הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

# חושן אהרן חלק ב

הרב אהרן וואלקין

**ספריית אור ברסלב** · or-breslev.co.il

# חושן אהרן חלק ב

הרב אהרן וואלקין

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

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/חושן-אהרן-חלק-ב/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

# תוכן העניינים


**הלכות ערב** ..... 6
סימן קל ..... 6
סימן קלא ..... 6
סימן קלב ..... 7
**הלכות חזקת מטלטלין** ..... 10
סימן קלג ..... 10
סימן קלד ..... 12
סימן קלה ..... 12
סימן קלו ..... 13
סימן קלז ..... 15
סימן קלח ..... 15
סימן קלט ..... 28
**הלכות חזקת קרקעות** ..... 30
סימן קמ ..... 30
סימן קמא ..... 35
סימן קמב ..... 39
סימן קמג ..... 42
סימן קמד ..... 45
סימן קמה ..... 47
סימן קמו ..... 48
סימן קמז ..... 54
סימן קמח ..... 55
סימן קמט ..... 58
סימן קנ ..... 68
סימן קנא ..... 70
סימן קנב ..... 70
**הלכות נזקי שכנים** ..... 72
סימן קנג ..... 72
סימן קנד ..... 77
סימן קנה ..... 83
סימן קנו ..... 96
**הלכות שותפים בקרקע** ..... 97
סימן קנז ..... 97
סימן קנט ..... 103
סימן קס ..... 104
סימן קסא ..... 105
סימן קסב ..... 105
סימן קסג ..... 106
סימן קסד ..... 108
סימן קסו ..... 110
סימן קסז ..... 111
סימן קע ..... 111
**הלכות חלוקת שותפות** ..... 112
סימן קעא ..... 112
סימן קעד ..... 115
**הלכות מצרנות** ..... 115
סימן קעה ..... 115
**הלכות שותפים** ..... 118
סימן קעו ..... 118
סימן קעז ..... 120
**הלכות שלוחין** ..... 120
סימן קפב ..... 120
סימן קפג ..... 147
סימן קפה ..... 151
סימן קפח ..... 151
**הלכות מקח וממכר** ..... 152
סימן קפט ..... 152
סימן קצ ..... 155
סימן קצא ..... 163
סימן קצב ..... 164
סימן קצד ..... 167
סימן קצה ..... 168

סימן קצו ..... 187
סימן קצז ..... 191
סימן קצח ..... 199
סימן קצט ..... 218
סימן ר ..... 221
סימן רא ..... 235
סימן רב ..... 238
סימן רג ..... 248
סימן רד ..... 255
סימן רה ..... 262
סימן רו ..... 267
סימן רז ..... 267
סימן רח ..... 284
סימן רט ..... 285
סימן רי ..... 296
סימן ריא ..... 296
סימן ריב ..... 312
סימן רטז ..... 315
סימן רכ ..... 316
סימן רכב ..... 316
סימן רכג ..... 318
סימן רכד ..... 324
סימן רכה ..... 325
סימן רכו ..... 327
**הלכות אונאה ומקח טעות** ..... 328
סימן רכז ..... 328
סימן רכח ..... 357
סימן רל ..... 358
סימן רלב ..... 358
סימן רלה ..... 365
סימן רלו ..... 365
סימן רמ ..... 366
**חלק שלישי** ..... 370
הלכות מתנה ..... 370
הלכות מתנת שכיב מרע ..... 385
הלכות אבידה ומציאה ..... 404
הלכות פריקה וטעינה ..... 486
הלכות הפקר ונכסי הגר ..... 493
הלכות נחלות ..... 499
הלכות אפוטרופוס ..... 505
הלכות פקדון ..... 511
הלכות שומר שכר ..... 562
הלכות אומנים ..... 565
הלכות שוכר ..... 578
הלכות חכירה וקבלנות ..... 603
הלכות שכירות פועלים ..... 607
הלכות שאלה ..... 635
הלכות גניבה ..... 657
הלכות גזילה ..... 687
הלכות נזיקין ..... 724
הלכות מאבד ממון חבירו בידים ..... 739
הלכות נזקי ממון ..... 741
הלכות חובל בחבירו ..... 837
**פסקי בעל הבתים** ..... 854
הלכות הרשאה ..... 854
הלכות שותפים ..... 862
הלכות שלוחין ..... 862
הלכות מקח וממכר ..... 863
הלכות אונאה ומקח טעות ..... 875
**פסקי בעל הבתים** ..... 877
סימן רמא ..... 877
סימן רמג ..... 877
סימן רמה ..... 877
סימן רנ ..... 877

סימן רנה ..... 878
סימן רנז ..... 878
סימן רנח ..... 878
סימן רנט ..... 878
סימן רס ..... 878
סימן רסב ..... 878
סימן רסג ..... 879
סימן רסד ..... 879
סימן רסח ..... 880
סימן רסט ..... 880
סימן רע ..... 880
סימן רעא ..... 880
סימן רעב ..... 880
סימן רעג ..... 881
סימן רעו ..... 881
סימן רעח ..... 881
סימן רפה ..... 881
סימן רצ ..... 881
סימן רצא ..... 882
סימן רצב ..... 883
סימן רצג ..... 883
סימן רצד ..... 883
סימן רצה ..... 883
סימן רצו ..... 884
סימן שג ..... 884
סימן שד ..... 884
סימן שו ..... 884
סימן שז ..... 885
סימן שט ..... 885
סימן שי ..... 885
סימן שיב ..... 885
סימן שיג ..... 886
סימן שכח ..... 886
סימן שלא ..... 887
סימן שלג ..... 887
סימן שלד ..... 887
סימן שלז ..... 887
סימן שלח ..... 888
סימן שלט ..... 888
סימן שמ ..... 889
סימן שמג ..... 889
סימן שמה ..... 889
סימן שמח ..... 890
סימן שנ ..... 890
סימן שנא ..... 890
סימן שנד ..... 890
סימן שנח ..... 891
סימן שנט ..... 891
סימן שס ..... 891
סימן שסא ..... 891
סימן שסג ..... 891
סימן שסז ..... 892
סימן שעא ..... 892
סימן שעג ..... 892
סימן שפו ..... 893
סימן שפח ..... 893
סימן שפט ..... 893
סימן שצ ..... 894
סימן שצא ..... 894

# הלכות ערב

## סימן קל

סעיף א' **במחבר** ערב וכו' אם פרעו קודם שנודע, הסמ"ע שר כתב דבמלוה ע"פ מיירי הכא דאילו היה שטר ביד המלוה מיחשב כנודע שלא פרע, והב"ח כתב דהוה"ד מלוה בשטר אם הלוה מברר שפרע שיש לו שובר וכ"כ הש"ך, והט"ז כתב דאף שיש בידו שובר, מ"מ עכ"פ הערב היה חייב כל זמן שהיה השטר ביד המלוה ולא היה יכול לדחותו שמא יש שובר כמ"ש הב"י (סי' קכ"ט סט"ו) וא"כ ודאי חייב הלוה לשלם לערב בזה, דאף דערב פרע בחנם להמלוה מ"מ הלוה חייב לפצותו אף מהעלילה שבא עליו כמבואר (בסי' קל"א סעיף ז'), אלא דהשער המשפט הקשה על הט"ז מדברי התוס' בב"ב (ס"פ גט פשוט) גבי ההוא ערבא דיתמי דפרעי' למלוה מקמי דאודעינהו ליתמי ואמר התם רב פפא דאין היתומים צריכים לשלם לערב משום דחיישינן לצררי, וכתבו התוס' שם בד"ה מקמי דאודעינהו ליתמי מיהר לפרוע מקמי שהודיעם דאם הודיעם שמא היו פורעים מעצמם, מיהו אם לא היו רוצים לפרוע נפרע מן הערב דהוה כאין לו נכסים כיון שהיתומים קטנים ולא מצי לגבות מינייהו, ולדברי הט"ז קשה טובא דהא התוס' שם בד"ה ואם כתב התקבלתי הוכיחו דלא חיישינן אף ביתומים קטנים שהתפיס צררי לערב רק דחיישינן שמא התפיס למלוה ע"ש, וא"כ אמאי ס"ל לרב פפא דאין היתומים צריכים לשלם לערב משום דחיישינן שמא התפיס אביהם צררי למלוה, נהי דהאמת כן הוא מ"מ כיון דדינא הוא שהמלוה גובה מהערב אף שהיתומים קטנים א"כ עליה דסמי רמיא לפצות הערב שלא יגיע לו היזק אף בעלילה כמו בהיה שובר ביד הלוה והערב פרע למלוה דחייב הלוה לשלם לערב לדברי הט"ז, ואין מזה תפיסה כל כך על הט"ז דכמה ראשונים בשמ"ק שם והרמ"ה מפרשי באמת דהתם מערי בע"כ דהחשש הוא שמא התפיס צררי לערב ולא למלוה ע"ש היטב:

## סימן קלא

סעיף ב' **במחבר** האומר לחבירו ערבת לי והוא חומר לא ערבתי וכו', והנה בשעה"מ כתב דהוה"ד אם אומר לחבירו ערבת לי בתורת ערבות קבלנות ואין אני רוצה לטרוח לגבות מן הלוה והלה אומר לא הייתי אלא ערב סתם ויש נכסים ללוה ותגבה מן הלוה עצמו דבכה"ג נמי צריך הלה לישבע שלא היה אלא ערב סתם ולא אמרינן דלא הוה כפירת ממון כיון שיכול לגבות מן הלוה עצמו דחסרון טרחא הוה נמי כממון גמור, וראיה לזה מב"ק (דף ק"ח) בנגנבה באונס והוכר הגנב אמר אביי אם שומר חנם הוא

