הלכה · משנה תורה · מפרשים · אבן האזל · ספר קניין

אבן האזל על משנה תורה, הלכות מכירה

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות מכירה

הרב איסר זלמן מלצר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבן-האזל-על-משנה-תורה-הלכות-מכירה/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה 202611200317-v39 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
פרק ב 19
פרק ג 27
פרק ד 48
פרק ה 69
פרק ו 83
פרק ז 94
פרק ח 120
פרק ט 124
פרק י 128
פרק יא 139
פרק יב 184
פרק יג 194
פרק יד 215
פרק טו 220
פרק טז 222
פרק יז 228
פרק יח 230
פרק יט 233
פרק כ 238
פרק כא 254
פרק כב 257
פרק כג 262
פרק כד 268
פרק כו 275
פרק כז 276
פרק כח 278
פרק כט 283
פרק ל 296

פרק א

הלכה א

המקח אינו נקנה בדברים. ואפילו העידו עליהם עדים כיצד בית זה אני מוכר לך עבד זה אני מוכר לך ופסקו הדמים ורצה הלוקח ואמר קניתי ורצה המוכר ואמר מכרתי ואמרו לעדים הוו עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה, הרי זה אינו כלום וכאילו לא היה ביניהם דברים מעולם, וכן בנותן מתנה ומקבלה.

במה שכתב הרמב"ם בנותן מתנה ומקבלה יש לעורר במה שכתב בפי"א הל' ט"ו המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אע"פ שלא היה חייב לו כלום ה"ז חייב שדבר זה מתנה הוא ואינה אסמכתא. כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה וכו', והנה לפי"מ שפי' שם הכ"מ דזהו בלשון הודאה ונלמד מדין אודיתא לא קשה, אבל לפי מה שבארתי שם דאין כונת הרמב"ם כן אלא דהיה ברור לעדים שאינו מתכוין להודות אלא להתחייב ומ"מ מהני להתחייב, ומקורו הוא כמש"כ המ"מ מסוגיא דכתובות דף ק"ב. א"כ צריך ביאור למה מהני להתחייב במה שאומר הוו עלי עדים מכיון שדבר זה מתנה ומתנה לא מהני בלא קנין, וצ"ל דמה שכתב כאן דהמקח אינו נקנה בדברים וכן בנותן מתנה ומקבלה זהו בדבר מסויים דזה אינו נקנה בלא קנין, אבל להתחייב חיוב על גופו בזה מהני אמירה לחוד אם רק גמר ומתחייב. וכן כתב הרא"ש בכתובות פ' הנושא סי' ב' וז"ל דמטלטלין המיוחדין אין נקנין אלא במשיכה אבל שעבוד וחוב מהני בשטר.

אכן עוד צריך לבאר מש"כ הרמב"ם בפ"ה הל' י"א יש דברים הרבה שאין צריכין קנין. ואין לקנין בהם טעם כגון המשחרר את עבדו וכו' או המוחל לחברו חוב וכו'. וקשה למה לא מנה להתחייב. ואף שכתב וכן כל כיוצא בזה. אבל קשה במה דהזכיר מחילת החוב ולא עיקר ההתחייבות. אלא דיש לומר דזהו בשביל שהזכיר דברים שאין צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם, והיינו דלא שייך בזה קנין וזה אינו אלא בכל הני שהזכיר וגם מחילת חוב בכלל משום דאינו אלא סלוק ולא הקנאה. אבל להתחייב שפיר שייך קנין אלא דמהני גם בלא קנין. כשמתחייב ע"פ עדים ונ"מ דבקנין מהני גם בלא עדים כשיטת הרמב"ם דקנין אין צריך עדים.

הלכה ד

כיצד בכסף מכר לו בית מכר לו שדה ונתן לו הדמים קנה. בד"א במקום שאין כותבין את השטר אבל במקום שדרכן לכתוב שטר מכר לא קנה עד שיכתוב את השטר. ואין

קרקע נקנית בפחות משוה פרוטה.

משכ הרמב"ם ונתן לו הדמים. ולא כתב כמו שכ' בה' אישות פ"ג ה"א כיצד האשה מתקדשת אם בכסף הוא מקדש אין פחות מפרוטה כסף או שו"פ אומר לה הא"מ וכו'. והיה לו לכתוב גם כאן כיצד בכסף אין פחות משו"פ ואומר שדי מכורה לך ובאמת כן הוא לשון הטור וכן בשו"ע בכסף כיצד מכר לו בית או שדה ונתן לו כסף שו"פ קנה. ונראה דכונת הרמב"ם לחלק בין כסף מכירה לכסף קדושין. דהסמ"ע בסי' ק"צ סק"א כתב על דברי הטור דמיירי שנתן לו השו"פ על דמי הפרעון והשאר זקף במלוה או שכל שיווי המקח אינו אלא פרוטה. אבל אם נתן השו"פ רק לקיום המקח לא מהני. וחלק עליו הט"ז דהא באמר ערבוני יקון קנה הכל. ועוד דהא קנין דאשה בכסף מעפרון ילפינן וזה פשוט דבאשה קונה אותה דרך נתינה לחוד לא בתורת שיווי. ובאבני מלואים בסי' כ"ט סק"ב השיג על הט"ז והוכיח כדברי הסמ"ע ע"ש. אבל לפלא שלא זכר שבאמת היא מחלוקת רש"י ותוס' בב"מ דף מ"ח ע"ב דבהא דאמר שם רשב"ג בד"א בזמן שאמר לו ערבוני יקון פי' רש"י שלא נתנו לו בתורת תחלת פרעון והשאר עליו מלוה אלא בתורת שערבון זה יקנה את הכל והא לאו מילתא היא. והקשו שם התוס' דהא עדיף מנתן לו בתורת פריעה דקנה הכל כיון שפירש בהדיא שיקנה הכל. וכונת רש"י ברורה דסובר דאם נתן כסף רק בתורת קנין ולא לשם דמי המקח לא מהני. וכמו שכתב האבני מלואים לפי"מ שפירש"י בבכורות דף י"ג בהא דאמר ר' יוחנן ד"ת מעות קונות דזהו מקרא דונתן הכסף וקם לו והתם הוא חילול דהוא דמי המקח ועוד יש להסביר לפי"מ שכתב הנמוק"י בהזהב דמה דאמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות דהוא מסברא דבדין הוא שיהא מעות קונות כיון דרוב הקנינים בכסף. וזה מסתבר דהוא משום שיווי המקח.

אבן מה שכתב הא"מ דגם כסף קדושין הוא כסף שיווי ודאי לא מסתבר. ומה שהוכיח מדברי הרא"ש לגבי מוחל שטר דצריך לשלם כסף שנתן וכתב הרא"ש דבאשה א"צ לשלם אלא פרוטה. ומוכח דקדושי אשה נמי שיווי הוא. ולדעתי ממקום שבא הא"מ הוא ראיה להיפוך דאם נימא דקדושי אשה הוא שיווי וא"כ כשנתקדשה במנה הרי שלא רצתה להתקדש בפרוטה. ואין לומר דזהו המקדש נתן מדעתו דמי לא עסקינן כשנשתדכו להדיא שיקדשנה במנה ומ"מ לא מהני קידשה בשט"ח. וע"כ דכונת הרא"ש משום דכסף קדושין אינו כסף שיווי. ולא נתנה לו כלום וכמש"כ רש"י בקדושין דף ו' דלאו מידי שקיל מינה. אלא דמ"מ סובר הרא"ש דכיון דבפחות מפרוטה א"א לקדש צריך לשלם לה פרוטה דזה ודאי הפסידה.

המורם מדברינו דכסף מכירה וכסף קדושין הם שני ענינים דכסף מכירה הוא כסף

שיווי וכסף קדושין הוא כסף קנין. ומה שכ' הא"מ דהא ילפינן קנין דאשה מקנין דשדה עפרון לק"מ דלא ילפינן אלא גז"ש דקיחה קיחה. דקיחה דאשה הוא בכסף אבל לא ילפינן מעיקר דין קנין שדה וכמש"כ הר"ן בהלכות בהא דאימא אף בחליפין. דרק לשון קיחה הוא דגמרינן דבכסף הוא. ועכשיו מבואר לשון הרמב"ם דבדיוק כתב כאן ונתן לו הדמים דסובר כדעת רש"י דכסף דמכירה הוא כסף שיווי. ולא מהני [אלא] אם יתן פרוטה בתורת תחלת פרעון. אבל גבי קדושין שפיר כתב בלשון קנין וכמו שכתבנו ועמש"כ בזה בהל' ו'.

והנה הכ"מ כתב מדברי הר"ן די"א דמקום שכותבין את השטר הוא דוקא שטר קנין ולא שטר ראיה ושהרמב"ם לא חילק בזה: וצריך לעיין בהך דינא דדעת הר"ן דבשטר ראיה היינו שטר הודאה שמודה שמכר לו השדה לא מהני לקנות ומ"מ אינו קונה בכסף לבד אלא דכשיכתוב לו את השטר קונה בכסף למפרע. ובמקום שכותבין שטר קנין אינו קונה בכסף עד שיכתוב לו השטר. ולפי דבריו נמצא דיש לנו שני דינים בזה במקום שכותבין שטר קנין אינו קונה כלל בכסף. ובמקום שכותבין שטר ראיה קנין הכסף מתלי תלי עד שיתן את השטר. וא"כ קשה לבאר דעת הרמב"ם באופן זה שסתם דבריו. ובאמת גם בדברי הגמ' קשה לחדש שני דינים דלא הוזכר אלא דין אחד דמקום שכותבין השטר לא קנה. ואין לומר דבאמת גם במקום שכותבין שטר קנין קונה משעת נתינת הכסף רק דמתלי תליא עד שיכתוב את השטר דלשון לא קנה לא משמע כן. ובעיקר מה שכתב הר"ן שהרמב"ם לא חילק אינו מוכרח כלל דהא הרמב"ם כתב להדיא אבל במקום שדרכן לכתוב שטר מכר. ומדהוסיף על לשון הגמ' דלא הוזכר אלא שטר מוכח דאדרבא נתכוין לומר דדוקא במקום שדרכן לכתוב שטר מכר דהיינו שטר קנין.

עוד הביא שם הר"ן דמה דאמרינן בב"ב דף נ"ד נכסי עכו"ם שמכר לישראל בכסף ועדיין לא כתב השטר כל המחזיק בהן זכה בהן משום דעכו"ם מכי מטא זוזי לידיה איסתליק ליה וישראל לא קנה אלא בשטרא. דהתם נמי בשטר קנין עסקינן ובמקום שכותבין את השטר מדקאמר דישראל לא קנה אלא בשטרא דאי במקום שאין כותבין את השטר בכסף בלבד הוא קונה. ואי בשטר ראיה עסקינן ומשעת נתינת הכסף קנה היכי אמרינן דכל המחזיק בהן זכה בהן. דהא כי כתיב ליה עכו"ם שטרא אישתכח דקני ישראל ראשון למפרע משעת נתינת הכסף והר"ן הסכים לזה דשם הוא בשטר קנין ובמקום שכותבין ורק בדין זה דמקום שכותבין השטר חלק לומר דאפי' בשטר ראיה וכנ"ל, וע"ז הביא דגם הרמב"ם לא חלק בזה, ואנכי תמה דלמה לא הזכיר דגם בנכסי עכו"ם הרי הן כמדבר לא חלק הרמב"ם בין שטר קנין לשטר ראיה ושם באמת לא הזכיר שטר מכר, ומשמע

דבשביל דשם סובר הר"ן בפשיטות דדוקא בשטר קנין מיירי לא הזכיר דבריו ורק כאן דסובר דאין חילוק הזכיר שגם הרמב"ם לא חלק, ובאמת מדברי הרמב"ם שם מוכח דאין חילוק כלל ואפי' במקום שאין כותבין השטר נמי דינא הכי דיש נ"מ בין עכו"ם לישראל, וכמו שכתב שם בפ"א מה' זכיה הלכה י"ד וז"ל אבל הקרקע אינו קונה אותו מישראל אלא בשטר ואינו מקנה אותו לישראל אלא בשטר שאין דעתו סומכת אלא על השטר ולא חלק כלל בין מקום שכותבין למקום שאין כותבין משום דבעכו"ם אין דעת הקונה סומכת אלא על השטר בין שהעכו"ם קונה בין שהוא מקנה ועיין במל"מ שם דכן כוונת הרמב"ם.

ומה שכתב הר"ן דבמקום שכותבין שטר ראיה איך קונה המחזיק דכשכתב אח"כ העכו"ם שטר לישראל קונה למפרע, אפשר לומר עפי"מ שכתב הרא"ש בסוף פ"א דב"מ בסי' מ"ט דף מ"ט בדעת הרי"ף דלדעת אביי דסבר עדיו בחתומיו זכין לו לא מהני אלא בשטר שעבוד, אבל בשטר מכר או מתנה אם כתב לראשון ולא נתן לו וכתב לשני ונתן לו ואח"כ נותן השטר לראשון, לא אמרינן דמכי מטא לידיה זוכה למפרע, דנתבטל זיכוי החתימה כיון שנתנו לאחר קודם שיבוא השטר ליד הראשון, וכונתו דלא שייך לומר אח"כ מטא לידיה כיון דהשטר נעשה חספא בעלמא כיון שנתן כבר השדה, א"כ ה"נ לא מהני מה שהעכו"ם יכתוב עכשיו שטר אפי' שטר ראיה דאין עליו תורת שטר כלל כיון שכבר זכה אחר בהקרקע ונתבטל קנינו של הכסף, ואף דמדברי הרא"ש שם אין ראיה דשם הוא בשטר קנין מ"מ יש לומר דגם בשטר ראיה הכי, דאין עליו תורת שטר כלל כיון דנתבטלה המכירה והקרקע אינה של העכו"ם.

ובעיקר הך דינא דשטר ראיה צ"ע טובא דהר"ן כתב וז"ל ושטר ראיה דאמרינן שאינו מועיל לקנין היינו שטר הודאה בעלמא שמודה שמכר דשטר כזה אינו קונה, אבל בשטר מכר כהני שטרי דידן אע"פ שכתוב בהן ומכרתי ונתתי לשון עבר שטר קנין הוא וכו', וכן דעת בעל העיטור והרשב"א ז"ל עכ"ל, ולי קשה טובא במה שצירף הר"ן דעת בעל העיטור לדעת הרשב"א שלדעתי הם חלוקין דהבעל העיטור הוכיח שיטתו מהא דפריך בב"ב דנ"א דל זוזי מהכא ותקני בשטרא ואם איתא לישני הכא בשטר ראיה. ולדברי הרשב"א והר"ן דשטר הודאה לא מהני לקנין וחידשו רק דלשון מכרתי מהני, א"כ אכתי קשה לישני דמיירי שכתב לה שטר הודאה, וע"כ דסובר הבעל העיטור דשטר ראיה גופא מהני לקנין משום דעיקר קנין שטר הוא מה שנתן המוכר ללוקח שטר ראיה שהקרקע שלו, זהו קנינו של הקרקע, וכן משמע מלשון הבעל העיטור דאינו מחלק כלל בין שטרי קנין לשטרי ראיה אלא דשטר ראיה גופא הוי שטר קנין, והרשב"א דמחלק הוא משום

שכתב דראיית הבעה"ע יש לדחות וכונתו ודאי כמש"כ הגר"א בחו"מ משום דמנהגם היה לכתוב שטר קנין דאלא"ה לישני שלא כתבו שטר, אבל עכ"פ הבעה"ע שהוכיח מכאן ע"כ דעתו דאין חילוק כלל וכנ"ל.

הלכה ו

האומר לחבירו תן מנה לפלוני ויקנה ביתי לך כיון שנתן קנה הבית מדין ערב.

הכ"מ הביא ד' הר"ן בהלכות שכתב בטעמא שהשמיט הרמב"ם דין דהילך מנה ויקנה ביתך לפלוני דקנה מדין עבד כנעני דסובר הרמב"ם דדוקא לענין קדושין ילפינן מעבד כנעני משום לה לה מאשה, אבל לענין ממון לא ילפינן מעבד כנעני, וכ' הכ"מ דצ"ל דהרמב"ם גורס וכן לענין ממונא רק על הא דמדין ערב, והנה לא כתב טעמא דמילתא דלמה בהא דמדין ערב מהני נמי לענין ממון והא דמדין ע"כ לא מהני.

ונראה דיש חילוק ביניהם דגבי מדין ערב כיון שנתן ראובן כסף ע"פ צוויו של שמעון והוציא ממון על פיו שפיר נחשב כאילו קבל שמעון הכסף כמו שמתחייב הערב. אבל גבי דין עבד כנעני לכאורה נאמר דמה שנתן ראובן כסף לשמעון כדי שיקנה לוי נחשב כאלו לוי נתן הכסף, כיון שהוא הגורם לנתינת הכסף, אבל באמת אין אנו יכולים ללמוד זה מדין עבד כנעני דגבי ע"כ א"א לומר דבשביל זה יוצא לחירות, דהא אם נאמר דחשוב כאלו העבד נתן הכסף אינו מועיל כיון דיד עבד כיד רבו וא"כ כמו דממון העבד אינו שלו כן כל זכיותיו אינו שלו, ומה דאיכא מ"ד דע"מ שתצא בו לחירות מהני היינו דאז הוא כסף של אחרים, אבל העבד מצד עצמו א"א שיהיה לו זכות לגבי האדון של אחרים וע"כ דהא דמהני, כסף של אחרים מהני. נמצא דמדין ע"כ אינו מטעם דהוי כאילו המקדש נתן הכסף אלא דכסף הנותן מהני עבורו.

ובזה נראה לבאר דברי הרשב"א בקדושין דף ז' במה שכתב על דברי הרמב"ם בדין ע"כ שחזר מי שנתקדשה לו ואמר לה הא"מ לי בהנאה זו הבאה לך בגללי, וכ' ע"ז הרשב"א ואיני יודע מי דחקו ע"ז שהרי אין זה כדין עבד כנעני ממש, אלא בשנתן ראובן ואמר ראובן שתהא מקודשת לשמעון, וכן כתב הוא ז"ל בתן מנה לפלוני ואתקדש אני לו בשאמר מי שנתקדשה לו הא"מ לי בהנאת מתנה זו שקבלתי ברצונך וגם זה איני יודע למה ואדרבא לכאורה משמע דכל כה"ג קרוב להיות נתנה היא ואמר הוא וכו' עכ"ל, ותמה ע"ז המ"מ בפ"ה מהל' אישות דמאי עדיף שנותן הכסף קדשה בתורת שליח והיכי עדיף יותר כח שליח ממשלחו, ובמה שכתב הרשב"א גבי מדין שניהם דלכאורה משמע דאם אינו חשוב אינה מקודשת תמה המ"מ דא"כ איך מקודשת כשקדשה הנותן בתורת שליח וע"כ החילוק דשם חסרה ממון והיא נהנית שמתקיימת מצותה בממון של אחרים

עכ"ל, ודברי הרשב"א באמת תמוהים מאוד וצריכים ביאור:

-השמטות ומלואים-

ד"ה ובזה, עיין היטב בכל מש"כ שם, ואפשר ליישב בזה מה שהשמיט הרמב"ם דין אדם חשוב גבי ממון משום דסובר דבאדם חשוב נהנה הנותן, אבל המקבל אינו חסר בזה די"ל שהוא רוצה לקבל בשביל המתנה ונמצא דבקדושין דמהני ע"כ א"צ רק שתקבל על ידו וגם אם לא חסר מהני, אבל במכירה דהוי כסף שיווי צריך שיהיה חסר ולכן בק"ס מהני אדם חשוב, וזהו טעמא דלוי. [ע"כ].

ונראה דהרשב"א פי' דברי הרמב"ם במה שכתב בהנאה זו הבאה לך בגללי היינו דכיון שבאה בגללו והוא הגורם לזה הוי כמו שנתן הוא וע"ז הקשה דאין זה כדין עבד כנעני, ולכן מפרש הרשב"א דלא הוי כלל כמו שנתן המקדש הכסף, אלא דנותן הכסף מקדש האשה להמקדש ודין השליחות לא צריך אלא לעיקר הקדושין שאין לו רשות לקדש אשה בעד אחרים, אבל מעשה קנין של הקדושין עושה הנותן בעצמו, וזה שהקשה הרשב"א עוד גבי מדין שניהם דאם נימא כדברי הרמב"ם דטעמא דקנין ע"כ הוא משום דהוי כמו שמי שנתנו עבורו הוא נתן הכסף. וא"כ גבי מדין שניהם בתן מנה לפלוני ואתקדש אני לו דצריך לומר לפי"ז דמה שקבל המקדש הוי כמו שקבלה האשה ומה שנתן הנותן הוי כמו שנתן המקדש, וע"ז תמה הרשב"א דאיך אפשר שמה שקבל המקדש יהיה חשוב כאלו נתן דעכ"פ כיון שקבל א"א לחשבו נותן.

ולזה הוסיף הרשב"א עוד דאם נימא דמי שהוא גורם הנתינה נחשב כמו נותן א"כ נוכל לומר כאן כשאמרה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לו דהאשה היא גורמת הנתינה, וא"כ הוי כמו שנתנה היא ואמר הוא דאינה מקודשת אלא באדם חשוב.

ובדעת הרמב"ם נוכל לומר דמה שכתב בהנאה זו הבאה לך בגללי אינו לומר דלכן נחשב כמו נותן, אלא דלעולם סגי בנתינת הנותן כמו דסובר הרשב"א, ומה שכתב בגללי הוא לומר דבשביל זה יוכל לקדשה בשביל שנתן הנותן בגללו שיוכל לקדשה, והרשב"א שלמד דברי הרמב"ם באופן זה שכתבנו הוא משום שמחולקים בעיקר דין עבד כנעני, דהרשב"א סובר דכיון דאחרים הם שנותנים את הכסף ולא מכח העבד א"כ הם שמוציאים אותו לחירות, ומזה אנו לומדים לקדושי אשה דאחר יכול לקדש אשה לחברו בכסף שלו אם חברו שלח אותו לקדשה. וא"כ אי אפשר שהמקדש בעצמו יקדשנה כיון שלא נתן כסף אם לא שקידש בשליחות הנותן, ולכן ע"כ למד הרשב"א בדברי הרמב"ם דבגללו הוא פירושו דהוי כמו שנתן הוא את הכסף, וע"ז הקשה דאין זה כדין עבד כנעני וכמו שכתבנו.

אבל הרמב"ם סובר דדין עבד כנעני הוא דכמו שהעבד יוצא לחירות בממון של אחרים כן אפשר לקדש אשה בממון של אחרים, ולכן שפיר כתב דהמקדש אומר הרי את מקודשת לי בהנאה זו הבאה לך בגללי.

ולפי"ז נוכל לבאר החילוק בין דין קדושין לדין קנין דהנה בקדושין דף כ"ג אמר רבא בטעמא דמהני לר"מ כסף ע"י אחרים אף דסבר חוב הוא לעבד משום דכסף קבלת רבו גרמה לו. ושיטת הרמב"ם דלרבנן דסברי זכות הוא לעבד לא מהני בע"כ, ויש לבאר זה בשני אופנים א' דנימא דבעיקר סברת ר"מ דכסף קבלת רבו גרמה והיינו דכיון דנסתלק רשות רבו ממילא יוצא לחירות מודו נמי רבנן, אלא דסברי דעכ"פ אין רשות לאחרים ליתן כסף לשחרר את העבד דעכ"פ הוא דינו של העבד ולא של אחרים דאף שהרב יש לו רשות לשחררו בע"כ זהו בשטר, ומכבר בארתי דדין זכין לאדם שלא בפניו לא בכל גוונא צריך לבוא מדין שליחות אלא דבכה"ג ניחותא לבד סגי וכה"ג הוא גבי תורם משלו על של חברו להשיטות דבתרומה בעי שליחות, והיינו דלא צריך אלא רשותו של חברו שיחול תרומה שלו על כריו. ובזה בארתי דין גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד ואכ"מ להאריך.

ובאופן זה צריך ביאור מנלן ללמוד מעבד כנעני לקדושין דיהיה חשוב כמו שהמקדש נתן כסף. וצריך לומר דגבי קדושין נמי סבר הגמ' דא"צ להיות דוקא כסף של המקדש דהא כתב הר"ן בנדרים דף ל' דאין האשה מקנית עצמה להבעל דכתיב כי יקח ולא כי תלקח אלא דמשוית נפשה לגביה כהפקר והאיש מכניס אותה לרשותו, וא"כ יש לומר דכסף הקדושין פועל רק זה שתסכים להתקדש לו ועיקר הקדושין הוא בזה שמקדשה לו, אלא דבלא נתינת כסף לא מהני דלא נגמר דעתה להתקדש ולעשות עצמה כהפקר לגבי הבעל שיוכל לקדשה לו, וא"כ קדושין נוכל שפיר לדמות לדין עבד כנעני כמו דהתם מהני כסף של אחרים שנתנו בשביל המקדש כיון דאין הכסף עיקר הקדושין, אבל גבי קנין דהכסף גורם עיקר הקנין שבשביל שנתן הקונה הכסף בשביל זה קנה המקח לא נוכל ללמוד מדין עבד כנעני. כיון דשם קבלת רבו גרמה ולא דמי לדין ערב דשם הוי כמו שקבל הכסף כיון דיכול להתחייב עבור זה, אבל בדין עבד כנעני לא נוכל לומר דהוי כמו שנתן הכסף וכמש"כ.

ולפי"מ שנתבאר דעת הרמב"ם נמצא דהוא לפי שיטתו בזה שהשמיט דין דע"כ לגבי ממון, דלשיטת הרשב"א דפירושא דדין ע"כ הוא שהנותן מקדש האשה להאחר, א"כ אין סברא לחלק ולומר דבממון לא נלמוד כן דבודאי בממון נמי שייך שהנותן יקנה השדה בעד האחר, אבל לשיטת הרמב"ם דפירושא דדין ע"כ הוא דכסף הנותן מהני להאחר

שהוא יוכל לקדשה בכסף של הנותן, בזה שפיר כתבנו דיש לחלק מדין קדושין לדין ממון וכמו שבארנו.

ובאופן אחר יש לומר לפי מ"ש בהל' ד' דיש חילוק בין קדושין למכירה, דבקדושין הוא כסף קנין ובממון הוא כסף שיווי, ובאופן שנאמר דמה דלמד רבא דין קדושין מדין ע"כ אף דרבא בעצמו אמר בדף כ"ג דכסף קבלת רבו גרמה, דזהו משום דהתם אמר כן רבא אליבא דר"ע דסבר חוב הוא לעבד, אבל לרבנן דאמרו זכות הוא לעבד לא ס"ל דקבלת רבו מהני בע"כ משום דקבלת רבו מצד רבו אינו עושה אלא סילוק ולא הקנאה, ומה דמהני זה לר"מ הוא משום דר"מ יסבור המפקיר עבדו א"צ גט שחרור דר"מ הא סבר ביוצא ושן ועין דא"צ ג"ש, וא"כ שפיר יש לומר דסבר נמי הכי במפקיר עבדו אבל לדידן דקיי"ל דיוצא בשן ועין צריך ג"ש, וה"נ קיי"ל במפקיר עבדו דצריך ג"ש א"כ יש לומר דבאמת לא מהני קבלת רבו לבד, וצריך שיהיה דין על העבד שיוכל להשתחרר בכסף של אחרים, ומצאתי בפ"י שם שכתב כן ומזה שפיר נלמוד לדין קדושין אלא דמ"מ נוכל לומר דכיון דעכ"פ סגי בזה דקבלת רבו גרמה לסלק שעבוד הרב לגבי דין הממון, רק דצריך דין כסף שיהיה משוחרר שלא יצטרך שטר שחרור, וא"כ בזה מסתבר דדי בזה כסף קנין דכסף גומר בו שיהיה משוחרר גמור ולכן לא נוכל ללמוד מדין עבד כנעני אלא בכסף קנין דהוי דין כסף וגלי לן קרא דע"כ דסגי גם בכסף של אחרים, אבל במכירה דהוא כסף שיווי כמו שבארנו בהל' ד' דהוא מסברא דבשביל זה שהקונה נותן כסף שיווי של החפץ קונה החפץ. והוא משום שדמי המקח שנתן קונים לו בזה יש לומר דלא מהני כסף של אחרים, דאיברא דהמקנה יש לו עבור מה להקנות אבל הקונה אין לו במה לקנות.

ובזה יבואר לנו מה דקשה לשיטת הרמב"ם דהשמיט דין עבד כנעני גבי ממון דהא מה דקונין העדים בקנין סודר עבור הקונה הוא מדין ע"כ, וזהו מד' הגמ' שהעדים קונים, ומבואר בדברי הרמב"ם פ"ה ה"ח, אבל לפימש"כ דהחסרון במה דלא מהני המכירה הוא משום דהוי כסף שיווי, אבל בק"ס דודאי הוי רק כסף קנין דאינו שיווי כלל, בזה שפיר ילפינן מדין ע"כ דמהני ק"ס של העדים להקנות להקונה.

אכן בעיקר מילתא דפשיטא להר"ן והכ"מ דהרמב"ם השמיט דין דע"כ לענין ממון, וכתבו דהרמב"ם מפרש הא דאמר וכן לענין ממונא רק לענין ערב וזה דוחק, אבל באמת א"צ לזה דהנה גם לענין מתנה ע"מ להחזיר דאמרינן בגמ' דבכולהו קני לבר בקדושין, ומבואר דבמכר קנה השמיט זה הרמב"ם ולא הביא דמהני מעמ"ל במכר אלא דהביא זה בפ"ה וכתב דין זה יחד עם דין דמהני כלי של אחר מטעם ק"ס שזהו מדין עבד

כנעני וז"ל בהל' ז' הקנה אחד כלי למוכר כדי שיקנה הלוקח אותו הממכר זכה הלוקח, ואע"פ שהקנה לו הכלי ע"מ להחזירו נקנה המקח וזכה בו הלוקח שמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה עכ"ל. והמ"מ שם כתב וז"ל ונראה שדעת הרב ז"ל ללומדה מן ההיא דפ"ק בקדושין דף ו' בכולהו קני לבר מאשה וכו' גבי מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה וה"ה לקנין ע"כ ומשמע מדבריו דמה דאמר רבא מקודם במכר לא קנה ואסיק רב אשי בכולהו קני זה איירי בקנין כסף, אלא דהרמב"ם למד מזה דגם לענין קנין סודר קנה, והוא תימה. דבעיקר דין מכר בקנין כסף השמיט זה הרמב"ם וכתב זה רק לענין ק"ס שלמד משם ע"כ נראה פשוט דסובר הרמב"ם דמימרא דרבא אף דאמר הילך מנה ע"מ שתחזירהו לי. מ"מ אינו בדוקא על מנה דהא בתרומה לא שייך מנה ומשום דרבא סבר דבכולהו לא מהני בר מתרומה ואשמעינן דמעמ"ל ל"ש מתנה לא דייק בזה אבל באמת במכר א"א. אלא בקנין סודר דבזה אי חשיב מתנה מהני לקנות. אבל לענין קנין כסף לפי"מ שבארנו שיטת הרמב"ם דהוא כסף שיווי א"כ הך תנאה שמתנה עמו ע"מ להחזיר כבר מגרע משויו של הכסף ולא נחשב דמי המכר, ולכן ע"כ דמה דאמר רב אשי בכולהו קני זהו לענין ק"ס. וא"כ מבואר בפשיטות דסובר הרמב"ם דמה דאמר רבא וכן לענין ממונא גבי ע"כ נמי איירי לענין ק"ס, אלא דלענין דין ערב אין נ"מ וגם לענין קנין כסף מהני אבל לענין דין ע"כ אינו אלא לענין ק"ס וכמו שכבר בארנו החילוק בין דין ערב לדין ע"כ ומבואר מה שקבע הרמב"ם שני הדינים בהל' אחת לענין ק"ס משום דמפרש כן בגמ' דרק לענין ק"ס מהני ולא לענין כסף וכנ"ל.

הלכה ז

כיצד בשטר כתב לו על הנייר או על החרס או על העלה שדי נתונה לך שדי מכורה לך כיון שהגיע השטר לידו קנה אע"פ שאין לו עדים כלל, ואע"פ שאין השטר שוה כלום. בד"א במוכר שדה מפני רעתה אבל בשאר קרקעות אע"פ שהגיע שטר של מכר לידו, ואפי' היו בו עדים לא קנה עד שיתן את הדמים.

בגמ' איתא רב אשי אמר במתנה ביקש ליתן לו ולמה נתן לו משום מכר כדי ליפות כחו, ופירש"י דרב אשי מפרש דהוא כתב בשטר אחד שדי נתונה לך שדי מכורה לך, ולפי"ז לית ליה לר"א הא דמוכר שדהו מפני רעתה, וכתב המ"מ בדעת הרמב"ם דרב אשי אינו חולק אלא טעמא אמר דמפני רעתה. בדין הוא שיקנה שהרי אפי' במתנה היה נותנה לו כי רעה בעיני אדוניה היא. ודברי המ"מ אינם מובנים דאטו בשביל שהיא רעה היה נותנה במתנה, אך כונתו שהיה מקנה לו בלשון מתנה דאז בודאי היה קונה בלא נתינת דמים, וכן מבואר בדברי הרשב"א בקדושין ובעליות הר"י בש"מ בב"ב דף

נ"א, וכן מבואר בפי' רגמ"ה בב"ב דרב אשי קאי על מוכר שדהו מפני רעתה והגר"א ז"ל בביאורו לחו"מ הביא כן מד' ר"ה גאון בס' המקח, והכ"מ כתב דרכים אחרים בפי' דברי ר"א לדעת הרמב"ם אבל מדברי הראשונים מוכח דדברי המ"מ נכונים.

אכן יש לעיין בזה דאם רב אשי קאי על מוכר שדהו מפני רעתה א"כ מיירי דאכתי לא נתן לו דמי המכירה א"כ לא נתחייב באחריות המכר, וא"כ איך אמרינן דכתב לו משום מכירה כדי ליפות כחו דזהו בשביל חיוב אחריות כדפירש"י אלא דיש לומר דכיון דבשטר כתב שהוא מתחייב באחריות דמי המכר מתחייב אף שעוד לא נתן לו הכסף, אבל זה תלוי במחלוקת הרמב"ם ורש"י דבהא דאין כותבין שטר ללוה אא"כ מלוה עמו פי' רש"י בב"מ דף י"ג דאין כותבין אא"כ ראו המעות והובא דעת רש"י בדברי הר"ן בהלכות בכתובות בפ"ב גבי שטר אמנה. וכן בנמוק"י בב"מ שם אבל דעת הרמב"ם דאין צריך שיראו נתינת הכסף, וכמו שכתב שם בנמוק"י דבמסירת השטר נשתעבד, וא"כ רש"י לשיטתו א"א לו לפרש דקאי על מוכר שדהו מפני רעתה דכיון דאכתי לא נתן הכסף א"כ לא נתחייב בחיוב אחריות ואין כותבין שטר למוכר עד שיהא לוקח עמו איברא דשיטת הרמב"ם בפכ"ד מהל' מלוה דגבי שטר מכר כותבין אפי' בלא שטרי אקנייתא, אבל כתב שם המ"מ דדעת רש"י והרמב"ן והרשב"א דגם שטר מכר אין כותבין וכן מבואר בחו"מ סי' רל"ח. וא"כ לרש"י לשיטתו א"א לאוקמי דרב אשי קאי על מוכר שדהו מפני רעתה, ואין לומר דהכא מיירי בכת"י בלא עדים דא"כ ממ"נ אם כתוב בשטר שקבל הכסף והוא מקום שנותנין הכסף תחלה יקנה גם הקרקע, ואם מודה שלא נתן הכסף או אם הוא מקום שכותבין השטר תחלה לפי"מ שכ' הב"י בשם הרשב"א דצריך לברר שנתן הכסף א"כ גם באחריות אינו מחוייב, וכשיתן הכסף בעדים אז ממילא חייב באחריות כמבואר בחו"מ סי' קט"ז דחייב אפי' בלקח בסתם, ולכן ע"כ דלרב אשי מיירי שקנו מידו על האחריות, כיון דהוא מתנה אבל הרמב"ם לשיטתו שפיר מפרש כד' הראשונים וכנ"ל.

ובהאי ענינא כתב הבעה"ע וז"ל ובשטר אמר שמואל ל"ש אלא בשטר מתנה אבל בשטר מכר לא קנה עד שיתן דמים. ירושלמי בשטר ע"מ שלא ליתן הכסף אבל ע"מ ליתן הכסף לא קנה עד שיתן הכסף, ש"מ דמים זה הכסף עכ"ל, וכבר תמה המבאר שם ע"ז שכתב ש"מ דמים זה הכסף, דמה חידוש יש כאן, ונראה דבעל העיטור סובר דמלוה לא קנה במכר כשיטת רוב הפוסקים וסובר דמה דאמר שמואל דבשטר לא קנה עד שיתן דמים אינו משום גדר תנאי דאינו מקנה לו עד שיתן לו הדמים אלא דהשטר אינו קונה כלל דבמכירה דאיכא כסף רק כסף הוא הקונה, ולכן כשכתב לו השטר קודם שיתן הכסף

אפי' שילם לו אח"כ דמי הקרקע במלוה אינו קונה דמה דלא הוי כסף לקנין לא מהני, וזהו שהביא ראיה מהירושלמי דהוזכר כסף ולא דמים דש"מ דגם מה דאמר שמואל דמים זהו כסף דמהני לקנין, והוא באמת חידוש גדול, ועמש"כ התוס' קדושין דף כ"ז ע"ב ד"ה במה.

הלכה טו

היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה, הרי החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה שם וכיוצא בזה משאר התשמיש. המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה, או שאסף פירות האילן או זמרו וכל כיוצא בדברים אלו הרי זה קנה שהרי החזיק ואין אחד מהן יכול לחזור בו. וכן אם אסף המוכר סל של פירות ונתן ללוקח קנה לוקח מיד בחזקה שהרי גילה דעתו שהקנה לו שדה זו קנין גמור ונעשו פירותיה שלו.

השגת הראב"ד, היתה הקרקע צחיח וכו' א"א הא מילתא לא מיחוורא דהא חזקה אכילת פירות היא ואכילת פירות לא מהני אלא כנגד טענה אבל למיקנא בה ארעא לא קנה אלא מידי דמהניא לארעא כעין נעל וגדר עכ"ל, יכול לחזור בו וכו', א"א כל זה הולך על הדרך שכתב עכ"ל.

המ"מ כתב בביאור דעת הרמב"ם דכשהבעלים נהנין דרך הנאת הקרקע או משתמשים דרך שימוש הוי כמו נעל שזהו ג"כ מטעם שעושה כדרך בעלים, וכמו שכתב הרמב"ם גבי נעל שהרי נשתמש בה שימוש המועיל. ונמצא לפי"ז דמה דסובר דאכילת פירות מהני לקנות בנכסי חברו אין הכוונה עיקר ההנאה מה שנהנה מהשדה אלא מה שנשתמש בה שימוש המועיל כדרך שהבעלים עושים.

ונראה ליישב בזה דברי הרמב"ם שסותרין זא"ז דכאן כתב המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה וכו' הרי זה קנה שהרי החזיק וכו' ובפ"ב מה' זכיה ומתנה הל' ג' כתב יש דברים רבים שאם החזיק בהן הלוקח לא קנה עדיין ואם החזיק באחד מהן או בנכסי הפקר קנה כיצד וכו' הצר צורה וכו' הנר את השדה בנכסי הגר קנה, ומוכח דהלוקח לא קנה, וזה הקשה שם הכ"מ וכתב שהנגיד רבינו יהושע מבני בניו של רבינו השיב ע"ז דמה שכתב שם הרמב"ם יש דברים וכו' לא קאי על קנין חזקה שהחזיק הלוקח בפני המוכר. אלא על חזקת ג' שנים שזוכה הלוקח בחזקה בלא שטר, והאריך שם בביאור הדברים ואם כי הדבר נפתח בגדולים בכ"ז האמת יורה דרכו שאין כוונת הרמב"ם כן, דלשון שאם החזיק בהן הלוקח לא קנה עדיין לא משמע כלל דהוא בדין טענת חזקה אלא בקנין חזקה, ועוד דדבריו לפני זה קאי בדין קנין חזקה שכתב נכסי גר

וכו' כל המחזיק בהם בדרך מדרכי החזקה כמו שבארנו בה' מכירה קנה חוץ מאכילת הפירות כיצד הלוקח קרקע מחברו והחזיק בה באכילת פירותיה קנה כמו שבארנו. אבל בנכסי הפקר וכו', ובודאי כונתו בזה בקנין חזקה וכמו שהבין כן גם הראב"ד שם, וא"כ ודאי דבריו בהל' ג' ג"כ על קנין חזקה, ועוד דבאמת הוא גמ' מפורשת לשיטת הרמב"ם דניר לא הוי קנין חזקה דבב"ב דף נ"ז והרי ניר דבנכסי חבירו לא קנה בנכסי הגר קנה והרי אכילת פירות דבנכסי חברו קנה, בנכסי הגר לא קנה, ולשיטת הרמב"ם דמפרש לגבי אכילת פירות דמה דאמר בנכסי חברו קנה זה קאי על קנין חזקה שמטעם זה פסק כאן דבאכילת פירות קונה מכירה א"כ ודאי דגם מה דאמר והרי ניר דבנכסי חברו לא קנה קאי ג"ז על קנין חזקה, אמנם שהלח"מ כאן הרגיש בדברי הגמ' ונתיישב אצלו בדוחק, אבל לדעתי אין מקום לדחוק בזה.

ולכן הנראה לי בביאור דעת הרמב"ם לפי"מ שביאר לנו המ"מ דדין אכילת פירות דקונה אינו עיקר ההנאה של אכילת הפירות אלא מה שנשתמש בה כדרך שהבעלים עושים לכן אינו קונה באכילת איזה פירות, אלא באכילת פירותיה של השדה כדרך הבעלים, וכן הוא בזריעה שזרע את השדה לא במה שזרע מעט גרעינים, וכן בניר שנר את השדה כולה או רובה כדרך בעלים, וכן מוכח מלשון הרמב"ם שכתב המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה, ולמה כתב ונכנס בה הלוקח ודאי אינו יכול לזרוע אם לא שנכנס בה, וע"כ דכונתו דנכנס בה בדרך בעלות וזרע את כל השדה או נרה, וכן אסף את פירות האילן היינו כל פירות האילן ולא שקטף איזה פירות ורק באסף המוכר ונתן ללוקח כתב סל של פירות, וזהו משום דהנאת הפירות אינו הקנין אלא מעשה הבעלות, אבל בנכסי הגר הא קיי"ל דרפק בה פורתא הוי חזקה, ולכן מה שכתב שם הנר את השדה ולא הזכיר שנכנס בה והיינו שלא נכנס בה בדרך בעלים אלא נר קצת כמו רפק בה פורתא ובזה הוא החילוק בין נכסי הגר ובין נכסי חברו.

ובזה נראה לבאר עיקר החילוק שבין נכסי הגר לנכסי חברו דבנכסי הגר ניר קנה ובנכסי חברו לא קנה, ואכילת פירות בנכסי חבירו קנה ובנכסי הגר לא קנה, וטעמא בעי דאינו גזה"כ, ולפי"מ שבארנו נראה דהחילוק הוא בזה דאכילת פירות דהקנין הוא משום בעלות לא שייך אלא בנכסי חברו; אבל בנכסי הגר דגם אם הוא אינו רוצה לקנות את השדה יש לו רשות לאכול פירותיה א"כ אין אכילת פירות הוכחה על מעשה בעלות, ומה דניר הוי קנין חזקה בנכסי הגר אינו משום מעשה בעלות אלא דהוי מגדר נעל גדר ופרץ דהוי תיקון השדה, ומה דבנכסי חברו לא קנה בניר היינו משום דהשדה עומדת לחרישה והבעלים בודאי יחרשו ויזרעו אותה, ולכן רפק בה פורתא אינו תועלת הניכר

לשדה ודוקא בנכסי הפקר דאפשר שלא יחרשו ויזרעו אותה, ולכן אם בא אחד וחרש קצת וניכר שדעתו לזרוע אותה מקצת הוי חרישה זאת תיקון לשדה, והוי כמו נעל גדר ופרץ. ובזה מבואר כדעת הרמב"ם דאם חרש כל השדה גם בנכסי חברו קנה דאין מקום לחלק מנכסי הגר לנכסי חברו.

הלכה יז

כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ונקנה או בכסף או בשטר או בחזקה. ואם אינו צריך לקרקע כגון ענבים העומדות ליבצר הרי זה כמטלטלין לקנין ויש להן אונאה.

בפ"ה מה' טוען כתב הרמב"ם טענו ענבים העומדים ליבצר ותבואה יבשה העומדת להקצר והודה במקצתן וכפר במקצתן ה"ז נשבע עליהן כשאר המטלטלין והוא שאינן צריכין לקרקע שכל העומד להבצר הרי הוא כבצור לענין כפירה והודאה, אבל אם היו צריכים לקרקע הרי הם כקרקע לכל דבר ואין נשבעין עליה אלא היסת עכ"ל. והך דינא הוא מחלוקת ר"מ וחכמים בשבועות דמ"ג וחכמים סברי דהוא כקרקע והשיג ע"ז הראב"ד וכ' המחבר פוסק כר"מ והרב פוסק כחכמים ואולי מפני שאמרו בכתובות סוף סוף כל העומד לגדור כגדור דמי וכו' וכתב המ"מ דפסק הרמב"ם כר"מ מהא דכתובות או דסובר דמחלוקת ר"מ וחכמים הוא בצריכים לקרקע, אבל באין צריכין לקרקע כלל אפי' חכמים מודו ופסק כחכמים. וכן כתב בפ"א מה' מכירה. אבל בה' שכירות לא חלק בין צריכין לאין צריכין. ושם נראה מלשונו דאפי' אין צריכין הם כקרקע לענין שומרים. שכך כתב שם אפי' ענבים העומדים להבצר הרי הם כקרקע לענין שומרים. נראה שהוא מחלק בין שומרים לדין אחר עכ"ל. והמ"מ כאן כתב ג"כ כדבריו שם לחלק בין צריכין לקרקע לאין צריכין. וכתב עוד וא"נ דשבועה שאני ותמה המל"מ דאיך אפשר דבשבועה אינו מחלק הא להדיא מחלק בפ"ה מה' טוען. וכן הקשה הלח"מ בפ"ה מה' טוען ודחק בזה.

והכ"מ כאן כתב ג"כ כדברי המ"מ לחלק בין צריכין לקרקע לאין צריכין. אח"כ כתב ג"כ דלענין שומרים אינו מחלק ודעתו כדעת הר"י הלוי ז"ל שהביא הטור בסי' צ"ה דהיינו טעמא דגבי שומר לאו כבצורות דמי כיון דלשמירה הן כשהם מחוברים לקרקע ואדעתא דהכי מסרינהו ניהליה הו"ל כקרקע דהא לאו למיתלשינהו מסרינהו ניהליה.

והנה מה דמפרשים המ"מ והכ"מ בדברי הרמב"ם דכונתו לחלק בעומדים ליבצר גופא בין צריכין לקרקע לאינם צריכים. כתב כן הר"ן בהלכות בשבועות פ' שבועת הדיינים. אבל אני תמה דהא כאן מבואר להיפוך שכתב ואם אינו צריך לקרקע כגון ענבים העומדות ליבצר. ומוכח דענבים העומדות ליבצר. תמיד אין צריכין לקרקע. והר"ן בעצמו

הקשה ע"ז מהא דאמרינן בגיטין דף ל"ט ע"כ לא קאמר ר"מ אלא בענבים דכמה דקיימן מכחש כחשן ומוכח דמיירי באין צריכין לקרקע. וכתב דה"ק דאי קיימא טפי טובא מכחש כחשן. שלא ישהם שם זמן מרובה. אבל קשה דכיון דעכשיו צריכים לקרקע מה מהני מה דאח"כ יתלשם כשיגיע זמנם ובעיקר פירושא דמתני' דשבועות בפלוגתא דר"מ וחכמים מבואר להדיא בדברי הרמב"ם בפיהמ"ש שם וז"ל מחלוקת חכמים ור"מ הוא בענבים העומדים ליבצר והלכה כחכמים. אבל כשימסרם לו בתורת שמירה. ולענין מקח וממכר ודיני האונאה והודאה במקצת כשהיה עיקר התביעה שלא בתורת שמירה העיקר המכוון עליו שהם כמטלטלין שכל העומד ליבצר כבצור דמי. ומבואר להדיא כדברי הר"י מיגש ולפי"ז פשוט דאין כונת הרמב"ם בפ"ה דטוען לומר דבעומדים ליבצר איכא תרי גווני וכדמוכח מלשונו כאן. ולכן ברור בעיני דבדברי המ"מ כאן יש ט"ס. ומה שכתב דשבועה שאני צ"ל דשומרים שאני, והיינו דליכא תרי גווני בעומדים ליבצר ורק דבשבועות דמיירי לענין שומרים הוי כקרקע בכל גווני וכמו שכתב בה' טוען וכנ"ל.

אח"כ ראיתי שכבר עמד ע"ז הש"ך בסי' צ"ה שלא ראו דברי הפיהמ"ש דמבואר להדיא כדברי הר"י מיגש. אכן הש"ך לא עמד שם על כונת דבריהם של הר"י מיגש והרמב"ם בפיהמ"ש. דהוא מפרש דסוברים דרק לענין חיוב שומרים אמרינן דהוו כקרקע אפי' עומדין ליתלש ומפרש לשיטתם מתני' דעשרה גפנים טעונות מסרתי לך דהוא בדין שומרים ולזה הקשה דל"ל למתני במודה במקצת. אבל באמת אין כונתם כלל לזה אלא דכי מסרם בתורת שמירה אז אפי' עכשיו הד"ת רק בכפירה והודאה ולא נאבדו כלל וכמש"כ הרשב"א דמיירי שבצרן דלא הוי הילך ומ"מ פטור לשיטת הרמב"ם דדמי קרקע הוא כקרקע ומש"כ הרמב"ם דלענין כפירה והודאה הם כמטלטלין זהו אם לא מסרם בתורת שמירה, וכמש"כ הר"י מיגש וז"ל אבל מאן דמזבין לחבריה ענבים כשהם מחוברים למתלשינהו לנפשיה וכו' ודייניגן בהו דין מטלטלין בכל מידי כגון דין אונאה ושבועה וכיוצא בהן עכ"ל. וכן הוא דברי הרמב"ם בפיהמ"ש שהבאנו שכתב ולענין מו"מ וכו' כשיהיה עיקר התביעה שלא בתורת שמירה.

וראיתי להקצוה"ח שהלך ג"כ בדרך הש"ך וכתב טעם למה בחיובי שמירה הוא כקרקע משום דחסר קנין שמירה וכבר נתבאר דאינו דוקא בחיובי שמירה. אולם בזה יועילו דבריו ליישב קושיית הש"ך דלמה תנן דוקא במודה במקצת ולא בחיוב שבועה דשומרים. אבל לפי דבריו מיושב דכיון דליכא קנין חיוב שמירה לשיטת הרמב"ם דאינו מתחייב אלא בקנין א"כ אין הטעם משום דאין נשבעין על הקרקעות ומשו"ה תנן גבי מוב"מ.

והנה עוד הקשו הלח"מ והש"ך מהא דגיטין דף ל"ח דבעי למימר דהמקדיש עבדו אי מועלין בשערו ואוקימנא בשערו העומד לגזוז דתליא בפלוגתא דר"מ וחכמים ולדעת הרמב"ם והר"י מיגש לא דמי כלל דחכמים לא פליגי אלא בשומרים, עוד הקשה הלח"מ דהרמב"ם בהלכות מעילה פ"ה כתב דהמקדיש עבדו אין מועלין בשערו משום דכל זמן שהוא מחובר הולך ומשביח וטעם זה אמר שם בגמ' אליבא דר"מ ועיין מה שכתבו בזה הלח"מ והתומים דבהו"א נמי סבר טעמא דאשבוחי משבח ע"ש בדבריהם ולדעתי הם דחוקים.

ולכאורה היה נראה דמהג"מ דגיטין לא קשה כלל דהר"י מיגש הא כתב להדיא דלגבי שאר דברים הוי כמטלטלין כיון דאדעתא למשקל זבינינהו ניהליה, א"כ אפשר דמה דאמרו דדוקא גבי שומרים הוי כקרקע משום דלאו למתלשינהו מסרינהו אין הכונה דוקא משום דמסר לו שיהיו מחוברים, אלא לאפוקי מדיני קנין אונאה ושבועה דמיירי במכירה שמכר לו אדעתא למשקל וא"כ במעילה דמעל כמו שהוא מחובר שפיר הוי כקרקע, אכן ממה שכתב הרמב"ם בהלכות מעילה טעמא דאשבוחי משבח דאמר בגמ' אליבא דר"מ מוכח דסובר דבלאו האי טעמא הי' דינו כמטלטלין ודוקא גבי שומרין הוי כקרקע, ונראה דטעמו הוא ממה שכתבו בתוס' שהוכיח הר"ח לפסוק כר"מ מהא דקיי"ל כר"ש בפ' הכונס דאם אכלה פירות גמורים משלמת פירות גמורים ואף שכתב הש"ך לחלק משום דהכא תלשה הבהמה אבל באמת כתב הרשב"א בשבועות דהכא בפלוגתא דר"מ ורבנן מיירי נמי בתלשם השומר דאי לא"ה הוי הילך ומ"מ סברי רבנן דהוא כקרקע וזהו לשיטת הרמב"ם דדמי קרקע הם כקרקע, איברא דהרשב"א בעצמו אינו סובר כן ומעמיד מתני' בתלש חמש ונשארו חמש, אבל עכ"פ לשיטת הרמב"ם כתב דמיירי בתלשם ומטעם דמי קרקע, ומוכח דמה דהוי כמטלטלין בהכונס אינו משום שתלשה ומה שכתב הש"ך דלענין שומא אגב ארעא שאני אינו מוכרח, עכ"פ הר"ח שהוכיח מהא דאכלה פירות גמורים לפסוק כר"מ ע"כ אינו מחלק, וא"כ נוכל שפיר לומר דגם הרמב"ם אינו מחלק ורק דאינו רוצה לפסוק כר"מ ומחלק כחילוקו של הר"י מיגש בין שומרים למילי אחריני, ולכן סובר באמת דדוקא גבי שומרים דלהדיא מסרינהו שיהיו מחוברים. ולכן גבי מעילה היה מן הדין שיהיה כמטלטלין אי לאו טעמא דאשבוחי משבח, ולכן סובר הרמב"ם דאף דהגמ' בגיטין בעי למימר דהמקדש עבדו תליא בפלוגתא דר"מ וחכמים, ומוכח דאינו מחלק בין שומרים לשאר דברים, אבל כיון דמוכח מהא דכתובות דאמרינן כל העומד לגדור כגדור דמי, וכן קיי"ל כר"ש דאכלה פירות גמורים משלמת פירות גמורים, ולכן ע"כ אנו צריכין לחלק בין שומרים לשאר

דברים כחילוקו של הר"י מיגש. וזה שפיר כתב הש"ך להוכיח מסוגיא דהכונס גופא דאין הלכה כאן כר"מ משום דאמר שם דן רב כר"מ ופסק הלכתא כר"ש ואי גם בזה הלכה כר"מ א"כ למה לא הזכיר כאן נמי ר"מ וע"כ דבהך פלוגתא אין הלכה כר"מ והיא ראיה נכונה, וא"כ ע"כ מוכח מכאן שיטתו של הר"י מיגש והרמב"ם לחלק בין שומרים לשאר דברים. ולכן אף דבגיטין הוי סובר בסוגיא דאין חילוק ואמר הך סברא דאשבוחי משבח רק לר"מ, אבל לפי"מ דמוכח מהכונס ומכתובות דצריך לחלק בין שומרים לשאר דברים ע"כ גם להלכה לחכמים צריך לתירוצא דאשבוחי משבח ולכן כתב כן הרמב"ם גבי מעילה. אח"כ מצאתי בת' הרי"ף החדשות סי' ח' שכתב ג"כ לחלק כד' הר"י מיגש והרמב"ם ומדבריו מוכח דדוקא על דעת לתלוש הוי כמטלטלין ולפי"ז מיושב הא דגיטין כנ"ל, אבל לדעת הרמב"ם צ"ל כצ"ל.

ומה שכתב המ"מ דדין החזקה נתברר בפרק המוכר את הספינה על מתני' דהלוקח פשתן מחובר מחבירו ותלש כל שהוא קנה ותמה עליו הכ"מ דזהו ע"פ פי' רשב"ם שם אבל הרמב"ם כתב שם דהוי כאינו צריך לקרקע עמש"כ בפ"ג הל' י"ח.

פרק ב

הלכה ב

ומה היא החזקה בקנין עבדים שישתמש בהן כדרך שמשתמשין בעבדים בפני רבו כיצד התיר לו מנעלו, או שהוליך כליו לבית המרחץ או שהפשיטו או סכו או גרדו או הלבישו או הגביה את רבו קנה, וכן אם הגביה הרב את העבד קנה.

השגת הראב"ד. וכן אם הגביה וכו' א"א נראה מדבריו דלא גריס בה פלוגתא אלא הכי גריס הגביהו הוא לרבו קנאו הגביהו רבו א"ר שמעון לא תהא חזקה גדולה מהגבהה כו' והכי גריס לה הרב ז"ל עכ"ל.

כתב המ"מ מיהו בהלכות שלנו במחלוקת שנויה הגביהו רבו לא קנאו אמר ר"ש לא תהא וכו' ואעפ"כ כתב הרשב"א וז"ל וקיי"ל כר"ש דהא נקנה אף במשיכה כדאמר שמואל וכ"ש בהגבהה עכ"ד, ונראה דיש לדון בראיית הרשב"א דבהלכה ג' כתב הרמב"ם תקפו והביאו אצלו קנה שהעבדים נקנים במשיכה כזו, אבל אם קרא לעבד ובא אצלו או שאמר לו רבו הראשון לך אצל הלוקח והלך אצלו לא קנה עד שימשכנו בתקיפה או שישתמש בו כמו שבארנו, ואם החזיק בו שלא בפני הרב צריך שיאמר לו לך חזק וקני, וקשה דכיון דהלכה זו במשיכה עסקינן רק שבתוך ההלכה הזכיר גם או שישתמש בו, אבל עכ"פ עיקר ההלכה הוא המשיכה והיה לו לכתוב ואם משך שלא בפני הרב צריך

שיאמר לו לך משוך וקני. או שיכתוב שתיהם לך משוך וקני ולך חזק וקני עוד כתב בהלכה ד' עבד קטן הרי הוא כבהמה וקונין אותו בדברים שקונין בהן הבהמה ובדברים שקונין בהם העבדים לפיכך נקנה במשיכה אע"פ שלא תקפו, ודבריו הם מדברי הגמ' דאמר בטעמא דלא קנה עבד כשקראו ובא אצלו ובבהמה קני משום דבהמה אדעתא דמרא אזלא. ועבד אדעתא דנפשיה קא עביד. וע"ז אמר רב אשי עבד קטן כבהמה דמי, אבל לשונו קשה דהו"ל לומר דעבד קטן הוי כבהמה דמהני משיכה כשקראו ובא אצלו, אבל מה שכתב שקונין אותו בדברים שקונין הבהמה לפיכך וכו' אינו מדוייק.

לכן נראה דסובר הרמב"ם דבעבד כיון שאין דרכו למשוך אותו במשיכה אלא קוראים לו והוא בא ע"כ אף דלא קנה במשיכה כזו משום דאדעתא דנפשיה עביד אבל גם משיכה שתקפו והביאו אצלו אין זו משיכה שדרכה בכך בעבד, ומצינו לשיטות רוב הראשונים דיש נ"מ בין גמל לחמור לענין משיכה דזה דרכו בהנהגה וזה במשיכה, אלא דהרמב"ם אין שיטתו כן בפי"ז מה' גזו"א. אבל לענין עבד דאין דרכו כלל במשיכה כזו לא קנה מטעם משיכה אלא מטעם חזקה שמחזיק בו כשמושכו בתקיפה, וזהו שכתב שהעבדים נקנים במשיכה כזו, ולכן כ' שצריך שיאמר לו לך חזק וקני משום דכל זה הוא מדין חזקה.

ועכשיו מבואר מה שכתב דעבד קטן קונים בדברים שקונים הבהמה דהיינו שנקנה במשיכה דזהו קנין הבהמה ולא קנין העבדים, איברא דאין זה מטעם דמשיכה לא קני בעבדים אלא משום דקראו ובא אצלו אדעתא דנפשיה קא עביד, ותקפו והביאו אצלו אין דרכו במשיכה כזו. אבל עכ"פ כיון דאין קנין משיכה בעבד גדול אלא קנין חזקה. לכן כתב שפיר דעבד קטן נקנה בדברים שקונין בהם הבהמה דהיינו במשיכה דקראו ובא אצלו דלא הוי חזקה אלא משיכה.

ולפי"מ שבארנו אין להביא ראיה ממה דמהני משיכה בעבד לדין הגבהה כיון דמשיכה הוא מדין חזקה שתוקפו ומביאו אצלו. אבל הגבהה אין בזה גדר חזקה דאין זה מדרך חזקת אדון בעבדו שיגביה אותו, ולכן קנין זה הוא דוקא מדין קנין הגבהה. וזה מבואר מדברי ר' שמעון דאמר לא תהא חזקה גדולה מהגבהה שהגבהה קונה בכל מקום. ובאמת מלשון זה ג"כ מבואר כמו שכתבנו דמשיכה בעבד אינה מדין משיכה אלא מדין חזקה דאי משיכה נמי מהני א"כ למה צריך לטעמא שהגבהה קונה בכל מקום אבל לפימש"כ מבואר דבא לומר דאף דמשיכה באמת לא קני מטעם משיכה שאין דרכו במשיכה כזו ואינו קונה אלא מדין חזקה מ"מ הגבהה הוא קנין יותר חשוב ומהני אף שאין דרכו

להגביהו, ולכן מבואר גירסת הראב"ד שכתב דכן הוא גירסת הרי"ף דר"ש לא בא לחלוק על ת"ק ולכן פסקינן כר"ש.

הלכה ה

הבהמה בין דקה ובין גסה נקנית במשיכה אע"פ שאפשר להגביה אותה לא הצריכוהו להגביה מפני שמתחבטת בארץ ואם הגביה קנה, והגבהה קונה בכ"מ אבל המשיכה אין קונין בה אלא בסימטא או בחצר של שניהם ואין קונין בה בר"ה ולא בחצר שאינה של שניהם.

כתב המ"מ וז"ל כך היא מסקנא דסוגיא בפ"ק דקדושין זה וזה במשיכה אבל במסירה לא דטפי עדיפא משיכה ממסירה ועיקר עכ"ל, והקשה הלח"מ דבפי"ז מה' גזו"א כתב הרמב"ם בהמה של הפקר ונכסי הגר אינה נקנית במסירה וכתב המ"מ דזהו משום דאין דעת אחרת מקנה אותן ומוכח דבמכירה ומתנה נקנית במסירה, וכן איתא שם בגמ' בב"מ דף ח' מוסירה מחבירו קנה. וכן הקשה על הרבינו ירוחם שהביא מקודם דברי הרמב"ם דמסירה לא קנה בבהמה ואח"כ כתב דמסר י' בהמות באפסר אחד כשנותן דמיהם קנה. ומשמע דקנה במסירה ולא משום הדמים דאינו קונה אלא למי שפרע, ותי' הלח"מ דמסירה דקדושין הוא בשאחזה בשערה וכו' דאז לא קנה דאין דרך הבהמה בכך, אבל מוסירה דפ"ק דב"מ הוי אפסר דדרכו בכך, ודבריו תמוהין דא"כ היה להרמב"ם לכתוב כאן דבהמה נקנית במסירה דאפסר, ועוד דבפ"ג הל' ג' כתב דספינה הואיל ויש במשיכתה טורח גדול נקנית במסירה ובספינה ודאי המסירה זהו כמו אפסר והיינו החבלים שמושכים בהם, ומוכח דבבהמה הואיל ואפשר במשיכה לא קנה במסירה, ועכ"פ צריכין אנו ליישב קושיית הלח"מ ובאמת לא רק דברי המ"מ קשה אלא גוף ההלכה דהא בב"מ אמר דמוסירה מחבירו קנה, ואיך פסק הרמב"ם דגם במו"מ לא קנה מסירה.

אכן נראה דהחלוק בין מו"מ להפקר ונכסי הגר הוא בזה דבהפקר ונכסי הגר אין מסירה קנין כלל מעיקר הדין, וכדאמר שם בב"מ דמאן מסר ליה דליקני, אבל במו"מ דלא קנה מסירה הוא משום דמשיכה עדיפא. ונ"מ דהיכי דלא יהיה אפשר מאיזה טעם לקנות במשיכה יקנה במסירה, והדבר מבואר להדיא בדברי הרמב"ם בפ"ג הל' ג' שכתב הספינה הואיל ואי אפשר להגביהה ויש במשיכתה טורח גדול ואינה נמשכת אלא לרבים לא הצריכוהו משיכה אלא נקנית במסירה. וכן כל כיוצא בזה, וקשה דמנין להרמב"ם להוסיף ולכתוב על דין ספינה נקנית במסירה דיש כיוצא בזה ולא כתב זה מסברא דנפשיה ובודאי יש לו מקור לזה ולכן פשוט דזהו גופא מקורו של הרמב"ם דכיון

דמסקנת הסוגיא דקדושין דבהמה בין גסה בין דקה אינה נקנית במסירה ובב"מ מבואר דמוסירה מחברו קנה וא"א לומר דהכונה על ספינה דהתם מיירי בדין קנין רכוב דהוא בבהמה. ולכן מוכרח מזה דאף דמסירה לא קנה בבהמה אפי' במו"מ זהו משום דאפשר במשיכה בלא טורח גדול, אבל אם יש טורח גדול קונה גם בבהמה במסירה ומשום זה אם היה שייך קנין מסירה בבהמה של הפקר היה קונה במסירה אפי' בבהמה אחת דכיון דרוצה לקנות את המציאה כשמוצאה ברה"ר לא שייך לומר דמשיכה עדיפא דהא משיכה אינה קונה ברה"ר ולפעמים שהסמטא רחוקה ועד שילך למשוך אותה לסמטא יבואו אחרים ויחטפו את המציאה ממנו, ולכן אם היה מועיל מסירה מעיקר דין קנין היה מועיל במציאה אפי' בבהמה אחת. ולכן אמר בגמ' בטעמא דמסירה לא קנה משום דמאן מסר לו דליקני, ובזה מיושב דברי רבינו ירוחם דסובר דבעשרה בהמות באפסר אחד משכחת שיהיה טרחא גדולה להוליכם לסמטא ולכן קונה במסירה.

הלכה ח

האומר לחבירו משוך ותקנה או חזק ותקנה וכיוצא בדברים אלו והלך ומשך או שהחזיק לא קנה שמשמעו תקנה להבא ועדיין לא הקנה לו אלא צריך המוכר או הנותן לומר לו לך חזק וקנה או משוך וקנה וכיוצא בדברים אלו שמשמען שיקנה עתה בעת שימשוך או יחזיק.

השגת הראב"ד, משוך ותקנה או חזק וכו', א"א זהו דבר תימה שהרי מצינו אחת מהם תתקדש לי שהקדושין מקויימים בלשון זה, וכן עקוץ תאנה מתאנתי ותקנה לי גנבתך, וכן מצינו יטול ויזכה ויחזיק ויקנה כולן לשון הקנאה הן עכ"ל.

המ"מ והמ"ע כתבו ליישב השגת הראב"ד ע"פ דקדוק הלשון והלח"מ באר הדברים ועדיין אין הדברים מבוררים, ונראה ליישב באופן אחר דבאמת יש חילוק בין קנין משיכה וחזקה ובין קנין כסף. דקנין כסף כיון שמצינו דמהני כסף לאחר שלשים מוכח דאין עיקר נתינת וקבלת הכסף הוא הקנין דא"כ לא הוי מהני לאחר שלשים כמו דלא מהני בחזקה. וע"כ דהקנין נעשה תיכף אחר הקבלה במה שיש אצלו כסף של הקונה דהכסף גומר הקנין. ולכן אפשר להמשיך מעשה הקנין ולומר דהכסף לא יגמור הקנין עכשיו אלא יגמור לאחר שלשים, ובגמ' חידשו עוד דאפי' נתאכלו המעות מהני ולא דמי למלוה. כיון שהכסף ניתן לשם קנין. אבל אימתי מהני לקנין הא הוא דוקא היכי דאם היה המוכר חוזר או האשה היתה חוזרת היו צריכים לשלם דאז יכול לגמור חיוב הכסף. וכמש"כ בתוס' ביבמות דף צ"ג ע"א בד"ה קנויה לך וז"ל. דאפי' נתאכלו המעות חשיב כל שעה כאילו הם בעין שהמעות נשארו אצל המקנה ואם לא נעשה הקנין היה

צריך להחזירם, וחשיב כאלו הם בעין לשם קדושין עכ"ל. ומה דאמרו בגמ' בקדושין דף מ"ו ע"ב וש"מ מעות בעלמא חוזרים. ובארו שם בתוס' דאם הוי מעות מתנה אם יחזור בו אז מקודשת ע"ש החלוק הוא בין אם חזר הוא לחזרה היא. דאם הוא יכול לחזור ולקבל הכסף א"כ לא נמסרו לשם קדושין. ולכן אינה מקודשת אלא אם נתן בהחלט לשם קדושין שלא יוכל לקבל הכסף אם יחזור מקדושין. אבל אם תחזור היא ע"כ מחויבת היא להחזיר הכסף, וכן כתב להדיא הר"ן בר"פ האומר. עכ"פ מוכח מזה דמה שהיא היתה מחויבת לשלם אם תחזור זה גומר הקנין משום שקבלה הכסף לשם קדושין ונמצא דהכסף גומר הקנין ולא קבלת הכסף:

אכן עוד אנו צריכים לבאר בין משיכה לחזקה, דחזקה בודאי הוי הקנין בשעת החזקה ולא אחר החזקה. אבל במשיכה יש לחקור אם עצם מעשה המשיכה עושה הקנין או דהמשיכה הוא רק התחלה לקנין. אבל הקנין נגמר אחר המשיכה משום דבזה דהוא מושכה בסימטא הוי כאלו מושכה לרשותו. ונמצא דאחר המשיכה נגמר הקנין. והנה בהלכה ט' יתבאר דבזה חולקים הרמב"ם והראב"ד דלהרמב"ם קנין משיכה הוא ע"י עצם המשיכה ולהראב"ד הוא מה שמכניסה לרשותו ויבואר שם דכן הוא דעת התוס' והר"ן. ולכן דעת הרמב"ם מבואר דעיקר סברתו הוא דכיון דמשיכה וחזקה צריך להיות הקנין בשעת המשיכה והחזקה. וכמש"כ להדיא בדבריו דאם אמר וקנה מהני שמשמעו שיקנה עתה בעת שימשוך או יחזיק, ולכן זהו החלוק ממשיכה וחזקה לכסף דבכסף מהני לשון תקנה, דבאמת כן הוא שאחר שיקבל הכסף יוגמר הקנין, אבל במשיכה וחזקה לא מהני באופן זה, אבל להראב"ד א"א לומר כן במשיכה דהוא נמי כמו בכסף דהקנין הוא אחר המשיכה, ולפי דעתו צריך לומר דלשון תקנה לא משמע כלל לשון הקנאה עכשיו, וע"ז הקשה מתתקדש ומתקנה דמהני, ונמצא דהרמב"ם והראב"ד אזלי לשיטתייהו כמו שיתבאר בהל' ט'.

הלכה ט

האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום ומשך לא קנה, ואם אמר לו קנה מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה. ואפי' היתה עומדת באגם ביום שלשים שזה כמו שהקנה אותו מעתה על תנאי נעשה התנאי נתקיים הקנין וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו.

השגת הראב"ד ביום שלשים וכו' א"א נראה לי אם הפרה עומדת ברשות הלוקח ביום ל"א שהיא קנויה לו מידי דהוי אהרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום דחיילי קדושין בההוא יומא עכ"ל.

המ"מ כתב על השגת הראב"ד דיש לחלק דאם דומה לאשה א"כ אפי' בר"ה אלא הכא טעמא משום דכלתה משיכתן, ובבאור מחלוקתן צריכים אנו מקודם לבאר מש"כ המ"מ על מה שכתב הרמב"ם על מעכשיו ולאחר שלשים ואפי' עומדת באגם דהכונה ברשות שאינה שלו, וה"ה אפי' בר"ה והקשו הכ"מ והלח"מ דבכתובות דף פ"ב אמר ר' יוחנן משוך פרה זו ולא תהיה קנויה לך אלא לאחר שלשים קנה ואפי' עומדת באגם ואוקמו שם בדאמר מעכשיו, ובדף פ"ז בעי רמב"ח מר"ח ה"ז גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר ל' יום והלכה והניחתו בצדי ר"ה וללישנא בתרא פשיט ליה דמוגרשת מדר"נ דאמר משוך פרה זו ולא תקנה לך אלא לאחר ל' קנה ואפי' עומדת באגם וצדי ר"ה כאגם דמי ובאר המ"מ פ"ט מה' גירושין דהגמ' מדמה גט בלא מעכשיו למשיכת פרה מעכשיו, עכ"פ מוכח דדוקא באגם ולא ברה"ר, וכתב הלח"מ דהיה אפשר לומר דהגמ' קאי שם אליבא דר' יוחנן דסבר שיורא הוי, ולכן גם במעכשיו בעינן דקיימא באגם, אבל הרמב"ם דפוסק דתנאה הוי לענין ממון וזהו כשמואל א"כ אפי' עומדת בר"ה.

והנה הלח"מ כתב דבריו ע"פ תי' א' של המ"מ אבל המ"מ כ' שם עוד א"נ דהא דר"נ הוא בכל גווני ואנן לא קיי"ל כותיה בפרה אלא באמר מעכשיו, אלא דלפי"ז אינו מבואר למה פסק הרמב"ם בגט דמהני גם בלא מעכשיו, וכמש"כ אח"כ בעצמו מדברי הרשב"א דכיון דלא קיי"ל דמהני בלא מעכשיו לענין פרה ה"נ לא מהני לענין גט, וצריך לומר דסומך על מש"כ מתחלה דגט בלא מעכשיו דמי לפרה במעכשיו, אבל באמת אינו מובן דלמה יהיה שוה גט בלא מעכשיו לפרה מעכשיו, ונראה דבגט כשאמר הרי זה גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר ל' הא לא אמר שלא תקנה הגט אלא לאחר שלשים, לכן הגט הוא מעכשיו שלה אלא דמ"מ כיון שאינה מתגרשת בו אלא לאחר ל' צריך שיהיה הגט ברשותה לאחר ל', דאף שאפשר לחלק קבלת הגט וגמר הגירושין מ"מ צריך להיות דומיא דסתם גירושין שנותן לה הגט ובזה מתגרשת דאז הגט ברשותה, ולכן מהני כשהגט הוא במקום שאפשר ליחשב כרשותה כשתניח בו חפץ שלה, אבל כל זה הוא בגט שכבר הוא שלה, אבל במשיכת פרה אם לא אמר מעכשיו כיון דאכתי אין הפרה שלו לא נחשב האגם או הצדי ר"ה לרשות שלו, אלא דמ"מ הדמיון בזה מחוסר הבנה דבמעכשיו כיון דסובר הרמב"ם דהוי מעכשיו ממש ולאחר שלשים לא הוי אלא תנאה, א"כ ודאי דמהני המשיכה ואיזה מקור יש מכאן ללמוד ללא תתגרשי אלא לאחר ל' דמהני כשהניחתו בצדי ר"ה.

-השמטות ומלואים-

ד"ה והנה, בתוך הדברים כתבתי שם בזה"ל ונראה דבגט כשאמר הר"ז גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר ל' הא לא אמר שלא תקנה הגט אלא לאחר ל' לכן הגט הוא

מעכשיו שלה וכו', הנה עיין שם ברמב"ם פ"ט הל' ה' שמפורש שלא קנתה אף גופו של גט ועיין באור שמח שם, והעירני לזה הגרא"ש שי'. [ע"כ].

ולכן נראה דמשום זה כתב התי' הב' דאנן לא קיי"ל כר"נ בפרה אלא באומר מעכשיו, אבל ר"נ מיירי בלא מעכשיו ומ"מ כיון דמסתבר לרמב"ח ורב חסדא דמהני גבי גט כשהניחתו במקום שאפשר להיות נחשב רשותה ושו"ט רק אם צדי ר"ה כרה"ר דמי וכיון דאסיקי דצדי ר"ה לאו כר"ה דמי קיי"ל כותייהו כיון דאין סתירה מזה דלא קיי"ל כר"נ בפרה אלא היכי דאמר מעכשיו.

ולפי"ז נוכל לבאר דברי המ"מ כאן דאף דבה' גירושין כתב דלא קיי"ל כר"נ אלא במעכשיו, אבל הרשב"א הביאו שם המ"מ הא כתב דלא קיי"ל כרמב"ח ורב חסדא בזה דסברי דר"נ מיירי אפי' בלא מעכשיו אלא כמסקנא דגמ' בהאשה שנפלו דדוקא באומר מעכשיו, אלא דהרשב"א חולק מטעם זה על הרמב"ם בדין לא תתגרשי, אבל המ"מ הא סובר שם דיש לחלק מזה לזה ואפשר למיסבר כוותייהו בלא תתגרשי, א"כ נוכל שפיר לומר דהמ"מ סובר כאן בזה כהרשב"א דר"נ בעצמו באמת מיירי במעכשיו, ומ"מ פסק הרמב"ם לענין גט דמגורשת בלא מעכשיו וכנ"ל, וכיון דבאמת מיירי ר"נ במעכשיו א"כ ע"כ דאגם דנקט אורחא דמילתא הוא.

אכן דברי המ"מ הם דחוקים דכיון דבגמ' מוכח דיש חילוק בין אגם לרה"ר ואם סובר הרמב"ם דמהני אפי' עומדת בר"ה לא היה לו לכתוב אפי' עומדת באגם, וכן קשה על ר"נ גופיה אם נימא דלאו דוקא נקט אגם.

והנה בהא דמעכשיו ולאחר ל' תנאה הוא פירש"י דהוא תנאי אם לא יחזור בו, והקשה הרמב"ן דהא לא הזכיר תנאי חזרה, ועוד דאם יש בכלל תנאי זה גם חזרה גם היא תוכל לחזור דהא לא התנה דוקא שיוכל הוא לחזור, ולכן פי' הרמב"ן דהוא תנאי אם יהיה בחיים אחר ל', ונראה דאפשר לפרש מה דאמרינן תנאה הוא באופן דסבר ר' יוחנן דהוי שיורא וכמו שכתבו בתוס' בד"ה אפי' מאה, דר"ל דמעכשיו יתחילו הקדושין ולאחר ל' יגמרו, אלא דרב סבר דעיקר הקדושין הוי מעכשיו רק דקבע זה בתורת תנאי שאם יהיה אפשר שיגמרו לאחר ל' אז יחולו מעכשיו, וחזרה באמת לא מהני כיון דחלים מעכשיו, והנ"מ הוא רק לענין אם ימות וכמש"כ הרמב"ן דאז לא שייך שיגמרו ואף דאם נתקדשה לאחר או חזרה ג"כ לא שייך שיגמרו מ"מ כיון דמעשה הקדושין מצד עצמם שייך שיגמרו לא מהני לא קדושין ולא חזרה כיון דחלים מעכשיו, ועכשיו מיושב דבאמת גבי פרה צריך דוקא דקיימא באגם וכמו לר' יוחנן ועיין מש"כ התוס' בדף פ"ב, ומבואר מש"כ הרמב"ם אפי' עומדת באגם אף דפסק דתנאה הוא, אבל זה מיושב לתי' הא' של

המ"מ דר"נ נמי מיירי במעכשיו אבל לתי' הב' דר"נ מיירי בלא מעכשיו רק אנן קיי"ל כסוגיא דס"פ האשה שנפלו דדוקא במעכשיו מהני, א"כ אין להרמב"ם יסוד לומר דאפי' במעכשיו צריך דוקא קיימא באגם, ואף דלפי מש"כ פירושא דתנאה אפשר לבאר כן אבל עכ"פ אין להרמב"ם מקור ע"ז לכן נראה יותר לפי"ז כתי' הראשון של המ"מ כנ"ל.

עתה נבוא לדברי הראב"ד והמ"מ, והנה מש"כ מקודם לבאר דברי המ"מ בה' גירושין בתירוצו הא' דהגמ' מדמה גט בלא מעכשיו, לפרה במעכשיו ובארנו דסובר דגדר תנאה הוא תנאי אם יהיה אפשר ליגמר לאחר שלשים אז יחול מעכשיו, והנה זה שייך אם נימא דגדר משיכה הוא הכנסת רשות דבמה שמושך בסימטא הוא כמו שמכניסה לרשותו וכענין שכתבו התוס' בקדושין דף כ"ה בשם הר"ר חיים כהן דמש"ה לא מהני מסירה בסימטא משום שתיכף שהביא המוכר בהמתו נעשה המקום כחצרו ומשיכה דמהני משום שעקר הלוקח ממקומו הראשון, ולכן נימא דאז נחשב כאלו מושכו הלוקח לרשותו, וכן כתבו התוס' להדיא ביבמות דף צ"ג ע"א וז"ל אבל משיכה קונה במעכשיו ולאחר ל' כיון דבסוף ל' הפרה עומדת באגם שהוא מקום הראוי לקנין, דע"י תחלת משיכה שהותחל קנין נעשה האגם רשותו והו"ל כמשיכה אריכתא ואפי' יצתה מן האגם תוך ל' או אפי' משכה המקנה לחצרו, ושוב בסוף ל' חזרה לאגם קני עכ"ד. אבל אם נימא דמשיכה הוא רק מעשה קנין א"כ א"א כלל דליהני משיכה לאחר ל' דהא כלתה משיכתו.

ולכן לתי' הב' של המ"מ וכפי שיטתו כאן דמה דאמר עומדת באגם הוא לאו דוקא ואפי' בר"ה נוכל לומר דסובר דמשיכה הוא רק מעשה קנין, ולכן לא שייך לומר גבי פרה דהתנאי הוא על אפשרות גמר הקנין כיון דמשיכה א"א כלל לימשך, ולפי"ז ע"כ נימא דגם מה דאמר בדף פ"ב אליבא דר' יוחנן דאם עומדת באגם קני הוא לאו דוקא אגם דא"א לומר דבדר' יוחנן נפרש דוקא אגם ובדר"נ נפרש דלאו דוקא דמנ"ל לפרש כן ואין לומר משום דקיי"ל דתנאה הוי דאדרבא הא גופא קשיא דמנ"ל לפסוק דתנאה הוי דלא כר' יוחנן ור"נ דאמרי הכי, ובלא זה הקשה הלח"מ דלמה פסק הרמב"ם כשמואל ולא כר' יוחנן, ולכן ע"כ צ"ל דכיון דנימא דמשיכה אינו אלא מעשה קנין ולא הכנסת רשות דיהיה שייך לומר כמש"כ התוס' שיוגמר הקנין אחר ל', גם ר' יוחנן מודה דא"א לומר גבי משיכת פרה דהוי שיורא, וע"כ דתנאה היא וכפירש"י או כפי' הרמב"ן.

ועכשיו מיושב מה שהקשה הלח"מ במה דפסק הרמב"ם כאן דתנאה הוא ובקדושין פסק דהוא ספק תנאה ספק חזרה דלפי דברינו לא שייך להסתפק גבי פרה בספק חזרה היינו דהוא רוצה להקנות לאחר ל' כיון דלאחר ל' כלתה משיכתו, ואף דלא קיי"ל כר"מ דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה זהו כמש"כ התוס' בכתובות דף ע' היכי שאנו

צריכין לתקן דבריו, אבל הכא דהשאלה איך לפרש דבריו בודאי לא נפרש באופן שאי אפשר לפרשם כן, ולכן גבי פרה ודאי תנאה הוא, וזהו טעמא דר' יוחנן ור"נ דסברי דקנה אפי' עומדת באגם והכונה ברשות שאינו שלו כמש"כ המ"מ.

ולפי"ז מבואר מה שכתב המ"מ דהרמב"ם אינו מודה להראב"ד ואפי' אי קיימא בחצרו בסוף ל' לא מהני, דהראב"ד סובר דדין משיכה הוא הכנסת רשות, ומה דלא מהני לאחר ל' זהו דכיון דלא הותחל הקנין לא נעשה האגם רשותו, וכמש"כ התוס' הטעם דדוקא ע"י שהותחל הקנין נעשה רשותו, ולכן סובר הראב"ד דאם בסוף ל' קיימא בחצרו מהני דאף שלא הכניסה בשעת משיכה לחצרו מ"מ כיון דעיקר המשיכה הוא קנין של רשות הלוקח, וכיון שאמר שיחול הקנין אחר ל' א"כ כל היכי דמצי לחול אמרינן דכן היה דעת המוכר שיחול באופן זה שאחר ל' יקנה ע"י רשותו כיון דעיקר קנין המשיכה הוא ע"י שמושכה לרשותו וקונה ע"י רשותו, ולדעת הראב"ד באמת נפרש דאגם דכתב הרמב"ם הוא דוקא וכמו שכתבנו לפי דברי המ"מ בה' גירושין, אבל המ"מ דסובר כאן דדעת הרמב"ם דאפי' בר"ה, וע"כ דסובר דמשיכה אינו קנין ע"י הרשות אלא מעשה קנין ולאחר ל' כלתה משיכתו ולא מהני אפי' מעכשיו ולאחר ל' לענין זה א"כ שפיר שחולק על הראב"ד וסובר דלדעת הרמב"ם לא קנה הלוקח אפי' אי קיימא לאחר ל' בחצרו של לוקח כיון שלא הקנה לו בקנין חצר כלל.

פרק ג

הלכה א

אחד הבהמה ואחד שאר המטלטלין נקנין במעות דין תורה ומשנתן את המעות קנה ואין אחד מהם יכול לחזור בו אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלין אלא בהגבהה או במשיכת דבר שאין דרכו להגביה.

הלח"מ הביא דברי המ"מ פ"א מה' זכיה שכתב דעכו"ם קונה במשיכה ובכסף ולא קיי"ל כסוגיא דבכורות, והקשה דמנ"ל לומר כן וכתב טעמים לזה ולא הזכיר שכבר כתבו כן בתוס' בב"מ דמ"ח בשם הר"ר חיים ע"ש, עוד הקשה מד' הרמב"ם בפ"ו מה' מעילה, ודבריו אינם מספיקים ליישב ואכתוב מה שנראה בזה והנה זה לשון הרמב"ם שם בהל' ט' י' נטל פרוטה של הקדש ונתנה לבלן אע"פ שלא רחץ מעל, שהרי נהנה בהיותו רוחץ בכל עת שירצה, וכן אם נתנה לאחד מבעלי אומנות מעל אע"פ שעדיין לא עשו מלאכתו, קנה בה חפץ ולא משך אם מן העכו"ם מעל, ואם מן הישראל לא מעל, ובב"מ דף מ"ח מבואר דמהא דתנן נתנה לבלן מעל מוכח דלספר דאיכא לממשך תספורת לא מעל עד

דמשיך, וזהו לר"ל אבל לר' יוחנן דאמר ד"ת מעות קונות מעל אף בישראל, ומייתי שם ברייתא דנתנה לסיטון מעל אע"ג דמחסרא משיכה, וקשה דברי הרמב"ם בתרתי, חדא מה שחלק גבי קנה בה חפץ בין קנה מעכו"ם או מישראל, ועוד דאם יש חילוק א"כ גם בנתנה לאחד מבעלי אומנות לא מעל.

והנה בע"ז דף ס"ג גבי אתנן מבואר דבזונה ישראלית דמחסרא משיכה לא הוי אתנן, וכתבו שם בתוס' דאפי' לר' יוחנן דד"ת מעות קונות מ"מ כיון שהפקיעו חכמים הקנין גם ממנה הפקיעו ולא הוי אתנן ולא דמי להא דבפ' הזהב נתנה לסטון מעל שקניית הכסף מועיל, דכיון דמעל מה"ת מי יפקיע המעילה ממעות הקדש, וד' התוס' צריכין ביאור, עמש"כ בזה הלח"מ וכן המהר"ם בחדושיו ודבריהם אינם מספיקים.

והנראה לי בכונת דברי התוס' דבאמת הפקעת חכמים היה בין על החפץ בין על המעות אלא דמ"מ יש חילוק בין אתנן למעילה, משום דבדין מעילה דמוציא מעות הקדש מעל והמעות יוצאים לחולין לכאורה היינו מפרשים דבזה שראובן נותן מעות הקדש לשמעון וקנה שמעון המעות לכן מעל ראובן, אבל באמת קשה לומר כן דאיך יכול שמעון מעיקרא לקנות מעות הקדש האם אפשר לגזול מהקדש, וע"כ דהדין הוא להיפוך דכשראובן נוטל מעות הקדש להקנותם לשמעון מעל ראובן ויצאו המעות לחולין ומשום זה קנה שמעון המעות.

ועכשיו מבואר דאיברא דהפקיעו חכמים קניית המעות אבל זה סוברים התוס' דהוא בגדר הפקעה היינו שיש כאן קנין מה"ת והפקעת הקנין מדבריהם, ולכן גבי אתנן שפיר כיון שחכמים הפקיעו הקנין לא נעשה אתנן כלל, אבל גבי מעילה כיון דכשרוצה להקנות מעות הקדש מעל קודם ההקנאה וכיון דעכ"פ בא להקנות מעות הקדש מה"ת לכן מעל, ואף שחכמים הפקיעו הקנין, אבל המעילה לא הפקיעו דתיכף כשבא להקנות כבר מעל ויצאו המעות לחולין.

ובדעת הרמב"ם כתב הלח"מ דאינו מחלק בין הא דאתנן להא דמעילה רק בנתנה לאחד מבעלי אומנות לר' יוחנן מעל בישראל משום דלא שייך תקנת נשרפו חטיך בעליה, והנה לפי דברי הלח"מ יסבור הרמב"ם דכמו שהפקיעו קנין החפץ מהלוקח ה"נ הפקיעו קנין המעות מהמוכר, אבל מדברי הרמב"ם בפ"ז הלכה ג' במש"כ שם דכ"ז שלא קיבל המוכר מי שפרע המעות הן באחריות המוכר, מוכח דהמעות הן ברשותו דהמ"מ כתב שם דדעת הרי"ף דהמעות הן בהלואה אצלו. ומשמע דכן שיטת הרמב"ם וא"כ צריך טעמא למה לא מעל כיון דהמעות ברשות המוכר והוציא המעות מרשות הקדש.

אלא דבאמת לא צריך לזה דכבר בארתי בפ"ב מה' גנבה דדעת הרמב"ם אינו כשיטת

רש"י ותו' וסובר דבמוציא מרשות הקדש לא מעל אא"כ נהנה וכן הוא מפורש גם בהלכה זו שהבאנו שכתב שהרי נהנה בה, וא"כ הוא פשוט דאין כאן חילוק בין אתנן למעילה דכיון דעכ"פ קנין החפץ הפקיעו חכמים ולא נהנה לכן שפיר דלא מעל, ומבואר דעת הרמב"ם דחילק בין נתנה לאחד מבעלי אומנות ובין קנה בה חפץ.

אולם עוד אינו מבואר הא דנתנה לסיטון מעל דאיתא שם דזהו לר' יוחנן דד"ת מעות קונות ובאמת הרמב"ם השמיטה וכתב הלח"מ ליישב לפי"מ שכתב הרמב"ם בפיהמ"ש על מתני' דהסיטון מקנח מדותיו דסיטון הוא המחלק הסחורות של בעלי הסחורות על בעלי התבואות, ולפי"ז כתב הלח"מ דסיטון הוא סרסור ולא כפירש"י דסיטון הוא חנוני והפרוטה שנתנו לו אינה לשם קנין אלא שימדוד במדותיו והוא כמו אחד מבעלי אומנות, ומלבד שהוא פי' דחוק שהפרוטה הוא בשביל המדה הנה במס' דמאי פ"ב משנה ד' דאיתא שם כל המשפיעים במדה גסה רשאים למכור את הדמאי אלו הן המשפיעים במדה גסה כגון הסיטונות ומוכרי תבואה כתב הרמב"ם בפיהמ"ש וסיטון הוא המוכר מאכלים רבים במדה גסה ומוכח דסיטון הוא מוכר, ולשון הרמב"ם בהמוכר את הספינה לא קשה דמה שכתב שהוא המחלק סחורות מבעלי הסחורות לבעלי החנויות זהו ג"כ בדרך מכירה שהוא לוקח מבעלי הסחורות ומוכר לבעלי החנויות, כמו היום אצלנו שהסיטונות לוקחים מבתי החרושת ומוכרים לבעלי החנויות המוכרים לאחדים, וממילא נשאר בתימה הא דנתנה לסיטון מעל, וסבור הייתי לומר דלפי"מ שפירש"י, דנתנה לסיטון הוא על ערבון, א"כ בזה ג"כ לא שייך התקנה דנשרפו חטיך בעליה כיון שאין כל המעות ביד מוכר, אבל באמת זה אינו דבפ"ז הל' א' מבואר להדיא דגם בנותן ערבון לא קנה אלא למי שפרע.

לכן נראה לפי"מ שראיתי בדקדוקי סופרים דמה דאיתא בגמ' ובדקה לוי במתניתיה ואשכח נתנה לסיטון מעל תיבת ואשכח ליתא בכת"י, והוא הגהת מהרש"ל שהגיה כן, וכתב שם בכונתו משום דאמר בגמ' ע"ז אלא קשיא לר"ל הא מני ר"ש הוא, ומוכרח דנתנה לסיטון מעל הוא ברייתא, והעיר בזה שכבר כתב הרמב"ן בחדושיו דליתא אלא קשיא וכו' בנוסחי דוקאני, ולכן העיקר הוא כפירש"י שכתב ובדקה הגיהה והוסיפה בתוספתא שסידר ושנה בה, וזהו רק הוספת לוי ולא ברייתא, ולכן נאמר דלוי באמת סובר דכיון דד"ת מעות קונות אף שחכמים הפקיעו הקנין לא מהני הפקעת חכמים להוציא מידי מעילה מד"ת, אבל מסוגיא דע"ז גבי אתנן מוכח דמהני הפקעת חכמים להוציא מידי אתנן וה"נ מהני להוציא מידי מעילה ומה דפסק הרמב"ם כסוגיא דע"ז ולא כסוגיא דב"מ דמביא הא דלוי בסתמא, זהו בשביל דהגמ' מייתי שם מימרא דרבא

דקרא ומתניתא מסייע לר"ל ומתניתא הוא מתני' דנתן לבלן מעל, ואמר רב דוקא בלן אבל ספר לא מעל דבעי לממשך תספורת, דזהו כר"ל דלר' יוחנן גם בספר מעל, אבל לדידן דקיי"ל כר' יוחנן קשיא מתני' דתנן נתנה לבלן ויכולים אנו לומר דמתני' לא חלקה כלל בין בלן לספר וכל בעלי אומנות כיון דד"ת מעות קונות ותקנת נשרפו חטיך לא שייך בבעלי אומנות א"כ אין חילוק בין בלן לשאר בעלי אומנות, אבל עכ"פ מדתנן בלן ולא נתנה לחנוני כדתנן התם בריש פרק ג' ולאשמעינן דאף דלא לקח מהחנוני הפירות מעל בנתינת הפרוטה כמו דאשמעינן בבלן שמעל אף שלא רחץ וע"כ דתנן נתנה לבלן לאפוקי חנוני ולסוגייא דב"מ קשיא מתני' לר' יוחנן וע"כ צ"ל דגם לר' יוחנן לא מעל עד שיקח הפירות כיון שחכמים הפקיעו הקנין וזהו כסוגיא דע"ז ולא ס"ל כלוי דתני נתנה לסיטון מעל וכנ"ל.

אלא דאכתי לא רווחא שמעתא דכיון דשיטת הרמב"ם דמוציא מעות הקדש לא מעל עד שיהנה א"כ איזה סברא הוא דסבר לוי דכיון דמד"ת קנה הסיטון לכן מעל הא כיון דעכ"פ חכמים הפקיעו הקנין ולא קנה הפירות א"כ לא נהנה הנותן, והך סברא לא אפשר אלא לשיטת רש"י ותו' דמעל ע"י ההוצאה מרשות הקדש לחוד, ובזה אפשר לומר דכיון דמדאורייתא הוציא מרשות הקדש מעל, אבל כיון דבעינן הנאה הא עכ"פ ליכא הנאה.

לכן נראה לבאר המחלוקת שבין הסוגיא דב"מ והסוגיא דע"ז דהנה שיטת הבעה"מ הוא דכל זמן שלא חזר המוכר או הלוקח המקח קנוי ללוקח, ולכן סובר דאם נאנס המקח קודם שחזר בו הלוקח אינו יכול לחזור בו ולקבל הכסף, ולכאורה משמע דגם רש"י סובר כן, ולכן פי' בהא דאמרינן דמשום הא דנשרפו חטיך בעליה תקנו חכמים דמעות אינם קונות, דמשום זה דמוקמינן להו ברשותו מסר נפשיה טרח ומציל, דהוא משום שמא יוקרו ויוכל לחזור בו, ולא כתב משום דאם ישרף יצטרך לשלם, אכן הרמב"ן במלחמות הוכיח מד' רש"י בגיטין פ' הנזקין דאם נאנסו המוכר חייב לשלם, ובהל' ה' נבאר, ודעת הרמב"ם בהלכה ה' ו' דאם נאנסו המוכר חייב לשלם.

ולכן נוכל לומר דבהך סברא פליגי הני תרי סוגיות דהסוגיא דב"מ סובר דקודם שחזר בו המקח קיים ולכן מעל כשנתן לסיטון דנהנה בקיום המקח עד שלא יחזור בו המוכר ואף דעכ"פ יכול לחזור בו, כיון דצריך לקבל מי שפרע אפשר לא יחזור בו, אבל זהו דוקא לר' יוחנן דמעות קונת ד"ת, אבל לר"ל אף דגם לדידיה צריך המוכר לקבל מי שפרע אם יחזור בו מ"מ כיון דעכ"פ לא זכה בשום דבר והמי שפרע אינו אלא משום דברים ואיכא בהדייהו מעות לא מיקרי נהנה, אבל לר' יוחנן מיקרי נהנה כיון שכבר זכה במקח, ולהך סוגיא ודאי לא קשה גבי אתנן והא מחסרא משיכה, דהא לא מיירי כלל

שחזר בו ושפיר קתני דאתננה אסור, ולכן הסוגיא דע"ז ע"כ סוברת כשיטת הרמב"ם דכיון שהפקיעו חכמים לא נגמר הקנין ולא זכה הלוקח כלל במקח, ולכן לא הוי אתנן ולכן גם כאן לא מעל ולפי"ז אפי' לא הפקיעו קנין המעות כיון דהפקיעו קנין המקח לא מעל, ומה דפסק כסוגיא דע"ז הוא כמו שכתבנו משום דלדידן מוכח ממתני' דנתנה לבלן דקנה חפץ מחנוני לא מעל וכמו שבארנו.

-השמטות ומלואים-

לעיל בארתי דהרמב"ם סובר כסוגיא דע"ז דסברה דכיון שהפקיעו חכמים המקח שנקנה במעות לא נגמר הקנין ולא זכה הלוקח במקח ולכן לא הוי אתנן, ומשום זה פסק גבי מעילה דאם קנה חפץ במעות של הקדש ולא משך לא מעל, וקשה על זה דבפ"ט מהל' תרומות הל' י' כתב הרמב"ם יראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אע"פ שעדיין לא משך הלוקח ה"ז אסור להאכילה תרומה שדין תורה מעות קונות כמו שיתבאר בהלכות מקח וממכר, ואם מכר ישראל לכהן אע"פ שנתן הדמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך עכ"ל, ומבואר להדיא דמהני דין דאורייתא לאסור הבהמה בתרומה, והנה מה דלא מהני דין דאורייתא לענין דין מעילה הי' אפשר לומר עפ"מ שכתבתי שם דדעת הרמב"ם הוא דדין מעילה אינו על הוצאה מרשות הקדש לחוד אלא דצריך שיהי' לו הנאה, וכיון דחכמים הפקיעו הקנין א"כ אין לו הנאה, אבל לא יתיישב בזה דהרמב"ם בפ"ד מהל' איסורי מזבח פסק להדיא כסוגיא דע"ז דבזונה ישראלית כיון דלא קניא אלא במשיכה לכן בא עליה ואח"כ נתן לה אתננה מותר, ומוכח דאפי' נגמר אח"כ הקנין ומשך החפץ לא אמרינן דנגמר הקנין למפרע, וא"כ כשמכר הכהן את בהמתו לישראל בכסף למה לא תאכל בתרומה דהא אפי' אם לא יחזור הכהן מהמכירה מ"מ לא נגמר הקנין למפרע.

ונראה לפימש"כ בפ"ז מהל' נז"מ הל' י"ב בדף מ"ה במה דגבי בכור אינו נוטל פי שנים בשבח דשלפופי והוי תמרי, והראיתי דיש ד' דינים בשבח, בבכור ובבע"ח ובניזק ובנגזל, ובכולם עיקר היסוד הוא משום דהוא גדר שלו ואינו ברשותו, ויסוד זה למדתי ממה דאמרינן דיש לבכור קודם חלוקה והכא אמרינן עד דמטיא לידיה, ומוכח דדין יש לבכור קודם חלוקה הוא בדין זכות ליטול חלק הבכורה, אבל אכתי אין הנכסים עומדים ברשות הבכור, ועיין מש"כ התוס' בב"ב דף קכ"ו ובדברי הרא"ש שם ועיין בדברי הרמ"ה שם על הא דמסקינן דיש לבכור קודם חלוקה שכתב וז"ל ואי קשיא לך הא דגרסינן בבכורות פ' יש בכור גבי אין הבכור נוטל פי שנים בשבח וכו' דרבא אמר דיבם נמי לא שקיל שבח ששבחו נכסים בין יבום לחלוקה מה טעמא כבכור מה בכור אין לו קודם

חלוקה אף יבם אין לו קודם חלוקה, דש"מ דאין לו לבכור קודם חלוקה התם למזכיה בגופיה דממונא קנין גמור למיהוי כמאן דפלגי ושקליה לחולקיה כי היכי דנימא דכי שבחי נכסי בתר הכי ברשותיה אשבח וכו' וכי קאמרינן הכא דיש לו לבכור קודם חלוקה זכותא בעלמא קאמרינן דההוא זכותא דזכי ליה רחמנא יכול לזבונה ולמתבא במתנה קודם חלוקה וכו', ודברי הרמ"ה הם כדברינו.

אלא שצריך לבאר דאיך יכול למכור חלק בכורה הא קיי"ל דאין אדם מוכר דבר שאינו ברשותו, וצריך לומר דלא דמי לדבר שהוא ביד הגזלן שאין הנגזל יכול למכרו משום שאין ביד הנגזל כלום והגזלן אינו רוצה כלל להשיב הגזילה, אבל הכא אין האחין מפקיעין זכות הבכור ובשעת חלוקה יתנו לו חלק הבכורה ולכן יכול למכור זכות זה מה שיש לו ליטול מהאחין, והנה אף דהתוס' והרא"ש וכן הרמ"ה תפסו לעיקר דרשת הגמ' מספרי דבי רב מבכל אשר ימצא לו, אבל מעיקרא אמר בגמ' על פלוגתא דרבנן ורבי מ"ט דרבנן מתנה קרייה רחמנא, מה מתנה עד דמטיא לידיה אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה, ומבואר דלשון מתנה הוא כשהוא כבר ברשות הנותן והוא שלו וברשותו.

ועכשיו מבואר דסבר הגמ' דע"ז וכן פסק הרמב"ם דאתנן הוא גדר מתנה ולא הוי עליה שם אתנן עד דמטא לידה, וכיון דחכמים הפקיעו הקנין ואין האתנן ברשותה ע"י הביאה לא הוי אתנן גם מה"ת, ומבואר מה שכתבתי שם דסוגיא דב"מ וסוגיא דע"ז פליגי משום דגבי מעילה צריך דוקא שיהי' הנאה להמוציא, ולכן ע"כ דהסוגיא דב"מ סברה דעד זמן שיחזור בו המקח קיים לגמרי, ומטעם זה סובר הבעה"מ דאם נאנס המקח אין המוכר חייב להחזיר הדמים דאין להלוקח אלא דין חזרה כל זמן שהמקח קיים, ולכן לר' יוחנן דד"ת מעות קונות מעל גם בנתנה לספר אף דמיחסרא משיכה, דכל זמן שלא חזר בו המקח קיים ואם בא לחזור צריך לקבל מי שפרע, וממילא גם לגבי אתנן שפיר הוי אתנן דכל זמן שלא חזר בו הוי ברשותה, דחכמים לא הפקיעו המקח, ואפשר עוד דאם אנו צריכין לדין חזרה הכא גבי אתנן לא שייך חזרה כלל, דיכולה הזונה לומר לא נתרציתי לביאה אלא עבור טלה זה, ואף דהר"נ בהלכות הוכיח שם מהך דינא דהשוכר את הפועל והתנה ליתן חטים דיכול ליתן דמיהם זהו להלכה דליכא דין קנין, רק שאנו באין מכח תשלומי שכירות, לכן אמרינן דלא נתחייב אלא חטין או הדמים דמהני לתשלומין, אבל אי אמרינן דהקנין נגמר אלא דנתנו ללוקח ולמוכר זכות לחזור מסתבר דזהו דוקא בקנין בעד מעות שמחזיר לו המעות אבל הכא אינו יכול להחזיר לה הנאתו שכבר נהנה ממנה בזה מסתבר דיכולה לומר דרוצה דוקא בהטלה ולא בדמים ולא מהני חזרה כלל, וצריך לעיין בזה כי הוא חידוש לדינא לשיטת הבעה"מ, אבל הסוגיא דע"ז סברה דחכמים

הפקיעו המקח לגמרי וכיון דמדרבנן נפקע המקח לגמרי גם קודם החזרה אין הטלה ברשותה ולא הוי אתנן ולכן גם גבי מעילה אף דצריך לקבל מי שפרע מ"מ כיון דמדרבנן לא זכה כלל בהמקח לא מיקרי הנאה ולא מעל המוציא.

ומיושב עכשיו דמה דפסק הרמב"ם בפ"ו מה' מעילה דאם קנה בה חפץ מישראל ולא משך לא מעל משום דפסק כסוגיא דע"ז, וכמו שפסק בפ"ד מה' איסו"מ דאם בא עליה ואח"כ נתן לה אתננה מותר, אבל גבי תרומה דאמרה תורה קנין כספו ולכן כיון דמדאורייתא הוי הבהמה קנין כספו של הישראל לכן אסור להאכילה תרומה, ואם קנה הכהן בהמה מישראל בכסף אסור נמי להאכילה תרומה דכיון דחכמים הפקיעו הקנין גם קודם חזרה א"כ מדבריהם אינה של הכהן ובודאי לא יאכילנה תרומה.

הלכה ב

כיצד המקבץ עצים או פשתן וכיוצא בהן ועשה מהן טעון גדול שאי אפשר להגביהו אינו נקנה במשיכה שהרי אפשר להתיר האגד ולהגביהו עץ עץ וכן כל כיוצא בזה, אבל אם היה טעון של אגוזים או של פלפלים או של שקדים וכיוצא בהן והיה גדול שאין אחד יכול להגביהו הרי זה נקנה במשיכה שאם יתירו יתפרד ויהיה לו בו טורח גדול וכן כל כיוצא בזה.

השגת הראב"ד כיצד המקבץ עצים או וכו', א"א זהו שאמרו הלוקח פשתן לא קנה עד שיטלטלנו ממקום למקום ומפרש לה בהגבהה וכן עיקר מיהו לא צריך להתירו ולהגביהו עץ עץ אלא אע"פ שהוא טורח עליו להגביהו שלם ותאמר אין דרכו בהגבהה אפילו הכי ניחא ליה בהגבהה טפי ממשיכה משום דמשמט עכ"ל.

בגמ' אמרו שאני פשתן דמשתמיט והרמב"ם מפרש דאפשר לשמטו ולכן אפי' הוא גדול דרכו בהגבהה בשביל שאפשר להתיר האגד, והראב"ד מפרש דמשתמיט כשימשכו את הטעון ישתמטו ממנו הוצני הפשתן, ולכן ניחא ליה טפי בהגבהה, ולפי' הראב"ד צ"ל שאינו גדול כ"כ שאין באפשרי להגביהו אלא שהוא טורח להגביהו ולכן בשביל דמשתמט ניחא ליה טפי בהגבהה אבל אם אי אפשר להגביה לא אמרינן דבשביל דמשתמט לכן ניחא ליה יותר להתיר הקשר ולהגביה מעט מעט דעכ"פ ניחא ליה יותר למשוך ומעט ההוצנים שישתמטו מהטעון יקח אותם, ולכן פי' הראב"ד שעכ"פ אפשר להגביהו שלם רק שהוא טורח, ולפי"ז יהיה מחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד להלכה דאם היה טעון גדול שאי אפשר במציאות להגביהו אז להראב"ד נקנה במשיכה, והמ"מ לא הזכיר שיצא מחלוקת זו להלכה וכתב ומש"כ הר"א ז"ל שאם הגביה כל הטעון שלם קנה בכך פשוט הוא, והיינו דהרמב"ם אינו חולק ע"ז לומר דדבר שאין דרכו להגביה

אינו נקנה בהגבהה, דלא אמרינן אלא דדבר שאין דרכו להגביה נקנה במשיכה, וגם הראב"ד לא כיון להשמיענו זה בתורת חידוש דנקנה בהגבהה, ומש"כ ותאמר אין דרכו בהגבהה היינו דיהיה נקנה גם במשיכה אבל לפי"מ שבארנו יהיה מחלוקת ביניהם להלכה בטעון גדול שא"א להגביהו.

אכן הרשב"ם הביא פי' הר"ח שכתב שאני פשתן דמשתמיט כיון שאם ימשך מתנתק אין דרכו להימשך לפיכך קני בטלטול וכתב הרשב"ם ולפי הלשון הזה איכא לאוקמי אפי' בשליפי רברבי ואפי' הכי ליתא במשיכה אלא בהגבהה משום דמתנתק במשיכה, ומשמע דאפי' בשליפי רברבי ממש שא"א להגביהו שלם לא קנה במשיכה, וכן כתב הרמב"ן בחידושיו להדיא וז"ל שאני פשתן דמשתמיט וכיון שיש לו פסידא כ"כ במשיכתו אף כשהוא עשוי שלופי רברבי מתיר קשריו ומגביהו פחות פחות ואין דרכו במשיכה עכ"ל, ולהדיא דאינו מפרש כהראב"ד דבשביל דמשתמיט במשיכה מגביהו שלם, אלא דמתיר קשריו דע"י משיכה דמשתמיט יפסד.

והנה בחו"מ סי' קצ"ח סעיף א' שכתב המחבר כדעת הרמב"ם כתב ע"ז הרמ"א ויש חולקין וס"ל דאפי' בעצים נקנה במשיכה הואיל ואיכא טורח להתיר ולהגביה, וכתב ע"ז הגר"א ז"ל ויש חולקין כו' כפי' רשב"ם שם [היינו דהרשב"ם מפרש שאני פשתן דמשתמיט ולכן לא מיירי בשליפי רברבי] וכן לפי' ר"ח שהביא רשב"ם והסכים הרמב"ן לפי' ר"ח ולכן לא כ' בהג"ה פשתן שנראה שהביא דעת ר"ח עכ"ל, וכונת הגר"א הוא דלפי' ר"ח וכביאורו של הרמב"ן דבפשתן בשביל דמשתמט ויתלכלך ויפסד ניחא ליה יותר להתיר הקשר מלמשוך, וזה לא שייך אלא בפשתן, אבל בעצים לא שייך סברא זו, ודוקא לדעת הרמב"ם דבלא טעם דלא ניחא ליה במשיכה כיון דיש עצה להגביה ואינו טורח גדול כמו בשל אגוזים או פלפלים לא נקנה במשיכה, לכן אף בעצים נמי לא נקנה במשיכה, ובדעת הראב"ד יש לומר דלשיטתו אינו חולק על זה שכתב הרמב"ם עצים וכן משמע מדבריו, משום דאינו מפרש טעמא שאם ישתמט יפסד אלא דבשביל זה ניחא ליה יותר להגביהו שלם, ולכן גם בעצים איכא סברא דמשתמיט, וזהו שלא הזכיר הגר"א שיטת הראב"ד אף דלכאורה פי' הראב"ד זהו פי' הר"ח והרמב"ן אבל לפי"מ שבארנו יש חילוק ביניהם וכמש"כ.

נמצא דלפי"מ שבארנו יש כאן ד' שיטות, שיטת הרמב"ם דמה דאפשר להתיר הקשר סגי דליחשוב דבר שדרכו להגביה אף דליכא טעמא שלא יהיה ניחא ליה במשיכה, דעת הראב"ד דדוקא בשביל דאיכא טעמא דלא ניחא ליה במשיכה ומפרש דאיכא רק טורח להגביהו שלם אבל אפשר במציאות, ולכן ניחא ליה להגביהו שלם ונ"מ היכי דא"א

להגביה, דעת הר"ח והרמב"ן דבשביל דלא ניחא ליה במשיכה שיפסד לכן ניחא ליה להתיר קשריו ולהגביהו מעט מעט ונ"מ בעצים שלא יפסדו, דעת הרשב"ם הוא דליכא חידוש כלל בפשתן אלא דבשביל דמשתמיט לא מיירי בשליפי רברבי.

הלכה ה

ולמה תקנו חכמים דבר זה במטלטלין גזירה שמא יתן הלוקח דמי החפץ וקודם שיקחנו יאבד באונס וכגון שנפלה דליקה ונשרף או באו לסטים ונטלוהו, אם יהיו ברשות הלוקח יתמהמה המוכר ולא יצילהו לפיכך העמידוהו חכמים ברשות המוכר כדי שישתדל ויציל החפץ שאם אבד חייב לשלם. נמצאת אומר שאם נתן דמי המקח ונאנס קודם שיקחנו ואמר לו הלוקח תן לי מקחי או החזר לי את מעותי ואע"פ שיש עדים שאבד באונס ולא היה כח במוכר להצילו ולא נתרשל בדבר ה"ז מחזיר את הדמים שהרי תקנו חכמים משיכה.

בהלכה א' הבאתי דעת בעה"מ דאם נאנס קודם שיחזור בו הלוקח אין המוכר חייב לשלם דאף דיכול הלוקח לחזור אינו אלא כשהחפץ בעין, וכתבתי דלכאורה דעת רש"י כן דבמה דאמרו בגמ' אי מוקמית ליה ברשותיה מסר נפשיה טרח ומציל פירש"י דמכי מוקמת להו ברשותיה לחזור בו אם הוקרו מסר נפשיה לאצולינהו מימר אמר עדיין שכרי תלוי בהם שאם יתייקרו אחזור בי, ומוכח דאם נשרף אינו עומד ברשות המוכר שיצטרך להחזיר הכסף, אלא דמזה אין ראיה דרש"י כתב זה לר' שמעון דסובר מוכר יכול לחזור בו ולא לוקח ולכן ה"נ דאם נשרף אין המוכר מחזיר הדמים כיון דהלוקח אינו יכול לחזור בו אך מדברי רש"י אח"כ בהא דאמר רב חסדא כך תקנו משיכה בלוקח, וכתב ע"ז דכ"ש כי מוקמת לחזרה נמי ברשות לוקח מסר נפשיה המוכר וטרח ומציל שאם יראה הלוקח דליקה באה יאמר חוזרני בי, מלשון זה מוכח דדוקא כי יראה דליקה באה יחזור, אבל אחר שנשרף אינו יכול לחזור.

אכן הרמב"ן במלחמות הוכיח מדברי רש"י בגיטין פ' הנזקין דף נ"ב דסובר דהוא ברשות מוכר לדליקה, ואף דגם דעת רש"י שם הוא דעיקר התקנה הוא שיוכל מוכר לחזור אם יוקרו דבשביל זה יציל, דהא כתב שם דמה דגבי הדיוט מוקמינן ליה ברשות מוכר לדליקה זהו בההוא הנאה דקיימי ברשותיה לחזרה, אבל עכ"פ דברי רש"י כאן שכתב דאם יראה הלוקח דליקה באה יאמר חוזרני בי מוכח דסובר דאם כבר נשרף ברשותו נשרף.

ונראה לפימש"כ בהל' א' דביסוד זה אם הפקיעו חכמים הקנין לגמרי או שנתנו רק רשות לחזור, פליגי בזה הסוגיא דב"מ עם הסוגיא דע"ז ושהרמב"ם פוסק כסוגיא דע"ז,

א"כ מיושב גם שיטת רש"י דאף דבב"מ פי' שאם נשרף נשרף ללוקח כדעת הבעה"מ, מ"מ פי' בגיטין דנשרף למוכר וזהו משום דמסוגיא דע"ז מוכח דהפקיעו לגמרי הקנין, ומכיון דלפי סוגיא דב"מ מתני' דנתנה לבלן כר"ל לכן סבר שם הגמ' בגיטין כפי סוגיא דע"ז וכמו שבארתי.

ובמה דנימא דשיטת רש"י בב"מ הוא כדעת הבעה"מ דאין המקח ברשות מוכר אם ישרף יבואר דעת רש"י שכתב דנ"מ בין ר' יוחנן לר"ל לענין קדושין, וכתב ע"ז הריטב"א ואינו מחוור דכיון דמדרבנן אין קונות הפקר ב"ד הפקר ואף לר' יוחנן אינה מקודשת, אבל בדעת רש"י נראה דכיון דכאן הולך לפי דעת הבעה"מ דלשרפה היא ברשות לוקח משום דכ"ז שלא חזרו בהם המקח קיים, ולכן שפיר מקודשת ומש"כ רש"י אם קידש בו את האשה פשוט דכונתו אם קידש הלוקח בהחפץ כגון שהקנהו בק"ס, דאם היה כונתו אם קידש המוכר בהמעות היה לו לכתוב אם קידש בהן, ולענין המעות כ"ש דהוי קדושין ואפשר דסובר כמש"כ התוס' בדף מ"ג דלר' יוחנן יכול המוכר להשתמש במעות ופשיטא דהוי קדושין, אכן מדברי הריטב"א מוכח דמפרש ד' רש"י לענין המעות דבזה שחלק על רש"י כתב למ"ד דלית ליה רשות להוציאן, אבל מלשון רש"י מוכח כמש"כ.

וראיתי לרבינו ירוחם במישרים נתיב י' ח"ב שכתב דדעת רש"י הוא כדעת הבעה"מ ודבריו תמוהין דהא שיטת רש"י בגיטין דלא כדעת הבעה"מ וצ"ל דתופש לעיקר דעת רש"י בב"מ שהוא מקור הסוגיא.

והנה מדברי הרמב"ם בהלכה זו מוכח דעיקר התקנה דנשרפו חטיך הוא דכיון דיהיה המקח ברשות מוכר לענין דליקה ע"כ מציל שאם אבד חייב לשלם, ולכאורה היינו אומרים דזה בשביל דקיי"ל כרבנן דגם לוקח יכול לחזור בו, אבל לר"ש דאמר מוכר יכול לחזור בו ולא לוקח א"כ לגבי לוקח המקח קיים וכי נשרף שלו נשרף, והתקנה הוא שיוכל המוכר לחזור אם יוקרו ולכן טרח ומציל כדפירש"י, אבל זה אינו מיושב דא"כ הוי נ"מ בין ר"ש לרבנן בעיקר התקנה דלרבנן אנו מפרשים התקנה כמש"כ הרמב"ם דיציל המוכר שאם אבד חייב לשלם, וא"כ אינו מיושב מה דאמר רב חסדא כדרך שתקנו משיכה במוכרים כך תקנו משיכה בלקוחות, ואם נאמר כן נמצא דתלי תניא בדלא תניא דהא לרבנן עיקר התקנה הוא בלוקח כדי שיהיה המקח ברשות המוכר ויציל ולא שייך לתלות לוקח במוכר, ונראה דזהו טעמא דרש"י שפי' בגיטין דטעמא דקיימא ברשות מוכר לענין דליקה הוא בההוא הנאה דקיימא ברשותו לחזרה, וזהו משום דמר"ח מוכח דגם לרבנן היה עיקר תקנה במוכר רק דסברי דכיון דתקנו במוכר תקנו גם בלוקח ומשו"ה הוי ברשות מוכר לענין דליקה.

ובדעת הרמב"ם נראה דסובר דגם לר"ש דמוכר יכול לחזור בו ולא לוקח אין טעם התקנה שיציל המוכר בשביל זה שיוכל לחזור בו אם יוקרו, דבאמת אינו דבר ברור שיטרח להציל בדליקה דלפעמים הוא טרחא גדולה משום שמא יוקרו דמי יודע אם יוקרו, אלא דגם לר"ש כיון דמוכר יכול לחזור ע"כ המקח ברשותו ולא נקנה עוד להלוקח ואם נאבד ברשותו נאבד, ומה דסבר דהלוקח אינו יכול לחזור בו זהו משום דכיון דיש כאן ב' קנינים, המוכר זכה בהכסף והלוקח בהמקח, ולכן סבר דכיון דלענין טרח ומציל סגי בחד הפקעה שיפקיעו קנין המקח מהלוקח דממילא קיימא ברשות המוכר לענין דליקה, לא הפקיעו קנין המעות מהמוכר, וכמו שכתבו התוס' בדף מ"ג דגם לרבנן הכי הוא רק דהתוס' כתבו דקנה לענין זה שיוכל להשתמש במעות, ונעשו הדמים חוב על המוכר אם יחזור אחד מהם, בטעמא דר"ש יפרש כן הרמב"ם לא לענין זה דיכול להשתמש במעות ונעשו הלואה אלא דקנה המוכר המעות לגמרי, דאינו מחוייב ליתן תמורתם להלוקח אלא המקח, ואם אין לו המקח ע"כ צריך לשלם המעות, ועכשיו מבואר שפיר מה דאמר רב חסדא כדרך שתקנו משיכה במוכרין כיון דלעיקר התקנה הוי סגי בזה שהמוכר יכול לחזור בו דממילא קיימא ברשותו.

הלכה ו

לפיכך אם היה ביתו של לוקח שיש בו החפץ שנמכר מושכר למוכר, לא תקנו לו חכמים משיכה שהרי המקח ברשות הלוקח ומשנתן את הדמים נקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו. וכן השוכר המקום שאותן המטלטלין הנמכרין מונחין בו קנה ואין א' מהן יכול לחזור בו ואע"פ שלא הגביה ולא משך ולא נמסרו לו שהרי נעשה ברשותו, וכבר ביארנו ששכירות קרקע נקנה בכסף או בשטר או בחזקה.

לפיכך אם היה ביתו של לוקח וכו', חולקים בזה המ"מ והכ"מ דהמ"מ מפרש מטעם חצר והכ"מ מפרש משום דל"ש תקנת נשרפו חטיך, וכ' הלח"מ דממש"כ הרמב"ם וכן השוכר וכו' מוכח כפי' המ"מ אבל קשה במש"כ ומשנתן הדמים נקנה המקח, ועוד אינו מובן מש"כ לפיכך דלא שייך להקודם, ונראה דזה ודאי דממה שכתב וכן השוכר מוכח כפי' המ"מ דמטעם חצר קנה, דא"א לומר דגם הא דוכן השוכר קאי אם נתן כסף ומהני אפי' בחצר שאינה משתמרת, דבפ"ד הל' ו' כתב עד שיוציאם מרשותו בשכירות מקומן וכיוצא בו וכמו שבארנו, ושם לא מיירי מנתינת כסף ומוכח דגם הכא מיירי מדין קנין חצר, ומה שהקשה הלח"מ דלמה כתב ומשנתן הדמים קנה נראה דאשמעינן דקנה ולא אמרינן דאיכא בזה גזרה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה כיון שהוא ברשות המוכר שהוא השוכר והמשכיר אינו דר שם, והך דינא לא שייך לאשמעינן אלא היכי דנתן

המעות והיינו שגמרו הקנין ע"י נתינת מעות, דאם גמרו הקנין בלא נתינת מעות ל"ש לגזור שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה דאף דע"פ דין קנה הלוקח ומחוייב לשלם להמוכר הדמים אע"פ שנשרף מ"מ יציל המוכר כדי שלא יצטריך לדין עמו להוציא ממנו.

ועכשיו מיושב ג"כ מה דכתב הרמב"ם לפיכך דעיקר דינא אשמעינן כאן דאף דשייך לגזור דיאמר לו נשרפו חטיך בעליה מ"מ קנה משום דלא גזרו חכמים אלא על קנין כסף, אבל קנין זה שקנה בשביל שעומד ברשותו לא גזרו, והמשך הדברים במה שכתב לפיכך הולך על מה שכתב מקודם ה"ז מחזיר את הדמים שהרי תקנו חכמים משיכה, והוא שתקנו חכמים שלא יהיו מטלטלין נקנין אלא כשימשוך הלוקח מרשות המוכר, וע"ז כתב לפיכך אם היה ביתו של לוקח וכו' והיינו דאף דשייך לגזור שיאמר לו נשרפו חטיך מ"מ לא גזרו בזה דעיקר התקנה לא היה אלא שימשוך מרשות המוכר, וכיון שכאן עומד ברשות הלוקח קנה.

הלכה ט

בד"א כשהיו אותן המטלטלין צבורין באותה קרקע אבל אם היו במקום אחר צריך שיאמר לו קנה מטלטלין אגב קרקע, אפי' היו אותן המטלטלין במדינה אחרת ואמר לו קנה אותם על גבי קרקע פלונית, כיון שקנה הקרקע נקנו המטלטלין אע"פ שאינן צבורין בתוכה, ואם לא אמר קנה אגב קרקע לא קנה, וקרקע כל שהיא קונין על גבה כל מטלטלין שירצה.

השגת הראב"ד, אגב קרקע לא קנה א"א זה ההפרש שכתב בין צבורין לשאינן צבורין אינו מחוור דשמעתא לא מיחזיא אלא לעולם אגב וקני בעינן אפי' בצבורין בה דאי לא היכי פסקיה למילתא ואמר והלכתא אגב וקני בעינן צבורין לא בעינן, והא זימנין דצבורין בעינן ואגב לא בעינן עכ"ל.

המ"מ מפרש דמה דבצבורין לא בעינן אגב וקני הוא משום דבצבורין קני מטעם חצר והביא הכ"מ שכן מפרש גם הר"ן והקשה ע"ז דא"כ היה לו לחלק ולומר דדוקא בחצר המשתמרת קני, ובזה כ' הכ"מ דסמך על מש"כ במק"א, אלא דבעיקר מילתא כתב דאין הטעם משום חצר אלא משום דכשאין צבורין צ"ל אגב וקני להודיע שעם הקרקע הוא מקנה המטלטלין, אבל כשהם צבורין הענין עצמו מוכיח, ונראה דדברי הכ"מ מוכרחין ומקודם עלינו להקדים דאפי' לפי' המ"מ והר"ן דמה דסובר הרמב"ם דבצבורין לא בעינן אגב וקני זהו מטעם חצר מ"מ במה דמיבעי מעיקרא בגמ' אי בעינן צבורין ע"כ דאין הכונה דליקני מטעם חצר דהא בעי זה על עיקר דין אגב דמתני' וע"כ דכדבעי לומר

דבעינן צבורין היינו דבדין אגב בעינן צבורין ונ"מ היכי דלא קני מטעם חצר והוא באינה משתמרת, והאבעיא ע"כ דלא כר"פ בפ"ק דב"מ דבדעת אחרת מקנה קני אפי' בחצר שאינה משתמרת, ומש"כ הר"ן בדעת הרמב"ם שכתב דבצבורין לא בעי אגב וקני דזהו מטעם חצר כונתו משום דלא מצינו בגמ' שני דיני אגב וכיון דמסיק דלקנות באגב צריך שיאמר לו קנה אגב קרקע א"כ מנלן לחלק בין צבורין לאינם צבורין, ולכן ע"כ מה דלא הצריך שיאמר אגב וקני בצבורין זהו משום דקונה מדין חצר בלא דין אגב, ולזה הקשה הר"ן דהו"ל לפרש דדוקא בחצר המשתמרת.

אכן כל זה לדברי הר"ן אבל לדברי המ"מ שמפרש דמה דאמרו בגמ' והלכתא צבורין לא בעינן אגב וקני בעינן דהיינו דבאין צבורין בעינן אגב וקני, והגמ' ע"כ מיירי בחצר שאינה משתמרת דאל"כ היכי הוי ס"ד לומר דבעינן צבורין דא"כ למה לי אגב הא קני מטעם חצר, וא"כ ע"כ אנו מוכרחין לדברי הכ"מ דבצבורין לא צריך לומר אגב משום דכל מה דצריך לומר אגב וקני היינו שיהיה מוכיח שמקנהו אגב קרקע, ולכן בצבורין הענין בעצמו מוכיח.

והנה הריב"ש הביאו הלח"מ הוכיח כדברי הרמב"ם מהא דר"ג וזקנים דהא לא אמר אגב, וכתב הריב"ש כהר"ן דהוא מטעם חצר ומשום דבדעת אחרת מהני אף בחצר שאינה משתמרת כדאמר ר"פ בפ"ק דב"מ, והקשה הלח"מ דהא הרמב"ם בפ"ד מה' זכיה פסק דלא כר"פ ודחק הלח"מ לומר דבמקנה מטלטלין אג"ק מהני קנין חצר אף באינה משתמרת בדעת אחרת מקנה, ורצה הלח"מ לצרף כאן קנין חצר עם קנין אג"ק ובעצמו כתב שזהו דוחק. ובאמת אין מקום לצרף שהם שני קנינים שאינם שייכים זל"ז. לכן נראה דמהא דר"ג וזקנים בודאי מוכח כדעת הרמב"ם דכיון דפסק דלא כר"פ א"כ ע"כ אג"ק הקנה להם. וקשה דהא לא אמר שיקנו אג"ק וע"כ דהיכי שהם צבורין לא בעינן אגב וקני דמטעם חצר א"א דהא היה חצר שא"מ כדאמר בפ"ק דב"מ.

ואף דבקדושין בעי בגמ' להוכיח דלא בעינן צבורין מהא דר"ג דאמר ומקומו מושכר לו ומשני כי היכי דלא לטרחינהו ולא משני משום דלא אמר אגב יש לומר דזהו מקודם דבעי אי צריך אגב ולמסקנא דצריך אגב היכי דאין צבורין באמת לא צריך לשנוייא דכי היכי דלא לטרחינהו. אכן אינו מוכרח דצריך לזה דאפשר דאינו מיושב לומר דמשו"ה אמר ומקומו בשביל דלא אמר שיקנו אג"ק דכיון דמשמע דהגמ' סובר דאיכא דיוקא במה דאמר ומקומו שהשכיר מקום התבואה שהיה בתוך ביתו כמבואר שם. שהיה יכול להשכיר בשדהו. וא"כ אינו מיושב בזה דלא אמר שיקנו אגב קרקע דהא עכ"פ היה יכול לומר שיקנו אג"ק. אח"כ ראיתי להגר"א ז"ל בביאורו לחו"מ סי' ר"ב שכתב וז"ל ואתייא

מתני' דמ"ש כפשטה דל"ק אגב ולכן אמר ומקומו בדוקא עכ"ל וזהו כמש"כ בתחלה. עכ"פ מכיון דר"ג לא אמר שיקנו אגב מוכח דבצבורין לא צריך אגב וקני ומדין אגב ולא מדין חצר וכד' הכ"מ וכנ"ל.

אכן עלינו לבאר דעת הראב"ד דצריך ישוב במה שחולק על הרמב"ם דהא דבריו מוכרחין מהא דר"ג וזקנים. ונראה דאף דהראב"ד אינו סובר דבצבורין לא בעינן אגב וקני משום טעמו של הכ"מ שהענין מוכיח מצד עצמו דכונתו להקנות באגב. דבאמת אין זה מוכח כיון שהמטלטלין היו מונחים מקודם בקרקע זו א"כ מה מוכיח דכשהקנה הקרקע והמטלטלין היה כונתו להקנות המטלטלין אגב הקרקע אבל כשהשכיר מקומו בשעת ההקנאה בזה שפיר הוי כמו שאמר קנה מטלטלין אגב קרקע ועיקר השגת הראב"ד הוא משום דאינו מפרש כפי' המ"מ בהא דאמר בגמ' והלכתא צבורין לא בעינן אגב וקני בעינן ומפרש המ"מ דאגב וקני בעינן כשאינן צבורין. ולגירסת הראב"ד והמ"מ שגורסים להיפוך אגב וקני בעינן צבורין לא בעינן עוד יותר מיושב פי' המ"מ דבצבורים לא בעינן אגב וקני ולא קשה כלל מה שהקשה הראב"ד דהא זימנין דצבורין בעינן ואגב לא בעינן, רק שהראב"ד מפרש כפשוטו דמסיק הגמ' דבעינן אגב וקני ולא בעינן צבורין, ולכן שפיר הקשה והוכיח דבכל גווני בעינן אגב וקני.

הלכה יא

המקנה עבדים וקרקעות כאחד החזיק בעבדים לא קנה הקרקעות החזיק בקרקעות לא קנה עבדים עד שיהיו עומדין בתוך הקרקע ואע"פ שאמר לו קנה עבדים ע"ג קרקע לא קנה עד שיהיו בתוכה, שהעבד מהלך לדעת עצמו.

השגת הראב"ד מהלך לדעת עצמו וכו' א"א ולמה בעי שיהיו בתוכה והרי אמר לו אגב וקני וכבר אמרו דהיכי דא"ל אגב לא בעינן צבורין בה, ומה שכתב שהעבד מהלך לדעת עצמו מה בכך הא לא בעינן צבורין בה, אלא כי איתא להא מילתא בדלא א"ל אגב, ואיכא דקאי כוותיה דמטלטלי דניידי לא מהני ליה אגב אלא בעינן צבורין בה ושמעתא דב"ק העבדים והקרקעות ה"נ משמע, אלא דקשיא עלה שמעתא דב"ב מכר לו פרה מכר לו טלית מעיד לו עליה, ושמעתא דמאה צאן מאה חביות דמהני בהו אגב אפי' במטלטלי דניידי ואע"פ שאינן צבורין בה עכ"ל.

כתב המ"מ דכדעת הרמב"ם כן כתבו התוס' והרשב"א דמה דאמרו שאני מטלטלי דניידי היינו שיש להם דעת ומהלכין לדעת עצמן, והראב"ד לא נראה לו לחלק בזה לכן סובר דסוגיא דקדושין ודב"ב דמבואר דיש קנין אגב לבהמה חולקים על סוגיא דב"ק, ואפשר דסובר דמשום זה השמיט הרי"ף סוגיא דב"ק שתמה המ"מ ע"ז, אכן מה שכתב

הראב"ד על טעמו של הרמב"ם שהעבד מהלך לדעת עצמו דמה בכך הא לא בעינן צבורין צריך ביאור דמשמע דאי הוי בעינן צבורין הוי ניחא, דזה היה שייך אם היינו אומרים דגם אם עומדין בתוכה לא מהני ובזה היה אפשר לומר דכיון שהעבד מהלך לדעת עצמו לא מהני מה שבשעת קנין עומדין בתוכה, אבל כיון דבעומדין בתוכה קני ובאין עומדין בתוכה לא מהני א"כ ע"כ טעם שהעבד מהלך לדעת עצמו הוא דבשביל זה אינו נטפל להקרקע אלא דוקא בעומדין בתוכה, א"כ מה זה שהקשה הראב"ד הא לא בעינן צבורין, וצ"ל דזהו גופא השגתו דכיון דלא בעינן צבורין ולא צריך לדין אגב שיהיו המטלטלין בתוך הקרקע א"כ לא שייך טעם מהלך כלל ואה"נ דטעם זה היה שייך רק אי הוי בעינן צבורין והיינו אומרים דבמהלך לדעת עצמו גם צבורין לא מהני, ומש"כ הראב"ד אלא כי איתא להא מילתא בדלא אמר לו אגב, כונתו דאין חילוק בין ניידי ללא ניידי כסוגיית הגמ' דקדושין והחילוק בין עומדין לתוכה לאין עומדין בתוכה איתא בלא א"ל אגב וזהו לשיטת הרמב"ם דהראב"ד בעצמו השיג בהל' ט' גם בזה וסובר דבלא א"ל אגב וקני גם בצבורין לא מהני וכן כ' הלח"מ והפי' הב' שכתב הוא דחוק.

