

אברהם ישראל סילבסקי

הערות בפרק השותפין

א [בדין היזק ראייה - עיי' בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג סי' רל"ח¹, שכתב שעובי הכותל עולה לחשבון החלוקה. דאם אחר שיבנו את הכותל למניעת היזק ראייה, לא ישארו ד' אמות לזה ולזה, אין האחד יכול לכפות את חבירו לחלוק את החצר עיי"ש. ובאופן פשוט י"ל בדעת המהר"ם מרוטנבורג שכיון שע"כ לאחר זמן יתמעט שיעור החצר לכל אחד מהשותפים, אין כאן שיעור חלוקה. אולם יש להקשות קצת על ביאור זה. שהנה לכאורה תקנת בניית הכותל איננה שייכת לעצם דין החלוקה, שהרי היא באה מכח דין החלוקה הקיים כבר בחצר. שכאשר כ"א ניזוק מהיזק ראייה בחלקו, יכול למנוע היזק מרשותו ע"י כפיה על בניית כותל. ואף שאח"כ כאשר יבנו את הכותל יתמעט שיעור ד"א, סו"ס אין לשיעור הכותל כל שייכות לענין דין החלוקה, שהרי תקנת בניית הכותל למניעת ההיזק מרשותו, באה אחר החלוקה עצמה. ולכאורה י"ל דכיון שלענין דין החלוקה יש לכ"א ד"א בחצר, יכול לכפות את חבירו לחלק. (ונראה דבזה התקשה היד רמ"ה המובא לקמן וע"כ הוצרך לנמק דין זה באופן אחר כפי שיתבאר).

ונ"ל דיש לבאר את דברי המהר"ם מרוטנבורג עוד בשני אופנים:

א י"ל דדין עשיית הכותל למ"ד שמייה היזק אינו מדין הרחקת נזיקין בעלמא הבאה אחרי החלוקה, כ"א מדין החלוקה עצמה. והיינו שגדר התקנה היה, ששותפין החולקין את החצר יחלקו ע"י כותל המונע היזק ראייה. ונראה דמוכח כן מהמשנה דשותפין שרצו לחלק, שאף קודם החלוקה כופה שותף אחד את חבירו לחלוק ע"י כותל המונע היזק ראייה, ומבואר שעצם התקנה היה לחלוק ע"י כותל².

ב איתא לקמן בד' י"א ע"א - זה הכלל כל שיחלק ושמנו עליו חולקין ואם לאו אין חולקין. וע"כ בעינן שיעור של ד' אמות לכ"א, דאל"כ אחר החלוקה אין שם חצר עלה. ונראה לומר בדעת המהר"ם שכן הוא גם בענין היזק ראייה. דאי נימא שהיזק ראייה הוא מניעת השימוש בחצר², א"כ י"ל דהיכא שיש היזק ראייה בחצר פקע שם חצר מינה כיון שא"א להשתמש בחצר לתשמישיה. לפי"ז תקנת בניית הכותל למניעת היזק ראייה הוי מכלל דין החלוקה, שללא הכותל א"א לחלק את החצר כיון דהיזק הראייה

1. מובא בתשובות מיימוני ס' קנין סי' י"ד.

2. עיי' באבהא"ז בפ"ב מהלכות שכנים הט"ז.

2א. ובזה יש להבין היטב את נסיון הגמ' בדף ב' ע"ב להביא ראייה מהמשנה לקמן (וא). דהיזק ראייה שמייה היזק, וכן את דברי הגמ' בדף ג' ע"א לענין הא דרצו לחלוק מאי קמ"ל. וע"ע בספר קונטרס הביאורים ב"ב סי' א' במש"כ בזה.

מפקיע את שם החצר כפש"נ. וע"כ לו יצויר שע"י בניית הכותל יפחת שיעור החצר מד' אמות, הרי שהחסרון הוא חסרון בשיעור החצר ואין כאן דין חלוקה. ואתי שפיר דברי המהר"ם מרוטנבורג.³

והנה על דברי ר' יוחנן בדף ג' ע"א מובא ברי"ף (ב: מדפי הרי"ף) - אר"י משנתנו בשאין בה דין חלוקה אבל יש בה דין חלוקה אע"ג דלא בעי למיפלג אלא חד מינייהו פלגי דהיזק ראייה שמיה היזק עכ"ל, וכן מובא ברא"ש (סי' א'). ומשמע מדבריהם שדין חלוקת החצר תלוי במחלוקת אי היזק ראייה שמיה היזק או לא. ועיי' בטור חו"מ ריש סי' קנ"ז - הלכתא היזק ראייה שמיה היזק לפיכך ב' שהן שותפין בחצר אם יש בו דין חלוקה יכול כל אחד מהם לכופף את חבירו לחלק ואפילו לעשות ביניהם מחיצה וכו'.⁴ ולכאורה הדברים מתמיהים, דמה שייכות יש בין הא דהיזק ראייה שמיה היזק לבין דין החלוקה.

ועפ"י שני הביאורים שכ' לעיל בדעת המהר"ם מרוטנבורג נראה דיש להבין את דברי הראשונים הנ"ל, כל ביאור בדרכו הוא. דהנה אי נימא שגדר תקנת בניית הכותל היה לחלוק חצר השותפין ע"י כותל המונע היזק ראייה, י"ל בכונת הרי"ף והרא"ש שלמ"ד דהיזק ראייה שמ"י היזק יכול האחד לכפות את חבירו לחלק ע"י כותל. וזהו פירוש דבריהם, דאם יש בה דין חלוקה יכול האחד לכפות את חבירו למיפלג ע"י כותל דהיזק ראייה שמיה היזק. ובזה יש לבאר גם את כונת הטור (שם), דכיון דהיזק ראייה שמיה היזק יכול האחד לכפות את חבירו לחלק ע"י כותל, משום שבניית הכותל הוי מכלל דין החלוקה. אולם לפי ביאור זה עדיין יקשה מדקדוק לשון הראשונים, דמשמע שמדובר על עצם דין כפיית החלוקה ולא על תקנת בניית הכותל.

ולפי הביאור השני בדעת המהר"ם נראה דיש להעמיד את דברי הראשונים על דיוקם. והיינו כיון שלמ"ד דהיזק ראייה שמיה היזק כייפינן לבנות כותל למנוע היזק ראייה, יכול האחד לכפות את חבירו לחלק החצר דהוי בכלל כל שיחלק ושמו עליו, דע"י בניית הכותל לא פקע שם חצר מינה ע"י החלוקה. לפי"ז לשון הראשונים דיכול האחד לכפות את חבירו לחלק החצר כיון דהיזק ראייה שמיה היזק, מדויקת, דלמ"ד דהיזק ראייה שמיה היזק יכולה להיות חלוקה בחצר, כיון שכייפינן על בניית הכותל.⁵

3. ואולי י"ל ששני הביאורים חד הם, דהיינו שהתקנה היתה לחלק חצר השותפין ע"י כותל המונע היזק ראייה, כיון שללא הכותל פקע שם חצר לכ"א וא"א לחלק. ועיי' מש"כ לקמן שלענ"ד כך סבר היד רמ"ה.

4. ועיי' בפרישה בסק"א.

5. אלא שיש לעיין לפי"ז כיצד יכלכל מ"ד דהיזק ראייה לאו שמיה היזק, את דברי המשנה לק' בדף י"א ע"א. ונראה שבדעת הראשונים צ"ל דלמ"ד דהיזק ראייה ל"ש היזק, היזק ראייה לא הוי מניעת השימוש בחצר, אלא הנזק הנגרם ע"י ראיית השכן את מעשהו בחצרו. וע"כ גם במקום שאין כותל לא פקע שם חצר מינה, וכייפינן על חלוקת החצר. ונראה דמוכת שכן סבר המ"ד דהיזק ראייה לאו שמ"י היזק, מהא דלענין גג הסמוך לחצר מודה דכייפינן לבעל הגג לבנות מעקה כיון שאינו יודע מתי לעשות תשמישים צנועים בחצירו וכתב רש"י (שם) - אבל לחצר החלוקה לתרוייהו קביעא תשמישתי' לכל אחד בחלקו כל

והנה הר"י מיגאש בדף ו' ע"א בהא דשני גגין בשני צדי רה"ר דזה בונה חצי ומעדיף וכו', הקשה דעל הניזק להרחיק את עצמו, ותירץ (שם) דהיזק ראייה הוי גירי דיליה וע"כ כייפינן על המזיק. וביארו האחרונים⁶, שהר"י מגאש לא הקשה עד הך דינא דחצר השותפין, כיון שסבר שדין בניית הכותל לא הוי מדין נזקי שכנים אלא מדין חלוקת השותפין. זאת לעומת האו"ז (ב). שהקשה הך קושיא גם בדינא דהשותפין שרצו לחלק⁷.

ולפמ"ש בדעת המהר"ם מרוטנבורג נראה דיש לבאר את דעת הר"י מגאש, דדין בניית הכותל הוי מדין חלוקת השותפין. שאם בניית הכותל אינו מדין הרחקת נזיקין בעלמא כ"א מדין החלוקה עצמה כפש"נ בשני הביאורים לעיל, ע"כ בניית הכותל הוי מדין חלוקת השותפין, ולא שייך להקשות מדוע לא אמרינן שעל המזיק להרחיק עצמו בחצר השותפין. לעומת זאת בשני גגין וכו', שבניית המחיצה הוי מדין הרחקת נזיקין בעלמא, יש להקשות שפיר דעל המזיק להרחיק עצמו.

וביתר ביאור נראה לומר עפ"י מש"כ רש"י לקמן בדף י"ח ע"א בד"ה דירה שאני, בענין הפותח חנות של נחתומין ושל צבעין תחת אוצרו של חבירו דהיכא דליכא אוצר עביד, וז"ל - חנות ורפת בקר דירתן של אדם הן ואין לנו לאסור דירתו עליו אא"כ ההיזק מוכן ע"כ. מבואר שבמקום שהרחקת הנזק גורמת לכך שאדם לא יוכל לחיות בדירתו לא כייפינן עליו להרחיק נזקו. ולפי"ז מובן מדוע א"א. לכפות על אדם להרחיק נזקו בהיזק ראייה, אי נימא שהיזק ראייה הוא מניעת שימוש כפש"נ. שכיון שההיזק הוא בעצם העובדה שהוא מתגורר בחצר שהיא המונעת את בעלי החצר השכן מלהשתמש בתשמישין צנועין בחצרם, א"א לכפות את בעל החצר להרחיק נזקו⁸. על כן תיקנו בניית כותל, דלא הוי מדין הרחקת נזיקין אלא מדין חלוקת השותפין כפי שני הביאורים שכתבנו⁹. אולם היכא שהנזק הוא לא מניעת השתמשות כ"א נזק הנגרם ע"י הראייה,

שעה ולא עבדי בה מילי דצנעא ע"כ. ומוכח דאף שבחצר נמנע מלהשתמש בתשמישי החצר הצנועים בגלל היזק ראייה אפ"ה לא כייפינן לבנות הכותל, ויש לבאר דעת המ"ד דהיזק ראייה ל"ש היזק בפנים אחרות ואכמ"ל.

6. וכן אמר מורי ורבי מרן הגאון ר' אברהם שפירא שליט"א. ועי' בהערות הגאון ר' משה שמואל שפירא שליט"א על הר"י מיגאש בהוצאת אורייתא.

7. ועיי' בספר דברי אליעזר לגאון ר' אליעזר יהודה פינקל זצ"ל ב"ב סי' א'.

8. ואין לומר שההיזק מוכן, שהרי ישב בעל החצר ברשות קודם החלוקה, והרי הוא כלוקח (עיי"ש בסוגיא). והר"י מברצלוני כתב (מובא בטור סי' קנ"ז) די"א שבמקום שאחד השותפין עני ואינו יכול להשתתף בבניית הכותל דנין בזה כדין הבית והעליה שנפלו ואין יד האחד משגת לבנות. ולענ"ד מוכח מזה שבניית הכותל בחצר לא הוי מדין הרחקת נזיקין דאז א"א לכפות על המזיק שלא לדור בחצרו (וא"כ נימא שרש"י והר"י מברצלוני חלוקים) וע"כ צ"ל שדנין כדין הבית והעליה שנפלו כיון דבניית הכותל הוי מדין חלוקת השותפין כפש"נ.

