

שיטה שלישית (רי"ף, ר"י בן מגאש, רמב"ן — יבמות סו. ועוד. וכ"ה בירושלמי) שטעם זה אינו אלא מדרבנן, היות ודעתו של אדם קרובה אצל בנו, לכך תקנו חכמים בשכיב מרע שדבריו קיימים, כדי שלא תיטרף דעתו עליו. ולפי זה משנתנו מדברת בשכ"מ בלבד, אבל בברי לא קנה. ואולם הרמב"ם (מכירה כב, ע) ועוד ראשונים אינם מחלקים בדבר, וגם בבריא — קנה.

'הלכתא כוותן או הלכתא כותייכו? אמר ליה פשיטא דהלכתא כוותן דקשישנא מינייכו, ולא הלכתא כוותייכו דדרדקי אתון. אמר ליה: מידי בקשישותא תליא מילתא, בטעמא תליא מילתא' — יש לפרש: כללי ההלכות שנאמרו בגמרא, לפסוק כחכם מסוים כשחולק עם חברו — אפשר שלא משום שנחתו ובדקו בכל מחלוקותיהם והכריעו שכולן דעתו צדקה, אלא הכריעו הדבר בכללותו, שאותו חכם הוא בר-סמכא יותר להלכה. וזהו ששאלו כאן, מי משניהם ראוי לסמוך עליו יותר. ונפקא מינה למי שאינו יכול להכריע לגופן של דברים, ונצרך לסמוך על אחד מהן. והשיבו: 'כוותן' — יש לסמוך יותר על הכרעת הקשיש. וענה לו שאין הדבר תלוי בזיקנה אלא ב'טעמא'. נמצינו למדים מכאן מחלוקת נוספת [שלא הוכרעה], האם יש לסמוך יותר על הקשיש אם לאו (קובץ שעורים).

ע"ש עוד מו"מ בענין זה, האם כללי ההלכה כפי חכם פלוני הם ככלל חיצוני על מי ראוי יותר לסמוך, או הכרעה לגופם של דברים.

ויש להעיר מהכלל 'דיבנא ורב אחא הלכה כדברי המיקל' — לכאורה נראה מכאן כפי הצד השני. (שאינו לומר שלא הכריעו ההלכה ולכן פסקו לעולם להקל — שהלא נחלקו אף במילי דאורייתא. ע' סוכה יח ועוד רבות). וע"ע בענין זה במאמרי 'חזון יחזקאל' להגר"י אברמסקי, מחותנו הרב ירושלמסקי זצ"ל. ואינו תח"י כעת.

דף קמג

'את וחמור — רב נחמן אמר: קנה מחצה, ורב המנונא אמר: לא אמר כלום, ורב ששת אמר: קנה הכל' — יסוד סברת האומר 'לא קנה' — כתבו ראשונים (ע' רשב"ם כאן; ריטב"א קדושין נא; שו"ת מהרי"ט נב, ועוד) משום אומדן דעת המקנה, שרצונו שהקנתו תועיל רק אם תחול בשלמות, ולא במקצת. ויש שכתבו לדון גם מצד חסרון בעצם הדין, שמעשה הקנאה שבטל מקצתו בטל כולו (ע' רש"י קדושין נא. אבי עזרי — אישות ט, ב. וראה במה שהעיר על דברי הרש"י בשיעורי ר' שמואל שם).

ואם תאמר, אם החסרון הוא משום אומדנא, מאי פריך מתרומת מר ומתוק, והלא ודאי רוצה לתקן טבלו, ואין סברא לומר שאינו חפץ בהפרשתו כלל כאשר א"א לקיימה במלואה?

פרש מהרש"ל (בחכמת שלמה), כיון שהפריש אחד מחמשים, ומקצת ממה שהפריש מר, ואעפ"כ דנים שתרומתו חלה על החלק המתוק שהוא פחות מאחד מחמשים, הגם שבדעתו היה לתרום אחד מחמשים דוקא, כדינו מדרבנן — הרי שאנו תופסים רק חלק מדבריו, כל מה שאפשרי שיחול, א"כ הוא הדין ב'את וחמור' יש לומר שיחול הקנין רק על המקצת האפשרי, אע"פ שדעתו על הכל. (וע"ע באבי עזרי אישות ט, ב. מה שהקשה על טעם זה).

יש מי שכתב שדוקא בכגון 'את וחמור' לא קנה כי הכל יודעים שאין החמור קונה ולהפליגו בדברים נתכוין, אבל בכגון מקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבעולם שנתכוין באמת לשניהם — קנה מה שבעולם (עפ"י תורי"ד קכט).