ונראה דהרמב"ם והראב"ד מחולקים בגדר במה שנטפלו המטלטלין להקרקע בדין קנין אגב דהראב"ד מפרש דהטפלה הוא בדין הקנין, ולכן השיג דאין טעם לסברא דמהלך לדעת עצמו אלא אם היינו אומרים דבעינן צבורין ודבעבד שמהלך לדעת עצמו לא מהני צבורין, אבל על טפלות הקנין מה גורע בזה שמהלך לדעת עצמו, אבל הרמב"ם מפרש דהטפלות הוא בעצם המטלטלין דהמטלטלין נטפלים להקרקע ואף דאינם צבורין בתוכה כיון שהדבר תלוי בדעת הבעלים ומכי אמר קני אגב קרקע עשאם טפלים להקרקע, ולכן אמרינן דבעבד שהוא מהלך לדעת עצמו ואינו תלוי בהבעלים שאם יחפוץ להביאו לקרקע זו ביכלתו למנוע א"ע מלילך, ולכן אינו נטפל להקרקע אא"כ עומדין בתוכה דאז שפיר נטפל להקרקע, ואף דיכול אח"כ לילך משם לא קפדינן ע"ז כיון דעכ"פ בשעת הקנין היה על הקרקע.

ובזה מבואר עיקר מחילוק במה דצבורין לא בעינן אגב וקני משום דבצבורין נעשו בעצם טפלים להקרקע, אבל באינם צבורין צריך שהבעלים יעשו אותם טפלים להקרקע, אבל הראב"ד סובר דהטפלות הוא בהקנין ומה דצריך אגב וקני הוא שיעשה טפלות בהקנין וא"כ גם צבורין לא מהני דעכ"פ לא טפלם בהקנין וכמש"כ למעלה בהלכה ט' במה דהראב"ד ע"כ יודה לסברת הכ"מ דמשום זה מהני מקומו מושכר לו.

הלכה יד

אמר לו המקנה משוך בהמה וקנה כלים שעליה הואיל ולא הקנה לו גוף הבהמה, אע"פ שמשכה והיא כפותה לא קנה כלים שעליה עד שימשוך הכלים עצמן.

כתב המ"מ דאמרו בגמ' והלכתא בכפותה זהו כשאמר לו קנה בהמה וקנה כלים אבל אי א"ל משוך בהמה וקני כלים אפי' היתה כפותה לא קנה הכלים דהא חצרו של מוכר היא והיאך תקנה ללוקח, ומבואר בדבריו דמשיכה בכליו של מוכר לא מהני, וכן לקמן בפ"ד הל' ה' במש"כ הרמב"ם טעון של פירות שהיה מונח בר"ה ומשכו לוקח לרשותו או לסימטא אחר שפסק הדמים קנה, כתב המ"מ דזהו מה דמוקים בגמ' במתכלי דתומי שאינן בכלי הא אם היו בכליו של מוכר לא כמו שנתבאר דכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה, ומוכח דסובר דכיון דלא מהני לקנות בתורת חצר לא מהני בזה משיכה, דמשיכה זהו הכנסה לרשותו, ויקשה מזה על מש"כ בפ"ב הל' ח' וט' דדעת הרמב"ם דמשיכה אינה הכנסת רשות אלא מעשה קנין, אלא דיש לומר דאף דמשיכה הוא מעשה קנין אבל עכ"פ הוא מגדר הכנסת רשות והיינו דכיון שעושה מעשה ומכניס החפץ לרשותו זהו מעשה קנין לקנות החפץ, ולכן כיון דכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה דלא נתפס שם הרשות על החפץ לכן גם לענין משיכה לא הוי מעשה קנין.

והנה בחו"מ סי' ר' כתב הטור וכן המחבר בשו"ע, דמשיכה מהני בכליו של מוכר, ומקור הדברים הוא מדברי התוס' והרא"ש בב"מ דף ט' גבי הך אבעיא דמשוך בהמה זו וקני כלים שעליה שהוכיחו מדלא בעי במשוך קופה מוכח דבמשוך קופה ודאי מהני לקנות הכלים שבתוכה, רק בבהמה בעי משום דמשיכת הבהמה שהולכת מעצמה לא שייכא בכלים וכתב הרא"ש דאף דבכפותה נמי איירי מ"מ סתם קנית הבהמה ע"י הילוך, עוד הוכיח הרא"ש מהגמ' דשבת דף צ"א דבמשיכת הכיס קנה המעות אם יכול להוציאן דרך פיו אע"פ שלא הוציא כל הכיס ולא קנאו, עוד הוכיח מב"ב דף פ"ה דאיתא שם עד שיגביהנה או שיוציאנה מרשותו ובעי לאוקמא התם בכליו של מוכר וקנה הפירות כשהוציא הכלי מרשותו וכן הוכיחו שם התוס' והרא"ש, עוד הביא הרמב"ן בב"ב ראיות לזה ונביאם לפנינו, ולפי דברי המ"מ בדעת הרמב"ם דמשיכה בכליו של מוכר לא מהני יקשה כל הראיות האלו ועלינו לבארם לפי דעת הרמב"ם.

והנה הראיה הראשונה שהוכיח דמדלא בעי במשוך קופה מוכח דבמשוך קופה ודאי מהני נראה שמה שהוסיף הרא"ש על ד' התוס' וכתב דאף דבכפותה איירי מ"מ סתם קניית הבהמה ע"י הילוך אינו סברא מרווחת, דמה נוגע לנו קניית הבהמה כשהיא מהלכת שאינו ע"י האדם, עכ"פ עכשיו בכפותה היתה המשיכה כדרך משיכת כלים ע"י

האדם, וראיתי שהרא"ש בעצמו הרגיש בזה וכתב בב"ב דף פ"ו טעם אחר משום דבהמה אין נעשית בסיס לכלים והפ"ח שם ציין למש"כ הרא"ש בב"מ אבל ברור שיש כאן חזרה דלא שייך כלל טעם זה למש"כ בב"מ, אבל גם טעם זה צריך ביאור דלמה צריך לזה דין בסיס כיון דעכ"פ נמשכו הכלים ע"י משיכת הבהמה הכפותה.

ואפשר לומר דכונת הרא"ש הוא דכ"ז דאין הדבר הנמשך בסיס להכלים אמרינן דהכלים לא נמשכו דהם עומדים במקומן והבהמה נמשכה, וכמו דאמר בגמ' גבי ספינה דמינח נייחא ומיא דקא ממטו לה, ומצאתי כלשון זה ברמב"ן בחדושיו במה דאמר בגמ' אי א"ל קני בהמה וקני כלים מי קני חצר מהלכת היא, וכתב הרמב"ן וז"ל איכא למידק והא אנן משום משיכה קאמרינן ולא משום חצר כדקאמר מי מהניא משיכת בהמה לקנות כלים, וי"ל דמשום משיכה לא אפשר למיקני שהרי הכלים מונחים ועומדין, וצ"ל דסובר הרא"ש דכ"ז לענין בהמה דלא הוי בסיס אבל קופה דהוי בסיס חשוב חדא משיכה, אבל גם סברא זו אינה ברורה כמו שחזר בו הרמב"ן מזה בב"ב וסובר דבאמת מהני משיכה דבהמה לקנות כלים וכל הסוגיא בב"מ הוא רק אם רוצה לקנות מטעם חצר, ומהא דספינה מינח נייחא אין ראיה לכאן דהתם לענין חצר מהלכת לומר דלא חשיב מהלך כיון שאינו מהלך בעצמו אבל לענין משיכה שפיר חשוב משיכה דה"נ אמרינן שם גבי קלתא דמינח נייחא ואיהו דקא מסגיא מתותה ומ"מ בפשוטו כשאדם נושא חפץ שפיר נקרא משיכה, ולדעת הרמב"ן לפי"מ דסבר מקודם צ"ל דאה"נ דלא נקרא משיכה אלא הגבהה, ומשיכה אינה אלא כשמושך הדבר בעצמו על הקרקע אבל עכ"פ אין הדבר מוכרח בפרט שהרמב"ן בעצמו חזר בו מזה.

והנה לדברי הרמב"ן דכל האבעיא הוא מטעם חצר ולא בעי כלל מדין משיכה א"כ אין מקום להוכיח דמשוך קופה וקני כלים שעליה קני, כיון דכל האבעיא הוא אי אית ליה קנין בגופה דבהמה כדי לקנות אגבה את הכלים וכמש"כ הרמב"ן, ובין לפירושו בב"ב בין לפירושו בב"מ עכ"פ אין ראיה מכאן, אכן בדעת הרמב"ם א"א לפרש כדברי הרמב"ן דממה שפסק דלא קנה הכלים אם משכה והיא כפותה מוכח דמפרש דלענין זה הוי האבעיא, אלא דמ"מ אין להקשות על דעת הרמב"ם מהוכחה זו, דהרמב"ם אינו מפרש כהרא"ש דהרא"ש מפרש והלכתא בכפותה היינו דמה דבעי במשוך דמוכח מזה דבאמר קני בהמה הוי קני כלים היינו משום דבכפותה קני, ולכן כתב הרא"ש דהאבעיא נשארה בספק לענין משוך ומזה שפיר מוכיח דדוקא בבהמה מיבעי ליה אבל במשוך קופה ודאי קני, אבל הרמב"ם פסק דבמשוך ודאי לא קני, וכבר תמה הלח"מ דאמאי לא פסק דמהני תפיסה כדין ספק אבעיא, אכן הפשוט דהרמב"ם אינו מפרש דהא דאמר והלכתא

בכפותה הוא לפרש דברי ר"א, אלא הוא מסקנת הגמ' להכריע להלכה דבכפותה אי אמר קני בהמה קני, ומפרש דבהא דאמר והלכתא בכפותה הוא בגדר פשיטות על כל השו"ט דלא קנה אלא באמר קני בהמה וקני כלים ובכפותה וכן מבואר מדברי המ"מ, א"כ נוכל לומר דבאמת אין חילוק כלל ממשוך בהמה למשוך קופה ור"א דבעי במשוך בהמה זהו גופא דמיבעי ליה דאף דמשיכה בכליו של מוכר לא קני אבל הכא דאמר לו משוך אפשר הוי כמו שהשאיל לו הבהמה וכמו שהקשו בתוס', וכדמסקינן והלכתא בכפיתה ובקני בהמה דוקא היינו משום דלא הוי כמו שהשאיל לו וכמש"כ התוס'.

אלא דלפי"ז צריך ישוב לדעת הרמב"ם מה דהקשה רבא אי א"ל קני בהמה וקני כלים מי קני חצר מהלכת היא והא ר"א בעי במשוך מטעם משיכה ולא מטעם חצר, ונראה לפימש"כ למעלה בדברי המ"מ בפ"ד שכתב דמשיכה בכליו של מוכר לא מהני כמו דלא קנה כליו של מוכר ברשות לוקח, דזהו משום דמשיכה הוא משום גדר שמכניס לרשות, וכתבתי דאפי' לדעת הרמב"ם בפ"ב לענין זה מודה דלא מהני משיכה אלא אם אפשר לקנות מטעם רשות, א"כ אפשר לומר דמשיכה ע"ג חצר מהלכת נמי לא קני, כיון דעיקר גדר משיכה הוא משום שמכניסה לרשותו וכיון דרשות מהלך לא קנה גם משיכה לא מהניא ברשות מהלך, ולכן שפיר הקשה רבא דכיון דאם א"ל קני בהמה וקני כלים לא קנה משום חצר מהלכת א"כ כ"ש במשוך בהמה דלא קנה במשיכה דכל דלא קנה ע"י חצר לא מהני שם גם משיכה.

ובמה שהוכיח הרא"ש מהגמ' דשבת יש לומר דזה תליא במחלוקת הראשונים אם משיכה דגנבה דמי למשיכה דקנינים והוא בפלוגתא דר"א ורבינא בכתובות דף ל"א דהפוסקים כרבינא דבר"ה נמי קנה סוברים דרבינא מחלק בין גנבה לקנינים דגבי גנבה כיון שהוציא מרשות הבעלים נתחייב, וא"כ י"ל דאם גנב והוציא מרשות הבעלים אף דאכתי מונח בכליו כיון דכליו של בעלים לא הוי לגמרי ברשותו דהא כליו של לוקח ברשות מוכר נמי לא קנה, וכיון שעכ"פ הוציא המעות באופן שיכול להוציאן שפיר נתחייב בגנבה, והרא"ש לשיטתו דסובר דבגנבה נמי לא קנה בר"ה וכמש"כ בפ"ג מה' גנבה ה"ב, והרמב"ן שהביא ראיה זו צ"ל דסובר ג"כ דלא כרבינא וכן משמע שבחדושיו לכתובות לא ביאר לחלק בין גנבה לקנינים ומשמע דסובר דרבינא סבר דבקנינים נמי מהני משיכה ברה"ר וכדעת הריצב"א בתוס'.

ומה שכתב הרא"ש להוכיח מהא דב"ב דתניא עד שיגביהנה או עד שיוציאנה מרשותו ובעי לאוקמא התם בכליו של מוכר וקנה הפירות כשהוציא הכלי מרשותו, נראה דהרמב"ם דייק בלשונו וכתב בהלכה ו' עד שיגביה הפירות או עד שיוציאם מרשותו

לומר דדוקא הפירות בעצמם ואף דלהלכה לא צריך לזה דבגמ' דחי בכליו של מוכר לומר דבכליו של לוקח אפשר דקני אפי' ברשות מוכר, אבל להלכה דלא קני שפיר מצי מיירי בכליו של לוקח מ"מ דייק הרמב"ם לכתוב עד שיגביה הפירות לומר דאם היו בכליו של מוכר לא מהני לא הגבהה ולא הוצאה מרשות ובודאי מפרש כן בברייתא דעד שיגביהנה או שיוציאנה קאי על עיקר הפירות כשהם בעצמם.

והנה הרמב"ן בב"ב הוסיף עוד להביא ראיה מהא דאמר בע"ז דף ע"א ואי ס"ד משיכה בנכרי קונה מדמשכה נכרי קנייא וכו' אי דקא כייל ורמי למנא דישראל ה"נ וכו', ומוכח דקנה העכו"ם כשמשך בכלי הישראל, וראיתי בש"מ בשם תוס' הרא"ש שכתב דהתם ע"כ לאו דוקא משיכה אלא הגבהה דהא ברשותו של ישראל איירי, ובדעת הרמב"ן דמביא ראיה מכאן נראה דסובר דמה דמהני הגבהה אפי' ברשות מוכר היינו משום דמגביה מהקרקע ואף דאויר חצר נמי קונה מ"מ כיון דהקונה מגביה לעצמו ובסתמא יוציא מהחצר הוי בגדר אויר שאין סופו לנוח וכיון דסתם הגבהה הוא באופן זה לכן אפי' מגביה לקנות ודעתו להחזיר ולהניח ברשות המוכר, מ"מ שפיר הוי מעשה קנין כיון דסתם הגבהה הוא בגדר הוצאה מרשות הבעלים, אבל כשמגביה בכליו של מוכר אין כאן הוצאה מהרשות ואם משיכה לא מהני הגבהה נמי לא מהני, ומצאתי להריטב"א בע"ג שם שכתב וז"ל ויש שמביאין ראיה מכאן דהגבהה בכליו של מוכר קונה וכו' אבל אין זו ראיה דדילמא הכא לאו מנא דישראל מוכר קאמר אלא לכלי כשר וכו' אכן דחוי זה הוא דחוק אבל עכ"פ מבורר דגם על ההגבהה בכליו של מוכר יש לדון, דלא דמי למגביה ברשות מוכר וכמש"כ.

ונראה דהתוס' בב"מ דף ט' הקשו דבמשוך אמאי מספקא ליה דכיון שהשאילה לו הרי היא כאלו היא שלו עד לאחר הקנין ויקנה מטעם חצר וכתבו וי"ל דכשאמר משוך לא השאיל לו הבהמה לקנות הכלים מטעם חצר אלא במשיכת הבהמה, ובדברי התוס' אינו מבורר אם כונתם דלא הוי גדר חצר שאולה או משום דלא השאיל לו שיקנה בתורת חצר, אכן בש"מ בשם הריטב"א הקשה ג"כ דליקני מתורת חצר כמו ומקומו מושכר לו, וכ' וז"ל וי"ל דהתם הוא שמושאל לו להשתמש בו והוי כשלו אבל הכא שאינו (ממשיכי לו) [משאילו] אלא בקנין זה מספקא לן עכ"ל וא"כ בע"ז דמיירי שם שהישראל מודד לכליו ומוכרו להעכו"ם באופן שהעכו"ם יקח הכלי עם היין א"כ הוא משאיל לו הכלי ובודאי קנה במשיכה, ואף דלפי"ז יקשה מה מוכיח דמשיכה לא קני דעכ"פ יקנה ע"י הכלי השאול מטעם חצר, אך באמת בגמ' פריך אח"כ ותיקני ליה כליו שמעת מינה כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה לוקח, וא"כ אפשר דרב אשי מוכיח להלכה דקיי"ל דלא

קנה, רק דהגמ' בעי אח"כ לשנויי אפי' אי נימא דקנה.

עוד הביא הרמב"ן וכן הרשב"א בש"מ בב"מ ראיה מירושלמי דקדושין פ"א דאיתא התם רב חסדא אמר משוך את הבהמה לקנותה קנה לקנות ולדותיה לא קנה, לקנות היא וולדותיה קנה ומקשי אילו האומר לחברו משוך הבהמה שיקנה לך משאוי שלה שמא לא קנה, ופריק הדא דתימא בשלא היתה הבהמה עוברה אבל היתה עוברה עשו אותה כמשאה, מפורש דקנה כלים במשיכת הבהמה, אבל ראיה זו אינה אלא לדעת הרמב"ן ודעימיה דסוברים דמה דמסיק דמשוך בהמה זו וקני כלים שעליה לא קנה היינו משום שאנו מפרשים דדעתו הוא דוקא לקנות בתורת חצר, אבל אם היה מקנה לו הכלים ע"י משיכת הבהמה ודאי קנה, ולפי"ז אין סתירה מהבבלי על הירושלמי ונוכל להוכיח מהירושלמי, אבל לשיטת התוס' והרא"ש דסוברים דכשמקנה לו ע"י משיכה ג"כ לא קנה, א"כ הבבלי חולק להדיא על הירושלמי רק שהתוס' והרא"ש מחלקים בין משוך בהמה למשוך קופה, והרמב"ם אינו מחלק וכמש"כ.

והנה מקור דברי המ"מ הוא מהא דהוצרך לשנויי במתכלי דתומי אף דאיכא נמי משיכה, אך הרשב"ם שם ביאר דלא מיירי מדין משיכה משום דמפרש דפירקן הוא בין מוכר בין לוקח דדנין כאן מדין קנין הרשות, וכתב הרשב"ם וז"ל ואית דמפרשי פירקן והכניסן לתוך ביתו היינו משיכה וכו' וטעות הוא בידם דא"כ היכי יליף מיניה דכלי של מוכר לא מעכב קנייה דרשות לוקח דילמא הא דקנה לוקח לאו משום קנית רשותו הוא אלא משום משיכה עכ"ל, והר"י מיגש פי' כדברי הרשב"ם וכתב ג"כ דאית דמפרשי מטעם משיכה ולא נהירא, וכדברי הרשב"ם, והנה האית דמפרשי הוא רבינו גרשום דכתב להדיא דפירקן היינו לוקח וכתב שמשך התבואה עצמה לרשותו, ומבואר דשיטת רבינו גרשום היא כשיטת הרמב"ם דמשיכה בכלי של מוכר לא מהני, ומה שהקשו הר"י מיגש והרשב"ם דא"כ מה מוכיח מכאן דכלי של מוכר ברשות לוקח קנה, כבר כתבנו בתחלת דברינו דזהו מה שביאר המ"מ דדין משיכה בכליו של מוכר תלוי בדין כליו של מוכר ברשות לוקח וכמו שבארנו.

הלכה יח

פשתן כשהוא מחובר לקרקע ויבש שאינו צריך לקרקע ואמר לו יפה לי קרקע כל שהוא וקנה כל מה שעליה כיון שתלש כל שהוא קנה הכל מפני התנאי הזה, אבל אם הקנה לו הפשתן הזה במכר או במתנה לא קנה, אלא מה שתלש שהרי הגביה וכן כל כיוצא בזה.

כתב המ"מ וז"ל ומ"ש קנה מפני התנאי הזה יש לפרש באותה תלישה ובשכר היפוי

ההוא קנה קרקע וקנה אגבו כל מה שעליו עכ"ל, ואין כונת המ"מ דקנה לגמרי את הקרקע שהרי לא הקנה לו הקרקע אלא דכונתו דקנה הקרקע בשכירות, וכ' הכ"מ בשם הנמוק"י דכיון שלא קנה אלא מדין שכירות קרקע יש לו להזכיר בפירוש מקום הקרקע שעומד בו הפשתן מושכר לך ביפוי זה דהא בעלמא אשכחן כה"ג ומקומו מושכר לו וכך מטין דברי רבינו, ודבריו תמוהים דאיך כתב שכך מטין דברי רבינו דהא לא הזכיר שצריך שיאמר לו בפירוש שמשכיר לו המקום, ובעיקר הדבר לא ראו המ"מ והכ"מ דברי הר"י מיגש בפירושו שכתב להדיא וז"ל דהו"ל כמו ששכרו ליפות קרקע מכיון שיפה לו הקרקע קנה הפשתן בתורת שכירות עכ"ל, ומוכח דעיקר הפשתן קנה בתורת שכירות עכ"ל, ומוכח דעיקר הפשתן קנה בתורת שכירות ולא ע"י חצר או אגב, וכן מבואר בלשון הרמב"ם בפי' המשנה וז"ל וכבר פי' הגמ' מה שאמר בכאן ותלש ממנה כל שהוא קנה, וזה כשיאמר זכה לי קרקע כל שהוא וקנה כל מה שעליו ולפיכך זה שקנאו הוא כדרך שכירות לפי ששכרו לעבודת זה המקום בדבר ידוע וכשעבד כמו שפסק עמו קנה שכירותו וקנה אותו הדבר הידוע עכ"ל, ומבואר דעיקר הפשתן קנה בשכירות.

אכן טעמו של הנמוק"י דלא ניחא לי' לפרש כן הוא משום דבשכר פעולה א"א לקנות אלא בתורת כסף ולפי"מ דקיי"ל בקדושין דף מ"ח ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וא"א לקדש אשה בשכר פעולה משום דהוי מלוה א"כ לשיטת הסוברים דמלוה לא קני במכר גם בשכר פעולה א"א לקנות אלא דאפי' לשיטת הרמב"ם דמלוה קונה במכר מ"מ עכ"פ לא עדיף מכסף, ובמטלטלין דכסף אינו קונה גם בשכר פעולה א"א לקנות, וזהו בודאי טעמו של המ"מ שהלך ג"כ בדרך הנמוק"י שאין טעמו בשביל מלוה דדעת הרמב"ם דקונה, וא"כ דברי הרמב"ם והר"י מיגש צריך ביאור.

והנראה בזה דהנה שנינו במס' שקלים פ"ד דנותנים מעות הקדש לאומני בה"ב בשכרן דהקדש מתחלל על המלאכה דכתיב ועשו לי מקדש שתהא המלאכה נעשית מן ההקדש, וכתב האבני מלואים בסי' כ"ח ס"ק ט"ז להוכיח מזה כדעת הרמב"ם דמלוה קונה במכר דכיון דבהקדש כסף כתיב ונתן הכסף וקם לו, והרי"ף כתב בפ' הזהב דמה דבהדיוט ד"ת מעות קונות הוא משום דיליף הדיוט מהקדש, וכיון דהקדש מתחלל על המלאכה אחר שכבר נגמר והו"ל מלוה א"כ מהני גם במכר, ואע"ג דר"ע יליף לה מקרא מ"מ כיון דמוכח מקרא דהקדש מתחלל על המלאכה ממילא מוכח דמהני מלוה במקום כסף גם בהדיוט כיון דילפינן הדיוט מהקדש, וכיון דלגבי מכר לשיטת הרמב"ם מהני גם שכר פעולה רק דהקשינו דעכ"פ לענין מטלטלין לא עדיף מכסף אבל לפי"ז מבואר דכיון דעיקר המלאכה הוא ג"כ בת תפיסת קנין כיון דהקדש מתחלל עליו, אלא דכיון דישנה

לשכירות מתחלה ועד סוף ואחר כל משהו מלאכה נעשה מלוה א"א להתקדש בזה, אבל לענין מכר כיון דהמלוה הוא מדמי המלאכה א"כ הו"ל כמו מכר לו פרה בדמי שור דמהני גם לענין קנין מטלטלין כמו שפסק הרמב"ם בפ"ה ה"ד ועיין מש"כ שם.

אולם לפימש"כ לבאר דברי הירושלמי פ"ג דקדושין הל' ו' דיש חילוק בין קנין כסף ובין קנין חליפין, דבקנין חליפין אינו מגרע דין ישנה לשכירות מתוע"ס משום דחליפין מחליף על עצם המלאכה ולא על חיוב המלאכה, א"כ מבואר שיטת הרמב"ם כאן דזהו מדין כל המטלטלין קונין זא"ז ואין אנו צריכין לדין דמי שור בפרה אלא דהפשתן נקנה בעיקר המלאכה, וממילא לא יהי' ראיה מדין הקדש מתחלל על המלאכה לשיטת הרמב"ם דמלוה קונה במכר ובפ"ז נבאר בעז"ה.

-השמטות ומלואים-

עיין במש"כ בפ"ו הל' ב' ועכשיו נבאר שכתבתי בזה דמסתבר דחליפין שוה בשוה הוא מגדר כסף.

פרק ד

הלכה ד

דבר הנקנה במשיכה אם היה בר"ה ומשכו הלוקח לרשותו או לסטמא כיון שהוציא מקצת החפץ מר"ה קנה.

השגת הראב"ד, א"א נ"ל שאין זה הדין בחפץ דהא קיי"ל בספינה כשמואל דאמר עד שימשוך את כולה אבל בבהמה ודאי סגי לה ביד ורגל עכ"ל.

כתב המ"מ דבודאי אף דעת רבינו כשמואל כמו שנתבאר פ"ג אלא דכאן הכונה שמשך החפץ כולו ממקום שהי' שם אלא דאכתי הוא בר"ה רק מקצת החפץ הוציא לרשותו או לסמטא וסובר דבזה מהני המשיכה, ובבאור מחלוקת הרמב"ם והראב"ד נראה עפמש"כ בפ"ב הלכה ח' וט' שחולקין בדין משיכה, דדעת הרמב"ם דדין משיכה הוא מעשה קנין ולא משום קנין חצר דהוי כמו שמכניסה לרשותו ולדעת הראב"ד הוא מגדר הכנסה לרשותו, וכן הוא דעת התוס' כמו שבארתי שם ולכן לדעת הראב"ד מבואר השגתו כאן דכיון דהכנסת רשות לא שייך אלא בסמטא ולא בר"ה, א"כ מה מהני שהכניס מקצת החפץ הא א"א לקנות ע"י קנין חצר אלא המקצת שהכניס וממילא סובר דלא קנה כלל כיון דאין זה בדרך קנין משיכה ובפרט במכירה שלא מכר לו מקצת החפץ אלא כולו, אבל דעת הרמב"ם דאין הקנין משום הכנסה לרשותו אלא דהוא מעשה קנין וצריך להוסיף דהוא מגדר קנין חזקה שבזה שמושכה מרשות הבעלים לרשותו או לסמטא

הוי בזה גדר בעלות שמראה בזה בעלות על החפץ הנקנה, ומה דלא קנה ברה"ר זהו דברה"ר אין בזה הוכחה על בעלות כיון דבעלים אין מניחין שם חפציהם, ולכן אם רק משך מקצת החפץ לסמטא או לרשותו הרי יש כאן כבר הוכחת בעלות על החפץ וכענין שאמרו בחזקה שאם החזיק בקרקע במקום א' קונה כל השדה, ולכן שפיר יש חילוק מדין מה דצריך להוציא החפץ מכל מקומו דזהו דין מיוחד במשיכה שצריך למשוך החפץ ממקום שהיה שם, וזהו החילוק ממסירה למשיכה דבמסירה אפשר לקנות אפי' במקומו ומשיכה להוציאו ממקומו, אבל מה דצריך למשיכה דוקא סמטא דזהו על הוכחת בעלות בזה מהני אפי' הוציאו מקצתו לסמטא וכנ"ל אכן מש"כ לכאורה הוא דלא כמ"ש בפ"ג הל' י"ד דגם להרמב"ם הוא משום גדר הכנסה לרשות ומש"ה לא מהני כליו של מוכר וחצר מהלכת אבל באמת י"ל דעכ"פ כיון דאינו אלא מגדר הכנסת רשות אבל מעשה הקנין בעצם הוא משום בעלות כנ"ל לכן סגי בהכנסת מקצתו ודוק בזה.

ומש"כ המ"מ דמדברי הרמב"ן בכתובות מוכח כדעת הרמב"ם דבריו תמוהים דבד' הרמב"ן מבואר להיפוך אלא דאין כאן סתירה דשם מיירי כשמשך מרשות הבעלים ועיין בשעה"מ פ"ג מה' גנבה שהאריך בזה.

הלכה ה

טעון של פירות שהיה מונח בר"ה ומשכו לוקח לרשותו או לסמטא אחר שפסק הדמים קנה, אע"פ שעדיין לא מדד, וכן אם מדדן הלוקח קנה ראשון ראשון בהגבהה.

כתב המ"מ דטעון של פירות זהו מה דאמר בגמ' במתכלי דתומי פי' חבילות שומין שאינם בכלי הא אם היו בכליו של מוכר לא, והיינו דמשיכה בכלי של מוכר לא מהני, והטור והמחבר בחו"מ סי' ר' פסקו דמשיכה מהני בכליו של מוכר, ועיין מה שכתבתי בזה בפ"ג הלכה י"ד שבארתי שיטת הרמב"ם שלא יקשה עליו הראיות שהביאו הראשונים דמהני.

והנה מדברי הרמב"ם שכתב כאן שאם מדדן הלוקח קנה ראשון ראשון בהגבהה, ואח"כ בהלכה ז' כתב דין כור בשלשים דיכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה באופן שמדד המוכר, ומוכח דכאן במדד הלוקח אפי' אמר כור בשלשים קנה ראשון ראשון, וזהו כדעת הרב רבינו יונה שהביא הטור ושכתב ע"ז ולא נהירא, וכן הר"י מיגש בחדושיו כתב ג"כ גבי כור בשלשים דאפי' משכן הלוקח לא קנה ראשון ראשון משום דנעשה כל הכור כמו גוף אחד, וכן כתב הרמ"ה בחדושיו, אבל דעת הרמב"ם מוכח דהוא כדעת הרר"י והב"ח פי' דברי הרר"י דהוא ג"כ מיירי דוקא שלבסוף משך כל הכור, אכן בש"מ מבואר דמתחלה כתב הרר"י כדברי הב"ח ואח"כ כתב ויש לפרש עוד ולומר דכי אמרינן

יכול לחזור אפי' בסאה אחרונה דוקא בקניית כלי אבל במשיכה או בקניית רשות ראשון ראשון קנה ולא דמי להא דפ' הזהב גבי חמור בפרה וטלה דמשך הפרה ולא משך הטלה לא קנה, דהתם לפי שאין החמור ראוי ליחלק, אכן אח"כ הביא הש"מ דברי הרשב"א וכתב כדברי הב"ח וכתב ע"ז כן כתב הרב מורי ז"ל, וידוע שהוא הרב רבינו יונה, וצ"ל שהרשב"א קבל ממנו קודם שחבר ספר העליות ושכתב אח"כ כצד השני וכנ"ל.

עכ"פ בדעת הרמב"ם מוכח להדיא דבמשיכה ובהגבהה קנה ראשון ראשון ולפלא שלא העיר הב"י כלל מזה בדעת הרמב"ם.

הלכה ז

היו הפירות בסימטא או בחצר של שניהם ואפי' היו ברשות לוקח והיו בתוך כליו של מוכר וקבל עליו המוכר למכור והתחיל המוכר למדוד בתוך כליו של מוכר, אם אמר לו כור בשלשים סלע אני מוכר לך יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה הואיל ועדיין הפירות בכליו ולא גמר כל המדה וכליו של מוכר אינו קונה ללוקח אע"פ שהוא ברשות הלוקח. ואם אמר לו כור בשלשים סאה בסלע ראשון ראשון קנה, שכיון שפסקו הדמים על כל סאה וסאה כל סאה שיגביה המוכר ויערה אותה נגמרה מכירתה הואיל ואין הפירות ברשות המוכר ולא ברשות הלוקח ואילו לא היה הפירות בכליו של מוכר כיון שהן ברשות לוקח קנה משפסק אע"פ שלא מדד כמו שבארנו.

השגת הראב"ד היו הפירות בסמטא וכו' א"א ערבוב דברים אני רואה בכאן שלא פי' לאיזה כלי עירה והוא עוסק ובא לתוך כליו של מוכר כמ"ש בתחלת דבריו, וא"כ אפי' מדד כל הכור לא קנה ואפי' בסמטא ולא אפי' הכניסן לרשות לוקח באותו כלי, אבל לא היה לו לכתוב למעלה לתוך כליו של מוכר אלא אפי' לתוך כליו של לוקח הואיל ואמר לו כור בשלשים לא קנה ראשון ראשון אבל אם אמר לו כור בשלשים סאה בסלע והוא בסמטא ומערה לכליו של לוקח ראשון ראשון קנה לו כליו עכ"ל.

לבאר דברי הרמב"ם נביא מקודם דברי הרי"ף במה דאמר בגמ' בב"ב דף פ"ו רב ושמואל דאמרי תרווייהו כור בשלשים אני מוכר לך יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה, כור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה, כתב ע"ז הרי"ף וז"ל משכחת לה בסמטא א"נ ברשות לוקח והוא דאיתניהו בכליו דמוכר דאי ברה"ר הא קיי"ל דאין כליו של לוקח קונה ברה"ר, ואי ברשות מוכר הא קיי"ל נמי דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה לוקח, ואי ברשות לוקח וליתנהו בכליו דמוכר הא קאמר ברשות לוקח כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח ואע"פ שלא מדד הילכך לא משכחת לה אלא כדאמרינן עכ"ל, והרא"ש מפרש בדעת הרי"ף דגם אח"כ נשארו בכליו של מוכר ומ"מ כשאמר כור

בשלשים סאה בסלע קנה ראשון ראשון, וכתב בזה הב"י דבשביל דמדד הוי כאילו אמר זיל קני, וסובר דזיל קני מהני גם בכליו של מוכר ברשות לוקח והרא"ש בעצמו חולק ע"ז וסובר דזיל קני לא מהני אלא בכליו של לוקח ברשות מוכר דכיון דנתן לו רשות להכניס כליו קנו כליו, אבל בכליו של מוכר לא נעשה בשביל זה הכלי שאול לו, אכן הנמוק"י כתב דמיירי שימדוד בכליו של לוקח, ואף שכתב זה בשם הריטב"א משמע דדעתו לפרש כן דברי הרי"ף, וכן כתב הט"ז, ובאמת מוכח כן מדברי הרי"ף עצמם דהא כתב דאי ברה"ר הא קיי"ל דאין כליו של לוקח קונה ברה"ר ואי ברשות מוכר הא קיי"ל נמי דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה לוקח, והא לא הזכיר כלל כליו של לוקח וע"כ דהדבר ברור דסוף הקנין ודאי היה בכליו של לוקח, והרי"ף מבאר רק דלפני מדידה ע"כ היו הפירות מונחים בסימטא או ברשות לוקח ובכליו דמוכר דאי ברה"ר גם אחר המדידה לא יקנה ואי ברשות לוקח ובלא כליו דמוכר גם לפני המדידה כבר קנה הלוקח, אבל עכ"פ אחר מדידה בודאי נתנו בכליו של לוקח ולכן הוכיח הרי"ף בפשיטות מדין כליו של לוקח ברה"ר וברשות מוכר.

והנה הט"ז הקשה דברי הנמוק"י אהדדי שכתב כאן גבי כור בשלשים וז"ל מדאיצטריך מדידה צריך לומר דאיירי בסימטא או ברשות של שניהם דאי בכלים דלוקח וברשות לוקח לא צריך מדידה וכו', אלא ודאי כדאמרן שמודד המוכר לתוך כליו של לוקח העומד בסמטא וכו' ולמעלה גבי ארבע מדות כתב דאפי' בסימטא אם פסקו דמי הפירות ונתן אותם המוכר בכליו של לוקח אפי' בלא מדידה קנה לוקח, וכתב הט"ז דמה שהביא אח"כ בשם הריטב"א חולק על מה שכתב למעלה, ולדעתי הוא דוחק גדול לומר כן דהא הנמוק"י כתב בסתם ולא הזכיר שהוא מחלוקת, אלא דבאמת לא קשה כלל דמש"כ הנמוק"י מקודם דא"צ מדידה היינו כשקודם היו מונחים כל הפירות בכליו של לוקח בסימטא דאז קונה בלא מדידה כיון דעכ"פ נמצא לבסוף שיש כאן כור, והכא מיירי שהפירות היו מונחים בסמטא דעדיין לא קנה הלוקח והמוכר מודד לתוך כליו של לוקח דאז לא נוכל לומר דראשון ראשון קנה כיון דקפיד אמכירת כל הכור.

ומה שכתב הנמוק"י דאי בכלים דלוקח וברשות לוקח לא צריך מדידה אף דה"נ בכה"ג בכלים דלוקח ובסמטא אין צריך מדידה, יש לומר דלא כתב דבסמטא קנה בכליו דלוקח אלא אם נתן אותם המוכר דאז סלק עצמו מהסמטא וקנו כליו של לוקח, אבל אם נתנם אחר לא קנה הלוקח כיון שמקודם הניח המוכר פירותיו ונעשית הסמטא כרשותו, אבל בכלים דלוקח וברשות לוקח לא צריך מדידה אפי' נתנם אחר, ומה שכתב אח"כ אלא ודאי כדאמרן שמודד המוכר לתוך כלי של לוקח העומד בסמטא זהו כשכל הפירות

מונחים בסמטא כמו שכתב אלא שעכשיו מודד ונותן בתוך כליו של לוקח, וכיון דקפיד אמכירת כל הכור ע"כ צריך שיגמור המדידה וכמו שכתבנו.

אלא דמ"מ אינו מבואר מה שכתב דאי בכלים דלוקח וברשות לוקח דלמה צריך תרתי דהא ברשות לוקח לבד סגי אם אין הפירות בכליו של מוכר כמו שכתב הרי"ף וכמו שמוכיח מהא דתניא ברשות לוקח כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח, וצריך לומר דלא נחית הריטב"א כאן לומר דברשות לוקח לבד לא סגי אלא לפי"מ שכתב מתחילה דמיירי בסימטא ובמודד לתוך כליו של לוקח, ולכן כתב דאי בכליו דלוקח וברשות לוקח וכונתו שהיו הפירות ברשות לוקח ומדד לתוך כליו של לוקח, ומה שכתב לא צריך מדידה היינו דכבר קנה תיכף כשקבל עליו מוכר עוד קודם שמדד לתוך כליו של לוקח וזהו ממש כדברי הרי"ף, רק דמה שכתב אח"כ ואי ברשות לוקח ובכליו של מוכר נמי לא קנה לוקח, ע"כ אין כונתו שמדד לתוך כליו של מוכר דלא היה צריך לומר דלא קנה אלא להיפוך דקנה כבר קודם מדידה, אלא בזה כונתו דאם היה מעיקרא ברשות לוקח ובכליו של מוכר והיה יכול לומר כמש"כ הרי"ף דהיה ברשות לוקח ובכליו דמוכר ואח"כ מדד לתוך כליו של לוקח רק דנקט חדא מינייהו שכתב הרי"ף דמשכחת לה בסימטא ומדד לתוך כליו של לוקח.

ונתבאר לנו דדעת הרי"ף להעמיד הא דכור בשלשים כמש"כ הריטב"א דהיו בסמטא ומדדן לתוך כליו של לוקח או שהיו ברשות לוקח ובכליו של מוכר ואח"כ מדדן לתוך כליו של לוקח, ובדעת הרמב"ם לא משמע דכונתו דאחר המדידה נתן לכליו של לוקח, אף שהסמ"ע והט"ז מפרשים כן דהא לא הזכיר כלל כליו של לוקח.

והנה המ"מ מפרש דהפירות מונחים אחר המדידה בכליו של מוכר והביא ע"ז דברי הרי"ף וכתב וז"ל נוטים דבריו לדברי המחבר אלא דאפשר דטרם מדידה קאמר, אבל בשעת מדידה לכליו של לוקח הוא מודד עכ"ל, וזהו כשני הפירושים של הרא"ש והנמוק"י שהבאנו, אכן המ"מ מפרש בטעמו של הרמב"ם משום דהמדידה קונה אבל הגר"א בחו"מ סי' ר' ס"ק כ' הלך בדרך המ"מ וכתב בטעמו משום דהלוקח קונה ע"י כליו של מוכר דהוי כמקנה לו כליו וכתב דמה דאמר במודד לתוך קופתו היינו לתוך קופתו של המוכר, דע"כ המודד הוא המוכר דאם הלוקח קונה במשיכה [והגר"א הביא זה מד' הרמ"א בשם הטור, ותמיהני דלמה לא הוכיח מד' הרמב"ם בהל' ה' דמבואר להדיא שאם מדדן הלוקח קנה ראשון ראשון בהגבהה] וא"כ גם לתוך קופתו הוא נמי של מוכר, ולכאורה דבריו אינם מיושבים דא"כ מה קאמר ר' אסי מודד לתוך קופתו מימרא בעי דהא ודאי אינו מילתא דפשיטא דכליו של מוכר יקנו ללוקח, ורוב הראשונים חולקים

ע"ז וכמש"כ הרא"ש בטעמא כמו שאביא דבריו בהלכה י' אלא דיש ליישב דבריו דכיון דר' אסי אמר מדד והניח ע"ג סמטא קנה, מוכח דעיקר החדוש דסמטא מהני לקנין, והמודד לתוך קופתו של מוכר אם רק אפשר להשאיל עי"ז קופתו ללוקח אין כאן חדוש דבסמטא מהני לקנין דכליו של אדם ודאי קונים בסמטא.

אכן בעיקר ביאורו של הגר"א בהלכה זו דטעמא דקנה הלוקח הוא משום דכליו של מוכר קונה ללוקח משום דהקנה לו כליו קשה לבאר לפי"ז דברי הרמב"ם שכתב שכיון שפסקו הדמים על כל סאה וסאה, כל סאה שיגביה המוכר ויערה אותה נגמרה מכירתה, ומוכח דלא נגמרה מכירתה בעת שהיו הפירות בהסאה אלא מעת שיערה אותה, ואין לומר דהכונה ויערה אותה היינו לכליו של מוכר דא"כ יש כאן שלשה כלים והרמב"ם לא הזכיר אלא ב' כלים והוא במה שכתב ואפי' היו ברשות לוקח והיו בתוך כליו של מוכר וקבל עליו המוכר למכור והתחיל המוכר למדוד בתוך כליו א"כ היו הפירות מקודם בכליו של מוכר ואח"כ מדד המוכר בכליו, וא"כ כל סאה שיערה היינו שיערה מהכלי שמדד, ומה שלא קנה ע"י כליו של מוכר אף דמוכח בהלכה י' דדעת הרמב"ם דכליו של מוכר קונים ללוקח, זהו מהאי טעמא גופא דכיון שמדד המוכר בכליו והערה אותם ע"ג קרקע לכן לא קנה בכליו וכמש"כ הגר"א דזהו טעמא דמתני' דמדד ולא משך לא קנה ומוכח דאף שכבר מדד בכליו מ"מ כיון שמדד ע"מ שיערה אותן לא קנה הלוקח, ולפי דברי הגר"א ע"כ צריך לומר דמה דקנה הלוקח בהיתה המדה של אחד מהן זהו במדד המוכר במדה שלו והניחם בהמדה ע"מ שיבוא הלוקח ויקח מהמדה לכליו דאז השאיל להלוקח המדה שלו, אבל במה שמדד ע"מ להערות ע"ג קרקע לא קנה, ואף דאם נפרש ויערה אותן הוא ע"ג קרקע קשה לשון הרמב"ם במה שכתב מקודם הואיל ועדיין הפירות בכליו ולא גמר כל המדה ומוכח שלא הערה אותן מכליו יש לומר דכונתו הואיל ועדיין נמצאו הפירות מהכור בכליו שלא גמר כל המדה והיינו שמקצת הפירות מהכור עוד בכליו ואף שהפרישה נחית לזה ואינו רוצה לפרש כן, אבל לדעתי פשוט דלשון כל סאה שיגביה המוכר ויערה אותה אינו שיתן עוד פעם בכליו, ועוד דאם עיקר הקנין הוא במה שיערה את הפירות לכליו א"כ העיקר חסר והיה צריך לכתוב בפי' ויערה אותן לכליו.

לכן נראה דהרמב"ם מפרש הא דרב ושמואל שהיו בסימטא או ברשות לוקח ובכליו של מוכר ושמדד המוכר בכליו והערה אותן ע"ג קרקע וסובר הרמב"ם דמדד והניח ע"ג סימטא קנה וכדעת ר' אסי ולא כדאמר ר' זירא דדוקא במודד לתוך קופתו, ואף דבגמ' משמע דהמסקנא הוא דמדד והניח ע"ג סימטא לא קנה וכן כתבו הראשונים, אבל באמת אין הכרע כלל בגמ' שצריכין אנו לפסוק כן להלכה דהגמ' בעי רק אם קיבלה ר' זירא

מר' אסי דאמר דודאי לא אמר ר' יוחנן במודד לתוך קופתו דזהו פשיטא או לא קבלה ופשיט מדר' יעקב אמר ר' יוחנן דפליג על ר' אסי וסבר דמדד והניח ע"ג סימטא לא קנה, וא"כ אם נבוא להשוות שני המימרות ע"כ אנו צריכין לומר דמר שמע במודד ע"ג קרקע ומר שמע במודד לתוך קופתו, ולכן פשיט הגמ' דגם ר' זירא יש לו יסוד לומר דלא שמע רבי אלא במודד לתוך קופתו, אבל עכ"פ ר' אסי הא קאמר להדיא דבמודד ע"ג קרקע אמר ר' יוחנן דקנה ומסתבר דר' אסי רב גובריה מר' יעקב דר' אסי מצוי הרבה בש"ס דאמר בשם ר' יוחנן ור' יעקב אינו מצוי כלל.

ומצאתי דמוכח להדיא בפיהמ"ש דפסק כר' אסי דמדד והניח ע"ג סימטא קנה דבגמ' פריך עלה מהא דתנן מדד ולא משך קנה מאי לאו בסמטא ודחי לא ברה"ר, ושו"ט בגמ' לאוקמי מתני' בהכי, וכתב הר"י מיגש דכיון דמסקינן דר' יוחנן אמר במודד לתוך קופתו א"כ מתני' כפשטה בסמטא, והרמב"ם בפיהמ"ש כתב וז"ל ואלה הפירות שמדברת בהן המשנה בכאן הן ברה"ר ולפיכך כשמדד ולא משך קנה ואפי' היה אותו הדבר בכליו של לוקח וכו', אבל אם היה אותו הדבר בסמטא קנה, וע"כ דמה שכתב שאם היה אותו הדבר בסמטא אינו דוקא אם היה בכליו של לוקח אלא דמקודם גבי רה"ר כתב דאפי' היו בכליו של לוקח, דהא בגמ' מבואר להדיא דמיירי במדד והניח ע"ג קרקע וכמו שפי' רשב"ם וכמש"כ הגר"א, וא"כ כשהוצרך להעמיד דוקא ברה"ר אבל בסמטא קנה זהו להדיא כר' אסי משום דפסק כוותי' וזה אין להקשות דהא ר' זירא ור' יעקב הוו תרתי לגבי דר' אסי דז"א דר' זירא לא אמר אלא שמא לא שמע רבי וספיקו אינו מוציא מידי ודאי של ר' אסי והגמ' דפשיט דלא קבלה מיניה הוי רק לגבי זה דא"ל ר' אסי דמי האי מרבנן כדלא גמרי אינשי שמעתתא והיינו שאין מקום להסתפק בזה, ע"ז פשיט בגמ' ממימרא דר' יעקב דיש מקום להסתפק, אבל עכ"פ ר' זירא לא אמר אלא כמסתפק ור' אסי ר' יעקב ודאי הלכה כר' אסי דהוא אלים טפי בתלמודא וכמש"כ.

והנה הר"י מיגש כתב בהא דאמר לא ברה"ר וז"ל והאי מימרא דחייא הוא וליכא למיסמך עלה אלא אהאי דאמרינן לעיל כאן במודד לתוך קופתו קנה כאן במודד ע"ג קרקע לא קנה הוא דסמכינן והכי מסקנא דשמעתא מדאמר כליו של לוקח קונין לו בסמטא ואי ס"ד מדד והניח ע"ג קרקע בסמטא קנה כדאמר ר' אסי למה לי כליו של לוקח בלא"ה נמי הא אמרת הניח ע"ג קרקע קנה אלא לאו ש"מ דבמודד לתוך קופתו הוא דקנה עכ"ל, וכדברי הר"י מיגש כתב רבינו גרשום בהא דאמר ר"פ ולא פליגי כאן ברה"ר כאן בסמטא וכו' ה"נ מסתברא דא"ר אבהו אמר ר' יוחנן כליו של אדם קונה לו בכל מקום שיש לו רשות להניח, וכתב ע"ז והאי דקאמר ליה ר' זירא לר' אסי שמא לא שמע

רבי וכו' משום דס"ל לר' זירא כר' אבהו אמר ר' יוחנן, ור' אסי אמר אפי' בלא כליו ס"ל לר' יוחנן דבסמטא קנה עכ"ל, וזה לכאורה קושיא גדולה על הרמב"ם דכיון דר' אבהו נמי סבר כר' יעקב א"כ כוותייהו הלכתא לגבי ר' אסי, אלא דבאמת הרמב"ם ג"כ פסק בהלכה א' מימרא דר' אבהו דכליו של אדם כל מקום שיש לו רשות להניחו קנה לו, ולא קשה כלל על שיטת הרמב"ם דסובר דמה דקיי"ל כר' אסי דמדד והניח ע"ג סמטא קנה זהו במדד המוכר דאז נעשה הסמטא רשותו של לוקח בדעתו, אבל אם הכניס המוכר פירותיו בסמטא בסתם ואח"כ נתרצה למכור ודאי לא קנה הלוקח, ואפי' מדדו אחר והניח ע"ג סמטא נמי אפשר דלא קנה לוקח דלא נעשה בדעתו של מוכר מקום הסמטא בשביל הלוקח, ובכליו של לוקח אפי' הכניס המוכר שם פירותיו קודם שנתרצה למכור, כיון שנתרצה למכור קנה לוקח כמו ברשות לוקח דתניא כיון שקבל עליו מוכר קנה לוקח, א"כ לא מוכח כלל מר' אבהו דפליג על ר' אסי והוא מבואר בפשיטות.

הלכה ח

וכן המוכר יין או שמן לחבירו בסמטא או בחצר של שניהם או ברשות לוקח והיתה המדה של סרסור, עד שלא נתמלאה המדה הרי הן של מוכר משנתמלאה המדה הרי הן ברשות לוקח, ואין אחד מהן יכול לחזור בו.

השגת הראב"ד וכן המוכר יין וכו' א"א ברשות לוקח לא דייק.

המ"מ לא הזכיר כאן כלל השגת הראב"ד והביא רק דדברי הרי"ף בהלכות הם כד' הרמב"ם דגם ברשות לוקח במדת סרסור עד שלא נתמלאה המדה הוא למוכר והנמוק"י שם ביאר דכיון דהסרסור משאיל המדה למוכר עד שלא נתמלאה א"כ הוי כלי של מוכר ברשות לוקח, ודברי הראב"ד בהשגתו לא ביאר המ"מ והם צריכים ביאור דבפשוטו נכונים דברי הנמוק"י וכדעת הרי"ף והרמב"ם, אמנם בהלכה ז' במש"כ הרמב"ם הואיל ואין הפירות ברשות המוכר ולא ברשות הלוקח כתב הרב המגיה על מש"כ ברשות הלוקח צ"ל ברה"ר, וכתב דאפשר השגת הראב"ד בהלכה ח' שייך לכאן, אך כבר כתב הט"ז דדברי המגיה אינם נכונים דמש"כ הרמב"ם ולא ברשות הלוקח לא קאי על סוף דבריו שכתב נגמרה מכירתה, אלא שנתן טעם על כל החילוק בין כור בשלשים ובין כור בשלשים סאה בסלע דזהו בשביל שאין הפירות לא ברשות המוכר ולא ברשות הלוקח, והיינו דאם היו ברשות המוכר לא הוי מהני אפי' כור בשלשים סאה בסלע, ואם היו ברשות הלוקח לגמרי אפי' כור בשלשים קנה, וכונתו דאפי' היו ברשות לוקח כמו שכתוב מקודם כיון שהיו בכליו של מוכר א"כ אינם לגמרי ברשות הלוקח, ולכן עלינו לבאר השגת הראב"ד כאן כמו שכתובה במקומה.

אכן ראיתי להרמ"ה בחדושיו דכתב להדיא כדעת הראב"ד וז"ל בד"ה רב ושמואל, אבל כליו דסרסור ברשות לוקח ודאי קנה ואע"ג דלא נתמלאה המדה ואע"ג דליכא שנתות במדה, דכי בעינן נתמלאה המדה היכי דלא קיימא ברשות לוקח דלית ליה אנפא למיקני בגויה אלא מחמת מדה דסרסור ומדה דסרסור לא קניה עד שנתמלאה המדה, אבל ברשות לוקח דלאו מחמת כלי קא קני אלא מחמת חצרו הוא דקני כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח עכ"ל, איברא דדבריו צריכין ביאור דלכאורה דברי הנמוק"י פשוטים דכיון דעד שלא נתמלאה המדה היא מושאלת למוכר א"כ הוי של מוכר ברשות לוקח.

ונראה ע"פ מה שכתבו בתוס' בב"מ דף ט' גבי משוך בהמה זו וקני כלים שעליה שהקשו דאי הוי סבר דבקני בהמה קני מטעם חצר, א"כ גם במשוך כיון שהשאילה לו יקנה מטעם חצר וכתבו וז"ל, וי"ל דכשא"ל משוך לא השאיל לו הבהמה לקנות הכלים מטעם חצר אלא במשיכת הבהמה עכ"ל, ומוכח מדבריהם דאף שהשאיל לו על משיכה אכתי אינו שלו לקנות בקנין חצר משום דמה דלמדנו מדין ומקומו מושכר לו, שגם חצר שאול ושכור קונה היינו שהשאיל לו לגמרי לזמן השאלה, אבל אם השאיל לו שיקנה מטעם חצר מוכח דקונה אף שלא השאיל לו לגמרי להשתמש בכל מה שירצה, ולפי"ז יש חילוק במדת הסרסור בין מוכר ללוקח, דכיון שלא השאיל אלא למוד בה ובפרט שלכל א' מהם אינה שאולה לו לבדו כי המדה היא תועלת המוכר והלוקח, לא הוי קנין שאלה בזה, ולא נאמר דנעשה המדה כמו חצר של שניהם כיון דעכ"פ לא השאיל להם לגמרי וגם כל א' אין לו זכות מיוחד, אולם משנתמלאה המדה שהשאיל המדה ללוקח ליטול בה מקחו עד שיצניענו או יניחו בכליו כמש"כ הרשב"ם זהו כבר שאלה לתשמיש ואפי' נימא דגם זה אינו שאלה גמורה נוכל לומר דבאמת משאיל הסרסור להלוקח המדה גם לקנות המקח, אבל להמוכר אין צורך לקנות המדה בשאלה דכ"ז שאינו רוצה להקנות המקח לא יקנה הלוקח, ואף שהרשב"ם מפרש דעד שלא נתמלאה המדה היא שאולה למוכר למוד בה וכן כתב המ"מ בדעת הרמב"ם, אבל הראב"ד והרמ"ה יפרשו דעד שלא נתמלאה למוכר היינו שהמקח הוא של מוכר בשביל דאכתי אינה שאולה ללוקח, וממילא דבריהם מבוארים דכ"ז אם אינו ברשות לוקח אבל אם הוא ברשות לוקח ואינו צריך לקנין המדה ודאי קנה, ואף דיש לדון דעכ"פ תהיה המדה של הסרסור מפסקת בזה שפיר נוכל לומר דכיון דאין הסרסור מקפיד אינה מפסקת וקונה הלוקח בחצרו.

הלכה ט

וכן פירות שהיו צבורין בסמטא או בחצר של שניהם והמדה אינה של א' מהן והיה המוכר מודד עד שלא נתמלאת המדה הרי היא ברשות המוכר ומשנתמלאת המדה

הרי היא ברשות לוקח ואין א' מהן יכול לחזור בו, היתה המדה של אחד מהן והיו בה רשמים לידע חציה שלישה או רביעה וכיוצא בהן כיון שהגיע לרושם מן הרשמים קנה ראשון ראשון ואע"פ שלא נתמלאה המדה שכל רושם מהם כמדה בפני עצמה שהרי של אחד מהן הוא המדה והוא סומך על הרשמים שבה.

השגת הראב"ד היתה המדה של א' מהן [בדפוס כתובה ההשגה על אינה של א' מהן והוא ט"ס כמבואר במ"מ] א"א והמדה של לוקח עכ"ל, כיון שהגיע לרושם כו', א"א קנה ראשון ראשון ואפי' בסמטא עכ"ל.

המ"מ הביא דברי הראב"ד בהשגות וכ' ע"ז וז"ל והמחבר הביא לשון הברייתא כפשטה ואני תמה במדה של מוכר במה יקנה לוקח והלא משנה שלימה מדד ולא משך לא קנה ואולי שהוא מפרש אותה בכור בל' שלא גמרה מלאכת המדידה עכ"ל, הגר"א ז"ל בחו"מ סי' ר' בדבריו שהבאנו בהל' ז' במה שביאר דעת הרמב"ם דהוא משום דהלוקח קונה בכלי של מוכר דהוי כמקנה לו כליו, כתב וז"ל ומ"ש במתני' מדד ולא משך כו' במדד והניח ע"ג קרקע וכמ"ש שם ת"ש מדד ולא משך כו' וערשב"ם שם ד"ה מדד כו' ובע"כ במדד כו' והמ"מ לא עיין שם, ובזה מתורץ קושיית תוס' שם ד"ה ת"ש כו' וא"ת כו' עכ"ל, והנה מש"כ הגר"א והמ"מ לא עיין שם כונתו לדברי המ"מ בהלכה שלפנינו במה שכתב והלא משנה שלימה מדד ולא משך לא קנה, ובזה כתב הגר"א דמתני' דמדד ולא משך לא קנה מיירי במדד והניח ע"ג קרקע ולא לכליו של מוכר, וכתב ע"ז וערשב"ם שם וכונתו דבמה דפריך שם בגמ' על ר' אסי דאמר מדד והניח ע"ג סמטא קנה ממתני' דתנן מדד ולא משך לא קנה כתב הרשב"ם וז"ל, ובע"כ במדד והניח ע"ג קרקע מיירי דאי בתוך קופתו קשיא לכולהו, ואין כונת הגר"א לומר דהרשב"ם סובר ג"כ כמו שמפרש בשיטת הרמב"ם דמודד לתוך קופתו של מוכר קנה, דהרשב"ם מפרש שם להדיא במה דאמר במודד לתוך קופתו דזהו לתוך קופתו של לוקח דקני ליה כליו בסמטא, וכונת הגר"א רק לומר דעכ"פ מוכח מהגמ' דמפרש למתני' במדד והניח ע"ג קרקע, וא"כ אין להקשות על הרמב"ם דסובר דכליו של מוכר ג"כ קונים ללוקח דהוי כמקנה לו כליו.

ובדעת המ"מ נראה דאינו סובר דאפשר לקנות בכליו של מוכר ובאמת קשה דמה נ"מ בין כליו של מוכר לרשותו של מוכר דא"כ גם רשותו יהיה יכול להקנות להלוקח בדבור בעלמא, וא"כ למה תניא ברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנה או שיוציאנה או שישכור את מקומו, וכן כ' הרא"ש בסי' ט"ז דא"א לקנות ברשות מוכר אלא בשכירות משום דמוכר אינו יכול להשאיל רשותו ללקוח, ולכן סובר המ"מ דטעמו של הרמב"ם משום דהמדידה עושה קנין, ובזה הוא שהקשה מדתנן מדד ולא משך לא קנה וכמבואר ממה

שכתב בתירוצו וז"ל, ואולי שהוא מפרש אותה דדוקא בכור בל' שלא גמרה מלאכת המדידה עכ"ל, ולהדיא דסובר בדעת הרמב"ם דגמר המדידה עושה הקנין, ומש"כ הגר"א ובזה מתורץ קושיית תוס' וכו' והיינו במה שהקשו דדילמא מיירי בכליו של מוכר באמת גם לדעת המ"מ דכליו של מוכר אינם קונים ללוקח לא קשה לדעת הרמב"ם דהא כ' התוס' להדיא דקושייתם הוא לשיטתם דמשיכה מועלת בכלי של מוכר אבל לשיטת הרמב"ם דאינה מועלת כמש"כ המ"מ בהל' ה' לק"מ.

אלא דמ"מ בדעת הרמב"ם נראה יותר דרך הגר"א דלדעת המ"מ דהוא משום קנין מדה קשה ממתני' דמדד ולא משך לא קנה, ומה שכתב המ"מ דמיירי בכור בשלשים שלא גמרה מלאכת המדידה קשה דהא מתני' סתמא קתני ומשמע דאפי' מדד כל הכור ועוד דהא בגמ' הקשו על ר' אסי דאמר מדד והניח ע"ג סמטא קנה ממתני' ומשני דמיירי ברה"ר אבל בסמטא קנה, ובכור בשלשים ודאי לא קנה גם בסמטא וכמו שכתב הרי"ף על הא דרב ושמואל דמשכחת לה בסמטא.

ומה שכתבנו דלפי"ז קשה מאי נ"מ מכליו של מוכר לרשותו של מוכר ולמה לא יוכל המוכר להשאיל רשותו ללוקח ושכן מבואר בד' הרא"ש אחר העיון לא קשה כלל דבודאי פירות שמונחים ברשות מוכר מוכר אינו יכול להקנות ללוקח ע"י שאלת מקום דבמה יקנה הלוקח שאלת המקום דבדבור בעלמא א"א לקנות, אבל כשמודד המוכר בכליו אמרינן דעיקר המדידה הוא צורך הלוקח והוי כמו שהלוקח נשתמש בהמדה דהוי קנין לשאלה וכדאמרינן במשאיל קרדום לחברו דבקע בו קנאו, ובאמת דברי הרא"ש אינם ברורים שהרכיב שני ענינים, ונביא פה כל דבריו וז"ל, מדת סרסור עד שלא נתמלאה למוכר ואפי' יש בה שנתות, משנתמלאה המדה היא מושאלת ללוקח וקני כדרך שקנה לוקח בכליו כי כן דעת הסרסור שתהא מושאלת ללוקח כשנתמלאה, וכשאמר אדם יזכה כלי שלי לחברו או תזכה חצרי לחברו במקח שהוא לוקח מחברו קונה חברו דחצרו כידו והרי הוא יכול לזכות לחברו בשל אחרים, אבל אם הוא מונח ברשות המוכר ואמר יזכה חצרי ללוקח במקח שקנה ממני לא קנה לו שאין אדם יכול לזכות בשל עצמו לחברו שלא ע"י אחרים, והיינו דתניא ברשות הלה המופקדין אצלו לא קנה עד שיקבל עליו או ישכור את מקומו אלמא בקבלה לחוד זכתה חצרו ללוקח, וברשות מוכר לא מהני קבלה מדלא עירב רשות המוכר ורשות המופקדין וליתנינהו כחדא משום דמוכר לא מצי אקנויי חצרו ללוקח לזכות לו בנכסי המוכר אם לא בשכירות או בקנין עכ"ל.

והנה פתח בזה שהסרסור משאיל מדתו ללוקח וא"כ קונה הלוקח בעצמו ע"י הכלי השאול דכלי שאול הוי כמו שכור וכמש"כ התוס' בב"מ דף ט' דכלי שאול מהמוכר

קונה ללוקח כמו שכירות מקום, וסיים דבריו דכשאומר אדם יזכה כלי שלי לחבירו וכו' וזהו מטעם אחר משום שהנפקד בעצמו זוכה להלוקח ע"י חצרו כמו ע"י ידו, וצ"ל בדוחק כי גם במדת הסרסור אין כונתו להשאלת המדה להלוקח כיון שלא עשה הלוקח מעשה שהמוכר מדד, אבל פשטות לשון כל הראשונים וגם לשון הרא"ש בעצמו הוא משום שהמדה קנויה ללוקח, וא"כ דברי הרמב"ם לפי ביאור הגר"א מבוארין שפיר דכמו דבמדת הסרסור נעשה המדה שאולה להלוקח אף שהמוכר מדד משום דהוי כמו שנשתמש בה הלוקח כן הוא במדת המוכר בעצמו, אבל פירות המונחים ברשות מוכר לא מהני קבלת המוכר דבדבור בעלמא לא מצי אקנויי חצרו ללוקח כמש"כ הרא"ש.

והנה אף דבהלכה ז' בארתי דברי הרמב"ם שלא ע"פ ביאור הגר"א דהוא משום שהלוקח קונה בכליו של המוכר אלא משום דסובר מדד והניח ע"ג סמטא קנה, וכבר כתבתי שם דהגר"א בעצמו כתב דכשמודד המוכר ומערה ע"ג קרקע לא קנה הלוקח בכליו של מוכר דאז אינו משאיל מדתו ללוקח, וזהו דתנן מדד ולא משך לא קנה וכאן ע"כ במודד ע"מ שיהיה בהמדה עד שיטול הלוקח, ולכאורה יסתור לזה שכתבנו כאן דטעמא דמהני מדת המוכר משום דהוי כמו שהלוקח נשתמש בו ע"י מדידת המוכר אבל באמת הם שני ענינים, דבעיקר גדר השאלה אנו אומרים דאם מודד ע"מ להערות ע"ג קרקע אינו משאיל מדתו ללוקח דעיקר המדידה הוא צורך שניהם, אבל אם מודד ע"מ שיהיה בהמדה עד שיטול הלוקח דאז אמרינן שמשאיל מדתו, וצריך לנו רק קנין על השאלה. בזה שפיר מהני גם עיקר המדידה דכשרוצה המוכר להשאיל להלוקח שפיר מהני המדידה דלהוי חשוב תשמיש הלוקח לקנות שאלת הכלי.

ולפי ביאורנו זה יהי' חילוק מלפי מש"כ הגר"א דלשיטתו מהני מדד המוכר לכליו והיינו דבזה הוא משאיל הכלי שמודד לתוכה להלוקח. ובזה יקשה דבמה נקרא כאן תשמיש הלוקח, ואם במה שנותן לכליו בשביל הלוקח א"כ גם כשאומר שמחזיק בחצרו בשביל הלוקח יהי' ג"כ תשמיש הלוקח, ואולי יש לחלק וצ"ע.

ואכתי נשאר לנו לבאר דברי הרמב"ם שכתב בהל' י' שכל רושם מהם כמדה בפני עצמה שהרי של אחד מהן הוא המדה והוא סומך על הרשמים שבה ובמה דלא מהני שנתות במדה דסרסור כתבו המפרשים דהסרסור אינו משאיל מדתו ללוקח עד שתתמלא המדה, ואף דאינו מבואר דלמה לא נימא דגם הסרסור משאיל מדתו תיכף משיגיע לשנתות וצ"ל דכן דעת הסרסור שעד שלא גמר כל מלאכת המדידה תהי' שאולה למוכר, ועכ"פ צריך ביאור דאיזה סברא הוא שהמוכר בעצמו כבר משאיל להלוקח משיגיע לשנתות והנה הרמב"ם בא להסביר למה מהני שנתות וכתב שהרי של א' מהן הוא המדה והוא סומך

על הרשמים שבה ואינו מוסבר כלל למה במדה של סרסור אינו סומך על הרשמים שבה.
ואיברא שראיתי להרמ"ה בחדושיו בס' קי"ד שהסביר החילוק בין מדת הסרסור למדת הלוקח [דלשיטתו לא מהני במדת מוכר] משום דהלוקח יכול למוד כמה פעמים בכלי שלו, ולכן כשמגיע במדת הסאה שלו לשנתא של קב כבר נגמרה המדה דיכול למוד כן כמה פעמים מ"מ הסבר זה אינו מבואר בלשון הרמב"ם, ונראה דמש"כ הרמ"ה שם ואשתכח דכליו של לוקח דקני ליה משנתמלאה המדה לאו מכח כליו הוא דקני וכו' ע"ש אין כונתו דאינו כלל, מכח כליו אלא דאינו מכח כליו בלבד, והיינו דבלא נגמרה המדה לא קנה, וכן מבואר בסוף סי' קי"א דגם שיטתו הוא דהקנין הוא ע"י הכלי ולא עיקר המדידה.
ונראה בכונת הרמב"ם דסובר דהשנתות אינם מדות קבועות שנעשו מעשה אומן שהם מדות לכל אדם, אלא דכל אחד שרוצה עושה רשמים במדת הסאה שלו על כל קב וקב, וכיון שכן אין הרשמות מדות אלא לבעל המדה שסומך על עצמו שמדד ורשם בדיוק, אבל אחרים אינם סומכין על רשמים ממדה שאולה דאפשר לא נעשו הרשמים בדיוק, ולכן במדת סרסור לא מהני שנתות, ואף דגם במדה של א' מהן יקשה הא אין השני סומך על הרשמים צ"ל דכיון שנתרצו למוד במדה של א' מהן כבר הסכימו שניהם לסמוך על מדתו ואפי' על השנתות כיון שאצל א' מהן היא מדה. אבל במדה שאולה אין הוכחה כלל שהסכימו לסמוך על השנתות, ועוד יש לומר דבמדה של א' מהן סמכה דעתם לסמוך על השנתות שאם מצא אח"כ שהמדה חסרה יוכל למוד את השנתות ולברר, אבל במדה שאולה יהיה קשה לברר דאם יבוא לברר ע"י מדת הסרסור שימדדו את השנתות יהיה ספק מנין שזו אותה המדה עם השנתות והסרסור רק ע"א, לכן לא סמכה דעתם של שניהם על שנתות של מדה שאולה.
ונמצא לפי"ז דהרמב"ם אינו מפרש כפירשב"ם ושאר המפרשים דהחסרון במדה דסרסור דלא מהני שנתות משום דהסרסור אינו משאיל מדתו ללוקח עד שתתמלא המדה, וזה אינו מבואר בטעמו, אבל הרמב"ם מפרש דהחסרון הוא בעיקר המדה ולעולם נוכל לומר דהסרסור משאיל תיכף מדתו ללוקח אלא דלא מהני כל זמן שלא נגמרה המדה, וכמו דלא מהני מדת הלוקח כ"ז שלא נתמלא עד השנתות.
ומה דאמרינן כאן גבי מדה של א' מהן וכן גבי מדה דסרסור דכ"ז שלא נגמרה המדה בזה בשנתות ובזה בכל המדה לא קנה, לא יקשה לן ממתני' דמשך ולא מדד קנה, וכן אם היתה ברשות לוקח קנה אף בלא מדידה, כבר בארנו בהל' ז' במה שהקשה הט"ז דברי הנמוק"י אהדדי דהנ"מ הוא אם קנה כל הפירות והמדידה הוא רק לברר אז קנה

בלא מדידה ע"ש, וכן מבואר בד' הר"י מיגש בדף פ"ז וכן מבואר בד' הרמ"ה בחדושיו בסי' קי"א אלא שיש שם ט"ס בסוף דבריו במש"כ לאו אבבא דאם היה מדה של א' מהם קאי דמיירי וכו' תיבת "לאו" ותיבת "קאי" צריך למחוק ותיבת דמיירי צ"ל מיירי ע"ש.

עוד כתב שם הגר"א וז"ל ושם בד"א במדה שאינה של א' מהם, אבל אם היתה מדה של א' מהם ראשון ראשון קנה מפרש כפשטה אף בשל מוכר, ומ"ש שם דכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה, וכן שם פ"ז ע"א ואלא מדה דמוכר משנתמלאה מדה ללוקח מדה דמוכר הוא, כל זה בשאין המוכר מודד, ולא מצי לאוקמי כשהמוכר בעצמו מודד דא"כ הדק"ל דאף בשלא נתמלאה דלוקח הוא כמו במדה דלוקח עכ"ל.

ונראה דדברי הגר"א בדעת הרמב"ם מיושבים לשיטתו בהלכה ה' דמשיכה בכלי של מוכר לא מהני, ולכן שפיר נוכל לאוקמי מתני' בשאין המוכר מודד והיינו שהלוקח מודד דאין לומר כשהסרסור מודד דהא מוכיח שם בגמ' מדתנן ואם היה סרסור ביניהם דרישא בלא סרסור, וא"כ ע"כ כשהלוקח מודד, אבל לשיטת התוס' וכן הוא שיטת הר"י מיגש ועוד ראשונים דמשיכה מהני בכלי של מוכר א"כ א"א לאוקמי כשהלוקח מודד דא"כ גם במדה דסרסור קנה במשיכה ע"י המדידה, וא"כ עד שלא נתמלאה המדה כיון שנתמלאה בשנתות למה לא יקנה הלוקח ע"י המדידה, רק דלדעת הרמב"ם כפי"מ שבארנו אין המוכר והלוקח סומכים על השנתות של הסרסור ולא הוי מדה כלל, אבל לשיטת המפרשים דטעמא משום דלא הקנה הסרסור המדה להלוקח יקשה הא קנה במשיכה.

איברא דלדעת הראב"ד בש"מ דמדידה לא הוי משיכה מיושב, אבל לשיטת הרמב"ם ושאר ראשונים דמדידה הוי משיכה כמו שכתב בהלכה ה' א"א לפרש כשהלוקח מודד אלא אי משיכה בכלי של מוכר לא מהני, ונמצא דלשיטת הר"י מיגש דסובר כשהלוקח מודד קנה בהגבהה וגם סובר דמשיכה בכלי של מוכר מהני, ע"כ צריך לאוקמי מתני' כשהמוכר מודד ומ"מ פריך בגמ' מדה דמוכר הוא ומוכח דלא כדעת הרמב"ם אלא דלהרמב"ם לשיטתו מיושב וכנ"ל.

והנה בדעת הראב"ד דמדידה לא הוי משיכה והביאו הרמ"א בשם וי"א כתב הגר"א בס"ק כ"ו וז"ל דגלי דעתיה שאינו רוצה לקנות אלא במדידה וכמש"כ בפ"ק דב"מ עכ"ל, והנה בפי"ז מהל' גזו"א הל' א' חולקים המ"מ והכ"מ אם סובר הרמב"ם כתי' א' דגמ' שם או כר"פ ועמש"כ שם, והרמ"א בסי' רס"ח כתב דהרמב"ם אינו מחלק בין נפל ללא נפל, ומשמע דגם הראב"ד אינו חולק בזה, ותמיהני דלמה הוצרך הגר"א לזה דהא אינו סובר כהמ"מ דמדידה הוא קנין ובפרט הראב"ד בודאי אינו סובר כן, וכיון דלא נתכוין אלא

למדידה לא נתכוין לקנין כלל, אכן באמת הראב"ד בש"מ נחת לה מטעם אחר לפי שאינו עושה לצרכו אלא לצורך שניהם, והרשב"א שם נחת לה מטעם שלא נתכוין לקנות ע"ש, אבל עכ"פ להא דפ"ק דב"מ לא שייך כלל.

ודברי הראב"ד בהשגתו השניה במה שכ' הרמב"ם כיון שהגיע לרושם שכתב קנה ראשון ראשון ואפי' בסמטא אינם מובנים כלל דהא הרמב"ם כתב להדיא בהל' ט' וכן פירות שהיו צבורין בסמטא או בחצר של שניהם, וע"ז קאי הלכה זו וכתב דקנה ראשון ראשון ומה השמיענו הראב"ד, ואין לומר דכונתו דוקא בסמטא ולא בחצר של שניהם דהא להדיא קתני בברייתא בד"א ברה"ר ובחצר שאינה של שניהם ומפרש בגמ' דהכונה בסמטא ובחצר של שניהם, ולפלא שהמפרשים לא ביארו דבריו, ונראה דכונתו לאפוקי ברשות לוקח ומרמז להשגתו בהלכה ח' שכתב ברשות לוקח לא דייק והיינו דברשות לוקח קנה אפי' קודם שהגיע לרושם ועמש"כ שם.

הלכה יד

הנוטל כלים מן האומן ע"מ לבקרן אם היו דמיו קצובים ונאנס בידו חייב בדמיו הואיל ודמיו קצובים מעת שהגביהו נעשה ברשותו, והוא שיגביהנו כדי לקנות את כולו, ויהיה אותו חפץ הנמכר חביב על הלוקח, אבל חפץ שהמוכר קץ בו והוא מבקש ורודף למכרו, הרי הוא ברשות המוכר עד שיפסוק הדמים ויגביהנו הלוקח אחר שפסק.

הלח"מ הקשה במה דלא הצריך הרמב"ם בהל' י"ב שיהיה חביב על הלוקח, וכן בה' ערכין פ"ו בדין המוכר דלועים והקדישום ג"כ לא הצריך שיהיה חביב על הלוקח, וכתב דדוקא בשלקח ע"מ לבקרן יש חילוק, אבל כשנוטל ע"מ לקנותו לא צריך שיהיה חביב, ודבריו מבוארין להדיא בדברי הרמ"ה בחדושיו, אכן מה שהעלה בסוף דבריו דטעמא דחייב באונסין משום דהוי כשואל לא העיר דיש בזה מחלוקת הראשונים, והרשב"ם כתב ב' הטעמים וז"ל הרי הוא בנטילה זו כמו לוקח א"נ כמו שואל, והתוס' שם כתבו דהוא משום לוקח והביאו מפירש"י בב"מ שכ' דהוי לוקח, וכן הביא הרא"ש שם דברי התוס' והרמ"ה בחדושיו האריך ג"כ להוכיח דהוא משום לוקח ולא משום שואל ולפנינו נביא דבריו, ובדעת הרמב"ם נראה דג"כ סובר דהוא משום לוקח שכתב מעת שהגביהו נעשה ברשותו ומוכח דהוא משום לוקח, דשואל לא נעשה ברשותו אלא דחייב באונסין.

והנה בנדרים דף ל"א מייתי בגמ' עלה דשמואל הא דתניא הלוקח כלים מן האומן לשגרן לבית חמיו ובפשוטו משמע דההיא נמי דוקא בזבינא חריפא כמו הא דשמואל וכן כתבו התוס' והרא"ש בב"מ והרמב"ם בפ"ב מה' שלוחין הל' ח' כתב להך דינא ולא הזכיר דהוא דוקא בזבינא חריפא, וכבר הקשה זה שם המל"מ, ומה שהקשה עוד מה

דלא הזכיר הרמב"ם דקייצי דמייהו י"ל דממה שאמר אתן לך דמיהם מוכח שכבר היו הדמים קצובים, אבל מה שלא הזכיר שיהיה זבינא חריפא קשה.

וראיתי להרמ"ה בחדושיו שכתב דבהא דהלוקח כלים מן האומן לשגרם לבית חמיו לא צריך זבינא חריפא, והוכיח זה מקושיית התוס' דבעובדא דחמרא מוכח דלא הוי זבינא חריפא וכתב בטעמא דמילתא משום דבזה הריוח של הלוקח ברור קודם שיקנה שכך התנה, משא"כ בלוקח ע"מ לבקרו דע"כ צריך הוא להחליט על קניית החפץ קודם שימכרנה, וכיון דלאו זבינא חריפא לא הוי הנאת לוקח.

אכן בדעת הרמב"ם נראה שמחלק בין הא דלוקח כלי ע"מ לבקרו ובין לוקח לשגרו לבית חמיו או למכרו במקום פלוני דבפ"ב מה' שלוחין הל' ח' כתב הך דינא דהלוקח כלים לשגרן לבית חמיו וז"ל הלוקח מן האומן לשגרן לבית חמיו ואמר לו אם מקבלין אותו ממני אתן לך דמיהן ואם לאו אתן שכר מועט ונאנסו בהליכה הרי זה חייב לשלם ואם נאנסו בחזרה פטור, נטלן ע"מ למכרן לאחרים ואמר לו אם ימכרו במקום פלוני או עד זמן פלוני אתן לך דמים כך וכך ואם לא ימכרו אחזירם לך ונאנסו בין בהליכה בין בחזרה חייב לשלם עכ"ל, ומדקבע דין ע"מ לבקרו בה' מכירה וכתב מעת שהגביהו נעשה ברשותו והוא שיגביהנו כדי לקנות את כולו, דמוכח דאתא עלה משום קנין ודין לוקח כלי לשגרו לבית חמיו וכן למכרו במקום פלוני קבע בה' שלוחין גבי דין סרסור, וכתב בהל' ו' כל סרסור שליח הוא אלא שהוא נוטל שכר שליחותו, וכן בהל' ז' מיירי מדין סרסור ובהל' ח' כתב דין זה, ואם דעת הרמב"ם הוא שכבר קנה אותו לגמרי א"כ היה לו לקבוע דין זה ג"כ כאן בהל' מכירה אצל דין הלוקח כלים ע"מ לבקרן וגם לא כתב שם שהגביהו כדי לקנותו ולא כתב שנעשה ברשותו רק חייב לשלם.

לכן נראה דסובר הרמב"ם דבזה לא קנה הלוקח שלא חשב בנטילתו על דעת לקנותו עכשיו אלא שהוא בגדר סרסור שנוטל ע"מ למכור לאחרים אלא דשאני מסרסור דסרסור אינו אלא שליח ונותן לבעלים הדמים שלוקח מן הלוקח אלא שנוטל שכר שליחותו, וכאן קבע דמים ולא מיבעי גבי למכרן במקום פלוני דכל מה שנוטל יותר הוא מרויח אלא אפי' גבי לשגרן לבית חמיו אף שנוטל ליתן להם במתנה, מ"מ כיון דעכ"פ קבע דמים מעכשיו ובין יוזלו בין יוקרו ישלם הדמים הקצובים עכשיו וקבל עליו אחריות כל דמי המקח לכן אמרינן דנעשה שואל על המקח.

והנה הרמ"ה הוכיח דאינו מטעם שואל דהא גבי מפקיד מעות אצל שולחני קיי"ל דלא הוי שואל אלא ש"ש אף שיכול להוציא המעות וא"כ ה"נ אף שיכול ליטול המקח לא הוי שואל ולכן הוכיח דהוא ע"כ משום שקנה המקח ולא משום שאלה אכן גבי דמי

אבדה בפ"ב דב"מ דעת הרי"ף דהוי שואל והקשו על הרי"ף מהא דגבי מפקיד מעות אצל שולחני דלא הוי אלא ש"ש, והביא הרא"ש בפ' המפקיד תירוץ הר"ר אפרים דגבי דמי אבדה כיון דבלא היתר תשמיש הוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף, לכן משום היתר תשמיש נעשה שואל והתוס' שם לא ניחא להו בחילוק זה דאטו אם מוסיפין שכר לש"ש יעשה שואל, ויש מהראשונים שדחו בשביל זה שיטת הרי"ף עיין בדברי הבעה"מ, והביא שם הרא"ש תי' הראב"ד דגבי מפקיד מעות הוא ירא להשתמש דשמא יבוא המפקיד ויטול מעותיו, אבל דמי אבדה אכתי אינו ידוע בעל האבדה וסמכה דעתו שישהא אצלו, ובה' גזו"א פי"ג הל' ט"ז כתבתי דבתי' הראב"ד לא יתיישב בפקדון שהלכו בעליו למד"ה דמוכרו ע"פ ב"ד, ופסק הרמב"ם שם דאינו אלא ש"ש ולפי תי' הראב"ד שם נמי סמכא דעתו, וכתבתי דדוקא היכי שיש לו תועלת בדין זה שקונה המעות בקנין שאלה שיהא מותר להשתמש אז ה"ל שואל, וגבי דמי אבדה נתנו לו חכמים זכות שיהיה מותר להשתמש בהם ואפי' יבוא האובד ויהי' צריך בירור עד שיהי' אפשר להחזיר לו ויבוא האובד למחות שעכ"פ לא ישתמש בהם אמרינן דלא מהני מחאתו דכבר קנה קנין שאלה שיש לו זכות להשתמש בהם עד זמן חזרת האבדה, ולכן יש לו תועלת בקנין השאלה. וא"כ לפי"ז מבואר דלא קשה הוכחת הרמ"ה דאפשר סובר הרמ"ה כתירוצו של רבינו אפרים, וממילא מוכח דבלא הצירוף שבלא היתר תשמיש הוא ג"כ ש"ש לא נעשה שואל בשביל היתר תשמיש או דהרמ"ה סובר באמת כשיטת הראשונים החולקים על הרי"ף דגם בדמי אבדה אינו אלא ש"ש וכן הוא דעת הטור, אבל הרמב"ם דסובר כהרי"ף דבדמי אבדה הוי שואל וכתירוצו של הראב"ד או לפימש"כ א"כ הכא כיון דסמכא דעתו שהמוכר לא יעכב עליו שפיר נעשה שואל.

והנה הרמ"ה הוכיח עוד דאינו משום שואל מהך דינא דלוקח כלים לשגרם לבית חמיו דנאנסו בהליכה חייב, וכתב וז"ל אי ס"ד כי מחייב באונסין מדין שואל הוא דמחייב בהליכה אמאי חייב כיון דהליכתו לצורך הולכתן לבית חמיו הוא דלא סגי להו בלא"ה ואי לאו הליכתן לא הוי מתנסין הו"ל כמתה מחמת מלאכה דפטור דהתם טעמא מאי דלאו לאוקמא בכילתא שאילתא ה"נ לאוקמינהו באידרונא דביתא שאלינהו עכ"ל, ולפי"מ שבארנו דעת הרמב"ם דבהא דלשגרו לבית חמיו אינו משום לוקח צריכים אנו ליישב קושיית הרמ"ה, אבל באמת הרמ"ה בזה לשיטתו דסובר דבכה"ג הוי מתה מחמת מלאכה, אבל הרא"ש חולק שם הובאו דבריו בטור חו"מ סי' ש"מ וז"ל כתב הרמ"ה מי ששאל בהמה לילך בדרך ידוע ובאו עליו ליסטים באותה הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה כיון שמחמת הדרך ששאלה לילך בה הוליכה

ונאנסה כי היכי דפטרינן להההיא דשאיל שונרא מחבריה ואכלה עכברים טובא ומתה אע"פ שלא הרגתה המלאכה גופה כיון שבמלאכה ששאלה לצרכה מתה, וא"א הרא"ש ז"ל אומר דאין נראה דלא דמי לשונרא ששאלה להרוג עכברים דבאותה מלאכה עצמה נאנסה והוי כשואל בהמה למהלך יום אחד ומחמת ההילוך מתה אף אם נאנסה ממנו בדרך אונס אחר הוא ואינו מחמת מלאכה שאף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו הילכך חייב עכ"ל והמחבר בשו"ע פסק כד' הרמ"ה והרמ"א הביא דעת הרא"ש והש"ך הכריע כד' הרא"ש, וטעמו של המחבר הוא עפ"מ שכתב בב"י בבד"ה וז"ל ומה שהקשה הרא"ש להרמ"ה י"ל דאה"נ דאמרינן דמחמת אותה מלאכה נאנסה שהרי אין חיות רעות וליסטים מצויים בעיר והדרכים בחזקת סכנה עכ"ל.

אכן נראה בדעת הרא"ש דאין כונתו דאותו האונס שאירע עכשיו ליסטים או חיות רעות אפשר שיהיו בבית, אלא דסובר דעיקר פטורא דמתה מחמת מלאכה הוא דוקא שהמלאכה גורמת להמיתה או להשבירה בדרך הרגיל, דהרמב"ן בפ' השואל הביאו הב"י שם וכתב וז"ל, והא דאמרינן דמתה מחמת מלאכה לאו לאוקמה בכילתא שאילתא, קשיא לי מיגרע גרע כיון דכי מתה מיתת עצמה חייב אע"ג דמלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם כי מתה מחמת מלאכה דשואל דמ"מ איהו גרם ליה היכי מיפטר ויש לומר דשואל ודאי חייב באונסין, אבל לא בפשיעה דמשאיל וכאן משאיל פשע שהשאילה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה בכגון שמתה מחמת אובצנא דמלאכה עכ"ל, ונמצא דאינו פטור במתה מ"מ אלא היכי שהוא פשיעה מהמשאיל שאינה ראויה למלאכתה וזהו שכתב הרא"ש דלא דמי לשונרא שהשאילה להרוג עכברים דבאותה מלאכה עצמה מתה וכו', אבל נאנסה בדרך אונס אחר הוא ואינה מחמת מלאכה וכונתו דהמלאכה אינה סבה להאונס דכיון שהוא אונס א"כ אין המלאכה גורמתו להדיא, וזה שכתב שאף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו אין כונתו דוקא להלסטים או חיות רעות, אלא דאונס עכ"פ אפשר שיקרה בכל מקום שהוא ואין המלאכה סבת האונס שנאמר שלא היתה ראויה למלאכה זו לכן חייב.

ולפי מה שבארנו מבואר דהרמב"ם ג"כ יסבור כדעת הרא"ש ולא כדעת הרמ"ה איברא דהרמב"ם סובר דדין מתה מחמת מלאכה הוא כשמתה בשעת מלאכה, והרמב"ן השיג שם בזה על הרמב"ם ובסוף דבריו שהבאנו כתב וז"ל, וראיתי בספרי הר"מ ז"ל מתה בשעת מלאכה וטעות הוא עכ"ל וזהו דכיון דטעם הפטור הוא בשביל שהמלאכה היתה סבת המיתה, א"כ אין הכונה בשעת מלאכה אלא מחמת מלאכה ולכאורה לפי"ז יהיה להרמב"ם לשיטתו קושיית הרמ"ה חזקה דהא בשעת הליכתו זהו שעת מלאכה. אכן

כבר ביאר הריב"ש דעת הרמב"ם הובא בלח"מ ובפרישה דמה שכתב בשעת מלאכה היינו דאז תלינן דמחמת מלאכה מתה.

אבל זה ודאי דבעינן מחמת מלאכה, ובאמת מבואר כן בד' הרמב"ם שכתב או ששאל קרדום לפצל בו עצים ונשבר בעת שפצל בו מחמת הבקוע, וע"כ דמה שלא כתב גבי מתה כשהיא חורשת מחמת החרישה משום דבסתמא אמרינן דכיון שמתה בשעת מלאכה הוא מחמת מלאכה וכמש"כ הריב"ש ולכן גם דעת הרמב"ם שפיר כדעת הרא"ש דאונס לא נקרא מחמת מלאכה כיון שאין המלאכה סבת האונס.

אולם אכתי נשאר לנו לבאר עיקר דבר זה שאמרנו דהרמב"ם מחלק בין לוקח ע"מ לבקרו ללוקח ע"כ לשגרן לבית חמיו, דבזה חייב משום לוקח ובזה משום שואל דהא זה נסתר מגמ' מפורשת בנדרים דעל הא דשמואל דהלוקח כלי ע"מ לבקרו אמר תנ"ה הלוקח כלי מן האומן לשגרן לבית חמיו אלמא דחד דינא הוא, והרמ"ה הוכיח להיפוך לשיטתו דסובר דהלוקח כלי לשגרן לבית חמיו הוא ודאי ע"כ משום לוקח דמשום שואל הוי מתה מ"מ דמזה מוכח דגם הא דשמואל הוא משום לוקח כיון דהגמ' מייתי מזה לזה ולפימש"כ יקשה להיפוך, אמנם אפשר ליישב דהגמ' מדמה דין לוקח לדין שואל דכמו דבע"מ לשגרן לבית חמיו שלא קנה בעד עצמו נעשה שואל כיון שכל הנאה שלו ה"נ בע"מ לבקרן כיון דקונה בעד עצמו והוא לטובתו אמרינן דגמר לקנות מעכשיו כדי שלא יחזור המוכר, אבל מ"מ אינו מרווח.

אכן הרמ"ה הקשה על שיטתו דהא דלשגרן לבית חמיו הוא משום לוקח דהא בב"מ דף פ"א מייתי בגמ' על הא דשואל שהחזיר לאחר ימי שאלתה דאמר רב חסדא דפטור ואמר אמימר דפטור משואל וחייב מש"ש מהך ברייתא דלשגרן לבית חמיו דתניא דבהליכה חייב בחזרה פטור מפני שהוא כנושא שכר ומוכר דהא דלשגרן נמי משום שואל, ותי' הרמ"ה דכיון שהתנה שאם אין מקבלין ממנו אתן לך לפי טובת הנאה שבהן א"כ הוא מעיקרא דדינא שוכר באופן זה, וכיון דבשוכר חייב גם בחזרה משום דין ש"ש א"כ כ"ש דשואל חייב בחזרה משום דין ש"ש, אבל ביאור של הרמ"ה אינו מבורר דאף דחזינן דשואל אינו חייב באנוסין כשהחזיר אחר ימי שאלתה דשואל אינו חייב אלא כ"ז שהחפץ שאול לו ויש לו זכות להשתמש בו אבל אח"כ אינו אלא שומר מ"מ בשוכר לא נראה כן דכיון דזה ודאי עכ"פ דיש לו דין שומר עד שיחזיר לבעלים וכיון דמה דיש לו זכות השתמשות אף שמשלם כסף יש לו בזה דין שומר שכר א"כ מסתבר דשכר זה יועיל לחייבו כש"ש כל זמן שחייב בשמירה דאין נ"מ בש"ש כמה מקבל שכר ובזה שהיה לו הנאה שנשתמש בה כל זמן השכירות ודאי חייב מדין ש"ש, וממילא יש לדון בזה אם

אפשר להוכיח משוכר לשואל, דשוכר כיון דמעיקר דינא נעשה שומר עד זמן שיחזיר וחשוב כמו שיש לו שכר בזה שמשתמש נעשה שומר שכר כל הזמן עד שיחזיר, אבל שואל כיון דכל ימי שאלתו אינו שומר שכר אלא שואל מנלן דיתחייב אחר ימי שאלתו מדין שומר שכר דבעד זה שנשתמש הא נתחייב מקודם באונסין ולא נתן לו הזכות להשתמש בשביל זה שישמרנו אחר ימי שאלתו דא"כ לא היה שואל אלא שוכר דקבל שכר טרחתו בהשמוש, ואם היינו אומרים דגם בשוכר אינו חייב מדין שוכר אלא כל זמן השכירות אבל אח"כ היה בדין שיהיה ש"ח רק דבשביל הואיל ונהנה מהנה מתחייב כש"ש, אז הראיה מוכרחת אבל לפימש"כ דבשוכר מסתבר דבשביל השכירות הוא ש"ש עד החזרה, א"כ אינו מוכרח להוכיח משוכר לשואל.

והנה מלבד כל זה דברי הרמ"ה אינם מבוררין דאיך כתב דכיון שלא קבלו בית חמיו הוי מעיקרא רק שוכר דא"כ איך הוא חייב מקודם באונסין, וכתב הרמ"ה דזהו משום שנעשה לוקח, דהא הוי ספק לוקח שמא לא יקבלו ממנו ולמה חייב לשלם ולא נימא המע"ה וע"כ דבשעת הליכה הוי לוקח גמור וכמש"כ הרמ"ה בהלוקח כלי ע"מ לבקרו דתיכף נעשה לוקח באופן שיכול להחזירו שלם, ורק דכשנתברר שלא קבלו ממנו נתבטל המקח לפני החזרה אבל עכ"פ מקודם שנתברר דין לוקח יש לו, וא"כ היכי כתב דהוברר הדבר דמעיקרא דין שוכר יש לו ומה דנעשה בחזרה ש"ש הוא רק משום דין הואיל ונהנה מהנה.

לכן נראה דהנה יש כאן שלשה סוגיות א' בנדרים ב' בב"מ ג' בב"ב, בנדרים מדמה דין דע"מ לבקרן לדין דע"מ לשגרן לבית חמיו, ובב"מ מייתי הא דע"מ לשגרן לבית חמיו לדין דשואל שהחזיר אחר ימי שלאתה, ולא מייתי הא דשמואל דע"מ לבקרן, ובב"ב מייתי הא דשמואל ומייתי עלה ההיא דאייתי קרי דמוכח דהוא משום קנין ולא מייתי עלה הא דברייתא דע"מ לשגרן לבית חמיו, והנה בב"ב הוא עיקר ההלכה והו"ל למימר עלה דשמואל תנ"ה מהא דע"מ לשגרן, ולכן יש לומר דסובר הרמב"ם דהם באמת סוגיות חלוקות, והני סוגיי דב"מ וב"ב פליגי אסוגיא דנדרים, דבנדרים סבר הגמ' דגם הא דשמואל הוא משום דין שואל דכל הנאה שלו וזהו דאמר אלמא סבר הנאת לוקח הוא, ולשון זה מוסבר יותר על שואל דכל הנאה שלו, ולכן שפיר מייתי תנ"ה מהא דלשגרן לבית חמיו, אבל הסוגיות דב"מ וב"ב אינם סוברים כן אלא הא דלבקרן הוא משום קנין והא דלשגרן משום שואל וכמש"כ, ומש"ה בב"מ דמיירי מדין שואל מייתי הברייתא דלשגרן ולא מייתי הא דשמואל, ובב"ב דמיירי מדין קניתן של הכלים מייתי הא דשמואל דע"מ לבקרן ולא מייתי עלה הא דברייתא דלשגרן, ולהלכה פשוט דסומך הרמב"ם על

הסוגיות דב"מ וב"ב שהם במקומם בדיני חיוב ממון ולא על סוגיא דנדרים דמייתי אגב שו"ט דמתני', ובפרט שהסוגיות דב"מ וב"ב הם ב' לגבי חדא דנדרים ומשתיהם מוכרח שהם שני דינים, ולכן שפיר קבע הא דשמואל בה' מכירה והא דברייתא בדיני שלוחין וכמש"כ.

אלא דמ"מ הצריך הרמב"ם כאן הא דזביני חריפא אף דלפי"ז אין מקור להך דינא כיון דאמר זה בנדרים דסבר דהוא משום שואל שכל הנאה שלו, זהו משום דכיון דבודאי מסתבר דגם לענין לוקח שייך להצריך זבינא חריפא דכשאינו זבינא חריפא והוא בטוח בשעת נטילתו לבקרן שהמוכר לא יחזור בו למה לו לקנות עכשיו ולהתחייב בדמיהן גם אם יאנסו ודוקא בזבינא חריפא ניחא ליה לקנות מעכשיו, ולכן אף דאמר זה בנדרים לפי"מ דסבר דהוא משום שואל מ"מ לא משוינן פלוגתא בכדי להלכה ונאמר דגם הסוגיא דב"ב דסבר דמשום לוקח הוא מודה דזהו דוקא בזבינא חריפא, ורק בטעמא פליגי ולא בדינא בעיקר מילתא אף דגם עכשיו יש נ"מ לדינא דאם הוא מטעם שואל פטור בבעלים, אבל זהו נ"מ רחוקה דבסתמא לא מיירי בכך, אבל החלוק מזביני חריפא הוא נ"מ טובא לכן לא משוינן פלוגתא להלכה ופסק שפיר דבעינן זביני חריפא.

ועכשיו מבואר יותר מה דלא הצריך הרמב"ם בלשגרן לבית חמיו שיהיה זביני חריפא אף דבנדרים מדמה זה לזה כיון דלא קיי"ל כסוגיא דנדרים ורק לענין ע"מ לבקרן כיון דמסתבר הכי אמרינן דגם הסוגיות דב"מ וב"ב לא פליגי וצריך זביני חריפא, אבל בלשגרן כיון דמסברא לא צריך כמו שכתב הרמ"ה כיון שהריוח ברור, ובאמת לא מדמינן כלל זל"ז וכיון דבדוכתא בב"מ לא הוזכר שיהיה זביני חריפא לכן שפיר לא הזכיר בזה זביני חריפא, איברא דאינו צריך לזה וגם בסוגיא דנדרים לא מוכח דגם בלשגרן צריך זביני חריפא וכמש"כ לדעת הרמ"ה, רק דלדעת הרמב"ם מבואר יותר.

וראיתי להנתיבות בסי' קפ"ו שבא ליישב מה דלא הצריך הרמב"ם גבי לשגרן לבית חמיו זביני חריפא, וכתב דדוקא גבי ע"מ לבקרן דטעמא דנתחייב משום דהוי כשואל ומשום זה אפי' גילה בדעתו שאינו חפץ בהמקח חייב באונסין, דכיון דנתחייב כשואל לא מיפטר עד שיחזיר ליד הבעלים וכמש"כ הרשב"ם לכן בעינן זבינא חריפא, אבל בלשגרן דהחיוב הוא משום לוקח ואם לא יקבלו אינו מחוייב אלא כש"ש לכן לא בעינן זביני חריפא ודבריו תמוהים במה שכתב דשואל לא מיפטר מאונסין עד שיחזיר לבעליו דהא גמ' מפורשת דהחזירה אחר ימי שאלתה פטור מאונסין, ואין לומר דאחר ימי שאלתה שאני, דהא אינו מחוייב להחזיר תוך ימי שאלתה וא"כ אחר ימי שאלתה הוא תמיד לפני החזרה לבעלים וגם הכא בלוקח ע"מ לבקרו אם הוי שואל הלא הוא בזה

דיש לו רשות לומר אני חפץ בו וקונה, והמוכר אינו יכול למחות וכיון שגילה דעתו שאינו רוצה לקנותו הרי הוא אחר זמן השאלה, ומה שכתב זה מדברי הב"י לא נמצא כן בהב"י, ודעת הרשב"ם דסובר דחייב אפי' גילה דעתו שאינו חפץ הוא להיפוך משום דסובר כאן דהוא משום לוקח כמש"כ להדיא בסמכא דעתיה לקנותו, וכן למעלה בד"ה כדשמואל, דבנטילה קנאה מיד וסובר דאף דיכול להחזיר זהו כמו קנין ע"מ שיהיה לו רשות להחזיר, אבל בלא חזרה נגמר הקנין והוא פשוט, ובעיקר דינא כבר פסק המחבר דלא כהרשב"ם ע"ש.

פרק ה

הלכה א

כל המטלטלין קונים זה את זה כיצד החליף פרה בחמור או יין בשמן אע"פ שמקפידין על הדמים ושיערו כמה שוה זה וכמה שוה זה ואח"כ החליפו כיון שמשך האחד או הגביהו, קנה השני המטלטלין האחרים בכל מקום שהם.

המ"מ כתב על מה שכתב הרמב"ם כיצד החליף פרה בחמור משנה פ"ק דקדושין ומייתי לה במציעא פ' הזהב, והדבר צריך בירור דלכאורה אינו מבואר כן דאמר שם הניחא לרב ששת דאמר פירי עבדו חליפין אלא לר"נ דאמר כלי אין אבל פירי לא עבדי חליפין מאי כיצד ה"ק יש דמים שהן כחליפין, כיצד החליף דמי שור בפרה וכו', ופי' רש"י דמה דפריך הניחא לרב ששת זהו בין למאי דסליק אדעתא מעיקרא בין למאי דשני רב יהודה, וכן מבואר שם בתוס' בד"ה ולר"נ, דבין למ"ד כל הנעשה בין למ"ד כל הנישום מתרצינן למתני' דיש דמים שהן כחליפין, ובתוס' בד"ה פירי כתבו לשיטת ר"ח ורב אלפס דשור ופרה חיים מיקרי כלי דלמאי דשני כל הנישום א"ש מתני' אפי' לר"נ ולא פריך אלא למאי דסליק אדעתיה מעיקרא דאמר ופירי נמי עבדי חליפין, וכן כתב הרמב"ן, והרמב"ם שכתב פרה בחמור או יין בשמן וזהו משום דחליפין שוה בשוה קונין בפירות, וכמו שכתב המ"מ ואינו סובר דשור ופרה חיים מיקרי כלי, וא"כ מפרשינן למתני' דכיצד החליף שור בפרה דיש דמים שהן כחליפין וכתב זה הרמב"ם בהלכה ד', וא"כ למה כתב המ"מ דהך דינא הוא מתני' דפ"ק דקדושין.

אכן באמת דברי המ"מ נכונים דבתוס' בד"ה ולר"נ הקשו דלפי' ר"ת לוקמיה בחליפין שוה בשוה וכתבו וז"ל וי"ל דומיא דרישא דכל הנישום דמיירי בחליפין כלי בכלי או כל הנעשה למ"ד מטבע נעשה חליפין, ובאמת דבריהם תמוהים דבשלמא למ"ד כל הנעשה וקאי על מטבע וע"ז אמר ופירי נמי עבדי חליפין כיצד, שייך לומר דזהו דומיא דרישא

במטבע דלא מיירי בחליפין שוה בשוה, אבל למ"ד כל הנישום הא י"ל דכל המשנה איירי בחליפין שוה בשוה ומה שייך לומר דומיא דרישא על כל הנישום דהא לדידיה כיצד הוא פירושא דכל הנישום, וי"ל דהכל הוא שוה בשוה, ואחר העיון מצאתי בש"מ בשם תוס' שאנץ שכתב להדיא כן דלפי' ר"ת למ"ד כל הנישום לא פריך דמפרשינן מתני' בחליפין שוה בשוה, וא"כ דברי המ"מ ברורים.

הלכה ב

החליף חמור בפרה וטלה ומשך הפרה ועדיין לא משך את הטלה לא קנה שאין כאן משיכה גמורה וכן כל כיוצא בהן.

כתב המ"מ בשם הרשב"א דדוקא חמור שאינו ראוי ליחלק, אבל פרה וטלה בכור חטים קנה חטים כנגד הפרה, והוכיח מהמוכר י' שדות דאם לא נתן דמי כולן קנה כנגד מעותיו, והקשה הלח"מ אמאי לא קנה הכל דהא קיי"ל דערבון כנגד כולו קונה, עיין מה שכתב לתרץ ודבריו אינם מבוארין ועמש"כ בפ"א, ונראה דיש חילוק בין דין חליפין לדין כסף דאף דהכא מיירי בחליפין שוה בשוה כמבואר בהלכה א' דאפי' יין בשמן קנה מ"מ גם חליפין שוה בשוה אינו בתורת כסף אלא מדין חליפין מקרא דועל התמורה כמש"כ ר"ת בתוס' ב"מ דף מ"ז, וטעמא דלא דמי כסף לחליפין הוא משום דבקנין כסף כשנותן לו מקצת כסף בתורת קנין או בתורת תחלת פרעון כבר נגמר הקנין, ועי"ז שזכה בהחפץ הקונה נתחייב לשלם כל הכסף כדתנן הזהב קונה את הכסף ומפרשינן מחייב את הכסף, אבל כשהחליף חמור בפרה וטלה כשמשך בעל החמור את הפרה הרי לא קנה בזה את הטלה אף אם היה בעל הפרה קונה את החמור, דלא מצינו בקנין חליפין שיהיה חוזר הקנין מדין חליפין, וכמו אם ימכור חמור בפרה ולא ימשוך את החמור אלא יקנה אותו בקנין סודר לא יקנה הלה את הפרה, והטעם דעיקר החליפין כבר נעשה ע"י חליפי החמור בהסודר והפרה אינו אלא מדין פסיקה שנתחייב ליתן לו הפרה משום פסיקת המכירה, ועיין במש"כ בפ"ו הל' ה' דלדעת הר"ן יכול ליתן לו דמים בשויו של הפסיקה וגם בלא דברי הר"ן אפי' אם נימא שהוא מחוייב ליתן כמו שפסק אבל עכ"פ אכתי לא קנה ואינו אלא מחוייב ואם ימכור הטלה לאחר שיקנה במשיכה לא יוכל להוציא מיד הלוקח ולא יתן אלא דמים, וכיון דכשהחליף לו חמור בפרה וטלה הרי רצה דוקא להחליף, שכשיקנה הלה את החמור יקנה הוא את הפרה וטלה, ולכן לא שייך כאן קנין ערבון.

הלכה ג

-השמטות ומלואים-

דמים שאין מקפידין עליהם הרי הן כשאר מטלטלין וקונין כיצד הרי שחפן מעות בלא משקל ובלא מנין אלא נטלן אכסרה ואמר לו מכור לי פרתך או יין זה באלו ונתן לו הדמים קנה, ואין אחד מהם יכול לחזור בו, שזה דבר שאינו מצוי הוא ולא הצריכו בו משיכה.

וכתב ע"ז הכ"מ מדברי רש"י משמע שכיון שהמוכר לא ידע כמה הם אע"פ שלוקח ידע כמה הם נקנה מקח ואפשר שגם רבינו סובר כן אלא דאורחא דמילתא נקט, ולכאורה לא הבנתי מה שייך אורחא דמילתא כיון דהוא דבר שאינו מצוי ולמה הוא אורחא דמילתא יותר באופן זה מבאופן שהלוקח ידע ומ"מ אומר למוכר שימכור לו במלא חפניו מעות אלו, אכן כונתו דזהו כמו גורל שכמה שימצא יהי' בדמי המקח ויתכן שיהי' לטובת הלוקח ולטובת המוכר, אבל אם הלוקח יודע כמה שיש בידו ודאי לא יתרצה המוכר שבודאי הוא מאנה אותו.

ומ"מ נראה דבדעת הרמב"ם א"א לפרש כן, דהא דייק וכתב הרי שחפן מעות וכו' וכפל דבריו וכתב אלא נטלן אכסרה, ומוכח דדעתו הוא דדוקא שגם הלוקח לא ידע, ובלשון הטור שכן כתב גם המחבר הרי שהיו בידו מעות בלא משקל ובלא מנין אפשר לפרש כן דהך בלא משקל ובלא מנין היינו שבשעת המכר לא שקלו ולא מנו והמוכר לא ידע, אבל בדברי הרמב"ם שדייק לכתוב שנטלן אכסרה א"א לפרש כן.

ובטעמא דמילתא נראה דכיון שכשם שתיקנו משיכה במוכרים כך תיקנו משיכה בלקוחות, לכן צריך שיהי' דבר שאינו מצוי גם להלוקח ואף שאם הוא דבר שאינו מצוי מצד המוכר ממילא הוא דבר שאינו מצוי מצד הלוקח, מ"מ יש לומר דהא מעיקרא אמר רב הונא דכיון דלא קפיד קנה דכי חליפין דמי, ואח"כ פריך בגמ' לימא סבר רב הונא מטבע נעשה חליפין ומשני משום דהוי מילתא דלא שכיחא, וכתבו התוס' ומיירי בתורת דמים, ולעיל ה"פ והני דמים כיון דלא שכיחי כחליפין דמו, אבל יש לומר דהרמב"ם מפרש דצריך שני הטעמים דאם הי' לזה גדר מעות לא הי' קונה בלי משיכה, ועיקר טעמא הוא משום דיש לזה גדר מטלטלין דהא כתב כן בלשונו דמים שאין מקפידין עליהם הרי הן כשאר מטלטלין וקונין ולמה לו להזכיר שאר מטלטלין, וע"כ שיהי' בזה גדר כל המטלטלין קונין זה את זה, אבל אם הי' לזה גדר מעות לבד אפי' אם יצוייר שיהי' באיזה אופן דלא שכיחא לא מהני, והגמ' פריך דמה מהני דיש לזה גדר חליפין הא מטבע אינו נעשה חליפין, וע"ז משני דמשום דהוא דבר שאינו מצוי נעשה כדין שאר המטלטלין שהם בתורת דמים וקונין כמו שכתב המ"מ בפ' זה הל' א', ולפי"ז מבואר דצריך שלשניהם יהי' דבר שאינו מצוי שבין אצל הלוקח ובין אצל המוכר יהי' בגדר שאר

מטלטלין, אבל אם הלוקח ידע הרי אצלו הם מעות שאינם קונים, ולכן כתב הרמב"ם שגם הלוקח נטלן אכסרה.

הלכה ד

וכן ראובן שמכר מטלטלין לשמעון בחמשים זוז, וקנה שמעון המטלטלין ונתחייב בדמים, ואחר שנתחייב שמעון בנ' זוז אלו היה לו יין או בהמה או עבד וכיוצא בהן משאר המטלטלין והיה רוצה למכרן ואמר לו ראובן מכור אותו לי בנ' זוז שיש לי בידך דמי המכר ואמר לו הן קנה ראובן המטלטלין בכל מקום שהן ואע"פ שלא משך ולא הגביה שגם זה דבר שאינו מצוי הוא ולא הצריכו בו משיכה, אבל אם היה לו חוב עליו שלא מחמת המכר ואמר לו מכור לי מטלטלין בחוב שיש לי אצלך ורצו שניהם לא קנה עד שיגביה או ימשוך דבר שאין דרכו להגביהו או יקנה באחד מהדרכים שהמטלטלין נקנין בה.

השגת הראב"ד וכן ראובן שמכר וכו' א"א דבר זה אין לו שורש לענין קניה אלא לגבי מי שפרע, ואע"פ שהרב ז"ל מפרש כך בקדושין על משנת החליף שור בפרה אנו לא שמענו אלא דמי שור שאינם ידועים למוכר את הפרה שגם זה מילתא דלא שכיחא עכ"ל.

אבל אם היה חוב וכו', א"א ואפי' למי שפרע עכ"ל, המ"מ ביאר דברי הרמב"ם במה שמחלק בין סתם מלוה למלוה מחמת מכר משום דהוי כאילו החליף פרה בשור, וכבר תמה הלח"מ דהא כתב הרמב"ם להדיא משום דהוא דבר שאינו מצוי, וגם המ"מ בעצמו כתב זה הטעם ודחק הלח"מ ליישב ד' המ"מ עיין בדבריו שהם דחוקים באמת, אבל עיקר דברי המ"מ מוכרחים שבזה נוכל לבאר דעת הראב"ד שהם צריכים ביאור שכתב שדבר זה אין לו שורש לענין קניה אלא למי שפרע, וקשה דהא אח"כ במלוה שלא מחמת מכר השיג דמלוה אינו קונה אפי' למי שפרע, ואמאי מהני מלוה מחמת מכר למי שפרע, וכדעת הראב"ד כן הוא שיטת המ"מ בעצמו שהכריע בפ"ז הל' ד' וכתב דשיטת האחרונים ז"ל עיקר וכאן במלוה מחמת מכר ביאר דעת הרמב"ם ולא הכריע כד' הרמב"ן והרשב"א, ולכן ע"כ מוכרחים אנו לסברא זו לחלק בין מלוה סתם למלוה מחמת מכר, דמחמת מכר אין לו דין מלוה משום דהוי כאלו מכר לו הפרה בעיקר המכר והיינו בהשור, ולדברי המ"מ ע"כ צריך לאוקמי דאכתי השור קיים בעת מכירת הפרה, אלא דמ"מ ע"כ צ"ל דלא הוי חליפין ממש דא"כ לא היה צריך להא דהוי דבר שאינו מצוי, וזהו משום דאמרינן דמלוה מחמת מכר הוי כמו דמים בעין אבל אינו חליפין דעכ"פ לא החליף שני החפצים זה ע"ז, ולכן מבואר שהמ"מ רצה לבאר כאן שיטת הרמב"ם אף לפי ההלכה לשיטתו שחולק בפ"ז על שיטת הרמב"ם בעיקר דין מלוה במכר, אבל

בדעת הרמב"ם ודאי א"צ לזה כלל, דמהני מלוה לקנין וקנה משום דבר שאינו מצוי.

ובטעמא דמילתא דיש אפשרות לומר דהוי כאילו החליף שור בפרה נראה ע"פ דברי הנתיבות סי' ק"צ סק"ז שמצאתי הכרח לדבריו בתשובת הרי"ף הנדפס מחדש סימן מ"ד שהמוכר לחברו ולא שילם הלוקח את הדמים כלל בטל המקח אפי' היכי דלא עייל ונפיק אזוזי א"כ שפיר מובן סברת המ"מ דכיון שאם לא ישלם הקונה יתבטל המקח שייך לומר דהוי כאלו החפץ בעין אלא דמ"מ חליפין ממש לא הוי דכיון דעכ"פ עתה שמוכר לו חפץ בהחוב א"כ הרי לא נתבטל המקח וליכא חליפין רק דלא נוכל לומר דהוי מלוה שאינה בעין ולא נתן לו כסף דהא אם לא יתקיים המכר יתבטל מכר הקודם ונהנה כמו מדמים בעין.

הלכה ז

הקנה אחד כלי למוכר כדי שיקנה הלוקח אותו הממכר זכה הלוקח, ואע"פ שהקנה לו הכלי על מנת להחזירו נקנה המקח וזכה בו הלוקח, שהמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה אע"פ שלא תפס המוכר כל הכלי שהקנהו חלף ממכרו, אלא אחז מקצתו ואחז המקנה לו מקצתו קנה הלוקח, והוא שאחז ממנו כדי שיעור כלי או יאחזנו אחיזה שהוא יכול לנתק את כל הכלי מיד המקנה לו, לפיכך אם הקנה לו במקצת הבגד צריך שיאחוז מן הבגד ג' אצבעות שאם יפסוק ממקום שאחז הרי הוא כלי בפני עצמו שג' אצבעות מבגד קרוי כלי כמו שבארנו בענין טומאת בגדים וכן אם אחז פחות מג' והיה יכול לנתק כל הכלי קנה.

המ"מ כתב דהרמב"ם למד דמהני בק"ס מתנה ע"מ להחזיר מהא דאמר בפ"ק דקדושין דף ו' בכולהו קני לבר מאשה וה"ה לקנין, וכבר כתבתי בפ"א הל' ו' שהדבר תימה דעיקר הדין לענין קנין כסף השמיט הרמב"ם וכתב רק לענין קנין סודר שלמד משם, ולכן בודאי הרמב"ם מפרש דעיקר הדין דאמר רב אשי בכולהו קני לא הוי לענין דין כסף אלא בק"ס משום דבקנין כסף כיון דהוי כסף שיווי ובתורת דמי המקח כיון שהתנה ע"מ להחזיר התנאי מגרע מכל שויו של הנתינה וליכא דמי המקח ולכן לא שייך זה אלא לענין קנין סודר דלא הוי מטעם דמי המקח, וכן דין עבד כנעני אינו לענין דין קנין כסף אלא לענין קנין סודר והרמב"ם קבע כאן שני הדינים ביחד, דין דמהני כלי של אחר וזהו מדין עבד כנעני, ודין דמהני נתינה ע"מ להחזיר דשני הדינים הוא בדין קנין סודר ולא בקנין כסף כמו שבארתי שם בארוכה.

והנה דברי הרמב"ם שכתב ואע"פ שהקנה לו הכלי ע"מ להחזירו מוכח דבסתמא לא הוי ע"מ להחזיר, ודלא כדעת הרא"ש והר"נ בפ"ה דנדרים דסוברים דקיי"ל דחליפין קני

ע"מ להקנות הוא כר"נ בנדרים דף מ"ח ואע"ג דרב אשי פריך ומאן לימא לן דחוייא בעלמא, אבל הרמב"ם פוסק כרב אשי, והנה הרא"ש והר"ן הוכיחו מהא דרב אשי גופיה אמר בקדושין דף ו' גזירה שמא יאמרו אשה נקנית בחליפין, והרמב"ם גורס לפי שאין אשה נקנית בחליפין, ומוכח דחליפין הוי ע"מ להחזיר אבל הרמב"ם לשיטתו דסובר דבקנין כסף לא מהני ע"מ להחזיר לפי שאין כאן דמי המקח ודוקא בקנין חליפין מהני, א"כ אמר שם רב אשי שפיר, לפי שאין אשה נקנית בחליפין דבחליפין מהני גם ע"מ להחזיר אבל בקדושין דהוא דוקא מטעם כסף לא מהני עמ"ל ואפי' לפימש"כ בפ"א הל' ד' דבקדושין הוא כסף קנין ובמכירה הוא כסף שיווי מ"מ גם גבי קדושין לא מהני ע"מ להחזיר דדוקא בחליפין מהני שאין לזה גדר כסף כלל והדברים מבוארים בר"ן בהלכות בקדושין דף ג' בהא דאמר ואשה בפמש"פ לא מקניא נפשה דחליפין אינו מתורת כסף כלל, ולכן רק בחליפין מהני ע"מ להחזיר וכנ"ל, אבל קדושין אף שאינו בתורת שיווי מ"מ כיון דהוא מתורת כסף צריך חשיבות בהנתינה והתנאי מגרע את הכל, ודברינו הוא חדוש לדינא דהרמ"א בסי' קצ"ה פסק דאין המקנה יכול לתפוס ע"ש.

-השמטות ומלואים-

במה שכתבתי דהרמב"ם פוסק דק"ס בסתמא לא הוי קני ע"מ להקנות קצרתי במקום שהי' ראוי להאריך דהר"נ שם כתב דגם הרמב"ם פוסק כרב נחמן, ומקור דבריו הוא בודאי ממה שכתב הרמב"ם כאן דמהני מעמ"ל, דאי פסק כרב אשי דסודרא אי תפיס מיתפיס א"כ מנ"ל דמעמ"ל מהני בק"ס, אבל מדברי המ"מ שכתב דמקור דבריו הוא מהא דרב אשי דקדושין דאמר בכולהו קני מבואר דמפרש כפשוטו, וכמש"כ דלא כתב דכל ק"ס הוא עמ"ל, אלא דאע"פ שהקנה לו ע"מ להחזירו קנה, אלא שהוספתי דהרמב"ם מפרש דמה דמהני במכר זהו דוקא בק"ס ולא בקנין כסף וכמו שבארתי.

אכן צריך לבאר דכיון שכתב הרמב"ם כאן דאם הקנה לו סודר ע"מ להחזיר מהני לקנין, א"כ עכ"פ אינו כרב אשי בנדרים דאמר ומאן לימא לן דסודרא אי תפיס לא מיתפיס דהא אם הקנה בפי' הסודר עמ"ל נמי מהני לקנין, ומוכח כהר"נ דדברי רב אשי בנדרים הוא דחויא בעלמא, וכיון דהוא דחויא בעלמא א"כ מנ"ל להרמב"ם לפסוק דלא כר"נ דכל קנין סודר הוא במעמ"ל, ועוד דבהא דפליג עוד רב אשי על ר"נ שם בהך עובדא שיקנה לבנו שיקנה לבן בנו כשיהי' צורבא מרבנן כתב הר"נ שם דבזה קיי"ל כרב אשי דאף דבהא דסודרא אי תפיס מיתפיס קיי"ל כר"נ דהוי רק דחויא בעלמא, אבל בזה פליג עלי' וכונתו דמעיקרא אמר ר"א רק ומאן לימא לן וכו', אבל אח"כ פליג עלי', וכתב עוד הר"נ דהרמב"ם פסק בשתיהן כר"נ ומשמע דס"ל דכיון דפירכא קמייתא דרך דחויא הוא כל

מאי דא"ל נמי לדחויא מכוין עכ"ל, וא"כ מוכח דהרמב"ם נמי סובר דהא דקאמר רב אשי הוי רק דחויא, וא"כ מנ"ל להרמב"ם לפסוק דלא כר"נ.

ונראה דמה דלא פסק כרב נחמן אינו משום הא דרב דנדרים דודאי אינו אלא דחויא אלא דהוא מהא דרב אשי בקדושין דאמר בכולהו קני דקאי נמי על במכר, ולפימש"כ דהוא על קנין סודר דוקא דבקנין כסף שהוא משום שיווי הדמים ודאי לא מהני להחזיר, וא"כ רבא דאמר במכר לא קנה ע"כ דלא סבר כר"נ דסתם סודר הוא ע"מ להחזיר, ולכן גם רב אשי דאמר בכולהו ודאי ג"כ לא סבר כר"נ דסתם סודר הוי ע"מ להחזיר, דא"כ לא הו"ל למימר דקני אלא דע"כ הכי הוא ומוכח דבזה סבר כרבא דסודר אינו דוקא עמ"ל אלא דסבר רב אשי דגם במעמ"ל קני בקנין סודר, ולכן דברי מבוארים דדעת הרמב"ם דסתם ק"ס אינו ע"מ להחזיר ומ"מ פסק שפיר בהל' נדרים דקני ע"מ להקנות קנה.

אכן כל זה הוא לדברי הר"נ דהרמב"ם פסק כר"נ דקני ע"מ להקנות ולית ליה סברת רב אשי דהא הדר סודרא למארי', אבל לפימש"כ דהרמב"ם לא סבר דסתם קנין סודר הוא במעמ"ל, א"כ אין ראי' כלל דהרמב"ם סבר דקני ע"מ להקנות לאחר ל' קנה דכיון דאם תפיס מיתפיס, א"כ שפיר קנה דלא הדר סודרא למארי' ואפי' אם באמת החזיר המוכר הסודר לקונה מ"מ י"ל דלא חשיב בזה הדר סודרא למארי' כיון דבשעת הקנין הקנה לו המכר עבור הסודר ממש, ומה שהחזיר לו אח"כ מתנה בעלמא הוא דיהיב לי', ואף דלאחר שלשים אין הסודר ביד המוכר הוי כמו נתאכלו המעות דמהני בלאחר שלשים, ולפי"ז צ"ל דמה דפריך רב אשי לר"נ אף דאיהו אמר ומאן לימא לן דסודרא אי תפיס לא מיתפיס, זה פריך לר"נ לשיטתו דאמר דסודרא הוא קני ע"מ להקנות, וכן מוכח מד' רב אשי דאמר ועוד סודרא קני ע"מ להקנות מן השתא הוא אלמא דלדברי ר"נ אמר כן, ולדברי ר"נ שפיר פריך דהיכי אמר דמה שהקנה לבנו שיקנה אח"כ לבן בנו כשהי' צורבא מרבנן מהני דהא באותה שעה הדר סודרא למארי', אבל לרב אשי בקדושין דסתם סודר לא הוי עמ"ל, א"כ לא מוכח כלל דהרמב"ם לא סבר כרב אשי דנדרים, דמה דפסק דמהני הקנין הא פסק בסתם קנין סודר, דלא אמרינן בזה הדר סודרא למארי' ובפי"א מהל' מכירה הל' י"ג לא נתעוררתי בזה, וכתבתי רק לפי דברי הר"נ ע"ש. [ע"כ]

ובמה שכתב הרמב"ם שאם תפס פחות מג' אצבעות ויכול לנתק כל הכלי קנה כתב המ"מ שהשיג עליו הרשב"א וכתב וז"ל ונראה שדקדק אותה מדרב חסדא דאמר גט בידה ומשיחה בידו אם שיכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת וליתא דהתם הא אסיקנא טעמא משום דבעינן כריתות וכו' עכ"ל. וכונתו למה שאמרו בגמ' לחלק דאפי' המקנה יכול לנתק ולהביא אצלו קנה כשתפס ג' על ג' וכיון דגבי קנין אינו מגרע מה

שהמקנה יכול לנתק א"כ למה יועיל היכי דלא תפס ג' על ג' והקונה יכול לנתק, כיון דחזינן דיכול לנתק אינו מועיל אלא לענין זה שיהיה אגוד גבי הבעל ולא הוי כריתות אבל לא שיועיל שיקנה בזה הקונה.

והנה הב"ח בסי' קצ"ה כתב ע"פ מה שיש שינוי בגירסא בב"מ דף ז' דבגמ' איתא האי סודרא כיון דתפיס ביה שלש על שלש, ובנוסחת הרי"ף איתא כיון דאית ביה והוא מפרש בנוסחת הרי"ף דכיון דאיכא בסודר ג' על ג' מהני אף שאחז רק מקצתו כיון שיכול לנתקו, ודבריו תמוהים בתרתי חדא דהא אמר להדיא כמאן דפסיק דמי, ולדבריו דהקנין משום שיכול לנתק כל הסודר א"כ אינו משום דכמאן דפסיק ואדרבא אם הוא כמאן דפסיק ודאי לא מהני פחות מג' על ג', ועוד דא"כ אין מקום כלל לקושיית הגמ' ומ"ש מדרב חסדא דאדרבא מדרב חסדא הוכחה גמורה לרב משרשיא דכמו דמחשיב רב חסדא ענין יכול לנתקו של הבעל, ה"נ מחשיב רב משרשיא יכול לנתקו של הקונה וע"כ דהוא להיפוך וקושיית הגמ' משום דבסתמא אם אינו אוחז אלא שלש על שלש, מי שאוחז כל הבגד יכול לנתק ולא הקונה.

אכן לבד כל זה קשה על דעת הרמב"ם מגמ' ערוכה בב"מ דף ט' בהא דתניא דא' רכוב חמור וא' תפוס במוסרה זה קנה חמור וזה קנה מוסרה ואמר ר' אבהו בטעמא דקנה מוסרה הואיל ויכול לנתקה ולהביאה ואמר ע"ז והא דר' אבהו בדותא היא ומוכח דיכול לנתקה לא מהני, ומצאתי שכבר עמד בזה בש"ך סי' קצ"ה ס"ק ו' שכתב וז"ל ודוקא לענין ק"ס ע"מ להקנות מהני כשיכול לנתקו אצלו, אבל לענין שיקנה כל הכלי לא מהני מה שיכול לנתקו אצלו וכדלקמן סי' רס"ט ס"ה [וזהו מדין מוסרה הנ"ל] או אפשר דדוקא במציאה אבל במכירה, דדעת אחרת מקנה אותו מהני כשיוכל לנתקו לקנות כל הכלי כשאחז במקצתו והראשון נ"ל עיקר עכ"ל, והנה מש"כ הש"ך בתירוצו הא' דדוקא לענין ק"ס שהוא רק ע"מ להקנות קנה הלוקח בשביל שיכול לנתקו מיושב לשיטות הסוברים דק"ס הוא ע"מ להקנות אבל כבר ביארנו דמלשון הרמב"ם מוכח דלא פסק כר"נ דסודר הוי קני ע"מ להקנות, אלא כרב אשי דאי תפיס מיתפיס רק דמהני כאן גם ע"מ להחזיר משום שאינו דמי המקח, אבל עכ"פ צריך שהמוכר יקנה הסודר, לכן אנו צריכין לבוא לתירוצו הב' ונחזק את זה בהקדם ב' יסודות, ובזה נאמר דאדרבא הגמ' דמוסרה הוא מקור לדברי הרמב"ם.

היסוד הא' מה דסובר הרמב"ם בפ' י"ז מה' גזו"א הלכה ו' דבהמת מציאה שקדם אחד ואחז במוסרה לבדה, קנה המוסרה וכפי"מ שביארתי שם דפשטות דבריו דקנה כל המוסרה ולא רק מה שתפוס בידו, וטעמו משום דסובר דזהו באמת חדוש בדין מוסרה

שכיון שדרכה להיות תמיד על החמור לא הצריכו בזה משיכה או הגבהה וקנה בזה שתפס את המוסרה ע"ש שבארתי בארוכה, וחזינן מזה עכ"פ דאפשר קנין בלא הוצאת הדבר הנקנה מרשות הבעלים ע"י קנין משיכה או הגבהה וכמו דחזינן דאיכא קנין מסירה למאן דאית ליה גם בבהמה ולדידן בספינה, והיסוד הב' הוא לפי"מ שבארתי שיטת הרמב"ם בפ"ב מה' מכירה הל' ה' דאף שפסק דבהמה בין דקה בין גסה נקנית במשיכה ולא במסירה מ"מ אין זה בהחלט דבפ' י"ז מה' גזו"א כתב בהמה של הפקר ונכסי הגר אינה נקנית במסירה וכתב המ"מ דזהו משום דאין דעת אחרת מקנה אותו, ומוכח דבמו"מ מהני מסירה בבהמה וכתבתי בזה דזהו עפ"מ שכתב בפ"ג הל' ג' הספינה הואיל וא"א להגביהה ויש במשיכתה טורח גדול ואינה נמשכת אלא לרבים לא הצריכוה משיכה אלא נקנית במסירה וכן כל כיוצא בזה, ודייק לכתוב וכן כל כיוצא בזה אף שלא הוזכר בגמ' דיש כיוצא בספינה משום הא דאמר בגמ' דבהמת מציאה לא קנה במסירה משום דמאן מסר לו דליקני ומסירה מחבירו קנה, ומוכח מזה דיש אופן דנקנה גם בהמה במסירה וזהו באופן שיצוייר שיהיה במשיכת הבהמה טורח גדול ובארתי שם בארוכה.

ונמצא דיש לנו שתי הנחות הא' דלבד קנין מסירה מצאנו עוד קנין במוסרה דאפשר לקנותה באחיזתה לבד אף שלא הוציאה מרשות הבעלים וזהו אפילו במציאה דאין זה מגדר קנין מסירה דבמציאה לא מהני, ב' דיש נ"מ גם במסירת בהמה בין מציאה למו"מ, דבמו"מ דאיכא מסירה יש אופן דקנה אבל במציאה א"א בכל אופן דמאן מסר ליה דליקני.

ועכשיו נאמר דהך דינא דהואיל שיכול לנתקו למד הרמב"ם דוקא מהא דב"מ דף ט' דאמר ר' אבהו דמהני לקנות המוסרה הואיל ויכול לנתקה דבזה כבר לא מהני אחיזת המוסרה לבדה כמו בהל' ה' בשביל שהרכוב מעכב שגם הוא אוחז במקצת במה שמונח על החמור, ובזה אמר בגמ' והא דר' אבהו בדותא היא, וסובר הרמב"ם דכיון דעכ"פ אמר רק אבהו הכי לכן אף דאיפריך לא מצאנו דאיפריך אלא במציאה ולא במו"מ, דכיון דאשכחן דאיכא קנין מסירה דיש נ"מ בין מציאה למו"מ ה"נ אפשר לחלק בזה דכשמקנה לו ואוחז הקונה מקצתו באופן שיכול לנתקו קנה והוא בגדר קנין מסירה ולא דהוא קנין מסירה ממש דבקנין מסירה הא צריך דוקא אופן שיש במשיכתה טורח גדול אלא דהוא קנין חדש דהואיל שיכול לנתקו מהני בזה המסירה מה שנותן לו להדיא לקנות.

ומבואר עכשיו דדין יכול לנתקו לא מהני אלא משום שהנותן נתן הסודר לקנותו, אבל לא מוכח מזה כלל שיהיה עיכוב לקנין כשהקונה אינו יכול לנתקו ואחז ג' אצבעות

והמקנה יכול לנתקו, דמה שהמקנה יכול לנתקו ודאי אין זה עיכוב כלל בקנין, ומיושב בזה קושיית הרשב"א דבגמ' מבואר דיכול לנתקו לא מהני אלא לענין כריתות גבי גיטין ולא לענין קנין דזהו לענין יכול לנתקו של המקנה, והך דינא הוא ביכול לנתקו של הקונה, והרמב"ם למד זה ממה דמסיק הגמ' בדף ט' דגבי מציאה דלא מהני, ולכן סובר דגבי מו"מ דמצינו גבי קנין מסירה דמהני במקום טורח גדול ולכן מהני הא דיכול לנתקו.

הלכה ח

זה שכותבין בשטרות וקנינו מפלוני בכלי הכשר לקנות בו, בכלי להוציא פירות וכיוצא בהן, הכשר להוציא איסורי הנאה, לקנות בו להוציא כליו של מוכר.

השגת הראב"ד כליו של מוכר א"א ביה למעוטי מטבע עכ"ל, המ"מ הביא השגת הראב"ד וכ' ע"ז ובאמת שכן הוא בגמ' ללשון אחרון, ולא כתב כלל בטעמו של הרמב"ם שהשמיט זה, ואף דאין נ"מ לדינא דכבר הביא בהל' ו' דאין קונין במטבע מ"מ קשה דהא פירות ואיסורי הנאה וכליו של מוכר כתב ג"כ שם, ומ"מ כתב כאן לשון הגמ' ולמה השמיט מטבע.