רצה עושה עמו דין רצה נשבע ופרש"י דהוכר הגנב ויכול לכופו ולהוציא ממנו רצה נשבע והבעלים יפרעו מן הגנב רצה עושה עמו דין ומשלם לבעלים והוא יפרע מן הגנב וכו', הרי לאביי דסובר דשומר חנם א"צ לטרוח להוציא מן הגנב אם לא פשע, מ"מ צריך לישבע אם אינו רוצה לטרוח להוציא מן הגנב כדקאמר רצה נשבע, אלמא אף שאין כאן חילוק אלא מי יטריח להוציא הממון מן הגנב דהא הבעלים יכולים נמי להוציא הממון מן הגנב, ואפ"ה צריך השומר חנם לישבע שלא פשע אף שאין כאן כפירת ממון גמור, וא"כ הוה"ד לענין ערבות כיון שהוא טוען אתה צריך לשלם לי והלה טוען תגבה מן הלוה עצמו חייב לישבע היסת או שבועה דאורייתא אם מודה במקצת, ויש לדחות ראיה זאת, חדא דהתם דמיירי בגנב דרגילות שהוא אלם ובע"ד קשה, משו"ה הוה שפיר קפידא מי שיטרח לדון עמו, והכי דייק לשון הרשב"א שם וז"ל ומסתברא דעושה דין עם הגנב קאמר, כלומר שחייב לטרוח ולדון עם הגנב משום דלעתים הגנב אלים וקשה ואין הבעלים רוצים לטרוח ולדון עמו עכ"ל, וכ"כ בשמ"ק ע"ש הראב"ד וז"ל עושה עמו דין השומר עם הגנב ולא יטרחו בעלים לדון עם הגנב והענין שהגנב קשה להו להוציא ממנו וכו' עכ"ל, הרי משמע שדוקא בגנב משום דסתמא אלם הוא הוה זה קפידא, משא"כ באינש דעלמא באמת לא חשיב זה קפידא ליטרח ולדון, וכמו בערב מה לו למלוה אם ידון עם הערב או עם הלוה, סוף סוף הוא בא לידי טרחת ב"ד, דהא חזינן דהערב אין משלם מרצונו בלא ב"ד א"כ מה קפידה יש אם יבא לב"ד עם הלוה או הערב, ולכן לא חשיב זה כפירת ממון, ובפשוטו י"ל דהתם מיירי כשאין להגנב ממה לשלם ולכן הוה נ"מ גדולה לשומר דנשבע ונפטר והבעלים לא ישתלמו מן הגנב, וכ"ה בשמ"ק שם בשם גאון וז"ל ואם רצה דאין לו לגנב כלום לשלם נשבע שומר ופטור, משא"כ בנ"ד שגם ללוה יש לשלם בכה"ג אין שום קפידא ויכול הערב לדחות למלוה שיגבה מן הלוה וא"צ לישבע ע"ז דלא חשיב זה כפירת ממון כלל, כיון דגם הערב אין משלם מרצונו והולך עמו לב"ד, א"כ מה קפידה למלוה אם ילך לגבות מן הלוה גופא כיון דגם ללוה יש ממה לשלם וגם אינו איש אלם טפי מן הערב מה קפידה יש בזה ופשוט דבכה"ג לא מקרי כפירת ממון כלל וא"צ לישבע כן נ"ל:

## סימן קלב

סעיף א' **במחבר** אבל קטן שחייב לאחרים אינו חייב שלם, והמ"מ (פכ"ו מהלכות מלוה) כתב טעם דלא דמי למתנתו שהיא קיימת במטלטלין היינו משום דערבות הוא אסמכתא אם לא מפני שכיון שהלוהו על אמונתו גמר ומשעבד נפשיה ואין לקטן דעת כדי לשעבד עצמו בזה עכ"ל, ולפ"ז אם אחד ערב לקטן שהלוה לאחרים דלא שייך טעם זה משתעבד,

ונהי דבקטן מיהו יש לומר דלא מהני עפמ"ש המחבר לקמן (סי' רמ"ג) דמי שמתחייב לקטן בין בשטר בין בקנין כיון שאין אותו דבר תחת ידו דהקטן אינו זוכה בו אא"כ זיכהו ע"י אחר, א"כ ה"נ בערב לקטן אף דגמר ומשעבד נפשי' מ"מ אינו זוכה בו הקטן, וכ"כ אמנם השעה"מ בפשיטות דבערב לקטן לא מהני אפי' לטעם המ"מ משום דאינו זוכה בו הקטן, אבל אכתי בקטנה דמי שמתחייב לקטנה מהני כמ"ש הקצוה"ח לקמן (סי' רמ"ג) דמ"ש המחבר דמי שמתחייב לקטן לא מהני כיון שאין הדבר תחת ידו, היינו דוקא בקטן אבל בקטנה מהני ע"ש טעמו, וא"כ כשערב לקטנה מהני, ויותר נ"ל דאפי' כשערב לקטן נמי מהני, דלא דמי כלל להההיא דסי' רמ"ג, דהתם מיירי כשהקטן צריך לזכות באותו חפץ וכגון במתחייב למכור או לתת איזה חפץ לקטן בזה אמרינן דקטן לא יוכל לזכות בשום קנין אחר אם החפץ אינו תחת ידו, וממילא בטל ההתחייבות, משא"כ בחיוב דערבות דהקטן א"צ לזכות מאומה בזה, ורק הערב הוא דמתחייב לשלם לו כשלא ישלם הלוה, ומצד הערב מועיל ההתחייבות בכל קנין שהוא, דכיון שנתחייב בערבות מחויב תו לשלם בדין תורה, ועיין היטב מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' צ"ו) בארוכה בכיו"ב:

**והנה** השער המשפט נתן טעם אחר דלכך קטן שערב לאחרים אינו משתעבד עפמ"ש הרשב"ם (ב"ב דקע"ג ע"ב) על מה דאמרינן בש"ס דטעמא דערב משום בההוא הנאה דלא מהימן לי' גמר ומשעבד נפשי' כתב וז"ל גמר ומשעבד בלב שלם ושליחותא דערב קא עבד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה עכ"ל, וכיון דבערבות בעינן שליחות, וא"כ בערב לקטן כיון דאין שליחות לקטן לא אנן לדידהו ולא הם לדידן אינו שייך לגביה חיוב ערבות דלא עדיף ערבות משליחות גמור, ואף הערב לעכו"ם אינו מתחייב מדינא כיון דאין שליחות לעכו"ם אלא דעכו"ם לא ציית דינא דידן ע"ש, ולענ"ד יש לדון בדין זה מכמה טעמים, חדא דהא כתב הרא"ש (פ"ק דקדושין די"ט) דמשו"ה באומר אב לבתו קטנה צאי וקבלי קדושיך דמהני קבלתה מדין שליחות ואע"ג דאין שליחות לקטן היינו דוקא כשבא לזכות לאחר אבל היכי דהשליחות הוה לטובת וזכות הקטן מהני ע"ש, וא"כ ה"נ דהשליחות הוא בשביל טובת הקטן דעי"ז מתחייב זה בערבות ובכה"ג יש שליח, אלא די"ל דלא דמי להתם דע"י השליחות מגיט הנאה ממש להקטנה, דמקבלת וזוכית בקדושיה ובא לה הנאה גמורה, דאם לא מהני השליחות היתה צריכה להחזיר הכסף שקיבלה, ועתה נשאר הכסף בידה, ובכה"ג דמגיע לה הנאה ממש מהני השליחות, משא"כ הכא דהשליחות הציל לקטן רק מהפסד, דאילו לא מהני השליחות ולא נתחייב הערב היה אחריות ההלואה על הקטן, ואי נימא דיש שליחות, חייב הערב, ואין כאן

הנאה גמורה יותר מאילו לא הלוה כלל, ורק מן ההפסד הוא דמצילו, ובכה"ג אפשר דלא מיקרי הנאה להיות מועיל השליחות, והכי משמע מדברי הרא"ש גופא שם ד"ט שכתב את סברתו בקצת הוספה שכתב וז"ל הלכך נ"ל דהא דאין שליחות לקטן היינו כשעושה שליח לזכות לאחר דמיעוטא דקטן משליחות היינו מקרא שכתוב בגט ותרומה ופסח והיינו דוקא לאחר בשליחותו אבל בקדושי קטנה שהיא זוכה לעצמה בשליחות אביה מהני שליחותה לעצמה כאילו קיבל אביה קדושין בשבילה דקטן אית לי' זכייה כשדעת אחרת מקנה לו וכו' עכ"ל, ומדהוסיף טעם דקטן אית לי' זכייה בדעת אחרת מקנה, לא שייך זה כ"א היכי שזוכית ממש משא"כ בערב שאין זוכה הקטן כלום ולכן אע"ג דטובה היא לגביה אפ"ה לא מהני, ועוד היה מקום לדון בזה דלא אימעיט קטן משליחות כ"א בדבר המוטל על המשלח לעשותו וכמו הפרשת תרומה דמוטל המצוה על בעה"ב להפריש תרומה, אלא דאפ"ה שליח נמי מהני משום דשליחו של אדם כמותו, וכיון דבעינן בזה שליחות ושיהא השליח כמותו בזה אמרינן דקטן לא מהני להיות כמותו, אבל בכה"ג דהלואת המעות אטו שליחות בעינן בזה, וכיון דע"י דבורו של ערב הלוה זה נתחייב הערב, ובזה י"ל שגם קטן מהני כיון דלא בעינן בזה שליחות ורק מעשה קוף קא עביד דמוסר המעות ע"י צוויו של הערב, ועיין מה שהארכתי בחבורי לגיטין דס"ד: ליישב בזה קושית התוס' שם גבי הא דאמרו שם דקטן מצי לזכות העירוב עבור אחרים, והקשו מתוס' הא זכייה הוא מטעם שליחות ואין שליחות לחטן, וכתבתי נמי לתרץ דשליחות של זכייה כיון דאין הדבר מוטל על הזוכה רק מעצמו הוא זוכה ונעשית שלו, בהא לא בעינן רק שיהא שלוחו לזכות עבורו כמו חצר הזוכה, דבודאי לא אמרינן שהחצר הוא כמותו ממש, רק שליח לזכות הוא ובכה"ג אפי' קטן נעשה שליח ועיין מה שכתבתי שם באריכות, אכן אכתי יש לחלק דלא דמי לזכייה דהתם ודאי דלא בעינן שיהא השליח כמותו כיון דלא מוטל על המשלח שום דבר בפועל, משא"כ הכא בערב אטו המלוה זוכה בזה שום דבר עבור הערב, ורק אמרינן דמה שמלוה הוא המעות חשוב כאילו הערב בעצמו הלוה זה, וא"כ אכתי בעינן שהמלוה יהא חשוב כמותו של הערב, וזה לא שייך בקטן דקטן לא יוכל להיות כמותו, ומ"ש מהשולח הבעירה ביד קטן דפטור נמי משום דאין שליחות לקטן כיון דהחיוב יוכל לבוא רק אם נימא דפעולת הקטן חשוב כפעולת המשלח וזה לא אמרינן בקטן, וה"נ בערב כוותי' כיון דהחיוב לא יוכל לבוא רק אי נימא דהמלוה הקטן חשוב כפעולת הערב וכאילו הוא עצמו הלוה וזה לא שייך בקטן וצ"ע:

# הלכות חזקת מטלטלין

## סימן קלג

סעיף א' **במחבר** כל דבר המטלטל שהוא ביד האדם זכי', וכתב הקצוה"ח דמיד קטן מוציאין דלא שייך גבי קטן חזקה דכל מה שתחת ידו הוא שלו, והוכיח זה ממ"ש המ"מ (פי"ג מהלכות טוען) דחש"ו אין אכילתם ראיה, וכתב המ"מ לפי שאין טענתן כשאר בני אדם ואין מקחן מקח דבר תורה וכיון שהחסרון הוא משום דלאו טענה הוא א"כ גם במטלטלין נמי דטענה בעי בהו דלא הוה חזקה, ועיין בנתיבות שהשיג עליו דאף דלאו בני טענה הם מ"מ לא גרע מגדול שלא בפניו דאם טענינן להו להחזיק מה שנמצא תחת ידם ע"ש, ולא אבין השגה זאת דמה דהוא הבין דאמרינן קטן לאו בר טענתא הוא משום דלא ידעי למיטען ולזה הקשו שפיר דמ"ש מגדול שלא בפניו דאנן טענינן, אבל באמת אין הכוונה כן, אלא משום דאפי' אי טעין לפנינו נמי לאו כלום הוא דכיון דמעשה קטן לאו כלום וא"כ כי טעין ואמר שקנה, הרי הוא מודה שלא קנה כלום והראיה דהא בקטן הבא מכת אביו וכגון שאכלה האב שנה והב שנתיים גם הרמב"ם סובר דהוה חזקה וכמ"ש המ"ח שם ובפי"ב מהלכות טוען ואי דהכוונה הוא משום דקטן לא ידע לטעון, א"כ אפי' כי אתי מכח האב מאי הוה אע"כ דהכוונה הוא משום דאין מעשה הקטן כלום, וא"כ בגדול שלא בפניו כיון דמעשהו קיים, ורק איננו פה לטעון, בזה טענינן גם שלא בפניו נמי, אבל בקטן ממש דאפי' אי טעון לפנינו נמי לא מהני אים אפילו במטלטלי נמי לא מהני מיהו בעיקר היסוד של הקצוה"ח לאו דבר פשוט הוא שחזקת קטן לאו כלום הוא אפי' בקרקע, דהא הרמב"ן ורשב"א סברי דחזקת קטן הוה חזקה אפי' בקרקע וכמ"ש המ"מ שם ובשמ"ק (ב"ב דמ"ב) ע"ש. ואפי' לשיטת הרמב"ם דבקרקע אין חזקתן ראיה, י"ל נמי דשמא לא דמי קרקע למטלטלין וכחילוק הנה"ם, לזה לדינא צ"ע אם אפשר לסמוך על הקצוה"ח בזה:

סעיף ב' **במחבר** ואם אמר לו אל תחזור אלא בעדים והוא אומר החזרתיו לך נאמן במיגו דנאנסו, עיין ש"ך סק"ב שהוכיח מדברי התוס' (ב"ב דמ"ה) דאין נאמן במיגו דנאנסו כיון שהתרה בו שלא יחזיר אלא בעדים הוה כאן סהדי שלא פרע ולית לו מיגו, והתומים תמה ע"ז דהא אפילו כשהפקיד בשטר מהימן במיגו, מכ"ש באל וחזיר, והתוס' לא כתבו רק למאן דסובר דלא מהימן בשטר במיגו, אבל לדידן דקיי"ל דאפילו בשטר נאמן אע"ג דאיכא נמי אנן סהדי דשטרך בידי מה בעי, א"ש מכ"ש באל תחזיר, והלא שטר הוה יותר מאומר רק בע"פ אל תחזיר ע"ש, ומאוד תמוהים דבריו, דהא מפורש איתא ברמב"ם בפיה"מ (שבועות פ' שבועת הדיינין) דבשטר מהימן לומר החזרתי בשבועה דאורייתא

במיגו דנאנסו ובאל תחזיר אינו נאמן לומר החזרתיו, ובע"כ דהיכי שהתרה לו להדיא אל תחזיר גרע מאומדנא דשטרך בידי מאי בעי ובטוען לקוח הוא אי מהימן היכי שאמר לו אל תחזיר כתב הדרישה דבלקוח כו"ע מודים דאינו נאמן, והשער המשפט האריך לפרש דבריו והחליט כהדרישה דבלקוח אינו נאמן לכו"ע ע"ש, אכן באמת בזה מסתברים מאוד דברי הקצוה"ח דלקוח לא הוה כחזרה ואין זה נגד התנאי דהתנאי לא היה כ"א על החזרה, אבל לקוח אינו נגד התנאי ומהימן שפיר במיגו ע"ז ודו"ק היטב:

סעיף ד' **בש"ך** ס"ק ז' או שמא החזירו לו בפני עדים אחרים וכו' או שמא נתן לו כתב יד וכו', עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (ס' ע"א סעי"ז) מזה:

סעיף ו' **במחבר** אבל אם טוען גנבים הם ממני אינו נאמן, הטעם דחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ואף במיגו דשאלה ושכירות לא מחזקינן בגנבי, והוה"ד באומר גזולים הם ממני אינו נאמן מהאי טעמא, וכן מבואר להדיא בריטב"א (שבועות פ' כל הנשבעין) דבגזולים נמי אינו נאמן, וראיתי בשער המשפט שהקשה ע"ז מסוגיא (ב"מ דקט"ז) ההוא גברא דחבל סכינא דאשכבתא מחברי' אתא לקמי' דאביי א"ל זיל אהדרי' דהו"ל כלי אוכל נפש ותא קום בדינא עלי' רבא אמר לא צריך למיקם בדינא עלה ויכול לטעון עד כדי דמיהם ופריך ואביי לית לי' האי סברא מאי שנא מהנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא ואתא מרי דחושלא ומפום ברי וקטעין טובא ואמר אבוה דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהם ומשני התם לאו מידי דעבדי לאושלי ולאוגורי הוא הכא מידי דעבוד לאושלי' ולאגורי הוא דשלח רב הונא בר אבין דברים העשויים להשאול ולהשכיר ואמר לקוחין הם בידי אינו נאמן ופריך ורבא לית לי' האי סברא והא רבא אפיק זוגא דסרבלי כו' ומשני אמרי לך רבא האי נמי כיון דמיפגמא קפדי אינשי ולא מושלי, ואי אמרת דבדברים העשויין להשאיל כי טעין גנובים או גזולים אינו נאמן אכתי קשה לאביי אמאי אמר קום בדינא עליו וגם למה לי' לרמא לשנויי כיון דמיפגמא קפדי אינשי ולא מושלי, הא כיון שזה הבעה"ב טוען שאינו חייב שלום להחוטף א"כ הוה החוטף גזלן גדור לדידיה וטוען שגזלו ממנו וא"כ כי יטעון החוטף שלקחו ממנו יהיה נאמן אף בדברים העשויים להשאיל דהא' אחזוקי אינשי בגזלנא לא מחזקינן וא"כ איכא מיגו מעליא להחוטף כיון שהבעה"ב טען גזולים, ותי' דהתם שאני כיון דאפי' בשביל חובו אסור לחטוף בעצמו משכון מחבירו והחוטף נקרא גזלן כמבואר לקמן (סי' שנ"ט), וא"כ גם לדברי החוטף עצמו שטוען שתפס בחובו נעשה גזלן, ונמצא דלא הבעה"ב עושה והחזיק אותו בגזלן, אלא הוא עצמו מחזיק נפשי' בגזלן, ולכן שפיר מהיוו בעה"ב לומר שחטף ממנו במיגו דהשאלתים, והנה תירוצו עולה יפה רק לשיטת הסמ"ע דלקמן (סי' שנ"ט) דהחוטף

בעצמו משכון הוה גזלן גמור ופסול לעדות ושבועה, אבל לשיטת הש"ך דפסול לא נעשה בזה דלא משמע לאינשי איסורא בהכי אין תירוצו כלום, דלדברי החוטף שמגיע לו ממון וחטף בשביל החוב לא נעשה גזלן, ולדברי בעה"ב הוה גזלן גמור, וע"ז אינו נאמן אפי' במיגו, ועוד דדבריו מופרכים מדבריו גופייהו דהא הוא העלה לעיל (סי' ד') דהיכי שכופר לו חובו רשאי לתפוס בעצמו כדי שיהא נאמן במיגו דלא חטפתי והא דאסור לתפוס בעצמו היינו היכי שהלה אינו כופר ויכול לגבות ע"י ב"ד ע"ש, א"כ התם בעובדא דב"מ דהלה כופר ותפס כדי שיהא נאמן לא הוה גזלן כלל, וקושיתו נראה ליישב בפשוטו, דהא דאמרינן דאינו נאמן לטעון גזולים וגנובים היינו כשהנתבע אינו מודה כלל בחטיפה וטוען לקוחים הם בידו, אבל בשגם הנתבע מודה שבאמת חטף, ורק שמורה כלו היתר שתופס הוא זה בעד חובו שמגיע לו, ובכה"ג לא שייך לומר דבמה שטוען הבעה"ב שחטף מחזיק לחבירו בגזלן, דהא בעצם החטיפה אינם מחולקים כלל, והחוטף עצמו מודה שחטף, וכיון שהורה היתר שחוטף בשביל חובו ממילא לא נעשה פסול כלל אפי' לדברי התובע, וגם אם לבסוף יצא חייב בדינו אפ"ה כיון דבשעת חטיפה היה לו הוראת היתר לא נעשה פסול כלל, וכההוא דאמרינן בריש ב"מ דתופס בשביל ספק מלוה ישינה, הרי דאינו נעשה פסול היכי דתופס בשביל ספק מלוה, ודו"ק כי זה ברור ועיין מהששכתבנו. עוד בחדושנו לקמן סי' שנ"ט מזה:

## סימן קלד

סעיף א' **במחבר** ואם לא ראה הכלי ביד האומן וכו האומן נשבע היסת, ודעת הרי"ף והרז"ה והמשין דאומן לעולם אינו נאמן לטעון לקוח אפי' כשלא ראה הכלי ביד האומן ואית לי' מיגו אפ"ה אינו נאמן, והרמב"ן בנמוקיו כתב דטעם לזה בתקנתם של אומנים עצמן הוא כדי שיהו בעליו בתים מצויין אצל האומנים, מיהו אפי' לדבריהם דוקא בטענת לקומה הוא בידו אינו נאמן בשום מיגו אבל אם טען החזרתיו נאמן ואין הפרש בדבר זה בין אומן לאחר כ"כ בשמ"ק לב"ב ע"ש:

## סימן קלה

סעיף א' **בהג"ה** וי"א דאם החזיק בהם שלש שנים בכל ענין הוה חזקה, ועיין בש"ך ס"ק ג' שכתב דכן מוכח בש"ס ואין חולק על זה וכו', נ"ב דהרמ"ה בחדושיו לב"ב חולק להדיא וסובר דבבהמה וחיה גם חזקת שלש שנים לא מהני ומוכיח כן מהש"ס וז"ל הרמ"ה, מיהו מסתברא דהני מילי בעבדים דאפשר למיכתב עלוייהו שטרא ועבידי אינשי למיכתב עלייהו שטרא אבל בהמות דלאו בני מכתב שטרא עלוייהו נינהו דהא לא מתחזקי בשמא אלא בטביעת עינא ולא שייך בהו טעמא דמזדהר אינש בהמרי' לא

מהניא בהו חזקת שלש שנים דיקא נמי דלא איירי במתני' כל עיקר אלא במקרקעי ועבדים דדמי למקרקעי אבל במטלטלין לא איירי כל עיקר דש"מ דמטלטלין לא שעכו בהו חזקת שלש שנים ואי גודרות נינהו לא מוקמינן להו בידא דמחזיק אלא בראיה עכ"ל, מיהו הראיה שהביא הרמ"ה מזה דלא נקוט במתני' חזקה דבהמה, י"ל כמ"ש התומים דהא דבבהמה יש חזקה היינו דוקא בעושה ואוכל דאית לו פירות, משא"כ באינם עושים ואינו נהנה כלל מפירותיהם אין לו חזקה דעוקר חזקה הוא באכילת פירות, ולפ"ז א"ש מה דלא הזכיר בהמה במתני' משום דלא פסיקא לי' כיון דאיכא בהם עגלים וסייחים שאוכלים ואינם עושים, אלא דבעיקר חידוש דין התומים דבבהמה דקה שאינה עושה לית להו חזקה אפי' בשלש שנים, איפכא כתב בפי' הבינו גרשום מאוה"ג בחדושיו לב"ב שדוקא גודרות דבהמה דקה הוא דבעינן חזקה שלש שנים משום דאין להם שמירה כל כך ולכן אין להם חזקה לאלתר די"ל דמנפשייהו עמלו, אבל בבהמה גסה דיש להם שמירה יש להם חזקה לאלתר, אבל עכ"פ ראיית הרמ"ה מדלא הזכיר במתני' בהמה נדחה גם לפי"ז, דמשו"ה לא תני בהמה משום דלא פסיקא, דבגסה הוה חזקה לאלתר, ושוב ראיתי בתומים דבר תמוה שהוכיח דהתוס' סברי נמי להך דבגודרות בהמה יש חזקה לאחר שלש שנים מדהקשו (גיטין ד"כ) מה קמ"ל ריש לקיש דגודרות אין להם חזקה הא מתני' הוא דעבדים אין להם חזקה עד שלש שנים, ואי סברי דגודרות אין להם חזקה כלל, א"כ טובא קמ"ל דלא דמיא לעבדים ואפי' שלש שנים לא מהני בהו ע"ש, ולא אבין מה הוצרך למילף דעת התוס' מדיוקא של קושיתם, הא בהדיא כתבו כן באותו דיבור שם בד"ה דאמר ריש לקיש הגודרות אין להם חזקה פי' לאלתר אלא עד שלש שנים יש להם חזקה ע"ש:

### סימן קלו

סעיף ב' **ברמ"א** וכן כובסת עכו"ם המכבסת לרבים כו' בט"ז הביא בשם המרדכי ז"ל מכאן הבאתי ראיה על כובסת כותי כו' ואבדה סדין אחד ונטלה סדין אחר ונתנה לו תמורת סדין שלו וציויתי להחזיר שהרי אותם יהודים אחרים לא נתייאשו מסדין שלהם אלא היו מרדפין אחר הכובס מפני הסדין שלהם וגם קיי"ל גנב ופרע בחובו דלא עשו תקנת השוק עכ"ל, ומדכתב שהיו הבעלים מרדפין אחריהם ולפ"ז היה נראה במי שנתנה לו הכובסת סדין אחד תחת שלו ואינו ידוע של מי הוא ועי"ז היה מונח ימים רבים אצלו עד זמן שאי אפשר לבני אדם שלא יחקור אחר שלו ודאי מתייאש ממנו והכובסת סילקה אותו מאחרים עכ"ל הט"ז, והנה הט"ז בנה ליסוד דין זה על תרי טעמי, א) משום יאוש, דכיון שמונח זמן רב ודאי מתייאש, ב) שבודאי הכובסת כבר סילקא לבעל הסדין

במעות, ובקצוה"ח השיג על הט"ז בהנך תרי טעמי, טעם דיאוש דחה, משום דהוה שינוי רשות ואח"כ יאוש דקי"ל "ל דלא קנה, וטעם דכבר סילקה דתה נמי, דאפי' אם באמת סילקה אותו בדמים כיון שהסדין נמצא בעין חוזרת לבעלים כדאיתא בש"ס (ב"מ דל"ה ע"א) אשתכח כיפי הדרי למארי, ומשום דהוה שומא בטעות ע"ש, ולענ"ד נראה להליץ בעד רבינו הט"ז, דזה ודאי שגם הט"ז לא נתכוון שטעם היאוש לחוד יועיל, ומטעם יאוש קנה זה להסדון, אלא דכוונתו שהיאוש הועיל לזה שבעלת הסדין תתרצה לקבל מעות מן הכובסת בסילוק עבור הסדין, דאם לא היה מונח זמן רב, וכל זמן שבעלת הסדין חשבה לחקור אחר סדינה שמא תמצא אותו ביד מי שהוא לא היתה נתרצית לקבל טעות מן הכובסת, באשר בתקותה שמא תשיג עוד למצוא הסדין גופא, ולכן לא חיישינן לזה שמא כבר סילקה הכובסת בדמים, דאמרינן ודאי שבעלת הסדין לא נתרצית לזה כל זמן שהיא בתקותה למצוא הסדין, ורק בשביל שעבר זמן כב נתייאשה מלמצוא עוד הסדין גופא, נתרצית לקבל סילוקו במעות, ולכן אמרינן שמסתמא כבר נסתלקה ונתרצית למכור סדינה האבוד ולקבל תמורתו מעות, ונמצא לפי"ז דהיאוש לא הועיל לגוף הקנין, רק הקנין היה עי"ז שבעלת הסדין מכרה אותו במכירה גמורה וקיבלה תמורתו, והיאוש גרם לזה שתתרצה לקבל תמורתו, למה שטוען הקצוה"ח דסילוק המעות לא מהני וכההיא דאשתכח כיפי, והנה מה שהביא מההיא דאשתכח כיפי, במחילה מכבודו אין לזה שום דמיון, דהא התם קאמר בש"ס דהוה שומע בטעות דהא הוו כיפי מעיקרא, ומשמע להדיא דדוקא משום דבאמת הכיפי לא נאבדו כלל, ורק בטעות היה שהיו סבורים שנאבדו ושמו לי' אפדנא בשבילם, ודוקא בכה"ג הוא דהוו שומא בטעות, אבל אילו באמת נאבדו ואח"כ נמצאו היתה השומא קיימת, ושוב ראיתי ברשב"א שם שכתב וז"ל בכל הספרים גרסינן דהא הוו כיפי מעיקרא, ולפי גרסא זו דוקא בשנמצאו ברשותו של נפקד הוא דהויא שומא בטעות אבל אילו נאבדו ואח"כ נמצאו לאו שומא בטעות הוא אלא כדין נשומה כיון דבשעה שהיה לו להחזיר הכיפי נאבדו ממנו ונפקא מינה לדידן דקיי"ל דשומא הדרא לעולם דאי הוו כיפי ברשותיה אעפ"י שקדם הלה וזבנה או אורתה או יהבה במתנה אפ"ה הדרא דשומא בטעות הוא אבל אי לא הוו ברשותיה אלא נאבדו אע"ג דאשתכחו לבסוף שומא מעליא הוא ואי זבנה או יהבה במתנה לא הדרא עכ"ל, הרי להדיא כמו שכתבתי דאם באמת נאבדו לא הוה שומא בטעות כלל, ולפ"ז הכא בנידון דידן דבאמת נתחלף הסדין ולא היה אצל הכובסת, מהני שפיר הסילוק אפי' לדידן דקיי"ל דשומא הדרא, כיון דבאמת נאבד ונתחלף הסדין מהכובסת וגם הכובסת שמסרה אותו לאחר הוה זה כזבנה לאחר דלא הדרא שוב, ואפי' לשיטת הרמב"ם ורמב"ן דכתבו

דהוה"ד אם באמת נאבדו הכיפי נמי שומא בטעות הוא, נמי לא קשה מידי, דהתם לא הוה מכירה מדעת ורצון בעל הכיפי, רק שומת ב"ד, ובהא קיי"ל דשומא הדרא, אבל הכא אמרינן דע"י היאוש נתרצית בעל הסדין למכור וקבלה המעות מהכובסת סילוק הסדין, ובכן היה בזה מכירה גמורה מרצון בעל הסדין, ומכורה גמורה ודאי דלא הדרא, דשומא הדרא קיי"ל ולא מכירה, וזולת זה הא הריטב"א בחדושיו לב"מ כתב דאע"ג דמעובדא דכיפי משמע דשומא הדרא אפי' במטלטלי, דהא כיפי מטלטלי נינהו, היינו דוקא במטלטלי שאין אדם מוצא לקנות כמותן כגון כיפי וכיו"ב אבל מטלטלי אחרינא לא, ולפי"ז אין מקום כלל לקושית הקצוה"ח דבמטלטלי כגון סדין שמצוי הרבה לקנות כמותו לא אמרינן כלל דשומא הדרא, וכ"ש למ"ש הרמ"א לעיל (סי' ק"ג) דבמטלטלי לא אמרינן כלל שומא הדרא אפי' אם אינם מצויים לקנות כמותו, ומה שטען עוד הקצוה"ח דמנא ידעינן שסילקה אותה בדמים שמא פטרה עצמה בטענת אונס, נמי י"ל מסברא כיון שהכובסת אינה מכבסת רק לבני העיר ודאי אילו היתה רוצית להפטר מחמת טענת אונס היו הבעלים מרדפין אחריה להביאה לב"ד שצריכה שבועה ע"ז והיה נשמע זה, ומדלא נשמע בעיר שום קול דבר זה מכלל דסילקה אותו בדמים ונתרצית לזה, ומכל הלין נ"ל דין של הט"ז קיים, ודו"ק כי הדברים נכונים:

## סימן קלז

סעיף א' **בש"ד** הביח קושית הב"ח דמ"ש ממשכנתא, ותי' שני תירוצים דהתם מסייע לו שטרא דשנין משמע רק ב', וא"נ דהתם כיון שירד מתחלה ברשות חצוף ע"ש, ושני התירוצים הללו הובאו בתשובת הריב"ש (סי' של"ו), דהרב השואל שהקשה לקושיא זאת תירץ כתי' הראשון, והריב"ש עצמו מתרץ כתי' השני של הש"ך דכיון דירד מתחלה ברשות חצוף הוא, ומשמע דתופס תי' זה לעיקר ע"ש:

## סימן קלח

סעיף א' **במחבר** או יושבים בצד ערימה של חטים וכו', ועיין בנתיבות שהקשה מדברי התוס' בב"מ בסוגיא דרכוב ומנהיג שכתבו דאם רכוב אינו קונה דלא הוה ג"כ מוחזק, וא"כ מהיכי תיתי יהיו היושבין מוחזקים הא אין בישיבה קנין, והנה לכאורה היה אפשר ליישב קושיתו, דהתוס' לא כתבו כן כ"א כשאחד רוכב ואחד מנהיג, וכיון דמנהיג לחודי' היה קנין שפיר כתבו התוס' דהרוכב לא חשוב אפי' מוחזק לגבי המנהיג, אבל כששניהם שווים וגם חזקת השני לא הוה קנין, וכגון בשנים רוכבין, הוו שניהם מוחזקים, והמהרש"א שם מחלק באמת כן, ולפ"ז הכא דשניהם שווים ויושבין בצד הערימה, דאין אחד עדיף מחבירו, חשיבי שפיר מוחזקין, וכנראה שהנתיבות עצמו הרגיש שיש לחלק

כן, ולזה הביא מ"ש המהר"ם שי"ף שם דאפילו בשניהם רוכבים נמי לא חשיבי מוחזקין, אכן אף כי גם הפנ"י שם בב"מ כתב נמי כהמהר"ם שי"ף דאפי' בשניהם שווים לא הוה מוחזק, לענ"ד לא נהירא כוותייהו, ומוכרח מצד הסברא וגם מן התוס' כחלוקו של מהרש"א, דבאמת דברי התוס' שכתבו דאי רכוב לא קנה סברא הוא דאפי' מוחזק נמי לא הוה, תמוה מאוד, דמה ענין מוחזק לקנין, אטו כל חזקת המוחזקים לא מיקרי מוחזק כ"א באופן שחזקתם עצמו יהיה ראוי לקנין, וכן מוכח להדיא מדברי הרא"ש גבי גמל בהנהגה וחמור במשיכה, וכן אם משך בהמה לקנות הכלי כתב שם הרא"ש דאע"ג דקנין לא הוה בזה מ"מ מוחזק מיהא הוה, ואדרבה אני תמה על חילוקו של המהרש"א דהיינו דוקא כששניהם שווים וגם חזקת השני לא הוה קנין, אבל באחד רכוב ואחד מנהיג אפי' מוחזק לא הוה הרכוב במקום מנהיג דקונה לחודי', דמה סברא יש בחילוק זה, ומה איכפת לן אם המנהיג הוא קונה, הא לדברי הרכוב בע"כ שטוען שקנה אותו בקנין אחר גמור, דאי דמודה שלא עצה קנין אחר זולת הרכיבה, א"כ הרי לדבריו גופא לא קנה כלל, ובע"כ שטוען שקנה בקנין אחר, וא"כ למה לא נחשבו כמוחזק, אמנם לאחר העיון נ"ל דחלוקו של מהרש"א אמת וברור ומאומת מן השכל, דהנה במשנה דריש ב"מ בבבא דזה אומר חציה שלי הקשו התוס' אמאי שקיל כלל זה הטוען חציה שלי, נימא כיון דהטוען כולה שלי הוה ודאי מוחזק והטוען חציה הוה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, ותי' שאין סברא מה שודאי בחציו זה שיועיל לחציו השני ע"ש ועפ"ז יתיישב חלוקו של מהרש"א, דבשלמא כששניהם שווים כגון בשנים רוכבים, דכפי חזקתם כעת לפנינו לא נראה בשניהם שום קנין, ורק שטוענים שעשו קנין טוב מתחלה, וא"כ לפני הב"ד הוה ספק עם מי משניהם הצדק, שפיר אמרינן דיחלוקו, משא"כ כשאחד רוכב ואחד מנהיג, דהמנהיג הוה ודאי לפני הב"ד שעשה קנין, דההנהגה עצמה הוה הקנין, והרוכב ספק הוא אם עשה קנין אחר, הוה ממש כמו ספק ויבם, שאין ספק קנין מוציא מידי ודאי קנין, ולכן סברא הוא דלא הוה הרוכב מוחזק לגבי מנהיג שעשה ודאי קנין. וצדק חילוק המהרש"א, ואחרי שנתתי טעם לחילוק הזה, נוכיח עוד דבע"כ גם התוס' סברי לחלק כן, דהנה שם בתוד"ה מנהיג עדיף כתבו דמן המשנה אין להוכיח דקנה מנהיג במקום רכוב, דאפי' לא קנה מיקרי מוחזק, ומלשונם משמע דמתני' אין רצונם לומר זה אומר קניתי ברכיבה וזה בהנהגה אלא שכל אחד אומר אני מצאתיה וקניתיה בקנין טוב ואתה חטפת ממני, אלא שמטעם שזה רוכב וזה מנהיג חשובים שניהם כמוחזקים ויחלוקו, וכן פי' מהר"ם, ואמנם לפי"ז יקשה מ"ש התוס' אח"כ דבש"ס שפיר הוכיח ממתני' דרכוב קונה, דאי רכוב לא קנה, סברא הוא דאפי' מוחזק לא הוה, וכיון שהוא

טוען שקנה בקנין המועיל, וגם ע"י הרכיבה הוה מוחזק, איך יוכל השני לחטוף ממנו בלא ראיה, ולמה לא נוכל לומר לו הבא ראיה כדין כל מוציא מחבירו, ומ"ש מוהר"ם דמשו"ה מוכח שפיר דרוכב קונה, דאל"כ לא מיקרי מוחזק לענין שנאמינהו שהוא לבדו היה רוכב עליה מתחלה, שהרי אפי' אם כדבריו כן הוא לא היה קונה ע"ש, תמיהני אם יצאו דברי הללו מפה קדשו, דממ"נ אם טוען שהקנין היה ע"י הרכיבה, א"כ איך כתבו התוס' דסברא הוא דלא הוה מוחזק ותלו זה הענין בסברא, הא כיון דכל עיקר טענתו הוא שקנה ע"י הרכיבה, ובאם נאמר שרכוב לא הוה קנין, א"כ הרי לדבריו עצמו לא קנה כלל ומה תלו זה בסברא, ובע"כ דטענתו הוא שלא ע"י רכיבה קנאה אלא ע"י קנין אחר, א"כ קשה באמת על הסברא, מפני איזה סברא לא יהיה נחשב כמוחזק, אע"כ שדוקא באחד רכוב ואחד מנהיג כתבו התוס' דאפי' מוחזק לא הוה, אבל בשניהם שווים הוה ודאי מוחזק ועיין בקצוה"ח לקמן (סי' ר"ב) הוכוח נמי דמוחזק אין תלוי בקנין, והנה הפנ"י ומהר"ם שי"ף שכתבו דאפי' בשניהם שווים לא הוה מוחזק, הוכיחו זה ממ"ש התוס' שם וז"ל וכן לעיל גבי שנים שהגביהו כו' התם נמי אע"ג דכמו ששניהם מוחזקים לא קנו מקרי מוחזק כיון דאם מגביהו לחוד היה קונה עכ"ל, ומשמע דאפי' היכי ששניהם שווים לא מיקרי מוחזק אלא היכי שכל אחד לחוד היה קונה בכח תפיסתו ע"ש, ולבד שאין סברא לומר כן וכמו שביארתי, גם הראיה שהביאו יש להשיב עליה, דלעיל גבי שנים שהגביהו מיירי שטוענים כן באמת, שתחלת קנינם היה ע"י הגבהה, ולכך הצריכו התוס' לטעם דאם מגביהו חוד היה קונה, דאם גם בהגבהה לחוד לא קנה, א"כ גם לדבריהם לא עשו שום קנין, וכן ה"נ אם היו טוענים שתחלת קנינם היה ע"י רכיבה היה צריך נמי שהרכיבה יקנה, אבל לפי האמת שאין רצונם כלל לטעון שקנו ברכיבה, אלא שכל אחד טוען שקנה בקנין המועיל, ולענין מוחזק לחוד הוה מוחזק נמי ברכיבה אע"ג דהרכיבה לא היה קנין, וכללו של דבר, לענין מוחזק לא בעינן כלל שיהא דבר הראוי לקנין אם לא כשאין שניהם שווים ומטעם ספק וודאי וכמו שביארתי, אבל בשניהם שווים הוה מוחזק אפי' בדבר שאינו קנין, ובתוס' מיירי שבזה הוה נמי הקנין, ולפ"ז הכא בדין שכתב המחבר בשנים רוכבין או שנים יושבין בצד הערימה דשניהם שווים הוה חשוב כמוחזק אעפ"י שאין הרכיבה קנין, והחילוק היה נראה בעיני ברור ודלא כמהרש"א ופנ"י, זולת בשמ"ק לב"מ ראיתי שכתב נמי כסברת המהרש"א והפנ' שדבר דלאודי' לא קנה לא מיקרי מוחזק אפי' בשניהם שווים, והנלע"ד כתבתי, ואמנם כל זה לא כתבתי כ"א לגבי שנים רוכבים, דאע"ג דרכיבה לחוד לא הוה קנין, מ"מ כיון שתפוס בה ויושב עליה מיקרי מוחזק מיהא, אבל בשנים יושבין בצד הערימה דגם תפוס אינו,

פשוט דמצד שיושב בצדה לא הוה נמי מוחזק, והתם בע"כ מחמת שיושב בארבע אמות שלה אתינן עלה וכ"כ השעה"מ, אבל אם הערימה הוא חוץ לארבע אמות או במקח וממכר דארבע אמות לא קנה, פשוט דגם מוחזק לא הוה וכ"כ הנתיבות:

**ואמנם** מדסתמו הרמב"ם והמחבר ולא הזכירו שדין זה אינו כ"א במציאה וכשיושב בתוך ארבע אמות, נראה דס"ל דבכל גוונ' הוה מוחזק, ויוחזר אפוא הקושיא כיון דישיבה לא הוה קנין וגם תפוס אינו, למה יהא נקרא מוחזק, לכן היה נ"ל מזה להוכיח דהרמב"ם ומחבר סוברים דגם מוחזק לא בעינן לענין דין זה דיחלוקו, רק הקפידה הוא שלא יהיה אחד מוחזק יותר מחבירו, דהיכי שהאחד מוחזק לבדו והשני בא להוציא, אז לא אמרינן יחלוקו אלא הממע"ה, אבל כשאין אחד מוחזק בחפץ לבדו, אז הוה הדין דיחלוקו, בין ששניהם מוחזקים בו בשוה, בין כשאין מוחזקים בו כלל אלא שמונח בסמטא נמי יחלוקו, דהא עיקר ההוכחה שהוכיחו התוס' בריש ב"מ דבעינן דוקא שיהו שניהם מוחזקים, וכשאין שניהם מוחזקים לא אמרינן יחלוקו, הוא מכח הקושיא מהך דין דארבא זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי דבב"ב (פ' חזק"ה) דפסקינן התם כל דאלים גבר, ומ"ש מהך דין דטלית או שיושבים בצד הערימה דפסקינן יחלוקו, ומכח קושיא זאת הוכיחו התוס' שדוקא בשניהם אוחזין דשניהם מוחזקים אמרינן יחלוקו, ובההיא דארבא שעומדת בים ואין שניהם מוחזקים להכי פסקינן כל דאלים גבר, אבל אי לאו ההכרח מההיא דארבא, לא היינו מחלקים כלל בין שניהם מוחזקים לאין מוחזקים, ורק אם אין אחד מוחזק לבדו הו"א דיחלוקו, וכיון שעיקר ההוכחה הוא מארבא, א"כ י"ל שדוקא התוס' לשיטתייהו שם בד"ה וצריכא, שאפי' במקום דאיכא ודאי רמאי וכגון כשזה אומר אני ארגתי את הטלית הזה וזה אומר אני ארגתיה, דאחד מהם ודאי רמאי, ואפ"ה אמרינן יחלוקו, א"כ לשיטתייהו באמת אין שום חילוק אחר לחלק בין דין דשנים אוחזין בטלית להך דין דארבא כ"א כחילוק הזה, דבשנים אוחזין הוו שניהם מוחזקין, ובארבא אין שניהם מוחזקים, אבל לשיטת רש"י שם דבודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו, א"כ יש חילוק אחר בין דין דארבא להך דשנים אוחזין, דבשנים אוחזין דליכא ודאי רמאי דאימר תרווייהו בהדדי אגבהוה, וכמבואר בש"ס דהכא לא הוה ודאי רמאי משו"ה אמרינן דיחלוקו, משא"כ בההיא דארבא שכל אחד טוען דשל אבותיו הוא ויש בזה ודאי רמאי, להכי פסקינן כל דאלים גבר, וכיון שמהך דארבא אין הכרח, הרי נוכל לומר מעתה שבאמת לא בעינן כלל שיהו שניהם מוחזקין, ואפי' כשאין מוחזקין כלל, כיון דאין אחד מוחזק יותר מחבירו נמי יחלוקו, ולזה י"ל דהרמב"ם ומחבר נמי יסברו בזה כשיטת רש"י דבודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו, והיינו ההיא דארבא, וממילא סברי

דלא בעינן כלל שיהו מוחזקין, ולכן במתכוון הוסיף הרמב"ם לכתוב גם או שהיו שנים יושבים בצד הערימה, מה שלא הוזכר במשנה, להורות דלא בעינן שיהו מוחזקים, אלא דכיון שאין אחד מהם מוחזק נמי יחלוקו, והן אמנם דבסמ"ע בסמוך בסק"ו נסתפק בדעת הרמב"ם ומחבר אם סברי בודאי רמאי כרש"י או כתוספת, ומדסתמו דבריהם משמע דסברי כתוס' דלעולם חולקין ואפי' בודאי רמאי ע"ש, אבל אין זה הכרח כלל, דלמה שביארתי לא סתמו כלל, ואדרבה פירשו דבריהם, והיינו מדהוסיפו על דין דמשנה לכתוב גם שנים יושבים בצד ערימה, דאין שום אחד מוחזק ואפ"ה יחלוקו, וא"כ יקשה מ"ש מההיא דארבא דאמרינן כל דאלים גבר, ובע"כ מדהתם ודאי רמאי, ולא הוצרכו אפוא לחלק בפירוש דדין זה דיחלוקו מיירי רק באין ודאי רמאי, דזה מוכח שפיר מדין דארבא לשיטתם שהוסיפו גם שנים שיושבין בצד הערימה, וכיון שכתבו לדין דיושבין בצד ערימה לא הוצרכו תו לפרש דמיירי דוקא כשאין ודאי רמאי, דזה שפיר בע"כ מוכח מדין דארבא, והן אמנם דרש"י שהוא מרא דהאי דינא דבודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו, וא"כ לא קשה תו מההוא דארבא ואפ"ה סובר נמי דבעינן שניהם מוחזקים דוקא וכמ"ש להדיא בריש ב"מ וז"ל שנים אוחזין דוקא אוחזין ששניהם מוחזקין וכו' עכ"ל, הרי שאע"ג דלדידיה אין הכרח מן הש"ס מההוא דארבא ואפ"ה סובר דבעינן מוחזקים דוקא, בכל זה אין מזה תפיסה על הרמב"ם, די"ל דרש"י סובר שאע"ג דהכרח מן הש"ס אין לזה, אפ"ה קים לי' מסברא שדוקא כששניהם מוחזקים הוא דאמרינן יחלוקו, אבל באין אוחזין אמרינן כל דאלים גבר, והיינו משום דסובר דדין דכל דאלים גבר ראוי יותר לפסוק מדין דחלוקה, דבזה סמכינן שיגיע הדבר למי שהאמת אתו משום דהוא ימסור נפשו וכמ"ש הרא"ש שם, ולכן דוקא כששניהם מוחזקים דאין אנו יכולים להוציא מחזקת המחזיק מוכרחים אנו לפסוק יחלוקו, אבל היכי שאין שניהם מוחזקים ואיכא למפסק או יחלוקו או כל דאלים גבר, ניחא יותר למפסק כל דאלים, אכן הרמב"ם אינו מודה לו בזה וסובר דפסק דחלוקה עדיף מפסק דכל דאלים גבר משום דפסק דכל דאלים אין זה פסק המברר, ולכן דוקא במקום דאי אפשר לפסוק יחלוקו וכגון בודאי רמאי, ובאין ברירה אחרת פסקינן כל דאלים גבר, אבל היכי דאפשר לפסוק יחלוקו ניחא יותר לפסוק יחלוקו, כן י"ל בשיטת הרמב"ם ומחבר, ועיין מה שכתבנו עוד בחדושנו לסי' הסמוך בביאור פסק דחלוקה או כל דאלים גבר ודו"ק היטב:

**ונ"ל** עוד להוסיף דמשו"ה בחר הרמב"ם יותר בשיטת רש"י דבודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו, משום דהיה לו ע"ז הכרח מן הש"ס, דבריש ב"מ קאמר אי תנא אני מצאתיה הו"א מאי מצאתיה ראיתיה, וכתב רש"י וז"ל ראיתיה קודם שהגבהת, ובמהרש"א הגיה

שהגבהתי, ותמוהים דבריו דכיון דמחולקים נמי בהגבהה דכל אחד יאמר שהוא הגביה אותה קודם, א"כ מאי משמע מינה דראיה קונה דלמא ראיה לא קנה כלל, והא דקתני יחלוקו משום ההגבהה הוא, כיון דלטענת כל אחד זכה בחפץ ע"י הגבהה, והמובחר כמ"ש בפנ"י דהגרסא הוא שהגבהת, וכל אחד מודה לחבירו שהוא הגביה תחלה, אלא שיטעון שהוא ראה אותה קודם שהגביה חבירו, אבל חבירו הגביה אותה תחלה, וכגון שהוא יודע ודאי שהוא ראה אותה קודם לחבירו, וכגון שהוא אמר להשני שיגביהנה והשני לא ידע כלל ממנה, וכיון דכל אחד מודה לחבירו שהוא הגביה תחלה, ועיקר טענתם הוא רק מחמת הראיה, ואפ"ה קתני יחלוקו, א"כ מוכח שפיר דראיה קונה, ובזה נתיישב לי מה שהיה קשה לי לכאורה על התוס' שם בד"ה בראיה בעלמא שהקשו ממתני' דראה את המציאה ואמר לחבירו תנה לי או שנפל עליה לא קנה, דלכאורה יש ליישב דהתם דאחד ראה והשני הגביהה, לא יפה כח הראיה לבטל קנין דהגבהה, אבל הכא ששניהם נמי הגביהו, בזה שפיר יפה כח הראיה להכריע שיזכה בה הרואה, כיון דאיהו יש לו תרתי ראיה והגבהה, ולמה שכתבתי שפיר הקשו התוס' דאי אפשר לומר שטענתם שכל אחד יטעון שהוא הגביה קודם לחבירו, או לפחות בהדי הדדי, דא"כ אין ראיה דראיה קונה, ובע"כ שכל אחד מודה שהשני הגביה קודם, ואי אמרת דבמקום הגבהה ראיה לאו כלום הוא, א"כ לדברי כל אחד הרי הודה בעצמו שהוא לא קנה מציאה זאת, והודאתו כק' עדים, א"כ אין אחד מהם ראוי לזכות בה ויהיה הפקר עד שיבוא אחד מן השוק לזכות בה, ומדאמרינן דיחלוקו מוכח נמי דראיה הוה קנין אפי' במקום הגבהה, ולזה שפיר הקשו התוס', ואכן ממוצא הדברים יש לכאורה ראיה לשיטת התוס' שגם בודאי רמאי נמי סובר התנא דיחלוקו, דהנה רבים הקשו דלפום האי סברא דהשתא דראיה לחוד קונה, א"כ מאי מהני מה שהוא ראה אותה, שמא חבירו ראה אותה עוד קודם שראה הוא, ואיך שייך הכחשה בזה דמנא ידע שחבירו לא ראה מקודם, ועיין במהרש"א שמחמת קושיא זאת הגיה ברש"י, וכבר רמזתי לעיל דאי משום הא לא איריא, דנוכל לומר שטוען שיודע בודאי שראה אותה קודם, וכגון שהוא הודיע להשני מהמציאה וקודם הודעתו לא ידע כלל ממנה, והשני טוען להיפוך, או די"ל כמ"ש בס' מעייני החכמה, פמ"ש בתוס' דהיכי דיש גילוי דעת דלא ניחא לקנות בראיה לא קני, א"כ כיון דהכא מיירי שעל ההגבהה יודה כל אחד שהשני הגביה, ולזה יבוא בטענה שכיון שהשני הגביה הרי גילה עתו דבהגבהה ניחא לו דליקני, וא"כ יש לו טענת ברי שקנינו קודם, והשני טוען להיפך, וכיון שכן יהיה גם במתני' ודאי רמאי, דבשלמא כשטענתם הוא שכל אחד קנה בהגבהה, אז י"ל שאין אחד מהם רמאי דשמא תרווייהו