9. יש לדחות ולומר דכ"ז הוא רק היכא שההרחקה עצמה היא הגורמת לכך שלא יגור במקום מגוריו, אולם היכא שסו"ס אין ההרחקה גורמת לכך י"ל שכופין להרחיק את נזקו. ועכ"פ יש לומר דבחצר

כגון בגג וחצר ובשני גגין כפי שמוכח מהגמ' בדף ב' ע"ב וברש"י שם ועיי' מש"כ בהערה 5, י"ל שדין בניית הכותל הוי מדין הרחקת נזיקין, שהרי הנזק לא נגרם מעצם המגורים של בעל הגג, כ"א מההסתכלות שלו על חצר חברו. וע"כ שפיר הקשה הר"י מגאש רק בדינא דשני גגין, דכיון שבניית המחיצה הוי דין בהרחקת המזיק יש להקשות דעל הניזק להרחיק עצמו. וע"כ צ"ל דהיזק ראייה הוי גירי דיליה כפש"כ שם הר"י מיגאש.

ובזה יש לבאר את החילוק שבין בניית הכותל בגג שכתב הרא"ש (סי' ה') שיכול לבנות לכתחילה מהוצא ודפנא, לבין כותל בחצר השותפין דבונה לפי מנהג המדינה¹⁰. דבניית הכותל בגג הוי מדין הרחקת נזיקין וע"כ בכל דבר שימנע הנזק אפ"ל בהוצא ודפנא סגי, אולם בכותל בחצר, דהוי מדין חלוקת השותפין, בונים כותל כמנהג המדינה כפי התקנה.

ויש לבאר עוד לפי"ז את דברי הרא"ש בסוף סי' ב' שכתב, שאם מחלו השותפין על היזק ראייה מהני מחילתן ואין יכולין לחזור בהן כיון שתביעת ממון יש ביניהן, והוי כמו שנתחייב לו מנה ומחל לו עליו שזכה במחילתו בלא קנין, עיי"ש בדבריו. דלפי הביאור הראשון בדעת המהר"ם מרוטנבורג י"ל שכיון שהתקנה היתה לחלק את החצר ע"י כותל, עצם התקנה היתה תקנה ממונית מדיני השותפין וכשמחל הוי כמוחל על חוב¹¹. ולפי הביאור השני י"ל בפשטות שהתביעה הוי תביעה ממונית ששם החצר ישאר ועיי"ז יוכלו לחלוק, וע"כ כאשר מחל שוב אינו יכול לחזור בו. ודוק.

שוב ראיתי ביד רמ"ה בסי' קל"ו (וד"ה ברם צריך את למידע) שכתב כפסקו של המהר"ם מרוטנבורג, דעובי הכותל עולה לשיעור החלוקה. ולענ"ד מפורש ומוכח ברמ"ה כפש"כ בדעת המהר"ם לעיל, אלא שלפי הרמ"ה שני הביאורים חד הם. דהיינו שתקנת בי"ד היתה לחלק החצר ע"י כותל המונע היזק ראייה, וזאת כיון שללא הכותל פקע שם חצר מינה, וכל שיחלק ושמנו עליו בעיניו. וז"ל היד רמ"ה שם - ברם צריך את למידע דהני ד"א דחצר דקאמר' לבד ממקום הכותל נינהו וכו' דהאי חולקין דקתני על ידי בנין הכותל הוא כדאוקימנא בהדיא בשמעתא קמייתא דפירקין אליבא דמאן דאמר היזק ראייה שמיה היזק דקיימא לן כוותיה. תדע דהא משמעתא דסוכה נמי שמעת לה דדייקין למאי דס"ד מעיקרא דמתניתא דקתני גבי בית שאין בו ארבע אמות על ארבע

שהיזק ראייה הוי בעצם המגורים של בעל החצר ואין כאן מעשה היזק, א"א לחייבו לבנות כותל מדין הרחקת נזיקין וכיפינן מדין חלוקת השותפין. לעומת זאת בגג היכא שיש מעשה נזק מוגדר והכותל מונע את מעשה הנזק י"ל דהוי מדיני הרחקת נזיקין ודוק.

10. וע"כ הך דינא בגג הוי מעיקר התקנה ולא כדיון הכונס לתוך שלו ובונה בהוצא ודפנא שמהני לפי הרא"ש (ועוד ראשונים). דעיי' ברשב"א (ב). שהקשה על דברי הרא"ש הנ"ל דאטו בשופטני עסקינן שלעולם לא יוכלו לכפות על בניית הכותל כמנהג המדינה כיון שיכנס לתוך שלו. וע"כ צ"ל בדעת הרא"ש, דעיקר התקנה בחצר השותפין הוי כמנהג המדינה מדין חלוקת השותפין אולם היכא שנמנע היזק הראייה פקעה תקנת חז"ל כיון שהיזק הראייה הוא הגורם לתקנה ופשוט. לעומת זאת בגג כיון שעיקר התקנה הוי למניעת נזק מעיקרא א"צ לבנות מעקה מגייל וגזית וכו'.

11. עיי' בשיעורי הגאון ר' ראובן גרוזובסקי בסי' א'.

אמות אין האחין השותפין חולקין למפלג בגופיה דביתא קתני וקא מקשינן עלה ממתניתין דאין חולקין את החצר שמע מינה דבית וחצר תרווייהו חד שיעורא אית להו ומדאסיקנא לבסוף דמאי אין בו דין חלוקה דלא יהבינן ליה ארבע אמות בחצר משום דלא למהוי קאי אלא למסתר קאי אלמא לאו בית הוא שמע מינה דבפחות מארבע אמות על ארבע אמות לאו הוי בית ומדארבע אמות דבית לבד ממקום הכותל נינהו דאי בהדי מקום הכתלים מאי נפקא ליה מיניה הא לא משתמש בגוייהו ארבע אמות דחצר נמי לבד ממקום הכותל נינהו, דהא ברירנא דבית וחצר חד שיעורא נינהו וכו' עיי"ש.

מפורש ביד רמ"ה שתקנת בניית הכותל איננה תקנה להרחקת נזק בעלמא, אלא שגדר התקנה הוא שיחלקו את החצר ע"י כותל המונע היזק ראייה, כפש"נ. ונראה דמוכח מדבריו, שטעם הדבר הוא משום שללא הכותל לא הוי בכלל דבר שיחלק וישמו עליו, וא"א לחלק את החצר. דהנה הרמ"ה הביא ראייה שבניית הכותל הוי מדין החלוקה מהגמ' בסוכה לענין חלוקת בית, שכפי שבבית הד' אמות הם לבד ממקום הכותל כך גם ד' אמות של חצר. ולכאורה אין מכאן ראייה כלל, דיש לחלק ולומר, שהבית ללא הכתלים לא הוי בית, וע"כ ודאי שמקום הבית נמדד לבד ממקום הכתלים. דפשיטא, שרק לאחר שיש בית אפשר למדוד את שיעורו. לעומת זאת, לגבי החצר י"ל, שכיון שגוף החצר הוי גם ללא הכותל, מקום הכותל יעלה גם הוא לשיעור החלוקה. וע"כ נראה שמוכח בדעת הרמ"ה שגם דין הכותל בחצר הוי בכדי שיהיה שם חצר עלה, והיכא דאין כותל אין שם חצר כיון שא"א להשתמש בחצר לתשמישיה כפש"נ. ולפי"ז שפיר יש להביא ראייה מהא דבבית לא מודדים את עובי הכתלים עם שיעור הבית להא דאין מודדים את עובי הכותל בחצר, והרי זה כפש"כ בדעת המהר"ם מרוטנבורג לעיל.

ב] בענין קנין דברים - בגמ' (ג.) - במאי אוקימתא למתני' וכו' אר"י שקנו מידן וכי קנו מידן מאי הוי קנין דברים בעלמא הוא וכו'. עיי' בבכורות י"ח ע"ב לענין חצר בעה"ב ורועה כהן דאקנויי אקני ליה מקום בחצרו וניחא ליה דנתעביד מצוה בממוניה, וכתבו התוס' בד"ה אקנויי וכו' ואפי' בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשיה עיי"ש. והיינו שכיון שניחא ליה שתעביד מצוה בממוניה, אמרינן שיש גמירות דעת להקנות, וע"י גמירות הדעת חל הקנין, וזאת על אף שלא נעשה מעשה קנין כלל¹². וכן נראה מדברים הנקנים באמירה בלא מעשה קנין (כתובות ק"ב; קידושין טו) - אמר רב גידל אמר רב כמה אתה נותן לבנך כך וכך וכמה אתה נותן לבתך כך וכך עמדו וקידשו קנו הן הן הדברים הנקנים באמירה וכו' אלא בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי גמרי ומקני להדדי ע"כ. שאף שאין מעשה קנין, בההוא הנאה יש גמירות דעת וחל הקנין¹³. ולכאורה מבואר

12. ועיי' במנ"ח מ' של"ו, מובא בהשמטה למ' שמ"ב.

13. אמנם בגמ' מהדו"ק חו"מ ס' כ"ח וד"ה עוד) כתב דדברים הנקנין באמירה הוי מתקנת חכמים עיי"ש.

מזה דבכל הקנינים אף דבעינן מעשה קנין, גמירות הדעת היא הפועלת את חלות הקנין ולא מעשה הקנין.

ויעויין בחזו"א (חו"מ סי' כ"ב) - כלל גדול יהיה לך בקנינים דעיקר הקנין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו ויש דקים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקנינים המפורשים מן התורה או מחז"ל ודוק היטב בזה והפוך בה דכולה בה דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כן וזכורני שכדברים האלו כתב הגאון רא"מ מפניסק (שיחי') ודוק בדבריו כי נכונים הם מאוד עכ"ל החזו"א. וא"כ בכל הקנינים גמירות הדעת היא הפועלת את חלות הקנין, אלא דבעינן שיעשה מעשה קנין כיון שעל ידו גומר בליבו להקנות¹⁴.

והנה יש לעיין בהא דקנין דברים לא מהני, אם הוא מצד חסרון בגמירות הדעת, דהיינו שאין גמירות דעת שתפעל קנין דברים כלל. או שמא מצד גמירות הדעת שייך שיקנה גם בקנין דברים, אלא שהחסרון הוא במעשה הקנין שאינו יוצר גמירות דעת שכזאת.

וראה ברש"י על אתר ובעוד ראשונים שכתבו שקנין דברים לא קני, כיון שא"א שיחול הקנין כ"א על חפצא של ממון. מבואר דעפ"י הראשונים הנ"ל כל קנין ענינו להחיל שעבוד ממוני, וקנין הבא להחיל התחייבות על מעשה אינו בתורת קנין. לפי דברי הראשונים הללו ע"כ צ"ל שהחסרון בקנין דברים הוא בעצם גמירות הדעת, והיינו שעפ"י התורה אין גמירות דעת לפעול התחייבות מוגדרת כגמירות דעת לקנין כלל.

אולם עיי' בשו"ת מהר"י ווייל (סי' קמ"ג) שהביא מחלוקת אם קנין אתן מועיל או דהוי קנין דברים. וז"ל התשובה (שם) - ובתשובה במיימוני נביא משם ספר העיטור דיש מרבתינו שכתבו האומר אתן דבר זה לפלוני אפילו בקנין סודר (לא מהני). אף על גב דיש מרבתינו דפליגי ואמרי דמהני ק"ס היינו משום דכיון דקבל עליו בק"ס צריך ליתן ולקיים מה שקבל עליו בק"ס [וצריך] לעשות לה כתובה כמו שהותנה אבל כל זמן שלא נתן לא זכתה האשה. וראה בב"ש בס' נ"א סק"י שכתב שיש לבאר את דברי המהר"י ווייל בשני אופנים. האחד, שאם נעשה קנין אתן זכה המקבל במתנה ואם מת הנותן צריכים בניו לתת לו, וכש"כ בחיי הנותן דצריך לקיים ומוציאים ממנו. ובדרך שניה פירש, שאפילו אם עשה קנין אתן אין שום זכות למקבל אלא כופין את הנותן לקיים הקנין, ואם מת ולא נתן אין מוציאים מיורשיו עיי"ש. והנה לפי הביאור הראשון למ"ד שקנין אתן מועיל הרי הוא ככל קניני התורה, שזכה המקבל בממון ע"י מעשה הקנין. וצ"ל שהביאור בזה הוא כפי שכתב היד רמ"ה (סי' כ"ו והובא בטור סי' רמ"ה) בדעת הסוברים שקנין אתן מועיל, דאמרינן שכאשר אומר אתן אמדינן בדעתו שמתכוין ללשון

14. ועיי' במערכת הקנינים להגר"ש שקופ זצ"ל וסי' י"א) שהבין דבעינן מעשה קנין להוכיח שיש גמירות דעת, ולא בכדי ליצר את גמירות הדעת. ויש להאריך בזה אך אין כאן מקומו. וע"ע בספר נחל יצחק להגאון ר' יצחק אלחנן זצ"ל וסי' מ' שבאר דהיא הנאה שעל ידה גמר ומקני חשיבא כסף והרי שקנה בקנין כסף.