והנראה בזה דהנה התוס' בדף מ"ה בד"ה אין מטבע, כתבו דמטבע מקרי כלי שראוי לשקול בו משקולת ולתלותו בצואר בתו, ונראה דזה תליא במחלוקת הראשונים אם שור ופרה חיים מיקרי כלי וביחוד דהתוס' בקדושין דף כ"ח בד"ה ש"מ, כתבו זה בשם ר"ח, והר"ח הוא הסובר דשור ופרה חיים מיקרי כלי כמש"כ התוס' שם בד"ה ה"ק ובב"מ דף מ"ו ע"ב ד"ה פירי, דמסתבר דאם שור ופרה חיים לא מיקרי כלי ובעינן כלי ממש מטבע נמי לא הוי כלי דאף דראויה לשקול בה משקולת אבל אין שם כלי עליה וראיה דהא לענין שבועה דכתיב כסף או כלים חלקה התורה להדיא בין מטבע לכלי דבכלים אמרינן יצאו כלים למה שהן דלא בעינן שתי כסף, ולפי"ז לדעת הרמב"ם דסובר בהלכה א' דשור ופרה חיים לא מיקרו כלי ועמש"כ שם, א"כ לא שייך כלל לומר ביה למעוטי מטבע כיון שכבר אמרנו בכלי וכי היכי דאימעוט פירות ה"נ אימעוט מטבע, ובאמת התוס' הנ"ל בדף מ"ה הוכיחו מכאן מדאמר במנא למעוטי פירות ביה למעוטי מטבע דמטבע לא מיקרי פירי.

והנה כמה מדויקים דברי הרמב"ם שכתב בכלי להוציא פירות וכיוצא בהן, ולכאורה היה אפשר לומר דכונתו כיוצא בפירות דהיינו חתיכת עץ וחתיכת מתכות וכיוצא, אבל אם היתה כונתו כן היה לו לכתוב כן בהלכה ו' כשכתב עיקר הדין וז"ל אין קונין אלא בכלים וכו' ואין קונין בדבר שאסור בהנאה ולא בפירות ולא במטבע וכו', ומדכתב כאן ע"כ כונתו לומר דבכלי ממעט גם מטבע שהוא כיוצא בפירות שאינו כלי, אח"כ ראיתי

שדברינו ברורים ומפורשים דהתוס' הנ"ל סוברים דמעות הרעות הוו כמו כלי וקונין בהם ובדברי הרמב"ם בפ"ו הל' ו' מפורש דמעות הרעות הרי הן כפירות לכל דבר, ועמש"כ בפ"ו הל' ב'.

אלא שעלינו לבאר טעמא דר"פ דאמר ביה למעוטי מטבע וצ"ל דר"פ סובר דמטבע מיקרי כלי והרמב"ם דחה הא דר"פ מסוגיא דלמעלה דאמר דשור ופרה חיים לא מיקרי כלי, ונראה לחזק זה דבגמ' אמר מעיקרא דכשר לאפוקי מדשמואל דאמר קונין במרוקא ובמימרא דר"ז ור"א דאמרי דכשר למעוטי איסורי הנאה אמרי אבל מרוקא לא איצטריך והרמב"ם לא הזכיר מרוקא, והנה לפירש"י דמרוקא הוא כלי העשוי מגללי בקר או לפי' הראב"ד בש"מ שהוא עביט של מ"ר קשה למה לא הזכיר זה הרמב"ם, ואף דבגמ' אמר מרוקא לא איצטריך והיינו דפשיטא שאין קונין מ"מ היה להרמב"ם להביא זה כיון דשמואל אמר דקונין, דהרמב"ם מביא להלכה כל מה דאמר בגמ' ע"ז פשיטא, ולכן נראה דהרמב"ם מפרש כפי' התוס' דמרוקא הוא גרעיני תמרה שמחליקין בהם את הקלף, וזהו באמת יסוד המחלוקת, דשמואל סבר דכל דבר שמשתמשין בו חשוב כמו כלי אף שאין שם כלי עליה ומעיקרא הוי סבר בגמ' למעוטי רק משום שאינו חשוב לקנות בו, וממילא ר"פ סבר נמי כדסבר מעיקרא ולכן אמר ביה למעוטי מטבע, אבל ר"ז ואיתימא ר"א סבר דמרוקא לא איצטריך למעוטי כיון שכבר שאינו כלי, וממילא ל"ש ג"כ למעוטי מטבע, ומטעם זה השמיטה הרמב"ם כיון שכבר כתב בכלי להוציא פירות וכיוצא בהן וכנ"ל.

הלכה ט

זה הקנין א"צ להיות בפני עדים, אלא אם היה בינו ובין חבירו קנה, שלא הצריכה תורה עדים בדיני ממונות אלא לכופר, אבל המוכר או הנותן או המשאיל וכיוצא בהן אין צריך עדים, וכיון שקנה הקונה בדרך אחד מן הדרכים שקונין בהן בין בהגבהה בין במשיכה בין במסירה בין בקנין בין בכסף בין בשטר או בחזקה קנה ואע"פ שאין שם עדים.

השגת הראב"ד שאין שם עדים וכו', א"א אין הכל מודים בקנין עכ"ל, כתב המ"מ דיסוד השגת הראב"ד הוא ע"פ דברי הגמ' בב"ב דף מ' דאמר שם קנין בפני שנים וא"צ לומר כתובו וליתא דהתם ה"ק כ"ז שהוא בפני שנים השנים כותבין וא"צ שלשה כמעשה ב"ד, אבל כ"ז שהם מודים בלא עדים סגי וראיה מפ' הזהב דאקשינן גבי עומד בגורן וליקני ליה אגב סודר וכו' איכפל תנא לאשמעינן בגברא ערטילאי ומוכיח דאין מטבע נעשה חליפין, ואם איתא לישני ליה כשאין שם עדים, אלו דברי בעל העיטור והרשב"א ז"ל עכ"ד המ"מ, וכן הוכיחו בתוס' בב"ב דף מ' גבי קנין בפני שנים, וההוכחה היא ברורה

כ"כ עד שהוא תימה גדולה על הראב"ד שחולק ע"ז.

ונראה דטעמא של החולקים וסוברין דקנין צריך עדים אינו משום דעיקר כח הקנין אינו נתפס אלא כשיש עדים, דבאמת אין סברא בזה וכמו שכתב הרמב"ם דלא הצריכה תורה עדים אלא לכופר, וטעמם דמפרשים דמה דאמר בגמ' קנין בפני שנים הוא כמו מה דאמר שם מקודם הודאה בפני שנים דהטעם פשוט דבלא עדים אין ראיה ממה שהודה דהא אפי' אם לא אמר אתם עדי לא מהני הודאה משום דיכול לטעון משטה אני בך כשתבעו או שלא להשביע את עצמי הודיתי כשהודה בעצמו, וא"כ הטעם שם אינו משום הלכות עדים כמו דצריך בגיטין וקדושין, אלא משום דבלא עדים אין ראיה על כונתו להודות, ולכן סוברים דגם בקנין כן, דכשהקנה בקנין בלא עדים אינו מוכח שהיה כונתו בגמירת דעת להקנות, והחלוק בין קנין סודר לשאר קנינים הוא משום דשארי קנינים הם בעצם דבר הנמכר כמו הגבהה ומשיכה ומסירה וחזקה וכיון שעל פיו החזיקו בדבר הנמכר ודאי גמר דעתו להקנות, וקנין כסף אף שאינו בדבר הנמכר מ"מ ודאי גמר דעתו דהא קבל כסף דמי המכירה ובחנם אין לו רשות לקבל כסף, אבל קנין סודר אינו מעשה בדבר הנמכר וגם לא קבל דמי המכירה, ואפשר דסובר הראב"ד כהרא"ש דאינו אלא קני ע"מ להקנות ולא זכה מן הקונה כלום, ואף שכ' בהל' ז' דשיטת הרמב"ם אינו כן לא השיג עליו כיון דלא כתב זה מפורש, אך באמת מצינו גם לשיטת הרמב"ם חילוק מק"ס לשאר קנינים דבק"ס יכול לחזור בעסוקין באותו ענין ולא בשאר קנינים כמבואר בהל' ו' ועיין מש"כ הרא"ש בב"ב פ' יש נוחלין סי' ה'.

ועכשיו מיושב דכל זה היכי דהמקנה רוצה לחזור בו ואומר שלא גמר להקנות אבל אם הוא אומר שבודאי גמר להקנות אין ספק דמהני הקנין דבעיקר הדין אינם חולקים דבממון לא איברי סהדי אלא לשקרי, וא"כ מיושב דמהא דהיה עומד בגורן אין ראיה כלל דהתם הא רוצה בעצמו שחבירו יקנה המעות שיוכל לפדות המע"ש.

הלכה יד

הדברים שאין בהם ממש אין הקנין מועיל בהם כיצד הרי שכתב בשטר וקנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני או שיחלקו השדה שביניהם או שישתתפו שניהם באומנות וכיוצא בדברים אלו כולן הרי זה קנין דברים ואינו מועיל כלום שהרי לא הקנה לחבירו דבר מסוים וידוע, לא עיקר ולא פירות עיקר הידוע.

השגת הראב"ד הדברים שאין בהם וכו' א"א אבל השתוף עצמו נקנה בקנין עכ"ל.

המ"מ מפרש דברי הראב"ד שאם השתתפו שהטילו שניהם בכיס וקנו מידם, ודבריו תמוהים דקנין לא מהני כאן דאין מעות לקנין בק"ס, ובכיס צריך שיגביהו שניהם המעות

כמש"כ הרמב"ם פ"ד מה' שלוחין, וכבר הקשה כן הלח"מ ודחק ליישב ואין לדבריו טעם דמה שייך צירוף קנין עם הכיס, ולומר דע"י הקנין הקנו זל"ז הכיס תלוי אם חצר השותפין קונין זה מזה, ולדעת הראב"ד ודאי אין קונין ועמש"כ בפ"ד מה' מכירה גבי סמטא, והאמת הוא מש"כ הלח"מ אח"כ דכונת הראב"ד הוא לדבריו פ"ד מה' שלוחין אלא שיש ט"ס כאן בד' הלח"מ שכ' דצ"ל שהשתוף עצמו נקנה בקנין ובזה לא תיקן כלום דכן היא גירסתנו, אלא צ"ל דהשותף עצמו נקנה בקנין וכמו שציין לדבריו בפ"ד מה' שלוחין וז"ל שם, ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים וכמו שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן עכ"ל.

אכן דברי הראב"ד צריכין ביאור דאין לומר דכונתו שאדם יכול להקנות עצמו בקנין מדין עבד עברי, דממ"נ אם כונתו לדין ע"ע ממש א"כ פשיטא, אבל זהו דוקא בזמן שהיובל נוהג ואינו אלא לשש אבל בזה"ז אינו נוהג מכירת ע"ע, ועוד מה יסתייע לזה מדין יקדשו ידי לעושיהן דאיך יפרש יקדשו ידיך לעושיהן דהתם בודאי אינו מדין ע"ע שאין הבעל מקדיש אשתו מדין ע"ע, וע"כ דזהו דין מיוחד דאפשר להקדיש הידים, אלא דבאמת צריך ביאור דמנלן קנין זה כיון דאינו ע"ע ממש דאינו אלא לשש ודוקא בזמן שהיובל נוהג.

ונראה דהחלוק הוא דדין ע"ע הוא שנעשה עבד ומחוייב לעבוד וזה באמת אינו אלא בגדרי ע"ע בשש ובזמן שהיובל נוהג, אבל מדין ע"ע אנו לומדים דאדם יכול להקנות עצמו דשייך הקנאה באדם לחברו, אלא דבדין עבד עברי ממש שהוא מחוייב לעבוד בזה גילתה תורה דאינו אלא לשש ותלוי ביובל, אבל להקנות עצמו שיהיה לחברו זכות במעשה ידיו זה אפשר גם ליותר משש וגם אינו תלוי ביובל כיון דאינו עבד באמת ויש לו רשות שלא לעשות כלום.

ובדעת הרמב"ם היה אפשר לומר לכאורה דיש חילוק בין מעשה ידיו ובין למה שירויח מעסק, דמעשה ידיו יוצאין מגוף הידים יותר ממה שמרויח בקניית ובמכירת סחורה, ולכן אף שאפשר להקנות את עצמו לחבירו שיהיה לחבירו זכות במעשה ידיו, מ"מ לא יהיה לו זכות במה שיקנה וירויח כיון דאינו עבד ממש ועיין מש"כ הקצוה"ח בסי' ר"ט ס"ק ד' ומה שהרחיב מדברי הראשונים בענין אם אפשר להקנות מעות לפירותיהן, ויש הרבה לדון בדבריו אבל אכ"מ להאריך בזה משום דעכ"פ היא גמ' מפורשת בב"מ דפועל ששכרו ללקט מציאתו לבעה"ב אפי' שכרו ללקט דגים ומצא כיס מעות כמבואר ברמב"ם שם, וא"כ אם יהיה השותף קנוי שיהיה בשותפות כל הכספים שירויח יתקיים בזה השותפות.

והנראה לבאר דעת הרמב"ם משני טעמים, א' דאף שהראב"ד הוכיח חידושו שאדם יכול להקנות עצמו, אבל כיון דעכ"פ היסוד לזה הוא ע"כ מדין ע"ע וא"כ אין לנו דמהני אלא קנין כסף ושטר כמו בע"ע, והראב"ד יסבור דאף דבע"ע לא מהני קנין חליפין זהו בע"ע ממש אבל לקנותו למעשה ידיו בלא דין עבדות מהני גם בחלופין, וי"ל עוד דע"ע כיון דיוצא בשש הוי לזמן וכמש"כ התוס' בב"מ די"ב דכל דבר שסופו לחזור אינו נקנה בחלופין, ומה דקרקעות יוצאין ביובל לא קשה דהא בב"מ דק"ט אמרינן דיובל אפקעתא דמלכא, אך בזה יתיישבו רק דברי הרמב"ם כאן שכתב דלא מהני ק"ס, אבל אכתי לא יתיישבו דברי הרמב"ם בפ"ד מה' שלוחין דבא לכתוב הדברים שיתקיים בהם השותפות, וא"כ אף אם נימא דסובר דלא מהני ק"ס לקנות השותף עצמו אכתי אפשר לקנות בכסף.

ולכן נראה פשוט דהרמב"ם אינו סובר כהראב"ד מטעם ב', וזה תלוי באמת במחלוקת הראשונים לענין דין קבלן אם יכול לחזור בו דהתוס' בב"מ בדף מ"ח כ' בשם ר"ת דאומן שמשכו ממנו כלי אומנתו אינו יכול לחזור בו דדוקא פועל יכול לחזור בו דכתיב עבדי הם ולא קבלן, והרשב"א והר"ן חלקו ע"ז וכ' הר"ן שהר"י השיב על ר"ת דלא גרע מע"ע שמגרע מפדיונו ויוצא, ואף דיש לחלק דשאני התם דכתיב עבדי הם מ"מ מהכא לא מוכח אלא שיכול להחזיק התספורת, והרמב"ם פ"ט מה' שכירות כתב דבין פועל בין קבלן יכולים לחזור אף שכתב שם טעמא דכי לי בני ישראל עבדים, ומשמע דאפי' קנין בקבלן לא מהני וכן פסק המחבר בסי' של"ג ס"א והרמ"א הביא בשם וי"א דעת ר"ת דקבלן אינו יכול לחזור בו, ולכן יש לומר דגם לענין קנין זה שיהיה לחבירו זכות בכל מה שתבוא לידו אף דהוא באופן אחר מקבלן, דקבלן הוא עכ"פ לענין חיוב עבודה רק שאינו ליום, מ"מ כיון דחזינן דס"ל דלא בעינן דוקא דומיא דעבד, א"כ גם בזה אינו יכול להקנות את עצמו באופן שלא יוכל לחזור, ובזה מיושב דלשיטת הרמב"ם לא מהני להקנות את עצמו באופן שלא יוכל לחזור בו ואפי' קנין כסף לא מהני, והראב"ד אף דגבי קבלן לא השיג על הרמב"ם, אפשר משום דאינו מפורש בדבריו ואפשר דמחלק דקבלן עכ"פ יש בו חיוב לעבוד ויותר דמי לעבד, אבל הרמב"ם אינו מחלק בזה.

אלא דמ"מ צריכים אנו למש"כ דסובר הרמב"ם דקנין זה להקנות עצמו אפי' באופן שיכול לחזור לא מהני בק"ס אלא בקנין כסף, דהא בגמ' בב"מ דף ה' אמרינן גבי פועל דכל כמה דלא הדר ביה כיד בעה"ב הוא כי הדר ביה טעמא אחרינא דכתיב כי עבדי הם וכו' ואם נימא דמהני ק"ס בדין הקנאת עצמו, א"כ עכ"פ כל כמה דלא הדר ביה כל מה שירויח הוא של שותפות, והרמב"ם כתב כאן דהרי זה קנין דברים ואינו מועיל כלום, ולכן ע"כ דצ"ל שני הטעמים חדא דיכול לחזור בו אפי' אם הקנה בקנין הכסף,

ומזה הטעם לא הזכיר הקנאת עצמו לענין קיום השותפות בפ"ד מה' שלוחין, וב' דאפי' לשעתו קודם חזרה דבקנין כסף מהני בקנין סודר לא מהני, וכמו בע"ע דלא מהני ק"ס ואפשר דהוא מטעם זה גופא דכיון דיכול לחזור לא מהני ק"ס דהוא קנין רק בדבר המתקיים כדכתיב לקיים כל דבר, ועכ"פ בשביל שני הטעמים מיושבים דברי הרמב"ם בכאן ובה' שלוחין.

פרק ו

הלכה ב

לשונות של זהב ושל כסף הרי הן כעששיות של ברזל או של נחושת והכל כשאר המטלטלין הן ונקנין בקנין וקונין זה את זה בהחלפה כמו שביארנו אבל המטבעות של כסף או דינרים של זהב או המעות של נחושת הרי הן כולן דמים נגד שאר המטלטלין, והנותן את אחד מהן דמי המטלטלין לא קנה עד שימשוך או יגביה כמו שביארנו ואין אחד מהם נקנה בקנין ולא נעשה קנין.

הלח"מ מסתפק כאן בדברי הרמב"ם וכתב וז"ל, אע"פ שלשון רבינו ז"ל משמע דהרי הן כמטלטלין לכל דבר וקונין בהם דרך קנין סודר מ"מ מדברי ה"ה משמע דהוו כפירי וכו' לכ"נ לומר דהך כשאר מטלטלין שכתב כאן אינו מדוייק ולא דימה רבינו ז"ל דבר זה לעששיות ולשאר המטלטלין אלא לומר שנקנין בקנין וקונין זא"ז בהחלפה, א"נ דהך הרי הן כמטלטלין שכתב כאן רבינו מדוייק, ומש"כ למטה בהל' ו' גבי מעות הרעות הרי הן כפירות לכל דבר אינו מדוייק וכו' עכ"ל, ודברי הלח"מ תמוהים מאוד ולא ידעתי למה דחק בדברי הרמב"ם שהם פשוטים וברורים, ולשון והכל כשאר המטלטלין ודאי אינו אלא לענין חליפין שוה בשוה כמש"כ הרמב"ם פרק ה' הלכה א' כל המטלטלין קונין זא"ז כיצד החליף פרה בחמור או יין בשמן, ולא אבין איך עלה על דעת הלח"מ דלשונות של זהב וכסף ועששיות של ברזל הוי כלים, ומה שכתב הרמב"ם בהל' ו' במעות הרעות דהוי כפירות לכל דבר ודאי ג"כ מדוייק, דהרמב"ם אינו סובר דמטבע הוי כלי ועיין מש"כ בפ' ה' הל' ח' וממילא מעות הרעות ודאי אין קונין בהם בק"ס כמו בכלי ואינם אלא כפירות וכשאר מטלטלין, וכמש"כ המ"מ דלשונות של זהב וכסף הוי כדין מעות הרעות, ועיין מש"כ הבעה"מ והרמב"ן במלחמות, ודעת הרמב"ן הוא דמטבע הוי כלי וזהו להרי"ף דסובר דשור ופרה חיים מיקרו כלי, אבל דעת הרמב"ם ברור כמש"כ.

הלכה ה

נתן לו ל' איסר של נחשת בדינר של כסף נקנה הדינר של כסף וחייב ליתן לו כמו שפסק עמו אם דינר חדש חדש אם ישן ישן, אבל אם נתן לו דינר של כסף בל' איסר לא קנה עד שיקח האיסרות של נחשת וכל א' מהן יכול לחזור בו.

ואם ישן ישן, הקצוה"ח בסי' ר"ג ס"ק ד' הביא דברי הנמוק"י שכתב ודכותה במטלטלין מי שמשך חפץ מחבירו והתנה ליתן לו כור חטים חדשים חייב ליתן לו כמה שפסק, והקשה ע"ז בשם אחיו ממש"כ הר"ן בע"ז פ' השוכר, שהשוכר את הפועל והתנה ליתן לו בשכרו כור חטים זה או אפי' כור חטים סתם אינו חייב ליתן לו חטים אלא מעות, וכתב בזה הקצוה"ח דדין הזהב קונה את הכסף דאמרינן הזהב מחייב היינו דאם קנה חפץ במעות ומשך החפץ נתחייב במעות כמו שהתנה, אבל לקח המעות לא קנה החפץ וגם לא נתחייב אלא למי שפרע, ומש"ה בשוכר את הפועל והתנה ליתן כור חטים לא נתחייב דמלאכת הפועל אינו אלא כמו נתינת מעות ע"ש שהאריך בזה.

ולענ"ד דברי הקצוה"ח אינם נכונים דמה דזהב מחייב וכסף אינו מחייב אין ע"ז מקרא מיוחד אלא דהוא פשוט בסברא דכיון שקנה הלוקח החפץ וקצבו במחירו דינר מכיון שמשך החפץ וקנהו ע"כ נתחייב בהדינר, ולזה אמרינן עוד דנתחייב כמו שהתנה, דאם התנה ליתן חדש חייב ליתן חדש, ומה שאם לקח המוכר הדינר לא נתחייב בהחפץ היינו משום דמטבע כיון שהוא קצוב א"א להתחייב עבורו יותר ממה שהוא שוה שאין בו דרך שומא לשום אותו ביותר מדינר, ורק דרך קנין יש לו מדאורייתא ומדרבנן כיון שאין קונין בכסף גם התחייבות בחפץ אין כאן, וא"כ בשוכר את הפועל והתנה ליתן כור חטים כיון דשכירות פעולה יש בה דרך שומא ואפשר להתחייב בעד הפעולה כמה שהתנה, א"כ למה לא יתחייב כמו שהתנה ואם התנה ליתן חדש למה לא יתחייב חדש.

ובעיקר קושייתו נראה דמה שכתב הר"ן דאינו חייב ליתן לו חטים אלא מעות זהו מהך טעמא גופא דמה שמחויב ליתן בלוקח חפץ כמו שהתנה ואם התנה חדש צריך ליתן לו חדש היינו משום שכן שמו והעלו מחירו של החפץ לדינר חדש, ובשוכר את הפועל והתנה ליתן בשכרו כור חטים ודאי ג"כ חייב ליתן כמו שהתנה אלא דלא נתחייב על דבר מסויים וכיון שנותן לו מעות שויים של כור חטים מקיים בזה תנאי וחיובו דמה לי הן מה לי דמיהן כיון דמה שמחויב ליתן כור חטים אינו משום שנתחייב בדבר מסויים אלא משום שמחוייב כמו שהתנה, והנמוק"י שכתב בקונה חפץ מחבירו והתנה ליתן חטים חדשים מחויב ליתן כמו שהתנה היינו שאינו יכול לפטור א"ע בחטים ישנים, אבל במעות ודאי יכול לפטור את עצמו, וכה"ג בדינר חדש אם מצוי לקנות דינר חדש

בעד דינר ישן ומעה, בודאי יכול ליתן לו דינר ישן ומעה, שאפשר למצוא בדמיהם דינר חדש ומה לי הן מה לי דמיהן אלא משום דדינר חדש ודינר ישן קצבה אחד להם, רק דיש שמקפידין על חדש לכן אשמעינן שמחוייב ליתן לו כמו שהתנה ואינו יכול לפטור א"ע בדינר ישן, ונמצא דאין שום חילוק מדברי הנמוק"י לדברי הר"ן, והנמוק"י משמיענו דצריך ליתן כמו שהתנה, והר"נ משמיענו דבדמים יכול לפטור א"ע מכל מה שהתנה ליתן משום דמה לי הן מה לי דמיהן והרי שלם לו כמו שהתנה, אח"כ ראיתי שהנתיבות עמד על ד' הקצוה"ח וכתב בזה באופן אחר והמעיין יראה שדברי נכונים בעז"ה.

הלכה י

המוכר שטר חוב לחבירו או נתנו לו במתנה אינו נקנה במסירת השטר לידו, שלא מסר לו אלא הראייה שבו ואין הראייה נתפסת ביד. וכיצד יקנה השטר שיכתוב לו המקנה קנה שטר פלוני וכל השעבוד שיש בו וימסור לו השטר ונמצא שנקנה בכתיבה ומסירה ואין צריך עדים לענין קנייתו אבל צריך עדים לענין תביעתו, שהרי הנתבע אומר לו מי יאמר שבעל דברים שלי כתב ומסר לך.

השגת הראב"ד, ואינו צריך עדים א"א יש שהקשה ע"ז דהא קיי"ל כרבא דאמר אינו צריך ראיה וי"ל לא פליגי אביי ורבא אלא אליבא דמ"ד אותיות נקנית במסירה, אבל למאן דבעי כתיבה היכי דליכא כתיבה כגון שכיב מרע ראייה מיהת בעי, ועוד אני אומר דכי אמר רבא אינו צריך ראיה ה"מ להדי מוכר אבל לגבי לוה כי אתא למיגבי מיניה מצי א"ל אייתי ראייה היכי מטא שטרא לידך עכ"ל.

המ"מ ביאר דעת הרמב"ם שהוא כדעת הראב"ד בתירוצו הב' וכן מבואר להדיא מדבריו בפ"ט מה' נחלות כמו שהביא המ"מ וא"כ אינו מובן כלל מש"כ הראב"ד מקודם דלמ"ד אותיות אין נקנות במסירה לא פליגי דמשמע שבא לבאר כן דעת הרמב"ם והוא תימה דזהו שיטתם של החולקים והרמב"ם הא סבר כדעת הר"י מיגש וכמש"כ הראב"ד אח"כ לחלק בין להדי מוכר ובין להדי לוה, והנה הראב"ד בעצמו בפ"ט מה' נחלות הל' י' השיג על הרמב"ם על מה שכתב שם אחד מן האחין ששט"ח יוצא מתח"י עליו להביא ראיה וכו' בד"א באחין מפני שחזקתן שומטין זה מזה, אבל אחר שטען שנתנו לו או שקנהו מבעליו גובה בו וא"צ להביא ראיה כתב שם הראב"ד וז"ל א"א והיאך גובה בו והא קיי"ל דבעינן כתיבה ומסירה, והנה הוא הולך על דרך פירוש רבו המפרש אינו צריך ראיה דמצי למימר שטר היה לי ואבד, והאי פירושא לא דייק מגופה דהא שמעתא ומשמעתא דסנהדרין במעשה דההיא סבתא דנפק שטרא מתותי ידה עכ"ל, וכתב שם המ"מ שהראב"ד חזר בו ממה שהודה לו כאן, אבל עכ"פ תירוצו הראשון כאן לדעת

הרמב"ם צריך ביאור.

ונראה דהראב"ד סובר דאפשר לפרש כאן דברי הרמב"ם במש"כ וא"צ עדים לענין קנייתו היינו לענין עיקר הקנין לומר דהקנין בעצמו א"צ עדים ונתפס הקנין גם בלא עדים, ואף דצריך כתיבה וממילא איכא עדים ואם כתב בכת"י הוי נמי כמו עדים, אבל ז"א דאם היינו אומרים דעיקר הקנין צריך עדים לא הוי מהני מה דאיכא עדים בשטר דהא כתיבה לחוד לא מהני והיה צריך עדים גם בשעת המסירה לכן אשמעינן דא"צ עדים, אבל כשבא לגבות אינו יכול לגבות בלא עדים, ובהא לא מיירי כאן אם המוכר טוען שלא כתב לו אם נאמן הלוקח, ולכן השיג עליו בפ"ט מה' נחלות שכתב להדיא דהלוקח נאמן.

והנה מה שכתב הראב"ד בה' נחלות דהאי פירושא לא דייק מגופא דהא שמעתא זהו דהר"י מיגש השיג על הרי"ף בכתובות בפ' הכותב הובא בס' הזכות להרמב"ן שכתב גבי מלוגא דשטרי דאצריך רבא ראיה דתפסה מחיים דזהו דוקא במלוגא דשטרי דאין לה חזקת קנין משום דצריך כתיבה, אבל במטלטלין נאמן התופס, והר"י מיגש כתב דגם בשטר נאמן התופס לומר שטר היה לי ואבד והוכיח זה דכיון דתנן והן מוציאין שט"ח על אחרים ובגמ' תלינן זה בפלוגתא אי אותיות נקנין במסירה, וכיון דקיי"ל הלכה כסתם משנה וגם קיי"ל דאין אותיות נקנות במסירה וע"כ דגם למ"ד אין אותיות נקנות במסירה מ"מ נאמן המוחזק לומר שטר היה לי ואבד, וזהו ביאור דבריו של הראב"ד דכל הסוגיא שם מוכח דדין אם צריך להביא ראיה תליא אם אותיות נקנות במסירה.

ועכשיו מבואר דדברי הראב"ד אינם סותרים כלל זל"ז וא"צ לומר דחזר בו בה' נחלות ממה שכתב כאן והראב"ד מכוין כאן רק לסוף דבריו של הרמב"ם שכתב דצריך עדים לענין תביעתו ובזה הוא שכתב דיש מי שהקשה דהא קיי"ל כרבא דא"צ להביא ראיה ובזה הוא שכתב דרבא לא אמר כן אלא למ"ד אותיות נקנות במסירה וזהו כמו שכתב הראב"ד בה' נחלות דכן מוכח מגופא דשמעתא, וכתב עוד דגם רבא דסבר א"צ להביא ראיה אינו אלא לגבי המוכר ולא לגבי הלוה אבל אין כונתו לומר דלדידן נמי קיי"ל כרבא לגבי המוכר ואינו חוזר בזה ממה שכתב מקודם דרבא לא אמר כן אלא למ"ד אותיות נקנות במסירה, רק דגם לרבא ולמ"ד אותיות נקנות במסירה, לא מהני לגבי הלוה, אבל בה' נחלות דמיירי הרמב"ם לענין דין גביה שיוכל לגבות בהשט"ח אפי' כשהמוכר כופר, וכמו הא דא' מן האחין, בזה הוא שכתב שפיר דהוא הולך בשיטת הר"י מיגש ולא דייק כן בשמעתא כמו שבארנו דמהסוגיא מבואר דלמ"ד אותיות אין נקנות במסירה גם רבא מודה דצריך להביא ראיה, ונמצא דדברי הראב"ד מתאימים ולא חזר בו כלל

ממשנתו כאן.

איברא דדברי הראב"ד הם תמוהים דאיך אפשר לומר דרבא דאמר א"צ להביא ראיה הוא רק לגבי המוכר ולא לגבי הלוה דא"כ איך תנן במתני' דמוציאין שט"ח על אחרים דמוכח דיכולים לתבוע גם מהלוה וכן פסק הרמב"ם פכ"ד מה' מלוה הל' ט' דאין הלוה יכול לדחותן, ובלא זה שכתב כאן דגם רבא לא אמר אלא לגבי המוכר לא היה קשה על מה שחלק על הרמב"ם בפ"ט מה' נחלות וסובר דלדידן דאותיות אין נקנות במסירה גם לרבא צריך להביא ראיה דכבר תי' הרמב"ן בס' הזכות דלדידן הוא מטעמא אחרינא משום סוגיא דיבמות נביא דבריו לפנינו, אבל על הראב"ד שכתב דרבא גופא לא אמר אלא לגבי המוכר קשה דהא בסוגיא דב"ב מבואר דמשום דא"צ להביא ראיה מוציאין שט"ח על אחרים ומטעם זה קשה טובא על הרמב"ם דעיקר שיטתו הוא שיטת הר"י מיגש שהיסוד שלו דגם לדידן א"צ להביא ראיה הוא ממתני' דמוציאין שט"ח על אחרים וכיון שמחלק בין לגבי המוכר בין לגבי הלוה וא"כ אמאי מוציאין שט"ח על אחרים והוא תימה עצומה והוא פלא שלא עמדו בזה המפרשים.

והנה הרמב"ן בס' הזכות הוכיח דלא כד' הר"י מיגש מהסוגיא דיבמות דף קט"ז שהוכיח רבא דלא חיישינן לתרי יצחק מהא דאגבי רבה משטרי דחבי בא נאני אע"ג דשכיחי טובא ודחה אביי דטעמא משום דלנפילה ופיקדון ליכא למיחש מאי אמרת דילמא מסר אותיות נקנות במסירה, ומוכח דלרבא הוי טעמא משום דלא חיישינן דילמא של אחר הוא ואיפשיט לן טעמא דמתני' דמוציאין שט"ח על אחרים דאינו משום דנאמן לומר שטר היה לי ואבד, אלא משום דאמרינן ברשותו נמצא ושלו היה, ושמעינן מינה דאם כתוב השטר בשם אחרים כיון דקיי"ל אין אותיות נקנות במסירה לא גבינן בהאי שטרא, זהו תורף דברי הרמב"ן ולפי דבריו כל הך סוגיא דב"ב דתלינן הך דינא אם מוציאין שט"ח על אחרים בפלוגתא דאביי ורבא אם צריך להביא ראיה ואם אותיות נקנות במסירה הכל הוא אליבא דאביי דיבמות ודלא כרבא ושלא כהלכה.

ונראה דהרמב"ם והראב"ד סוברים דשתי הסוגיות דיבמות ודב"ב שהם סותרות צריכות זו לזו משום דשתי היסודות אנו צריכים להך דינא, דהסוגיא דב"ב דלרבא א"צ להביא ראיה הוא דין דלגבי המוכר נעשה הלוקח מוחזק בהשט"ח ע"י חזקתו שהוא תפוס בו, ולא אמרינן דכיון דהשט"ח אינו אלא לראיה אינו עושה אותו מוחזק בעצם החוב, אבל כל זה לגבי המוכר ולא לגבי הלוה וטעמא דהך מילתא לחלק בין המוכר להלוה כ' המ"מ לפי שהלוה יכול לומר שמא בתורת פקדון בא לידך ואתה הודית בו, ודבריו צריכין ביאור והנתיבות בסי' ס"ו ס"ק כתב עפ"מ שכ' הרמ"א דהלוקח יכול לתפוס השט"ח

למשכון נגד המוכר אפי' לא כתב לו כנגד הדמים שנתן, וכיון שטוען שכתב לו הרי הוא טוען כנגד כל דמי השטר אבל דבריו אינם מועילים שהרמ"א לא כתב אלא שיכול לתפוס השט"ח למשכון, אבל בודאי אינו דין שהלוה יכול לפרוע לו אם לא כתב, ונראה בכונת המ"מ דעיקר דין חזקה שנאמן אדם לטעון במטלטלין לקוח הוא משום דעל גניבה וגזילה לא מחזקינן ואם נבוא לחוש לפקדון ע"ז נאמר דכיון דהוא בעצמו האמינו נאמן לגביה והוא בגדר שליש לכן נאמן אדם בטענות לקוח, וזהו כונת המ"מ שאף שהמוכר האמין להלוקח כשמסר לו השטר גם לדידן דצריך כתיבה, אבל הלוה יכול לטעון שמא בפקדון בא לידך ואני אינני מאמין לך שכתב ומסר לך.

-השמטות ומלואים-

לעיל כתבתי בכונת המ"מ משום דעל גנבה וגזלה לא מחזקינן, העירני הרב ר' אלי' זלאטניק שי' דהרשב"ם בב"ב דף קע"ג בד"ה ואבע"א כתב דלא נימא פקדון הוא אצלו או השמיטו ממנו, ומ"מ בדעת המ"מ נוכל לומר כמש"כ. [ע"כ].

ועכשיו נאמר דמה דאמר רבא ביבמות דכמו דלא חיישינן לתרי יצחק ה"נ לא חיישינן שמא השטר הוא של אחר ששמו כשמו, וכתב הרמב"ן בהסבר הדבר דכיון דברשותו נמצא אמרינן שהוא שלו, דזה רק לרבא דסבר דחזקת השטר מועלת לקנין החוב, כיון דלגבי המוכר מהני חזקת השטר לגבי החוב ע"כ דהשטר הוא מקושר עם החוב ולכן אף דלגבי הלוה אין חזקת ראיה דשמא מסר לי לפקדון מ"מ בסברת כאן נמצא וכאן היה מהני חזקת השטר אפי' לגבי הלוה, אבל לאביי דסבר דאפי' למ"ד אותיות נקנות במסירה ולא צריך כתיבה מ"מ צריך להביא ראיה משום דאין חזקת השטר מועלת כלל להחוב, אם כן הך סברא דכאן נמצא וכאן היה לא מהני דמה לן שהשטר ברשותו נמצא עכ"פ על החוב אינו יכול להכריע, דדוקא אם החוב מקושר עם השטר שייך להוכיח ממציאות השטר על החוב, ולכן שתי הסוגיות מתיישבים דכל חדא צריכה להך דינא דשני יוסף בן שמעון מוציאין שט"ח על אחרים.

נמצא דהרמב"ם והראב"ד בחדא שיטה קיימי בהך סברא דאפי' לרבא דאמר א"ל להביא ראיה מ"מ אינו אלא לגבי המוכר ולא לגבי הלוה, ומה דמוציאין שט"ח על אחרים זהו משום הא דרבא דיבמות דאמרינן כ"נ וכ"ה אלא שהם מחולקים לדידן בהך דינא דהרמב"ם סובר כהר"י מיגש דאפי' לדידן דבעינן כתיבה מ"מ מהני חזקתו בשט"ח לומר שטר היה לי ואבד, ולא נקטינן להלכה כסוגיא דב"ב דתליא באותיות נקנות במסירה. והראב"ד חולק וסובר דאין לדחות הסוגיא דב"ב ולדידן דאין לקנות במסירה צריך להביא ראיה, ולפי"ז יהיה צריך ביאור לדעת הראב"ד להלכה כיון דהך טעמא דרבא דיבמות

דכ"נ וכ"ה תליא נמי בדין צריך להביא ראיה וכיון דלדידן קיי"ל צריך להביא ראיה א"כ אמאי מוציאין שט"ח על אחרים.

ונראה דהראב"ד סובר דדוקא לאביי דסבר דאפי' אם אותיות נקנות במסירה צריך להביא ראיה דמוכח דחזקת השטר אינו מועיל כלל להחוב. לכן לא מהני סברא דרבא גבי ב' יוסף בן שמעון לומר הואיל וברשותו נמצא שלו הוא, דמה דנמצא השט"ח ברשותו זה לא מהני לגבי החוב, אבל לרבא דאמר דלמ"ד אותיות נקנות במסירה א"צ להביא ראיה דמוכח דהחוב תלוי בהשט"ח וכיון שמוחזק בהשט"ח הוא מוחזק בהחוב, רק דכיון דצריך כתיבה א"כ אינו מועיל חזקתו בהשט"ח להוכיח שהקנהו בכתיבה וחסר לנו חזקת ראיה אבל כיון דעכ"פ החוב שייך להשט"ח לכן גבי ב' יוסף בן שמעון מהני כבר סברא דרבא דיבמות לומר כ"נ וכ"ה דהואיל וברשותו נמצא השט"ח, שלו הוא מעיקרא ובזה הוא שחולקים הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם שהולך בשיטתו של הר"י מיגש סובר דמהא דמציאין שט"ח על אחרים מוכח דגם לדידן א"צ להביא ראיה דאי לא"ה לא הוי מהני סברא דרבא דיבמות כמו דמוכח מהסוגיא דב"ב דתלי הא דמוציאין בצריך להביא ראיה, והראב"ד סובר דכיון דלמ"ד אותיות נקנות במסירה א"צ להביא ראיה כבר מהני סברא דכ"נ וכ"ה אפי' לדידן, ונמצא דלא נדחה כלל סוגיא דשמעתא דב"ב ושני הסוגיות מחוורים.

ובמה שהשיג הראב"ד בפ"ט מה' נחלות ממעשה דההיא סבתא וכן הוכיח הרמב"ן בספר הזכות משם דלא כהר"י מיגש, וזהו מהא דאמר בסנהדרין דף ל"א ההיא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה אמרה ידענא בהאי שטרא דפריע הוי הימנה ר"נ אמר לו רבא לר"נ כמאן כרבי דאמר אותיות נקנות במסירה א"ל שאני הכא דאי בעי קלתיה, ומוכח דלרבנן דאין אותיות נקנות במסירה דוקא משום אי בעי קלתיה מהימן ולא משום מיגו דאי בעי אמרה דשלה הוא, בזה יפה כתב הנתיבות בסי' נ"ו ס"ק ו' ע"פ דברי רש"י שם שכתב וה"נ קנאתו והוי כדידה ונאמנת לומר פרוע וכונת רש"י דאם אותיות נקנות במסירה זכתה בהשטר בדין שליש ונאמנת לומר פרוע, ומוכח דמעיקרא לא נחת כלל בתורת מיגו אלא דנאמנת בדין שליש, וצריך להוסיף דאח"כ כדאמר ליה מיגו דאי בעי קלתיה לא הוצרך כבר למיגו דאי בעיא אמרה דשלי הוא ושטר היה לי ואבד, וי"ל עוד דזה באמת אינו מיגו דהיתה מכחשת גם את הלוה גם את המלוה ולמה לה להיות מוחזקת בשקרנית וטוב לה יותר לסייע להלוה ולכן אמר מיגו דאי בעי קלתיה והוא פשוט.

הלכה יב

קנין השטרות בדרך הזאת מד"ס, אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי, לפיכך המוכר שט"ח לחבירו עדיין יכול למחול ואפי' יורשו מוחלו.

השגת הראב"ד קנין השטרות וכו' א"א לא מן השם הוא זה אלא מפני שהלוה אומר ללוקח אני לא שעבדתי לך את עצמי, לפיכך אם כתב לו בשטר חובו הריני משועבד לך ולכל הבאים מכחך אינו יכול למחול משמכר שטר חובו, עכ"ל.

דעת הראב"ד צריכה ביאור דסובר דמכירת שטרות מדאורייתא אלא מפני שהלוה אומר ללוקח אני לא שעבדתי לך את עצמי וא"כ יקשה דגם בלא מחילת המלוה כשבא הלוקח לגבות מן הלוה יאמר לו הלוה אני לא שעבדתי לך את עצמי, ואין לומר דאה"נ ובלא רצון הלוה א"א להלוקח לגבות ומה דמהני מכירת שט"ח הוא רק לענין אם יתרצה הלוה לשלם להלוקח יוכל לשלם לו ויפטר מן המלוה, דהא בהלכה י"א כתב הראב"ד דכי אמר רבא א"צ ראיה ה"מ להדי מוכר אבל לגבי לוה כי אתא למיגבי מצי א"ל אייתי ראיה היכי מטא שטרא לידך, ומוכח דעכ"פ כשיש להלוקח ראיה גובה מן הלוה בע"כ, ולכן ע"כ צריכין אנו לומר דכונת הראב"ד הוא כשיטת ר"ת דהשעבוד נכסים נמכר והוא שייך ללוקח, ורק דשעבוד הגוף לא נמכר ולכן כ"ז שהלוה מחויב לשלם החוב חלה המכירה על השעבוד נכסים וצריך הלוה לשלם להלוקח, אבל אם מחל המלוה כיון דשעבוד הגוף נפקע אז נפקע גם השעבוד נכסים, וכן כ' הלח"מ דשיטת הראב"ד כשיטת ר"ת אף שבדברי הראב"ד חסר עיקר חילוק זה.

אכן קשה לי על שיטת הראב"ד דאם נימא דעיקר דין דמהני מחילה הוא משום שהלוה אומר אני לא שעבדתי לך את עצמי א"כ אמאי לא מהני מחילה בשטר שהכניסה האשה לבעל מפני שידו כידה כמו שהביא הרמב"ם בהלכה י"ד והוא בכתובות דף פ"ה ומה מהני סברא דאלמוה רבנן לקנין הבעל בכל מה שיש לאשה וידו כידה עכ"פ הלוה למה לא יטעון אני לא שעבדתי לך את עצמי, ובלא הסברו של הראב"ד לא קשה על שיטת ר"ת דר"ת לא כתב אלא דעל שעבוד הגוף לא מהני מכירה, ובזה נוכל לומר דחז"ל אלמוה לקנין הבעל בכל מה שיש לאשה ועשו שתהא ידו כידה ויש לו זכות גם בשעבוד הגוף של האשה, אבל לפי הסברו של הראב"ד שהלוה אומר אני לא שעבדתי לך את עצמי א"כ גם בשטר שהכניסה לבעל יטעון הלוה דעכ"פ הוא לא שעבוד עצמו להבעל אמנם שיש ליישב קצת לדברי הראב"ד כמו לדעת ר"ת אבל הוא דחוק.

עוד קשה לשיטת ר"ת והראב"ד דהנה הרי"ף בכתובות בהכותב הוכיח מסוגיא מפורשה בב"ב דף קמ"ז דמה דמהני מחילה הוא משום דמכירת שטרות דרבנן דבעי

בגמ' לאוכוחי דמתנת שכ"מ דאורייתא מדאמר ר"נ שאם נתנו במתנת שכ"מ אינו יכול למחול ואי מתנת שכ"מ דרבנן אמאי אינו יכול למחול מוכח דטעמא דמהני מחילה במוכר שט"ח הוא משום דמכירת שטרות דרבנן, וכתב על זה ר"ת דכונת הגמ' דאי הוי דאורייתא דילפינן זה מוהעברתם א"כ הוי כיורש, ולכן אין להיורש זכות למחול כיון דהמקבל מתנה הוא יורש, וקשה לי ע"ז דא"כ מאי מהני מה דמתנת שכ"מ דרבנן הא עכ"פ מדרבנן עשאוהו כיורש וכיון דלשיטת ר"ת אין אנו מחלקין בין דאורייתא לדרבנן אמאי יכול למחול.

שוב ראיתי בד' הר"ן בהלכות בכתובות שהביא דברי ר"ת בתירוצו זה וכתב וז"ל לאו קושיא היא דמתנת שכ"מ כי משוינן לה כשל תורה הוי לה כירושה וכדילפינן לה התם מוהעברת יש לך העברה אחרת שהיא כזו, וסוגיא דהתם נמי מוכחא דבין מדאורייתא בין מדרבנן כירושה היא, דאמרינן התם דש"מ שאמר הלואתו לפלוני מהני הואיל ויורש יורשה. ובעובדא דאיסור גיורא נמי אמרינן דמתנת שכ"מ כירושה שויוה רבנן הילכך אי מתנת שכ"מ דאורייתא הו"ל כיורש דאורייתא עכ"ל, ומבואר מדבריו דגם לדעת ר"ת אנו צריכים לחלק בין דאורייתא לדרבנן, וכל מה שחולק ר"ת על הרמב"ם הוא רק משום דמוכח מהא דממעט שטרות מאונאה דמכירת שטרות דאורייתא, וכיון שכבר דחו בתוס' בב"ב ובכתובות ראיה זו א"כ שיטת הרמב"ם ברורה כפשטא דהגמ' בב"ב דדין מחילה תליא אם הקנין הוא דאורייתא או דרבנן, כיון דגם לדעת ר"ת מוכרח לומר כן לענין ירושה.

ובעיקר הסברא לשיטת הרי"ף והרמב"ם דמה שיכול למחול הוא משום שמכירת שטרות דרבנן דצריך ביאור דמה מהני מה דהוא דרבנן הא כל קנינים דרבנן מהני כמו דאורייתא ולמה יש נ"מ לענין מחילה, וזה אין לומר דגם לדעת הרי"ף הוי טעמא דמילתא דכיון דלא מהני מכירת שט"ח מדאורייתא לכן הקנין מדרבנן אינו אלא על דין גביה דא"כ זהו ממש שיטת ר"ת ויקשה לן מדין מתנת שכ"מ דמחלק בגמ' בין אי דאורייתא אי דרבנן דהא מתנת שכ"מ כירושה הוא עוד קשה גם לשיטת הרמב"ם דכיון שמתנת שכ"מ הוי כירושה ומ"מ מהני מחילה כיון דהוא דרבנן וצריך הגמ' לומר דעשאוה כשל תורה ואמאי לגבי מכנסת שט"ח לבעלה דאמר בגמ' שאינה יכולה למחול מפני שידו כידה כיון דעכ"פ כ"ז הוא דרבנן הו"ל לגמ' לומר דעשאוה כשל תורה, ומשמע בגמ' דכיון דידו כידה סגי אף שהוא מדרבנן, וקשה מ"ש ממתנת שכ"מ דהוא כירושה ומ"מ צריך הגמ' לומר דעשאוה כשל תורה.

ונראה דטעמא הוא בשביל דתקנת חכמים שיחול הקנין לא היה אלא לגבי הקונה

והמקנה ולא לגבי הלוה ולכן כ"ז שחייב הלוה חל מכירת השט"ח לענין שיהיה יכול הלוקח לגבות אפי' בע"כ של לוה כיון שאין לו היזק מזה, אבל כשמחל המלוה לא מהני המכירה לגבי הלוה, וכן הוא גם במתנת שכ"מ כיון דתקנת חכמים היה על קנין פרטי אף דהוא מדין ירושה מ"מ אמרינן דאינו אלא בין הנותן ובין המקבל, ולכן דוקא משום דעשאוה כשל תורה אינו יכול למחול, אבל במכנסת שט"ח לבעלה שתיקנו חכמים דמה שקנתה אשה קנה בעלה זהו תקנה כללית שידו כידה בזה סבר הגמ' דאף שהוא מדרבנן מ"מ כיון דידו כידה בכל נכסיה ועומד הוא במקומה מהני אפי' לגבי הלוה ואינה יכולה למחול.

ובעיקר הוכחת ר"ת והתומים הוסיף להקשות מהא דממעט בבכורות לרבי דדריש רבוי ומעוטי רק שטרות, עמש"כ בזה הנתיבות, ונראה להוסיף דלפימש"כ הכ"מ דאם כתב לו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך גם הרמב"ם מודה א"כ הוא פשוט דמשכחת מכירת שטרות דאורייתא בכה"ג ובודאי גם בזה נתמעט מאונאה ופה"ב, ועיין מש"כ הק"נ על הרא"ש בפ' הכותב סי' ו' באות ז', ולפי דבריו אפי' לפי"ד הרא"ש החולק על הראב"ד משכחת לה דליהני מכירת שטרות מדאורייתא ע"ש.

הלכה יד

המקנה לחברו קרקע כל שהוא והקנה לו על גבה שטר חוב הרי זה קנה השטר בכל מקום שהוא בלא כתיבה ובלא מסירה, ונראה לי שגם זה יוכל למחול אחר שמכרו, וכן המוכר קרקע וכתב השטר ואין הלוקח עמו כיון שהחזיק הלוקח בקרקע נקנה השטר בכל מקום שהוא.

השגת הראב"ד, כיון שהחזיק הלוקח וכו' א"א והוא דא"ל אגב וקני עכ"ל.

המ"מ הביא דברי הראב"ד ולא השיב עליו ומשמע דסובר דאפשר לפרש כן דעת הרמב"ם אבל לא משמע כן בדברי הרמב"ם שכתב בסתם נקנה השטר ומשמע דלא צריך לומר אגב וקני, וראיתי בש"מ בשם עליות הר"י שכתב מקודם דצריך לומר אגב וקני וכ' דאיכא מ"ד דאין צריך שיאמר אגב וקני דשטר אפסרא דארעא כדאמר בקדושין עכ"ל, ובודאי זהו שיטת הרמב"ם אכן הדבר צריך ביאור. דשם בקדושין דף כ"ז בעי אי בעינן צבורין או לא ופשיט מהכא דאמר נקנה שטר בכל מקום שהוא ודחי שאני שטר דאפסרא דארעא הוא ופריך והא עלה קתני זו היא ששנינו נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות ש"מ דלא בענין צבורין, וא"כ מוכח בסוגיא דנדחה תירוצא דשאני שטר דאפסרא דארעא הוא, ואין לומר דרק מהא דאמר זו היא ששנינו פריך דעכ"פ מדאמר זו היא ששנינו מוכח דלאו משום דשטרא אפסרא דארעא אלא

משום דין אגב ודלא בעינן צבורין.

והנראה בזה עפ"מ שבארנו בפ"ג הל' ט' מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין אם בעי אגב וקני כשהם צבורין ודעת הרמב"ם דא"צ, וכתב הכ"מ שם בסברת הרמב"ם משום דכשהם צבורין הענין מוכיח שאגב החצר הוא מקנה המטלטלין, והקשו על הראב"ד דהא מהא דר"ג וזקנים מוכח דא"צ אגב וקני, וכתבתי דהראב"ד ג"כ מודה דהיכי שהענין מוכיח א"צ לומר אגב וקני, רק דסובר דצבורין אינו עושה הענין למוכיח שרוצה להקנות המטלטלין אגב הקרקע, וכתבתי בהל' י"א שהרמב"ם והראב"ד חולקין בגדר הטפלות במה שהמטלטלין צריכין להיות נטפלין להקרקע דהרמב"ם סובר דהטפלות הוא בעצם המטלטלין דאגב וקני עושה שיהיו המטלטלין נטפלין להקרקע, ולכן בצבורין גם בלא אגב וקני הם נטפלין, והראב"ד סובר דהטפלות הוא בהקנין ולכן לא מהני צבורין, ולפי"ז נוכל לבאר גם כאן מחלוקתם, דמצד טפלות בעצם הוי שטר טפל להקרקע אפי' אינם צבורין כמו כשאר מטלטלין בצבורין, ולכן א"צ אגב וקני אבל הראב"ד סובר דע"י אגב וקני עושה טפלות בהקנין, ולכן גם בשטר צריך שיאמר אגב וקני.

ועכשיו יתיישב לפימש"כ שם במה דקשה על דעת הרמב"ם דבצבורין לא בעינן אגב וקני מהא דבעי בגמ' למיפשט מר"ג וזקנים ודחי דמה דאמר ומקומו כי היכי דלא לטרחניהו, דהא גבי ר"ג וזקנים כיון דלא אמר אגב וקני צריך צבורין, וכתבתי בזה דזהו מעיקרא מקמי דאיבעי אי בעינן אגב וקני והוי בעי אי בעינן צבורין לעיקר דין קנין אגב, אבל למסקנא דהיכי דלא אמר אגב וקני בעינן צבורין לא צריך באמת לדחוייא דכי היכי דלא ליטרחינהו אלא דמעיקר הדין בעינן גבי ר"ג וזקנים צבורין, ומצאתי כן בביאור הגר"א, וכתבתי עוד שם דיש לומר דגם למסקנא צריך לדחוייא משום דהוי מצי ר"ג לומר אגב וקני, אבל עכ"פ לפ"ד הגר"א אנו צריכין לומר דלפי מה דהוי סבר מעיקרא אי בעינן צבורין אפי' אמר אגב וקני לא מהני דהא מעיקרא לא אסיק אדעתי' לחלק בין אמר אגב וקני או לא. אלא בעי בעיקר דין קנין אגב דאפשר בעינן דוקא צבורין.

ולפי"ז יש לומר דיש נ"מ בין הך דצבורין ובין הך דאגב וקני, דבהך דצבורין כיון דהוי סבר דזהו קפידא בעיקר קנין אגב, א"כ גבי החזיק בקרקע דנקנה השטר בכל מקום שהוא אם זה בשביל קנין אגב ע"כ מוכח דלא בעינן צבורין, אבל בהא דאגב וקני דזהו בשביל לעשות המטלטלין טפלים להקרקע שיהיו נקנין עמה, ובזה מסיק הגמ' דבצבורין לא בעינן אגב וקני ובאינם צבורין בעינן, בזה שייך שפיר לחלק דכיון דבין אגב וקני בין צבורין הוא לעשות המטלטלין טפלין להקרקע, וא"כ בשטר דהוא אפסרא דארעא אפי' בכל מקום שהוא דינו כצבורין ולא בעינן אגב וקני.

פרק ז

הלכה א

מי שנתן הדמים ולא משך הפירות אע"פ שלא נקנו המטלטלין כמו שבארנו, כל החוזר בו בין לוקח בין מוכר לא עשה מעשה ישראל וחייב לקבל מי שפרע ואפי' נתן הערבון כל החוזר מקבל מי שפרע.

הלח"מ הקשה דהכא פסק כר' יוחנן דערבון כנגד כולו הוא קונה ובב"מ דף מ"ז מדמה בגמ' מלוה על המשכון דיותר מכדי המשכון לערבון, ובפ"ט מה' שמיטה פסק במלוה על המשכון דיותר מכדי המשכון משמט, ותי' הלח"מ דס"ל לרבינו דאע"ג דבערבון קונה כנגד כולו במשכון אינו מועיל שלא ישמט אלא כנגדו משום דבשאר קרינן ביה לא יגוש, וכמו שכתבו התוס' וע"כ צ"ל כן כדי שלא יאמר לסברת ר' יוחנן תנאי הוא עכ"ד, וכונתו הוא דשם בעי הגמ' למימר דרשב"ג ור' יהודה הנשיא פליגי במה שיותר על המשכון אי משמט ופליגי בפלוגתא דרב ור' יוחנן ודאי דלא פליגי אלא בהך פלגא שכנגד המשכון, ור' יהודה הנשיא סבר דבהך פלגא נמי משמט ומשכון דנקט לזכרון דברים בעלמא וא"כ לפי"ז יהיה ר' יוחנן דלא כחד ויהיה צריך לומר כמו דבעי למימר מעיקרא דפליגי במה שיותר על המשכון ור' יוחנן כרשב"ג, וזהו שכתב הלח"מ שכדי לומר דר' יוחנן לא הוי כתנאי נחלק דבשמיטה גם ר' יוחנן מודה דמשמט במה שיותר על המשכון כיון דקרינן ביה לא יגוש, אכן מש"כ הלח"מ שכן כתבו התוס' לא מצאתי זה בתוס' לא בב"מ ולא בשבועות - ועיקר ההוכחה אינה ברורה ובאמת יש ראשונים שגורסים לר' יוחנן ודאי תנאי וכן הוא גירסת הרמב"ן.

אכן באמת דברי הרמב"ם ברורים דבשבועות דף מ"ד גבי הא דאמר שמואל אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי אמר בגמ' לימא כתנאי בפלוגתא זו דרשב"ג ור' יהודה הנשיא ובעי למימר דרשב"ג סבר דכנגד כולו אינו משמט כדשמואל ודח' כדדחי בב"מ דמאי אינו משמט כנגדו ור' יהודה הנשיא סבר דכנגדו נמי משמט דלזכרון דברים נקטיה וכיון דלא קיי"ל כשמואל ע"כ פירושא דברייתא כדדחי במסקנא וכיון דבשבועות לא תלי הגמ' בפלוגתא דרב ור' יוחנן אי כנגדו הוא קונה או כנגד כולו הוא קונה מוכח דדוקא אי ס"ל כשמואל דאבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי אז אינו משמט משום דכ"ז דאינו מחזיר את המשכון אפי' באונס אינו יכול לתובעו, ולכן לא קרינן ביה לא יגוש אפי' במה שיותר על המשכון, אבל לא תליא זה בדין ערבון דאף דבדין ערבון קונה כנגד כולו מ"מ גבי משכון קרינן לא יגוש במה שיותר מכנגד המשכון, ומ"מ צ"ל דהרמב"ם גורס כגירסתנו דלא גרסינן לר' יוחנן ודאי תנאי הוא ואינו מפורש בסוגיא דב"מ דתליא הא

דערבון בהא דשמיטה וכיון דבשבועות מוכח דלא תליא אלא בדשמואל לכן אמרינן דגם ר' יוחנן דסבר כנגד כולו הוא קונה מצי סבר דהיותר מכנגדו משמט כדי לפסוק ככללא דגמ' דרב ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן ושלא לסתור הסוגיא דשבועות דמוכח דאי לא משום דשמואל משמט מה שיותר מכנגד המשכון, ועמש"כ הכ"מ בפ"ט מה' שמיטה ויובל הל' יד.

הלכה ג

הנותן דמי המטלטלין או מקצת הדמים וחזר בו הלוקח ואמר לו המוכר בא וטול מעותיך הרי המעות אצלו כמו פקדון ואם נגנבו או אבדו אינו חייב באחריותן, אבל אם חזר בו המוכר הרי המעות ברשותו וחייב באחריותו ואע"פ שחזר בו ואמר ללוקח בא וטול את שלך עד שיקבל עליו מי שפרע ויאמר לו אח"כ בא וטול את שלך.

השגת הראב"ד הנותן דמי המטלטלין וכו' א"א אני לא ידעתי מאין זה ההפרש בין שחזר בו הלוקח שהוא ש"ח לחזר בו המוכר שהוא חייב בגנבה ואבדה, והגאון לא הפריש בזה ומשמע בשניהם חייב באחריותם עד שיקבל עליו מי שפרע, וחיי ראשי יותר נ"ל כשהלוקח חוזר בו דהמוכר רצה המכר שיהא חייב באחריות שהרי המעות בעל כרחו יוצאות מידו וכל זמן שהלוקח [לא] קיבל מי שפרע המעות עומדות באחריותו עכ"ל.

המ"מ כתב בדעת הרמב"ם דמש"ה אם חזר בו הלוקח אין המוכר חייב באחריות דכיון שאמר ללוקח בא וטול מעותיך קודם קבלת מי שפרע אפי' ת"ל שהוא רוצה שיקבלנו אחר קבלת מעות מ"מ אחר שהוא אינו מאחרם בשביל כך למה יתחייב, וקבלת מי שפרע אינו אלא לתועלת מי שאינו חוזר ולא לחובתו, עכ"ד המ"מ, וכתב ע"ז הכ"מ וז"ל ואני אומר שיש מקום לבע"ד לחלוק שמאחר שהוא רוצה שיקבל מי שפרע מפני כך אין הלוקח רוצה לקבלם עד שימחול לו המ"ש, ואם לא רוצה למוחלו יקיים המקח, וא"כ דין הוא שיהא מוכר חייב באחריותם וכו' עכ"ל, ומדברי שניהם נלמד דאפי' אחר שיקבל הלוקח המעות מהמוכר יכול המוכר לתבעו שיקבל עליו מי שפרע, אבל לפי הסברא נראה דעיקר דין מי שפרע לדידן דקיי"ל מילט לייטינן אינו אלא קודם שנגמר החזרה דאז לייטנין ליה כדי שלא יחזור בו, אבל אם כבר חזר בו וכבר נתבטל המכירה למה יקללו אותו ב"ד, וגם לגזלן ממש לא מצינו שיקללו ואף שגובין ממנו הגזלה מ"מ הא אמרינן חבול ישיב רשע גזלה ישלם דאף שמשלם נקרא רשע, ואף דאפשר לומר דהתם עכ"פ לא נשאר תביעת ממון מ"מ יקשה בגזל שור ועשה בו מלאכה דיש להנגזל תביעת ממון דהא בגזלנא עתיקא קנסינן ליה שמשלם כדאיתא בב"ק דף צ"ו מ"מ בסתם גזלן דהוא פטור אין מקללין אותו, וע"כ דהוא סברא פשוטה דכל המי שפרע הוא רק למנוע שלא

יחזור בו, וא"כ כשחזר בו הלוקח וכבר קבל המעות חזרה מהמוכר דאפי' מדאורייתא שמעות קונות מ"מ כיון שקבל חזרה המעות באופן שיבתטל המקח הרי קנה המוכר חזרה את המקח במעות שהחזיר, וא"כ אין מקום עכשיו שיקבל מי שפרע, אח"כ מצאתי בד' הגר"א ז"ל בבאורו לחו"מ בסי' קצ"ח ס"ק כ"א שכ' בטעמא דכשהלוקח חוזר אין המוכר חייב באחריות דהוא משום דא"צ לקבל מי שפרע ולא הזכיר דברי המ"מ והכ"מ אלא שהגר"א ז"ל קיצר ולא כתב טעם לדבריו ובודאי כונתו כמש"כ.

ובמה שכתב הרמב"ם דאם חזר בו הלוקח אף דאין המוכר חייב באחריות המעות מ"מ הוי כמו פקדון ולכאורה הוא נגד הסוגיא דאמר שם רבא דהיכי דאמר לו שקול וזוך אפי' ש"ח נמי לא הוי רק דאמרו לו רבנן והא בעי לקבולי מי שפרע וא"כ היכי דא"צ לקבל מי שפרע אפי' ש"ח נמי לא הוי, וכתב בזה הגר"א שם וז"ל, ואע"ג דבגמ' קאמר דאף כש"ח לא הוי היינו לרבא דס"ל כר"ל דאסור להשתמש בדמים, אכן לדידן הוי ש"ח ועתו"ס שם ד"ה אלא עכ"ל וכונתו דהתוס' שם כתב דאף דבפ' האומנין אמר טול שלך והבא מעות ש"ח היינו משום דמעיקרא היה ש"ש וכשאמר לו טול שלך לא לסלק עצמו משמירה קאמר אלא שלא יהיה ש"ש, וזהו שכתב הגר"א ז"ל דתליא בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל דלר"ל דאסור להשתמש במעות וגם עכשיו לא היה אלא ש"ח א"כ כשאמר שקול וזוך להסתלק לגמרי קאמר, אבל לדידן כר' יוחנן דמותר להשתמש במעות והמעות עומדים באחריותו א"כ כשאמר שקול וזוך אינו לסלק עצמו משמירה.

אכן בדברי התוס' יש לעיין דכיון דנימא דכשאומר שקול וזוך כ"ז שאין לנו הוכחה שרוצה להסתלק עצמו לגמרי משמירה הוי ש"ח וכמו בהא דטול את שלך א"כ ה"נ כאן מנ"ל שרוצה להסתלק עצמו משמירה דהא כיון שהלוקח חוזר בו והמוכר אינו מעכב ורוצה ליתן לו המעות בלא מי שפרע, וכמו שבארנו לדעת הרמב"ם א"כ הא צריך לומר לו שקול וזוך, אף שיכול לומר לו בלשון אחר שהוא מסכים על החזרה, מ"מ מנלן שכשאומר לו בלשון זה הוא להסתלק משמירה, ועוד דיש להסתפק אם חזר בו הלוקח והסכים לו המוכר ואח"כ נמלך הלוקח ורוצה לקיים המקח אם המקח כבר נתבטל בדברים בלבד או דבדברים לא מהני לבטל, ומלשון הש"ך בסי' ר"ד ס"ק ב', שכתב דכללא הוא דמעות לענין מי שפרע הוי כמשיכה לענין דקנה ומחזיר אונאה, היה משמע דבדברים לא נתבטל הקנין, אלא דאפשר כונתו רק לענין דין זה דאפי' יש בו אונאה מקבל מי שפרע ואם נימא דבדברים לא נתבטל א"כ פשיטא דממה שאומר שקול זוזך אין ראיה שסילק א"ע משמירה דאפשר גם הוא רוצה בחזרה ורוצה שיקבל הלוקח המעות שיתבטל המקח לגמרי.

והריטב"א בש"מ כתב לתרץ קושיית התוס' דשאני התם שיש לאומן לקבל שכרו וכיון דכן לא סגי דלא למהוי עליה ש"ח כיון דתפיס ליה אאגריה אע"ג דאמר לו טול את שלך, ולדברי הריטב"א אין מקום לחלק בין אליבא דרבא דסבר כר"ל ובין לדידן כר' יוחנן.

ובעיקר מה שעמד ע"ז הגר"א ז"ל מה דהרמב"ם פסק דהוי ש"ח ודלא כרבא דאמר אפי' ש"ח נמי לא הוי נראה פשוט דכיון דאסיקנא דלא אמרה רבא מעולם לא גמרינן מיניה כלום, וכמו דכתב הרי"ף דלא גמרינן מיניה לענין חזר בו מוכר דהוי כהלואה וחייב באונסין ה"נ לא גמרינן לענין חזר בו לוקח ואין אנו מחלקין זה מדין טול את שלך והבא מעות דהוי ש"ח, ומה דהוי סבר עכ"פ בהו"א דש"ח נמי לא הוי, ולדידן הוי ש"ח נראה לתלות זה במחלוקת.

דהנה בב"ק דף מ"ז פליגי ת"ק ורבי כשהכניס שורו בסתם דת"ק סבר דבסתמא נעשה בעל החצר שומר ורבי סבר דאינו חייב אלא כשקבל עליו לשמור, והרמב"ם בפ"ג ופ"ז מה' נז"מ פסק כרבי והרא"ש והטור פסקו כרבנן ורק בנזקין דאתו מיניה דבעל החצר, ובהג"א פ' הפרה ומביאו הש"ך בסי' רצ"א סק"ח מביא דברי הירושלמי דמחלוקת רבי ורבנן הוא דוקא בחצר אבל בבית אפי' לרבי קבל בעה"ב נטירותא, ועיין בדברי הגר"א בביאורו שם ס"ק י"א דממה דפריך בבבלי אמתני' דהמגדיש לימא תנן דלא כרבי, והירוש' מתרץ בזה דגדישין בשדה ככלים בבית מוכח לכאורה דהבבלי לא סבר לחלק בין חצר לבית ואפשר דמטעם זה השמיטו הפוסקים הך דינא, אבל י"ל דהבבלי חולק רק אתי' דגדישין בשדה ככלים בבית, ובפ' ג' מה' נז"מ הל' ט"ו הבאתי דברי הרא"ה שכתב דהבבלי חולק על הירושלמי, ובארתי שם דהרמב"ם סובר כהגר"א דהבבלי אינו חולק, ולפי"ז המחלוקת בין ההו"א ובין לדידן להלכה מבואר בפשיטות דבהו"א לא הוי סבר כירושלמי לחלק בין חצר לבית, וא"כ כשקבל הכסף לשם קנין כיון דיש לו רשות לחזור וכשאמר שקול זוזך ונתבטל המכר לא נתחייב מעולם בתורת שומר, ואף דלכאורה לא דמי לפי"מ דאמר בב"מ דף פ"א דטעמא דרבי דעול נטר לך קאמר וכשנתן לו המעות לא שייך זה, אבל לפי מש"כ בהל' נז"מ פ"ג הל' ט"ו לדידן אינו משום עול נטר ע"ש בד"ה והנה שהוכחתי כן מתשובת הרא"ש.

אלא דלפי"ז אנו צריכים לומר דכ"ז דלא אמר לו שקול זוזך דמוכח בגמ' דחייב באחריות אינו מדין שומר אלא מדין דמותר להשתמש, וכן כתב כאן בסוגיא הרמב"ן בחידושיו דגם לר"ל מותר להשתמש בהן ולא כשיטת התוס' אלא דמשעת חזרה אסור להשתמש בהן, ולפימש"כ בפ"ג הל' א' בדעת הרמב"ם אין אנו צריכים לחלק בין ר' יוחנן לר"ל בדין זכות שיש להמוכר להשתמש בהמעות, ומה דמחלק הגמ' בין ר' יוחנן לר"ל לענין מעילה

זה בשביל דדין מעילה תלוי בדין קנין המקח ולא בקנין המעות ע"ש שבארתי בארוכה, ולכן מכיון דאמר לו שקול זוזך ונתבטלה רשותו להשתמש בהמעות סבר בההו"א דלא הוי אפי' ש"ח כיון דלא קבל עליו שמירה להדיא.

ואכתי אנו צריכים לבאר דאם מה שהמוכר חייב באחריות המעות קודם שאמר שקול זוזך הוא בשביל שיכול להשתמש במעות, א"כ כשאמר שקול זוזך הוי עכ"פ שואל אחר ימי שאלתה והיכי סבר דאפי' ש"ח לא הוי, אך באמת זה א"א לומר דהוי כמו שואל אחר ימי שאלתה דא"כ הוי ש"ש וגם להלכה אינו ש"ש דהא פסק הרמב"ם דהוי ש"ח, והיה אפשר לומר דכאן לא דמי לשואל שהחזיר אחר ימי שאלתה דהוי ש"ש משום הואיל ונהנה מהנה, אבל כאן לא נהנה המוכר בהמעות כיון שלא נשתמש בהם, אך עוד אינו מיושב דהא בשואל ודאי אפי' לא נשתמש כיון ששאלו להשתמש אם החזיר אחר ימי שאלתה חייב כש"ש, אך באמת הרי"ף כתב בשם ר"ה גאון דהוו להו כהלואה גביה, וא"כ אינו בגדר שאלה אלא בגדר הלואה, אכן צריך ביאור דאי הוי כמו הלואה א"כ המעות הם של המוכר ולמה מיפטר באחריות כשקבל עליו מי שפרע קודם שקבלם הלוקח, וכן בחוזר הלוקח דמיפטר תיכף כשאמר שקול זוזך דהא כתב הרמב"ן דאם הוציא המעות ונותן לו מעות אחרים לא נפטר במה דאמר שקול זוזך דאף דפרעון בע"כ הוי פרעון זה כשנותן לו המעות בפניו, אבל לא כשאומר לו בוא וקח המעות וכיון דקיי"ל דהלואה אפי' קודם שהוציא כבר המעות של הלוה כדמוכח בקדושין דף מ"ז דלא קיי"ל מלוה ברשות בעלים לחזרה, וא"כ מאי מהני כשאומר לו שקול זוזך או אפי' כשקבל מי שפרע, ואולי נאמר דמה דלא קיי"ל מלוה ברשות בעלים לחזרה אינו אלא דכבר קנה הלוה המעות להשתמש בהם ולהוציאם אבל אכתי אינם שלו, אבל אין זה במשמע דא"כ לא הוי מקודם אלא שואל ופטור כשהוא בבעלים ולא משמע כן דדוקא למ"ד ברשות בעלים לחזרה אמרינן שם דלאונסין חייב דלא גרע משואל, אבל למ"ד לאו לחזרה משמע דהוי לוה גמור תיכף כשלוה את המעות.

לכן המחוור בזה דמש"כ הרי"ף דהוו להו כהלואה אין כונתו הלואה ממש אף שהמ"מ כתב דהו"ל כהלואה גמורה אלא כמו הלואה והיינו דהמעות כבר נעשו שלו לקיום המכירה ואם חזר בו וקבל מי שפרע כמו שנתבטל המכר כן נתבטל זכותו בהמעות, וכדמוכח מלשון הרי"ף שכתב ע"ז וז"ל ומילי דטעמא נינהו דודאי מאן דיהיב זוזי בזביני לא יהיב להו אלא אדעתא דלית ליה גבי חבריה אלא ההיא זבינא בלחוד הילכך קיימי הני זוזי ברשותיה דמזבנה דדיליה אינון ואית ליה לאנפוקינון בכל מאי דבעי הילכך אע"ג דלא אנפוקינון והדר ביה ואמר ליה חבריה תא שקול זוזך דהדרנא בי ליכא עליה

דההוא מן דינא למשקל זוזי עד דמקבל ההוא עליה מי שפרע הילכך כל כמה דלא קבל מי שפרע קמו זוזי ברשותיה ואי איתניסו איתניסו ליה עכ"ל.

אלא דצריכים אנו להוסיף דלא דמי קנין המעות שיש להמוכר קודם חזרה לקנין המקח שיש להלוקח קודם חזרה דהא אם נאנס המקח נאנס למוכר ולא ללוקח וכמו שפסק הרמב"ם בפ"ג הל' ו' וזהו בשביל שהפקיעו חכמים קנין המקח, ועיין מש"כ בפ' ג' הל' ו' אבל במעות לא הפקיעו הקנין לענין זה שעד שיחזור בו א' מהם המעות ברשות המוכר והם שלו ונמצא דלענין המעות לדעת הרי"ף והרמב"ם הוא כמו לענין המקח לדעת הבעה"מ דסובר דגם במקח אינו יכול לחזור אלא כשישנו, אבל אבד או נשרף אינו יכול הלוקח לחזור ולתבוע המעות, וכן נאמר לדעת הרי"ף והרמב"ם בקנין המעות דאף דיש להם רשות לחזור ולבטל קנין המעות ומשעת החזרה נעשו המעות של הלוקח אם הם בעין מ"מ אם אינם בעין ונאבדו כיון שעד שעת האונס היו שלו ברשותו נאנסו.

נמצא מבואר דמתחלה כשקבל המוכר המעות אף שקבל אותם ע"ד שיהיו שלו מ"מ כשחזר בו א' מהם נעשו המעות פקדון וחייב כש"ח דבסתמא ע"ד כן קבלם שאם יחזור ישארו פקדון, אבל זה אינו אלא אם כל מקבל פקדון מחבירו חייב בדין שמירה כש"ח, אבל אם מקבל פקדון אינו חייב אלא כשקבל עליו בפי' לשמור א"כ הכא לא קבל עליו המוכר בפי' חיוב שמירה כשיחזור בו, ולכן נוכל לומר כמש"כ דבההוא"א לא הוי סבר לחלק בין חצר לבית כשיטת הרא"ה, והרמב"ם להלכה דחה ההוא"א כיון דאסיקנא דמעשה קמא ליתא וכמש"כ הרי"ף כיון דסבר כהירושלמי דמחלק בין חצר לבית, וכל מקבל פקדון בסתם חייב בשמירה כש"ח.

ובמש"כ הרמב"ם בחזר המוכר דחייב באחריותן כתב המ"מ דאחריות זה לפי דברי ההלכות הוא אפי' מאונסין גמורין דהו"ל גביה כהלואה גמורה, אבל לפי דעת התוס' אינו אלא כש"ש, וכ"נ מד' הראב"ד שכתב שהוא חייב בגנבה ואבדה וכ' ע"ז הלח"מ דמד' הרמב"ם אינו מבואר דממש"כ ואם נגנבו או אבדו אינו חייב באחריותן משמע דבחזרת המוכר אינו חייב אלא בגנבה ואבדה רק דאין זה ראיה מכרחת, ולדעתי נראה דודאי הרמב"ם סובר כהרי"ף דהא כתב הרי המעות ברשותו, וכן הם דברי הרי"ף שכתב הילכך קיימי הני זוזי ברשותיה וע"ז כתב ואי איתניסו איתניסו למוכר, דבחיוב גנבה ואבדה כש"ש לא נקרא שהמעות ברשותו, ומש"כ בריש חלק א' דפקדון נקרא ברשות השומר זהו ענין אחר כמבואר שם וזהו אפי' בש"ח, אבל כאן הכונה ברשותו ממש וזה אינו אלא היכי דחייב באונסין משום דהו"ל כהלואה והם שלו, והוא פשוט וכן פסק המחבר בחו"מ דחייב אפי' באונסין.

הלכה ד

מי שהיה לו חוב אצל חברו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר הרי זה כמו שנתן הדמים עתה, וכל החוזר בו מקבל מי שפרע, ולפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואע"פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר.

השגת הראב"ד מי שהיה לו חוב וכו' א"א לא ידעתי זה למה שהרי הושוו הגאונים כולם מלוה להוצאה ניתנה ואינה כנתינת מעות כלל והכי אמרינן בקדושין ושוין במכר שזה קנה ואי מלוה להוצאה ניתנה במכר במאי קונה, ואולי הטעהו הא דאמרינן מעמידין מלוה על הפירות והוא שיש לו וההיא לאו לענין קניה מיירי אלא לענין איסור רבית עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל ודעת המחבר שאינו סומך על אותה סוגיא דהאיש מקדש מכח ההיא דאמרינן ויש דמים שהן כחליפין כיצד החליף דמי שור וכו' כפר"ח וההלכות כדאיתא לעיל פ"ה ואינו מחלק בין הנאת מלוה למלוה עצמה, גם ר"ח ז"ל לא חילק וההלכות ג"כ, ומשמע מההיא דמלוה קונה וסמך על אותה סוגיא הנאמרת במקומה עכ"ל, אכן לא ביאר המ"מ טעמא דמילתא לחלק בין קדושין למכר, ונראה לפי"מ שבארתי בפ"א הלכה ד' דבקדושין הוא כסף קנין ובמכירה הוא כסף שיווי מטעם קבלת דמי המכר, ובזה ביארתי בהלכה ו' לענין מה שמחלק הרמב"ם לענין הקנין מטעם עבד כנעני דלא פסק זה אלא בקדושין ובחליפין ולא בקנין כסף, ובזה נוכל לבאר גם לענין קנין במלוה דבקדושין דהוא מגדר כסף קנין דצריך כסף לקנין, ומכיון דמלוה אינה בעין אינה חשובה כסף, אבל במכירה דהוא מטעם כסף שיווי והיינו דמכיון שנתן דמי המכר שויו של המקח קנה, וכמו שהוכחתי שם מלשון הרמב"ם דגבי קדושין כתב אם בכסף הוא מקדש אין פחות מפרוטה כסף או שוה פרוטה ואומר לה הרי את מקודשת לי, אבל במכירה כתב כיצד בכסף מכר לו שדהו ונתן לו הדמים קנה ומוכח דהוא מטעם נתינת דמי המכר ולכן גם המוכר במלוה אף שאינו חשוב כסף אבל כיון שעכ"פ קבל דמי המכר שפיר נקנה המקח.

והנני לבאר בזה דהרמב"ם והראב"ד אזלי לטעמייהו דבפ"ה מהל' אשות הל' ט"ו כתב המקדש בהנאת מלוה מקודשת כיצד כגון שהלוה אותה עתה מאתים זוז ואמר לה ה"א מקודשת בהנאת זמן שאריח לך במלוה זו שתהיה בידך כך וכך יום ואיני תובעה ממך עד זמן פלוני ה"ז מקודשת שיש לה הנאה מעתה להשתמש במלוה זו עד סוף זמן שקבע וכו' וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל הראשונים פירשו כגון שהגיע זמן המלוה לפרוע ומעות

בידה מזומנים לפרוע והיא היתה נותנת מיד ברצון דינר למי שמאריך לה הזמן חודש אחד והאריך לה בשכר הקדושין מתקדשת, וזהו דארוח לה זימנא, וכ"ש מה שכתב הוא עכ"ל הראב"ד ז"ל, והנה הרשב"א בקדושין שהביא פי' רש"י דמקודשת בהנאת הרוחה והסכים לזה דעיקר הקדושין הוא בההנאה הביא פי' ר"ח וז"ל אבל ר"ח פי' דשקלינהו מינה והדר אוזפינהו ניהלה ואמר לה בההיא הנאה דקא שביקנא לך עד כך וכך זימנא מיקדשת לי, דאי בדלא שקלינהו היכי עדיפא הנאת מלוה ממלוה עצמה יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא, והאי קושיא ליתא דהנאת מלוה איתא ומלוה גופא ליתא, ועוד דלישנא דארוח לא משמע הכי דהול"ל דאוזיף לה זוזי לזימנא, ועוד דאם איתא דכי לא שקלינהו מינה לא מיקדשה בהנאת הרוחה אף בדשקלינהו מינה לא תתקדש דהא איהו לאו במלוה גופא דיהיב לה מקדש לה, אלא בהנאת המתנת זימנא והיא אינה בעולם, והראב"ד פי' במלוה שהגיע זמנה והמעות בידה דכיון דבע"כ יכול לגבותה הרי כאלו גבאם, וגם זה אינו מחוור דכל שלא גבאם ממש מלוה היא ויכולה לפרעו באחרים, ומלותו של זה אינה בעולם, עכ"ל הרשב"א, והנה שיטת ר"ח היא ממש כמו שיטת רמב"ם ושיטת הראב"ד הוא הראב"ד שבהשגות, ותימא על המ"מ שמשמע מדבריו דהראב"ד עם רש"י שיטה אחת היא, והנה לפנינו שהרשב"א השיג בין על הרמב"ם בין על הראב"ד ונבאר בזה בעזה"י שני השיטות, ומתחלה נבוא לשיטת הרמב"ם.

והנה לפי' הרמב"ם כבר הקשה הרשב"א מאי קאמר הגמ' לא צריכא דארוח לה זימנא הול"ל דאוזיף לה זוזי לזימנא, ועוד קשה דמאי קאמר אילימא דאזקפה דאמר לה ד' בה' הא רבית מעלייתא הוא ועוד היינו מלוה לא צריכא דארוח לה זימנא, דע"כ צריך לומר דגם בההו"א ולפי דבעי לאוקמי דאזקפה מיירי נמי דהוא בשעת הלואה דאי מעיקרא לא מיירי בשעת הלואה אלא דאזקפה והלוה לה ואח"כ קידשה, א"כ זהו עיקר חידושא לאוקמי דמיירי בשעת הלואה וחסר עיקר מן הספר, ומאי קאמר ל"צ דארוח לה זימנא דמזה לא מוכח כלל דמיירי בשעת הלואה, וע"כ דמעיקרא נמי הוי ס"ד דמיירי בשעת הלואה, וא"כ מאי מהני הא דאזקפה מעיקרא כיון דבשעת הלואה חזר בו ואמר התקדשי לי בזה, ואמאי הוי רבית מעלייתא כיון דלשיטת הרמב"ם ע"כ הא דקידשה בשכר הלואה לא הוי רבית כמו שכ' הראשונים משום שמתחייב ע"ז במזונות, ורק הא דאזקפה מעיקרא ומאי מהני מה דאזקפה מעיקרא ובמה נתחייב לה כסף, וגם מה דקאמר ועוד היינו מלוה דע"כ כונת הגמ' לפרש דקידשה בהזוז החמישי שחייבת רבית וזהו מלוה, ובאמת לא נתחייבה כלל דהא חזר בו מרבית ואמר לה התקדשי בזה, ואף שאמר לה התקדשי לי בהזוז החמישי מ"מ כיון שמעיקרא לא קנתה כלל כיון שהיה קודם הלואה

ועתה בשעת הלואה חזר בו, א"כ רק החליף את תנאי הרבית שלא תתן לו עבור ההלואה מעות אלא שתתקדש לו בזה, וא"כ נשאר עכשיו רק קדושין בעד המלוה דזה לא הוי רבית מעלייתא וגם הוי קדושין מעלייא לשיטת הרמב"ם דזהו קידשה בהלואה, ואי דנימא דהגמ' ס"ד דלא קידשה בהנאת הלואה רק בחיוב הרבית א"כ עדיפא הו"ל למיפרך דאכתי לא נתחייבה כלל ומאי פריך היינו מלוה, ובשלמא לפי' רש"י אתי שפיר דרש"י מפרש דמיירי שקידשה אחר הלואה וא"כ שפיר קס"ד דמיירי שקידש בחיוב הרבית ולא בהלואה אבל לשיטת הרמב"ם אין כאן מעיקרא חיוב רבית כלל.

ונמצא דיש לנו שלשה קושיות על שיטת הרמב"ם א' על שיטתו בעיקר הדין דכיון דאחר הלואה אינה מקודשת גם בשעת הלואה אין סברא שתתקדש, ב' במה דאמר הגמ' אילימא דאזקפה דהא לא מהני הך זקיפה כלל, ג' במה דאמר ל"צ דארוח לה זימנא דהו"ל לומר דלא אזקפה וקידשה בהלואה.

והנראה לבאר סוגיא זו ומקודם נבאר דדין איסור רבית הוא באופן שהיה אפשר להיות דין חיוב אילולי האיסור רבית וראיתי בס' החנוך מצוה שמ"ג שכתב וז"ל ואיסור הרבית דבר תורה הוא כשיאמר הלוני מנה ואני אתן לך בכל יום פרוטה, או שאמר לו הלוני מאה דינרים במאה ועשרים דינרים לשנה, ודבריו צריכים ביאור דלמה הוצרך להביא שני אופנים ומאי נ"מ אם קצב הרבית על כל יום או על שנה. אך באמת דבריו נכונים דדין רבית קצוצה הוא באופן שאילולי איסור הרבית היתה הקציצה מועלת והלוה היה מתחייב בהרבית, ובאמת מבואר זה בגמ' בב"מ בדף ס"ב בהא דאמר רב ספרא כל שבדיניהם מוציאין מלוה למלוה בדינינו מחזירין ממלוה ללוה, דאינו מובן מה בא ללמדנו לתלות דיני התורה בדיני העכו"ם, אך לפימש"כ מבואר דמה דאמר כאן בדיניהם הכונה בשביל שאין להם איסור רבית ואמר דמה שבדיניהם מוציאין מלוה למלוה, והיינו שהלוה נתחייב מקודם זהו רבית קצוצה ומה שהלוה לא נתחייב זהו אבק רבית, ולכן כתב בס' החנוך שני אופנים אחד באופן שיתחייב בכל יום פרוטה ואחד שיתחייב מעכשיו בעשרים דינרים רבית בשכר שמלוה לו עכשיו המנה לשנה, והחדוש הוא דבשני האופנים היה אפשר להתחייב ברבית אילולי איסור התורה באופן הא' היה מתחייב על ידי שימושו בהמלוה, ואף דמלוה שלוה כבר הוציא ואין עליו אלא חוב בעלמא מ"מ היה אפשר להתחייב בשעת ההלואה בחיוב זה שכל זמן שיחזיק בהחוב ולא יפרענו יתחייב בכל יום פרוטה וזהו בגדר חיוב שכירות על בהמה וכלים ששוכרים להשתמש בהם, וזהו באמת חדוש שגם במלוה שאינה בעין אפשר להתחייב בעד שימושה, ואופן הב' הוא שמתחייב מעכשיו בעשרים דינרים בשביל שמלוהו מעכשיו

המנה על כל השנה וזהו דלא נימא דרבית אינו מתחייב אלא ע"י שימוש בהמלוה, וקודם שמשתמש אף שהתחייב בשעת ההלואה אינו אלא דברים בעלמא וקמ"ל דאפשר להתחייב מעכשיו בכל הרבית.

ועכשיו מבואר מה דאמר הגמ' על הנאת מלוה היכי דמי אילימא דאזקפה דאמר לה ארבעה בחמשה, משום דרבית בסתמא הוא כשהחיוב נגמר בשכר ההמתנה וא"כ כשאמר התקדשי לי בהנאת מלוה היינו בשכר המתנת המעות, וא"כ ברגע הראשונה ליכא הנאת פרוטה וצריכים אנו לצרף כמה רגעים עד שביחד יהיה שכר ההמתנה שוה פרוטה, והנה התוס' ביבמות דף צ"ג כתבו לענין מקדש אחר שלשים וז"ל דאפי' אם נתאכלו המעות חשוב כל שעה כאילו הם בעין שהמעות נשארו אצל המקנה ואם לא נעשה הקנין היה מוטל עליו להחזירם וחשוב כאילו הם בעין עכ"ל, ומבואר דכל דין דמהני קדושין לאחר שלשים בנתאכלו המעות הוא משום דאם היו הקדושין בטלין היתה מחוייבת להחזיר, ואף דבקדושין דף מ"ז בהא דאמר ש"מ מעות בעלמא חוזרין, פי' רש"י ותוס' דאי הוי מעות מתנה לא הוי מלוה דכי אכלה לשם קדושין אכלה, חזינן להיפוך דאי מעות מתנה ואינה צריכה להחזיר הוי קדושין, אך התם הוא אם המקדש יחזור והיא לא תוכל לתבוע ממנו המעות אז לא הוי מלוה ומקודשת בזה דכי אכלה דידה אכלה לשם קדושין וכבר כתבתי זה בפ"א.

והנה כאן בהנאת מלוה כיון דעכ"פ אם היו הקדושין מתבטלין לא היה יכול לתבוע ממנה דמים בעד שכר ההלואה, ואף דאינו רבית קצוצה דהא לא קצץ אלא על קדושין מ"מ ודאי לא היה יכול לתבוע ממנה רבית דעכ"פ מדרבנן אסור, ועוד דכיון שלא נתחייבה בדמים ודאי דמדאורייתא ג"כ אינו יכול לתבוע ממנה, דכיון דאסרה התורה רבית קצוצה א"כ בסתמא בודאי אינו יכול לתבוע שכר בעד הלואה, וכיון שאינו יכול לתבוע ממנה אם יתבטלו הקדושין ובאופן זה לא מהני קדושין לאחר שלשים וה"נ הוי כלאחר שלשים כיון שצריך להמתין משך זמן עד שתגיע ההנאה לשוה פרוטה להתקדש באופן זה בהנאת מלוה, וא"כ פריך הגמ' שפיר דאילימא דאזקפה ואם יחזור מקדושין יהי' צריך לשלם ובשביל זה תתקדש הא זה הוי רבית קצוצה דאורייתא, ותו פריך שפיר ועוד היינו מלוה דכיון דהקדושין יהיה ממה שתשהא אצלה המלוה וא"כ היינו מלוה דאין כאן בעין ולא עדיפא הנאת מלוה ממלוה עצמה.

ומבואר מה דמשני לא צריכא דארוח לה זימנא היינו לא כמו דס"ד דקדשה בהנאת המלוה שצריך לזה שימושו בהמלוה כמו שבארנו אופן הראשון של החנוך אלא דבתחלת ההלואה נתקדשה כיון שהלוה לה על זמן שאין לו רשות לתבוע קודם הזמן

והוא כאופן הב' של החנוך, וזהו מה שכתב הרמב"ם כגון שהלוה אותה עתה מאתים זוז ואמר לה ה"א מקודשת לי בהנאת הזמן שארויח לך במלוה זו שתהיה בידך כך וכך יום ואיני תובעה ממך עד זמן פלוני ה"ז מקודשת שהרי יש לה רשות להשתמש במלוה זו עד סוף זמן שקבע עכ"ל, הרי להדיא כמש"כ וזהו עיקר מה שחידש הגמ' בהא דקאמר ל"צ דארוח לה זימנא היינו שבפעם אחד נתן לה זכות על משך זמן שיהיה שוה ההרוחה פרוטה ואין אנו צריכין עכשיו לא לצירוף ולא לזקיפה.

והנה על פי' הראב"ד ג"כ הקשה הרשב"א כמו שמובא לעיל דכל שלא גבאם ממש מלוה היא ואינה בעולם, ובאמת לבד זה קשה טובא דא"כ למה אמרינן דהמקדש במלוה אינה מקודשת הא לפי דבריו במלוה גופא נמי בכה"ג צריך להיות מקודשת כיון דסובר דאם יש בידה מעות מזומנים לפרוע הוי כמו מעות בעין, ונראה דהראב"ד חולק על הרמב"ם בתרי טעמי, חדא דהראב"ד ס"ל דהרוחת הזמן הוא כסף גמור אפי' שלא בשעת הלואה וכדחזינן שיטתו לענין רבית, וכמו שנביא להלן מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בזה, דסבר דבמה שנותן לה זכות לשהות ההלואה ושלא יוכל לתובעה עד זמן פלוני זה הזכות מקרי כסף, וכל זכות ויפוי כח נכלל בתורת שוה כסף דהוי ככסף, ולהראב"ד חסרון דאינו בעין לא הוי חסרון כלל, ועוד דמה דסובר הרמב"ם דמה שנותן לה זכות בשעת הלואה זהו כסף בעין והראב"ד סובר דאותו הזכות שנותן המלוה בהרוחת הזמן א"א ליתן זה בעיקר הכסף שהם בעין דהא זה הכסף נעשה שלו ולא שייך ליתן בהם זכות, וע"כ דגם בשעת הלואה עיקר הזכות הוא בההלואה שאינה בעין וכמו שנבאר.

אכן עיקר החילוק בין מקדש במלוה למקדש בהנאת מלוה לדעת הראב"ד אינו משום דמלוה שאינו בעין לא הוי כסף, דכבר כתבנו דעכ"פ שוה כסף מיקרי, אלא משום דמלוה א"א ליתן להלוה בתורת נתינה אלא בתורת מחילה דלא הוי אלא סילוק ואין כאן נתינת כסף ואין במה לקדש, אבל הרוחת זמן לא הוי בגדר מחילה אלא בגדר נתינת זכות להשתמש בהמלוה.

ולבאר הדברים נקדים הא דאמר בב"מ דף ק"ג אמר ר"נ שואל אדם בטובו לעולם אמר רב מרי והוא דקני מיניה ופירש"י דאשמעינן דאפי' אם החזיר השואל חוזר ונוטלו כשיצטרך, אבל אי לא קני מיניה מכי אהדיריה כלתה משיכתו הראשונה, וכתב הרא"ש וז"ל ורב אלפס כתב פי' גאון מי ששאל כלי מחבירו להשתמש בו וא"ל בלשון זה השאילני בטובתך כלי זה להשתמש ולא קבע לו זמן לחזרתו משתמש בו ואינו חייב להחזירו לבעליו אלא משתמש בו עד שיכלה הברזל ומהדר ליה קתיה והוא דקני מיניה דאושליה סתם ולא קבע לו זמן ולא מסתברא האי פי' וכי בשביל שאמר לו בטובתך

יהא שאול לעולם וכו' ועוד למה צריך קניה יותר ממשיכת הכלי ואי משיכת הכלי אינה מועלת להיות שאול לעולם קנין מאי אהני, עכ"ל והנה בקושיא א' אפשר לומר דזהו מש"כ הרי"ף דקני מיניה דאושליה סתם ולא קבע לו זמן והיינו דע"ז גופא היה הקנין דהוא משאיל לו בלא קביעת זמן, אכן הקושיא הב' צריכה ביאור דלמה לא מהני משיכה לבד והרמב"ם כתב ג"כ כדברי הרי"ף ועיין בלח"מ.

ונראה דעיקר דין קנין שאלה ילפינן מקרא דוכי ישאל אבל בלא קרא לא הוי ידעינן קנין שאלה משום דאינו קנין הגוף ולא קנין לזמן ואינו אלא זכות תשמיש, ובלא קרא לא הוי ידעינן דמהני משיכת הכלי לזכות תשמיש כיון דאינו קנין בגוף החפץ, ולכן סוברים הרי"ף והרמב"ם דגדר שאלה לא מצינו אלא בשואל לזמן מסויים דזהו שם שאלה, אבל זכות להשתמש בו לעולם כיון דאינו גדר שאלה וגם אינו גדר מכירה לזמן דהא לא נתן לו החפץ לזמן אלא נתן לו זכות תשמיש, וזכות זה לעולם כיון דאין ע"ז שם שאלה אינו קונה במשיכת הכלי, ומה שהקשה הרא"ש דאם משיכת הכלי לא מהני אמאי מהני קנין, יש לומר דלא דמי, משיכת הכלי לא מהני כיון שאינו נותן לו זכות בעיקר הכלי אלא בתשמישו דאין התשמיש חלק מהכלי, אבל קנין מהני גם על זכות וקנה בקנין זכות זה להשתמש בהכלי, ולא דמי לקנין אתן דסובר הטור בשם הרמ"ה בסי' רמ"ה דלא מהני ומבואר שם דכן דעת הרי"ף, זהו על אתן דאינו זכות בהחפץ כלל.

ועכשיו נאמר דכן הוא בדין מלוה דכבר בארנו בדעת הראב"ד דזכות מלוה מה שמשיג הלוה זכות להשתמש במעות כך וכך זמן אינו בעיקר המעות, כיון דהמעות קנוה לגמרי וזכות תשמיש לא שייך אלא בשאלה שהחפץ נשאר של הבעלים, ועיקר זכות זה נלמד מאם כסף תלוה כמו דאנו לומדים דין שאלה מוכי ישאל, וזכות זה ע"כ הוא באמת בההלואה שאינה בעין, ולכן סובר הראב"ד דזכות זה אפשר ליתן אפי' אחר ההלואה להרויח הזמן שקבע בשעת ההלואה על זמן אחר, אבל מחילת מלוה א"א בגדר נתינה. דלהלוות לעולם א"א וע"כ בגדר סילוק ואין כאן גדר נתינת כסף אבל לקדש בהרוחת הזמן זהו בגדר נתינת כסף וכמו שבארנו, ובעיקר הסברא לחלק במה דלא הוי קדושין במלוה אם משום דלא הוי בעין או משום דמחילת מלוה הוי סילוק ולא נתינה נתעוררתי בימי חרפי משארי הגאון ר' נתנאל יוסף גראז שליט"א.

והנה עוד פליגי הרמב"ם והראב"ד גבי מלוה דהרמב"ם כתב בפ"ו מה' מלוה הלכה ג' הורו רבותי שהמלוה את חבירו ואמר לו הלוה דור בחצרי עד שאחזיר לך חובך ה"ז אבק רבית לפי שלא קיצץ בשעת הלואה שנאמר לא תתן לו בנשך, והראב"ד כתב א"א חיי ראשי לא יפה הורו שאם הגיע זמן הפרעון וארוח לה זימנא משום ההוא דירה כשעת

מתן מעות דמיא וקדושין יוכיחו, וכ' הלח"מ וז"ל ונראה דאזיל לטעמיה דהוא מפרש הא דהמקדש בהנאת מלוה מקודשת כפי' ההלכות שמפרשים שאחר שהגיע זמן ליפרע האריך לה הזמן וקדשה בזה ומהני הכי דבהארכת הזמן מקודשת דהוי כמתן מעות, וכן הוא הסכים לזה בה' אישות פ"ה בהשגות, אבל רבינו אזיל לטעמיה דפירש שם הנאת מלוה שר"ל שבעת שנותן לה המעות מקדשה בשביל הארכת הזמן, ודחה פי' ההלכות כמבואר שם ולדעתו נתבטלה הראיה. והנה דברי הלח"מ פשוטים ומבוארים דודאי הראב"ד דכ' וקדושין יוכיחו הוא כפירושו בהא דארוח לה זימנא דמיירי אחר ההלואה, אכן בהא דמשמע מדבריו דשיטת הראב"ד הוא דהארכת הזמן הוי כמו מתן מעות וכדמוכח מד' הראב"ד דמייתי ראיה מקדושין לרבית יש לעיין דבקדושין שפיר כתבנו דאף דלא הוי המעות בעין מ"מ כיון דהוי הלואה ונתינת זכות ולא סלוק ומחילה מקודשת דלא איכפת לן שיהיה בעין ולא בעי בעין כלל, דכיון דנתן לה זכות שלא יוכל לתובעה אותו הזכות מחשב כמו כסף בעין, וא"כ גבי קדושין באמת אמרינן דלא הלוה לה כסף בעין אלא דעצם זכות ההלואה מיקרי כסף, אבל ברבית הא בעי דעצם הכסף המתרבה יהיה בעין וכאן זה אינו בעין, אלא דאמרנו דנתינת הזכות הוא כמו נתינת כסף בעין, אבל לגבי רבית הא לא סגי בזה אלא דיהיה ההלואה כסף בעין כמבואר.

אכן נראה לי דבאמת הראב"ד לא כתב כדברי הלח"מ דהוי כמתן מעות אלא דכתב דהוי כשעת מתן מעות, ולכאורה מה שייך כאן לשעת מתן מעות הא כאן בעיקר ההרוחה עסקינן אי הוי כמו מתן מעות ומה שייך כאן לומר דהוי כשעת מתן מעות, ולא שייך זה אלא גבי ערב וכדומה אלא דנראה דהראב"ד ג"כ לא סבר דהרוחה הוי כמו כסף בעין וכמש"כ דא"א כן לפי מה שבארנו ד' הראב"ד גבי קדושין אלא דהראב"ד לא סבר דצריך לדין רבית שיהיה כסף בעין, וראיה לזה דהא הרשב"א פליג בקדושין על הראב"ד וסובר להדיא דאפי' הגיע זמן פרעון ומעות בידו מזומנים לפרוע ג"כ לא הוי בעין, והכא הסכים לשי' הראב"ד כמובא במ"מ, אלא דע"כ דסברי דגבי רבית לא בעינן כלל בעין, וכל מה שמלוה לו יש ע"ז דין רבית מדאורייתא רק דעיקר דין רבית סברי הראב"ד והרשב"א דבעי רק דליהוי קציצה על דמי הרבית, וכבר כתבנו פי' קציצה שאילולי איסור רבית היה מתחייב ליתן הרבית, ולכן היה אפשר לומר דאחר ההלואה לא הוי קציצה דאין בשביל מה להתחייב כיון דהמעות כבר ברשות הלוה ולא קרינן בזה את כספך לא תתן לו בנשך.

אבל לפי"מ שבארנו שיטת הראב"ד דהרוחת זמן מיקרי הלואה ולא סילוק ובזה שהרויח לה הזמן קנתה זכות על כל משך הזמן שהרויח לה, וא"כ כשקצץ עבור זה מקרי שפיר

קציצה ויש בשביל מה להתחייב דבשביל זכות ההלואה יתחייב להשלים תנאי הקציצה, ולכן שפיר דברי הראב"ד והרשב"א דאפי' שלא בשעת מתן מעות הוי רבית קצוצה, אך כ"ז הוא משום דנימא דהרוחת הזמן הוי הלואה חדשה ולזה שפיר כתב הראב"ד שאם הגיע זמן הפרעון וארוח לה זימנא משום ההיא דירה כשעת מתן מעות דמיא דלא הוי זה כמתן מעות דהוי הלואה ממעות שאינם בעין, אלא דסבר דלא בעי כלל גדר רבית דליהוי בעין ורק קציצה בשעת הלואה בעינן ולזה כתב דהוי כשעת מתן מעות וקדושין יוכיחו דמקדושין הוי הוכחה דהרוחת הזמן הוי הלואה ולא סלוק כמו שבארנו, וראיה ברורה לדברינו דגבי קדושין כתב הראב"ד שאם הגיע הזמן לפרוע ומעות בידה מזומנים לפרוע, וכאן גבי רבית כתב רק שאם הגיע זמן הפרעון ולא הזכיר שיש לו מעות משום דגבי קדושין צריך שתהיה לה הנאה בדבר מסויים, ולכן אף דנתינת זכות במלוה מיקרי כמו בעין וכנ"ל, מ"מ היכי דאין לה כסף לשלם אין לה עכ"פ הנאה בדבר מסויים, וכשיש לה מעות לפרוע אף שהמעות אכתי אינם שלו ועיקר הזכות הוא בעצם המלוה שאינה בעין, מ"מ יש לה עכ"פ הנאה מה שאינה צריכה להחזיר לו המעות, אבל גבי רבית לא צריך אלא שיהיה לקציצת הרבית דין חיוב שאילולי איסור רבית היה מתחייב בקציצתו, ובזה סובר הראב"ד דכל זמן שלא הגיע זמן הפרעון אף שמרחיב לו הזמן אחר זמן ההלואה מ"מ לא מיקריא הלואה ולא הוי דומיא דאת כספך לא תתן לו בנשך, דהא גם החוב אינו מחוייב עכשיו לפרוע, אבל כשהגיע הזמן אף שאין לו מעות כיון שעכ"פ מרחיב לו זמן ההלואה שמחוייב לו עכשיו לשלם מיקרו הלואה וגם הוי קציצה וכנ"ל.

ונראה דהרמב"ם ג"כ לא פליג על הראב"ד בהא דליבעי נתינת כסף בעין גבי רבית והא דבעי את כספך לא תתן לו בנשך לאו משום דבעי נתינת כסף בעין, אלא משום דבעי קציצה בשעת נתינה, והרמב"ם לטעמיה דסבר דבשעת הלואה הכח שנותן לו המלוה להשהות הלואה הוא בעיקר הכסף שמלוה שבהם נותן לו כח על כל הזמן, ולכן בשלא בשעת הלואה לא סבר דהוי בגדר זכות, ואפשר דסבר דבשלא בשעת הלואה באמת אינו יכול ליתן זכות כלל דבגדר מחילה וסלוק הא כתבנו דא"א, ולזה שפיר כתב לפי שלא קצץ בשעת הלואה, וע"ז חולק עליו הראב"ד ומביא ראיה מקדושין דהוי קציצה בשעת נתינה, וכאן גבי רבית הסכים גם הרשב"א אע"ג דגבי קדושין חלק עליו משום דשם הוי חסרון דאינו בעין והכא סבר דלא בעי בעין כלל.

ובמה שבארנו מבואר שיטת הרמב"ם והראב"ד גבי מכר במלוה לפימש"כ בטעמא דהרמב"ם לחלק בין מוכר במלוה למקדש במלוה דקדושין הוי דין קנין וצריך כסף בעין, ומלוה לא הוי כסף בעין אבל מכירה אינו בגדר כסף קנין אלא בגדר פרעון הדמים כמו

שבארנו, ולכן במלוה נמי מהני, אכן לפי מה שבארנו עכשיו נוכל לומר דכל זה אינו אלא לשיטת הרמב"ם דחסרון דהמקדש במלוה הוא בשביל שאינו כסף בעין, אבל לשיטת הראב"ד דחסרון דמלוה אינו לפי שאינו בעין אלא משום שא"א להקנותה בדרך הקנאה אלא בדרך סילוק ומחילה, ולכן אינו מועיל לקנות שאין כאן מעשה נתינה ולפי"ז יש לומר דגם לגבי מכר אף דלא צריך אלא נתינת דמים אבל מחילה אינה כלל נתינת דמים אלא סילוק ואין לזה גדר נתינת כסף כלל.

והנה הראב"ד כתב ואולי הטעהו הא דאמרינן מעמידין מלוה על הפירות והוא שיש לו, וההיא לאו לענין קניה מיירי אלא לענין איסור רבית, וכדבריו כתב הרשב"א בחידושיו בקדושין דף מ"ז אבל רש"י בב"מ דף ס"ג בד"ה יש לו מותר כתב וז"ל, ואע"ג דלא משיך כי מוקרי ברשותיה מוקרי הואיל ואם בא לחזור קאי עלייהו במי שפרע, והנה בתוס' בדף מ"ו ע"ב בד"ה יש דמים שהן כחליפין כתבו ומקני להו במחילת המלוה אע"ג דאמר בקדושין המקדש במלוה אינה מקודשת היינו כי קדשה או קנה החפץ במעות שחייב לו, אבל קדשה או קנה בהנאת מחילת מלוה מועיל כמו ארוח לה זימנא ואדבר עליך לשלטון עכ"ל, ובדף ס"ב ע"ב בד"ה הרי שנושה כתבו וז"ל, תימה והלא מעות קונות הכא אפי' מדרבנן דמילתא דלא שכיח הוא כדאמרינן בהזהב גבי החליף דמי שור בפרה וי"ל דהכא מיירי שלא פטרו ממנו עד שיתן לו החטין עכ"ל, ודברי התוס' צריכים ביאור חדא דמעיקרא מאי קשיא להו דמנ"ל שמכר בהנאת מחילת מלוה, וראיתי שעמד בזה הפנ"י וכתב דדברי התוס' על ברייתא דר' אושעיא דקתני אם יש לו מותר, ומוכח דהוא בהנאת מחילת מלוה ולכן הקשו דא"כ אפי' אין לו כיון דהוי קנין גמור ובזה תירצו שלא פטרו מן המלוה וכו' וכ' הפנ"י וז"ל פי' שלא מחל לו המלוה כ"א באופן שיגיעו החטין לידו, וא"כ מי שפרע יש כאן שהרי מחויב לקיים תנאו ומש"ה שרי ביש לו אבל באין לו אסור שהרי אין קנין גמור בשעת הפסיקה כיון שהנאת המחילה אינו אלא אם יקיים התנאי ליתן לו החטין עכ"ל, ופרושו אינו מבואר דממ"נ אם נימא דליכא כאן הנאת מחילה כיון דלא מחל לו אלא על תנאי א"כ אמאי איכא מי שפרע ביש לו הא אם אינו נותן לו החטין ליכא מחילה וליכא כסף, ועוד קשה דמאי הקשו על אין לו דהא לא שייך בזה קנין אלא משום שמצוי לקנות, וזה דוקא אם נותן לו כסף בעין, והפנ"י שם הקשה ע"ז מטעם אחר דכיון שאין לו חטים מסויימים א"כ הוי קרוב לשכר, ותי' דכיון שהלוקח מקבל יוקרא וזולא לא הוי קרוב לשכר, אבל זה קשה דמנ"ל דשייך כלל קנין על אין לו היכי שאין נותן לו מעות, וגם עיקר תי' התוס' שלא פטרו היא אוקימתא דחוקה, והפנ"י כתב שם דמסתמא דמילתא הכי היא ומשום זה לא כתבו הפוסקים תי' התוס' אבל אין

זה מוכרח.

והנראה בכונת דברי התוס' ע"פ דבריהם בכתובות דף ע"ד ע"א שכתבו דרש"י מפרש התקדשי במלוה שמחל לה המלוה, ולפירושו צריך לחלק בין מקדש במלוה למקדש בהנאת מחילת מלוה, ולר"י אין נראה דשמא אין לחלק אלא דמיירי כגון דאמר התקדשי לי במעות מלוה שאת חייבת לי ובאור דבריהם דלדעת רש"י צ"ל מקדש בהנאת מחילת מלוה אינו בעיקר הכסף ששוה מחילת המלוה אלא ע"י ההנאה שיש לה מזה, וכמו שחוק לפני אלא דשם אינו מקודשת בשביל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, והכא לא שייך זה לכן מקודשת, אבל לר"י אין נראה כן אלא דאם מקדש לה במחילת המלוה והיינו במה ששוה מחילת המלוה מקודשת דזהו בהנאת מחילת מלוה, ומה דמקדש במלוה אינה מקודשת זהו כי מקדש לה במעות מלוה, ואין כונת התוס' במעות מלוה שלוה דלא משמע כן לשונם, ועוד דזהו פשיטא דהא לא נתן על דעת קדושין אלא שקדשה בעיקר החוב וכיון דהחוב אינו בעין אינה מקודשת אבל מחילת החוב שוה כסף.

ועכשיו מבוארים דברי התוס' בב"מ וא"צ להגיה דבריהם דקאי על ברייתא דר' אושעיא ושהקשו מהא דאסור באין לו, אלא דקושייתם הוא על ברייתא דר' חייא דאוסרת גם ביש לו והוי ס"ל מעיקרא דכמו דביש דמים שהן כחליפין דלא קתני במחילת מלוה ומ"מ מפרשינן במחילת מלוה ולכן הוי ס"ל דגם הכא הכונה במחילת המלוה, וע"ז תירצו שלא פטרו ממנו עד שיתן לו החטים, וכונתם שלא מכר לו עבור מחילת החוב אלא בעיקר החוב, ונ"מ דאם הוא במחילת החוב אז אף דכסף אינו קונה מ"מ החוב כבר מחול אלא דאם יחזור בו יכול לתבעו דמי מחילת החוב, אבל אם מכר לו החטים בהחוב נעשה החוב כמו מעות והמעות הם ברשות הלוקח כ"ז שאין המוכר נותן לו המקח, אלא דלר' יוחנן כתבו התוס' בדף מ"ג דיכול להשתמש במעות והוי שואל עלייהו, ועכ"פ לא נעשו שלו לגמרי אבל אם היינו אומרים דמכרו במחילת החוב א"כ החוב מחול ובזה מכר לו, וזהו שכתבו בתוס' שלא פטרו ממנו והיינו דלא היה כאן מחילה אלא מכירה בהחוב.

ולפי"מ שבארנו נמצא דלדעת התוס' דלא מיירי במחילת מלוה אלא במוכר במלוה דלא קנה מטעם כסף, א"כ ע"כ ברייתא דר' אושעיא דקתני אם יש לו מותר דע"כ נמי דמיירי בגוונא דברייתא דר' חייא דכן משמע בסוגיא, סברה דאף דלא קנה מטעם כסף מותר לדין רבית, וכדברי הראב"ד ודלא כדברי רש"י דכתב משום דאם בא לחזור קאי במי שפרע, וכדעת הרמב"ם.

והנה הרשב"א בקדושין שם כתב עוד מדברי הירושלמי דאיתא שם קדושי מלוה לחומרין בקרקעות לא קנה, ובמטלטלין אין מוסרין אותו למי שפרע בקש להעמיד לו

מקחו מהו נשמעינה מן הדא והרי לך אצלי בהן יין ויין אין לו, הא אם יש לו יין חייב תני ר' חייא אם יש לו יין חייב ליתן לו, ופי' הרשב"א דהכונה בירושלמי לחלק ממוכר ללוקח דמה דאמר אין מוסרין אותו למי שפרע זהו כשחזר הלוקח, אבל כשחזר המוכר א"א לו לחזור ומלוה עדיפא מנתינת מעות דהוי מילתא דלא שכיחא, אלא שהרשב"א בעצמו תמה בזה דאיך אפשר שהלוקח יחזור בלא מי שפרע והמוכר יהיה חייב להעמיד לו מקחו, ונראה דיש לומר בבאור דברי הירושלמי דהנה צריך לבאר סברת הראב"ד והרשב"א שכתבו דאף דלא קני מ"מ מהני לענין רבית דהא כיון דלא קני א"כ כי נתייקרו ברשות המוכר נתייקרו, וא"כ אמאי מותר ליתן להלוקח כפי שער הקודם ולא הוי רבית, ולכן פשוט דזהו דברי הירושלמי דאמר מקודם בקרקעות לא קנה ובמטלטלין אין מוסרין אותו למי שפרע וזהו מדין קנין, וע"ז אמר בקש להעמיד לו מקחו מהו והיינו דאינו רוצה לחזור בו ולהיות מחוסר אמנה אם צריך ליתן כשער המכר או כשער של עכשיו, וע"ז פשיט מהא דתני ויין אין לו ומוכח דאם יש לו יין חייב ליתן לו דאם לא היה חייב ליתן לא היה רשאי ליתן דהוי רבית, ומה דבבבלי מייתי ברייתא דר' חייא דאפי' יש לו אסור צ"ל דהכא מפרש טעמא דמתני' דסברה דליכא רבית דזהו משום דנתחייב ליתן אם אינו רוצה לחזור ולהיות מחוסרי אמנה.

ובמה דסובר הירושלמי כאן דמלוה אינו קונה במכר יש להקשות ממה דהרשב"א בקדושין בדף ס"ג מביא מדברי הירושלמי והוא במתני' דתנן הא"מ ע"מ שאדבר עליך לשלטון דבר עליה לשלטון מקודשת, דבגמ' דידן איכא והוא שנתן לה שוה פרוטה דבל"ז אינה מקודשת משום דישנה לשכירות מתוע"ס, ובירושלמי איתא ר' בא בשם רב והוא שייחדה לו סלע במגדל במה קדשה כההיא דתנינן תמן כל הנעשה דמים באחר כיון שזכה זה נתחייב זה בחלופיו, וכתב הרשב"א וז"ל ונראה שהיא משובשת ובמה קנאה גרסינן כלומר אע"פ שייחדה לו סלע עוד היא צריכה במה קנאה לסלע כדי שתתקדש לו בו, כההיא דתנינן כלומר כיון שעשה שליחותה וזכתה היא בשכרו זכה הוא בסלע שהוא חליפיו עכ"ל, והוסיף הרשב"א דסובר מטבע נעשה חליפין וצריך להוסיף עוד דגם פרי עושה חליפין ולא בעינן כלי דהא פעולתו לא הוי כלי, וצריך ביאור דכיון דסובר דמשום דישנה לשכירות מתוע"ס אינה מקודשת א"כ אמאי מהני לענין קנין הסלע ויש להוכיח דר' בא בשם רב פליג על ר' יוחנן וסובר דמלוה קונה במכר.

אכן נראה דיש לחלק בין קנין כסף לקנין חליפין לענין דין ישנה לשכירות מתוע"ס אלא שצריכין אנו לבאר עיקר הך דינא דהנה באה"ע סי' כ"ח סעיף ט"ו שו"ט הט"ז והפרישה כתב דמיירי דבמכוש אחרון לית בה שו"פ אי לא"ה מקודשת כמו מלוה ופרוטה, והט"ז

כתב מד' רש"י דלמ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף אינו מתחייב עד שעת החזרה ואז כי מחזיר לשם קדושין לא הוי מלוה, ולמ"ד ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ג"כ לא תוכל להתקדש עד שעת החזרה וכי מחזיר לה נעשה מלוה למפרע, והאבני מלואים השיג על דברי הט"ז דהא בע"מ שאדבר עליך לשלטון ליכא חזרה ותתקדש בדבור אחרון דאית ביה שוה פרוטה, ולכן תי' דהא דמלוה ופרוטה מקודשת היינו דוקא בפרוטה בעין ע"ש בדבריו באריכות, אבל באמת גם בדבריו אינו מיושב דהא באדבר עליך לשלטון לא שייך כלל מכוש ראשון ומכוש אחרון דהא קודם שגמר דבריו לשלטון באופן שיהיה תועלת לאשה אינו שוה דבריו הראשונים כלום, ואם קודם שגמר דבריו יפסיק מלדבר באופן שלא יהיה תועלת בודאי אינה חייבת לו כלום, וכיון דעיקר השכירות הוא בעד כל דבריו ביחד א"כ כל דבריו הם מכוש אחרון, דמתחלה אינו שייך התחייבות, דדוקא בעשה לי שירים ונזמים דאפי' יפסוק באמצע יכול אחר לגמור שייך לחלק בין מכוש ראשון למכוש אחרון, וכן הוא גבי בשכר שארכיבך על החמור ג"כ לא שייך לחלק כשהוא מגביהה ומרכיבה דיש כאן מכוש ראשון ואחרון דאם יפסיק באמצע ולא ירכיבה על החמור דלא שייך שכירות על תחלת הפעולה ודוחק לומר דיש גם בזה גמר ותיקון הרכיבה.

עוד הקשה הרשב"א בהך דינא דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף דמ"ש מהתקדשי לי באלו דמקודשת אף שאכלה ראשונה משום דכל תמרה ותמרה כי אכלה לשם קדושין אכלה וה"נ כל משהו מלאכה שנתן לה הוי לשם קדושין, ותי' הרשב"א דגבי באלו ישנם לתמרים בעולם אבל הכא אין למאלכה האחרונה בעולם, אבל תירוצו אינו מבורר דהא אנן לא מדין קנין אנו דנין דחל מעכשיו קדושין גם על ידי התמרים האחרונים, אלא דאנו אומרים דכיון דכשנתן הראשונה לשם קדושין נתן לא הוי מלוה וא"כ מאי איכפת לן שאין המלאכה האחרונה בעולם הא עכ"פ המלאכה הראשונה לא נתן לשם מלוה אלא לשם קידושין ובדברי הט"ז שכתב ע"פ דברי רש"י דקודם החזרה א"א שום חלות קדושין ומשהחזיר נעשה מלוה למפרע היה אפשר ליישב קושיית הרשב"א ונאמר דקודם שהחזיר ליכא כלל נתינה לשם קדושין, אבל בדברי הט"ז לא יתיישבו בשכר שאדבר עליך לשלטון ובשכר שארכיבך על החמור כנ"ל.

והנראה לבאר הך דינא דישנה לשכירות מתחלה וע"ס דאינו כלל משום חלוק תחלת הפעולה, אלא דהוא ע"פ מה דאמר בגמ' בב"מ דף י' שאני פועל דידו כיד בעה"ב הוא, והאמר רב פועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום א"ל כל כמה דלא הדר ביה כיד בעה"ב הוא כי הדר ביה טעמא אחרינא הוא דכתיב כי עבדי הם ולא עבדים לעבדים, ונמצא דפועל כ"ז שאינו חוזר דינו כעבד לגבי זה דפעולתו לבעה"ב והבעה"ב מתחייב לו בעד

פעולתו, ומבואר דהמחלוקת אם ישנה לשכירות מתוע"ס או אינו לשכירות אלא לבסוף אינו דוקא על חיוב תשלומי השכירות אלא על עיקר דין השכירות דמ"ד ישנה לשכירות סבר דבין פועל בין קבלן נעשה דין שכיר לגבי פעולתו שהבעה"ב מתחייב מעיקרא מתוע"ס בעד שכירות פעולתו וממילא הפעולה מעיקרה אינו שלו אלא של בעה"ב, וא"כ א"א לקדש בשכר פעולה כיון דהפעולה מעיקרה אינו שלו אלא שחייבת לו דמים ואינו אלא מלוה, ולמ"ד אינו לשכירות אלא לבסוף סבר דאין השכירות נגמרת אלא לבסוף והבעלים אינם מחויבים מקודם, וממילא ע"כ כשהוא עושה הפעולה אין הפעולה של הבעלים אלא של הפועל ואף אם אין אומן קונה בשבח כלי אבל עיקר הפעולה הוא של הפועל וכל משהו פעולה שהוא פועל בעבודתו של בעה"ב הוי כמו נותן לו פעולה שלו.

איברא דלפי"ז יקשה הא דאמר בב"מ דפועל ידו כיד בעה"ב והיה צריך לומר דזה אינו אלא למ"ד ישנה לשכירות מתוע"ס, ואף דלא קשה כ"כ דהכי קיי"ל אבל נראה דבפשוטו היה צ"ל דכל הפלוגתא אם ישנה לשכירות מתוע"ס או אינה אלא לבסוף אינה אלא בפעולת קבלנות כמו בעשה לי שירים ונזמים ולא בפועל שכיר יום, אלא דמקדושין דף ס"ג מוכח לכאורה דאינו כן דאמתני' דתנן ע"מ שאדבר עליך לשלטון ואעשה עמך כפועל דאמר ר"ל והוא שנתן לה שו"פ ומקשה בגמ' מברייתא ומשני דתליא בפלוגתא אם ישנה אם אינה ואין לומר דעיקר הפלוגתא הוא בע"מ שאדבר דבברייתא באמת לא הוזכר אעשה עמך כפועל א"א לומר כן דבגמ' פריך ומאי דוחקיה דר"ל לאוקמי מתני' בישנה לשכירות מתוע"ס ובדיהב לה ואמר רבא מתני' קשיתיה, ואם נימא דבאעשה עמך כפועל כו"ע מודו א"כ מתני' דתנן נמי ואעשה עמך כפועל ע"כ מיירי בדיהב לה, ולכן נראה דיש לומר דבאמת עיקר הך מילתא דפועל ידו כיד בעה"ב אין לנו הכרח דזה להלכה דזה אמר בגמ' רק למ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חברו, אבל לדידן דקיי"ל קנה חברו אין לנו הכרח כלל על יסוד זה, ולכן שפיר נוכל לומר דמ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף לא סבר יסוד זה דפועל ידו כיד בעה"ב, וממילא נוכל ג"כ לומר דאליבא דבאמת לפי"מ דאמר בב"מ דפועל ידו כיד בעה"ב אפשר מודה נמי מ"ד אינה לשכירות בפועל ולא פליג אלא בקבלנות, ומה דאיתא בברייתא בשכר שאעשה עמך ותלי שם הגמ' בפלוגתא דישנה ואינה לא תני כפועל ואפשר לפרש בקבלנות, אלא דהגמ' בקדושין לא סבר הך סברא דמ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף מודה דפועל ידו כיד בעה"ב כיון דאינה סברא מוכרחת להלכה, ובפרט דרבא שם בב"מ לא הוי סבר כן, ואפשר היה זה קודם שקבל מרב נחמן הך סברא, ובעי לאוכוחי ממתני' דע"כ הוא כמ"ד ישנה לשכירות מגופא דמתני', אבל עכשיו אפשר לומר דגם מ"ד אינה לשכירות לא

פליג אלא בקבלן ולא בפועל דבברייתא לא תניא אלא בקבלנות.

אלא דאכתי אנו צריכין לבאר דלכאורה כל ביאורנו לא שייך אלא גבי שכירות ע"מ לשלם דמים דאנו אומרים דכיון ששכרו ע"מ לשלם לו שכר פעולתו א"כ נעשת הפעולה מעיקרא של בעה"ב והבעה"ב מחוייב לו שכרו, אבל גבי קידושין שאמרה לו עשה עמי שירים ונזמים ואקדש אני לך או בשביל שאדבר עמך לשלטון למה לא נימא דכאן אינם מתנים על שכירות, אלא דבשביל שיתן לה הפעולה שלו בשביל זה תתקדש אליו, ולכן אנו צריכין לומר דהכי הוא דינא דקנין כסף בין לגבי מכירה בין לגבי קדושין, דכיון דזה מוכח מגמ' דב"ק דף ע' בהא דעקוץ תאנה מתאנתי ותיקני לי גנבותיך דפריך דהא קלב"מ ולא אמרינן זיל שלים ולכן לא הוי מכירה, דכסף אינו קונה אלא היכי שאפשר להתחייב עבור הכסף, ולכן גם כאן כיון שתבוא להתקדש עבור פעולתו ונאמר דפעולתו שנותן לה הוי כמו כסף וע"כ הוא באופן זה שאילולי הקדושין היתה מתחייבת לשלם, אלא שהקדושין זהו התשלומין ובזה הוא קונה אותה וא"כ עכ"פ כבר הוי כמו שמשלמת לו בשכר פעולתו וכיון שכן ע"כ כבר נעשה אצלה פועל כיון שהיתה מחוייבת לשלם אלא שמתקדשת בשכרו וכיון שהוא פועל כבר אמורה ההלכה דיד פועל כיד בעה"ב וישנה לשכירות מתוע"ס ואין הפעולה שלו אלא שלה ואין לה במה להתקדש.

ועכשיו נבאר דברי הירושלמי דאמר דקנה הסלע שיחדה לו במגדל ע"י פעולתו, והקשינו דהא מבואר בירושלמי דמלוה אינו קונה במכר וא"כ כמו דלא מהני שכירות לענין קדושין משום דישנה לשכירות מתוע"ס אמאי מהני שיקנה הסלע, אבל לפי"מ שבארנו מיושב לפי"מ שכתבתי בפ"ה הל' ז' דחליפין אינו בגדר כסף כלל, ולכן אין צורך בחליפין שיהיה גדר חיוב לשלם עבור החליפין, וכמו שכתבתי שם דמשו"ה מהני בחליפין ע"מ להחזיר, ולכן החסרון דיש בשכירות גבי קדושין שכתבנו דכיון שתתקדש עבור הפעולה ע"כ דבלא הקדושין היתה מחוייבת לשלם ובזה מתקדשת, ולכן ע"כ יש בזה דין שכירות שהפעולה היא של בעה"ב ובעה"ב מחוייב בדמי הפעולה וממילא הוי כמו מלוה, אבל בחליפין דאינו מתורת כסף כלל א"כ שפיר מחליף על המלאכה כיון דאין דבר הנקנה תשלומי החליפין, וגם בע"מ להחזיר שא"א להתחייב עבור זה קונה בחליפין, לכן אין כאן גדר שכירות והפעולה היא שלו ושפיר נקנה לו הסלע ועיין במש"כ בפ"ג הל' י"ח שציינתי למש"כ כאן אבל אפשר דשם אינו מוכרח דכיון דמיירי בחליפין שוה בשוה א"כ אף דנלמד ג"כ מדין חליפין מקרא דועל התמורה מ"מ מסתבר דזה ג"כ מגדר כסף אבל הירושלמי דכאן דמיירי מדין חליפין ממש דבתורת שוה בשוה ודאי סלע אינו נקנה דהא תנן הזהב קונה את הכסף ומוקמינן הזהב מחייב ולכן שפיר מיושב.

אלא דמ"מ שחפצתי שם ליישב ראיית האב"מ לדעת הרמב"ם דמלוה קונה במכר מהא דהקדש מתחלל על המלאכה דזהו קושיא על שיטת הראב"ד ושאר ראשונים החולקים בזה, ובאמת גם לשיטת הרמב"ם צריך ליישב דהא עכ"פ סוגיא דקדושין סברה להדיא דמלוה אינו קונה במכר וכן ר' יוחנן בירושלמי הנ"ל, והא דהקדש מתחלל על המלאכה היא משנה בשקלים, ודרש לה ר"ע מקרא וקשה לומר דר"ע סבר אינה לשכירות אלא לבסוף דלא כהלכה לכן נראה דלפימש"כ דעיקר דין ישנה לשכירות מתוע"ס הוא משום דהבע"ב מתחייב לפועל מתחלה ועד סוף עבור עבודתו ויד הפועל מעיקרא כיד בעה"ב ופעולתו הוא של בעה"ב דכל זה לא שייך א

הלכה יב

הורו מקצת המורים שאם קנה לעצמו במעות חבירו אחר שזקפן עליו מלוה הרי קנה לעצמו ומקבלין ממנו כשאמר זקפתי אותם המעות על עצמי במלוה, ואני אומר שאין דין זה דין אמת אלא המקח של משלח כמו שיתבאר בדין העסק.

כתב המ"מ דעת אלו הבעלי הוראה הוא מכח שמועה דהגוזל עצים דף ק"ב גבי הנותן מעות לשלוחו ליקח בהן חטים וכו' וכבר האריך הרשב"א ז"ל שם להוכיח כן עכ"ל ולא כתב המ"מ טעם לדעת הרמב"ם, והנה הוכחת המורים מבואר בד' הרשב"א בב"ק שם שכ' וז"ל ומיהו למסקנא הא איפרקא קושיא דבני מערבא דטעמא משום דדעתו של שליח לזכות לבעל המעות כדקני ליה בחטים וחטים וכו' ולא אמרינן מי הודיעו לבעל החטים, ולר' יהודה דקיי"ל כוותיה בין לסחורה בין לאכילה ואע"פ ששינה לגמרי אם הותירו הותירו לבעל המעות דדעתו של שליח לא אתי לקנות ולזכות לעצמו אלא לבעל המעות וכו' שמעינן משמעתין תרתי דכל היכי שנתכוין לגזול ולקנות לעצמו אין חילוק בין ר' יהודה לר' מאיר ומיהו דוקא בשיש עדים ששלח בהן יד לעצמו או שאמר שחוזר בו משליחותו וקונה באותן מעות לעצמו וכו', ושמעינן נמי משמעתין דכל היכי דמתכוין לזכות לבעל המעות זכה בעל המעות, ואע"פ ששינה בדבר שבעה"ב מקפיד וכו' עכ"ל, ובסוף דבריו הביא שמד' הרי"ף פ' המקבל נראה שאפי' אמר והתנה בפי' בפני עדים לאו כל כמיניה וצ"ע שהרי אינו נראה כן מתוך שמועתינו, ורצה לחלק דדוקא בנותן למחצית שכר סובר הרי"ף כן מפני התקנה וסיים דבריו בצ"ע, וא"כ עלינו לבאר דעת הרמב"ם בזה דהא הרמב"ם כתב כן בשליח שלא למחצית שכר, ועיקר דברי הרשב"א צ"ע דהא הרי"ף מפרש גם סוגיין בלמחצית שכר.

והנה מש"כ הרשב"א דמשו"ה לא קיי"ל כבני מערבא משום דדעתו של שליח לזכות לבעל המעות, הנה הקצוה"ח בסי' קפ"ג סק"ד כתב לחלק מדברי הרמ"ה שהביא הטור

לדברי הרא"ש דדעת הרא"ש הוא משום דהשליח דעתו לזכות לצורך בעל המעות, ודעת הרמ"ה משום דדעת המוכר להקנות לבעל המעות ולא לשליח, ולפי"ז יש חילוק, דלטעמא דהשליח זוכה לצורך בעל המעות א"כ כשחוזר להדיא וקונה לעצמו לא זכה בעל המעות, אבל לדברי הרמ"ה דטעמא הוא משום שהמוכר מקנה לבעל המעות א"כ אפי' חוזר להדיא וקונה לעצמו לא קנה דאף שנעשה גזלן הא מ"מ לא קנה המעות בגזילה כיון דליכא יאוש והמשלח הוא בעל המעות.

אלא דאכתי צריכים אנו ליישב מה דסוגיית הגמ' הוא דלא כהרי"ף והרמב"ם וכמו שהקשה הרשב"א דבהנותן מעות לשלוחו לקנות חטים ולקח שעורים תני חדא פחתו פחתו לו הותירו הותירו לו, ותניא אידך פחתו פחתו לו הותירו הותירו לאמצע, ומוקים ר' יוחנן הא כר"מ דאמר שינוי קונה הא כר"י דאמר שינוי אינו קונה, ולר"מ השכר ללוקח אפי' לא אמר בפי' שחוזר משליחותו, וקנה בעד עצמו וכ"ש היכי שחוזר בפי' ואין לומר דשאני היכי ששינה וכדאמר בגמ' הא ר"מ דאמר שינוי קונה דזה אינו דאין כאן שינוי לקנות דהא לא עשה שינוי בהמעות שיקנה אותם, ומה דתלי הגמ' בפלוגתא דר"מ ור"י בשינוי דצבע אף דשם הוי שינוי גמור, אינו אלא לענין זה דלר"מ דסבר גבי צבע דאף דאינו מתכוין לקנות מ"מ כיון ששינה נעשה כגזלן וקונה בשינוי, איברא דבב"מ דף ע"ח ע"ב דחי בגמ' במה דהוי בעי לומר דר"מ דצבע סבר כל המעביר ע"ד בעה"ב נקרא גזלן דדילמא שאני התם דקנייה בשינוי מעשה, אך י"ל דדחי רק לענין שוכר חמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה דבעי לומר דנעשה גזלן ולהוכיח מר"מ דצבע וע"ז דחי דשאני התם דעשה שינוי גדול, וגם כאן מה ששינה מחטים לשעורים הוי שינוי גדול, אבל עכ"פ אין כאן שינוי לקנות המעות, ומ"מ כיון דנעשה גזלן על המעות כבר קנה המקח לעצמו ולא אמרינן בכה"ג דדעתו של מוכר לבעל המעות ואף דאין המעות לגמרי שלו קנה המקח במשיכה.

