה וירק, ומסיק הש"ס בדעת רבינא שהיכא שאין תרוייהו מזקי אהדדי (כמו לרבי יוסי בדבורים וחרדל) אלא אחד מזיק ואחד ניזק, אז אע"פ שהמזיק סמך בהיות כל הקרקע שלו, בכל זאת הרי הוא חייב להתרחק אח"כ. ושיטת רש"י היא דהיינו אפילו כשהניזק סומך את התשמיש הניזק לאחר שמכר לו המוכר חצי שדהו, והא דבאילן ובור אין בעל האילן חייב להתרחק כשסמך בהיתר לקיחה ואח"כ חפר השני בור הרי זה משום דשאני אילן שיש בו הפסד מרובה כמש"כ תוס' כאן (ועיינן ברש"י על המשנה בדף כ"ה ע"ב).

מיהו הרמב"ן במלחמות חולק על זה וסובר שהיכא שסומך הניזק אח"כ הרי המזיק מותר להשאר שם כיון שסמך בעוד שכל השדה היתה שלו, ובכה"ג איירי המשנה של אילן ובור, אבל אם כשמכר המזיק את חצי שדהו, כבר ה' שם הדבר הניזק, אז על זה קיימא מאי דאמרינן בסוגיין שעל המזיק להרחיק את עצמו אע"פ שהי' שם בהיתר בין אם השאיר את המזיק אצלו ובין אם מכר גם את הדבר המזיק לאדם שלישי (והוסיף שאפשר שה"ה להיכא שמכר את הדבר המזיק ושייר את הדבר הניזק לעצמו שעל הלוקח מוטל להתרחק). ולכאורה שיטת הרמב"ן צריכה ביאור מה היא הסברא לחלק בין היכא שכבר הי' שם הדבר הניזק בשעת מכירה

לבינ היכא שאינו שם בשעת מכירה אלא שמביא אותו הניזק אח"כ.

ולכאורה יש לבאר שיטתו בפשיטות והיינו שלעולם אע"פ שהמזיק נמצא שם בהיתר גמור, בכל זאת חייבוהו חכמים להתרחק, רק שהיכא שסמך הניזק את הדבר הניזק אח"כ, אז אין המזיק צריך להתרחק משום שמיקרי שהניזק אזיק אנפשי'.

מיהו הרשב"א כאן בד"ה הכי גרסינן וכו' כתב ביאור אחר בזה, והיינו שהיכא שכבר הי' כאן הדבר הניזק בשעת המכירה א"כ כבר אסיק אדעתיהו שיהיו כאן ניזקין, ומש"ה אמרינן שמסתמא המכירה היתה על דעת שהמוכר יסלק את הדבר המזיק (בציוור שמכר ללוקח את הדבר הניזק), דאל"כ הי' לו להתנות על מנת שישאר, וכן כשמכר את הדבר המזיק מסתמא המכירה היתה על דעת לסלקו, משא"כ היכא שעוד לא הי' כאן הדבר הניזק בשעת המכירה, וכמו באילן קודם לבור, התם אינו צריך להסתלק משום שלא הו"ל לאסוקי אדעת' ולהתנות.

מיהו קשה גם על הדרך שכתבתי וגם על דרכו של הרשב"א, למה לפי רבא אינו חייב להסתלק, דהא לרבא אסור לסמוך ועכשיו ע"י שהמזיק שלו נמצא שם הרי סמך אם כי בדרך שוא"ת.

ובספר משנת רבי אהרן בעמוד פ"א ראיתי שהסביר את שיטת הרמב"ן בדרך אחרת שמיישב גם דבר זה וז"ל, ונראה בהסבר שיטתם על פי מה שנתבאר למעלה, דהיתר דלקיחה מהני מצד זה שסמך התשמיש המזיק לפני שהי' כאן עצם דין השכנים דעל המזיק להתרחק את עצמו, דבזה זוכה בהתשמיש ובהזכות להחזיקו ברשותו, ושוב לא מתחדש עליו חיוב

הרחקה בהמכר, וללא חיוב הרחקה לא חשיב מזיק, וממילא אין צריך להתרחק. ונראה דרבינו יונה והרמב"ן סוברים, דבלקחה לחוד, דהיינו באופן שישנו לדבר הניזק בשעת המקח, לא שייך לומר שזכה בתשמיש המזיק בסמיכתו לפני המקח, דבשעה שנעשו שכנים ע"י המקח, הנה אז מתחדשים זכותי השכנים ודיני הרחקה, וכך לי סמכו שניהם לפני המקח כבאים שניהם לסמוך לאחר המקח, שהרי מתחדש דין ההרחקה עכשיו בשעת המקח גם על התשמישים המזיקים שהיו קבועים כאן מקודם, ולכן כל שישנו לדבר הניזק בשעת המקח, על המזיק להתרחק, אבל כשסמך בהיתר דלקיחה, וגם לאחר המקח עדיין לא סמך הניזק, דתשמיש המזיק הי' קבוע קודם לעצם דין ההרחקה, וגם לאחר שנעשו שכנים עדיין ליכא לדבר הניזק, הנה בזה שפיר אמרינן דלא מתחדש דין הרחקה על התשמיש אח"כ בסמיכת הניזק, ולכן שפיר מהני היתר דלקיחה בצירוף קדימה לניזק עכ"ל.

החלון), שאני התם דנוקא לא מזבנינן לי' וכו', והני מילי בשיש היזק בחלון בשעת המכר, אבל אם מכר לו בית שיש בו חלון על חורבה שלו, אע"פ שעשוי לבנות, כיון שנפתח זה החלון ברשות ולא נתחייב לסלקו מתחילה, אף כשיבנה זה את החורבה אין לו לסותמו וכדתנן אם אילן קדם לא יקוץ, כן כתב הרב רבי יונה זצ"ל עכ"ל הנ"י. מיהו לכאורה יש לעיין בזה, דנהי שבנה את חורבתו אח"כ, אבל בהיזק ראוי, הרי הוי גירי דילי' כל שעה, ומיקרי שמזיק לו בידים בשעת הראוי' ע"י פעולה חדשה של ראוי, וא"כ אולי בכה"ג לא מהני מה שסמך את החלון בהיתר, כי הדבר המזיק אינו החלון אלא הוא עצמו מזיק בשעת ראייתו.

דף י"ט ע"א

קעט) וסד בסיד.

פסקי הרמב"ם בנוגע לסד בסיד.

הנה הרמב"ם בפ"ט מהל' שכנים ה"א פסק שהחופר בור סמוך לכותל בנין של חבירו צריך להתרחק וגם לסוד בסיד, ובכל זאת בה"י כשפסק שאסור לסמוך בור לשדה העשוי לבורות לא הזכיר שהוא צריך לסוד בסיד, אלא כתב רק שהוא צריך להתרחק, וגם כשאח"כ בא השני לעשות בור לא הזכיר הרמב"ם שם אלא שגם הוא צריך להתרחק ולא כתב שהוא צריך לסוד בסיד. והנה דברי הרמב"ם בה"א שם שפסק שצריכים גם הרחקה וגם סיד קאי על חופר בור סמוך לכותל בנין של חבירו כמו שהבאנו, ולא בחופר סמוך לכותל בורו, ומדברי השלטי הגבורים בריש פירקין באות ב' מבואר דס"ל שרק בזה פוסק הרמב"ם שצריכים גם הרחקה וגם סיד, אבל כשחופר

קעח) בלוקח.

דברי רבינו יונה.

והנה הגרא"ק הביא שגם רבינו יונה סובר כשיטת הרמב"ן וכמו שהביא הנ"י בסוף פירקין, וכוונתו היא לדברי הנ"י על המשנה של חרדל שכתב וז"ל, נפקא לן לענין דינא, בלוקח בית ובו חלון פתוחה לחצירו של מוכר שיש לו לסתום החלון משום היזק ראוי, דהוי כגירי' (שהרי מזיק לו כל שעה בראייתו כמו שביאר להלן שם), ואע"פ שנעשה החלון ברשות ובהיתר, ועוד דגם בלא זה הלא מוכר בעין יפה הוא מוכר (ומסתמא הי' בדעתו שלא יסלק משם

בור סמוך לכותל בורו, התם ס"ל להרמב"ם דא דאורייתא, וסגי או בהרחקה או בסיד, ולכן כתב הרמב"ם שהוא צריך להתרחק ולא הזכיר שהוא צריך גם לסוד בסיד. מיהו לכאורה צ"ע מנלן לחלק בזה בין כותל בנין לכותל בור, ועוד דבה"י הי' לו להרמב"ם לומר שגם סיד מהני.

ועיין בכ"מ על ה"י שכתב דרך אחרת והיינו שבאמת סיד מהני רק כדי להגן על כותל בנין אבל לא כדי להגן על כותל בור, ולכן לא הזכיר הרמב"ם סיד לענין כותל בור, משום שבכותל בור צריכים תמיד הרחקה של ג"ט, וסגי בכך. וכ"כ בבדק הבית בסי' קנ"ה אות י"ח*). מיהו כבר תמהו האחרונים שדרכו של הכ"מ היא נגד פשטות המשנה דתנן סד בסיד בנוגע לכותל בורו.

והבית הלוי בח"ב סי' מ"ו סק"ד כתב שי"ל דס"ל להרמב"ם שאין צריכים סיד אלא כשיש בתוך הבור מים, משום שבכה"ג הסיד מגין נגד ההיזק של מתונא, אבל כשאין בהבור מים, אין צריכים סיד, והא דלא הזכיר הרמב"ם בה"י שהוא צריך לסוד בסיד הרי זה משום שאירי בבור בלי מים, אבל בה"א אירי הרמב"ם בבור שיש בו מים וכמו שמבואר בדברי הרמב"ם שם. וביאר הבית הלוי שדעת הרמב"ם בזה היא דעה שלישית, דהא דעת תוס' בריש פירקין היא שכשאין בו מים אין צריכים אפילו

הרחקה של ג"ט, וראשונים אחרים סוברים שאין שום הבדל בין אם יש בו מים או אם אין בו מים אלא תמיד צריכים ג"ט וסיד (עיין בזה באות קמ"ז סק"ה), ואילו דעת הרמב"ם היא דעה שלישית, והיינו שכשיש בו מים צריכים גם הרחקה ג"ט וגם סיד, וכשאין בו מים סגי בהרחקה ג"ט ואין שום תועלת בסיד (וכבר הבאנו בסוף אות קמ"ו שכ"כ המאירי).

ועוד כתב הבית הלוי דרך אחרת ליישב את דברי הרמב"ם בה"י אפילו אם אירי כשיש בו מים, הבאנו דבריו לעיל באות ק"ס.

והאבן האזל בפ"ט ה"א והחזו"א בסי' י"ג סק"ד בד"ה ואמנם וכו' (וכ"כ הב"ח בסי' קנ"ה אות י"ז) נקטו שלעולם גם בה"י סובר הרמב"ם שצריכים סיד, רק שלא הזכיר כן משום שסמך על דבריו בה"א.

קפ) וסד בסיד.

מקורות בגמ' לפסוק וסד בסיד.

עיין ברמב"ם בפ"ט מהל' שכנים ה"א שפסק שצריכים גם להתרחק וגם לסוד בסיד, וכתב המ"מ דהיינו משום שהוא סובר שהאיבעיא איפשטא, משום דתפסינן לעיקר את הלשון של הגמ' של פשיטא דוסד בסיד קתני, וכ"כ הריטב"א כאן דפסקינן וסד בסיד משום הלשון של פשיטא וכו' ומשמע שם דס"ל כן גם בכוונת הרמב"ם**). מיהו

בסיד, והיינו משום שלפי הדרך השני שהביא לעיל שם שהבעיא של הגמרא היתה איך לגרוס בהרישא של המשנה א"כ הרי חזינן לפי הפירוש ההוא שפסקינן כהצד של וסד בסיד שהרי בכל המשניות הגירסא עכשיו הוא וסד בסיד, וכתב הריטב"א גם שם שהיינו בע"כ משום שסמכינן על מאי דאיתא בגמרא שפשיטא דוסד בסיד תנן.

(* אלא שחסר שם המלה "בנין" שנמצאת בדבריו בכסף משנה, ודלא כהבנת החזו"א בסי' י"ג סק"ד ד"ה אמנם וכו' בכוונת הבדק הבית עיי"ש. ועי' גם בב"ח שם באות י"ז שהבין את דברי הבדק הבית כמו שכתבתי.

** וע"ע בריטב"א להלן שם בד"ה ואמרינן וכו' שכתב הוכחה דפסקינן כמו הצד של וסד

מדברי ההג"מ שם משמע שלעולם הרמב"ם סובר שהאיבעיא לא איפשטא, רק שבכל זאת אזלינן לחומרא, ולקמן בהאות הבאה נאריך בזה עיי"ש, אבל עכ"פ יש כמה מקומות בסוגיית הגמרא כאן שמראים שהגמרא נוקטת שוסד בסיד קתני וכדלהלן.

א. הנה בסוגיית הגמרא כאן מבואר שלפי הצד של או סד בסיד תנן, צ"ל דהא דלא סידר התנא את הרישא בחד בבא עם גפת וסלעים הרי זה משום שהרישא איירי בהיזיקא דמתונא והסיפא איירי בהיזיקא דהבלא. וכבר הקשו הראשונים שלכאורה הרי זה סותר את מאי דאמרינן לעיל בדף י"ז ע"ב אליבא דרבא שהיזיקא דבור הוא משום שכל מרא ומרא מרפית לארעא. ועוד הקשה הרשב"א בדף י"ז ע"ב דאיך שיין לומר או סד בסיד הלא אפילו אם יעשה בסיד אכתי יש כאן ריפויי ארעא. ותירץ הפני שלמה בריש פירקין שהגמרא בדף י"ז סוברת וסד בסיד אשר לפ"ז שפיר י"ל שההיזק הוא משום ריפויי ארעא אבל הכא הוכרחה הגמרא לומר שההיזק הוא משום מתונא משום דאזלא לפי הצד של או סד בסיד קתני וא"כ לפ"ז באמת א"א לומר שההיזק הוא משום ריפויי ארעא דהא נגד ריפויי ארעא בודאי לא סגי בסיד לחוד וכקושיית הרשב"א. הרי שלפי דרכו של פני שלמה הגמרא בדף י"ז ע"ב סוברת וסד בסיד, וגם הוסיף הפני שלמה שם שזה יכול לשמש כמקור לפסוק וסד בסיד.

ב. עיין בתד"ה משתכי שהביאו את פירושו של הר"ח שהיזיקא דסלעים הוא משום שמחלידים את הארץ ומלקין אותה ולא משום הבל (דבאמת אינם מעלים שום

הבל). ולכאורה הרי זה סותר את מאי דאמרינן שהטעם של המציעתא הרי הוא משום הבלא. מיהו גם בזה י"ל שהגמרא אמרה כן רק כדי ליישב את הצד של או סד בסיד, אבל רבא שאמר משום דמשתכי סובר וסד בסיד, ולכן הרי הוא יכול לסבור שהיזיקא דסלעים אינו משום הבלא, דהא לפי הצד של וסד בסיד אין הכרח לומר שהרישא והמציעתא נתחלקו לפי טעמיהם ושכל הדברים שבהמציעתא הרי הם משום הבלא. וע"ע באות קפ"ה שנביא עוד תירוץ על הר"ח.

ג. עיין לקמן בסוגיין דפרכינן למה לא תני במתניתין חול הלח, ומתריצין משום שכבר תני אמת המים. ולכאורה יש לעיין למה לא תירצו משום דתני כבר בור. ולכאורה נראה מזה דאזלא ההיא סוגיא שהטעם בבור הרי הוא משום מרפית לארעא ולא משום מתונא, וגם זה הוא דלא כסוגיית הגמרא לפי הצד של או סד בסיד.

וע"ע שם שמקשינן שוב דמי לא תני גם גוונא דאמת מים וגם גוונא דנברכת הכובסים עיי"ש, וגם על זה צ"ע למה לא אמרו נמי דמי לא תני גם בור שיח ומערה דגם טעמא דידהו הרי הוא משום מתונא, ומוכח כהנ"ל.

וע"ע שם ששוב הסיקו שאמת המים ונברכת הכובסים מיצרך צריכי. ולכאורה עדיין יש להקשות למה לא טרחו לומר צריכותא גם בנוגע ללמה תני גם בור שיח ומערה. ולכאורה הרי זה משום שזה הי' פשוט להם שהוצרך התנא למיתני בור שיח ומערה משום שאין טעמיהם משום מתונא אלא משום מרפית לארעא. מיהו עיין בתוס'

לעיל בדף י"ז ע"א שהקשו קושיא זו ונקטי בתירוצם שגם ההיא סוגיא מודה למאי דאמרינן שכולה בבא דרישא הרי הוא משום מתווא.

ד. עיין בתוס' רעק"א על משניות כאן באות ח' שהוכיח שהסוגיא לקמן דפריך ותיפוק ל' משום מיא אזלא כמו הצד של וסד בסיד תנן (ובסוף דבריו שם צ"ל "וא"כ צריך גם הרחקה"). מיהו עיין לקמן באות קפ"ח שנבאר שלפי שיטת הקצה"ח אינה הוכחה.

ה. בהגהות פורת יוסף בסוף המסכתא ר"ל שהסוגיא לעיל של מחמצן ומנדיין סוברת כמו הצד של וסד בסיד תנן.

ו. הבית הלוי בח"ב אות מ"ו סק"א הראה עוד שני מקומות בדף י"ז ע"ב שנוקטת הגמרא כמו הצד של וסד בסיד תנן.

ז. ע"ע באות קפ"ב בד"ה מיהו וכו' שרצינו לומר שיש עוד מקום בדף י"ז ע"ב שנקטינן שוסד בסיד קתני.

קפא) בענין אם צריכים להחמיר בספק נזקי שכנים, והטעמים למה.

הנה בגמרא מספקינן אם וסד בסיד תנן או אם או סד בסיד תנן, והרמב"ם בפ"ט מהל' שכנים ה"א פסק שצריכים לעשות שניהם, וכתב המ"מ דהיינו משום דס"ל שהאיבעיא באמת איפשטא משום דתפסינן לעיקר את מה שאמרה הגמרא שפשיטא שוסד בסיד תנן עיי"ש. מיהו מההגהות מיימוניות שם משמע שלעולם ס"ל

להרמב"ם דהוי איבעיא דלא איפשטא, רק דס"ל שבספקות של נזקי שכנים צריכים ללכת לחומרא. והשער משפט בסי' קנ"ה סק"א הביא שבתשובת עבודת הגרשוני בסי' נ"ו פי' כן את דעת הרמב"ם. והשער משפט שם העלה בפלפולו הכרח לדרכו של המ"מ עיי"ש,

וכעין זה פסק הרמב"ם בסוף פ"ט שם בנוגע להאיבעיא לקמן בדף כ' ע"ב דבעי אביי שם אם העליון כיבד וריבץ לאוצר האם מותר לו להתחתון לעשות למטה רפת בקר, ולא איפשטא, ופסק הרמב"ם שלכתחילה אסור, אבל אם עבר ועשה שם רפת בקר אינו צריך להתרחק, ולפ"ז צריך לומר שגם כאן כוונת הרמב"ם היא שרק לכתחילה צריכים שניהם אבל לא בדיעבד, ודוחק. וע"ע בביאור הגר"א בסי' קנ"ה סק"ו שכתב כהמ"מ שהרמב"ם פוסק וסד בסיד בתורת ודאי, אבל בסקנ"א כתב כההג"מ שהרמב"ם סובר שהאיבעיא לא איפשטא, וצ"ע.

עכ"פ שיטת הרמב"ם היא שהיכא דאיכא איבעיא דלא איפשטא בהלכות שכנים, לכתחילה לא יסמוך, אבל אם סמך אין מסלקים אותו.

והנה שיטת הרא"ש כאן היא שסד בסיד נשאר איבעיא דלא איפשטא, ועיין בלשונו כאן, וכן בלשונו לקמן גבי כיבד וריבץ, דיש לצדד אם כוונתו היא להתיר רק בדיעבד וכדעת הרמב"ם בכיבד וריבץ או האם כוונתו היא להתיר גם לכתחילה. ועיין גם בלשון הקיצור פסקי הרא"ש. והנה מלשון הטור בסי' קנ"ה אות י"ח בשם הרא"ש מבוואר דס"ל שכוונת הרא"ש היא לפסוק או סד בסיד אפילו לכתחילה, דהיינו שגם

לכתחילה סגי באחד מהם, וכן נקט הש"ך שם בסק"ח בקושייתו על הסמ"ע, וכן נקט הגר"א בסק"ח וסקנ"א בדעת הרא"ש, אבל הקצה"ח שם בסק"ה וסק"ז סובר שגם הרא"ש מודה שלכתחילה צריכים שניהם, וכן כתב שסובר הסמ"ע בדעת הרא"ש (והני מילי בהרחקה מכותל בור אבל מכותל בנין סגי בחדא מינייהו גם לכתחילה. ועיין בשער משפט שם שדחה את דרכו של הקצה"ח משום שאין לחלק בזה בין כותל בור לכותל בנין).

ועיין בחזו"א בסי' י"ג סק"י שביאר שהסברא להתיר ספקות בנזקי שכנים אפילו לכתחילה הרי היא משום שהוא נחשב מוחזק על רשותו לעשות שם כל תשמיש שהוא רוצה, ואם שכנו רוצה לעכבו מלעשות את התשמיש ולשעבדו להתרחק הרי הוא נקרא המוציא מחבירו ועליו הראי', והסברא לאסור לכתחילה הרי היא משום שכל זמן שלא קבע שם את התשמיש הרי הניזק מוחזק בזכות מסוים שלא להנזק, והרי הוא אומר להמזיק ברר זכותך, אבל לאחר שקבע שם המזיק את התשמיש, אז הרי זה כמו תפיסה דמהני לפי הרמב"ם, וממילא נעשה המזיק מוחזק. וכתב החזו"א שאין לומר שהאיסור לכתחילה הרי הוא משום ספק איסור דאורייתא (של האיסור מזיק) דא"כ גם לאחר שסמך שם את התשמיש, מה הוא ההיתר להשתמש שם, וכגון בתנור של נחתומים דגם לאחר שסמך מה הוא ההיתר להצית את התנור כל יום.