וזו לשון החזון איש (דמאי טו,יא):

'ג' דברים דומין זה לזה אבל אינן דומין; —

מקדש ב' אחיות או פ' חלות בתודה — אמרו בקדושין (נא). כל שאינו בזה אחר זה אפילו בבת אחת אינו;

מקדש חמש נשים ובהן שתי אחיות — אמרו שהוא 'את וחמור';

'שאני נהנה מכולכם והיה בהן אביו' — אמרינן (גדרים כה): גדר שהותר מקצתו הותר כולו.

והנה, במקדש ב' אחיות ופ' חלות בתודה, לא שייך 'את וחמור', דשניהם בני קנין והספק בין שניהם. וב'את וחמור' לא שייך (לומר) 'שאינו בבת אחת' — שהרי ידוע מי שהוא בר קנין ומי שאינו בר קנין. ונדר שהותר מקצתו הותר כולו הוא אפילו למאן דאמר 'את וחמור קני מחצה' אפילו בלשון 'כולכם' (ע' להלן), דהתם ידע בשעת אמירה שחמור לאו בר קנין ומתפרש דבריו שיקנה מחצה, אבל בטעות בטלה אמירתו לגמרי. אי נמי, שאני נדר שאין כאן חלות של קנין אלא הוהירתו תורה בכל יחל בעי דיבור טפי מבורר וכל שנפסד דיבורו בטל נדרו. ומאן דאמר 'את וחמור' לא קנה כלל, אתיא אפילו כמאן דאמר 'נדר שהותר מקצתו לא הותר כולו', דהתם טעות מבטל את הדיבור הלכך מה שאינו טעות קיים. אי נמי נדר שחייל בדיבור חייל טפי'. (וע' בשו"ת אבני נזר אה"ע תמו-תמוז; חו"מ נ ד"ה וי"ל; שבט הלוי ח"ב קפד).

— בבאור המחלוקת אם קנה הכל או קנה מחצה, יש לפרש לכאורה שהשאלה היא האם כשמקנה לשנים, מקנה לכל אחד חצי, או מקנה לכל אחד את כולו [בדומה ליורשין, שיש לכל אחד דין 'יורש' על מכלול הנכסים], והם ביניהם צריכים לחלוק.

ולפי זה, באופן שאחד טוען קניתי הכל, ואחד טוען שנינו קנינו — לפי הצד האחרון, יש לומר בזה 'אין ספק מוציא מידי ודאי', אך לפי הצד הראשון שכל אחד קנה מחצה, אין שייך לומר כן, כיון שאין כאן 'ודאי' על הכל אלא על חצי. וכדין שנים או חזין בטלית, זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי (קובץ שעורים).

לכאורה אפשר לפרש שמחלוקתם באומדנא; כאשר אחד אינו קונה, האם דעתו שיקנה אחד את הכל או חצי, וכמו מחלוקתם עם דעת האומר 'את וחמור' לא קנה, שסברתו באומדן דעת האדם, כמו שכתבו הראשונים הנ"ל.

'מתיב רב אויא תיבתא: מעשה בחמש נשים... ואמר כולכן מקודשות לי בכלכלה זאת... ואמאי, את וחמור היא?' — שיטת כמה מן הראשונים (ריטב"א קדושין נא. וכן כתבו בדעת הרמב"ם — ע' מגיד משנה אישות ט,ב; שו"ת הריב"ש ריד; לח"מ ושעה"מ שם. ויש מחלקים בין מכירה לקדושין. ע' מ"מ ובני אהובה ואבי עזרי שם. [ב'חדושי הגר"ח על הש"ס' מובא ישוב דברי הרמב"ם באופן אחר, ובשם הגר"ש רוזובסקי מובא (בקדושין נא) שודאי לא יצאו הדברים מפי הגר"ח]), שכשאמר לשון אחת כוללת, כגון 'כולכם' — לכולי עלמא לא קנה. לא נחלקו אלא בכגון 'את וחמור' שפרט שניהם. ולשיטה זו, קושית הגמרא כאן קיימת לפי כל הדעות (עפ"י חזון איש אה"ע קמח לדף נא).

ולהלכה — באומר 'את וחמור' נוקטים אנו שקנה מחצה [וזה דלא כדברי הסמ"ע רג,יט, שחשש לדעת האומרים שלא קנה], ובאומר לשון כוללת הוי ספיקא דדינא. ומכל מקום דעת רוב הפוסקים שגם בזה קנה מחצה. וגם לשיטה החולקת, זהו דוקא כאשר שייכת סברה שמקפיד לקנות כולם דוקא ולא מקצתם (עפ"י חזו"א דמאי טו,יא. וכן כתב בשו"ת רב פעלים ח"ב חו"מ ז, שאין מועיל 'קים לי' כדעת הסוברים 'את וחמור לא קנה')

[כיון שדעת מרן שקנה, ואין לומר 'קים לי' כנגד דעת מרן]. ואולם בלשון כוללת, הרי ספיקא דדינא. ע"ש.