והנראה בזה דמעיקר הדין אין מקום לומר אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע וכן גבי לצבוע לו אדום וצבעו שחור לומר אם השבח יותר על היציאה נותן לו היציאה ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו השבח ובטעמא דר' יהודה דסבר הכי גבי לצבוע לו אדום וצבעו שחור פירש"י במתני' דקניס ליה להאי דשינה להיות ידו על התחתנה, וכל זה הוא דוקא לר' יהודה דמעיקר הדין לא נעשה גזלן, ומעיקר הדין הצבע לבעה"ב וכן מה שלקח במעותיו שעורין השעורין לבעה"ב, ולכן סבר ר' יהודה דאם שבח יותר על היציאה הוא לבעה"ב וכן אם הותירו הותירו למשלח ובנותן למחצית שכר הותירו לאמצע, אלא דאם שינה קנסינן ליה והפחת שלו, אבל לר"מ דסבר דמעיקר

דינא מכיון ששינה נעשה גזלן דאין דעת בעה"ב שישאר לו הצבע עם הפחת וכן השעורין עם הפחת, וכיון דזה א"א שיהיה תלוי ועומד שאם יהיה אח"כ שכר יהיה שלו ואם יהיה פחת יהיה לצבע או לשליח דאין בזה מעיקר הדין דין ברירה שיברור אח"כ, וכיון דבסתמא לא ניחא ליה לכן אפי' אח"כ נעשה שבח וריוח השבח לצבע ולשליח, ובזה לא אמרינן דנקנוס את הצבע או השליח שהשבח והריוח יהיה שלו דלא קנסינן ליה אלא כדי שלא יפסיד בעה"ב ולא ליתן לבעה"ב שכר, ומה דבצבעו כאור גם ר"מ מודה זהו משום דלא שינה, וכמו לר' יהודה וכן כתב הר"ר יהונתן בש"מ, ולכן לר"מ כיון דסובר דבסתמא רוצה בעה"ב שיהיה גזלן ויתחייב לשלם הצמר או המעות, לכן אפי' הושבח או הרויח הוי לאומן או לשליח, אבל היכי דהבעלים רוצים בהמקח והשליח חוזר ורוצה לקנות לעצמו בממון הבעלים אז לא מהני מידי דלא מהני גזלתו לקנות המעות לגמרי ודעתו של מוכר להקנות לבעל המעות, והדברים מבוארים בדברי הרמ"ה בש"מ לענין דינו של משלח עם המוכר, דאם רוצה המשלח יוכל לבטל המקח דאפי' אם השליח נקרא גזלן, אבל המשלח לא נתייאש וליכא יאוש וש"ר.

ובאופן אחר יש לומר דזה ע"כ דאף דאנו אומרים דכיון שרוצה לקנות לעצמו ולקח המעות בהלואה דהוי בזה גזלן על המעות מ"מ אי אמרינן דהמקח קנוי למשלח לא הוי גזלן על המקח דאם נימא דהוא גזלן על המקח א"כ יקשה איך קונה המשלח המקח דדבר שאינו ברשותו א"א לקנות, ולכן צ"ל דלא הוי גזלן גמור והטעם דסבר דיש לו רשות ללות המעות ובודאי חשב שאם בדין שייך המקח למשלח יתן למשלח ולכן שפיר אם נעשה ריוח על המקח הריוח למשלח, אבל בנותן מעות לשלוחו ליקח חטים ולקח שעורים דלר"מ דאמר שינוי קונה אמרינן דנעשה גזלן אף דלא נתכוין לגזול א"כ נעשה גזלן גם על המקח אם היה המקח להמשלח דהא עיקר השינוי הוא בהמקח וכיון דיהיה גזלן א"כ מעיקרא א"א להמשלח לקנות המקח וכמו שכתבנו דדבר שאינו ברשותו א"א לקנות, וכיון דהמשלח אינו יכול לקנות והמוכר רוצה עכ"פ למכור לכן מקנה ללוקח, ומבואר שפיר החילוק בין הא דר"מ בנותן מעות לשלוחו ובין לדידן כשרוצה לחזור דבזה אינו גזלן על המקח וכמו שבארנו.

והנה הגר"א ז"ל ביו"ד סי' קע"ז סקכ"א כתב להוכיח כשיטת החולקים על הרמב"ם מהא דאמר בב"ק בהתוקף ספינתו של חברו דאם נחת אדעתא דגזלנותא אינו נותן שכרה אלא פחתה, ואני תמה על ראיה זו דאם היה מרויח בהמעות עצמם היה שייך ראיה זו דכיון שגזלם לכן אין השבח של הנגזל כיון דהוא שבחא דבידים, אבל הכא נעשה השבח במה שקנה המקח בהמעות, וכיון דאכתי לא קנה המעות לגמרי והמקח הוא

לבעל המעות וכשהרויח המקח הוא שלו.

והנה הכ"מ בפ"ז מהל' שלוחין הל' ו' הביא דברי הרמב"ן בשם בעל מתיבות שהביא המ"מ בהל' י"א לחלק בין היכי שקנה במעות של המשלח ובין היכי שקנה במעות של עצמו, והביא דברי הרשב"א שהביא המ"מ דאם יש עדים שחזר בו משליחותו אז המקח לשליח ואם אין עדים המקח למשלח, וכתב ע"ז שבנמוק"י בפ' איזהו נשך כתב שיש לחלק בין כשעשאו שליח לצורך המשלח לכשאמר לו למחצית שכר דבירושלמי מיירי למחצית שכר ולכן מוציא ממנו אבל בפ' האומר עשאו שליח לצורך המשלח ודעת רבינו אינו כן בפ"ז מה' מכירה עכ"ד הכ"מ, ומדבריו מבואר שהוא מפרש בדברי הנמוק"י שהוא בקנה במעות המשלח ומחלק בין נתן לו לקנות למחצית שכר דאז לא מהני חזרה ובין שלחו לקנות בעד עצמו דאז מהני חזרה, ועיינתי בנמוק"י וכתב כן אבל לא כתב שום טעם לזה, ולכאורה כונת הנמוק"י כדברי הרשב"א שרצה לומר כן בדעת הרי"ף דגבי למחצית שכר אינו יכול לחזור מפני התקנה, וכבר הקשיתי דהא ראיית הרשב"א הוא מהסוגיא דב"ק וגם סוגיא זו מפרש הרי"ף כשנתן לו לקנות למחצית שכר דמשו"ה סבר ר' יהודה דהשכר לאמצע, וגם בעיקר דברי הנמוק"י א"א לפרשם דקאי על נותן מעות לשלוחו דא"כ למה כתב דאם הוא שליח לצורך המשלח אין לו עליו אלא תרעומות ובזה מוקים הגמ' דקדושין דהא עכ"פ אם נתן לו וקנה במעותיו הא הוי גזלן ולשון אין לו אלא אלא תרעומות בודאי מוכח דאינו גזלן.

ע"כ נראה דהנמוק"י מפרש שתי המקומות כשעשאו שליח לקנות במעותיו של השליח ומה דבשלחו לקנות למחצית שכר מוציא ממנו בע"כ זהו כשאין עדים שחזר בו משליחותו וכיון דשלחו לקנות למחצית שכר והוא כפועל שלו אמרינן דבסתמא קנה בעד שניהם, אבל אם שלחו לקנות במעותיו של שליח בעד המשלח אפי' אין עדים יוכל לומר דחזר בו ולא רצה להוציא מעותיו בשבילו, ולכן אין לו עליו אלא תרעומות, וממילא אינו חולק הנמוק"י על הרמב"ם רק דבה' שלוחין כתב הרמב"ם גבי למחצית שכר דאם אמר לו לקנות במעות של המתעסק וקנה בעד עצמו אין מוציאין מידו ואפשר דמיירי שחזר בפני עדים, ועכ"פ בעיקר דינו של הרמב"ם ובעל מתיבות אין הנמוק"י חולק וכנ"ל.

והנה בעיקר דינא אם דעתו של מוכר לבעל המעות מצינו בזה סוגיא מפורשה בירושלמי בב"ק ובמקומה על מתני' דהנותן צמר לצבע ולפי שדברי הירושלמי צריכים ביאור ופי' הפ"מ אינו מבואר כלל כמו שיראה המעיין ראיתי להביא הירושלמי ולפרשו כפי שנראה אחר העיון, והנה ז"ל הירושלמי תני הנותן מעות לחבירו ליקח לו חטים ולקח

לו שעורים אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו ותני חורין אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לשניהן מאי טעמא דר' יודן שלא נתכוין המוכר לזכות אלא לבעל המעות, ולמה אינו חולק עמו שאסור ליהנות מחבירו מעתה אפי' אמר ליקח לו חטים ולקח לו חטים לא נתכוין המוכר לזכות אלא לבעל המעות, ובשעה שאמר לו ליקח חטים ולקח לו שעורים לא נתכוין מוכר לזכות אלא ללוקח וקיים מה בידיה א"ר נסא בשעה שקיים שליחותו לא נתכוין המוכר לזכות לבעל המעות, לא קיים שליחותו נתכוין לזכות ללוקח ולמה חולק עמו אמר הואיל ובאה לו הנייה מתחת ידו אף הוא חולק עמו.

ונראה דגם בירושלמי צ"ל כמו בבבלי א"ר יוחנן הא ר"מ והא ר"י וכדמוכח דאח"ז איתא שם התיב ר' שמואל בר בא קומי ר' יוחנן ומוכח דר' יוחנן איירי מעיקרא, וע"ז אמר מאי טעמא דר' יודן שלא נתכוין המוכר לזכות אלא לבעל המעות, ויש כאן חסרון הניכר וצ"ל עוד מ"ט דר' מאיר שלא נתכוין המוכר לזכות אלא ללוקח, וצריך להוסיף דאף דתלי בפלוגתא דר"מ ור"י אינו אלא לענין זה דלר"מ מכיון ששינה בטל שליחותו והמעות שהוציא ליקח שעורים הוא כמו שגזלם, ולכן לא נתכוין המוכר לזכות אלא ללוקח וכמו דמפרש אח"כ ר' נסא, ולר' יהודה אף ששינה לא בטל שליחותו ונתכוין לזכות לבעל המעות וע"ז מקשה ולמה אין חולק עמו, ופי' הקושיא הוא דהרי"ף מעמיד סוגיית הגמ' בב"ק כשנתן לו למחצית שכר ומתוך ד' הירושלמי כאן העלו פוסקים אחרים דאפי' לא נתן לו למחצית שכר כמו שמבואר בש"ך סי' קפ"ג אבל נראה דהירוש' גופא מפרש דהברייתא איירי בכל גוונא דבתוס' פ"ד דב"מ קתני הך בריתא בהדי אינך דמתנייא בהדיא למחצית שכר רק בברייתא זו לא הוזכר למחצית שכר ומכיון דכולהו בבי בהדיא מיירי למחצית שכר א"כ פשוט דע"כ הך בבא נמי גם במחצית שכר מיירי אלא דכיון דלא הוזכר למחצית שכר ובאינך מתנייא בהדיא, לכן סובר הירושל' דבהך בבא אין חילוק ואפי' שלא למחצית שכר נמי דינא הכי דאם הותירו השכר לאמצע:

ומבואר עכשיו מה דפריך ולמה אינו חולק עמו והיינו דאף דסבר ר"מ דדעתו של מוכר לזכות ללוקח מ"מ כיון שהתנו ביניהם שיהיה למחצית שכר ומקבל העיסקא כששינה ולקח שעורים לא שינה ע"ד לגזול ורצה בקיום העסקא אלא ששינה מדעתו של הנותן, וא"כ אף דאם פחתו פחתו לו מכיון ששינה, אבל הותירו למה נאמר לו שישנה ולא יקיים את התנאי ועושה סחורה במעותיו של חברו וע"ז מתרץ שאסור ליהנות מחבירו, ובאור הדברים הוא דהא עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון וכאן ששינה דהעמידו כל המעות באחריותו אף שהיה זה שלא מדעת חבירו, וזה מוכח מדברי הסמ"ע והש"ך סי' קפ"ג דהלוקח מעות חבירו שלא ברשות ומרויח בהם אין לזה דין הלואה ואין כאן איסור רבית,

כיון שאינו ברור שהנותן הקפיד ויצא מתורת הלואה אלא דכיון ששינה עשאוהו חכמים כגזלן והעמידו המעות ברשותו, וכיון דאם הנותן אינו מקפיד לא בטלה העיסקא כלל והוי פלגא מלוה וכיון דאם פחתו פחתו לו א"כ הוי עסקא כזו שההפסד הוא לגמרי של המקבל ובשכר יטול הנותן חלק וזה בודאי אסור דהא אפי' קרוב לשכר ורחוק מהפסד אסור ונקרא רשע וזהו דאמר בירושלמי לפי שאסור ליהנות מחבירו והיינו דכיון דעכ"פ שם עסקא ושם הלואה ע"ז אסור ליקח חלק בשכר כיון שאינו נוטל בהפסד.

ומה דאמר מעתה אפי' אמר לו לקנות חטים ולקח לו חטים לא נתכוין לזכות אלא לבעל המעות הכונה פשוטה דמקשה דכיון דסבר ר"מ דדעתו של מוכר לזכות ללוקח, א"כ אפי' אמר לקנות לו חטים ולקח לו חטים נימא ג"כ דדעתו של מוכר לזכות ללוקח ואם יחפוץ המקבל לא יתן לו בריוח והא זהו תוספתא מפורשה אח"כ דאם ידוע שקנה מוציא ממנו בע"כ והוא בהלכה שלפנינו ברמב"ם ולא מצינו חולק ע"ז, וע"ז מתרץ דאם אמר לקנות חטים ולקח חטים דעתו לזכות לבעל המעות ואם לקח שעורים דעתו לזכות לשליח ואולי יש להוסיף תיבת "כאן" אחר תיבת חטים וע"ז פריך וקים ליה מה בידיה פי' אטו המוכר יודע איך אמר לו המשלח, וע"ז מתרץ ר' נסא דבשעה שקיים שליחותו לא נתכוין המוכר לזכות אלא לבעל המעות. [וחסר תיבת אלא והוא ט"ס דמוכח] לא קיים שליחותו נתכוין לזכות ללוקח והיינו דמה דאמרינן דבסתם נתכוין לזכות לבעל המעות זהו משום דכשהלוקח הוא שליח מבעל המעות הוי אז כמו שבעל המעות לוקח ממנו, אבל אם אינו שליח אינו מקנה אלא ללוקח דהוא הנו"נ עם המוכר.

ועכשיו מקשה הירושלמי ולמה חולק עמו והוא חוזר לטעמא דר' יהודה דאמר השכר לאמצע, וכמו שכתבתי דפשטות הברייתא דבכל גווני השכר לאמצע אפי' לא נתן לו למחצית שכר, וע"ז משני הואיל ובאת לו הנייה מתחת ידו אף הוא חולק עמו, והיינו דאף שדעתו של מוכר לזכות לבעל המעות מ"מ כיון שהוא גרם בקניות השעורים חולק עמו, ואמר עוד בירוש' היתב ר' שמואל בר בא קומי ר' יוחנן והתנינן אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו אין לו בכסות אשתו ובניו, וקושיא זו הוא למאי דמחלק אליבא דר' מאיר בין קיים שליחותו ובין לא קיים שליחותו דהא גבי צבע לא היה הבעל שליח האשה וגם אין האשה בעל המעות ומ"מ קנתה האשה הצבע כיון שקנה בשבילה, וה"נ כאן אף שלקח שעורים ובטל השליחות אבל השליח לא נתכוין כלל לגזול וקנה בשביל הנותן והו"ל לומר דקנה הנותן ומשני עלת על דעתו והוא כמו בבבלי וכמו שמפרש הפ"מ.

אח"כ ראיתי בס' נועם ירושלמי והנה הוא מפרש באופן אחר לגמרי ופירושו אינו מובן

דאם כר' יהודה דדמאי דדעתו לזכות ללוקח א"כ הוא אפי' בנותן ליקח חטים ולקח חטים דבזה איירי התם, אכן במקצת כיוונתי לדבריו כמו שיראה המעיין, וסוגיית הירושלמי דדמאי תועיל להסביר מה דאמר כאן לר' יהודה ולמה חולק עמו הואיל ובאת לו הנייה מתחת ידו וזהו כמו דאמר שם בירושלמי כאן ע"י מעותיו של זה ורגליו של זה חולקין וכמו שהביא בנו"י ע"ש.

פרק ח

הלכה א

המוכר שדה לחבירו באלף זוז ונתן לו מקצת הדמים והיה יוצא ונכנס ותובע שאר הדמים אפילו לא נשאר לו אלא זוז אחד לא קנה הלוקח את כולה אע"פ שכתב השטר או החזיק. חזר בו הלוקח יד המוכר על העליונה רצה אומר לו הילך מעותיך או קנה מן הקרקע כנגד המעות שנתת לי ונותן לו מן הזבורית שבה, ואם חזר המוכר יד הלוקח על העליונה רצה אומר לו תן לי מעותי או תן לי קרקע כנגד מעותי ונוטל מן היפה שבה, ואם לא היה יוצא ונכנס ותובע קנה הלוקח את כולה ואין אחד מהן יכול לחזור בו ושאר הדמים עליו כשאר החובות.

המ"מ הביא דברי הברייתא דקתני רצה אומר הילך מעותיך רצה אומר לו הילך קרקע כנגד מעותיך מהיכן מגביהו מן הזבורית וכתב ע"ז מדברי הרמב"ן שהרי זה כגביית חוב אלא שהוא מן הזבורית שבה ושמין לו כשער של עכשיו ולא לפי הפסק והכ"מ כתב דעל מה דאמר בגמ' מהיכן מגביהו כתב הנמוק"י דזהו אתן לי מעותי דאלו אתן לי קרקע כיון שהוא רוצה שיקנה כנגד מעותיו למה יטול מן העדית הרי דינו כדין לוקח חצי שדה דמשמנים ביניהם ונוטל כחוש אלא אמעות קאי וכן כ' הר"ן בפ"ק דקדושין אבל מפשט דברי רבינו נראה דאתן לי קרקע כנגד מעותי קאי, וכן כתב בפי' המשנה פ' האומנין עכ"ד הכ"מ ולא הזכיר הכ"מ שהוא בהיפוך מדברי המ"מ שהמ"מ הביא ד' הרמב"ן על ד' הרמב"ם ומשמע דמפרש כן ד' הרמב"ם, ובאמת הם שני שיטות דהרמב"ן מפרש מה דאמר בגמ' מהיכן מגביהו, אבל הא דאמר תן לי קרקע מפרש הרמב"ן להדיא דהוא כשער שפסקו כיון דהוא לקיים המקח כנגד המעות, אבל הרמב"ם כתב זה להדיא על תן לי קרקע וכתב או קנה מן הקרקע כנגד המעות שנתת, ומה דנוטל מן העדית צריך לומר דהוא משום קנס וכמש"כ בתוס' שם ד"ה מעידית.

איברא דיש לעיין דזה ניחא לדברי רנב"י וכמו דפסק הרמב"ם דמה דאמר מעידית ומזבורית זהו מעידית שבה ומזבורית שבה אבל לדברי רב אחא בדר"א דאמר מעידית

דנכסיו משום דהו"ל כמזיק א"כ ע"כ הוא בתורת גביה וצ"ל דאה"נ דהרמב"ם סובר דבפלוגתא דאמוראי אם מעידית שבה או מעידית דנכסיו תליא פירושא דברייתא, דאם מעידית שבה ע"כ דקאי הא דאמר מהיכן מגביהו אתן לי קרקע והוא בדרך קיום המקח ואם הוא מעידית דנכסיו קאי מהיכן מגביהו אתן לי מעותי והוא בתורת גוביינא, אבל בתן לי קרקע בין שחזר המוכר בין שחזר הלוקח נוטל מן הזבורית כדין לוקח חצי שדה.

והנה מה מאוד מיושבים עכשיו שיטות הרמב"ם והרמב"ן דהרמב"ם שפסק מעידית שבה שפיר סובר דקאי אתן לי קרקע והרמב"ן והר"ן דסוברים מעידית שבנכסיו שפיר סוברים דקאי אתן לי מעותי ומבואר דמחלוקתם מוכרחת לפי פסק ההלכה.

והנה הרמ"א בחו"מ סי' ק"צ הגיה על דברי המחבר שהעתיק דברי הרמב"ם ובריש בחזר בו הלוקח במה שכתב ונותן לו מן הזבורית שבה כתב ע"ז הרמ"א ונותן לו כפי השער של עכשיו ובסיפא גבי חזר בו המוכר במה שכתב ונוטל מהיפה שבה כתב הרמ"א כשער שפסקו, וכתב ע"ז דהוא מד' הר"ן והמ"מ וכבר תמה הסמ"ע במה דחילק בין רישא לסיפא ודברי הגר"א ז"ל כאן בס"ק ט"ו תמוהים שכתב בדעת הרמב"ם דסובר דנתבטל המקח לגמרי ונוטל כשער של עכשיו ובאמת לשון הרמב"ם שכתב או קנה מן הקרקע כנגד המעות שנתת מוכח דאינו מתורת גביה אלא מתורת קנין, וכן מבואר להדיא בדבריו בפי' המשנה שהביא הכ"מ דהקנין כנגד מעותיו קיים.

וראיתי להנתיבות שכתב על דברי הרמ"א שיש בדבריו ט"ס ובריש צ"ל כשער שפסקו ובסיפא צ"ל כשער של עכשיו, ומפרש דבסיפא מירי שהלוקח מסכים לחזרת המכר והחלוק בין מעות לקרקע הוא רק בגביית המעות וזה ודאי דאם אינו רוצה לחזור מחלק המקח כנגד המעות שנתן דנוטל כשער שפסקו ומן הזבורית, ודבריו מכוונים מאוד שכן מבואר להדיא בדברי הרמב"ן בקדושין. אבל מה שרצה הנתיבות לפרש כן דברי המחבר שהם דברי הרמב"ם, לדעתי אין לפרש כן בדברי הרמב"ם דכיון שפסק מעידית שבה אינו בתורת גביה, ועוד דבאמת שיטת הרמב"ן קשה דלמה יש לו ברירה לבקש או מעות או קרקע דהיכן מצינו דאפשר לתבוע מעות ובשלמא לשיטת הראשונים והוא שיטת הרא"ש דבע"ח יכול לתבוע מעות דזוזי יהיב וזוזי שקיל מיושב דגם הכא כיון שנתן מעות, לכן אם יש לו מעות מחוייב ליתן לו ואפשר דגם הרמב"ן סובר כן, אבל הרמב"ם הא אינו סובר דבע"ח יכול לתבוע מעות, איברא דגם לשיטת הרמב"ן קשה דעכ"פ למה לא יוכל ליתן לו מעות ולמה יוכל לתבוע אלא דבאמת ברמב"ן לא הוזכר כלל דבזה ידו על העליונה וכתב וז"ל, ואם המוכר הוא שחוזר בו והלה שותק ורוצה נותן לו מעותיו. ואם אין לו מעותיו נותן לו מן העידית ושמין לו כשער של עכשיו, ומבואר דאינו מפרש

בזה הא דידו על העליונה דזה קאי אהא דיכול ליטול קרקע כחלק המעות שנתן לקיום המקח ומה שכתב הוא פי' רק על הא דמהיכן מגביהו, דזהו על פרעון מעותיו, וא"כ הרמב"ם והמחבר שכתבו זה בפי' על יד הלוקח על העליונה א"א לפרש כדברי הנתיבות.

ונתבאר דאף דבדברי הרמ"א כיון הנתיבות להלכה בשביל שפסק הרמ"א כדברי הרמב"ן והרא"ש, אבל בדברי הרמב"ם א"א לפרש כדבריו אלא דבין ברישא בין בסיפא נותן לו כשער שפסקו והדברים בעזה"י ברורים.

הלכה ה

לקח שדה שוה מנה במאתים והמוכר יוצא ונכנס לתבוע שאר הדמים ה"ז ספק אם הוא כמוכר שדהו מפני רעתה ואינו תובע אלא מפני שמכר ביותר או אינו כמוכר שדהו מפני רעתה, וזה שתובע מפני שעדיין לא גמר להקנותו עד שיקח כל הדמים לפיכך הרוצה לחזור משניהם אינו יכול לחזור ואם תפס המוכר ממקח שמכר כנגד המעות שנשארו לו אין מוציאין מידו.

המל"מ הקשה במה שכתב הרמב"ם דהרוצה לחזור משניהם אינו יכול לחזור דכיון שפסק דאם תפס המוכר כנגד המעות שנשאר אין מוציאין מידו, א"כ אמאי לא יוכל הלוקח לחזור כנגד מה שלא נתן כיון שהוא תפוס וסיים בוצ"ע, וגם בעיקר הדבר מה שכתב הרמב"ם דאין שניהם יכולים לחזור צריך ביאור וכתב בזה הנתיבות בסי' ק"צ דהחילוק הוא בין המוכר להלוקח, דהמוכר טוען ברי שבודאי במה דעייל ונפיק אזוזי הוא בשביל שלא גמר להקנותו, אבל הלוקח הא טוען שמא לכן לא מהני תפיסתו, וחיזק דבריו במה שמבואר בכללי תפיסה דבעשו תקנת נגזל במסור לא מהני תפיסה משום שטוען שמא, ודבריו תמוהים מאוד דהא בא לבאר דברי הרמב"ם והרמב"ם סובר להדיא דבעשו תקנת נגזל במסור מהני תפיסה, וזהו עיקר מחלוקת הרמב"ם והרא"ש דהרא"ש סובר דתפיסה לא מהני אלא בטוען ברי, והרמב"ם סובר דאפי' בטוען שמא מהני תפיסה.

ובעיקר דברי הרמב"ם במה שכתב דכל א' משניהם אינו יכול לחזור בו כתב הט"ז בזה בטעמא דלא אזלינן בתר חזקת מ"ק משום דכיון דקנין המקח ברור ובטולו ספק לכן אינו יכול לקלקל המקח הברור משום חזקת מ"ק, וחיזק הנתיבות דברי הט"ז במש"כ הרשב"א בתשובה סי' תתקע"ב דאם הקנין הוא ברור אין מבטלין אותו מפני הספק תנאי, וכשעיינתי בדברי הרשב"א בתשובה ראיתי שדברי הנתיבות הם תימה גדולה, דהרשב"א בעובדא דידיה שהיה תרי ותרי אם היה תנאי או לא כתב שם וז"ל, שאין בזה דמיון להא דאמרינן בכתובות אין נאמנים ולא מגבינן ביה דתרי ותרי נינהו ואוקי ממונא בחזקת מאריה דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד והמוכר החזיקו

בכסף ושטר וחזקה, אלא שזה מביא עדים שיש לו להסתלק מחמת תנאי, וזה מביא עדים שהמכירה לחלוטין הרי קרקע בחזקת לוקח זה שהוא עכשיו בידו וכו' עכ"ל, ע"ש שהאריך עוד ומבואר דכל דבריו אינו אלא להחזיק את הלוקח שירד ברשות המוכר ונעשה מוחזק בקרקע, וא"כ איך מביא הנתיבות ראיה מזה לחזק דברי הט"ז בבאור דברי הרמב"ם והמחבר שכתבו שאין כל אחד מהם יכול לחזור, והיינו דאם אין המוכר מוחזק אין אומרים בזה העמידנה בחמ"ק, וכמש"כ הט"ז דאף אם לא תפס הלוקח את הקרקע תח"י אלא יד שניהם אין שולטת בה ג"כ הוי של לוקח, ורק אם המוכר תפס אין מוציאין מידו וזהו להדיא דלא כדברי הרשב"א דלדברי הרשב"א אפי' תפיסת הלוקח בקרקע לא מהני רק היכי שהחזיקו המוכר מקודם.

והנה לכאורה היה אפשר לדמות זה לדין ספק בבעלים שפסק הרמב"ם בפ"ב מה' שאלה ופקדון הל' ח' דאם פשע בה ה"ז משלם, וכ' המ"מ דכיון שהפושע הוא כמזיק ואין שם ראיה ברורה לפטור לכן חייב לשלם, אבל באמת אין זה דומה. דשם כיון שמעיקר הדין היה חייב לשלם ורק שדין בבעלים הוא חדוש לפטור וכיון שספק אצלנו אם יש כאן הפטור, נשאר בחיובו, אבל הכא הא מעיקרא מספקא לן אם גמר להקנות או לא רק דהספק נמשך מדין עייל ונפיק אזוזי אבל עכ"פ מספקא לן בעיקר הקנין.

המבואר מדברינו דהלכה זו אין לה ביאור משני הצדדים בין מעיקר הדין במה דפסק הרמב"ם דמספק אין יכולים לחזור, בין במה דפסק דרק להמוכר מהני תפיסה ולא להלוקח אף שהוא תפוס ועומד בהמעות שנשארו, לכן לולי דמסתפינא הייתי אומר שאף שכבר הוכפלו דברי הרמב"ם בטור והושלשו בהמחבר, מ"מ יש כאן ט"ס בתיבת אינו וצ"ל יכול לחזור.

ומש"כ הרמב"ם ממקח שמכר וכו' כונתו דכבר נתבאר דהחזרה הוא לחלק המקח שלא נתן מעות, והלוקח אינו מחויב ליתן מותר המעות להמוכר ונוטל חלק המקח שכנגד המעות, ולכן כתב דאם תפס המוכר ממקח שמכר ואינו נותן לו כנגד המעות שנשארו לו אין מוציאין מידו, והיינו דחצי הקרקע שנשאר הא אינו שוה חצי המעות דהא מכר ק' בר' לכן תופס כל הקרקע: ומה דאינו מועיל תפיסה ללוקח אם חזר המוכר שיתפוס כל המקח ויתן כל המעות זהו משום דבקרקע לא מהני תפיסה ובשדה מיירי, והחדוש הוא דלמוכר מהני תפיסה אפי' בקרקע כיון שהקרקע לא יצאה מרשותו ויש לו רשות לומר ללוקח הילך מעותיך כשהלוקח חוזר לכן לא מיקרי תפיסה בקרקע אלא במעות, איברא דאכתי קשה דלמה כתב הרמב"ם ממקח שמכר דהא יתכן שצריך לתפוס יותר ממקח שמכר כגון שלא נתן בתחלת הקנין אלא דינר ולא סגי תפיסתו במקח שמכר כיון שהוא

תובע מהלוקח מאתים, והשדה הא אינו שוה אלא מאה ולמה לא יוכל לתפוס משל הלוקח מביתו ואולי דהרמב"ם נחת להשמיענו דכאן גם בקרקע מהני תפיסה וזהו ממקח שמכר, אבל ממעות או ממטלטלין אחרים לא הוצרך להשמיענו דכבר השמיענו כמה פעמים דבכל ספיקא דדינא מהני תפיסה, וכיון שכתב כאן דין תפיסה ודאי אם יתפוס המוכר מעות או מטלטלין מהני, והרמב"ם חידש רק דבכה"ג מהני תפיסה גם בקרקע.

-השמטות ומלואים-

במה שכתבתי דכיון דיש להמוכר רשות לומר ללוקח הילך מעותיך כשהלוקח חוזר לכן לא מיקרי תפיסה בקרקע אלא תפיסה במעות, צריך בזה להוסיף דאף דלכאורה הוא תרתי דסתרי דאם המוכר יאמר ללוקח הילך מעותיך כשהלוקח חוזר, א"כ ע"כ מחוייב להחזיר לו המעות שנתן, וא"כ איך יתפוס ממנו מעותיו ולא יתן לו לא קרקע ולא מעות, אכן באמת הדברים נכונים דלפי טענתו של הלוקח שיש בזה דין עייל ונפיק אזוזי, א"כ המוכר יוכל לומר לו דבאופן זה אינו רוצה למכור לו חצי הקרקע ואינו מגיע לו אלא מעות, אלא דמ"מ המוכר תופס וטוען שאין לזה דין עייל ונפיק אזוזי, והלוקח כבר זכה בהקרקע וחייב לו כל המעות, ולכן הלוקח אינו יכול להחזיק בהקרקע לפי טענתו, והמוכר אינו מחוייב להחזיר לו המעות כיון שהוא תפוס, ועיין במה שבארתי שם בהל' א' דדעת הרמב"ם דהמקח כנגד המעות שנתן לא נתבטל, רק שמי שאינו חוזר הברירה בידו לבטל המקח שאינו רוצה בחצי המקח בין המוכר בין הלוקח.

פרק ט

הלכה א

המוכר להקדש ואמר לו הגזבר בכמה אתה מוכר חפץ זה ואמר בי' אפילו היה שוה ק' כיון שאמר בעשרה אינו יכול לחזור בו שאמירה לגבוה כמסירה להדיוט. הגזבר שקנה להקדש או שמכר ידו על העליונה כיצד נתן דמים של הקדש אע"פ שלא משך הפירות אם הוקרו קנה כדין תורה ואם הוזלו הפירות חוזר שהרי לא משך ולא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, וכן אם מכר חפץ של הקדש ומשכו הלוקח ולא נתן דמים והוזל החפץ קנה שלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש ואם הוקר החפץ חוזר בו שהרי לא לקח הגזבר דמים, וההקדש אינו נקנה אלא בכסף שנאמר ונתן הכסף וקם לו ואין הגזבר חייב לקבל מי שפרע.

השגת הראב"ד, הגזבר שקנה וכו' א"א א"כ אם רצה חוזר ואם רצה ממשכן ונוטל ממנו כשער הזול זהו הוא ששנינו מי שקבל לספק סלתות מג' ועמדו מד' שיד הקדש

על העליונה עכ"ל.

המ"מ הביא השגת הראב"ד ולא כתב כלום ע"ז ומשמע דסובר דאין כאן השגה רק הוספה על ד' הרמב"ם וכן המ"ע כתב ג"כ שביאור הראב"ד ג"כ נכון, אבל לדעתי נראה דהרמב"ם איננו סובר כהראב"ד והם שני ענינים וכמו שנבאר.

והנה המ"מ והכ"מ הביאו קושיית התוס' דלמה לי מעות דהא באמירה לבד אינו יכול לחזור וכתב המ"מ דאמירה לבד הוא מדבריהם, והכ"מ כ' דיותר נכונים דברי התוס' דכששם הדבר פחות משויו נתכיון לוותר להקדש, והנה מה שרצה הכ"מ לכוין זה בדעת הרמב"ם לא נראה כן מדבריו דהא כתב אפי' היה שוה מאה אינו יכול לחזור בו, ומוכח דזהו לרבותא אבל אם היה שוה עשרה ג"כ אינו יכול לחזור בו, ותי' המ"מ דהנ"מ בין דאורייתא לדרבנן ג"כ אינו מיושב דמדברי הרמב"ם מוכח דיש נ"מ להלכה, אבל באמת לא קשה כלל דהא יש נ"מ לענין מעילה דדין אינו יכול לחזור הא אינו עושה קנין כיון שהגזבר לא קנה ואינו אלא התחייבות למכור בסך זה, ואין אנו צריכין להך חדושא דאינו אלא מדרבנן ואינו כנדר גמור דלא משמע כן אלא דעכ"פ אף דאמרינן דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט אינו אלא דנעשה עלי' חיוב גמור למכרו ולא מיבעי במה שאמר הגזבר בכמה אתה מוכר חפץ זה דודאי הכונה בכמה אתה מסכים למכור דהא המקור הוא מגמ' דקדושין והתם אמרינן ולא תשיימיה את והשומא היא קודם המכירה, אלא דאפי' באמר בהחלט שהוא מוכר לגזבר בסך זה מ"מ כיון שהגזבר לא קנה ולא נתן מעות לא נעשה הקדש מעכשיו על תנאי שהגזבר יתן מעות אלא שנעשה עליו חיוב למכרו, וכבר כתבתי מזה בהשמטות להל' נז"מ, ואף דגם גבי נתן כסף ג"כ יכול לחזור מ"מ כיון דהקנין נגמר מדאורייתא בזה ודאי כ"ז שלא חזר הגזבר נגמר הקנין דלא דמי לכסף בהדיוט דהפקיעו חכמים הקנין ושניהם יכולין לחזור בהם דבזה סובר הרמב"ם דהפקיעו חכמים הקנין לגמרי:

איברא דמש"כ הרמב"ם גבי מכר חפץ של הקדש ומשכו הלוקח ולא נתן דמים והוזל החפץ קנה, בזה א"א לומר דקנה לגמרי אפי' אם הגזבר לא יחזור דהא בודאי כ"ז שלא נגמר המכירה מועלין בו כמש"כ הרמב"ם שההקדש אינו נקנה אלא בכסף. (ומש"כ כזה בהשמטות הוא לפום שיטפא) אלא דבזה מיושב כמו שבארתי שם דבלוקח לא נתחייב מטעם אמל"ג אלא מטעם נדר ונ"מ דיורשים פטורים ע"ש, ולכן הוצרך לומר קנה דגם היורשים חייבים, ובאמת בגמ' לא הוזכר כאן דקנה אלא נותן מאתים ובזה מיושב ביותר מה שהקשו בתוס' מהא דמשכו במאתים דהוא סיפא דברייתא ולא מרישא דגיזבר שנתן מעות בבהמה, וזהו משום דברישא קתני להדיא קנה, אבל הרמב"ם שינה

מלשון הברייתא וכתב גם כאן קנה וזהו דמדרבנן קנה ונ"מ לחייב גם היורשין וכנ"ל.

ועתה נשוב לדברי הראב"ד בהשגתו שבאמת יש כאן השגה במה שכתב הרמב"ם דאם הוזלו הפירות חוזר דהול"ל דהגזבר יכול למשכנו שיתן כשער הזול, והנה בהך דינא דקבל עליו לספק סלתות לא הוזכר שנתן כסף והיה לו להקשות על הברייתא דלמה הצריכה שיתן הגזבר כסף כיון דגם אם קבל לספק סלתות יד הקדש על העליונה, איברא דהתוס' בב"מ דף נ"ז פירשו הך ברייתא בשנתן כסף והקשו דאם יצא השער גם בהדיוט נמי מהני ותירצו דמיירי שיצא שער לקוטות, אבל מדברי הרמב"ם בפ"ז מה' כלי המקדש הל' ט' מוכח דאין צריך בזה שיתן הגזבר כסף והראב"ד לא השיגו שם, וצ"ל דאה"נ דגם הראב"ד סובר דהלכה שבכאן הוא בעיקר הקנין בכסף מדאורייתא ובמשיכה מדרבנן, אלא דרבנן אלמוה לכח הקדש דגם אם קבל עליו לספק נותן כשער הזול וזה בודאי מדרבנן דהא אמל"ג נמי לא שייך כיון שלא הבטיח כלל ליתן כשער הזול, ונמצא שהראב"ד בא כאן להוסיף דעכ"פ להלכה לא רק שהגזבר חוזר אלא אם רצה נוטל כשער הזול ובזה בודאי נ"מ דיורשין פטורין דלא עדיף מנודר דלא שייך כאן כמסירה להדיוט דלא אמר ליתן כשער הזול אלא שחכמים חייבוהו.

אולם באמת דברי הרמב"ם פשוטים דהרמב"ם והראב"ד חולקים שם בה' כלי המקדש, דהרמב"ם סובר דהמקבל לספק סלתות זהו הממונה על הנסכים והמקבל לספק קנים זהו הממונה על הקנים, והראב"ד השיגו שם וכתב שהממונה על הקנים והנסכים אינו אלא גזברות בעלמא, והממונה לוקח מבעלי בתים ועל אותו בעל הבית המוכר אמרו אם קבל לספק מארבע ועמדו משלש או משלש ועמדו מארבע מספק מארבע, ונמצא דלדברי הרמב"ם אין לדין זה שום שייכות לגזבר שקנה מבעה"ב דזהו דוקא דין בממונה שקבל עליו לספק צרכי הקנים והנסכים כל שלשים יום דמחוייב לספק כשער הזול, אבל אין שייך זה לאיש פרטי שמכר חפץ פרטי, והראב"ד לשיטתו דמפרש זה על הבע"ב שהממונה קונה ממנו, איברא דגם לדעת הראב"ד יש לחלק ממי שקבל עליו לספק כל שלשים יום דע"כ נתחייב שיהיה להקדש מוכן כל ל' יום צרכי הקנים והנסכים, וכיון שההקדש אינו צריך לשלם תמיד אלא כשער הזול לכן אפי' קבל לספק משלש ועמדו מארבע מספק מארבע אבל בעה"ב שמכר פירות להקדש שאינו בדרך ספוק ואפשר ליקח אותו בכל יום בזמנו דהא חזינן דרק קנים וסלתות היו מקבלים לספק כל שלשים יום, ולכן אין בזה חיוב על המוכר למכור כשער הזול אבל עכ"פ אפי' אם לא נחלק לדעת הראב"ד והראב"ד לשיטתו יכול לסבור כן אבל להרמב"ם לשיטתו פשוט דאין להלכה שלפנינו שייכות לדין מספק סלתות דהתם בממונה אמרו וכנ"ל.

והנה בעיקר ההלכה בשיטת הרמב"ם והראב"ד שההקדש יכול לחזור הביא המ"מ שהקשו הראשונים דהא אמרינן בקדושין דף כ"ט דפדאו במנה ולא הספיק למושכו עד שעמד במאתים אינו נותן אלא מנה ולא אמרינן לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש משום דהדיוט ג"כ במי שפרע קאי, וא"כ אמאי אמרינן כאן לא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, וכתב המ"מ שלא מצא בזה טעם מספיק, והכ"מ כתב לתרץ וכבר תמה המל"מ על דבריו ע"ש והמל"מ כתב ליישב ע"פ ד' התוס' שחילקו בין יתומים להקדש במה דאמרינן דיתומים שנתנו להם דמים יכולים לחזור משום דיתומים מדינא אינם כהקדש ואינם קונים ומקנים אלא במשיכה ורק לתקנתם עשאו אותם כהקדש, ולא ידעתי שום שייכות מד' התוס' להלכה זו, וכנראה סובר המל"מ דמקרא דונתן הכסף וקם לו, לא ידעינן אלא בפודה מן ההקדש, ולא בהקדש שנתן מעות על המקח, אבל באמת דבריו תמוהים דודאי הקדש מתחלל על כל דבר חוץ מן הקרקע, ובכמה דוכתי מצינו שמתחללין על כל דבר מדאורייתא, וא"כ אין שום חילוק מהקדש שמכר להקדש שקנה.

והנראה בזה דיש כאן שני ענינים מלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, מדין עצם תקנת נשרפו חיטך בעליה, ומדין זכות חזרת המוכר, דעיקר תקנת חכמים דכסף אינו קונה הא הוי לתקנת הלוקח שלא יאמר לו המוכר נשרפו חטיך בעליה, אלא דממילא תקנו חכמים ששניהם יכולים לחזור, ולכן כשנבוא לדון גבי הדיוט שקנה מהקדש אין כאן גדר תקנה להקדש אלא להדיוט הלוקח, ובודאי לגבי הקדש לא עשו תקנה ללוקח שיוכל לחזור כיון דמדאורייתא נתפס הקנין ולא עשו חכמים תקנה להוציא הקדש לחולין, ורק שנבוא לדין אם נתייקר כיון דעכ"פ הדיוט המוכר היה יכול לחזור לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש וההקדש ג"כ יוכל לחזור, וע"כ אמרינן דכיון דהדיוט נמי במי שפרע קאי, אין כאן לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש, אבל בהקדש שקנה דלפי דין דאורייתא דמעות קונות יש כאן עיקר התקנה דשמא יאמר המוכר נשרפו חטיך בעליה, בזה הוי הא דשלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש לא בדמיון של דין החזרה אלא בטעם התקנה והיינו דכמו דלהדיוט חששו משום שמא יאמר נשרפו חטיך בעליה כן צריך לחשוש גם להקדש שלא יהיה הפסד להקדש, וממילא כיון שיהיה להקדש זכות חזרה בודאי לא שייך שההקדש יקבל מי שפרע.

פרק י

הלכה א

מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח אפילו תלוהו עד שמכר ממכרו ממכר בין במטלטלין בין בקרקעות שמפני אונסו גמר ומקנה אע"פ שלא לקח הדמים בפני העדים, לפיכך אם מסר מודעה קודם שימכור ואמר לשני עדים דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלונית לפלוני מפני שאני אנוס הרי הממכר בטל, ואפילו החזיק כמה שנים מוציאין אותה מידו ומחזיר הדמים.

השגת הראב"ד אע"פ שלא לקח וכו' א"א טעה בזה בדברי הרב ז"ל שהוא לא אמר אלא אע"ג דבשעת התליה והמכירה לא ארצי ליה זוזי אלא לבסוף מכירה היא ולעולם צריך שיתן דמים בפני עדים דאי לא מצי א"ל לא יהבת לי מידי עכ"ל.

המ"מ מפרש דמחלוקת הרמב"ם והראב"ד הוא בהודה לפני עדי המכירה שקבל מעות אי אמרינן אגב אונסיה הודה, וכן כתב הרמ"א בסי' ר"ה על דברי המחבר, וקשה טובא דאם זהו חדושו של הרמב"ם היה לו להזכיר זה שהודה בקבלת המעות בפני עדי המכר, ומדבריו מוכח להיפוך שכתב מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח ומוכח דבודאי לקח, ואחר העיון ראיתי שהגר"א בחו"מ הרגיש בזה שכתב שם בסק"א וז"ל ולקח דמי המקח ר"ל כמ"ש בהגה וי"א דבעינן כו' עכ"ל, ודבריו לכאורה תמוהים דהא הוי"א חולקים על ד' הרמב"ם ואיך כתב שהרמב"ם מכוין לזה אך כונתו ברורה דמפרש דמש"כ ולקח דמי המקח הוא שבודאי לקח בפני עדים אלא שאח"כ משמיענו שאפי' לא לקח בפני העדים וע"כ דהיינו שהודה בפניהם, אבל פירושו דחוק מאוד דמפשטות דברי הרמב"ם מוכח דהוא חדא מילתא שלקח דמי המקח אע"פ שלא לקח בפני העדים.

עוד קשה איך אפשר דהרמב"ם סובר דלא אמרינן אגב אונסיה הודה דהא במסר מודעה דהמקח בטל א"צ לשלם המעות אם הודה בפני העדים משום דאגב אונסיה הודה כמש"כ בהל' ז' ואין טעם לחלק בזה בין מסר מודעא או לא, עוד קשה מה שהקשו בתוס' שם דלפי"ז מה מחלק בין שדה סתם לשדה זו, עוד קשה לפי"ז מה דאמר בגמ' דהא אשה כשדה זו דמיא ואמר אמימר תליוה וקדש קדושיו קדושין דמה שייך זה להודאה, וזה הקשה הנתיבות וכתב לתרץ קושיית התוס' וקושייתו במה שמחדש דהרמב"ם סובר כדעת הרי"ף דגם בלא נתן מעות ואומר שקול זוזך הוי זביני, ולכן כיון דאין ההודאה נוגע לקיום המקח מהני הודאתו, ולפי"ז מחלק בין ק"ס לשטר ע"ש בדבריו ודבריו תמוהים מתלתא טעמי, חדא דאין לאוקמי דברי הרמב"ם דוקא כשמכרו בק"ס, ועוד דא"א לומר דהרמב"ם סובר כשיטת הרי"ף דהו"ל להשמיענו עיקר זה ולא דין ההודאה שנמשך מזה,

ואם נימא דאינו מפרש כפי' הרי"ף דלא ארצי ליה זוזי הוא שלא נתן, אלא כפי' המ"מ שלא נתן בעדים ומ"מ הטעם דמהני הודאתו הוא משום דלא נתן נמי מהני לקנין, דא"כ קשה על הגמ' גופא דהו"ל להשמיענו זה דאינו פשוט דהא משום זה נדחה במסקנא משום דלא מהני לקנין, ועוד דיסוד דבריו נסתרים מהל' ז' דאם מסר מודעה לא מהני הודאה ששילם המעות אף דאינו נוגע לקיום המקח.

והנראה בדעת הרמב"ם דמש"כ ולקח דמי המקח ואע"פ שלא לקח הדמים בפני העדים, היינו דעכשיו בב"ד מודה שלקח הדמים, אלא שלקח שלא בפני עדי המכירה, והחדוש בזה דבלא מסירת מודעה נגמר המקח ואינו יכול לומר לא גמרתי להקנות אף שצריך להאמינו מדין הפה שאסר, ואפשר דלזה מכוין גם הראב"ד בהשגתו במש"כ דאי לא מצי א"ל לא יהבת לי מידי והיינו דממילא צריך להאמינו שלא נתרצה במכירה וכדחזינן במתנה דא"צ מודעא כיון דידעינן באונסיה.

ובדעת הרמב"ם נראה דסובר דכיון דבסתמא אמרינן דאגב אונסיה גמר ומקנה לכן אפי' באמת לא נתרצה להקנות לא איכפת לן דהוי דברים שבלב, וכדבעי למימר בקדושין דף נ' בעיקר דינא דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, ואף דדחי התם דהוא משום דאמרינן מצוה לשמוע דברי חכמים מ"מ יש לומר דכיון דאסיקנא דדברים שבלב אינם דברים, לכן אף דצריך לטעמא דמצוה לשמוע דברי חכמים וכן בתליוה וזבין משום דאגב זוזי גמר ומקנה זהו משום דבל"ז לא הוי דברים שבלב דהא מוכח אונסו לפנינו, ומה דמוכח לכל העולם לא הוי דברים שבלב, אבל כיון דאיכא סברא דמצוה לשמוע ואגב זוזי לכן אפי' אם באמת לא רצה אמרינן בזה דברים שבלב אינם דברים.

ועכשיו מיושב מה דאמר בגמ' לרבא דבשדה סתם אפי' לא ארצי ליה זוזי דטעמא דרבא דמחלק בשדה זו בין ארצי ליה זוזי בפני העדים ובין לא ארצי ליה ע"כ משום דסבר דנאמן משום הפה שאסר שלא נתרצה להקנות אף דודאי דברים שבלב אינם דברים, וע"כ משום דסבר דלא שייך לומר דברים שבלב אלא היכי דאיכא מעשה דמוכח שמוכר לו ברצונו, ולכן היכי שקבל המעות בפני העדים מוכח בשעת מעשה שמוכר לו ברצונו, אבל שלא בפני עדים כיון שיכול לכפור ליכא הוכחה ולא אמרינן בזה דברים שבלב אינם דברים, ולכן בשדה סתם כיון דעיקר מה שבורר בשדה הוי הוכחה שנתרצה למכור כמו שפי' הרשב"ם לכן הוי זביני אפי' לא ארצי ליה זוזי בפני העדים.

ומבואר ג"כ מה דמייתי הגמ' ראיה מתליוה וקדיש דאפי' בשדה זו הוי זביני אפי' לא ארצי ליה זוזי בפני העדים משום דבקדושין אפי' בלא קבלת מעות כגון בקדושין בשטר הוי קדושין משום שמתחייב בשאר כסות וכמש"כ הנתיבות, אבל לא כמו שכתב

להוכיח מזה דגם במכירה הוי זביני בלא נתינת מעות, וכמו שהוכחתי מלשון הרמב"ם שכתב ולקח המעות, דדוקא בקדושין מהני דבודאי דעתו ליתן שאר כסות כיון שרוצה לישאנה אבל במכירה אינו ודאי כלל שאח"כ יתן המעות כשיחזיק בהקרקע ובפרט כשהוא אנס, אבל עכ"פ מקדושין מוכח שפיר דאף דליכא הוכחה מקבלת מעות מ"מ כיון דהוא כמו תליוה וזבין בשביל שנתחייב בשאר כסות הוי קדושין משום דאמרינן אגב אונסה גמרה ומקדשא נפשה אף בלא הוכחה, ולכן גם בלא נתן המעות בפני העדים כיון דמודה בעצמו שקבל המעות אמרינן דאגב אונסא גמר ומקני.

ומה שכתב הראב"ד טעה בדברי הרב ז"ל נראה שאין מקום לטעות דבדברי הרי"ף בגיטין פ' הנזקין מפורש כדברי הראב"ד שכתב וז"ל ואסיקנא והלכתא בכולהו הוי זביניה זביני ואפי' בשדה זו בין ארצי ליה זוזי בין לא ארצי ליה זוזי אלא בשטר בלבד קנה, וכי אמר ליה בתר הכין תא שקול זוזך לא מצי למיהדר ביה, וכתב עוד שם, התם גבי תליוה וזבין דעתיה למיתן ליה זוזי ודעתיה דמוכר למשקל מיניה זוזי ולהדיא כדברי הראב"ד אלא דהרמב"ם אינו סובר כהרי"ף ומפרש דמה דאמרינן היכי דיהיב זוזי היינו שנתן הדמים, וכן מבואר בספר המקח לר"ה גאון שער ל"א דאימת הוי ממכרו ממכר היכי שנתן לו את שויו, ומוכח דוקא שנתן ולא מה שדעתו ליתן ואפשר דמחלוקתם תלוי בגירסת הגמ' דבגמ' שלנו בב"ב איתא היכי "דיהב" זוזי והיינו שנתן המעות וזהו כדברי ר"ה גאון והרמב"ם, וברי"ף בגיטין שם מביא הגרסא היכי "דיהיב" וזהו שנותן ובזה מפרש הרי"ף דכיון דדעתו ליתן כבר הוי תליוה וזבין.

אכן יש לעיין עוד בדברי הרמב"ם במש"כ לפיכך אם מסר מודעא קודם שימכור ואמר לשני עדים וכו' דלכאורה משמע בדבריו דגם בלא לקח הדמים בפני העדים צריך שתהיה המודעא בפני ב' עדים, וקשה דהא אפי' כשמסר מודעא בפני אחד לא שייך כבר לומר דברים שבלב כיון שהיה עומד שיאמינו אותו כשלא יקבל הדמים בפני עדים, ואולי כיון דעכ"פ צריך מודעא צריך שתהיה כדין מודעא בפני ב' עדים, ובאמת גם בלא זה יש לעיין בעיקר דין מודעא בפני שנים דבמטלטלין יהני גם בע"א כיון שהלוקח אינו יודע להכחיש והוי משואיל"מ לדעת הרמב"ם דגם בלא הו"ל למידע אמרינן מתוך אם לא דנימא דדין מודעא צריכה להיות ברורה דליהני גם ביורשין ואם לא מסר מודעא כזו אמרינן דגמר והקנה, אלא דכל זה אינו מוכרח וממש"כ הרמב"ם בפני ב' עדים אין להוכיח דקאי גם על לא לקח הדמים בפני העדים דלא כתב דבלא ב' עדים לא מהני אלא דבפני ב' עדים מהני וזהו בכל גווני.

הלכה ב

וצריכין העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אונס ודאי, לא שיסמכו על פיו, וכל מודעא שאין כתוב בה ואנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס היה אינה מודעא. בד"א במוכר או בעושה פשרה אבל במתנה אם מסר מודעא קודם מתנה אע"פ שאינו אנוס הרי המתנה בטלה שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה והמחילה מתנה היא.

אע"פ שאינו אנוס, דבריו מבוארין דלא צריך אונס במתנה ומפרש כן מה דאמר בגמ' אי דגיטא גלויי מילתא ומתנתא בעלמא הוא, אבל הרשב"ם לא פירש כן אלא דלא צריך שידעו העדים באונסו דדואי הוא אנוס, וכתב דאם מוסר מודעא שהגט שיתן לא יהיה גט אין זה ביטול דכיון דלא נאנס כלל אנן סהדי דגמר בלבו בשעת מעשה לעשותו גט גמור ולא מהני ביה ביטול דקודם כתיבה אא"כ ביטלו אחר כתיבה, אבל הרמב"ם בפ"ו מה' גירושין הל' י"ט כתב וז"ל וכן מי שאמר לשנים גט שאני כותב לאשתי בטל הוא וכתב אח"כ גט ונתנו לה בפני שנים אחרים ה"ז בטל, ולכאורה הוא מחלוקת אחת דמשום דסובר הרמב"ם דלא צריך אונס במתנה לכן סובר כן גם בגט דמהני ביטול קודם כתיבה והרשב"ם דסובר דגם במתנה לא מהני מודעא בלא אונס לכן סובר דגם בגט לא מהני כשאומר סתם שהגט לא יהיה גט כיון שאינו אומר שהוא אנוס, אבל לפי"מ שנבאר בהלכה ח' הם שני מחלוקת ע"ש, והנה ברבינו גרשום בפירושו מבואר להדיא במתנה כדברי הרשב"ם, אבל הרא"ש כתב כד' הרמב"ם דבמתנה לא צריך אונס כלל ועמש"כ בזה בפי"א הל' ט'.

הלכה ה

במה דברים אמורים באנס שהרי הוא חמסן מפני שכופה את המוכר למכור שלא ברצונו אבל הגוזל והוחזק בגזלן ואח"כ לקח שדה שגזל אין המוכר צריך למסור מודעא כמו שביארנו בהלכות גזילה.

הכ"מ הביא כאן מה שהשיג הראב"ד על הלכה זו בה' גזילה דהא מפורש בסוגיא בב"ב דף מ"ז דר"ה דאמר תלויה וזבין זביניה זביני פליג על רב ביבי דאמר דאפי' נתן הגזלן מעות לא קנה, ושם לא תי' הכ"מ וכאן כתב לתרץ דהרמב"ם סובר דר"ה באמת אינו חולק על רב ביבי ומחלק בין גזלן לאנס, אלא רב המנונא דאותיב לר"ה מסיקריקון לא סבר לחלק מגזלן לאנס וגמ' אהדר ליה לשיטתיה דר"ה לא ס"ל דרב ביבי, עוד תי' דאפי' נימא דר"ה פליג וסבר דבכל גווני זביניה זביני אפי' בגזלן אבל לדידן קיי"ל כרב ביבי, דאמר משמיה דר"נ דהלכתא כוותיה בדיני וכיון דקיי"ל נמי כר"ה דתליוה וזבין זביניה

זביני ע"כ מחלקינן בין גזלן לאנס, והנה תירוצו הראשון ודאי לא מסתבר לומר דאנן ידעינן טפי מרב המנונא ומסוגיית הגמ' דלא מחלקי בין גזלן לאנס, אך תירוצו הב' היה מיושב אם היינו אומרים דבסתם לשון תליוה וזבין זביניה זביני משמע בכל גווני אפי' בגזלן, אבל לבד דלא משמע כן, דבלשון זה משמע רק דעכשיו קנה השדה, לבד זה הא מסיק בגמ' אמר רבא הלכתא תליוה וזבין זביניה זביני וכלישנא דרב הונא, וא"כ מוכח נמי דבכל גווני. והנה בפ"ט מה' גזילה הארכתי בזה ואביא כאן רק עיקר ביאורי ליישב דעת הרמב"ם.

והנראה בזה דהרמב"ם סובר דזה ודאי דמה דאמר רב נחמן בשם רב הונא דגזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה דהוא בכל גוונא דדוחק הוא לפרש כפי' התוס' דרב הונא מיירי באמרו בפנינו הודה ולא באמרו בפנינו מנה לו דא"כ לא הוי ליה למסתם ולומר דאין ראייתו ראיה כיון דמשכחת לה דראייתו ראיה, וכיון דרב הונא בעצמו סבר דתלוה וזבין זביניה זביני, ע"כ אנו צריכין לחלק בין אנס לגזלן, ומה דפריך הגמ' מדרב ביבי אדרב הונא הוא משום דצריך לבאר עיקר הבנת דברי הרמב"ם במה שחלק בין גזלן לאנס דאם נאמר דעיקר החלוק הוא דגזלן כיון שכבר נגזל ממנו הקרקע לא גמר ומקנה ודוקא באנס שהיא עתה ברשותו א"כ גם בלקח מסיקריקין וחזר ולקח מבעה"ב לא מהני נתן מעות, אבל יותר נראה דדוקא בגזלן דכיון שכבר גזל ממנו הקרקע דאף דהקרקע אינה נגזלת מ"מ בפועל אינה תחת רשותו ואינו רוצה להחזירה לו אלא שאנסו למכרה לו, א"כ כשמכרה לו מאונס ולקח דמים אינו אלא שהציל הדמים, אבל לא גמר ומקנה כלל כיון שכבר היא גזולה ואין זה מעשה מכירה, משא"כ בלקח מסיקרוקין וחזר ולקח מבעה"ב כיון דהלוקח אינו גזלן ויחזיר לו בדיינים, א"כ אפי' אם מכר לו מיראת הסיקריקין הוי מעשה מכירה, כיון שלקח מעות מהלוקח שאינו מחזיק הקרקע בגזל.

והנה מדברי הרמב"ם מוכח כהסבר האחרון דהא כתב ואין דין הגזלן כדין האונס את חברו ותלה אותו עד שימכור לו, שזה האנס אינו רוצה לגזול ולא גזלו עדיין כלום, ומוכח דלא רק בשביל שכבר גזלו ממנו הקרקע אלא בשביל שהאנס אינו רוצה לגזול וכיון שהלוקח מן הסיקריקין ג"כ אינו רוצה לגזול שפיר הוי מעשה מכירה בלקיחת הדמים.

ולפי"ז קשה דכיון שהוכחנו לדעת הרמב"ם דלרב הונא דסבר תליוה וזבין זביניה זביני, וכאן אמר בסתמא דגזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה דמשמע אפי' הביא עדים שבפניהם מנה לו מוכרחים אנו לחלק בין גזלן ואנס, א"כ קשה בהא דאמר הגמ' מאי קמ"ל תנינא וכו' לאפוקי מדרב וכו' דהא לקח מסיקריקין דינו כדין אנס ומהני ביה ראיה שבפניהם מנה, וא"א לומר דע"ז קאי מה דאמר רב הונא גזלן שהביא ראיה אין ראייתו

ראיה, ולכן צ"ל דכל מה דאמר שם מאי קמ"ל תנינא וכו' לאפוקי וכו' הכל מדברי ר"נ והכי משמע דאם הוא מדברי הגמ' הו"ל להמתין עד סוף דבריו של ר"נ והו"ל לסיים מקודם מה דרב ביבי מסיים משמיה דר"נ, אלא דהכל הוא מדברי ר"נ דאמר אמר לי הונא, ובאמת ר"נ לא סבר כהא דאידך דר"ה דתליוה וזבין ולכן אינו מחלק בין גזלן לסיקריקין, ולכן ע"ז שפיר רב ביבי מסיים משמיה דר"נ קרקע אין לו אבל מעות יש לו בד"א שאמרו עדים בפנינו מנה לו דגם בלקח מסיקריקון ואמרו עדים בפנינו מנה לו לא קנה דלית ליה תליוה וזבין זביניה זביני, ולפימש"כ הוי מצי הגמ' להקשות מתחלת דברי ר"נ, אלא דאינו מפורש להדיא בדברי ר"נ דמיירי אפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו, ולכן פריך מרב ביבי דאמר בד"א וכו' וקאי גם על לקח מסיקריקין כדאמר מעיקרא להדיא ומוכח דלא סבר תליוה וזבין זביניה זביני.

ולכן ע"כ מוכרח דר"נ לפי"מ דמסיים רב ביבי ורב הונא פליגי ור"נ לית ליה כרב הונא אבל להלכה דקיי"ל כר"ה כדפסיק רבא הלכתא ובהא דאמר ר"ה גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה ודאי הוא בכל גוונא אפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו, וע"כ אנו צריכין לחלק בין גזלן לאנס ור"ה לא קמ"ל כלל לדינא דסיקריקין דמתני' דסיקריקין ע"כ לא מיירי באמרו עדים בפנינו מנה לו, וכדאמר רב להדיא ל"ש אלא דאמר לו לך חזק וקני ופליג אשמואל בשטר אבל לא מיירי בנתינת כסף כיון דאית לן תליוה וזבין זביניה זביני, וע"כ דהא דאמר ר"ה גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה דהוא בכל גווני אפי' באמרו בפנינו מנה, לא קמ"ל מידי בדין סיקריקין ורק ר"נ הוא דאמר הכי, ולא תקשי מאי קמ"ל תנינא דזה גופא קמ"ל דאפי' באמרו בפנינו מנה לו לא קנה שאין דין הגזלן כדין האנס וכמש"כ הרמב"ם. ומיושב קושית התוס' ד"ה רב ביבי.

הלכה ח

העידו עליו עדי המכר שבטל המודעא הרי המודעא בטלה, ואם אמר לעדי המודעא היו יודעין שכל קנין שאני לוקח לבטל המודעא ומודעי דמודעי שהכל בטל ואיני אומר כן אלא מפני האונס שאתם יודעין ואין בדעתי להקנות לזה האנס לעולם הרי המכר בטל ואע"פ שקנו מידו לבטל המודעא על הדרך שביארנו.

ואם אמר לעדי המודעא וכו', בפ"ו מה' גירושין הל' כ' כתב הרמב"ם וז"ל א"כ מהו תקנת דבר זה שיאמרו לו העדים קודם כתיבת הגט אמור בפנינו שכל הדברים שמסרת שגורמים כשיתקיימו אותן הדברים לבטל גט הרי הן בטלים, והוא אומר הן ואחר כך אומר להם לכתוב ולחתום וכו', וקשה למה לא כתב כאן תקנה זו, ומדבריו כאן וכן מדברי המ"מ שכתב ע"ז דברי הרשב"א שכ' ואלו שכותבין בבטול מודעי ומודעי דמודעי עד סוף

כל מודעי דמודעי אינו כלום, ומשמע דאין שום עצה לזה זולת מה שהביא אח"כ בשם הרשב"א שיפסול עדי המודעא, איברא דהרשב"א חלק על הרמב"ם גבי גט הביאו המ"מ שם על דברי הרמב"ם שהבאנו וז"ל, אבל הרשב"א כתב עליו ול"נ שאם מסירת מודעא על בטול המודעא מבטלת בטול המודעא גם כשיאמר לשון זה מה הועיל דדילמא אף הוא מסר מודעא גם על בטול כזה וא"ת כיון שהוא מבטל עכשיו כל מה שיגרום לבטל גט זה אף הוא מבטל כל מודעא שקדמה לו בלב שלם אף אנו נאמר דאפי' כשיאמר הריני מבטל כל מודעא שמסרתי יועיל שהרי מבטל בלב שלם עכשיו כל מודעא שמסר עכ"ל, ולכן באמת תקנת הרמב"ם שם צריכה ביאור דמה בין לשון זה ללשון בטול מודעא וכמו שהקשה הרשב"א.

והנראה בזה דהנה בהל' י"ט שם כתב הרמב"ם וז"ל וכן מי שאמר לשנים גט שאני כותב לאשתי בטל הוא וכתב אח"כ ונתנו לה בפני שנים אחרים ה"ז בטל וזו היא מסירת מודעא על הגט, ודבריו צריכין ביאור במש"כ וזו היא מסירת מודעא על הגט דלמה לא יהיה מסירת מודעא בגט כמו במכר ומתנה שיאמר בפני שנים גט שאני כותב לאשתי הוא משום אונס, ואף דהיכי דידעינן באונסיה לא צריך מודעא, אבל המודעא תועיל היכי שאין אנו יודעין באונסו, ולכן נראה לומר דהרמב"ם סובר דבאמת אינו מועיל בגט מודעא אחרת לבד מזו שיאמר גט שאני כותב בטל הוא, וטעמא דמילתא הוא עפמש"כ בהל' ב' במחלוקת הרמב"ם והרשב"ם דהרמב"ם סובר דבמתנה לא צריך אונס כלל, והרשב"ם סובר דגם במתנה צריך אונס והרמב"ם כתב טעמו משום דאין הולכין במתנה אלא אחר דעת הנותן, ונראה דדוקא במתנה אין הולכין אלא אחר דעת הנותן, אבל בגט אף דג"כ תלוי לגמרי בהבעל ואין האשה נותנת לו כלום מ"מ יש חילוק בין מתנה לגט עפ"מ דאיתא בירושלמי בגיטין פ' האומר הל' א' וז"ל ר' זעירא בעי קומי ר' מנא אף לענין מתנה כן אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו אמר ליה תמן התורה זיכת אותה בגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה, והנה אף דהמפרשים פירשו דזהו משום דילפינן מושלחה מ"מ אינו מבואר דהא ר' מנא אומר טעמא דמילתא שהיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה וצריך ביאור למה הגט הוא שלה קודם שתקבלנו.

אכן נראה דכונת הירושלמי דבגט כיון שהבעל מחוייב לאשתו בשכ"ו אלא דאם יגרשנה נפטר, ולכן אם רוצה לגרשה הוי כמו שמקבלת דבר שהוא שלה דזהו זכותה שאם רוצה ליפטר מחיובו אליה, צריך ליתן לה גט, ולכן גם כאן אינו דומה גט למתנה דבמתנה אין להמקבל שום דו"ד עם הנותן והכל תלוי בדעתו ולכן אין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן ומהני מודעא אף שאינו אנוס כיון דמגלה דעתו שאינו נותן בלב שלם משא"כ

במכירה כיון דהוא דבר השייך להמוכר ולהלוקח ולכן אף דאם המוכר לא ירצה להקנות לא יקנה הלוקח מ"מ אין הולכין אחר דעתו במה שלא אמר להלוקח, וכן מצינו לענין דברים שבלב היכי דאיכא אומדנא שלא פירש, לפימש"כ בפי"א הל' ט' דשיטת הרמב"ם לחלק בין מכר למתנה משום דבמכר אין הולכין אחר דעת הנותן לבד, ובמתנה תלוי הכל בדעת הנותן ולכן כ"ז דלא ידעינן באונסיה לא מהני מודעא, ולפי"ז כמו דלא דמי גט למתנה דגט עושה שליח לקבל משום דהוי כמו שעושה שליח לקבל דבר שהוא שלה, דאם רוצה לגרשה מוכרח הוא ליתן לה גט, לכן גם לענין זה לא דמי למתנה דבמתנה אם נותן לו ואינו בלב שלם אינו מגרע מהמקבל שום דבר אבל בגט כשיתן גט לאשתו ויחזיק אותה איזה זמן למגורשת ולא יתן לה שכ"ו ואח"כ יודיע לה שלא גירשה בלב שלם הרי גרע אותה קודם מחיובו, ולכן לא דמי כלל למתנה ואין הולכין אחר דעתו לבד ולא מהני מה שיאמר מקודם בפני עדים שנותן הגט שלא ברצונו אם לא היכי שהוא באמת אנוס ולענין זה דמי גט למכר, והיכי שהוא אנוס אינו צריך למודעא דבמכירה צריך למודעא משום דתליוה וזבין זביניה זביני אבל בגט הא סגי לבטל באונס לבד.

ומבואר עכשיו מש"כ הרמב"ם וזו היא מסירת מודעא על הגט דבגט לשיטתו הוי מסירת מודעא באופן אחר מבמכר ומתנה דבמתנה הוי מודעא כשיאמר שנותן שלא ברצון, אבל בגט א"א דאם ידעינן באונסו לא צריך למודעא ואי לא ידעינן באונסו באמת לא מהני דלא דמי למתנה שגם גילוי דעת מהני, ומה שאומר שהוא אנוס אינו נאמן דהרמב"ם הא אינו מפרש הא דאמר בגמ' ואי דגיטא ומתנה גלויי מילתא בעלמא כפי' הרשב"ם דודאי היה אנוס, ובעיקר סברת הרשב"ם דצריך להאמינו דאם אינו אנוס מי דחקו ליתן הגט והמתנה, כבר הקשו בש"מ דבגט שמא נתנו לו קרובי האשה מעות ובמתנה שמא בקש ממנו אדם גדול שאינו יכול להשיב פניו, וכונתו דמ"מ אונס לא מיקרי, עכ"פ הרמב"ם אינו סובר דבגט ומתנה הוא ע"כ אנוס דהא כתב להדיא במתנה אפי' אינו אנוס.

והנה הרמב"ן בחידושיו בב"ב דף מ' כתב על דברי הרשב"ם וז"ל ולפי דעתי יפה כיון שהאומר גט שאני כותב לאשתי בטל הוא למה יבטל, אם נאמר בטל שליחות של סופר ועדים כשחזר ואמר להם כתובו חזר ועשאן שלוחין וכו' ואם נאמר בטל הגט עצמו שיהא כחרס והלא לאחר כתיבה נמי אינו יכול לבטל גט עצמו שלא יהא מגרש בו לעולם דאמר התם בהשולח נהי דבטליה מתורת שליח גיטא גופא מי קא בטל דחוזר ומגרש בו ואפי' אמר בפי' קודם שבא לידי שליח אני מבטל הגט לעולם לא אמר ולא כלום וכו' ולאפוקי ממאן דמפרש דמסתמא לשליח הוא דקאמר ולא על הגט עצמו, אבל במפורש אפי' הגט נפסל, עכ"ל, והנה מה שכתב ולאפוקי ממאן דמפרש, זו היא שיטת הרמב"ם

בפ"ו מה' גירושין הל' כ"א דאם היה הגט ביד הבעל וכן אם פירש ואמר הרי הוא בטל מלהיות גט אינו מגרש בו לעולם ולכן לשיטתו סובר דמהני ביטול הגט קודם כתיבה וזה אינו בשביל שלא נתן הגט ברצון דזה לא מהני כמו שביארנו אלא מדין בטול דמהני גם קודם כתיבה.

ובזה יבואר דברי הרמב"ם בפ"ו מה' גירושין שכתב מהו תקנת דבר זה שיאמרו לו העדים קודם כתיבת הגט אמור בפנינו שכל הדברים שמסרת שגורמים כשיתקיימו אותם הדברים לבטל גט הרי הן בטלים והוא אומר הן, שהקשה הרשב"א דלמה יועיל הרי הוא יכול מקודם לבטל גם בטול זה דהא הרמב"ם אינו סובר דבטול האחרון שמבטל כל הבטולים מועיל וכן נבאר טעמא דלא כתב זה כאן גבי מכירה, ונראה דלפימש"כ דמה שאינו נותן הגט ברצון כיון שלא הודיע זה להאשה אינו מועיל כיון שאינו אנוס, ומה דמהני בטול קודם כתיבה הוא משום דבטול מהני מצד עצמו והוא חלות מיוחדת דיכול לבטל עצם הגט כמו דיכול לבטלו אחר כתיבה, א"כ מה דמהני כשמבטל מעיקרא כל בטול מודעא שיבטל בשעת נתינת הגט זהו ג"כ מגדר בטול הגט, דכיון דמודעא הוא בטול הגט וכשמבטל המודעא הוא בטול על הבטול, וכשמבטל מקודם בטול המודעא הרי הוא כמו שאומר שהוא מבטל הגט כיון שאומר שמה שאבטל את בטול הגט יהיה בטל, וא"כ בלשון זה מפורש דבטול הגט יתקיים אבל תקנת דבר זה שכתב הרמב"ם שהוא מבטל כל הדברים שמסר שגורמים כשיתקיימו לבטל גט, אם יבטל מקודם בטול זה אינו מפורש בטול הגט דהא לא בטל אלא דברים הגורמים וכשמבטל בטולו של הדברים הגורמים אינו מפורש בזה שמבטל הגט ובפרט שהרמב"ם כתב לבטל "גט" ולא כתב לבטל הגט או לבטל גט זה, ונמצא שלא ביטל אלא דברים הגורמים לבטל גט בעלמא וממילא כשמבטל בטול זה אינו מפורש כלל שמבטל הגט הזה ואין כאן אלא גילוי דעת שאינו רוצה שיתקיים הגט, ואף דנוכל לדון הא עכ"פ מבטל דברים אלו שיאמר אח"כ וממילא יצא בטול גט, ע"ז נוכל לומר דבטול דברים לא מצינו כלל ומצינו רק בטול גט שהוא יכול לבטל את הכריתות, ובזה אפשר לחלק מס"ת שאינו יכול לבטל כמו שהקשו בתוס' ריש השולח, דס"ת כיון שנכתב לשמה הרי היא ס"ת כשרה ואינה תלויה בדעתו כלל. אבל גט צריך שיהיה עומד להיות ספר כריתות וכשמבטלו ואומר שיהיה כחרס אינו עומד להיות ספר כריתות ובטל שם כריתות ממנו והרמב"ם סובר יותר דגם מקודם יכול לבטלו, ולכן לא מהני לבטל בטול מודעא אלא באופן שבלשון הבטול יהיה שהוא מבטל הגט, אבל כשהוא מבטל הדברים שאמר בתקנת דבר זה שאין בבטול זה מפורש לבטל הגט לא מהני בטול על הדברים לבד ואין לנו אלא גלוי דעת

שאינו רוצה בהגט, וכבר כתבנו בשיטת הרמב"ם דמה שאינו רוצה לא מהני גבי גט.

ועכשיו מיושב שפיר מה דלא כתב הרמב"ם זו התקנה לגבי מסירת מודעא על מכר דבאמת לא מהני דמסירת מודעא על מכר אינו מגדר בטול אלא שמודיע שאינו מוכר אלא מפני האונס ולהוציא מדין תלויה וזבין זביניה זביני שמגלה דעתו דלא גמר ומקני, א"כ מה יועיל כשיאמר זה הא אינו אלא מפני האונס ובודאי גם דברים אלו בטלין והמכר בטל.

והנה במה שכתבתי בבאור דברי הרמב"ם דבגט לא משכחת מודעא אלא בבטול הגט העירני ח"ג הגאון מוהריח"ס שי' דהא משכחת לה בגט שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני דבזה כבר הוי כמו במכירה דאונס לבד לא מהני דהא אמר רוצה אני וכי מסר מודעא מהני, אלא דבאמת בדברי הרמב"ם פ"ב מה' גירושין לא הוזכר דין זה דמהני מודעא בגט שכופין אותו, והנה בערכין דף כ"א איתא אמר רב ששת מאן דמסר מודעה אגיטא מודעיה מודעא פשיטא ל"צ דעשאוה ואירצי מהו דתימא בטולי בטליה קמ"ל דא"כ ליתני עד שיתן מאי עד שיאמר עד דמבטל ליה למודעא, ודברי הגמ' צריכין ביאור דמה אמר ל"צ דעשאוה ואירצי דבודאי זהו דין מודעא שמוסר מודעא על גט שיתן אח"כ ולא אמרינן דכשנתן אח"כ בטליה למודעא, אך הבאור הוא דדין רוצה אני דצריך שיאמר כשכופין אותו יש להסתפק אם הכונה שיאמר שרוצה גם בלא כפיה או דהכונה דע"י הכפיה כבר נתרצה, והיינו דאף דאם לא היו כופין אותו לא היה רוצה, אבל לאחר שכפו אותו מרוצה שיתקיים הגט וזהו סגי להיות נקרא רצון, והנה אם היינו מצריכים רצון ממש שגם בלא הכפיה רוצה א"כ אין שום ביאור לדברי הגמ' במה דאמר א"כ ליתני כופין אותו עד שיתן, דהא אם היינו אומרים דפי' רוצה אני שרוצה גם מעצמו א"כ איך ליתני כופין אותו עד שיתן, הא בלא רוצה אני לא מהני כלל, אכן כבר כתבתי בפ"א מה' גזילה דמד' הרמב"ם בטעמא דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ולא הוי אונס משום דע"י הכפיה כפה יצרו הרע ולא מיקרי זה אונס מוכח מדבריו דאין אנו מפרשין מה דאמר רוצה אני שהוא רוצה גם בלא כפיה אלא דמכיון דיש צד רצון לקיים המצוה ויש צד המונע וזהו יצרו הרע, ולכן כאשר כפו אותו והוא אומר רוצה אני מיקרי רצון.

ולכן באור דברי הגמ' דכיון דבאמת נתן מתוך כפיה ורק דמשום דאיכא מצוה לשמוע דברי חכמים אנן סהדי דנתרצה מתוך כפיה א"כ מה מועיל המודעא הקודמת הא מקודם לא כפו אותו ועכשיו מתוך היסורים מתרצה וע"ז אמר דא"כ לא היה צריך כלל שיאמר רוצה אני כיון דאנן סהדי דמשום סברא דמצוה לשמוע דברי חכמים נתרצה, וע"כ דהך סברא דמצוה לשמוע דברי חכמים לא מהני אלא כשאומר שרוצה וא"כ כשמסר מקודם

מודעא על הרצון הזה מהני המודעא וצריך דוקא לבטל המודעא, ונמצא דעיקר תי' הגמ' על מה דמקשה פשיטא דאמר ל"צ דעשאוה ואירצי הוא במה דמוקים בגט שניתן ע"י כפיה ולא בסתם גט, ולפי"ז קשה על הרמב"ם במה שהשמיט ולא הביא הך דינא דבגט שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני צריך בטול מודעא.

ונראה דמש"כ לפרש ד' הגמ' במה דאמר מהו דתימא בטולי בטליה קמ"ל דא"כ ליתני כופין אותו עד שיתן מאי עד שיאמר עד דמבטל ליה למודעא. דזהו בדרך הוכחה דמדצריך רוצה אני ובלא אמירתו לא אמרינן דרוצה לשמוע דברי חכמים, לכן אם מסר מודעא על אמירתו מהני אין זה מכוון בפשטות לשון הגמ' דבפשוטו במה דאמר מאי עד שיאמר עד דמבטל ליה למודעא משמע דבאמת אין צורך לאמירת רוצה אני אלא לצורך בטול מודעא, אבל אם לא מסר מודעא סגי במה שיתן הגט דבסתמא נאמר כיון דמצוה לשמוע דברי חכמים ודאי גמר ומגרש ולכן דעת הרמב"ם לפרש כן דרב ששת ע"כ לא סבר דבעינן רוצה אני היכי דלא מסר מודעא וכיון דפשטות הסוגיות בקדושין דף ו' ובב"ב דף מ"ח דמייתי המשנה כפשטה דצריך שיאמר רוצה אני, וכן פסק הרמב"ם בפ"ב מה' גירושין בסתם דבגט שכופין אותו צריך שיאמר רוצה אני, לכן אין לנו להוכיח ממתני' דבגט זה מהני מסירת מודעא שיודיע להעדים שהוא אנוס שבשביל אונסו יאמר אח"כ רוצה אני, כיון דידעינן וחזינן שהוא אנוס ומ"מ אמרינן שנתרצה אגב אונסו, וכמו שביאר הרמב"ם דע"י היסורין כפה יצרו הרע וממילא רוצה באמת מצד יצרו הטוב לכן מה מהני מודעא, ודחה הרמב"ם מימרא דרב ששת כיון דפשטות הסוגיא דבקדושין ודב"ב לא סברי הכי וכנ"ל.

ואפשר לבאר עוד יותר דהנה במה במפרש בגמ' דמה דאמר במתני' עד שיאמר רוצה אני היינו דמבטל ליה למודעא קשה איך נפרש רישא דתנן גבי קרבנות כופין אותו עד שיאמר רוצה אני דאיזה מודעא שייך התם ולענין מה ימסור המודעא דמה ירויח מזה שיברר בעדים שהקרבן היה שלא ברצונו, ואין לומר שיגבה העור דאדרבא ב"ד ימשכנו אותו להקריב קרבן חדש, וע"כ דסבר בגמ' דבקרבנות דכתיב לרצונו הוא דוקא כשיאמר רוצה אני וכדתניא שם יכול בע"כ ת"ל לרצונו הא כיצד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, אבל בגט לא כתיב לרצונו ולכן סבר רב ששת דסגי בזה שיהיה גומר ומגרש, ולכן מפרש מה דתנן בגיטי נשים עד שיאמר רוצה אני דהיינו עד דמבטל ליה למודעה, אבל הרמב"ם בפ"א מה' גירושין הלכה ב' כתב וז"ל ומנין שעשרה דברים אלו מן התורה שנאמר והיה אם לא תמצא חן בעיניו וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושלחה מביתו, אם לא תמצא חן בעיניו מלמד שאינו מגרש אלא ברצונו, וכיון דגבי גט נמי איכא קרא

דבעינן לרצונו א"כ ע"כ הוי כמו בקרבנות דגם בלא מסר מודעא בעינן שיאמר רוצה אני וכדמוכח מפשטות הסוגיות דקדושין ודב"ב, ולכן פסק דלא כרב ששת ולא מהני מודעא שיאמר שהוא אנוס גבי אלו שכופין אותם, ומיושב מה שכתב בפ"ו דמסירת מודעא על הגט הוא דוקא בטול הגט וכמו שבארנו.

פרק יא

הלכה א

המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאין שאפשר לקיימן בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה, אם נתקיימו התנאין נקנה הדבר שהוקנה ואם לא נתקיים התנאי לא קנה, וכבר בארנו משפטי התנאים בהלכות אישות. בד"א בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהן והרי יש עליו לקיים את התנאי, אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים התנאי הזה יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה, אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך וכל אסמכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנותו.

כתב המ"מ דעיקר דברי הרמב"ם הוא בשביל שהחזיקו להקונה מעכשיו בדבר הנקנה וקשה טובא דאף דבהלכה ג' במש"כ כיצד המוכר בית לחבירו וכו' כתב והחזיק זה בבית, אבל כאן הא כתב להדיא בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהם, והרי דרכים שקונין בהם אינו רק חזקה אלא גם כסף ושטר וק"ס, ועמש"כ בהלכה י"ג, וא"כ אינו מוחזק בדבר הנקנה, ועיקר דברי הרמב"ם ברורים שהוא מחלק בין אם קנה מעכשיו והתנה ע"מ שילך עמו או שאמר אם תלך עמי. דע"מ הוא כמעכשיו ואם הוא כלאחר, כמבואר בפ"ז מה' אישות, ומצאתי שכתב כן הגר"א בחו"מ סי' ר"ז אלא שגם דברי הגר"א הם תמוהים שכתב בס"ק ה' וז"ל דברי הרמב"ם בזה לקוחים מדברי רב האי גאון בשער י"ז שכ' אם אמר הרי המכר מכור לו אם תעשה כך וכך וכו' והביא שם דברי רה"ג וכתב הגר"א כללו של דבר דנחית לחלק בין אם או ע"מ, וכן הרמב"ם כתב כאן בדרך כלל, ואני תמה מאוד על מאור עינינו הגר"א ז"ל שצירף דעת הרמב"ם לדעת רה"ג שבאמת הם שיטות חלוקות, דרה"ג הסביר כאן דין האסמכתא משום שסמך קנין הקרקע לדין אחר והיינו משום דאם הוא כלאחר. ולפי פירושו לא איירי כאן אם מהני מה שיחזיק הקונה אחר שנתקיים התנאי דאינו מחדש מדין אסמכתא אלא לומר דכיון שאמר אם, שהוא כלאחר, לא מקנה מעכשיו, והגר"א לא העתיק כל דברי רה"ג דז"ל שם דכל היכי שאומר מעכשיו יהא מכור לך ואח"כ הזכיר את התנאי כגון שאמר ושתעשה אתה כך וכך אותו

המכר. הוא המקויים והנכון, אבל אם אמר הרי המכר מכור לך אם תעשה אתה כך וכך נמצא דלא גמר והקנה באותה שעה שהזכיר שם התנאי כיון שלא הזכיר שם מעכשיו והו"ל כמו שמוכר לזמן כמו שנפרש דאין מעשהו מעשה והוי בטל ואע"פ שיתקיים התנאי ודומה דבר זה כמו שלוה ממון מאדם ואמר לו אם לא אחזיר לך ממון זה ביום פלוני תהא שדה זה מכורה לך, נמצא שאינה מכורה עכשיו בשעת התנאי אלא לאחר זמן והיא אינה מכורה דאע"פ שעבר הזמן ולא הביא הלוה אותו ממון אפ"ה לא קנה המלוה את השדה דזו היא אסמכתא לפי שסמך קנין הקרקע לזמן אחר לאחר שהתנה ואינו קנין בשעתו עכ"ל והאריך שם וכתב לחלק בין אם ובין ע"מ, וכתב עוד וז"ל ותדע דבשאר דברים נמי שאינו במקח וממכר אותו הדין אנו דנין בהם לענין אסמכתא כמו שאנו דנין במו"מ שאם השלים תחלה עיקר המעשה במעכשיו או בלשון ע"מ ואח"כ אמר שתעשה כך וכך הוי תנאו קיים והמעשה נעשה ובלבד שיתקיים התנאי אבל אם לא הזכיר בלשון ע"מ אלא בלשון אם או בלשון אי אע"פ שיתקיים התנאי אותו מעשה בטל הוא ואין בו ממש כדגרסינן לענין גיטין הרי זה גיטך אם מתי הרי זה גיטך מחולי זה הרי זה גיטך לאחר מיתה לא אמר כלום, מהיום אם מתי מעכשיו אם מתי הרי זה גט עכ"ל, והאריך שם עוד לחלק בין אם לע"מ לענין נשרף הגט, הרי מבואר מדבריו שהוא מפרש כל דין אסמכתא שהוא רק לומר שכיון שסמך קנייתו למעשה שיעשה הקונה אחר זמן לא הקנה לו מעכשיו כיון שאמר בלשון אם, וממילא כיון שהקנין עושה עכשיו נתבטל הקנין, ולדברי רה"ג אם מכר לו השדה בכסף אם יעשה דבר פלוני אין לנו טעם לבטל המכירה, ומה דאמרינן בהלוהו על שדהו דלא מהני כל זמן שלא אמר מעכשיו אף דהתם היה כסף צ"ל משום דמתחלה היה בלשון הלואה אלא שהתנה שאם לא יפרע אחר שלש שנים יהיה שלו, א"כ לא נתן לו הכסף עכשיו לשם קנין ורה"ג לשיטתו דסובר בשער י"ג דמכר במלוה לא קנה, א"כ לא נעשה אח"כ קנין כלל.

אבל הרמב"ם מפרש עיקר דין אסמכתא כפירש"י ושאר ראשונים דזהו בשביל שסמך קנייתו לעשות כך וכך ולא גמר בלבו להקנותו, ולכן ביאר להדיא בהלכה ג' שאע"פ שהחזיק בבית, אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא, אלא שצריך להוסיף דמש"כ הרמב"ם אע"פ שהחזיק ע"כ הוא כשאמר לו בשעת התנאי אם תלך עמי לירושלים לך חזק וקני, דבל"ז לא מהני חזקת הקונה, והרמב"ם לא הזכיר זה משום דזה פשוט דכשכתב והחזיק היינו שהיה בדיני חזקה דלולי התנאי היה קונה.

ואולי אפשר לומר דכונתו כשהחזיק בפני המוכר, ונאמר דמה דאמרינן דבפניו אין צ"ל לך חזק וקני זהו כשהמכירה היתה ודאית, אבל כשהמכירה ע"פ אסמכתא לא מהני

אפי' חזקה בפניו וצ"ע בזה.

והנה בהא דאמר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דמחלק בגמ' בב"מ דף ק"ד ע"ב מאם אמר אשלם אלפא זוזי דבהא גזים ובהא לא גזים, וכתבו התוס' בדף ע"ד ד"ה הכא דכל היכי דהוא בידו לגמרי ולא גזים לא הוי אסמכתא, וכן כתב הרמב"ן שם בדף ק"ד, ומדברי התוס' בדף ס"ו ע"א ד"ה ומניומי מבואר דהטעם הוא בשביל שהפסידו, והרמב"ם בפ"ח מה' שכירות הל' י"ג כתב וז"ל ומפני מה נתחייב לשלם מפני שלא פסק על עצמו דבר קצוב כדי שנאמר הרי הוא כאסמכתא, אלא התנה שישלם במיטבא, ולפיכך גמר ושעבד עצמו עכ"ל, ומדברי כולם מבואר דעכ"פ מה שמחוייב לשלם באם אמר במיטבא הוא משום דמהני התחייבותו וגמר ומקני ולא הוי אסמכתא, אבל רב האי גאון בסוף ס' המקח במשפטי תנאים כתב וז"ל ואופן רביעי והוא מי שהתנה על עצמו תנאי לעתיד בלשון אם, והיה חייב אלו לא התנה על עצמו אין לשון אם הנזכר בו מבטל אותו, מפני שהוא מתחייב בתנאי ואע"פ שלא התנהו כמו שהוא כמשפט, זה שאמרו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, ופי' הדבר כי מי שקבל שדה מחבירו לעבדה ובאה ברשותו על אופן שקבלו ממנו חייב להשלים כל מה שקבל, ואם פשע נעשה מזיק ונתחייב במה שאמר הכתוב מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם, וענין זה מבואר במשנה האומרת המקבל שדה מחבירו ומשזכה בה הובירה שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו, לכן התנאי שיהיה בו בלשון אם אינו מבטל תנאי זה המחוייב הראוי אופני התנאי מפני שהיה (מקויים) [מחוייב] בלא תנאי ואינו על דרך זו אסמכתא, אך אם התנה תנאי שאינו מחוייב בו כשלא התנה אותו על עצמו, אז יהיה התנאי האמור בלשון אסמכתא בטל, כמו שארז"ל אי מובירנא יהיבנא לך אלפא זוזי ואינו מחוייב בתנאי זה כשלא יתנה אותו על עצמו עכ"ל, ומבואר דרה"ג מפרש דהחדוש באם אוביר הוא רק שלא נתבטל החיוב הראוי, ובאמת משמע כדבריו גם בפירש"י בדף ק"ד דז"ל לא גזים אינו מקבל עליו דבר גוזמא אלא כמשפט ולאו אסמכתא היא דהכי אפסדיה, ולשון כמשפט שכתב רש"י זהו ממש לשונו של רה"ג אלא שהראשונים כנראה לא פירשו בדברי רש"י כן שא"כ היו מביאים פירושו, והרא"ש במקומו כתב שם וז"ל דבמתני' כתב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ואי לא כתב לא מחייב מידי מדתלי טעמא שכן כתב לו.

אמנם דברי רה"ג צריכים ביאור דהא בגמ' מייתי על מתני' הא דר"מ דורש לשון הדיוט וכן בתוספתא פ"ד דכתובות שזהו הך ברייתא תניא כלשון מתני' דרש ר' מאיר המקבל שדה וכו' שכך כותב לו וכו', וצ"ל דסובר רה"ג דמדלא תנן במתני' הא דשכך כותב לו,

וכן בגמ' דמייתי ר"מ דורש לשון הדיוט לא קאמר מ"ט דמתני' ולמתני ע"ז הא דר"מ ומוכח דבאמת הם שני ענינים דבמתני' תנן עיקר דינא אפי' לא כתב לו, ור"מ חדש עוד דגם בכתב אם אוביר לא נימא דכיון דאם כלאחר ולא מהני ע"ז התחייבותו עכשיו ונימא דנתבטל גם חיובו שמחוייב ע"פ דין ואשמעינן דלא נתבטל כמו שכתב רה"ג.

ובעיקר הדברים רה"ג הולך בזה לשיטתו דלא מהני כאן סברות לומר דכיון דלא גזים לא הוי אסמכתא דכיון דעכ"פ אם הוא כלאחר לא מהני מה שיתחייב עכשיו ולא מהני מה שמחזיק בשדה ע"מ שיתחייב דלא מהני עכשיו חיוב על אחר זמן וזהו עיקר דין אסמכתא לשיטתו וכמו שבארנו.

-השמטות ומלואים-

במש"כ מדברי רה"ג דטעמא דאם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטבא הוא משום דבלא התחייבותו הי' חייב מדין פושע שהוא כמזיק, ואשמעינן רק שאינו מבטל מה שהי' מחוייב בלא תנאי, ולא בארתי טעמו של רה"ג דלמה הוי קס"ד דע"י התנאי יתבטל מה שהי' מחוייב ע"פ דין, ונראה דסברתו הוא דמה שכתב שהיה מחוייב מדין פושע שהוא כמזיק ע"כ במה שסמך עליו שבודאי יזרע השדה וא"כ כל זה הוא כשקבל בסתם, אבל אם אמר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, א"כ כבר הטיל ספק בקבלתו את השדה דאפשר לא יזרע רק שישלם לו במיטבא, א"כ יש סברא לומר דכבר אינו מזיק על עיקר השדה רק שאנו באין לחייבו מטעם התחייבותו, וכיון שמטעם זה א"א לחייבו בשביל שלא התחייב מעכשיו הו"א שהוא פטור, לכן השמיענו דמה שהתחייב לשלם אינו מגרע מה שסמך עליו שבודאי יזרע ונקרא פושע וחייב לשלם, ודברי רה"ג אלו מפורשים ברמב"ם ב"פ הל' ג' שהראב"ד השיג עליו, וזהו שכ' הרמב"ם הורו רבותי, ולפלא על המ"מ והכ"מ שלא הזכירו דבריו.

הלכה ג

כיצד המוכר בית לחבירו או נתנו לו במתנה ע"מ שילך עמו לירושלים ביום פלוני והחזיק זה בבית ה"ז קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום ואם עבר אותו היום ולא הלך לא קנה, אבל אם התנה ואמר לו אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני אתן לך בית זה או אמכרנו לך בכך וכך והלך עמו באותו היום או שהביא לו אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא, וכן כל כיוצא בזה.

כתב המ"מ נראה סיוע לזה ממה שאמרו למטה דבמעכשיו קנה אע"פ שאינו מוחזק בבית ובשדה אלא שקנו מידו במעכשיו, וא"כ כשהוא מחזיקו מעתה למה לא יועיל יותר משאמר לו מעכשיו, והלא חזקה זו מעכשיו הוא מחזיק בו עכ"ל, והנה כבר בארתי

בהלכה ב' מדברי הגר"א ז"ל שזהו עיקר טעמו של הרמב"ם לחלק בין תנאי דע"מ לתנאי דאם, משום דע"מ הוא כמעכשיו ואם הוא כלאחר, ואין עיקר הטעם בשביל שהוא ביד הקונה אלא בשביל שבמה שהקנין חל מעכשיו ליכא דין אסמכתא, אבל אכתי אינו מיושב לומר דזהו עיקר טעמא דהלכה זו דבהלכה ז' כתב וז"ל כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה שאילו לא גמר להקנותו לא הקנהו מעכשיו, כיצד אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו וקנו מידו על כך הרי זה קנה אם בא בתוך הזמן שקבע עכ"ל, וקשה דלמה המתין עד הלכה ז' לכתוב טעמא דמילתא במה דאם אמר מעכשיו ליכא דין אסמכתא שאילו לא גמר להקנותו לא היה מקנה לו מעכשיו, והיה לו לכתוב זה כאן בתחלת הפרק.

לכן נראה דדין הלכה זו בתנאי דע"מ, ודין האמור בהלכה ז' בתנאי דאם ובמעכשיו, הם באמת שני דינים, דתנאי דע"מ מכיון שהקנהו עתה, ורק שהתנה ע"מ שיקיים הקונה תנאו שהתנה, א"כ לא שייך לומר דלא גמר והקנה דהא בפי' הקנהו עכשיו, אבל אם הקנה אותו בתנאי דאם שהוא לאחר שיקיים הקונה תנאו, דבלא דין אסמכתא אם לא חזר עד שעברו שלשים נגמר הקנין והיכי שיש בו גדר אסמכתא אמרינן דלא גמר דעתו שיקנה אחר זמן, ולכן אף דנגמר אחר זמן מעשה הקנין לא מהני, ולכן בתנאי דאם שהוא כלאחר ורק שהוסיף מעכשיו אין פירושו ממש כמו תנאי דע"מ, דהקנין הוא עכשיו והתנאי הוא רק באופן שימלא הקונה את התנאי, אלא דתנאי דאם הוא תמיד כלאחר, וזהו דלאחר שיתקיים התנאי יחול הקנין מעכשיו והוא בגדר למפרע, וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ו מה' אישות הל' ט"ז דמקודשת למפרע, אלא שכתב אח"כ בהל' י"ז לענין כפילת התנאי דע"מ הוא כמעכשיו, אבל בזה יש חילוק ביניהם, וכונת הרמב"ם במש"כ דע"מ הוה כאומר מעכשיו היינו מעכשיו ממש ולא שנגמר אח"כ למפרע, וכמו שכתב אח"כ בהל' י"ח וז"ל שהרי כשיתקיים התנאי תזכה זו בחצר ותתקדש זו ותתגרש משעה ראשונה שבה נעשה המעשה כאלו לא היה שם תנאי כלל.

ומבואר דהיה מקום לומר דבתנאי דאם אף דאמר מעכשיו יהיה שייך דין אסמכתא כיון דעכ"פ לא הקנה עתה ממש אלא דכשיתקיים תנאו יחול הקנין למפרע, ולכן הוצרך הרמב"ם בהל' ז' לבאר הטעם במה דאם אמר מעכשיו בתנאי דאם ליכא דין אסמכתא, שאילו לא גמר להקנותו לא הקנה מעכשיו משום דלא דמי לתנאי דע"מ וכמו שבארנו.

וראיתי להרמב"ן בב"ב דף קס"ח בסוגיא דאסמכתא שכתב וז"ל, והרב ר' משה הספרדי ז"ל פי' שכל האומר אם תעשה אתן לך שדה פלוני זו היא אסמכתא אבל אמר אם תעשה שדי נתונה לך זהו תנאי בני גד, ואינו נכון שהאומר אתן קנין דברים הוא כדכתב רבינו

הגדול ז"ל בתשובה, ועוד שהאומר שדי נתונה לך נמי משכחת לה באסמכתא שהרי שנינו במציעא דף ס"ה ע"ב הלוהו על שדהו ואמר לו אם אין אתה נותן לי מכאן ועד יום פלוני הרי הוא שלי הרי הוא שלו ואתמר עלה בגמ' דהויא אסמכתא עכ"ל, והנה מה שכתב דקנין אתן הוי קנין דברים ודאי מוכח דהרמב"ם אינו סובר כן, וכבר הביא המחבר סי' רמ"ה ב' דעות בדין קנין אתן אלא שלפלא שלא הזכיר דעת הרמב"ם, והגר"א ז"ל בבאורו בס"ק ה' כתב וז"ל וראיה מע"ז ע"ב א' ההוא גברא וכו' אבל הרי"ף ספ"ז דב"ב מוקי בשאמר מעכשיו וקנו מיניה והיא סברא הראשונה עכ"ל, וד' הגר"א הם דברי הנמוק"י ריש ב"ב שכתב שם בשם הגאונים דקנין אתן לא מהני ומה דאמר בע"ז דף ע"ב ההוא דאמר לחבריה אי מזבנינא ומוכח שם דאי לא דזוזי אנסוהו הוי מהני קנין שם מיירי בקנו מידו מעכשיו, וכן העמידה הרי"ף בפ' בית כור עכ"ל, אלא דלפי"ז קשה לן שיטת הרמב"ם דבהך דינא דאי מזבנינא כתב גם הרמב"ם בפ"ח הל' ז' הך עובדא בקנו מידו מעכשיו, וקשה דלמה הוצרך לזה כיון דסובר דמהני קנין אתן גם בלא מעכשיו, אלא דבאמת לא קשה כלל דגם לשיטת הרמב"ם ע"כ צריך לאוקמי במעכשיו כיון דאמר בלשון תנאי אי מזבנינא, וא"כ בלא מעכשיו הוי אסמכתא וכמו שנתבאר בהל' א', ולפי"ז לא היה צ"ל גם בדעת הרי"ף שהעמידה במעכשיו משום דסובר דלא מהני קנין אתן, אלא משום דקושטא דמילתא הכי הוא דסובר הרי"ף דלא מהני קנין אתן וכמש"כ הרמב"ן וכן הוא בתשובותיו הנדפסות בסי' י"ד, אבל דעת הרמב"ם מבואר שפיר.

-השמטות ומלואים-

לעיל כתבתי "והנה מה שכתב דקנין אתן הוי קנין דברים, ודאי מוכח דהרמב"ם אינו סובר כן", עיין מה שכתב המ"מ בפ"ח מהל' זכי' ומתנה הל' ו' ומה שכתבתי שם על דבריו דמדברי הרמב"ם בהל' זו אין ראיה דמהני קנין אתן רק מדבריו בהל' ו' מוכח כן ע"ש.

ד"ה וראיתי, כתבתי שם דדעת הרמב"ם דקנין אתן מהני ולא הוי קנין דברים, ובאמת אין ראי' מדברי הרמב"ם דמהני קנין אתן דהא כתב והחזיק, ומש"כ שם דגם לשיטת הרמב"ם מוכרחים לאוקמי במעכשיו כיון דאמר בלשון תנאי אי מזבנינא וא"כ בלא מעכשיו הוי אסמכתא ולפי"ז לא היה צ"ל גם בדעת הרי"ף שהעמידה במעכשיו משום דסובר דלא מהני קנין אתן אלא משום דקושטא דמילתא הכי הוא דסבר הרי"ף דלא מהני קנין אתן וכמש"כ הרמב"ן וכן הוא בתשובותיו, הנה עינתי עכשיו ברי"ף שם וראיתי שכתב גם לשון אסמכתא וא"כ לא היה צריך לומר דהוא משום דסבר דל"מ קנין אתן, ובאמת יש לומר עוד דהא אפי' מאן דסבר דמהני קנין אתן אינו אלא לענין התחייבות ובגמ' בע"ז

מבואר דקנה ולכן צריך לאוקמי במעכשיו. [ע"כ].

אבל כ"ז הוא במה דמוכח דסובר הרמב"ם דמהני קנין אתן, אבל מה דמשמע מדברי הרמב"ן דהרמב"ם מפרש דעיקר דין אסמכתא הוא דוקא באומר אתן זה בודאי מבואר מדברי הרמב"ם דאינו סובר כן דהא בהל' ב' כתב וז"ל אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים התנאי זה יקנה ואם לא נתקיים התנאי לא יקנה אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה שזו אסמכתא היא וכו' ולהדיא שכתב באומר יקנה והיינו באומר יקנה לאחר שיתקיים התנאי דזהו כמו כל קנין לאחר שלשים דמהני בלא אסמכתא, אלא דיש פוסקים דסברי דק"ס לא מהני לאחר שלשים משום דהדר סודרא למאריה, אבל קנין כסף ודאי מהני, והרמב"ם כתב מקודם בד"א בשקנה בא' מן הדרכים שקונים בהם וגם קנין כסף בכלל ובזה הוא שכתב דלאחר שיתקיים הוי אסמכתא, והרמב"ם בעצמו סובר דגם ק"ס מהני לאחר שלשים וכמו שנכתוב בהל' י"ג, וכן מבואר מדבריו בהל' ז' במה שכתב דכל האומר קנה מעכשיו לא הוי אסמכתא דמוכח דבאומר קנה לאחר שיתקיים התנאי הוי אסמכתא וא"כ אינו סובר דכל דין אסמכתא הוא באומר אתן, אלא משום דסובר דקנין אתן מהני לולי דין אסמכתא לכן כתב בהל' ג' ובהל' ו' באומר אתן, אבל עיקר דין אסמכתא הוא ודאי גם באומר שיקנה אם יתקיים התנאי דהוי כלאחר וכמו שכתבנו. ואני תמה על הנתה"מ שכ' דדעת הרמב"ם דוקא באומר אתן.

והנה במה שכתב הרמב"ם דשייך דין אסמכתא כשאמר לו אם תלך עמי לירושלים כתב המ"מ דחולק בזה הרמב"ן וסובר דאסמכתא לא הוי אלא כשתולה במעשה עצמו אבל היכי שתלה במעשה הקונה לא הוי אסמכתא דכיון שתלה תנאו בדעת הקונה ולא ידע אי עביד לה או לא לאו אסמכתא היא, דגמר ומקנה, ודברי הרמב"ם בזה צריכים ביאור דהרמב"ן שם כתב כן ליישב קושיית הראשונים דהיכי משכחת לה דיני תנאים דממ"נ אם אמר מעכשיו לא צריך לתנאי כפול ואם לא אמר מעכשיו הא תנאי כפול נמי לא מהני דהוי אסמכתא.

ונראה דלהרמב"ם לשיטתו דסובר דהיכי שהדבר הנמכר הוא כבר ברשות הקונה ליכא דין אסמכתא א"כ לא קשה דמשכחת לה דיני תנאים בלא מעכשיו במטלטלין שמסר המוכר להקונה, ומשכחת לה נמי בקרקע דאם לא התנה ת"כ כיון דאמרינן דלא הוי תנאי וגמר והקנה בכל אופן וממילא לא הוי אסמכתא, ואם התנה ת"כ באמת לא קנה הקרקע משום דהוי אסמכתא, אלא דאפשרות קיום דיני תנאים שאם יקיים התנאי יקנה זה לא משכחת לה אלא במטלטלין:

והנה הרמב"ן בקדושין דף נ' גבי ההוא דזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל הביא

שהוכיח מכאן הראב"ד דבממון לא בעינן תנאי כפול, וכתב הרמב"ן דיש חילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים, דבתולה בדעת עצמו לא צריך ת"כ, והוכיח זה דאם לא כן כל אסמכתא ליבעי ת"כ, אח"כ כתב דעכ"פ לר"מ דלית ליה מכלל הן אתה שומע לאו גם בתולה בדעת עצמו בעינן ת"כ, לכן כתב דגם הכא בהא דאדעתא למיסק מיירי שכפל דבריו ואינו מבואר בדברי הרמב"ן איך הוא מסקנתו לענין אסמכתא, דמתחילה הוכיח דבריו מאסמכתא ומשמע דפשיטא ליה דבאסמכתא לא צריך ת"כ, וגם בלא ת"כ אסמכתא לא קניא, ואח"כ כשכתב דלר"מ דלית ליה מכלל הן אתה שומע לאו גם בתולה בדעת עצמו צריך ת"כ כתב רק דבהא דאדעתא למיסק מיירי שכפל דבריו ולא כתב כלום מדין אסמכתא לומר דבאסמכתא נמי ע"כ מיירי שהיה תנאי כפול.

ונראה דהרמב"ן סובר במסקנת דבריו דבאסמכתא כיון דאם תנאו הוי תנאי לא קנה כלל אפי' נתקיים התנאי בשביל שסמך דעתו שלא יתקיים, א"כ לא גמרינן כאן מתנאי דב"ג להצריך ת"כ דתיכף בתחלת דבריו כשהתנה לא סמך דעתו לקיים הקנין בשביל שחשב שלא יתקיים התנאי, ואפי' לר"מ דלית ליה מכלל הן אתה שומע לאו זהו דוקא כשהתחיל הקנין להתקיים, דהיינו כשהתנה על תנאי שבידו אחרים או ביד הקונה שאמר אם תתן מאתים זוז או אם ירדו גשמים היום דאז כיון דהקנין עכ"פ חל על אופן התנאי לדעת הרמב"ן לכן חל הקנין בכל אופן כיון שלא כפל תנאו ולא אמר שאם לא יתקיים התנאי לא יקנה, ואמרינן שאין התנאי אצלו בדוקא, אבל בתולה בדעת עצמו באופן דהוי אסמכתא כגון שאמר אם לא אפרע לך עד יום פלוני תקנה השדה, כיון שבאותה שעה שאמר זה סמך דעתו שיפרע ולא יתקיים התנאי א"כ לא סמך דעתו כלל להקנות, ולכן לא הוצרך בזה לכפול תנאו ולומר ואם אפרע לא תקנה כיון דלא סמך דעתו מעיקרא להקנות, וגם אם לא יפרע לא הקנה לו.

אבל דעת הרמב"ם הוא דגם באסמכתא בעינן תנאי כפול כמבואר להדיא בהל' ב' שכתב והתנה עמו שאם נתקיים התנאי יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה, ואף שבהל' ג' לא כתב כפילות התנאי בודאי סמך על מש"כ בהל' ב' וכן בהל' ו' כתב להדיא תנאי כפול ומוכח דסובר דגם באסמכתא כל שלא כפל תנאו לא הוי תנאי כלל ולא הוי אסמכתא.

הלכה ד

לפיכך הנותן ערבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך והלה אומר ואם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך, אם חזר בו הלוקח קנה זה הערבון שהרי הוא תחת ידו, ואם חזר בו המוכר אין מחייבין אותו לכפול הערבון שזו אסמכתא היא ואסמכתא לא קנה.

השגת הראב"ד, ואם חזר בו המוכר וכו' א"א אין הכל מודים בזה שהרי הצריכו הגאון שיהא מבטל זכותו שהיא מחילה ושלא יהא אנוס והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב, אבל אם יאמר לו המוכר המעות שנתת לי לא יצאו מתחת ידו ואתה אם תרצה קח מקחך או תניח אותו לעולם, הדין עמו ובענין זה יכול להיות מה שכתב עכ"ל.

המ"מ בהלכה א' ביאר שיטתו של הרמב"ם דמה שכתב כאן דליכא דין אסמכתא על המוכר וזכה בערבון כיון שהוא תחת ידו, ומה שכתב בהלכה הקודמת דאם מכר בית לחבירו ע"מ שילך עמו לירושלים והחזיק זה בבית הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים וליכא דין אסמכתא, הוא חד טעמא דאין דין אסמכתא במה שמוחזק עתה ביד הקונה, ולפי דבריו מדוייקים דברי הרמב"ם במה שכתב בהלכה זו, לפיכך, דבין מה שהמוכר זוכה וליכא דין אסמכתא, בין מה שהלוקח אינו זוכה והוי אסמכתא הכל הוא מטעם יסוד ההלכה בהלכות הקודמות, אבל באמת א"א לפרש כן דעת הרמב"ם שלפי דבריו מה שכתב בהלכה ג' והחזיק זה בבית הוא בדוקא, וכן הוא לשון המ"מ שאין דין אסמכתא במה שמוחזק מעתה ביד הקונה, אבל מדברי הרמב"ם בהלכה ב' מבואר דאינו כן, דהא כתב בד"א בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהם והרי יש עליו לקיים את התנאי, ואם כן גם בשקנה בכסף או בשטר או בק"ס נמי ליכא דין אסמכתא, ובהל' ג' כתב המ"מ וז"ל נראה סיוע לזה ממה שאמרו למטה דבמעכשיו קנה אפי' שאינו מוחזק בבית וכו' וא"כ כשהוא מחזיקו מעתה למה לא יועיל יותר משאמר לו מעכשיו, והלא חזקה זו מעכשיו הוא מחזיק בו עכ"ל, וא"כ לפי דברי המ"מ בעצמו עיקר הלכה הקודמת הוא בשביל שהקנהו מעכשיו וא"כ אין לזה שייכות לדין ערבון דע"ז גופא אנו דנין אם קנין הערבון הוא מעכשיו דאם היה מעכשיו הוא גמ' מפורשת בב"מ דף ס"ו דבמעכשיו ליכא דין אסמכתא וכמו שציין המ"מ בהל' ז', ולא היה חולק בזה הראב"ד, וצ"ל בכונת המ"מ דכיון שלא אמר בפי' מעכשיו לכן הסביר הדברים דכיון שהוא מחזיקו בבית בודאי מקנהו מעכשיו, ונמצא דהוא יסוד אחד עם הלכה זו דמטעם זה אנו אומרים דגם הערבון הקנהו מעכשיו, אבל כבר כתבתי למעלה בהל' א' ובהל' ג' דע"ז אין אנו צריכין להוכחות שהקנהו מעכשיו דהא קיי"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו, וכן כתב הגר"א ז"ל בטעמא דהלכה א' וב', אלא שבארתי למעלה בהל' ג' עוד יותר לחלק בין ע"מ ובין מעכשיו, אבל עכ"פ לפי"ז מה שכתב הרמב"ם בהל' ב' והחזיק זה בבית אינו בדוקא וכמו שכתב בהלכה א' וא"כ אין שייכות הלכה זו דהמוכר קנה הערבון וליכא דין אסמכתא, להלכות הקודמות.

ולכן צ"ל דמה שכתב כאן לפיכך אינו אלא על עיקר דין אסמכתא והוא מפרש הברייתא

דדין אסמכתא נאמר כאן על הקונה, וכמו שכתב המ"מ, דמלשון דיו שיקנה כנגד ערבונו, מוכח דר' יוסי אינו חולק על ר' יהודה אלא בדין הקונה ולא בדין המוכר, ולזה כתב הרמב"ם בטעמא דמילתא שכיון שהוא תחת ידו לא אמרינן בזה אסמכתא, ומפשטות לשונו מוכח דלא שייך דבר זה אלא במטלטלין דכיון שהוא תחת ידו אף שלא אמר מעכשיו ליכא דין אסמכתא, אבל בקרקע לא שייך זה דממ"נ אם אמר מעכשיו הלא נתבאר דלא צריך לזה שהחזיק דאפי' קנה בקנין אחר ליכא דין אסמכתא, ואם לא אמר מעכשיו, מה מהני מה שהחזיק, הא חזקה אינה מועלת על אחר זמן, אכן לקמן בהלכה י"ח בארתי דשייך מש"כ לפיכך גם על מה שזכה המוכר בהערבון ע"ש.

והנה המ"מ הביא מה שהוכיחו הרמב"ן והרשב"א מהלוהו על שדהו ושו"ט בזה אם לוקח אוכל פירות דהוי מוחזק, והמ"מ תי' דלא בשביל זה החזיקו, ובאמת זה פשוט דאפי' לוקח אוכל פירות לא דמי למטלטין וכן כתב הר"ן, הביאו הכ"מ, אכן הקשה הכ"מ מדין מי שפרע מקצת חובו והשליש את שטרו ואמר לו אם לא נתתי מכאן ועד יום פלוני תן לו שטרי דאמרינן בזה דין אסמכתא כמו שכתב הרמב"ם לפנינו בהל' ח' והא ע"כ כשאמר תן לו שטרי היינו שיהיה הפרעון מתנה דאם לא כן אפי' בלא דין אסמכתא הא כבר נמחל שעבודו והיכי אמר ר' יוסי יתן, וכיון דהכונה שיהיו המעות מתנה והם תחת ידו אמאי הוי אסמכתא, ותי' הכ"מ עפ"מ שהביא מדברי המרדכי דבשטר שנמחל שעבודו אם יחזור ויתן לו בעדי מסירה הוי שטר, ולכן גם כאן מפרש שיתן לו שטרו בעדי מסירה ומלבד דהתי' דחוק, דלא הוזכר בדברי ר' יוסי דאמר יתן, שיתן בעדי מסירה, ובפשוטו משמע שהשליש בעצמו יוכל ליתן, וגם שצריך לדחוק דלא יגבה אלא מבני חורין כיון שהשטר מוקדם, אך לבד זה, כיון דבעדי מסירה צריך להיות התחייבות חדשה וקשה דממ"נ אם עכשיו שהגיע הזמן מרוצה הלוה שהשליש יתן למה לא יתן, וע"כ שעכשיו אינו רוצה שיתן השליש וא"כ מה מהני מה שזכה השליש בהשטר כיון דצריך עכשיו להיות התחייבות חדשה כשיתן השליש השטר להמלוה בעדי מסירה ועכשיו אין הלוה רוצה להתחייב, ואם נבוא לבאר תירוצו של הכ"מ דלא כמו שכתב דהכונה שיתן הוא בעדי מסירה, אלא דכשהשליש את שטרו השליש בעדים וכשאמר להשליש שאם לא יתן לזמן פלוני יתן להמלוה השטר, היינו שיזכה עכשיו השטר בשביל המלוה וזה מסר לו בעדי מסירה, גם זה קשה דאם אמר לו שיזכה מעכשיו הא במעכשיו ליכא דין אסמכתא, ולכן ע"כ צריך לפרש דאם לא יתן לזמן פלוני יהיו המעות שנותן להמלוה מתנה לכשיגיע הזמן דמש"ה שייך בזה אסמכתא וא"כ קשה הא המעות תחת ידו וכמו שהקשה הכ"מ.

אכן באמת כבר הרגיש המ"מ בקושיא זו, שכתב בהל' ה' על הא דמי שפרע מקצת חובו וז"ל והטעם לפי שתלה הדבר בחזרת השטר ואינה ביד המלוה אלא ביד השליש עכ"ל, ובודאי בא ליישב קושיית הכ"מ דאמאי הוי אסמכתא דע"כ הכונה שהמעות יהיו מחולין וע"ז תי' דדוקא גבי ערבון דאין כאן אלא מעות הערבון לא הוי אסמכתא דודאי גמר ומקני כיון שהם ביד המוכר, אבל הכא גבי שטר אף דדיינינן לגבי מעות הפרעון דכונת הלוה שיהיו למתנה אם לא יפרע לזמן פלוני, מ"מ כיון שהם תלויים בשטר שביד השליש דיינינן גם במתנתו על המעות דין אסמכתא, אכן מש"כ המ"מ שם עוד וז"ל, ואפשר לדעת המחבר שאם השטר ביד המלוה וא"ל וכו' ה"ז גובה, כיון דהשטר והמעות בידו דבריו אינם מובנים דאיזה ספק בדבר הא זהו ממש דין הערבון דסובר הרמב"ם דליכא דין אסמכתא, ונראה דכונתו כיון דעכ"פ לא דמי לערבון דהכל תח"י המוכר בין המקח בין המעות, אבל הכא בשטר דגם השטר צריך גובייא לכן כתב ע"ז, ואפשר, דכיון דעיקר המחילה הוא על המעות והשטר נשאר כמקודם ביד המלוה לכן גם בזה ליכא דין אסמכתא.

ומה שכתב הראב"ד אין הכל מודים בזה שהרי הצריכו הגאון שיהא מבטל זכותו שהוא מחילה וכו' בודאי כונתו לדברי הגמ' בנדרים בההוא גברא דאתפיס זכוותא, ומה שהזכיר הראב"ד דברי הגאון זהו מה שכתב הרי"ף בהלכות וקאמר גאון דהאי פסקא ליתא אלא במתפיס זכוותיה בלחוד אלא דמ"מ אינו מובן למה הוצרך לדברי הגאון וגם למה כתב אין הכל מודים דהא כן איתא בגמ' בהדיא דאמר אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלו זכוותאי ומסקינן והלכתא והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב, והיה אפשר לומר דהוא משום דבגמ' אינו מוכח דהך והלכתא קאי על הא דאתפיס זכוותא דהא מעיקרא פריך והא אסמכתא היא ומשני שאני הכא דאמר ליבטלן זכותי, ובתר הכי קאמר והלכתא אסמכתא קניא והוא דלא אניס והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב א"כ יש לומר דזה קאי על עיקר אסמכתא ולא על אתפיס זכוותא ומצאתי בש"מ שכן פי' הרנב"י, אבל אינו מיושב דלמה כתב הראב"ד אין הכל מודים והיה לו להשיג משיטת הרמב"ם עצמו בהל' י"ג שכתב אסמכתא שקנו מידו עליה בב"ד חשוב ה"ז קנה והוא שהתפיס זכיותיו בב"ד.

ונראה דהוא משום שבלשון ליבטלן זכותאי יש שני פירושים א' מלשון מחילה וא' מלשון הודאה כמו שהביא הר"ן בנדרים שם וכן הוא ברשב"א, ולכן דייק הראב"ד מדברי הגאון שכתב שיהא מבטל זכותו, וזה מלשון מחילה דלשון ליבטלן אפשר לפרש שזהו שיבטלו מעצמם שהוא לשון הודאה, אבל לשון הגאון שכתב שיהא מבטל זכותו זהו לשון מחילה, ובעיקר השגתו של הראב"ד, כבר נתיישב בדברי המ"מ דהכא נמי תלה

התנאי בבטול זכיותיו שהשליש בב"ד, וא"כ דברי הראב"ד צריכים ביאור, דבלא תי' המ"מ, יכול להקשות ממתני' דמי שפרע מקצת חובו ואינו צריך לדברי הגאון.

אכן אחר העיון ראיתי דקושיית הכ"מ ודברי המ"מ מבוארים בד' הרשב"א בנדרים דף כ"ז גבי ההוא גברא דאתפיס זכוותא דפריך שם והא אסמכתא הוא ומשני שאני הכא דאמר ליבטלן זכותי, וכתב הרשב"א דיש מי שפי' מלשון הודאה ויש מי שפי' דהוא לשון מחילה ובמחילה ליכא אסמכתא, והקשה מהא דמי שפרע מקצת חובו דע"כ אין האסמכתא על חזרת השטר אלא על הפרעון שיהיה מתנה דאל"כ הוי שטר שנמחל שעבודו, וכתב ע"ז דלעולם האסמכתא על חזרת השטר דאל"ה למה תנן במשליש את שטרו ליתני בלוה שהתנה עם המלוה, שאם לא יפרע לו ליום פלוני יגבה כולו, ומה דקשה דהא הוי שטר שנמחל שעבודו ל"ק דבודאי אם השליש יחזיר את השטר אז הוי מעות הפרעון מתנה או מחילה אלא שזה תלה מחילתו או מתנתו בחזרת השטר כלומר החזר לו את שטרי וכשתחזירנו יגבה בה הכל ויהיה מה שנתתי מתנה ועד שלא יחזיר ואינו גובה בו, פרעון הוי, הלכך הכל תלוי בחזרת השטר, ועיקר האסמכתא בחזרת השטר הוא, ע"כ תורף ד' הרשב"א, ולפי דבריו מבואר דלא דמי הא דמי שפרע מקצת חובו להא דאתפיס זכוותא דהתם תלה להדיא בחזרת השטר, אבל הכא לא תלה בזה אם ב"ד יחזירו הזכויות, וממילא יש כבר מקום להשגתו של הראב"ד דאף דגם הוא סובר דממתני' דמי שפרע ליכא קושיא על שיטת הרמב"ם אבל מהא דאתפיס זכוותא דעכ"פ להלכה אסיקו בגמ' דלא מהני אלא בב"ד חשוב אף דאתפיס זכותו לפי' זה הוי מחילה.

אלא דמ"מ בדברי הרמב"ם נוכל לומר כמש"כ דגם באתפיס זכותו כיון דעכ"פ התנאי היה מפורש על זכיותיו שהשליש בב"ד אף דע"כ מה שיבטלו הוא ע"י מחילת החוב, מ"מ כיון שהשליש הזכויות והתנה על הזכויות לכן בטולו של החוב תלוי בזה שהב"ד לא יחזירו לו את הזכויות, ולכן שייך גם בזה אסמכתא, וע"כ צריך לומר דכן הוא גם דעת הרשב"א דאף דלהדיא חילק זה מהא דהמשליש, אבל כל זה הא ביאר לפי תירוצא דגמ' דאמר שאני הכא דאמר ליבטלן זכותא ולפי הפי' דהוא מטעם מחילה ומשום דבמחילה ליכא אסמכתא, אבל במסקנא הא אמר והלכתא אסמכתא קניא והוא דקני מיניה בב"ד חשוב, ובעצמו הביא אח"כ דברי הגאון דרק בזה דאתפיס זכותו מהני ב"ד חשוב, וע"כ דבמסקנא נאמר דגם זה לא דמי למחילה גרידא וכמש"כ, ואף די"ל דבמסקנא נדחה הך סברא דבמחילה לא הוי אסמכתא, אבל מדבריו שם משמע דבזה נחית להלכה וע"כ כנ"ל.

והנה במה שכתב הראב"ד אבל אם יאמר לו המוכר המעות שנתת לו לא יצאו מתחת

ידי ואתה אם תרצה קח את מקחך או תניח אותו לעולם הדין עמו, כתב ע"ז המ"מ דזהו כשאמר כן בשעת נתינה. והלח"מ פי' דברי המ"מ דהיינו כשאמר בשעת נתינה שיקנה כנגד ערבונו, ואינו מובן דממ"נ אי במטלטלין למה לא יחזור ויקבל מי שפרע ואי בקרקע פשיטא דמעות קונות ע"כ פשוט דכונת המ"מ לפרש דאמר בשעת מכירה דע"ז חל הערבון שהוא מוכרח לגמור את מקחו וליתן דמים בעד כל המקח וכל זמן שלא יתן כל דמי המקח לא יקבל הערבון, ואינו אסמכתא דלא דבר כלל מענין מחילה ובלשון אם דזהו לאחר שיחזור ויש בזה דין אסמכתא, אלא שאומר לו שקונה עכשיו הערבון על זה שהלוקח צריך לגמור המקח ואין כאן מחילה בשביל שלא קבע זמן, אלא הלוקח נתן לו ע"ז מקצת הדמים שכל זמן שישלים לו כל הדמים יתן לו המוכר את מקחו, ולפי"ז אפשר להיות זה הדין גם במטלטלין דכיון דהערבון לא ניתן אלא על זה אין בזה גדר קנין מעות דהא כ"ז שלא השלים כל המעות לא קנה כלום.

-השמטות ומלואים-

בדברי הרמב"ם אם חזר בו הלוקח קנה זה הערבון, עי' מש"כ בזה המרדכי פ' איזהו נשך דף ס"ו.

הלכה ח

מי שמכר חצרו או שדהו ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני או מפני המטר שנמנע כדי לקנות חטים בדמי חצרו ה"ז כמוכר על תנאי, לפיכך אם ירד המטר אחר שמכר או באו חטין והוזלו או נמנע הדרך לילך לאותה הארץ או שלא נסתייע לו לעלות או לקנות חטים ה"ז מחזיר אותן הדמים ותחזור לו קרקע שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני והרי לא נעשה, וכן כל כיוצא בהן.

הרמב"ן בחדושיו כתב בשם הראב"ד להוכיח מכאן דלא בעינן תנאי כפול בדיני ממונות דאי בעינן אמאי מהני אם פירש, וכתב הרמב"ן לחלק בין תולה תנאו באחרים לתולה תנאו בעצמו דאלת"ה בכל אסמכתא בלא ת"כ היה לנו לומר דהוי כמו בלא תנאי [בהל' ג' כתבנו בדעת הרמב"ם דבאמת באסמכתא בעינן ת"כ] וע"כ דכיון שתולה תנאו בעצמו לא צריך ת"כ, ומ"מ כתב הרמב"ן דלר"מ לית ליה מכלל לאו אתה שומע הן אפי' בתנאי דע"י עצמו, ולכן צריך לאוקמי הכא דכפל דבריו ולא בתורת תנאי דא"כ אפי' בלא אונס תבטל המכירה, אבל בשם הרי"ף כתב כדברי הראב"ד, והרשב"א כתב לחלק דגלוי דעת עדיף מתנאי דכיון שפי' תנאו ולא כפל מוכח שאינו מקפיד, והרמב"ן הביא תי' זה וכתב דאינו נכון כלל, וכן הריטב"א כתב כד' הראב"ד, והר"ן כתב דמיירי שכפל דבריו וכנ"ל, ומדברי הרמב"ם מוכח להדיא שלא כפל וגם סובר בפ"ו מה' אישות ובפ"ג מה' זכיה

דבעינן תנאי כפול בממון, ונשאר לנו רק התי' לומר דתנאי שלא כפלו גרע מגלוי דעת שהרמב"ן כתב ע"ז שאינו נכון כלל.

ונראה דכל עיקר הקושיא לא קשה כלל לדעת הרמב"ם דכיון דדעתו בפ"ו מה' אישות דכל האומר מעכשיו אין צריך תנאי כפול, וכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו נמצא דאין צריך לת"כ אלא בתנאי דאם שהוא כלאחר, וא"כ מה דפירש בשעת המכר שהוא מוכר כדי לעלות לא"י אין לנו להוכיח מגלוי דעת זה אלא שהוא תולה מכירתו על תנאי זה, אבל לא לומר שהוא דלאחר שיעלה אז תתקיים המכירה דאין לנו הוכחה מגלוי דעת זה דאינו רוצה שתחול המכירה עכשיו, ולכן הוי כמו ע"מ דאין צריך ת"כ, והרמב"ן והרשב"א שהקשו כן י"ל לפי דלא ברירא להו הך דינא דמעכשיו א"צ ת"כ כמש"כ המ"מ בפ"ו מה' אישות.

והנה במה שכתב הרמב"ם ה"ז מחזיר אותן הדמים ותחזור לו הקרקע נראה דאין כונתו אותן הדמים שקבל מן הלוקח אלא אותן הדמים לאפוקי אם הוזל חצרו או הוקר דמחזיר דמי המכירה ולא דמים ששוה עכשיו, אלא דמ"מ יש חידוש בדבריו דמוכח דאם אין לו להחזיר לא נימא דתחזור הקרקע והדמים יגבה כשאר בע"ח ונ"מ אם קרקע זו עידית ויש לו בינונית ואף דבב"מ דף ע"ז איתא לר"א בדר"א דמוכר שחזר הו"ל לגבי הלוקח כמזיק, אבל זהו רק כשקנה באלף זוז כדאיתא התם, ועוד דזהו דוקא בחוזר אבל כאן הא הוי כמו תנאי ואינו חזרה, ובעיקר ההלכה שם לא פסק הרמב"ם כר"א בדר"א עיין בפ"ח הל' ב' ובמש"כ שם.

ונראה לבאר זה ע"פ דברי התוס' בכתובות דף מ"ז גבי שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה שהקשו דא"כ הלוקח פרה מחברו ונטרפה או מתה נימא ג"כ דאדעתא דהכי לא קנה ותירצו דשאני התם דתלוי גם בדעת הלוקח שלא היה מתרצה בתנאי זה, וא"כ ה"נ כיון שאנו מבטלין המכירה מכח אומדנא שגלה דעתו שמוכר בשביל צרכיו אלו, א"כ ה"נ איכא אומדנא דהלוקח לא היה נותן לו המעות על תנאי באופן זה, ואף שבהלכה י"ד כתבתי לחלק מדברי התוס' לענין אונס בתנאים, מ"מ לענין זה אין לחלק דודאי על דעת זה שלא יחזיר לו מעותיו לא היה מתרצה, אבל זה דוקא כאן שאנו מבטלין המכירה בשביל אומדנא, אבל גבי תנאי מפורש לא הזכיר הרמב"ם בהלכה א' שאם לא נתקיימו התנאים יחזיר הלוקח המעות ותחזור לו הקרקע, משום דגבי תנאי מפורש אף דאיכא אומדנא שהלוקח לא היה מתרצה מ"מ לא נוכל לעשות קנין באומדנא דעכ"פ עכשיו התנה מפורש שאם לא יתקיים התנאי לא יקנה והאומדנא מועלת רק לבטל ולא לחדש קנין, אבל כאן שכל כחו של בטול המכירה הוא בשביל אומדנא, ע"ז איכא אומדנא,

להיפוך דבלא חזרת הדמים לא היה הלוקח מתרצה, ומבואר לפי דברינו דהרמב"ם בזה לשיטתו בשביל שאינו סובר כהרמב"ן שכתב דמיירי הכא שכפל דבריו דא"כ הוי כמו תנאי ממש ולא הוי מהני האומדנא של הלוקח.

הלכה ט

אבל המוכר סתם אע"פ שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר ואע"פ שמראים הדברים שאינו מוכר אלא לעשות כך וכך ולא נעשה אינו חוזר, שהרי לא פירש ודברים שבלב אינם דברים.

בהלכות שבועות פרק ג' הל' ג' גבי שבועות אונסין כתב הרמב"ם וז"ל וצריך הנשבע באונס להיות כונתו בלבו בעת השבועה לדבר הפוטרו ואע"פ שהדברים אלו שבלב אינן דברים, הואיל ואינו יכול להוציא בשפתיו מפני האונס הרי זה סומך על דברים שבלבו, עכ"ל והקשה ע"ז המחנ"א בפ"ו מה' נדרים ממש"כ הרמב"ם בפ"ב מה' שבועות הל' י"ב דגם אם אמר תנאי היה בלבי על הנדר מהני אם לא טען טענה אחרת כשהתרו בו, וכתב המחנ"א דתנאי הוא מילתא אחריתא ואינו בטול, ולכן מהני אפי' היה בלבו ולא אמרינן בזה דברים שבלב אינם דברים וקשה ע"ז מהלכה זו דאמרינן דברים שבלב אינם דברים אף דלא בא לבטל לגמרי המכירה אלא לעשות תנאי וכמו שכתב הרמב"ם בהל' ח' דאם פירש הוי כמו תנאי.