בהדדי אגבהוה, אבל כשטוענים כל אחד שהשני הגביה אותה לבדו, הרי יש בזה ודאי רמאי ואפ"ה הו"א דיחלוקו לדעת הס"ד דראיה הוה קנין, ורק מטעם דראיה לא קנה לא נוכל לאוקמי מתני' בראיה אבל אם ראיה קונה ואז טוען כל אחד שהשני הגביה קודם, ויטעון ברי שקנינו קודם משום דחבירו לא ניחא לו לקנות בראיה, והרי ודאי רמאי בזה ואפ"ה יחלוקו, ועוד דלמסקנא נמי דמדקתני כולה שלי מוכח דטענתם לא הוה בראיה, כ"א בהגבהה רוצים לזכות, ואי נימא דיש שום סברא לחלוק בין ודאי רמאי לאין ודאי רמאי לתנא דמתני', א"כ אכתי מנ"ל לומר דראיה לא קנה, שמא באמת ראיה נמי הוה קנין, ואפ"ה נקט כולה שלי דמשמע מזה שבא לזכות ע"י הגבהה, להורות שדוקא ע"י הגבהה אז אמרינן דיחלוקו, משום שאין ודאי רמאי, אבל בראיה דודאי רמאי לא אמרינן דיחלוקו, אלא ודאי דס"ל לתנא שבזה אין חילוק ובכל אופן יחלוקו, כן היה נראה לכאורה, וא"כ יהיה מכאן קושיא לשיטת רש"י, אכן שוב התבוננתי דלבד שלא יקשה על רש"י אלא דרש"י היה לו סיוע מכאן דבאמת קשה קושית התוס' איך מסיק הכא דראיה לא קנה והא בסוף ב"מ אמרינן דהבטה בהפקר קנה, ותי' התוס' דחוק, ולכן יש לפרש דשקלא וטריא של הש"ס שם, לא על עצם הדין, אם ראיה הוה קנין או לא, דזה פשיטא. דראיה הוה קנין בהפקר רק השקלא וטריא הוא במה רצו הם לזכות אם ע"י ראיה או הגבהה, וה"פ אי הוה אמר אני מצאתיה הו"א מאי מצאתיה ראיתיה, פי' שטענתו הוא שרוצה לזכות ע"י ראיה, משו"ה אמר כולה שלי דבראיה לא קנה, פי' שטוען שלא נתכוון לזכות בראיה כ"א בהגבהה, אבל אם היה רוצה לזכות בראיה הוה קונה נמי, ומיושב קושית התוס', וכיון שהפי' בש"ס יהיה כן יקשה לנו מעתה דמאי שקיל וטרי באיזה קנין רצה לזכות, דכיון ששני הקנינים טובים הם, מאי נ"מ לנו באיזה קנין רצה לזכות, ומזה הוכיח רש"י שיטתו דאי הוה אמר מצאתיה דמשמע שזכייתו היתה ע"י ראיה, וא"כ הוה שמעינן מזה שדעת התנא שאפי' בודאי רמאי יחלוקו, להכי במתכוון אשמעינן כולה שלי לומר שקנינו היה ע"י הגבהה, ובזה דוקא ס"ל דתנא דיחלוקו משום דאין ודאי רמאי אבל בודאי רמאי לא אמרינן דיחלוקו וכשיטת רש"י וכיון שהוכחנו שמסוגיית הש"ס מוכח כן, היינו דאהני להו לרמב"ם ומחבר לבחור בזה נמי כשיטת רש"י ודו"ק:

**שם במחבר** זה נשבע וזה נשבע כו' עיין בחדושנו לעיל (סי' ע"ה) מה שכתבנו מזה בארוכה:

**שם במחבר** נשבע שיש לו בה ושאין לו בה פחות מחציה, הכי אוקמינן בש"ס שם (ב"מ ד"ה ע"ב), אכן הרי"ף והרמב"ם והטור העתיקו רק לשון המשנה דנשבע שאין לו בה פחות מחציו, והיינו משום דכל עיקר הטעם דש"ס דצריך לישבע נמי שיש לו בה, דאי

רק כלשון המשנה דנשבע רק שאין לו בה פחות מחציו, איכא למיחש לרמאות, דכשאין לו בה כלום נמי נשבע באמת דאין לו בה פחות מחציו, והרי"ף והרמב"ם לא חשו בזה לרמאות כיון דעל דעת ב"ד משביעין אותו, ופירוש הש"ס מתרצי לדבריהם כמבואר בשמ"ק שם באריכות ע"ש:

סעיף ב' **במחבר** האומר כולה שלי ישבע, התוס' (רפ"ק דב"מ) הקשו דיהיה נאמן במיגו דאמר כולה שלי, ועי' בחדושנו לעיל (ס' פ"ב) בכללי המיגו מה שכתבנו בזה:

סעיף ג' **במחבר** זה נוטל עד מקום שידו מגעת וכו' והשאר חולקים בשוה ונשבעים, הנה בענין זה מחלוקת הראשונים, התוס' (ב"מ ד"ז ע"א) כתבו שגם על מה שתופס צריך לישבע, ודעת בה"ג ורמב"ם (פ"ט מהלכות טוען) שדוקא על השאר נשבעין, הא על מה שתפוס בידו א"צ לישבע אלא ע"י גלגול, דכיון שנשבע על השאר מגלגל עליו לישבע שגם מה שתופס כדין תופס, ומלשון רש"י נ"ל להוכיח שסובר נמי כהרמב"ם, דהנה בב"מ ד"ג ברש"י ד"ה ותוקף, כתב רש"י, אוחז, ומאי רצה בזה, ונ"ל עפמ"ש המפרשים בשינוי הלשון, דבמתניתין נקיט שנים "אוחזין" ובברייתא שם (ד"ז ע"א) נקט שנים "אדוקין" בשטר, דאוחזין משמע רק אחיזה כל דהוא, ומתני' דמיירי שתפיסי רק בכרכשתא ולא בגוף הטלית כדמוקי לה התם בש"ס, משו"ה נקט אוחזין, ובברייתא דמיירי שאדוקין בגוף השטר, נקט אדוקין, ומכאן נ"ל להביא ראיה דרש"י סובר כהרמב"ם שדוקא על השאר צריך לישבע, ולכן לא שייך טעם דר' יוחנן דשלא יהא כל אחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ואומר שלי הוא כ"א באופן שהוא רק אוחז בשפת הטלית, אבל כשאדוק בגוף הטלית לא שייך טעם דר' יוחנן שלא יהא תוקף בטליתו של חבירו, כיון דאם יתקוף בגוף הטלית פטור הוא משבועה, ולהכי פרש"י שם ותוקף "אוחז" כלומר שדוקא באוחז שייך הטעם ולא כשאדוק בגוף הטלית, דהוה כמאן דפסיק וא"צ לישבע ועוד נ"ל להוכיח כן מרש"י שם (ד"ד ע"א) בד"ה והא הכא וז"ל דאנן סהדי דמה דתפוס כל אחד הוה הילך שהרי בפנינו הוא עכ"ל, אשר לכאורה אינו מובן במה שכתב דטעם דהיה הילך משום דהדבר הוא בפנינו, הא בש"ס גופא קאמר הטעם משום דתפיס, ומשמע דכיון שתפוס והוה כמאן דפסוק, ולהכי הוה הילך משום דכל אחד תופס בידו ממש, ואע"ג דבש"ס שם (דף ז') מוקי לה בתפיסי בכרכשתא ולא בתופס ממש בידו, היינו דלישנא דמתניתין דנקט יחלוקו, ולא קתני זה נוטל עד מקום שידו מגעת משמע הכי, אבל איה"נ אם היו מחזיקים כל אחד בידיהם בגוף הבגד ממש, היה נמי הדין כן דהש"ב רוצה רק למצוא לומר דפלגי ממש כהדדי, והיינו בדתפסי בכרכשתא, אבל פשיטא דאינו מוכרח לומר דמתני' מיירי בכה"ג וכמ"ש בשמ"ק שם (ד"ה ע"ב)