חיוב, וע"כ בדבריו יצר שעבוד ממוני ואין כאן קנין דברים כלל. ולפי"ז גם למ"ד שקנין אתן מועיל אין כאן צורת קנין חדשה, אלא שהמחלוקת בין שני המ"ד היא לענין האומדנא בדעת האומר אתן. אולם לפי הפירוש השני בדעת המהר"י ווייל מבואר שקנין אתן לא הוא קנין היוצר שעבוד ממוני, שהרי אם מת הנותן אין מוציאין מיורשיו, וע"כ צ"ל שקנין אתן פועל רק התחייבות מעשית¹⁵.

ובביאור נקודת המחלוקת שבין שני הפירושים בב"ש, נ"ל, שלפי הפירוש הראשון החסרון בקנין דברים הוא בגמירות הדעת דגמירות דעת לחייב לעשות מעשה איננו בכלל קניני התורה, כיון שחלות קנין הוא רק על ממון. וע"כ קנין אתן מהני רק כיון דאמדינן בדעתו שרוצה לפעול שעבוד ממון. אולם לפי הפירוש השני בדעת המהר"י ווייל א"א לומר כן, שהרי חזינו שבקנין אתן יש חלות קנין על מעשה ללא כל שעבוד ממוני. וע"כ צ"ל לפי הביאור השני שהחסרון בקנין דברים לא הוא חסרון בגמירות הדעת כ"א במעשה הקנין. והיינו שבכל מעשה קנין רגיל אי אפשר ליצור גמירות דעת שתחייב מעשה, וזהו קנין דברים דלא מהני. אולם במקום שמעשה הקנין מוגדר כמעשה קנין היוצר גמירות דעת לגבי התחייבות על פעולה, כגון קנין אתן לפי המהר"י ווייל¹⁶, אז חל הקנין וחייב לקיים דבריו אף שאין כל שעבוד ממון.

ג] עוד בענין הנ"ל - והנה עיי' ברש"י ד"ה קנין דברים הוא - ואין חליפין קונין אלא דבר הנקנה או במכר או מתנה או שעבוד קרקעות שהקנין חל עליו או מטלטלין ע"כ. וצ"ב מדוע פירש רש"י רק לענין קנין חליפין דמשמע דקנין דברים לא מהני רק בקנין חליפין. ומעיון בדברי המהר"י ווייל נראה לדקדק, דגם למ"ד דקנין אתן מהני הוא רק בקנין חליפין ז"ל - דיש מרבתינו שכתבו האומר אתן דבר זה לפלוני אפילו בקנין סודר (לא מהני). אף על גב דיש מרבתינו דפליגי ואמרי דמהני ק"ס היינו משום דכיון דקבל עליו בק"ס צריך ליתן ולקיים מה שקבל עליו בק"ס וצריך לעשות לה כתובה כמו שהותנה אבל כל זמן שלא נתן לא זכתה האשה. מבואר בדבריו שגם למ"ד שקנין אתן לא מהני היה הו"א שיועיל בקנין חליפין ואפ"ל בקנין סודר לא מהני, ולמ"ד דמהני ולא הוא קנין דברים, זה רק בקנין חליפין. וצ"ב מאי שנא קנין חליפין משאר קנינים לענין קנין דברים.

ובביאור הדברים נראה להקדים את דברי הגר"ח זצ"ל ביסוד קנין חליפין המובאים בברכ"ש עמ"ס קידושין (סי' כ"ז)¹⁷, לענין מה שכתב הרמב"ם בפכ"ט מהלכות מכירה

15. ולענ"ד זהו הפשט בדברי המהר"י וייל (שם) במש"כ - וצריך לעשות לה כתובה כמו שהותנה אבל כל זמן שלא נתן לא זכתה האשה עכ"ל. שעל אף שנעשה קנין אתן לא זכתה האשה בממון אלא שחייב לתת לה כיון שהתחייב ע"י הקנין.

16. וביתר ביאור צ"ל לפמ"ש, שהדיבור בשעת מעשה הקנין הוא המגדיר את מעשה הקנין, ומעשה הקנין לפי הגדרתו יוצר את גמירות הדעת. ולפמ"ש לקמן שלדעת המהר"י קנין דברים מהני רק בקנין סודר אין צורך לבאר כן. עיי' לקמן.

17. וע"ע בברכ"ש עמ"ס ב"מ סי' י'.

ה"ט דקטן אינו קונה בקנין חליפין - ואמר מו"ר דבאמת בחליפין הרי אין שום שיווי דהא הכלי היא פחות משו"פ וע"כ לא הוי הכלי עיקר מעשה הקנין רק הדעת מקנה הוא עיקר מעשה הקנין וע"כ מה שנתנו חכמים לפעוטות דין דעת היינו לענין דעת חלות חפצא דבעי' לקנין אבל לענין שיהי' הדעת עצמו מעשה הקנין בזה לא נתנו חכמים דין דעת כזה עכ"ד. ולפי"ז מבואר שמעשה החליפין לא הוי היוצר את גמירות הדעת כבכל קניני התורה כפשו"נ, אלא דהוי סימן לכך שיש גמירות דעת, אולם עצם גמירות הדעת נפעל ע"י הבע"ד בעצמם ולא מכח מעשה קנין¹⁸. וע"ע בספר דבר אברהם ח"א סי' א' ובשו"ת מהר"ש ענגיל ח"א סי' ל"ז שכתבו שיסוד קנין חליפין הוא מדין סיטומתא קניא, ובקנין סיטומתא מעשה הקנין איננו יוצר גמירות דעת אלא שהוא הוראה לגמירות דעתו שלא יוכל לחזור בו¹⁹.

ובזה נראה לבאר עפמ"ש לעיל, את דברי רש"י והמהר"י וייל. דכיון שגמירות הדעת נפעלת ע"י המקנה והקונה עצמם, גומרים הם בדעתם כפי ההתחייבות ביניהם, ואף שהתחייבות איננה יוצרת שעבוד ממוני. וא"כ על הצד שהחסרון בקנין דברים הוי חסרון במעשה הקנין, קנין חליפין יהני גם בקנין דברים. דבחליפין הבע"ד עצמם יוצרים את גמירות הדעת ולא מעשה הקנין כבכל קניני התורה, כפשו"נ לעיל. וזהו לענ"ד ביאור משמעות דברי המהר"י וייל שרק בקנין חליפין מהני קנין אתן לחייב פעולה וכפי הפי' השני בב"ש, דלשיטתו החסרון בקנין דברים הוי במעשה הקנין שהרי בקנין אתן לא חל שעבוד ממון ואפ"ה מהני לחייב פעולה. וע"כ אף דבכל קניני התורה אין מעשה הקנין פועל התחייבות ללא שעבוד ממוני, קנין סודר לעומת זאת יהני גם בקנין דברים, כיון שגמירות הדעת נפעלת ע"י הבע"ד עצמם. ובזה יש לפרש גם את דברי המהר"י לענין המ"ד דלא מהני קנין דברים, שכתב שלשיטתם לא מהני אפילו בקנין סודר. דלפי"ד היה הו"א לומר שבקנין סודר יהני גם קנין דברים, וקמ"ל אותם ראשונים שהחסרון בקנין דברים לא הוי במעשה הקנין כ"א בגמירות הדעת, וגם קנין סודר לא מהני.

ואשר י"ל לפי זה בדעת רש"י שרבותא קמ"ל שגם קנין חליפין לא מהני בקנין דברים, והיינו שבא לאפוקי מהראשונים הנ"ל (המובאים בשו"ת מהרי"ו) דסברי שהחסרון בקנין דברים הוא חסרון במעשה הקנין ולא בגמירות הדעת. שלדעת רש"י החסרון

18. ועי' בחוברת מסורה וי"ל ע"י מחלקת הכשרות של איחוד הקהילות החרדיות באמריקה, חוברת ב' עמ' מד) מפי השמועה ממרן הגר"ד סלוביניק זצ"ל - אלא נראה לומר ולענין קנין חליפין שאינו אלא כסימן להראות שיש כאן גמירות דעת שלמה על ההקנאה ומכח דעת המקנה השלמה והחמורה הזו הוא דחל הקנין.

19. וע"ע במהר"ט ריש קידושין ובהגהות חכמת שלמה על שו"ע חו"מ סי' קכ"ג, וכן בשו"ת בית אפרים חו"מ סי' ל"ט.

בקנין דברים הוי חסרון בגמירות הדעת, וע"כ גם במקום שהבע"ד בעצמם יוצרים את גמירות הדעת לא יהני היכא דהוי קנין דברים²⁰.

והנה נתקשו הראשונים כיצד חל הקנין בדברים הנקנין באמירה, והרי לשון הקנין הוא אתן דהוי קנין דברים לפי חלק מהראשונים. וביד רמ"ה תירץ שגומרים בדעתם לקנות גם בלשון אתן וז"ל - כיון דדברים הנקנין באמירה גמרי לאקנווי נמי בהאי לישנא עכ"ל. אולם עיי' ברמ"א בחו"מ סי' רמ"ה סעי' ב' שלא באר כי רמ"ה וז"ל - ומהרי"ן פסק כסברא ראשונה (דקנין אתן לא מהני) ולכן כתב דהכותב לאשתו בשעת השידוכין לעשות לה כתובה גדולה לא זכתה כל זמן שלא כתב לה ולכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה. היינו שלפי הרמ"א דברים הנקנין באמירה הוי קנין דברים ולא מהני. וצ"ב מדוע פסק הרמ"א דדברים הנקנין באמירה לא מהני, ולא כתב בפשוטו כהיד רמ"ה שאף שקנין אתן לא מהני גמרו בדעתם להקנות.

ונ"ל לפמ"ש לעיל, שהיד רמ"ה והרמ"א חלוקים בהבנת החסרון בקנין דברים. דלפי הרמ"ה הוי חסרון במעשה הקנין וא"כ היכא שאין מעשה קנין יכולים הבע"ד ליצור גמירות דעת שיועיל גם לקנין דברים, כפי שנתבאר לענין קנין חליפין. שגם בדברים הנקנין באמירה כבקנין סודר אין מעשה קנין היוצר את גמירות הדעת אלא שהבע"ד הם שיוצרים אותו. ואם כן בדברים הנקנין באמירה נמי י"ל שגמרו בדעתם לקנות, ואפי' בקנין דברים, וזהו שכתב היד רמ"ה - **כיון דדברים הנקנין באמירה וכו'.** אולם הרמ"א שפסק כראשונים במהרי"ן דסבירי שאף בחליפין לא מועיל קנין דברים, לשיטתו סבר שהחסרון בקנין דברים לא הוי חסרון במעשה הקנין כ"א בגמירות הדעת. ממילא אף במקום שגמירות הדעת נוצרת ע"י הקונה והמקנה כבחליפין ובדברים הנקנין באמירה, לא יהני בקנין דברים, כיון שאין הקנין יוצר שעבוד ממוני כפ"נ²¹.

20. ועיי' בשטמ"ק בב"מ דמ"ו ע"א בשם הרא"ש (ד"ה אלא וכו') לענין הא דמטבע אינו נקנה בחליפין וז"ל - ומטבע היינו טעמא דלא מקנה (בחליפין) משום דדעת הקונה לקנותו בשביל צורתם וצורה הוא דבר שאין בו ממש דחשיבות הצורה אינו אלא ע"פ דבר המלך ואין קנין סודר נתפס בו כדפרישנא בריש בבא בתרא וכי קנו מאי הוי ליהדרו בהו ומשני בשקנו ברוחות אבל אם קנו לחלוק אין הקנין מועיל בדבר שאין בו ממש עיי"ש. משמעות דברי הרא"ש היא דקנין דברים לא הוי קנין לענין קנין סודר בלבד ורק על קנין זה מסיקה הגמ' בב"ב דקנין דברים לא הוי קנין. ולפמ"ש י"ל בדעת הרא"ש שסבר שהחסרון בקנין דברים הוי חסרון במעשה הקנין ולא בגמירות הדעת. אלא שחלק הרא"ש על הראשונים הנ"ל לענין מעשי הקנינים, דלפי הרא"ש בכל קניני התורה מעשי הקנינים הם היוצרים גמירות דעת המועילה גם בקנין דברים אולם היכא שאין מעשה קנין היוצר את גמירות הדעת סבר הרא"ש שלא יכולים הקונה והמקנה עצמם ליצור גמירות דעת שתועיל לקנין דברים.