'ההוא דמי כלילא דשדו דבי מלכא אאבולי ואאיסטרוגי... מעיקרא כי הוה כתבי אאבולי ואאיסטרוגי...' — מבואר כאן שאם השלטון קבע להקל מס על חלק מן הצבור והכבידו על חלק אחר, הגם שלפי דין תורה חיובם במס מתחשב לפי ממון, יש תוקף מצד הדין לקביעת השלטון, והרי זה בכלל 'דינא דמלכותא דינא'.

ואמנם דנו בכך הפוסקים בארוכה, וחילוקי דינים רבים בדבר, כגון אם פטר השר מעצמו או ע"י בקשה, ואם כבר קצב השר את סכום המכס הכולל, ועוד — ע' בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (ד"פ קלד); אור זרוע — ב"ק תס, מרבנו שמחה; מרדכי שם פרק 'הגזול' קעז; תרומת הדשן — שמא; שו"ת מהרי"ל עא; רמ"א חו"מ קסג, חזון איש ב"ב ה, יא, ועוד רבים.

על הפירוש המילולי של 'אבולי' (או 'בולי') ואיסטרוגי (או 'אסטריגי') — ע' רשב"ם; רבנו גרשום; יד רמה; ערוך; דקדוקי סופרים; ערוך השלם (ויסטרוב); זריתת השני (ורהפטיג).

(ע"ב) 'ראויין לבנות — לבנות. ולא אמרן אלא דלית ליה כלתא, אבל אית ליה כלתא — לכלתיה שדר. ואי בנתיה לא נסיבן, לא שבק בנתיה ומשדר לכלתיה' — דרכם היה שהכלה הולכת

אחר בעלה לדור במקומו — בבית אביו (כדלעיל צח: וכן מפורש בכמה מקומות. וע' ב'עיונים בדברי חז"ל ובלשונם' עמ' קכ. ויש להעיר מדברי רש"י ביבמות עח: ד"ה מן הגולדים), ולכן כלתו כלולה ב'בני ביתו' יותר מבנותיו הנשואות. וגם משום שצרכי הכלות מוטלים על בעליהן, והרי זה כנותן לבניו, בניגוד לבנותיו הנשואות שצרכיהן על בעליהן (ע' ס"מ רמז, א). ואולם כשאין לו כלות, מקבלות הבנות את הכלים הראויין לבנות, אפילו הן נשואות ואינן בביתו, שדעתו לתת להן כדי לחבבן על בעליהן (שם). ומדובר כשאין לו אשה, אבל יש לו — ודאי שלח לה, דכגופו דמ"א (הרמ"ה. מובא בטושו"ע חו"מ רמז, ב). ודוקא כשאמר 'לבני ביתי', אבל 'לבני' — אין אשתו בכלל (ב"ח).

'ההוא דאמר להו נכסיי לבניי, הוה ליה ברא וברתא... ' — דוקא בשכיב-מרע, לפי שאין דרכו להעביר נחלתו לבתו בשעת מותו, שהרי בלאו הכי יש להן עישור נכסים, ואסור להעביר נחלה מן הבן אל הבת. אבל בבריא — גם הבנות בכלל, וכמו שהביא הרשב"ם מהירושלמי. (ראשונים; חו"מ רמז, ג. ואף לפי מה שכתב החתם-סופר שגם בבריא קיים האיסור של העברת נחלה לבנות — צריך לומר שעיקר הטעם שאדם בשעת מיתה מסתמא מצדיק מעשיו ואינו נוהג בדבר שאינו ראוי, כמו שכתב רש"י בכתובות. קובץ שעורים).

— ודוקא משום שיש בן זכר, אין הבת בכלל 'בני', אבל אם אין לו אלא בת — זוכה הבת במתנה (שו"ת בית יוסף — הל' כתובות א).

'אמר ליה רבא: דלמא כדתנא דבי חזקיה, שהיו מרובין כחושים (יש גורסין: כחורשין) של קנה?' — פירוש, מלמטה הוא אחד ולמעלה מתפצל לכמה קנים. אף כאן, מבין אחד שהיה לו, יצאו רבים. [וכן גם ואנחנו נחליץ ח' שים (במדבר לב, יז) — שדרך הנלחמים להדבק אלו עם אלו שלא יפרידו אותם האויבים] (בעל הטורים — ויגש מו, כג).

ומפני שנקרא על שם בניו שנתרבו, לכך כתב קרא ובני, ואין להוכיח מכאן שכן אחד בכלל 'בני' (תורי"ד).