והנראה בזה דהנה הרמ"א בסי' ר"ז ס"ד כתב מיהו אי איכא אומדנא דמוכח נתבטל המקח וי"א דבמתנה דברים שבלב הויין דברים, ומבואר שם בביאור הגר"א דשני השיטות הם ממה דמוכח משכיב מרע דעמד חוזר, וכן משטר מברחת ומעוד מקומות, ושיטה א' שהוא שיטת התוס' והרא"ש ס"ל דהוא משום אומדנא דמוכח, ושיטה ב' שהוא שיטת הריא"ז ס"ל משום דבמתנה אזלינן בתר אומדנא, ומדברי הרמב"ם מוכח דסובר כשיטת ריא"ז שכתב בפ"ו מה' זכיה ומתנה הל' א' וז"ל לעולם אומדין דעת הנותן אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין ע"פ האומד אע"פ שלא פירש כיצד וכו', וכתב שם בפרק זה כל עניני אומדנא ודין ש"מ כתב מפ"ח ואילך, ומבואר דמש"כ הרמ"א דבמתנה דברים שבלב הויין דברים אין הכונה בכל גווני אלא היכי דאיכא אומדנא וכן הוא לשון ריא"ז שהביא הש"ג שציין לזה הרמ"א וז"ל אבל במתנה אנו הולכין אחר דברים שבלב שאם אנו מכירין דעתו שאינו גומר ומקנה בלבו אין מתנתו מתנה.

אלא דיש להסתפק אם מה שהצריך ריא"ז שיהא מכירין דעתו הוא משום דבל"ז הוי דברים שבלב גם במתנה או דלעיקר דין דברים שבלב לא צריך שיהא מכירין דעתו דבמתנה הויין דברים אלא משום דבל"ז אינו נאמן לומר שכן היה דעתו, אכן ממה

שכתב הרמב"ם גבי נדרי אונסין דהוי שייך דברים שבלב ורק בשביל שאינו יכול להוציא בשפתיו סומך על דברים שבלבו, מוכח דגם במתנה צריך אומדנא לעיקר דינא שלא יהיה דברים שבלב, דהא שבועה הוי כמו מתנה ובשבועה לא הוי טעמא משום שאינו נאמן דמשמע דגם היכי שהוא בינו לבין אנסין היה שייך דברים שבלב.

ועכשיו נראה דבזה דמבואר מד' הרמב"ם בפ"ב מהל' שבועות דיכול לומר תנאי היה בלבו אפי' שלא גבי אונסין הוא כדברי המחנ"א בשביל דתנאי אינו סותר עיקר הדברים, אבל הוא דוקא בשבועה דהוי כמו מתנה דמה דמוכח דגם בבמתנה צריך דוקא אומדנא זהו היכי שאנו באין לבטל ולסתור הדברים שבפה דאז גם במתנה הוי דברים שבלב, אבל בתנאי כיון שאינו סותר אז יש נ"מ בין מתנה למכר דבמכר אפי' בתנאי הוי דברים שבלב וטעמא דכיון שאינו תלוי בדעתו לבד לא מהני דעתו אפי' לעשות תנאי כיון שאינו מתנה עם הלוקח אבל במתנה צריך להיות מהני תנאי אפי' היכי דהתנאי הוא בלבו כיון שאנו הולכין אחר דעתו לבד, אלא דמ"מ ודאי לא מהני אם יחשוב בלבו תנאי כיון שאינו נאמן אח"כ לומר שדעתו היה על תנאי ולכן צריך ע"כ אומדנא, אבל בשבועה כיון שאינו נוגע אלא לו לבד נאמן לומר תנאי היה בלבו.

והנה בזה שבארנו בדעת הרמב"ם דבמתנה הולכין אחר דעתו לבד ולכן מהני דברים שבלב היכי שאין חסרון מצד נאמנות, מבואר דעת הרמב"ם בפ"י הל' ג' דבמתנה מהני מודעא אע"פ שאינו אנוס וכתב בטעמא שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן ועמש"כ שם ובהל' ח' שם, דבמכר אם אין האונס מבורר לא מהני מה שמגלה דעתו שאינו רוצה במעשה המכירה כיון שאין אנו הולכין אחר דעתו לבד, אבל במתנה אין הולכין אלא אחר גילוי דעת הנותן אלא דאנו צריכין להוסיף דעכ"פ כיון שמסר מודעא אין שם גדר דברים שבלב גבי מתנה דאם היה שם גדר דברים שבלב הא כתבנו דהיכי דסותר גם במתנה לא מהני, וע"כ דאין שם גדר דברים שבלב כיון שגילה דעתו, אבל במכר אף שגילה דעתו לא מהני כיון שאין אנו הולכין במכר אחר דעתו לבד ואונסו אינו מבורר לב"ד.

אמנם דשם גבי מודעא גם שיטת הרא"ש כדעת הרמב"ם כמש"כ שם, וכאן דעת הרא"ש לחלק בין אומדנא דמוכח לסתם אומדנא דכל היכי דמהני אומדנא הוא משום דהוא אומדנא דמוכח ולא משום דכל הני הוי במתנה, ונראה דהרא"ש והרמב"ם חולקים בעיקר גדר אומדנא דהרמב"ם סובר דסתם אומדנא וכמו כאן שאמר קודם המכירה שמוכר כדי לעלות לא"י הוי נמי מוכח שכן דעתו אלא דמ"מ לא אזלינן בתר אומדנא זו משום חסרון דברים שבלב ואומדנא דמוכח נמי אינו מוציא מדין דברים שבלב ודוקא

היכי שפירש בפני הלוקח שמוכר כדי לעלות לא"י זהו שמוציא מדין דברים שבלב אבל הרא"ש סובר דכל היכי שהוזכר דמהני אומדנא אין אנו יכולים לתרץ משום דבמתנה אין הולכין אלא אחר דעת הנותן דהא גם במתנה אם אין האומדנא מבוררה אצלנו למה נאמין לו שע"מ כן נתן ואם האומדנא מבוררה והוי אומדנא דמוכח בזה סובר הרא"ש דודאי יצא מגדר דברים שבלב, ולכן אינו מתרץ בכל הני משום דמתנה שאני אלא משום דהוי אומדנא דמוכח.

הלכה י

מי שהקנה לחבירו והתנה עליו ע"מ שתתן מקח זה או תמכרנו לפלוני אם נתנו או מכרו לאותו פלוני קנה, ואם לא קיים התנאי ומכרו לאחר, או שלא מכרו ולא נתנו בזמן שקבע לו לא קנה, וכן המוכר או הלוקח שהתנו שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשיתן לו המעות הרי המכר קיים ויחזיר כשהתנה.

כתב המ"מ זה פשוט דכל תנאי שבממון תנאו קיים, ונלמד מהסוגיא שאמרו בפ' המגרש ה"ז גיטך ע"מ שתנשאי לפלוני הרי זו לא תנשא לו ואמרינן מאי טעמא גזירה שמא יאמרו נשותיהן נותנין במתנה, וגבי דיני ממונות ליכא למיחש להך גזירה, וכיוצא בזה בהשותפין בנדרים וכמה מקומות כיוצא בזה עכ"ל, והנה לעיקר הדין דיכול להתנות כן לא ידעתי למה הוצרך המ"מ להוכחות וכמש"כ בעצמו דכל תנאי שבממון קיים, ואם בשביל שזהו קנין ע"מ להקנות ואין לו זכות שיהיה המקח שלו וכמו שכתב אח"כ מנדרים פ' השותפין דקני ע"מ להקנות קנה, הנה לכאורה אין לזה שייכות להא דפ' המגרש דע"מ שתנשאי לפלוני, דאשה אינה עומדת דוקא שלא תנשא, ונראה כונתו דאם היינו אומרים דע"מ להקנות לא הוי קנין דלא נימא תנאה מילתא אחריתא והוי כמו שלא הקנה לו, א"כ גם בזה שנתן גט ע"מ שתנשא לפלוני הוי ג"כ בגדר שיור שלא התירה לעלמא כי ע"כ היא מוכרחת להנשא לאדם מיוחד ואם לא תנשא אליו לא תוכל להנשא כלל, וע"כ טעמא במה דאי לאו גזירה היתה מותרת בגט זה משום דתנאה מילתא אחריתא ולכן גם ע"מ להקנות מהני.

אכן אנו צריכין לבאר דברי הרמב"ם במה שלא עמד עליו המ"מ, וזהו במה שכתב ואם לא קיים התנאי ומכרו לאחר וכו' לא קנה, ומוכח דמכיון שמכרו לאחר כבר נתבטל הקנין, וקשה דאמאי יתבטל הקנין דהא המכירה לאחר לא נתפס כיון שלא קיים תנאו וא"כ למה לא יוכל הלוקח למכור עכשיו המקח לפלוני שהתנה המוכר, אלא דדבר כזה מפורש בגיטין בפ' המגרש דאיתא שם בברייתא נענה ר"ע ואמר הרי שהלכה זו ונשאת לאחד מן השוק והיו לה בנים ונתארמלה או נתגרשה ועמדה ונשאת לזה שנאסרה עליו

לא נמצא גט בטל ובניה ממזרים, והקשו בתוס' דהא אין הנשואין של זה שנאסרה עליו חלין שהרי היא אסורה עליו משום איסור א"א, וכדמוכח בתוספתא דע"מ שלא תינשא לאבא ולאביך אפי' נישאת להם ה"ז גט, ותירצו דהכא הכונה עמדה ונשאת לאחר מיתת המגרש, והרמב"ן בחדושיו כתב וז"ל ואי קשיא כיון דהותרה אצלו בזנות אם עברה ונשאת לזה שנאסרה עליו כיון דלאו נשואין הוי דנמצא גט בטל אשתכח דזנות בעלמא הוא ולא בטל גיטא, וראיתי בתוס' שמפרש כשנשאת לו לאחר מיתת הבעל ונמצא גט בטל ובניה מן השני ממזרים, ולי לא נראה כן אלא כל שנשאת לו דרך נשואין בטל הגט דהכי משמע תנאה ועוד ממ"נ כשהיא נשאת לזה שנאסרה עליו א"ת עברה על התנאי אין כאן נשואין א"ת לא עברה על התנאי א"כ הגט אינו בטל ומגורשת היא אף לזה וא"א לבטל נשואין של זה יותר משל אחרים, וש"מ שהאומר לחבירו שדי נתונה לך ע"מ שלא תתננה לפלוני ונתן לו בדרך קנין בטלה מתנה ושדה חוזרת לבעלים הראשונים עכ"ל.

והרשב"א כתב דקשה על תי' הרמב"ן מהתוספתא שהביאו התוס' וצריך ביאור דכיון דהרמב"ן הזכיר דברי התוס' ע"כ כבר ראה התוספתא שהביאו התוס' דמוכח דע"מ שלא תנשאי אינו דרך נשואין אלא נשואין ממש, אבל נראה דהרמב"ן סובר לחלק בין אבא ואביך לכאן דדוקא במי שהיה שייך עמו גדר נשואין, ורק בשביל תנאי אי אפשר, ע"ז אנו אומרים דהכונה שלא תנשא דרך נשואין אבל באבא ואביך דלא שייך כלל גדר נשואין לא חל התנאי והוי פטומי מילי דבאבא ואביך לא הוי אפי' דרך נשואין.

ועתה לתי' התוס' ודאי קשה דברי הרמב"ם אלא אפי' לתירוצו של הרמב"ן שכתב דה"ה במתנה מ"מ לא דמי דברי הרמב"ם לדברי הרמב"ן דהרמב"ן כתב דאם נתן על תנאי שלא יתננה לפלוני וכיון שא"א שתחול המתנה לפלוני שתתבטל בשביל זה מתנה ראשונה לכן אנו אומרים שהתנה ע"מ שלא יתננה בדרך מתנה, אבל בדברי הרמב"ם הא לא התנה ע"מ שלא יתננה לאחר אלא ע"מ שיתננה לפלוני, ומה דכתב הרמב"ם דלא קנה הוא משום דכיון שנתן לאחר כבר נתבטל קיום התנאי שיתננה לפלוני, וא"כ אם נאמר דנתינתו לאחר לא נתקיים ורק שהיה דרך נתינה למה יתבטל הקנין הא לא הזכיר המוכר דרך נתינה כלל.

-השמטות ומלואים-

ובזה מיושב דברי הרמב"ם במה שהקשיתי דלמה יתבטל הקנין כיון שהנתינה לאחר אינה מתקיימת ולפמש"נ א"ש והיינו דכיון דאין התי' משום דרך נשואין אלא משום דהוא מתהפך וא"כ גם גבי קנין הוי מתהפך דאם הקנה לראובן ע"מ שראובן יתן לשמעון והלך ראובן ונתן ללוי וא"כ אם חלה הנתינה ללוי בטלה ההקנאה לראובן וממילא בטלה

הקנאת ראובן ללוי ואם בטלה ההקנאה ללוי א"כ לא בטלה ההקנאה לראובן ואם לא בטלה לראובן שוב נשאר הקנין ללוי והוי מתהפך. [ע"כ].

והנה הרשב"א מפרש דברי הרמב"ן במה שכתב ועוד ממ"נ וכו' דהוא להוכיח סברתו דכל שנשאת לו דרך נשואין הגט בטל אף שהנשואין לא נתקיימו, דז"ל הרשב"א ויש מי שתירץ דכל שנשאת לו דרך נשואין בטל הגט דכיון דא"א לה לינשא נשואין גמורין, הכי אתני עלה מעיקרא שלא תנשא לו דרך נשואין, ותדע לך דאי לא אמאי אסרינן לה עליה דהאי טפי משאר אינשי דכשנשאת לו א"א לה לעבור על תנאה דנשואין גמורין לית ליה דא"כ גיטה בטל ולא תפשי בה קדושין ואי לאו נשואין גמורין נינהו, ונמצא בעילתה בעילת זנות א"כ הגט אינו בטל ומגורשת גמורה היא אף לזה, אלא ודאי ה"ק ע"מ שלא תהיה לו דרך נשואין ואע"פ שאינן נשואין גמורין דרך נשואין נשאת לו וזהו שאסר עליה עכ"ל, ומבואר להדיא דהרשב"א מפרש דזהו להוכחה שלא התנה אלא על דרך נשואין וכתב זה בלשון תדע וכו'. וכן מדברי הר"ן בהלכות שהביא רק תירוצו של הרמב"ן שהתנה על דרך נשואין וסוף דבריו דש"מ לענין הנותן לחבירו מוכח ג"כ שמפרש כדברי הרשב"א דאין כאן אלא תי' אחד.

אכן באמת קשה לי פירושם בדברי הרמב"ן דאיזה הוכחה היא דבשלמא עיקר תירוצו מובן שרוצה לפרש לשון התנאי שאמר ע"מ שלא תנשא לפלוני דהכונה ככל דיני תנאי שאם תנשא יתבטל הגט וכיון שזה א"א שתנשא לפי התנאי שהתנה ע"כ כונתו שגם אם תנשא דרך נשואין יתבטל הגט, אבל מה שבא להוסיף בדבריו זה אינו מובן כלל דהא זה מבואר בגמ' וכן התחיל הרמב"ן בקושייתו דהא לא אסר לה אלא בנשואין אבל בזנות מותרת היא, וא"כ מה כתב הרמב"ן דא"א לבטל נשואין של זה יותר משל אחרים, דהא לזה אינו מותרת אלא בזנות ולאחרים היא מותרת בנשואין ודילמא אה"נ שלא רצה לאסור אותה לזה אלא מנשואין דהא הכי הוא עיקר תנאו.

לכן נראה לי דבאמת מה שכתב הרמב"ן ועוד ממ"נ וכו' זהו תי' אחר ואינו הולך כאן בהך סברא דהתנה על דרך נשואין, וביאור כונתו הוא דכאן הדבר מתהפך וחוזר חלילה, ובאופן זה כתבו התוס' בב"מ דף ל' ע"א בד"ה אף עובד דניחא ליה, שכתבו וז"ל וא"ת ועלה עליה זכר אמאי פסולה הא ודאי לא ניחא ליה להפסיל פרה שדמיה יקרים בשביל דבר מועט וי"ל דאם היתה כשרה היה ניחא ליה ולכן אין להכשיר עכ"ל, וכונתם דאיך נוכל לומר דהפרה כשרה דהא אם תהיה כשרה אז בדיעבד יהיה ניחא ליה מה דעלה עליה זכר ולכן אף דעכשיו דפסולה לא ניחא ליה, אבל אם נאמר כשרה יהיה ניחא ליה וזהו שכתבו ולכן אין להכשיר, ובאופן זה נוכל ליישב גם כאן ורק שצריך להקדים דדין

תנאי אין בו גדר שיור כלל ואינה נאסרת מצד עיקר הגט לינשא לפלוני, אלא שהתנה ע"מ שלא תנשא ואם תנשא יתבטל הגט, ובאמת נאמר דנשואין היינו נשואין ממש, וא"כ כל כמה שלא חלו הנשואין לא נתבטל הגט ומותרת לינשא גם לאותו פלוני מצד עיקר הגירושין, וא"כ ע"כ אין אנו יכולין להכשיר הגט, דאם באנו להכשיר הגט בשביל שלא חלו הנשואין א"כ הגט לא נתבטל וכיון דלא נתבטל א"כ שוב חלו הנשואין וחוזר חלילה ובאופן כזה לא נוכל להכשיר הגט.

וזהו ביאור דברי הרמב"ן רק שצריך להגיה הגהה קטנה דבמקום א"ת הב' צ"ל א"כ וזהו ביאורו, ועוד ממ"נ כשהיא נשאת לזה שנאסרה עליו א"ת עברה על התנאי אין כאן נשואין, וא"כ הגט אינו בטל ומגורשת היא אף לזה והיינו דהא אין כאן שיור בגט וזהו שכתב וא"א לבטל נשואין של זה יותר משל אחרים והיינו דעכשיו שעברה ונשאת לזה שנאסרה עליו לא נוכל לומר דהנשואין האלו יהיו בטלים והנשואין הקודמים יהיו קיימים, דאם באנו לבטל הנשואין האלו הוא משום דנתחיל לומר שחלו הנשואין וא"כ נתבטל הגט א"כ נתבטלו גם הנשואין הקודמים ואלא שנאמר דכיון דנתבטל הגט א"כ לא חלו הנשואין ולא נתבטל הגט, ובשביל זה חלו הנשואין הקודמים זה אינו, דאם חלו הנשואין הקודמים בשביל שהגט לא נתבטל א"כ גם הנשואין האלו חלו ושוב נתבטל הגט, וא"כ אין נ"מ מנשואין של אותו פלוני לנשואין הקודמים ולא נוכל להכשיר הגט וב' הנשואין בטלים, ומטעם זה תניא נמי שבניה ממזרים דכיון דלא נוכל להכשיר הגט בניה ממזרים, ומה שכתב הרמב"ן אח"כ וש"מ שהאומר לחבירו שדי נתונה לך ע"מ שלא תתנהו לפלוני ונתנו לו בדרך קנין בטלה מתנה, מה שכתב "בדרך קנין" זהו באמת בשביל תירוצו הקודם, והנה בהך סוגיא שהביא המ"מ בהמגרש דף פ"ד נחתו התוס' לשיטתם בדף פ"ג אבל לפי"ד הרמב"ן וכפי"מ שבארתי אין גם שם מקום לקושיית התוס' ע"ש.

והנה מה דלא מהני מה שיקנה הלוקח מהאחר וימכרנה לפלוני ויקיים תנאו כתב המל"מ משום דהתנאי הוא שימכרנה לפלוני מתוך קנין מכירה זה, ולכאורה נסתר מגמ' מפורשת בהך סוגיא שהביא המ"מ דאמר שם א"ל רבא לו הוא דלא תנשא הא לאחר תנשא והא בעיא קיומיה לתנאה וכי תימא אפשר דמינסבא היום ומיגרשא למחר ומקיימא לתנאה וכו' בדידה קיימא לאיגרושי ומוכח דאם היה בידה להתגרש היתה מותרת להנשא לאחר ולהתגרש ולקיים תנאה, והיה מקום לחלק בין מכירה לגירושין דבגירושין אף שנשאת לאחר לא נתבטל אישות הראשון לגמרי ונקראת גרושה ואסורה לכהן ולקרובים, אבל באמת הרמב"ם בעצמו סובר דגם בגירושין הוא כן שכתב בפ"ח

מה' גירושין הל' י"ג בהך דינא דהרי זה גיטך ע"מ שתנשאי לפלוני דאם נשאת לאחר קודם שתנשא לאותו פלוני בטל הגט ותצא והולד ממזר וצריכה גט משני, והראב"ד השיגו שם וז"ל ולמה בטל הגט והלא יכול להתקיים התנאי יגרש אותה וישא אותה בעל התנאי ויתקיים הגט למפרע ואין הולד ממזר עכ"ל, וכתב ע"ז המ"מ דממה דקתני בברייתא לאוקימתא דרבא דאם נשאת לאחר תצא ולא קתני תצא ותנשא לאותו פלוני דקדק רבינו שכל שנשאת לאחר תחלה עברה על תנאה ובטל הגט, והנה לא ביאר המ"מ דהא בגמ' איתא להדיא דמה שאינה יכולה להנשא לאחר הוא משום דלאו בדידה קיימא לאיגרושי ומוכח דהיכי שעכ"פ גרשה האחר ונשאת לפלוני קיימה תנאה כדברי הראב"ד, וצריך לומר דהרמב"ם סובר דהא בהא תליא דאם היה בידה להתגרש לא היינו אומרים דכשנשאת לאחר כבר עברה על תנאה, אבל כיון שאין בידה להתגרש ולקיים תנאה להנשא לפלוני לכן כבר יש בזה עברת התנאי מכיון שנשאת לאחר באופן שאין בידה לקיים תנאו, ועכשיו אין אנו צריכין לחלק בין גרושין למכירה אבל אינו כהסבר המל"מ דהוא משום דמשמע שימכרנו לפלוני מתוך קנין זה, אלא דכיון דמכר באופן שאין בידו לקיים תנאו כבר בטל התנאי.

אכן אפשר ליישב גם הסברו של המל"מ דגם זה בהא תליא דאם היה תלוי בידה לאגרושי או ביד הלוקח שמכר לאחר לחזור וליקח ממנו אז לא היינו אומרים דהתנאי הוא דוקא מתוך קנין זה או מתוך גרושין אלו דכיון דמה שנשאת לאחר או שמכרו לאחר אינו מעכב קיום התנאי והוא ביד האשה או ביד הלוקח לקיים לכן גם זה נקרא מתוך קנין זה אבל כיון שאין בידם לכן כשחזר האחר וגרשה או חזר ומכרו לא מיקרי אח"כ מתוך קנין זה. או גרושין אלו ואמרינן דכבר עברו על התנאי, אחר כתבי דברי אלה ראיתי שכבר עמד ע"ז הנתיבות בסי' ר"ז סק"ד בשם מהרא"ש דלדברי הטור ושו"ע ע"כ מוכרח לחלק בין גירושין למכירה ודחק לחלק באופן אחר והמעיין יראה שאם מוכרח לחלק יותר נכון לחלק כמש"כ.

והנה במה שכתב הרמב"ם שהבאנו דתצא והולד ממזר וצריכה גט משני כתב שם המ"מ ומש"כ רבינו וצריכה גט שלא יאמרו אשת איש יוצאה בלא גט כיון שנשאת כמו שיתבאר פרק י' ונראה דלפי"מ שבארנו א"צ לזה אלא דאף דאנו אומרים דבשביל שהדבר מתהפך א"א להגט של הבעל להתקיים כשנשאת לאחר מ"מ לא תוכל לצאת בלא גט דכיון דאנו אומרים דע"כ מה שאנו מבטלים הגט הוא ע"י שאנו אומרים שחלו הנשואים ולכן בטל הגט ולא חלו הנשואין, ולכן ע"כ אנו צריכים לאחוז בשני הצדדים שהיא אסורה להאחר משום א"א ובניה ממזרים ומ"מ לגבי זה חלו הנשואין שצריכה

גט כיון דכ"ז שלא חלו הנשואין לא נתבטל הגט וכנ"ל.

ובמה שכתב הרמב"ם וכן המוכר או הלוקח שהתנו שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשיתן לו המעות הרי המכר קיים ויחזיר כשהתנה, הקשה הלח"מ דהא בפ"ו מה' מלוה הל' ה' כתב המוכר בית או שדה ואמר המוכר ללוקח לכשיהיו לי מעות תחזיר לי קרקעי לא קנה וכל הפירות שאכל רבית קצוצה, וכתב ע"ז ואפשר דהתם משום דאיירי בקרקע שעושה פירות והמכירה נעשה באיסור דאין כאן קנין כלל, אבל הכא איירי במטלטלין שאין כאן פירות ומפני כן המכר קיים ויחזיר כשהתנה, וזהו שכתב בהל' י"א מכר קרקע וכו' הרי הפירות של מוכר, ר"ל דאין המכר קיים כלל כיון שהמכירה נעשה באיסור עכ"ד הלח"מ, והנה מדברי המ"מ מוכח דלא כדבריו שכתב בהל' י"א וז"ל והטעם שהפירות של מוכר לפי שאנו חוששין שמא המוכר יביא המעות ונמצא שאכל הלוקח שכר מעותיו לפיכך פירות של מוכר, ולדברי הלח"מ הא אין המכר קיים כלל ואפי' קודם שיביא המעות וכשיאכל הלוקח פירות אין זה אלא שכר מעותיו, ומדכתב המ"מ לפי שאנו חוששין מוכח דאם לא יביא המכר קיים וכמו שכתב בהלכה י' ואין חילוק בין קרקע למטלטלין. אלא דבזה יש לומר דאסרו חכמים למכור באופן זה שלא יבוא לידי רבית וממילא אמרינן דאין המקח קיים וממילא באמת הוי רבית קצוצה בכל גווני, ומ"מ אינו מוכרח.

והנה לכאורה נסתרים דברי הלח"מ מדברי הגמ' דאמר ע"ז צד א' ברבית ומוכח דאם לא יביא לו המעות לא הוי רבית, אלא דאפשר לומר דתלוי זה בזה דאם צד א' ברבית מותר א"כ לא הוי מקח שנעשה באיסור, אבל הריב"ש בסי' ש"ה הביאו הגרעק"א בחדושיו ביו"ד סי' קע"ד. כתב דגם להלכה אם לא יביא המעות לא הוי רבית קצוצה אלא אבק רבית, והוא כדברי המ"מ ובעיקר דין מקח שנעשה באיסור רבית הא כתב הרא"ש להדיא באיזהו נשך סי' י"ט דהמקח קיים והוכיח כן מד' הגמ' גבי יהיב ליה גלימא ברביתא, וכן הביא דברי רב האי גאון א"כ עיקר היסוד של הלח"מ מופרך, ויש מקום להוכיח כן מעיקר דין רבית דאם נימא דמה שנקנה בתנאי רבית לא נתקיים א"כ תמיד ברבית קצוצה עיקר ההלואה אינה מתקיימת ולא קנה הלוה המעות להשתמש בהם והמלוה יכול לחזור ולהוציאם ממנו, וא"כ אפי' הוציאם אח"כ הלוה הוי כמו הוציאם שלא ברשות דלא הוי רבית קצוצה.

לכן נראה דבעיקר דין המכירה אין נ"מ בין קרקע למטלטלין ומבואר דכאן בהלכה י' לא כתב דוקא מטלטלין אלא בהלכה י"א כשבא לומר דהפירות של מוכר והוא כמש"כ המ"מ דאנו חוששין שמא יביא המוכר המעות ונמצא המקח בטל למפרע והפירות

שיאכל הם רבית והוא צד א' ברבית כתב מכר קרקע שהיא עושה פירות, ואף דמטלטלין ג"כ יש בהם פירות שהוא תשמיש הכלים והבגדים מ"מ כיון שבא לומר לשון פירות כתב קרקע אבל לעיקר ההלכה ודאי אין נ"מ וגם במטלטלין אסור להלוקח להשתמש דהוי צד א' ברבית כמו בקרקע ומזה גופא מוכח דלא כהלח"מ משום דבאמת ע"פ רוב גם במטלטלין יש בהם פירות, ומה שכתב הרמב"ם בה' מלוה לא קנה וכאן כתב המכר קיים, זהו משום דכאן בה' מכירה מיירי בעיקר קיום המכירה ולכן כתב דהמכר קיים כמו שהתנה וכתב רק הדין דהפירות של מוכר וזהו משום דאם יביא לו המעות נתבטלה המכירה, אבל שם בה' מלוה לא מיירי אלא בדין הפירות ובאיסור הרבית בא להשמיענו דהוי רבית קצוצה וזהו משום דכשיביא לו המעות לא קנה הקרקע על אופן זה והמעות הם הלואה דלכן הוי רבית קצוצה, ואף שכתב בסתם לא קנה ולא כתב אם יביא לו המעות סמך על מה שכתב בה' מכירה דבאופן שלא יביא לו המעות המכירה קיימת, אלא שתמיד אסור לו לאכול הפירות כיון שלא קבע זמן ותמיד יכול להביא המעות ויהיו הפירות רבית קצוצה. ולכן כתב הרמב"ם בסתם לא קנה דלענין דין אכילת הפירות לא קנה הקרקע בודאי קנין אלא עומד בספק.

אלא שאנו צריכין לבאר עיקר דינא למה באמת הפירות של מוכר כיון דהמכירה מתלי תליא ואם לא יביא לו המעות המכירה קיימת א"כ הו"ל לומר משלשין את הפירות וכמו בנתן מקצת דמים דשם עתיד הדבר להתברר באופן אחד אם יביא הלוקח המעות שיהיו הפירות של לוקח וכאן עתיד להתברר אם יביא המוכר המעות שיהיו הפירות של מוכר ובאם לא יביא שם הלוקח וכאן המוכר יהיו תמיד מוטל בספק וא"כ אמאי שם משלשין וכאן אמרינן דהפירות של מוכר, וגם צריך ביאור למה יקח המוכר הפירות אם לא יביא מעות לעולם והמכר יהיה קיים.

ונראה דזהו שהכריחו להריב"ש לומר דגם אם לא יביא המוכר מעות לעולם אף דמעיקר הדין המכר קיים והפירות הם של לוקח מ"מ מדרבנן אסור הלוקח ליקח הפירות, דחכמים אסרו משום אפשרות שיביא המוכר המעות ויהיה רבית קצוצה, לכן אסרו חכמים ללוקח ליקח הפירות בכל אופן ואמרו שהפירות יהיה של מוכר בתורת ודאי ולא מטעם ספק ולא דמי לנתן מקצת הדמים דכל מי שיקח את הפירות יהיה רבית קצוצה, וע"כ הוצרכו לתקנה להשליש הפירות ועוד דשם ע"כ יבוא לידי גמר דכיון דנתן לו מקצת דמים וישלישו את הפירות יהיה כל אחד דחוק לעשות גמר להמכר, אבל אם נעשה כאן תקנה להשליש את הפירות לא יהיה סוף לדבר כי המוכר לא יהיה דחוק להביא מעות, וכיון שכן חששו חכמים שמא בשביל זה יבוא שיקח הלוקח הפירות

ובאמת יש נ"מ דאם לבסוף יביא המוכר המעות יהיה למפרע רבית קצוצה ואם לא יביא יהיה א"ר כמו שכתב הריב"ש, אלא דלשון א"ר קשה דלא שייך זה אלא היכי דעכ"פ יש אגר נטר אלא דאינו בדרך הלואה או דליכא קציצה. אבל כאן אם המוכר לא יביא לעולם המעות ליכא דררא דרבית כלל דהא אין כאן אגר נטר אלא דצ"ל דתפש רק לשון אבק רבית והכונה דהוא איסור דרבנן שלא יבוא לידי איסור רבית.

הלכה יא

מכר קרקע לחבירו והתנה המוכר ואמר ללוקח כשיהיו לי מעות תחזיר לי הקרקע זו הרי הפירות של מוכר, מכר לו סתם ואמר לו הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות תביאם לי ואני אחזיר לך קרקע זו הרי התנאי קיים והלוקח אוכל פירות ואין בזה אבק רבית שהרי מדעתו חייב עצמו בתנאי זה.

בגמ' איתא סיפא דא"ל מדעתיה ופירש"י שאמר לו אם ארצה אחזירם ולא שתתבעני בדין ואח"כ במה דמשני אמימר לרב אשי נעשה כמאן דא"ל מדעתיה אתמר פירש"י דכיון דהמוכר בעי אתנויי ולא אתני והלוקח קאמר ליה מנפשיה נעשה כאומר לו מדעתו אחזירנה אם ארצה, אבל הרמב"ם דכתב הרי התנאי קיים א"כ קשה למה אינו רבית, וכבר כתב הטור ע"ז וז"ל ואיני מבין דבריו כיון שמחשיב אותו תנאי וצריך הלוקח לקיימו, א"כ איך יאכל הלוקח פירות אלא ודאי אין כאן תנאי כלל עכ"ל, וכתב הכ"מ דכונת הרמב"ם דאחר גמר המכירה שכבר קנה הלוקח בלא תנאי אמר הלוקח כן ומיירי כשקנו מיד הלוקח ואף שלא הזכיר הרמב"ם שקנו מידו ממילא משמע דכיון שאחר גמר המכר התנה היאך יהיה התנאי קיים אם לא כשקנו מידו, ומה שכתב שהרי מדעתו חייב עצמו בתנאי זה הכונה שכיון שלאחר גמר המכר אמר זה והמכר כבר קיים בלא תנאו, אלא מדעתו הוא שחייב עצמו אין זה נוגע להמכר והרי הוא כאלו חייב עצמו על שדה שלו למכרה שמותר לו לאכול הפירות עד המכירה זהו תורף ד' הכ"מ, ולפי דבריו אין העיקר בשביל שהלוקח התנה אלא שממילא כיון שהוא אחר המכירה אפי' אם היה המוכר מבקשו אין זה כלום כיון דאין לו זכות והכל תלוי בדעתו.

אכן לפי באורו קשה מה שלא הזכיר הרמב"ם שקנו מידו, ואף שכתב הכ"מ דמכיון שהוא אחר המכירה ע"כ הוא כן, מ"מ אין זה דרך הרמב"ם לסתום ולכתוב הרי התנאי קיים ושלא להזכיר דהוא כשקנו מידו, והנה אמנם הכ"מ הביא יסוד לדבריו מדברי הגה"א שהביא פי' זה בשם ר"ח, אבל ראיתי במקור הדברים באור זרוע שהוא מפי' ר"ת ומפי' ר"ת אין להוכיח שיטת הרמב"ם ובפרט שלשונו לא משמע כן.

לכן נראה דדברי הרמב"ם הם כפשטם דהוא כמו ברישא בהלכה י' שהוא קודם

המכירה ומ"מ כיון דהלוקח התנה ולא המוכר אין זה אלא התחייבות מדעת הלוקח להחזיר לו ולא דמי להתנה מוכר שאינו מוכר לו אלא באופן שיחזיר לו כשיהיו לו מעות, דאמרינן דעל אופן זה לא הקנהו כלל והוא רק מכירה על תנאי אם לא יהא לו מעות, וכמו גבי בתי ערי חומה דאמרינן רבית גמורה היא והתורה התירה והוא צד אחד ברבית כדאיתא בגמ' אבל אם הלוקח התנה הוא רק התחייבות מצדו והוא כשאר התחייבות שמתחייב הלוקח להמוכר עבור המקח וכמו מי שנותן בדמי המכר דינר ומתחייב עוד במנה וה"נ זה הוא התחייבות מצד הלוקח שמתחייב לחזור ולמכור לו, אח"כ ראיתי להנוב"י מ"ת חיו"ד סי' ע"ה הובא בפ"ת ביו"ד סי' קע"ד שכתב דמסתבר דדוקא אם המוכר אומר תחזיר לי אז אמרינן דלא הקנהו על אופן זה, אבל אם אמר תחזור ותמכור לי הא גלי דעתו שרוצה עכשיו במכירה גמורה, אלא שלא כתב כן בהחלט רק בלשון לולי דמסתפינא, ומשום דבאמת יש לומר כיון דעכ"פ התנה כן בשעת המכר אף שאמר שתחזור ותמכור לי אפשר גם בזה אמרינן דלא גמר והקנה כיון שמתנה שכשיהיו לו מעות יחזיר לו הלוקח על כרחו, אבל כשהלוקח התנה אף שהתנה בשעת המכירה אין זה אלא התחייבות מצד הלוקח לחזור ולמכור לו, וכיון שהלוקח זכה בהשדה ע"מ כן שכשיהיו להמוכר מעות יחזיר לו השדה ונתחייב מדעתו בזה נגמר ההתחייבות מצד תנאי המקח בלא קנין כמו אם יזכה במקח ויתחייב ליתן עבורו כך וכך דמים שמחוייב בזה וא"צ ע"ז קנין, אלא דצריך להוסיף דבין לפי משנ"כ בין לפי"מ שכתב הכ"מ דהכונה שקנה מידו הוא תלוי במחלוקת הראשונים אי מהני קנין אתן, והרמב"ם לשיטתו דסובר דמהני ועיין משנ"כ בהל' ג'.

ולפי מה שבארתי דנתחייב בשביל קנין השדה מוכח מזה דהרמב"ם אינו סובר כדעת הר"ן בשוכר פועל והתנה ליתן כור חטים בשכרו דיכול ליתן לו מעות לפימש"כ בפ"ו הל' ה' דה"נ בנתחייב חטים בעד קניית שדה ג"כ יכול ליתן מעות דעל דבר מסויים לא נתחייב, אבל מדברי הרמב"ם מוכח דאפשר להתחייב גם על דבר מסויים, אלא דצריך ליישב הוכחת הר"ן שהוכיח ממה דפריך גבי אתנן והא מחסרא משיכה אף שנתחייב ליה מדין שכירות, אכן לפימש"כ בפ"ה הל' ב' דאפי' בלא דעת הר"נ עכ"פ אינו אלא התחייבות ולא קנין, ואם ימכור הלוקח דבר המסוים שהתחייב ליתן אינו יכול המוכר להוציא מיד הלוקח השני כיון שלא קנה אותו בקנין, א"כ מיושב דמשום זה סבר הגמ' דלא הוי אתנן.

הלכה יב

מעשה באשה ששלחה ראובן לקנות לה חצר משמעון שהיה קרובו ואמר שמעון המוכר לראובן השליח אם יהיו לי מעות תחזיר לי פלונית קרובתי קרקע זו, והשיבו ראובן ואמר לו אתה ופלונית קרובים כמו אחים כלומר הדבר קרוב שהיא תחזיר לך ואינה מקפדת על זו, ובא מעשה לפני חכמים ואמרו הרי זה השליח לא קנה כלום שהרי לא סמכה דעתו של קרוב זה על דברי השליח מפני שלא השיבו תשובה ברורה ונמצא שלא גמר ולא הקנה וכן כל כיוצא בזה.

בגמ' איתא כל את ונוולא אחי סמכה דעתיה ולא גמר ומקנה והיינו דסמכה דעתו של המוכר על דברים אלו שתחזור לו והוי כמו שהשליח אמר בפי' שתחזיר לו ולכן לא גמר ומקנה וכן פי' הנמוק"י בשם הרשב"א אבל מד' הרמב"ם מוכח דגורס לא סמכה דעתיה, וקשה דכיון דלא סמכה דעתו שתחזיר א"כ סבר וקבל אפי' באופן שלא תחזיר והול"ל דהוי מכירה, וכתב בזה הלח"מ דהרמב"ם מפרש דהמוכר אמר לא בלשון שאלה אלא בלשון החלט שאם יהיה לו מעות תחזיר לו ואם היה השליח משיב שלא תחזיר וע"מ כן הוא קונה א"כ כשלקח המוכר המעות וכתב השטר הסכים על דברי השליח אבל את ונוולא אחי אינו תשובה ברורה שלא תחזיר ולא סמכה דעתו להקנות בכל אופן, ומלבד שאינו מכוון פירושו בלשון הרמב"ם במה שכתב שהרי לא סמכה דעתו על דברי השליח לומר דדברי השליח הם שלא תחזיר דהא כתב הרמב"ם כלומר הדבר קרוב שתחזיר, אך באמת כתב כאן הרמב"ם דין אחר ולא כמו בהלכה י"א דבהל' י' ביארנו דמה דמוכר אוכל פירות הוא רק משום דשמא יביא המוכר המעות ונמצא דמעיקרא המקח לא נתקיים והמעות הלואה אבל אם לא יביא המכר קיים וגם מה שכתב בה' מלוה דלא קנה היינו דלא קנה לענין אכילת פירות משום הספק שמא יביא המעות אבל אינו יותר מצד אחד ברבית וכאן כתב הרמב"ם הרי זה השליח לא קנה כלום, ומוכח דאין כאן הקנאה כלל ולא משום הספק דשמא יביא המוכר המעות, וטעמא הוא משום דלא סמכה דעתו של המוכר על דברי השליח שאומר לו שקרוב הדבר שתחזיר, ולכן לא גמר והקנה כלל כיון שלא השיבו תשובה ברורה.

אח"כ ראיתי דברי הגר"א ז"ל בהגהותיו לב"מ ומתחילת דבריו משמע דנחית למש"כ, שכתב וז"ל סמכא דעתו וכו' ואינו מכור אלא על תנאי כה"ג טוש"ע יו"ד סי' קע"ד וחו"מ סי' קפ"ב וקמ"ל של"ת דלא סמכא דעתיה ומתרצה המוכר בלא תנאי קמ"ל דהוא תנאי גמור, אבל הרמב"ם גורס לא סמכא ולא קנה כלום, אך אח"ז כתב דברי הלח"מ ומשמע שמסכים לדבריו ולא ירדתי לכונתו, אבל מדבריו בבאורו לחו"מ סי' ר"ז ס"ח מבואר

להדיא דמחלק בין דעת הרמב"ם לדעת הטור שכתב שם בס"ק י"ח וז"ל מעשה כו' לשון הרמב"ם, והטור כתב שאינה מכורה אלא ע"ז התנאי, וכן בסי' קפ"ב וביו"ד סי' קע"ד הביא המחבר לשון הטור ציין שם הגר"א ז"ל לדברי המחבר בסי' ר"ז שהוא לשון הרמב"ם ומוכח דמפרש כמש"כ שהם שתי שיטות וכנ"ל.

הלכה יג

אסמכתא שקנו מידו עליה בב"ד חשוב ה"ז קנה והוא שיתפוס זכיותיו בב"ד והוא שלא יהיה אנוס. כיצד הרי שהתפיס שטרו או שוברו בב"ד וקנו מידו שאם לא בא ביום פלוני ינתן שטר זה לבעל דינו, והגיע היום ולא בא הרי אלו נותנים, ואם עכבו נהר או חולי מלבוא לא יתנו וכן כל כיוצא בזה והוא שיהי' בב"ד חשוב.

המ"מ הביא מה שהקשו הראשונים דלמה לן ב"ד חשוב תיפוק ליה דכל קנין הוא במעכשיו כדמוכח בנדרים פ' השותפין, ועיין מה שהאריך בזה הכ"מ, ובסוף דבריו כתב דאם נימא דהרמב"ם סובר כמש"כ המ"מ דשייך קנין בלא מעכשיו צריך ליישב ההיא דנדרים, ולפימש"כ בפ"ה הל' ז' דהרמב"ם סובר דסתם ק"ס אי תפיס מיתפיס רק דמהני ג"כ אם נתן לו הסודר ע"מ להחזיר, א"כ שפיר דבסתם ק"ס מהני גם בלא מעכשיו דלא הדר סודרא למאריה, אלא דבאמת א"צ לזה דהרמב"ם סובר דקני ע"מ להקנות מהני כר"נ ואפי' היכי דלא הוי מעכשיו וכמו שפסק בפ"ה מה' נדרים הל' ז' ועיין מש"כ בזה בהשמטות לפרק ה'.

והנה לבאר ההלכה אעתיק מה שכתבתי בדברי הרמב"ם בהך דינא בפ"ז מהל' סהנדרין, בשביל שכאן עיקרה של הלכה זו וז"ל שם בהל' י' מי שקנה מידו שאם לא יבוא ביום פלוני וישבע יהיה חבירו נאמן בטענתו ויטול כל מה שטען בלא שבועה או שאם לא יבוא ביום פלוני וישבע ויטול אבד את זכותו וכו' ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו היום הרי זה פטור מקנין זה וישבע כשיתבענו חבירו כשהיה מקודם וכן כל כיוצא בזה, וכתב הסמ"ג הובא בהגהות מיימוני שם וז"ל וכן ראיתי בירושלמי דקדושין בענין אדם המתנה אם לא אעשה לך כך יום פלוני יהיה כך ואירע לו אונס, ר' יוחנן אמר אונסא כמאן דלא עבד ור"ל אמר אונסא כמאן דעבד והלכה כרבי יוחנן לגבי ר"ל עכ"ל, ועיין בב"ח ובש"ך סי' כ"א ומבואר שהסמ"ג תמוה מתרי טעמא, חדא דמייתי ראיה לסתור דבירושלמי מבואר דלר"י דאמר אונסא כמאן דלא עביד לא נתבטל דיני התנאי ונשאר כמו שהתנה דשם מיירי שקידשה ע"מ שיכניסה ליום פלוני, ואם לא יכניסה ליום פלוני יבטלו הקדושין ואירע לו אונס ולא הכניסה וסובר ר"י דמ"מ הוא כמו שלא כנס אותה ובטלים הקדושין ור"ל סבר אונסא כמאן דעבד והוי כמו שכנס והקדושין אינם בטלים,

ונמצא דלר"י אונס אינו מגרע כלל, וא"כ מאי מייתי ראיה לכאן דבאונס לא נתקיים דין התנאי, ואיברא דקושיא אין כאן מר' יוחנן על הך דינא דהרמב"ם משום דהכא כיון שע"י מה שלא בא צריך הוא להתחייב שפיר אמרינן דמה שלא בא באונס אינו מחייב אותו, אבל התם בירושלמי כיון שעכ"פ היא נתקדשה ע"מ שיכניסה וכיון שלא הכניס אותה אף שהוא באונס מ"מ האונס אינו עושה כניסה ואונסא כמאן דלא עבד ובודאי ליכא קושיא מירושלמי על הרמב"ם אבל גם ראיה אין כאן, וביותר קשה מה שכתב הסמ"ג והל' כר"י לגבי ר"ל כמו דמר"י מוכח יותר, ובאמת הוא להיפך דמר"ל היה ראיה ברורה בתורת כ"ש וק"ו מה התם דהאונס עושה שמתבטל דין התנאי שמתקיימים הקדושין עי"ז, א"כ כ"ש שהאונס יגרום שיתבטל דין התנאי שלא יהיה מחוייב במה שהתחייב, ועוד תימה עצומה מה שהקשה הש"ך שם דהא הוא גמ' בנדרים ד' כ"ז גבי ההוא דאתפיס זכותא והוא בדברי הרמב"ם בהל' זו והוא כדברי הרמב"ם שם ולמה הוצרך הסמ"ג להביא ע"ז ראיה מירושלמי שאינו ראיה כלל וכנ"ל.

והנה הרמב"ם בפ"ט מה' גירושין הל' י"ז פסק דאם אמר ה"ז גיטך אם מתי מחולי זה ונפל הבית או הכישו נחש אינו גט, ואם אמר אם לא אעמוד מחולי זה הוי ספק גירושין, וכתב המ"מ דהרמב"ם מפרש הא דאמר בגמ' שלחו מתם אכלו ארי אין לנו, היינו דאם לא אעמוד הוי ספק, והך ספק הוא במשמעות הלשון דאם מתי מחולי זה משמע דהמיתה תהיה מסבת החולי, אבל אם לא אעמוד הוי ספק אם כונתו מתוך החולי או מסבת החולי, וקשה דאפי' נימא דאם לא אעמוד הכונה מתוך החולי מ"מ אמאי הוי גט דהא עכ"פ היה אונס, ועל אונס לא סליק אדעתיה, ועל הרמב"ם אפשר לומר דמשום אונס לא בטל הגט דהא אין אונס בגיטין ולא יסבור כשיטת התוס' ריש כתובות דבאונס דלא שכיח לא אמרינן אין אונס בגיטין, אבל קשה על המחבר בשו"ע בסי' קמ"ה שפסק כשיטת התוס' דבאונס דלא שכיח יש אונס בגיטין, ומ"מ פסק דבאם לא אעמוד הוי ספק, ומצאתי שעמד בקושיא זו הב"ש בס"ק י' ונשאר בצ"ע.

והנראה בזה דהנה הא דאונס מבטל קיום התנאי בהא דאם לא באתי צ"ל בפשוטו משום דאדעתא דהכי לא התנה, וקשה מהא דפריך הגמ' בנדרים אונס הוא ואונסא רחמנא פטריה דכתיב ולנערה לא תעשה דבר, וכי תימא קטלא שאני והתנן נדרי אונסין וכו' וקשה מה ס"ד להביא מהא דולנערה לא תעשה דבר לבטל מה שהתנה שאם לא יבוא יבטלו זכיותיו, דאטו מה שאנו אומרים שיבטלו זכיותיו הוא משום דין עונש הא אינו אלא בשביל שכך נתחייב והתפיס זכיותיו על תנאי זה וזכה הלה בתנאו, וצ"ל דזה ודאי אנו יכולים לומר גם בעצמנו הך סברא דאדעתא דאונס לא התנה ולא עלה על דעתו

להתחייב אלא באופן הרגיל, אלא דהיינו יכולים לומר כמו דאמר בגמ' באונסא דשכיח דהוי ליה לאתנויי ולא אתני, ה"נ היה צ"ל בכל אונס דכיון דעכ"פ כל אדם יודע שמצוי אונסים בעולם ואפי' אונסים דלא שכיחי, א"כ כשהתנה אם לא באתי ונתכוין לדרך הרגיל היה צריך להתנות שעל אונס אינו מתחייב, וע"ז בעי הגמ' ללמוד מקרא דולנערה לא תעשה דבר, דכיון שהתורה לא חייבה לאדם על אונסים א"כ גם כשמתנה על עצמו להתחייב אם לא יבוא אינו מחוייב להתנות שאם יארע אונס יהיה פטור מתנאו, ולכן אמר הגמ' הך סברא רק באונס דשכיח דאין לזה גדר אונס דהוא דבר מצוי שיהיה פסקיה מברא, אלא דעכ"פ עכשיו אינו יכול לבוא ולכן על אונס המצוי מחוייב להתנות דבשעת התנאי אין לזה גדר אונס, אלא דדחי הגמ' דקטלא שאני ומוכיח מהדירו חבירו דבתנאים נמי אמרינן דעל דעת אונס לא התנה.

והנה בריש כתובות דבעי לאוכוחי דאין אונס בגיטין מהא דפסקיה מברא ודחה דאונסא דשכיח שאני, עוד בעי לאוכוחי ממת בתוך י"ב חודש ודחי דמיתה שאני דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם, וכתב ע"ז הר"ח הובא בתוס' דהוי שינויי דחיקא נינהו ולא סמכינן עלייהו, ולכן קיי"ל דאין אונס בגיטין וקשה דבשלמא בכתובות דבעי לאוכוחי דאין אונס בגיטין וע"ז דחי שינויי דחיקי דלא היה אפשר לדחות באופן אחר, אבל בנדרים דשו"ט בגמ' בעיקר דין אונס אם מבטל קיום התנאי, ומייתי בגמ' נמי הא דפסקי מברא והא דמת בתוך י"ב חודש ודחי כדדחי בכתובות, ולדברי הר"ח קשה דלמה הוצרך בנדרים לדחות דהוי שינויי דחיקי ולא דחי דהתם טעמא משום דאין אונס בגיטין, איברא דהר"ן שם בנדרים כתב דה"ה דהוי מצי לשנויי דאין אונס בגיטין, אבל זה שייך אם גם אלו הטעמים הם להלכה דגם בשאר תנאים שלא מעניני גיטין לא דיינינן דין אונס באונסא דשכיח, אבל כיון דהני שינויי אינם להלכה הו"ל לגמ' לדחויי כהלכתא משום דאין אונס בגיטין.

ונראה דהנה במה שכתבנו דעיקר סברא דאונס מבטל קיום התנאי הוא משום דאדעתא דהכי לא התנה, ראיתי שהרא"ה בכתובות שם הובא בש"מ כתב טעם אחר דבתנאי שמתנה במעשה עצמו כמו באם לא באתי תלה הדבר בדעתו ורצונו, וכמו שאומר אם לא אבוא ברצוני, ונ"מ בין ב' הטעמים בתנאי שאינו מתנה במעשה עצמו אלא במעשה אחרים ונראה דיש עוד נ"מ דבהך סברא שכתבנו משום דאדעתא דאונס לא התנה והוא בגדר אומדנא וטעות, וסברא דאונס רחמנא פטריה אנו צריכין בשביל זה דלא נימא הוי ליה לאתנויי, וא"כ עכ"פ באונס דשכיח כיון דבשעת התנאי אינו דבר בלתי מצוי כלל דשכיח שיהיה פסקיה מברא, א"כ לא שייך לומא דאדעתא דהכי לא התנה, וזהו סברת

הגמ' דאונסא דשכיח שאני דהוי ליה לאתנויי ולא אתני, אבל אם נימא כסברת הרא"ה דכיון שתלה הדבר במעשה שלו תלה בדעתו ורצונו, א"כ לא שייך כלל לומר דהו"ל לאתנויי ולא אתני דאנן לא משום אומדנא וטעות אתינן אלא דהוי כמו שאמר אם לא באתי מרצוני א"כ הוי כמו שהתנה, ולכן לפי הסבר הרא"ה גם בפסקיה מברא שפיר הוי אונס.

והנה מה דאמרינן בגמ' לא ניחא ליה דתיפול קמי יבם והקשו בתוס' גבי אכלו ארי דאמרינן דלא הוי גט הא לא ניחא ליה דתיפול קמי יבם, והיינו לשיטתם דאכלו ארי הבטול הוא משום דין אונס דלשיטת הרמב"ם דאכלו ארי הבטול הוא משום דאם מת מחולי זה הוא מסבת החולי ואין זה בלשון התנאי לא יקשה כלל דמשום דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם לא תתגרש דמה יועיל מה שלא ניחא ליה עכ"פ לפי תנאו לא נתגרשה באופן זה, ותירצו בתוס' דבאונס דלא שכיחא כלל לא אסיק אדעתיה שירצה שיהיה גט, והקשה הבית יעקב דא"כ מוכח דתוס' מפרשי דבאונס סתם אסיק אדעתיה שירצה שיהיה גט בכל אופן וא"כ אי אסיק אדעתא באונס סתם אמאי הוי אונס הא אמרינן דאונס דשכיחא כיון דסליק אדעתא הו"ל לאתנויי ולא אתני, ונ"ל דאונס סתם איברא דאדם מעלה בדעתו שמצוי אונסין, כמו במתנה אם לא באתי אדם יודע שאפשר שיחלה רק בכ"ז אמרינן שדעתו הוא דאינו מתנה אלא במנהגו של עולם ולא אם יהיה סבה עפ"י אונס, וכבר כתבנו דמשום דאונסא רחמנא פטריה אינו מחוייב להתנות שאין כונתו על אונס, וע"כ בלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם מפרשי התוס' דהוי כמו שהיה בדעתו דאונס מיתה לא יבטל את התנאי.

אכן כ"ז הוא לפי' התוס' אבל לשיטת הר"ח י"ל דבסוגיא דנדרים איתא לשון הסוגיא באופן אחר, דלשון הגמ' שם הוא שאני התם דאי הוי ידע דמית לאלתר הוי מגרש יהיב גיטא, ומשמע בפשוטו דאינו משום שכן חשב וגמר בעת נתינת הגט, אלא דהוא אומדנא דאנן אמדינן דעתיה שלא לבטל את הגט בשביל טענת אונס דכיון דאונס אינו אלא בשביל גדר טעות ואדעתא דהכי, וכיון דעל אופן מיתה בודאי היה נותן הגט א"כ בטלה האומדנא, ולכן נראה דכן דעת הר"ח דלא כפי' התוס' דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם הוא שגמר בדעתו שיהיה גט באופן זה, אלא דלעולם לא אסיק אדעתיה כלל על אונס רק דהוא אומדנא דאמדינן דעתיה לבטל האומדנא דאונס וקושיית התוס' מאכלו ארי לא יקשה על הר"ח כמש"כ למעלה דלפי' הרמב"ם דמפרש דאכלו ארי אינו מטעם אונס אלא משום דלא נתקיים התנאי כלל א"כ לק"מ כנ"ל, והנה לפי"ז א"כ לא שייך הך סברא דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם אלא אם נפרש בטול דאונס משום גדר אדעתא דהכי,

אז שפרי אמרינן דבאונס מיתה לא שייך דהכי דבודאי היה רוצה, אבל אם נפרש כפי' הרא"ה דאונס הוא משום דבשעה שמתנה אם לא באתי תולה בדעתו וברצונו שאם לא יבוא היינו שיהיה מצד שלא יחפוץ לבוא, א"כ הוא כמו שמפורש כן בתנאי א"כ אם אח"כ נעשה אונס מיתה כיון דלא סליק אדעתא כלל ובהתנאי הא מבורר שתלה בדעתו וא"כ מה יועיל שאם היה יודע היה נותן בלא תנאים עכ"פ עכשיו הוא נתן על תנאי, ואומדנא לא תוכל לעשות גט, דאומדנא אינה יכולה אלא לבטל גט מכח טעות ואדעתא דהכי, או לבטל את הטעות ואומדנא הסותרת כנ"ל, ולקיים את הגט שלא יבטל מכח האונס, אבל אם עפ"י התנאי מפורש שבאופן כזה לא יהיה גט מה מהני מה שאם היה יודע היה נותן באופן אחר, עכ"פ עכשיו לא נתן אלא באופן זה, ולפי"ז נאמר דהר"ח יסבור כהרא"ה וממילא שני התירוצים בין אונסא דשכיח בין לא ניחא ליה דתיפול קמי יבם הוי דלא כהלכתא.

והנה נראה דהא דהרא"ה לא שייך אלא באם לא באתי שנותן הגט מדעת עצמו ועל דעתו, ולכן אמרינן דכשתלה ואמר אם לא באתי תלה בדעת עצמו שאם לא יבוא מדעתו אז נותן הגט, אבל בההוא גברא דאתפיס זכותיה שהיה עפ"י ב"ד משום שהיה צריך לבוא לדין וקבעו לו זמן שיבוא לזמן פלוני, ואם לא יבוא לזמן פלוני יבטלו זכיותיו, א"כ היה תנאו על דעת ב"ד שרצו בודאי שיקויים הבטחתו שיבוא לזמן פלוני, ובאופן זה אם לא בא ע"י אונס המצוי מסתבר דאינו מבטל את קיום התנאי, דהכא לא היה התנאי על רצונו אלא על עיקר ביאתו, ודוקא אונס שאינו מצוי דמבטל קיום התנאי משום גדר אונס של אומדנא דאדעתא דהכי לא התנה יוכל לבטל קיום התנאי דעכ"פ אדעתא דאונס לא ביטל זכיותיו.

ובזה מיושב מה דהכא קאמר הגמ' דאונס מבטל את התנאי משום דאונס רחמנא פטריה ולשיטת הרא"ה לא צריך לזה כלל דהא הוי כמו שהתנה ממש ותלה בדעתו, אלא משום דהכא לא שייך זה, וע"כ צריך כאן לאונס של בטול ואדעתא דהכי וכנ"ל, וכן בהא דמייתי הגמ' מהדירו חברו שיאכל אצלו וחלה, התם נמי הא לא הוא התנה והדיר כי אם חבירו, ולכן אמרינן דלא נתכוין אלא לאכילה ממש ולא לדעתו ורצונו ורק הבטול הוא כאן נמי משום אומדנא דלא כיון אלא למנהגו של עולם ולא על דעת אונס, ועכשיו שפיר מיושב שיטת הר"ח ויש להוסיף דבאונס דשכיח מוכח בגיטין דף ל"ד גבי אי לא נסיבנא דאיכא טענת אונס ורק משום דאין אונס בגיטין הוי גט, וכן כתב שם הרשב"א בחידושיו, ומוכח דנקטינן כסברת הרא"ה וממילא גם הא דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם הוי נמי דלא כהלכתא וכמש"כ, אבל בסוגיא דנדרים כיון דשם לא איירי בסברא

דתלה בדעתו ורצונו אלא משום אומדנא ואדעתא דהכי, משום הכי שפיר קאמר דאונס דשכיח אינו אונס וגם לא ניחא ליה דתיפול קמי יבם מהני לבטל האונס, אבל באמת קיי"ל דבאם לא באתי איכא טעמא אחרינא לבד הך טעמא דאומדנא אלא משום דאם לא באתי וכיוצא בזה תולה בדעתו ורצונו, ולכן שפיר קיי"ל דגם אונס דשכיח הוי אונס וגם לא ניחא ליה דתיפול קמי יבם אינו מבטל טעם אונס:

ועכשיו שפיר מיושב ד' הרמב"ם וד' המחבר דאף דלא קיי"ל כהסברא דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם, ומש"ה אם התנה אם לא באתי ונעשה אונס דלא שכיח אף אם מת מזה מ"מ לא הוי גט, לשיטת התוס' דבאונס דלא שכיח יש אונס בגיטין, היינו דוקא באם לא באתי דשם טעמא דאונס הוי משום דהוא כמו שהתנה ממש שתולה בדעתו וכנ"ל, אבל באם לא אעמוד מחולי זה ואכלו ארי הא כאן לא שייך לומר שתלה בדעתו ורצונו ואלא שנפרש שהיה כונתו דווקא מחולי זה, הא בזה קיי"ל דזהו ספק אם לא אעמוד מחולי זה משמע מתוך אותו החולי או מסבת החולי, וא"כ אם נבוא כאן לטעמא דאונס הוא ע"כ לטעמא דאומדנא ואדעתא דהכי שאדעתא דאונס לא התנה, ובזה שפיר הדר קיימא הסברא דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם, דבזה לא נדחה כלל סברת הגמ' ולכן מיושב שפיר מה דבאם לא אעמוד מחולי זה הוי ספק ולא נתבטל הגט משום דין אונס דלגבי דין אונס דאומדנא איכא הא דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם וכנ"ל.

ועתה נבוא לד' הסמ"ג שהבאנו והנה הבעל העיטור הובא בר"ן פ' כל הגט ובהמ"מ פ"ט מהל' גירושין כ' דאיבעי קמי דרב שמואל ריש כלה אי יש אונס בקדושין ולא איפשטא, וז"ל הבעל העיטור וגברא דקדיש על תנאי אי לא אתינא ליבטלי קדושין ולא אתא בעי מקמי דרב שמואל ריש כלה אי יש אונס בקדושין והיינו שלא נתקיים התנאי באונס ולא איפשטא, והנה הר"נ שם כתב על פלוגתא דר"י ור"ל וז"ל ומשמע לי דבהא פליגי, ר"ל מדמי לה למגרש ומתנה אם לא באתי דכי פסקיה מברא שמיה מתיא אי לאו משום תקנתא שהתקינו שלא יהא אונס בגיטין, כדאיתא בריש כתובות וה"נ אונסא כמאן דעביד, ר' יוחנן סבר דלא דמי דהתם שאין הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על תנאי ברצון אבל באונס לא, אבל הכא שהאשה אינה מתקדשת אלא מדעתה הרי אינה מסכמת בקדושיו אא"כ יקיים תנאו, אבל כל שלא נתקיים אע"פ שנאנס אינה מתרצה בקדושיו, והיא סברא פשוטה ובאמת צריך להבין בטעמא דר"ל וכן ספיקו של ר"ש ריש כלה, והנה אמנם דיש לומר דהכונה בשביל שאמר אי לא אתינא ליבטלי קדושין והיינו שהתנאי היה בבטול הקדושין וכיון דהתנאי דלא אתינא נתקיים באונס א"כ הוי כמו שלא נתקיים התנאי דלא אתינא ולא נתבטלו הקדושין, ולפי"ז יהיה

כאן נמי כמו לענין גירושין באם לא באתי דשם הוי קיום התנאי באונס וכאן ג"כ אם נפרש דהתנאי הוא בבטול הקדושין וא"כ אם נתקיים הלא אתינא באונס יהיה נקרא קיום התנאי באונס, אך מ"מ עוד קשה הדבר דכיון דסוף סוף לא נתקדשה אלא ע"מ שיבוא א"כ מה בכך שהיה אונס עכ"פ לא בא ומה לה באונסו ואיך יוכל האונס לקיים הקדושין, וביותר דבהך דירושלמי ובסברת ר"ל קשה לומר כן דהא איתא שם דקדיש ע"מ מכניסינך ליום פלן ואף שאמר עוד ואי אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עלך כלום, מ"מ התחלת הקדושין היה ע"מ שיכנסנה וגם לשון ר"ל דאמר אונסא כמא דעבד קשה להבין דאיזה סברא הוא דאונס יהיה כמו שקיים.

ונראה דכל זה תליא במה שהבאנו למעלה דאם מה דאונס מבטל קיום התנאי גבי אם לא באתי גבי גירושין הוא משום דהוי כמו שהתנה בפי' אם לא באתי ברצוני נוכל לומר דסובר ר"ל דגם הכא בקדושין כיון שהוא היה המתנה דהא מסיים בירושלמי דאם היא תתנה ותאמר אם לא תהוי כניסה לי אז גם ר"ל מודה, וכיון דהוא היה המתנה לכן סובר ר"ל דאף שהוא לטובתה מ"מ אמרינן ג"כ הך סברא דרא"ה דכיון שהוא היה המתנה היה כוונתו שתלה בדעתו ורצונו שאם יהיה העיכוב מסבתו אז לא יהיו הקדושין ויהיה כמו שהתנה בפי' אי לא כנסתיך מדעתי ורצוני אז לא יהיה קדושין וזה דאמר ע"מ מכנסינך ליום פלן סומך על דבריו שאומר אח"כ ואי אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עלך כלום והיינו שתולה הדבר בסבתו דבזה האופן תולה הקדושין, וע"כ סובר ר"ל דכיון שהוא היה המתנה את התנאי אף שהוא לטובתה מ"מ התנה אדעתא דידיה וגם היא אדעתא דתנאי שלו סברה וקבלה את הקדושין, אבל ר' יוחנן סבר דכיון שעכ"פ היא קבלה את הקדושין והוא ג"כ אמר לה התנאי לטובתה ע"כ לא אמרינן דהוי כמו שמפורש בלשון התנאי שאם לא יכניס אותה בסבתו אלא דהתנאי היה על עיקר הכניסה, דמה שאונס מבטל אם נתקיים התנאי עפ"י אונס הוא משום דאמדינן לדעתיה דאדעתא דאונס לא כיון והוא מגדר בטול וטעות וא"כ דין אומדנא אינו יכול להיות מועיל אלא לבטל דבר ולא לקיים דבר.

ונמצא דמה דאמר ר' יוחנן אונסא כמאן דלא עבד הכונה דאונס אינו כמו שנתקיים התנאי ממש וגם הקדושין מתקיימים, דאונס אינו יכול אלא לבטל חיוב משום דאדעתא דהכי לא התנה אבל עכ"פ התנאי לא נתקיים, וי"ל עוד דמה דאמר ר"י אונסא כמאן דלא עבד היינו דכל כחו של אונס הוא לומר דאדעתא דהכי לא היה מתרצה א"כ הוא כמאן דלא עבד כמו שלא עשה עיקר המעשה, וגבי גט שייך זה לומר דהוי כמו שלא נתן גט על אופן זה, וכן היכי שנתחייב על תנאי ונתקיים התנאי באונס לומר שעל דעת כן לא

נתחייב, אבל בקדושין מה מהני אונס דאם לא עבד לא הוי קדושין. ור"ל סבר אונסא כמאן דעבד דאין האונס גורם בטול כל מעשה הקנין, אלא גבי גט מה דאמרינן דמה שלא בא באונס אינו גורם קיום התנאי זהו משום דלא נתקיים שלא יבוא מדעתו ורצונו ולכן גם גבי קדושין כיון שאנו מפרשים דבריו במה שאמר ע"מ מכנסינך ליום פלן היינו שלא יהיה עיכוב מצדו מדעתו ורצונו, וכיון שלא היה עיכוב מצדו דרק מאונס לא כנסה הוי קדושין, ולכן זהו מה שמביא הסמ"ג ראיה לדינו של הרמב"ם מהא דר' יוחנן דעיקר מה שהוצרך להביא ראיה משום דדין טענת אונס שמצינו גבי גיטין דהוי מהני אי לאו תקנת צנועות ופרוצות הא מיירי בבעל שנתן גט לאשתו שנותן הכל על דעתו, אבל בדינו של הרמב"ם שהתפיס זכיותיו שב"ד הכריחו אותו לעשות כן בשביל שהיה צריך לבוא לב"ד היה סברא דלא נדון בזה דין אומדנא כלל, וכמו כן כתבו התוס' בכתובות דף מ"ז גבי שלא כתב לה אלא ע"מ לכנסה שהקשו דא"כ כל הלוקח פרה מחבירו ומתה נימא שע"מ כן לא לקחה, ותירצו דלא אמרינן כן אלא בנותן דאזלינן אחר דעתו לבד דהמוכר לא היה מוכר לו ע"מ כן, וא"כ היה סברא לומר דלא ניזל כאן בתר אומדנא לכן הוצרך הסמ"ג להביא ראיה מהא דאמר ר' יוחנן אונסא כמאן דלא עבד דמוכח דגם בתנאים שבין אדם לחבירו שאינו תלוי בדעת אחד אונס ג"כ מבטל קיום התנאי אלא דאמר ר' יוחנן דעכ"פ אינו כמאן דעבד וכמו שבארנו.

ומבואר דמר"ל לא היה יכול להביא ראיה דר"ל לא נחת מטעם אומדנא אלא משום דהוי כמו שהתנה בדעתו וברצונו ובזה הא אמר להדיא דהוא דוקא כשהבעל התנה אבל כשהאשה מתנית לא מהני אונס וא"כ הכא בדינו של הרמב"ם ב"ד הם שהתנו וקנו מידו שאם לא יבוא ליום פלוני יהיה חבירו נאמן בטענותיו ויטול כל מה שטען, ולא נוכל לבוא כאן מטעמו של ר"ל ולכן הביא דוקא מדברי ר' יוחנן וכנ"ל, אלא דצריכין אנו להוסיף דמ"מ לא קשה מהא דר' יוחנן על דברי התוס' בכתובות שהבאנו דלא דמי דהתוס' כתבו זה על קושייתם בלוקח פרה מחבירו ומתה דזהו אונס הבא אחר המכירה וזהו דומיא דהתם כשמת הבעל קודם הנשואין דאמרינן שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה ובזה כתבו התוס' דלא מהני מה שאם הלוקח היה יודע שתמות הפרה לא היה קונה דהמוכר לא היה מרוצה למכור על ספק זה, אבל הכא אין זה אונס הבא אחר המכירה, אלא דעיקר הגורם דזהו קיום התנאי נעשה באונס, ובזה שפיר מוכיח מדברי ר' יוחנן דאפי' באופן שהתנאי בין שנים נמי שייך פטורא דאונס.

ועתה עלינו ליישב הקושיא החמורה דהא הוא סוגיא מפורשת בנדרים ונראה לי דהנה הב"ח והט"ז כתבו מה דהכא לא בעי שיקנה בב"ד חשוב ובנדרים מסקינן להדיא דבעי

אדם חשוב ותירצו דהכא אין הזכות מבורר דהא אכתי שכנגדו צריך לישבע או שהוא עוד צריך לישבע, אכן לבאר יותר נראה לי דמתי הוי אסמכתא הא איתא להדיא דדוקא היכי דגזים. אבל אם אוביר אשלם במיטבא אינו אסמכתא. ע"כ נראה דהנה במי שצוו לו ב"ד לישבע הא מחוייב לישבע ואם אינו חפץ לישבע הא צריך לשלם. א"כ כשהניחו לו ב"ד את השבועה עתה בשביל שיתחייב שאם לא ישבע אחר ל' ישלם הא לא גזים כלל דהא מעיקרא דדינא אם אינו נשבע עתה צריך לשלם. וכן כל נשבע ונוטל אם אינו רוצה לישבע מפסיד ואינו יכול לאחר את השבועה וראיה מת"ח שאין משביעין אותו ומ"מ אינו גובה וא"כ מאי עדיפותא דת"ח. וע"כ לענין זה שיש לו רשות להשאיר הדין תלוי ועומד. וא"כ בנשבע ונוטל שלא רצה לישבע ואיחר הזמן וקנו ממנו שאם לא ישבע ליום פלוני יאבד זכותו לא גזים כלל משא"כ בהא דנדרים הא אתפיס זכותו והיינו זכותים מבוררים שא"א לו להפסיד באיחור זמן וא"כ הוי גזים. ולכן שם הוי אסמכתא וא"כ מיושב שפיר מה דלא הביא הסמ"ג מנדרים משום דהתם כיון דהוי גזים והוי כנותן מתנה מצדו דהא הוי אסמכתא וא"כ שפיר התם על דעת אונס לא נתן אבל הכא בהא דהרמב"ם כיון שהב"ד התנו עמו והוי בגדר מקח וממכר דהא לא לקחו ממנו יותר ממה שנתנו לו דמשום הכי לא הוי אסמכתא. א"כ ס"ד דאינו מועיל אונס ואדעתא דהכי דהא כתבו התוס' בכתובות דף מ"ז דגבי מקח וממכר לא שייך אדעתא דהכי משום שהמוכר לא היה מתרצה, ע"כ מוכיח שפיר מהא דר' יוחנן דקאמר אונסא כמאן דלא עביד והיינו שאונס אינו יכול רק לבטל ולא לקיים ולמה צריך ר' יוחנן לזה תיפוק ליה דהיכי שתלוי בדעת חבירו לא אמרינן אדעתא דהכי, וע"כ דגם בכה"ג אמרינן אדעתא דהכי ומדברי התוס' בנקל יש לחלק וכמש"כ למעלה.

והנה בהך פלוגתא דאונסא כמאן דעבד איתא בירושלמי שם בגיטין פ"ז הל' ו' וז"ל, חד בר נש אקדים פריטין לאילפא ונגב נהרא אתא עובדא קומי ר' נחמן בר יעקב הא אילפא אייתי נהרא, אבא בר הונא בשם ר' אבא הוה מצלי דייגב נהרא בגין דניסב פריטי אשכחת אמר ר' יוחנן ור' בא לא סברין כרשב"ג, ר"ל ורב נחמן ב"ר יעקב סברין כרשב"ג. ופירשו הפ"מ והק"ע שהקדים מעות לבעל הספינה שיעבירנו ויבש הנהר, ואמר רנב"י שכיון שהספינה לפניו אינו מחוייב להחזיר המעות. ור' אבא סבר דצריך להחזיר ותולה זה הירושלמי בפלוגתא דר"י ור"ל אי אונסא כמאן דעבד וגם בפלוגתא דת"ק ורשב"ג בדין כל עכבה שאינה ממנה. וקשה דכיון דבירושלמי אמר מקודם להדיא דאם האשה מתנית ע"מ שיכניסנה ליום פלוני גם ר"ל מודה דלא מהני אונס ואפי' אם ע"פ אונס לא הכניסה הקדושין בטלין. וא"כ קשה דבהא דרשב"ג דהתנה הבעל ע"מ שתשמשי את

אבא או ע"מ שתניקי את בני. הרי הבעל כשמתנה כאן הוא כמו האשה שהתנית וא"כ אמאי אמר דר"ל סבר כרשב"ג הא גם לר"ל גם לא מהני כאן טענת אונס. וכן נמי קשה במה דתולה לענין הך עובדא דהקדים מעות לבעל הספינה דאף דמוכח דסבר דקיום ההעברה הוא רק בגדר תנאי. אבל עכ"פ צריך להיות דמי להיכי שהתנית האשה דהא הכא כשנתן מעות לבעל הספינה ודאי הוי כמו שהוא התנה על אופן שיעבירו וא"כ אמאי דין אונס שיזכה בהמעות.

ונראה דיש נ"מ בין היכי דמניעת קיום התנאי היה ע"י אונס ובין שנתבטל אפשריות קיום התנאי במציאות. דאף דהיכי שבעל הדבר שצריך לקיום התנאי מתנה לא מהני טענת אונס משום דרוצה הוא בעצם קיום התנאי ואינו מתנה על מניעת קיום התנאי מדעתו של המותנה מ"מ היכי דאינו במציאות סובר הירוש' דלר"ל לא יתבטל הגירושין או הקנין, וגם זה תלייא בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל, דלר"י דסבר שבתנאי צריך דוקא שיתקיים עצם התנאי גם היכי דקיום התנאי אינו במציאות נמי לא מהני דעכ"פ לא נתקיים התנאי. אבל לר"ל דסבר דהיכי דהמקדש התנה אז גם אונס מהני שלא יתבטלו הקדושין. לכן לדידיה היכי שקיום התנאי אינו במציאות גם היכי שהתנה המגרש דהוי כמו האשה בקדושין לא נתבטלו הגירושין דאזלינן בתר אומדן דעת דעל אופן שאינו במציאות לא התנה.

והנה בבבלי סבר דרבנן ורשב"ג פליגי אי לצעורה קא מכוין או להרוחה קא מכוין. ומוכח דאי להרוחה קא מכוין גם רבנן מודו דלא נתבטל הגירושין כיון דלא איצטריך, וסבר בבבלי דעיקר טעמא משום דלא איצטריך, ומשמע דלהבבלי גם ר' יוחנן מודה כיון דלא איצטריך אינו מבטל הגירושין. אבל בירושלמי לא סבר כן דהא אמר דנחתכה דדה כמי שלא עיכבה ומוכח דטעמא דרשב"ג אינו משום דלא איצטריך אלא משום דכיון דקיום התנאי א"א כלל לא התנה באופן זה.

אלא דאכתי צריך ביאור דהתינח בהא דרשב"ג דעיקר הגט אינו מוכרח שיהיה תלוי בקיום התנאי ולכן אמרינן דעל אופן דא"א לא התנה, אבל בהא דספינה דאף דנימא דאינו אלא בגדר תנאי שיעבירנו. אבל עכ"פ הא בודאי אומדן דעתא שלא נתן לו המעות אלא על אופן שיעבירנו, וא"כ מהיכי תיתי נאמר יבש נהרא ואינו יכול להעבירו הוי אומדנא דעל אופן זה לא התנה ונשאר המעות לבעל הספינה אף שלא יעבירנו.

ונראה דהך עובדא דירושלמי אינו כמו שפירשו המפרשים בסתם נהר שעוברת בה ספינה למקום רחוק דלפי"ז אינו מובן מה דאמר דר' אבא הוי מצלי דייגב נהרא שפירשו דהיה רוצה לחזור בו דקשה לומר על ר' אבא שיחפוץ לחזור בו ועוד יתפלל ע"ז, לבד

מה דהוא דבר שאינו מצוי שייבש נהר גדול שהספינה הולכת בו. לכן נראה דהך עובדא מיירי באופן דלא איצטריך וכעובדא דמייתי בבבלי בההוא דאמר לאריסיה וכו' דבעי למתלי בפלוגתא דרבנן ורשב"ג ודחי דטעמא דרבנן משום דלצעורה קמכוין. ולכן הך עובדא נמי מיירי בספינה קטנה כמו מעבורת דכי יבש הנהר אפשר לעבור ברגל ולכן אינו מקפיד על תנאו אף דעכשיו אין לו עבור מה לשלם. מ"מ כיון דמעיקרא קנה הספינה ונתן ע"ז המעות רק שהוא בגדר תנאי וכיון דלא איצטריך אמרינן דאינו מעכב. **עכ"פ** מבואר דבזה מחולק הירושלמי עם הבבלי דבבבלי סבר דטעמא דרבנן הוא משום לצעורה קמכוין וא"כ א"א לתלות זה בפלוגתא דרבנן ורשב"ג. וכן בדין יבש נהרא דסבר בבבלי דכיון דלא איצטריך ניחא ליה גם בלא קיום התנאי גם לרבנן וטעמא דרבנן דפליגי על רשב"ג הוא משום דלצעורה קמכוין, אבל בירושלמי סבר דרבנן פליגי בעיקר דינא דסברי דכיון דעכ"פ לא נתקיים התנאי אף שאין העכבה ממנה וגם הבעל כבר אינו צריך להתנאי מ"מ כיון שעכ"פ התנאי לא נתקיים אינה מגורשת ולרשב"ג אם אין העכבה ממנה אפי' צריך כמו בנחתכה דדה מגורשת וביבש הנהר יש כאן ב' הטעמים ולכן תולה בזה הירושלמי הא דיבש נהרא ופלוגתא דאונסא כמאן דעביד וכמו שבארנו, ובעיקר הדבר במה דסבר הירוש' דהקדים מעות לבעל הספינה ויבש הנהר תלוי בגדרי תנאי ואין השכירות בשביל עיקר ההעברה צריך ביאור אלא שאין כאן מקומו ובפ"ה מה' שכירות נבאר בעזה"י.

הלכה טו

המחייב עצמו בממון לאחד בלא תנאי כלל ואע"פ שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב שדבר זה מתנה הוא ואינה אסמכתא, כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר אע"פ שלא אמר אתם עדי הואיל ואמר בשטר ה"ז כמו שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב וכזה הורו רוב הגאונים.

המ"מ כתב דדברי הרמב"ם הוא מסוגיא דפ' הנושא דפליגי בזה ר' יוחנן ור"ל ומפרש דכל הסוגיא הוא בבא להתחייב. וכן כתב הר"ן בהלכות בדעת הרמב"ם וכתב דמה דצריך בערב לאחר מתן מעות קנין ולא סגי כשיאמר אתם עדי לפי שהוא דומה לאסמכתא, והלח"מ האריך כאן ובסוף דבריו נשאר בצ"ע במה דכאן דימה הגמ' הך דינא לערב היוצא אחר חיתום שטרות וכיון דפסק הרמב"ם דערב היוצא אחר חיתום שטרות בעי קנין אמאי מהני כאן בלא קנין, ואף שכבר הביא דברי הר"נ דטעמא דבערב בעי קנין

משום דדמי לאסמכתא מ"מ קשה דכיון דדימה הגמ' הא דערב לדינא דכאן מוכח דבערב נמי לא בעי קנין. וכתב שכבר הקשה כן הרמב"ן בסוף ב"ב והרמב"ן הוכיח שם שיטתו מכאן דערב היוצא ל"צ קנין.

ונראה דסובר הרמב"ם דאה"נ דהך סוגיא לא הוי סברה לחלק מהא דחייב אני לך מנה לערב היוצא אחר חיתום שטרות דלא הוי סבר דערב דמי לאסמכתא כיון דאינו אסמכתא גמורה דבאסמכתא גם קנין לא מהני. וביותר יש לומר דכאן הא קאי הסוגיא אליבא דר' יוחנן. ור' יוחנן הא אמר בסוף ב"ב חלוק היה ר' ישמעאל אף בחנוק והלכה כמותו אף בחנוק. וסובר דערב לא בעי קנין. ואח"כ מייתי בגמ' אמר רב יהודה אמר שמואל חנוק וקנו מידו משתעבד. ומסיק והלכתא בכולהו בעי קנין, נמצא דלר' יוחנן לשיטתו שפיר מדמה הסוגיא בכתובות דין חייב אני לך לדין ערב היוצא. אבל לדידן דערב היוצא בעי קנין משום דדמי לאסמכתא באמת לא דמי לחייב אני לך מנה דכיון דהוי חיוב ברור ולא דמי לאסמכתא לכן לא בעי קנין.

ומה שכתב הרמב"ם שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב זהו רק לעיקר הדין שיכול אדם להתחייב בחיוב חדש מה שלא היה חייב מעולם. וע"כ אין כונתו מערב שלא בשעת מתן מעות או ביוצא אחר חיתום דכיון דבעי קנין אין הוכחה לכאן דמחייבינן בלא קנין. אלא כונתו מסתם ערב דהוא בשעת מתן מעות וסבר דמה דמהני הא דעל אמונתו הלוהו זה אינו אלא לומר דגמר והתחייב וליכא כאן אף דמיון לאסמכתא דליבעי קנין. אבל אי הוי אמרינן דאדם אינו יכול להתחייב עצמו בדברים בלא קנין לא הוי מהני אפי' הא שהלוהו על אמונתו דאינו חייב כאן משום שסמך עליו המלוה ונמצא שהזיקו דזה אינו אלא גורם להזיק. ואפי' לדעת הרמב"ם דסובר דגרמי מדאורייתא ולא מדין קנס מ"מ הא סבר דאינו חייב אלא במתכוין להזיק ובעינן ברי היזיקא. וכאן אינו ברי שהלוה לא ישלם. ולכן ודאי דאין החיוב משום שגרם לו להזיק אלא דעיקר החיוב הוא בשביל שהתחייב עצמו. וסברא דעל אמונתו הלוהו מועלת נמי דאין צריך לומר אתם עדי דכיון דעל אמונתו הלוהו גמר ומתחייב גם בלא אתם עדי. אבל עיקר החיוב למד שפיר הרמב"ם דאפשר להשתעבד בחיוב אף שלא לוה כלום כמו שישתעבד הערב.

והנה הר"נ כתב שם דלפי"ז מה דאמרו בב"מ דף נ"ח ודף צ"ד בשקנו מידו ה"ה דהוי מצי לשנויי בשאמר אתם עדי. אבל בש"ך סי' מ' וכן בבאור הגר"א שם כתבו דכמו שכתב הר"נ דלכן בערב אחר מתן מעות בעי קנין ולא מהני מה שחותם בשטר משום דדמי לאסמכתא דאין החיוב ברור דשמא ישלם הלוה ה"נ גבי שומרים אין החיוב ברור. ומבואר כן בלשון הרמב"ם שכתב המחייב עצמו בממון לאחד בלא תנאי כלל. [והנה

בסי' י"ב כתב הסמ"ע דבפשרה דצריכה קנין מהני נמי שטר. והתומים חלק עליו מטעם זה דשטר לא מהני אלא היכי דהחיוב ברור. ולכאורה מפורש להדיא בת' הרשב"א הובא בב"י סי' ר"ז אות מ"ו כד' הסמ"ע שכתב דבנתחייב בשטר כמו שיאמרו אומני העיר מהני ולא הוי אסמכתא. אך באמת זה תלוי בדין ערב היוצא אחר חיתום שטרות דהרשב"א סובר דלא צריך קנין כמש"כ המ"מ בפכ"ו מהל' מלוה הל' א'. ומוכח דבהך אסמכתא דערב דאינה אסמכתא גמורה מהני שטר כמו קנין. אבל לשיטת הרמב"ם שם דבעי קנין אלמא דלא מהני שטר היכי דאין החיוב ברור. ולכן בחיוב בתנאי נמי לא מהני שטר. ומשום זה כתב הרמב"ם כאן בלא תנאי כלל וכנ"ל.]

והנה הכ"מ כתב על דברי הרמב"ם וז"ל זה נלמד מדאמרינן בפ' מי שמת ולודי איסור דהני זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא עכ"ל, והחזיק אחריו הקצוה"ח בסי' מ' לבאר דכל טעמו של הרמב"ם הוא רק בשביל אודיתא ולכן מיושב מה שהקשה הר"ן מערב אחר מתן מעות ומשומר להקדש וממתנה ש"ח להיות כשואל דצריך קנין, משום דבכל הני הוא לשון התחייבות ולא לשון הודאה, ואני תמה דהא כתב הרמב"ם להדיא שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב ומוכח דהוא משום התחייבות ולא משום אודיתא, אלא דבאמת נראה דהרמב"ם אינו סובר כלל כל הקנין אודיתא שמשמע מדברי הפוסקים שהוא הלכה ברורה, דאם היה סובר עיקר קנין אודיתא היה לו לכתוב דין זה גבי מתנת בריא כמו שכתב כאן גבי חיוב לפי דברי הכ"מ שהוא מטעם אודיתא דהא עיקר דברי הגמ' גבי איסור גיורא אינו בדין התחייבות, אלא להקנות המעות שהיו לו אצל רבא, ועיקר דין אודיתא קבע הרמב"ם בדיני מתנת שכ"מ בפרק ט' מהל' זכיה ומתנה הלכה ט' וז"ל, שכ"מ שהודה שיש לו לפלוני אצלו כך וכך תנוהו לו או שאמר כלי פלוני פקדון הוא בידי לפלוני תנוהו לו חצר פלונית של פלוני הוא חוב שיש לי ביד פלוני אינו שלי של פלוני הוא בכל אלו הדברים וכיוצא בהן הודאתו הודיה, ואפי' הודה הגר לבנו שאין הורתו בקדושה דבריו קיימין אפי' הודה שכ"מ לעכו"ם נותנין לו, וכתב המ"מ ע"ז וז"ל ופי' הר"י מיגש שהודאתו כהודאת בריא ואם עמד אינו חוזר שאין זה מתנה וכו', וכן כ' הראב"ד עכ"ל, ודברי הראב"ד מובאים בש"מ, נמצא שאין כאן שום חדוש אלא דבש"מ נמי אמרינן שהוא הודאה ומהני אפי' בגר, אבל לא איירי כלל אם המקבל מודה שאין זה שלו ובא ליטול בתורת מתנה.

ואף דקשה לפי"ז דהא רב מרי ידע שאין המעות שלו ואיך הוציאם מיד רבא והקשו כן בתוס' הרא"ש בש"מ והוכיחו מזה דהוא מתנה יש לומר עפ"מ דאמר בגיטין דף מ' ע"ב נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתן לי חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר, ויש

לומר דלאו דוקא בלשון נתתי לו דגם במודה שהיא שלו הוי נמי הודאה אף שהמקבל מודה שאינה שלו, דאמרינן נמי שמא זיכה לו ע"י אחר, ואשמעינן בלשון נתתי לו דמשמע יותר שנתן לו בעצמו, ובזה מבואר מה דאיקפד רבא ואמר קא מגמרו טענתא לאינשי ומפסדו לי דקשה מה הפסידוהו הא עדיין לא זכה בהמעות, וכיון דאיסור היה רוצה ליתן לבנו רב מרי רק שלא ידע דרך קנין למה לא יתנו לו עצה איך להקנותו. ובפרט לפי"מ שמפרשים שהיה שכ"מ הא הוי מצוה שלא תטרף דעתו, ועוד קשה טובא לשון טענתא דאיזה טענה יש כאן אבל לפי"ז מבואר שפיר דבאמת מתורת קנין לא מהני כלל, ורק מתורת הודאה גמורה, וכיון דרבא היה יודע שהמעות אינם של רב מרי ושאיסור לא זיכה אותו מעולם בהמעות, וא"כ אין זה אלא שלימדוהו לרב מרי טענות להוציא ממנו המעות שבאמת הם שלו.

אלא דאכתי קשה על איסור גיורא איך עשה זה שיוציא רב מרי המעות מרבא שלא כדין, יש לומר דכיון דע"פ ב"ד יהיה על רבא ליתן המעות לרב מרי א"כ אפי' אם היה רבא זוכה בהם לא מיקרו ברשותו לפי"מ שביארתי בפ' י"ב מה' גזילה במה שהשמיט הרמב"ם הא דעקל בית הבד כרוך עליה דאנס עומד כנגדו הוי אינו ברשותו ולא היה יכול רבא להקדישן. וממילא אינו יכול מעיקרא לקנות דבר שאינו ברשותו, דנראה דגם אצל הקונה איכא חסרון דדבר שאינו ברשותו א"א לקנות כמו שא"א להקנות. וא"כ לא עשה איסור עברה במה שהודה ומ"מ אמר רבא שפיר ומפסדו לי כיון דבאמת הפסיד מלזכות רק בשביל זה שהיה רב מרי כמו אנס עומד כנגדו ובודאי זה מיקרי הפסד.

ובזה שכתבתי דדבר שאינו ברשותו א"א לקנות נוכל לבאר דברי הרמב"ם פט"ז מה' גזו"א הל' ח' שכתב דלכן אינו קונה בעל הגל משום שהוא אבודה ממנו ומכל אדם ומה אבדה של אדם אמרה תורה אשר תאבד וגו' ק"ו למטמון קדמוני שלא היה שלו מעולם. והקשה הראב"ד דזהו ק"ו שיש עליו תשובה. אבדה שבים למי תזכה היא אבל אבדה שבגל תזכה לבעליו ועיין במש"כ שם דהראב"ד סובר דכיון דגם אבודה ממנו ומכל אדם צריך יאוש והכא לא מהני יאוש כיון שהוא ברשותו לכן ליכא ק"ו. ובדעת הרמב"ם כתבתי דכיון דהוי אבודה ממנו ומכל אדם לא מיקרי ברשותו והוי יאוש, אבל באמת דברי הרמב"ם עוד אינם מיושבים דהא בעל הגל אינו יודע והוי יאוש שלא מדעת, וכיון דסובר דגם אבודה ממנו ומכל אדם צריך יאוש א"כ ליכא ק"ו. אבל לפי"ז אפשר לומר דסובר הרמב"ם דמדין אבודה ממנו ומכל אדם דמיעטה התורה דמבואר מזה דתמיד איכא יאוש ואפי' עומד וצוח ולכן ודאי יש על זה דין אינו ברשותו ודבר שאינו ברשותו א"א לקנות, ומבואר מד' הרמב"ם דסתם אבדה עומדת ברשותו. וכדברי

הריטב"א שהבאתי שם בפי"ד הל' ו' ועמש"כ שם. וזהו מה שכתב ולמה לא תקנה החצר לבעליה דמשום טעם זה אינו קונה כלל.

הלכה טז

חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות חמש שנים אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד שזו כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה וכן הורו רבותי. ומפני מה הפוסק עם אשתו שיהיה זן את בתה חייב לזונה מפני שפסק בשעת נשואין והדבר דומה לדברים הנקנין באמירה.

השגת הראב"ד. בדבר שאינו וכו' א"א רבותיו הורו ולא ידעתי מאין הורו שהרי בגמ' הקשו מאותה משנה לר"ל וסייעו לר' יוחנן והיו סבורין שאינה בשטרי פסיקתא, ור"ל הוא שמעמיד אותה בכך וכשתעיין יפה הכל דרך אחד עכ"ל.

המ"מ כתב על קושיית הראב"ד דאה"נ דהוי מצי למימר וליטעמך והוא דחוק. והנתיבות בסי' ס' כתב ליישב עפ"מ שכתב בטעמו של הרמב"ם דבשעת נשואין מהני קנין וכמו שכתב הכ"מ ע"פ דבריו בה' אישות דאף שאינו מהדברים הנקנין באמירה ממש דזה בשעת אירוסין דגם קנין אינו צריך מ"מ לענין זה מהני דהוי כמו דברים הנקנין באמירה דמהני קנין, ובאר הנתיבות בטעמא דמילתא ע"פ דברי הכ"מ דעיקר דינו של הרמב"ם דמהני התחייבות הוא בלשון הודאה ומטעם אודיתא, ולכן כיון דבשעת אירוסין מהני בלא קנין מהני בשעת נשואין בלשון הודאה שאמר אני חייב ומשמעו שנתחייב כבר משעת אירוסין ומהני הקנין למשעבדי, ודבריו תמוהים דהיכן הזכיר הרמב"ם כאן לשון הודאה הא כתב ומפני מה הפוסק עם אשתו שיהיה זן את בתה חייב לזונה מפני שפסק בשעת נשואין, והדבר דומה לדברים הנקנין באמירה, ומבואר להדיא דמיירי בלשון פסיקה ולא בלשון הודאה, אכן דברי הרמב"ם במה שכתב דבשעת נשואין דומה לדברים הנקנין באמירה דמהני קנין באמת צריכים ביאור וכמש"כ הנתיבות.

ונראה עפ"מ שכתב הריטב"א הביאו המל"מ דסבור היה לומר דמה דסובר הרמב"ם דלא מהני קנין בדבר שאינו קצוב אינו אלא דמתחייב דרך מתנה וגמילות חסדים ולא בנוטל שכר, אלא שדחה זה דא"כ למה הוצרך לכתוב בפוסק בשעת נשואין משום דדומה לדברים הנקנין באמירה, אבל באמת הלא מפורש כן בלשון הרמב"ם שכתב שזו כמו מתנה הוא, ומה שדחה הריטב"א דא"כ למה הוצרך לטעמא דדברים הנקנין באמירה הנה באמת הא לא דמי ממש לדברים הנקנין באמירה דהא צריך קנין, אך לבאר זה נקדים לבאר מה נ"מ לענין זה בין מתנה למכר ונראה דמה דלא מהני קנין בדבר שאינו קצוב אינו בעיקר דין אפשרות ההקנאה אלא משום גדר לא סמכא דעתיה דבדבר שאינו מבורר

לא סמכא דעתו להקנות, וכיון שאין המניעה מצד אפשרות ההקנאה לכן לא אמרינן הכי אלא בדבר שתלוי לגמרי בדעת המקנה כמו במתנה, אבל במקח וממכר כמו דלא מהני אומדנא שלא פירש לבטל המכירה וכמש"כ בהלכה ט' ה"נ לא אמרינן דלא סמכה דעתו להקנות כיון שקבל מחברו בשביל הקנאתו, ולכן כתב דאם התחייב בשעת נשואין אף דלא הוי ממש כדברים הנקנין באמירה דלא בעי קנין דזהו דוקא בשעת אירוסין דהוא התחלת החתון דאמרינן אגב דמיחתני אהדדי גמרי ומקני אהדדי מ"מ בשעת נשואין מועיל לענין זה דמהני מה שנתחייב בקנין דכיון דעכשיו נשאת לו על תנאי זה לא הוי כמתנה גרידא והוי כמו שקבל ממנה עבור זה וגמר והתחייב ע"י קנין, וכן מהני ע"י שטר וכמש"כ הרמב"ם בפכ"ג מה' אישות הובא בכ"מ.

איברא דלפי"ז דנימא דבשעת נשואין לא מיקרי מתנה גרידא יקשה לן לפימש"כ שם בהלכה ט' דשיטת הרמב"ם הוא דבמכר לא מהני אומדנא כ"ז שלא פירש וכמש"כ הגר"א ז"ל בחו"מ סי' ר"ז לשיטת הריא"ז דהיכי שהוזכר דמהני אומדנא בכולהו מיירי במתנה והגר"א ז"ל הזכיר שם גם הא דקיי"ל כראב"ע דאינה גובה תוס' כתובה במת הבעל קודם הנשואין שלא כתב לה אלא ע"מ לכנסה, ולפימש"כ דבשעת נשואין לא הוי מתנה גרידא ודמי למכירה וכ"ש דבשעת ארוסין דמהני דברים הנקנין באמירה אפי' בלא קנין הרי דמי למכירה ולמה מהני אומדנא.

והנה הרמב"ם בפ"י מה' אישות הל' י"א כתב המארס את האשה וכתב לה כתובה ולא נכנסה לחופה. עדיין ארוסה היא וכו' ואם מת או גרשה גובה עיקר כתובתה מבני חורין ואינו גובה תוספת כלל הואיל ולא כנסה, וכתב המ"מ דמה דפסק דאינו גובה אלא מב"ח זהו מהא דאמר בגמ' בכתובות דף מ"ג ומיגבא מאימת גביא וכו' ואסיקו בגמ' דאפי' מנה ומאתים מן הנשואין, וכבר תמה הרא"ש שם על שיטת הרמב"ם דמ"ש שטר זה מכל שטרות שלא יגבה ממשעבדי. ונראה דהרמב"ם סובר דמה דתנן שלא כתב לה ע"מ לכנסה לכאורה הפי' הוא משום גדר אומדנא ואדעתא דהכי שעל דעת זה שימות קודם הנשואין לא כתב לה התוספת, אבל מלשון הגמ' דאמר שם בבעיא דנכנסה לחופה ולא נבעלה אי חיבת חופה קונה אי חיבת ביאה קונה מוכח דאינו רק מגדר אומדנא וכמו תנאי אלא דהחופה עושה עיקר התחייבות התוספת, ואף דמבואר שם דהוא משום אומדנא אינו אלא לענין זה דמשום אומדנא אמרינן דאין דעתו להתחייב אלא לאחר הנשואין, ולפי"ז מבואר דבדין שעבוד נכסים בכתובה כתב הרמב"ם בפט"ז מה' אישות הל' י' וז"ל ועוד תקנו חכמים שיהיו כל נכסי הבעל אחראין וערבאין לכתובה אפי' כתובתה מנה ויש לו קרקע באלפים זוז הכל תחת שעבוד הכתובה וכו' והוא מד'

המשנה והגמ' דכתובות ס"פ האשה שנפלו מתקנת שמעון בן שטח והתוס' פירשו שם דמתחלה היו מיחדין מעות בשביל הכתובה וכדמפורש שם בגמ' דלכן לא היו מקבלין אחריות על חיוב הכתובה, אבל מדברי הרמב"ם משמע דעיקר דינא מה שכל נכסיו אחראין לכתובתה ואינו יכול למכרם. זהו מן התקנה דלא הזכיר כלל שלא ייחד לה מעות או מטלטלין וצריך ביאור דמה חידוש יש כאן בכתובה הא בכל חוב הדין כן שאפי' חובו מנה ויש לו נכסים באלפים זוז כולם משועבדים ואינו יכול למכרם, ואפי' היכי דלא כתב כתובה הא קיי"ל דכל מעשה ב"ד גובה ממשעבדי וכתובה הוא מעשה ב"ד כדאיתא בכתובות ובב"מ דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וא"כ למה צריך כאן לתקנה חדשה.

ונראה דלולי התקנה לא היינו אומרים דכתובה הוא דין חיוב מעכשיו שישתעבדו הנכסים כיון דעיקר כתובה הוא לאחר גרושין או מיתה והיינו אומרים דלא נשתעבדו הנכסים אלא בשעת גירושין ומיתה, ואף דאחר מיתה אין דין לחייב היורשין בכתובה וחיוב הכתובה הוא על הבעל היה אפשר דבשעת מיתה נגמר החיוב ונשתעבדו הנכסים וכדאיתא בב"ב דף קל"ז דגם גט שייך שיחול עם גמר מיתה, ואף דעיקר דין הכתובה ודאי נעשה בשעת נשואין מ"מ כיון דאכתי אינו מחוייב לשלם לא נשתעבדו הנכסים ותיקן שמעון בן שטח שישתעבדו משעת נשואין, ועכשיו מבואר דלפי"מ שבארנו דכל דין דאמרינן דבמת קודם הנשואין אינה נוטלת תוספת דאינו משום גדר תנאי ואדעתא דהכי אלא משום גדר "לאחר" דאמדינן דעתו דלא רצה להתחייב בתוספת אלא לאחר נשואין, לכן אמרינן דגם במנה ומאתים שכתב לה לא היה דעתו אלא על עיקר דין כתובה קודם תקנת שמעון בן שטח, אבל מה שכתב בשטר הכתובה אחריות מכל נכסיו זה דינו כמו תוספת דמלבד עיקר הכתובה לא היה דעתו להתחייב אלא אחר הנשואין ולכן אמרינן דאחד זה ואחד זה מן הנשואין.

ולפי"ז מבואר מה שעמדנו לפימש"כ דבשעת נשואין לא מיקרי מתנה גרידא וא"כ כ"ש דבשעת ארוסין לא מיקרי מתנה, וא"כ אמאי אמרינן הך אומדנא שלא כתב לה אלא ע"מ לכנסה, אבל לפי"מ שבארנו מיושב דמה דבמכר לא מהני אומדנא זהו היכי שאנו צריכים לבוא בגדר אומדנא של בטול, ואדעתא דהכי. בזה אמרינן דכיון שאינו תלוי בו לבדו לא אמרינן אומדנא דהו"ל לפרש וכ"ז שלא פירש הוי דברים שבלב. אבל מה דאמרינן דע"י האומדנא דייניין שלא רצה להתחייב עכשיו אלא לאחר נשואין זה אינו בגדר בטול ולא שייך לגדרי דברים שבלב דאינו מגדרי תנאי ומשו"ה מהני אפי' במכירה.

ועכשיו מיושב השגת הראב"ד דהגמ' שפיר פריך לר"ל דבמתני' תנן הנושא את האשה

ופסק עמה לזון את בתה דמיירי בשעת נשואין ולא בשעת ארוסין דלא הוי דברים הנקנין באמירה ממש וכמש"כ הרמב"ם בפכ"ג מה' אישות וכנ"ל. ולכן מוכח שפיר כר' יוחנן דמהני שטר בחייב אני לך אלא דלעניין זה דמי לדברים הנקנים באמירה דמהני אפי' בדבר שאינו קצוב בין בקנין ובין בשטר, אבל לר"ל דלא מהני שטר בחייב אני לך קשה, וע"ז משני אליבא דר"ל דהוי דברים הנקנים באמירה. וסבר ר"ל דבשעת נשואין נמי הוי דברים הנקנים באמירה, אבל לר' יוחנן לא אמרינן הכי אלא דוקא בשעת אירוסין ומבואר שיטת הרמב"ם דמחלק בין שעת ארוסין לשעת נשואין וכנ"ל.

והנה הכ"מ כתב מקור לדין זה מכתובות דף ק"ב דאמר בנות דלא הוו בשעת קנין לא מהני להו קנין ופריך מי לא עסקינן דהואי בשעת קנין דגרשה ואהדרה, ואי מהני לוקמה שילדה הבת וקנו ממנו לזונה. ולדברי הכ"מ יקשה דלמה תלה זה הרמב"ם בהוראת רבותיו, ונראה דבאמת קשה דברי הגמ' דבאופן דגרשה ואהדרה וקנו מידו א"כ אין זה בתו אלא בת אשתו, ולמה הוצרך הגמ' לחדש דלא מהני בזה קנין משום חששא דצררי, והנה הטור אה"ע סי' קי"ב כתב בשם הרמ"ה וז"ל הא דלא מהני לה קנין דוקא דקנו מיניה בשעת נשואין בכלל מאי דקנו מיניה בתנאי כתובה ולא כתב לבנות שטר באפי נפשייהו אבל אי כתב להו שטרא באפי נפשייהו אי נמי קנו ממנו לאחר נשואין סתם קנין לכתיבה עומד וגבי ממשעבדי דמעידנא דקנו מיניה גמר ומשעבד נפשיה עכ"ל, וקשה דבגרשה ואהדרה הא התנאי כתובה מנשואין האחרונים אינו אלא על בנות שיהיו לה ממנו אחר הנשואין כדתנן בנן נוקבין דיהוי לך מינאי, וא"כ היכי אפשר דקנו מיניה לבנות שכבר נולדו בכלל מאי דקנו מיניה בתנאי כתובה.

ונראה דכיון דקיי"ל דהמגרש את אשתו והחזירה על תנאי כתובה הראשונה מחזירה, וזהו לענין כל חיובי כתובתה שמחויב לה, לכן שייך בשעת נשואין השניים גם תנאי כתובה מנשואין הראשונים לענין דין בנן נוקבן, ושייך שיקנו מידו לקיים תנאי כתובה הראשונים גם במזונות הבנות, ולפי"ז מבואר דמה דפריך בגמ' דבנות נמי מי לא עסקינן דהוו בשעת נשואין דגרשה ואהדרה, הכונה דכמו שבבת אשתו מתחייב בשעת נשואין בפסיקה לבד ומ"מ מוקמינן כשקנו מידו שתגבה ממשעבדי א"כ משכחת לה בנות נמי שיקנו על חיובם מתנאי ב"ד היכי דהוו בשעת נשואין כגון שגרשה ואהדרה, ומבואר דברי הרמ"ה דבקנו בפי' לזון את בתו לא מיירי בגמ' דזהו כמו בת אשתו.

ועכשיו מבואר דאין מקום להוכחת הכ"מ דאם קנו ממנו לזון בתו שנולדה לא הוי מזונות הבנות ולאוקמה דאחר לידת הבת קנו על מזונות הבנות משמע מדברי הרמ"ה דכל שאינו בשעת נשואין ופירשו בשעת קנין מלידת הבת ג"כ הוי כמו בת אשתו וגבי

ממשעבדי, ואפי' בל"ז כיון דע"כ שקנו על מזונות הבנות ולא לזון את בתו א"כ שכיח יותר בשעת הנשואין דהוא זמן ההתחייבות, ולכן שפיר אמר דגרשה ואהדרה.

הלכה יח

כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושין, קונין מזה שהוא חייב לחברו מאה דינרין. ואחר שחייב עצמו קונין מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי החוב הזה מחול לו מעכשיו ואם לא יהיה או לא יעשה הריני תובעו מעכשיו בממון שחייב עצמו בו, ועל דרך זה היינו עושין בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשדוכין ובכל הדברים הדומין להם.

כתב המ"מ דמכאן מוכח דאפי' בקנין יש דין אסמכתא וכמו שכתב בהלכה י"ג לכן הוצרכו שיהיה התנאי במחול לך, ותמה הכ"מ דעכ"פ הא במעכשיו ליכא אסמכתא וכתב הכ"מ בשביל שהיו דברים שא"א להקנותם בקנין לכן עשו בהתחייבות, ודבריו תמוהים דאכתי למה הוצרכו להתחייב בהחלט ולמחול מעכשיו על תנאי ולמה לא עשו ההתחייבות על תנאי במעכשיו, עוד קשה דלמה הוצרכו שתהיה המחילה מעכשיו הא סובר הרמב"ם דבמחול לך ליכא אסמכתא, וכתב בזה הלח"מ דרצו לתקן אפי' לדעת החולקין וסוברים דבמחול לך נמי איכא אסמכתא, ותירוצו אינו מיושב דאין זה דרך הרמב"ם לכתוב שלא לפי שיטתו.

ונראה דמה דסובר הרמב"ם דבמעכשיו ליכא אסמכתא זהו דוקא במקנה דבר מסויים דכיון שהקנה לו מעכשיו הרי נעשה המקח ברשות הקונה, אבל בהתחייבות כיון דעכ"פ המעות הם ברשותו לא מהני מעכשיו לסלק אסמכתא ולכן הוצרכו שהחיוב יהיה ברור בלא אסמכתא, איברא דבהלכה ד' בארתי דמה דבמעכשיו ובע"מ דהוי כמעכשיו לא הוי אסמכתא, ומה דבמחול לך לא הוי אסמכתא אינו מטעם אחד דבמעכשיו ובע"מ דלא הוי אסמכתא הטעם משום דכיון שכבר נגמר הקנין לא הוי אסמכתא, אלא דבמעכשיו יותר חדוש מתנאי דע"מ. דע"מ נגמר הקנין עכשיו ממש ובתנאי דאם מעכשיו אחר שיתקיים התנאי נגמר הקנין למפרע. ובמחול לך אפי' אם אחר שיתקיים התנאי תחול המחילה מ"מ כיון שעכ"פ הוא תחת ידו לא הוי אסמכתא. וא"כ לפי"ז כאן גבי התחייבות אף דהמעות הם ברשותו כיון דעכ"פ ההתחייבות נגמר מעכשיו אמאי הוי אסמכתא, אלא דמ"מ יש לומר דעכ"פ לא דמי לקנין. דבקנין כיון שהקנהו מעכשיו כבר נגמר הקנין והמקח כבר ברשות הקונה אפי' לא קנה אלא במעות או בק"ס. אבל בהתחייבות אפי' אם נגמר ההתחייבות המעות אכתי הם ברשותו לגמרי לא סמכה דעתו להתחייב כיון שהוא על תנאי, ולפי"ז גם מה דמהני בע"מ ובמעכשיו הוא ג"כ מטעם דכיון שהקנין כבר

נגמר הוא כמו שהוא תחת יד הקונה ומיושב מה שכתב הרמב"ם בהלכה ד' "לפיכך" ועיין מש"כ למעלה בזה דלא קאי הלפיכך אלא על זה דבחצר המוכר הוי אסמכתא, אבל לפי"ז מיושב יותר דשייך נמי לזה דאם חזר הלוקח קנה המוכר להערבון.

ומה שהצריכו לפרש שאם יעשה כך הרי החוב מחול לו מעכשיו אף דהרמב"ם סובר דבמחול לך ליכא אסמכתא נראה דבזה שהצריכו מעכשיו אינו משום דין אסמכתא אלא שלא יוכל השני לחזור בו דכיון שזה מתחייב מעכשיו בהחלט, והשני יאמר שאם יעשה כך יהיה מחול לו וכיון דאם הוא כלאחר הא קיי"ל דבאומר לאחר יכול לחזור בו קודם שיגיע הזמן. וא"כ יוכל לחזור מהמחילה לכן הצריכו שגם המחילה תהיה מעכשיו ומה שהוצרכו לקנין על המחילה אף דמחילה א"צ קנין בזה ודאי נכונים דברי הלח"מ שזהו כמש"כ הרמב"ם בפ"ו הל' י"ב שנהגו ברוב המקומות לעשות קנין גם על מחילה אף שאינו צריך.

פרק יב

הלכה א

אסור למוכר או לקונה להונות את חברו שנאמר וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו, ואע"פ שהוא עובר בל"ת אינו לוקה מפני שניתן להשבון, ובין שהונה במזיד בין שלא ידע שיש במכר זה הוניה חייב לשלם.

מפני שניתן להשבון. מה שכתב שניתן להשבון הוא מדין השבת גזילה דדין חזרת אונאה לא כתיב בקרא והוא משום דדמי לגזילה. וכן כתב הפנ"י בב"מ דף נ"ו. אלא דצריך להוסיף דכמו שכתב הרמב"ם בפ"א מה' גזילה דאם הגזילה בעין ניתק לעשה דהשבה ואם אינה בעין ניתן לתשלומין ה"נ כאן מלבד הא דניתק לעשה ניתן נמי לתשלומין דאף דגבי אונאה לא שייך ליתא בעינא אלא גבי מוכר שקבל דמים יתירים, אבל גבי לוקח שנתן פחות לא שייך ליתא בעין דעיקר הגזילה הוא כאן מה שהיה צריך להוסיף מעות שלו אלא דמ"מ כיון דעכ"פ איכא נמי חיוב תשלומין דגזילה מיפטר ממלקות משום שניתן לתשלומין, ומה שמכריח לזה הוא דמשום ניתק לעשה לבד היה צריך להתחייב במלקות כשלא קיים העשה כגון כשנתאנה גר ומת הגר וכדפריך במכות דף ט"ז גבי משכונו של גר ומת הגר. וע"כ משום דאיכא דין חיוב תשלומין כדאמר בגמ' שם. ועמש"כ בפ"א מה' גזלה הל' א'.

והנה המנ"ח הקשה מפחות משתות דאינו משלם למה אינו לוקה וכתב דכיון דהוי מחילה הוי כמו תשלומין. והביא לזה מדברי הקצוה"ח בסי' גבי החובל בעבד כנעני שלו

דפטור ממלקות אף דאינו משלם משום דמה דזוכה הרב הוי כמו תשלומין, ומזה כתב הקצוה"ח להקשות גבי מפותה אמאי לוקה כיון דפטורא הוא משום מחילה ליהוי כמו תשלומין. והוכיח מזה דמפותה לית בה דין נזק כלל דלא חייבה תורה כשהוא ברצון הניזק. והנה מדברי הגמ' דמכות דאמר התם גברא בר תשלומין ושעבודא דגר הוא דקא פקע משמע דאינו כמו תשלומין. אלא דכיון דגברא בר תשלומין מיקרי ניתן לתשלומין. ואף דעכשיו פקע ואינו משלם מ"מ אינו לוקה. ובעיקר מילתא לא מסתבר דמה שהניזק מוחל או מה שהרב זוכה שאינו צריך לשלם לעבדו יהיה בגדר תשלומין דנאמר על זה אינו לוקה ומשלם דהא עכ"פ לא שילם. ואין זה בגדר עונש שיפטור המלקות.

והנה בבאור דברי הגמ' לשיטת הרמב"ם כתבתי בפ"א מה' גזילה דדין אינו לוקה ומשלם אינו תלוי בחיוב העונש בב"ד אלא דאם בשעת מעשה העברה נעשה חלות חיוב של שתי רשעיות א"א לחייבו אלא אחת והיכי דמשלם ואינו לוקה אף דלבסוף אינו משלם כגון במשכונו של גר ומת הגר וכן היכי דמחל לו התובע אינו חייב מלקות כיון דבשעת העברה נעשה דין לחיוב ממון. ולפי"ז היכי דלוקה ואינו משלם אף שלבסוף לא נתחייב מלקות בב"ד כגון שמתו העדים והב"ד יודעים מהודאת בעלי הדין שהיה חיוב מלקות וממון אף דקיי"ל דחייבי מלקות שוגגין או בלא התראה חייבין ממון שאני התם דלא היה חלות עונש כלל בשעת עשיית העברה, אבל כאן בשעת העברה נעשה חלות של חיוב מלקות לכן פטור מממון.

אבל בזה אכתי אינו מיושב מה שהעיר הקצוה"ח ברב שחבל בעבדו דמשמע דפטור ממלקות דבזה בשעת העברה לא נעשה דין לחיוב ממון, אכן לפימש"כ בפ"ז במ' גנבה דדין לאו שניתן לתשלומין הוא פטור מעיקר דין חיוב מלקות כיון שהלאו ניתן לתשלומין ודמי ללאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד, וכן מוכח מלשון הרמב"ם פ' י"ח מה' סנהדרין שכתב וז"ל וכל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד כגון לא תנאף לא תעשה מלאכה בשבת אין לוקין עליו וכל לאו שניתן לתשלומין כגון לא תגזול ולא תגנוב אין לוקין עליו וכל לאו שניתן לעשה כגון לא תקח האם מעל הבנים לא תכלה פאת שדך אין לוקין עליו אלא אם לא קיים עשה שבהן ומדכתב בלאו שניתן לתשלומין סתמא דאין לוקין ולא כתב אופנים דלוקין כמו בלאו הניתק לעשה מוכח דהוא בכל גווני כמו בלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד לפי"ז היה מיושב לכאורה הך דינא דרב שחבל בעבדו. אלא דא"כ יקשה מהכהו הכאה שאין בה שו"פ דגבי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד מצינו דגם באופן דליכא חיוב מיתה פטור כמו בעדים שהוכחשו בנפש ובלאו דמחמר, ולזה כתבתי שם דלאו דחבלה כיון שאינו בשביל היזק ממון ומשום זה באמת איכא לאו גם באין בו שו"פ לכן לא מיקרי

לאו הניתן לתשלומין. ומה דפטור ביש בו שו"פ אינו אלא משום דאין לוקה ומשלם. אבל אין בזה גדר לאו הניתן לתשלומין. וממילא שוב אין לנו ישוב על הך דינא דרב שחבל בעבדו כיון דלאו דחבלה אינו לאו הניתן לתשלומין ושני עונשין אין כאן.

איברא שלפום ריהטא מדברי הרמב"ם בפ"ה מה' חובל ומזיק הל' ג' שכתב המכה את חבירו הכאה שאין בה שוה פרוטה לוקה שהרי אין כאן תשלומין כדי שיהיה לאו זה שניתן לתשלומין. מוכח דביש בו שו"פ ניתן לתשלומין ומוכח דגם בלאו הניתן לתשלומין היכי דליכא תשלומין לוקה. ולא דמי ללאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד, דשם כיון דאין עונש בלא אזהרה וכיון שהלאו ניתן לאזהרת מיתת ב"ד כבר ליכא אזהרה על מלקות משא"כ בלאו הניתן לתשלומין דדוקא דין התשלומין פוטר ממלקות. וחשבתי לחלק בין היכי דאיכא עכ"פ גדר תשלומין כמו ברב שחבל בעבדו דעיקר החבלה היא בת תשלומין. ומה דאינו משלם הוא בשביל דמה שקנה עבד קנה רבו משא"כ בחבלה שאין בה שו"פ ליכא כלל גדר תשלומין דאין זה משום מחילה אלא דלא חייבה תורה כל היכי דליכא חיוב ממון.

אכן אחר העיון ראיתי דדברי הרמב"ם בה' חובל ומזיק אינו סתירה לדברי אלא אדרבא סייעתא דמה דכתב שהרי אין כאן תשלומין שיהיה "לאו" זה שניתן לתשלומין אינו מדוקדק דהיה לו לכתוב שיהיה זה ניתן לתשלומין, אבל מלשון זה מוכח דעיקר הלאו אינו לאו שניתן לתשלומין. ולכן באמת זהו שבא הרמב"ם לבאר דכיון דבפחות משו"פ ליכא תשלומין מוכח דעיקר הלאו אינו בשביל דיני ממון ולא ניתן לתשלומין וכמו שכתבתי. ויש להוכיח כן ממה שכתב הרמב"ם בפ"ד הל' ט' דהחובל בחברו ביה"כ אפי' במזיד חייב בתשלומין אע"פ שעבר עברה שחייב עליה מלקות משום שרבתה תורה חובל בחברו לתשלומין, ולפי"מ שנאמר דדין לאו הניתן לתשלומין הוא דין מיוחד שבלאו זה אין בו מלקות אלא תשלומין. א"כ אין ללמוד מזה כלל אם חבל ביוהכ"פ שיש מלקות בשביל יוהכ"פ דאינו לוקה דהא אינו לאו הניתן לתשלומין. וע"כ או דנוכיח מזה לבטל עיקר היסוד דמוכרחין אנו לומר דעיקר לאו הניתן לתשלומין הוא משום דין דאינו לוקה ומשלם וריבתה תורה בחובל בחברו דמשלם ואינו לוקה. ולכן סובר הרמב"ם דגם כשיש דין מלקות מלאו אחר ג"כ משלם ואינו לוקה, ואם נחפוץ להעמיד היסוד דדין לאו הניתן לתשלומין הוא דין מיוחד דלאו זה אינו בתשלומין כלל. ע"כ עלינו לומר דזהו שחידש הרמב"ם בפ"ה דלאו דחבלה אינו לאו הניתן לתשלומין כיון דאיתנהו גם בפחות משו"פ דאין בו ממון, ולכן בשו"פ דמשלם הוא משום דלא ענשינן תרתי וגילתה תורה דמשלם ואינו לוקה, עכ"פ נתבאר דלאו דחבלה דמשלם ואינו לוקה הוא משום

דלא ענשינן תרתי וא"כ ברב שחבל בעבדו כיון דליכא דין עונש כלל יקשה לן למה אינו לוקה כיון שכתבנו דקשה לומר כדברי הקצוה"ח דהוא כמו תשלומין.

לכן נראה דבאמת לא קשה כלל דמה דפטור ממלקות ברב שחבל בעבדו אינו משום הדין דבחבלה משלם ואינו לוקה אלא משום דבעבדו ליכא חיוב כלל שנתנה תורה רשות לאדון להכות את עבדו לרדותו, וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ב מה' רוצח הל' י"ב לענין דין יום או יומים וז"ל, מה בין עבדו לעבד אחרים שעבדו יש לו רשות להכותו, ולכן לא חלקה תורה בזה ואינו חייב מלקות בחבלת עבדו, ואף דדין יום או יומים אינו במכה את עבדו בסכין וסייף שלא נתנה תורה רשות להכותו אלא בשבט ומקל ורצועה וכיוצא בהן ולא בהכאת רציחה כמש"כ שם הרמב"ם, וא"כ יקשה לן למה סתם וכתב דהמכה את עבדו פטור דמשמע דאפי' בסכין וסייף, יש לומר דעיקר כונתו הוא על סוף דבריו שכתב ולא בהכאת רציחה והיינו דהיכא שהכה אותו בהכאת רציחה אין לו רשות ע"ז, אבל על חבלה בעלמא לא חייבה תורה בעבדו כלל, וראיה ברורה לזה דהא בהכאה שאין בה שו"פ דכתב הרמב"ם דלוקה כתב וז"ל, ואפי' הכה עבד חברו הכאה שאין בה שו"פ לוקה ואם נאמר דמה דפטור במכה את עבדו בשו"פ הוא משום דהוי כמו תשלומין, א"כ בהכאה שאין בה שו"פ אין חילוק בין עבדו לעבד חברו, וע"כ מוכח להדיא דטעמא דפטור בעבדו הוא משום דבעבדו אין חיוב כלל.

ולפי"מ שבארנו אין מקום לקושיית הקצוה"ח גבי מפותה דאפי' אם נימא דלאו הניתן לתשלומין בכל אופן אינו לוקה ואפי' לפי"מ שנאמר דלאו דחבלה נמי מיקרי לאו הניתן לתשלומין והיכי דאיכא גדר תשלומין אינו לוקה, זהו בלאו דחבלה אבל במפותה דהוא בלאו דממזרת דודאי אינו לאו הניתן לתשלומין, ואינו אלא משום דין דלא ענשינן תרתי ולכן במפותה כיון דמחלה מתחלה וגם בשעת מעשה העברה לא חל דין תשלומין כלל בודאי לוקה.

ובדין אונאת קרקעות הביא החנוך דברי הרמב"ן דהלאו איכא גם בקרקע אלא שאין מחזירין אונאה משום גדר מחילה, אכן מלשון הרמב"ם שכתב בהל' ב' וכמה תהא האונאה ויהיה חייב להשיב שתות בשוה ולא כתב כלשון המשנה שנתנה שיעור שתות בעיקר דין אונאה, ומפורש בדבריו דהלאו איכא אלא שאין חיוב השבה, אבל גבי קרקעות כתב בהל' ח' אלו דברים שאין להם הוניה והוא כלשון המשנה ומקודם כתב העכו"ם אין לו הוניה וגבי עכו"ם בודאי ליכא לאו כיון דנתמעט מאיש את אחיו, ומוכח מדבריו דבקרקעות ועבדים ושטרות והקדשות ליכא כלל לאו דאונאה ובאמת קשה דברי הרמב"ן דהא במתני' תנן בהדדי קרקעות ועבדים ושטרות והקדשות ובהקדשות ודאי לא

שייך גדר מחילה, וע"כ שנתמעט מעיקר דין אונאה וכמו עכו"ם, וא"כ ה"נ גבי קרקעות כיון דתנן להו בהדדי וכן הוא ברמב"ם ולכן פשוט דאין איסור לאו באונאה בקרקעות ועי"ש, והפנ"י במתני' דאלו דברים שאין להם אונאה עמד בזה דאיך אפשר דליכא לאו דהא עיקר קרא דלא תונו קאי על אונאת קרקע לענין מכירה בזמן היובל, וכבר עמד בזה הרמב"ן הנ"ל בחומש וכתב מקודם דלפי"ז צריך לומר שהם שני מקראות דקרא קמא דלא תונו קאי על דבר הנקנה מיד ליד שהוא מטלטלין, ואח"כ אמר קרא במספר שנים אחר היובל תקנה מאת עמיתך והוא על מכירת קרקע ואח"כ נטה הרמב"ן לדרך אחר דלא נתמעט קרקע אלא מחזרת אונאה ולפי דבריו צריך לומר דאף דלפני קרא דוכי תמכרו ממכר לעמיתך קאי הפרשה ביובל וגם אח"כ קרא דבמספר שנים הוא לענין יובל מ"מ הפסיק קרא בדין אונאת המטלטלין.

ונראה להוסיף על דבריו דזה ודאי דמקרא דמיד עמיתך ממעטינן דדין אונאה אינו אלא במטלטלין והיינו דליכא איסור לאו כלל וכדאמרינן בפ"א דב"ק דבר השוה כל כסף לענין זה דקרקע אין בו אונאה והרמב"ן בעצמו הביא זה אח"כ לענין דאין בקרקע חזרת אונאה אבל פשטות דברי הגמ' משמע דאין בו אונאה כלל אלא דאח"כ אמר קרא לענין מכירה בזמן היובל דאפשר בזה אונאה כגון אם יהיה אונאה במספר שני תבואות דבזה ודאי אף בקרקע יהיה אונאה ובטול מקח דדין כל דבר שבמדה ובמשקל ובמנין אף פחות מכדי אונאה חוזר הוא גם בקרקע כדאיתא בקדושין דף מ"ב, וממילא מיושב קרא שפיר דבא ללמד דין אונאה במכירת שדה בזמן היובל אלא דהקדים דבמטלטלין איכא דין אונאה גם בשיווי המקח, ובהקרקע בזמן היובל איכא דין אונאה במספר שני תבואות.

הלכה י

וכן אם היה הסלע חסרה שתות והיו מוציאין הסלעים במנין ולא במשקל מחזיר ההונייה.

כתב המ"מ דמה שכתב הרמב"ם והיו מוציאין הסלעים במנין ולא במשקל כונתו שאם היו מוציאין במשקל אפי' בכל שהוא חוזר כמו שיתבאר פ' ט"ו, אכן ביאורו אינו מספיק דאם היה שיטת הרמב"ם כשיטת הראב"ד דמה דאמרינן פחות מכדי אונאה חוזר היינו דבטל המקח היו דבריו מיושבים דכיון דכתב כאן מחזיר ההונייה לכן כתב שהיו הסלעים יוצאים במנין ולא במשקל, אבל שיטת הרמב"ם הוא בפ' ט"ו דחוזר אינו בטול המקח אלא דמשלים החסרון, וכתב שם המ"מ שזהו שיטת הר"י מיגש א"כ אין נ"מ לענין אונאת שתות בין יוצאים הסלעים במנין או במשקל דבזה ובזה מחזיר האונאה ואין נ"מ אלא לענין פחות משתות, ולא משמע כן בלשון הרמב"ם דמשמע דהך דינא

דהוא בשתות אינו אלא באופן זה שהיו יוצאים הסלעים במנין.

ונראה בזה עפ"מ שבארתי שם בפ' ט"ו שיטת הרמב"ם דדוקא היכי שקנה ממנו סתם ונתן לו סאה חסר דאז צריך להשלים לו המקח, אבל אם קנה ממנו סאה זו והיתה חסרה אז א"א לומר דצריך להשלים לו המקח ומ"מ לא נתבטל המקח משום דיכול להחזיר לו מעות כפי החסרון, דהחזרה בחסר הוא בין בהשלמת המקח בין חזרת מעות היתירים, ומה דכתב הכ"מ שם מדברי הר"ן דבדבר שא"א להשלים בטל המקח זהו בקנה קרקע דיש קפידא בכמה קרקע שהוא רוצה אבל באגוזים שהזכיר בפ' ט"ו כיון דאין נ"מ ויכול להשלים עליהם א"כ אפי' אין להמוכר יותר יש תקנה בחזרת מעות כנגד החסר, וא"כ לפי"ז בקנה דבר שא"א לחלק כמו בהמה או כלי בעד סלע זו לא שייך השלמה ליתן יותר דמים דהא לא נתחייב הלוקח כיון שלא קנה בעד סלע סתם אלא בעד סלע זו וכן מבואר להדיא בדברי הר"י מיגש בב"ב דף צ' שהביא המ"מ דזהו יסוד שיטת הרמב"ם שכתב משום דהקנין היה בסתם ואחר שנגמר הקנין נתן לו מדה חסרה. ומבואר בדבריו דבמכר לו מדה זו ונמצאת חסרה לא נאמר שישלים.

ולפי"ז מבואר דברי הרמב"ם שכתב והיו מוציאין הסלעים במנין ולא במשקל דאם היו מוציאין במשקל וקנה חפץ מסוים בעד סלע זו בטל המקח לגמרי כיון דאין בזה דיני אונאה אלא דין חסרון, ולכן כתב שהיו מוציאין הסלעים במנין דהמקח לא נתבטל וליכא אלא דין אונאה ושפיר איכא דין להחזיר האונאה ולהשלים מה שחסר בהסלע.

והנה בעיקר הך דינא כשהסלעים יוצאים במנין דתנן במתני' שאינו אלא נפש רעה מי שאינה מקבלה וזהו לפי' הרמב"ם דמפרש מתני' על כדי אונאה כפי' הריב"ן וכמו שנבאר בהלכה י"ב, וכדאמר ע"ז בג"מ דסגי להו ומפרש הרמב"ם דיוצאה ע"י הדחק וא"כ צריך ביאור למה צריך להחזיר לו האונאה כיון דטעמא דאינו בטל המקח הוא משום דיכול להוציאה ע"י הדחק ביפה, וא"כ ממ"נ אם לא נחשבה כמו שיוצאה בהוצאה כיון דאינה יוצאה אלא ע"י הדחק יתבטל המקח לפימש"כ דגם לדעת הרמב"ם משכחת לה ביוצאה במשקל שיתבטל המקח, ואם נחשוב בשביל זה שיכול להוציאה ע"י הדחק דהוי כמו יוצאה בהוצאה א"כ אמאי יחזיר לו האונאה, וצריך לומר דאף דיוצאה ע"י הדחק ומשום זה אין כאן בטול מקח מ"מ כיון דלא היה לו להנותן רשות להונותו יש כאן דין אונאה כיון דצריך הוא להוציאה ע"י הדחק, ולכן חייב להשלים לו שיעור החסרון מדין חזרת אונאה, אלא דמ"מ נראה דלא דמי לכל אונאת שתות דקיי"ל דקנה ומחזיר אונאה והמאנה אינו יכול לבטל המקח מ"מ כאן לא יוכל המתאנה לומר דכבר קנה הסלע החסר והמאנה ישלים לו החסרון דבודאי מסתבר שיכול להחליפה ביפה,

ואף דכ' הרמב"ם מחזיר ההוניה מ"מ נראה דגם במה שמחליפה ביפה ג"כ יוצא בחזרת האונאה כיון דאין המקח של הסלע לגופו והמאנה הא יכול לטעון שיכול הוא להוציאה ביפה ולמה ישלים החסרון שיהיה לו היזק כיון שרוצה להחליפה וע"כ דזה נמי מיקרי מחזיר ההוניה.

הלכה יב

הנותן סלע חסרה לחברו אם היה מכירה אפי' לאחר י"ב חודש ה"ז מחזירה ואם היה אפשר להוציאה ע"י הדחק אינו יכול להחזירה אחר זמן אא"כ קבלה ממנו במידת חסידות.

כתב המ"מ דלפי הנראה בגמ' אפי' אינו יכול להוציאה ע"י הדחק אינו חייב להחליפה מן הדין, אבל מלשון המחבר נראה שהמשנה הוא דוקא ביכול להוציאה וסיים דבריו בצ"ע. והטור כתב וז"ל ושיעור חזרה למטבע וכו' ולאחר זמן אין המאנה חייב להחליפה ומיהו מדת חסידות להחליפה אפי' לאחר זמן זה אם הוא מכירה ובלבד שתצא ע"י הדחק ופי' הפרישה וכן בסמ"ע דכונת הטור דאם אינה יוצאת אף ע"י הדחק אף במדת חסידות אינו חייב להחליפה, דהא בטלית לא מצינו שיהא חייב להחזיר אחר כדי שיראה משום מדת חסידות, והב"ח תמה על דבריו דהא תנן במתני' ונותנה למע"ש שאינו אלא נפש רעה, ואמר בגמ' ש"מ האי מאן דמוקים אזוזי מיקרי נפש רעה וה"מ הוא דסגי להו, א"כ מוכח כדברי הרמב"ם דהא דתנן במתני' דאינו אלא ממדת חסידות היינו דוקא היכי דיוצאה ע"י הדחק, והביא דברי המ"מ וכתב דכונת המ"מ לפרש כדברי ריב"ם בתוס' דהא דתנן ונותנה למע"ש שאינו אלא נפש רעה קאי אירישא דמתני' בפחות מכדי אונאה, וכן פי' הנמוק"י וכתב הב"ח ע"ז מיהו תמוה לי טובא דהא כתב הרי"ף וז"ל ואם היה מכירה וכו' פרישנא הכי אם היה מכירה אפי' לאחר י"ב חודש יקבל ממנו במדת חסידות, ואם לא קבלה ממנו אין לו עליו אלא תרעומות שאינו אלא נפש רעה אמר רב פפא ש"מ האי מאן דמוקים אזוזי מיקרי נפש רעה וה"מ דנפיק ע"י הדחק עכ"ל אלמא דקאי נמי אסיפא אאם היה מכירה וכו', לכן פי' הב"ח דכונת הטור כמש"כ הרמב"ם דאם אינה יוצאה אף ע"י הדחק חייב להחליפה מדינא, וכן כתב הט"ז והוסיף דמקור דברי הרמב"ם לחלק בין יוצאה ע"י הדחק או לא הוא ממה דאמר בגמ' מקודם לחלק בין טלית לסלע משום דבסלע דלא סגי לא מחיל, ומוכח דאינה יוצאה ואח"כ אמר בגמ' וה"מ דסגי להו, ולכן ע"כ דמה דאמר דסגי להו היינו ע"י הדחק, וכדברי הב"ח והט"ז כתב הגר"א בבאורו לחו"מ וציין לדברי הרמב"ם בפי' המשנה שכתב להדיא דהא דתנן שאינו אלא נפש רעה קאי על חסרה כדי אונאה ע"ש.