מיהו עיין בביאור הגר"א בסי' קנ"ה סק"ח שכתב באמת שהטעם למה הרמב"ם אוסר לכתחילה הרי הוא משום שספק דאורייתא לחומרא, דכיון שעוד לא נעשה

מוחזק, ממילא מכריעים על פי הכלל הנ"ל שספיקא דאורייתא לחומרא (ולא כתב כהחזו"א שהניזק חשיב מוחזק), אבל לאחר שסמך, דנעשה בזה מוחזק, אז אמרינן שהממע"ה, ומכיון שעל פי גדרי ממון הרי הוא זוכה, ממילא מסתעף מזה שגם איסורא ליכא. וע"ע בברכת שמואל בסי' ט"ו וט"ז שביאר מה היא סברת הרא"ש דלא אמרינן הכא ספיקא דאורייתא לחומרא, עיי"ש שהאריך בסברות הרמב"ם והרא"ש.

(ועכ"פ חזינן שהגר"א סובר שהטעם של ההרחקות של נזקי שכנים הרי הוא כדי שלא יהי' בגדר מזיק דאורייתא ודלא כהקצה"ח והנתיח"מ שהבאנו לעיל באות קנ"א שהם סוברים שאין הטעם של ההרחקות משום איסור מזיק דאורייתא.)

והנה הבית הלוי בחלק ב' סי' מ"ו סק"ב העיר על הטור שבנוגע לסד בסיד הרי הוא פוסק בשם הרא"ש או סד בסיד, ומשמע מלשון הטור דהיינו אפילו לכתחילה וכמו שהבאנו כבר, ואילו מלשוננו גבי כיבד וריבץ נראה שהוא פוסק כהרמב"ם שאוסר מיהא לכתחילה (וכתב הבית הלוי שכן הבין הב"י את כוונת הטור), ומזה שלא הביא הטור שהרא"ש חולק על זה משמע שסובר הטור שגם הרא"ש מודה בזה וא"כ הרי זה סותר את דבריו גבי סד בסיד. וכתב הבית הלוי שהטור מחלק שבכיבד וריבץ הרי הספק הוא ספיקא דדינא אם הוא רשאי להזיקו בכה"ג, אבל מציאות של היזק יש כאן בתורת ודאי, וממילא בכה"ג הרי הוא סובר שלכתחילה מוחה בידו ורק אם עשה אינו כופה לסלקו, אבל בסד בסיד הספק הוא בענין אם מצד המציאות יש בכלל צורך לשני הדברים, והרי זה ספק באם יש כאן

הרחקה דבור משום מתונתא ומשום מיא עכ"ל.

קפב) מחלוקת הקצה"ח והתורת חיים בענין או סד בסיד.

עיין בתד"ה בא בידים שכתבו וז"ל, ויש ספרים דלא גרסי האי דיוקא אלא משני בא בידים שאני, ודקא ארי לה מאי קארי לה וכו', ואין נראה דהיכי בעי למיפשט וסד בסיד תנן הא איכא למיבעי ההוא דרבי יהודה גופי' אי תרוייהו בעי אי לא כיון דהשתא סבר דאין חילוק בין בא בידים ללא בא עכ"ל.

והנה לכאורה יש ליישב את הגירסא שהביאו על פי פירושו של הרשב"א בסוגיין, דהנה תוס' לעיל בדף י"ז ע"א נקטו ששאלת הגמרא אם וסד בסיד תנן או אם או סד בסיד תנן הרי הוא בענין איך לפרש את המלים וסד בסיד דתנן בהמשנה, ומש"ה דנו תוס' שם מנין לנו שבהסיפא הפירוש הוא בודאי או סד בסיד. מיהו הרשב"א כאן הביא מפרשים ששאלת הגמרא היא בענין איך לגרוס בהמשנה, ושבהסיפא ידעו בוודאות שהגירסא הנכונה היא או סד בסיד, וא"כ ה"ה שיש ליישב על דרך זו את הגירסא שהביאו תוס' כאן והיינו שהיא מפרשת כהפירוש הנ"ל שהביא הרשב"א וכן שהגמרא ידעה בוודאות שהגירסא בהבחייתא היא וסד בסיד.

והנה עיין בקצה"ח בס"י קנ"ה סק"ח שיישב את אותה גירסא שהביאו תוס' בדרך אחרת, והיינו שבאמת א"א ללמוד שכוונת הברייתא היא לומר או סד בסיד, והיינו על פי מה שחידש שם הקצה"ח שאפילו לפי

בכלל היזק, וא"כ בזה סובר הטור שהמזיק זוכה כיון שהוא עושה בתוך שלו ונקרא מוחזק, ולכן מספיק גם לכתחילה לעשות רק אחד מהם. וגם רעק"א בסוף סי' קנ"א כתב את החילוק הנ"ל שכתב הבית הלוי עיי"ש.

והנה עיין עוד בספר שער משפט בס"י קנ"ה שרצה לחלק ולומר שלפי שיטת הרא"ש והטור דאזלינן לקולא א"כ להתקרב ולעשות את הבור תוך ג' סמוך למיצר על מנת לסוד בסיד הרי זה אסור לכתחילה, אבל להתרחק ולא לעשות סיד הרי זה מותר גם לכתחילה (מיהו עיי"ש שהראה שמלשון הטור לא משמע כדבריו). ובהסבר הדבר כתב וז"ל, אך לענין לכתחילה יש חילוק, דאם רוצה לחפור בתוך ג' ולסוד בסיד יכול האחר לעכב עליו מלחפור וכו', דמספיקא אין לו להזיק לחבירו, אבל אם רוצה להתרחק ג' ולא לסוד בסיד אח"כ, אף לכתחילה אין חבירו יכול לעכב עליו כיון דמתחילה חופר ברשות, דחז"ל נתנו לו רשות להתרחק, אלא דהספק הוא אי בעינן שיסיד בסיד אח"כ או לא, הוי בעל הבור מוחזק בדבר ולא כפינן ל"י לסוד סיד וכו' עכ"ל. מיהו לכאורה סברתו אינה פשוטה כל כך, דאם נאמר שסיד הוא נגד היזיקא דמים א"כ אכתי צריך להיות אסור לו למלאות את הבור מים, וא"כ בע"כ צ"ל דנקט השער משפט שהסיד הוא כנגד ריפוי הקרקע אשר לפ"ז שפיר י"ל שאינו צריך לסוד בסיד לעכב את ריפוי הקרקע.

ועי' בקצה"ח שם בסק"ז שכתב וז"ל, ואפשר דאפילו כבר עשה בור בהרחקת שלשה אינו רשאי לכתחילה לעשות בור מים לפמש"כ תוס' ר"פ לא יחפור דעיקר

הצד של או סד בסיד קתני אבל בכל זאת הא ודאי שצריכים לכל הפחות ג"ט בין הבורות (רק שהכוונה היא שסגי בג' ואין צריכים ו'), והרי אם נלמוד שכוונת הברייתא היא לומר או סד בסיד א"כ יוצא שכוונת הברייתא היא לומר שהראשון יש לו ברירה להתרחק ג"ט או לסוד בסיד בלי להתרחק כלל, והרי דין כזה לא יתכן שהרי אם הראשון יתקרב עד המיצר ויעשה סיד, הרי השני לא יוכל לעשות סיד כמותו, דא"כ לא ישארו ג"ט בין הבורות, אלא השני יהי' מוכרח לבחור את הדרך של הרחקה בלי לעשות סיד, וא"כ נמצא שהראשון שלל מהשני את הברירה להתקרב ולעשות סיד, ודין כזה לא יתכן, אלא שורת הדין היתה נותנת שהראשון יצטרך להתרחק לכל הפחות טפח ומחצה ולעשות סיד, ואילו מהברייתא משמע שהראשון רשאי לסמוך בלי שום הרחקה כלל (אם נלמוד או סד בסיד), וא"כ מוכח שכוונת הברייתא היא לומר וסד בסיד, וכנהנ"ל שאם הכוונה היא לומר או סד בסיד, אז הו"ל למיתני שהראשון צריך להתרחק טפח ומחצה.

ועיין עוד בתורת חיים שתירץ ג"כ כהקצה"ח אבל בדרך שונה קצת, והיינו שמהברייתא מוכח שהכוונה היא וסד בסיד משום שמהברייתא משמע שלשניהם יש ברירה לעשות או סיד או הרחקה (לפי הצד שאו סד בסיד קתני), והרי אם הראשון יסמוך ויעשה סיד הרי כבר אין להשני ברירה, אלא הרי הוא מוכרח להתרחק ג"ט, והרי מהברייתא משמע שגם לו יש ברירה לעשות מה שירצה עכ"ד. הרי שמצד אחד התורת חיים נוקט כהקצה"ח שבודאי צריכים לכל הפחות ג' טפחים (אלא שצע"ק

מה שכתב התורת חיים להלן שם "וכי יסוד באויר" עיי"ש, ויש ליישב), אבל מצד שני הרי הוא נוקט דלא כהקצה"ח, אלא ששפיר יתכן דין כזה שלהראשון יש רשות לסמוך עד המיצר ולעשות סיד ולהכריח את השני להתרחק (בלי לעשות סיד), רק שלא משמע מהברייתא שהשני מוגבל יותר מהראשון.

ולפי הנ"ל יוצא שיש מחלוקת בין הקצה"ח והתורת חיים לפי הצד של או סד בסיד בענין איך מפשרים ביניהם, דלפי הקצה"ח אין הראשון רשאי לסמוך עד המיצר ממש ולהכריח את השני לבחור את הברירה של הרחקה ג"ט, אלא הרי הוא צריך להתרחק טפח ומחצה, ואילו לפי התורת חיים יש לו רשות לקדם ולסמוך עד המיצר ממש ולעשות סיד, ואז השני יצטרך באמת להתרחק ג' ולא יוכל לעשות רק סיד. וע"ע באות קפ"ח סק"א שהראנו שרעק"א חולק על הקצה"ח והתו"ח והרי הוא סובר שלפי הצד של או סד בסיד קתני, אין צריכים ג' טפחים בין הבורות.

והנה הפורת יוסף כאן סובר כדינו של הקצה"ח שגם לפי הצד של או סד בסיד הרי אנו צריכים שיהיו ג"ט בין הבורות, אבל ביישוב הגירסא שהביאו תוס' כתב דרך אחרת קצת, והיינו שהקצה"ח כתב שאם נלמוד שאו סד בסיד קתני, אז יוצא ממשמעות הברייתא שהראשון רשאי לסמוך עד המיצר ממש, וזה אי אפשר לפי דרכו שם, וממילא מוכרחים ללמוד וסד בסיד, אבל הפורת יוסף נוקט שאפילו אם נלמוד או סד בסיד, אכתי אי אפשר לומר שהראשון רשאי לסמוך עד המיצר ממש, כי זה ברור שצריכים שיעור מסוים של הרחקה בין הבורות, רק שאין שום רמז בתוך

הברייתא מה הוא השיעור שצריכים לכל הדעות שיהי' נמצא בין הבורות, וכמה הראשון צריך להתרחק אפילו כשהוא עושה סיד, והרי לא היתה לה להברייתא לסתום אלא לפרש, ולכן א"א ללמוד שכוונת הברייתא היא לומר או סד בסיד אלא כוונת הברייתא היא לומר וסד בסיד, אבל בהמשנה שפיר יתכן ללמוד או סד בסיד, שהרי המשנה איירי באופן שלהראשון יש כבר כותל בור משום שהרחיק כבר ג"ט, דהא תנן מכותל בורו של חברו, וא"כ על זה שפיר קאמר המשנה שהשני צריך או לסוד בסיד או להתרחק, ושפיר חזינן מזה שצריכים לכל הפחות ג"ט בין הבורות.

מיהו לא הבנתי דבריו משום שאדרבה אם סוברים או סד בסיד הרי באמת אין מוכח כלל מהמשנה שהראשון הרחיק ג"ט, דמי ימר שהרחיק ג"ט, אולי הרחיק רק קצת (דהיינו שכנס חצי מהשיעור הזה הלא ידוע לנו שצריכים בין הבורות), וא"כ גם מהמשנה לא ידעין את השיעור. ובאמת מה שהסוגיא לעיל קאמרה דמוכח מהמשנה שכותל בור הוא ג"ט, לכאורה הרי זה אתי שפיר רק אם נאמר וסד בסיד אשר לפ"ז הראשון בודאי הרחיק ג', אבל אם נאמר או סד בסיד הרי מהיכא תיתי לומר שהראשון כנס ג"ט לתוך שלו, דהא אולי סד בסיד וכנס פחות מג'. והנה באמת מלשונו של הפורת יוסף שם נראה שנתעורר בהנ"ל ולכן כתב שם ש"מסתמא" הראשון כנס ג'. מיהו סתמא זו לא ידעתי מנין לו.

ברם י"ל שמכיון שנקט התנא לשון של "מכותל בורו" כדי לאשמועינן בזה שיעורא דכותל בור, א"כ בודאי נתכוין התנא לומר

שהרחיק הראשון ג' שהוא השיעור הנזכר בתוך המשנה, דאל"כ אכתי לא אשמועינן מידי. ועוד דלפי דברינו אכתי קשה דהתנא לא השמיענו מה הוא שיעור ההרחקה אם בוחרים לעשות סיד ולא הו"ל למיסתם אלא לפרש.

קפג) ליערבינהו וליתנינהו.

עיין בחזו"א בסי' י"ג סק"ה שדן בענין אם יש מכאן ראי' לשיטת הרמב"ם שצריכים להתרחק בור גם מכותל בנין, דהא אם נאמר שכוונת הרישא היא רק מכותל בורו א"כ איך שייך לערבו בהדי המציעתא, הלא הרישא איירי דוקא בהרחקה מכותל הבור ואילו המציעתא איירי בהרחקה מכותל בנין. ושוב כתב שאין מזה ראי' משום שגם אם הרישא איירי בכותל בור והמציעתא בכותל בנין יש דרך איך לערבם קצת, וז"ל, והלכך צ"ל דהך דפריך ליערבינהו וליתנינהו היינו דליתני לא יחפור בור סמוך לבורו של חברו, ולא שיה ומערה ואמת מים ונברכת הכובסים, ומרחיקים את הגפת וכו' מכותלו של חברו ג"ט וסד בסיד, ויהי' ג"ט וסד בסיד דסיפא שב גם ארישא, אבל רישא בהרחקה מכותל בור, וסיפא בהרחקה מכותל בנין עכ"ל, פי' דאפילו אם הרישא איירי דוקא מכותל בורו והמציעתא מכותל בנין, אכתי יש דרך איך לערבם קצת. מיהו לא הבנתי דבריו משום שלפי דרכו יש להקשות על התירוץ של הגמרא למה הוצרכה הגמרא לתרץ שהפריד התנא את הכבות לגמרי משום שהרישא איירי בהיזיקא דמתונא והמציעתא בהיזיקא דהבלא, דעדיפא הו"ל למימר, והיינו

שהפרידן לגמרי משום שדינם שונה, דהא בהרישא הרי הוא צריך להתרחק רק מכותל הבור, ואילו בהמציעתא הרי הוא צריך להתרחק מכותל בנין, וא"כ משמע שגם בהרישא הרי הוא צריך להתרחק מכותל בנין.

וגם משיטת הראב"ד בשט"מ כאן מוכח דלא כדרכו של החזו"א, דעיין בראב"ד בשט"מ שהקשה את הקושיא שהקשו הראשונים דלעיל בדף י"ז ע"ב אמרינן שהיזיקא דבור הוא משום מרפית לארעא ואילו בסוגיין אמרינן שהרישא הוא משום מתונא, ותיריך הראב"ד שרק בבור לחודי' איכא משום ריפויי ארעא, כיון שבור הוא עמוק יותר מפילו משיח ומערה, אבל בשיח ומערה ואמת המים ונברכת הכובסין איכא רק משום מתונא. ולכאורה הא דחילק בין בור להאחרים ולא נתן דין אחד לבור שיח ומערה וכמו שעשו ראשונים אחרים (וכמו שהבאנו באות קמ"ז סק"ה), הרי זה משום דחזינן שהפריד התנא קצת בין בור להאחרים, דהא תנן לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חבירו, ולא שיח ומערה וכו', והרי לפ"ז נדחה דרכו של החזו"א, דהא לפי החזו"א הרי קושיית הגמרא על הרישא והמציעתא היתה שנערבם קצת כעין הסגנון הנ"ל של הרישא והרישא דרישא, ועל זה מתרצת הגמרא שגם זה א"א לעשות כיון שאין טעמיהם שוים, ואילו לפי הראב"ד הרי שפיר יתכן סגנון כזה אע"פ שאין טעמיהם שוה, וא"כ לפי הראב"ד מוכח שקושיית הגמרא היתה שנכללינהו ביחד בחד שיטה ממש, דעל זה שפיר מתרצינן שאי אפשר (מיהו סוף סוף צ"ע דלפי הראב"ד אכתי נשאר קשה דאי סלקא דעתך דאו סד בסיד

קתני א"כ אמאי לא ערבינהו התנא קצת על דרך הסגנון של הרישא והרישא דרישא, דהא סגנון כזה שפיר דמי לפי הראב"ד אע"פ שאין טעמיהם שוים).

ועיין עוד בחזו"א שם שדן ג"כ בענין אם הדברים שנזכרו בהמציעתא צריכים ריחוק גם מכותל בורו של חבירו אשר גם לפ"ז צ"ע כהנ"ל דאם אינם צריכים א"כ מה היא כוונת הגמרא במה שהקשה דליערבינהו וליתנינהו. ועיין לעיל באות קמ"ז סק"א (קרוב לסופו) שהבאנו את שיטות הראשונים בזה.

קפד) הא תנא לי' אמת מים.

עיין בחזו"א בסי' י"ג סק"ה בד"ה ויש עוד וכו' שכתב וז"ל, ויש עוד ראי' דהרחקות דרישא הוא גם מכותל בנין (וכדעת הרמב"ם) דקאמר י"ט א' דלא תני חול לח משום דכבר תני לי' אמת המים, אלמא דאמת המים דתני בכותל בור ה"ה בכותל בנין ולכן לא איצטריך למיתני חול לח בהסיפא עכ"ל.

קפה) תד"ה דמשתכי.

א. וז"ל, והואיל ומילתא דלא שכיחא כלל, לא חש למיתני, ועוד יש לפרש דכיון שלא שכיחא היא כלל, שרי להטמין בהן, דמילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן עכ"ל. ובסברת הדרך הראשון י"ל שלא אמרינן שמילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן אלא בדיעבד היכא שכבר קיים המצב, ורוצים לאוסרו, אבל היכא שהוא רוצה לכתחילה ללכת ולעשות את הדבר האסור בדרך שלא שכיחא, כגון הכא שהוא רוצה

לכתחילה להטמין בסלעים, לא שבקינן לי' (וצריך חיפוש כעת).

ב. וז"ל, וכן המנהג שלנו שאנו נוהגים להטמין בסלעים וכו' עכ"ל. לכאורה צ"ע דא"כ הרי שוב נתהפך להיות מילתא דשכיחא ולמה לא תיאסר. וצ"ל דס"ל לתוס' שחז"ל אסרו רק את הדברים שהיו שכיחים בימיהם, ולכן כיון שבימיהם לא ה' שכיח, הרי זה נשאר מותר אפילו לאחר שנעשה שכיח, אבל אין הכוונה שגזרו באופן כללי על כל דבר שהוא שכיח, דא"כ כשנתהפך דבר שאינו שכיח ונעשה שכיח הרי הוא מעתה בכלל התקנה.

ג. וז"ל, ולר"י נראה כפירוש רבינו חננאל דמה שאמרו להרחיקם, משום דמשתכי שמלקין את הארץ ומחלידים אותה ומעלין עפר תיחוח כדאמרין לעיל גבי זרעים, ולא משום הבל, דאין מוסיפין שום הבל, וטומנים בהן עכ"ל. ועיין בשט"מ בשם תוספי הרא"ש שהקשה שלפ"ז למה תני לי' סלעים בתוך המציעתא בהדי הדברים של הבל, ותירץ משום שהוא דומה לשאר הדברים של המציעתא בזה שהם מטלטלין ואינם קבועים. ועיין עוד בדרכו של הרמב"ן כאן דמבואר בדבריו שאפילו אם היוקא דסלעים הוא מצד שמלקים את הקרקע אבל בכל זאת תני לי' בהדי הדברים של הבלא משום שיש גם סוג של סלעים שהם מעלים הבלא. וע"ע לעיל באות ק"פ סק"ב מה שכתבנו עוד בנוגע לפירושו של הר"ח.

ד. וז"ל, ולר"י נראה כפירוש רבינו חננאל עכ"ל. הנה בע"כ צ"ל שהר"י סובר שרק טעמא דסלעים הוא משום שמחלידים את הקרקע, אבל גפת ואינך הוו משום הבלא,

דאם ס"ל דטעמא דכולהו הוא משום שמחלידים א"כ לעיל בדף י"ז ע"ב בתד"ה מרחיקין וכו' ה' הר"י יכול לומר כפירושם הראשון של התוס' שם ולא להוסיף את הפירוש שהביאו שם תוס' בשמו, ויש לדחות.

קפו) הא תני לי' אמת המים.

צ"ע למה לא אמרו הא תני להו בור שיח ומערה דהו ג"כ משום מתונא וכדאמרין לעיל שכל הרישא הוא משום מתונא. וכן קשה על מה ששוב מקשינן מי לא תני אמת המים ונברכת הכובסים, דאמאי לא הקשו גם מהא דתני גם בור שיח ומערה. וכן קשה על מאי דמתרצינן שיש צריכותא להא דתני גם אמת המים וגם נברכת הכובסים, דאכתי צ"ע למה תני בין אמת המים ונברכת הכובסים ובין בור שיח ומערה. ולכאורה מוכח דאזלינן השתא טעמייהו דבור שיח ומערה אינו משום מתונא אלא משום ריפויי ארעא ודלא כהסוגיא לעיל אלא כהסוגיא בדף י"ז ע"ב.