'תא שמע ובני דין חשים... ובני פלוא אליאב...' — הואיל ולא ברור לנו כיצד היא הלשון המדוברת, הולכים אחר לשון התורה. אבל אם לשון בני אדם ברורה, אין למדים מלשון תורה ולא מלשון חכמים [כגון המלה 'גט' בלשון חכמים במשנה ובגמרא כוללת גם שטרי ממון, אך לא בלשון בני אדם] (שו"ת הריב"ש דש. וכיו"ב כתבו התוס' ריש פסחים ועוד).

'קרו אינשי לבר ברא' או לא? רב חביבא אמר: קרו אינשי לבר ברא' ברא'... תניא כוותיה דרב אשי... — יש אומרים: דוקא כשיש לו בן אחד, אבל אם יש לו שני בנים או יותר — לדברי הכל אין בני הבנים בכלל. ולפי זה צריך לפרש ההוכחה מברייתא דנדרים שמשמע שיותר בבני בנים גם כאשר אין לו בן אחד, שהרי לא חילקו בדבר (תורי"ד; רא"ש).
ורבנו תם מפרש שבכל ענין נסתפקו, בין שיש לו בן אחד בין שיש לו הרבה בנים.

'הניח בנים גדולים וקטנים, השביחו גדולים את הנכסים — השביחו לאמצע. אם אמרו, ראו מה שהניח אבא הרי אנו עושין ואוכלים — השביחו לעצמן' — מבואר בתוס' שמצד עיקר הדין היה דינם כדין יורד לתוך שדה חברו, שנוטל לפחות דמי טרחו ויציאותיו [כשירד שלא ברשות, בשדה שאינה עשויה ליטע], או אף כדמי אריס [בשירד ברשות. וכן הדין בשותף שירד והשביח], אלא משום שהאחים מוחלים אהדדי, לכך אם לא אמר 'ראו מה שהניח אבא הרי אני עושה ואוכל' — השביח לאמצע, שמחל להם.

[דבריהם אלו אמורים רק לשיטת ריב"ם (ע' בהגהות אשר"י), שמדובר שטרחו בגופם בהשבחה. אבל לפרשב"ם, וכן הסכימו התוס' להלן, ש'שבחו נכסים' היינו ללא טרחת האחים וללא שהוציאו מכספם, אלא שכרו פועלים מנכסי הירושה — לא שייך כאן כלל דין יורד לתוך שדה חברו. מהרש"א].
ואם אמר 'ראו...' זוכה בכל השבח שהשביחה השדה כולה (כן הוא לשיטת התוס'), מפני שהקטנים בין כך אינם יכולים להשביח. ואף על פי שקטנים לאו בני מחילה נינהו, כאן שלא בא הריוח לידם ואין להם שום הפסד — מחילתם מחילה [משהגיעו לעונת הפעוטות. גליונות קה"י עפ"י תוס' להלן קמו: ובאיה"ש תמה מדוע מועילה מחילת הקטנים, ולפי"ז א"ש]. עד כאן מדברי התוס'.

וברא"ש כתב בסגנון אחר: לפי ש'זה נהנה וזה אינו חסר' — פטור, והרי אין הפסד לקטנים בהשבחת הגדולים לעצמם. ואפשר שלהרא"ש אין הטעם משום מחילה [כי לעולם קטנים אינם בני מחילה, כיון דלא בני דעה הם, ואין חילוק בין מחילה למחילה], אלא מצד עיקר הדין.

ושמא אינו חולק על התוס', וגם לדבריו צריכים לטעם מחילה. אלא שצריך באור לשם מה צריכים לטעם זה, והלא בשאר 'זה נהנה וזה אינו חסר' פטור ללא מחילה, כמבואר בנמוקי יוסף — ב"ק כ בשם הרמ"ה, לענין הדר בחצר חברו שלא מדעתו. ואפילו אם מיחה בו והמשיך לדור שם, נחלקו הראשונים (שם) אם חייב לשלם או לא. עפ"י 'אילת השחר'.

ואולי י"ל לפי שסתם שדה עומדת להשבחה, אלא שהקטנים אינם יכולים עתה להשביח, אך אם אחר משביחה, נידון כ'חצר דעבידא למיגר', לולא טעם מחילה. ובוה מובן בפשיטות שאם אדם זר היה משביח את נכסי הקטנים, ודאי אין השבח שלו, וכמוש"כ ב'אילת השחר' שם. וע"ע 'נתיבות המשפט' קעז סק"ה.

וכתב הרא"ש שהוא הדין בגדולים וגדולים, כיון שהודיעו מקצתם לקצתם 'ראו מה שהניח אבא' ולא השביחו, הרי מחלו הגדולים.