והנה אני תמה על דבריהם דאיברא דשיטת הרמב"ם ודאי כן הוא דלבד מש"כ בפיה"מ כתב ג"כ בפ"ד מה' מע"ש הל' י"ט וז"ל. היתה הסלע חסרה שתות או פחות משתות אם היתה יוצאה ע"י הדחק מחלל עליה לכתחילה בשוה סלע ואינו חושש וזהו כפי' המשנה וכנ"ל, אבל מה שכתבו כן על שיטת הטור הוא תימה דהא הרא"ש בסי' כ' כתב להדיא דהא דונותנה למע"ש קאי אפחות מכדי אונאה, והוכיח דהא בכדי אונאה קיי"ל דיקוץ ואיך אפשר דהוי נפש דהוי נפש רעה מי שאינו מקבלה, וכתב דהשיטות שמפרשים דונותנה למע"ש קאי אכדי אונאה ע"כ סברי דהא דאמרינן יתר ע"כ יקוץ הוא דוקא בחסרה יותר מכדי אונאה אבל הרא"ש הוכיח דאינו כן אלא דבכדי אונאה יקוץ, וכן כתב הרי"ף דאם לא חסרה אלא פחות משתות יקיים, א"כ דברי הרא"ש ברורים דגם לשיטת הרי"ף הא דאינו אלא נפש רעה, דע"ז אמרינן וה"מ הוא דסגי להו קרי אפחות מכדי אונאה, ומה שכתב הב"ח להוכיח מדברי הרי"ף הוא תימה, דמה שכתב הרי"ף שאינו אלא נפש רעה הוא דבור מיוחד וכן הוא ברי"ף שלנו רק שהשמיט הא דונותנה למע"ש שהביא כבר במשנה והביא רק זה להביא הא דאמר ר"פ דהאי מאן דמוקים אזוזי מיקרי נפש רעה, וא"כ א"א לפרש בדברי הטור כשיטת הרמב"ם דבודאי הטור אינו חולק על הרא"ש ואין להוכיח ממה דבפחות מכדי אונאה דנותנה למע"ש דמיירי היכי דיוצאה בהוצאה להא דתנן דאם היה מכירה א"צ לקבל אלא ממדת חסידות דהא בכל דיני אונאה לאחר כדי שיראה אינו צריך להחזיר וכמו שכתב הסמ"ע.

אכן נראה דבעיקר דינא יש לחלק דאף דבכל דיני אונאה לאחר כדי שיראה אמרינן שכבר מחל ואינו מחוייב לקבל, אבל בסלע חסרה אם אינה יוצאה בהוצאה א"כ הוא כמו מין אחר ובמכר לו מין אחר לא אמרינן דבכדי שיראה נתקיים המקח, ונראה לפי"ז מקור לדברי הרמב"ם מקדושין דף ח' דאיתא שם בברייתא התקדשי לי במנה ונמצא מנה חסר או דינר של נחושת אינה מקודשת דינר רע ה"ז מקודשת ויחליף ופריך ע"ז דינר רע היכי דמי אי דלא נפיק היינו דינר של נחושת, אמר ר"פ כגון דנפיק ע"י הדחק א"כ מבואר בגמ' דהיכי דאינה יוצאה אף ע"י הדחק הוי כמו דינר של נחושת ובדינר של נחושת ודאי לא מהני בכדי שיראה ואין אנו צריכין עכשיו למש"כ הט"ז דהרמב"ם עשה בעצמו הכרעה זו מה דמעיקרא אמרינן סלע דלא סגי ובתר הכי אמרינן והוא דסגי להו ופירש דהיינו דיוצאה ע"י הדחק, אבל לפימש"כ הוא גמ' מפורשת דתליא ביוצאה ע"י הדחק.

אלא דקשה על דעת הרמב"ם מה שהקשה הרא"ש דאיך אפשר לומר שאינו אלא נפש רעה כיון דקיי"ל דבכדי אונאה יקוץ, וכן הוא שיטת הרמב"ם בפ"ז מה' גנבה שכתב

כדברי הרי"ף דאם לא חסרה פחות משתות יקיים, ומוכח דבשתות יקוץ, ועוד דקשה עיקר הך דינא דאיך אפשר שתהיה יוצאה ע"י הדחק כיון דאסור לקיימה וזה קשה גם על דברי הטור שכתב ובלבד שתצא ע"י הדחק, וראיתי להנתיבות שכתב דכל הך דינא דסלע חסרה דאמרינן דלאחר זמן אינו חייב להחליף מיירי שבמקום אחר הולכין הסלעים במשקל זה וכיון שדעתו להוליכו שם אינו מחויב לקוץ, ודבריו אינם מיושבים דכל כה"ג הוי להו להפוסקים לפרש שזהו אוקימתא רחוקה, ועוד דהא מדברי הרא"ש מוכח דאינו סובר כן דהא הוכיח דא"א להעמיד הא דאינו אלא נפש רעה אכדי אונאה משום דקיי"ל יקוץ.

והנראה בזה דבאמת הא בהא תליא דהיכי שהסלעים יוצאים במנין ורוב אינם מקפידין אפי' בחסר שתות ועל זה הוא דתנן שאינו אלא נפש רעה, וכמו שפי' הרמב"ם בפי' המשנה, בזה באמת אין דינו שיקוץ, ובפ"ז מה' גנבה במה דפסק יקוץ לא הזכיר שהסלעים יוצאים במנין, ומיירי בסתם דדרך הלוקחים לשקול הסלעים אם הם במשקלם ואז ודאי אינו יוצא בהוצאה בחסר שתות ולכן דינא שיקוץ, וביחוד לפי"מ שכתב שם הרמב"ם בהל' ד' דטעמא דיקוץ שמא יבוא אחר ויעשנה משקל ולא כפירש"י דשמא יוציאנה בסלע, ולכן מבואר דבמקום שהסלעים יוצאים במנין והיא יוצאה בהוצאה אין דרך לעשותה משקל.

איברא דהרמ"א בסי' רכ"ז סעיף י"ח כתב להיפוך דמטבע שאין לוקחין אותה רק במשקל מותר לקיימה שכל הלוקח ישקלנה, והוא מדברי רבינו אך זהו ירוחם אך זהו לשיטת רש"י דהא דיקוץ הוא משום דשמא יוציאנה ביפה, אבל לשיטת הרמב"ם דכל החשש הוא שמא יעשנו משקל ודאי יקוץ כיון דאינו יוצא בהוצאה, והגר"א ז"ל מביא מקור לדבריו מד' הירוש' דאיתא שם בד"א בדינרין ובסלעין, אבל בדינרי זהב ובמטבעות כסף מוציאן בשוייהן ופי' הפ"מ משום דדרך לשקול ואינו מובן דלמה ישקלו מטבעות כסף יותר מסלעים, ובפרט לגירסת הפ"מ ע"פ התוספתא מטבעות נחושת, ולכן נראה דלדעת הרמב"ם הוא להיפך דסלעים ודינרי כסף דרך לעשותן משקל, אבל זהב ומטבעות כסף שהם מעות כסף בשביל קטנן אין דרך לעשותן משקל, ולגירסת הפ"מ מטבעות נחושת שהם פרוטות ודאי הם קטנות ואין דרך לעשותן משקל.

אלא דלפי"ז צריך ביאור מה שכתב הרמב"ם שם בהא דאם חסרה פחות משתות יקיים, שכל פחות משתות רוב בני אדם מוחלין בו במשא ומתן וקשה דהא כשיוצאים במשקל כתב המ"מ בהלכה ד' דאפי' פחות מכדי אונאה חוזר, וכן כתב הרמב"ם בפי' המשנה על הא דתנן שאינו אלא נפש רעה דמתני' הוא במקומות שלוקחין המעות בלי משקל

ואין מקפידים בחסרונם והנמנע מלקבל אותם הם מעט ועל דרך הכילות, אבל במקומות שמקפידים אפי' פחות כמשקל שעורה ראוי להשלים לו משקל בלא ספק עכ"ל, וכיון דנימא דבה' גנבה לא מיירי במקום שיוצאין במנין א"כ אמאי כתב שכל פחות משתות רוב בני אדם מוחלין בו.

אכן באור דבריו נראה עפ"מ שכתבתי שם במה שכתב רוב בני אדם מוחלין בו. וכאן בהל' ג' כתב שכל פחות משתות דרך הכל למחול, ובארתי דכונת הרמב"ם שם לא על המחילה של אונאת פחות משתות אחר המכירה דזה דרך הכל למחול, אלא כונתו על שעת הוצאת הסלע דהיכי דאין חסר בו אלא פחות משתות רוב בני אדם מוחלין בו, ומדוייק מה שכתוב שם במשא ובמתן והיינו דמוחלין בשעת הקנין ואין מקפידין על סלע שחסר בו פחות משתות דאפי' במקומות שלוקחין במשקל מ"מ כשחסר בהסלע רק פחות משתות רוב בני אדם מוחלין ולוקחין אותו, ומה שכתב הרמב"ם בפי' המשנה דמתני' דתנן שאינה אלא נפש רעה הוא ע"כ במקומות שאין לוקחין במשקל זהו לשיטתו דמפרש מתני' על סלע שחסרה שתות. אבל בחסר פחות משתות אפי' במקומות ששוקלין מ"מ רוב ב"א אין מקפידין. ומיושב קושיית הרא"ש דבמתני' דמיירי שיוצאה בהוצאה ע"י הדחק וכמש"כ הרמב"ם בפי' המשנה דרוב ב"א לוקחין. בזה באמת לא אמרינן דיקוץ כיון דהסלע יוצאה בהוצאה ולא יעשנה משקל.

ולפי"מ שבארנו אנו צריכים לומר דגם הטור סובר חילוק זה דהיכי דיוצאה בהוצאה לא יקוץ. ולכן שייך לומר שיוצאה ע"י הדחק. וא"כ צריך ביאור במה דהוכיח הרא"ש דע"כ הא דאינו אלא נפש רעה לא קאי אחסרה כדי אונאה כיון דדין הוא שיקוץ, ונראה דהרא"ש אינו רוצה לחלק ולאוקמי מתני' דהזהב כשהסלעים יוצאים במנין ומתני' דכלים דעל זה קאי הסוגיא בהזהב דאמרינן דיקוץ כשהסלעים יוצאים במשקל דהו"ל לגמ' לפרושי כיון דהסוגיא הוא על הך מתני' דהזהב ולכן הוכיח מזה דהכל הוא בחדא גוונא, ובסתם מיירי ותלוי בשיעור האונאה דבשתות יקוץ, ולכן א"א שתצא ע"י הדחק. וא"א לומר דהוי נפש רעה מי שאינו נוטלו אבל מ"מ מודה הרא"ש דהיכי שהסלעים יוצאים במנין ואין מקפידין על המשקל אז אפשר דגם בחסרון שתות יוצאה ע"י הדחק וממילא לא הוי דינא שיקוץ, ולכן שפיר כתב הטור ושו"ע ובלבד שתצא ע"י הדחק.

והנה בדעת הרמב"ם כתבנו דהוא לשיטתו דמפרש דטעמא דיקוץ הוא משום דשמא יעשנו משקל אבל להרא"ש אם הוא מפרש כפירש"י דטעמא הוא דשמא יוציאנו בסלע א"כ צריך לבאר הנ"מ דהא גם כשהסלעים יוצאים במנין יש בו דין אונאה, וע"כ דהוא כמש"כ בהל' ד' דאף דרוב לוקחין מ"מ כיון דאין יוצא אלא ע"י הדחק יש בזה דין אונאה

ולא היה לו רשות לאנותו וכשנתן לו ביפה בלא דעתו צריך הוא להשלים לו החסר ככל דיני אונאה, וכיון דיש בזה דין אונאה א"כ אמאי לא יקוץ כיון דנפרש דטעמא דיקוץ הוא משום דשמא יוציאנו ביפה, וצריך לומר דכיון דעכ"פ יוציאה ע"י הדחק ביפה גם בידיעת הלוקחה לכן לא אמרינן דיקוץ דלא חיישינן שיאנה בזה כיון דיכול להוציאה בלא אונאה, וכמו בחסרה פחות משתות דאפי' במקום שלוקחים במשקל לא אמרינן דיקוץ אף דאם נתן בדרך אונאה יחזיר מ"מ כיון דרוב ב"א נוטלין לא יקוץ.

וארוחנא, בדברינו דמה שכתב הב"ח ואחריו הגר"א ז"ל לפרש דברי הטור כדברי הרמב"ם והוכיחו ממה דתנן שאינה אלא נפש רעה דאמר בגמ' דה"מ הוא דסגי להו והגר"א ציין גם לדברי הרמב"ם בפי' המשנה, דכל זה לא שייך אלא לדברי הרמב"ם דמפרש כולה מתני' על כדי אונאה אבל על דברי הטור דודאי הולך בשיטת הרא"ש א"א להוכיח זה ממתני' דבאינה יוצאה ע"י הדחק אפי' אחר זמן צריך להחזיר. ורק ע"פ הסברא אפשר להוכיח מהא דקדושין דדינר רע דאינו יוצא הוי כמו דינר של נחושת אלא דאפשר אין הכונה דהוי כמו דינר של נחושת ממש אלא לפי שברישא איתא דדינר של נחושת אינה מקודשת, לכן פריך דהיינו דינר של נחושת לענין זה דאינה מקודשת, ולכן בדברי הטור אפשר דפי' הסמ"ע הוא נכון דכן משמע הלשון, אבל דעת הרמב"ם דדין כדי שיראה אינו אלא ביוצאה ע"י הדחק ברורה משום דמפרש דכולה מתני' בכדי אונאה וכמו שנתבאר.

פרק יג

הלכה א

המחליף כלים בכלים או בהמה בבהמה אפילו מחט בשריון או טלה בסוס אין לו הוניה שזה רוצה במחט יותר מן השריון, אבל המחליף פירות בפירות בין ששמו אותם קודם המכירה בין ששמו אותם אחר מכירה יש להן הונייה.

השגת הראב"ד המחליף כלים בכלים וכו' א"א דבר זה לא ידעתי מאין לו, ואולי טעה בירושלמי דפרק הזהב תמן תנינן כל הנעשה דמים באחר כיון שזכה זה כו' אמר ר"י לא שנו אלא שור בפרה וכו' הא צבור בצבור לא קנה ונראה לו כמו שחילקו בין שור בפרה לצבור פירות לעניין קנייה כך חילקו לענין אונאה ואין זה מחוור דלענין קנייה אילו בתורת חליפין נתן לא קנה דסבירא לן פירות לא עבדי חליפין ואם לא קנה אונאה היכן היא ואם בתורת מכר ומקפיד על דמיהן אפילו סוס בפרה קנו ומחזירין אונאה דהא מכור לי קאמר עכ"ל:

המ"מ כתב מקודם דהרמב"ם לומד באמת זה מהך דינא דירושלמי ומפרשה לענין אונאה ואח"כ כתב דאף דהירושלמי בפשוטו אינו לענין אונאה אלא לענין קנין זהו בשביל דסובר הירוש' דחליפין שוה בשוה לא מהני בפירות. אבל לדידן דקיי"ל דחליפין שוה בשוה קונין אפי' בפירות ילפינן מסברת הירוש' לענין אונאה כמו שהיו מחלקין בירושלמי לענין קניה והטעם שכלי מתקיים יותר מפירות, ובאופן זה מפרש הראב"ד בהשגתו שכתב ונראה לו כמו שחילקו לענין קנייה כך חילקו לענין אונאה, אבל דבריהם תמוהים דלפי"ז צ"ל דשור ופרה הוו כמו כלי לענין קנין ושיטת הרמב"ם מבואר להדיא בפ"ה הל' א' דשור ופרה הוו כמו יין ושמן ונקנין רק מדין חליפין שוה בשוה כמו שכתב שם המ"מ.

והנה דברי הראב"ד גם בלא זה אינם מבוארים במה שכתב ואם לא קנה אונאה היכן היא, דמי לא עסקינן דכל אחד זכה בשלו כמו שהחליפו, ואנו דנין אם יש דין אונאה בחליפין אלו, ולומר דדעת הראב"ד דכיון דאמרינן דפירות בפירות דאין בו דרך קנין חליפין משום דאינו דבר המתקיים לכן דעתם רק על שיווי הדבר ואפי' הזכיר לשון חליפין תורת מכר הוא, ובודאי יש לו אונאה, אכתי אינו מבואר השגתו במה שכתב ואם בתורת מכר ומקפיד על דמיהן אפי' סוס בפרה קנו ומחזירין אונאה דהא מכור לי קאמר. ולפי"ז אין זו השגה כלל דהא אדרבא בהתנו בלשון חליפין איירי ומ"מ אמרינן דבפירות לא הוי גדר חליפין ובשור בפרה הוי גדר חליפין וממילא אין לו אונאה, אכן בזה אפשר לומר דהראב"ד אינו בא לפרש דהרמב"ם למד דין אונאה מדין קניה דהא כתב ונראה לו כמו שחילקו לענין קנין כך חילקו לענין אונאה והיינו דבירושל' גופא מבואר החילוק בין לדין קנין בין לדין אונאה, וע"ז הקשה דא"א דאם אין קנין היכי שייך אונאה, אלא דזה קשה דבדעת הרמב"ם א"א לבאר כן כיון דלפי"ז היה צ"ל דשור בפרה נקנין בחליפין בלא דין שוה בשוה וזה מוכח דאין הרמב"ם סובר כן כמש"כ.

ולכאורה אפשר לומר דאף דלדידן לדעת הרמב"ם לא ס"ל דשור ופרה חיים מיקרו כלי מהא דאמר בגמ' ופירי נמי עבדי חליפין כיצד החליף שור בפרה, מ"מ נלמוד מהירושלמי דסובר כן לחלק בין החליף שור בפרה לפירות בפירות דלענין אונאה גם לדידן כן דבשור ופרה החשובים מצד עצמם אין בהם דין אונאה, אבל פירות בפירות דלדעת הירושלמי גרעי מפרה ושור לענין חליפין וזהו בשביל שאינם חשובים מצד עצמם רק מצד שיווי דמיהם לכן יש בהם אונאה. אלא דמ"מ אינו מיושב דמנ"ל דטעמא דהירושלמי הוא משום דבפירות אין בהם חשיבות אלא שויים ולפיכך יש בהן אונאה, דשמא כמו דלדידן דתלוי דין קנין חליפין בדין כלי שיהיה דומיא דנעל ממש, גם להירוש' דסובר דשור ופרה

הוי כמו כלי לד' המ"מ משום דהם דברים המתקיימים זהו ג"כ משום דצריך להיות כמו נעל אלא דסובר דסגי בדבר המתקיים דהוי כמו נעל.

והנה קודם שנבאר מקור דברי הרמב"ם מהא דירושלמי עלינו להקדים דזה ודאי דיסוד שיטתו הוא כמו שכתב הכ"מ בשם תלמידי הרשב"א שכדברי הרמב"ם עיקר שאין אונאה בחליפין לעולם אלא במכר דממכר כתיב, וכן מבואר להדיא בדברי רש"י בדף מ"ז בהא דאמר בגמ' מכור לי באלו קנה ויש לו עליו אונאה, קנה אע"ג דלא משך דכיון דלא קפיד קנה דכי חליפין דמי ויש לו עליו אונאה דמכור לי באלו קאמר ופירש"י דמכור לי קאמר לשון ממכר ולא לשון חליפין, ומוכח מדברי רש"י דלשון חליפין גורם שלא יהיה דין אונאה. וכן מבואר להדיא בתשובת הרי"ף הובאה בש"מ וכן בתשובת הרמב"ם דפוס ליפסיא סי' קצ"ט דפסק דאין בחליפין אונאה מהא דמכור לי באלו וכתב והתורה ג"כ מעידה על זה באמרה וכי תמכרו ממכר וכו' בממכר הוא דאזהר רחמנא בבל תונו אבל בחלופין לא, ובתשובת הרי"ף המובאת בתשובת הרמב"ם מבואר דהשאלה היא על סחורה, וכן הביא הש"מ אח"כ תשובת הר"י מיגש דמי שהחליף עם חברו סחורה בסחורה מבלתי שישומו אותם בדמים כלל אין אחד מהן יכול לטעון על חברו טענת אונאה ולפנינו נבאר דברי הרי"ף והר"י מיגש במה שהזכירו לשון סחורה. אבל עכ"פ עיקר היסוד הוא ברור בדברי הראשונים דאין אונאה אלא במכירה ולא בחליפין, אכן עלינו לבאר מקור החילוק בין פרה בשור ובין פירות בפירות דע"כ הוא מדברי הירושלמי שהביא הראב"ד.

והנראה בזה דהרמב"ם יפרש דלא כמו שפי' הרמב"ן במלחמות דהחילוק בין שור בפרה ובין פירות בפירות משום דסובר הירושלמי דשור בפרה עבדי חליפין אלא דגם הירושל' סובר דחליפין דקנין סודר אינו אלא בכלי ממש דומיא דנעל והירושל' דקאי על מתני' דכל המטלטלין קונין זה את זה קאי על חליפין של שוה בשוה, וכשיטת הרמב"ם בפ"ה ורק דהירוש' סובר דגם חליפין של שוה בשוה. אינו אלא בדבר שיש בו חשיבות מצד עצמו ולא כשהוא מקפיד על הדמים וכדבעי רב אדא ב"א למיפשט מברייתא. דקתני פרה בחמור ובעי למיפשט דלא קנה אלמא דהוי סבר דגם חליפין שוה בשוה לא קנה אם מקפיד עליהם. דבאור שוה בשוה אינו על הדמים אלא שמחליף חפץ בחפץ ולאפוקי קנין סודר דנלמד מנעל דאינו אלא לקיים המכירה וע"ז כתוב לקיים כל דבר כמש"כ התוס' דף מ"ז ד"ה גאולה אבל צבור בצבור הוא רק כמו דמים דכסף אינו קונה אלא למי שפרע, ולכן שפיר דמהירוש' נלמוד דחילוק זה הוא ג"כ לענין אונאה דמה שהוא בגדר חליפין אין בו אונאה ומה שהוא בגדר דמים יש בו אונאה. וסובר הרמב"ם דאף

דלדידן לא קיי"ל בזה כהירושלמי ואפי' פירות בפירות מיקנו בחליפין של שוה בשוה משום דקיי"ל כרבא דאמר שם כל חליפין מקפד קפדי וקני. דאין חסרון בחליפין של שוה בשוה במקפידין על הדמים. אבל ודאי מד' הירושלמי מוכח דלענין זה הוי חילוק דסתם חליפין של פרה בחמור אין המכירה בעיקרה לפי שויים ולכן אין להם אונאה. וסתם חליפין של פירות בפירות המכירה עיקרה לפי שויים וממילא יש להם אונאה. ואף דרבא אמר כל חליפין מקפד קפדי הא פירשו ברש"י ותוס' דהכונה שיהיו שוין קצת ולפעמים שיהיו שוין כמו החפץ, ולכן בסתמא בפרה וחמור אין עיקר המכירה לפי שויים.

והנה המ"מ כתב בסוף דבריו וז"ל ומתוך דבריו אתה למד דבכלים אפי' מקפיד אין לו אונאה שהרי הזכיר בפירות שומא וזהו שמקפיד עליהם. ונראה שכיוצא בזה בכלים אין לו אונאה עכ"ל. וכן כתב הכ"מ וז"ל נראה דמקאמר גבי פירות בין שמו אותם קודם מכירה בין שמו אותם אח"כ משמע דדכותה בכלים אין להם אונאה עכ"ל. והסמ"ע כתב ג"כ כדבריהם. ולפי"מ שבארנו א"א לפרש כן כיון דעיקר מה דלמד הרמב"ם מדברי הירושלמי הוא דבסתם כלים בכלים אינו מקפיד על דמיהם והעיקר הוא החפץ. וכמו שכתב הרמב"ם שזה רוצה במחט יותר מן השריון ובפרט לפימש"כ דהירוש' יסבור כרב אדא ב"א דבעי למיפשט מברייתא דמקפיד עליהם לא קנה ושם הא איירי בפרה בחמור, וע"כ דעיקר החילוק הוא דסתם פרה בחמור אינו מקפיד אולם אם לא נאמר דהירוש' סובר כראב"א אולי אפשר לכוין באורי גם עם פירושו של המ"מ דפרה בחמור כיון דעיקרם הם חשובים מצד עצמם אפי' שמו אותם אין כונתם דוקא בשביל שיווי דמיהם וקנו בחליפין שוה בשוה וממילא אין להם אונאה. ועיקר דבריהם לא מסתבר דאם שמו קודם המכירה והיה אונאה בשומא פשיטא דיש בזה אונאה דהא נתאנה בשומתו. ובזה ודאי יודה הרמב"ם להרמב"ן שהביא המ"מ וכן הם דברי הר"י מיגש שנביא לפנינו. ועוד דלשון הרמב"ם מוכיח כן שכתב אפי' מחט בשריון או טלה בסוס. ומדכתב אפי' דזהו דבר פשוט דשריון שוה יותר ממחט. ולפי דבריהם הו"ל לאשמעינן להיפוך דאפי' דומים קצת ושמו קודם המכירה אין להם אונאה. אלא ודאי דאם שמו קודם והיה אונאה בשומא ודאי יש להם אונאה. ועיקר חידושו של הרמב"ם הוא דפירות בפירות אפי' לא שמו אותם עד אחר המכירה והיינו אחר גמר הקנין מ"מ יש להם אונאה. ומה שהזכיר מקודם בין שמו אותם קודם המכירה זהו לומר דבסתמא בפירות שאין להם חשיבות מצד עצמם שמין אותם.

והנה עוד כתב הכ"מ וז"ל ומדהזכיר שומא בפירות משמע דאם לא שמו אותם לא

קודם המכירה ולא אחר מכירה אלא אמר צבור פירות זה בצבור פירות זה אני מחליף אין להם אונאה עכ"ל. ודבריו צריכין ביאור דמה זה שכתב שלא שמו אחר המכירה דהא כיון דאנו דנין אם איכא אונאה הרי דשמו אחר המכירה. ומצאתי שכבר עמד בזה הנתיבות וכתב דהכונה במש"כ הרמב"ם אחר המכירה כשהיו עסוקין באותו ענין קודם גמר הקנין ומלבד שהוא דחוק והיה לו להרמב"ם לפרש דבריו שהיו עסוקין באותו ענין. אלא דעוד יותר נראה דבחליפין שוה בשוה לא מהני כלל עסוקין באותו ענין. דהא כתב הרמב"ם בפ"ה דין זה רק גבי קנו מידו דזהו קנין סודר וכתב ע"ז משא"כ בשאר דרכי הקניה. והיינו כסף ושטר וחזקה ומשיכה וטעמא דבק"ס עשה רק מעשה לגמר הקנין. אבל לא החזיק בדבר הנקנה וגם לא נתן כסף דהוא תמורת דבר הנקנה. וכן שטר הוא קנין חשוב ולכן גם חליפין שוה בשוה הוי לענין זה כמו כסף ואין דינו כמו ק"ס דהוא רק מעשה לגמר הקנין. ומלבד כל זה תמוה שיטת הכ"מ דא"כ בטל כל היסוד מדברי הירושלמי כיון דבלא שמו קודם גמר המכירה גם בפירות אין אונאה. והחילוק בין פרה לפירות הוא בשמו קודם המכירה או קודם גמר המכירה ומנ"ל זה ללמוד מדין קנין חליפין דמהני בפרה ולא מהני בפירות דהא לענין קנין לא חילקו בירוש' וגם בלא שמו לא מהני קנין בפירות:

והנה כבר הבאתי למעלה תשובת הר"י מיגש שהביא הש"מ שכתב מי שהחליף עם חברו סחורה בסחורה מבלתי שישומו אותם בדמים. אין אחד מהם יכול לטעון על חברו טענת אונאה. והנתיבות הביא דברי הרדב"ז על מש"כ הרמב"ם שזה רוצה במחט יותר מן השריון דזה לא שייך בסחורה. ולכן כתב הנתיבות דזהו בשמו אותם עכ"פ קודם גמר המכירה, אבל בלא שמו כלל לא גרע מפירות דג"כ אין להם אונאה וזהו מש"כ הר"י מיגש. אבל לפימש"כ א"א לפרש כן דברי הר"י מיגש. וצ"ל דהר"י מיגש באמת אינו סובר סברת הרדב"ז דבסחורה והיינו בדבר העשוי למכור אפי' בחליפין יש אונאה דאין דעתם אלא לשיווי הסחורה, וסובר דכיון דעכ"פ החליף סחורה זו על זו בלא שומא ליכא דין אונאה. וכן בתשובת הרי"ף שהביא הש"מ אף שלא נזכר סחורה אבל בתשובה זו שבתשובת הרמב"ם סי' קצ"ט מבואר דהשאלה היה על סחורה. ומוכח דהרי"ף והר"י מיגש אינם סוברים כהרדב"ז. אלא דיש ליישב דעת הרדב"ז דיסבור דהרי"ף והר"י מיגש ע"כ לא יסברו כדעת הרמב"ם לחלק בין פרה בשור ומחט בשריון ובין פירות בפירות משום דזה רוצה במחט יותר מן השריון דלפי"ז לא שייך סברא זו בסחורה, אלא דטעמא דאין אונאה אלא במכירה ולא בחליפין בכל גווני:

והנה בעיקר דברי הירושלמי יש לעיין טובא דבקדושין פ"א הלכה ו' אמתני' דכל

הנעשה דמים באחר איתא שם וז"ל תמן תנינן כל המטלטלין קונין זה את זה ר' בא רב חונא בשם רב אפי' צבור בצבורין א"ל ר' לעזר לא שנינו אלא כל הנעשה דמים באחר בלבד דבר שהוא צריך לשום. אתייא דרב חונא כר' יוחנן ור' לעזר כשיטתיה דתנינן תמן האחין השותפין שחייבין בקלבון פטורין ממעשר בהמה וכו' אמר ר' לעזר והן שחלקו גדיים כנגד תיישים ותיישים כנגד גדיים, אבל אם חלקו גדיים כנגד גדיים, ותיישים כנגד תיישים הוא חלקו משעה הראשונה. אמר ר' יוחנן ואפי' חלקו גדיים כנגד גדיים ותיישים כנגד תיישים כלקוחות הן וכו' עכ"ל. והנה הפ"מ מפרש דפליגי אם צריך לשום בחליפין, ולפי פירושו אינו מבואר כלל מה דתולה הירושלמי פלוגתא זו בפלוגתא דר"י ור"א בחלקו גדיים כנגד גדיים, והמחוור הוא מה שפי' הק"ע דצבור בצבורין היינו שהחליף צבור תבואה שיש לו כאן בצבור תבואה שיש לחברו במקום אחר. דרב סבר דגם זה נקנה בתורת חליפין. ור"א סבר דחליפין אינו אלא דברים שקצת אינם שוים וצריכים לשומן אבל שוים ממש אינו אלא בגדר הלואה שמלוה לו תבואה כאן ע"מ לשלם לו במקום אחר ואינו אלא חוב. אבל אינו נקנה בקנין חליפין אלא דגם הק"ע אינו מסיים לבאר אל נכון מה דתולה זה בפלוגתא דר"א ור"י בחלקו גדיים כנגד גדיים דלפי"מ שמפרש בפלוגתתם כמו דמפרשינן בבבלי דפליגי בדין יש ברירה ואין ברירה וכתב דלר' יוחנן דאמר כלקוחות הן שמעינן דאפי' בדברים השוין שייך לקיחה וה"ה חליפין והיינו כרב, ואין לזה טעם דמה שייך זה לזה דאטו בזה דאמרינן דאין ברירה ולא אמרינן זהו חלקו משעה הראשונה זה ראיה דשייך בדברים שוים דין מכירה וחליפין אימא דבאמת א"א לקנות בדברים שוים. אלא כשכל א' יזכה בדבר בקנין הדבר בעצמו ע"י יד או הגבהה או חצר. ומ"מ ודאי אם אין ברירה לא אמרינן זהו חלקו המגיע לו משעה ראשונה.

לכן נראה לחדש דסובר הירושלמי דלא כדאיתא בבבלי בגיטין דף כ"ה דטעמא דר' יוחנן דאמר דאחין שחלקו לקוחות הן הוא משום דסבר אין ברירה. וזהו טעמא דאפי' חלקו גדיים כנגד גדיים לא אמרינן זהו חלקו משעה ראשונה כדאיתא בבכורות דף נ"ז. אבל הירושלמי מוכח דסובר דטעמא דר' יוחנן אינו משום דסבר אין ברירה. אלא משום דגם בדברים שוים כמו בפירות או בקרקע אינם שוים ממש וצריך שיסכימו ביניהם על בירור החלקים או ע"פ גורל. ולכן עכ"פ רק עכשיו הוברר בירור החלקים. והוי כמו תיישים כנגד גדיים דלא אמרינן לכו"ע זהו חלקו משעה ראשונה [ותמוהים בזה דברי הרשב"א בקדושין דף י"ז במה דפריך שם בגמ' חליפי ע"ז קא שקיל שהקשה הרשב"א מהא דחבר וע"ה שירשו את אביהם ע"ה יכול חבר לומר לע"ה טול אתה פירות שבמקום

פלוני, ותי' דהתם במין אחד ומשום ברירה אבל בשני מינים לא כדאמר התם שלא יאמר לו טול אתה חטים ואני שעורים והקשה ע"ז מהא דאמר גבי ט' גדיים וכלב ולשקול חד בהדי כלב וליתסר ואינך ט' לישתרו משום ברירה. דאלמא אף בשני מינים יש ברירה. ודבריו תמוהים דמה דפריך הגמ' זהו דנעשה ברירה בין הגדיים ונאמר דרק גדי אחד שנברור הוא נגד הכלב וא"כ הוא מין אחד ואדרבא משם נמי מוכח דבשני מינים לא אמרינן ברירה דאי הוי דין ברירה בשני מינים לא היה כאן דין מחיר כלב כלל דזהו חלקו משעה ראשונה וצ"ע] ולא יקשה על מש"כ דהירושלמי סובר דטעמא דר' יוחנן דאחין שחלקו לקוחות הן אינו משום אין ברירה דהא בגיטין שם אמר ר' יוחנן דאף אחרון אינו פוסל משום דאין ברירה, דכבר כתבו התוס' שם בד"ה לאיזו שארצה, דאפי' מאן דאית ליה ברירה מודה הכא משום דוכתב לה לשמה משמע שיהא מבורר משעת כתיבה, ולזה שפיר אמר בירושלמי דרב כר"א דגדיים כנגד גדיים הוי שוים ממש. ולכן אינו דרך מכירה אלא דרך הלואה וכנ"ל. ור' יוחנן סבר דאפי' בשוים אינם שוים ממש ולכן תמיד הוי דרך מכירה.

ועתה נבוא לדברי הירושלמי בב"מ שהביא הראב"ד דזהו יסודו של הרמב"ם וז"ל הירושלמי פ"ד הל' א' תמן תנינן כל הנעשה דמים באחר כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו. א"ר יוחנן לא שנו אלא שור בפרה או חמור בשור הא צבור בצבור לא קנה. רב ירמיה בשם רב אפי' צבור בצבור קנה והראב"ד וכן הרמב"ן במלחמות מפרשים דהכונה צבור פירות בצבור פירות אף שאינם שוים. ולפימש"כ הא מוכח מסוגיא דקדושין דאיירי דוקא בשוים. ומה דבל"ז יש סתירה דבקדושין אמר דרב כר' יוחנן ובב"מ איתא דר"י הוא החולק על רב כבר העיר מזה הק"ע וכ' דבב"מ צריך לגרוס ר"א, אכן באמת דברי הראשונים ברורים דבב"מ דאיתא לא שנו אלא שור בפרה או חמור בשור הא צבור בצבור לא א"א לפרש הכונה בפירות שוין דוקא דא"כ לא הול"ל שור בפרה דהא בצבור גופא משכחת לה באינם שוים, וע"כ דכאן הכונה לחלק בין שור בפרה לפירות בפירות אפי' אינם שוים, אבל בקדושין לא הוזכר שור בפרה ועוד דשם אמר לא שנינו אלא כל הנעשה דבר שהוא צריך לשום, וזה ע"כ בפירות שוים דבאינם שוים גם בפירות צריך לשום, לכן מוכרח דהם סוגיות מחולקות והסוגיא דב"מ הוא כבאור הראשונים וכנ"ל, אח"כ ראיתי בבאור הגר"א בחו"מ שכתב ול"נ דפי' הירושלמי לענין צבור מעות וכו' וכ"מ בקדושין שם וכו', ורצה לצרף שתי הסוגיות ודלא כהרמב"ם, וכבר בארתי דהם ע"כ סוגיות מחולקות ודברי הרמב"ם מבוררים כמו שבארתי.

הלכה ג

האומר לחברו ע"מ שאין לך עלי אונאה יש לו עליו אונאה, בד"א בסתם שאין יודע כמה הונייה יש בו כדי שימחול, ואצ"ל אם אמר לו ע"מ שאין בו הונייה שהרי יש בו, אבל במפרש אין לו הונייה שכל תנאי שבממון קיים.

הלח"מ הקשה דכאן פסק כרב ובפ"ט מה' שמיטה פסק דע"מ שלא תשמיטני בשביעית אין שביעית משמטתו, ובפ"ק דמכות מדמי להו בגמ' אהדדי. וכתב הלח"מ דאין לחלק דבאונאה שייך מי ידע דקא מחיל כדאמר בגמ' בהזהב לחלק בין הא דאמר ר' יהודה בדבר שבממון תנאו קיים דהא גם בשביעית שייך מי ידע דקא מחיל דשמא יפרע לו קודם כמבואר בתוס' בפ"ק דמכות, וכתב ע"ז אלא שאפשר לחלק בדוחק בין אונאה לשביעית דהכא לא ידע אם נתאנה ולא ידע דמחיל, אבל בשביעית כבר נודע דהשביעית משמטת. אבל לא ידע אם יפרע לו קודם ודוחק הוא זה וצ"ע עכ"ל, והנה מה שכתב הלח"מ דגם בשביעית שייך מי ידע דקא מחיל כמבואר בתוס' לא כתבו זה התוס' אלא אליבא דשמואל דסבר דע"מ שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה ואמר בב"מ אפי' לר"מ דסבר תנאו בטל הוא התם דודאי קא עקר, אבל הכא מי יימר דקא עקר, וע"ז הקשו בתוס' דמאי פריך בגמ' מאונאה אשביעית דאמר ע"מ שלא תשמיטני שביעית שביעית משמטתו דהא בשביעית ודאי קא עקר, ותירצו ע"ז בתוס' דגבי שביעית נמי אינו ודאי דשמא יפרע לו קודם ודימה הלח"מ ענין מי יימר דקא עקר לענין מי ידע דמחיל.

אבל באמת לא דמי דלענין קא עקר דצריך להיות עקירה ודאית על מה שכתוב בתורה, ומה שמתנה ע"מ שלא תשמיטני שביעית כ"ז שלא יצא לפועל ולא יפרע לו אחר שביעית אין זו עקירה עכשיו אפי' מתחייב עכשיו לפרוע אחר שביעית דאין איסור בתורה שלא להתחייב אלא דאסור לתבוע אחר שביעית ולכן כיון דאפשר שיפרע לו קודם לא הוי ודאי קא עקר, אבל לענין מחילה אנו רואין בעיקר בשעת התנאי אם ידע דמחיל או לא ידע דמחיל. ולכן באונאה לא ידע דמחיל כיון דאם אין אונאה במקח ליכא כאן מחילה כלל, אבל בשביעית שפיר ידע דמחיל דבשעת ההלואה דמתנה ע"מ שלא תשמיטני בשביעית הוא מוחל בודאי זה הזכות שיוכל לתבוע אותו גם אחר שביעית.

ונראה דאפשר ליישב עוד באופן אחר דבדין תנאי מצינו שני אופנים האופן הפשוט הוא שאם יתקיים התנאי יתקיים הקנין ואם לא יתקיים התנאי לא יתקיים הקנין וכמו במתנה ע"מ שתתן לי מאתים זוז וכה"ג. ועוד יש תנאי שהוא בגדר שיור שעושה הקנין באופן זה ואין כאן אפשרות שלא יתקיים הקנין וכמש"כ הריטב"א בקדושין דף כ"ג גבי נותן מתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו, וז"ל הריטב"א. שם והנכון דהכא האי על מנת לא

חשיב תנאה לכו"ע, ולא בעינן ביה דקדוקי תנאים אפי' לר"מ שאין לשון תנאי והלכותיו אלא כשהוא בלשון עשה או לא תעשה בין שיעשה הוא או לא יעשה או שיעשו אחרים או לא יעשו, אבל בדבר שאינו בלשון עשה ולא תעשה אלא מילתא דממילא כגון זה שאומר ע"מ שאין לבעלך רשות בו אין תנאי אלא שיור בגוף המתנה שמשייר בה שלא יזכה בה האדון או הבעל עכ"ל ע"ש שהאריך להוכיח כן, ולפי דבריו יש לומר דבע"מ שאין לך שאר כסות ועונה ג"כ אינו אלא לשון שיור דהא אינו ע"מ שלא תתבע ממני או שתמחלי אלא ע"מ שאין לך והיינו שיהיו קדושין כאלו שלא יהיו עלי חיוב של שאר כסות ועונה. ומיושב בזה מה שהקשו בתוס' בכתובות דף נ"ו דכיון דע"כ בדכפליה לתנאה וא"כ אמאי היא מקודשת, אבל לדברי הריטב"א לא צריך כאן כפילות התנאי וגם לא שייך כאן כלל כפילות התנאי כיון דאין כאן שני אופנים אלא על אופן זה קידשה, ואף דכל הראשונים וגם הריטב"א בכללם שו"ט בקושיא זו של התוס' ותירצו ע"פ דרך התוס' אבל נראה דהוא פשוט דלדברי הריטב"א בקדושין גם בזה לא צריך ולא שייך כפלות התנאי.

-השמטות ומלואים-

ד"ה ונראה דאפשר, הבאתי שם דברי הריטב"א ע"ו ויש ליישב בזה דברי רש"י בגמ' ביצה דף כ' ד"ה נזיר ואינו מגלח וכ' רש"י דכיון דאמר הרי עלי נתחייב דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכי הדר אמר על מנת לאו מילתא היא עכ"ל וקשה ממשנה נדרים דף כ"ח הרי נטיעות אלו קרבן עד שיקצנו טלית זו קרבן עד שתשרף דאינה קדושה אחרי שנשרף ולפמש"כ בשם הריטב"א בקידושין דלא בעי דקדוקי תנאים אפי' לר"מ אלא כשהוא בלשון עשה או לא תעשה, אבל בדבר שאינו בלשון עשה ולא תעשה אלא מילתא דממילא כגון זה שאמר ע"מ שאין לבעלך רשות בו אין תנאי אלא שיור בגוף המתנה שמשייר בה וכו' עי"ש א"כ א"ש דבמקום שיור ודאי מהני בהקדש. [ע"כ].

ולפי"ז נוכל לחלק הא דע"מ שאין לך עלי אונאה להא דע"מ שלא תשמיטני בשביעית, דהא דע"מ שאין לך עלי אונאה אין הכונה בתורת תנאי ע"מ שלא יתבע ממנו אונאה דהא בזה לא ירויח אלא שלא יוכל לתבוע ממנו חזרת האונאה באופן שיתקיים המקח, אבל עכ"פ הלוקח יוכל לבטל המקח דיתבע האונאה וממילא יתבטל המקח ויצטרך ע"כ להחזיר לו מעותיו וע"כ דאין כונת המוכר כן אלא ע"מ שלא יהיה להלוקח זכות תביעת אונאה וזהו באופן דמוחל מעכשיו בשעת מכירה זכות התביעה, וכן מוכח מהא דאמר בגמ' מי ידע דמחיל דאלמא דבתורת מחילה אתאן עלה ולכן אמרינן בזה דמתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל דאינו יכול למכור באופן שלא יהיה להלוקח זכות תביעת

אונאה ולא דמי להא דאמר ר' יהודה בדבר שבממון תנאו קיים משום דמי ידע דמחיל כדאמר בב"מ בפ' הזהב, אבל בע"מ שלא תשמיטני בשביעית דתנאו כשאר תנאי דעלמא דהוא ע"מ שלא ישמיט הלוה אותו, וכמו שכתב רש"י במכות שם דהכונה ע"מ שלא תשמיטני אתה בשביעית, (ועיין מש"כ הרמב"ן בחדושיו בב"מ), והיינו דאם ישמיטנו תתבטל ההלואה למפרע ואז ליכא דין שמיטה דלא נאמרה אלא בהלואה דהא הקפת חנות אינה משמטת, וכתב הרמב"ם בפיהמ"ש דהוא משום שלא הקיף לו מתחילה על זמן אלא שיוכל לתבעו בכל שעה ומכ"ש כאן שאם נתבטלה ההלואה והוי כנשתמש הלוה בהמעות שלא בזכות הלואה דליכא דין שמיטה, ולכן אין כאן עקירת דין התורה ותנאו קיים ומה דמדמי הגמ' במכות דין אונאה לשביעית זהו אליבא דשמואל דאמר ע"מ שלא תשמיטני שביעית והיינו שלא יהיה דין השמטה דאמר שמואל דשביעית משמטתו ופריך מהא דסבר שמואל דע"מ שלא יהיה לך עלי אונאה דאין לו עליו אונאה דסבר דתנאו קיים, ובזה מתרץ דע"מ שלא תשמיטני שביעית דמי לע"מ שאין בו אונאה דאפי' שמואל מודה דתנאו בטל וע"מ שלא תשמיטני בשביעית תנאו קיים, וזהו לשמואל דסבר נמי בע"מ שאין לך עלי אונאה נמי תנאו קיים, אבל לרב ולהלכה שפיר דע"מ שלא תשמיטנו בשביעית גם רב מודה דתנאו קיים דלא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה דלא עקר דין התורה כלל, ואף דעכ"פ כשלא ישמיטנו וישלם לו תתקיים ההלואה ויהיה חייב להשמיט ויהיה דומה למחזיר חוב בשביעית שצריך המלוה לומר משמט אני והלוה צריך לומר אעפ"כ, וכאן לא מצינו דהמלוה יהיה צריך לומר משמט אני יש לומר דבסתם הלואה כשרוצה הלוה להחזיר צריך המלוה לקיים דין שמיטה ולומר משמט אני. אבל כאן כיון דאם לא יחפוץ להחזיר תתבטל ההלואה ויהיה מוכרח להחזיר, א"כ בפועל ליכא חיוב השמטה דעל כרחו מוכרח לשלם ולכן אינו צריך לומר משמט אני.

ובמש"כ בדברי הריטב"א דע"מ שאין לרבו רשות בו אינו תנאי של לאו והן אלא בגדר שיור יתבארו דברי המרדכי פ"ק דב"מ שכתב בשם מהר"ם ב"ר ברוך וז"ל ומטעם זה דפרישית דבמעשר ליכא דעת אחרת מקנה אפי' אם ראובן נתן מעשר לבניו של שמעון הסמוכים על שלחנו של שמעון במתנה ע"מ שאין לאביהם רשות בהן אלא לצורך עצמן מה שהן נושאים ונותנים לפיהם לא מהני תנאה מידי כיון דטובת הנאה אינו ממון לא מצי מתני ובטל תנאו כיון דידם כיד אביהם דמי, וכל זמן שסמוכים על שולחן אביהם הוי כאלו אביהם זוכה מיד במעשר עני ואביהם עשיר הוא עכ"ל, והקשו בזה דהא היא גמ' מפורשת בקדושין דף ו' דבתרומה במתנה ע"מ להחזיר יצא ידי נתינה ומוכח דאפשר להתנות תנאי בנתינת תרומה, אכן לפי המבואר מדברי הריטב"א דברי המרדכי נכונים

דלהתנות בתנאי הפשוט שיש בו הן ולאו שאם יקיים התנאי יתקיים הקנין, ואם לא יקיים לא יתקיים הקנין זה ודאי אפשר גם בדבר שאין להנותן אלא טובת הנאה כיון שהתנה שאם לא יקיים התנאי בטלה הנתינה והוי כאלו לא נתן לו, וזכות טובת הנאה הא של הנותן היא, אבל בתנאי דע"מ שאין לאביו רשות בהן, דאינו תנאי של הן ולאו אלא בגדר שיור, בזה אין זכות להתנות אלא להבעלים אבל במה שאין לו אלא טובת הנאה אין לו זכות לשייר וכיון שנתן המעשר להבן ע"כ יזכה האב, וכיון דהאב עשיר אינו יכול ליתן להבן והדברים מבוררים.

הלכה ה

הנושא והנותן באמונה אין לו עליו אונאה כיצד חפץ זה כך וכך לקחתי כך וכך אני משתכר בו אין לו עליו הונייה.

כתב המ"מ כך פר"ח נושא ונותן באמונה במביא סחורתו ומצאו חבירו הרוצה ללקחו ונתרצה לתת לו סך ידוע מריוח והלה אומר בכמה קנה וכן הוא האמת, אין לו אונאה לפי שלא סמך משעה ראשונה על השוויא אלא על הדמים שלקח זה עכ"ל, והנה בספר גליא מסכתא סי' א' הרבה להשיג על דברי המ"מ והב"י שצירפו שיטות הר"ח והרמב"ם לשיטה אחת ולדעתו הם רחוקים, וכתב זה ע"פ דברי הנמוק"י שכתב אע"פ שכשאמר לו דמי מקחו נמצא שנתאנה אין לו אונאה, וכן כתב בהג"א וז"ל דאפי' נתאנה לוקח ראשון ואינו שוה כמו שנתן אפ"ה צריך שני ליתן כמו שהתנה ואפי' אינו שוה וכגון שמשך את החפץ, ולפי"ז ביאר הג"מ דפירושו הוא דוקא בשביל שמתחלה לא הודיע המוכר כמה שילם וסמך עליו והאמינו וגמרו הקנין ואח"כ הודיעו וזהו עיקר טעמא דהא חזינן שלא סמך משעה ראשונה על שיווי המקח ולפי פי' ר"ח היה האונאה במה ששילם המוכר להמוכר הראשון שלא היה שוה כמו ששילם, וטעמא דאין עליו אונאה משום דהוי בגדר חליפין שכתב הרמב"ם שזה רוצה במחט יותר מן השריון, אבל שיטת הרמב"ם הוא דהאונאה היתה בהריוח שנתן לו ולא במה ששילם להראשון וכמו שכתב פרק י"ד וז"ל כבר ביארנו שהנושא ונותן באמונה ואמר כך וכך אני משתכר אין לו הונייה, ואפי' אמר זה לקחתי בסלע ובעשר אני מוכר מותר, ומוכח דהאונאה היתה במה שהשתכר ולשיטת הרמב"ם הא דאין לו אונאה כתב דזהו מטעמא דהוי כמו מפרש יודע אני וכו', והאריך שם הג"מ הרבה בזה.

והנה בעיקר יסוד דבריו נראה דבעיקר דברי הר"ח לא מוכח כלל שכונתו הוא דוקא כדברי הנמוק"י דלא הזכיר הר"ח שהמקח נגמר קודם שאמר לו כמה ששילם וכן הוא בדברי הרמב"ן שפי' מקודם במי שנתן מעות לחבירו ואמר לו לך למקום הזול וקח בהם

פירות, אח"כ כתב ומדברי ר"ח אע"פ שלא נתן לו כלום אלא הוא מעצמו הביא סחורתו מצאו חבירו ואמר לו אני מאמינך כמה נתת בו ונותן לך ריוח כך וכך אין לו אונאה, שלא סמך משעה ראשונה על שויין אלא על דמים שלקחן זה עכ"ל, ולא הזכיר כלל שבשעת גמר המקח לא אמר לו כמה נתן, ומה שכתב דלשיטת הרמב"ם טעמא הוא משום דהוי כמו מפרש, אני תמה דהא במפרש בעינן שיאמר יודע אני שאינו שוה אלא ק' שידע בכמה הוא האונאה, וכאן לא הוזכר שצריך שידע הלוקח כמה צריך להשתכר, וגם במה שכתב לשיטת הר"ח בטעמא דאין לו אונאה משום דדמי לחליפין אינו נראה דלא דמי כלל לחליפין שהם ב' חפצים ושייך לומר שזה רוצה במחט יותר מן השריון, אבל כאן שילם במעות ועיקר טעמא הוא כמו שכתב המ"מ שלא סמך משעה ראשונה על השיווי, ומה שהקשה הג"מ דמנלן שלא סמך על השיווי אפשר טעה וחשב שכן הוא שוה כיון שהודיעו בשעת המכירה כמה שילם יש לומר דלא איכפת לן איך שחשב כיון דתנאי המכירה היה שהוא קונה באופן זה לשלם כמה ששילם המוכר וליתן לו שכר כך וכך, דברים אלו לא נאמרו בתנאי שיווי המקח אלא בטעם תשלומי המקח דכמה ששילם המוכר חשב שבודאי צריך ליתן וגם שישתכר כך וכך, ונמצא שאינו דומה לקונה בסתם דודאי עיקר המכירה והקנייה הוא לפי השיווי אבל כאן הוא רק כמה צריך לשלם בעד מסחר כזה וכך נתרצה הלוקח באופן זה ואין כאן אונאה.

ומבואר דלא דמי לע"מ שאין לך עלי אונאה דהתם נחית אדעתא דשיווי המקח ובעינן דוקא מפרש שידע בכמה נתאנה, וכן בקונה מבעה"ב דאין לו אונאה אף שאינו יודע בכמה נתאנה אלא דהוא משום דלא בשביל מחילה על אונאה אתאן עלה אלא משום דהבעה"ב אינו רוצה למכור כלי תשמישו אלא ביוקר. ומעיקרא אינו מוכר לפי שווים, ואין כאן אונאה דהלוקח נתרצה ע"ז ואין זה מגדר מחילה על אונאה.

ולפימש"כ דעת הרמב"ם הוא עפ"י פי' הר"ח כמש"כ המ"מ והרמב"ם ג"כ סובר דגם אם נתאנה המוכר במה ששילם דמים למוכר הראשון ג"כ אין ללוקח אונאה כמו שכתב בסתם אין לו עליו הונייה אלא שהוסיף בפ' י"ד דגם אם היה אונאה בסכום הריוח שנתן אין לו אונאה, וגם הר"ח אינו חולק ע"ז אלא שפירש בעיקר. על אונאת עיקר הדמים, ומה שכתב בפ' י"ד עיקר האונאה על מה שמשתכר המוכר זהו משום שבעיקרו. לא בא שם אלא להודיענו שחייבין ב"ד לפסוק השערים שלא ירויחו יותר מדי, ולכן הקדים שאף שמעיקר הדין יכול כל אחד להרויח כמה שהוא רוצה רק שיודיע כמה מרויח מ"מ חייבין ב"ד לפסוק השערים, ואף דהנמוק"י מפרש בדברי הר"ח שאח"כ הודיעהו אבל אינו מוכרח דחולק על המ"מ ומבואר מה דהטור כתב הך דינא דהנמוק"י בלשון

ויש מפרשים דאפי' לא אמר לו בכך וכך לקחתיו וכו', ובדברי ההג"א ראיתי באור זרוע שאינו מביא פי' זה מדברי הר"ח אלא מד' הר"י ע"ש.

והנה הנתיבות הקשה מהא דמכור לי באלו דיש לו אונאה ואמאי לא נימא נמי דלא סמך על שיווי המקח וכתב דמיירי שהמוכר יש לו אומדנא כמה חפץ וטעה באומד, והוא דחוק טובא לאוקמי בכה"ג והרמב"ם פסק הלכה זו בסתם, ונראה דהנה בגמ' איתא ויש לו אונאה ונוכל לפרש דקאי בין על המוכר בין על הלוקח, ולשון ויש לו משמע עוד יותר דהלוקח יש לו אונאה, אבל הרמב"ם כתב קנה ומחזיר אונאה, ומוכח דסובר לחלק בין המוכר להלוקח דבלוקח שקנה החפצים או הפירות יותר שייך לומר דלא סמך על שיווי המקח והוסיף בדמים בשביל שהיה צריך להמקח, אבל המוכר לא אמרינן דבשביל שהיה צריך למעות מכר בפחות כיון שאפשר למכור בשויים, ולכן בנושא ונותן באמנה כתב הרמב"ם דוקא אם הלוקח נתאנה אין לו אונאה, ודלא כמש"כ בקצור פסקי הרא"ש הובא בש"ך דאין לזה ע"ז אונאה, ולכן אין סתירה מדין מכור לי באלו לדין נושא ונותן באמנה דזה בלוקח וזה במוכר.

הלכה ז

העכו"ם אין לו הונייה שנאמר איש את אחיו ועכו"ם שהונה את ישראל מחזיר הונייה בדינין שלנו לא יהא זה חמור מישראל.

הלח"מ הקשה דבבכורות ריש פ"ב אמרינן דלר' יוחנן דרשינן לעמיתך בכסף ולנכרי במשיכה ולר"ל דרשינן לעמיתך אתה מחזיר אונאה ופריך הגמ' מאל תונו איש את אחיו נפקא ומשני חד בעכו"ם וחד בהקדש, ובב"מ פ' הזהב אמרינן דהקדש אימעט מקרא דאחיו ולא הקדש, ומבואר דאי מצריכינן תרי קראי חד לעכו"ם וחד להקדש, ממעטינן לעכו"ם מלעמיתך והקדש מאחיו, והרמב"ם כתב בהיפוך דעכו"ם ממעט מאיש את אחיו והקדש ממעט בהל' ח' מעמיתך, ועוד הקשה דכיון דהרמב"ם פסק כר' יוחנן הו"ל למעט עכו"ם והקדש מחד קרא כדמוכח בבכורות ונשאר הלח"מ בצ"ע, והנה שיטת הרמב"ם דעכו"ם קונה בין בכסף בין במשיכה וכבר כתבתי בפ"ג מה' מכירה דסובר כשיטת הרר"ח שכתבו התוס' בב"מ דדרשינן לעמיתך בכסף ולנכרי בין בכסף בין במשיכה, ועכ"פ איצטריך לעמיתך לזה, וקשה דברי הרמב"ם בתרתי.

והנראה בזה דהנה הלח"מ כתב דלר' יוחנן ע"כ ילפינן עכו"ם והקדש מחד קרא אבל הרמב"ם לא ניחא ליה בזה וסובר דודאי עכו"ם הו"ל יותר למעט מהקדש, ועיין מה שכתבו התוס' בפסחים דף ה' ועיין מש"כ הפנ"י שם דגבי בל יראה גם חמץ של ישראל אם לא קבל עליו אחריות אינו עובר והפנ"י רוצה לחדש דבאמת בשל ישראל עובר אבל

זהו חידוש גדול, ומה דנתמעט עכו"ם הוא משום דשל ישראל לא בא קרא למעט כיון דעכ"פ ישראל בעל החמץ עובר, אבל עיקר המיעוט הוא של אחרים ואפי' בשל ישראל אחר אינו עובר ולכן לא הוזכר בלשון של עכו"ם אלא בלשון של אחרים, ובזה שפיר נוכל לומר דשל אחרים ושל גבוה מחד קרא אתו, אבל עכו"ם יותר מסתבר למעט מהקדש לכן סובר הרמב"ם דגם לר' יוחנן צריך תרי קראי, אלא דכשנדייק לא כתב הרמב"ם קרא דלעמיתך אלא קרא דבתריה מיד עמיתך, וע"ז כתב עמיתך ולא הקדש, וזהו משום דסובר דלר' יוחנן נמי צריך תרי קראי.

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל והפנ"י רוצה לחדש, עיין באו"ח סי' תמ"ג בביאור הגר"א ס"ק י"א דסובר כן, ועמש"כ שם במשנה ברורה. [ע"כ]

אכן צריך לבאר דכיון שכתב הרמב"ם כאן דאם הקנה לו סודר ע"מ להחזיר מהני לקנין, א"כ עכ"פ אינו כרב אשי בנדרים דאמר ומאן לימא לן דסודרא אי תפיס לא מיתפיס דהא אם הקנה בפי' הסודר עמ"ל נמי מהני לקנין, ומוכח כהר"נ דדברי רב אשי בנדרים הוא דחויא בעלמא, וכיון דהוא דחויא בעלמא א"כ מנ"ל להרמב"ם לפסוק דלא כר"נ דכל קנין סודר הוא במעמ"ל, ועוד דבהא דפליג עוד רב אשי על ר"נ שם בהך עובדא שיקנה לבנו שיקנה לבן בנו כשיהי' צורבא מרבנן כתב הר"נ שם דבזה קיי"ל כרב אשי דאף דבהא דסודרא אי תפיס מיתפיס קיי"ל כר"נ דהוי רק דחויא בעלמא, אבל בזה פליג עלי' וכונתו דמעיקרא אמר ר"א רק ומאן לימא לן וכו', אבל אח"כ פליג עלי', וכתב עוד הר"נ דהרמב"ם פסק בשתיהן כר"נ ומשמע דס"ל דכיון דפירכא קמייתא דרך דחויא הוא כל מאי דא"ל נמי לדחויא מכוין עכ"ל, וא"כ מוכח דהרמב"ם נמי סובר דהא דקאמר רב אשי הוי רק דחויא, וא"כ מנ"ל להרמב"ם לפסוק דלא כר"נ.

ונראה דמה דלא פסק כרב נחמן אינו משום הא דרב דנדרים דודאי אינו אלא דחויא אלא דהוא מהא דרב אשי בקדושין דאמר בכולהו קני דקאי נמי על במכר, ולפימש"כ דהוא על קנין סודר דוקא דבקנין כסף שהוא משום שיווי הדמים ודאי לא מהני להחזיר, וא"כ רבא דאמר במכר לא קנה ע"כ דלא סבר כר"נ דסתם סודר הוא ע"מ להחזיר, ולכן גם רב אשי דאמר בכולהו ודאי ג"כ לא סבר כר"נ דסתם סודר הוי ע"מ להחזיר, דא"כ לא הו"ל למימר דקני אלא דע"כ הכי הוא ומוכח דבזה סבר כרבא דסודר אינו דוקא עמ"ל אלא דסבר רב אשי דגם במעמ"ל קני בקנין סודר, ולכן דברי מבוארים דדעת הרמב"ם דסתם ק"ס אינו ע"מ להחזיר ומ"מ פסק שפיר בהל' נדרים דקני ע"מ להקנות קנה.

אכן כל זה הוא לדברי הר"נ דהרמב"ם פסק כר"נ דקני ע"מ להקנות ולית ליה סברת

רב אשי דהא הדר סודרא למארי', אבל לפימש"כ דהרמב"ם לא סבר דסתם קנין סודר הוא במעמ"ל, א"כ אין ראי' כלל דהרמב"ם סבר דקני ע"מ להקנות לאחר ל' קנה דכיון דאם תפיס מיתפיס, א"כ שפיר קנה דלא הדר סודרא למארי' ואפי' אם באמת החזיר המוכר הסודר לקונה מ"מ י"ל דלא חשיב בזה הדר סודרא למארי' כיון דבשעת הקנין הקנה לו המכר עבור הסודר ממש, ומה שהחזיר לו אח"כ מתנה בעלמא הוא דיהיב לי', ואף דלאחר שלשים אין הסודר ביד המוכר הוי כמו נתאכלו המעות דמהני בלאחר שלשים, ולפי"ז צ"ל דמה דפריך רב אשי לר"נ אף דאיהו אמר ומאן לימא לן דסודרא אי תפיס לא מיתפיס, זה פריך לר"נ לשיטתו דאמר דסודרא הוא קני ע"מ להקנות, וכן מוכח מד' רב אשי דאמר ועוד סודרא קני ע"מ להקנות מן השתא הוא אלמא דלדברי ר"נ אמר כן, ולדברי ר"נ שפיר פריך דהיכי אמר דמה שהקנה לבנו שיקנה אח"כ לבן בנו כשהי' צורבא מרבנן מהני דהא באותה שעה הדר סודרא למארי', אבל לרב אשי בקדושין דסתם סודר לא הוי עמ"ל, א"כ לא מוכח כלל דהרמב"ם לא סבר כרב אשי דנדרים, דמה דפסק דמהני הקנין הא פסק בסתם קנין סודר, דלא אמרינן בזה הדר סודרא למארי' ובפי"א מהל' מכירה הל' י"ג לא נתעוררתי בזה, וכתבתי רק לפי דברי הר"נ ע"ש.

ובטעמא דשינה מדרשות הגמ' ומיעט עכו"ם מאחיו והקדש מעמיתך נראה דתליא בזה דזה ודאי דמקודם יש לנו למעט עכו"ם דהוא פשוט יותר ואח"כ מקרא ב' למעט הקדש, ולכן אי ממעטינן מקרא דלעמיתך דזהו קמא בקרא ממעטינן קודם עכו"ם ואח"כ מקרא דאחיו נמעט הקדש אבל לר' יוחנן דאיצטריך קרא דלעמיתך ונשאר לן רק קרא דמיד עמיתך דאיכא למימר דאיידי דכתיב מקודם וכי תמכרו ממכר לעמיתך כתיב אח"כ או קנה מיד עמיתך, ולכן הך דרשא כבר אינה דרשא פשוטה אלא דמ"מ דרשינן לה דאף דצריך למכתב מיד בשביל דבר הנקנה מיד ליד הו"ל למיכתב מידו, וכיון דהך דרשא אינה פשוטה כ"כ, ודרשא דאיש את אחיו פשוטה יותר, לכן אף דכתיב אחר כן מ"מ דרשינן לה מקודם במסתבר יותר למעוטי עכו"ם ואח"כ דרשינן קרא דעמיתך למעוטי הקדש והגמ' דב"מ דמיעט הקדש מאיש את אחיו סובר הרמב"ם דקאי אי כסף אינו קונה מה"ת.

הלכה יא

נראה לי שב"ד שמכרו קרקע או עבדים של יתומים שוה מנה במאתים אין הלוקח יכול לחזור בהן לא יהיה כח הקדש חמור מכח היתומים, וכן הדין באפוטרפוס שמכר קרקע ועבדים שאין הלוקח יכול לחזור בהוניה כדין ההדיוט.

השגת הראב"ד נראה לי שב"ד שמכרו קרקע כו' א"א לפי ענין דבריו הלוקח אינו יכול

לחזור ולא לתבוע האונאה וכשתעיין יפה אין הדבר כן, שהרי מה ששנינו שום הדיינין וכו' העמידו אותו בגמ' בדברים שמכריזין עליהם והכריזו כגון קרקעות ואפ"ה הותירו שתות מכרן בטל או יחזירו ההונאה כפי דבריו, והטעם כל מי שקונה בשומת ב"ד לא עלה בדעתו שיתאנה ויהיה שם שום טעות הלכך אפי' בקרקעות קפדי אינשי עכ"ל.

המ"מ הביא על ההשגה דברי הרמב"ן שכתב דשום ששנינו כאן הוא שהורידוהו לבע"ח בשומא שב"ד יורדין לשום ומכריזין שמא ימצאו יותר משומן אם לא מצאו אלא כדי שומא מוכרין, ואם לא מצאו אפי' שומן אין מוכרין בפחות אלא אומרין לבע"ח להפרע ממנו בשומן והיינו שטרי חלטאתה וכיון שבע"ח בשומתן הוא יורד אם פחתו לו הדין נותן להחזיר. אבל הלוקח מדעת עצמו הרי הוא כשאר הלוקחין בקרקע שאין להם אונאה, וכתב שכן דעת הרמב"ם ז"ל ואני תמה ע"ז במה שדעתם לבאר דעת הרמב"ם בזה דמתני' דשום היתומים מיירי בשומא שהורידו לבע"ח דהא בפי"ב מה' מלוה הל' י"א מבואר להדיא בדברי הרמב"ם דמיירי בב"ד שמכרו קרקע של יתומים לאחרים להגבות לבע"ח דהא על זה שכתב וכן אם מכרו קרקע בעת שאין צריכין להכריז עליו וטעו שתות או הותירו שתות מכרן בטל אע"פ שהכריזו כתב ע"ז איזהו העת שאין צריכין הכרזה בעת שימכרו קרקע לקבורה או למזון האשה והבנות, או ליתן מנת המלך, וקרקע לקבורה אינו להוריד בשומא, וכל דברי הרמב"ם שם מוכח דמיירי במכירה לאחרים ולא בהורדה בשומא.

ונראה דדין שום היתומים דתנן במתני' ושזה כתב הרמב"ם בפי"ב מה' מלוה הוא דין מה דמגבין ב"ד נכסי יתומים מה שאינו בשביל זכות היתומים דשם מקומו ואפי' מה שכתב ליתן מנת המלך הוא ג"כ מה שצריכין להשתתף במס העיר שצריכה ליתן למלך, וכדאיתא בב"ב דף ח' הכל לפסי העיר אפי' מיתמי, ועכ"פ הוא דין גובייא של ב"ד, ולכן אם טעו ב"ד בהמכירה אפי' הותירו שתות מכרן בטל דע"ז אין להם דין ב"ד להונות אפי' לטובת היתומים, אבל כאן בה' מכירה מיירי במה שב"ד או האפוטרופסין מוכרין לטובת היתומים להאכיל כדאיתא בגיטין דף נ"ב וברמב"ם פי"א מה' נחלות, וא"כ כאן יש להיתומים דין לטובתם כמו שהם מוכרים דבקרקע ליכא אונאה, ורק אם טעו ב"ד ומכרו בפחות דאפוטרפוס הוי כשליח דאפי' בכ"ש חוזר דלתיקוני שדרתיך ובזה יפה כח ב"ד דבפחות משתות מכרן קיים, ובזה מבואר מש"כ כאן הרמב"ם בהל' י' בטעו בשתות דבטל המקח דאם רצו שלא לבטל הממכר ויחזירו ההונאה מחזירין לא יהיה כח הדיוט חמור מהן, וזה בודאי קאי על מטלטלין דיש דין חזרת אונאה ולכן אם ב"ד פחתו שתות, דמכרן בטל יכולים לקיים המקח ולחייב הלוקח להחזיר האונאה, ובפ' ב'

מה' מלוה לא הזכיר זה אכן לפימש"כ הטעם מבואר דשם מיירי בדין מכירת ב"ד נכסי יתומים מדין גובייגא ולא לזכות היתומים וכשטעו מכרן בטל דאין דין ב"ד על מכירה של אונאה, לכן בכל אופן מכרן בטל ולא יוכלו במטלטלין לקיים המקח ולחייב הלוקח להחזיר האונאה, אבל הכא דמיירי דמכר לטובת היתומים שפיר יוכלו ב"ד לקיים המקח לטובת היתומים ולחייב הלוקח להחזיר האונאה.

הלכה טז

שכרו לזרוע לו קרקע ואמר זרעתי בה זריעה הראוי בה. ובאו עדים שזרע בה פחות מן הראוי לה הרי זה ספק אם יש לו הונייה מפני הזרע או אין לו הונייה מפני הקרקע, לפיכך אין מוציאין מיד נתבע וכן אין משביעין אותו אלא שבועת היסת מפני צד הקרקע שיש כאן.

המ"מ הביא מה שהקשה ע"ז הרמב"ן וז"ל וכי מפני שהוא קרקע לא ישלים תנאו ואם לא זרע בה כראוי הפסידה, ואם קבל עליו לשלם ישלם כדתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, ואם אין עליו תשלומין הפסיד שכרו ומה מקום לאונאה עכ"ל, וכתב הכ"מ דלא דמי לאם אוביר ולא אעביד שהרי עכ"פ שבחה [אלא שלא שבחה] כראוי לה ולכן יש לו שכר, ודבריו אינם מובנים דחלק שהפחית מלזרוע למה לא יהיה כמו שהוביר, ומצאתי שתמה ע"ז הנתיבות וכתב דהוי כמו שהוביר חלק הקרקע, ובזה היה אפשר לומר דכיון דאם אוביר ולא אעביד הוא תנאי מצד המקבל, לכן דייניגן כלשון התנאי דוקא בהוברה ממש ולא היכי שלא זרע כראוי כיון דעכ"פ יש קצת שבח, ולא דמי להוביר חלק הקרקע דהתם חלק זה הוביר לגמרי, אלא דמ"מ קשה עכ"פ קושיית הרמב"ן דיפסיד שכרו, ומש"כ הכ"מ דכיון שלא הוביר לגמרי יש לו שכר אינו מובן כלל, דכיון שקלקל השדה במה שזרע פחות באופן שא"א לתקן ולהוסיף כמו שכתב המ"מ בשם הראב"ד א"כ למה יקבל שכר.

והנה הנתיבות כתב דמיירי שהבעה"ב בעצמו טעה וחשב שקרקע כזו א"צ לזרוע בה אלא חמש מדות והפועל לא פשע ועשה כמו שצוה בעה"ב, אלא שהיה טעות ואונאה בהשכירות שפועלים נוטלים בעד שדה כזו ששה דינרים וזורעים ששה והוא זרע חמש, ודבריו תמוהים חדא דבגמ' איתא להדיא דאמר איהו שדאי כדאיבעי לה, והר"ח דאינו גורס כן מפרש באופן אחר דלא כהרמב"ם, וכן כתב הרמב"ם ואמר זרעתי בה זריעה הראויה לה והיכי אפשר לפרש כדברי הנתיבות, ועוד דממ"נ אם יש חילוק בכמות העבודה בין שש מדות לחמש, א"כ אין עיקר הטעות במה שלא זרע זריעה הראויה אלא שבעד שש המדות משלמים ששה דינרים והוא זרע חמש ונטל שש, ואם אין נ"מ

בכמות העבודה רק באופן הזריעה א"כ אין כאן אונאה מצד הפועל כי הבעלים אמרו לו כמה לזרוע, והיה נראה לומר דזה ודאי שהפועל הטעה ואמר זרעתי זריעה הראויה אלא שהכונה שאמר בעת מעשה הזריעה שזו היא זריעה הראויה והבעלים נתרצו בכך וזהו אונאה אבל אכתי אינו מיושב דאף שהטעהו וסמך עליו מ"מ אין זה מגדרי אונאה אלא מגדר טעות, וכמו יין ונמצא חומץ שחשב שזהו זריעה הראויה לה ונמצאת שאינה ראויה לה.

לכן נראה כדברי הכ"מ וכפשטות לשון הגמ' והרמב"ם דרק הפועל הוא שאמר זרעתי זריעה הראוי בה, אלא דכאן הוא באופן של אומד דהיינו שיש קרקע משובחת שמקבלת הרבה זרעים ויש קרקע גרועה שמקבלת פחות ותלוי הדבר באומד הקרקע ואפשר דיש נ"מ גם בשינוי העתים בלחות ויבשות הקרקע, ולכן דמי להא דתנן בתרומות פ' ד' דהאומר לשלוחו צא ותרום תורם בבינונית אחד מחמישים, פיחת עשרה או הוסיף עשרה תרומתו תרומה ואמר ע"ז בכתובות דף ק' משום דא"ל בהכי אמדתיך, ומוכח דאף דטעה בהאומד מ"מ לא נתבטל השליחות וה"נ לא נתבטל השכירות בשביל זה שטעה באומד שלו וכ"ש דלא שייך כאן להא דאם אוביר ולא אעביד דלא דמי להוביר חלק מן הקרקע דהכא זרע כל הקרקע אלא שזרע פחות כפי האומד שלו, ומ"מ איכא דין אונאה וכמו שכתב רש"י בד"ה כדבעי לה דמידי דאומדנא דשכיח דטעו הוי כדין אונאה, דלא דמי לדבר שיש בו פחת או מום דאפי' בקרקע חוזר דהתם ברור לכל והוי טעות, אבל דבר שהוא תלוי באומד הוי כמו אומד בשיווי המקח דתלוי בדין אונאה ובקרקע אין אונאה.

והנה הכ"מ כתב נראה ששכרו בקבלנות ואע"פ שכתב רבינו בסוף הפ' שקבלן יש לו אונאה ה"מ בקבלן דמטלטלין אבל לא בקבלן דקרקע, ואני תמה על דבריו דלפי"ז איכא הוכחה ברורה מכאן דקבלן דמטלטלין יש לו אונאה, וא"כ למה כתב הרמב"ם דין זה בלשון נראה לי, לכן נראה דאפי' אם היינו אומרים דקבלנות דינו כשכירות אינו אלא כשהאונאה היתה בשכר פעולתו דבזה יש לומר דדמי לשכירות פועל דאין לו אונאה, אבל כאן דאין האונאה במקח שכר פעולתו אלא באומד כמה צריך לזרוע הקרקע, לכן אם זה חשיב מטלטלין אין האונאה בשכר פעולתו כלל אלא אונאה במטלטלין והוי כמו שמכר לו מטלטלין פחותים באופן שתלוי בגדרי אונאה ולא בגדרי טעות וכמו שבארנו.

הלכה יח

נראה לי שהקבלן יש לו הונייה כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בי' זוזים או לתפור חלוק זה בב' זוזים ה"ז יש לו הונייה וכל א' משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר

לעולם כמוכר.

כתב המ"מ וצריך לי עיון דהא קיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי וקבלנות הרי הוא כשכירות לענין בל תלין עכ"ל, וכתב ע"ז המל"מ בשם מהרי"א משום דקיי"ל בפ' האומנין דפועל יכול לחזור בו מטעם כי לי בני ישראל עבדים ולא קבלן ומאי דאמעיט מאונאה הוא עבדים שהוקשו לקרקעות וקבלן לאו עבד מיקרי עכ"ל והנה מה שכתב דקיי"ל בפ' האומנין דפועל יכול לחזור בו ולא קבלן אף דלא הוזכר שם דקבלן אינו יכול לחזור בו ורק דידו על התחתונה, אך כונתו דשם לא מיירי היכי דנעשה איזה קנין בהקבלן שלא יוכל לחזור בו, אבל לענין זה מחלק שם הגמ' בין פועל לקבלן דבפועל לא הוי ידו על התחתונה ומשלם לו בעה"ב בעד חצי היום משום דבפועל איכא קרא דלי בני ישראל עבדים ולא לקבלן, כן מבואר שם בסוגיא לפי פירש"י ומטעם זה כתב ר"ת בפ' הזהב דף מ"ח דאומן שמשכו ממנו כלי אומנתו אינו יכול לחזור וטעמא משום דבקבלן ליכא קרא דלי בני ישראל עבדים, איברא דהראשונים חלקו שם על ר"ת, אבל מטעמים אחרים או מטעמו של הר"י דלא גרע מעבד עברי דמגרע מפדיונו ויוצא או מטעמו של הרשב"א ועוד ראשונים דמשיכת כלי אומנות לא מהני לקנות האומן, אבל עכ"פ זה מבואר שם בדברי הראשונים דבקבלן ליכא קרא דכי לי בני ישראל עבדים שלא יוכל להתחייב בפעולתו שלא יוכל לחזור בו.

אכן מדברי הרמב"ם בפ"ט מהל' שכירות מוכח דאינו סובר כן ואינו מחלק בין פועל לקבלן לענין עיקר דין חזרה, ומה דפועל חלוק מקבלן לענין דין ידו על התחתונה נראה דהוא מטעמא אחרינא דבפ"ט מה' שכירות הל' ד' כתב וז"ל בד"א שלא התחילו במלאכה אבל אם התחיל הפועל במלאכה וחזר בו בחצי היום חוזר שנאמר כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים, כיצד דין הפועל שחזר בו אחר שהתחיל שמין לו כל מה שעשה ונוטל ואם קבלן הוא שמין לו מה שעתיד לעשות וכו' ומדכתב בלשונו ואם קבלן הוא מוכח דקבלן הוא ג"כ פרט מפרטי פועל. וקאי על מה שכתב למעלה דעיקר דין חזרה הוא בין בשכיר יום בין בקבלן משום קרא דכי לי בני ישראל עבדים דאם קבלן הוא מילתא אחריתא לא היה לו לכתוב ואם קבלן הוא אלא וקבלן. וע"כ דסובר דלענין חזרה פועל וקבלן חדא הוא, ומה דצריך טעמא דחזרה משום קרא דכי לי בני ישראל עבדים אף דלא עשה השוכר קנין בהפועל צ"ל כמש"כ המל"מ דהתחילו במלאכה הוא קנין גם לגבי הפועל שכתב שם וז"ל נראה דאפי' הקדים לו שכרו והתחיל במלאכת בעה"ב חוזר בו ומחזיר לו שכרו. וכן בדין שהרי מכיון שהתחיל במלאכתו אין בעה"ב יכול לחזור. וה"ה הפועל אלא מגזה"כ כי לי בני ישראל עבדים. א"כ נתינת השכר לא תוסיף כח

השוכר עכ"ל.

איברא שאני תמה על המל"מ שכתב כן לדבר פשוט ולא הרגיש שזהו נגד פירש"י ורוב הראשונים דסוברים דבקבלן לא נתמעט מהא דכי לי בני ישראל עבדים, ולשיטתם ע"כ צריך לומר דהתחילו במלאכה לא הוי קנין לגבי הפועל אפי' אם הוא קבלן וביחוד שסתר דברי עצמו שכתב כאן גם לדעת הרמב"ם דבקבלן לא נתמעט ואינו יכול לחזור בו וא"כ ע"כ דהתחילו במלאכה לא הוי קנין אבל בדעת הרמב"ם נראה שנכונים דבריו שם דהתוס' בדף י' בהא דאמר רב פועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום הקשו דמאי קמ"ל רב והלא בפ' האומנין לא פליגי ר' דוסא ורבנן אלא דר' דוסא סבר דיד פועל על התחתונה ורבנן סברי דידו על העליונה, אבל הרמב"ם הביא קרא דכי לי בני ישראל עבדים על עיקר דין חזרה וממילא ע"כ דהך קרא הוא נמי ממעט קבלנות, ובקושיית התוס' צריך לומר דרב קמ"ל אפי' היכי דהיה קנין כגון שהקדים לו שכרו. ומצאתי שכתב כן הגרעק"א בחידושיו אלא דבמה דתלי הגמ' הא דרב בהא דפליגי ת"ק ור' דוסא כתב ובסוגיא דפ' האומנין מקשה הש"ס כיון דאפי' קנין לא מהני והתורה הקפידה שאינו יכול לשעבד עצמו ממילא אם חוזר אין ראוי לקנסו לומר דידו על התחתונה. ומלבד דדברי הגרעק"א עוד אינם מבוררים הנה לדברינו דלשיטת הרמב"ם בין בפועל בין בקבלן נתמעט מכי לי בני ישראל עבדים שלא יוכל להשתעבד באופן שלא יוכל לחזור א"כ צריך ביאור במה חלוק דין פועל מקבלן דקיי"ל דידו על התחתונה.

ונראה דבאור דברי הגמ' הוא דבעיקר מילתא לחלק בין פועל לקבלן הוא משום דבקבלן יש סברא דאף דאינו יכול להשתעבד באופן שלא יוכל לחזור מ"מ צריך להיות ידו על התחתונה כיון דקבל עליו לקצור הקמה בשני סלעים א"כ השני סלעים הוא תשלומין בעד קצירת כל הקמה, וכשלא קצר אלא חציה ונתייקרו פועלים וצריך הבעה"ב לשלם סלע וחצי אינו חייב לשלם כל הסלע דלא נתחייב מעיקרא לשלם אלא שני סלעים בעד כל הקמה דאם הוא צריך קצירת כל הקמה אינו מרוצה שיקצור חציה ויניח חציה, אבל בפועל שקבל עליו עבודת יום הא אין התשלומין בעד פעולתו והתועלת שתצא מעבודתו אלא בעד עיקר עבודתו ואין נ"מ בין עבודת יום או חצי יום דאם בעד עבודת יום התחייב סלע ע"כ נחשב בעד חצי יום חצי סלע, והגמ' דפריך ארב דאמר הלכה כר' דוסא מהא דאמר פועל יכול לחזור בו זהו לפי"מ דסבר דר' דוסא פליג נמי בשכירות וכמו דמסיק ולפי"ז ע"כ מה דסבר ר' דוסא דידו על התחתונה הוא מטעמא דנשתעבד להבעלים לעבודת כל היום, ואף דאנו צריכין לומר ע"כ דהתחלת מלאכה לא הוי קנין לגבי הפועל דהא בין ר' דוסא בין רבנן סברי דיכול לחזור מ"מ סבר הגמ' דע"ז עכ"פ

נשתעבד שלא יטול שכרו כ"ז שלא יעבוד לו כל היום אם לא היכי דיכול לשכור פועל אחר, בעד חצי השכר וע"ז פריך דכיון דילפינן מכי לי בני ישראל עבדים דאינו יכול להשתעבד א"כ אינו משועבד כלל, וגם בשכרו לא השתעבד שלא יקבל שכרו כ"ז שלא יעבוד לו כל היום, דלא דמי לקבלנות דשם איכא טעם אחר שהשני סלעים הוא בעד קצירת כל הקמה. אבל השכירות ע"כ מטעם שעבוד אתאן עלה ואינו יכול להשתעבד, וכדמסיק דר' דוסא נמי לא פליג אלא בקבלנות א"כ נוכל לומר דהוא מטעמא שכתבנו, אבל לעולם דהתחלת מלאכה הוי קנין בין בשכירות בין בקבלנות ומשום דהכי מסתבר דכיון דהבעלים אינם יכולים לחזור היה מן הדין שגם הפועל לא יוכל לחזור, ורק משום דאיכא קרא דכי לי בני ישראל עבדים, לכן בין פועל בין קבלן יכולים לחזור אלא דבקבלן ידו על התחתונה, ולכן כתב הרמב"ם דרשא דכי לי בני ישראל עבדים על עיקר דין החזרה בין לפועל בין לקבלן וכנ"ל, ואף דלפי מה דמשני דר' דוסא תרתי קאמר ורב סבר כוותיה בחדא ופליג עליה בחדא ר' דוסא לא סבר דפועל יכול לחזור בו ולכן ידו על התחתונה גם בשכירות ומ"מ קבלן יכול עכ"פ לחזור כיון שלא עשה קנין א"כ מוכח דהתחלת מלאכה לא הוי קנין, מ"מ כיון דאח"כ אמר ואבע"א כל החוזר וכו', ולשינוייא בתרא ר' דוסא מחלק בין שכירות לקבלנות והפוסקים דרכם לפסוק כשינוייא בתרא לכן נקט הרמב"ם להלכה כמו שבארנו, ומצאתי בדברי הרמב"ן בב"ב דף ט' שכתב גבי הנהו תרי טבחי שכתב וז"ל שאילו במתנין באומנתן לאמצע י"ל נעשו שכירין זל"ז והוא שנתקבלו שכר זה מזה או התחילו במלאכה ויכולין לחזור בהן עכ"ל ומוכח דהתחלת מלאכה הוי קנין לגבי האומן אלא שיכולים לחזור וע"כ דהוא מדין חזרת פועל וכמש"כ.

עתה נבוא לקושיית המ"מ כיון שנתבאר דתירוצו של המל"מ משום דקבלן אינו יכול לחזור ולא הוי בגדר עבדות אינו עולה לשיטת הרמב"ם. ונראה דאף דנקטינן דגם בקבלן איכא טעמא דכי לי בני ישראל עבדים זהו לענין דלא יהיה הקבלן משועבד לגמור קבלנותו דכיון שיהיה משועבד לגמור הרי זהו עבדות אבל עכשיו דאמרינן דבין פועל בין קבלן יכולים לחזור בהם איכא נ"מ בין פועל לקבלן דפועל השכיר עצמו לעבודה. ולכן אף דיכול לחזור בו אבל עכ"פ כ"ז שהוא עובד זהו גדר עבדות ואין אונאה אבל קבלן השכיר עצמו לפעולה היינו שיעשה דבר מסויים לארוג הבגד וכדומה וכיון ששעבוד אין לו ועיקר התשלומין אינו בעד עבודתו אלא בעד תכלית פעולתו אינו גדר עבדות ויש לו אונאה, ומה שהקשה המ"מ מהא דעובר משום בל תלין זה אינו אלא דאין אומן קונה בשבח כלי והוי שכירות, אבל בל תלין אינו תלוי בדין עבדות אלא בדין שכירות דהא

שכר בהמה וכלים נמי עובר משום בל תלין, ולכן קבלנות אף דיש לזה דין שכירות אין לזה דין עבדות ויש לו אונאה.

פרק יד

הלכה א

עיין מה שכתבתי בזה בפ"ג הל' ה'.

הלכה ב

בד"א בדברים שיש בהם חיי נפש כגון יינות שמנים וסלתות אבל העקרין כגון הקושט והלבונה וכיוצא בהן אין פוסקין להם שער אלא ישתכר כל מה שירצה. ואין משתכרין פעמים בביצים אלא התגר הראשון הוא מוכרן בשכר והלוקח ממנו מוכרן בקרן בלבד.

כתב המ"מ דהרמב"ם למד זה מדין אין אוצרין פירות בארץ ישראל דמחלקינן בין דברים שיש בהם חיי נפש לאין בהם חיי נפש, וכתב המ"מ דיש להביא ראיה לזה מהא דאין משתכרין פעמים בביצים דפליגי רב ושמואל חד אמר על חד תרין וחד אמר תגרא לתגרא ולא אמר הגמ' דשמואל הוא דאמר תגרא לתגרא דהא אמר המשתכר אל ישתכר יותר משתות, ומוכח דבדברים שאין בהם חיי נפש מותר להשתכר יותר, ודברי המ"מ תמוהים דודאי ביצים הוי דברים שיש בהן חיי נפש, דאף דהטור כתב ג"כ בסי' רל"א דאין משתכרין בביצים הכפל אבל עד הכפל רשאין להשתכר לפי שאין בהם כל כך חיי נפש אבל הרמב"ם הא כתב להדיא דדברים שאין בהם חיי נפש זהו העקרין כגון הקושט והלבונה ואח"כ גבי אין מוציאין לחו"ל כתב דהתבלין הוי כמו קושט ולבונה, אבל ודאי דביצים יש בהם חיי נפש, וכבר השיג עליו בכ"מ אבל קושיית המ"מ צריך ישוב דאף דהרמב"ם לא פסק כהטור אלא כמ"ד תגרא לתגרא, אבל אכתי קשה על מ"ד על חד תרין דלא משמע דפליג אדשמואל דהא לא מסיים בגמ' דשמואל הוא דאמר תגרא לתגרא, וכתב הכ"מ ליישב ע"פ דברי התוס' משום דאיכא טירחא, ויש לעיין דהא בב"מ דף מ' מוכח דבשביל טרחא אין להרויח כ"כ עד הכפל.

והנראה בזה ע"פ מה שכתב הטור בשם הרמ"ה בהך דינא דאין משתכרין יותר משתות דה"מ היכי דאיכא בי דינא דפרשי לכולהו מוכרין לזבוני הכי אבל אי כל חד וחד זבין בכל מאי דיכול לא מחייב האי לזבוני בזול, וכן מוכח מדברי הרמב"ם שכתב בהל' א' הך דינא דאין משתכרין יותר משתות בדין דחייבין ב"ד לפסוק השערים וכתב אלא שתות בלבד יפסקו להם בשכרם, ומוכח דהך דינא אינו דין פרטי על כל מוכר כשהוא לעצמו אלא דהוא שיעור ב"ד כשפוסקין שערים, אבל דין אין משתכרין בביצים יש לומר דהוא

דין מיוחד על כל מוכר אפי' כשהוא בעצמו, אלא דהרמב"ם לא פסק כהך מ"ד דעל חד תרין, אבל הך מ"ד לא פליג על דינא דשתות, וטעמא דמפרשים הא דיותר משתות דקאי על שיעור ב"ד הוא משום דשמואל אמרה בהדי אין מוסיפין על המדות ועל המטבע יותר משתות, דזה לא שייך על יחידים אלא על אנשי העיר וכמו שפירשב"ם לכן גם דינא דהמשתכר הוא ג"כ שיעור כללי, אבל אין משתכרין פעמים בביצים דברייתא איכא למימר דהוא דין ברור וכל מוכר לבדו חייב בו.

והנה בדין לאצור פירות ולהוציא פירות כתב הרמב"ם בהל' ז' בד"א בדבר שיש בהן חיי נפש, אבל התבלין כגון כמון ופלפלין מותר לאצור אותן בארץ ישראל ולהוציא אותן ממקום למקום כשאר העקרין. וכתב הכ"מ כאן דמדכתב כגון הקושט והלבונה מוכח דסובר דלענין להשתכר יותר משתות לא הותר אלא בקושט ולבונה. דאינם אוכלין כלל, אבל תבלין הוי לענין זה כמו דברים שיש בהן חיי נפש, אבל קשה דלפי"ז אין שום מקור לדברי הרמב"ם בהך דינא דמשתכר דהמ"מ כתב דהוא משום שדימה זה לדינא דאין אוצרין פירות אבל לדברי הכ"מ אין שום מקור לדברי הרמב"ם.

ונראה דבעיקר דינא ודאי סובר הרמב"ם דגם בכמון ופלפלין אין חייבים ב"ד לפסוק דלא ישתכרו יותר משתות. דהא כתב כגון יינות ושמנים וסלתות, וכמון ופלפלין ודאי לא דמי להו כדמוכח בהל' ז' דדמי לשאר העקרין. אלא לפי שסיים בדבריו אלא ישתכר כל מה שירצה, סובר דבכמון ופלפלין אף דלא הוי בכלל דברים שיש בהם חיי נפש, מ"מ יש רשות לב"ד לעשות קצבה להשכר כיון דעכ"פ הם צרכי אוכלין דב"ד יכולין לתקן כל תקנה שנראה להם. אבל קושט ולבונה בודאי אין צריכין ב"ד לתקן בזה כלל. ולכן מיושב דבהל' ז' לא מיירי מדין ב"ד אלא דהוי איסור ברור על כל יחיד לאצור פירות ולהוציא פירות, ובזה הוציאה הברייתא כמון ופלפלין מן הכלל דליכא איסורא, ואף דלפי"ז מנלן ללמוד דין המשתכר מדין לאצור פירות כיון דזה מדיני איסור וזה מדין תקנת ב"ד מ"מ סובר הרמב"ם דכיון דמותר לאצור דמייקר השער הרבה בודאי דליכא דינא דשתות, ומ"מ לומר דיכולים להשתכר כל מה שירצו כתב רק בקושט ולבונה משום דבכמון ופלפלין יש עכ"פ לב"ד רשות לתקן וכנ"ל, והנה הדרישה וכן בסמ"ע מפרש דעת הרמב"ם בדרך שיטת הטור דיש שלשה מדרגות ובכמון ופלפלין הוא עד הכפל ודבריו תמוהים דהרמב"ם לא פסק כמ"ד על חד תרין ואין שום רמז בדבריו לחלק בזה.

הלכה י

רשאין אנשי אומניות לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חבירו וכיוצא בזה, וכל מי שיעבור על התנאי יענשו אותו כך וכך. בד"א במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן

מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה. אבל אם יש בה חכם אדם חשוב אין התנאי שלהם מועיל כלום ואין יכולין לענוש ולהפסיד על מי שלא קבל התנאי אא"כ התנה עמהם ועשו מדעת החכם. וכל מי שהפסיד לפי התנאי שאינו מדעת החכם משלם.

ואין יכולין לענוש ולהפסיד על מי שלא קבל התנאי כתב הכ"מ וז"ל איכא למידק דמלשון זה משמע שאם קבל עליו התנאי אע"פ שלא היה בפני החכם החשוב חייב, וזה הפך מאי דאתמר בגמ' בעובדא דהנהו תרי טבחי דאתנו בהדי הדדי דאסיקנא שמפני שלא היה בפני אדם חשוב לא כלום הוא, וכן מבואר בדברי רבינו בסמוך וצ"ל שמש"כ אין יכולין לענוש ולהפסיד על מי שלא קבל עליו התנאי פירושו על מי שעבר התנאי עכ"ל, וע"פ דבריו אלו כתב בשו"ע ואין יכולין לענוש ולהפסיד למי שלא קיים התנאי. ולדעתי פירוש הכ"מ אינו מתקבל כלל בדברי הרמב"ם דהא סיים בדבריו אא"כ התנה עמהם ומוכח דלא קבל התנאי היינו שלא התנה עמהם, ולא ידעתי למה דחק הכ"מ דדברי הרמב"ם פשוטים ומבוארים דהא מבואר במרדכי פ"ק דב"ב בהך סוגיא מחלוקת הראשונים דר"ת סובר דהא דלהסיע על קיצתן הוא דוקא אם מקודם התנו כולם ואח"כ עוברים על התנאי, וראבי"ה חולק דרוב הקהל יכולים לכוף את המיעוט. ע"כ פשוט דהרמב"ם משמיענו כאן דאין יכולין לענוש אלא למי שקבל עליו את התנאי.

אכן נראה דאפי' להשיטות דרוב בני העיר יכולים לתקן על כל בני העיר אבל בעלי אומניות ודאי אינם יכולים הרוב לכוף המיעוט, ולפי"ז אין אנו צריכין לומר דהרמב"ם סובר כר"ת גבי בני העיר לפי"מ שמפרש הכ"מ בשם הריב"ש דהרמב"ם בהלכה זו קאי דוקא על בני אומניות, אבל בני העיר יכולין להתנות גם בלא חכם אבל אם נאמר דהרמב"ם קאי בהלכה זו בין על בעלי אומניות בין על בני העיר וכשיטת הרא"ש, מוכח דהרמב"ם סובר לגמרי כר"ת. ומה שכתב הרמב"ם הך דינא דאין יכולין לענוש על מי שלא קבל את התנאי בזו ההלכה שמצריך דוקא חכם ושא"א להתנות בלא החכם נראה דזה פשוט להרמב"ם דבני העיר לבדם אין יכולין הרוב לכוף המיעוט ובפרט אם נפרש דקאי על בעלי אומניות בודאו דאין הרוב יכולים לכוף להמיעוט כיון דאין זה דבר שהוא מן הדין למנעם, ולכן השמיענו הרמב"ם זה רק כאן דלא נימא דהיכי שיש חכם ורואה שיש בזה תקנה צריכה ומועלת שיוכל להתנות ע"פ דעת הרוב גם בלא דעת המיעוט לכן משמיענו דהחכם אין כחו יפה לתקן בלא דעת כל בני העיר או כל בעלי אומניות והחכם הוצרך רק לעכב שבלא דעתו אין להם רשות להתנות דאפשר יצא מזה היזק ללקוחות כמו שכתב הרמב"ן ואפי' בכל בני העיר לדעת הרא"ש יוכל להיות היזק לבני עיר אחרת וזהו טעמו של הריב"ש דסובר דבני העיר אין צריכין הסכמת חכם משום דבני העיר אין

משועבדים בשום דבר לבני עיר אחרת, והרא"ש משמע דסובר דיש דברים דגם בני העיר משועבדים לבני עיר אחרת דאם לא כן יוכלו לתקן שלא יכניסו אחרים להעיר וזהו מדת סדום, ולכן לא חלקו בזה ובלא הסכם חכם אין רשאין גם בני העיר להתנות.

והנה הש"ך הוכיח כדעת הרא"ש מהא דפריך בגמ' על הא דטבחי מדתנן דרשאין בני העיר להסיע על קיצתן ומשני ה"מ היכי דליכא אדם חשוב ש"מ אפי' בני העיר אין יכולין לתקן זולתו, ועוד דאם איתא דבני עיר עדיפא א"כ מאי פריך מבני העיר, אבל לפי"מ שבארתי אין כאן הוכחה דזה ודאי דבני אומניות אם הם כולם דינם כבני העיר, וכמ"ש הרמב"ן אלא דהחילוק לגבי להצריך חכם הוא מטעם אחר דבני אומניות אין יכולים להתנות בלא חכם שהם מפסידים להלקוחות כמש"כ הרמב"ן, אבל בני העיר אינם משועבדים לבני עיר אחרת וכמש"כ.

הלכה טו

כל המאנה את הגר בין בממון בין בדברים עובר בג' לאוין שנאמר וגר לא תונה זה הונייית דברים. ולא תלחצנו זה הונייית ממון, הא למדת שכל המאנה את הגר עובר בג' לאוין משום לא תונו איש את עמיתו, ומשום אל תונו איש את חיו ומשום וגר לא תונה. וכן אם לחצו והונהו בממון עובר בג' לאוין משום אל תונו איש את אחיו, ומשום ולא תונו איש את עמיתו, ומשום ולא תלחצנו. ומפני מה עובר בגר על לאו של הונייית דברים אף בהונייית ממון ועל לאו של הונייית ממון אף בהונייית דברים מפני שהוציא הכתוב את שניהם בלשון הונייה סתם וכפל לאוין בגר בב' הדברים בפי' לא תונו ולא תלחץ.

המ"מ הקשה דבגמ' אמרינן דבגר גופא איכא ב' לאוין באונאה וב' בלחיצה ולמה הוצרך הרמב"ם לחדש דבאונאה איכא גם לאו דלחיצה ובלחיצה גם לאו דאונאה ונשאר בצ"ע וגם הלח"מ נשאר בצ"ע עוד קשה דהרמב"ם בה' עבדים חשב ב' לאוין דגר לא תונה ולא תלחצנו, ודישראל חשב בחדא, וכאן חשב ב' דישראל וחד דגר ונמצאו דברי הרמב"ם תמוהים בתרתי במה שסתר דברי הגמ' ובמה שסתר דברי עצמו.

והנראה בזה לפי"מ שהשריש לנו הרמב"ם בפתיחה לספר המצות שורש ט' דלאוין או עשה שהוכפלו אין מונין אותם וכמו שאין מונין י"ב לאוין בשבת וז' לאוין בדם, ואין מונין אלא היכי שכל לאו מהם יכלול ענין זולת הענין שיכלול הלאו האחר, אבל אם הם כולם ענין אחד כולם הם רק לחוזק, וכתב שם וז"ל, ודע כי אפי' תמצא לשון חכמים כי מי שיעבור האזהרה הפלונית עובר על כך וכך לאוין לא יתחייב מזה שתמנה הלאוין כולם. ואמנם אמרם שהוא עובר בכך וכך עשה או כך וכך לאוין בעבור הכפל הצווי או

האזהרה במצוה ההיא כי הוא עבר על אזהרות רבות, ולפי"ז מבואר דמה דמנו בגמ' תרי לאווי דכתיבי בגר אינם רק לעבור על אזהרות, אבל לא יבואו בחשבון הלאוין ואם היה שייך בהלאוין מלקות לא היה לוקה אלא א', והרמב"ם רצה לפרש הברייתא דיש ג' לאוין מיוחדים שיש למנותם גם במספר הלאוין, ובמה דנטה מדרך הגמ' ודרש בעצמו, י"ל דכיון דאין נ"מ להלכה סובר שהוא כדרכי האגדות והדרש שכבר ידוע שיטת הרמב"ם שאפשר לנטות מדרך הגמ' דלא הוקבע בזה הלכה ברורה. וכמו דמפרשי התורה נטו לפעמים מדרך הגמ' בפשוטי המקרא ואפי' ברמב"ן על התורה נמצא כן.

ועתה עלינו לבאר דברי הרמב"ם במה שסותרים דבריו שבכאן להל' עבדים. ונראה דעיקר ביאור דברי הרמב"ם הם דכיון דהתורה חלקה בגר לשני ענינים אונאה ולחיצה, וגבי ישראל כתיב תרווייהו בלשון לא תונו מוכח דגם בלחיצה יש גדר אונאה וילפינן גם אונאה מלחיצה דכמו דבלחיצה יש גדר אונאה ה"נ באונאה יש גדר לחיצה דבמה שמצער אותו בדברים יש בזה גם לחץ ודחק, ומה דמפרש המכילתא לא תונו בדברים ולא תלחץ בממון זהו עיקר הלאו אלא דממילא יוצא מלחיצה אונאה ומאונאה לחיצה, והנה בישראל לא אמרינן כן דכיון דכתיב בחד לשון לא תונו וכתיבי תרי קראי חד בממון וחד בדברים אמרינן דהוא שם כללי, ואינו עובר אלא על לאו אחד, ותרי קראי הוא לומר דבין בממון בין בדברים עובר, אבל בגר דהקפידה התורה על אונאתו וחלקה בין אונאתו ובין לחצו וכתובין בלאוין מיוחדים ע"כ לגביה הוו גם תרי לאוי דישראל דחד בדברים דעיקרו אונאה, וחד בממון דעיקרו לחיצה נמי לאוין מיוחדים כיון דלגבי גר החמירה תורה שלא לחשוב אונאה ולחיצה לענין כללי.

ולפי"ז היה צריך לומר דבגר איכא ד' לאוין ב' דישראל וב' דגר אבל זה א"א דכיון דבישראל ליכא אלא לאו אחד ורק בגר החמירה תורה לחשבן ללאוים מיוחדים, א"כ אם נחשוב בין לאוי דישראל בין לאוי דגר הוי זה לאוי כפלות כיון דרק משום לתא דגר מחמרינן, ולכן כפי הפשוט היה צ"ל כמש"כ הרמב"ם בהל' עבדים דמנינן חד לאו דישראל ותרי לאוי דגר לא תונה ולא תלחצנו, בשביל שגילתה התורה בישראל דכתבן בלשון לא תונו דעובר על של זה בזה, אלא דכאן כתב הרמב"ם תרי לאוי דישראל וחד דגר, משום דבאמת איכא ד' ורק דבשביל דבלאו הרביעי כבר ליכא גדר חדש והוי כפלות, והוכחה ברורה דהרמב"ם אינו מדייק בלאוי כפלות הוא בדבריו כאן דבלאו דלחיצה פתח בולא תלחצנו וסיים בולא תלחץ והם שני לאוין וע"כ דאין קפידא אצלו כיון שהם לאוי כפלות, ובודאי דבכונה שינה בדבריו להשמיענו דלאוי כפלות הוו כמו חד, ופתח בזה וסיים בזה ולכן שינה גם מדבריו בכאן לדבריו בהל' עבדים דכאן כתב ב' דישראל

וחד דגר, ובהל' עבדים ב' דגר וחד דישראל משום דבאמת תרווייהו איתנהו אלא שהם לאוי כפלות וכנ"ל.

פרק טו

הלכה א

המוכר לחבירו במדה במשקל או במנין וטעה בכל שהוא חוזר לעולם שאין הונייה אלא בדמים אבל בחשבון חוזר. כיצד מכר לו ק' אגוזים בדינר ונמצאו ק"א או צ"ט נקנה המקח ומחזיר את הטעות אפי' לאחר כמה שנים, וכן אם נמצאו המעות חסר או יתר מן המנין שפסקו חוזר, ואפי' לאחר שקנו מידו שלא נשאר לו אצל חבירו כלום חוזר שקנין בטעות הוא וכן כל כיוצא בזה.

השגת הראב"ד אפילו לאחר כמה שנים וכו' א"א אינו מחוור פעמים שאין המקח נקנה שאלו רצה לחזור עד שלא השלים חוזר כגון שהיה תופס לפניו שק של אגוזים ואמר לו הילך שק זה שיש בו סאה של אגוזים בדינר ונטלו והלך לו ומדד ולא מצא מדתו הרי זה חוזר ואע"פ שרצה זה להשלים. אבל אם היה לפניו שק של אגוזים וזה יודע שאין בו שיעור מדה וזה אומר הנה לך סאה של אגוזים בדינר ונטלו ומדדו ולא מצא בו מדתו ה"ז קנה וישלים שהרי היה מכיר שלא היה בו סאה ועל דעת השלמה נטל. ושורש דבר זה בקדושין עכ"ל. המעות חסר וכו' א"א אף בזה אם עייל ונפיק אזוזי כל כמה דמדחי ליה ולא יהיב ליה מצי היאך למיהדר ביה מההוא זבינא עכ"ל.

מש"כ הראב"ד ושורש דבר זה בקדושין הוא מהא דאמר שם בדף ח' דקדשה במנה ונמצא חסר דינר אינה מקודשת. וכתב המ"מ דדברי הרמב"ם הוא כדברי הר"י מיגש שכתב בפ' המוכר את הספינה דהאי חוזר פירושו שהמקח קיים ומחזיר מה שחסר. ובמה שהוכיח הראב"ד מקדושין כתב המ"מ דאין קדושין דומין למו"מ בכה"ג ודברי המחבר ורבו ז"ל עיקר וגם הרמב"ן ז"ל הודה לדבריהם כ"ז שאפשר להשלים עכ"ד המ"מ. והנה הכ"מ השיג על המ"מ וכתב ויש לתמוה על המ"מ שנראה שהראב"ד דין אחר הוא שחידש ואפשר שרבינו ורבו יודו בו. והב"ח והפרישה כתבו כדברי הכ"מ. אבל לי נראה דדברי המ"מ נכונים דודאי הרמב"ם אינו סובר כהראב"ד דלדעת הראב"ד צ"ל דלא משכחת שלא יהיה המקח בטל אלא באופן שהלוקח ידע שחסר ובודאי א"א לפרש כן לשון הרמב"ם שכתב בסתם מכר לו ק' אגוזים בדינר ונמצא ק"א או צ"ט נקנה המקח ומחזיר הטעות.

אכן מה שכתב המ"מ דדברי הרמב"ם הם כדברי הר"י מיגש נראה דגם דברי הר"י

מיגש אינם יסוד לדברי הרמב"ם דז"ל הר"י מיגש דכל טעות שבמדה ושבמשקל ושבמנין אין דנין בו שפחות משתות יהיה מחילה ולא יותר משתות דליהוי בטול מקח. וטעמא דמילתא דכי אמרינן יתר משתות בטל מקח ה"מ היכי דאגלאי מילתא דאיכא טעות בדמים דהו"ל טעותא בעיקר זביני והו"ל מקח טעות. אבל היכי דליכא טעות בדמים כיון דעיקר זביני לית בהו טעותא אלא לבתר דזבני וגמרי זביני קא טעי במדה ליכא הכא ביטול מקח עכ"ל. והאריך עוד לבאר דלא הוי בפחות משתות מחילה דהו"ל כמאן דאית ליה גבי חבריה כור חטים כי יהיב ליה כור פחות כ"ש או יתיר כ"ש ואפי' עוכלא אית ליה מן דינא למשקל מיניה ההיא עוכלא. וכתב עוד גבי טעה במשקל ובמנין כלשון זה דכיון דליכא טעותא בעיקר זביני אלא לבתר דגמרי זביני קא טעו במשקל. ומוכח מדברי הר"י מיגש דמפרש שמכר לו סאה וגמר המכר שנתן לו מעות או בק"ס ואח"כ נתן סאה חסרה דחייב להשלים לו. בין בפחות משתות בין ביתר משתות. והרמב"ם לא כתב באופן זה אלא שמכר לו ק' אגוזים בדינר והיינו שאמר לו שבכרי זה יש ק' אגוזים ונמצאו ק"א או צ"ט. והרמב"ם לא ניחא ליה לפרש כפי' הר"י מיגש דלא הוזכר בגמ' דמיירי שנגמר המקח קודם ואח"כ נתן לו מדה פחותה. ובזה מפרש הרמב"ם כהר"י מיגש דלשון חוזר אין פירושו בטול מקח אלא שמחזיר הטעות. ולכן כתב הרמב"ם כיצד מכר לו ק' אגוזים ובזה סובר דבכל גווני לא בטל המקח דכיון דיש כאן מציאות ההשלמה או בהמקח או בחזרת חלק מהמעות לכן לא הוי טעות.

ולפי"ז אין כוונת הרמב"ם דוקא דיש להמוכר עוד אגוזים להשלים דאפי' אין להמוכר להשלים הא יכול להחזיר חלק המעות. ואם נמצאו ק"א בודאי יכול הלוקח להחזיר היתר. ובכה"ג מיירי נמי מה שכתב וכן אם נמצאו המעות חסר או יותר דאפי' אם אין להלוקח יותר מעות הא יכול להחזיר חלק המקח. אבל מכר לו בהמה ונמצאו המעות חסרין אם לא נעשה קנין קודם נתינת המעות כמו שכתב הר"י מיגש אלא במעות הוא שקנה ודאי בטל המקח דבמה נתחייב הלוקח ליתן עוד מעות. ואפשר אין לו כלל יותר מעות או אינו רוצה להוציא אותם המעות ולקח רק בשביל שטעה וחשב שיש בידו שיווי המקח. והרמב"ם צייר כן משום דלשון מדה משקל ומנין משמע באופן זה. ומה דבקדושין מייתי הא דרבא על קרקע ובקרקע א"א להשלים כמש"כ הר"ן בהלכות. וטעמא דלא שייך בקרקע להחזיר מקצת הדמים משום דיכול לומר בקרקע גדולה אני רוצה. אבל באמת שם לא מיירי במכירת קרקע אלא בחלוקת קרקע. ובזה ודאי לא שייך מקח טעות אלא דצריך להחזיר מי שמדדו לו יותר ועיין מש"כ שם הר"ן באריכות.

וע"ד השגתו השניה של הראב"ד כתב ע"ז המ"מ ודין עייל ונפיק אזוזי כבר נתבאר

פ"ח. ומדבריו משמע דהרמב"ם ג"כ מסכים בזה לדברי הראב"ד אבל לפימש"כ אינו כן דלהראב"ד שפי' בחסרון במקח באופן שאמר הנה לך סאה של אגוזים בדינר והלוקח ראה שאין כאן סאה ועל דעת השלמה נטל. והיינו משום שלא אמר סאה זו. וכן יפרש בדינר שאמר הלקוח תן לי בדינר פירות ונתן לו מעות חסרים מכדי דינר ולקח הפירות דודאי על דעת השלמה במעות נתן המוכר ובזה שייך שפיר עייל ונפיק אזוזי. אבל לפימש"כ דכונת הרמב"ם באופן שקנה הפירות בעד המעות החסרים ואין על הלוקח חיוב להשלים המעות אלא להחזיר אגוזים לפי חשבון. ואם נתן הלוקח מעות יתרים אז יחזיר המוכר מעות לפי חשבון. א"כ לא שייך כאך הך דינא דעייל ונפיק אזוזי.

פרק טז

הלכה ג

מכאן אתה למד שכל הלוקח מחבירו מקח והודיעו שהוא מוליכו למדינה פלונית למכרו שם ואחר שהוליכו שם נמצא בו מום אינו יכול לומר החזיר לי מקחי לכאן, אלא מחזיר לו את הדמים והמוכר מטפל להביא ממכרו או למכרו שם ואפי' אבד או נגנב אחר שהודיעו הרי הוא ברשות מוכר, אבל אם לא הודיעו שמוליכו למדינה אחרת והוליכו ונמצא שם מום הרי זה ברשות לוקח עד שיחזיר המקח במומו למוכר.

השגת הראב"ד מכאן אתה למד וכו' א"א דין אמת הוא זה אלא שאין מכאן ראיה לפי שהזרע כשאינו ראוי לצמוח דבר ידוע הוא שהוא נרקב בעמידותו בקרקע ואינו בר השבה משא"כ בשאר מקחות אלא שהדין דין אמת ולמ"ד שמשלם דמי ההוצאה אף זה יכול לתבעו הוצאת ההובלה בהולכתה לאותו מקום וכ"ש שאין זה יכול לומר החזיר לי ממכרי לכאן:

כתב המ"מ על השגת הראב"ד דהרמב"ם סובר דהוא ק"ו דמה פירות לזריעה שאינו מחזיר לו כלום אינו מנכה לו כלל מן הדמים אפי' דמי עצים, כאן שהוא יכול לקבל ממכרו ע"י טורח כ"ש הוא כאן דאינו מנכה לו כלל, ודעת הראב"ד נראה דהיכי דודאי יהיו אבודין אדעתא דהכי מכר לו שיצטרך להחזיר לו הכסף אף שלא יוכל הלוקח להחזיר לו הפירות, אבל היכי שאפשר להלוקח להחזיר לו הפירות אפי' ע"י טורח אפשר חייב הלוקח להחזיר הפירות ונאמר דדמי טרחא של הלוקח אינו בעיקר ההפסד שהפסידו המוכר, ולא דמי להיכי שנאבדו הפירות לגמרי.

וליישב השגת הראב"ד נקדים לבאר דברי הרמב"ם במה שכתב ואפי' אבד או נגנב אחר שהודיעו הרי הוא ברשות מוכר דנסתפק הכ"מ בכונתו אם כונתו דוקא אחר

שהודיעו שיש בו מום, וכתב ע"ז דאין השכל גוזר כן, וכונתו דלמה לא יהיה המוכר חייב להשיב הדמים אפי' נאבד קודם שיודיעו, דהמקח צריך להיות ברשות המוכר, ורוצה הכ"מ לפרש אחר שהודיעו שהוא מוליכו למדינה פלונית והוא פי' דחוק. וכן כתבו הב"ח והפרישה דלא משמע כן בלשון הרמב"ם אכן בטעמא דמילתא כתב הב"ח דנעשה ש"ש וכ' ע"ז ב' טעמים והנתיבות הקשה על ב' הטעמים וכתב מטעם אחר משום דהיה אפשר לו למכרו לכן הוא ש"ש וגם דבריו אינם ברורים דמי לא עסקינן דנמצא מום כזה שאינו עומד למכרו בדמים שנתן, והתוס' בב"מ דף מ"ב כתבו דהיתומים הוו ש"ח על השור שהיה מק"ט, והרא"ש כתב שם בשם הראב"ד דהוו ש"ש וכתב בשביל שעומד השור לחזור לבעלים ויחזיר להם הדמים וצריכים לשמרו עד שיחזירוהו לבעלים נמצא שהיתומים ש"ש על השור בשביל מעותיהן שהן באחריותו עכ"ל וטעם זה הוא כעין טעם הריטב"א שהביא הנתיבות משום דתפיס ליה אזוזי אבל הנתיבות הקשה ע"ז דלא מהני הך סברא אלא היכי דיש לו הנאה מזה.

ולכן נראה דעיקר דין חזרת מקח שנמצא בו מום אינו שמחוייב המוכר להחזיר לו המעות, והמוכר ילך לחפש המקח במקום שהוא, אלא דאין המוכר מחוייב להחזיר המעות אלא כשיחזיר לו הלוקח המקח, ואינו מדין שומר אלא דהכי הוא דינא דחזרת המקח, ואף דלפי פשוטו אין הסברא כן דכיון דהוא מק"ט למה לא יחזיר לו מעותיו וילך המוכר וימצא מקחו, אכן טעמא דמילתא עפ"מ שכתב הרמב"ם בפט"ו הל' ו' וז"ל, כל הלוקח סתם אינו לוקח אלא הדבר השלם מכל מום, ובהל' ה' כתב כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה מחזירין וכו' וכיון דזה אינו אלא משום אומדנא שעל אופן זה קנה שיהיה בלא מום א"כ גם על זה הוי אומדנא דלא נתן לו המוכר המקח באופן שלא יהיה עליו שום אחריות והוא יתחייב להשיב לו מעותיו והלוקח לא יהיה מחוייב להשיב לו מקחו לכן אנו אומרים דהאומדנא אינו אלא שיוכל הלוקח להחזיר מקחו וליטול מעותיו, וכן כתב הרמב"ם שם בהל' ג' וכן המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין ונמצא במקח מום שלא ידע בו מחזירו אפי' לאחר כמה שנים שזה מקח טעות הוא, ונמצא דאף דבאמת הוי טעות והמקח צריך להתבטל מ"מ על דעת זה מכר שאם יתבטל המקח יחזיר לו הלוקח מקחו, ועל דעת זה נתן הלוקח המעות, ולכן כתב הרמב"ם לפנינו בהל' ד' הלוקח מקח ונמצא בו מום ואח"כ אבד או נגנב הרי הוא ברשות הלוקח משום דלא מהני דין מק"ט אלא שיוכל הלוקח להחזיר לו מקחו, אלא דמ"מ כל זה אינו אלא בנגנב או אבד אבל נאנס אינו ברשות לוקח כיון דמעיקר הדין המקח בטל משום דהוי מקח טעות. ורק דעל דעת זה נתן המוכר המקח

ונטל המעות באופן שאם יהיה בטול המקח יחזיר לו הלוקח זה לא מהני אלא לחייב הלוקח בגנבה ואבדה אבל באונס אין מקום לחייבו.

ולפימש"כ יבואר דמש"כ הרמב"ם בהל' ד' דהלוקח מקח מחברו ונמצא בו מום ואח"כ אבד או נגנב הרי הוא ברשות לוקח, ואם התליע ונפסד מחמת אורך הזמן [ובטור הגירסא מחמת המום] הרי זה ברשות מוכר שעמד בזה הכ"מ דבמה מיירי אם כבר הודיע הלוקח להמוכר שנמצא בו מום אמאי הוא ברשות לוקח וכמו בהתליע ונפסד מחמת אורך הזמן ואי דוקא בשלא הודיע הרי דינו שוה להתליע ונפסד ואמאי לא ערבינהו אבל לפימש"כ כאן לא מהני כלל הודיעו דמעיקר דינא אין במק"ט אלא דין חזרת המקח ולא מהני הודיעו אלא היכי שהוליכו למדינה אחרת, וכמו בהלכה זו דבזה אמרינן דכיון שהודיעו אינו מחוייב הלוקח להביא מקחו משם, אבל היכי שאפשר לו להחזירו אז הרי הוא ברשותו עד שיחזירו, ואף שהכ"מ והפרישה לא פירשו כן מ"מ פשטות דברי הרמב"ם הוא כמש"כ.

ועכשיו יתבארו דברי הרמב"ם במה שכתב מכאן אתה למד משום דכל עיקר מה שצריך ללמוד דבר זה אף דבפשוטו כיון דהוא מקח טעות, ואמר להמוכר שצריך הוא להוליכו למדינה פלונית אין מקום לחייב להלוקח, אך טעמו של הרמב"ם הוא משום דהיינו אומרים דבאופן זה נתן המוכר המקח וקבל המעות שלא יחזיר לו המעות קודם שיחזיר לו המקח, דהכי הוא דינא דמקח טעות, כיון שהמוכר יפסיד מזה, והיינו אומרים דלא מהני מה שהוא רוצה להוליכו למדינה פלונית כ"ז שלא התנה בפי' שהמוכר יהיה מחוייב להחזיר לו המעות אפי' בלא המקח אם ימצא בו מום, ולכן זהו שלמד הרמב"ם מדין המוכר זרעים שראויים לאכילה, דאף דכשמכר לו לזריעה ודאי הוי מקח טעות, מ"מ אם היינו אומרים גבי הוליכו למדינה פלונית דחייב הלוקח להחזיר לו מקחו משום דאדעתא דהכי קבל המעות ונתן מקחו כיון שהלוקח לא התנה מפורש שיחזיר לו מעותיו אם ימצא בו מום אפי' בלא מקחו, א"כ גם גבי זרעים הנאכלים כיון שהמוכר נפסד מזה שהיה יכול למכרן לאכילה לא היה צריך להחזיר לו מעותיו, ומוכח מכאן דאף דכשנגנב או נאבד הוא ברשות הלוקח, אבל כאן דלא פשע הלוקח כלל ובידיעת המוכר זרע חייב להחזיר לו מעותיו, ולכן גם בהוליכו למדינה פלונית אינו חייב הלוקח להחזיר לו מקחו, ועיין מש"כ עוד בזה בהל' י"א.

הלכה ה

-השמטות ומלואים-

המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן יכול לומר לשחיטה מכרתיו לך

וקשה דלמה לא כתב דאייקר בשרא וקם בדמי רדיא כדאוקמינן בגמ' דאי לא"ה נחזי אי דמי רדיא לרדיא אי דמי נכסתא לנכסתא, ובטור ושו"ע כתבו כן, והעירני בזה הרב הנ"ל [ר' אלי' זלאטניק שי'], ולפלא שהמפרשים לא עמדו בזה, ונראה דהתוס' הקשו דהא קיי"ל דאין הדמים ראי' וכתבו התוס' דדוקא התם דרובא קרו לצמד צמד ולהכי אין הדמים ראי' להכחיש רוב וחזקה ואפי' לספרים דגרסי דאיכא דקרו לצמד צמד מ"מ אין כח בדמים להכחיש החזקה, אבל הכא דרובא לרדיא זבני ואיכא חזקה כנגד אותו רוב שהמוכר מוחזק אפי' רבנן מודו דיש לדמים ראי' לסייע לרוב או לחזקה.

ונראה דהרמב"ם יסבור דכיון דקיי"ל אין הדמים ראי' לא מהני לדידן אפי' היכי דאיכא רוב כנגד המוחזק דכיון דקיי"ל דרוב לא מהני להוציא, גם רוב ודמים לא מהני להוציא, וקושיית הגמ' הוא רק אליבא דרב דאמר ה"ז מקח טעות, וסובר דאלים רוב להוציא ממון דעכ"פ אם דמים מסייעים למוחזק הו"ל לדמים להועיל לבטל כח הרוב, דמה דאמרו חכמים אין הדמים ראי' זהו להוציא מן המוחזק דבעל הבקר הוא מוחזק כמש"כ התוס', ואף דמשמע דאפי' נקנה המקח בק"ס חייב הלוקח לשלם דמים בעד הצמד אף שהוא מוחזק, אבל כה"ג אשכחן בדין דנתעברה השנה סוף פ' השואל דכיון דקרקע בחזקת בעלים עומדת חייב השוכר לשלם בעד חודש העבור, ולא מהני חזקת השוכר משום דחזקת המשכיר מועילה, דאמרינן שהשכירות נעשה על י"ב חדשים בי"ב זהובים ומחוייב השוכר לשלם וה"נ חזקת המוכר מועלת שהמכר לא נעשה על הבקר וממילא מחוייב הלוקח לשלם, וזהו שכתבו התוס' שהמוכר מוחזק, עכ"פ מיושב מה שלא הביא הרמב"ם דאייקר בשרא דסובר דלדידן דקיי"ל כשמואל ל"צ לזה משום דלהוציא אין הדמים ראי' וכנ"ל.

הלכה יא

היה המוכר סרסור שלוקח מזה ומוכר לזה ואינו משהה המקח עמו ולא ידע במום זה הרי הסרסור נשבע היסת שלא ידע במום זה ויפטר מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפ"ע ולהחזירו לו קודם שימות ויהיה הסרסור מחזירו על המוכר הראשון, הואיל ולא עשה הוא הלוקח הפסיד על עצמו, וכן כל כיוצא בזה.

הטור תמה על הרמב"ם דבגמ' מבואר דהספסירא משלם להיתומים והבקרא משלם להספסירא דמי בשר בזול וגם המ"מ כתב דביאור המעשה לדעת הרב צ"ע, והכ"מ כתב דבאור ד' הגמ' הוא שמצד המכירה היה מן הדין שהמוכר יחזיר המעות, ורק שהוא טוען איבעי ליה לאודועי ופריך מידע ידע ומשני בספסירא, וממילא טענתו טענה ולכן

הספסירא נפטר והבקרא משלם ליתומים, והב"ח וכן הגר"א כתבו דבאמת הרמב"ם מפרש בגמ' כפירש"י דהספסירא משלם ליתמי אלא דבגמ' דמיירי שמסרו לבקרא א"כ האפוטרופס לא פשע ולכן חייב הספסירא להחזיר דמי השור, אבל הרמב"ם דמיירי שהלוקח עצמו הניח המאכל פשע שהיה לו לבדוק השור בפ"ע כמו שכתב הרמב"ם לכן הספסירא פטור, ובאורם קשה טובא דא"כ חידש כאן הרמב"ם דין שלא נמצא בגמ' ודין הגמ' השמיט דהך דינא דהלוקח פשע לא הוזכר בגמ' ולא הוזכר אלא דהבקרא איבעי ליה לעיוני בשביל שהוא ש"ש דיתמי.

והנה לא ראו כולם דברי הר"ח בפירושו על הגמ' שכתב וז"ל ואסיקנא אי המוכר בעל הבית הוא מקח טעות הוא וחייב המוכר לשלם, ואם המוכר ספסירא הוא דזבין מהכא וזבין להכא משתבע ספסירא דלא הוי ידע דלית ליה ככי ושיני ומשלם בקרא דמי בשר בזול עכ"ל, ומפורש בדבריו דאם הוא ספסירא אינו משלם וזהו כדברי הרמב"ם וכפירושו של הכ"מ ובטעמא ודאי צריך לפרש כדברי הרמב"ם דא"א לומר דבספסירא דלא הוי ידע ליכא דין מקח טעות כמו שהוכיח הב"ח דהא קיי"ל בכתובות דף ע"ו במחט שנמצאת בעובי בה"כ והוגלד פי המכה, צריך המוכר להחזיר המעות, ודברי הרמ"א שכתב בסי' רל"ב דיש חולקין וס"ל דאפי' הסרסור צריך לשלם דאע"ג דהוא נתאנה אין לו להונות אחרים דבריו צ"ע דבסברא זו גם הרמב"ם אינו חולק ועיין מש"כ הגר"א שם.

אכן ראיתי בספר המקח לר"ה גאון שכתב ג"כ כדברי הרמב"ם דהספסירא פטור מלהחזיר המעות, אבל מדבריו משמע דהוא פטור מחמת עיקר הדין דמקח טעות שכתב בשער מ"ט וז"ל כל היכי שנשלם המכר בין המוכר והלוקח ומשך את שלו ואירע בו שום הפסד או שום אונס ודאי וברור דאותו הפסד אינו אלא על הלוקח אלא א"כ יש טעות באותו מקח או כגון שהיה מום מסותר דלא היה נראה והיה ראוי אותו חפץ שיפסיד מחמת אותו מום קודם שנראה ונתגלה יש מן הדין על המוכר שיחזיר הדמים ללוקח אא"כ הוא המוכר אדם ספסר והדומה לו שלוקח את החפץ כדי למכרו מיד ליד ואינו מעכב אותו אצלו אלא לוקח מיד ומוכר מיד דכה"ג כיון דאינו ממתין על החפץ עד שיתראה בו מומו איכא למימר דאימר לא נראה לו המום ולא ידע בו, הלכך ישבע ספסר שהוא המוכר שלא ידע באותו מום ולא הכיר בו ויפטר מלשלם הדמים ללוקח כדגרסינן ההיא אפוטרופא וכו' עכ"ל ומביא כל סוגיית הגמ' דב"מ כפי גירסתנו, ודבריו צריכין ביאור דמדבריו משמע דכיון דהוא ספסירא א"צ מעיקר הדין להחזיר הדמים כיון שלא ידע מהמום, וא"א לומר כן דהא גמ' מפורשת הוא דהוגלד פי המכה צריך המוכר להחזיר הדמים.

ונראה דר"ה גאון סמך על מה שמביא הסוגיא שמבורר שיצא הפסד להספסירא ע"י זה שמת השור אצל הלוקח ואם היה אצלו היה יודע שאינו אוכל היה שוחטו אלא דמשמע דבזה חולק על הרמב"ם דלא מצריך כלל טענת פשיעה מצד הלוקח, רק דכיון דנעשה הפסד בהמקח אצל הלוקח אין המוכר מחוייב להחזיר וזהו כמו שכתבתי בהל' ג' דדין חזרה במקח טעות הוא דוקא שיחזיר הלוקח המקח דאז יחזיר המוכר המעות. ורק דאם המוכר ידע שהוא מק"ט דאז אין שום טענה על הלוקח במה שנאבד המקח אז צריך המוכר להחזיר המעות, אבל אם המוכר לא ידע, וע"י זה שהיה אצל הלוקח נאבד המקח אפי' אם לא פשע מ"מ על דעת זה מכר לו המוכר וקבל המעות שאם ימצא איזה טעות או מום שיחזיר הלוקח מקחו ואז יחזיר לו הדמים, ובעיקר מה שכתבתי דלא מחמת דין שמירה מחייבינן להלוקח כשנגנב או נאבד המקח, גם דברי הרמב"ם כאן שכתב מפני שהיה על הלוקח לבדוק וכו' הואיל ולא עשה הוא הלוקח הפסיד על עצמו, כונתו אינו מדין שמירה אלא דמעיקר דין המכר כן הוא שכשאינו מחזיר המקח אינו מחזיר לו הדמים, ולשון הפסיד על עצמו עוד מדוייק יותר, אלא דהרמב"ם סובר דמ"מ מצרכינן שיהיה על הלוקח קצת דין פשיעה או דין גנבה ואבדה, ור"ה גאון סובר דכיון דעכ"פ יצא היזק להמוכר במה שנאבד המקח אצל הלוקח גם בלא דין פשיעה מצד הלוקח פטור המוכר מלהחזיר המעות אם לא ידע שהוא מק"ט וזהו שכתב בסתם דכיון דלא ידע באותו מום ולא הכיר בו פטור מלשלם, וכונתו כמו הך עובדא דמייתי שנפסד החפץ אצל הלוקח מחמת המום.

אכן אכתי סוגיא זו צריכה ביאור לשיטות אלו דכיון דמפרשים דהספסירא פטור והד"ת הוא בין הבקרא והיתומים א"כ למה אינו משלם הבקרא אלא דמי בשר בזול דהא מעיקרא פריך מכדי בקרא ש"ש דיתמי איבעי לעיוני ומשני אי איכא פסידא ליתמי וכו' וכיון דלבסוף מסיק דמיירי בספסירא ואיכא פסידא ליתמי אמאי אינו משלם דמי כל השור הא ביתמי לא שייך פשרה.

ונראה דמה שהפסידו היתומים דמי השור לא נתחייב בזה השומר דלא נתחייב אלא בשמירה על השור והשור לא היה ראוי אלא לשחיטה ויפרשו כפי' ר"ת דאינו משום פשרה אלא דהיה צריך לשחטו מיד ולמכור דמי בשר בזול, ומזה יהיה לנו הוכחה דמה שמפסידין היתומים אינו משום דין שומר, דאם הם מפסידין מדין שומר וצריכים לשלם דמי כל השור בשביל שהיה הסרסור מחזירו על המוכר הראשון ולא כסברתנו, א"כ קשה אמאי אין הבקרא משלם דמי כל השור, וע"כ מוכח דמשום שמירה א"צ השומר לשלם אלא דמי השור כמה שהיה שוה לבשר, וא"כ קשה אמאי מפסידין היתומים דמי

כל השור. וע"כ מוכח כמו שכתבנו דאינו מדין שמירה אלא דהכי הוא עיקר דינא דמקח טעות דאם ע"י קצת פשיעה של הלוקח אינו מחזיר לו המקח אין המוכר מחוייב להחזיר הדמים ולכן אינו משלם הבקרא דמי כל השור משום דמה שהפסידו מעותיהן בזה אינו חייב מדין שומר.

פרק יז

הלכה ג

המוכר יין לחבירו ונתנו הלוקח בקנקניו והחמיץ מיד אינו חייב באחריותו ואע"פ שאמר לו לתבשיל אני צריך לו, ואם ידע שיינו מחמיץ הרי זה מקח טעות מכר לו יין והרי הוא בקנקניו של מוכר והחמיץ אם אמר לו למקפה אני צריך והחמיץ מחזיר ואומר לו הרי יינך וקנקנך שאני לא קניתי לשתותו אלא לבשל בו מעט מעט, ואם לא אמר למקפה הוא אינו יכול להחזיר שהרי אומר לו למה לא שתית אותו ולא היה לך לשהותו עד שיחמיץ.

בגמ' איכא פלוגתא דרב ושמואל במוכר חבית יין לחבירו והחמיצה דרב אמר כל ג' ימים ברשות מוכר ושמואל סבר דאין המוכר חייב להחזיר הדמים, ועבד רב יוסף עובדא כרב בשיכרא וכשמואל בחמרא וכן פסק הרי"ף וכתב דריב"ח דאמר דבקנקנים דמוכר מצי א"ל הא חמרך והא קנקנך נמי הלכה היא ודשמואל או בדלא א"ל למקפה או בקנקנים דלוקח, ודברי הרמב"ם מבוארים שפסק כדברי הרי"ף וכן כתב המ"מ, והכ"מ כתב דהרמב"ם אינו מחלק בין יין לשכר ולא פסק כרב יוסף וביין ג"כ החילוק בין קודם ג' ימים לאחר ג' ימים, והוכיח זה ממה שכתב הרמב"ם ולא היה לך לשהותו עד שיחמיץ ואיזה שהיה תהיה פחות מג' ימים ותמה על המ"מ בזה, ודברי הכ"מ תמוהים דודאי פשטות דברי הרמב"ם הוא כהמ"מ וכדעת הרי"ף שלא חלק ביין בדין ג' ימים, וראיתי בב"י שחזר מדבריו בכ"מ וכתב שהרמב"ם פסק כהרי"ף, אכן עיקר קושייתו דאיזה שיעור יש לשהיה לומר לא היה לך לשהותו הקשו כן הראשונים בשיטה וכתבו דכל אחד לפי מה שהוא רגיל, וכן הביא הטור בשם רב האי גאון דדוקא ששהה אותו יותר משיעור יומיה דאורחיה דהאי לוקח למשתי כהדין חמרא, והביאו הרמ"א על דברי המחבר, ודעת הרמב"ם קשה לבאר באופן זה, דכיון שהאריך בדברים יותר מלשון הגמ' היה לו לבאר שיעור בכמה הוי שהיה.