ברם את הקושיא השלישית שהקשינו כבר הקשו התוס' בריש פירקין ותירצו שלעולם זה ברור שגם טעמייהו דבור שיח ומערה הרי הוא משום מתונא (ועיי"ש איך שתירצו למה צריכים גם טעמא דמתונא וגם טעמא דכל מרא וכו'), רק שבכל זאת צריכים למיתני גם בור שיח ומערה משום דעמיקי טפי וממילא הוה אמינא שלא סגי בהו בהרחקת ג"ט, וכן כיון דעמיקי טפי לא ה' אפשר למילף מינייהו אמת המים ונברכת הכובסים.

ולפ"ז מיושבות גם הקושיות הראשונות שהקשינו, דהא לפי דבריהם שם לא היתה

מזיקים בדרך מתונא, וכן אתי שפיר למה לא עשו שום צריכותא בנוגע לבור שיח ומערה, והיינו משום שי"ל שתני בור שיח ומערה כדי לאשמועינן טעמא דמרפה לארעא ותני אמת המים ונה"כ כדי לאשמועינן טעמא דמתונא, ושוב ילפינן להו אהדדי דהיינו שבשני הסוגים שייכים שני ההיזקים עכ"ד.

ועיין גם בתורת חיים כאן, וכן במהרש"א ומהר"ם לעיל בריש פירקין, שמדבריהם יוצא הוכחה שגם סוגיא דהכא סוברת שבור דמתניתין איירי בבור שיש בו מים שמזיק בדרך מתונא וכסוגיא דלעיל, שהרי בהמשך הסוגיא אמרינן שאמת המים ונברכת הכובסים צריכי, דאי תנא נברכת הכובסים הו"א שדוקא נברכת הכובסים צריכים להתרחק משום דקו וקיימי, ואי תנא אמת המים הו"א שרק אמת המים צריכים להתרחק משום דקביעי, והקשו המפרשים הנ"ל למה צריכים שתי סברות, הלא בסברא אחת לחוד סגי, דהיינו דאי תנא נברכת הכובסים הו"א שדוקא נברכת הכובסים צריכים להתרחק משום דקו וקיימי, ואי תנא אמת המים לחוד, הו"א שנברכת הכובסים כיון דקו וקיימי הרי היא צריכה הרחקה טפי מג"ט (וכה"ג יש לעשות צריכותא גם עם הסברא של קביעי). ותירצו המפרשים הנ"ל שלא היינו יכולים לומר שצריכים הרחקה טפי מג"ט משום שהרי גם בור יש בו מים שקו וקיימי (וגם קביעי) ומ"מ חזינן שסגי בהרחקה ג"ט עכת"ד, הרי שיוצא הכרח מתוך עצם סוגיית הגמרא כאן שבור דמתניתין איירי בבור שיש בו מים שמזיק בדרך מתונא וכסוגיא דלעיל בסמוך.

הגמרא יכולה להקשות הא תני להו בור שיח ומערה דהא מבור שיח ומערה אכתי לא שמעינן חול הלח כיון שבור שיח ומערה הם עמוקים מאד. וכן ניחא למה מקשינן מי לא תנן אמת המים ונברכת הכובסים ולא מקשינן מי לא תנן בור שיח ומערה והיינו כהנ"ל שזה הי' פשוט שהו"א ששאני בור שיח ומערה דאיצטריך למיתני להו משום שהם עמוקים מאד והו"א שצריכים יותר מג'.

ועיין עוד לעיל באות ק"פ סק"ג שכתבנו ליישב את כל הנ"ל בדרך אחרת והיינו שיש באמת מחלוקת הסוגיות בענין אם טעמא דבור שיח ומערה הוא משום מתונא או משום מרפה לארעא וסוגיא דהכא אזלא שהטעם של בור שיח ומערה הוא משום שכל מרא ומרא מרפה לארעא ולא משום מתונא (ואירי המשנה אפילו בבור שיח ומערה שאין בהם מים).

ועיין גם בריטב"א כאן שהקשה את הקושיא הנ"ל למה לא נחית הש"ס כאן לעשות צריכותא גם בנוגע לבור שיח ומערה. וכתב בתחילה כדרכם של תוס' בריש פירקין ודחה את דרכם, ושוב תירץ דהיינו משום שחוץ מהטעם של מתונא, קיים גם הטעם של ריפוי ארעא [בין בבור ובין באמת המים*], וגם הטעם הזה סגי כדי לחייב הרחקה, וא"כ כל הסוגיות עולות שפיר, דהיינו גם מאי דאמרינן לעיל שהטעם של בור הוא משום ריפוי ארעא וגם מה שאמרו שכל הדברים של הרישא

* ודלא כהרמב"ן והר"ן שהבאתי באות קמ"ז סק"ה שסוברים שרק בבור שיח ומערה איכא משום ריפוי ארעא אבל באמת המים ונברכת הכובסים שייך רק ההיזק של מתונא. ועכ"פ גם לפי הדרך הזאת מיושבת קושיית תוס' והריטב"א וכמש"כ הר"ן שם.

קפז) מחרישה תיפוק לי' משום זרעים, בחורש לאילנות.

דברי רעק"א.

עייין ברש"י שכתב וז"ל, שיש שם אילנות מימים רבים ובא לחרוש תחתיהן ולהשביחן עכ"ל. ויש לעיין למה הקפיד רש"י לומר שהאילנות נמצאים שם מימים רבים. ולכאורה נראה שכתב כן כדי ליישב מה הוא ההיתר להחזיק שם את האילנות כל עיקר, ולמה אינו חייב להרחיקם כ"ה אמות, וכבר הקשה כן הרשב"א וכתב דאיירי באופן שנתן לו חבירו רשות ליטע שם אילנות (אבל לא לחרוש תחתיהן), וא"כ י"ל שגם כוונת רש"י היא ליישב קושיא זו ולכן כתב שהיו שם אילנות מימים רבים, כלומר דנהי שנטע אותן שלא ברשות, אבל כבר החזיק בהן. וע"ע לעיל באות צ"ב סק"א בנוגע לשיטת רש"י בענין כמה זמן צריכים בשביל חזקת תשמישין ונזיקין.

עכ"פ לפי הרשב"א יוצא שהתירוץ של הגמרא מיוסד על ההנחה דאיירי המשנה באופן שקיבל רשות ליטע שם אילנות. מיהו לפ"ז צ"ע מאי פרכינן זרעים תיפוק לי' משום מחרישה, הלא יש לאוקמה באופן שנתן לו רשות לחרוש אבל לא לזרוע. וצ"ל שלא יתכן שירשה לו לחרוש היכא שאינו רוצה להרשות לו לזרוע, דהא כל התכלית של החרישה הרי היא רק כדי לזרוע, אבל בנוגע לאילנות שפיר יתכן שהרשה לו לנטוע ולא לחרוש אח"כ, משום שחרישה אינה מעכבת לחלוטין את גידול האילנות.

וע"ע ברעק"א בתשובה קנ"א (קרוב לסופו בד"ה גם קשה לי) שהקשה שנוקמה באופן שחרש כשכל השדה היתה עדיין

שלו, ושוב מכר חצי השדה להניזק וסמך הניזק כותל, דבשביל הציור הזה שפיר צריכים למיתני שאסור לו לזרוע שהרי א"א לאסור את החרישה, דהא כבר חל ההיתר של לקיחה לפי הראשונים שסוברים שהיתר לקיחה נשאר גם לפי מסקנת הסוגיא לעיל בדף י"ח. והנה חזינן דס"ל לרעק"א שאע"פ שכבר חרש את הקרקע בכל זאת אכתי אפשר לסלק את ההיזק שעשתה החרישה ע"י שירביץ שוב את העפר [וכעין דוושא]*), דאל"כ למה הוצרך רעק"א לזה שנשאר לו היתר לקיחה, הלא גם בלא"ה מכיון שחרש כשהכל הי' שלו הרי כבר נעשה ההיזק וא"א לתקנו. וע"ע בחזו"א בסי' י"ג סק"ו מה שכתב ליישב את קושיית רעק"א.

והנה לפי דברינו הנ"ל בביאור כוונת רש"י כאן יוצא שהציור של חורש לאילנות בנוי הוא על ההנחה שנטע בתחילה את האילנות שלא ברשות (רק שהחזיק וכהנ"ל). מיהו לפ"ז לכאורה נשאר קשה קצת מאי פרכינן זרעים תיפוק לי' משום מחרישה, הלא יש לאוקמה באופן שכבר חרש באמת שלא ברשות דבכה"ג שפיר הוצרך המשנה לאשמועינן שמעכבין אותו מלזרוע. מיהו לפי מה שהוכחנו מדברי רעק"א שאפשר להסיר את ההיזק של מחרישה לק"מ משום שגם בכה"ג לא הוצרך התנא לאסור את הזריעה אלא שפיר מקשינן שממילא לא יוכל לזרוע כיון שאסור לקיים שם את החרישה. מיהו יש להעמיד באופן שכבר

(* ועיין במה שכתבנו לעיל באות קס"ה סק"א בנוגע לאם אפשר לסלק את ההיזק של כל מרא ומרא מרפית לארעא השנוי אצל בור.

עמדה החרישה ימים רבים באופן שכבר קיבל חזקה לא לתקן וכדרך שפירשנו באילנות.

וע"ע ברעק"א שם שהקשה עוד קושיא על הא דמקשינן זרעים תיפוק לי' משום מחרישה, והיינו שנוקמה באופן שעשה את החרישה בהיתר קדימה לפי ר"ת והר"ח שסוברים שלפי המסקנא גם רבא סובר שמותר לסמוך בקדימה את כל המזיקים של המשנה חוץ מבור כיון שלא שייך בהם הטעם של כל מרא ומרא מרפית לארעא. ובתוס' רעק"א על משניות כאן באות ח' ביאר את הקושיא יותר וז"ל, דהא בחרישה לא שייך כל מרא ומרא וכדמוכח במה שכתבו תוס' הנ"ל (בשיטת ר"ת והר"ח) דהא דאמרינן אלא אמר רבינא היינו דכל הנך שינויי ליתא, דבאמת מותר לסמוך כשאין שם כותל (מלבד מבור), הרי דשינויא דמשנינן על מתניתין ה"ה דליכא כותל אידחי, דבאמת מותר כל זמן דליכא כותל עכ"ל. ובחזו"א שם בסי' י"ג סק"ו הקשה דהא גם במחרישה איכא ריפויי ארעא דהא זהו הטעם למה היא אסורה, וא"כ למה מותר לפי ר"ת יותר מבור, ועיי"ש מש"כ ליישב את עיקר קושיית רעק"א.

קפח) תיפוק לי' משום מיא.

א. בתוס' רעק"א על משניות כאן באות ח' הקשה על זה דהא לעיל מספקינן בגמ' שאולי נגד ההיזק של מתונא בהרישא סגי בסד בסיד לחוד בלי הרחקה ג"ט, וא"כ אולי משום כך צריכים את הבבא של זרעים כדי לאשמועינן שבזרעים צריכים דוקא הרחקה ג"ט, דאי משום מיא הוי סגי גם בסד בסיד, ורצה להוכיח מזה שהסוגיא כאן אזלה כהצד של וסד בסיד אשר לפ"ז שפיר פרכינן

דתיפוק לי' שצריכים להתרחק משום מיא דהא וסד בסיד תנן ולא סגי בסיד לחוד (וצ"ל בסוף דבריו "וצריך ג"כ הרחקה" עיי"ש).

והנה כבר הבאנו לעיל באות קפ"ב את שיטת הקצה"ח והתורת חיים שגם לפי הצד של או סד בסיד הרי אנו צריכים לכל הפחות ג טפחים בין הבורות. ומדברי רעק"א חזינן שהוא חולק על זה, דהא לפי הקצה"ח והתו"ח לא קשה קושייתו אלא גם לפי הצד של או סד בסיד פרכינן שפיר דתיפוק לי' משום מיא דהא הרחקת ג' טפחים צריכים לפי שני הצדדים. ויש עוד לפלפל בזה.

ב. עיין ברש"י בד"ה ותיפוק לי' משום מיא, ולקמן באות קצ"ג סק"א וסק"ו נדון על דבריו.

דף י"ט ע"ב

קפט) המבריך את הגפן אם אין על גבה עפר ג' טפחים לא יביא זרע עלי'.

א. ברש"י מבואר שמזה שמותר לזרוע את הצדדים בלי הרחקה חזינן שאין כאן משום ערבוב, רק שבכל זאת אסור לזרוע על גבה משום יניקה. מיהו הרמב"ן השיג עליו דליכא קפידא ביניקה לחוד, ובאמת כן כתב גם רש"י עצמו להדיא לעיל בדף י"ח ע"א וכן בשבת דף פ"ד ע"ב כמו שהבאנו באות קע"א וכ"כ תוס' כאן, ודלא כהר"י מיגש בשט"מ לעיל בדף י"ח ע"א שסובר שבחזא מינייהו לחוד סגי כדי לאסור, דהיינו או יניקה או ערבוב (ועיינן

גם ברשב"א כאן דמבואר דס"ל שצריכים גם יניקה וגם ערכוב כדי לאסור, ודלא כהר"י מיגש).

ועכ"פ מדברי הרמב"ן בהדיבור הקודם כאן משמע שיניקה לחוד שפיר אוסרת וצ"ע.

ב. והנה הרמב"ן הסיק כפירושם של תוס' שהטעם למה לא יזרע על גבה הרי הוא משום הרכבה, והקשה על זה דהא גם כשהוא זרע בצדדין הרי שרשי הגפן יוצאים ונרכבים בהדי שרשי הזרעים, ותירץ הרמב"ן ששרשים בשרשים אינו נקרא הרכבה וז"ל, אבל שרשים בשרשין אע"פ שמסתבכין אלו באלו רכיכין הן ואין זו הרכבה שכל אחד ואחד יונק לעצמו ועושה פרי הראוי לו ואינו בטל בחבירו וזה הטעם צריך עיון עכ"ל.

והנה מתוס' משמע שגם שרשים בשרשים חשיב הרכבה שהרי כתבו וז"ל, ואומר ר"י דשאר אילנות מותר לזרוע על גביו כנגד השורש דלא חיישינן שיכנס שורש הזרע בתוך האילן שהוא קשה אבל גפן הוא רך וכו' עכ"ל, הרי שאם הי' נכנס, שפיר הי' נחשב הרכבה. ברם באמת גם הרמב"ן מודה שאם הי' נכנס הי' נחשב הרכבה, רק שרשי זרעים וגפן מסתבכין ולא נכנסין.

מיהו אכתי יוצא שהר"י סובר שרכים ברכים שפיר נכנסים, וא"כ לפי הר"י אכתי קשה קושיית הרמב"ן דהא גם כשהוא זרע בצדדין הרי שרשי הגפן יוצאים ונרכבים בהדי שרשי הזרעים.

ועי' גם ברשב"א שכתב כהר"י וז"ל, אבל שרשי שאר האילן קשין הן ואין הירק מתרכב בהן עכ"ל. ולהלן שם תירץ

הרשב"א את קושיית הרמב"ן בדרך אחרת וז"ל, וא"ת תיפוק לי' משום שרשי הגפן שמשתרשין לצדדין, י"ל דשרשי הגפן אינן עולין למעלה אלא למטה מג' הן משתרשין עכ"ל.

קצ) אמר רבב"ח מותר להשתין בצד כותלו של חבירו.

הנה יש לעיין באם כוונת רבב"ח היתה להתיר אפילו על הקיר ממש או האם כוונתו היתה להתיר רק על הארץ בסמוך לו ממש. ויש לעיין בזה בכמה מקומות בסוגיין כאן וכדלהלן.

א. מהא דאמרינן בהמסקנא שהפסוק של משתין בקיר קאי על כלב משמע שכוונת הפסוק היא על הקיר ממש, כמו שהוא מנהגו של כלב, וא"כ אולי גם לפי רבב"ח שהוא מפרש שהפסוק קאי על אדם, כוונת הפסוק היא על הקיר ממש.

ב. בגמרא מייתינן ברייתא דתניא לא ישתין אדם מים בצד כותלו של חבירו אא"כ הרחיק ממנו ג"ט, ומשמע שהלשון של "בצד כותלו של חבירו" אין פירושו על צדו של הכותל ממש, אלא בצדו על הארץ, דהא אילו הי' פירושו על הכותל ממש א"כ הו"ל למיתני לא ישתין בצד כותלו של חבירו "אלא ירחיק ממנו ג"ט", אבל השתא דתני "אלא אם כן הרחיק" הרי משמע שגם כשהוא מתרחק ג"ט הרי זה נקרא עוד בגדר משתין בצד הכותל, וא"כ יוצא שבצד כותלו של חבירו פירושו הוא על הארץ בצדו ולא על הכותל ממש, וא"כ לכאורה כן היא גם כוונת רבב"ח כשהזכיר לשון זה.

מיהו יש לדחות שאע"פ שכוונת

הברייתא בהך לשון היא על הארץ סמוך להכותל אבל מ"מ אכתי יתכן שהלשון כולל את שני הדברים וכשהתיר רבב"ח להשתין "בצד כותלו של חבירו" כוונתו היתה אפילו על הכותל ממש.

ג. הנה רש"י בד"ה משתין בקיר כתב וז"ל, אלמא דרך בני אדם כן עכ"ל. ולכאורה דבריו צ"ע דהא אכתי אין מוסבר מנ"ל באמת שהדבר מותר.

מיהו יש לפרש על פי היסוד שהבאנו לעיל באות קנ"א מהנתיחה"מ שהמזויקים השנויים בהלכות שכנים אינם אסורים מדאורייתא (דכיון שהוא עושה את המעשה שלו בתוך רשותו אינו חייב להפסיק ולמעט את תשמישו), אלא הרי הם אסורים מדרבנן עיי"ש, וא"כ לפ"ז י"ל שמכיון שחזינן שכן היא הדרך של בני אדם א"כ לא מסתבר למימר שחכמים אסרו דבר זה (וכעין זה קצת מצינו לעיל בדף י"ח ע"א דאמרינן דירה שאני ופירש"י שם שאין לנו לאסור את דירתו עליו).

ברם זה ניחא רק אם איירי במשתין על הארץ בצד הכותל, אבל אם איירי במשתין על הכותל ממש א"כ הרי הוא בודאי בגדר מזיק גמור מן התורה, שהרי אינו עושה בתוך שלו אלא הרי הוא מזיק בידים את כותלו של חבירו, ואיך מהני מה שזה מנהג בני אדם, וא"כ בע"כ צ"ל דאיירי במשתין על הארץ בתוך שלו סמוך להכותל דלפ"ז שפיר יוצא שאין אסור דאורייתא שהרי הוא עושה בתוך שלו (וגם בכותל שהוא סמוך לרה"ר הרי בני רה"ר עושים בתוך שלהם ומהתורה אינם חייבים לבטל את תשמישם). והנה רבינו גרשום כאן פירש את הראי'

מהפסוק בדרך אחרת ודלא כרש"י, דעיין בדבריו שפירש שכיון שמצינו כן בתוך הפסוק א"כ שוב אמרינן שלא משתעי קרא במילי דאיסורא. מיהו לפ"ז אכתי לא איתפרש הטעם למה זה מותר באמת, וא"א לומר את הדרך שכתבנו לפי רש"י דאיירי במשתין על הארץ ושכל ההרחקות של נזקי שכנים הרי הם רק מדרבנן, דהא רבינו גרשום אזיל בע"כ שהוא נחשב מזיק מהתורה, דהא אם נאמר שנוזקי שכנים אסורים רק מדרבנן א"כ לפי דרכו הנ"ל של רבינו גרשום לא נשאר שום ראי' כלל מהפסוק להתיר, דהא י"ל שעוד לא אסרוהו בההיא שעתא, וא"כ בע"כ צ"ל שרבינו גרשום אזיל שנוזקי שכנים אסורים מהתורה אשר לפ"ז שפיר כתב רבינו גרשום שלא משתעי קרא במילי דאיסורא, וא"כ צ"ע כהנ"ל מה הוא הטעם שמותר להשתין.

ד. בסוגיית הגמרא דחינן את המימרא של רבב"ח מהא דתניא להדיא בתוך הברייתא שאסור להשתין בצד כותלו של חבירו, ועיין בתוס' שהקשו למה לא העמידו את דברי רבב"ח בצונמא, ותירצו משום שאם זו היתה כוונת רבב"ח הי' לו לפרש כן להדיא. מיהו אכתי קשה למה העמידה הגמרא את הפסוק של משתין בקיר בכלב, הלא את הפסוק אכתי יתכן להעמיד בצונמא (עיין במה שכתבו תוס' ועוד וכו'). מיהו אם נאמר שמהפסוק משמע על הקיר ממש, א"כ לק"מ, דהא מרש"י בד"ה מותר משמע דס"ל שגם בצונמא אין היתר אלא בסמוך אבל לא על הקיר ממש.

מיהו באמת גם בלא"ה לא קשה מידי, דהא כבר הבאנו שרש"י מפרש שראיית

רבב"ח מהפסוק היתה משום שחזינן מהפסוק שהוא הדרך של בני אדם ומש"ה לא מסתבר לומר שאסרוהו חכמים, וא"כ לפ"ז כשאיכותב רבב"ח בע"כ צ"ל שנקטינן שאינו הדרך של בני אדם, וא"כ שפיר הוצרכו להעמיד את הפסוק בכלב, ולא היו יכולים להעמידו בבן אדם ובצונמא, דהא אם דרכם של בני אדם להשתין בצד כותל שבצונמא, ה"ה שדרכם לעשות כן בצד כל כותל, וא"כ אכתי הי' צריך להיות מותר לעשות כן.

קצא) בשופכין.

א. עיין ברש"י שכתב וז"ל, עביט מלא ושופכו לשם עכ"ל, ומשמע שהסיבה לאסור הרי היא משום שהוא כמות גדולה והרי הוא יותר מהשיעור של השתנה אחת. מיהו בשט"מ בשם הר"י מיגש משמע שהסיבה לאסור היא משום שהוא שופכו בבת אחת, ולא הזכיר כלום בנוגע להכמות, ומשמע שהוא אסור אפילו אם הוא רק כדי השתנה אחת. והמ"מ בפ"ט מהל' שכנים ה"ב הביא את רש"י והר"י מיגש ביחד כאילו הם פירוש אחד ממש וכתב ששניהם מפרשים שהכוונה היא למי רגלים שמתקבצים בכלי שלא יהא שופך אותם בבת אחת. והרמ"א בסי' קנ"ה סעיף ה' כתב "אסור לשפוך מי רגלים סמוך לכותל".