21. ואולי י"ל בדעת הרמ"ה שבדברים הנקנין באמירה אפשר לקנות גם בלשון אתן כיון שמתכוונים ליצור שעבוד ממוני אף שמתמשים בלשון אתן, ולפי"ז לכאורה יתיישב ביאור זה יותר עם שאר דברי הרמ"ה שם שמשמע מדבריו שקנין דברים לא מהני בגלל חסרון בגמירות הדעת ויל"ע.

[ד] בסוגיא דמקיף וניקף, שיטת רש"י - במלחמות²² בהגהת רש"י ובעו"ר, ביארו שגדירת המקיף היא למניעת כניסת בהמות לשדה. אולם עיי' ברש"י בד"ה אין מחייבין אותו - לתת כלום כדאמרינן דסתם בקעה מקום שנהגו שלא לגדור הוא ע"כ. מבואר שגדירת המקיף היא משום היזק ראייה דאמרינן שכיון שבקעה מקום שלא נהגו לגדור משום היזק ראייה אין מחייבין אותו. והנה יש להקשות על דברי רש"י מהגמ' לענין מח' ר"י ורבנן - אי בעית אימא אגר נטירא איכא בינייהו ופי' שם רש"י וד"ה יהב ליה אגר נטירא) - דבר מועט שהיה צריך ליתן לשומר בכל שנה כשהיא בקמותיה. ומה שייך שומר לענין היזק ראייה, בפשטות השומר הוא המונע את כניסת הבהמות וכו'. וכן קשה מהא דרוניא אקפיה רבינא מארבע רוחותיו וכו' דשם משמע דהוי שמירה מפני בהמות עיי"ש. ובמאירי על אתר תירץ, דאגר נטירא הוי שכר לשומר שישמור מפני היזק ראייה. ואמנם עיי' לקמן דף ז' ע"ב כופין אותו לבנות בית שער וכו' וברש"י ד"ה כופין וכו' - את בן החצר שאינו רוצה לסייע את בני החצר לבנות להן בית שער להיות שומר הפתח יושב שם בצל ומרחיק את בני רשות הרבים מלהציץ בחצר ע"כ. ומבואר דיש שומר שמונע את היזק הראייה בחצר ועפי"ז יל"פ את רש"י לפי המאירי. אולם נראה שעדיין דוחק הוא בביאור הסוגיא כפ"ש.

ועוד יש להקשות לענ"ד על דברי רש"י. שלשיטת רש"י הקיפו מג' רוחות, והרוח הרביעית של השדה פתוחה לרה"ר. והרי שונה היזק הראייה משדה היחיד שמקיפו מג' רוחותיו, מהיזק הראייה מרה"ר²². וע"כ קשה מדוע אם עמד הניקף וגדר את הרביעית מחייבין את המקיף לשלם דגלי דעתיה דניחא ליה (עיי' בגמ'). שמא רק מהיזק ראייה דרה"ר ניחא ליה לגדור, וא"א לחייבו גם על מניעת היזק הראייה של היחיד. וכן על הצד שמחייבין את הניקף היכא שגדר המקיף, צל"ע מה היחס שבין הגדר הרביעית לשאר הגדירות, והרי מדובר במניעה מהיזקים שונים.

והנלע"ד לומר בדעת רש"י בביאור הסוגיא, שתביעת התשלומין שתובע המקיף את הניקף משתנית לפי ההיקף שהקיפו. דהיינו שהיכא שהקיפו מג' רוחות אינו יכול לתובעו על שמירת שדהו מבהמות, שהרי צד אחד פתוח לרה"ר. ודאי דרך צד זה נכנסים בהמות, ומה הועילו לניקף שלשת הגדרות. ונראה דזהו שהכריח את רש"י לבאר במשנה שהתביעה של המקיף שגדר ג' גדרות היא משום היזק ראייה, שהרי אין הו"א שיתחייב לשלם מדין שמירה היכא שצד אחד פתוח לרה"ר. [ובאמת לפי"ז לענ"ד קשה על הראשונים שביארו שגם כאשר הקיפו משלש רוחותיו תובע המקיף את הניקף מדין שמירה מבהמות וצ"ע²³. כל זה כאשר ההיקף הוא רק מג' רוחות, אולם כאשר מוקף הניקף מד' רוחות אזי יכול המקיף לתובעו מכח הא דשומר על שדהו מפני בהמות

22. בדף ב' ע"ב בדפי הרי"ף.

22א. ועיי' לקמן ו' ע"ב - רשות הרבים איצטריכא ליה וכו'. ובאופן פשוט אין טענות הבע"ד בגמ' מורות בהכרח על המציאות אלא שכך יכול לטעון, ובאותה מידה יש זכות טענה לבע"ד במצב הפוך.

23. ועוד י"ל בדעת רש"י שבאר את התביעה בג' רוחות במשנה מדין היזק ראייה, שלפי פ"ז זה מובן ההקשר

ומזיקים, שהרי שמור הוא מכל צדדיו. וע"כ היכא שגדר הניקף את הגדר הרביעית גלי דעתיה דניחא ליה להישמר מבהמות וכעת תובעו המקיף מכח השמירה כפ"ש. ובזה יל"פ את דברי הגמ' לענין אגר נטירא דהוי נטירא מפני בהמות כפי שמוכח מהגמ', גם בדעת רש"י. והיינו שאמנם כאשר גדרו מג' רוחותיו יכל לתובעו רק מדין היזק ראייה אולם כאשר הניקף גדרו מד' רוחות תובע המקיף מכח הא דנשמר, וע"כ התשלום הפחות הוא אגר נטירא.

ולפי"ז נראה דיש לבאר את מש"כ רש"י בביאור דעת ת"ק לפי אוקימתא אחת בגמ', שעל רביעית משלם אך לא על ג' הגדרות הראשונות כיון שקם דינא לענין ג' הגדרות, וז"ל (ו"ה דת"ק וכו') - אבל דמי ראשונות לא יהיב ליה שכבר יצא מהם זכאי בבית דין וכו' עיי"ש. ולפמש"כ י"ל בפשטות, שכיון שהתביעה על ג' הראשונות היתה שונה מהתביעה אחר שגדר את הרביעית, אמרינן דקם דינא לענין הראשונות. דבג' ראשונות פטור היה מלשלם מדין מניעת היזק ראייה שהרי בקעה לאו מקום שנהגו. וכעת שתובעו על גדר הרביעית משום שמירה מבהמות ישלם רק על הגדר הרביעית, כיון שכבר קם דינא לענין מניעת היזק ראייה בג' ראשונות.

ה] בענין חזקת תשמישין - בראשונים מובאת שיטת הגאונים שמועילה חזקת תשמישין ללא טענה, וכך מבואר בתוד"ה והא אחזיקו להו בדכ"ג ע"א בשם ריב"ם, שעל אף שצריך להחזיק ג' שנים (ולא כגאונים) א"צ טענה. ושיטתם לכאורה צ"ב שהרי מובא להדיא במתני' לקמן (מ"א.) כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. ובאמת עפ"י יסוד זה סברו הרשב"ם בדף ו' ובדף מ"א ובעה"מ בסוגיין ועו"ר שגם בחזקת תשמישין בענין טענה. (ועיי' ברשב"א לקמן כ"ח: ובברכת שמואל סי' כ"ד.)

ובקצה"ח סי' קנ"ג סק"ג הסיק דע"י שימוש בתשמישין יכול לקנות התשמישין. וכיון שחזקת התשמישין היתה מדעת הבעלים י"ל שהקנה, אף בלא טענה עיי"ש. והנה כיון שהסיק הקצה"ח שמדובר בקנין ככל הקנינים, א"א לומר שעצם השתיקה היא ההקנאה, ועל כרחך צ"ל שהשתיקה הוי ראייה לכך שהקנה מדעתו. וב' דברים צריכים ביאור לפי"ז: (א) כיצד מועילה השתיקה להוכיח שהקנה, ע"כ השתיקה מולידה רק הסתפקות שמא הקנה. (ב) מדוע אין זה מועיל בחזקת קרקעות דנימא כיון ששתק שמא הקנה וכו'.

והנראה לומר בביאור הדברים, דהנה יש לחקור בכל דינא דחזקת ממון, דמוקמינן הממון ביד המחזיק. אי הוי בידור, והיכא שטוען המוחזק טענה אמרינן שטענתו אמת ופסקינן כמותו, או דהוי הסתלקות הבי"ד. והנה ודאי בשמא ושמא, הממע"ה הוי

של המשנה. שלפי הראשונים האחרים שביארו שכל התביעה במקיף וניקף היא משום שמירה מבהמות צ"ב מה שייכות יש למשנה של מקיף וניקף למשנה הקודמת ולמשנה הבאה אחריה, הדנות דיני היזק ראייה.

הסתלקות²⁴. וכן נראה בספיקא דינא, דאף לסומכוס דבכל ממון המוטל בספק אמרינן יחלוק, כתב הרשב"ם (קס"ו: ד"ה תיקו) דבספיקא דינא אמרינן הממע"ה וז"ל שם - הואיל ואין הדיינים יודעין לפסוק הדין יהיו שותקים והמחזיק יחזיק במה שבידו עכ"ל²⁵. והביאור בזה הוא דלסומכוס אף שבכל ממון המוטל בספק פוסק הבי"ד מכח טענות הבע"ד, בספיקא דינא מסתלקים הבי"ד ואמרינן הממע"ה. אולם יל"ע אם כך הוא לרבנן גם בברי וברי וכפי שיבואר להלן, או שמא חזקת המטלטלין הוי ראייה לטענת הבע"ד ופסיקת הבי"ד הוי בירור²⁶.

והנלע"ד דאפש"ל דבזה חלוקים חזקת קרקעות מחזקת מטלטלין, וזה תליא בהבנת חזקת מרא קמא בקרקעות ובמטלטלין. דהנה גם במטלטלין ישנו חזקת מרא קמא, כדמוכח מגמ' ב"ק דמ"א ע"א גבי המחליף פרה בחמור עיי"ש. ויש להבין חזקת מרא קמא בשני אופנים: א) דהוי כחזקה קמייתא באיסורין דהיינו שכיון שלבי"ד יש ידיעה קודמת, כל עוד לא הועמדה הידיעה בספק הרי שפוסקים לפי ידיעה זו. ועיי' במהרי"ק שורש ע"ב שכתב כן לענין חזקת ממון ועיי' בפנ"י ב"מ (ו.י. ב) דהוי מוחזקות ממש בחפץ המסופק. ופסיקת הבי"ד אינה רק מכח ידיעה אלא שכיון שהבע"ד הוי מוחזק הרי שא"א להוציא ממנו ווע"ע בקונה"ס כלל א' ה'²⁷.

ונראה דבחזקת מר"ק בקרקעות כיון שאין תפיסה בקרקעות הרי שמוחזקות המר"ק הינה מוחזקות ממש וא"א להפקיעה ולהוציא מחזקת מר"ק אלא ע"י בירור, וכלשון הגמ' בב"מ (קב: ועוד) - קרקע בחזקת בעליה עומדת. לעומת זאת בחזקת מטלטלין כיון דשייכא ביה תפיסה, ועיי' בתוד"ה פרדיסי (ב"מ ק"ג.) - דדוקא קרקע שאין יכול להצניע לשמטו מיד בעלה אזלינן בתר חזקה קמא אבל במטלטלין אזלינן בתר מאן דתופס עכ"ל. הרי די"ל דחזקת מר"ק במטלטלין הוי כחזקה קמייתא באיסורין, דאף שלא מוחזק בפעל בחפץ כיון דשייכא ביה תפיסה ע"י אחר, כל עוד לא מסופקת הידיעה קמייתא אזלינן בתרה. וא"כ י"ל לפי"ז שטענת התופס בחזקת מטלטלין הוי המפקיע לחזקת מר"ק, ופסיקת הבי"ד הוי הסתלקות ולא בירור. שכיון שטוען התופס ברי הרי שמסתפקת הידיעה קמייתא ולא אזלינן בתרה ופקעה חזקת מר"ק²⁸. אולם עצם פסיקת

24. ועיי' בקובה"ע (ויבמות) לר"א וסרמן זצ"ל הי"ד סי' כ"ז סק"א ובקוב"ש ב"ב סי' קנ"ג.