ונראה דזה תלוי בהשיטות בדין המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דאמר בגמ' וליחזי אי גברא דזבין לנכסתא או לרדיא, ומפרש הרשב"ם דהיינו שהכירו המוכר וכן כתב

הרא"ש, ומוכח מדבריהם דבירור המקח אינו תלוי בהלוקח לבדו דאף שיתברר שהלוקח קונה לרדיא אם המוכר לא ידע יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו, אבל מדברי ר"ת בר"פ המניח לא משמע כן שכתב דבכדא וחביתא יכול המוחזק לומר קים לי בנפשאי שאני מן המיעוט, אבל בנמצא נגחן לא מצי אמר מוכר קים לי בנפשך שאתה מן המיעוט דזבני לנכסתא דאדרבא אמר הלוקח אתה הטעתני דקים לי בנפשאי שאני מן הרוב דזבני לרדיא, דלדעת הרשב"ם והרא"ש דבעינן שהכירו המוכר זהו משום דסוברים דאינו תלוי בדעת הלוקח לבדו, אלא דמ"ד הולכין בממון אחר הרוב סובר דהרוב מברר הקניה, ואם אין הרוב מברר היה להלוקח לפרש כמש"כ הרשב"ם שם בד"ה לשחיטה וז"ל דכיון דרובא לאו כלום הוא לא היה לו להמוכר לפרש אלא הלוקח הו"ל למימר לרדיא קא בעינא ליה ומדלא פירש הפסיד עכ"ל, ומדברי ר"ת מוכח דתלוי בדעת הלוקח אם הוא מן המיעוט או מן הרוב, אכן יש לומר דר"ת בא לבאר דלא שייך שהמוכר יטעון קים לי שאתה מן המיעוט דבזה יאמר הלוקח קים לי.

אכן המאירי בש"מ בר"פ שור שנגח את הפרה כתב הא דצריך שיהיה מכירו בשם חכמי הצרפתים וכתב ע"ז ואין דבריהם נראין דא"כ מאי פריך ונחזי לוקמי כשאין מכירין זא"ז, וכתב שחכמים שלפנינו העמידוה אף שאין מכירין, וכן משמע מלשון הר"י מיגש בפ' המוכר פירות דלגמרי תלוי בדעת הלוקח, ולפי"ז ודאי לא בעינן הכירו וכדברי המאירי.

ועכשיו נראה פשוט דדבר זה אם תלוי בדרך הלוקח כמה יין הוא שותה בכל יום אינו אלא להשיטות דלא בעינן הכירו, ור"ה גאון שכתב להדיא כן ודאי סובר דלא בעינן הכירו וכן צ"ל להרשב"א שכתב כן הביאו הב"י, אבל להשיטות דבעינן הכירו משום דאינו תלוי בדעת הלוקח לבדו, א"כ לא צריך כלל לאוקמי שהשהה יותר מדרך שתייתו, דמנין להמוכר לידע כמה יין הוא צריך לשתות, ואפשר עשה בית המשתה וצריך הרבה יין כיון דלא אמר לו לשתותו מעט מעט ואין הולכין אחר הרוב, וא"כ מבואר דהרמב"ם בפ' ט"ז הל' ה' מבואר דסובר דבעינן הכירו שכתב וז"ל, בד"א בשהיה הלוקח קונה לשחיטה ולחרישה, אבל אם היה יודע שהוא קונה לחרישה בלבד ה"ז מקח טעות וחוזר, ולשון אם היה יודע ודאי דקאי על המוכר, וסובר דבעינן הכירו, וא"כ אינו תלוי בדרך הלוקח איך שהוא שותה, ודעת הטור שפסק כשני השיטות צ"ע אבל דעת הרמב"ם ברורה דלשיטתו באמת אין שיעור ואינו תלוי בדרך הלוקח וכנ"ל.

הלכה ט

האומר לחבירו עריבה של עץ אני מוכר לך או קורת בית הבד אני מוכר לך אינו נותן לו עץ שראוי לחפור בו עריבה או קורה שראויה לקורת בית הבד אלא עריבה כצורתה

או קורת בית הבד בצורתם שכל הרואה אומר זו עריבה או זו קורת בית הבד וכן כל כיוצא בזה.

בחדושי הגר"א הנדפס בסוף הרמב"ם כתב על הלכה זו וז"ל האומר לחבירו עריבה של עץ כו' זה אינו מבואר בגמ' כלל. והמ"מ כתב מבואר שם ואיני יודע איה מקומו. והנה הדברים מבוארים בספר המקח לר"ה גאון מגמ' בנדרים דף כ"ה ע"א. אכן א"א שנעלם מעיניו המאירים של הגר"א גמ' מפורשת: אלא דבגמ' שם אינו מבואר בפי' כדברי הרמב"ם. אבל בדברי ר"ה גאון מבואר להדיא כדבריו וז"ל בשער כ"ד אות ט"ו וכל אלו השיעורים שפירשנו במכירת הקרקעות אבל במכירת המטלטלין מאיזה מין שימכור מן המטלטלין אין עליו להביא כי אם בפחות שבכלים ובלבד שיקרא אותו השם מאותו המין שהתנה לו אבל אין עליו אותו השם שאותו שהתנה עליו אין ללוקח ליטול אותו וכגון שאמר לו קורת בית הבד אני מוכר לך אם הביא קורה מתוקנת בזמן שהיא ראויה לקורת בית הבד וקורין אותה בשם ההוא קורת בית הבד יש על הלוקח ליטלה כדגרסינן אם לא ראיתי נחש כקורת בית הבד. ומקשינן בגמ' ולא והא ההוא דהוי בשני דשבור מלכא וכו' גבו טרוף קאמרינן מאי נפקא מינה ליתני גבו טרוף. מילתא אגב אורחיה קמ"ל למו"מ לומר המוכר קורת בית הבד לחבירו אם גבו טרוף אין אי לא לא. והנה אף שבגמ' אינו מבואר כלשון הרמב"ם אבל מדברי ר"ה גאון מבואר להדיא כדבריו ומביא מגמ' זו מקור ההלכה.

פרק יח

הלכה ט

המוכר לחבירו שמן מזוקק אינו מקבל שמרים מכר לו שמן סתם מקבל לוג ומחצה שמרים לכל מאה לוג ומקבל שמן עכור העולה למעלה על פני השמן יתר על השמרים הידועים באותו מקום.

המ"מ כתב דהרמב"ם פסק דלא כר' יהודה וכאוקימתא דאביי דר"י וחכמים פליגי אי מותר לערב שמרים וחכמים סברי דאסור לכן פסק בהל' ז' דאסור לערב בין ביין בין בשמן, וכונתו דהרמב"ם מפרש דר' יהודה וחכמים פליגי במוכר שמן מזוקק, אבל במוכר שמן סתם גם חכמים מודו, והוא דלא כפירש"י דר"י וחכמים פליגי במוכר שמן סתם ונתן לו מזוקק. והמ"מ הביא זה בשם יש מי שפירש. והראב"ד בש"מ הוכיח כן מד' הירושלמי דאיתא התם אמתני' אמר רב הושעיא בשלא אמר לו שמן מזוקק אני מעמיד לך כל השנה. אבל אמר לו כן חייב להעמיד לו שמן מזוקק. והנה פי' המ"מ קשה טובא

דאיך אפשר לפרש דפליגי במכר שמן מזוקק דא"כ היכי אמר אביי בטעמא דר"י דמותר לערב דאמר ליה אי בעי לערובי מי לא ערבי לך השתא נמי קביל דהיכי מצי לערב לו כיון דמכר לו בפי' שמן מזוקק. ואפי נימא דהלשון שלא בדוקא והכונה אם יכול בעל השמן בכלל לערב השמרים עם השמן הצלול דאם יכול לערב יהיה אפשר לו למכור שמן מעורב בשמרים. א"כ בשמכר לו בפי' צלול היה דעתו ע"מ לחשוב לו השמרים. אבל אכתי קשה טעמא דר"פ דאמר דלדברי חכמים מותר לערב שמרים ומדלא ערבת אחולי אחלת דהא לא היה יכול לערב.

והנה הב"י הביא פי' אחר דהרמב"ם מפרש כפירש"י ופסק כר"י וכתב ע"ז הב"י דאין נ"ל דהרמב"ם יחלוק על הרי"ף. ומה דסובר הב"י וכן כ' המ"מ דהרי"ף פסק דלא כר"י נראה דאינו מוכרח דמש"כ הרי"ף והלכתא כת"ק ומפרשים דהוא על הא דמוכר שמן מזוקק. אבל קשה הלשון ת"ק דהא ליכא ת"ק במתני' דחולק על ר"י ורק מדקתני ר"י אומר מוכיח הגמ' דחכמים פליגי. ע"כ נראה דהנה בהא דתנן יוציא לו שתות ליין ר"י אומר חומש אמר בגמ' ולא פליגי מר כי אתריה ומר כי אתריה. והרי"ף לא הביא זה ובאמת היה צריך להביא דכיון דהביא מתני' ובסתמא צריך לפסוק כת"ק. וכיון דאמר דתלוי בחלוף מקומות הו"ל להביא זה. ועוד דהרמב"ם פ"ה מהל' שאלה פסק דיוציא לו שתות ליין וכבר הקשה זה שם הלח"מ דכיון דבגמ' אמר דלא פליגי ותלוי בחלוף מקומות. א"כ איך פסק דיוציא שתות. אבל באמת מוכרח דהרי"ף והרמב"ם סוברים דפליגי ובזה הוא שכתב הרי"ף והלכתא כת"ק. וצ"ל דבמה דאמר שם ואבע"א משום גרגישתא הא מייצא טפי והא לא מייצא טפי דלא היו גורסים אלא משום גרגישתא ואח"כ הוא פי' המעתיקים. ומפרשים דפליגי בשיעור הבליעה דה"נ מצינו במשנה הקודמת דפליגי בשיעור חסרון החטים. עכ"פ מדברי הרמב"ם מוכח בודאי דסובר דפליגי ופסק כת"ק ועל זה הוא שכתב הרי"ף והלכתא כת"ק. ולפי"ז מכיון שלא פסק הרי"ף בהא דמוכר שמן מזוקק וגם לא הביא סוגיא דאביי ור"פ דחכמים פליגי מוכח דפוסק כר"י דבמתני' לא הוזכר מחלוקת כלל, ובאמת מצינו כן בדמאי פרק ו' משנה ב' בהא דתנן החוכר שדה מן הנכרי מעשר ונותן לו. ר' יהודה אומר אף המקבל שדה אבותיו מן הנכרי מעשר ונותן לו בדברי הרמב"ם בפי' המשנה שכתב וז"ל ואיני רואה חולק על ר' יהודה מפני שת"ק מדבר במוכר, ור' יהודה מדבר במקבל שדה אבותיו. וא"כ גם כאן במתני' היה אפשר לומר דלא פליגי חכמים אלא דבגמ' מפורש דפליגי וכיון שלא הביא הרי"ף הסוגיא דגמ' דפליגי חכמים מוכח דסובר כר' יהודה. ובטעמא כתב הסמ"ע [שסובר כפי' שהביא הב"י דהרמב"ם פוסק כר"י] דהוא משום דבמתני' לא הביא רבי דברי חכמים. ונראה להוסיף

עוד משום דבירושלמי פי' רב הושעיא דברי ר' יהודה. והנה זהו אם נפרש דהרמב"ם פסק כר' יהודה אלא דבפיהמ"ש פסק להדיא דלא כר' יהודה.

אכן נראה לבאר עוד באופן אחר. והנה המ"מ כתב דהרמב"ם פסק דאסור לערב שמרים וממה שהביא המ"מ מזה שכתב בהל' ז' דאסור לערב בין ביין בין בשמן אין ראיה כלל דהא מיירי בשמרים אחרים דהא כתב אח"כ ואם עירה היין מכלי אל כלי נותן שמריו לתוכו וא"כ ה"נ יוכל לערב בתוך החבית. אלא דזה תלוי בהגירסא. דבספרי הרמב"ם שלנו כתוב ואם עירה היין והוכיח הב"י מזה שכתב "היין" אף דפתח ההלכה בין ביין בין בשמן דדוקא ביין מותר. וזהו משום דבמתני' דסוף הזהב לא הוזכר זה אלא ביין. והב"י לא כתב בטעמא דמילתא אבל י"ל בפשיטות דביין השמרים מועילים להיין שלא יתחמץ משא"כ בשמן. אבל לגירסת הטור בדברי הרמב"ם שלא כתב היין סובר הרמב"ם דמותר לערב שמרים גם בשמן. והנה לגירסתנו דהרמב"ם סובר דאסור לערב וכיון דסובר דמקבל שמרים ע"כ דאינו כאביי דלדידיה חכמים סברי דאסור לערב ואינו מקבל. וע"כ דהוא כר"פ. ור' יהודה סבר דאסור לערב. ומקבל שמרים. אבל לגירסת הטור דהרמב"ם סובר דמותר לערב. וא"כ לכאורה אינו כר"פ דלדידיה סבר ר"י אסור לערב אלא כאביי דר"י סבר מותר לערב.

ועכשיו נראה דלגירסת הטור נוכל לומר דהרמב"ם לא פסק כר' יהודה ולא כרבנן ובאמת מוכח כן בלשונו. דבמתני' תנן המוכר שמן מזוקק לחבירו כל ימות השנה. והרמב"ם לא הזכיר כל ימות השנה והחלוק הוא בזה דבמתני' דתנן כל ימות השנה דהפי' הוא דמכר לו שמן סתם ונתן לו שמן מזוקק כל ימות השנה. ועכשיו כשיבואו לחשבון רוצה המוכר שיקבל גם שמרים לפי חשבון. ובזה אמר ר"פ בטעמא דחכמים דכיון דמותר לערב מדלא ערבת לי אחולי אחלת לי. אבל הרמב"ם לא מיירי בהכי כלל דלא כתב כל ימות השנה אלא מכר לו שמן סתם מקבל לוג ומחצה שמרים. וא"כ לא מיירי בנתן לו כל השנה מזוקק דנוכל לומר דמדנתן לו מזוקק מחל לו. אלא דמכר לו בקנין מאה לוג שמן סתם וכשבא ליטול השמן נותן לו המוכר בחשבון גם שמרים כיון שקנה ממנו שמן סתם ולא שמן מזוקק ולא שייך טעמא דמחילה כלל. ולפי"ז פסק הרמב"ם כר"פ. דחכמים סברי מותר לערב ופסק כחכמים ומ"מ כתב דמקבל כיון דליכא טעמא דמחילה.

ובטעמא דלא פסק כלום בפלוגתא דר' יהודה וחכמים במוכר לו שמן סתם ונתן לו כל השנה שמן מזוקק. נראה משום דלא פסיקא ליה לפסוק דלא כר' יהודה כיון דבירושל' סבר רב הושעיא כוותיה. ובהא דפסק דמותר לערב שמרים זהו משום דזהו סתמא דמתני'

בס"פ הזהב דנותן לו את שמריו ואם לא נחלק בין יין לשמן א"כ מ"ד אסור לערב פליג אמתני' ולפי"ז לאביי דר' יהודה סבר מותר לערב ע"כ צריך לפסוק כר' יהודה. ולר"פ דרבנן סברי מותר לערב צריך לפסוק כרבנן ולפי"ז נאמר דלא פסיקא להרמב"ם לפרש אי כאביי אי כר"פ ולאביי ודאי הלכה כר' יהודה ולר"פ כרבנן כיון דסתם מתני' דס"פ הזהב דמותר לכן כתב הרמב"ם עיקר ההלכה דהיכי דליכא טעמא דמחילה מקבל שמרים. ולאביי זהו משום דמותר לערב ולר"פ לא תליא בהא דאם היה אסור לערב ודאי מקבל כדאמר בגמ' אלא דפסק דמותר כדברי חכמים וכמתני' דהזהב.

הלכה יג

לפיכך הבורר צרור מתוך גרנו של חבירו נותן לו דמי חטים כשיעור דמי צרור שבירר שאילו הניחו היה נמכר במדת חטים ואם תאמר יחזירנו הרי אמרו אסור לערב כל שהוא.

הרשב"ם פי' דהוא משום דינא דגרמי ובתוס' כתבו דהוא משום דהוי כאילו גזל חטים עצמם. ונראה דלדעת הרמב"ם צ"ל כד' התוס' דהרמב"ם סובר בכמה דוכתי דגרמי אינו חייב אלא במתכוין להזיק והכא משמע דחייב בכל גווני אפי' היכי דלא ידע ונתכוין לטובה. ובזה מבואר דלכאורה היה שייך דין זה גם בזורק צרור לגרנו של חבירו והצרור הוסיף על השיעור דקיי"ל דבא לנפות מנפה את כולו. אבל כיון דמטעם גרמי פטור שלא נתכוין להזיק ואינו חייב אלא משום דהצרור הוי כמו חטים א"כ לא שייך זה אלא בבורר ולא בזורק דמה שבעל הגורן יצטרך לנפות אינו אלא גרמי אלא דיש לעיין דגם למאן דמחייב משום גרמי אפשר אינו אלא בבורר צרור דעשה מעשה בגוף הצרור. אבל זורק צרור לא עשה מעשה בגוף הפסולת שיהיה צריך לנפות ויהיה זה תלוי בשיטת הראשונים בחלוקי גרמי וגרמא.

פרק יט

הלכה ב

המוכר קרקע לחבירו ואחר שקנה הלוקח בא' מן הדרכים שקונין בהם קודם שישתמש בה יצא עליו מערערין ה"ז יכול לחזור בו שאין לך מום גדול מזה שעדיין לא נהנה בו ובאו התובעין לפיכך יבטל המקח ויחזיר המוכר את הדמים ויעשה דין עם המערערין ואם נשתמש בהם הלוקח כל שהוא אפי' דש המצר שלה וערבו עם הארץ אינו יכול לחזור בו אלא עושה דין עם המערערין ואם הוציאה מידו בדין מחזיר על המוכר כדין כל הנטרפין.

המ"מ כתב דגדר דייש אמצרי הוא מגדר נשתמש בה וכלשון הרמב"ם. וכתב ע"ז וכבר ידעת דעת המחבר דשימוש הוי חזקה לקנות. וכונת המ"מ לדברי הרמב"ם בפ"א הל' ט"ז דאכילת פירות הוי חזקה בנכסי חברו. והכ"מ בפ"א הל' י"ג כתב דהקנין הוא משום דלא גרע דייש אמצרי מרפק בה פורתא אלא דיש כאן גם נהנה בו במה שערב השדות. וכונתו דהם שני ענינים דגדר חזקה הוא מגדרי תקוני השדה. אלא דצריך נשתמש שלא יוכל לחזור בשביל שיצאו מערערין. וכתב הכ"מ כך נ"ל לדעת רבינו והוא יותר נכון בעיני ממש"כ ה"ה עכ"ל: והנה מש"כ הכ"מ דלא גרע דייש אמצרי מרפק בה פורתא הם דברים תמוהים דרפק בה פורתא לא מהני אלא בנכסי הגר ולא בנכסי חברו. וכדאיתא בב"ב דף נ"ז והרי ניר דבנכסי הגר קנה ובנכסי חבירו לא קנה. והרמב"ם מפרש הגמ' דשם לענין קנין חזקה. וכן כתב הרמב"ם בפ"ב מה' זכיה ומתנה הל' ד' שחשב בין הדברים דקונה בנכסי הגר ולא בנכסי חברו. הנר את השדה. אכן הכ"מ לשיטתו שהקשה שם דהא הרמב"ם פסק בפ"א מה' מכירה דמוכר שדה לחבירו וזרעה או נרה הוי חזקה. והביא שם לתרץ דשם אין כונת הרמב"ם לענין קנין חזקה אלא לענין ראיית חזקה. וכבר כתבתי מזה בפ"א הל' ט"ז. והוכחתי דאין כונת הרמב"ם שם כן אלא כמש"כ שם המ"מ דדעת הרמב"ם דניר אינה חזקה בנכסי חבירו. רק דהרמב"ם מחלק בין ניר קצת כמו רפק בה פורתא. דזה לא מהני אלא בנכסי הגר. ובין נכנס לשדה וזרעה או נרה דהיינו שחרש כל השדה דזה מהני אפי' בנכסי חבירו. ולפי"ז דייש אמצרי אינו מוכרח דדמי לנכנס בשדה ונרה. אלא דלפימש"כ שם דמשו"ה לא מהני חרש קצת משום דהשדה עומדת לחרישה. ובודאי יבואו הבעלים ויחרשו את כל השדה ולא הועיל בחרישה קצת. א"כ יש לומר דדייש אמצרי כיון דאינו תיקון מוכרח דמי לנעל גדר ופרץ אפי' כ"ש דהוי חזקה. אלא די"ל להיפוך דכיון דאינו תיקון חשוב דמי לסייד או כייד דלא הוי חזקה אלא בנכסי הגר. ולכן נראה דיותר נכון פי' המ"מ דהוא מגדר נשתמש כמש"כ הרמב"ם. ואין צורך לחלק דהקנין הוי מגדר תיקון השדה. ומה דאינו יכול לחזור הוא מגדר נשתמש כיון דע"כ מיקרי זה נשתמש ונהנה א"כ הוי שפיר שימוש דאכילת פירות וכמש"כ המ"מ.

הלכה ה

המוכר קרקע לחבירו והתנה עמו שכל אונס שיולד בקרקע זה יהיה חייב לשלם אפי' בא עכו"ם וגזלה מחמת המוכר חייב לשלם אבל אם נפסק הנהר שהיה משקה אותה או שחזר הנהר לעבור בתוכה ונעשה בריכה. או שבאה זועה והשחיתה אותה ה"ז פטור שאלו וכיוצא בהן אונס שאינו מצוי ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה, וכל אונס שאינו מצוי אינו בכלל התנאי הזה.

בגמ' שם פריך רבינא ע"ז מאם לא אעמוד מחולי זה ורבא מסייע מאם מתי מחולי זה. ומוכח מד' הגמ' דטעמא דאינו גט באם מתי הוא משום טענת אונס וכמש"כ שם התוס' דבאונס דלא שכיח לא אמרינן דאין אונס בגיטין. וקשה דמדברי הרמב"ם דמחלק מאם מתי לאם לא אעמוד מוכח דבאם מתי מפרשינן שימות מסבת החולי. איברא דהתוס' כתבו שם תי' ב' דזה גופא אם הכונה מסבת החולי או מתוך החולי תלייא אם אסיק אדעתיה על אונס דלא שכיח. אבל זהו לשיטתם לפי"מ שכתבו בריש כתובות על קושייתם על הא דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם מאכלו ארי אבל לדעת הרמב"ם בארתי שם גדר אונס באופן אחר ולפי"ז א"א ליישב לשיטתו כתי' הב' שבתוס' ע"ש.

ונראה דבאמת רבינא ורבא דקשיא להו מרישא דאם מתי מחולי זה לסיפא דאם לא אעמוד מחולי זה ע"כ דלא סברי מחולי זה היינו שימות ע"י החולי דא"כ ברווחא אפשר לחלק בין אם מתי לאם לא אעמוד כדמחלק בירושלמי, וזהו מה דשלחו מתם אכלו ארי אין לנו משום דבא"י סברי דבאם מתי אמרינן דמחולי זה הכונה ע"י החולי, ובאם לא אעמוד הוא ספק אם ע"י החולי או מתוך החולי, ומה דלא נתבטל הגט משום טענת אונס י"ל דבזה נחתינן לסברא דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם וכמש"כ שם.

הלכה ט

ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ובא לוי והוציאה מיד שמעון, אם רצה ראובן לעשות דין עם לוי עושה ואין יכול לוי לומר לו מה לי ולך והרי אין עליך אחריות שהרי ראובן אומר אין רצוני שיהיה לשמעון תרעומות עלי שהרי הפסיד בגללי.

בגמ' איתא ובא בע"ח דראובן וטריף לה משמעון. והרמב"ם שינה וכתב ובא לוי והוציאה מיד שמעון וזה הלשון ודאי דלא הוי על בע"ח אלא על מערער שבא לוי והוציא מיד שמעון בעדים שהשדה שלו, והדבר צריך ביאור, והנה עיקר מאי דקמ"ל אביי דהלוה יכול לעשות דין עם הבע"ח כשרוצה לטרוף מהלוקח, צריך ביאור דהא איתא בבכורות דף מ"ח דבעי רב ירמיה למימר דשני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקח אחד מהם שדה חברו בע"ח גובה ממנו דאמר לו אי בדידך מסיקנא מנתא דידך קשקילנא ואי בחברך מסיקנא משתעבדא לי מקמי דידך, ופריך רבא מכדי נכסי דבר אינש אינון ערבין ביה מי איכא מידי דלדידיה לא מצי תבע ליה ולערב מצי תבע ליה והתנן המלוה את חברו לא יפרע מן הערב תחלה, ומטעם זה גופא אמר רבא בב"ב דף קע"ד דדיינא דאחתיה למלוה לנכסי דלוה מקמי דליתבעיה ללוה דמסלקינן ליה משום דנכסי דבר אינש אינון ערבין ביה וקיי"ל דלא יפרע מן הערב תחלה, וא"כ איך אפשר להיות הו"א דהלוה לא מצי תבע המלוה לדין ולמה צריך כאן לסברא דלא ניחא לי דתיהוי לשמעון

תרעומות עלי.

ונראה דאפשר לומר דזה תליא בדין אם בע"ח למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא הוא גובה דפליגי בזה אביי ורבא בפסחים דף ל' דאביי אמר למפרע הוא גובה והיינו כמו שפירש"י דגבייתו שגובה עכשיו אגלאי מלתא דמשעה שהלוהו עמדו נכסיו הללו בחזקתו, דרבא דאמר דדין שעבוד נכסים דמי לדין לוה וערב דאם א"א לתבוע הלוה א"א לתבוע הערב, זהו לשיטתו דאמר מכאן ולהבא הוא גובה שגובה עכשיו מנכסיו בשביל חובו, אבל לאביי דאמר למפרע הוא גובה דהוי כמו שהקנה לו נכסיו למפרע אם לא יפרע ויצטרך לגבות מהם, א"כ לא דמי לערב דהכא כבר הקנה לו נכסיו, ולכן אף דעכ"פ צריך לברר אם החוב הוא חוב דלא הקנה לו נכסיו אלא אם לא יפרע לו, מ"מ אינו מחוייב לדון עם הלוה אלא עם בעל הנכסים דכיון שמביא ראיה בב"ד שהלוה לא פרע לו חובו וממילא נקנו לו הנכסים למפרע יכול לגבות מהנכסים איברא דרש"י פי' שם בד"ה בע"ח, המלוה את חבירו ושעבד לו נכסיו שאם לא אפרע לך עד יום פלוני גבה מנכסי והגיע הזמן ולא פרע, ובדברי רש"י יש לומר דכונתו לא על סתם שעבוד חוב אלא על אפותיקי סתם.

ומצאתי שהמאירי עמד בזה וכתב דיש מפרשים דהוא דוקא באפותיקי דא"א לומר בשעבוד סתם דאיך אפשר לומר כן דהא הלוה אוכל פירות, וראייתו זו אינה מוכרחה דאפשר לומר דבאופן זה הקנהו שיגבה למפרע באופן שהפירות יהיה של הלוה, וכתב דיש מפרשים אפי' בשעבוד סתם והוכיח מהא דמייתי הגמ' ע"ז הא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם דלא מיירי באפותיקי, ולדעתי ראיה זו היא חזקה ומוכרחה ולא אבין בטעמו של המאירי שכתב שנראה לו כפי' הראשון ולא כתב טעם לדחות ראיה זו, עכ"פ להמפרשים שפירשו דאינו דוקא באפותיקי נוכל לומר כדברינו, אלא דנראה דעכ"פ אינו על סתם שעבוד אי שעבודא דאורייתא דבזה ודאי לא אמרה תורה שיקנה בעל החוב מעכשיו, אלא היכי שכתב לו שטר ושעבד לו נכסיו מפורש, וזהו שכתב רש"י המלוה את חבירו ושעבד לו נכסיו, ולכן עכ"פ לדידן במלוה בשטר דבסתמא כתוב בו שעבוד נכסים נוכל לדון לאביי בדין למפרע הוא גובה, ונמצא דאביי לשיטתו שפיר אמר דינו בבע"ח אבל הרמב"ם להלכה דפסק כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה ע"כ העמיד הך דינא במערער שהוציא הנכסים ולא בבע"ח.

אמנם צריך לבאר דהך דינא דרבא דשני יוסף בן שמעון שנפסק להלכה בטוש"ע חו"מ סי' מ"ט סעיף י' השמיטו הרמב"ם וכבר עמדו המפרשים בזה וראיתי שהתומים כתב דמה דאמר רבא דשעבוד נכסים דמי לערב הוא דוקא אי שעבודא לאו דאורייתא, ועיקר

שעבודא רק על הלוה וכופין אותו לפרוע ואם אינו ציית יורדין לנכסיו ולכן אין להנכסים אלא תורת ערב, אבל אי שעבודא דאורייתא, ותיכף נכסיו משועבדין משעת הלואה, ואיכא למ"ד דיכול להקדישו, ולכן אינם בגדר זה של ערב לומר לא יתבע ערב תחלה, ולכן הרמב"ם דפסק שעבודא דאורייתא לא הביא הא דרבא, ולפי דברי התומים נסתרו דברינו מש"כ ליישב מה שלא כתב הרמב"ם כאן בבע"ח, אבל דבריו אינם מוכרחים דמש"כ דאי שעבודא דאורייתא לא הוי בדין ערב לא ידעתי הכרח לזה ולמה לא נימא דדין שיעבוד דנכסים הוא בגדר ערב, ומש"כ ואיכא למ"ד דיכול להקדישו וכונתו לאביי דאמר למפרע הוא גובה אשר ב"ה כיונתי לדבריו לתלות הך דינא בדין למפרע הוא גובה. אבל אדרבא מכאן ראיה לסתור דהא לא קיי"ל למפרע הוא גובה אף דקיי"ל שעבודא דאורייתא, והנה אף שמצאתי כדבריו להרמ"ה בחידושיו בס' יד רמה שכתב וז"ל שעבודא דאורייתא כלומר שעבודא דמשעבר ליה נכסי הלוה לבע"ח למגבי מינייהו זוזיה כמאן דקנינהו משעת הלואה להכי מדאורייתא הוא, אבל באמת אין כונת הרמ"ה על קנין גמור דהא קיי"ל מכאן ולהבא הוא גובה אלא דקנינהו "להכי", והכונה שקנה זכות לגבות חובו וזהו עיקר דין שעבוד, ועכ"פ י"ל דדמי לגדר ערב, ועוד תמוהים לי דברי התומים דהא הך סברא גופא דנכסי דבר אינשי אינון ערבין ביה אמרה רבא בב"ב דף קע"ד שהבאתי למעלה וזה הביא הרי"ף בכתובות בפ' הכותב דצריך לתבוע מקודם הלוה קודם שמורידין המלוה לנכסי הלוה, והביא זה הרמב"ם להלכה בפי"ג מה' מלוה, וא"כ א"א לומר דלא קיי"ל הך סברא דשעבוד נכסים הוי כמו ערב.

לכן נראה דאפשר ליישב ע"פ דרכו של התומים אבל באופן אחר שלא יהיה סתירה לדברינו, דהנה הקשה התומים בהא דרבא דאמר דכיון דא"א לגבות מהלוה א"א לגבות מהערב, דהא בערב גופא אם הלוה כופר והערב מודה חייב הערב לשלם. ותי' דעכ"פ דין השטר בטל כיון דא"א לגבות ע"י השטר מן הלוה והוי כמלוה ע"פ, ואף דלכאורה לפי"ז לא צריך להך סברא דליכא לוה ליכא ערב אלא משום דנשאר מלוה ע"פ, י"ל דאי לאו סברא דאי ליכא לוה ליכא ערב היינו אומרים דכיון דבמציאות נתחייב ונשתעבד נעשו הנכסים משועבדים, ומה שאין אנו יודעין וא"א לגבות אינו מעכב ויש כאן דין מלוה בשטר וממילא כיון דאיכא ממ"נ גובה, אבל הך כללא דאי ליכא לוה הוא דין שיהיה אפשר בפועל לגבות מן הלוה, ולכן אף שבתורת מלוה ע"פ לא נתבטל החיוב דאפשר יודה הלוה ולא יכפור או שישבענו ולא ישבע לשקר, אבל מתורת מלוה בשטר כבר נתבטל כיון דא"א לברר חיובו של הלוה.

אבל י"ל דהך דינא תלייא בדין שעבודא דאורייתא דדוקא אי שעבודא לאו דאורייתא

וכל דין שעבוד הוא ע"י השטר וכיון דא"א לגבות מן הלוה ע"י השטר אין לזה דין מלוה בשטר, אבל אי שעבודא דאורייתא ומעיקר דינא נשתעבדו הנכסים אף בלא השטר אלא דבמלוה ע"פ הפקיעו חכמים השעבוד משום תקנת לקוחות אבל כאן דאיכא שטר ותקנת לקוחות אין כאן דיש כאן ממ"נ דהשטר הוא או שלו או של המוכר למה לא יגבה, לכן בזה יש לומר דרבא ע"כ סבר שעבודא ל"ד וכמש"כ התומים, אבל לדידן דקיי"ל שעבודא דאורייתא ליתא לדרבא, ונמצא דלא נדחה סברא דרבא דאי ליכא לוה ליכא ערב, אלא מטעם אחר דאי ש"ד יכול לגבות ע"פ השטר, ולכן עכשיו כבר מיושבים דברינו אף לדעת הרמב"ם שהשמיט הא דרבא דבעיקר דינא סבר להא דרבא, ולכן שפיר שלא כתב הלכה זו בבע"ח.

והנה מה שכתבתי ע"פ דברי התומים דרבא ע"כ יסבור של"ד לא יתכן כן לדברי התוס' בגיטין דף נ' ד"ה כיון שכתבו דרבא סבר ש"ד, אכן הרשב"א כתב שם דאין ראיה דבשעבדו בפי' הכל מודים דהוא דאורייתא, ומה דפריך אח"כ מנזיקין צ"ל משום דהוי מלוה הכתובה בתורה, ולפי"ז צריך לאוקמי הך דרבא דבכורות שלא נכתב השעבוד מפורש בתוך השטר, ואם היה אפשר לגרוס רבה היה מיושב דרבה סבר בסוף ב"ב להדיא דשל"ד, ונאמר דאין חילוק ואפי' שעבדו בפירוש וכשיטת התוס' סוף ב"ב וכן דעת הריטב"א הובא בקצוה"ח סי' ל"ח ע"ש.

פרק כ

הלכה ד

נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי, ולזה לא מכרתי אימתי בזמן שהמקח יוצא מתחת ידו, אבל אם אין המקח יוצא מתחת ידו, הרי הוא עד אחד בלבד, ודינו בעדות זו כדין כל אדם שהרי אינו נוגע בעדותו לפיכך אם נטל הדמים משנים ונטל מאחד מדעתו ומאחד בעל כרחו ולא ידע ממי נטל מדעתו וממי נטל בעל כרחו, בין שהיה המקח בידו בין שהיו שניהם תופסים בו אין כאן עדות כלל, וכל אחד מהן נשבע בתקנת חכמים בנקיטת חפץ ונוטל חצי המקח וחצי הדמים.

השגת הראב"ד חצי המקח וחצי הדמים וכו' א"א אין דבריו מתחוורים משמע מכלל דבריו דרישא שהוא מעיד אין שם שבועה לשניהם בנקיטת חפץ, ולא ידעתי למה וכי מפני הכרעת עד א' יטול זה בלא שבועה אין דין זה ברור אצלנו, עכ"ל.

המ"מ ביאר דעת הרמב"ם ע"פ דברי הבעל המאור דבשבועה דרבנן נאמן עד מסייע לפטור, ולפנינו נבאר דעת בעה"מ ודעת הרמב"ם קשה לומר דהוא משום דעד מסייע

פוטר משבועה דרבנן דהו"ל להביא הך דינא בהל' טוען בדיני שבועה, והנה עוד צריך ביאור בדעת הרמב"ם איך הוא סובר בדיני מקחו בידו ואין מקחו בידו שיש חילוקים בזה בין פירש"י לפי' הר"ח, דרש"י פי' דקושיית הגמ' במה דפריך וליחזי זוזי ממאן נקט קאי על אין מקחו בידו וסובר דאי נקט זוזי מחד נאמן גם אם אין מקחו בידו והר"ח מפרש דקושיית הגמ' בקדושין הוא על מקחו בידו וסובר דגם במקחו בידו אינו נאמן לומר לא נתרציתי לזה שלא נתן המעות, ובב"מ דקאי על מתני' דשנים אוחזין דאין מקחו בידו גם הר"ח מפרש כפיר"ת דיהא נאמן כע"א, ובקדושין א"א לפרש כן דאין הוכחה בברייתא דאינו נאמן כע"א דמה דקתני אינו נאמן היינו דאינו נאמן לגמרי כמו דנאמן במקחו בידו, ולכן גם ר"ת מפרש בקדושין כפי' הר"ח.

וכתב הכ"מ דהרמב"ם סובר כפי' ר"ח דלפירש"י הו"ל להביא הך דינא באין מקחו בידו, ומה שלא הביא הך דינא דבנקט זוזי מחד אפי' במקחו בידו אינו נאמן לומר לאחר נתרציתי כתב הכ"מ דמילתא דפשיטא הוא אבל אין דבריו ברורים בפרט דהרמב"ם כתב אח"כ לפיכך אם נטל הדמים משנים, ומשמע דרישא הוא אפי' נטל הדמים מאחד ושלא כדברי הר"ח, איברא די"ל דכונתו דלזה מכרתי ונטלתי דמים, אבל אם אפשר לפרש כן קשה מה מקשה הגמ' בקדושין וליחזי זוזי ממאן נקט, והט"ז כתב דהרמב"ם מפרש דלא כפירש"י ולא כפיר"ח מדלא הביא הדינים לפי שיטתם אלא כפי' ר"ת, ודבריו תמוהים דזה מיושב בגמ' דב"מ אבל בגמ' דקדושין א"א לפרש כפי' ר"ת וכמש"כ, וכבר הקשה כן עליו הנחלת דוד ונשאר בתימה איך יפרש הרמב"ם הסוגיא דקדושין.

והנה רש"י פי' בקדושין דקושיית הגמ' הוא על אין מקחו בידו דקתני בברייתא דאינו נאמן לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי וע"ז פריך דיהיה נאמן לומר ממי לקח המעות דבודאי מדכר דכר, וע"ז משני הגמ' דמיירי בדנקט זוזי מתרווייהו דלכן אינו נאמן לומר ממי מדעתו וממי בע"כ משום דלא דכיר מכיון דאין מקחו בידו, וכתב הר"ן שם דקושיית הגמ' הוא דנהימניה למוכר כמו דיין, והוסיף הר"ן דדוקא כשלא הלכו מלפניו אבל הלכו מהמוכר אינו נאמן אפי' בנקט זוזי מחד כמו דיין דאינו נאמן בהלכו מלפניו, והקשו על הר"ן מהסוגיא דב"מ דגם שם פריך בגמ' וליחזי זוזי ממאן נקיט, ופי' שם רש"י דאע"ג דתניא בד"א בזמן שמקחו בידו הא אוקימנא התם דנקט זוזי מתרווייהו, אבל נקט זוזי מחד מדכר דכיר, והתם הא בודאי הלכו מלפני המוכר דהא לא היתה המכירה בב"ד והמוכר אינו כאן, ותי' הבית הלוי לפי"ד הרשב"א בקדושין שם שכתב ולא ידע דאפי' אמר נמי דידע ומידכר לא מהימן, דכיון דשקל מתרווייהו אנן סהדי דמתבלבל הוא בכך ולא מדכר שפיר עכ"ל. ומשמע מד' הרשב"א דכיון דכ' אנן סהדי דמתבלבל הוא בכך

דאפי' כע"א אינו נאמן, ולפי"ז אפשר לומר דהר"ן יפרש פי' רש"י בב"מ דאין קושיית הגמ' דניהמניה לגמרי כיון דהלכו מלפניו אלא דקושיית הגמ' הוא דניהמניה כע"א כפיר"ת רק דסובר רש"י דבנקט זוזי מתרוייהו אפי' כעד א' אינו נאמן, וכמו שכ' הרשב"א דאנן סהדי דמתבלבל הוא בכך ולא דכיר, ולכן כ' רש"י דהא דפריך כאן דליהימניה היינו משום דס"ד דנקט זוזי מחד.

והנה לפי דבריו נצטרך לומר דאינו דומה דין הלכו מלפניו לדין אין מקחו בידו בנקט זוזי מתרוייהו, דבאין מקחו בידו ונקט זוזי מתרוייהו אפי' כע"א אינו נאמן ומשו"ה הקשה רש"י בב"מ על הא דפריך שם וליחזי זוזי ממאן נקט דהא תניא דאין מקחו בידו אינו נאמן ותי' רש"י דהא אוקימנא דנקט זוזי מתרוייהו, וכל זה קאי על נאמנות המוכר כעד א', אבל דין הלכו מלפניו אינו מגרע כח המוכר אלא שלא יהיה נאמן לגמרי כמו דיין, אבל כעד א' שפיר נאמן ומשו"ה תי' שפיר רש"י דלפי מאי דס"ד דנקט זוזי מחד לכך פריך דנהמניה כע"א אף שהלכו מלפניו, ולפי"ז על כרחנו נאמר דגם בדיין דתניא דהלכו מלפניו אינו נאמן היינו דאינו נאמן לגמרי, אבל נאמן כע"א דהא הר"ן מדמה אותם להדדי דין מוכר ודין דיין ולכן אין לחלק ולומר דבדיין כיון דהלכו מלפניו לא דכיר כלל ואינו נאמן אפי' כע"א אבל במוכר כיון דנקט זוזי מחד ועליה רמיא, אפי' בהלכו מלפניו נאמן כעד א', דא"כ בחנם חידש הר"ן גבי מוכר על נקט זוזי מחד דמסתברא כ"ז שעומדים לפניו, אבל הלכו מלפניו אינו נאמן כמו דיין דמנ"ל זה כיון שיש לחלק ביניהם, וע"כ דהר"ן לא ניחא ליה בחילוקים ומשוה אותם להדדי, ולפי"ז אתפלא מאוד על הבית הלוי שכ' דמדעת הר"ן לפי ביאורו יהיה ראיה לד' הב"ח שכ' דגבי דיין כשהלכו מלפניו אפי' כעד א' אינו נאמן, ולא כהש"ך שהשיג עליו בסי' כ"ג ס"ק ז', ומאוד אני תמה עליו שלא דקדק בדברי עצמו דאדרבא לפי ביאורו ההכרח מד' הר"ן דוקא דלא כהב"ח.

ולכאורה קשה לחלק בהברייתא כיון דבחדא ברייתא ובחד גוונא תניא בד"א בזמן שבע"ד עומדים לפניו, אבל אין בע"ד עומדים לפניו אינו נאמן, ולגבי בעל המקח תניא בד"א בזמן שמקחו בידו אבל אין מקחו בידו אינו נאמן, וא"כ איך נחלק ביניהם דגבי דיין נאמן כע"א וגבי מוכר אפי' כעד א' אינו נאמן, ומנ"ל לחלק בין שני הדינים, אבל באמת לא קשה דעומדים לפניו ואין עומדים לפניו הוא תנאי בדין דיין, והיינו דדין דיין שנתנו לו חכמים נאמנות יתירה הוא רק כ"ז שבע"ד עומדים לפניו ולא אח"כ דלא האמינו לו חכמים משום דלא רמיא עליה למדכר, אבל מ"מ אין כאן חזקה שאינו זוכר ואין כאן אנן סהדי דמתבלבל דעתו בכך, אבל אין מקחו בידו דאינו נאמן דחזינן דפשיטא לגמ' דאם נקט זוזי מחד והלוקחים עומדים לפניו צריך להיות נאמן כמו דיין, ונמצא דדין נאמנות

יתירה שנתנו לו חכמים משום דרמיא עליו למדכר זה תלוי בלוקחים עומדים לפניו וזה כבר שמענו מדיין אלא דקתני עוד תנאי דבאין מקחו בידו ונקט זוזי מתרווייהו אינו נאמן והיינו משום דלא דכיר כלל ואפי' כעד א' אינו נאמן משום דמסתבר דמטעם רמיא עליו למדכר היה צריך להיות רמיא עליה כמו דיין כיון דעומדים לפניו אלא דטעמא אחרינא איכא דמתבלבל ואינו זוכר ממי קבל מדעתו וממי קבל בע"כ דמתבלבל הוא בכך כיון שאין מקחו בידו, וזהו שכ' הרשב"א דמתבלבל הוא בכך ולא כתב דלא רמיא עליה למדכר כמש"כ רש"י באין בע"ד עומדים לפניו, אלא דהוא מטעמא אחרינא ומשום זה אינו נאמן כלל.

והנה הבית הלוי הקשה מד' התוספתא שהובא ברי"ף בב"מ נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי וכו' אבל אין המקח יוצא מתחת ידו ה"ה ככל אדם, וע"כ התוספתא נמי איירי בנקט זוזי מתרווייהו דבנקט זוזי מחד הא נאמן לדעת רש"י גם באין מקחו בידו, וא"כ מוכח דגם בנקט זוזי מתרווייהו ואין מקחו בידו נאמן כעד א', וא"כ שוב מוכרח דרש"י בב"מ מפרש קושית הגמ' דוליחזי זוזי ממאן נקט דנהימניה לגמרי מדהקשה רש"י דהא אין מקחו בידו אינו נאמן והתם איירי בהלכו מלפניו וא"כ מוכח דלא כהר"ן ושדעת רש"י דגם בהלכו מלפני המוכר נאמן באין מקחו בידו ונשאר הבית הלוי בצ"ע על ד' הר"ן.

והנראה בזה דהנה לכאורה יש להבין מנין פשיטא לגמ' בקדושין להקשות וליחזי זוזי ממאן נקט והיינו דגם באין מקחו בידו יהיה נאמן מדין דיין, ומנין לגמ' דמוכר דמי לדיין, וצריך לומר בפשיטות דמדקתני בברייתא דין מוכר בהדי דיין וחיה ע"כ דהוא חד דינא דנאמנות שהאמינום חכמים, אלא דאכתי קשה על הברייתא גופא כיון דבמקחו בידו הא נאמן מתורת שליש, א"כ לא שייך להא דדיין ודין אין מקחו בידו דנאמן בנקט זוזי מחד הא לא קתני בברייתא, וא"כ אמאי כללה הברייתא דין מוכר דנאמן בזמן שמקחו בידו עם דין חיה ודיין, ונראה דדין שליש נאמן אינו אלא היכי דהוא בעלים על הדבר שנתנו לו שיהיה שליש או שומר, וכן מוכח להדיא מפי' רש"י בסנהדרין דף ל"א בההיא איתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרי ואמרה דפרוע הוא והימנה ר"נ במיגו דאי בעי קלתיה ופירש"י שם דמיירי שהאמינוה המלוה והלוה שמסרו לה לשמרם, ומשמע להדיא דרק משום דיש לה דין שומר מהימנינן לה במיגו דאיבעי קלתיה משום דיש לה דין בעלים ושייך בזה נאמנות דמיגו, אבל באיש אחר שאין לו שום שייכות על הדבר והוא רק עד א' על הדבר לא שייך בו דין מיגו דאי בעי קלתיה. דמיגו ובידו לא שייך אלא בבעלים, וכיון שכן נאמר דהך ברייתא דנאמן המוכר מיירי באופן שאין לו דין בעלים ולא דין שומר

דהיינו שאין לו שום נ"מ וגם אינו שומר שלא נתחייב כלל בשמירת החפץ אלא שהקנה להלוקח את החפץ ואמר לו הא קמך דלא נתחייב בשמירה, ובכה"ג הוא דאיצטריך לאשמעינן דמ"מ האמינוהו חכמים מדין דיין. ובאופן זה נאמר דמה דקתני בברייתא אבל אין מקחו בידו אינו נאמן, מיירי נמי שהלוקחים אינם באים מדין מוחזק דלא קתני אלא אין מקחו בידו, וא"כ אפי' אין המקח בידם שמכר להם דבר שמונח ברה"ר או ברשות אחרים מ"מ כיון שאין המקח בידו אינו נאמן, והוי סבר הגמ' דלענין נאמנות המוכר כמו דיין מה דצריך מקחו בידו הוא ע"כ דבמקחו בידו יותר דכיר מבשאין מקחו בידו, וע"ז פריך דליחזי זוזי ממאן נקט דעל קבלת המעות בנקט זוזי מחד ודאי מדכר דכיר.

ועכשיו מיושב שפיר קושיית הבית הלוי מהתוספתא שהביא הרי"ף דמדקתני התם דינא דמוכר עם דינא דשליש אלמא דנאמנות המוכר הוא מדין בעלים, ונאמן מדינא דשליש ולא מדינא דדיין ונ"מ דנאמן גם בהלכו מלפניו, וא"כ שפיר דבאין מקחו בידו אינו נאמן מדין שליש, ואף דאכתי יהא נאמן מדין דיין בזה הא משכחת בהלכו מלפניו, ואם המקח ביד הלוקחים ודאי מסתבר דאינו נאמן מתורת דיין כיון דכבר הם בעלים על המקח ונאמנים מדין מוחזק אזל ליה כח המכירה ומאי דהוי הוי ועדיף מהלכו מלפניו והמקח בידו, ולכן התוספתא שפיר מיירי בנקט זוזי מחד ומ"מ קתני דאין מקחו בידו הרי הוא ככל אדם דמתורת שליש ודאי אינו נאמן.

והנה לפימש"כ מיושב היטב דבב"מ ע"כ צריך לפרש דהא דפריך וליחזי זוזי ממאן נקט היינו דיהיה נאמן כעד א' דהא א"א למוכר להיות נאמן כשאין מקחו בידו לגמרי אלא באופן שאין להלוקחים המוחזקים זכות מוחזק ולא שייך לומר דיהיה נאמן אלא בקדושין שביארנו דהברייתא מיירי היכי דאין באין בכח מוחזק לא המוכר ולא הלוקחים, ולכן ע"כ דבב"מ פריך הגמ' גם לפירש"י דיהיה נאמן כעד א', ומ"מ כתב רש"י שפיר דהיכי דנקט זוזי מתרווייהו אפי' כעד א' אינו נאמן.

אלא דבאמת אינו מיושב לומר דכונת רש"י לפרש דיהיה נאמן כמו עד אחד משום דעד מסייע פוטר משבועה, דא"כ לא היה לרש"י לסתום אלא לפרש באיזה כח נאמינו ואיזה תועלת יהיה אם נאמינו כעד א' דהא לא אשכחן בשום דוכתא חוץ מזו הסוגיא דעד אחד פוטר משבועה ואינו דבר פשוט ובודאי היה לרש"י לפרש, ולכן נראה דהנה שיטת ר"י לפרש, דפריך הגמ' וליחזי זוזי ממאן נקט דנשאל ללוקחים מי נתן מעות דהא אינם חלוקים בנתינת המעות, וכונת ר"י הוא דקאי על מה דאמר מקודם דהוא מורי ואמר חבראי דמי קא יהיב ואנא דמי קא יהיבנא ופירש"י דמים אני רוצה ליתן, והיינו לפי הס"ד דנקט זוזי מחד וע"כ שאין חלוקים בנתינת המעות, אך לפי' ר"י צריך לחדש

דזה פשוט לגמ' דאנן סהדי דלמי שנתן מעות לו נתרצה המוכר, דאי חזקה זו לא אלימא כמו אנן סהדי, א"כ מה מועיל דנשאל ללוקחים הא יש להם מיגו דהא כל אחד יכול לומר שהוא נתן המעות, ולא דמי למה שכתבו התוס' במה שהקשו דיהא נאמן דחציה שלי במיגו דכולה שלי, דמיגו להוציא לא אמרינן דהתם שאני דכיון דטוען חציה שלי אינו שייך כלל להחצי השני, והם דנין רק על חצי ולא נוכל להאמינו שכל החצי הוא שלו במיגו להוציא ולבטל זכות חבירו, אבל הכא אנו דנין להחזיקו בחציו שהוא מוחזק ובודאי הוי מיגו להחזיק, אלא דר"י סובר דהוי כמו אנן סהדי דלמי שנתן מעות לו נתרצה המוכר ולא מהני מיגו.

ועתה נוכל לומר דגם רש"י היה מפרש כפי' ר"י אלא דלא סבירא ליה סברא זו דהוא אנן סהדי דלא מהני מיגו, ולכן מפרש שפיר רש"י דנאמן להמוכר כיון דבאמת גם הם אינם מכחישים וא"כ נשאל למוכר וממילא אע"ג דאינו נאמן אלא כע"א מ"מ כאן נאמן לגמרי כיון דגם הלוקחים אינם מכחישים וע"י המוכר יתבטל כח המיגו דהוי כמו אין חטפי ודידי חטפי והרמב"ם בפ"ד מה' טוען כלל בזה הרבה דוגמאות דכל היכי דנאמנות הנתבע הוא במיגו נעשה ע"י הע"א דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וא"כ שפיר פריך דנאמין למוכר כיון שגם הם אינם מכחישים, אלא דכ"ז נוכל לפרש בב"מ אבל בקדושין משמע מדברי רש"י שם דפריך על עיקר מילתא דהיה נאמן באין מקחו בידו כמו במקחו בידו דגם בברייתא דתניא דאין מקחו בידו אינו נאמן פירש"י משום דלא רמיא עליה למידק וע"ז פריך דהיכי דנקט זוזי מחד הא רמיא עליה למידק וטעמא דבקדושין דהנאמנות הוא מדין דיין סבר הגמ' דגם באין מקחו בידו צ"ל נאמן אבל בב"מ שהם מוחזקים ממש אינו נאמן מדין דיין כמש"כ, ועוד יותר יש לומר דבפשוטו מיירי שהלכו לפניו ואינו נאמן מדין דיין, ובקדושין לא מפרש דניהמניה כע"א דלא הוזכר שם שהלוקחים מודים רק בב"מ דאיתא שם דמורי ואמר וכנ"ל.

והנה מה שכתב הכ"מ והט"ז דלדעת הר"ח אם אומר לזה מכרתי ומודה שמאחר קבל המעות אינו נאמן אף דיש לו מיגו זה אינו אלא לפי' התוס' והרא"ש, אבל הרמב"ן במלחמות בקדושין מפרש ד' הר"ח באופן אחר וז"ל לא פי' ר"ח כדברי הר' יעקב דהוא אמר אריש דוקא קאי ולשון פירושו של ר"ח אינו כן אלא כך, נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי כל זמן שמקחו בידו וכגון דנקט זוזי מתרווייהו ואם יצא המקח מידו אינו נאמן, והפי' כך הוא לדבריו דאקשינן וניחזי זוזי ממאן נקט דודאי כשיש שם עדים עסקינן דאי לא פשיטא שיכול לומר לא מכרתי, ויכול לומר לזה מכרתי דהודאת בע"ד כמאה עדים, אלא ע"כ דאיכא עדים א"כ יבואו עדים ויעידו ומפרקינן כגון

דנקט מתרווייהו וכו' עכ"ל ע"ש שהאריך עוד וכונת הרמב"ן במה שכתב דלפי ר"ח אין קושיית הגמ' דוקא על מקחו בידו הוא דאף דלהדיא ביאר הקושיא על מקחו בידו מ"מ ממילא קשה גם על אין מקחו בידו, דכיון דע"כ בשיש עדים עסקינן א"כ גם באין מקחו בידו מה שייך לומר אינו נאמן דהא איכא עדים ויעידו אבל לפי' ר"ת דכל הקושיא דהיכי תני דנאמן המוכר לומר לזה מכרתי דמשמע אף שאומר שהמעות קבל מאחר דהא אנן סהדי דממי שקבל המעות לו נתרצה, וממילא לא קשה על אין מקחו בידו גם זה גופא לא ידעינן ממי קבל המעות כיון דאינו נאמן.

ולפי דברי הרמב"ן אין לנו יסוד כלל לומר דאנן סהדי דמי שנתן המעות לו נתרצה דזהו דוקא לפי' ר"ת דכל הנאמנות הוא ע"י המוכר, אבל לדברי הרמב"ן דסובר דע"כ כשיש עדים מיירי, א"כ אין להמוכר מיגו ואה"נ דבאין עדים נאמן המוכר לומר שנתרצה למי שלא נתן מעות, ולפי"ז אין לנו הוכחות הט"ז דהרמב"ם אינו סובר כפיר"ח אלא דמ"מ כבר כתבתי דמעיקר דברי הרמב"ם מוכח דלא כפיר"ח שכתב דע"כ מיירי הא דמקחו בידו בנקט זוזי מתרווייהו, ולד' הרמב"ן גם אין מקחו בידו, ומדברי הרמב"ם מוכח דעיקר ההלכה אפשר לאוקמי גם בנקט זוזי מחד.

והנה בעיקר הך דינא אם נאמן המוכר לומר לאחר נתרציתי, לכאורה אין לנו סברא לומר דלא הוי אנן סהדי דהא אפי' אם באמת לא נתרצה כיון שהלוקח נתן לו המעות על קניית המקח והוא קבל המעות על דעת זה אפי' אם בלבו לא היה להקנות, ואפי' אם היה אונס לא מהני דהא קיי"ל תלויה וזבין זביניה זביני, אלא דא"כ צריך ביאור מה דאמר בגמ' דנקט זוזי מתרווייהו מחד מדעתיה ומחד בע"כ, ובגמ' אפשר לפרש שמי שנתן בע"כ השליך המעות ולא קבלם מידו, אבל מלשון הרמב"ם לא משמע כן שכתב ונטל מאחד מדעתו ומאחד בע"כ, ואפשר לומר דקבלת הכסף לבד אינה מעשה מכירה, ואפי' לדעת הרמב"ם שאינו מצריך רוצה אני במכירה מ"מ צריך עכ"פ לומר שהוא מוכר לו, וכן הוא לשון הרמב"ם בפ"י מה' מכירה מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אכן באמת לא צריך לזה דכבר כתב הרמב"ן במלחמות בב"מ וכן הרשב"א הובא בש"מ דלא מהני קבלת המעות דהא מעות אינם קונות, אמנם דדברי הרשב"א שם שכתב וז"ל, ועוד דאפי' כי אמר מוכר מפלוני קבלתים מאי הוי והלא אין המעות קונות אלא משיכה קונה, וכל שפסק דמים אם קדם זה ומשך קנה אפי' בע"כ של מוכר ואין א' מהם יכול לחזור בו וכדאמרינן בפ' הספינה בההוא גברא דאייתי קרי לפום נהרא וכו', הם תמוהים דאיזה ראיה הוא משם דמהני משיכה שלא מדעת מוכר אם נתן אחר מקודם כסף, דהתם שפיר כיון דבסתמא עומד למכירה ומרוצה המוכר להקנות למי שימשוך, שפיר קנה הלוקח

במשיכתו שלא מדעת מוכר, אבל הכא כיון דאחר נתן כסף ואם יבוא מוכר לחזור צריך הוא לקבל מי שפרע ודאי לא ניחא ליה להקנות לאחר.

עכ"פ זה ודאי דאין נתינת המעות קנין גמור אלא למי שפרע וביחוד לפי"מ שבארתי דעת הרמב"ם בפ"ג מה' מכירה דחכמים הפקיעו לגמרי קנין המעות ולא רק דיכול לחזור בו, א"כ שפיר אפשר דאם יאמר המוכר שקבל המעות מאחד והקנה לשני צריך להיות נאמן במיגו, ואף דיש להעיר מדין אין אדם משים עצמו רשע יש לומר בזה דכיון דאינו נפסל בזה לעדות לא הוי רשע, אלא דמ"מ תוס' והרא"ש דסוברים דאמרינן דאנן סהדי דלמי שנתן המעות לו נתרצה, היינו דבסתמא אמרינן שאינו עומד שיחזור בו שיהיה חייב במי שפרע וימכור לאחר דאפי' החוזר הוא כשאינו רוצה למכור כלל.

ובעיקר ד' הרמב"ן במה שפי' ד' הר"ח אינם מוכרחים דמה שכתב דאם אין עדים לא שייך כלל דינא דנאמן בעל המקח דהוי כמו מנה לי בידך, והלה אומר אין לך בידי כלום, הנה לפי"ז למה לן דינא דשליש דתוספתא שהביא הרי"ף הא כיון דלפי דברי השליש מגיע החפץ לזה ולא לזה הו"ל כאומר מנה לי בידך, והלה אומר אין בידי כלום, ואי איכא עדים ליחזי עדים מאי קאמרי וכמש"כ הרמב"ן שדרכן של עדים לידע וע"כ צ"ל דמ"מ כיון דהוא מודה דאינו שלו הו"א דלא שייך בזה דין נאמנות מצד בעלים ואפי' אם הוא שומר לשניהם אבל מכיון דלא יתחייב לשלם אם יכופו אותו בי"ד להוציא מידו ממילא הו"א דאין לו דין נאמנות מצד בעלים, ולזה משמיענו דין שליש דנאמן מצד שליש, וכן הוא ג"כ במוכר דלעולם מיירי שאין עדים על המכירה ומ"מ אי לא תני דהמוכר נאמן, היה אפשר לומר דכיון דעכ"פ מודה בבי"ד שכבר מכר את החפץ ולו אין נ"מ בדבר, לכן הו"א דלא שייך לדין מנה לי בידך ולזה אשמעינן דנאמן מדין שליש.

ובמה שביארתי לחלק בין התוספתא שהביא הרי"ף בפ"ק דב"מ ובין הברייתא דקדושין מבוארים דברי הרי"ף שבאמת הם נפלאים דלמה הביא התוספתא שלא הובא בגמ' בעת שעיקר הברייתא נאמרה בקידושין ועלה אמרינן התם וליחזי זוזי ממאן נקט, ומצאתי שעמד בזה בש"מ במה שכתב ת"ר ותמיד כשמביא תוספתא כותב תוספתא, וכתב ע"ז משום דהך בבא דנאמן בעל המקח הובאה גם בקדושין בברייתא לכן כתב בלשון ת"ר, אבל אינו מיושב דלמה עכ"פ הוצרך להביא רישא דתוספתא אם כונתו להך נאמן בעל המקח דתניא בברייתא בקדושין ושם לא נזכר הך בבא דשליש, אכן לפימש"כ דהברייתא דקדושין הוא מדין דיין וע"כ היכי שאין לו דין בעלים וכנ"ל, וא"כ היה אפשר לומר דדוקא היכי דאין נאמנותו אלא מתורת דיין והוא עדות שהאמינוהו חכמים בזה אמרינן דהיכי דנקט זוזי מחד ואומר שלמי שלא נתן המעות נתרצה, בזה לא האמינוהו חכמים

ואין אנו צריכים לומר דהוא בירור גמור מתורת אנן סהדי, ואף דעכ"פ הא יש לו מיגו יש לומר דמיגו לא מהני אלא בבעלים ולא בעדים, וכבר ידוע סברא זו ומיישבים בזה קושיית התו' פ"ב דכתובות גבי אנוסים היינו, ואף דבפ"ג דב"ב גבי שיבבי איתא להדיא גבי עדים דין מיגו זהו רק שלא יהיו נוגעים בעדותן, והנה כאן בב"מ לפי"מ דמפרש הרי"ף דמשו"ה אמר בגמ' ולא ידע דמיירי כשהטלית ביד מוכר אין לנו הוכחה דמיירי בגוונא דאינו נאמן המוכר בתורת שליש, ולכן הביא הרי"ף התוספתא ופירש דגם בכה"ג דתוספתא דנאמן מתורת שליש צריך ג"כ לאוקמי דוקא בנקט זוזי מתרווייהו משום דסובר דהוי אנן סהדי דלמי שנתן המעות לו נתרצה, ולכן אם היה זוכר מי שנתן מדעתו אף דמעות אינם קונות, מ"מ אנן סהדי דגם כשמשכו בפניו נתרצה דוקא למי שנתן המעות, ולכן תלי הגמ' עיקר דינא רק בזה מי שנתן המעות אפי' היכי דהמוכר נאמן בגדר שליש.

עתה נבוא לדברי הבעל המאור וז"ל הכי פירושא לאו מכלל דאי ידע מהימן כבי תרי אלא מהימן כע"א וי"ל במקום דאיכא שבועה דאורייתא לא תיקון רבנן שבועת תק"ח במשנתנו כדאמרינן לסומכוס מודה סומכוס היכי דאיכא שבועה דאורייתא בעבדא דקטעה לידיה וכדרבא אף כאן אילו היה ע"א, מי שהיה העד כנגדו היה נשבע שבועה דאורייתא ונוטל מחצה, ומי שהעד עמו נוטל מחצה בלא שבועה דקא מסייע לה ע"א וכדאמרינן לענין סלעים דינרים משום דמסייע ליה שטרא סיוע בעלמא ואע"ג דלאו סהדותא מעלייתא הוא שאין השטר מעיד שתים ולא שלש אלא סיועי בעלמא הוא אף כאן שעדות העד כדברי אחד מהם הוא שנוטל בלא שבועה וחבירו נוטל בשבועה דאורייתא עכ"ל, והנה במה דסובר הבעה"מ דעד מסייע פוטר משבועה כבר מבואר זה בראשונים דיש סוברין אפי' משבועה דאורייתא ויש סוברין דוקא משבועה דרבנן, אבל מה שכתב דבמקום דאיכא שבועה דאורייתא לא תיקון רבנן שבועת תק"ח במשנתנו זה תמוה דלא שייך זה לכללא דעד מסייע פוטר משבועה דאטו בכל מקום דעד מסייע בא לפטור משבועה יש שבועה להשני וממקום שבא הבעה"מ מסלעים דינרים ליכא שבועה להשני, אך עוד יותר תימה מה שהביא ממה דאמרינן בהשואל מודה סומכוס היכי דאיכא שבועה דאורייתא, וכבר תמה על זה הרמב"ן במלחמות וכתב והראיה עצמה שהביא לדבריו מדסומכוס תימה הוא מי דמי להא מילתא, ואדרבא אי איכא לדמויה היא תיובתיה דהא התם מוכר ולוקח פלגי לדעת סומכוס, וכיון דקטע מוכר לידו ואיחייב ליה שבועה דאורייתא אמרינן הואיל ונשבע, ישבע על הכל, והטעם לפי שלחייבו שבועה וליטול מחצה א"א דלא גרע מהלוקח דשקיל פלגא בלא שבועה ולפטרו בלא שבועה אין לנו שלא האמינה תורה מודה במקצת עד שישבע, ואפי' בזמן שהכל בחזקתו הילכך

ישבע ויפטר לגמרי שהתורה האמינה מוב"מ בשבועה כ"ז ששבועתו ליפטור שלא ישלם כלומר שאין הממון ברשות האחד ואינו דומה לנדון שלפנינו דהכא מי שנשבע שבועת התורה הוא שמפסיד ומין בשאינו מינו הרכיב עכ"ל, ובודאי דברי הבעה"מ צריכים ביאור דאין תחלת מקום לדבריו אם כונתו רק לדין עד מסייע.

ונראה דהבעה"מ הרכיב כאן שני תירוצים שאינם שייכים זה לזה ומתחלה לא בא כלל מדין עד מסייע פוטר אלא דוקא מדין מה שהשני צריך לישבע שבועה דאורייתא וביאור דבריו הוא דסובר דשבועה זו שתיקנו חכמים במשנתנו הוא דוקא היכי דהשבועה חלה על שניהם, אבל אם אין השבועה אלא על אחד לא תיקנו חכמים שבועה זו, והנה כאן דעל אחד יש כאן שבועה דאורייתא לכאורה לא נוכל לומר דאין עליו שבועה דרבנן דמאי נ"מ ויש בכלל מאתים מנה, ולזה הוא שבא הבעה"מ להוכיח מהא דסומכוס דלכאורה אינו מובן כלל וכי מפני שצריך לישבע ירויח שלא יהיו חולקין, וטעמו של הרמב"ן אינו מובן כלל דמה זה שכתב דלא גרע מלוקח שנוטל מחצה בלא שבועה דלמה לא גרע, הלוקח אינו מודה במקצת והמוכר מודה במקצת, לכן צריך המוכר לישבע, אבל דין החלוקה למה יתבטל ולא מצינו שבשבועה נוטלין חוץ מהנשבעין ונוטלין דתנן במתני', וע"כ דהסברא הוא כן דשבועה דאורייתא היא שבועת בירור, וכ"ז שאינו נשבע משלם ולכן היכי דאיכא שבועה דאורייתא אין כאן ספק ולא אמר סומכוס בזה ממון המוטל בספק חולקין, דכיון דכ"ז שאינו נשבע הוי ע"כ ודאי שהדין עם השני מדמוציאין ממון אם אינו נשבע, וממילא מוכח מזה ע"כ שהתורה האמינה לו ליפטר בשבועה דלא מסתבר שבשבועתו יעשה רק ספק אצל ב"ד וב"ד יטילו עליו דין שבועה באופן שיהיה ספק שמא נשבע לשקר. וע"כ שהתורה האמינתו בשבועה בתורת ודאי, ונמצא דהיכי דאיכא שבועה דאורייתא לא הוי ממון המוטל בספק דקודם שבועה היה ודאי לצד החיוב ואחר שבועה הוא ודאי לפטור ומשו"ה גם סומכוס מודה דשבועה יפטר גם מדין חלוקה ואוקמינן בחזקת מרא קמא, ולכן זהו שחידש הבעה"מ דהיכי דאיכא שבועה דאורייתא אין לומר דיש על אותו שהעד כנגדו גם השבועה דאורייתא וגם שבועה דרבנן, אלא שיש בכלל מאתים מנה, דאינו כן דכיון דאיכא שבועה דאורייתא אין כאן ספק כלל ולא תיקנו חכמים שבועה ונמצא דעל אותו שהעד כנגדו ליכא שבועת תק"ח, וממילא סובר הבעה"מ דעל השני נמי ליכא שבועה דלא תיקנו חכמים שבועה זו אלא על שניהם.

והנה מש"כ דהך שבועה לא תיקנו אלא על שניהם ולא על אחד יש לומר דתליא במחלוקת הראשונים גבי זה נוטל עד מקום שידו מגעת דיש גורסים והשאר בשבועה והתוס' כתב דא"א לומר כן דגם במה שתפוס בידו למה לא ישבע כיון דעיקר השבועה

שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, אבל הרמב"ם סובר דגרסינן והשאר בשבועה שכתב רק דיש לו לגלגל גם על מה שתופס בידו, ומוכח דעל מה שתפוס בידו אף דאיכא גדר תקנה לא תיקנו חכמים בזה, דלא תיקנו אלא בדין החלוקה, ולכן יש לומר דגם אם אין השבועה אלא על אחד לא תיקנו שבועה זו.

עתה נבוא לשיטת הרמב"ם והנה כבר כתבתי דמדברי הרמב"ם משמע דבמקחו בידו דנאמן אין נ"מ ואפילו בנקט זוזי מחד נאמן, ולפימש"כ בביאור דברי רש"י אפשר לפרש כן גם דעת הרמב"ם דמה דפריך וניחזי זוזי ממאן נקט היינו דיהיה נאמן כע"א ולא משום דין עד מסייע אלא דבסתמא לא מיירי שחולקין בנתינת המעות, וכן משמע הלשון דאומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי דמשמע דההכחשה אינה אלא למי מכר ונתרצה רק דכ"ז שאין המוכר מעיד יש להלוקחים מיגו, אבל אם המוכר מעיד נתבטל המיגו וממילא נאמן לגמרי, אכן יותר נראה בדעת הרמב"ם כמו שבארנו תירוצו הראשון של הבעה"מ דבזה אין אנו צריכין להודאתם של הבע"ד דבדברי הרמב"ם א"א לפרש כן דהא כתב הרי הוא ע"א בלבד ומשמע דעכ"פ אינו נאמן לגמרי משום דלא נחת כאן לענין הודאתם של הלוקחים, וכתב רק בדין נאמנות המוכר, אלא דבכל גווני מהני הגדת המוכר שמי שנתן מדעתו אינו צריך לישבע, רק דפי' הגמ' דקדושין שגם הבעה"מ מפרש כפי' ר"ח ובדברי הרמב"ם הוכחנו דאין לפרש כן לכן בזה נוכל לפרש כפי' רש"י בב"מ דמהני הגדת המוכר אם הבע"ד מודים וכנ"ל, ואף דרש"י בעצמו מפרש בקדושין דאם אין מקחו בידו ונקט זוזי מחד נאמן לגמרי אבל הרמב"ם אינו סובר כן מדלא הזכיר דין זה אלא דגם בקדושין פריך דניהימניה כע"א משום דגם הלוקחים אינם כופרים בזה מדקתני לזה מכרתי וכנ"ל.

עוד עלינו לבאר דברי הרמב"ם במה שכתב לפיכך אם נטל הדמים וכו' ולא ידע וכו' אין כאן עדות כלל דאין לזה ביאור דמה השמעינו בזה דאם לא ידע אין כאן עדות ונראה בזה דהנה במש"כ הרי"ף דהא דאמרינן סיפא במו"מ לא קאי אריש דשנים אוחזין בטלית ובדאיתא ביד מוכר הוא ומשו"ה אמרינן ולא ידע, הקשה ע"ז הראב"ד בש"מ דמאי דוחקיה דגמ' לאפוקי מתני' מפשטה ולמימר ולא ידע, והנה מדברי הרי"ף מוכח דקושיית הגמ' דפריך וליחזי זוזי ממאן דנקט ניחא ליה דגם על אין מקחו בידו פריך כמו שפירשו שאר ראשונים רק דקשה לו הא דאמר ולא ידע, ובזה נראה דאין כונת הרי"ף לומר דהוא בהכרח לתרץ ולא ידע משום דסיפא דבמו"מ לא קאי אריש, אלא דאשמעינן דהא דבמו"מ משכחת לה נמי בדאיתא ביד מוכר, והיינו דהך דינא דיחלוקו בשבועה גם באיתא ביד מוכר הכי הוא דלא נימא דבאיתא ביד מוכר באמת אין הדין

יחלוקו, משום דליכא שנים אוחזין והוי דינא כמו שנים שהפקידו דיהא מונח עד שיבוא אליהו, אלא דבאמת הקשה בזה התומים לפימש"כ הרא"ש בטעמא דלא אמרינן במנה שלישי דהחלוקה יכולה להיות משום דהנפקד יודע שמקודם היה של אחד מהם דא"כ גם במקח ביד מוכר אמאי יחלוקו דאף דאין המוכר יודע ממי מדעתו וממי בע"כ, אבל זה הא יודע שלא הקנה אלא לאחד מהם.

ונראה בזה לפימש"כ הב"ש בסי' ל' סעיף ב' גבי ספק קרוב לו ספק קרוב לה דזהו דוקא בב' כתי עדים, אבל אם היה ספק לעדים לא הוי ספק קדושין דהוי קדושין בלא עדים, ועיין באבני מלואים שם שחילק לנכון בין אם ראו העדים המקום שנפלו הקדושין, אלא שלא ידעו אם קרוב לו או לה דאז הוי ספק קדושין ובין לא ראו מקום הנפילה דהוי קדושין בלא עדים, ובטעם הדבר נראה דאם לא ראו עדים מה שיכולין לראות אינם יכולים לגרום לנו אפי' ספק דאין זה עדות כלל, אבל אם ראו מקום הנפילה אלא שהיה צריך למדוד למי יותר קרוב. ואם היה האיש והאשה עומדים במקומם היה אפשר למדוד נמצא שראו דבר שלם אלא שכיון שלא נמדד נשאר ספק, ועכשיו מבואר לנכון דזהו שכתב כאן הרמב"ם אין כאן עדות דמה שמעיד המוכר שנטל הדמים משנים ואינו יודע ממי נטל מדעתו וממי נטל בע"כ לא נאמר בזה דעכ"פ זה נתברר לנו שלא נתרצה לשניהם ביחד, וממילא אין החלוקה יכולה להיות אמת, דאין אנו מקבלין חצי עדות דכיון שאינו זוכר למי מכר אין מקבלין עדות כלל, ולא דמי לשנים שהפקידו אצל אחד דאמרינן דאין החלוקה יכולה להיות אמת משום דהנפקד יודע שהיה של אחד מהם, דהתם כיון שהפקידו אצלו בכרך אחד אינו מחוייב לדעת יותר דלא רמי עליה למידק, אבל הכא כיון שאינו זוכר מה שצריך לדעת אין אנו מקבלין עדותו כלל, ומבואר דברי הרמב"ם במה שכתב אין כאן עדות.

הלכה י

המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה אפי' אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה אע"פ שהפרה עומדת באגם והשפחה עומדת בסמטא הרי הן בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה, לא הביא ראיה ישבע המוכר בנקיטת חפץ על ולד הפרה, אבל על ולד השפחה אינו נשבע אלא היסת שאין נשבעין בנקיטת חפץ על העבדים ולא על הקרקעות כמו שיתבאר בהלכות טוען ונטען. זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע, ואינם ברשות א' מהם יחלוקו, זה אומר ברשותי ילדה והאחר שותק זכה הטוען בולד.

כתב המ"מ דהרמב"ם סובר דבקיימא באגם ושניהם טוענין שמא גם רבנן מודו,

והגר"א בחו"מ סי' רכ"ב הסביר זה דמה דאמר בגמ' הא מני סומכוס הוא חזרה ממה דמשני מעיקרא דקיימא באגם, ומה דפריך מעיקרא ונוקמי בחזקת מרא קמא זהו כדס"ד דמיירי בברי וברי, אבל לבתר דמשני תני זה אומר שמא עד שלא מכרתי ילדה לא צריך לאוקמי כסומכוס אי מיירי דקיימא באגם, ורבא דאמר הכי הוא אי קיימא ברשות מוכר, אכן המ"מ בעצמו כתב שאין זה משמעות הסוגיא, עוד כתב הגר"א בסק"א אופן אחר דהרמב"ם פסק כסומכוס דכן מוכח מדברי הרי"ף שהאריך לבאר מתני' אליבא דסומכוס, ומה דפסק בכל המע"ה זהו אם חסר אופן א' או דשניהם טוענים ברי או דקיימא ברשות א' אבל כששניהם טוענין שמא וקיימא באגם קיי"ל כסומכוס, ודברי הגר"א צריך ביאור דלכאורה קשה דמנ"ל לחלק ולומר דבדאיכא ב' האופנים קיי"ל כסומכוס כיון דסומכוס ורבנן פליגי אפי' לא קיימא באגם, אכן כונתו ברורה דבשור שנגח את הפרה דתנן יחלוקו, אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס, אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המע"ה ומוכח דלא סבר כסומכוס כמש"כ הרא"ש ספ"ג דכתובות דהיכי דאמרינן זו דברי הוא דלא ס"ל הכי ועוד דבמתני' דהמניח תנן המע"ה, ובהני תרי דוכתא הנתבע מוחזק, אבל במתני' דהמחליף דסתמא כסומכוס ולא אתמר עלה זו דברי סומכוס אלא דמוקמינן כסומכוס אמרינן דהך סתמא קיימא להלכה משום דמיירי בקיימא באגם ובשמא ושמא.

ובמה שכתב הרמב"ם אפי' אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה כתב המ"מ דאין הכונה דאם לא הביא ראיה נוטל המוכר כולו אלא דאין הלוקח נוטל כולו בלא ראיה אלא חולקין, דכ"ש הוא משניהם אומרים איני יודע, והוא דחוק מאוד דהא סיים הרמב"ם הרי הן בחזקת המוכר, והב"ח והפרישה כתבו דמה שכתב הרמב"ם אפי' אמר המוכר איני יודע, ואח"כ כתב אע"פ שהפרה עומדת באגם אינו חדא מילתא דכשהמוכר אומר איני יודע והפרה עומדת באגם יחלוקו, וכמו שכתב אח"כ בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע וכ"ש הוא כנ"ל אלא דהוא או זה או זה והיינו או דאפי' אמר המוכר איני יודע או דאע"פ שהפרה עומדת באגם ושניהם טוענין ברי וגם פי' זה דחוק מאוד כמובן להמעיין.

ולכן נראה לבאר דעת הרמב"ם באופן אחר, דבהא דקיימא באגם ובשפחה דקיימא בסימטא כתבו התוס' דה"ה בר"ה אלא דאורחא דבהמה באגם ודשפחה בסימטא, אבל הרמב"ם ששינה בלשונו דבהלכה י' כתב אגם וסימטא, ובהל' י"א כתב ואינם ברשות א' מהם מוכח דאגם וסימטא הוא דוקא, והטעם בזה הוא דבהא דפריך אוקמי בחזקת מרא קמא היה אפשר לפרש דמטעם חזמ"ק נאמר דשייך הולד להמוכר, אבל באמת הקשו

בתוס' דהא לנגד זה איתא חזקת מעוברת דמוכיח דשייך הולד להלוקח, וכתבו דחזמ"ק חשיבא טפי, אבל לא ביארו טעמא דמילתא ולכן נראה דטעמא הוא דאם היינו דנין רק דהחזקה תכריע דכמו שהיה הולד מקודם להמוכר כן הוא שייך עכשיו להמוכר היינו אומרין דכנגד זה איכא חזקת מעוברת לזכות הלוקח. אבל כאן דיינינן לענין דין מוחזק דאגם וסימטא הוא מקום הראוי לקנין והבעלים חשיבי שם מוחזקין, ומטעם זה כתבו התוס' בקדושין דלא מהני מסירה בסימטא, אלא דזה כתבו התוס' בתחלת הקנין, אבל זה ודאי דאם הלוקח קנה הבהמה נעשית גם מקום הסימטא שלו דהסימטא שאולה להבעלים, ולכן בזה מהני לן חזקת מ"ק דכשאנו דנין בחזקת מי עומד עכשיו הולד אמרינן דמי שהיה מוחזק מקודם בהולד הוא מוחזק גם עכשיו, וזהו שכתב הרמב"ם הרי הן בחזקת המוכר והיינו כמו שהיה מקודם מוחזק כשעומד באגם או בסימטא ועל דין המוחזק אינו סותר החזקת מעוברת כיון דאינו על עיקר הולד ועוד דכבר עמדה חזקת מעוברת לגבי עיקר דין החזקה דמעיקרא למי שייך הולד, ולכן על מקום החזקה נוכל לדין חזקת מרא קמא, ועכשיו מבואר דמקודם כתב הרמב"ם כשהיה הולד מונח באגם או בסימטא דדיינינין כמו שהוא ברשות המוכר, ולכן אפי' אם המוכר טוען שמא הרי הוא בחזקתו, ואח"כ כתב דאם שניהם טוענין איני יודע ואינו ברשות אחד מהם והיינו שהוא מונח ברה"ר דאינו בחזקת המוכר, לכן יחלוקו כיון דהוי שמא ושמא ואם היה ברי וברי יש לומר דלא הוי דררא דממונא, ובאופן זה דאין א' מוחזק וליכא דרד"מ דינא דכל דאלים גבר כדאיתא בב"ב דף ל"ד ולפי"ז פסק הרמב"ם לגמרי כרבנן, והנה אף דבמה דקתני בברייתא זה אומר איני יודע וזה אומר אינו יודע יחלוקו מוקמינן בגמ' דהוא כסומכוס זהו משום דקתני סתמא ומשמע אפי' קיימא באגם ובסימטא, אבל הרמב"ם רצה להעתיק דברי הברייתא להלכה ופירש להדיא דאינם ברשות א' מהם, והנה אף דמהרי"ף משמע באמת דפסק כסומכוס אבל כתב זה על מתני' דהמחליף וכתב כאוקימתא דשמא ושמא ובעומדת באגם כסומכוס וכמש"כ הגר"א בס"ק א' אבל הרמב"ם העתיק מתחילה לשון המשנה ופסק דהממע"ה ואח"כ העתיק לשון הברייתא ורק שהתנה שאינו ברשות א' מהן וזה אפי' לרבנן וכנ"ל ודברי הרמב"ם מבוררין.

הלכה יד

כל מי שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה כיצד המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה וכן כל כיוצא בזה.

בגמ' בכתובות דף פ"ה איתא דהך דינא דהמחליף פרה בחמור וכו' אמר זה רב יהודה

אמר שמואל ופריך הגמ' ע"ז מברייתא דמחט שנמצאת בעובי ביה"כ וכו' לא הוגלד פי המכה הממע"ה ואי יהיב טבח דמי בעי לאתויי ראיה ומפיק ואמאי בעל בהמה ליתי ראיה ונוקים, אלא כי אתי רמי וכו' הכי אמר שמואל כל שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ופירש"י דלכן על בעל הפרה להביא ראיה שמת החמור קודם משיכה, וכן פירשו תוס' ורא"ש והרי"ף הביא הא דכל שנולד הספק ברשותו וגם הא דעל בעל החמור להביא ראיה, וכתב הבעל המאור לפרש דברי הרי"ף, דרמי נמי סובר כמימרא קמא דשמואל דעל בעל החמור להביא ראיה רק שהתנה דוקא אם נולד הספק ברשותו משום דמפרש הרי"ף ברשותו זהו ברשותו ממש, ומה דפריך הגמ' מעיקרא מהא דלא הוגלד פי המכה משום דרב יהודה לא הזכיר הא דנולד הספק ברשותו דהוא סבר כל שנולד הספק בממונו עליו הראיה והוא בעל החמור שהוא בעליו תחלה, ולכן פריך דא"כ על בעל הבהמה להביא ראיה שהוא בעליה תחלה, אבל לפי"מ דמסיק דתליא במי שנולד הספק ברשותו מיושב דגבי הבהמה נולד הספק ברשות הלוקח וגבי חמור ברשות בעל החמור שהחמור היה ברשותו, והרמב"ן והרשב"א הסכימו לפירושו של בעה"מ אלא שכתב הרשב"א הביאו המ"מ דלפי"ז אם היה החמור באגם בשעת משיכת הפרה אין על בעל החמור להביא ראיה דלא נולד הספק ברשותו וכתב דצ"ע על הרי"ף שלא חילק בזה, ולפלא שהכ"מ לא הזכיר דברי המ"מ והרשב"א וכתב רק דנ"מ אם היה החמור ברשות בעל הפרה כגון שהפקידו תחלה.

והנה בדברי הרמב"ם קשה עוד יותר דדרכו יותר לבאר וכאן היה צריך לבאר כיון דזהו עיקר חידוש ההלכה דבשביל שהיה החמור ברשות בעל החמור לכן עליו להביא ראיה, ולא שייך כאן לומר דכתב לשון הגמ' כיון דלשון הגמ' הוא ממימרא דרב יהודה דאינו סובר הא דנולד הספק ברשותו, אבל הרמב"ם דפסק דתליא במי שנולד הספק ברשותו היה לו לבאר דזהו אם היה החמור ברשות בעל החמור.

ולכן נראה דאף שקשה לחלוק על דברי הראשונים, אבל האמת יורה דרכו דהרמב"ם אינו סובר כפירושו של בעה"מ בדעת הרי"ף, וגם הרי"ף והרמב"ם סוברים כשיטת רש"י והרא"ש דברשותו אינו בביתו אלא דכיון שקנה הלוקח את המקח בקנין נעשה ברשותו אפי' עומדת באגם, אלא דכ"ז לא שייך אלא במוכר בהמה ונמצאת טרפה דכיון שקנה הלוקח בקנין והעמדנו אותה בחזקת שלמה והספק נולד רק אחר ששחטה, לכן אמרינן דנולד הספק ברשות הלוקח, אבל בפרה וחמור שמשך בעל החמור את הפרה וכשנתברר אחרי כן שהחמור מת ולא ידעינן אם היה חי בשעת משיכת הפרה או מת לא שייך לומר שהחמור עמד כבר ברשות בעל הפרה דאם היה מת לא היה בעולם ונבלה אינה

חמור ואם היו הולכין ב"ד או עדים באותה שעה לראות ספק שמא היו מוצאין שכבר מת וא"כ איך נוכל לומר שנולד הספק ברשות בעל הפרה דהא אם היה מת לא עמד ברשותו, ודוקא גבי בהמה שנמצאת טרפה דאף דודאי הוי מקח טעות, אבל עכ"פ אנחנו העמדנו אותה בחזקת שלימה ונעשית ברשות הלוקח, וכן באשה שנולדו בה מומין דכיון שמקודם העמדנו אותה בחזקת שאין בה מומין דהא מיירי במומין שבסתר כדתנן במתני', לכן משנכנסה לחופה כבר נעשית ברשות הבעל אבל בחמור שהוא ספק כבר מת לא שייך כלל שהיה ברשות בעל הפרה.

ונמצא דמה דפריך מעיקרא על רב יהודה משום שהוא לא הזכיר טעמא דנולד הספק ברשותו, וסבר דכללא הוא דהמוכר צריך להביא ראיה והא דכלה בבית חמיה כבר פירשו בתוס' בד"ה כלה בבית אביה ועמש"כ הרמב"ן שם, ולכן שפיר פריך מהא דלא הוגלד פי המכה ולכן בא רמי וחידש דעיקר מילתא במי שנולד הספק ברשותו וממילא לא קשה מהא דלא הוגלד פי המכה כנ"ל.

ולכאורה מהך דינא דמתני' יש ראיה לדברינו דרש"י כתב בהא דאמר רמי ותנא תונא כלה וז"ל ורישא וסיפא סייעתא שמי שנמצא ברשותו עליו להביא ראיה עודה בבית אביה על האב להביא ראיה נכנסה לחופה שהיא ברשות הבעל על הבעל להביא ראיה, ואפי' הוא דר בבית חמיו ברשותו הוא עכ"ל, ודברי רש"י ברורים דודאי לא חילקה מתני' בין הכניסה לרשותו בין דר בבית חמיו, ולדעת בעל המאור היה צריך לחלק בזה, אלא דלדעת הרמב"ם דכניסה לחופה היא הבאה לביתו א"כ תמיד משעת הנשואין נכנסה לרשות הבעל, איברא דיש מציאות אם בא עליה לשם נשואין בבית אביה דנעשית אשתו לכל דבר כמש"כ הרמב"ם בפ' י' מה' אישות הל' א', אבל כבר כתב הרמב"ם בפ' כ"ה הל' ו' דאם בא עליה ושהה כמה ימים כבר אינו יכול לטעון טענת מומין, ויש שם מחלוקת בין המ"מ להכ"מ דהמ"מ סובר דבענין בא עליה ושהה, והכ"מ כתב דשהה לאו דוקא, אבל אפי' לדעת המ"מ זהו כבר אוקימתא ולכן פשטה דמתני' הוא שנכנסה לבית הבעל שזהו חופה, וכן כתב בפכ"ה מה' אישות דהחילוק הוא בין נמצאו המומין בבית האב או בבית הבעל, ומ"מ אין מכאן ראיה להוכיח דלא כדברינו משום דמפרש מתני' כפשוטה דזהו כבר במציאות רחוקה אם בעל ארוסה בבית אביה לשם נשואין.

והנה שיטת הרא"ש בהך דינא דמתני' דדוקא בנערה אבל בבוגרת אפי' בבית אביה על הבעל להביא ראיה וזהו כשיטתו דלא תליא בבית מי נמצא הספק אלא ברשות מי נמצא הספק, ולכאורה יש לעיין בדעת הרשב"א דכאן הסכים לדעת הרי"ף בדרך הבעה"מ ושם סובר ג"כ דבוגרת אפי' היא בבית אביה על הבעל להביא הביאו המ"מ שם, אבל באמת

לא קשה כיון דסובר כאן דדוקא כשהיה החמור בבית בעל החמור, אבל עומד באגם על בעל הפרה להביא ראיה, וא"כ בוגרת אפי' היא בבית אביה הוי כמו עומדת באגם דעכ"פ אינה עומדת ברשות עצמה, אלא שהרשב"א סתם לענין אם אין לה אב ועומדת ברשות עצמה, ובדעת הרמב"ם נראה דלא קשה לפימש"כ דגם הוא סובר דאין הדבר תלוי בבית מי עומד אלא ברשות מי עומד אפי' אם נימא דאינו מחלק בין נערה לבוגרת משום דארוסה כשהיא נערה אינה עומדת ברשות הבעל אלא ברשות אביה ובוגרת היא ברשות עצמה.

פרק כא

הלכה א

המקנה לחבירו דבר שאינו מסוים אם היה מינו ידוע אע"פ שאין מדתו ומשקלו ומנינו ידוע הרי זה קנה, ואם אין מינו ידוע לא קנה. כיצד ערמה זו של חטים אני מוכר לך בכך וכך, מרתף זה של יין אני מוכר לך בכך וכך, שק של תאנים אני מוכר לך בכך וכך אע"פ שאין מדת הערימה ידועה ולא משקל התאנים ולא מנין הקנקנים ידוע לו הרי זה ממכרו קיים, אע"פ שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם ויש להם הונייה לפי השער שבשוק כמו שבארנו.

הכ"מ הקשה ע"ז מהא דמה שעיזי חולבות מכור לך מותר משמע דקנה אפי' יהיה יותר על דמיו וכתב וז"ל, ושמא י"ל שאין דברי רבינו אלא בדברים שיש להם שער ידוע אבל חלב וגיזה שאין להם שער ידוע אין להם אונאה וצ"ע עכ"ל ודבריו אינם מובנים כלל דאם חלב לפי המדה וגיזה לפי המשקל מהיכי תיתי נאמר שאין לזה שער ידוע, ואם כונתו חלב כה"ג דמה שעיזי חולבות שאין לזה שער ידוע בשביל שאינו ידוע כמה חלב יהיה וכן בגיזה כה"ג, א"כ ה"נ ערימה של חטים ומרתף של יין אין לזה שער ידוע כמה יש שם, והמל"מ כתב על דברי הכ"מ דממה שעיזי חולבות אין ראיה דאין לזה דין אונאה דלא מיירי אלא מדין איסור רבית, דהא לא קנה שם מן הדין דדשלבל"ע הוא אלא דאם נתרצה המוכר לקיים דבורו מותר.

והנה אף דדברי המל"מ נכונים מ"מ נראה דגם הרמב"ם מודה דבכה"ג דעיזי חולבות ליכא דין אונאה, אפי' היכי דקנה מן הדין כגון שמכר לו עזים לחליבה, דבפי"ג הבאתי דברי הנתיבות שהקשה במה דאמרינן דנושא ונותן באמנה אין לו אונאה לפי שלא סמך על שיווי המקח דאמאי במכור לי באלו יש אונאה דנימא דלא סמך על שיווי המקח, וכתב בזה הנתיבות דמיירי שהמוכר יש לו אומדנא כמה חפן וטעה באומד, וכתבתי

דהוא דחוק למוקמי כן, אלא דגבי נושא ונותן באמנה קאי בלוקח דאין לו אונאה וגבי מכור לי באלו קאי במוכר ע"ש, עכ"פ זהו דוקא במכור לי באלו דקשה לומר דמיירי דוקא היכי דיש לו אומד כמה חפן, אבל הכא בערימה זו של חטים כתב הרמב"ם להדיא אע"פ שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם, ומבואר שהיה להם אומד וטעו באומד ומש"ה שפיר יש להם אונאה, וכמש"כ רש"י בדף נ"ו ע"ב גבי חטין וזרעין בקרקע דמידי דאומדנא דשכיח דטעו הוי כדין אונאה ועמש"כ בפי"ג הל' ט"ז.

ומבואר דשם בפי"ג כתב הרמב"ם גם בלוקח פירות אכסרה שקנה ומחזיר אונאה היינו שהלוקח מחזיר אונאה משום דהתם הוי דומיא דמכור לי באלו שאין להם אומד שלא הזכיר פירות אלו, וכאן שביאר להדיא באופן דיש להם אומד וכתב ערמה זו לכן כתב דיש להם אונאה דיש לשניהם הונאה, וממילא לא קשה מהא דמה שעיזי חולבות, דהתם כיון שודאי אין להם אומד שפיר דאין להלוקח אונאה, ומה דאין להמוכר אונאה יש לומר דכיון דהמוכר אוזיל בשביל קדימת המעות לא שייך אונאה דהא בהדיא אוזיל בשביל זה אלא דמ"מ ליכא רבית כיון דלא אמר כך וכך כדקתני בברייתא אח"כ ראיתי שהבאר הגולה בסי' ר"ט הביא דברי הכ"מ וכתב ע"ז וז"ל ולענ"ד משום שהחלב והגיזה א"א לעמוד עליהם לא במדה ולא במשקל והוא מוכר אכסרה דאין בהם אונאה כדלקמן בסי' רכ"ז סעיף י"ט וע"ש בהגה עכ"ל, ודבריו תמוהים דהביא ראיה לסתור דאדרבא שם פסק הרמב"ם וכן המחבר דמחזיר אונאה רק הרמ"א בהגה הביא דספיקא הוא ואין מוציאין מיד המוחזק, אכן לפימש"כ מבואר נכון.

הלכה ו

המוכר מקום לחבירו וכו'

הראב"ד השיג על דברי הרמב"ם ולפי"מ שביאר המ"מ נראה דצריך לגרוס בדבריו ובין ב' האמצעיות אמה ואמה לאגפיים וכו' ותיבות "מכאן" הם ט"ס, והנה דברי הראב"ד אינם השגה אלא שחולקים בפי' המשנה כמש"כ המ"מ, אך יש כאן תימה גדולה מה שהקשה המ"מ במה שהשמיט הרמב"ם סוף המשנה דעושה חצר ו' על ו' ופותח לתוכה שתי מערות, והכ"מ כתב ע"ז דהרמב"ם סובר דסיפא הוא לר"ש, וכבר תמה בתוי"ט דהא ר"ש חולק וסובר ארבע מערות, והנה לא ראו כולם מה שכתב רבינו גרשום בפירושו דסיפא דמתני' אינה דין על הקונה או על המקבל אלא דרשאי לעשות ב' מערות בחצר אחד אם רוצה ואין לחוש לטומאה, וממילא לא שייך כלל שהרמב"ם יביא זה כאן, ומה שלא הביא מתני' במקום אחר הנה בהל' אבל קיצר ולא הביא דיני סדר הקברים, ובהל' טומאת מת הביא רק עיקר דיני טומאת קבר, ובאמת משמע דלפי פי' רבינו גרשום אין

זה מעיקר הדין דאפי' עושה כמה מערות בחצר אחת אין כאן דין טומאה, אלא דהוא סדר מדיני קבורה, ומשום חששא בעלמא שמא כשיהיו שלש מערות בחצר אחד יצא חשש טומאה לכהנים שיבואו עליהם נושאי המטה ויגעו בהמטה, וכיון דעכשיו לא נהגו בקברים כאלה לא כתב זה להלכה, ומ"מ כאן העתיק המשנה כיון שהוא מדיני קנין ללוקח וחיוב למקבל, ובודאי הוא במקום שנוהגין לעשות מערות עם כוכין, אבל בזה שאינו אלא מדין סדר עשיית הקברים ולא מעיקר הדין, וכיון שאנו אין נוהגין במערות וכוכין לכן לא הביא זה בהל' אבל, אבל כאן בהל' מכירה לא שייך זה כלל.

הלכה י

דרך המלך ודרך הקבר אין לה שעור ונראה לי שזה כמוכר דבר שאין מינו ידוע.

השגת הראב"ד שאין מינו ידוע וכו' א"א ואין דברו ידוע, ואני אומר שנוטל ממנו המלך כל מה שיצטרך לו עכ"ל.

המ"מ כתב נראה שהוא ז"ל סבור שלא קנה וכמש"כ למעלה דבעינן מינו ידוע, אח"כ הביא דברי הראב"ד ולא כתב ליישב השגתו, ובאמת דברי הרמב"ם הם תמוהים דמה ענין כאן לאין מינו ידוע דהא מין הקרקע ידוע, אלא שאין ידוע השיעור, וכבר כתב בהל' א' שאם היה מינו ידוע אע"פ שאין מדתו ומשקלו ומנינו ידוע ה"ז קנה, וזהו שהשיג הראב"ד וכתב שאין דברו ידוע.

והנה בפ"ג מה' זכיה הל' ה' כתב הרמב"ם דהכותב לחבירו קרקע מנכסי נתונה לך או שכתב לו כל נכסי קנויין לך חוץ ממקצתן הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע לא קנה כלום, והשיג ע"ז הראב"ד דהא אמרינן בית בביתי אני מוכר לך מראהו גרוע, וכן הביא המ"מ מהא דאמרינן שדי מכורה לך דג"כ הקטנה מכורה, והנה בעיקר ההלכה שם כוונתי לדברי הנתיבות בס' תורת גיטין בגיטין דף ט' דקרקע מנכסי הוי כמו אין מינו ידוע דיש בתים ושדות וכרמים, אבל לא סיים שם בתו"ג לבאר ד' הרמב"ם דכתב שם דמש"ה מבואר בב"ב דף ס"ג באמר תנו חלק לפלוני בנכסי קנה, אבל לא ביאר מה שכתב הרמב"ם שם שאם אמר לו חלק כך וכך בשדה פלונית הואיל וסיים השדה אע"פ שלא סיים החלק נוטל אותו חלק מן הפחות שבאותה שדה, ולהדיא דגם בחלק משדה בעינן דוקא שיאמר משדה פלונית.

והנראה בזה דסובר הרמב"ם דהחלוק בין אין מינו ידוע לאין מדתו ידוע אינו כלל ברור אלא דגם באין מדתו ידוע אינו קונה אלא באופן שביאר הרמב"ם ערימה זו של חטים מרתף זה של יין דיש כאן רק ספק אחד במדת הערימה ובכמות הקנקנים במרתף, אבל היכי שיש כאן ב' ספיקות דאינו יודע איזה שדה משדותיו, וגם בהשדה גופה אינו

יודע איזה חלק בהשדה בכה"ג לא קנה דאין מינו ידוע אינו בדוקא דאין זה גזה"כ אלא כמש"כ הרמב"ם בהל' ג' דהיכי דאינו יודע המין לא סמכה דעתו של הלוקח, ולכן גם ביודע המין ואינו יודע הערך אם הספק הוא בב' ענינים שאינו יודע לא השדה ולא באיזה צד בהשדה ג"כ לא סמכה דעתו.

ועכשיו מבואר דברי הרמב"ם כאן בדרך דבאמת לא כתב דהוי אין מינו ידוע דהא כתב נראה לי דהוי כאין מינו ידוע, דאף דבאמת מינו ידוע מ"מ דינו לענין זה כמו דין אין מינו ידוע, והיינו כיון שהמרחק בצדדי הספק הוא יותר מדי ואפשר שתהיה דרך קצרה, ואפשר שתהיה רחבה בלא שיעור, ולכן לא סמכה דעתו של הקונה כמו באין מינו ידוע כיון שאינו יודע כמה שיצטרך.

פרק כב

הלכה ז

הבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת הבן בחיי האב ואח"כ מת האב בן הבן מוציא מיד הלקוחות שהרי אביו מכר דבר שלא בא עדיין לרשותו, ונמצא הנכסים ברשות האב וזה יורש אבי אביו וכן כל כיוצא בזה.

כתב המ"מ בשם הרשב"א דלאו דוקא בנו אלא הוא עצמו מוציא אלא דבנו מוציא בלא דמים והוא עצמו חייב לשלם דמי המכר שקבל, ומה שהוצרכו בגמ' לומר בטעמא משום דמכח אבוה דאבא קאתינא, וכן כתב כאן הרמב"ם דזה יורש אבי אביו, צ"ל דאם היה בן הבן יורש מכח אביו היה צריך גם הוא לשלם דמי המכר שקבל אביו, וכן כתבו בתוס' שם אבל כתבו דזה תליא אם בע"ח גובה בראוי, והרא"ש בבכורות פ' יש בכור הכריע דאינו גובה, ובחו"מ סי' ק"ד סעיף ט"ז כתב הרמ"א מד' הטור דאין ב"ח גובה בראוי, ובביאור הגר"א הביא שם מדברי הראשונים בזה, ומד' הרמב"ם פ' ט"ז מה' אישות הל' ה' שכתב דברים שהם מקולי כתובה ולא חשב ראוי שהיא משנה מפורשת, ומוכח דסובר כדעת הרא"ש דמתני' אינה דוקא לענין כתובה אלא דגם בע"ח ג"כ אינו גובה בראוי, ואף שלא הזכיר זה בדיני בע"ח אולי סמך אסתמא דכיון דכתב דגובין מנכסי הלוה ואם נפלו לאחר מותו אינם נכסי הלוה, אבל אם בע"ח גובה ואשה בכתובתה אינה גובה ודאי היה לו להביא מתני' ולפי"ז צריך ישוב למה לן טעמא דהוא יורש אבי אביו.

ונראה דהנה בהיה אביו גוסס חל המכירה וכמש"כ הרמב"ם בהל' ו' ולכן אף דהוזכר כאן בסתמא ובפרט שהוא דבר שאינו מצוי שימכור נכסי אביו בשביל שאביו גוסס ושימות הוא קודם אביו, מ"מ כיון דעכ"פ משכחת לה כה"ג צריך לבוא לטעמא דמכח

אבוה דאבא קאתינא דאף שתיקנו חכמים דבהיה אביו גוסס המכירה קיימת, מ"מ הוא דוקא אם באה הירושה להבן דהא מה שאירש מאבא מכור לך קאמר, ולכן אם יבוא בן הבן מכח ירושת אביו שירש בקבר אז חלה המכירה מדין ירושתו, ולכן אומר בן הבן שאינו בא מכח אבי אביו, ומבואר מה שכתב הרמב"ם הלכה זו אחר הלכה הקודמת דבהיה אביו גוסס מהני מכירתו, אח"כ ראיתי שכבר כתב כן הרא"ש בש"מ לבאר דברי הגמ' באופן שאין בע"ח גובה בראוי אלא דמ"מ אינו מרווח דאפי' אם נוכל לפרש כן דברי הרמב"ם אבל קשה ליישב כן דברי הגמ' דמנין פשיטא לגמ' לומר זו היא שקשה בדיני ממונות על הך דינא דבן שמכר בנכסי אביו גוסס, וגם לא שכיח שימות הבן קודם.

אכן הרא"ש בבכורות בפ' יש בכור צירף שני הדינים יחד, שהוכיח דאין בע"ח גובה בראוי ממתני' דנפל הבית עליו ועל אביו, ואמרינן מאן יורשי הבן בניו דאנן מכח אבוה דאבא קאתינן, והוא שלא כדעת התוס' וגם הרא"ש בעצמו בחידושיו בש"מ כתב על סוגיא זו דלא פסיקה ליה אי אין בע"ח גובה בראוי לכן אמר משום טעמא דמכח אבוה דאבא, אבל דברי הרא"ש בבכורות צריכים ביאור דמה שייך זה לזה, והרא"ש בעצמו כתב קודם דאף שאין בע"ח גובה בראוי מ"מ גובה ממלוה אף דהוי ראוי לגבי בכור לא הוי ראוי לגבי בע"ח, ואם צריך לצרף טעמא דמכח אבוה דאבא קאתינא לא שייך זה במלוה, וראיתי שהרמב"ן בחידושיו לב"ב בדף קכ"ה הזכיר ג"כ הא דנפל הבית לענין שאין בע"ח גובה בראוי, וכדברי הרא"ש, והביא אח"כ ראיה מדברי הירושלמי דאיתא הכי לענין נזקין, וכתב דאפי' אי בע"ח גובה ממלוה זהו משום ד"ר נתן וכדאמרינן יתומים שגבו שקרקע בע"ח חוזר וגובה מהם משום דר' נתן, אבל מכופר דאין משתלם אלא לאחר מיתה אין בע"ח גובה, ובכל זה לא שייך טעמא דמכח אבוה דאבא, אח"ז ראיתי שכבר האריכו הש"ך והגר"א בסי' ק"ד דאין ראיה מנפל הבית משום דהוא מכח אבוה דאבא, ולאו משום דאינו גובה בראוי, אבל דברי הרא"ש ושכן כתב הרמב"ן בודאי צריך ביאור, ולבד זה הלא עיקר שיטה זו דאין בע"ח גובה בראוי קשה ע"ז מהא דהוצרך בגמ' שם לומר טעמא דמכח אבוה דאבא ודברי הרא"ש בש"מ דלהגמ' לא פסיקא הך דינא בודאי אינו מיושב דאם סוגיית הגמ' דב"ב סוברת דמתני' היא דוקא בכתובה מנלן לחלוק ע"ז, וכיון שהוכחנו דהרמב"ם סובר דאין בע"ח גובה בראוי א"כ קשה עליו מהך סוגיא דב"ב דנפל הבית וכנ"ל.

והנראה בזה דהנה הא דאמרינן מכח אבוה דאבא קאתינא לא שייך אלא אם נוכל לומר דמעיקר דינא אין המת יורש בקבר, אבל אם מעיקר דינא המת יורש בקבר לא שייך לומר דבן הבן יאמר מכח אבי אבי אני בא דכ"ז דשייך ירושה לבן ודאי אינו יורש בן

הבן, ולכן ע"כ זהו מטעמא דאין להמת דין ירושה, ולכן נוכל לומר דגם הך דינא דאין בע"ח גובה בראוי הוא ג"כ מהך דינא דאין להלוה זכות בממון שיבוא לאחר מיתתו, ולכן אף דגבי מלוה אם היה בזה דין ראוי לא היה גובה המלוה אף בלא טעמא דמכח אבוה דאבא, וכן הוא באמת לענין כופר וכדברי הרמב"ן, זהו משום דשייך דין ירושה לבני הלוה אף אם נאמר דאין לו דין ממון לאחר מיתתו משום דהמלוה או הכופר שהיה ראוי לו והוא זכותו זכו בהן יורשיו והבע"ח אינו יכול לגבות אם לא נשתעבד לו מקודם כיון דעכשיו אין להמת דין ממון בזה, אבל בנפל הבית עליו ועל אביו אי לאו דינא דיורש אבי אביו לא סגי בהך טעמא דאין בע"ח גובה בראוי דממ"נ אם אין להבן דין ירושה א"כ מאיזה כח יורש בן הבן דהא לא היה להבן בחיים דין לירש את אביו דנאמר דבן הבן יורש זכות אביו וא"כ אי לאו טעמא דבן הבן יורש אבי אביו אם יבוא לירש מכח ירושת אביו, גם הבע"ח יגבה חובו מכח ירושתו, וזהו דאנו מוכרחין לבוא לטעמא דהוא יורש אבי אביו, ומ"מ צריכים אנו גם לטעמא דאינו גובה בראוי, והיינו דאין להלוה המת דין ממון, דאם היה לו דין ממון לא הוי מהני טענה דמכח אבוה דאבא, דבודאי כ"ז שיש להבן זכות ירושה לא יירש בן הבן וזהו גופא דינא דאינו גובה בראוי משום דהמת אין לו דין ירושה בקבר דאם היה יורש בקבר היה הבע"ח גובה עכשיו ורק משום דאינו יורש לכן הוי דינא דראוי ולכן אנו צריכים לשני הטעמים לטעמא דראוי ולטעמא דמכח אבי אביו ומבוארים דברי הרמב"ן והרא"ש, וגם שיטת הרמב"ם דאין בע"ח גובה בראוי.

ועכשיו מבואר שפיר דברי הגמ' במה דאמר זו היא שקשה בדיני ממונות כמו שכתבו התוס' דהכונה במה שמוציא בלא מעות, ומיושב אפי' אם אין גובה בראוי, ומבואר דברי הרמב"ם במה שהוצרך לומר טעמא דאבי אביו הוא יורש.

ונוכל לומר ג"כ כמ"ש מקודם דנ"מ אם היה אביו גוסס אבל מיושב יותר דאין אנו צריכין לומר דוקא משום זה אלא משום שני הטעמים ביחד.

הלכה טו

דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרין אינו כדין ההדיוט בקנייתו, שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתו יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה. והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים, או כל שכר בית זה לעניים זכו בהן העניים.

השגת הראב"ד, דין ההקדש וכו' א"א רואה אני כי הוא מוסיף אפילו על דברי הרב כי הרב כתב במעשה דההוא גברא דתקע ליה חבריה משום דלא היה סלע ברשותו לא

מצי מקני ליה אלא במעמד שלשתן, וזה החכם אומר שאפי' לא בא לעולם קנו עניים, ואני אומר שאם חייב עצמו בכך שאמר אתן לעניים כך וכך כלומר מן הפירות שיצאו בכרם שלי וכן כל כיוצא בזה, הרי זה חייב עצמו ליתן, אבל אם אמר ינתן לעניים כך וכך מפירות שלא באו לעולם, לא קנו עניים לדברי הרב עכ"ל.

המ"מ הביא כאן דברי הרמב"ם פ"ו מה' ערכין, אבל שם לא כתב אלא באופן שהודה לו כאן הראב"ד והיינו באומר הרי עלי ליתנם לעניים, אבל הרמב"ם הוסיף כאן גם כשאמר יהיה הקדש, ובזה אין כאן נדר על עצמו אלא אם נעשה הקדש חייב ליתן להקדש משום דשייך להקדש ולא משום נדרו, וכיון שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם גם נדר אין כאן, וזהו דברי הרא"ש שהביא הטור דבאומר יהיה הקדש לאו כלום הוא, ודוקא באומר אתן לעניים חייב לקיים נדרו, ואני תמה על הכ"מ שכתב שהרמב"ם אינו חולק על הרא"ש ובעצמו הביא מקודם דהרא"ש סובר דיהיה הקדש לאו כלום הוא, והנה הרמב"ם חידש כאן עוד דגם במתנת שכ"מ מועיל, ובזה תמה הכ"מ דהא היורשים לא נדרו וכתב בזה הכ"מ דכיון שהיורשים שמעו ושתקו הו"ל כאילו נדרו הם בעצמם, ודברים תמוהים הם חדא דלא הזכיר הרמב"ם ששמעו ושתקו, ועוד דמהיכי תיתי יעשו מחאה בשעת מעשה נגד רצון אביהם השכ"מ ובאותה שעה אכתי אינם יורשים ואינו שייך להם כלל.

והנראה בזה דהנה מצינו דגם בנדבה עובר בלא תאחר לשלמו ולא רק בקרבנות דמחוייב להקריב דגם באמר הרי זו לבד"ה ג"כ עובר דהא גם בחרמים עובר וחרמים הם לבד"ה, והנה בפשיטות היינו אומרים דזהו דין התורה מדין והבאתם שמה שגם הנדבות חייבה התורה להביא, אבל מלשון הרמב"ם בפ' י"ד מה' מעה"ק הל' י"ג מוכח דעיקר הנדבה הוא חיוב בעצמו ליתן שכתב וז"ל, אחד נדרים ונדבות עם שאר הדברים שאדם חייב בהן מערכין ודמים ומעשרות ומתנות עניים מצות עשה שיביא הכל ברגל שפגע בו תחלה שנאמר ובאת שמה והבאתם שמה וגו' כלומר בעת שתבוא לחוג תביא כל מה שאתה חייב בו ותתן כל חוב שעליך לשם וכו', עברו עליו שלש רגלים ולא הביא קרבנותיו שנדר או התנדב או שלא נתן הערכים והחרמים והדמים ה"ז עבר בל"ת שנאמר לא תאחר לשלמו, ומוכח מדברי הרמב"ם דבעיקר הדבר בין נדרים בין נדבות הוא חוב שהוא חייב בהן אלא שהוא מצות עשה להביא אותם ברגל ונמצא דכשאומר הרי זו להקדש או יהיה הקדש נעשה בזה שני הדברים יחד שבאמירתו נעשה כמו קנין מדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, וגם הוא התחייב מצד עצמו למסור נדבתו להקדש וכן כשאמר שיהיה דבר זה לעניים התחייב את עצמו למסרן לעניים ומשו"ה עובר בלא תאחר לשלמו בג' רגלים.

ולכן סובר הרמב"ם דבמקדיש דבר שלבל"ע אף דההקדש לא נתקיים הוא רק מדין קנין דלא נעשה הדבר הקדש דמצד דין אמירה לא קנה כמסירה להדיוט, אבל נדר שיש בהקדש שגם בנדבה עובר בלא תאחר לשלמו שהתחייב למסור הדבר להקדש בזה אין חסרון משום דשלבל"ע, ואף דלפימש"כ א"כ ה"נ באומר הרי זו הקדש, מ"מ ע"כ כתב הרמב"ם בדין יהיה הקדש דעל דבר שלבל"ע לא שייך לשון הרי זו, וע"כ הוא בלשון יהיה הקדש.

איברא דהרמב"ם כתב כאן ג"כ או יהיה אסור עלי, ובזה לא נוכל לבאר כמו בהקדש, דכשאוסר איזה דבר על עצמו יש בזה בכלל שלא יאכל דבר זה דשלא אוכל אינו גדר נדר אלא גדר שבועה, ואף דדעת הרמב"ם הוא דבאומר מודרני שלא אוכל חל הנדר זהו משום דעכ"פ אמר מודרני שנעשה גופו מודר מאכילה או כשיטת הרמב"ן והר"ן דיש נדר בלשון שבועה ע"ש בדבריהם ריש נדרים, אבל עכ"פ עיקר נדר אינו שלא אוכל, א"כ עכ"פ לא נוכל לומר דבסתם כשאומר דבר זה אסור עלי דעיקר נדרים הוא דאוסר החפץ עליו שיהיה ג"כ בכלל הנדר שלא יאכל, אלא דבאמת הוא גמ' מפורשת בנדרים דף מ"ז ע"א דאדם אוסר דבר שלבל"ע על עצמו, כיון שאוסר פירות חבירו על עצמו וא"כ א"צ כאן כלל לומר דהוא מטעם נדר שלא יאכל. ולכן ע"כ מה שכתב הרמב"ם גם דין יהיה אסור עלי היינו דאף דעדיין א"א לומר שכבר נאסר ונתקדש הדבר שלא בא לעולם כקרבן, מ"מ משום דין כל היוצא מפיו יעשה נתפס דבורו שכשיבוא לעולם יהיה אסור, וסובר הרמב"ם דזהו גופא טעמא דאמרינן דאדם אוסר דבר שלבל"ע על עצמו, דאף דבגמ' אמרינן דזהו מטעם דאדם אוסר דבר של חבירו על עצמו סובר דזה ע"כ ג"כ מהך טעמא דאי משום שהדבר הנאסר מתקדש כקרבן לא היה בדין שיוכל לאסור דבר שהוא של חבירו אפי' על עצמו דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו וע"כ דהוא משום שחל דבורו על עצמו לקיים. ולכן ה"נ בדבר שלבל"ע שצריך לקיים כשיבוא לעולם.

אולם לא נוכל ליישב בדרך זה הא דמהני יהיה הקדש מטעם כל היוצא מפיו יעשה כמו שבארנו הא דיהיה אסור, דלא דמי כלל דעל יהיה אסור אנו אומרים דמטעם כל היוצא מפיו יעשה מהני שיהיה אסור עליו אף דהחפץ אינו יכול ליאסר עכשיו עליו, ונעשה איסור בדבר שלבל"ע כמו בדבר שבא לעולם, וכדאמרינן אדם אוסר וכו', אבל ביהיה הקדש כיון דזה ודאי שגם אחר שיבוא לעולם לא נעשה הקדש דהא אין אדם מקדיש דבר שלבל"ע רק שאנו אומרים שמ"מ מחוייב לקיים דברו וליתנו להקדש או ליתנו לעניים ובזה מבואר טענת החולקים דהא באמר יהיה הקדש דהוא מגדר נדבה לא התחייב בנדר כלל ליתנו להקדש וכיון שההקדש אינו חל למה יתחייב ליתן, וע"כ

דהוא כדברינו דגם בנדבה יש חיוב נתינה ולכן מהני יהיה הקדש כמו שביארנו.

ומה שכתב הרמב"ם דגם לענין שכ"מ מהני כשאומר כל מה שיוציא אילן זה לעניים, אף דבשכ"מ לא מהני מטעם נדר דהא עיקר המתנה אינו אלא לאחר מיתה, נראה בזה עפ"מ דאמר בגמ' בב"ב בדף קמ"ח דשכ"מ שאמר הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני, אף דכל מילתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ, הואיל ואיתא בבריא במעמד שלשתן, וכן הביא הרא"ש ולא טעמא דר"פ הואיל ויורש יורשה, ולכאורה קשה דהא דאיתא במעמ"ש אינו מגדרי קנין דהא הוי הלכתא בלא טעמא ואיך שייך ללמוד מזה בלא מעמ"ש, וע"כ דטעמא הוא דגם מתנת שכ"מ אינו מגדרי קנין דהא אינו אלא לאחר מיתה דכבר פקעה רשותו, ועוד אמרינן דמתנת שכ"מ כירושה שויוה רבנן, וע"כ דהא דתליא מתנת שכ"מ בדיני מתנת בריא אינו אלא לענין זה דכיון דכל מה שתיקנו שיהיה דברי שכ"מ קיימין הוא שלא תטרוף דעתו עליו, וזה אינו אלא במה שאם היה בריא היה יכול להקנות באיזה אופן שיהיה, בזה תיקנו חכמים שיהיו דברי שכ"מ קיימין, אבל בזה שגם בריא אינו יכול להקנות בזה לא תטרף דעתו של השכ"מ כיון שיודע שא"א להקנות דבר זה.

ועכשיו נוכל לומר דזהו טעמו של הרמב"ם דכיון דהך כללא דכל דאיתא בבריא איתא בשכ"מ אינו תלוי בגדר הקנין אלא דכיון דאפשר שיתקיים בבריא תיקנו חכמים שיתקיים בשכ"מ, ולכן כשאומר השכ"מ ינתן לעניים אף דבבריא לא נעשה קנין בדבר שלבל"ע, אבל כיון דנעשה עכ"פ התחייבות מטעם נדר שיהיה מחויב לקיים, ודבריו קיימין עכ"פ לענין חיוב לכן דבריו קיימין גם בשכ"מ.

פרק כג

הלכה ג

מכר עבדו לקנס שאם יוגח וימות יהיה קנס של לוקח הרי זה ספק לפיכך לא קנה, ואם תפס הקנס אין מוציאין מידו.

בפ"ב מה' גנבה הל' י"ב שכתב הרמב"ם על האבעיות בדיני דו"ה דאם תפס אין מוציאין מידו השיג הראב"ד דכיון דבלא ב"ד א"א לחייבו בקנס ואיך מהני תפיסה, וכאן לא השיג הראב"ד ואף דכאן חייב בעל השור ממ"נ עכ"פ הלוקח לא יוכל לתפוס בלא גמר דין איברא דבפ"ד מה' חובל ומזיק כתב הראב"ד דכותבין הרשאה וגובין, אבל כאן כיון דתופס הלוקח הא לא מיירי בהרשאה ועוד דבאמת גם דברי הראב"ד שם צריך ביאור דאיך מהני הרשאה לגבות קנס כיון דקודם גמר דין אין לו אכתי כלום, אלא דאפשר דשם לא מוכח להדיא דמיירי בקנס דאף דאיתא שם או שנגחו שור אינו מוכח דמיירי

בתם, אבל הכא דמיירי להדיא בקנס גם הרשאה לא מהני.

ונראה דכיון דהוא ספק בדין המכירה שייך גם בזה לאוקמי אחזקת מ"ק דאף דהעבד לא נמכר אלא דין הקנס מ"מ זכות זה שיש להאדון ונעשה ספק אם חל המכירה עלינו לומר מטעם חזקת מ"ק דלא חל המכירה, ובפרט דע"כ צריך למכור העבד לקנס וספק לנו אם זכה הלוקח בהעבד לקנס או לא, א"כ מוקמינן העבד בחזקת מ"ק דלא זכה הלוקח בקנס, ולכן צריך בעל השור לשלם בתורת ודאי להמוכר, ואף דהוא מוחזק, אבל חזקתו לא מהני כאן כיון דהוא עכ"פ צריך לשלם, ומבואר מה שכתב הרמב"ם לא קנה היינו דבעל השור צריך לשלם להמוכר, ולכן מה שכתב אח"כ אם תפס הלוקח יהיה שייך אם תפס הלוקח מן המוכר הקנס שגבה מבעל השור.

אלא דלפי דברינו מוכח דגם בספיקא דדינא מוקמינן בחזקת מ"ק אף דחזקה דמעיקרא לא מהני בספיקא דדינא ובקונטרס הספיקות כלל ד' אות ד' כתב דכיון דחזקה דמעיקרא לא מהני גם בחזקת מ"ק לא מוקמינן דחזקת מ"ק אינו מדיני חזקת ממון כיון דאינו מוחזק אלא מדין חזקה דמעיקרא אך זה כתב בדעת הרא"ש, אבל לדעת הרמב"ם אנו צריכין לומר דמה דמוקמינן בחזקת מ"ק הוא ג"כ מדיני חזקת ממון, ובאמת מוכרח לומר כן דהא פסק הרמב"ם בפכ"ד הל' ד' בספיקי דתיקו דלא קנה קרקע, וכתב המ"מ דאף דסובר הרמב"ם דבכל ספיקא דדינא מהני תפיסה, בקרקע לא מהני תפיסה, וזהו משום דקרקע אינו מוחזק בה, וא"כ מה אולמיה דהמוכר דמוקמינן בחזקתו, וע"כ משום דבספיקא דדינא נמי מוקמינן בחזמ"ק, ועמש"כ בפ"ח הל' ה' דגם שם ביארתי דעת הרמב"ם בזה דבקרקע לא מהני תפיסה.

הלכה ד

מכר אילן לזה ופירותיו לאחר לא שייר מקום הפירות ואין לאחר כלום, אבל אם מכר אילן ושייר פירותיו לעצמו הרי שייר מקום הפירות, אע"פ שלא פירש לגבי עצמו בעין יפה משייר.

כתב הכ"מ דמדסתם משמע דגם לגבי יורשיו משייר, וקשה ממה דאמר בב"ב דאם לא אמר לי ולבני לא יתן לבניו, וכן פסק הרמב"ם פרק ו' מה' מעשר, וכתב הכ"מ דשמא סמך הרמב"ם כאן על מה שכתב שם, והנה לפימש"כ הרמב"ן לגבי ע"מ שהדיוטא שלי דאם מת שייך לבניו, ודלא כדעת הרשב"ם דדוקא לגבי מעשר דלא הוי מקום מסויים הוי בגדר תנאי דאמרינן לי ולא לבני, ולפי"ז גם כאן דשייר מקום הפירות הא הוי מקום מסויים דלא דמי למעשר דיכול ליתן מעשר איזה שירצה, אלא דיש לומר דעוד עדיף מע"מ שהדיוטא שלי, דשם הזכיר עכ"פ לשון ע"מ שהוא לשון תנאי, אבל כאן ששייר

הפירות דאמרינן ששייר מקום הפירות אינו בגדר תנאי כלל אלא שיור בעיקר המכירה, לכן ודאי גם יורשיו יורשין זכותו.

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל ולפי"ז גם כאן דשייר מקום הפירות הא הוי מקום מסוים, צריך להוסיף דאיברא דהרמב"ן בעצמו כתב להדיא דגבי פירות אינו לבניו כיון דמכר הגוף, אבל הרמב"ם סובר דגם גבי פירות כיון דהוי שיור במקום מסויים גם בניו יורשין. [ע"כ]

והנה בהא דאמר בב"ב דמהני אם אמר ע"מ שמעשר ראשון שלי ופסק כן הרמב"ם הקשו הש"ך והט"ז ביו"ד סי' ס"א בהא דע"מ שהמתנות שלי דאמרינן דתנאו בטל, משום דהוי מתנה עמש"כ בתורה וכתב שם הרא"ש דע"כ הך תנא דע"מ שהמעשר שלי סבר דע"מ שיורא הוי, וכיון דפסק הרמב"ם בהא דע"מ שהמתנות שלי דלא מהני תנאי אמאי פסק לענין מעשר דמהני והט"ז נשאר בקושיא והש"ך תי' דשאני גבי בהמה דנתנה ליד ישראל משא"כ בשדה דקרקע בחזקת בעליה עומדת, וכונתו דמשו"ה גבי בהמה לא אמרינן דהוי שיור ומ"מ תירוצו אינו מבואר דאטו בשביל זה דנתן הבהמה ליד ישראל לא נוכל לומר דשייר המתנות הא אינו יכול לקחתם מחיים, אך באמת יש לבאר זה בפשיטות דלא דמי הא דמעשר להא דמתנות, דמתנות כיון שהוא דבר מסויים לא שייך בזה לשון ע"מ אם דעתו לשיירם דודאי היה לו לומר חוץ מן המתנות, וע"כ שכונתו לתנאי אבל במעשר כיון שאינו מסויים וגם הוא רוצה שיוכל הלוקח להפריש חלק המעשר על תבואתו לכן לא אמר חוץ מחלק עשירי בשדה אלא ע"מ שמעשר ראשון שלי ומ"מ כונתו לשייר מקום מעשר שבשביל זה יהיה מעשר ראשון שלו, ומ"מ כיון שעכ"פ אמר בלשון תנאי שפיר דאמרינן בשביל זה, לו ולא לבניו דעיקר החילוק הוא בהלשון דאם אמר בלשון והפירות שלי דאמרינן דהכונה דמקום הפירות לא מכר לו אז גם בניו יורשין זכותו אבל אם אמר ע"מ דעיקר הלשון הוא בלשון תנאי דאז אמרינן דלו ולא ליורשיו, לכן אף דכונתו ע"כ בגדר חוץ אבל באופן זה שייר שיהיה רק לו ולא ליורשיו.

הלכה ו

ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס, אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם.

השגת הראב"ד א"א איני מוצא מוכר לזמן קצוב שיבנה ושיהרוס אלא באומר נכסי לך ואחריך לפלוני, ודבר זה אינו מיושב עלי במכר שאם אמר נכסי מכורין לך ואחריך לפלוני בעשרים דינרין שנאמר בזה אין לשני אלא מה ששייר ראשון, ויפסיד השני מה

שנתן לו בדמים, ואפשר שיהיה כן כי לפי הספק נתן השני דמים, עוד אפשר מוכר שדהו לששים שנה או לחמשים שנה או לארבעים שנה שיעשה בו כל חפצו כל ימי המכר מפני שהוא כמוכר בזמן היובל עכ"ל.

המ"מ כתב דהרמב"ם מדמה מוכר לזמן קצוב למוכר בזמן שהיובל נוהג, ודעת הראב"ד משמע דמחלק בין מוכר בזמן שהיובל נוהג או במוכר אפי' בזמן שאין היובל נוהג לזמן ארוך כמו מכירה עד היובל דאז דעת המוכר שיעשה הלוקח כל חפצו בהשדה, אבל אם מכר לו על שנה או שתים אז אף דמכר לו השדה לזמן עיקר דעתו אינה אלא על אכילת פירות ולכן אינו יכול לבנות ולהרוס דהאומדנא היא שלא מכר לו על זה ולכן לא מצא אופן שיהיה כן אלא באמר לו אחריך, ומה שתמה המל"מ על דברי הראב"ד אין דבריו מובנים דהראב"ד לא בא ללמוד מוכר לזמן קצוב מדין אחריך, דהא כתב להיפוך דלא מסתבר לו דמוכר לזמן קצוב שיכול לבנות ולהרוס אלא באומר אחריך דכיון דאין לשני אלא מה ששייר ראשון לכן מסתבר שיכול לבנות ולהרוס, ומה שכתב המל"מ דהא גם בזה לא אמרינן אלא דמכירתו קיימת בדיעבד אבל אסור לכתחילה למכור, אפשר דסובר הראב"ד דדוקא למכור אסור לכתחילה דמפקיע מהשני כל זכותו אבל לבנות ולהרוס כיון דמעיקר הדין אין לשני אלא מה ששייר ראשון, וכיון דהקרקע תשאר לפני השני מותר להראשון להשתמש בהקרקע כל מה שצריך אפי' לבנות ולהרוס.

והנה המל"מ בפ' י"א מה' שמיטה ויובל הקשה על מה שכתבו הראב"ד והמ"מ דמוכר בזמן שהיובל נוהג בונה והורס ממה דאיתא בירושלמי בגיטין ס"פ השולח קנה שדה ביובל ר' אילא אמר קנה קרקע ר' אבא בר ממל אמר לא קנה קרקע, מתיב ר' אבא בר ממל לר' אילא על דעתך דאת אמר קנה קרקע יחפור בה בורות שיחין ומערות א"ל התורה אמרה ושב לאחוזתו בעינו אלמא דלכו"ע הקונה בזמן שהיובל נוהג אינו יכול לשנות צורת הקרקע וזהו באמת קושיא אלימתא.

ונראה דיש לומר דמה דאמר בירושלמי קנה שדה ביובל הכונה בשנת היובל עצמה, וביאור מחלקותם הוא עפ"י מה דפליגי רב ושמואל בערכין דף כ"ט דרב אמר מכורה ויוצאה ושמואל אמר אינה מכורה כל עיקר, והנה היה אפשר לומר דבזה גופא פליגי ר' אילא וראב"מ אבל אינו מדוייק לשון קנה קרקע או לא קנה קרקע דהול"ל קנה או לא קנה, ולכן נראה דתרווייהו אזלי אליבא דרב דאמר מכורה ויוצאה דפירש"י שם אליבא דרב דאם קצץ אילנות קץ, וא"כ כ"ש אם תלש פירות שהם שלו, ולכן פליגי תרווייהו אליבא דרב אם מביא בכורים דמ"ד קנה קרקע סובר דמביא, ומ"ד לא קנה קרקע סובר דגרע ממוכר קודם היובל דודאי מביא כדאמר אח"כ בירושלמי אלא דפליגי ר' יוחנן

ור"ל אם קורא משום דהתם הוי עכ"פ מכירה לזמן והוי מכירה גם על עיקר הקרקע על זמן אבל הכא לא קנה קרקע כלל, כיון דמחוייב תיכף להחזיר ולכן אף דאם תלש פירות קודם החזרה הוי שלו מ"מ אינו מביא בכורים, ומבואר מה דאח"כ אמר ר' יעקב בר אחא דהא כבר פליגי ר' יוחנן ור"ל אם מביא וקורא במוכר בזמן היובל וע"ז תירץ ר' לעזר דכו"ע מודו שהוא מביא ולא פליגי אלא בקרייה, אבל הכא פליגי אם מביא, דמ"ד לא קנה קרקע סבר דהוי כמו מוכר אילן א' דאינו מביא.

ובזה שפיר דמתיב ר' אילא דא"כ יחפור בה בורות שיחין ומערות, ומה דפשיטא ליה דאינו יכול לעשות כן זהו משום דמסתבר דצריך להחזירה שלימה וע"ז משיב לו ראב"מ דזה באמת אינו יכול משום דכתיב ושב לאחוזתו בעינו. עכ"פ כ"ז הוא במוכר בשנת היובל עצמה דתיכף בשעת המכירה כבר נעשה חיוב החזרה ביובל אבל במוכר קודם היובל דקודם שבא יובל אכתי ליכא מצות חזרה, יוכל באמת לחפור בורות שיחין ומערות דכשבא יובל מחזיר מה שיש בעין, ומה שדימה זה המל"מ למה דאמרינן בקדושין דאין עבד כהן נרצע משום דבעינן ושב אל משפחתו למוחזק שבמשפחתו י"ל דהתם שאני כיון דבשעת רציעה א"א שיתקיים בו האי קרא לכן אינו נרצע כלל. אבל הכא בשעת מכירה אפשר שיתקיים קרא דושב לאחוזתו, ועיקר החיוב דחזרה ודאי ליכא אלא כשיגיע יובל, אח"כ ראיתי בדברי השירי קרבן שם שהביא דברי הרשב"א בגיטין דף י"ז שמביא דברי הירושלמי ומוכח מדברי הרשב"א שמפרש הירושלמי לענין קנה שדה בזמן היובל וכדברי המל"מ שכתב וז"ל אבל יש קנין בא"י לחפור בורות שיחין ומערות כלומר שאינם כקנין פירות לבד שאינו יכול לחפור בה בורות שיחין ומערות ואף הלוקח שדה בזמן שהיובל נוהג אינו יכול לקלקלה ולחפור בה אלא כקנין הגוף דמי ויכול לחפור בה וכאותה שאמרו בירושלמי בפירקין קנה שדה ביובל, וכו'.