ב. עיין בשט"מ בשם רבינו יונה שכתב שבשופכין הרי הוא חייב להתרחק ג"ט אפילו מכותל של אבנים, וכ"כ המאירי על המשנה בדעת הרמב"ם, אלא שהרמב"ם מפרש ששופכין פירושו הוא לתוך גומא, וכ"כ המאירי שם בדעת הרמב"ם, וכן עיין

במ"מ שפירש שגומא שהזכיר הרמב"ם (דאיירי מן הסתם אפילו מכותל אבנים עיי"ש), הרי זה שופכין דסוגיין, וע"ע בלח"מ שם.

מיהו הרמ"ה באות ג' ואות ל"ה סובר ששופכין אין פירושו בתוך גומא, אלא פירושו הוא על הקרקע, ולעולם הדין של שופכין שוה הוא למשתין, ורק בגומא הרי הוא צריך להתרחק ג"ט אפילו מכותל של אבנים (וסד בסיד). איברא, אולי גם הרמ"ה סובר שהכוונה בשופכין היא לתוך גומא, וכוונתו היא רק דלא איירי בגומא המיוחד למי רגלים תדיר עיי"ש, ועיי"ש בלח"מ.

קצב) רש"י ד"ה מותר.

וז"ל, סמוך ממש ואסיפא קאי בכותל אבנים עכ"ל. הרי דס"ל שבכותל של לבנים לא מהני מה שהוא בנוי בתוך צונמא. וי"ל דהיינו משום שיש הבלא שעולה ומזיק את הלבנים. ולפ"ז אולי יצטרך להתרחק את המי רגלים מכותל של לבנים שהוא בנוי בתוך צונמא שיעור הרחקה של ג' טפחים דומיא דהבלא של גפת. ועיין גם ברמ"ה באות ג' שכתב שבמי רגלים יש גם מתונא וגם הבלא. וע"ע בזה באות קצ"ג.

מיהו באמת יש לדחות את הדיוק הנ"ל שדייקנו מרש"י כאן, כי י"ל שלעולם מהני צונמא גם לכותל לבנים, רק שכוונת רש"י היא שקאי אפילו אסיפא, דהיינו לא רק על הרישא ולומר שאין צריך להתרחק ג' טפחים, אלא אפילו על הסיפא ולומר שאינו צריך להתרחק אפילו טפח.

ועי' ברמב"ם שפי' בדרך אחרת את הכוונה בצונמא.

קצג) בענין היזיקא דמי רגלים והיזיקא דסתם מים.

הנה יש לעיין בנוגע להא דתנן שמרחיקים את המי רגלים מן הכותל ג"ט, האם הטעם שהזכירו מי רגלים הוא משום דגרע מסתם מים, או האם לעולם אפשר למילף היזיקא דסתם מים ממי רגלים ואין שום הבדל ביניהם. ויש כמה מקורות לזה בתוך הסוגיא כאן ואסדרם אחד אחד:

א. הנה בע"א פרכינן זרעים תיפוק לי' משום מיא ופירש"י וז"ל, הא תנא לי' היזק דלחלוה אצל כותל עכ"ל. ולכאורה כוונתו היא להא דמרחיקין מי רגלים מן הכותל וס"ל שמי רגלים לא גריעי מסתם מים וממילא שפיר אפשר ללמוד סתם מים ממי רגלים. ועי' עוד בביאור הגר"א בסי' קנ"ה סקכ"ח שהוכיח מקושיית הגמ' כהשיטה שנביא לקמן בסק"ו שסוברת שצריכים להרחיק אפילו מים דלא קביעי. מיהו ע"ע בדברי רש"י שם שהקפיד לומר שמשקין את הזרעים תדיר. ולכאורה הוצרך לומר כן משום דס"ל שמי רגלים שפיר גריעי מסתם מים ולכן א"א ללמוד מהא דמרחיקין מי רגלים אלא למים שנמצאים שם תדיר בדרך קביעות. מיהו אכתי אין דבריו מוסברים משום שממ"נ אם מי רגלים גריעי טפי א"כ מאן פסקת למימר שבכל זאת אפשר למילף מינייהו השקאת זרעים תדיר, וצ"ע.

ועכ"פ הרמב"ם בפיה"מ פירש את קושיית הגמרא בדרך אחרת והיינו שכוונת הגמרא היא ללמוד מאמת המים, וזהו כשיטתו שהדין של אמת מים איירי גם בכותל בנין.

והנה בסוגיא דלעיל עבדינן צריכותא בין אמת המים לנברכת הכובסים דאי תנא אמת המים הו"א שדוקא אמת המים אסור משום דקביעי ופירש"י שאמת המים עשויה להיות שם עולמית משא"כ נברכת הכובסים לא מיקרי קביעי משום שאולי ישנה את אומנותו, ומשמע מפירושו שגם נברכת הכובסים המים נמצאים שם תמיד רק שמ"מ לא מיקרי קביעי משום שאולי ישנה את אומנותו ואז יסירם. ולפ"ז צ"ע על הרמב"ם איך אפשר ללמוד השקאת זרעים מאמת המים ונברכת הכובסים, הלא המי זרעים אינם נמצאים שם תמיד כמו באמת המים ונברכת הכובסים. מיהו עיין ברמב"ם בפיה"מ דמשמע שלא כפירושו של רש"י ב"קביעי" אלא משמע שהוא לומד שהטעם שנברכת הכובסים לא מיקרי קביעי הרי הוא משום שאינו מכבס תמיד וממילא אין שם מים תמיד, וא"כ לפ"ז שפיר שייך לומר שהשקאת זרעים תדיר לא גרע מקביעותא ונברכת הכובסים. ברם אכתי צ"ע משום שהרמב"ם פי' שנלמד זרעים מאמת המים ולא הזכיר נברכת הכובסים.

ב. הטור בסי' קנ"ה הביא את דברי הרמב"ם שצריכים להרחיק בור גם מכותל בנין, וכתב הטור שכן יש להוכיח מהא דמרחיקין מי רגלים מכותל בנין, ומדבריו חזינן שלא תלינן שמי רגלים גריעי יותר, ודלא כהרמב"ם בפיה"מ שלא רצה לפרש את הקושיא של זרעים תיפוק לי' משום מיא שהכוונה היא לילף מים ממי רגלים.

ג. לעיל בדף י"ח אמרינן על הבבא של מרחיקין מי רגלים מן הכותל דהא קמ"ל דמתנתא קשה לכותל. ולכאורה משמע שהיזיקא דמי רגלים הרי הוא משום הלחות

וא"כ ה"ה לכל מים. מיהו התורת חיים בסוגיין כתב שהכוונה שם אינה ללחות אלא להא שהמלח שבו מרפה את הקרקע, ומתונתא פירושו הוא מרפה, ואינו כמו מתונא שפירושו הוא לחלוח.

ד. עיין בשט"מ בשם תוס' הרא"ש שהקשה אמאי לא תני מי רגלים בהדי הדברים של הרישא שהם משום מתונא, ותירץ דהיינו משום שלא קביעי כמו הדברים של הרישא עיי"ש, ומשמע דס"ל להרא"ש שהיזיקא דמי רגלים הרי הוא משום מיא. מיהו יש לדחות שזהו גופא תירוצו, דהיינו שכיון שלא קביעי אין ההיזק משום המתונא אלא מן ההבלא

ה. הרמ"ה באות ג' כתב שמרחיקים מי רגלים אי משום מתונא אי משום הבלא.

ו. המ"מ בפ"ט מהל' שכנים ורבינו יונה כאן (הובא בנ"י) סוברים שבסתם מים אין חיוב הרחקה אלא כשהוא בגדר דבר של קביעות כמו הקביעות של אמת המים ונברכת הכובסים אבל מי רגלים גריעי מסתם מים ומש"ה אסור אפילו לשעה כמו במשתין או שופכין. ועיין גם בתוס' שכתבו שהחידוש של הבבא של מי רגלים הוא משום שהם כלים כרגע, והקשה המהר"ם דא"כ ליתני רק מי רגלים, ותי' דס"ד שמי רגלים מקלקלים טפי מסתם מים ולכן קמ"ל גם ההרחקה של סתם מים. מיהו לא ברירא אם כוונת המהר"ם היא לומר שהקמ"ל הוא שמי רגלים אינם מקלקלים יותר מסתם מים ולעולם גם סתם מים אסורים לזמן מועט, או האם מי רגלים שפיר מקלקלים טפי, רק שמ"מ גם סתם מים אסורים כשהם על מדריגה מסוימת של קביעות. ומלשון

המהר"ם משמע קצת כהדרך הראשון שכתבנו בכוונתו, אבל בפשט המשנה קשה לומר כן כי א"כ למה נקטו דוקא גווי דאמת מים ונברכת הכובסים.

וע"ע במרדכי כאן בשם רבינו מאיר שחולק על המ"מ ורבינו יונה וז"ל, דאפילו מים דלא קביעי יש להרחיק ג"ט מדתנן נברכת הכובסים, וכך משמע מדפריך תיפוק ל' משום מיא, אלמא כיון דצריך להשקות אע"ג דלא קביעי מיא תדיר יש להרחיק עכ"ל.

והנה יתכן שכוונת רבינו מאיר היא רק למים שהם לכה"פ על מדריגת שופכין, דרק בכה"ג הרי הוא מצריך הרחקה, אבל לא מים שהם במדריגת השתנה.

ועכ"פ יש לעיין בדבריו דהא אם לומדים מנברכת הכובסים א"כ צריכים גם סיד, משא"כ אם לומדים מקושיית הגמרא של תיפוק ל' משום מיא, אז אין צריכים סיד, כמו שבמי רגלים מן הכותל אין צריכים סיד. מיהו אולי הרי הוא לומד כמו הרמב"ם שקושיית הגמרא היא מאמת המים אשר גם לפ"ז שפיר נצטרך סיד. א"נ ס"ל להלכה דאו סד בסיד קתני.

אולם לא הבנתי את עיקר דברי רבינו מאיר משום שאיך שייך ללמוד מנברכת הכובסים, הלא נהי שנברכת הכובסים אינה קבועה כל כך כמו אמת המים וכדאמרינן בגמרא אבל בכל זאת הרי אכתי יש בה מדריגה מסוימת של קביעות, וא"כ אכתי לא חזינן משם שצריכים להרחיק מים שהם במדריגת שופכין או השתנה.

ואולי באמת אין כוונת רבינו מאיר לאסור אפילו שופכין דסתם מים, אלא כוונתו היא לאסור רק מדריגה של קביעות שהיא לכה"פ כמו נברכת הכובסים, ומש"כ

ששופכין של סתם מים אינם טעונים הרחקה*), אבל אילו הי' מוקים למתניתין בהשתנה א"כ לא הי' מוכח אלא שאינו צריך להרחיק סתם מים כשהם על מדריגת השיעור של השתנה אבל אכתי הי' אפשר לומר ששופכין של סתם מים שפיר צריכים להרחיק. ועי' בני"ש שם שלפני שהביא את דברי רבינו יונה כתב בדברי רבינו יונה בשט"מ שהמשנה של מי רגלים איירי בשופכין ואפילו בכותל אבנים (מיהו באמת גם אם המשנה איירי בהשתנה אבל בכל זאת הרי סוף סוף משמע מהרישא שרק כעין אמת המים ונברכת הכובסים אסור, אבל לא שופכין, וכן מבואר בדברי רבינו יונה שהביא הנ"י שכתב ששופכין לא דמו לנברכת הכובסים עיי"ש).

ח. עיין בסוגיין שיש גירסא דגריס ת"ש לא ישפוך אדם מים בצד כותל של חבירו וכו', וכתב הגר"א בסי' קנ"ה סק"ל שאם גרסינן לה להך ברייתא א"כ יוצא שאין חילוק בין מי רגלים לכל מים, אלא שדחה שם גירסא זו, וגם הרש"ל מחקו, ועיין בהגהת הב"ח על הגמרא כאן.

קצד) בענין אם ההרחקות של המשנה הן מכותל אבנים או מכותל לבנים.

עיין ברש"י בהמשנה על הא דמרחיקים

אפילו מיא דלא קביעי כוונתו היא דלא קביעי כמו אמת המים דקרי לה בגמרא קביעי, אבל הא מיהא צריכים שיהיו לכה"פ על מדריגת הקביעות של נברכת הכובסים. וגם את קושיית הגמרא של תיפוק לי' משום מיא יתכן שלומד רבינו מאיר כמו רש"י, דהיינו שהקושיא היא דוקא משום שהוא משקה את הזרעים תמיד, וא"כ לכאורה י"ל שאין שום מחלוקת בין המ"מ ורבינו מאיר אלא כל כוונת רבינו מאיר היא רק לומר שאין צריכים את מדריגת הקביעות של אמת המים. מיהו הרמ"א בסי' קנ"ה סעיף י' נקט ששפיר פליגי, ועיין בב"ח שם שהמציא דרך אחרת איך לומר שלא פליגי, ועיי"ש בביאור הגר"א.

ז. והנה כבר הבאנו שרבינו יונה (הובא בני"ש) סובר כהמ"מ שדוקא שופכין של מי רגלים מרחיקין אבל לא שופכין של מים סתם. ויש לבאר דס"ל הכי משום שאתי לשיטתו בדבריו שהובאו בשט"מ כאן, דעיי"ש שסובר רבינו יונה שמרחיקים שופכין של מי רגלים ג' טפחים אפילו מכותל של אבנים (ורק בנוגע למשתין קיימא החילוק של הברייתא בין לבנים ואבנים), ופירש שם שכוונת המשנה היא שמרחיקין מי רגלים ג"ט אפילו מכותל של אבנים ואיירי בשופכין עיי"ש, וא"כ לפי דבריו הנ"ל בשט"מ, שפיר יוצא בדבריו שהביא הנ"י שרק שופכין של מי רגלים טעונים הרחקה ג"ט אבל לא שופכין של סתם מים, דהא משמע מהמשנה שלמי רגלים יש דין מיוחד השונה מסתם מים, והרי לפי שיטתו של רבינו יונה המשנה איירי בשופכין של מי רגלים, וא"כ יוצא

* ואין לנו שום הכרח להרחיקו לכה"פ טפח אחד כמו במשתין בצד כותל אבנים. מיהו אכתי יכול להיות שצריכים להרחיק שופכין של סתם מים ג' טפחים מכותל לבנים. (נכתב בלי עיון כראוי.)

בדעת הטור שבכה"ג אינו צריך להתרחק כלום.

דף כ' ע"ב

קצה) ואם הזיק משלם מה שהזיק ר"ש אומר וכו' פטור מלשלם.

הנה בב"ק דף ו' ע"א מבואר שיש כמה ציורים של הזיק שאינם נכללים באחד מהד' אבות נזיקין אלא צריכים ללמדם בצד השוה משני אבות, ומייתנין שם כמה ציורים לזה. ולכאורה נראה לומר בהשקפה ראשונה שגם מה שרבנן מחייבים כאן לשלם הרי זה משום שהם לומדים מצד השוה, דהא אם באים ללמוד מהאב של אש לחודי', הרי איכא למיפרך מה לאש שהוא שלא ברשות, דהא אין לו רשות לקיים אש במקום שיש רוח מצוי' בלי לשומרו, תאמר באלו שהן ברשות דהא לאחר שהרחיק כשיעור מותר לקיים שם גם בלי שום שמירה מיוחדת אע"פ שאינם נקראים שמורים לגמרי, ושוב נצטרך לומר ששור יוכיח שמותר להכניסו לרה"ר בלי לשומרו שלא יזיק ומ"מ הרי הוא חייב בנזקו, ושוב איכא למיפרך מה לשור שאין כח אחר מעורב בו, וחזר הדין (עיי"ש בדף ו' שאמרו צד השוה כעין זה). מיהו מה שנקטנו שמותר להלך עם שורו ברה"ר בלי לשומרו, אין זה פשוט כל כך וכמו שביארתי בספרי על ב"ק בחלק א' אות פ"ה, וא"כ אם נאמר שאסור, הרי אכתי איכא למיפרך מה לאש ושור שהוא חייב לשמור משא"כ בתנור שאינו חייב לשמור. ברם י"ל שזוהי באמת סברת ר"ש שפוטר, אבל רבנן סברי שאינו חייב לשמור

את המי רגלים מן הכותל שפירש דאיירי בכותל של לבנים, והיינו משום שהוא מפרש דאיירי במשתין, והרי המשתין חייב להתרחק ג"ט רק מכותל של לבנים, אבל בנוגע לזרעים ומחרישה לא כתב שם רש"י דאיירי בכותל של לבנים, ומשמע דאיירי אפילו בכותל של אבנים. מיהו בהמציעתא של גפת וזבל וכו' כתב שם בסוף הבבא דאיירי בכותל לבנים ומשמע שמכותל של אבנים אינו צריך להרחיק את הדברים של המציעתא. ועיין גם בשט"מ כאן בשם הר"ר יהונתן שכתב שמי רגלים דמתניתין איירי במשתין ודוקא מכותל של לבנים, אבל זרעים ומחרישה איירי אפילו בכותל של אבנים.

ברם הטור בסי' קנ"ה אות י"א כתב שמרש"י נראה שכל הדברים של המשנה איירי בכותל של לבנים וכ"כ שם בשם הר"ר ישעי', ומשמע לכאורה שכוונתו היא גם לזרעים ולמחרישה. מיהו הפרישה שם ביאר שדברי הטור ורבינו ישעי' קאי רק על המציעתא דכיון שטעם ההרחקה שם הוא משום הבלא, מש"ה ליכא למיסר בכותל של אבנים, אבל במי רגלים וזרעים ומחרישה שטעם ההרחקה הוא משום שמקלקלים את היסוד, א"כ זהו טעם לאסור גם בכותל של אבנים, ולעולם גם רבינו ישעי' מודה לזה.

וע"ע בשט"מ כאן שהביא בשם רבינו יונה (וכ"כ הטור שם בשמו) שכל המשנה איירי אפילו בכותל של אבנים, וכ"כ המ"מ בפ"ט מהל' שכנים ה"ו בדעת הרמב"ם. וע"ע במאירי על המשנה שהוא סובר שכותל של לבנים שסדו בסיד הרי הוא ככותל של אבנים והמשתין צריך להתרחק ממנו רק טפח, והב"ח שם באות ח' כתב

את שורו כשהוא מהלך ברה"ר, אשר משום כך שפיר י"ל ששור יוכיח, ואיכא צד השה, משא"כ לפי ר"ש הרי הוא שפיר חייב לשומרו ומש"ה ליכא צד השה משום דאיכא למיפרך מה לאש ושור שהוא חייב לשמור.

אלא שלפי הנ"ל צ"ע למה לא הביאו בב"ק שם גם את הציור של תנור וכיריים כדוגמא של חיוב הנלמד מצד השה.

וביותר נראה לומר שלעולם טעמייהו דרבנן הוא משום שילפי מאש לחודי', ולא בעינן צד השה, והיינו משום שהם לומדים מאש שבאמת גם בתנור הרי הוא חייב לשומרו גם לאחר שהרחיק כשיעור. ובאמת כן כתב הריטב"א כאן שהוא חייב לשמור וז"ל, אבל הכא דמדליק בו תדיר צריך הוא ליתן דעתו בכל עת שלא יזיק, כי עם תדירות אפשר הוא שיזיק אם לא יתן דעתו בו, כי כדי שלא למעט תשמישו לא צמצמו עליו השיעור לגמרי עכ"ל. ועי' גם ברי"ף בב"ק על דף ס"א ע"ב שכתב וז"ל, כיון דתדיר הוא מדליק איבעי לי' לעיוני אי איכא היזק לחבירו עכ"ל, וביאר הנתיחה"מ בריש סי' קנ"ה את כוונתו כעין דברי הריטב"א וז"ל, אבל הכא לא רצו חכמים ליתן שיעור הרחקה כל כך כיון דתדיר הוא ואילו היו מרחיבין השיעור לא הי' אפשר לידור בבית כלל, ונתנו שיעור מה שאפשר שלא יזיק ע"י שמירה, וכיון שהוא בביתו ואפשר לו שישמרנו בהרחקה כזו, שוב א"צ להתרחק יותר, מש"ה אם לא שמר והזיק חייב עכ"ל (והיכא שישב ושמר ואעפ"כ אירע היזק, אז הרי הוא פטור באמת כמו באש, ובפחות מהשיעורים שנזכרו בהמשנה אסור אפילו על סמך שישמור, והסמ"ע בסי'

קנ"ה סק"ג כתב טעמים למה אסור עיי"ש), ור"ש סובר שהשיעורים שהזכירו חכמים חשיבי שפיר שמירה מספקת, וממילא הרי זה כמו נעל בפני' כראוי ויצאה והזיקה ומש"ה הרי הוא פטור.

(והנה לכאורה יש להקשות על הנ"ל מהסוגיא בב"ק שם דעיי"ש דילפינן מצד השה שבפותקים ביבותיהם הרי הוא חייב אע"פ שהוא עושה כן ברשות ואמרינן שם שמבור לחוד א"א ללמוד משום שמה לבור שכן שלא ברשות, ואילו לפי הנ"ל אמאי לא נילף מבור לחוד ונילף שגם בפותקים ביבותיהם הרי הוא צריך לשמור לאחר ששפך. ברם יש ליישב דאכתי חשיב שלא ברשות לעומת פותקים ביבותיהם משום שעבר על האיסור של כרי'. ולפי הדרך שכתבנו באות פ"ה שם שאין שום איסור דאורייתא של כרי' י"ל שזה הי' פשוט להש"ס שבפותקים ביבותיהם התירו חכמים לשפוך לרה"ר בלי לשומרו אח"כ.)

ובהגהות חו"י על הרי"ף בב"ק שם כתב סברא אחרת למה רבנן מחייבים (ודלא כסברת הרי"ף), והיינו משום שנקטינן שעשה אש יותר מהדרך של בני אדם ואילו השיעורים של המשנה הרי הם רק לדרך בני אדם.

דף כ"א ע"א

קצו) ומכניסין אותו כבן שש כבן שבע.