25. ועיי' בקונטרס הספיקות כלל א' ס"ב וכלל ד' ס"ג.

26. ועיי' בעליות דרבינו יונה בדף כ"ז ע"ב שכתב שגם מול טענת ברי לא צריך המוחזק לטעון טענה. ולפי דבריו מבואר שפסיקת הבי"ד הוי הסתלקות ולא קביעה עפ"י טענת המוחזק. אולם בקצה"ח סי' קל"ג סק"א כתב דבעי' טענה בכדי לפסוק שלא להוציא מהמוחזק עיי"ש. ולפי דבריו יש לחקור את חקירתנו, אי הוי בירור מכח טענת הבע"ד או הסתלקות כפי שיתבאר לקמן.

27. ועיי' בשער"י להגר"ש שקוף זצ"ל שער ה' פי"ה, ובקובה"ע (ויבמות) סי' ע"א.

28. ועיי' לקמן צ"ב ע"א גבי מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ובתוד"ה ארעתא וכו' בדף ס"א ע"א.

בי"ד הינה הסתלקות ולא בירור, שאחר שפקעה חזקת מר"ק משאירים את החפץ ביד המוחזק.²⁹

ולפי"ז נראה לבאר את דברי הקצוה"ח בסי' קנ"ג הנ"ל. שהנה חזקת תשמישין הוא כחזקת מטלטלין, דהקצוה"ח עצמו (שם) הבין בדעת הגאונים דהוי כקנין פירות הנקנין ללא קרקע עיי"ש, וע"כ יש להבין מדוע החזקה בתשמישין היא מיידיית כבמטלטלין. שכיון שחזקת המר"ק בתשמישין הוא כחזקה קמייתא באיסורין, עצם הספק הנוולד ע"י שתיקת המר"ק שמא הקנה התשמישין מפקיע את המר"ק, והיכא שפקעה חזקת המר"ק מסתלקים הבי"ד כפש"נ. וע"כ בחזקת תשמישין יכולה להיות חזקה בלי טענה, כיון שפקעה חזקת מר"ק ע"י שתיקתו. וזהו לענ"ד פי' דברי הגאונים כפש"נ בקצוה"ח הנ"ל.

ולפי"ד מבואר היטב מדוע מועילה שתיקה בחזקת תשמישין ויש חזקה בלי טענה, ובחזקת קרקעות לא אמרינן הכי. דבחזקת קרקעות פסיקת הבי"ד הוא בירור כיון שחזקת מר"ק הוא מוחזקות ממש, וא"כ בעינן טענה שהחזקה תהוי לה ראייה, ועפ"י הטענה יפסוק בי"ד. אולם היכא שאין טענה לא פקעה חזקת מר"ק כיון דהוי מוחזקות ממש. לעומת זאת בחזקת תשמישין כיון שפסיקת הבי"ד הוא הסתלקות, מספיקה השתיקה לערער את החזקת מר"ק דהוי חזקה קמייתא ואמרינן הממע"ה וכפש"נ.

ועיי' לקמן (כ"ז): בסוגיא דהולכי אושא שלמדו חזקת ג' שנים משור המועד, שבהו"א נקטה הגמ' שלשיטתם חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה. ונתקשו הראשונים (שם), מהו הס"ד של הגמ', כיצד אפשר"ל שתועיל חזקה בלא טענה³⁰. ועיי' שם בתוה"ה אלא מעתה וכו' - וי"ל דהכי פריך כיון דילפת משור המועד מה התם בשלש נגיחות הוא בחזקת נגחן הכא נמי כיון דאכלה שלש שנים ולא מיחה הוא בחזקת שלא ימחה עוד ובלא טענה נמי תהא שלו דאית לן למימר שמחל לו אי נמי הא דקא פריך למימרא דחזקה שלא בטענה תהא חזקה היינו כגון דאמר ליה מפלניא זבנתה דזבנה מינדך אע"ג דלא אמר קמי דידי זבנה ולא דר בה אפי' חד יומא ולא ידע אי זבנה מיניה אי לא אלא דהכי אמר ליה ע"כ. והנה לפי התי' הראשון ע"כ צ"ל דהא שמחל הוא ראייה לכך שמסתמא הקנה לו, והדרה הקושיה שהקשינו בדעת הקצוה"ח לעיל היכי אמרינן דהוי של מוחזק והרי הא דלא מיחה גורם רק הסתפקות שמא הקנה למוחזק ותו לא. וכן יש לעיי' לפי התי' השני כיצד היה הו"א שתועיל טענת מפלניא זבנתה דזבנה מינדך והרי אין זו טענה, ומה השתנה בין ההו"א למסקנה. וע"כ נראה לענ"ד לבאר את דברי התוס' לפי מש"כ בדעת הגאונים, שבהו"א סברה הגמ' דלפי הולכי אושא מהני תפיסה

29. וע' בש"ד בס' צ"א סקל"ב ובקצוה"ח שם סק"י וכן בש"ש שמעתתא ד' פרק י"ג י"ד שחלקו אי מוקמינן בחזקת מר"ק בדבר ששניהם אדוקים בו או דקיימא ברשות שניהם. ולכאורה י"ל דבזה גופא חלוקים, האם חזקת מ"ק במטלטלין הוא מוחזקות ממש וחזקת מטלטלין הוא בירור או שמא חזקת מ"ק במטלטלין הוא כחזקת איסורין וממילא חזקת מטלטלין הוא הסתלקות. והקצוה"ח עצמו סבר דמוקמינן בחזקת מר"ק ויל"ע בזה ואכמ"ל.

30. ועיי' בברכ"ש סי' כ"ה במש"כ בשם הגר"ח.

בקרקעות וחזקת קרקעות היא כחזקת מטלטלין. והיינו שחזקת מר"ק היא כחזקה קמייתא באיסורין, ופסיקת הבי"ד היא הסתלקות ולא בירור מכח החזקה. וע"כ לפי"ז מהני ההסתפקות שמא מכר להפקיע את הידיעה קמייתא מכח המר"ק, כפש"כ לענין חזקת תשמישין. ולפי"ז אף הטענה מפלניא זבנתה דזבנה מינך תועיל להפקיע המר"ק, על אף שהטוען עצמו אינו יודע אי זבנה מיניה או לא. ובמסקנה מסיקה הגמ' דגם לדעת הולכי אושא אין תפיסה בקרקעות, ושונה חזקת קרקעות מחזקת מטלטלין, דבחזקת קרקעות חזקת מר"ק היא כמוחזקות ממש בגוף הקרקע כפי שנתבאר לעיל.

ועיי' ברמב"ם בפ"ח מהלכות טו"נ ה"ז שפסק שטענת מפלניא זבינתה דזבנה מינך מהניא בחזקת מטלטלין³¹. לפי מש"כ מבואר בפשטות, דבזה שונה חזקת מטלטלין מחזקת קרקעות. דכיון שבחזקת קרקעות פסיקת הבי"ד היא בירור מכח טענתו, לא תועיל טענת מפלניא זבינתה דזבנה מינך, כיון שאינו יודע אי זבנה מיניה. אולם בחזקת מטלטלין פסיקת הבי"ד היא הסתלקות כתוצאה מהפקעת המר"ק. ומשום שחזקת המר"ק היא כחזקה קמייתא דאיסורין, מהניא הסתפקות להפקיע המר"ק. וע"כ גם טענת מפלניא זבנתה וכו' מועילה להפקיע המר"ק בחזקת ממון, כהו"א של תוס' בהולכי אושא בחזקת קרקעות. וכיון שע"י טענת מפלניא זבנתה וכו' אין כאן מר"ק, מסתלקים הבי"ד, ומשאירים החפץ ביד המוחזק.

[ו] עוד בענין הנ"ל - עיי' לקמן בד' ק' ע"א לענין מצר שהחזיקו בו רבים דאמר רב יהודה דאסור לקלקלו. ופירש שם הרשב"ם בד"ה שהחזיקו בו רבים - שהשווהו ותקנהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו אסור לקלקלו דודאי לרבים מחל וכ"ש מתני' שנתן להם ההוא דרך בידים הלכך מה שנתן נתן וכגון שהחזיקו עכ"ל. מבואר דע"י המחילה של הבעלים קנו הרבים את המצר, וקשה שהרי הרשב"ם עצמו סבר דלא מהניא מחילה בחזקת תשמישין ובעי' טענת המחזיק, כפש"כ בד' מ"א ע"א בד"ה כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה - בין בחזקת ג' שנים דקרקעות ובתים ואילנות בין בחזקת יום אחד כגון הנך דאמרין לעיל אחזיק להורדי וכו' מיירי וקאמר דצריך לטעון מאיזה כח החזיק בה וכו' עיי"ש³². וא"כ כיצד כתב הרשב"ם שמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו כיון שמחלו הבעלים וצ"ע.

ואולי יש לבאר את דברי הרשב"ם לפי מש"כ הר"ש באהלות בפ"ח מ"ד, לענין שדה בוכים (מקום מזומן להושיב בה מיטת הנפטר ומתוועדים ובוכים שם), שלא ניטעת ולא נזרעת ועפרה טהור. וז"ל (שם) - בפ"ק דמועד קטן מפרש משום יאוש בעלים נגעו בה (בשדה בוכים) דכיון שכן הוא מתייאשים הבעלים ממנה והוא ליה כמצר שהחזיקו בו רבים דאסור לקלקלו וכו' עיי"ש. הרי שהר"ש סבר שמצר שהחזיקו בו רבים אסור

31. עיי"ש בהשגת הראב"ד.

32. וכמו"כ איתא בתוס' ברש"י בדף ו' ע"א עיי"ש.

לקלקלו משום יאוש הבעלים, ואולי זהו גם הביאור בדעת הרשב"ם. שאמנם מחילה לא מהני בחזקת תשמישין, אולם היכא שנתיאש כיון דהו רביס, אסור לקלקלו וצל"ע.

[ז] בענין כפיה בצדקה - בתוס' ד"ה אכפיה רבא לרב נתן (ד"ח ע"ב) הקשו איך כופין על הצדקה והרי הוי מצוה שמתן שכרה בצידה דאין בי"ד כופין עליה כדאיתא בחולין ק"י ע"ב³³. ותירץ ר"ת (שם) דהאי כפיה בדברים הוי ועוד תירץ דהכא קבלו עליהם שיכופו אותן הגבאי עיי"ש. והנה אמר מרן הגרי"ד סולוביצ'יק בשם סבו הגר"ח זצ"ל³⁴, שישנם שתי פרשיות בצדקה, האחת בפר' ראה (דברים ט"ו) - כי יהיה בך אביון מאחד אחיד באחד שעריך בארצך אשר ה' אלקיך נתן לך לא תאמץ את לבבך ולא תקפץ את ירך מאחיד האביון כי פתח תפתח את ירך לו והעבט תעביטנו די מחסרו אשר יחסר לו וכו'. והשניה בפר' בהר (ויקרא כ"ה) - וכי ימוך אחיד ומטה ידו עמך והחזקת בו גר ותושב וחי עמך. ובאר הגר"ח זצ"ל, ששתי פרשיות אלו הן שני חיובים נפרדים. שחובת היחיד במצות הצדקה נלמדת מהפרשה בראה, הכוללת העשה של פתח תפתח והלאוין של לא תאמץ ולא תקפץ. ואילו בפר' בהר - והחזקת בו גר ותושב וחי עמך, מדובר על חובת הציבור דעיקר החיוב להחזיק גר תושב הוא מוטל על הציבור ולכן נזכרת החזקת גר תושב בפרשת צדקה של הציבור. ואמר הגר"ח דההלכה שלא לכפות על מ"ע שמתן שכרה בצידה נוהגת רק במצות היחיד אבל לא במצות הציבור. שהבי"ד הם נציגיהם של הציבור ועל ידם מקיים הציבור את חובתו וע"כ כופין במצוות הציבור. וראיה לכך הביא מהגמ' לקמן פ"ט ע"א, שבי"ד כופין על תיקון המידות על אף דהוי מצוה שמתן שכרה בצידה, דגזה"כ דיהיה לך מלמד שאין כאן מצות יחיד בעלמא אלא מצות ציבור. והנה לכאורה דברי התוס' בסוגיין צ"ב, מדוע הקשו על דברי הגמ' דרב אכפיה לרב נתן, והרי יכלו להקשות כבר על דברי הגמ' דממשכנין על הצדקה - דהיאך ממשכנין והרי מצות צדקה הוי מ"ע שמתן שכרה בצידה. וע"כ נראה להוכיח מתוס' כדברי הגר"ח, דהנה דברי הגמ' על מישכון הוי על מצות הצדקה המוטלת על הציבור שממשכנין לקופת העיר, וע"כ לא הקשו תוס' כיצד כופין, שהרי אף שמתן שכרה בצידה כופין בי"ד על מצוה המוטלת על הציבור כש"נ. אולם לענין הא דרבא אכפיה לרב נתן י"ל שסברו התוס' דהוי כפיה על מצות צדקה של יחיד, כיון דלא הוי כפיה ע"י מישכון כ"א כפיה רגילה. ונראה להוכיח מהגמ' דהוי כפיה על יחיד ולא דין צדקה לקופה של ציבור שהרי הגמ' מזכירה דשקיל מיניה ד' מאה זוזי לרבנותא, ואי נימא דהוי כפיה לקופת צדקה הרי