ונראה דגם לפי דברי הרשב"א יש ליישב דברי הירושלמי לדעת הרמב"ם דהנה במוכר שדה לפירות הא כתב הרמב"ם דאינו יכול לשנות צורת הקרקע, ודוקא במוכר לזמן קצוב יכול לשנות צורת הקרקע, ובגיטין דף מ"ז פליגי ר' יוחנן ור"ל במוכר שדהו לפירות אם מביא וקורא וקאמר ע"ז ואזדו לטעמייהו במה דפליגי במוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג, וקאמר ע"ז וצריכא דאי איתמר בההיא דכי קא נחית אדעתא דפירא קא נחית, אבל בהך דאדעתא דגופיה קא נחית, והנה הרשב"א משמע דמפרש דר' אילא וראב"מ פליגי במוכר שדה בזמן היובל אם כקנין הגוף דמי או לאו כקנין הגוף דמי, וזהו שמביא מד' הירושלמי דמוכח דאי לאו כקנין הגוף דמי ודאי אינו יכול לחפור, אבל אי כקנין הגוף דמי היה בדין שיהיה יכול לחפור, אלא משום דכתיב ישב לאחוזתו [ומיושב מה שעמד

הש"ק,] אבל לדעת הרמב"ם נפרש דר' אילא וראב"מ פליגי בזה אם מוכר שדהו בזמן היובל קנה קרקע והוי כמוכר לזמן קצוב או דאינו אלא כמוכר שדהו לפירות, וכדכתיב כי מספר תבואות הוא מוכר לך, ומה דמייתי ר' יעקב ב"ר אחא ע"ז פלוגתא דר"י ור"ל נוכל ג"כ לפרש דכיון דהוי סבר דר"ל סבר דאינו מביא כלל ע"כ דסבר דלא קנה קרקע, וע"ז מתרץ דבאמת מביא, ומה דאינו קורא זהו משום דכיון דהוי עכ"פ לזמן לא קרינן ביה אדמתך, ונמצא דלד' הרמב"ם נוכל לפרש דברי הירושלמי כפשוטם, אבל לדעת הראב"ד והמ"מ ע"כ נפרש כמש"כ מקודם.

הלכה ט

המוכר פירות שובך ופירות כוורת לחבירו קנה ואין זה מוכר דבר שלא בא לעולם לפי שאינו מוכר יונים שיולדו או דבש שיבוא לכוורת אלא הוא מוכר שובך לפירותיו או כוורת לדבשה.

השגת הראב"ד המוכר פירות שובך וכו' א"א דוקא שאמר לו כך עכ"ל.

הכ"מ כתב בטעמו של הרמב"ם דסובר דא"צ כאן שיאמר שמוכר שובך לפירותיו משום דיש לו רשות לילך להשובך לעסוק במזונותיהם של היונים האמהות ואינו מוכרח, וטעם ב' כתב משום דהשובך בטל לגבי היונים, והנה במתני' בדף ע"ח תנן מכר כוורת מכר דבורים מכר שובך מכר יונים, וכן פסק הרמב"ם בפכ"ז ובתוספתא פ"ד תניא מכר כוורת מכר דבורים, מכר דבורים מכר כוורת, וכן בשובך ויונים, וצ"ע אם מתני' קתני רק חדא ולא פליג באידך או דברייתא פליגא אמתני', והנה להתוספתא מוכח להדיא דשובך ויונים וכן כוורת ודבורים הוא חדא מילתא, וא"כ שפיר יש לומר כדברי הכ"מ דאף דכאן ודאי לא מכר לו את השובך כיון דלא מכר לו את כל היונים, רק היונים שיולדו מ"מ מסתבר הוא דעכ"פ מכר לו השובך ליונים והכוורת לדבשן, אכן אפי' נימא דמתני' פליגא אתוספתא מ"מ יש לומר דמה דמכר שובך מכר יונים הוא מטעם דהשובך טפל להיונים ולא דהשובך עיקר דה"נ אשכחן גבי עול ופרה שכתב הרמב"ם בפכ"ז הל' ג' המוכר את העול מכר את הפרה מכר את הפרה לא מכר את העול והוא מהתוספתא, ובודאי דהעול טפל להפרה ומ"מ אמרינן כן דדוקא מכר העול שהוא טפל כונתו על העיקר שהיא הפרה אבל מכר את הפרה אין כונתו על העול שהוא הטפל, וה"נ כן גבי שובך ויונים, ומבואר מהך דינא דמכר שובך מכר יונים כדברי הכ"מ וכנ"ל.

פרק כד

הלכה ח

המוכר קרקע ושייר אילנות הרי יש לו חצי הקרקע כולה שאילו לא שייר בקרקע הרי אומר לו הלוקח עקור אילנך, וכן אם שייר שני האילנות בלבד יש לו קרקע הראוי להם שאלו לא שייר הקרקע היה הלוקח אומר לו עקור אילנך ולך.

השגת הראב"ד המוכר קרקע וכו' א"א זה דבר לא ידעתי מאין לו זה ואין לזה שורש מן הגמרא שלא נאמר דין זה בגמרא אלא כשמכר קרקע ואילנות בבת אחת לב' שאמר להם זכו בשדה זו ואילניה וכל מי שיחזיק יזכה במה שיחזיק, זה החזיק בקרקע וזה החזיק באילנות שהרי בשניהם אמר זכו בשדה זו ויש בכלל אילנות שדה שאי אפשר להם בלא שדה, אבל אין לבעל הקרקע באילנות שאפשר לו זולתן, ואני אומר אפי' בב' אילנות דין זה וחצי הקרקע ממש ולא כמ"ש זה החכם, אבל מכר קרקע ושייר לפניו אילנות אין לאילנות קרקע אלא תחתיהן וביניהן וחוצה להם כמלא אורה וסלו עכ"ל.

המ"מ כתב דהרמב"ם מפרש בהא דזה החזיק באילנות וזה החזיק בקרקע דאמר ר"פ חצי קרקע דהוא חצי קרקע ממש, ולכן מפרש גם כאן אף דלא הוזכר בגמ' חצי קרקע דהכונה נמי חצי קרקע, אלא דמ"מ כתב המ"מ שאינו מוצא טעם למה יש לו חצי קרקע כדי שלא יאמר לו עקור אילנך והלא קנה שלש אילנות אע"פ שאין לו חצי קרקע אין יכול המוכר לומר לו כן ואפי' מתו יטע אחרים תחתיהן, ועוד הקשה דבפי"ב מה' טוען גבי זה החזיק באילנות וזה החזיק בקרקע, כתב שזה שהחזיק באילנות קנה קרקע הצריך להן וכאן בהלכה ט' פסק דיש לכל אחד חצי קרקע וסיים המ"מ בצ"ע.

והנה בדף ע"א במה דאמר ר"ה דמכר קרקע ושייר שני אילנות לפניו יש לו קרקע ואפי' לר"ע דאמר מוכר בעין יפה מוכר וכו' אם איתא דלא שייר לימא ליה עקור אילנך שקול וזיל פירשב"ם לכשייבש, והקשו בתוס' דמה הוכחה זה דמנ"ל שאינו רוצה לעולם להסתלק מן הקרקע ואה"נ דמצי א"ל עקור אילנך לכשייבש, וכתבו בתוס' דהכונה עקור השתא אלא דכיון דנחת לשיורי משייר גם לענין שיוכל לנטעם לכשייבש, ואף דבקונה שני אילנות לא אמרינן הכי זהו משום דבקונה לא נוכל לומר כיון דנחת לשיורי דאינו תלוי בו אלא במוכר, ומדברי הרמב"ם משמע בזה כדברי התוס' שהיה אומר לו עקור אילנך עכשיו, אלא דלא משמע שכונתו לסברא דנחת לשיורי אלא דאם לא שייר הקרקע היה אומר לו עקור אילנך וצריך ביאור, והרמב"ן בחדושיו בדף ל"ז כתב וז"ל לימא ליה עקור אילנך איכא למימר דלאו דוקא אלא לכשימותו לא יטע אחרים תחתיהם שהרי שנינו קנה שנים לא קנה קרקע ואם מתו אין לו קרקע אלמא מחיים לא מצי אמר עקור

אילנך וכן פי' הרב ר' שמואל ז"ל ואיכא דאמרי דשאני התם דאילנות מכר לו ולא עצים, ואי מצי אמר ליה עקור אילנך שקול וזיל עצים נינהו, אבל הכא כיון דסבר ר"ע מוכר בעין יפה מוכר ואי לא שייר קרקע לפניו אמרינן לעצים שיירינהו דהא לא שייר בקרקע כלום עכ"ל, וכתב ע"ז הקצוה"ח דביאור דבריו דכל שאומר בפי' אילן זה אני מוכר לך תו לא מצי לעוקרו מחיים דהא אילן מכר ולא עצים, אבל מכר קרקע ושייר אילנות לפניו דלא אמר בפי' אני משייר אילנות אלא דשיור ממילא הוא דהוי כיון דלא מכר אלא קרקע, ואי נימא דמוכר בעין יפה מוכר ולא שייר לעצמו קרקע א"כ לעצים שיירינהו ויכול לעוקרו גם מחיים, ומה דמוכח מזה דיכול לנטוע אחרים גם כשימותו כתב בזה הקצוה"ח דגבי משייר אילנות הוי מעיקר הדין שני אילנות כמו שלשה כיון דאמרינן דף פ"א דשני אילנות הוי ספק ורק דהמוכר הוי מוחזק, וא"כ במשייר אילנות יש להמוכר קרקע מספק כיון דהוא מוחזק, אלא דאם היינו אומרים דלעצים שיירינהו לא היה ספק בזה, אבל כיון דאמרינן דאילנות מכר לו א"כ מעיקר הדין הוי שנים במשייר כמו שלשה במוכר ע"כ תורף דברי הקצוה"ח.

אכן לדעתי ביאורו של הקצוה"ח אינו נכון חדא דעיקר מה שכתב דבמשייר לא הזכיר אילנות דשיור ממילא הוי תמוה דהא במוכר השדה סתם קנה גם האילנות חוץ מחרוב המורכב וסדן השקמה כדאיתא בדף ס"ט, וצריך לפרש דבריו דיכול לומר איני מוכר לך אלא הקרקע, אבל א"א לומר כן דהא סתמא אמר מכר קרקע ושייר אילנות לפניו אלמא דבלשון זה מכר הקרקע ושמשייר האילנות, ועוד דלפי דבריו דכיון שלא הזכיר לשון אילנות אפשר שייר לעצים, א"כ באמת מנא ידעינן דלאו הכי הוא ומאי קאמר לימא ליה עקור אילנך, לכן נראה דכונת הרמב"ן הוא דכיון דאמרינן מוכר בעין יפה מוכר, א"א לנו לומר דהמוכר שייר זכות במה שמכר וכיון דזה פשוט דלאו לעצים שיירינהו א"כ ע"כ דשייר גוף הקרקע וזה כבר לא נכנס לגדר בעין יפה מוכר דזה אינו אלא שאינו משייר לעצמו זכות בקרקע שמכר אבל אנן אמרינן דמטעם זה ע"כ לא מכר לו הקרקע הצריך לאילנות, וזהו מה שכתב הרמב"ן דכיון דמוכר בעין יפה מוכר אמרינן לעצים שיירינהו דהא לא שייר בקרקע כלום והיינו דמצד גדרי המכירה שמכר בעין יפה עלינו לומר כן, אבל בודאי אומדנא דמוכח דלא נתכוין לעצים, וע"כ דשייר גוף הקרקע וממילא פשוט דיכול ליטע גם אחרים כיון דגוף הקרקע שלו.

עתה נוכל לבאר דברי הרמב"ם במה שכתב דהמוכר קרקע ושייר אילנות יש לו חצי הקרקע כולה שאילו לא שייר בקרקע הרי אומר לו הלוקח עקור אילנך, דכיון שלא פירש שלשה אילנות כונתו כמו שמפרש הרשב"ם גבי זה החזיק באילנות וזה החזיק בקרקע

דכל הקרקע היה צריך לאילנות שהיו נטועים כדין שדה אילן, רק דכאן גבי מכר קרקע ושייר אילנות מפרש הרשב"ם בשני אילנות, אבל באמת בשני אילנות זהו מימרא דרב הונא בדף ע"א וכאן משמע שהוא דין אחר, ולכן מפרש הרמב"ם דזהו על מה דקאי למעלה וזהו בשכל הקרקע צריכה לאילנות, ולכן ע"כ מפרש הרמב"ם דיש לו חצי קרקע דכיון דמשום טעמא דמוכר בעין יפה מוכר, אין להמוכר זכות בקרקע של לוקח, וע"כ דשייר לעצמו כל הקרקע וזה א"א דהא מכר קרקע, וגם זה א"א דלא שייר קרקע דא"כ יאמר לו עקור אילנך עכשיו דזה לא נוכל לומר דשייר לעצמו זכות שיעמדו האילנות בקרקע של הלוקח, ולכן ע"כ אנו אומרים דנעשו המוכר והלוקח שותפין בכל הקרקע, וזה אינו סותר להכלל דבעין יפה מוכר דזה אינו אלא היכי דצריך המוכר לשייר לעצמו זכות בשל הלוקח, אבל כאן אמרינן דיש להמוכר חצי הקרקע והוא והלוקח שותפים בה.

ומה שכתב הרמב"ם אח"כ וכן אם שייר שני האילנות בלבד יש לו קרקע הראוי להם שאילו לא שייר הקרקע היה הלוקח אומר לו עקור אילנך ולך, זהו מימרא דרב הונא בדף ע"א, וזהו ג"כ מהך טעמא שכתב הרמב"ן דכיון דבעין יפה מוכר ע"כ שייר בקרקע ממש, ולא זכות שיגדלו האילנות שלו בקרקע של הלוקח אלא דצריך עוד לבאר דזה מיושב במה דקנה הקרקע שתחתיהם וביניהם שזה באמת הוא של בעל האילנות, אבל דין כמלא אורה וסלו מבואר בדף פ"ב דזהו כמו דין דרך ולפי"מ שפירשב"ם שם הוי מסקנת הסוגיא דדין כמלא אורה וסלו דיש ללוקח הוא דוקא אליבא דר"ע שאמר מוכר בעין יפה מוכר, וא"כ הכא במשייר אילנות דמטעם מוכר בעין יפה מוכר אין לו מאי מהני ההוכחה דאם לא שייר לימא ליה עקור אילנך דזה מהני רק לענין זה דשייר לגמרי הקרקע וזהו בקרקע שתחתיהם וביניהם, אבל כמלא אורה וסלו דזה בשל הלוקח ואמאי יש לו כיון דבעין יפה מוכר, ומדברי הרמב"ם מוכח ממה שכתב יש לו קרקע הראוי להם דזהו גם לדין כמלא אורה וסלו, דהא בהל' ב' כתב לענין ג' אילנות וכמה היא הקרקע הראוי להם תחתיהם ובניהם וחוצה להם כמלא אורה וסלו.

ונראה דיש לומר דהרמב"ם מפרש דלמסקנא לא דמי אורה וסלו לדרך ומה דאמר בגמ' דרך אין לו דארעא אחריתי היא זהו תי' על מה דפריך ר"א השתא דרך אין לו אורה וסלו יש לו ומשני הגמ' דרך אין לו דארעא אחריתי הוא אורה וסלו יש לו משום דאורה וסלו הוא ג"כ ממה שמקנה המוכר להלוקח לפחות בתורת שותפות כיון דמסקינן דזה וזה אין רשאים לזרעה ואף דבגמ' אמרינן בטעמא דהמוכר אין רשאי לזרעה משום דמיטנפי פרי, מ"מ כיון דאמר דדמי לסיפא דנתנו לו דרך מן הצד, ופירשב"ם דנתרצו שניהם שיהיה הדרך מיוחדת רק לזריעה, א"כ גם הכא כיון דנתרצו שיהיה מיוחדת רק למלא

אורה וסלו, ושניהם לא יזרעו א"כ לא הוי כבר זכות בעל האילנות בשל בעל הקרקע, אלא זכות שניהם שוה. ולכן שפיר דגם בשייר אילנות ואפי' שני אילנות כיון דע"כ שייר קרקע שייר גם מלא אורה וסלו כמו בשלשה אילנות.

-השמטות ומלואים-

בד"ה ונראה, כתבתי דהרמב"ם מפרש דלמסקנא לא דמי אורה וסלו לדרך ומה דאמר בגמ' דרך אין לו דארעא אחריתא היא זהו תי' אמה דפריך ר"א השתא דרק אין לו כמלא אורה וסלו יש לו וע"ז משני דאורה וסלו שאני שזהו מקנה לו המוכר להלוקח בתורת שותפות והוי זכות שניהם שוה כיון דזה וזה אין רשאים לזורעה והיא מיוחדת רק למלא אורה וסלו עי"ש, והנה לפי מה שפי' הרשב"ם בהא דא"ר זירא מדברי רבינו נלמד א"א לפרש כן שהרי לפרש דמשום דפי' ר"א הטעם שאין לו קרקע משום דארעא אחריתא היא לכן אין לו דרך הא שנים יש לו דרך כיון שאין לו דרך כיון שאין לו קרקע, וא"א לפרש כן רק לפי' התוס' ע"ש, ובעיקר צ"ל דלפ"מ שחידש אביי דשניהם א"י לזרעה לא דמי לדרך, ויש לסייע לזה ממה שהשמיט הרמב"ם הא דאמר ר"ז דבשנים יש לו דרך, אבל לפי"ד י"ל דלמסקנא ל"ד דרך לאורה וסלו, איברא די"ל דמה דהשמיט הרמב"ם הוא משום דר"ז אמר זה לגבי הלוקח וכרבנן דבעין רעה מוכר ורק דלהלכה נ"מ גם לפ"מ דקיי"ל כר"ע לגבי מוכר ששייר אילנות. [ע"כ].

ועכשיו עלינו עוד לבאר מה שהקשה המ"מ דבפי"ב מה' טוען לענין שנים שהחזיקו זה בקרקע וזה באילנות, כתב דמי שהחזיק באילנות קנה קרקע הצריך לאילנות ולא חצי קרקע, וכאן כתב בהל' ט' דכל אחד קנה חצי קרקע, ונראה בזה דשם דכל אחד טוען שכל הקרקע והאילנות שלו לא נוכל לומר דכל אחד יש לו חצי קרקע דאם נימא דכל אחד החזיק בקרקע לא הוי מהני חזקתם כלל דחזקה הוא דוקא כשהחזיק בעל הקרקע ולא כשאחר החזיק עמו שגם הוא טוען שהוא קנה, וע"כ דהקרקע השייך להאילנות עיקר חזקתה הוא בחזקת האילנות וזריעה בקרקע שבין האילנות לא מהני מידי ובעל האילנות לא הקפיד בזה, או שיכול לטעון לפירות הורידו ואינו צריך מחאה בשביל שאין זה עיקר חזקת הקרקע דהקרקע היא טפלה להאילנות ולכן אף דהרמב"ם מביא שני הדינים והיינו בשביל שני הפירושים בסוגיית הגמ' דזה החזיק באילנות וזה החזיק בקרקע דכאן הביא להלכה כפירשב"ם ושאר ראשונים דהוא בשנים שקנו זה קרקע וזה אילנות, אלא דמפרש חצי קרקע כפשטה משום דמפרש כפירשב"ם דלא היו אילנות אלא הצריכים לקרקע, וסובר דמשום זה ע"כ הקנה לבעל האילנות חצי הקרקע ממש כמו שביארנו במוכר קרקע ושייר אילנות כיון דלכל אחד מכר בעין יפה, אבל שם שמביא להלכה

כפי פי' התוס' לענין שנים שהחזיקו וכל אחד טוען אני קניתי הכל, ע"כ אנו צריכים לומר דהקרקע הצריך להאילנות נטפלה להאילנות, ולכן שם הפי' דכל הקרקע הצריך להאילנות נכנס בחזקתו של בעל האילנות, ורק שאר הקרקע שייך למחזיק בקרקע, וכן פסק שם הרמב"ם וכל עיקר החידוש הוא דהקרקע הצריכה להאילנות שייך לבעל האילנות, שהיא טפלה להאילנות.

הלכה יג

האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך אפי' לא היו לו דקלים אם רצה לקנות לו שני דקלים הרי זה נקנה המקח, ואין הלוקח יכול לומר לו איני לוקח אלא קרקע שיש בו דקלים.

השגת הראב"ד קרקע ודקלים וכו' א"א הרב חייב לקנות שני דקלים ועיקר עכ"ל.

בהלכות הרי"ף שלנו מבואר כדברי הרמב"ם ושיטה זו שכתב הראב"ד הביא בשם איכא מ"ד וחלק ע"ז וכן הביא הכ"מ וכן הוא בדברי הרשב"א בש"מ, והנה הרשב"א הקשה דכיון דסובר הרי"ף שקנין הקרקע והדקלים תלויים זה בזה, וכיון שכל המקח בדשלבל"ע שניהם יכולין לחזור, עוד הקשה דהוא ב' מכירות ולמה יהיו תלויים זה בזה, וכתב ע"ז המ"מ שמכר הקרקע והדקלים בערך אחד וכונתו שלא קצב דמים לכ"א, ולדברי המ"מ יקשה ביותר הקושיא הראשונה, וכתב ע"ז הכ"מ דדין זה הוא מורכב שמצד שלא היה אז ברשותו חשיב שלבל"ע, ומצד שהיה בעולם מיקרי בא לעולם, ולכן לחייב המוכר לא נוכל אבל הלוקח מחוייב לקבל והאריך הכ"מ בזה ומ"מ אינו מבואר, דמנ"ל לחלק בין המוכר להלוקח, ובשלמא אם נתן הלוקח כסף אולי נוכל לומר דכבר זכה המוכר בהכסף באופן שיקנה לו הדקלים, אבל הא משמע אפי' מכר לו בק"ס ולמה לא יוכל הלוקח לחזור ויתחייב ליתן דמים בעד מקח שלא היה ברשותו של המוכר.

והנה אפשר לומר דמה שכתב הרמב"ם אם רצה לקנות לו שני דקלים ה"ז נקנה המקח אין כונתו על הדקלים דא"כ היה לו לכתוב אם קנה לו ב' דקלים, אלא דכונתו על עיקר המקח שהוא הקרקע דכיון שאמר קרקע ודקלים תלה מכירת הקרקע בהדקלים לכן אם רצה לקנות לו שני דקלים נקנה מקח הקרקע, דאף שאין הלוקח מחוייב לקנות הדקלים שיקנה לו המוכר, מ"מ אם לא ירצה לקנות הדקלים אינו יכול לבטל מקח הקרקע, אכן באופן אחר יש לומר דהנה המ"מ כתב כאן הא דפוסקין על שער שבשוק, וכתב הט"ז דהא שאינו חייב לקנות כמו התם משום דאינו מצוי כ"כ לקנות כמו פירות, ומ"מ מהני הא דמצוי קצת דמחוייב הלוקח לקבל, ונראה דא"צ לזה לומר דמצוי ואינו מצוי לגמרי, אלא דגבי פוסקין על שער שבשוק הא מבורר השער, וסמכה דעתו דלוקח דודאי יקנה

המוכר, ולכן המוכר מחוייב לקנות, אבל כאן הא לא הוזכר שקנה ע"פ שער שבשוק, ולכן לגבי המוכר לא נוכל לחייבו, דכיון שאין השער מבורר לא התחייב ליקח ולשלם יותר ממה שנתן לו הלוקח, ויכול לומר שלא נזדמן לו לקנות בעד דמים אלו, אבל אם המוכר רוצה לקנות אמרינן אז דדמי לדין פסיקה על שער שבשוק שהלוקח ודאי מחוייב לקבל לפי הדמים שקנה, דכיון שהמוכר רוצה לקנות אמרינן דמעיקרא היה עומד לכך שיתקיים המקח, ולכן הלוקח לא יוכל לבטל המקח.

הלכה טז

המוכר בית לחבירו ע"מ שדיוטא עליונה שלי הרי זו שלו, ואם רצה להוציא בה זיזין מוציא ואם נפלה חוזר ובונה אותה ואם רצה לבנות על גבה בונה כשהיה מקודם.

השגת הראב"ד המוכר בית וכו' א"א זה שיבוש שאפי' בנין חדש בונה אם הוא רוצה עכ"ל.

המ"מ לא ביאר כאן שיטת הרמב"ם והביא מקודם דברי הר"י מיגש, ואח"כ כתב והמחבר הביא שמועה כפשטה והושג במש"כ ואם רצה לבנות וכו' והביא דברי הראב"ד, והכ"מ כתב וז"ל צ"ע מאין להראב"ד שלא נאמר דוקא כשהיתה בנויה על גבה קודם הוא שחוזר ובונה כשנפלה, אבל אם לא בנה קודם שנפלה איבד את זכותו ואפשר דמדמי ליה קצת למדור אלמנה שנפל, ודבריו תמוהים מאוד דמדור אלמנה שנפל אין לה זכות לבנות אפי' הבית שהיה קודם והכא ודאי אם נפלה חוזר ובונה לדברי הכל ואינם חולקים אלא אם יכול לבנות מחדש, ומה שכתב אבל אם לא בנה קודם שנפלה איבד את זכותו משמע דכונתו אם לא בנה אחר המכירה קודם שנפלה וזהו כבר הכרעה שלישית וגם לא שייך למדור אלמנה שנפל, ואולי שהכ"מ רוצה לפרש כן בדברי הרמב"ם דמה שכתב כשהיה מקודם כונתו קודם הנפילה, אבל לא משמע כן. ובפרט דהא לא הזכיר הך דינא שיכול לבנות מחדש, וא"א שיכוין זה במה שכתב כשהיה מקודם.

וקודם שנבאר דעת הרמב"ם נביא בקיצור שיטות הראשונים בהך סוגיא, הרשב"ם מפרש דחידושא דר"פ דאם נפלה הדיוטא חוזר ובונה אותה דלא נימא נפלה אזדא לה כמו שמצינו בשוכר עליה אם אמר עליה זו, ואף דבהבית והעליה של שנים שנפלו כופה בעל העליה לבעל הבית לבנות הבית שיוכל לבנות העליה, זהו דוקא בשנים שחלקו ונטלו זה בית וזה עליה, ומבואר מדברי הרשב"ם בדף ס"ד דזה ודאי שיכול לבנות על גבי הדיוטא כ"ז שהדיוטא קיימת, וזהו חדוש יותר דגם אחר שנפלה חוזר ובונה, ור"ת מפרש דהא דאמר אם נפלה חוזר ובונה היינו אם נפל הבית שבעל הבית מחוייב לבנותו שיוכל בעל העליה לבנותה, ומה דיכול לבנות היינו ע"ג דיומדין שלא יכביד על הבית,

והרמב"ן השיג ג"כ על הרשב"ם במה שדימה זה לשוכר דדוקא בשוכר אמרינן נפלה אזדא לה, אבל במשייר עליה ודאי יוכל לבנותה ופי' כדברי ר"ת, והר"י מיגש בפי' ב' שכתב שהוא עיקר, פי' דמה דאמר ר"פ שאם רצה לבנות היינו עליה מחדש ע"ג דיומדין, ומה דמסיק דאי נפל היינו אם נפל הבית, ובדברי המ"מ במה שמביא ד' הר"י מיגש יש ט"ס שכתב וכשהתנה ואמר ע"מ דאי נפל ביתא אבנה ובני לוקח הדר מוכר ובני ע"ג עליה והוא תימה דהא פשיטא אם התנה בפי' והר"י מיגש לא כתב כן, וצ"ל בד' המ"מ וכשהתנה ואמר ע"מ, אי נפל ביתא ובני לוקח הדר מוכר וכו', ועכ"פ ד' הר"י מיגש הוא במקצת כדברי הרשב"ם דעכ"פ צריך לחלק מדין הבית והעליה שנפלו, ומבואר במש"כ השגת הראב"ד דזה ודאי דיכול לבנות מחדש לכל הפירושים.

ובדעת הרמב"ם נראה דסובר דאף דמתחלה קודם דמסיק דאי נפלה הדר בני לה ע"כ אנו מפרשינן דברי ר"פ דהוא לענין שיכול לבנות עליה מחדש אבל זה ודאי דאם נפרש כן ע"כ הוא לבנות ע"ג דיומדין דהא אינו יכול להכביד על הבית, וכמו שהוכיחו הראשונים מהא דאמרינן בפ' הבית והעליה דאין עליון רשאי לשנות בארזים וכה"ג במה שמכביד על הבית, וכ"ז אפשר אי בסתמא קני עומקא ורומא אבל אי בסתמא לא קני עומקא ורומא הא פריך בגמ' למה לי ע"מ, ומשני דאי נפיל הדר בני, ומפרש הרמב"ם כפשטה דיכול לבנות מה שהיה בנוי מקודם, ורק דקשה מה שהקשה הרמב"ן על הרשב"ם דלא אמרינן נפל אזדא לה אלא בשוכר דאין לו גוף העליה, אבל במשייר עליה דיש לו גוף העליה ודאי יכול לבנות כמו שהיה מקודם, ובזה נראה דהרמב"ם אינו מפרש כפירשב"ם דדיוטא הוא גג שיש לו מעקה גבוה י' טפחים דזה גם בסתמא לא נמכר, אלא הפי' דיוטא הוא כמש"כ התוס' וכמש"כ המ"מ שדיוטא הוה שורת הכותל העליונה, ואם לא התנה ע"מ בודאי היא מכורה, ורק דכיון שהתנה מהני גם לענין זה שאם יש עליה אפי' באופן שבלא שיור היה נמכר דהא מעקה פחותה מי' טפחים נמכר עם הבית, אבל כאן שאמר ע"מ שדיוטא עליונה שלי, אז גם המעקה שנבנה ע"ג הדיוטא ג"כ שייר, ומ"מ כיון שלא שייר בפי' היה מקום לומר דלא דמי לכל מוכר בית ושייר עליה, דבזה ששייר לעצמו בית חשוב ודאי שייר לגמרי שיהיה לו זכות לבנות כשיפול, אבל כששייר רק הדיוטא וממילא גם מה שנבנה על הדיוטא לא נמכר היה אפשר לומר דעכ"פ אין לו רשות לבנות כשיפול, [והרמב"ם אינו גורס לבנות עליה אלא לבנות ע"ג וכן משמע דגורס הרשב"ם ועיין בד' הרשב"א בש"מ] ולזה אשמעינן דגם בזה יכול לבנות, אבל לומר שיבנה מחדש ודאי אי אפשר דע"ג דיומדין פשיטא כדפריך בגמ' כיון דבסתמא לא קני עומקא ורומא ולהכביד על הכותל ודאי אינו יכול דגם בעל עליה אינו יכול לשנות, ומה דפריך בגמ'

אלא לר"פ מאי זאת אומרת נוכל לפרש לד' הרמב"ם כמו שפירש הר"י מיגש, אלא דגם להר"י מיגש כל הקושיא אינו אלא לס"ד דהוי סבר דזהו לענין לבנות ממש, אבל למסקנא אפשר דגם זהו זכות בהבית ודמי למקום מעשר ועיין בדברי הר"י מיגש בש"מ.

פרק כו

הלכה ה

בד"א במוכר מפני שהיה לו ללוקח לפרש ולא פירש, אין לו את אלו. אבל הנותן מתנה קנה את כולן בין בשדה בין בבית בין בחצר בין בבית הבד, כללו של דבר הנותן קרקע במתנה קנה המקבל כל המחובר לה עד שיפרש.

המ"מ הביא דברי הרשב"ם דגם תבואה תלושה הצריכה לקרקע הוא בכלל המתנה, וכתב ע"ז וז"ל ומ"מ מדברי רבינו נראה שאפי' תבואה תלושה הצריכה לקרקע אינה נתונה שהרי כתב כל המחובר בדוקא, והרמב"ן ז"ל הכריע כדברי רשב"ם ז"ל עכ"ל, והרמב"ן אחר שהביא שיטת הר"י מיגש והרמב"ם דלא עדיף מתנה ממכר אלא לענין דבר המחובר לקרקע כתב וז"ל, אבל רואה אני דברי הרב ר' שמואל ז"ל בזה מהא דאמרינן לקמן גבי מכר בור דגבי מכר לא מכר מימיו וגבי הקדש קדשי וה"ה ודאי למתנה, ומים דברים תלושים שאינה בכלל מכר ונכנסין בכלל המתנה עכ"ל ועלינו לבאר בזה דעת הרמב"ם.

והנה דברי הרמב"ן הוא מדברי הגמ' בדף ע"ט בבור ושובך דבהקדישן מלאים פליגי ת"ק ור"א בר"ש דת"ק סבר מועלין בהן ובמה שבתוכן ור"א בר"ש סבר אין מועלין ואמר שם דסבר כר"ש דדנין דין גבוה מדין הדיוט דמקדיש בעין רעה מקדיש ובודאי קיי"ל כת"ק דהא לא קיי"ל התם כר"ש אלא כסתם מתני' דהמקדיש הקדיש את כולן, אבל ראיתי בדברי הרמב"ם פ"ה מה' מעילה והנה השמיט הך דינא דהקדישן מלאים מועלים בהן ובמה שבתוכן, והוא תמוה טובא ולפלא על נו"כ שלא עמדו בזה.

ונראה דהרשב"ם בד"ה סברי לה כאבוה כתב ורבנן דפליגי עליה סברי מקדיש בעין יפה מקדיש א"נ ס"ל כר' נתן דאמר מכר בור מכר מימיו ולא גרע הקדש מהדיוט, וכונת הרשב"ם דאפי' אי ס"ל לרבנן נמי מקדיש בעין רעה מקדיש סברי כר' נתן, והנה אנן קיי"ל מוכר בעין יפה מוכר, וקשה א"כ מאי נ"מ מוכר ממקדיש וכתב בזה בעליות הר"י הובא בש"מ דמ"מ מקדיש ונותן הוי טפי בעין יפה אבל הרמב"ם כתב בהלכה שלפנינו טעם אחר מפני שהיה ללוקח לפרש, אבל הנותן מתנה קנה המקבל את כולן דליכא טעם זה וה"ה למקדיש, ומשמע דסובר דמצד בעין יפה כיון דקיי"ל מוכר בעין יפה מוכר

אין סברא לחלק דאף דהרמב"ם ג"כ כתב בפרק כ"ה הל' ד' דנותן בעין יפה נותן יותר ממוכר זהו לענין דרך דבין במוכר בין בנותן יש ללוקח ולמקבל דרך, ורק כשמכר לשנים אין לכל אחד דרך על השני, ובזה אמרינן דבנתן לאחד ומכר לחבירו יש להמקבל דרך דנותן בעין יפה נותן יותר מן המוכר, אבל לענין מה שנכנס בכלל המתנה היה מן הדין שיכנס גם בכלל המכירה כיון דבעין יפה מכר, ולכן הטעם משום שהיה להלוקח לפרש.

ולפי"ז יש לומר דרבה (כן גירסת מהרש"ל הובא בדק"ס) דמתרץ הכי דר"א בר"ש סובר כר"ש דמקדיש בעין רעה מקדיש כמו מוכר דמוכח דאי מוכר בעין יפה מוכר, מכר בור מכר מימיו, זהו משום דסובר כרב הונא אמר רב דהלכה מוכר בעין רעה מוכר דרבה תלמידו, אבל לדידן דקיי"ל כשמואל דמוכר בעין יפה מוכר, ומ"מ קיי"ל דמכר בור לא מכר מימיו ע"כ דלא תליא דין בור ומימיו בדין עין יפה, ויש לומר משום דלא מהני עין יפה אלא לדבר המחובר, איברא דאפשר דהוא כמו בבור ודות דבנותן מהני בעין יפה, ובמוכר לא מהני משום שהיה לו לפרש, ומ"מ סובר הרמב"ם דכיון דלא מתניא בהך מתני' דמחלק בין מוכר ונותן ומקדיש אלא במשנה אחרת ובפרק אחר לכן אף דמתני' יחידאה וסברה דגם בור ומימיו דמי לשובך ויונים דגם לוקח קנה ולא אמרינן היה לפרש, וטעמא משום דאמרינן דחדא מילתא הוא, אבל זהו לר' נתן אבל רבנן ס"ל דבור ומימיו לא דמי לכוורת ודבורים ושובך ויונים משום דמים מילתא אחריתא, וחזינן דלדידן לא מהני בזה עין יפה, לכן סובר הרמב"ם דבזה לא מצינו חילוק בין מוכר למקדיש דלא מצינו כן אלא בדברים מחוברים כמו גבי בור ודות, דאף דרבה סבר דיש בזה חילוק בין מוכר למקדיש זהו משום דסבר דטעמא דמכר בור לא מכר מימיו הוא משום דמוכר בעין רעה מוכר, אבל לדידן דא"א לומר כן אמרינן דלא שייך זה כלל לדין עין יפה, ומה דסברי חכמים דר"א בר"ש דמקדיש בור הקדיש מימיו הוא כמש"כ הרשב"ם משום דסברי כר' נתן דמכר בור מכר מימיו ולדידן דקיי"ל דבמוכר לא מכר גם בהקדיש לא הקדיש, וטעמא משום דגם בנותן ומקדיש לא נכנס אלא דבר המחובר ולא דברים תלושים וכדעת הרמב"ם.

פרק כז

הלכה ח

האומר לחבירו ראש עבד זה או ראש חמור זה אני מוכר לך הרי זה מכר חציו, וכן הדין בכל אבר שהנשמה תלויה בו אמר לו יד עבד זה או יד חמור זה אני מוכר לך משמנין ביניהם, וכן הדין בכל אבר שאין הנשמה תלויה בו, אמר לו ראש פרה זו אני מוכר לך

לא מכר אלא את הראש בלבד שהרי ראשה נמכרת תמיד במטבחיים.

השגת הראב"ד ראש עבד זה וכו' א"א דבר זה מצא אותו במסכת ערכין ראש עבד זה הקדש ראש חמור זה הקדש הוא וההקדש שותפין בו, ראשו של עבד זה ראשו של חמור זה אני מוכר לך משמנים ביניהם, והעמידה שם בקדשי מזבח ושאמר יהא קדוש לדמיו, וע"ש פ' הכל מעריכין עכ"ל.

בפ"ה מה' ערכין הל' ט"ז כתב הרמב"ם היתה הבהמה בעלת מום שאינה ראויה ליקרב והקדיש אבר מאבריה לדמיו בין שהנשמה תלויה בו בין שאין הנשמה תלויה בו לא נתקדש אלא אותו אבר בלבד כיצד כגון שאמר דמי רגל פרה זו או דמי לבה הקדש למזבח הוא והקדש שותפין בה, וכן האומר ראש עבד זה או לב חמור זה הקדש למזבח, או שאמר ראשי הקדש למזבח אינו חייב אלא בדמי ראשו ורואין כמה ישוה אותו אבר אילו היה נמכר ויביא בדמיו קרבן, וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל, א"א כאשר עיינתי בדבריו לא מצאתי בהם טעם וכי מה ישוה אדם כאשר יסור ראשו ואפי' לכלבים אינו ראוי שהרי איסור הנאה הוא ואם תאמר לפי מעלתו זה כנגד כל גופו והרי זה נדון בכבודו למזבח, וא"כ שותף שלו היאך הוא, והוא סבור שמה שאמר ראש עבד זה הקדש הוא והקדש שותפין בו, שיתן דמי ראשו למזבח עכ"ל, והנה הראב"ד מפרש כונת הרמב"ם דאנו שמין כמה שוה ראשו, ולזה הקשה דאיזה שומא שייך, והכ"מ כתב ע"ז דשמין כמה שוה ראשו להרויח בו לשורר או לתרגם, איברא דהתוס' בערכין שם פירשו כדברי הכ"מ גבי משמנין דקתני גבי מכירה, ורש"י פי' שם משמנין יחלוקו וכדעת הרמב"ם, ולפנינו נביא דברי רש"י, אבל אינו מבואר דאיך יהיה בעבד שאינו ראוי אלא לעבודת ידיו ורגליו האם אז אין שומא לראשו, ועוד קשה טובא דהא כאן גבי מכירה כתב דאבר שהנשמה תלויה בו מכר חציו, ורש"י שם פי' גבי משמנין ויחלוקו.

לכן נראה דאין כונת הרמב"ם לומר כמה שוה ראשו אלא כיון דכלל כאן יחד אבר שהנשמה תלויה בו ושאינה תלויה בו, וכתב על שניהם שלא נתקדש אלא אותו אבר בלבד והוא לאפוקי מקדושת בד"ה דאמרינן נדון בכבודו דחייב בדמי כולו ולאפוקי מקדושת מזבח ממש דאמרינן פשטה קדושה בכולה ולכן כתב אינו חייב אלא בדמי ראשו, ורואין כמה ישוה אותו אבר אם היה נמכר והיינו דזה ודאי דאבר שהנשמה תלויה בו שוה חצי דמיו דכיון שאין חלק אחד שוה כלום בלא חבירו ודאי כל חלק שוה חצי שויו, ונמצא שכלל הרמב"ם אבר שהנשמה תלויה בו ואבר שאין הנשמה תלויה בו ביחד, וכתב ורואין כמה ישוה אותו אבר דבאין הנשמה תלויה בו יש לו שיווי של שומת האבר, ובאבר שהנשמה תלויה בו שוה חצי דמי כולו כמבואר בהלכה שלפנינו,

ורק שהרמב"ם שינה מלשון הברייתא דבברייתא תניא על אבר שהנשמה תלויה בו הוא והקדש שותפין בו משום דסתם שותפין הם שותפין שוים, והרמב"ם כלל לשון שותפין גם על אבר שאין הנשמה תלויה בו משום דגדר שותפות אפשר גם על חלק שאינו שוה, וכיון שפירש אח"כ דבריו וכתב שרואין כמה ישוה אותו אבר ויביא בדמיו קרבן כללם מקודם ביחד וכתב שהוא והקדש שותפין.

אכן מה שחלקה הברייתא בין הקדש למכירה דגבי הקדש, תניא הוא והקדש שותפין, וגבי מכירה תניא משמנין ביניהן, כבר הקשה זה רש"י בערכין שם, וכתב וז"ל משמנין ביניהן כמה שוה ויחלוקו דמיו, ומיבעיא לי אמאי נקט התם שותפין והכא משמנין עכ"ל, ונראה דיש לבאר דהחילוק בין משמנין ובין שותפין דמשמנין הוא היכי דאין החלוקה מבוררה וכמו דתנן בב"ב פ' בית כור משמנין ביניהן דהתם קאי על חצי שדה אני מוכר לך דהמוכר יכול ליתן להלוקח במקום הכחוש, רק דצריך לשון שיתן לו שיעור כזה שיהיה שוה כחצי שויה של השדה כולה, ולכן גבי הקדש הוא דבר ברור שיש להקדש חצי הדמים של העבד או החמור, אבל גבי מוכר כיון שהלוקח קנה חציה ויש דין גוד או אגוד א"כ שייך לשון משמנין ביניהם דהא כל אחד יכול להעלות הדמים שיתן או שיקח יותר מחצי הדמים ושייך לומר משמנין ביניהם שכפי שישומו ביניהם כן יתן מי שישאר המקח אצלו, אבל הרמב"ם כתב כאן משמנין רק על אין הנשמה תלויה בו דשייך דיני שומא, אבל באבר שהנשמה תלויה בו כתב מכר חציו, וממילא מבואר דיש כאן דין גוד או אגוד.

פרק כח

הלכה יא

האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל בין חסר בין יתר. או שאמר בית כור אני מוכר לך בין חסר בין יתר מדה בחבל, הלך אחר הפחות שבלשונות ואין לו אלא כדין אם חסר אם יתר.

השגת הראב"ד בית כור עפר וכו' א"א לא ידעתי מהו זה כי הפחות שבלשונות קולא היא לנתבע ואם נתן מעות הלוקח הוא התובע, ואם לא נתן והלוקח מחזיק והמוכר תובע מעות יתירים הוא תובע ופעמים שחסר קולא או חומרא לנתבע וכן היתר עכ"ל.

הטור מפרש דברי הרמב"ם שאין לו אלא כדין הלשון בין חסר בין יתר וזה קשה דהא אין זה פחות שבלשונות, אבל המ"מ מפרש כונת הרמב"ם כדברי הרשב"ם דהלוקח אין לו אלא בפחות שבלשונות, בין בדין חסר בין בדין יתר, והב"ח דייק כן מדברי הרמב"ם שלא

כתב בין חסר בין יתר כמו שכתב בכל הפרק אלא אם חסר אם יתר ואין לו אלא כדין, הכונה כדין הפחות שבלשונות, וכן פי' הגר"א ז"ל ודלא כהפרישה, ובהשגת הראב"ד א"צ לומר דמפרש בד' הרמב"ם כהטור דא"כ לא היה לו לחלק בין נתן מעות ללא נתן מעות, ולכן מוכח דגם הוא מפרש בד' הרמב"ם כהמ"מ ומ"מ השיג דלמה נימא דמהני חזקתו למוכר דהא אם לא נתן הלוקח מעות הלוקח מוחזק, והמ"מ כתב ע"ז דאפי' בא מוכר ליקח מעות כופין הלוקח ליתן בשהותיר לפי שהקרקע בחזקת בעליה עומדת, וכן הוא גבי משכיר בית לחבירו ונתעברה השנה כשאמר לו ב' לשונות הסותרים.

והנה הש"ך בסי ריי"ח כתב להשוות דעת הרמב"ם והרשב"ם עם דברי הראב"ד ודבריו צ"ע דמה שכתב דא"א לחייב להלוקח מעות כשהיה יתר אם אינו רוצה בהקרקע, אם כונתו רק שאינו רוצה בהיתר אפשר לומר כדבריו דאף דגם כשאמר לו מדה בחבל לבד ג"כ אינו מובן דלמה צריך הלוקח ליקח היתר וליתן מעות כשאין בהיתר ט' קבין ולמה לא יאמר הלוקח אני לא קניתי אלא בית כור, והרשב"ם פי' דזהו באמת רק תקנת חכמים, וא"כ אפשר דזהו דוקא כשאמר לו מדה בחבל לבד, אבל כשאמר ב' הלשונות אף שמשום דין קרקע בחזקת בעליה עומדת אין להלוקח היתר מ"מ לא נוכל לחייב להלוקח ליתן מעות, ומ"מ יש לומר דגם באופן זה הוי הך תק"ח כיון דלא יוכל המוכר ליקח המותר, אבל אם כן כונתו אין זה שייך לדברי הראב"ד דהראב"ד הא בודאי חולק בעיקר הדין בין בחסר בין יתר דאם לא נתן הלוקח מעות לא נוציא ממנו, ואם כונת הש"ך באמת דהרמב"ם והרשב"ם וכן המ"מ אין כונתם אלא אם רוצה הלוקח בהקרקע, אבל אם אינו רוצה בהקרקע אינו צריך ליתן מעות ודאי לא משמע כן דברי המ"מ במה שכתב דאפי' בא מוכר ליקח מעות כופין הלוקח ליתן כשהותיר דהא בזה היה מספיק במה שכתב מקודם דיד מוכר שהוא מוחזק בקרקע ידו על העליונה והיינו דהלוקח לא יוכל ליטול היתר בלא מעות, וכן בחסר, ובודאי העיקר שבא להשמיענו שמחוייב ליתן גם מעות ולא יכול לומר כיון שאין אתה נותן לי הקרקע היתר איני משלם בעד הקרקע כלל, וזהו שכתב וכן אמרו בענין שכירות בב' לשונות סותרים כמו שיתבאר פ"ז מה' שכירות שגם שם מחוייב השוכר לשלם ואינו יכול לומר שאם כן יצא ולא ידור כלל בבית, אלא דשם ודאי כ"ז שלא דר החודש הי"ג אינו מחוייב לדור בו ולשלם עבורו, אבל כאן באמת מוכח מדברי המ"מ שגם בעד היתר צריך לשלם דכיון דאינו מגיע לו היתר והמוכר אינו יוכל ליטלו שאין בו שיעור גם כאן שייך התקנה שמחוייב הלוקח ליטלו ולשלם, אח"כ מצאתי בקונטרס הספיקות כלל ו' אות ד' שעמד על דברי הש"ך כמש"כ לפרש דבריו באופן הב' והשיג עליו כמש"כ.

אכן בעיקר מה שהוצרך הרשב"ם לומר דהוא תקנה יש לעיין דלפימש"כ הרשב"ם בהא דתנן פיחת כ"ש ינכה דאף דכל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפי' פחות מכדי אונאה חוזר דבקרקע ניחא ליה ללוקח לקנות מה שימצא לפי המדה הן חסר הן יתר ומוכר נמי הכי א"ל בית כור עפר אני מוכר לך לפי מדת החבל ואם יחסר אנכה ואם יותר תחזיר לי וא"כ למה צריך לומר דהוא תקנה דהא י"ל דהכי הוא עיקר המכירה, דאם הותיר שיעור שאפשר להחזיר קרקע יחזיר קרקע ואם אין בו כשיעור חזרה יתן מעות כיון דקנה מתחלה לפי מדת החבל, ומ"מ מבואר מה דאמר בגמ' דאם הוזל הקרקע עכשיו אינו מחוייב הלוקח לשלם אלא כשעת הזול, דכיון דבסתמא לא קנה אלא בית כור ואם היה מותר כשיעור היה המוכר נוטלו, ורק בשביל שאין בו כשיעור מחוייב הלוקח ליקחו א"כ א"צ לשלם אלא שלא יהיה להמוכר היזק וכיון דעכשיו הוזל א"צ לשלם אלא כשעת הזול, ולפי"ז באמת אין מקום לומר דהיכי דאיכא ב' לשונות יהיה מחוייב הלוקח ליקח המותר דהא לא מהני הא דפחות שבלשונות, אלא לומר דיש זכות למוכר ליתן כפי לשון הפחות, אבל עכ"פ במה יתחייב הלוקח ליתן דמים מה שיש יותר מבית כור כיון דללשון אחד לא נתחייב יותר, ונוכל לומר דבאמר לו ב' לשונות באמת ליכא דינא דיתחייב הלוקח ליתן מעות בפחות מט' קבין.

ובטעמא דמילתא לדעת הרמב"ם דמהני דין קרקע בחזקת בעליה עומדת שהלוקח לא יוכל לומר דאם אינו נותן לו היתר לא יקח הקרקע ולא יתן מעות אף שהוא מוחזק כוונתי גם בזה לדברי הקונה"ס ע"פ דברי הר"נ גבי שוכר שהקשה אמאי כולו למשכיר אפי' לא פרע השכירות הא כי היכי דהמשכיר מוחזק בקרקע השוכר מוחזק במעות, וכתב בזה משום דחיובו של שוכר ברור דאם ירצה המשכיר שידור כל הי"ג חדשים חייב לשלם השכירות, וחיובו של משכיר אינו ברור אם הוא מחוייב להניחו לדור י"ג חדשים או י"ב, לכן מחייבינן לפרוע להמשכיר ששכרו ברור ולפי דברי הר"נ מיושב גבי יתר כיון דעכ"פ חייב הלוקח לשלם אם יתן לו המוכר גם היתר לכן הוא מחוייב לשלם והיתר בחזקת המוכר, אכן אכתי תיקשי מדין חסר דאין ביד המוכר בית כור שלם וכתב בזה הקונה"ס לפי"מ דסובר הרמב"ם בפכ"ד גבי הקרקע ודקלים דאם רצה לקנות לו דקלים נקנה המקח, וא"כ ה"נ כל שהלוקח קונה לו ממקום אחר למלאות הבית כור שיהיה שלם מחוייב הלה ליתן מעותיו הילכך חיובו של הלוקח ברור, ודברי הקונה"ס אינם מבוררים דהתם הא כתב המ"מ דטעמא משום דהוי בגדר פוסקין על שער שבשוק משום דמצוי לקנות ב' דקלים ועיין מש"כ שם, אבל כאן אם יקנה לו במקום אחר ודאי לא מהני כלל דבית כור במקום אחד קנה, ולא דמי לקרקע ודקלים, ולומר דיכול לקנות

מהקרקע הסמוכה לבית כור זה א"א דהא אינו מצוי לקנות דמי יימר דמזבין לה.

והנראה בזה דכיון דמטעם קרקע בחזקת בעליה עומדת אמרינן בכל ספק במכירה דיד בעל השטר על התחתונה, וכיון דבקרקע ליכא דין תפיסה כמו שכתב המ"מ בפכ"ד הל' ד', וזה ודאי דאפי' מעות אינו יכול לתפוס בשביל ספק הקרקע דלא מהני תפיסת מעות, אלא היכי שיש ספק אפשר חייב לו מעות אבל כשאין הספק אלא על הקרקע אינו יכול לתפוס לא קרקע ולא מעות, ולכן גם כאן כשנעשה ספק בלשון המכירה כיון דיד בעל השטר על התחתונה והולכין אחר פחות שבלשונות נמצא דאם הבית כור חסר כיון דאפי' אם היה אפשר להמוכר להשלים קרקע סמוכה להבית כור לא היה צריך להשלים מצד קנין המכירה, לכן לא יוכל הלוקח לומר לא אתן לך מעות בעד בית כור חסר דזהו כמו תפיסת מעות בשביל ספק קרקע, ולכן אפי' היכי דאין לו להמוכר קרקע אצל הבית כור מ"מ לא יוכל הלוקח לעכב המעות כיון דזה אינו אלא בשביל ספק קרקע דקיי"ל דאין להלוקח מצד המכירה אלא כפי הפחות שבלשונות ושפיר מחוייב לשלם כפי שהתחייב בעד כל הבית כור.

ובזה מבואר מה שהוכיח הרא"ש בפ"ק דב"מ בסוגיא דתקפו כהן דקיי"ל דלא מהני תפיסה מהא דקיי"ל דאפי' בא בסוף החודש כולו למשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת אף דהשוכר תפוס במעותיו, ולדעת הרמב"ם דת"כ אין מוציאין מידו ומהני תפיסה צריך ביאור למה לא מהני תפיסת השוכר, ולדברינו מבואר דכיון שהספק הוא אם השכיר לו חודש העיבור בעד הי"ב זהובים, וכיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואין להשוכר זכות בדירת החודש הי"ג לכן צריך לשלם כל הי"ב זהובים ואינו יכול לעכב דמי השכירות בשביל ספק זכות דירת החודש הי"ג וכנ"ל.

הלכה טו

וכן כל הדברים האלו במקום שאין שם מנהג כמו שבארנו אבל במקום שיש שם מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועים להן.

מש"כ הרמב"ם ואחר לשון רוב אנשי המקום תמה הגאון ר' אלעזר משה זצ"ל מפינסק הובא בס' מלבושי יו"ט ח"ב סי' ו' דהא לא אזלינן בממונא בתר רובא, והנה בפכ"ז הל' ב' כתב הרמב"ם מכר את הצמד לא מכר את הבקר, מכר את הבקר לא מכר את הצמד אפי' במקום שקורין מקצתן לצמד בקר, וכתב ע"ז המ"מ ומש"כ ואפי' במקום שקורין מקצתן מבואר בגמ' כיון שאינן כולן או רובן קורין כן אינו מכור מוכח להדיא דאם רובן קורין כך מכור, איברא דלשון זה איתא בגמ' דאמר שם ואיכא נמי דקרו לצמד בקר, ומוכח דאם רובא קרו נמי מהני אכן כבר ביארו זה בתוס' בדף צ"ב דאף דלא קיי"ל הדמים מודיעים

מ"מ היכי דרובא מסייע מהני, וכן כתב כאן הרמ"ה בחידושיו ומ"מ בדברי הרמב"ם א"א לומר כן דהרמב"ם שינה מלשון הגמ' וכתב הא דאפי' במקום שקורין מקצתן אסיפא על מכר את הבקר לא מכר את הצמד, ובזה ודאי לא שייך הדמים מודיעים דדמי הצמד בודאי פחותים ואינם ניכרין בשומת הבקר, ואפשר דבכונה שינה להודיענו דמה דנדייק מד' הגמ' דרובא מהני אינו משום הדמים מודיעים, וכן מדברי המ"מ מוכח להדיא דבלא הודעת דמים מהני רובא.

שוב ראיתי דהרמב"ם השמיט הסוגיא דריש המניח בהא דכדא וחביתא, וגם הרי"ף השמיט הסוגיא ובעל השלמה הביאה, ונראה דסוברים דמהך סוגיא דצמד ובקר מוכח דבענין הלשון לכו"ע אזלינן בתר רובא דהרוב קובע הלשון לכל העולם דהכל יודעים ואפי' המיעוט איך שהרוב קוראים, ודוקא בהא דלרדיא ולשחיטה דתלוי באדם למה הוא קונה, בזה אין הולכין אחר הרוב, והשמיטו הסוגיא דכדא וחביתא דהך סוגיא דהיא בדוכתא בדיני מכירה עדיפא כידוע דרך הראשונים בדרכי ההלכה.

-השמטות ומלואים-

לעיל כתבתי דלענין הלשון לכו"ע אזלינן בתר רובא דהרוב קובע הלשון לכל העולם והכל יודעים איך הרוב קוראין לזה, והערני הרב ר' נטע פריינד מהא דכ' הלח"מ בפ"ט מנדרים הל' ה' על מש"כ הרמב"ם כיצד נדר מן השמן במקום שמסתפקין בשמן זית ובשמן שומשמין ורוב אנשי המקום אין קורין שמן סתם אלא לשמן זית וכו' והקשה הלח"מ דהא בכל התורה כולה אזלינן בתר רובא באיסורא ומ"ש הכא ותירץ דאה"נ דאם לא היה אפשר לפרש רק משמעות אחת היינו הולכין אחר הרוב והכא שאפשר לפרש שתי המשמעות נעשה הלשון הסתמיי כולל הכל כיון דהוי מילתא דאיסורא, ונראה דיש לחלק בין הלכות מכירה להלכות נדרים דבדין מכירה שאנו דנין בין אדם לחברו אנו הולכין אחר הלשון שהרוב קוראין ואנו צריכים לפרש כן הלשון של המוכר אבל גבי נדרים שאנו דנין רק לגבי הנודר ואם היה מפרש דבריו איך כונתו הא תנן פירושם להקל ואנו דנין היכי שנדר בסתם בזה אמרינן כיון דעכ"פ יש מיעוט שקוראין גם לשמן שומשמין שמן סתם בזה לא מוכרח שודאי לא היה כונתו על שמן שומשמין דשמא היה כונתו גם על מה שהמיעוט קוראין שמן ואפשר הוא מהמיעוט ולכן הוא אסור מספק. [ע"כ].

פרק כט

הלכה ב

החרש כיצד נושא ונותן חרש שאינו לא שומע ולא מדבר או מדבר ואינו שומע כלום מוכר ולוקח המטלטלים ברמיזה אבל לא בקרקע, ואף במטלטלין לא יתקיימו מעשיו עד שבודקין אותו בדיקות רבות ומתיישבין בדבר.

השגת הראב"ד אבל לא בקרקע וכו' א"א זה לא ידעתי למה עכ"ל.

המ"מ כתב דלא ידע על מה כונת הראב"ד להשיג דמה שכתב הרמב"ם אבל לא בקרקע היא משנה מפורשת, אלא שתמה המ"מ על דברי הרמב"ם ובודאי ע"ז צריך להעמיד ההשגה במה שכתב דגם מדבר ואינו שומע בכלל דמוכר במטלטלין ולא בקרקע, דהא בגיטין דף ע"א איתא בברייתא דמדבר ואינו שומע זהו חרש שומע ואינו מדבר זהו אלם וזה וזה הן כפקחין לכל דבריהן והוא ג"כ משנה בפ"א דתרומות דחרש שדברו חכמים הוא שאינו שומע ולא מדבר, וסיים בוצ"ע, וכתב ע"ז הכ"מ דע"כ אין הכונה כפקחים ממש דהא גם נשתתק צריך בדיקה ולא דמי לפקח, וכיון דתניא דמדבר ואינו שומע זהו חרש א"כ דינו כחרש לדברים שלא נאמר בפי' שאינו כחרש, ותירוצו אינו מבורר דמה דצריך בדיקה זהו להבין רמיזותיו ואין הבדיקה על דעתו, ומנ"ל לומר דאינו כפקח כיון דתניא כפקחין לכל דבריהן, עוד תי' הכ"מ דהתם בברייתא מיירי ששומע קצת ותי' זה בודאי דחוק.

והנה עוד יש לתמוה דהא שם תניא בברייתא חרש לא הלכו בו אחר רמיזותיו כו' אלא למטלטלין אבל לא לגיטין, וא"כ קרקע וגיטין כי הדדי נינהו וכן כתב כאן להדיא הכ"מ וא"כ קשה דכאן השוה מדבר ואינו שומע לחרש גמור ובה' גירושין פ"ב הל' ט"ז לא הזכיר הרמב"ם דין מדבר ואינו שומע, וכתב שם הכ"מ וז"ל ולא כתב רבינו דין מדבר ואינו שומע משום דמכלל דבריו נלמוד דכיון שאינו חרש גמור דינו כדין האלם, ויותר נראה לומר שכל שמדבר דינו כפקח גמור שהרי מתוך דבורו ניכר אם הוא בן דעת ומשו"ה לא הזכירו רבינו אבל מדברי הר"ן נראה שסובר כדעת הראשון דמדבר ואינו שומע דינו שוה לשומע ואינו מדבר עכ"ל, הרי שלא נסתפק הכ"מ אלא אם צריך בדיקה אבל עכ"פ אינו כחרש ומ"ש דגבי קרקע דינו כחרש, עוד קשה דבה' אישות פ"ב הל' כ"ו כתב הרמב"ם חרש וחרשת האמורים בכ"מ הם האלמים שאין שומעים ולא מדברים, אבל מי שמדבר ואינו שומע או שומע ואינו מדבר הרי הוא ככל אדם, והרמב"ם כאן סתר לא רק כללא דמתני' ובריית אלא גם כלל שכתב בעצמו.

והנה הגר"א ז"ל בחו"מ סי' רל"ה ס"ק נ"ד כתב וז"ל, הרמב"ם מפרש מ"ש במתני'

חרש וכו' הוא כולל ג"כ מדבר ואינו שומע וכמ"ש בחגיגה קתני חרש דומיא דשוטה וערש"י שם ד"ה חרש שדברו כו' שהשוו אותו לשוטה לפוטרו, ובזה ניחא מאי דאמרו שם וממאי דמדבר ואינו שומע חרש, דלכאורה אין נ"מ בזה אלא דנ"מ לחרש שלא נשנה אצל שוטה, ולא קאמר וזה וזה ה"ה כפקחין אלא שאינם כשוטה בזה הושוו כמש"ש [בגיטין דע"א] חרש לא הלכו בו אחר רמיזותיו וכו' אלא במטלטלין עכ"ל הגר"א, וגם דבריו אינם מבוארים דהא בהך ברייתא תניא אבל לא לגיטין, ומ"מ סובר הרמב"ם דגבי גיטין אינו נדון מדבר ואינו שומע כחרש, וכן קשה גם לדעת הגר"א הלשון כפקחין לכל דבריהם, וכן לשון הרמב"ם בה' אישות שכתב הרי הוא ככל אדם ומשמע דהוא כפקח גמור.

ונראה בכונת הגר"א דבכל מה דהחסרון הוא מצד דעת יש למדבר ואינו שומע ושומע ואינו מדבר דין כפקחין לכל דבריהם, אבל יש ענינים דנתמעט דין חרש מטעמים אחרים ולא משום חסרון דעת ובזה גם מדבר ואינו שומע דינו כחרש. ובירושלמי ריש תרומות על מתני' דתנן חרש שדברו חכמים בכל מקום שאינו לא שומע ולא מדבר מייתי עלה הא דתנן בריש חגיגה הכל חייבין בראיה חוץ מחרש שוטה וקטן ואמר ר' אלעזר דטעמא משום דכתיב למען ישמעון ולמען ילמדון, ואמר ע"ז ר' יונה הדא אמרה דלית כללין דרבי כללין היינו דהכלל ששנו במתני' אינו כלל ברור, ומייתי נמי הא דתנן בהך מתני' חרש המדבר ואינו שומע לא יתרום אלמא דיש לו שם חרש, וכן מייתי מתני' דיבמות דתנן חרש שנחלץ והחרשת שחלצה דאמר ר' יוחנן לפי שאינו באמר ואמרה, ומדבר ואינו שומע ושומע ואינו מדבר בכלל, ואמר גם ע"ז הדא אמרה דלית כללין דרבי כללין, אבל בבבלי ריש חגיגה מוכח דהכלל הוא ברור, ולכן סובר הגר"א דלהבבלי החלוק הוא דהיכי שנזכר חרש אצל שוטה דזהו משום חסרון דעת אז הכונה דוקא שאינו לא שומע ולא מדבר, ולכן תני אח"כ בהך מתני' גופא חרש המדבר ואינו שומע לא יתרום ואם תרם תרומתו תרומה משום דהחסרון אינו אלא משום ברכה ומ"מ נקרא חרש דמה דאמר ברישא אינו אלא דלא נקרא חרש היכי דהחסרון הוא משום דעת כמו בשוטה, וברושלמי סבר דגם שומע ואינו מדבר הוא חרש, אבל בברייתא דגיטין בבבלי אמר דשומע ואינו מדבר לא נקרא כלל חרש, ובהא דהכל חייבין בראיה מבואר בבבלי בחגיגה, ובהא דחרש שנחלץ אף דמטעם זה גם אלם בכלל סבר בבבלי דבמתני' לא תנן אלא חרש אלא דרבא הוסיף דאלם ואלמת נמי חליצתן פסולה. לפי טעמא דר' ינאי, ועיין בחידושי הרשב"א שם.

ולפי"ז מה דתנן חרש רומז ונרמז במטלטלין וכן מה דתניא בגיטין חרש לא הלכו אחר

רמיזותיו אלא למטלטלין אבל לא לגיטין אינו משום דאין לו דעת, אלא דכח הרמיזה לא מהני אלא במטלטלין ולא לקרקע, ואף דאלם ששומע ואינו מדבר מהני רמיזתו גם לקרקע ולגיטין, צריך לחלק בין רמיזה שלו לרמיזה של אחרים דאלם שהוא מוכר ע"פ רמיזה שלו ושומע מה שאחרים מדברים עמו מהני רמיזתו, אבל מדבר ואינו שומע שהוא צריך להבין את הרמיזה של אחרים ואין אנו סומכין שהוא מבין רמיזת אחרים ולכן לא מהני, ועכשיו מיושב החילוק מדין קרקע לדין גיטין דכיון דבין מדבר ואינו שומע בין שומע ואינו מדבר הן כפיקחין לענין דין דעת, רק החילוק הוא בדין רמיזה, א"כ לא שייך דין רמיזה אלא בדין מקח וממכר שמתוך שאינו יכול להבין רמיזתן של אחרים אינו יודע במקחי הקרקעות, ולכן אף שהוא מדבר שהוא מוכר בכך וכך מעות ונתנו לו המעות לא מהני מכירתו, אבל בקדושין ובגיטין כיון שאין החסרון בדעת שלו שפיר מהני הקדושין והגירושין שלו, ואין כאן רמיזה כלל, ובשומע ואינו מדבר מהני גם רמיזתו ע"י בדיקה דזהו דין אלם, ומבואר מה דבהך ברייתא תניא אבל לא לגיטין דבגיטין לא שייך אלא באינו מדבר ואינו שומע דבמדבר ליכא רמיזה כלל, ולפי"ז צ"ל כהכ"מ דגבי גיטין במדבר לא צריך בדיקה כיון דאין החסרון משום דעת, דלגבי דעת הא קיי"ל שהן כפקחין לכל דבריהן.

הלכה ח

קטן היודע בטיב משא ומתן שאין לו אפוטרפוס שנשא ונתן במטלטלין וטעה דינו כדין הגדול פחות משתות מחילה שתות מחזיר ההונייה יתר על שתות בטל מקח כמו שבארנו, ואני אומר שאין מקח הקטן וממכריו במטלטלין קיימין אלא בשמשך או המשיך אבל אם נתן מעות על המקח וחזר בו אינו מקבל מי שפרע ואחרים שחזרו בו מקבלין מי שפרע. וכן אם קנו מיד הקטן או השכיר מקום המטלטלין וחזר בו לא קנה הלוקח שאין מוציאין מידי הקטן בדין ואין קנין מיד הקטן כלום שהקנין בשטר ואין העדים חותמין אלא על שטר של אדם גדול.

השגת הראב"ד קטן היודע וכו' כמו שביארנו, א"א אני אומר שהקנין אין לו מחילה כדאמרינן יתמי לא בני מחילה נינהו, וכן אני אומר שאם הקנו בקנין לא גרע מהכסף והוא כסף עצמו מההיא מעשה דגיטין דההיא דשדא לה מרה כומתא ואמר קני הא וקני נפשך וכו' ונמצא כסף גומר דעדיף משאר כסף וקונה לגמרי, וכן אם קנה הוא בקנין קנה שהמקנה מקנה לו כל קנינו ואינו חוזר בו, אבל אם השכיר הוא מקום פירות לא קנו ממנו דשכירות כמכר הוא עכ"ל.

כתב המ"מ דטעמו של הרמב"ם דלא מהני קנין לקנות מן הקטן לפי שסתם קנין לכתיבה

עומד, וכל שאינו ראוי לכתיבה אינו קנין, וטעם זה אינו מבורר דמנ"ל כלל זה דכל שאינו ראוי לכתיבה אינו קנין, ועוד דעיקר כללא דסתם קנין לכתיבה עומד אינו אלא או במכירת קרקע או בקנין על התחייבות שעומד שהעדים יעשו שטר מכר או שטר חוב, אבל כשמכר מטלטלין והקנה בקנין סודר לא מצינו שיהיה עומד לכתיבה, ולכאורה פשוט דאין העדים צריכים לכתוב דלא כתבינן שטרא אמטלטלין דהא אינו עומד לכך שישארו אצל המוכר אלא שהלוקח יקח אותם מהמוכר וא"כ למה יעשו שטר, וכיון דהכא מיירי במכר מטלטלין אינו עומד לכתיבה כלל, ובמה שכתב הרמב"ם דלא מהני שכירות מקום כתב המ"מ וז"ל, ודין השכירות פשוט דאינו מועיל דשכירות מכירה ליומה הוא ואין ממכרו ממכר במקרקעי, ומכאן שאם השכיר הקטן בית לדור שיכול לחזור ואין מעשיו כלום, עכ"ד, ודבריו תמוהים דאם לא חל השכירות א"כ פשיטא שלא קנה הלוקח המטלטלין ולמה כתב הרמב"ם ע"ז שאין מוציאין מידי הקטן בדין, ואין לומר דזה קאי על קנו מיד הקטן דהלשון מוכח דקאי על שניהם ולא היה להרמב"ם לצרף דין קנו מיד הקטן דאמרינן דלא מהני הקנין להמטלטלין לדין שכירות מקום דאין הטעם דלא מהני השכירות מקום להמטלטלין אלא דלא זכה הלוקח בשכירות המקום כלל.

לכן נראה דלעולם מהני שכירות מקום דמש"כ המ"מ דשכירות מכירה ליומא הוא, כבר כתב הש"ך בסי' שי"ג במה דסובר הרמב"ם דחצר המושכר קונה למשכיר ולא לשוכר דהקשה הב"י דהא שכירות ליומא ממכר הוא וכתב ע"ז הש"ך ואישתמיטתיה דברי התוס' פ' הזהב דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר רק באונאה ולא בשאר דוכתי, וכן צ"ל כאן דאף דבקרקע אינו מוכר ולא נותן, זה רק למכור לגמרי אבל להשכיר כיון דחוזרת לו לאחר זמן יכול להשכיר כמש"כ הש"ך דשכירות לא קניא, וכמו דתיקנו שיהיו מעשיו קיימין במטלטלין משום כדי חייו ה"נ יכול להשכיר.

ובעיקר טעמא דלא מהני קנין מיד הקטן ולא שכירות מקום כבר כתב הרמב"ם שאין מוציאין מידי הקטן בדין, ובאור דבריו דלא מהני קנין במטלטלין שקונין מקטן אלא היכי שכבר באו המטלטלין לרשות הקונה, אבל לא בעשה מעשה קנין אחר, אלא דמ"מ חלוק דין כסף מדין שארי קנינים דקנין כסף אם היה מועיל במטלטלין הוי מהני גם בקטן דכסף אינו מעשה קנין אלא נתינת הדמים וכמש"כ בפ"א, וכיון דנתן הקונה להקטן דמי המקח ויש להקטן כל התמורה של מקחו זה היה צריך להיות מועיל גם בקטן, ורק משום דכסף אינו מועיל אלא למי שפרע וקטן אינו שייך שיקבל מי שפרע, וכדאיתא בגיטין דף נ"ב דעיקר קנין בשל יתומים הוא בכסף ומבואר בפ"ט מהל' מכירה אבל מעשה קנין אחר שנמצא שיתחייב הקטן ליתן דבר משלו בשביל מעשה קנין שעשה להלוקח, ע"ז

שפיר כתב הרמב"ם שאין מוציאין מידי הקטן בדין, והכונה שאין הקטן יכול להפסיד כלום באופן שנוכל לתבעו בשביל מעשה שלו. ולכן לא מהני אלא משך או המשיך.

ומה שכתב הרמב"ם שהקנין בשטר ואין העדים חותמין אלא על שטר של אדם גדול אינו טעם אלא הוכחה לעיקר דינו דקנין לא מהני בקטן, דכיון שכתבנו דסובר הרמב"ם דגם קטן יכול להשכיר קרקעותיו ושכירות הא נקנה בקנין שנקנה מכירה וממילא נקנה גם בקנין סודר, ואף דהתוס' בב"מ דף י"א כתבו דשכירות קרקע אינו נקנה בחליפין כבר חלק ע"ז הרא"ש וכן פסק הטור בסי' קצ"ה דלא כתוס' א"כ אפשר לומר דהרמב"ם ג"כ סובר כהטור, ואף דהרמב"ם בפ"א הל' י"ח כתב כשם שהקרקע נקנה בכסף בשטר ובחזקה כך שכירות קרקע נקנה וכו', אינו הוכחה דסובר כהתוס' דכתב לשון הגמ' דע"כ מהגמ' אין ראיה דלא מהני קנין סודר מדסוברים הרא"ש והטור דמהני, וא"כ אם נימא דמהני בקטן קנין סודר א"כ אפשר שיכתבו עדים שטר על השכירות דבזה ודאי סתם קנין לכתיבה עומד, וא"כ אמאי אמרינן דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול, וע"כ מוכח דלא מהני קנין סודר לקנות מקטן, ולכן לא משכחת שטר בקטן דגם שטר שכירות שלו לא מהני ולא מהני שכירות מקום מקטן אלא דוקא בכסף דבזה מהני גם בקטן.

והנה יש לעורר על הוכחה זו דהא כתב הרמב"ם בפ"ו מה' גירושין בטעמא דקטנה אינה עושה שליח לקבלה מפני ששליח קבלה צריך עדים ואין מעידין על הקטן, א"כ אפי' אם נימא דהקטן יכול להקנות בק"ס מ"מ אין כותבין עליו שטר דהא אין מעידין על הקטן, אכן לפי"מ שראיתי בספרו של אדמו"ר גאון ישראל "חידושי רבינו חיים הלוי" שכתב על הלכה זו דטעם זה הוא דוקא לפי ששליח קבלה צריך עדים לקיומא, ובזה אמרינן דאין מעידין על הקטן, אבל אם א"צ עדים אלא לברר לא אמרינן בזה אין מעידין על הקטן, והוכיח דהא פריך הגמ' בבן סורר מנלן דקטן פטור והאריך בזה לברר שיטות הרמב"ם והראב"ד דדעת הרמב"ם דשליח קבלה צריך עדים לקיומי, לכן אין מעידין על הקטן אבל דעת הראב"ד דא"צ עדים אלא בשביל בירור הגירושין אבל לא בשביל קיומה של השליחות לכן אינו סובר הא דאין מעידין על הקטן, ולפי"ז מבואר דכאן לא שייך הא דאין מעידין על הקטן דאין השטר לקיומי אלא לברר השכירות.

[**אכן** אדמו"ר לא ביאר טעם הסברא בזה דהיכי שצריך עדים לקיומי שייך הא דאין מעידין על הקטן והיכי שאין צריך עדים אלא לברר לא שייך אין מעידין על הקטן, ונראה עפ"מ דסובר הרמב"ם בפ"ב מה' סוטה ובפ"ג מה' איסו"ב גבי פתוי קטנה דקטנה שהשיאה אביה שזינתה נאסרה על בעלה ודוקא קטנה בת מיאון אין לה רצון, משום

דסובר דאין הדבר ברור אם אין לה רצון, ובפ"ג מה' איסו"ב הביא המ"מ מדברי הירושלמי בסוטה פ"ב סתירה לדברי הרמב"ם דאמר שם קטנה אין את יכול דא"ר זעירא ר' יוסי בשם ר' יוחנן קטנה שזינתה אין לה רצון ליאסר על בעלה, וכתב המ"מ שלא מצא ראיה לדברי הרמב"ם אכן בפ"א הל' ב' איתא שם שאלו את בן זומא מפני מה ספק רה"י טמא אמר לון סוטה מהיא אמרו ליה ספק אמר לון מצינו שהיא אסורה לביתה ומכאן אתה דן לשרץ מה כאן רה"י אף להלן רה"י ומה כאן שיש בו דעת לשאל אף להלן דבר שיש בו דעת לשאל, מיליהון דרבנן פליגין דמר ר' זעירא ר' יסא בשם ר' יוחנן קטנה שזינתה אין לה רצון להיאסר על בעלה, והא תנינן כל שאין בו דעת לישאל ספיקו טהור הא אם יש בו דעת לישאל ספיקו טמא, ברם הכא אע"פ שיש בו דעת לישאל ספיקו טהור, ומבואר דמה דאמרינן דקטנה אין לה רצון אינו בתורת ודאי אלא בתורת ספק, ומזה מוכיח הירושלמי דר' יוחנן לית ליה דס"ט ברה"י מסוטה ילפינן, דא"כ הוי לן לאסור קטנה שזינתה מטעם ספק בקטנה שיש בה דעת לשאל וכדאיתא בסוכה בדף מ"ב, וצ"ל דר' יוחנן דסבר דלא ילפינן ס"ט מסוטה סבר דלא אסרה תורה ספק סוטה אלא משום דאיכא רגלים לדבר, אבל בספק של קטנה אם יש לה דעת כיון דליכא רגלים לדבר מוקמינן לה בחזקת טהרה, אבל בן זומא דיליף ס"ט ברה"י מסוטה מוכח דסבר דאפי' בלא רגלים לדבר אסרינן, וא"כ אמאי לא אסרינן קטנה, ולפי"ז להלכה כיון דסוגיין דבבלי ריש נדה ועוד בכמה דוכתי איתא דספק טומאה ברה"י מסוטה ילפינן, א"כ מוכח דקטנה שזינתה נאסרת מספק וכדעת הרמב"ם.

ולפי"ז נוכל לומר דגם לענין דין שליחות אם משום טעם שאין לה דעת היה הדבר ספק דאפשר יש לקטנה זו דעת ושליחות שלה צריך שיתקיים ונ"מ דאף דעכ"פ לא תוכל להיות מותרת לעלמא, אבל נ"מ דמטעם שאין לה דעת לא נוכל לומר דהגט שנתקבל ע"י שליח קבלה שלה בטל וכשימות בעלה תהיה מותרת לכהונה ואף די"ל דלא דמי דין רצון דצריך גבי זנות לדין דעת דצריך גבי שליחות, מ"מ אינו מוכרח לחלק דגם לענין שתהי' נאסרת על בעלה דהוא משום ומעלה מעל באישה צריך גדר דעת ואם אין לה דעת הוי בגדר אונס דהתירה התורה, לכן כתב הרמב"ם דכאן לא מהני ספק כלל דשליח קבלה צריך עדים והיינו לקיומי, וממילא לא מהני שליחתה כלל, וכמו שכתב הרשב"א ריש קדושין גבי נתן הוא ואמרה היא דאע"פ שהוא מוכח דלשם קדושין נתן מ"מ אינה מקודשת דאין כאן עדים ואין כאן עדות שמיעה ולא ראיה לשם עדות אלא שהם דנים כונת הלב ואין כאן עדות, וא"כ ה"נ כיון דספק לעדים אם יש לה דעת בעשיית השליחות אין כאן עדות לקיומי.

והנה אדמו"ר זצ"ל כתב דמה דלא סגי להרמב"ם טעמא דחסרון דעת כמו שכתב בעצמו בפ"ב מה' שלוחין משום דנ"מ לענין מזכה גט לאשתו במקום יבם דאין שם חסרון דעת דכיון דאי הוי זכות מהני גם שלא מדעתה, אבל צ"ע בזה דא"כ מסתבר דלא שייך ג"כ אין מעידין על הקטן, כיון דאינו על מעשה שלה אלא דאנן סהדי דהוי זכות. אבל לפימש"כ מבואר דבפ"ב מה' שלוחין כתב הרמב"ם עיקר הכלל דמי שאינו בן דעת כמו חרש שוטה וקטן אינם יכולים לעשות שליח, ובזה מיירי בקטן גמור שודאי אין לו דעת וכמש"כ הגר"א לענין חרש דחרש שהוזכר אצל שוטה הוא חרש גמור הבאנו דבריו בהלכה ב' וכן ה"נ מכוין הרמב"ם שם לקטן גמור שודאי אין לו דעת אבל כאן משמיענו הרמב"ם דכל קטנה אינה יכולה לעשות שליח לקבלה, אפי' קטנה שהוא ספק אם יש לה דעת מ"מ אינה יכולה לעשות שליח, ששליח קבלה צריך עדים ואין מעידין על הקטן.]

אכן בכ"ז שביארנו אינו מבואר אלא קנו מיד הקטן אבל שכירת המקום הא לכאורה כבר בא לרשות הלוקח ולמה לא מהני, אך הרמב"ם לשיטתו דסובר בפ"י מה' שכירות דחצר המושכר אינו קונה לשוכר אלא למשכיר, והראב"ד השיג עליו מדין שוכר את מקומו והש"ך בסי' שי"ג שהבאתי דבריו למעלה כתב בזה תי' אחד דדעת אחרת מקנה אותו שאני, ותי' ב' כתב דשאני התם דלכך שכרו ע"ש בדבריו, עכ"פ בעיקר דינא הוי מקום השכור ברשות המשכיר יותר משהוא ברשות השוכר כיון דלענין מציאה קנה המשכיר, ורק דכשהמשכיר מקנה לשוכר יכול השוכר לקנות בדין חצר, אבל גבי קטן כיון דאמרינן דא"א לקנות ממנו אלא כשכבר בא המקח לרשות הלוקח, בזה אנו צריכין דוקא שיצא כבר מרשות הקטן, אבל השכיר את מקומו כיון דעדיין המקח ברשותו אף דמהני מדין קנין חצר להשוכר אבל לקנות מקטן לא מהני, ומה דאיכא בשכירות מקום גם דין אגב בזה ודאי דמי לדין קנין סודר דלא מהני בקטן כמש"כ.

והנה בפ"ג הל' ו' כתב הרמב"ם וכן השוכר המקום וכו' שהרי נעשה ברשותו ועמש"כ שם דהקנין הוא מטעם חצר, וקשה כיון דסובר הרמב"ם דגבי ומקומו מושכר לו הוי הקנין מדין אגב למה כתב כאן דהקנין הוא מדין חצר, וכן כתב בפ"ד הל' ו' עד שיוציאם מרשותו בשכירות מקומן, ונראה דמתני' דתנן אם היה פקח שוכר את מקומו מפרש גם הרמב"ם מדין חצר ולא מדין אגב, והטעם דלשון אם היה פקח לא משמע דהמוכר מקנה לו ע"י שכירות המקום אלא דהלוקח שוכר המקום עוד קודם שנגמר המקח דכשיגמר המקח יקנה, ועוד דלשון שוכר את מקומן קאי גם אם היו הפירות מופקדין ביד אחרים כדקתני וכמש"כ הרמב"ם בפ"ד הל' ו'.

עתה נבוא לדברי הראב"ד והנה בהשגתו הראשונה כתב המ"מ בפשיטות דכיון דמתנתו

מתנה כ"ש דאפשר שיהיה ממכרו עד שתות מחילה כמו בגדול משום כדי חייו, אך השגתו השניה צריכה ביאור דהמ"מ כתב ואיני מבין דבריו דמה ענין זה לדמיון שהקנין הוא ככסף, שאם הוא ככסף ודאי לא קנה הלוקח ע"ש בדבריו, אבל באמת דברי הראב"ד מבוררים דמוכח מדברי הרמב"ם דכסף היה מועיל גבי קטן אם היה מועיל לקנין גמור, וכמש"כ למעלה מדהוצרך לומר שאין הקטן מקבל מי שפרע, וטעמא דאף דקנין סודר ואגב לא מהני שאין מוציאין מידי הקטן בדין, זהו בקנינים אחרים אבל כסף כיון שנתן הלוקח דמי המכר הוי מהני גם בקטן דזהו עיקר דרך הקנין ובודאי הוי מהני מטעם כדי חייו שיהיה מהני מכירתו, ורק דכיון דכסף אינו קונה אלא למי שפרע ודאי לא שייך בקטן מי שפרע, ולזה השיג הראב"ד דקנין הוא ככסף מההיא מעשה דכומתא דמוכח שעבד יוצא בק"ס משום כסף, וממילא כאן מהני יותר מכסף דק"ס מהני לקנין גמור וזהו שכתב ונמצא כסף גומר דעדיף משאר כסף וקנה לגמרי, והמ"מ חשב דכונת הראב"ד בזה על שחרור עבד והשיג עליו ובודאי לא עלה זה על דעת הראב"ד דקיי"ל כסף גומר בעבד וא"צ ג"ש, אלא דכונתו הוא דנמצא דכאן כסף גומר והיינו בכסף של קנין סודר דלא תיקנו חכמים לבטל הקנין, אלא דהראב"ד לשיטתו שהשיג על הרמב"ם בפ"ה מה' עבדים שכתב דקנין לא מהני בעבד מההיא דכומתא, והרמב"ם לשיטתו דפסק שם דקנין לא מהני בעבד אלמא דסובר דקנין סודר לא הוי כסף.

אכן דעת הרמב"ם צריכה ישוב דודאי מוכח מההיא מעשה דכומתא דעבד כנעני יוצא ע"י קנין סודר דאיתא שם דהא דאמר ר"נ דלא עשה ולא כלום משום דהוי בכליו של מקנה, וכבר הוכיחו כן שם בתוס' דמוכח דאי הוי בכליו של קונה הוי מהני קנין סודר גבי עבד, ונראה לפימש"כ התוס' ריש קדושין בהא דאמר ואימא אף בחליפין דגרסינן ואשה בפחות משו"פ לא מיקניא ולא גרסינן נפשה, דהגמ' ס"ד דחליפין מדין כסף הם קונים ומשני דכיון דאיתנהו בפחות משו"פ א"כ אינם מדין כסף, וכן ביאר הרמב"ן בחדושיו, ולפי"ז יש לומר דכל הראיה דחליפין אינו מדין כסף בשביל דאיתנהו בפחות משו"פ אינו אלא לרב דסבר בכליו של קונה, אבל ללוי דסבר בכליו של מקנה ובההוא הנאה דמקבל מיניה א"כ אינו מוכח כלל דכשמקבל ממנו פחות משו"פ אין ההנאה שו"פ, איברא שהר"נ בסוגיא דאדם חשוב כתב דמה דללוי דאמר בכליו של מקנה לא צריך אדם חשוב משום דהנאת קבלת אדם שאינו חשוב אינה שו"פ ומשום דבחליפין מהני פחות משו"פ, אבל באמת תי' הר"ן אינו מוכרח דהא שו"פ הוא שיעור פחות מאוד, וא"כ מאי פסקת דבאדם שאינו חשוב יש הנאה ואינה שו"פ דמאן שם לך הנאה זו שתהיה הנאה ושויה פחות מפרוטה, ע"כ נראה דאפשר לומר באופן אחר דבאמת באדם שאינו חשוב

ודאי אינו ברור דיש הנאה מקבלתו, אבל בממון דמהני הודאת בע"ד מהני כשאומר שמוכר לו בעד קבלתו והוי כאילו מודה שיש לו הנאה, אבל בקדושין צריך שבאמת יתן לה כסף, וגם צריך שהעדים יראו שנותן לה הכסף, ולא מהני כלל הודאתה שתודה בפני עדים שנותן לה כסף אם העדים אינם רואים, לכן בעינן אדם חשוב שידעו העדים שיש לה הנאה בקבלתו, וממילא אין אנו צריכין לומר ללוי דחליפין אינם מתורת כסף דמה דלא מהני בקדושין כשאינו אדם חשוב הוא משום דאינה ברורה הנאת הקבלה ובאדם חשוב באמת מהני קדושין.

וא"כ מבואר עכשיו שפיר דללוי דאמר בכליו של מקנה יש לומר דחליפין הוא ג"כ מדין כסף. והוא גדר מגדרי הכסף ולכן הוי מהני גם בעבד כנעני, ולכן שפיר אמר בגמ' דמה דלא עשה ולא כלום הוא משום דהוי בכליו של מקנה, ואף דבע"כ איכא נמי איסורא מ"מ לא דמי לקדושין דהא אשכחן דמהני הודאת בע"ד בשחרור עבד בגיטין דף מ' דהאומר עשיתי פלוני עבדי בן חורין חוששין שמא זיכה לו ע"י אחר, וכתבו בתוס' דהוי ודאי, ואפי' אם נימא דלהוציא מידי איסור עבד יהיה צריך ג"ש מ"מ מיושב דאי הוי מהני בכליו של מקנה לא הוי אמר לא עשה ולא כלום. דעכ"פ היה משוחרר מדין שעבוד, לכן אמר שפיר משום דהוי בכליו של מקנה, אבל לדידן דבכליו של קונה לא הוי חליפין מגדר כסף כלל כדאמר בריש קדושין ולא מהני בעבד, ודברי הרמב"ם מיושבים ומבוררים.

הלכה י

וכן קטן שקנה מטלטלין וקנו מידן ושכר מהם המקום לא קנה עד שימשוך לפי שאינו זוכה בדרכים שזוכים בהם הגדולים, ראיה לדבר שאין חצר של קטן ולא ארבע אמות שלו קונין לו מפני שנתרבו מדין שליחות ולא מדין ידו כמו שיתבאר ולא יהא הקנין או שכירות המקום גדול מחצירן אבל הקטנה שנתרבתה חצירה מידה תקנה המטלטלין אם קנו מידן או בשכירות מקום. יראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו אע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום שהקטן כמו שאינו בפנינו הוא וזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו.

השגת הראב"ד ואין חבין וכו' א"א מעתה לפי דבריו אם קנה המטלטלין ושכר את מקומן למה אמר למעלה שלא קנה והלא המוכר זכה לו המטלטלין ע"י שכירות ובכל מיני זכיה זכין לו לאדם שלא בפניו. הילכך זכה בשכירות מקומם, וכשאמרו אין לו חצר ואין לו ארבע אמות לענין מציאה בלבד אמרו עכ"ל.

כתב המ"מ דמה שקטן קונה קרקע במתנה פשוט מהא דס"פ יש נוחלין דאזיל אקנייה לבנו קטן ומה שחידש הרמב"ם היא דאפי' במקח וממכר כן, ומפרש המ"מ דהקטן יכול

לחזור ולא המוכר, ובמה שהשיג הראב"ד כתב המ"מ דמ"מ לא מהני שכירות מקום כיון דחצר לא מהני, והנה כבר כתבנו דדעת הרמב"ם דשכירות מקום הוא גם מטעם אגב ומ"מ לא מהני גם להקנות להקטן, ומש"כ המ"מ דהקטן יכול לחזור בו ולא המוכר לא משמע כן מדברי הרמב"ם אלא דדעתו הוא דכיון דנתן המעות מהני קנינו ולא אמרו שאין מקחו מקח אלא לענין זה שלא יתחייב לשלם דמים אם החזיק בקרקע.

ובדעת הרמב"ם צריך לבאר עיקר דבריו שכתב ראיה לדבר דלא מהני ק"ס ולא שכירות מקום בקטן מדאינו קונה חצר בקטן מפני שנתרבו מדין שליחות ולא מדין ידו, אבל הקטנה שנתרבתה חצרה מידה קונה בק"ס ובשכירות מקום והדברים תמוהים דמה שייך זה לזה, בחצר הא איכא טעמא כמו שכתב בעצמו דאם משום שליחות אין שליחות לקטן ואי משום יד יש לה יד ולכן קטנה יש לה חצר, וכמו שכתב הרמב"ם פי"ז מה' גזלה ואבדה הל' י' והוא מדברי הגמ' פ"א דב"מ אבל איזה שייכות יש מזה לדין ק"ס ולדין קנין אגב שלזה מכוין בשכירות מקום ולפלא שלא עמד בזה המ"מ.

ונראה דעיקר טעמו של הרמב"ם במה דסובר דקטן אינו קונה בק"ס ובקנין אגב הוא כמו שכתב דהוא לפי שאינו זוכה בדרכים שזוכים בהם הגדולים, והיינו דאין קטן קונה אלא במה שנטל בידו או משך מרשות המוכר, והנה הדברים מבוארים בדברי הר"נ בהלכות בגיטין פ' התקבל בהא דאמר רבא שלש מדות בקטן שכתב דכי אמרינן זוכה לעצמו דוקא שהגיע לידו, אבל בהקנאה אחרת כגון אגב וחליפין לא לפי שהקטן אינו יודע בדרכי הקנאה כלל, וכשאמרו הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין דוקא בשמחזיק בהם הזוכה, דכיון דברשותו של קטן מחזיק בהם תיקנו בהם שיזכה כדי חייו, אבל בהקנאה אחרת ליתיה כלל עכ"ל הר"נ אלא שהר"נ כתב זה רק לענין קנינו והקנאתו של הקטן מדרבנן, אבל לדעת הרמב"ם כפי"מ שנבאר אח"כ צ"ל דאפי' היכי דמהני קנינו מדאורייתא אינו קונה בקנינים אחרים אלא במה שנטל בידו או משך מרשות המוכר.

אכן מה שתלה הרמב"ם דין זה בדין קנין חצר הוא משום דסובר דהך דינא אם קטן יכול לקנות בקנינים אחרים שמחוץ לגופו תלוי בדין קנין חצר בקטן וקטנה, דממה דאמרינן דקטן אינו קונה בחצרו משום דחצר אתרבי מדין שליחות מוכח דקטן אינו קונה בקנינים אחרים שמחוץ לגופו, דאם הוא קונה בקנינים שמחוץ לגופו לא הוי אמרינן דמשום דאין שליחות לקטן אינו קונה בחצרו דהא דאין שליחות לקטן הוא כשהקטן שולח דנתמעט מדין שליחות לפי שאינו בן דעת, אבל בחצר שהתורה אמרה דחצר קונה אלא דאמרינן דהוא מגדר שליחות דהחצר הוא כמו שלוחו להניח בו חפציו במקום ידו, אבל מנ"ל

לומר דמשום זה אינו קונה קטן בחצרו כיון דאינו צריך דעת שלו ע"ז שיהיה החצר שלוחו, לכן מוכח מזה דקטן אינו קונה בקנינים אחרים במה שאינו לוקח בידו או מושך מרשות המוכר, ולכן אמרינן דגם חצר דאיתרבי מדין שליחות כיון דעיקר דין שליחות אין לקטן, א"כ לא נעשה החצר כידו ממש ולא הוי אלא כמו שאר קנינים שמחוץ לגופו דאין הקטן קונה, ומה שכתב הרמב"ם דהקטנה שנתרבתה חצרה מידה וקונה בחצרה קונה גם בקנינים שמחוץ לגופה כמו קנין סודר ואגב זהו משום דסובר דאף דחצרה הוא מדין ידה אבל עכ"פ בפועל הא אינה ידה, וכיון שהקטנה קונה בחצרה מוכח דהיא קונה גם בקנינים שמחוץ לגופה, ולפי"ז צריך לומר דמה דאמרינן בקטן בטעמא דאינו קונה בחצר משום דמדין שליחות הוא ואין שליחות לקטן, דאם היה דין שליחות בקטן והוי אמרינן שלוחו כמותו, הוי עדיפא מהא דאמרינן חצר משום ידה אתרבי אלא דמ"מ קשה הדבר לומר כן, לכן נראה יותר לומר דאי לאו סברא דאין שליחות לקטן לא הוי מחלקינן בין קטן לקטנה, דאף דחצר דגברא הוא משום שליחות כיון דדין שליחות הוא כמותו א"כ הוי כמו יד, וכיון דבקטנה אמרינן דיש לה חצר ומהני בה קנינים שמחוץ לגופה ה"נ הוי אמרינן בקטן לכן צריך לעיקר טעמא דאין שליחות לקטן ומשו"ה לא דמי קטן לקטנה.

איברא דלפי"ז צריך ביאור מנ"ל בקטנה דקונה חצר דהא כתבנו דאף דאיתרבי מידה מ"מ לא הוי כידה ממש והוי כמו קנין שמחוץ לגופה, ומשום זה הוכיח הרמב"ם דבקטנה מהני גם ק"ס וקנין אגב, וא"כ קשה הא גופה מנלן דקונה חצר דקטנה, אכן בזה מדוייקים באמת דברי הרמב"ם בפי"ז מה' גזלה ואבדה הל' י' שכתב קטנה יש לה חצר ויש לה ד"א וקטן אין לו חצר ואין לו ד"א מפני שחצר של קטנה מידה למדנוה שכשם שהיא מתגרשת בגט המגיע לידה כך מתגרשת בגט המגיע לחצרה, וכשם שיש לה חצר לענין הגט כך יש לה לענין מציאה, וד"א של אדם כחצרו לענין מציאה, אבל האיש למדנו שחצרו קונה לו משלוחו כדרך שקונה לו שלוחו כך קונה לו חצירו והקטן הואיל ואינו עושה שליח כך אין חצר ולא ד"א שלו קונין לו עד שתגיע מציאה לידו, וקשה דבתחלה כתב שחצר של קטנה ואח"כ כתב אבל האיש, ומוכח מדבריו דאילו לא היה לנו למוד מיוחד על קטנה דמהני חצרה באמת לא הוי מהני מה שחצר של אשה מידה למדנו, דהיינו אומרים דאף דלמדנו מידה מ"מ בקטן לא מהני קנינים שמחוץ לגופו, ולזה כתב שחצר של קטנה מידה למדנו, והיינו דבקרא דכתיב גבי גט ונתן בידה לא חילק קרא בין גדולה לקטנה, דכיון דקיי"ל דקטנה נמי מתגרשת, א"כ גלי קרא דקטנה יש לה יד, אבל גבי קטן ליכא קרא מיוחד, וכיון דחצרו של איש משליחות למדנו אמרינן דקטן הואיל

ואין לו שליחות לא הוי כגופו, ומה דהוצרכנו לזה דחצרו משום שליחות הוא אף דאפי' אי הוי גם חצר של איש מדין ידו הא כתבנו דג"כ יש לומר דמ"מ קטן אין לו חצר כיון דהוא חוץ לגופו, אלא דאם הוי חצר דקטן וקטנה מחד טעמא מדין ידו לא הוי מחלקינן דין קטן מדין קטנה, ודוקא כיון דחצר דקטנה משום ידה, וחצר דקטן משום שליחות ואין שליחות לקטן לכן אמרינן דקטן אין לו חצר וקטנה יש לה חצר, וממילא אמרינן דקטנה יש לה קנינים שמחוץ לגופה כמו ק"ס ואגב ובקטן לא מהני וכמו שבארנו.

והנה במה שכתב הרמב"ם שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו אינו מבורר למה הוצרך לשני הקנינים לכסף וחזקה, והנה קנין חזקה יש לומר דלא דמי לקנין סודר או קנין אגב שהם קנינים שמחוץ לגופו, אבל קנין חזקה כיון שבגופו החזיק בהקרקע יש לומר דהוי כמו מחזיק בידו במטלטלין, אף דבודאי לא דמי דבמטלטלין מחזיק בכל המטלטלין והכא עשה רק מעשה חזקה מ"מ כיון דשם חזקה ע"ז ועיקר דין חזקה הוא שמוכיח בזה שהוא הבעלים יש לומר דמהני גם בקטן, אלא דמ"מ זה פשוט דחזקה לבד לא מהני כיון דבמכירה עסקינן ולא יוכל הקטן להתחייב בדמי הקרקע בשביל מה שמחזיק בה דכללא הוא שאין מוציאין מיד הקטן בדין, ואין אנו יכולין לחייבו בשביל מעשיו, לכן אנו צריכין גם לזה שנתן הדמים אך מה דלא מהני נתן הדמים לחוד צריך ביאור דהא בפ"ט מוכח דעיקר קנייתן של יתומים הוא בכסף ורק דחוזרין כהדיוט וכמש"כ בהל' ח', וא"כ למה לא מהני כסף בקרקע כיון דמוכח דקנין כסף לא נתמעט ולא הוי בגדר קנינים שמחוץ לגופו, ונראה דצ"ל בכונתו דבזה מהני בודאי משום דכסף לחוד לא מהני במקום שכותבין את השטר, וחזקה לחוד לא מהני בשביל שהקטן לא יוכל להתחייב במעשיו, ולכן כסף וחזקה ביחד מהני אפי' במקום שכותבין את השטר כמבואר בחו"מ ס"ס קצ"ב.

ומה שכתב הרמב"ם שהקטן כמו שאינו בפנינו הוא וזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו, צריך ביאור למה הוצרך להך טעמא כיון שבארנו דמן הדין צריך להיות מועיל קנין כסף וחזקה, ונראה דהרמב"ם בא לחדש כאן עיקר קנינו של הקטן בקרקע דהא לא מצינו שתיקנו חכמים בפעוטות אלא במטלטלין כדתנן בגיטין דף נ"ט מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, וא"כ מנ"ל לומר דלקנות יכול הקטן גם בקרקע דלא כפשטה דמתני' דתנן במטלטלין גם על מקחן, לכן הוצרך הרמב"ם לבאר דקנין הקטן בקרקע זהו מעיקר ד"ת ולא מן התקנה, כיון שזכין לאדם שלא בפניו וכיון שהמוכר מקנה לו היה צריך לזכות מן התורה, אכן בהלכה א' כתב שלשה אין מקחן מקח ואין ממכרן ממכר דין תורה החרש והשוטה והקטן, וכתב ע"ז המ"מ ויש אומרים דקטן זוכה לעצמו

דין תורה בשיש דעת אחרת מקנה, ופשטן של שמועות כדברי המחבר, וזה נראה שדעת רבינו דבמתנה קנה דבר תורה אבל במקח כיון שאין נתינתו בדמים נתינה אף אין מעשיו כלום מן התורה עכ"ל המ"מ, וממילא מבואר דעכשיו דאיכא דין שיכול הקטן להקנות המעות מהני קנייתו גם בקרקע כיון שדעת אחרת מקנה אותו זוכה בהקרקע מד"ת.

ועכשיו מבואר דלא קשה מה שהשיג הראב"ד דאמאי לא מהני שכירות מקום במטלטלין, וכבר כתבנו דכונת הרמב"ם דלא מהני גם מדין אגב, אכן לפימש"כ מבואר דלא מהני מה שכתב הרמב"ם דזכין לאדם שלא בפניו אלא לענין זה דליהוי קנייתו בקרקע משום דעת אחרת, אבל עכ"פ הא צריך שיקנה הקטן בקנין המועיל לו וכיון שסובר הרמב"ם דק"ס וקנין אגב לא מהני לקטן מה מועיל כאן דעת אחרת.

והנה הקצוה"ח בסי' קצ"ד הביא מה שהקשה הגאון מוהרש"ק דאיך כתבו הפוסקים דעכו"ם קונה מדין חצר הא חצר מדין שליחות ואין שליחות לעכו"ם, ורצה להוכיח דבאמת אינו קונה אלא מדין אגב, והקצוה"ח הוכיח מגמ' מפורשת בע"ז דף ע"א דעכו"ם קונה ע"י כליו וקנין כלים הוא מדין חצר, ועיין מש"כ בזה הקצוה"ח והוא דחוק, והנתיבות בסי' ר' כתב דהיכי דעומד בצדו גם בחצר דגברא הוא משום יד, ולכן מיושב בהא דע"ז דמיירי בעומד בצדו ובקטן לא מהני עומד בצדו כיון שאין לו דעת, אבל מדברי הרמב"ם בפי"ז מה' גזלה ואבדה משמע דחצר דגברא תמיד מדין שליחות, ונראה דמזה מוכח שיטתו של הרמב"ם דמה דאין חצר דקטן קונה משום דאין שליחות לקטן הוא בצירוף עם זה דאין הקטן קונה בקנין שמחוץ לגופו, אבל העכו"ם דקונה ע"י קנין סודר כמו שכתבו התוס' בקדושין דף ג' שפיר קונה גם בחצר.

אמנם אפשר לומר דמה דעכו"ם קונה בחצר הוא ממה דנתרבה אצלו קנין משיכה, ועיקר קנין משיכה יש לומר דהוא מגדר הכנסה לרשותו, אלא דגם כשמשך לסימטא נעשה כמו הבאה לרשותו, אך זה תליא בעיקר דין קנין משיכה אם הוא מגדר הכנסת רשות או הוא גדר מעשה קנין, ולפי"מ שבארתי בפ"ב הל' ט', ובפ"ד הל' ד' דלדעת הרמב"ם קנין משיכה הוא גדר מעשה קנין, ולדעת הראב"ד הוא משום הכנסה לרשותו, א"כ מבואר דלדעת הראב"ד יש לומר מה דעכו"ם קונה בחצרו דהוא נלמד מקנין משיכה שריבתה בו תורה, ולדעת הרמב"ם דלא הוי משום הכנסת רשות ע"כ מוכח דמה דעכו"ם קונה ע"י חצר משום דקונה גם בקנינים שחוץ לגופו וכמש"כ.

פרק ל

הלכה א

המוכר שמכר קרקע או מטלטלין וזיכה בהן הלוקח שלא מדעתו יד הלוקח על העליונה, ואם רצה לוקח אין המוכר יכול לחזור בו ואם לא רצה תחזור לבעליה לפיכך כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו.

הנתיבות בסי' קצ"ה כתב ליישב דברי הרמ"א שכתב דלא מהני במכר שלא בפני הלוקח אם לא עשה הלוקח שליח ושניהם יכולים לחזור, וחילק בין אומר זכה לפלוני ובין אומר קנה לפלוני, והוכיח מהא דחולין דף פ"ג דבד' פרקים משחיטין את הטבח בע"כ ומוקי לה בזיכה לו ע"י אחר, ומ"מ שלא בד' פרקים יכול המוכר לחזור, ולא הבנתי דבריו דכמו שהרמב"ם כתב שזיכה לו ה"נ איתא התם בגמ' ואיך נחלק דהכא אמר לו זכה והתם קנה, אבל באמת הדברים פשוטים דהרמב"ם מיירי בסתם מכירה שהוא זבינא מיצעא דאיתא בנדרים דף ל"א דהוא הנאת שניהם, ולכן בסתמא הוי זכות אם לא היכי שמוחה, אבל היכי שהוא חוב כמו בזבינא דרמי על אפיה ודאי לא הוי זכות ולא מהני גם אם יאמר הלוקח אח"כ שהוא מרוצה כיון דלשעתו היה חוב, וראיתי בס' יד המלך בהלכה זו שהוכיח כן אף שהוא פשוט מהא דמזכה גט לאשתו במקום יבם דאי הוי חוב לא מהני מה שתאמר האשה שהיא רוצה, וא"כ התם דאמר בגמ' להדיא דשלא בד' פרקים הוי חוב וטעמא משמע משום דבישרא בבי טבחא שכיחא וא"צ לקנות חלק משור חי, דבבי טבחא יוכל לברור חלק יפה, וכיון דהוי חוב יכול גם המוכר לחזור, ובדברי הרמ"א הנכון כמש"כ הקצוה"ח בסי' רל"ה דדברי הרמב"ם כאן הוא במחלוקת דהרא"ש סובר דדוקא מתנה מהני לזכות ע"י אחר ולא מכר ע"ש שהאריך.

הלכה ב

וכן העבד שקנה או מכר או נתן מתנה או ניתנה לו, יד האדון על העליונה אם רצה לקיים מעשיו הרי אלו קיימין ואם לא רצה בטלו כל מעשיו, ובדברים בלבד הוא שמקיים האדון או מבטל ואינו צריך לקנות ממנו כלום. וכן האשה שמכרה או נתנה מתנה בין בנכסי בעלה בין בנכסי צאן ברזל שהכניסה לו בין בדברים שייחד לה בכתובתה בין בנכסי מלוג בין בקרקעות בין במטלטלין וכן אם לקחה או ניתנה לה מתנה יד הבעל על העליונה ואם רצה לקיים מקיים ואם רצה לבטל מבטל הכל.

כתב המ"מ שכדברי הרמב"ם כתב רב האי גאון בס' המקח בשער ה' אם קנה העבד כלום כ"ז שהוא עבד יהיה רבו ידו על העליונה, אם רצה יתרצה באותו מקח ולא יחזירנו

ויהיה אותו מקח לרבו, ואם לא רצה יחזיר את המקח והמוכר יחזיר לרבו כיון שאין קנין לו בלא רבו עכ"ד, והנה מדברי רה"ג אינו מבואר אלא כשלקח העבד במעות שיש לו שהם של רבו דמה שקנה עבד קנה רבו וכדמוכח מדבריו שכתב והמוכר יחזיר לרבו, אבל כשנתנו לעבד מתנה אין טעם למה יבטל האדון המתנה דאם לא ירצה לזכות בעצמו למה תתבטל לגמרי ולא יזכה גם העבד, וכבר עמד ע"ז האור שמח וכתב דע"כ משום דאין לו יד בעצמו לזכות בלא רבו, וכיון שאין האדון רוצה בהמתנה מבוטלת לגמרי, אבל במה שכתב דגם אם ניתנה לאשה מתנה אם לא רצה הבעל יבטל הכל, בזה תמה דהא יש לאשה יד לקנות מתנה ואין להבעל זכות אלא בפירות ואם אין הבעל רוצה למה יבטל המתנה, וכתב האור שמח דאולי נדחוק דכונת רבינו כשנותן לה עבור הבעל שהוא יזכה בהן או שיאכל מהן הפירות וכיון שלא רצה מתנתה שקבלה בטלה לגמרי דאדעתא דתאכל היא את הפירות לא נתן הנותן את המתנה, ולפי"ז מצי להיות שגם בעבד מיירי רבינו כן, דנותן לו מתנה על דעתיה דרבו וכיון שרבו אינו רוצה המתנה בטלה עכ"ל, ותירוצו דחוק ואינו נראה דהא לא הזכיר הרמב"ם שנתנו להעבד והאשה עבור האדון והבעל, ועיקר טעמא הוא רק משום דמה שקנה עבד קנה רבו כמבואר בדברי המ"מ ובדברי רב האי גאון.

והנה לפי דברי הריטב"א בקדושין דף כ"ג בהא דנותן מתנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו דקנה עבד וקנה רבו דהקשו הראשונים דאמאי לא תתבטל המתנה, וכתב דלשון תנאי אינו אלא ע"מ שתעשה או ע"מ שלא תעשה אבל ע"מ שאין לרבו רשות הוא רק גדר שיור הבאתי דבריו בפ' כ"ג ולפי"ז אם התנה מפורש ע"מ שלא יהי' לרבו רשות בו ואם יהיה לרבו רשות בו לא יהיה מתנה אז צריכה המתנה להתבטל, אלא שגם בזה קשה לבאר דברי הרמב"ם כיון שלא הזכיר שכפל התנאי, וגם שיש לדון ע"פ התירוצים האחרים שהביא הריטב"א ואכמ"ל.

ונראה דדברי הרמב"ם ברורים דכמו שכתב האור שמח דבעבד כיון שאין לו קנין בלא רבו לכן כשנתנו לו והרב אינו רוצה לקבל נתבטלה המתנה ה"נ באשה כיון דתיקנו חכמים שהפירות מנכסי אשתו הוא של הבעל ונמצא דכשנותן מתנה לאשה הוא בעיקר הדין מתנה להבעל על פירות, לכן אם הבעל אינו רוצה לקבל המתנה לא נוכל לומר שתשאר המתנה מתנה והפירות יהיו של האשה דלא עדיף מכותב לאשה דו"ד אין לי בנכסיך דלא מהני אלא קודם נשואין ולא אחר נשואין, א"כ במה שאומר עכשיו שאינו רוצה לקבל הפירות אם זכתה האשה בהפירות ע"כ יזכה הבעל, וכיון שהבעל אינו רוצה לקבל א"כ עיקר המתנה לגבי הפירות בטלה דמתק"ח כל קנין האשה הוא לבעל לפירות,

והבעל הא אינו רוצה שתתקיים המתנה, ונמצא שמחוסר ביאור רק זה למה מתבטלת המתנה גם לגבי האשה בקנין גוף המתנה.

אבל באמת גם זה לא קשה דאף דאם יתן אחד מתנה לשנים שלא בפניהם ויזכה להם ע"י אחר שיקנה אחד גוף ואחד פירות ומקבל הפירות לא ירצה בהמתנה דמסתבר דמ"מ לא תבטל המתנה לגבי זה שהקנה לו הגוף, אבל זהו בשתי מתנות, אבל אם יתן מתנה בסתם לאחד ויזכה לו שלא בפניו, וכשישמע המקבל יאמר מתנת הגוף אני רוצה לקבל והפירות איני רוצה לקבל, בזה נראה לי דלא מהני תנאי של המקבל וכל המתנה בטלה דלחלק הגוף מהפירות זהו רק ע"י שיור של הנותן, אבל אם הנותן נותן בסתם הוא מתנה שלימה גוף ופירות ביחד ולא שיש כאן שתי מתנות, מתנת גוף ומתנת פירות, וכיון שאינו רוצה המקבל בהפירות הרי הוא בהכרח מבטל המתנה דמתנת גוף ביחוד ע"י שיור לא נעשה כלל, ואפי' אם הנותן לא היה מקפיד דעכ"פ מתנת שיור לא נעשה ואין בכח המקבל לחלק המתנה.

ועכשיו נראה דכשנותן מתנה לאשה אין הפי' דיש כאן שתי מתנות מתנת גוף לאשה ומתנת פירות לבעל, אלא דהנותן נתן מתנה שלימה מתנה אחת אלא דחכמים אמרו שיש לו להבעל כל זכות הפירות של האשה, וכיון דכשנאמר דמתנת האשה קיימת ע"כ יזכה הבעל בהפירות, וכיון שהבעל אינו רוצה בהמתנה ולא תוכל להתקיים בעל כרחו ומתנת שיור לא נעשה כאן כלל, לכן בהכרח נתבטלה המתנה לגמרי דהאשה והבעל הם מקבל אחד וכיון שבטל מצד הבעל לגבי הפירות ע"כ בטל גם לגבי קנין הגוף להאשה, ודברי הרמב"ם ברורים.

הלכה ה

בעל שמכר מטלטלין של נכסי צאן ברזל או מטלטלין שנתן לה משלו אע"פ שאינו רשאי אם עבר ומכר או נתן קנו הלקוחות ואין האשה יכולה להוציא מידם, וכן יש לו לבעל למכור כל נכסיו אע"פ שהן תחת יד שעבוד הכתובה, ואם תבוא לטרוף טורפת אא"כ כתבה ללוקח תחלה וקנו מידה.

כתב המ"מ דהרמב"ם מפרש דמה דאיתא ביבמות דף ס"ו המכנסת שום לבעלה אם רצה הבעל למכור לא ימכור לא אמרו אלא לכתחלה, אבל דיעבד מכרו קיים ואינו דומה לקרקע שאינו יכול לכלותו ולהפסידו לגמרי ודעתה סומכת עליה, אבל מטלטלים שהרי הוא יכול לכלותו לגמרי ודאי ממכרו ממכר, והביא ע"ז המ"מ דברי רב האי גאון בספר המקח שער ד' שכתב אבל אם עמד ומכר מעצמו ממכרו ממכר כדגרסינן לא ניתנה כתובה לגבות מחיים, וה"מ במטלטלין הוא דאמרינן ממכרו ממכר אבל מקרקע

לא, עכ"ל והנה המ"מ קיצר כאן יותר מדי דהביא תחילת הברייתא דתניא המכנסת שום לבעלה אם רצה הבעל למכור לא ימכור וכתב ע"ז דלא אמרו אלא לכתחלה ולא הביא מה דתניא סוף הברייתא מכרו שניהם לפרנסה זה היה מעשה לפני רשב"ג ואמר הבעל מוציא מיד הלקוחות, אלא דהרי"ף כתב שם והאי מכרו שניהם לפרנסה דקאמר רשב"ג הבעל מוציא מיד הלקוחות, לא איפשטא שפיר דנעבד בה מעשה, אבל הרמב"ן במלחמות שם כתב על דברי הבעה"מ שחלק על הרי"ף בזה וביאר דברי הרי"ף וז"ל דהך מימרא דרשב"ג דאמר הבעל מוציא מה שמכר הוא עצמו דאלמא אין כאן מכר כלל אלא בטל הוא מעיקרו ודאי לית לה פתרי למפסק בה הלכה דמכירת הבעל בשום שהכניס לה מביתו למה תבטל, [כונתו במה דתניא שם ולא עוד אלא אפי' שום שהכניס לה משלו], בשלמא בשום שהכניסה לו מבית אביה אע"פ שאחריותו עליו כיון שהדין עמה לומר כלי אני נוטלת הדין עמה לבטל מכירתו מעכשיו משום שמא תכסיף, והטעם משום שבח בית אביה אבל שום שהכניס לה דהיינו שדה או מטלטלין שכתב לה אפותיקי לאחריות נדוניתה למה מכרו בטל והלא אמרו גובה משאר נכסים ורשב"ג לטעמיה דאמר בגיטין אשה אינה גובה משאר נכסים, והאריך בזה הרמב"ן ג"כ בספר הזכות בגיטין פ' השולח להשיב על השגת הראב"ד על הרי"ף שם, וקוטב שיטתו הוא דבשום שהכניסה לו מכרו בטל לאלתר, אבל שום שהכניס לה ואפי' באפותיקי מפורש מכרו קיים עד שעה שתבוא לגבות, ולפי דבריו במטלטלין מכרו קיים לעולם דהא עשה שורו אפותיקי ומכרו בע"ח גובה ממנו, אבל זה דוקא באפותיקי, אבל בנצ"ב אין חילוק בין קרקע ומטלטלין.

והנה הגר"א באו"ח סי' רמ"ו ס"ק י"ד כתב בטעם שיטת הרמב"ם דבמטלטלין צ"ב אם עבר ומכר מכרו קיים דהוא עפ"י שיטת הרי"ף דההוא ברייתא דרשב"ג לא ברירא לן דנעבד בה עובדא, ודבריו תמוהים דבעצמו כתב ג"כ דמה דמספקא לן הוא משום דדילמא רשב"ג אזיל לטעמיה מהא דגיטין וכמש"כ הרמב"ן, וא"כ זה מיושב אי הוי ס"ל דגם בקרקע מכרו קיים, אבל הרמב"ם דסובר דבקרקע מכרו בטל לא נוכל לומר דטעמא דרשב"ג משום דאזיל לטעמיה בגיטין ושם לא קיי"ל כמותו דהא בגיטין מיירי בקרקע, ואין טעם לחלק בנצ"ב בין קרקע למטלטלין וכדעת הרמב"ן.

ומה שכתב המ"מ בטעמא דמילתא בשם רה"ג משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים הוא תמוה דא"כ קרקע נמי, ועיינתי בס' המקח וראיתי די"ל שרה"ג אינו סובר דהמקח בטל עכשיו שכתב בשער ד' אות מ"א דיש על האשה לבטל המכר, וללשון זה אפשר דאין המכר בטל מעכשיו והבעל אינו יכול לבטלו והאשה לא תוכל לבטל אלא בשעת גביה, וא"כ דבריו נכונים דמקודם כתב דבמטלטלין אם מכר ממכרו קיים דמדין גביה

שהוא מדין שעבוד ליכא שעבוד אמטלטלין וא"א לומר דמעכשיו המכר בטל דהא לא ניתנה כתובה לגבות מחיים, וע"ז כתב וה"מ במטלטלין אבל במקרקע לא וכו' וזהו מה שכתב אח"כ דבג' שדות דיש בכלל זה נצ"ב דיש על האשה לבטל ממכרו, אבל כ"ז לשיטת רה"ג אבל לשיטת הרמב"ם דבנצ"ב קרקע המכר בטל מעכשיו, א"כ אין נ"מ בין קרקע למטלטלין.

והנה בפכ"ב מה' אישות הל' ט"ו כתב הרמב"ם וכן בעל שמכר קרקע בנכסי אשתו בין נכסי צאן ברזל בין נכסי מלוג לא עשה כלום, וכתב ע"ז הראב"ד לא מצאתי מנכסי צאן ברזל שלא יהא מכרו קיים עד שיבוא לעת הגיבוי אלא רשב"ג ורבנן פליגי עליה בירושלמי פ' אלמנה לכה"ג, והקשה הלח"מ דהראב"ד בעצמו כתב בס' הזכות בפ' השולח דנצ"ב מכרו בטל לאלתר וכתב הלח"מ דכונת הראב"ד הוא ע"פ שיטתו של הרמב"ם בפי"ח מה' מלוה במכר קרקע אפותיקי דדוקא מכרו לעולם אינו מכור, וכתב דהרמב"ם ג"כ סמך על מה שכתב בה' מלוה, ובדעת הרמב"ם ודאי אין לפרש כדבריו דהא בסתמא כתב דבעל שמכר קרקע בנכסי אשתו בין בנצ"ב בין בנ"מ לא עשה כלום, וכן כאן כתב בהל' ג' דכל מה שעשה בטל, ובדברי הראב"ד ג"כ א"א לפרש כדבריו דהראב"ד חלק שם על הרמב"ם ובס' הזכות כתב ג"כ דבאפותיקי מפורש קיי"ל כרשב"ג דמכרו בטל לאלתר ולא חילק בין מכרו לשעה למכרו לעולם, דהראב"ד אינו מפרש מכרו לשעה ומכרו לעולם על אופן המכירה, אלא דהכונה אם מכרו בטל לאלתר או משעת טריפה, וע"ז אמר בירושלמי דמשעת טריפה גם רבנן מודו, וע"כ רשב"ג סובר דגם לשעה אינו מכור ואין זה כלל דרך הראב"ד להשיג על הרמב"ם בסתם ולכוין שלא כפי שיטתו בעצמו.

לכן נראה דבאמת יש כאן שלשה ענינים נפרדים ויש בזה שלש שיטות, דין אחד הוא אפותיקי מפורש, דין ב' הוא הג' שדות, דין ג' הוא נכסי צ"ב, דאף דנכסי צ"ב הם נכללין בדין ג' שדות, מ"מ נ"מ למטלטלין צ"ב, ונבאר בזה שיטות הראשונים ובזה יבואר בפשיטות דעת הרמב"ם והראב"ד והנה בגיטין פ' השולח כתב הראב"ד בס' הזכות דיש שתי מחלוקת בין רבנן ורשב"ג, חדא באפותיקי סתם וזהו מה דאיתא בבבלי שם דרבנן סברי גובין משאר נכסים והיינו שאינם יכולים לגבות כ"ז שיש נכסים לגבות, ורשב"ג סבר דאשה גובה מאפותיקי וא"צ לחזור אחר שאר נכסים, וב' באפותיקי מפורש גבי בע"ח, ובאשה באותן ג' שדות דחכמים סוברים דמכורה לשעה עד שעת גביה, ורשב"ג סבר דבאשה המקח בטל לאלתר, וכתב הראב"ד דבאפותיקי סתם קיי"ל כרבנן, ובאפותיקי מפורש קיי"ל כרשב"ג, כיון דאמר שם דר' יוחנן כרשב"ג, והרמב"ן

כתב ע"ז דהברייתא שבירושלמי דפי' הראב"ד באפותיקי מפורש כתב הרי"ף בתשובה שהוא באפותיקי סתם כההיא דבבלי, ולכן כתב דגם באפותיקי מפורש המקח קיים עד שעת גביה, אבל בנכסי צ"ב כיון דקיי"ל הדין עמה המקח בטל בין בקרקע בין במטלטלין, ובעל המאור סובר בזה כהרמב"ן רק דסובר דמה דאמרינן הדין עמה אינה אלא במטלטלין ולא בקרקע, וכן דעת הרא"ש.

נמצא מבואר דדעת הראב"ד דהעיקר תלוי בדין אפותיקי אלא שסובר דדין ג' שדות הוא כדין אפותיקי אף דבאמת ג' שדות לא דמי לאפותיקי מפורש דהוא לא יהא לך פרעון אלא מזו דבג' שדות איכא אחריות גם על שאר נכסים, ומ"מ סובר דג' שדות כיון דאשה סומכת עליהן ביותר דינם כדין אפותיקי מפורש, ודעת הרמב"ן דאפותיקי אפי' מפורש לא מהני להיות המכר בטל לאלתר, וכן ג' שדות לא מהני, ומה דתנן במתני' לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל זהו רק דהמקח מן האשה בטל שיכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי, אבל מכירת האיש מהני עד שעת גביית האשה, וסובר הרמב"ן דלא אמרינן דהמכר בטל אלא בשדה שהכניסה לו שום משלה דזהו נכסי צאן ברזל, דכיון שאינו יכול הבעל לומר דמים אני נותן והדין עמה משום שבח בית אביה לכן אינו יכול למכרם אפי' לשעה, וה"ה נמי במטלטלין שהכניסה לו צ"ב משלה.

אבל שיטת הרמב"ם מבואר בהל' ג' שכתב אבל הבעל שמכר או נתן בין קרקע שהכניסה לו אשתו בכתובתה או קרקע שהכניס לה שום משלו בין קרקע שייחד לה בכתובתה אע"פ שקנו מיד האשה אחר שקיימה מעשיו הרי כל מה שעשה בטל מפני שהיא אומרת נחת רוח עשיתי לבעלי, ומוכח מדבריו דמה דתנן לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל, דבטל גם מכירתו של האיש, וזהו באותן שלש שדות כדאוקמו בגמ' בב"ב דף נ' וכבר מבואר מחלוקת זו בתוס' שם במה דפריך בגמ' למעוטי מאי אילימא למעוטי שאר נכסים כ"ש דהויא ליה איבה שהקשו על מה שפירש"י בכתובות דף פ"א דמתני' הוא דוקא בג' שדות דהא אמרינן דכ"ש בשאר נכסים, ולכן כתבו בשם ר"י דמקחו בטל הוא רק משעת טריפה וג' שדות לאו למעוטי שאר נכסים, אבל אח"כ כתבו כפירש"י דמקחו בטל משמע לאלתר וזה דוקא בג' שדות, ומה דאמר אי לימא למעוטי שאר נכסים זהו דוקא לענין זה דלא מהני מכירתה, ומבואר דהרמב"ם והרמב"ן חולקים במחלוקת רש"י ותוס', ולשיטת הרמב"ם דוקא שלש שדות אבל אפותיקי לא מהני דלא קיי"ל כרשב"ג והרמב"ם אינו מפרש כפי' רשב"ם דאחת שיחד לה בכתובתה הוא שלאחר נשואין יחד לה אחת משדותיו ועשאה אפותיקי לגבות ממנה כתובתה, דהא כתב להדיא או קרקע שהכניס לה שום משלו, וכן כתב הראב"ד בס' הזכות שהבאנו.

ומבואר דהוא ג' שיטות דדעת הרמב"ם הוא דבג' שדות המכר בטל ולא באפותיקי ולא בנכסי צ"ב אלא דקרקע צ"ב זהו אחת משלש שדות, דזהו שהכניסה לו שום משלה אבל מטלטלין צ"ב אף דהדין עמה לא מהני לבטל המכר דזה לא מהני אלא בשעה שהיא באה לגבות וישנם בעין דמשום שבח בית אביה הדין עמה, אבל לא מהני זה לבטל המכר, וכדעת הרמב"ם מבואר להדיא בס' המקח לרה"ג בשער ד' שכתב וז"ל וה"מ במטלטלין התם הוא דאמרינן ממכרו ממכר וה"נ אמרינן המכנסת שום לבעלה והיא אומרת כלי אני נוטלת וכו', ומבואר דרה"ג למד מהך סוגיא להיפוך מדעת הרמב"ן שלמד מכאן דהמכר בטל, ורה"ג מוכיח להיפוך דדוקא לענין זה הדין עמה שתטלם בשעת גביה אם ישנם אצל הבעל, ודעת הראב"ד דהעיקר תלוי בדין האפותיקי והוא משום דקיי"ל כרשב"ג בברייתא דירושלמי אלא דסובר דג' שדות יש להם דין כמו אפותיקי מפורש.

ובטעמא של הראב"ד נראה דהוא ע"פ דברי הירושלמי דאמר ר' יוחנן כרשב"ג ומוכח דאינו מפרש טעמא דר' יוחנן בצ"ב משום שבח בית אביה, דא"כ לא שייך זה לדין אפותיקי, אלא דסובר הירושלמי דטעמא משום דעיקר סמיכתה על זה והוא לה כמו אפותיקי מפורש וה"נ כל הג' שדות דדמיין להדדי במתני', ומ"מ סובר דבצ"ב אין חילוק בין מטלטלין לקרקע דהא הביא מברייתא דהמכנסת שום לבעלה דמיירי במטלטלין ואף דמגדר אפותיקי קיי"ל עשה שורו אפותיקי ומכרו אין בע"ח גובה ממנו משום דלית ליה קלא, יש לומר דהך סברא הוא דוקא לענין דין גביה והוא בבע"ח, אבל גבי אשה כיון דאלמוה רבנן לומר שאין המקח חל כלל, גם במטלטלין לא מהני מכירתו וכדקיי"ל דהדין עמה ה"נ לא מהני מכירתו, ודעת הרמב"ן והרשב"א הוא דדוקא מטעם שבח בית אביה לא מהני מכירתו והוא בשום שלה, וכן גם דעת הבעה"מ והרא"ש רק דסוברים דזה דוקא במטלטלין ולא בקרקע.

ועכשיו מיושב דעת הרמב"ם דמחלק בין קרקע למטלטלין דכיון דסובר דלא מהני לבטל המכירה אלא משום לתא דג' שדות לא מצינו אלא בקרקע ולא במטלטלין ומבואר ג"כ דברי הגר"א דשפיר כתב דברי הרמב"ן גם לדעת הרמב"ם דמשו"ה לא קיי"ל כרשב"ג משום דרשב"ג אזיל לטעמיה מהא דגיטין והיינו דרשב"ג סובר דהמכר בטל משום לתא דאפותיקי ובזה לא קיי"ל כוותיה, ומה דפסק הרמב"ם בנצ"ב דקרקע דהמכר בטל זה אינו משום לתא דאפותיקי אלא משום לתא דג' שדות וזה אינו אלא בקרקע ולא במטלטלין.

ובזה מיושב גם דברי הראב"ד בהשגתו בפ' כ"ב מהל' אישות דכיון דהרמב"ם מחלק בין קרקע למטלטלין ע"כ כונתו מטעמא דג' שדות, ובזה כתב דלא מצינו שיהא המכר

בטל לאלתר והיינו דמתני' דג' שדות דתנן מקחו בטל לא מוכחא כלל שיהא המקח בטל לאלתר דהא אמר בגמ' דכ"ש שאר נכסים ומוכח דקאי רק לענין זה שהמקח מן האשה בטל, ולא מצינו זה אלא לרשב"ג ורבנן פליגי עליה בירושלמי פ' אלמנה לכה"ג, ומה שכתב אלא רשב"ג ע"כ אין כונתו רק לרשב"ג דירושלמי דבאמת בירושלמי מיירי באפותיקי והרמב"ם דמיירי מנצ"ב הא איכא רשב"ג דבבלי דהמכנסת שום דאמר רשב"ג הבעל מוציא מיד הלקוחות, אלא דכונתו לרשב"ג דאיתא גם בבבלי אלא דרבנן פליגי עליה בירושלמי והוא משום דמוכח שם בירושלמי דדין צ"ב ודין אפותיקי שוה דאמר ר' יוחנן כרשב"ג, וכונתו להשיג במה דחילק הרמב"ם בין קרקע למטלטלין ע"כ משום דמפרש כן מתני' דג' שדות ובזה כתב לא מצאתי מנצ"ב שלא יהא מכרו קיים עד שיבוא לעת הגבוי אלא רשב"ג ורבנן פליגי עליה, וא"כ ממ"נ אי פוסק כרשב"ג אפי' מטלטלין נמי כדאמר להדיא ואי סבר כרבנן א"כ אפי' קרקע צ"ב נמי אין המכר בטל, אבל הראב"ד בעצמו סובר כרשב"ג וגם במטלטלין המכר בטל.

והנה הגר"א בחו"מ סי' קי"ז כתב על מה שחילק שם הרמב"ם באפותיקי בין מכרה לשעה למכרה לעולם דהוא ע"פ דברי הירושלמי דיבמות וכתב הגר"א דאף דאמר שם דר' יוחנן כרשב"ג מ"מ פסק הרמב"ם כת"ק משום דבירושלמי דשביעית פליגי ר' אחא ור' יוסי אליבא דת"ק, וקשה דמשמע מדבריו דהרמב"ם לא יסבור כר' יוחנן, ובאמת הא ר' יוחנן מיירי בנצ"ב ובנצ"ב סובר גם הרמב"ם דלא מהני מכירה בקרקע ולענין זה צ"ל עבדי כמקרקע כמו בעשה עבדו אפותיקי, אך לפי"מ שבארנו יש לומר דר' יוחנן בירושלמי דסבר דמשום זה דאינן מכורין היה צ"ל דלא יאכלו העבדים בתרומה דאמר שם משלך נתנו לך ע"ש מוכח דסובר דהוא משום גדר קנין ומשום זה אמר דר' יוחנן כרשב"ג דסבר הכי גם באופתיקי ומשום גדר קנין ולכן סובר כן גם במטלטלין ובזה לא קיי"ל כרשב"ג ולא כר' יוחנן, ומה דפסק הרמב"ם דבקרקע צ"ב לא מהני מכירתו זהו רק משום הא דג' שדות והוא רק מדין תקנה אבל לא מדין קנין, ולכן לסוגיא דבבלי ביבמות אוכלין העבדים בתרומה מדין צ"ב ע"ש וקצרתי בזה.

ועכשיו נבוא לדברי המ"מ שכתב בטעמו של הרמב"ם ע"פ דברי רה"ג משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים והקשינו דא"כ קרקע נמי, ולדעת רה"ג מיושב דאפשר דסובר גם בקרקע אין המקח בטל לאלתר, והיה נראה לומר דהמ"מ הביא דברי רה"ג דגם בנצ"ב אמרינן דמשום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים מהני מכירתו במטלטלין דזהו דלא כפירש"י בכתובות דף מ"ז בהא דתניא וקבורתה תחת כתובתה ופי' רש"י דהוא תחת נדוניתה שהבעל יורשה, ולפי"ז כל ימי חייה הנדוניא שלה בתורת ודאי וא"כ היה

צ"ל דלמפרע היא גובה כיון דאין הבעל יכול לסלקה בזוזי ולכן לא תועיל מכירתו גם במטלטלין, לכן הביא מדברי רה"ג דנדוניא דין כתובה לה דלא ניתנה לגבות מחיים, ומתחלה ע"מ כן הכניסה לו בתורת ספק, ומה דתניא וקבורתה תחת כתובתה זהו דע"מ כן הכניסה לו הנדוניא, וכיון דעיקר החוב אינו מחיים לא אמרינן בזה למפרע היא גובה, ואף דהוא גמ' מפורשת בכתובות דף פ"א דאמרינן לא ניתנה כתובה לגבות מחיים לענין נדוניא אבל לרש"י לשיטתו אין ראיה דפירש שם לענין מנה ומאתים ע"ש בפירש"י, בד"ה אח אני יורש, ובתוס' שם ד"ה ולימא, אלא דקשה דהא אביי סבר למפרע הוא גובה ומ"מ מודה דבמטלטלין ליכא שעבוד, ואולי דבמטלטלין גם לאביי מהני הא דיכול לסלקו בזוזי, אבל היכי דאינו יכול לסלקו בזוזי גם במטלטלין לא מהני מכירה ומ"מ אינו מוכרח.

לכן נראה לפימש"כ דאם היה הטעם מה דהמכר בטל משום דיש להאשה דין קנין בהנכסים של צ"ב ודאי דשייך לומר כן גם במטלטלין, ולזה הביא דברי רה"ג דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים והיינו דגם נצ"ב כ"ז שהבעל חי הם של הבעל לגמרי, ואין דין להאשה אלא לגבותם כשתתאלמן או תתגרש ורק הדין עמה ליטלם בעצמם משום שבח בית אביה, ומה דהמכר בטל בקרקע אינו אלא מטעם ג' שדות והוא ע"כ מתק"ח ולא מדין קנין, ולכן ודאי דאין דין ג' שדות אלא בקרקע ולא במטלטלין וכמו שכתבנו.