בהמשך הגמרא מייתנין דא"ל רב רב שמואל בר שילת עד שית לא תקביל מכאן ואילך קביל ואספי לי' כתורא, וכתבו תוס' וז"ל, והא דתנן במס' אבות בן חמש שנים למקרא, בבריא לגמרי כדאמרינן בכתובות

הלומד בנו פחות מבן שש רץ אחריו ואינו מגיעו, ואיכא דאמרי רצין אחריו ואין מגיעין אותו, ותרוייהו איתניהו דחליש וגמיר, ואב"א הא בכחוש והא בבריא עכ"ל, הרי שכתבו שבן חמש למקרא איירי בבריא לגמרי. ולפ"ז יוצא שיש ג' שיעורים: בבריא לגמרי בן ה', באינו בריא לגמרי בן ו', ובכחוש בן ז' (וכמו שכתבו בהדיבור הקודם שבן שש איירי בבריא [כלומר אבל אינו בריא לגמרי אלא כחוש קצת] ובן שבע איירי בכחוש), ומשמע שכוונתם במה שכתבו שבן חמש למקרא איירי בריא לגמרי היא לפי שתי הלשונות בכתובות שם, והיינו שהלשון שאמר הא בכחוש הא בבריא, איירי בבריא לגמרי וכמו המשנה באבות, ולכן רצין אחריו ואין מגיעין אותו, והלשון שאמר שתרוייהו איתניהו איירי באינו בריא לגמרי, אבל גם הוא מודה שבבריא לגמרי אין מה לחשוש ושלכן בן חמש למקרא.

ברם בכתובות דף נ' ע"א על הא דאיתא גם שם שמבן שש ספי לי' כתורא כתבו תוס' בד"ה וספי וכו' וז"ל, והא דתנן במס' אבות בן חמש שנים למקרא היינו לגלגל ולא למיספו לי' עכ"ל, ובפשטות משמע שכוונתם היא שהמלמד תינוקות יגלגל עמו בדברים רכים ובנחת (כדאיתא בשט"מ ש"מכניסין אותו" דהיינו שמכניסין אותו להמלמד תינוקות ואין הכוונה להאב), ולכאורה נראה שאזלי שם שהמשנה באבות לא איירי דוקא בבריא לגמרי, אלא גם באינו בריא לגמרי, וקמ"ל שאע"פ שאינו בריא לגמרי צריכים מיהא לגלגל, שהרי אם נאמר שהם מפרשים דאיירי רק בבריא לגמרי א"כ לא היו צריכים לחדש דאיירי בענין לגלגל, דהא גם בלא"ה לק"מ וכמש"כ בסוגיין,

דהא להדיא מחלקינן בכתובות שם בין בריא לכחוש ואמרינן שבבריא (לגמרי) מכניסין אותו גם בפחות מבן שש, ורק אם איירי באבות שם גם בילד שאינו בריא לגמרי, רק אז צריכים לחלק עוד בין לגלגל לבין ספו לי' כתורא.

גם י"ל שכוונתם בכתובות היא ליישב גם אליבא דהל"ק שסוברת שתרוייהו איתניהו, וס"ל שם שהלשון ההיא אינה מחלקת בין בריא (לגמרי) לכחוש, וכ"כ הפ"י בכתובות שם.

והנה הרמב"ם בפ"ב מהל' ת"ת ה"ב כתב וז"ל, מכניסין את התינוקות להתלמד כבן כשש כבן שבע לפי כח הבן ובנין גופו ומפחות מבן שש אין מכניסין אותו עכ"ל. וכתב הכ"מ וז"ל, בפרק לא יחפור ופרק נערה וכו', והא דתנן בפ"ה דאבות בן חמש למקרא, איכא למימר דמשמע לרבינו דהיינו בן חמש שלימות שנכנס בשנה שש עכ"ל, פי' שהכל אחד, דבן חמש דמס' אבות פירושו הוא חמש שלימות, ובר שית דהכא פירושו הוא תחילת שש דהיינו נמי חמש שלימות (ואיירי בבריא כמש"כ תוס' כאן, וכחוש מכניסין בתחילת שבע) וכן היא שיטת המחבר להלכה ביו"ד סי' רמ"ה סעיף ה' וח' כמו שפירשו הבאר הגולה והגר"א שם, וגם הריטב"א ותלמידי רבינו יונה בכתובות הזכירו פירוש זה (והש"ך שם בסק"ג סובר שבבריא לגמרי ה' שלמות, בכחוש קצת ו' שלמות, בכחוש לגמרי ז' שלמות עיי"ש).

שוב מצאתי בספר מגן אבות להתשב"ץ על מסכת אבות ובריטב"א בסוגיין וכן בכתובות (ועיין גם בשט"מ כאן בשם תוספי הרא"ש) עוד דרך איך ליישב את קושיית

תוס', והיינו שלעולם בן חמש למקרא באבות שם, ובן שית דסוגיין, תרי שיעורי הם, ובאבות איירי אפי' באינו בריא לגמרי, רק שאין הכוונה שבהגיעו לבן חמש יכניסנו למלמד תינוקות, אלא הכוונה היא שאבי הבן עצמו יתחיל אז ללמוד אתו (אבל כוונת תוס' במש"כ לגלגל היא שהמלמד תינוקות יגלגל עמו כמו שכתבנו לעיל). וי"ל עוד שזהו הנ"מ בין הלישנא קמא ברש"י באבות שם לבין הנוסח אחר שהביא שם, שהרי בהנוסח אחר כתב וז"ל, שמכניסין אותו ללמוד תורה ופסוקים אבל לא קודם לכן לפי שהתורה מתשת כוחו של תינוק עכ"ל, ובהל"ק לא כתב לשון מכניסין, וא"כ י"ל שזהו הנפ"מ בין ב' הפירושים שם, והיינו שהנוסח אחר מפרש דאיירי לענין להכניסו למלמד תינוקות כמו שפירשו תוס' וסייעתם ואילו הל"ק מפרש דאיירי באבי הבן.

מיהו מלשון רש"י בהל"ק שם לא משמע כן, אלא משמע כדרכו של הכ"מ דחד שיעורא הוא שהרי כתב וז"ל, ובשנה הרביעית יהי' כל פרוי קודש שמחנכים אותו לאותיות ובשנה החמישית כתב להוסיף לכם תבואתו וכדאמרינן התם מכאן ואילך ספו לי' כתורא עכ"ל, הרי שכתב שבהשנה החמישית להוסיף לכם תבואתו פירושו הוא שירבה ויספו לי' כתורא וכדאמרינן הכא שמבן ו' ואילך ליספו לי' כתורא ומוכח דס"ל דחד שיעורא הוא. מיהו לפ"ז יש לתמוה דהא מדבריו שם מוכח שבן חמש דהתם פירושו הוא תחילת חמש, שהוא לבתר ד' שני ערלה ורבעי, וא"כ צ"ע דהא לא שייך לקרות לתחילת חמש בשם בר שית, ולא שייך לומר דהוי חד שיעורא אא"כ נאמר שבן חמש פירושו הוא סוף חמש.

על כן נראה שלעולם יש לקיים את דרכנו הראשון בדבריו, והיינו שלעולם ס"ל לרש"י שתרי שיעורי נינהו, וס"ל שלאחר ד' שני ערלה ורבעי בהגיעו לתחילת חמש ליספו לי' כתורא בביתו אצל אביו אבל לא אצל המלמד עד היותו בן שש וכהיא דסוגיין, ומה שכתב "כדאמרינן התם" כוונתו היא רק לציין להענין של ליספו לי' כתורא.

והנה כבר הבאנו שגם השט"מ בשם התוספי הרא"ש בסוגיין כתב שבן חמש למקרא איירי בבית אביו. מיהו עיי"ש שדקדק לומר שהיינו רק לגלגל ודלא כמו שכתבנו עכשיו לפי רש"י באבות שם דהיינו למיספו לי' כתורא, ולשון הריטב"א כאן בהביאו פירוש זה הוא "להרגילו אביו במקרא". וכדברי התוספי הרא"ש כתב ההג"מ בפ"ב מהל' ת"ת ה"ב.

(והנה העירוני שאולי כוונת התוספי הרא"ש וההג"מ וכן הריטב"א בכתובות (אבל לא בב"ב כאן עיי"ש) אינה כמו שהבנתי לעיל שהם מחלקים בין האב לבין מלמד תינוקות אלא לעולם סבירא להו שכל החילוק הוא שמבן חמש מגלגלין עמו ורק מבן שש ליספו לי' כתורא רק שהזכירו אב כי בדרך כלל רק האב יודע ומסכים לגלגל עמו.)

והנה מתוס' בכתובות דף נ' ע"א בד"ה בר שית וכו' מוכח דס"ל שבן חמש פירושו הוא בן חמש ויום אחד, כלומר סוף שנת חמש שלימות, שהרי כתבו תוס' שם לענין בן עשר למשנה שהכוונה היא לבן עשר שנים ויום אחד, כלומר עשר שנים שלימות, משום דמשמע דהוי דומיא דבן י"ג שנים למצות, וא"כ ה"ה לבן חמש למקרא וכהנחת הכ"מ, וכן הוכיח

מדבריהם הב"ח בקונטרס אחרון לריש אה"ע, וכ"כ המגן אבות על תחילת המשנה באבות שם שכל השנים הנזכרות שם הרי הן שלמות, רק דס"ל להמגן אבות שם שגם בן שש דסוגיין פירושו הוא שלמות ומש"ה דחה את דרכו של הכ"מ, וגם מדברי תוס' בכתובות שם מוכח דס"ל שגם בן שש דסוגיין פירושו הוא שלמות, דהא אם פירושו הוא תחילת שש א"כ יוצא דהוה חד שיעורא בהדי המשנה באבות ולק"מ משם ואילו תוס' שם בהדיבור הקודם בד"ה וספי וכו' הקשו על בן שש מההיא דאבות דתנן בן חמש וכמו שהבאנו לעיל.

דף כ"ב ע"ב

קצז) דוושא.

עיין לעיל באות קנ"ד סק"ג מה שהבאתי מהאבן האזל.

קצח) לימא מתניתין דלא כרבי יוסי.

עיין בנוגע לסוגיא זו, וכן בנוגע להגדר של גירי דילי' לעיל באות קנ"ב.

קצט) גרמא בניזקין אסור.

הנה מזיק בידיים י"ל דאסור או משום שהוא נכלל בכלל לא תגזול וכדברי רבינו

יונה בריש אבות שכתב שלא תגזול הרי הוא אזהרה לכל הנזיקין (ומשמע שזהו גם שם האיסור כשאינו שומר מנזקי ממונו ולא רק שם האיסור באדם המזיק וכמו שביארתי בספרי על בב"ק בחלק א' אות א' סק"ג). והברכת שמואל בב"ק סי' ב' כתב בשם הגר"ח* שכוונת כל פרשה ופרשה של חיוב נזיקין היא לחדש גם איסור. והברכת שמואל שם כתב כן גם לענין האיסור של גרמא וז"ל, דכמו דחזינן בדין אדם המזיק דאף באופן דליכא תשלומין, מ"מ איסורא הוי, כגון בגרמא בניזקין דפטור אבל אסור, ומשום דמזיק דאדם דנלמד מקרא דמכה בהמה ישלמנה לא רק לענין חיוב ממון נאמר אלא דנאמר הקרא גם לענין שנעשה מזיק ונענש בידי שמים, דהפרשה דאדם המזיק נאמרה גם לענין איסור ועונש בידי שמים, ולענין תשלומין הוא דלא נשלם דין מזיק כל זמן דליכא מזיק בידיים, אבל לענין רשע ועונש בידי שמים זהו גם היכא דליכא מעשה בידיים וכו' עכ"ל.

ועיין עוד ביד רמה בפירקין באות ק"ז שכתב שגרמא בניזקין אסור או משום שהוא עובר על ואהבת לרעך כמוך או משום לפני עור. וגם הרמב"ם בפ"ו מהל' דעות כלל להא דתנן שיהא ממון חבירך חביב עליך כשלך בכלל המצוה של ואהבת לרעך כמוך, וגם החינוך במצוה רמ"ג כלל מזיק בכלל ואהבת לרעך כמוך.

שלאחר סי' ב' ביאר את דבריו וז"ל, מדחייבה על אשר לא שמרו מכלל דחייב בשמירה עכ"ל. מיהו לא הבנתי מה היא הראי' ממה שחייבתו התורה לשלם שיש איסור כלפי שמיא, דהא גם אם הוה רק בגדר חיוב שמירה שהתורה חייבה אותו לחבירו, ג"כ יש סיבה לחייבו לשלם.

* והביא עוד שם בשם הגר"ח דילפינן איסור מזיק מקרא דולא ישמרנו בעליו הכתוב בשור, והסביר שם את דברי הגר"ח כהנ"ל וז"ל, דלא נאמר (ולא ישמרנו) דוקא לענין חיוב ממון אלא גם לענין שיחשב מזיק ורשע כלפי שמיא עכ"ל. ובספר חידושי רבי ראובן בהוספה

והקו"ש כאן באות ע"ד כתב שיש ללמוד דאסור לגרום היזק בדרך גרמא בק"ו מהחייב של השבת אבידה, וגם החלקת יואב בחלק חו"מ סי' כ' כתב סברא זו בענין למה גרמא אסור.

ובספר קהלות יעקב על ב"ק בסי' א' כתב שכל דבר שב"ד יכולים לעכבו מלעשות, אסור לו לעשות מעצמו, שזהו יסוד דיני ממונות, והוא בכלל מצות דינין. ושוב כתב בשם החת"ס שאיסור מזיק הוא מהפסוק של שם שם לו חוק ומשפט שכתב הרמב"ן שהוא הנהגת סדרי המדינה שמסרו הקב"ה לחכמי ישראל ע"כ, ולכאורה הכוונה היא שאפילו אם מחמת עצמו אינו מן התורה אבל מ"מ מכיון שחכמי ישראל אסרוהו הרי הוא שוב נכלל בשם שם לו חוק ומשפט. ועכ"פ טעמים אלו שייכים גם בגרמא.

(ר) תד"ה זאת אומרת.

הנה מדברי תוס' כאן לכאורה משמע שהר"י סובר שגרמי הוא מן התורה ודלא כהריצב"א שסובר שהוא רק מדרבנן, ועיין לעיל באות ט"ז מה שהקשינו על זה מדברי הר"י בדף ב'. ועיין עוד בדרכו של הגידולי שמואל כאן בזה.

(רא) בא"ד.

עיין בתוס' שכתבו וז"ל, וחילק הר"י בלשון אחד דדינא דגרמי דחייב היינו שעושה הוא עצמו ההיזק לממון חבירו, ועוד חילק דדינא דגרמי דחייב היינו שמשעת מעשה בא ההיזק עכ"ל, פי' שבא ההיזק מיד.

וע"ע ברא"ש בפירקין בסי' י"ז (וכן בהגוזל קמא סי' י"ג) שכתב שהיכא שהוא

עצמו עשה מעשה וגם ברי היזיקא (וכן הבין היש"ש בפרק הגוזל בסי' כ"ו גם את הר"י) הרי זה מיקרי גרמי. ושוב הוסיף שיש עוד לחלק שהיכא שנעשה ההיזק מיד הרי זה נקרא גרמי. והנה מדבריו אין מבורר אם כוונתו היא לומר שצריכים באמת שלשת התנאים יחד, או האם כוונתו היא לעשה מעשה וברי היזיקא לחוד, וכן להיזקו מיד לחוד (ומלשון תוס' כאן שכתבו שחילק הר"י בלשון אחד משמע יותר שאין צריכים הכל יחד). מיהו הפלפולא חריפתא בהגוזל אות ע' הביא שבסנהדרין פרק הנשרפין בסוף סי' ב' כלל הרא"ש את שלשתן יחד, וכן ראיתי בשו"ת מהר"ם מלובלין סי' ס"א שהבין כן את שיטת הרא"ש, וכן משמע בשו"ת משאת בנימין סי' פ"ה שכן הבין את שיטת הרא"ש.

ודע שבפרק הנשרפין כתב הרא"ש שגם כשרק התחיל ההיזק מיד, ושוב הולך וחזק, הרי זה מיקרי גרמי, וכן מוכח גם מדבריו בפירקין ובהגוזל (ולפ"ז אין צורך למה שהגיה הב"ח באות ו' על דברי תוס' כאן שצ"ל "דבשעת" אלא אפשר לגרוס "דמשעת" דמשמע שרק התחיל).

(רב) בא"ד.

א. שוב הביאו תוס' את שיטת הריצב"א שהחייב של גרמי הוא קנס דרבנן, וצידדו תוס' לומר שלפי רבי מאיר שקונס שוגג אטו מזיד בהיזק שאינו ניכר, הה"נ שהוא קונס בגרמי. מיהו התוס' רי"ד בגיטין סוף דף נ"ג כתב שאפילו רבי מאיר שקונס שוגג אטו מזיד בהיזק שאינו ניכר הרי הוא פוטר שוגג בגרמי, והוכיח התוס' רי"ד כשיטתו מהא

דבנפרצה צריכים לומר לו גדור הרי שצריכים לעשותו מזיד (מיהו הרמב"ן בריש מכילתין כתב עוד טעם למה צריכים לומר לו גדור עיי"ש, ובאות ט"ז הבאנו שלפי הר"י צריכים לומר כן כדי שיתחייב משום גרמי וכהתוס' רי"ד, וביארנו שם את טעמו של הר"י).

ב. בסוף ספרי על ב"ק (חלק ב') באות ט' וי' הבאתי את ראיות המפרשים בענין אם גרמי הוא מהתורה או מדרבנן, וכן את הנפ"מ לדינא שיש בזה.

ג. באות ש"ל שם כתבתי כמה סברות למה המודה בגרמי חייב, וכן למה דנין אותו בזמן הזה, לפי הריצב"א דס"ל שהוא קנס ואסדר אותן כאן בקצרה:

א', שדנין אותו בזה"ז משום שצורת הקנס היא שחייבוהו רבנן (משום קנס) לצאת ידי חובתו לשלם מדיני שמים (דגרמא בניזקין חייב בדיני שמים), וקנס כזה שפיר דנין גם בזה"ז כיון שהחפצא של התשלומין אינו קנס אלא חיוב ממון בדיני שמים. וגם כתבתי שלפ"ז אתי שפיר למה המודה בגרמי חייב והיינו משום שי"ל שהמודה בקנס כזה שפיר חייב.

ב', דדנין אותו בזה"ז משום שחכמים נתנו לקנסות דרבנן כל הדינים של ממונא, ולכן גם המודה חייב.

ג', שדנין אותו משום שאינו משלם יותר ממה שהזיק ורק בקנסות שהם יותר ממה הזיק לא עבדינן שליחותיהו (והא דאין דנין

חצי נזק של תם הרי זה משום שהוא מילתא דלא שכיחא).

ד', שדנין אותו משום שלפי מסקנת הסוגיא בדף פ"ד ע"ב שם לא נאמר בכלל שום דין מסוים שאין דנין ד"ק בזמן הזה אלא נאמר רק שאין דנין מילתא דלא שכיחא או מילתא דלית בה חסרון כיס.

דף כ"ג ע"א

(רג) בענין חזקה לניזקין.

כבר הארכתי בענין זה, וכן בדברי תוס' כאן, לעיל באות צ"ב, צ"ג, וצ"ד.

דף כ"ג ע"ב

(רד) רוב וקרוב הולכין אחר הרוב.

א. הטעמים לומר שרוב עדיף מקרוב. בגמרא מייתנין מימרא דרבי חנינא שאע"פ שרוב וקרוב הרי הם שניהם מן התורה אבל בכל זאת כשהם מתנגדים זה לזה הולכין אחר הרוב. ברם רבי חנינא לא אמר שום סברא לזה, וכתב הריטב"א דשמא גמרא גמיר ל'. מיהו הקו"ש באות ע"ח כתב סברא לדבר, והיינו דס"ל לרבי חנינא שרוב הוא בגדר דבר המברר אבל קרוב אינו בגדר דבר המברר אלא הרי הוא בגדר גזירת הכתוב איך להתנהג כשיש ספק, דהיינו שכשיש ספק, גזרה התורה שנלך בתר הקרוב, אבל אין כאן בירור לענין איך הי' המעשה, ומש"ה כשיש כאן רוב, שוב לא שייך ללכת אחרי הקרוב, כי הרוב מכריע

שאינן כאן שום ספק אשר בכה"ג לא שייך גזירת הכתוב של התנהגות בספק.

מיהו לכאורה ה"ה שי"ל ששניהם הרי הם בגדר בירור, רק דס"ל לרבי חנינא מצד הסברא שהבירור של רוב עדיף טפי. ברם עיין בקו"ש שהזכיר בתוך דבריו דרך זה ודחהו משום שלפ"ז קשה למה צריכים פסוק לאשמועין שהולכים אחר הרוב הלא יש ללמוד כן בק"ו מקרוב, אבל לפי דרכו הנ"ל שהבאנו לעיל לק"מ משום שצריכים את הפסוק של רוב כדי לאשמועין שהוא בגדר דבר המברר ושלכן אין כאן אפשרות ללכת אחרי הקרוב.

ולפי הריטב"א י"ל בפשיטות שקמ"ל הפסוק של רוב שגם רוב הוא דבר המברר ששואה לקרוב, ושוב קמ"ל ההלכה למשה מסיני שאע"פ שהם שוים אבל הולכים אחר הרוב.

ואולי יש לדחוק ולומר כמו שרצינו לומר שרבי חנינא סובר שרוב הוא כח המברר יותר חזק מקרוב, רק דהא דס"ל כן אינו מצד הסברא לחוד אלא מהלל"מ וכדברי הריטב"א, אבל מצד הסברא אולי לא היינו אומרים כלל שרוב הוא בגדר דבר המברר, ולכן שפיר צריכים את הפסוק של רוב, ושוב באה ההלל"מ לפרש שרוב מהני בדרך בירור ושהוא עדיף אפילו מקרוב

גם י"ל ששניהם הרי הם בגדר גזירות הכתוב של התנהגות במצב של ספק, אלא שראיתי מי שדחה דרך זה משום שבדרכי התנהגות אין נראה שום סיבה למה להעדיף אחד על השני ולומר שרוב הוא עדיף. ברם י"ל שגמרא גמיר לי' וכהריטב"א.