33. ועיי' ברדב"ז בפ"ז ממתנ"ע ה"י - ונ"ל דשאני מ"ע של צדקה שיש בה תקנה לעניים והרי הוא כתוב עליו וכופין אותו לפרוע חובו ויורדין לנכסיו כאשר עושין למי שמסרב לפרוע החוב אשר עליו וכו' עיי"ש. ולפי דבריו לא קשיא קושית התוס' כיון דכפיית הצדקה לא הוי כפייה על המצוות כ"א על חוב. אלא שלפי"ז תהיה נפק"מ בין הרדב"ז לשאר ראשונים דסברי דכייפינן על מצות צדקה לפי מש"כ הרמב"ם בפ"ז שם ה"ג - לפי מה שחסר העני אתה מצווה ליתן לו וכו' אם אין לו אשה משיאין אותו וכו' שנאמר די מחסורו וכו'. וא"כ היכא דמצות הצדקה לא הוי ע"י נתינת ממון יש לעיין אם כייפינן לדעת הרדב"ז.

34. מובא ברשימות שיעורים על מס' שבועות ונדריס עמ' קע"ד.

שלפי רבינו גרשום (ד"ה נגבית בשנים) הצדקה לקופה היא דבר קצוב בשווה, דנגבית בשנים מדין שררות ולא בשלושה כתמחוי שאינו דבר קצוב. ע"כ מבואר דכפיית רבא היתה כפיה על מצות צדקה של היחיד, ולא לקופת העיר³⁵. ולפי"ז צריך לומר שראיית הגמ' מהא דרבא אכפיה לר"נ לא היא על מישכון בע"ש ולא על החילוק שבין אמיד ללא אמיד, אלא על עצם ענין הכפיה דגבאי צדקה לא הוה בגדר "לוחציו" כפי שנתקשתה הגמ' - ופקדתי על כל לוחציו וכו' ואפי' על גבאי צדקה עיי"ש.

והנה על תירוצו של ר"ת בתוס' הנ"ל דהוי כפיה בדברים או שקבלו עליהם הקשה המהרש"א ב' קושיות: א) מה הראיה של הגמ' מהא דאכפיה רבא לר"נ לענין הא דאפשר למשכן דהרי המשכון לא הוי בדברים. ב) מדוע חילקה הגמ' לענין ופקדתי על כל לוחציו בין אמיד ללא אמיד והרי יכלה לחלק בין קיבלו עליהם ללא קיבלו או בין כפיה בדברים לכפיה רגילה. המהרש"א נשאר בצ"ע. ונראה דעפ"י מש"כ בדעת התוס' י"ל שהגמ' לא הביאה ראיה מרבא לענין מישכון, שהרי כפיית רבא היתה כפיה על מצות צדקה של יחיד, אלא לענין הא דמי שכופה על הצדקה לא מיקרי לוחץ כפש"נ. וא"כ לא קשיא גם מדוע לא חילקה הגמ' בין כפיה בדברים לכפיה רגילה וכו', כיון שהחילוק שבין כפיה בדברים לכפיה רגילה נצרך רק להיכא שבי"ד לא יכולים לכפות כיון שמתן שכרה של המצוה כתובה בצידה אולם היכא שיכולים בי"ד לכפות כפיה ממש אלא די שש שיהיה נכלל בגדר "לוחץ" אז יש לחלק בין אמיד ללא אמיד. שעל אף שמדובר בכפיה ממש הכפיה היא רק על אמיד. ועדיין יש לעיין בזה כיון שהוא דוחק בפשט הגמ'.

ח] עוד בענין הנ"ל, בדעת הר"י בתוס' - הר"י תירץ בתוס' (שם) דבצדקה כופין משום דאית בה לאו דכתיב לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ וגו'. ויש לדקדק בדעת ר"י האם הכפיה היא על הלאו מדין אפרושי מאיסורא, שאמנם א"א לכפות על העשה כיון שמ"ע שמתן שכרה בצידה אין בי"ד מוזהרין עליה אך כיון דאית בה לאו כייפינן עלה. או שמא י"ל שהכפיה היא על העשה, ואף שלא כייפינן על מ"ע שמתן שכרה בצידה כיון דאית בה לאו הרי שהעשה חמור וכופין לקיימו. וסברא מעין זו מצינו בתוד"ה מעקה וכו' בקידושין דף ל"ד ע"א, דלא אמרינן שתדליק אשה בשמן שריפה ביו"ט וידחה עשה של שריפת קדשים לאו דיו"ט (שהרי לגבי האשה עשה דיו"ט הוי מ"ע שהזמ"ג), משום - "דעשה שיש עמו לאו אף הלאו אלים ולא דחי ליה עשה" עיי"ש. והכא נמי י"ל דכיון

35. ועדיין י"ל שהוזכרו ד' מאה זוזי להראות דהוי אמיד, דעיי' ברמב"ם פ"ט מהלכות מתנע"ה"א דמשמע מדבריו דגם בצדקה לקופת העיר קוצבים בי"ד לכ"א סכום שונה קודם הגבייה ורק הגבייה עצמה נעשית בשנים. ואולי דברי הגמ' על רבא דאכפיה לר"נ הכריחו לומר כן ויל"ע. וכן יש לפרש גם בדברי רבינו גרשום.

שמצות צדקה בחלות שם כוללת גם לאו הרי שהעשה חמור, ואף שמתן שכרה בצידה כייפנין עלה.

והנפק"מ בין שתי ההבנות תהיה לפי מש"כ הקצוה"ח בסי' ג' ובמשובב נתיבות (שם)³⁶, דבכפיה על עשה בעינין בי"ד ויכול לכופו עד שתצא נפשו וכדאיתא בכתובות פ"ז ע"ב, ואילו להפריש מאיסור יכול כל יחיד וא"א לכופו עד שתצא נשמתו³⁷. עוד נפק"מ תהיה אם נסבור שיכול להיות מצב שבו יהיה ביטול עשה ללא לאו. דאז אם הכפייה היא על הלאו כיון שאין לאו לא כייפנין, אולם אם הכפיה היא על העשה י"ל שכיון שהמצוה כוללת בחלות שם גם לאו הרי שהעשה חמור וכייפנין עלה, בדומה לדברי התוס' בקידושין כפש"נ.

ונ"ל ששתי ההבנות בדעת ר"י, תלויות בהבנת טעם ההלכה דאין כופין על מ"ע שמתן שכרה בצידה. שהנה רש"י בחולין ק"י ע"ב כתב בטעם הדין, שכיון שהתורה גילתה את שכר המצוה הרי שאי קבלת השכר הוי כעונש על מבטל המצוה וז"ל - לכך פירש מתן שכרה לומר אם לא תקיימנה זהו עונשו שלא תטול שכר זה. ונראה דיש להבין את דברי רש"י בשני אופנים: א) כפיית התורה לקיים המצוה ע"י שגילתה את שכר המצוה, הוי ככפיית בי"ד, וע"כ לא בעינין כפיית בי"ד. ב) על אף שכפיית בי"ד חמורה מכפיית התורה, כיון שגילתה התורה את שכר המצוה וכפתה על קיום המצוה, בכך הפקיעה את בי"ד מחיוב כפיה על המצוה.

והנה אי נימא כצד הראשון בדעת רש"י, שכפיית התורה הוי במקום כפיית בי"ד, י"ל דהכפייה בצדקה הוי כפייה על העשה החמור. שבמצוה שמתן שכרה בצידה כפיית התורה מספיקה שהרי היא כבי"ד, אולם היכא שיש גם לאו הרי שהעשה חמור כפש"נ, וא"כ בעינין גם כפייה של בי"ד עד שתצא נפשו. ששתי הכפיות, של התורה ושל בי"ד, הרי הם יחד כפייה חמורה, ועי"ז כייפנין על העשה החמור. אולם על הצד שהשכר הכתוב בצידה הוי הפקעת הבי"ד, א"א לומר שהיכא שהעשה חמור נימא שיהיה גם כפייה של בי"ד. שהרי גם במקום שאין העשה חמור, כפיית התורה איננה ככפיית בי"ד, ואפ"ה הפקיעה תורה את כפיית בי"ד. וא"כ גם היכא שהעשה חמור, כיון שכפתה התורה על עשה זה פקעה כפיית בי"ד, וע"כ צ"ל שבמקום שיש לאו הכפייה היא על הלאו מדין אפרושי מאיסורא³⁸.

36. עי' במשובב (שם) שכתב - אבל לכופו לקיים מ"ע כגון מי שאינו עושה סוכה או אינו נותן צדקה לזה צריך בי"ד דוקא. שהבין שכפייה על מצות צדקה הוי כפיה על העשה א"א"כ נאמר כדברי המנ"ח ועי' הערה הבאה. ועי' בנתיבות שם שחלק על דברי הקצוה"ח הנ"ל.

37. ועי' במנ"ח במצוה ח' סק"י שכתב שגם בלאו היכא שעובר בשב ואל תעשה והכפיה היא על קום ועשה, כייפנין ע"י בי"ד כעשה. ועי"ש שהוכיח מתוס' דידן, שהבין שהכפיה היא על הלאו וע"י בי"ד.

38. ובתחילה היה נראה לומר להיפך, שעל הצד שכפיית התורה הוי ככפיית בי"ד א"א לומר שכפיה על הצדקה הוי על העשה כיון שאף שחמור העשה מכח הלאו, מה תוספי כפיית בי"ד והרי כפית התורה הוי

ונלע"ד ממשמעות דברי הראשונים, ששתי ההבנות בדעת ר"י שחקרנו לעיל, אם הכפייה במצות צדקה הוי על העשה או על הלאו תלויה במחלוקת. שהנה בפ"י הר"י קרקושא על ב"ב³⁹ בד"ח ע"ב כתב - ור"י אמר דאינו צריך לומר כן דבצדקה נמי כתיב לאו ואין זה עשה עכ"ל. ומבואר בדבריו כהבנה הראשונה בדעת הר"י, שכיון שמתן שכר המצוה בצידה, א"א בשום פנים לכפות על העשה, וע"כ הוי כפיה על הלאו מדין אפרושי מאיסורא. לעומת זאת יעויין בנמק"י בכתובות מ"ט ע"ב שממשמעות דבריו מבואר דהכפייה הוי על העשה של צדקה - ואע"ג דקיי"ל דכל מ"ע שמתן שכרה בצידה אין בי"ד של מטה מוזהרין עליה ובצדקה כתיב למען יברכך ה' אלקיך לא אמרן אלא במ"ע דעלמא אבל בצדקה דכתיב נמי לאו דלא תקפוץ את ירך כייפינן עלה בשוטים עכ"ל⁴⁰.