ועוד י"ל כהנ"ל ששניהם הם גזיה"כ של התנהגות כשיש ספק, והא דרוב עדיף הרי

זה כי י"ל שמה שהתורה גזרה להתנהג כמו הרוב או כמו הקרוב אין זה בגדר גזיה"כ בלי סברא, אלא הטעם שגזרה כן התורה הרי זה משום שיש כאן גם מדה מסוימת של בירור, ואע"פ שאינו בירור גמור אשר בכחו להכריע אבל בכל זאת הטעם למה גזרה כן התורה הרי זה בגלל המדה של בירור שיש כאן, וא"כ י"ל שרבי חנינא סובר שברוב וקרוב אזלינן בתר רוב כי הוא סובר שכח הבירור של רוב הרי הוא יותר חזק (אע"פ שאינו מספיק חזק כדי להכריע בלי גזיה"כ של התנהגות, ולכן צריכים את הגזירת כתוב), ולכן בודאי כשגזרה התורה שנלך בתר רוב נתכוונה התורה שנלך בתר רוב אפילו במקום קרוב.

ועכ"פ אם נאמר שרוב אינו בגדר בירור גמור שבכחו להכריע (ודלא כהקו"ש אלא כדברי השט"מ שנביא לקמן בסמוך) א"כ אז בעל כרחך נצטרך לומר שגם קרוב אינו בגדר בירור גמור שבכחו להכריע, דהא אל"כ הדין נותן שקרוב יהי' עדיף לפי סברת הקו"ש, וא"כ בע"כ נצטרך לומר שגם קרוב אינו בגדר בירור גמור, ונצטרך לומר כהדרך הנ"ל שכתבנו לעיל בסמוך שאע"פ ששניהם הם בגדר התנהגויות בספק בכל זאת אכתי שייך לומר שרוב עדיף.

ובנוגע לאם רוב הוא בגדר בירור או גזירת הכתוב של התנהגות בספק, עי' בשט"מ בב"מ דף ו' ע"ב בד"ה ועי"ל וכו' שכתב בשם הרא"ש ליישב קושיית תוס' שם ע"י שחידש שמה שהולכים אחר הרוב אין זה משום שרוב הוא בגדר בירור אלא לעולם הדבר עדיין נקרא ספק רק שהתורה גזרה להתנהג כמו הרוב, וכ"כ רעק"א בתשובה קל"ז. וכתב רעק"א לחדש שמש"ה

יועיל רוב אפילו במקום תרי ותרי כמו שמהני חזקה (לפי המ"ד שסובר שתו"ת הוא ספיקא דרבנן ושמן התורה אזלינן בתר חזקה), ואפילו אם בירורים כמו מיגו אינם מועילים במקום תרי ותרי כיון שיש לו כבר הבירור הכי גדול אבל בכל זאת רוב שפיר יועיל וכהנ"ל. ורעק"א הביא שם שהשושנת עמקים נסתפק באם רוב מהני במקום תו"ת, והשואל בשו"ת רעק"א שם ר"ל דלא מהני.

ב. ביאור דין מוחזק לפי הקו"ש.

הנה קי"ל שאין הולכים בממון אחר הרוב להוציא ממוחזק, ולפי דרכו הנ"ל של הקו"ש לכאורה מוכח מזה שמוחזק מהני בתורת חזקה חיובית, ואולי בתורת ראי' והוכחה לצד המחזיק משום שאנן סהדי שכל מה שתחת יד אדם שלו הוא ולא מחזקינן ל' לגזלן ושהמעוה הן בידו שלא כדין (בין כשדנים על חפץ מסוים אם גזלו או לא, ובין אם דנים אם הוא חייב לו מעוה בהלואה וכדומה, וצ"ע), דהא אם נאמר שמוחזק הוא רק בגדר התנהגות במצב של ספק א"כ אז שפיר היינו צריכים להכריע על פי רוב כיון שלפי הרוב אין כאן שום ספק וכמש"כ הקו"ש בנוגע לרוב וקרוב, וא"כ בע"כ צ"ל שמוחזק מהני בתורת חזקה חיובית או ראי' ובירור דאז י"ל שזה אלים מהבירור של רוב. וע"ע בענין רוב נגד מוחזק, ובביאור דין מוחזק, בפ"י בגיטין דף מ"ח ע"ב, ובמילואים לכרך ב' עמוד כ' ובאות שפ"ג.

ג. הדין של מחצה על מחצה יחלוקו לפי הקו"ש.

הקו"ש באות ע"ט כאן הביא את קושיית

האחרונים למה בשוכך אמרינן שבמחצה על מחצה יחלוקו ואילו בסימנים וסימנים אמרינן יניח. ובתירוצו השני משמע שכוונתו היא לומר ששאני באבידה שמכיון שיש לכל אחד הבירור של סימנים א"כ א"א לפסוק יחלוקו ולהפסיד כל אחד מחצה כיון שיש לו את הבירור של סימנים, אבל הכא מכיון שהיונה נמצאת בדיוק בין שני השוככים א"כ בכה"ג הרי זה נחשב שאין כאן שום כח של קורבה כלל, ולא אמרינן שיש כאן שני כחות של קורבה שמתנגדים זה לזה אלא אמרינן שאין כאן שום בחינה של קורבה כלל, ולכן שפיר יתכן לומר יחלוקו עכת"ד.

ברם לפי דבריו הנ"ל באות ע"ח יש ליישב את קושייתו אפילו אם נאמר ששפיר מיקרי שיש כאן ב' כחות של קרוב (עיי"ש באות פ"א), והיינו משום שהכח של קרוב אינו כח של בירור אלא הרי הוא בגדר התנהגות במצב של ספק ולכן שפיר שייך לומר יחלוקו אע"פ שבמקום בירורים כגון סימנים לא שייך לומר יחלוקו להוציא מידי הבירור.

ד. חזקה וקרוב.

השב שמעתתא בשמעתא ד' סוף פרק ב' כתב לדייק מדברי רבי חנינא שרק רוב עדיף מקרוב אבל חזקה אינה עדיפא מקרוב אלא שקולים הם משום שאל"כ הי' רבי חנינא צריך לאשמועין רבותא טפי דהיינו שאפילו חזקה עדיפא מקרוב דמזה היינו יודעים שכ"ש רוב דעדיף מחזקה. ובסברת הדבר י"ל שרק רוב עדיף מקרוב משום שרוב הרי הוא בגדר דבר המברר ולכן הרי הוא עדיף מקרוב (וכבר הבאתי ביאור זה לעיל

בסק"א), וראיתי בשם ספר נחלת יצחק בסי' מ"ו ענף ד' שהוכיח שקרוב עדיף מחזקה מהא שבעגלה ערופה אזלינן בתר קרוב גם היכא שמכירין אנו שלכל אנשי העיר הקרובה יש חזקת כשרות. וע"ע בשו"ת חמדת שלמה חלק אה"ע סי' מ"ג אות מ'.

ה. רוב כנגד חזקה וקרוב ביחד.

הפמ"ג באו"ח סי' שכ"ה במשבצות זהב אות ז' נסתפק בענין אם קרוב בהדי חזקה עדיף מרוב. והכרתי ופלתי בסוף סי' ס"ג כתב שרוב עדיף כדחזינן גבי נדה דאמרינן שחזקתו מן המקור אע"פ שהדם הוא קרוב להעלי' וגם יש להאשה חזקת היתר, וגם תני רבי חייא ששורפין תרומה וקדשים אע"פ שיש להם חזקת טהרה.

ועכ"פ יש לעיין באם שייך לומר לכה"פ מצד הסברא כמו שציידד הפמ"ג שחזקה בהדי קרוב עדיפי מרוב, דהא לפי דרכו של הקו"ש הרי מכיון שקרוב וחזקה הם שניהם בגדר דרכי התנהגות במצב של ספק ולא בגדר בירורים א"כ הדין נותן שכמו שקרוב לחודי' אינו מועיל במקום רוב כי הרוב מברר שאין כאן ספק א"כ ה"ה שחזקה בהדי קרוב אינם מועילים במקום רוב שהרי הרוב עודנו מברר שאין כאן שום ספק. מיהו כבר כתבנו שגם הא גופא שהתורה גזרה להתנהג בספק כמו הקרוב או כמו החזקה אין זה בגדר גזירת הכתוב בלי שום טעם וסברא אלא בודאי התורה גזרה כן בגלל האופי של בירור שיש בחזקה וקרוב אע"פ שאין הכח הזה מספיק חזק כדי להכריע את הספק, וא"כ אולי שייך לומר שהכח של בירור שיש בחזקה הרי הוא מצטרף עם כח

הבירור שיש בקרוב ושניהם יחד עדיפי מרוב, וצ"ע.

ו. בדברינו בהמשך הסוגיא בכמה מקומות נדון עוד על דברי הקו"ש בענין למה רוב עדיף מקורב.

רה) חוץ לחמשים אמה הרי הוא של מוצאו (תד"ה חוץ).

עיין בתוס' שהקשו אמאי הוי של מוצאו הלא אין הולכין בממון אחר הרוב, ותירצו דשאני הכא שאין מוחזק. והבין הרש"ש שכוונתם היתה להקשות שמכיון שאין הולכין בממון אחר הרוב, הדין נותן שיהי' של בעל השוכך משום הכח של קרוב, ועל זה הקשה הרש"ש דהא אדרבה מכיון שאין הולכין בממון אחר הרוב הרי מכ"ש שאין הולכין אחר הקרוב (דגרע מרוב) וא"כ שפיר הוי של מוצאו.

והנה לפי דברי הקו"ש שהבאנו בהאות הקודמת יש ליישב את קושיית הרש"ש, שהרי הקו"ש ביאר שהטעם למה ברוב וקרוב אזלינן בתר הרוב הרי זה משום שרוב הוא בגדר בירור ואילו קרוב הוא בגדר גזיה"כ של התנהגות במצב של ספק, ומש"ה מכיון שהרוב מברר שאין כאן ספק, תו לא שייך למיזל בתר קרוב, וא"כ לפ"ז י"ל שאפילו אם מאיזה טעם שהוא לא סגי בהכח של רוב כדי להכריע דיני ממונות, אפילו שלא כנגד מוחזק, אבל בכל זאת אכתי י"ל שקיים בכה"ג הדין של קרוב שהוא בגדר התנהגות במצב של ספק, ורק אם קרוב מהני בתורת בירור, רק אז שייך

לומר שמכיון שרוב לא מהני, כ"ש שקרוב לא מהני מכיון שהוא בירור יותר חלש מרוב.

אלא שכל זה הוא בקושייתם של תוס' אבל לפי האמת דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב הרי זה רק לענין להוציא ממוחזק א"כ מעתה שפיר נראה שכ"ש שאין הולכין אחר הקרוב להוציא ממוחזק דהא אם נלך אחר הקרוב הרי זה בע"כ משום שקרוב חשיב בירור מספיק חזק כדי להוציא ממוחזק (ודלא כהקו"ש דהוי בגדר התנהגות, דלא מסתבר לומר דהוי גזיה"כ של התנהגות ושגזרה התורה כן גם במקום מוחזק, וגם יש להביא סייעתא לזה ואכמ"ל), וא"כ אמאי לא סגי ברוב שהוא כח של בירור יותר חזק מקרוב (דהא א"א לומר שהוא בגדר התנהגות במצב של ספק, דהא א"כ בדין הוא שקרוב יהי' עדיף מיני' לפי סברת הקו"ש).

ועיין בקצה"ח בסי' מ"ט סק"ה שכתב שכמו שאין הולכין בממון אחר הרוב הה"נ שאין הולכין אחר הקרוב (ואפילו בסוג קרוב שהוא עדיף מרוב עיי"ש). מיהו אכתי י"ל כדרכנו הנ"ל שזהו רק לפי האמת אבל לפי מאי דס"ד לתוס' שאין הולכין בממון אחר הרוב אפילו כשאין מוחזק א"כ אכתי י"ל שהולכין בכה"ג אחר הקרוב וכמו שביארנו.

ברם בחידושי הרמב"ן כאן איתא כהנחת הרש"ש, והיינו שאפילו אם רוב לא מהני גם כשאין מוחזק, גם לפ"ז הדין נותן שה"ה שקרוב לא יועיל בכה"ג, וז"ל בד"ה רוב וכו', אבל היכא דליכא חזקה אזלינן בתר רובא, ואי בתר רובא ליכא למיזל כ"ש בתר קורבא דהא רוב עדיף לרבי חנינא עכ"ל.

ויש לבאר את דבריו על פי מה שכבר ביארנו בהאות הקודמת שי"ל ששניהם הם בגדר בירורים, רק שהבירור של רוב הוא יותר חזק. וגם י"ל כמו שביארנו שם שאפילו אם נאמר שקרוב הוא בגדר התנהגות במצב של ספק אבל בכל זאת י"ל שמה שגזרה התורה שננהג כן אין זה בגדר גזיה"כ בלי שום טעם וסברא אלא הרי זה משום שבאמת יש כאן מדה מסוימת של בירור אע"פ שאין כאן מדה מספקת של בירור כדי להכריע את הספק, דלפ"ז שפיר י"ל שאם רוב לא מהני הה"נ לקרוב ולא שי"ך לומר שאכתי קיימא בדוכתה הגזיה"כ של התנהגות, דהא נקטינן שהתורה גזרה כן בגלל מדת הבירור שיש כאן והרי חזינן שאפילו הבירור הגמור של רוב לא מהני, וא"כ לא מסתבר לומר שגזרה התורה שנלך אחר הקרוב מחמת מדת הבירור שיש בו.

ועכ"פ קושיית הרש"ש הנ"ל בנוי' היא על ההנחה שבלי רוב וכלי קרוב הדין נותן שיהי' של מוצאו ולכן הקשה שאם אין הולכין אחר הרוב כ"ש שאין הולכין אחר קרוב ושפיר הרי הוא של מוצאו. מיהו ראיתי שדנו המחברים לומר שאולי כשאין רוב וגם אין קרוב הדין נותן שיחלוקו אשר לפ"ז י"ל שכוונת תוס' היא להקשות אמאי הוי של מוצאו הלא אין כאן הכח של רוב וא"כ מכ"ש שאין הולכין אחרי הקרוב וא"כ הדין נותן שנגיד יחלוקו ואמאי הוי של מוצאו (עי' בזה בספר אילת השחר).

רה"ק * ואע"ג דאיכא אחרינא דנפישא מינה.

התוס' רי"ד כאן כתב בתוך דבריו שהכוונה היא לרוב הנראה לעינים, וכן

נראה שסובר הר"י מיגש דעיי"ש שכתב "בינוני כמוה". מיהו מלשון הרמב"ם נראה שהכוונה היא לרוב בצמצום עיי"ש, וצ"ע.

רו) וליזיל בתר רובא דעלמא.

התוס' רי"ד כתב בחד פירושא שהכוונה היא שנלך בתר עיר גדולה שהיא רחוקה הרבה, וכן הבין הכ"מ בפ"ט מהל' רוצח ה"ו את קושיית הגמרא, אלא שבתוס' רי"ד שם מבואר שהבין שהכוונה היא רק שהעיר הקרובה לא תביא אבל באמת גם א"א לומר שהעיר הגדולה שהיא רחוקה תביא דהא התורה תלתה בקרובה.

והתוס' רי"ד פי' את התירוץ של הגמרא שהתורה הקפידה דוקא על הערים שסביבות החלל בלי הפסק אבל לא משגיחין בעיר שהדרך משם לכאן היא דוקא דרך ערים אחרות, וכוונת הגמרא במה שתירצה ביושבת בין ההרים היא שאין העיר הזאת יושבת על אם הדרך שמוביל לכל הערים שבעולם אלא הדרך אל העיר הזאת היא דוקא דרך מספר מצומצם של ערים אחרות. והנה גם הכ"מ שם סובר שלפי האמת אין מודדין אלא להערים הקרובות בלי הפסק, אלא שהכ"מ סובר שם שאין זו כוונת הגמרא בהתירוץ, אלא כוונת הגמרא היא כמו שפירש"י שאין באים כאן כלל מערים רחוקות, ומש"ה כתב הכ"מ שהתרצן טרח לתרץ לפי הנחת המקשן, אבל באמת גם בלא"ה לק"מ משום שאין מודדין אלא להערים הקרובות בלי הפסק משום שאל"כ יצא שנמדוד תמיד להעיר הכי גדולה בהעולם, וזה בהכרח אינו, וא"כ בע"כ צ"ל

שמודדין רק להערים הקרובות בלי הפסק, וכתב הכ"מ שמש"ה השמיט הרמב"ם הך אוקימתא של יושבת בין הערים (והאבן האזל שם כתב גם סברא למה אין חוששין לעיר רחוקה אפילו אם היא גדולה [חוץ מהגדר הנ"ל שהתורה לא הקפידה על ערים שיש הפסק ביניהם לכאן], והיינו משום שאין הדבר מצוי שיבואו משם לכאן, והוי קרוב ומצוי נגד רוב, ולפ"ז אפילו אם אין הפסק ערים בין כאן להעיר הגדולה לא נמדוד אלי").

והנה ראשונים אחרים פירשו שזה תמיד ידענו שאין מודדין לערים רחוקות שיש הפסק ביניהן לכאן, רק שכוונת הקושיא של ניזיל בתר רובא דעלמא היא שהערים הקרובות (בלי הפסק) יצטרפו יחד לעשות רוב נגד העיר הכי קרובה (אע"פ שבכל עיר ועיר לחוד אין רוב וכמו שתירצו כבר "בדליכא"), וגם התוס' רי"ד הזכיר פירוש זה ועיין במה שכתב בענין אם שייך כאן צירוף לרוב, וכן באפיקי ים בסי' כ"ו ובחידושי הגרש"ש כאן שדנו בזה. וברבינו גרשום כאן מבואר שהוא מפרש שכוונת הגמרא היא שנלך אחרי רוב עוברי דרכים ולא שנצרך יחד את הערים עיי"ש.

ולפי הפירוש הנ"ל שהזכיר התוס' רי"ד יש לפרש שכוונת הגמרא בהתירוץ היא שיש רק עוד עיר אחת הקרובה אל החלל בלי הפסק, וכן פי' השט"מ בשם הר"י מיגש, וכן נראה שפי' הרמב"ם דעיין בדבריו בפ"ט מהל' רוצח שם שצייר שיש רק עוד עיר אחת הקרובה אל החלל ושאר אותה העיר גדולה מזו, והיינו כהנ"ל שהוא סובר שהקושיא היתה שנצרך את כל הערים שמסביב (בלי הפסק) והתירוץ הוא שיש רק

(רז) תד"ה חוץ לחמשים.

הנה מדבריהם מבואר דס"ל שבממון לא אזלינן אפילו בתר רובא דאיתי' קמן (דעדיף מרובא דליתי' קמן כמו שמבואר בחולין דף י"א), ועיין בזה בספרי על סנהדרין באות כ"ז.

(רח) תד"ה רוב.

א. וז"ל, וא"ת מאי קמ"ל מתניתא היא ט' חנויות וכו' עכ"ל. עי' לקמן באות ר"ד.

ב. וז"ל, וכן משמע בסמוך גבי חבית שצפה בנהר וכו' עכ"ל. עיין לקמן באות ר"ב בנוגע להוכחתם.

(רט) בענין אם יש מ"ד שסובר שרוב כנגד קרוב נשאר מחצה על מחצה.

הנה רבי חנינא בסוגיין סובר שרוב עדיף מקרוב, וכבר דיברו הראשונים באם רבי זירא חולק על זה או האם גם הוא מודה לתירוצי הגמרא. והנה הרמב"ם פסק בנוגע להסוגיא בביצה שהביאו תוס' כאן בסד"ה רוב וכו' שאם הזמין שחורים ולבנים ומצאן במקומות הפוכים הרי הם אסורים משום שספק מוכן אסור, ולא כתב משום שהולכין אחרי הרוב, וכן בהל' רוצח השמיט הרמב"ם את הציור של יושבת בין ההרים, אלא כתב רק שצריכים שהעיר שבאה אחרי' בקרובה אין בה רוב, אבל לא מפריע העובדא שיש רובא דעלמא (ועי' לעיל באות ר"ו שהבאנו את תירוצו של הכ"מ על זה), וכן השמיט את הציור של שביל של כרמים, ומכל זה הוכיח הכרתי ופלתי בסוף סי' ס"ג שהרמב"ם סובר להלכה דלא כסוגיית הגמ'

עיר אחת בלי הפסק ערים אחרות, וא"כ יוצא שהרמב"ם שפיר הביא את הציור של יושבת בין ההרים.

והנה עיין בריטב"א כאן דמבואר שהוא מפרש שלעולם שפיר יתכן שאירי הפרשה באופן שיש עוד ערים סביבות החלל רק שהעיר הקרובה היא יותר גדולה מכולם ביחד, ודלא כהרמב"ם והר"י מיגש שמפרשים שיש רק עוד עיר אחת, דעיי"ש שהוא מפרש את הקושיא השני' של ניזיל בתר רובא דעלמא כהפירוש שהקושיא היא שנלך בתר ערים רחוקות אע"פ שיש הפסק, ואת התירוץ הרי הוא מפרש כהתוס' ר"ד שאין הולכים אחר ערים שיש ביניהן לכאן הפסק וכאן איירי ביושבת בין ההרים שיש דרך (בלי הפסק) רק להערים הסמוכות, ובנוגע להערים הסמוכות כתב בהתי' הראשון של "בדליכא" שהכוונה היא שאין סביב החלל עיר יותר גדולה מזו, לא אחת, ולא ע"י צירוף כולן יחד, הרי שהוא מפרש כהנ"ל שלעולם יתכן דאיירי שפיר באופן שיש כמה ערים סביבות החלל, רק שגם בכלן יחד אין יותר מבהעיר הקרובה. מיהו צ"ע על זה דהא משמע מהפרשה שאילו היתה אחת מהאחרות יותר קרובה, אז היתה העיר ההיא מביאה עגלה, ואילו בהציור של הריטב"א לא יתכן לומר כן, דהא העיר הזאת היא יותר גדולה ממנה (שהרי היא יותר גדולה אפילו מכולן יחד) והולכין אחר הרוב, אבל לפי האוקימתא של הרמב"ם והר"י מיגש שיש רק שתיים ושתיהן הן שוות א"ש [ועי' לעיל באות ר"ה*], וכן אתי שפיר לפי האוקימתא שיש כמה ערים שוות ואין מצרפין אותן לרוב וכמו שיוצא בפשטות מדרכו של רש"י.

כאן בדעת רבי חנינא אלא ס"ל שרבי חנינא דיבר בקורבה דלא מוכח אבל רוב כנגד קורבה דמוכח נשאר מחצה על מחצה, וכמו שהמציא שם שכן סוברת הגמ' במס' נדה עיי"ש.

ובנוגע לעגלה ערופה כתב זו"ל, בעגלה ערופה נגד רובא דעלמא הוי קורבא דמוכח כמו שכתבו תוס' והוי ספיקא, ועל ספק בא ג"כ עגלה ערופה עכ"ל, פי' אבל לגבי העיר הרחוקה קצת הרי זה קורבא שאינו מוכח ומש"ה הולכים אחרי הרוב.

ולכאורה י"ל עוד שהרמב"ם סובר שהברייתא במס' קידושין בדף ל"ח שהביאו הרמב"ן והנ"י לקמן בסוגיין חולקת על רבי חנינא דעיי"ש דתניא כרם הנטוע ירק וירק נמכר חוצה לו (ויש ספק אם הירק בא מהכרם ואסור), בארץ אסור, בסוריא מותר, דיל"ל דס"ל להרמב"ם שהברייתא סוברת שבארץ הרי זה אסור אע"פ שיש רוב להיתר משום שרוב וקרוב הרי זה נשאר מחצה על מחצה, ובסוריא הרי זה מותר משום דהוי ספיקא דרבנן, ואין להקשות איך חולק רבי חנינא (שהוא אמורא) על ההיא ברייתא, דיל"ל שרבי חנינא סובר שמהמשנה בנדה וכן מדברי רבי חייא יש שפיר ראי' שהולכין אחר הרוב (אלא שלפ"ז צ"ע איך פוסק הרמב"ם את הדין של המשנה בנדה וכן את הדין של רבי חייא, אם לא שנאמר שהוא סובר להלכה דשאני התם דהוי גם מצוי, וצ"ע). (והנה הרמב"ן והנ"י כתבו שההיא דקידושין הוא ברייתא, מיהו באמת הרי הוא משנה בסוף מס' ערלה, וצ"ע).

ועכ"פ הרמב"ן לקמן בסוגיין פי' שהטעם של ההיא ברייתא בקידושין דקתני בה שבארץ אסור הוא משום שהתם הוי

יותר מסתם קרוב אלא הרי זה בגדר מקומו ממש וממילא אמרינן כאן נמצא כאן ה' שזה עדיף מרוב גם לפי רבי חנינא. ולפ"ז צ"ל שבסוריא מותר משום שספיקא דרבנן מותר גם כששייך לומר כאן נמצא כאן ה'.

ועי' באות רי"ג מה שנקשה על הרמב"ן. ועי' גם בפ"י בסוגיא דביצה שם על הא דדייק הש"ס ש"מ דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב שהקשה שאולי הוי רק מחצה על מחצה ובכל זאת אסור משום שספק מוכן אסור, וכן עיין במה שהביא מהפולא חריפתא בסוגיין.

ולעיל באות ר"ד סק"ד דננו בנוגע לקרוב נגד חזקה וגם הבאנו שהש"ס סובר דהוי מחצה על מחצה.

ולקמן באות רט"ו נביא עוד מקורות בענין אם יש מ"ד שסובר שרוב וקרוב הוי מחצה על מחצה.

דף כ"ד ע"א

(רי) רוב ומצוי ליכא למ"ד.

לכאורה הכוונה ב"מצוי" היא לרובא דלית' קמן, כמו הא דאמרינן בעלמא שרוב פעמים בהמה אינה טריפה, דגם כאן אמרינן שרוב פעמים הדם בא מן המקור. וכן ביאר הש"ס בשמעתא ד' סוף פרק א' (ועי' לעיל שם מה שביאר על פי הש"ך שהביא שם). והנה יש לעיין מה היא מהות החילוק בין רובא דאית' קמן לרובא דלית' קמן. ולכאורה נראה שרובא דאית' קמן מיקרי היכא שההכרעה של רוב באה רק מחמת תערובת, משא"כ ברובא דלית' קמן ההכרעה היא מצד סברא בהטבע או במנהג בני אדם, ואפילו אם היתה קיימת רק בהמה

אחת בהעולם, היינו יכולים לומר שיש כח מסוים בהטבע שגורם שאינה טריפה, רק דהא דידעינן שקיים כח כזה הרי זה משום שחזינן שרוב פעמים הוא כן, אבל מ"מ לאחר שחזינן כן, אז יש כאן הכרעה בסברא ובטבע הדברים, דהא חזינן שיש כח כזה שגורם שרוב בהמות אינן טריפות, וכן מבואר בשמעתא ב' פט"ו.

ונראה שכן הביין הגר"ח ולכן הקשה (הובא בקר"ש כאן באות פ"ד) דדל הכח של רובא דלית' קמן הלא יש בכל רובא דלית' קמן גם הכח של רובא דאית' קמן, דהא הבהמה הזאת פירשה מכל הבהמות שבעולם ורובן הן כשרות וא"כ יש כאן גם הכח של כל דפריש מרובא פריש, והקשה הגר"ח שלפ"ז צ"ע על הסוגיא בחולין דף י"א שנקטה שיתכן שרק רובא דאית' קמן מועיל אבל לא רובא דלית' קמן, דצ"ע דהא בכל רובא דלית' קמן יש גם הכח של רובא דאית' קמן וכהנ"ל*).

מיהו הקו"ש כאן באות פ"ג ופ"ד כתב דרך אחרת בכל זה אשר לפי דרכו לא קשה קושיית הגר"ח, והיינו שהמכוון ברובא דאית' קמן הוא להיכא שאנו מכירים כל פרט ופרט, וכמו בט' חנויות שאנו מכירים כל חנות וחנות אם היא מוכרת כשירה או

טריפה, אבל רובא דלית' קמן הוא היכא שאין אנו מכירים כל פרט ופרט אלא הרי אנו יודעים רק שהכלל הוא כך כגון רוב בהמות אינן טריפות שאין אנו מכירין את כל הבהמות שבעולם איזו היא כשירה ואיזו היא טריפה, וכן כאן בסוגיין מה שרוב הדם הוא בהמקור הרי זה רובא דלית' קמן כי אין אנו מכירין ע"י מדידת הדם של האשה הזאת את הרוב שהוא בהמקור ואת המיעוט שהוא בעלי', רק שיש לנו ידיעה כללית שרוב הדם הוא בהמקור (עי' בלשונו שם, וצ"ע), והסברא של "מצוי", הרי היא סברא נפרדת ואין הכוונה לרובא דלית' קמן, דהא זהו המכוון במאי דאמרינן כבר שיש רוב וכהנ"ל שלא שייך כאן רובא דאית' קמן. ועע"ש שיישב את קושיית הגר"ח הנ"ל על פי דרכו דהא לפי דרכו של הקו"ש יוצא שברובא דלית' קמן אין כאן המציאות של רובא דאית' קמן כיון שאין אנו מכירים כל פרט ופרט.

וע"ע באות פ"ה שכתב הקו"ש וז"ל, ובספ"ק דיבמות נכרי שקידש בזה"ז חוששין שמא מעשרת השבטים הוא באתרא דקביעי, ופירש"י משום דקבוע כמחצה על מחצה דמי, ולפי הנ"ל זהו כרובא דלית' קמן, דהא כל אחד בפני עצמו אינו ידוע אם

(* ועיי' עוד בדברי הנתיחה"מ, שהובאו בשו"ת חמדת שלמה חלק אה"ע סי' כ"ד אות י"ב, שכתב לבעל החמדת שלמה בזה"ל, ספק ספיקא חשיב כרובא דאיתא קמן, דרובא דליתא קמן הוא מה דליתא קמן בדינא כגון רוב בהמות אינן טריפות, שבהמות אחרות אינן מגדלין הספק ולא באים בדין, שאפילו לא הי' רק בהמה אחת בעולם הי' ספק זה אם היא כשירה או טריפה, משא"כ ברוב סנהדרין או בתשע חנויות דאילו לא הי' רק חנות

אחת לא הי' שום ספק וכשיש עוד אחד נעשה ספק אם מזו או מזו, וכל שיש יותר מגדיל הספק יותר, וכולן באין בדין לפנינו לומר אם מזו או מזו, זה חשיב רובא דאיתא קמן, לכן ספק ספיקא, אפילו ספק ספיקא במציאות, ג"כ חשיב רובא דאיתא קמן, דכיון ששני צדדי המתיר הן בדין לפנינו כמו רובא דאיתא קמן הוא עכ"ל (כלומר שבספק ספיקא הרי זה כאילו פירש המקרה הזה מרוב האפשרויות שנמצאות לפנינו בדין).

הוא נכרי או ישראל, אלא שידוע לנו בכלל כי הנכרים הן רוב וכו', וא"כ מוכח דגם ברובא דלית' קמן שייך דין קבוע, וקשה דבכל דוכתי מבואר להיפוך וכו', ובשיטה ספ"ק דכתובות העתיק לשון תוס' הא דקיי"ל רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן להוי ההוא רוב מחצה על מחצה, שהרי כשמביאין הבהמה בביתו של שוחט הוא קבוע, ולא קושיא היא דההוא רוב חזקה ורגלים לדבר וכו' דאמרינן מסתמא לא שחט אדם בהמה אא"כ הי' בקי, אבל הכא מי איכא למימר לא בעל אדם אשה זו אא"כ הי' כשר עכ"ל (השיטה), ומפורש דגם ברובא דלית' קמן כמו ברוב מצויין אצל שחיטה שייך דין קבוע אלא התם טעמא אחרינא איכא, מטעם חזקה ורגלים לדבר, וא"כ אכתי תיקשי בכל לית' קמן כמו ברוב בהמות כשרות אמאי לא אמרינן קבוע עכ"ל של הקו"ש. מיהו לפי הדרך הראשון שכתבנו נראה שכוונת השיטה היא לומר באמת שרוב מצויין אצל שחיטה הוא רובא דלית' קמן משום שהוא רוב של סברא וסיבה במנהג בני אדם ולא רוב של תערובות, ומש"ה בכגון זה לא נאמר הדין של קבוע (אבל בעשרת השבטים שם חשיב רובא דלית' קמן כי ליכא סיבה וסברא לומר שרק נכרי יבעול).

ריא) מחלוקת רב ושמואל.

בגמ' ס"ד שרב ושמואל פליגי בדברי רבי חנינא, דשמואל אית לי' דרבי חנינא ורב לית לי' דרבי חנינא, ודחינן לא דכו"ע אית להו דרבי חנינא והכא בהא קמיפלגי דמר (רב) סבר אם איתא דמאיהי דקירא אתאי עקולי ופשוורי הוה מטבעי לה, ומר

(שמואל) סבר חריפתא דנהרא נקט ואתאי ופירש"י וז"ל, שמא מתחילה נפלה באמצעות הנהר במקום חזקו עכ"ל. וצ"ב דבודאי לא פליגי רב ושמואל בענין המציאות, וא"כ אמאי לא חייש רב לשמא נפלה מתחילה באמצע הנהר.

וי"ל דלכו"ע יש רובא דלית' קמן שעקולי ופשוורי הוה מטבעי לה, ורב מתיר משום דס"ל שרובא דלית' קמן בהדי קרוב עדיפי מרובא דאית' קמן, אבל שמואל סובר שקרוב בהדי רוב של מטבעי אינם עדיפי מרובא דאית' קמן ומש"ה אכתי צריכים לחשוש שמא בא מרובא דעלמא ושחריפתא דנהרא נקט ואתאי דהיינו שצריכים לחשוש להרובא דאית' קמן.

ובסברות הדבר י"ל שזה תלוי במה הוא יסוד הדין של קרוב, והיינו שאם נאמר שקרוב הוא בגדר בירור ושטעמו של רבי חנינא הוא משום דס"ל שהבירור של רוב עדיף טפי, א"כ שפיר י"ל שהבירור של קרוב בהדי הבירור של רובא דלית' קמן עדיפי מרובא דאית' קמן (אע"פ שרובא דאית' קמן עדיף מכל אחד לחודי), אבל אם נאמר שקרוב הוא בגדר גזיה"כ של התנהגות בספק (וטעמו של רבי חנינא הוא משום שכשיש רוב שמברר, הרי לא נשאר כאן ספק) א"כ שוב לא שייך לומר שרובא דלית' קמן בהדי קרוב עדיף מרובא דאית' קמן שהרי הקורבה אינה מוספת שום כח של בירור וא"כ נשאר על מקומו שהרובא דאית' קמן שאומר שמאיהי דקירא אתאי עדיף מהרובא דלית' קמן שאומר שהי' נשבר, וכן סובר שמואל.

מיהו יש לפקפק על מה שכתבנו בדעת שמואל, משום שאפילו אם קרוב מהני

בתורת גזירת הכתוב של התנהגות במצב של ספק אבל לכאורה נר"פ שמה שגזרה כן התורה אינו בגדר גזיה"כ לחוד בלי שום טעם וסברא אלא בודאי גזרה כן התורה משום שיש כאן מדה מסוימת של בירור אע"פ שאין כאן מדה מספקת של בירור כדי להכריע, וא"כ לפ"ז אכתי י"ל שקרוב בהדי רובא דלית' קמן עדיפי מרובא דאית' קמן (מיהו אכתי י"ל ששמואל סובר שאינם עדיפי).

וכן יש לפקפק במה שכתבנו שרובא דאית' קמן ינצח נגד רובא דלית' קמן, והיינו משום שנהי שרובא דאית' קמן נחשב לכח יותר חזק מרובא דלית' קמן אבל מ"מ אכתי יתכן לומר שכשיש רובא דלית' קמן נגד רובא דאית' קמן, הדין נותן שנלך בתר הרובא דלית' קמן, והיינו משום שהרובא דלית' קמן אינו מתנגד בכלל להרובא דאית' קמן, שהרי לפי הרובא דלית' קמן יוצא שאין כאן שום תערובת כלל אלא הדבר מבורר שהחבית באה מכאן, וכבר כתב הש"ש סברא זו בשמעתא ו' פרק ז' כדי לבאר שע"א נאמן נגד רובא דאית' קמן אבל לא נגד רובא דלית' קמן אע"פ שרובא דלית' קמן הוא יותר חלש מרובא דאית' קמן, וביאר כהנ"ל שבצירוף של רובא דאית' קמן הרי לפי דברי העד אין כאן שום תערובת כלל וא"כ נמצא שהעד אינו אומר נגד רוב, וא"כ ה"ה שי"ל כן גם ברובא דלית' קמן כנגד רובא דאית' קמן.

ובאמת יש גם לפקפק על עיקר דברינו שכתבנו בדעת רב שיש כח של רובא דלית' קמן שאומר שהחבית היא מכאן, אבל לעולם גם רב מודה שיתכן מציאות של חריפתא דנהרא נקט, דלפ"ז יש להקשות

דהא סוף סוף יש כאן תרי מיעוטי לצד איסור, דהיינו מיעוט שאומר שהחבית באה מאיהי דקירא כי חריפתא דנהרא נקט, וכן מיעוט שאומר שהיא מבית הנכרים בהעיר הזאת (וכ"ש אם נמצאה החבית קרוב לבית הנכרים), וא"כ אולי המיעוטים האלו מצטרפים לעכב את הרוב של עיקולי ופשוטי (וכעין זה הקשה הרש"ש על ההו"א בסוגיין שרבינא התיר חצבא משום דאזיל בתר רובא דעלמא, דהא יש לצרף מיעוט ערלה דעלמא עם מיעוט יין נסך עיי"ש).

ריב) עוד בענין המחלוקת בין רב ושמואל.

הנה תוס' לעיל פירשו שרב מתיר בעיר שרובה ישראל אפילו אם החבית נמצאה קרוב לבית נכרי משום שהוא סובר שרוב (העיר) עדיף מקורבה דלא מוכח אפילו לפי ההו"א של הגמ' שרב סובר שרוב אינו עדיף מקורבה דמוכח אלא הקרוב עדיף, ומזה נסתייע הר"י לפירושו שם שגם בלא רבי חנינא ידעינן שרוב עדיף מקורבה דלא מוכח ושלא בא רבי חנינא לחדש דבר זה דהא חזינן הכא שאפילו רב שחולק על רבי חנינא סובר דבר זה.

ברם בריטב"א כאן בד"ה אתמר וכו' מבואר טעם אחר למה רב אינו הולך בתר הקורבה לבית הנכרי, והיינו משום שלא שייך כאן ההוכחה של קורבה כלל, וז"ל, דכיון שנמצאה בנהר, ליכא קורבה לאחד מבני העיר, דאפשר הוא לזה כמו לזה עכ"ל. ונראה שכוונתו היא להסברא שכתב התוס' רי"ד כאן באות ח' דהיכא שיצא הדבר חוץ למחיצתו ונמצא במקום אחר, לא שייך ללכת אחר הקרוב, ולא שייך ללכת

אחר הקרוב אלא כגון היכא שנמצא הבשר בין החנויות אבל לא כשנמצא באחד ממבואות העיר עיי"ש.

והרמב"ן כאן בד"ה הא דאמר רב וכו' תי' דאירי באופן שלא נודע איפוא נמצאה החבית בדיוק, אם קרוב לביתו של ישראל או אם קרוב לביתו של נכרי, ומש"ה אזלינן בתר רוב ואמרינן שמסתמא נמצאה קרוב לביתו של ישראל.

ריג) אבל עינבי מיצנעי.

עין בני' שכתב וז"ל, פי' הרמב"ן ז"ל דאפילו רבי חנינא דקי"ל כוותי' דאזלינן בתר רובא אפילו כי איכא קורבה דמוכח, הכא אסרינן ענבים, דאמרינן כאן נמצאו כאן היו כדאמרינן בברייתא בספ"ק דקידושין [דף ל"ח ע"ב] כרם הנטוע ירק, וירק נמכר חוצה לו, בארץ אסור, וטעמא דמילתא לפי שדרך הגננים למכור על פתח גינותיהן כדמוכח בסוף ב"ק והו"ל כמקומו ממש וליכא מאן דאמר רובא עדיף עכ"ל, וכן הוא בחידושי הרמב"ן כאן עיי"ש (וכבר הערנו באות ר"ט שאינה ברייתא אלא משנה עיי"ש).

והנה בההיא דקידושין איתא שבסוריא מותר, ולפי הרמב"ן צ"ל דהיינו משום שבספיקא דרבנן אזלינן לקולא אפילו כששייך לומר כאן נמצא כאן הי'. מיהו לפ"ז צ"ע למה אסרינן כאן את הענבים משום כאן נמצא כאן הי' הלא גם עובדא דהכא אירי בחוץ לארץ, ובשלמא לפי רבי יוחנן בקידושין דף ל"ח ע"ב שסובר שודאי ערלה בחו"ל אסור משום הלל"מ (אע"פ שכלאים אסורים רק מדרבנן), לק"מ, דהא הכא אירי לענין ערלה, אבל לפי שמואל

שם שסובר שערלה בחו"ל הרי הוא רק מדרבנן צ"ע כהנ"ל.

ריד) תד"ה ושמע מינה.

וז"ל, חשיב לי' רובא דליתי' קמן עכ"ל. מדבריהם מבואר שגם רובא דליתי' קמן עדיף מקרוב, וכתב המהרש"א כאן "דהכי משמע מתוך שמעתין דר"ח אפילו ברובא דליתא קמן קאיירי" (ובהגהות פורת יוסף לעיל צידד באם יש לדייק איפכא מדברי רש"י לעיל בתחילת הסוגיא בד"ה רוב וקרוב עיי"ש). והנה תוס' לעיל בד"ה רוב וכו' הקשו אמאי איצטריך דרבי חנינא, הא כבר חזינן ממתניתין דט' חנויות שרוב עדיף מקרוב, והקשה המהרש"א כאן מה קשה להו הלא אי מט' חנויות היינו אומרים כן רק ברובא דאיתי' קמן וא"כ שפיר בעי רבי חנינא לאשמועין כן אפילו ברובא דליתי' קמן.

ונראה שיש ליישב את קושיית המהרש"א על פי דברי הקו"ש בסוגיין וכמו שנבאר, דהנה הקו"ש באות ע"ח ביאר שטעמו של רבי חנינא למה ס"ל שרוב עדיף הרי הוא משום דס"ל שרוב הוא בגדר דבר המברר ואילו קרוב הרי הוא בגדר גזיה"כ איך להתנהג במצב של ספק אבל אינו בגדר דבר המברר שבכחו להכריע ולכן כשיש רוב שמברר לנו את המעשה הרי שוב ליכא ספק ואין כבר מקום בשביל הגזיה"כ של קרוב, ועוד הביא שם את קושיית תוס' בחולין שהקשו למה צריכים למילף את הכח של רוב מפסוק הלא מאחר דילפינן שם דאזלינן בתר חזקה א"כ כ"ש דאזלינן גם בתר רוב דהא רוב עדיף מחזקה כדאמרינן שרובא וחזקה רובא עדיף, ותי' הרשב"א על זה

שמאי דקי"ל שרובא וחזקה רובא עדיף הרי זה רק לאחר שכבר ידעינן מקרא אזלינן בתר רובא, ולכאורה אין דבריו מובנים כי כיון שבלי הפסוק לא היינו יודעים שרוב מועיל א"כ לאחר שלמדנו שהוא שפיר מועיל אכתי מנלן שהוא עדיף מחזקה. וביאר הקו"ש שכוונת הרשב"א היא שבלא הפסוק לא היינו יודעים בכלל שרוב נחשב בגדר דבר המברר, ולכן צריכים קרא לאשמועינן דבר זה, אבל מאחר שזכינו לזה, א"כ מעתה פשיטא שהוא עדיף מחזקה משום שכיון שיש כאן דבר המברר א"כ שוב אין כאן שום ספק ולא שייך לילך בתר חזקה שהיא בגדר גזיה"כ של התנהגות במצב של ספק.