והנה לפמ"ש עד עתה, י"ל שהר"י קרקושא והנמק"י חלוקים בהבנת טעם הדין דכל מצוה שמתן שכרה כתוב בצידה אין בי"ד מוזהרים לכפות עליה, כפש"נ. ועוד י"ל, שחלוקים בעצם הסברא, אם שייך לומר שכיון דאית בה לאו העשה חמור. ונראה שאפש"ל עוד שחלוקים הם בהבנת גורי הלאו והעשה של מצות צדקה. דעיי' ברמב"ם בפ"ז מהלכות מתנות עניים ה"א וה"ב - מצ"ע ליתן צדקה לעניי ישראל כפי מה שראוי לעני אם היתה יד הנותן משגת שנאמר פתח תפתח את ירך לו ונאמר והחזקת בו גר ותושב וחי עמך ונאמר וחי אחיך עמך וכל הרואה עני מבקש והעלים עיניו ממנו ולא נתן לו צדקה עובר בל"ת שנאמר לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ את ירך מאחיד האביון. מבואר ברמב"ם שקיום העשה של צדקה תלוי בנתינה, ובכל פעם שנותן צדקה קיים מצ"ע של צדקה, לעומת זאת בכדי לעבור על הלאו בעינן שיעלים עיניו מעני המבקש⁴¹. ולפי"ז יל"ע בסוגיין בהא דרבא אכפיה לרב נתן, האם עובר על הלאו של לא תקפוץ שהרי אין כאן עני המבקש ומעלים עיניו ממנו, וא"כ י"ל שלא יעבור על הלאו. והנה אם נאמר ששייך שיבטל עשה של פתח תפתח כלפי הגבאי אף ללא לאו, שאין כאן אימוץ וקשיות הלב כלפי עני, א"כ י"ל דבזה חלוקים הר"י קרקושא והנמק"י. שלדעת

ככפיית בי"ד החמורה כפש"נ. אולם אי נימא שהתורה הפקיעה את כפיית הבי"ד על אף שכפיית בי"ד חמורה, י"ל דהיכא שהעשה חמור בעינן כפייה חמורה של בי"ד. אך אחר העיון נראה דאין לומר כן, שכיון שכפיית בי"ד הוי עד שתצא נפשו כדאיתא בכתובות (פ"ו) ברור שכפיית בי"ד בנוסף על כפיית התורה חמורה יותר מכפיית התורה, וע"כ היכא שהעשה חמור י"ל שיכפו גם בי"ד. ועו"ק לפי ביאור זה דאם הפקיעה התורה את כפיית הבי"ד אף שכפיית הבי"ד חמורה, מדוע לא נאמר שכפיית בי"ד פקעה גם היכא שהעשה חמור. ועדיין יל"ע בזה.

39. מובא בס' שיטת הקדמונים על ב"ב (וה"ל ע"י הרב משה יהודה הכהן בלוי תשמ"א ניו יורק).
40. ולענ"ד יש לדקוק כן גם בדברי הרדב"ז בפ"ז ממתנ"ע ה"י, שכתב בדעת הרמב"ם דכייפינן על מ"ע דצדקה - והנכון לפי לשון רבינו משום דמצות הצדקה יש בה לאו ועשה דכתיב פתוח תפתח וכתוב לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ את ירך עכ"ל. דאם סבר הרדב"ז דהכפייה הוי על הלאו מדוע כתב שיש בה עשה והרי על העשה א"א לכפות כיון שמתן שכרה בצידה. וע"כ נ"ל שסבר הרדב"ז כנמק"י שהכפייה בצדקה הוי על העשה.

41. ועיי' ברשב"א בשבועות וכ"ה. ששמע שגם קיום המצוה תלוי בכך שעני מבקש.

הר"י קרקושא גם ע"י גבאי צדקה איתא לאו דלא תקפוץ, וע"כ שייך לומר שאכפיה רבא לר"נ מדין אפרושי מאיסורא. אולם בדעת הנמק"י י"ל שכלפי גבאי צדקה לא אמרינן דיש לאו של לא תקפוץ וכו', וא"כ מוכרחים לומר שכפיית רבא הוי כפיה על העשה וסברת ר"י בתוס' דכייפינן משום דאית ביה לאו על כרחך היא סברא שהעשה חמור, כיון שמצות צדקה בחלות שם כוללת לאו.

ט] עוד בענין הנ"ל - במל"מ בפ"ג מהלכות עבדים הי"ד הביא את דברי הרשב"א בתשובה (ח"א סי' תשמ"ה) דלא כייפינן על השבת העבוט, כיון שמתן שכרה כתוב בצידה. והקשה המל"מ (שם) מדוע לא כופין והרי אית במצוה דהשבת העבוט לאו, וקשה היאך פסקינן גם כר"י בתוס' דכייפינן על מצוה שמתן שכרה בצידה היכא דאית בה לאו, וגם כרשב"א שלא כופין על מצות השבת העבוט. ותי' המל"מ שכיון שלאו של השבת העבוט הוי לאו הניתק לעשה, גם הר"י מודה דלא כייפינן עלה, ולפי"ז גם במצות הענקה לא כופים כיון דהוי לאו הניתק לעשה עיי"ש בדבריו⁴².

ולפי מה שחקרנו לעיל בדעת ר"י, אי הוי כפיה על העשה או כפיה על הלאו, יש לבאר את מסקנת המל"מ בשני אופנים. לפי הר"י קרקושא דהוי כפייה על הלאו י"ל כפי שמובא בשם הגרא"ב קמאי זצ"ל בביאור דברי המל"מ⁴³. דהא דכייפינן על הלאו מדין אפרושי מאיסורא הוא כיון ששכר התורה לא עולה על הלאו, אולם היכא שהלאו ניתק לעשה הרי ששכר התורה עולה גם על הלאו, וע"כ א"א לכפות על הלאו מדין אפרושי מאיסורא. ובדעת הנמק"י דהכפיה הוי על העשה, צריך לבאר את דברי המל"מ באופן אחר. וי"ל דהא דאמרינן דהיכא שיש לאו בחלות שם המצוה דהעשה הוי חמור, זה שייך רק היכא שהמצוה בחלות שם כוללת לאו ועשה נפרדים. כמו שמצינו לענין אשה שתדליק בשמן שריפה ביו"ט (ועיי' בתוס' המובא לעיל אות ו'), שכיון שיו"ט כולל עשה ולא, הרי שהלאו חמור. אולם היכא שהלאו הוי ניתק לעשה והמצוה איננה כוללת לאו ועשה נפרדים, י"ל דאין הלאו מורה דהעשה הוי חמור כיון שהתורה צייתה לנתק הלאו ע"י העשה, ואין המצוה בכללה כוללת לאו ועשה, ודוק.

ועיי' בספר לב אריה עמ"ס חולין ק"י ע"ב (ד"ה כל מ"ע שמתן שכרה וכו') שהקשה על מסקנת המל"מ, היאך כופין על מצות צדקה מכח הלאו דלא תקפוץ והרי הוי לאו הניתק לעשה. ועפימ"ש לעיל בביאור דברי המל"מ לדעת הר"י קרקושא, נראה לומר, דכיון שבמצות צדקה יכול להיות קיום עשה גם ללא לאו כמבואר ברמב"ם, ממילא א"א לומר שהשכר שנתנה התורה הוא גם בצד הלאו. וע"כ אפשר לכפות על הלאו מדין אפרושי

42. ועיי' בגליון מהרש"א על שו"ע יור"ד רמ"ח ד"ה דאיכא בה וכו'.

43. הביאו הגאון ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל בשיעוריו עמ"ס קידושין דף י"ז ע"א עיי"ש.

מאיסורא⁴⁴. אולם לפימ"ש בדעת הנמק"י עדיין קשה מדוע כופין על עשה של צדקה מכח הלאו, והרי הלאו הוא ניתק לעשה.

והלב אריה (שם) תירץ דבצדקה הוא תרי לאוין (לאו דלא תקפוץ ולא דלא תאמץ) הניתקין לעשה, דכמו שבתרי לאוין הניתקין לעשה לוקין על לאו אחד דלא אתי חד עשה ומנתק תרי לאוין, כך גם כייפינן על הלאו (וכן תירץ החיד"א בברכ"י יור"ד סי' רמ"ח בתירוץ אחד). ועפי"ז דייק הלב אריה מדוע כתבו בתוס' לאו אחד ולא תרי לאוין, דכיון שאחד ניתק לעשה כייפינן על השני. אלא שקשה לפי"ז מה נאמר בדעת הרמב"ם שכתב במפורש בפ"א ממתנ"ע ה"ב דלאו דלאו דלא תקפוץ ולא תאמץ הוא לאו אחד. ועו"ק שבתוס' ד"ה אכפיה רבא וכו' בכתובות מ"ט ע"ב כתבו דהוה תרי לאוין עיי"ש.

עכ"פ מבואר בדברי הלב אריה והחיד"א, דבתרי לאוין הניתקין לעשה לוקין כיון שלאו אחד ניתק והשני לא, והכי נמי גבי צדקה. ובאמת נראה, דיש להבין את דין המלקות וממילא את דין הכפיה בתרי לאוין הניתקין לעשה באופן אחר. שהנה בחולין דף ב' ע"א בתוד"ה וסופג את הארבעים הקשו, מדוע הממיר לוקה ארבעים ולא שמונים, והרי עבר על תרי לאוין. וז"ל - וא"ת הוה ליה למימר וסופג שמונים דהא תרי לאוי כתיב לא יחליפנו ולא ימיר ויש לומר דחד בשלו וחד בשל חברו כדאמר בתמורה (דף טו). וכגון דאמר חברו כל הרוצה להמיר בבהמתו ימיר דבענין אחר אין ממירין בשל אחרים והכי איתא בהדיא בתמורה פ"ק. ע"כ. ובמהרש"א על אתר כתב דיש לתרץ את קושית תוס' בכך שתמורה הוא תרי לאוין הניתקין לעשה וממילא כיון שלאו אחד ניתק ע"כ אפשר ללקות רק על לאו אחד ולוקה ארבעים, עיי"ש בדבריו. ומפורש במהרש"א כהבנת הלב אריה והחיד"א, דבתרי לאוין הניתקין לעשה לוקה כיון שרק לאו אחד ניתק לעשה והשני נשאר לא מנותק ולוקין עליו. אולם בתוס' הנ"ל סו"ס לא תירצו כך את קושייתם, ומבואר שלא סברו כך. ואמר מרן הגרי"ז זצ"ל (מפי השמועה)⁴⁵ ביאור אחר להא דלוקה בתרי לאוין הניתקין לעשה, והוא שעשה אחד אינו יכול לנתק תרי לאוין, משום חומר הלאו דנשנה פעמיים. ולפי"ז לולא תירוץ התוס' לענין תמורה בתרי לאוין הניתקין לעשה לוקה שמונים.

ולפי"ז יל"ע כיצד לבאר את דעת הר"י קרקושא והנמק"י כ"א לשיטתו, מדוע כופין על מצות צדקה שבה תרי לאוין ניתקין לעשה. שהנה לפי הבנת המהרש"א יובן שכיון שנתר לאו אחד שלא ניתק, עליו כופין לדעת הר"י קרקושא. ולדעת הנמק"י י"ל שהלאו הזה גורם לעשה להיות חמור וכייפינן על העשה. אולם אי נימא כביאור הגרי"ז, ק"ק מדוע כייפינן על מצות צדקה. שלדעת הר"י קרקושא דהוי כפיה על הלאו, הרי כאן שני הלאוין ניתקין לעשה וממילא גם עליהם עולה השכר אותו כתבה התורה, אלא שלענין מלקות אין בכח העשה לנתק. וכן קשה לדעת הנמק"י שהכפיה היא על העשה, מדוע

44. ומצאתי בברכ"י לחיד"א בס' רמ"ח ד"ה ומה שתיירץ וכו' שבתירוץ אחד לקושיא זו תירץ כפש"כ וז"ל א"צ כי פתוח פירושו אלא ומשמע קודם הלאו וצריך להתישב בזה ואני אמרתי בחפזי עכ"ל.

45. חידושי הגרי"ז סטנסיל תמורה בדף ב' ע"א תוד"ה וסופג את הארבעים.

לא נאמר שבזה לא שייך שהלאו יורה שהעשה חמור כפי שביארנו לעיל בדברי המל"מ, והרי שני הלאוין ניתקין לעשה. ויש לתרץ, אך באתי רק להעיר ואכמ"ל.