ומעתה לפי הנ"ל יש ליישב את קושיית המהרש"א ולומר שעיקר כוונת רבי חנינא היתה לאשמועינן שקרוב אינו בגדר בירור אלא בגדר התנהגות במצב של ספק ולכן רוב עדיף מיני' וכמו שביאר הקו"ש, אבל לא היתה כוונת רבי חנינא לאשמועינן שרוב הוא בגדר דבר המברר דהא זה כבר ידעינן ממה שרובא וחזקה רובא עדיף וכהנ"ל, אלא עיקר כוונתו היתה לאשמועינן שקרוב הוא בגדר גזיה"כ של התנהגות, וא"כ לפ"ז לא קשה קושיית המהרש"א, משום שמעתה לא שייך לומר שרבי חנינא הוצרך לאשמועינן שגם רובא דלית' קמן עדיף מקרוב, דהא זה פשוט שגם רובא דלית' קמן הרי הוא בגדר דבר המברר כדחזינן מהא שגם רובא דלית' קמן עדיף הוא מחזקה, וא"כ מאחר שכבר ידעינן שרובא דאית' קמן עדיף מקרוב אשר הטעם לזה הוא משום שקרוב הרי הוא בגדר גזיה"כ של התנהגות ואילו רוב הרי הוא בגדר דבר

המברר, א"כ פשיטא שגם רובא דלית' קמן עדיף מקרוב מאחר שגם רובא דלית' קמן הרי הוא בגדר דבר המברר, והיכא שיש לנו כח המברר לא שייכא גזיה"כ של התנהגות וכמו שביאר הקו"ש.

וע"ע בשער המלך בפ"ב מהל' יו"ט ה"ו מה שתירץ על קושיית המהרש"א.

רטו) תד"ה לימא משום דסבר לה כרבי חנינא.

וז"ל, וליכא למימר דשריא משום דספק ערלה בחוצה לארץ מותרת דהא אי לית לי' דרבי חנינא אלא רוב וקרוב אזלינן בתר קרוב א"כ הו"א ודאי ערלה עכ"ל. והקשה הקו"ש באות פ"ח דאכתי נימא דס"ל שרוב וקרוב הו"א מחצה על מחצה, ות"י שלא מסתבר לחדש צד כזה שלא הזכירו רבי חנינא ורבי זירא.

מיהו באמת מדברי תוס' בד"ה דתני רבי חייא מוכח דס"ל ששפיר שייך לומר דהוי מחצה על מחצה (שהרי כתבו שהי' שייך לפרש כן את מה דתנן שספקו טמא עיי"ש). שו"ר בשער המלך בפ"ב מהל' יו"ט ה"ו בסד"ה זימן שחורים וכו' שהקשה את הסתירה הנ"ל בין דברי תוס', וכתב וז"ל, אלא כוונתם לומר (בד"ה לימא) דכיון שמספקא לן הי מינייהו עדיף ואפשר דקרוב עדיף לא הו"ל לרבינא למישרי, דהא אי קרוב עדיף הו"ל ודאי ערלה, ואין זה כשאר ספק ערלה דעלמא דהספק הוא במציאות, משא"כ הכא דהו"ל ספיקא דדינא, דמספקא לן אם אזלינן בתר קרוב או בתר רובא, בהא ודאי אזלינן לחומרא, דאי קרוב עדיף הו"ל ודאי ערלה וכו' עכ"ל.

וע"ע לעיל באות ר"ט שהבאנו עוד

מקורות בענין אם יש מ"ד שסובר שרוב וקרוב נשאר מחצה על מחצה.

רטז) בענין המחלוקת שבין הקצה"ח והנתיה"מ בסי' רס"ב.

בשו"ע בסי' רס"ב סעיף י"ט נפסק שאם מצא כלי ולפניו פירות, אם מראים הדברים שהם של אדם אחד, כגון שפי הכלי הוא כלפי הפירות, הרי הוא חייב להכריז גם על הפירות ולהחזירן לבעל הכלי כי נקטינן שנפלו מן הכלי. והקשה הקצה"ח דהא פסקינן כרבי חנינא וא"כ ניזיל בתר רובא דעלמא. ותי' הקצה"ח על פי דברי הרמב"ן בסוגיין דמקומו ממש עדיף מרוב (ועל הרא"ש שחולק על הרמב"ן וסובר שמקומו לא עדיף מקרוב, נשאר בצ"ע). והנתיה"מ שם כתב טעם אחר למה נותנים את הפירות לבעל הכלי, והיינו משום שכיון שאומר בעל הכלי שנאבדו ממנו גם פירות, והרי הוא נאמן על זה, א"כ תו לא חיישינן שמא הלכו פירותיו לאיבוד ושהפירות האלו הם אחרים. והא דחיישינן כן גבי זימן יונים שחורים ולבנים וכמו שהביאו תוס' לעיל בסד"ה רוב, צ"ל דהיינו משום שגם בלא"ה הרי חזינן לכה"פ שנתהפכו ושקרה שינוי. א"נ משום שבעלי חיים נינהו ודרכם לילך (סברות אלו ראיתי בספר קהלות יעקב).

ועוד כתב הקצה"ח שם שהשיעור של קרובה בהציור של פירות שם הוא ד' אמות, והנתיה"מ כתב שהכל הוא כפי הענין. ולכאורה י"ל שהקצה"ח אתי לשיטתו דאתינן עלה משום דין מקומו, וא"כ הגדר של מקומו אינו משתנה לפי הענין. ברם הקצה"ח שם קבע את השיעור של ד' אמות לפני שחידש דהוי משום דין מקומו. ועוד

הביא שרק לפי רש"י בע"ז בריש פרק רבי ישמעאל השיעור הוא ד' אמות אבל לפי תוס' שם השיעור הוא אמה או חצי אמה עיי"ש.

עוד ראיתי מתרצים על קושיית הקצה"ח דשאני התם בסי' רס"ב שבעל הכלי טוען ברי והמוצא טוען רק שמא, וא"כ י"ל שגם רבי חנינא מודה שברי בהדי קרוב עדיף מרוב, שהרי בכתובות דף י"ב ע"ב מבואר שברי וחזקה מועילים להוציא ממון, והרי רוב לא מהני להוציא ממון, וא"כ חזינן מזה שברי וחזקה עדיפי מרוב, וא"כ ה"ה שברי וקרוב עדיפי מרוב דהא קרוב וחזקה שקולים הם, ואולי קרוב הוא גם עדיף מחזקה וכמו שהבאנו לעיל באות ר"ד סק"ד דיש לדון באם קרוב וחזקה שקולים הם או האם קרוב עדיף.

דף כ"ה ע"ב

ריז) רבי יוסי וכו' וזה נוטע בתוך שלו.

הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי (קרוב לסופו) כתב שבע"כ צ"ל שלפי רבי יוסי אינו חייב לשלם עבור ההזיק שעשו השרשים מדין שור או אש וז"ל, ואם חייב לשלם מה שהזיק היאך יכול להזיקו ולומר בתר הכי משלמנא ונמצא זה צריך להתעצם עמו בב"ד בכל יום ויום וכדתנן ובכירה טפח ואם הזיק משלם מה שהזיק, ואע"פ שמשלם צריך להרחיק שיכול הלה לומר אין רצוני שתזיקני ותשלם לי שקשה גזל הנאכל, ואע"פ שהוא משלם רשע מיקרי כדכתיב חבול ישיב רשע (גזילה ישלם) וכך פי' רבינו שלמה ז"ל וכו' עכ"ל (ועיי"ש

שכתב כמה סברות למה לא חשיב באמת בגדר שור או אש). וכוונתו כמה שצייין לדברי רש"י היא לדברי רש"י לעיל בדף כ' ע"ב על הא דתנן שאם הרחיק את התנור וכיריים כדין ובכל זאת הזיקו הרי הוא חייב לשלם לפי רבנן, ופירש"י וז"ל, ואעפ"כ מעכבין עליו השכנים להרחיק ככל השיעורים הללו שמא ידליק ואין לו מה לשלם עכ"ל. ועייין גם בסמ"ע בסי' קנ"ה סק"ג שכתב וז"ל, ומ"מ צריך להרחיק לכתחילה שיעור הנ"ל שאולי ידליק בתי השכנים או העלי' שדר בו ולא יהי' לו ממה לשלם, וגם מפני שלא ירצה לירד עמו בדינא ודיינא, וגם לטרוח לחזור ולבנות ולהיות זמן מה בלא דירה ולטלטל נפשו מדירה לדירה עכ"ל.

והנה עצם הדין שאסור להזיק על מנת לשלם מבואר להדיא במשנה בב"ק דף קי"ד ע"א דתנן שלא יקוץ את סוכו על מנת ליתן את דמים (ור"י בנו של ריב"ב מתיר שם רק משום תנאי יהושע). מיהו צ"ע למה הוצרכו רש"י והרמב"ן והסמ"ע להסברות הנ"ל של התעצמות עמו בב"ד וכדומה, הלא גם בלא"ה פשיטא דאסור, שהרי אע"פ שבדעתו לשלם אבל בשעתו הרי הוא מפסידו והרי הוא בגדר מזיק על החפצא וא"כ הרי זה אסור משום האיסור להזיק. ואולי זוהי באמת כוונת הרמב"ן בסוף דבריו במה שהביא קרא דחבול ישיב רשע גזילה ישלם דכוונתו היא לומר שגם על מנת לשלם חשיב גזילה, אבל עכ"פ על רש"י והסמ"ע צ"ע (ודוחק לומר שכדי לאסור עליו לקרב אין מספיק בזה שיש ספק שמא יזיק ויבוא לידי איסור מזיק אלא צריכים לצרף לזה גם את הטעמים הנ"ל שכתבו.

מיהו עי' באות קנ"א בענין אם כל ההרחקות שבפירקין הרי הן ציורים של האיסור דאורייתא של מזיק או האם הן רק מדרבנן, ולפי הצד השני אולי לא קשה מידי).

ויש לתמוה על הקרית ספר בפ"ה מהל' נזקי ממון שכתב וז"ל, מה שאסור אדם להזיק ולשלם נראה דהוי מדרבנן עכ"ל, ומבואר דס"ל שמזיק על מנת לשלם אינו אסור מן התורה.

וראיתי בספר קהלות יעקב בב"ק סי' א' שכתב לאסור מזיק על מנת לשלם מדאורייתא בק"ו מהשבת אבידה, דהא תוס' בב"מ דף ל"א ע"ב בד"ה אם יש וכו' ביארו שיש מצוה של השבת אבידה אפילו כשיצטרך בעל האבידה לשלם להמוצא את מלוא השויות של החפץ עבור הפסדו וביטול זמנו של המוצא, והיינו משום שמ"מ הרי הוא מרויח את הענין של כושרא דחיותא וטירחה יתירה, וא"כ לפ"ז ה"ה שמזיק על מנת לשלם צריך להיות אסור משום כושרא דחיותא וטירחה יתירה, והיינו בק"ו מהשבת אבידה, דהא אם הוא חייב אפילו להשיב בגלל דברים אלו כ"ש שאסור לו להזיק (ועכ"פ בשם המאירי הביא שם דליכא מצות השבת אבידה בכה"ג).

והנה הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה ה"ב כתב שאסור לגנוב אפילו ע"מ להחזיר. ובסה"מ ל"ת רס"ד מבואר שהוא מפרש כן את מאי דאמרינן בב"מ דף ס"א ע"ב לא תגנובו אפילו על מנת למיקט, ולכאורה צ"ע למה צריכים ריבוי, הלא גם בלא"ה בדין הוא שהוא עובר על לא תגנובו משום שבשעתו הרי החסירו והרי הוא גנב ממש. מיהו י"ל שהתם שפיר צריכים ריבוי משום

שכיון שבדעתו להחזיר את גוף החפץ א"כ
בכה"ג לא הוי אסרינן משום גניבה משום
דהוי אמרינן שבכה"ג אין החפץ יוצא בכלל
מרשות הבעלים*).

ובאמת גם לאחר הריבוי יש אומרים
שאינו יוצא מרשות הבעלים ואין הגנב חייב
באחריותו ולא מרבינן אלא איסורא גרידא
וכמו שמבואר בקצה"ח בריש סי' שמ"ח
(וע"ע לעיל באות קמ"ב שהבאתי סוברים
שרק בגניבה קיים איסור זה אבל לא
בגזילה, וכן שיש אומרים דהוי רק איסור
דרבנן).

ועכ"פ היכא שהוא גונב או גוזל ע"מ
לשלם דמים ולא להחזיר את גוף החפץ
לכאורה דבר פשוט הוא גם בלא שום
ריבוי שהוא נחשב גנב כי בודאי נראה
שגוף החפץ יוצא מרשות הבעלים וא"כ
הרי הוא שפיר נקרא גזולן כי לעת עתה הרי
הוא מחסרו ממון (ואפי' בלא זה שאת גוף
החפץ הרי הוא גונב לחלוטין). מיהו
בדברי הקצה"ח שם מבואר שי"א שאפילו
אם בדעתו לשלם דמים אין החפץ יוצא
מרשות הבעלים ואין הגנב חייב באחריות.

וע"ע בקו"ש בב"ק אות א' שביאר
שהראשונים שסוברים שחמסן דיהיב דמי
אינו עובר בלא תגזול הרי הם סוברים כן רק
באופן שנתן את הדמים לפני שלקח את

החפץ אבל אם לקח את החפץ קודם הרי
הוא בודאי עובר משום לא תגזול, אלא
שהקו"ש שם כתב משום הדרשה הנ"ל
בריש איזהו נשך (ודלא כדבריו הנ"ל בסוף
פ"ק כאן שבגזילה ליכא איסור זה),
ולכאורה צ"ע כהנ"ל דגם בלא"ה בדין הוא
שהוא עובר על לא תגזול משום שבשעתו
הרי החסירו והרי הוא גזולן ממש.

ובב"ק דף ס' ע"ב ילפינן שאסור ליטול
שעורין על מנת להחזיר עדשים מהא דכתיב
חבול ישיב רשע גזילה ישלם, והרא"ש שם
כתב שהיכא שהעדשים תחת ידו ומזומנים
לשלם הרי זה מותר, והקשה הב"ח בסי'
שנ"ט מגונב על מנת לשלם כפל דאסור,
ותי' לחלק בין גניבה לגזילה, וגם על זה
קשה למה אין זה נחשב ציור פשוט של
גזילה.

(ריח) רש"י ד"ה ונותן דמים.
וז"ל, דכיון דברשות נטע שאינו מזיק עד
זמן גדול וכו' עכ"ל. עיין לעיל באות קע"ז.

(ריט) רש"י ד"ה גירי דילי.
עיין לעיל באות קנ"ב.

(רכ) תד"ה עני וכו'.
עיין לעיל באות קע"ו.

למיקט, יש מפרשים דמיירי שהוא אינו רוצה לעכב
הגניבה אלא הרי הוא גונב כדי לצערו, ולא נראה
דהא מעשים בכל יום שעושים כן, לכן י"מ דודאי
בדעתו לעכב הגניבה בידו אבל אינו גונב לשום
הנאה אלא כדי לצערו עכ"ל. וצ"ע דכיון שבדעתו
לעכבו בידו פשיטא שהוא נחשב גנב ולמה צריכים
ריבוי לזה.

* ומה שכלל הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה בתוך
הריבוי אפילו "על מנת לשלם" י"ל שכוונתו היא
לע"מ לשלם כפל וכדאיתא בגמ' באיזהו נשך שם,
אבל לעולם יש בדעתו להחזיר את גוף החפץ, ולכן
הרי זה בגדר חידוש, וזהו דלא כדברי הלח"מ שם
עיי"ש.
ברם ע"ע בשט"מ שם שכתב וז"ל, על מנת

דף כ"ו ע"א

רכא) רקתא.

עיינ לעיל באות קנ"א סק"ה ובאות קנ"ב במה שכתבתי על המחלוקת שבין רבינא לבין מר בר רב אשי ומרימר, וכן בנוגע לתוס' כאן בד"ה מאי שנא.

רכב) תד"ה זיקא (בענין הגדר של המזיק אש).

וז"ל, קשיא לר"י דליחייב משום אש מידי דהוה אאבנו סכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצוי' והזיקו דחייב משום אש וכו', ואומר ר"י דלא דמי לאש דאין חייב משום אש אלא כשעשה האדם את האש לבדו כדכתיב המבעיר את הבעירה בלא סיוע הרוח ואח"כ הולכת על ידי רוח מצוי' אבל הכא אין עושה לבדו כל עיקר אלא ע"י הרוח דאי לאו רוח לא הוה רקתא אזלא כל עיקר ודמי לליבה וליבתה הרוח דפטור והיינו דמשני כי פריך מ"ש מגן וכו' ומשני התם ניחא לי' דליזל ונתכוין להכות בכח עד שיצא הגץ ויתרחק בלא שום זיקא וחייב משום אש על מה שגומר והולך ע"י רוח מצוי' אבל הכא לא ניחא לי' דתיזל כלומר ואינו מכה בכח ואי לאו רוח אין הרקתא הולכת כלל עכ"ל.

ומדבריהם נראה שכוונתם היא לומר שהחסרון כאן הוא משום שהוא לא עשה לבדו את החפצא של האש, והיינו משום שלאחר שהוא מנפץ את הפשתן, הרי הפשתן עדיין מעורב יחד עם הרקתא, ולפני שהרוח מוליכה את הרקתא לא מיקרי שיש כאן בכלל החפצא של אש משום שאין הרקתא נקראת בגדר חפץ בפני עצמה כל

זמן שהיא מעורבת עם הפשתן, וא"כ נמצא שהרוח היא שעשתה את החפצא של המזיק והרי זה דומה להיכא שהניח גחלת על ראש הכותל ובאה רוח וליבתה דגם על זה יהי' פטור לפי תוס' כאן משום שאינו חייב אלא היכא שהוא עצמו עשה את החפצא של האש ואח"כ באה הרוח והוליכו, וכגון אילו הי' הוא מעמיד את הרקתא לבדה ושוב היתה הרוח באה ומוליכה, דאז הי' שפיר חייב, וכן כגון בגץ שהוא מפריד את הגץ ומעמידו לבדו וכמו שביארו תוס', אבל בהציוור של הגמרא הרי הרוח היא שמפרידה את הרקתא ומעמידה אותה בפני עצמה.

מיהו מלשונו של הרשב"א כאן משמע ביאור אחר וז"ל, וא"ת ומאי שנא מאש ואסו"מ וכו', פי' מורי הרב ז"ל דשאני התם דממונו (הוא) דמזיק שהאש היא שמזקת ששורפת וכן כובד האבן והסכין שמזיקין, והלכך אפילו כח אחר מעורב בו חייב, דממונו הוא דאזיק, אבל הכא הרקתא בעצמה אינה מזקת, שהרוח הוא שמסער אותה ומכה בה על פני העוברים עכ"ל. ומדבריו נראה שהוא סובר שלעולם הרקתא בהיותה מעורבת עם הפשתן שפיר יכולה להחשב חפצא בפני עצמה והרי זה שפיר נקרא שהמנפץ הפריד אותה והעמידה לבדה, רק שבכל זאת לא מספיק בזה כדי לחייבו כי הרקתא היא דבר רך ואין בה שום כח להזיק אם תפול על אדם, רק שהרוח נותנת בה כח להזיק יותר ממה שהיתה יכולה להזיק ע"י נפילה, ולכן ליכא שום חיוב משום אש משום שאין חיוב של אש אלא באופן שהרוח היא רק בגדר המוליך אבל לא היכא שהרוח מוסיפה כח בהמכה. ובספרי על ב"ק בחלק א' באות קע"א

הארכתי בענין זה והראתי שהרא"ה בדף נ"ט וכן בדף ס' שם סובר את שני היסודות שכתבתי כאן דהיינו מה שכתבתי בדעת תוס' שצריכים שהוא לבדו יעשה את החפצא של המזיק וגם שצריכים שהרוח לא תוסף בכח המכה. וגם הראנו שם שתוס' בב"ק שם חולקים על הרא"ה וכן דננו על דברי הרשב"א בב"ק שם עיי"ש.

רכג) אנה לא קייצנא.

עיינ בתוס' שביארו שהדקלים של רבא בר רב חנן היו מזיקין את הגפנים של רב יוסף רק קצת ומש"ה חשש רבא בר רב חנן לבל תשחית ולא רצה לעוקרם. ברם הרמב"ן הקשה דהא אדם חייב לתת את כל ממונו כדי שלא להזיק את חברו אפילו כשזה פרוטה וא"כ למה לא הי' חייב לעוקרם ואיך שייך לחשוש בכה"ג לבל תשחית.

ותי' הרמב"ן שרבא בר רב חנן סבר שאין עליו בציור זה חיוב של הרחקת נזיקין משום שגם בין אילנות לגפנים סגי בב' אמות בכבל וממילא שפיר הי' חושש לבל תשחית, וזה שהסכים שרב יוסף יקצוץ אע"פ שסבר שאין עליו חיוב נזיקין הרי זה משום שלא רצה לחלוק עליו כמו

שביאר הרמב"ן שם.

מיהו תוס' לא כתבו דבר זה וא"כ י"ל שהם סוברים שרבא בר רב חנן מודה לרב יוסף שהי' נקרא שלא הרחיק כשיעור, רק שבכל זאת לא רצה לעוקרם משום בל תשחית. ברם אם נאמר כן אכתי קשה קושיית הרמב"ן.

ואפשר לומר שתוס' סוברים שהני הרחקות דפירקין הרי הן רק מדרבנן (עיינ בזה באות קנ"א) אשר לפ"ז י"ל שבמקום בל תשחית לא תיקנו.

גם יש ליישב על פי מה שהבאתי בספרי על ב"ק בחלק ב' אות רל"ב סק"ב בשם הפ"י בב"ק שם שביאר שפליגי תנאי שם באם בל תשחית מותר רק לצורך גדול או האם הוא מותר אפילו לסתם צורך, דלפ"ז י"ל שהרמב"ן סובר שלהתרחק מלהזיק את ממון חברו הרי זה בודאי בגדר צורך גדול ומש"ה ליכא בכה"ג משום בל תשחית, ואילו תוס' סוברים שצריכים שיהי' בגדר צורך גדול מצד המציאות אבל החיוב להתרחק אינו מסלק את הלאו של בל תשחית (וההיזק מצד המציאות להגפנים של רב יוסף הי' רק היזק קטן) ומכיון שנשאר הלאו של בל תשחית מש"ה אמרינן מאי אולמי' האי איסור מהאי איסור ושוא"ת עדיף, ולא ישחית.