ין בענין צדקה אי הוי ספק ממונא או ספק איסורא - בר"ן בנדרים (ז). הביא דעת הרמב"ן והרשב"א דלענין יד בצדקה אזלינן לחומרא כיון דהוי ספק איסורא. אולם דעת הר"ן שם היא דממון עניים הוי ספק ממונא וע"כ אזלינן לקולא. בר"ן שם הביא שתי ראיות לשיטתו: א) דבספק לקט אזלינן לקולא כדאיתא בגמ' בחולין קל"ד ע"א. ב) דמבואר בגמ' ביומא ד"ח ע"א דאזלינן לקולא בספק מעשר עני. עיי"ש.

ובביאור דעת הרמב"ן והרשב"א נלע"ד לומר, דיש לחלק בין לקט ומעשר עני לבין דין צדקה. שגם הרמב"ן והרשב"א יודו לענין לקט ומעשר עני דאזלינן לקולא, כיון דהוי ספק ממונא. דלענין מעשר עני י"ל שמעשה ההפרשה הוי מעשה המברר, אולם תביעת העניים על ממונם בשדה הוי מכח השעבודים שהחילה התורה בכך שחייבה את בעל השדה לתת לעניים מעשר עני. וא"כ גם קודם מעשה ההפרשה קיימת תביעת העניים, אלא שיש לברר איזה חלק מממון הבעלים הוי של העניים. וכן ביארו האחרונים בדעת כמה ראשונים בדין תרו"מ, שמעשה ההפרשה הוי רק מעשה המברר, והאיסור החל על טבל הוי איסור מחמת התרומה והמעשר שבה, אלא שקודם ההפרשה אסור גם לכהן. וכן יש לומר לענין מעשר עני וכו', דלא נתחדש שעבוד בגוף ממון ע"י ההפרשה, אלא שההפרשה הוי המברר⁴⁶.

ונלע"ד שכן הוא לענין דין לקט, דעיי' בפ"ה מפאה מ"א - הרוח שפיזרה את העומרים אומדים אותה כמה לקט היא ראויה לעשות ע"כ. דהיינו שבודקים באומד כמה לקט יש בשדה ונותנים לעניים, אף שאין מדובר בלקט שנתברר ע"י מעשה הלקיטה, כיון שרוח פיזרה את העומרים. ומבואר, דמעשה הלקיטה לא הוי מעשה היוצר שעבוד ממוני, אלא שיש לעניים תביעה על כמות מסוימת של לקט שיש בשדה, ובעיני מעשה המברר של לקיטה בשביל לברר אלו שבולים הוו לקט. והיכא שפיזרה הרוח וא"א לעשות את המעשה המברר, הרי שעדיין קיימת תביעת עניים על גוף ממון מסוים שבשדה, וע"כ צריך לתת לעניים לפי האומד.

אולם לענין מצות צדקה א"א לומר דיש תביעה של העניים על גוף ממון של הבעלים קודם נדרו של הבעלים. ולא נימא שמעשה נתינת הצדקה או נדר של בפיך זו צדקה, הוי מעשה המברר. אלא צ"ל, שע"י הנדר מכח האיסור דבל יחל, חלה תביעת עניים על גוף ממון של הבעלים.

לפמ"ש מבואר שישנם שני סוגים של ממון עניים: א) ממון עניים הבא מלכתחילה בגוף ממון הבעלים, מכח קביעת התורה שיש לעניים שעבודים בממון הבעלים. אלא שבעיני מעשה המברר מהו גוף הממון ששייך לעניים. ב) ממון עניים שתביעת העניים חלה לגביו רק ע"י חלות איסור של בל יחל.

46. עיי' בצפנת פענח הלכות מאכלות אסורות דף צ"א ובה' כלאיים דף ח', וכן באתון דאורייתא ב'.

ולפי"ז י"ל בדעת הרמב"ן והרשב"א, שלענין מעשר עני ולקט דהוי ממון עניים הבא מלכתחילה בגוף ממון הבעלים מכח קביעת התורה, ויוד דבספיקא אזלינן לקולא. דכיון שקבעה התורה שעבודים ממוניים כפש"נ, הוי ספק ממונא. לעומת זאת כיון דבצדקה חלות תביעת העניים הוי ע"י איסור דבל יחל, בספיקא אזלינן לחומרא, כיון דהוי ספק איסורא. ומתורצים שפיר קושיות הר"ן הנ"ל.

[א] בסוגי' דגוד או אגוד - עיי' ברמב"ם בפ"א מהלכות שכנים ה"ג, שכתב שגם בשניים ששכרו מקום שאין בו שיעור חלוקה אמרינן דינא דגוד או אגוד. ובנמק"י (ח: בדפי הרי"ף) כתב בדעת הרמב"ם שאין חילוק בין השותפין שלקחו ובין שהיו שותפין בירושה ומתנה, שבכל מקרה אמרינן דינא דגוד או אגוד. ובראב"ד שם השיג על דברי הרמב"ם - א"א וגם זה הדין נפשו אותה ויעש ממנו לשכירות שע"מ כן שכרו וקרוב אני לומר אף במקח כן ולא אמרו גוד או איגוד אלא בירושה ומתנה. וכדברי הראב"ד כ"כ רבינו יונה בעליות על סוגיין, דאם נשתתפו לדעת בדבר שאין שיעור חלוקה לא אמרינן דינא דגוד או איגוד שהרי לדעת שיהיו שניהם שותפין בו לקחיה ולא למוכרו איש אל אחיו עכ"ל⁴⁷.

והנ"ל בביאור מחלוקתם, דהנה יש לחקור בגדר דינא דגוד או אגוד אי הוי כפיה מדין חלוקת השותפין, כמו כפיית חלוקה במקום שיש שיעור חלוקה, אולם החלוקה איננה בגוף החפץ אלא ששותף אחד מקבל שווי והאחד את גוף החפץ וזאת ע"י מכירה⁴⁸. או שמא דין גוד או אגוד אינו מדין חלוקת השותפין, והיכא שאין שיעור חלוקה, הוי כפיה על מכירה בלבד. ונראה דבזה חלוקים הרמב"ם ורבינו יונה, דאי נימא שדין גוד או אגוד הוא מדין חלוקת השותפין, אז אין נפק"מ אם השתתפו לדעת בדבר שאין בו דין חלוקה או שקיבלו בירושה או במתנה, שבכל מקרה יש זכות חלוקה לשותף לחלק מדין חלוקת השותפין. וכשם שמכח חלוקת השותפין יחלקו במקום שיש שיעור חלוקה אף אם נשתתפו לדעת, כך יחלקו גם במקום שאין שיעור חלוקה מכח חלוקת השותפין. אולם אם דינא דגוד או איגוד לא הוי מדין חלוקת השותפין אלא כפיה על מכירה בלבד, א"כ אין זה זכות כפיה בכל מצב כבחלוקת השותפין, ויש מקום לחלק בין אם נשתתפו מרצונם או בעל כורחם כפי שיבואר להלן.

ונראה ששני הצדדים בהבנת דינא דגוד או אגוד תלויים בהסבר טעם הדין כפי שמובא בראשונים. שרש"י בד"ה אית דינא דגוד או אגוד כתב שזכות הכפיה של האחד על חבירו היא מכח הא דאי אפשר לו בשותפות חבירו - זה שרוצה לחלוק אומר לזה שאינו רוצה לחלוק או קוץ לי דמים וקנה לך חלקי וכו' **שאי אפשר בשותפותך**. ממשמעות

47. ועיי' בנמק"י בד"ח ע"א בדפי הרי"ף שכן סבר גם הרא"ה.

48. אף דהוי מדין חלוקה ע"כ צ"ל שהחלוקה היא ע"י מכירה, דבכל חלוקה בחפץ אמרינן שיש לכל שותף גוף ממון שלו וע"כ לא בעי מכירה בחלוקה. אולם בדינא דגוד או אגוד כיון שהחלוקה איננה בגוף החפץ א"א לומר שלכל שותף יש גוף ממון שמקבלו בחלוקה. ואי נימא דא"צ מכירה בדינא דגוד או אגוד ע"כ צ"ל דהוי מדין חלוקת השותפין ופשוט.

דברי רש"י מבואר שרצון השותף לחלוק הוא טעם הדין דגוד או איגוד וע"כ יכול האחד לכפות את חברו⁴⁹. לעומת זאת עיי' בשו"ת הרא"ש כלל צ"ח סי' ג' שכתב שטעם דינא דגוד או איגוד הוא מכת הדין של זה נהנה וזה לא חסר - דטעמא דרב יהודה, דאמר אית דינא דגוד או איגוד היינו משום שאין מקום המשותף ראוי לתשמיש שניהם הילכך אמרו חכמים שיש כח לאחד מן השותפין לומר תקנה חלקי ויהיה ראוי לך לתשמיש או אקנה חלקך ויהיה ראוי לי לתשמיש דהוי זה נהנה וזה אינו חסר שאינו ראוי לתשמיש שניהם וראוי לאחד מהם ע"כ. והנה אי נימא שדינא דגוד או איגוד הוא מטעם זה נהנה וזל"ח, מובנים היטב דברי הראב"ד ורבינו יונה דלעיל, דכיון שנשתתפו לדעת בחפץ שאין בו דין חלוקה א"א לכפות את השותף למכור, דעל דעת כן נשתתף בחפץ ואין כאן דינא דז"נ וזל"ח. ולפי"ז צריך לומר, שכפיית המכירה בגוד או איגוד לא הוי מדין חלוקת השותפין, כ"א כפייה על מכירה בלבד מדין ז"נ וזל"ח. לעומת זאת דברי רש"י צריכים ביאור, דאי נימא שכל כח הכפיה הוא כיון שאי אפשר לו בשותפות חבירו, מדוע יכול לכפות את חברו והרי אין כאן דין חלוקה. וע"כ נראה מבואר מדברי רש"י דדינא דגוד או איגוד לא הוי כפיה על מכר בלבד, אלא הוא דין בחלוקת השותפין במקום שאין שיעור חלוקה, ויכול לחלק כשירצה.

ויעויין בשו"ת הרשב"א חלק א' סימן תתקנ"ז ז"ל - ונראה לי טעמא דמילתא משום דדינא דגוד או איגוד ודינא דחלוקה ליזמנים ידועים תקנתא היא, דאלו מדינא הוה לן למימר דאפילו חצר דלית בה שיעור חלוקה אלו רצה זה ליטול חלקו⁵⁰ אלא משום עשיית הטוב והישר אי אפשר, ולפי' תקנו להם או דינא דגוד או איגוד או דינא דחלוקת זמנים ידועים כדי שלא יפסידו זה על זה חלקם. ע"כ. ומבואר מדבריו דמדאורייתא ללא עשיית הישר והטוב יכול לכפות את חברו לחלק והרי"ז כבחלוקת השותפין בדבר שיש בו שיעור חלוקה שנוטל כל אחד את חלקו, אלא שמכח ועשית הישר והטוב תיקנו שהאחד יקבל שווי והשני את גוף החפץ. ונראה לפי"ז דאפש"ל שגם אם דינא דגוד או איגוד הוא מדרבנן י"ל שהתקנה היא לגבי צורת החלוקה ולא לענין עצם דין החלוקה. דהיינו שגם מדרבנן כח הכפיה הוא מדין חלוקת השותפין כפי שהוא מדאורייתא בגוף החפץ, אלא שמדרבנן תיקנו מכת ועשית הישר והטוב לענין צורת החלוקה שלא תהיה בגוף החפץ⁵¹.

49. ויש להבין את דברי רש"י באופן אחר, והיינו שכיון שאיננו יכול בשותפות חבירו כופה את חברו מדין אחר. ולפי"ז אפשר לבאר את דברי רש"י גם כרא"ש. אולם לענ"ד משמעות דבריו נוטה לכך דאי אפשר הוא גופא הטעם לחלוקה דאל"כ העיקר חסר מן הספר.

50. אולי צ"ל יטול חלקו.

51. ונראה דגם אם גוד או איגוד הוי מדאורייתא כפי שמבואר במבי"ט בקרית ספר בפ"א מהלכות שכנים, עדיין י"ל לומר דלא הוי דין בחלוקת השותפין. שלכאורה דינא דז"נ וזל"ח הוי מדאורייתא כדמוכח בגמ' בב"ב כ' ע"ב שהביאה ראיה לכך שהדר בחצר חבירו שלא מדעתו חייב לשלם מדיני מעילה, וכן מבואר מדברי הריצב"א המובאים בתוד"ה כגון וכו' בדף י"ב ע"ב עיי"ש. וא"כ י"ל כטעמו של הרא"ש גם אם דינא דגוד או איגוד הוי מדאורייתא ואכמ"ל.