ובחדושי רעק"א, אלא ודאי מוכח דדעת רש"י הוא שעל מה שתופס בידו א"צ לישבע, וא"כ במתני' דנקיט שצריך שבועה, בע"כ דמיירי דוקא בתפיסי בכרכשתא, ואי אפשר לאוקמי נמי בדתפסי בגוף הטלית, דא"כ לא היה צריך לישבע על חציו וכמו שכתבתי להלן ולזה היה קשה לי' דא"כ אמאי הוה הילך כיון שאין אוחז כלל בגוף הבגד, ולהכי דייק לכתוב דמשום דהדבר בפנינו הוה הילך, ופי' הדברים, דכיון שהדבר בפנינו ומזומן לחלוק הוה כאילו כבר נחלקו כפי' הבעה"מ המובא בשמ"ק שם, אכן מסוגיא שם (ד"ה ע"ב) דפריך וכי מאחר שזה תפוס ועומד וזה תפוס ועומד שבועה זו למה, משמע לכאורה כשיטת התוס', דהא משמע דעיקר קושית הש"ס הוא רק כיון שזה תופס חצי הטלית וזה חצי, וכל אחד במה שבידו מיקרי מוציא מחבירו, ולמה אנו מצריכים לישבע על דבר שמוחזק בידו, ולכאורה קשה דמאי פריך, הא מוקמינן מתני' דמיירי בתפיסי בכרכשתא ולא בגוף הבגד, ובשמ"ק תי' על זה דכיון דאי הוה נמי מחזיק כל אחד בגוף הבגד היינו נמי משביעים אותו, להכי מקשה, וא"כ מוכח להדיא כשיטת התוס' שגם על מה שבידו נשבע, דלשיטתם הוה באמת אפי' במחזיק בגוף הטלית נמי ישבע, אבל לשיטת רש"י אי אפשר לומר דמיירי נמי בדתפסי בגוף הבגד, דא"כ לא הוה נשבע, ומאי מקשה שבועה זו למה, אכן באמת אין מכאן ראיה, די"ל דקושית הש"ס הוא לאו דוקא משום דתפסי כל אחד בידו, אלא כוונת הש"ס כן, כיון דליכא חזקה לשום אחד והדבר בחזקת שניהם יש להחזיק שניהם בשוה ולמה ישבעו ועיין בתוי"ט שם, וכמו כן צ"ל נמי לעיל שם (ד"ד ע"א) דקאמר אנן סהדי דמאי דתפס דידי' הוא, דלכאורה משמע דהאנן סהדי הוא מחמת שתופס בידו וחזקה דמה שבידו שלו הוא, וא"כ יהא מוכח מזה נמי כשיטת התוס' דמתניתין מיירי נמי בתופס ממש, אכן באמת י"ל דלשיטת רש"י ורמב"ם יהיה האנן סהדי משום דתפיסי בכרכשתא וכיון שאין אחד מוחזק יותר מחבירו, משו"ה אנן שהדי שהדבר בחזקת שניהם, ומה מאוד יומתק לפי"ז מחלוקת רש"י ותוס' שם, דרש"י סובר דתפיסתם הוא רק כאנן סהדי, ותוס' שם פירשו דתפיסתם עדיף מאנן סהדי והוה כמו הודאה ממש ע"ש, דלשיטתייהו אזלי, דלשיטת התוס' דגם על מה שבידו נשבע, וא"כ דינא דמתני' הוא אפי' בדתפסי בידם ממש, ולדידהו יהיה כוונת הש"ס, שאמר כיון דתפיס, היינו תפיס ממש, ותפיס ממש כיון דכמאן דפסוק דמי, עדיף מאנן סהדי, והוה כהודאה ממש, אכן רש"י לשיטתו דעל מה שבידו א"צ לישבע, וממילא דמתני' לא מצי לאוקמי כ"א דוקא בדתפסי רק בכרכשתא ואינם מוחזקים ממש, ותפיסה בכרכשתא לא עדיף מאנן סהדי וזה נכון:

**א** דאכתי פש גבן להציל שיטת רש"י ורמב"ם מקושית התוס' דכיון שהשבועה נתקנה בכדי שלא יהא כל אחד הולך ותוקף בטלית של חבירו, מטעם זה צריך לישבע גם על מה שתופס בידו, ונהי דעל רש"י לחוד היה מקום לתרץ דלשיטתו לק"מ, דהא בב"מ (ד"ג ע"ב) ברש"י ד"ה ובכולה בעי דלודי, כתב הטעם משום מיגו דחשוד אממונא, ותפסו עליו התוס' דהא לא קיי"ל הכי, וכבר הזכרנו בחבורנו שם בשם השמ"ק דרש"י יסבור דאביי דמוקי משום מלוה ישינה פליג על ר' יוחנן וס"ל דאמרינן מיגו דחשוד, ונראה לו לרש"י לתפוס כאביי אליבא דאמת, וכיון שלשיטת רש"י הוא אליבא דאמת, אין טעם השבועה משום שלא יהא הולך ותוקף, אלא משום מלוה ישינה, ובזה שפיר י"ל שדוקא כשאין אחד מהם מוחזק תקנו השבועה, אבל היכי שמוחזקים גמורים א"צ לישבע כלל, משום דעל מה שבידו הוא מוחזק גמור, אכן מה נענה על הרמב"ם דפוטר טעם דשבועה משום דר' יוחנן, ובזה סובר כשיטת רש"י דעל מה שבידו א"צ לישבע, וכן נמי מרש"י עצמו מוכח דאפי' לטעם בר' יוחנן נמי א"צ לישבע על מה שתפוס וכמו שהוכחתי בחבורי לב"מ ד"ג ע"ש, הן אמנם דראיתי בס' מעייני החכמה שכתב דכיון שגם לשיטת הרמב"ם צריך לישבע ע"י גלגול גם על מה שבידו, וא"כ תו לא יהא הולך ותוקף, אכן זה אין תירוץ כלל, דהא היכי דליכא שאר לא נשבע על מה שתפוס לחוד כיון דאין כאן עיקר שבועה, וקושית התוס' דאפי בדתפס בכולו ואין שאר כלל, נמי הו"ל לישבע לטעם שלא יהא תוקף. ואכן העיקר נ"ל דרש"י ורמב"ם סוברים דכיון דמה דתפיס הוא כמאן דפסיק ואפי' לענין קנין חליפין מהני, הוה כאילו כבר נחלקו ולא שייך ליתן שבועה ע"ז, דבשלמא בדתפיסי בכרכשתא אע"ג דהדבר עומד בחזקת שניהם, מ"מ כיון שאינם מוחזקים ממש משבעינן להו מחמת החשש דשמא יתקוף, אבל אם תופסים בידם ממש כיון דהוה כמו שכבר חלקו, לא ראו חכמים להשביעם מחשש אם אמנם הזה ודו"ק היטב:

**ואף** אם אמנם יישבנו שיטת רש"י ורמב"ם מכל הקושיות אשר הקשו על שיטתם, מ"מ אכתי מי הכריח אותם לפרש כן, הא מכל המקומות שהבאתי משמע יותר כשיטת התוס', וצ"ל דסוגיית הש"ס גרם להם, דשם בדף ז' פריך אלא מתני' דקתני יחלוקו היכי משכחת, ונהי דזה לא קשה דנוקי דכל אחד תופס החצי דא"כ לאו מדין חלוקה הוא, והכי הו"ל לומר במתני' זה נוטל עד מקום שידו מגעת, וכמו שדחה הש"ך כאן הוכחת התוס' כיוצא בזה, אבל אכתי לוקמי דמיירי בתפסי כל אחד בידו במקצת הבגד בשוה, חלא ודאי משום דבאופן זה לא הוה משתבע אכל החציה, דעל מה שתפוס א"צ לישבע, ואע"ג דע"י גלגול משתבע נמי אמאי דתפיס, מ"מ לשון המשנה, זה נשבע שאין לו בה פחות מחציה, דמשמע שבחדא שבועה נשבע על כל החצי, ואם היה זה ע"י גלגול היה

צריך לישבע מקודם רק על השאר ולגלגל אח"כ על מה שתופס, ומזה הוכיחו שבע"כ על מה שתופס אין נשבע ודו"ק:

סעיף ו' **ברמ"א** וי"א דאפי' מביא עדים אח"כ שהוא שלו לא מהני משום דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, דין זה כתב הטור בשם הרא"ש, והוכחתו הוא מהא דפשיט רב נחמן לבעיא דתקפה ושתק ולבסוף צווח מברייתא בד"א ששניהם אדוקים אבל אם טלית יוצאת מתחת יד של אחד מהם המע"ה, ופרש"י דמיירי נמי בשתק ולבסוף צווח, ולכאורה מנ"ל באמת דמיירי הכי, דלמא מיירי הברייתא בשתק מתחלה ועד סוף ולהכי הוה המע"ה, אבל אם לבסוף צווח אפשר דלא בעינן ראיה, וצ"ל דמכאן הוא הוכחת הרא"ש דהיכי דהוה הודאה לא מהני עדים, משום דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ומעתה שפיר פשיט דמיירי בשתק ולבסוף צווח דאי בשותק מתחלה ועד סוף א"כ גם ראיה לא מהני, וכ"ה בביאורי הגר"א והנה הש"ך כתב כאן שדעת הטור דאפי' בשותק ואח"כ צווח נמי לא מהני ראיה וסברתו כיון דמספקא לן אי הוה הודאה, ואחרי דבעיא דלא איפשטא הוא, ע"כ יכול התופס לומר שמא אודויי אודי לי', והנה לבד שיש לדחות סברתו ולומר דנהי דכל זמן שלא הביא ראיה אז יש ספק לנו שמא באמת הודה לו, אכן לאחר שהביא ראיה דשלו היא, איגלאי מילתא דהאי דשתק לאו משום הודאה הוא אלא משום דסובר קא חזו לי' רבנן, וכן משמע מלשון הב"ח על הטור ע"ש, עוד תפסו כולם על הש"ך מש"ס שהבאתי, דלדבריו מאי מהני נמי דמוקמינן לברייתא בשותק ולבסוף צווח. דאכתי תוקשי, היאך מהני ראיה, דהא אפי' בכה"ג לא מהני ראיה לדבריו, ועיין בתומים ונה"מ שהסכימו לדעת הב"ח דאי בשותק ולבסוף צווח מהני ראיה מחמת קושיא זאת, והנה אם על הש"ך לחוד היתה תלונתם החרשתי, אמנם אחרי שמפשט לשון הטור מוכח נמי כהש"ך, דזה לשון הטור שתק הרי הודה לו שהיתה שלו ואיבד זכותו ואפי שתק תחלה ואח"כ צווח הוה כהודאה כיון ששתק תחלה, והיה אומר א"א הרא"ש ז"ל דאפי' אם יביא עדים אח"כ שהיא שלו לא מהני דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי עכ"ל, הרי דמקודם כתב הדין דשתק ולבסוף צווח הוה כהודאה, וע"ז מביא בשם הרא"ש דגם עדים לא מהני, א"כ משמע להדיא שאפי' בכה"ג נמי לא מהני ראיה והמעיין בלשון הטור מוכרח להודות שכן כוונתו, ואחריו נמשך גם הרמ"א כאן להביא דעת הרא"ש אחרי הדין דשתק ולבסוף צווח, ולכן בכדי שלא לעשות לרבותינו הטור והרמ"א והש"ך כטועים בש"ס מפורש, הכריחני לנוד בפירוש בעיא דר' זירא מכפי מובן הפשוט. דהנה כולם יפרשו צדדי הבעיא, דאי נימא כצד הראשון דשתיקא דמעיקרא הוה כהודאה אז בעינן ראיה הא ראיה עכ"פ מהני דאי גם ראיה לא מהני א"כ איך יפרשו

הברייתא דראיה מהני, ואי כצד השני דאיגלאי מילתא דשתק משום דסבר קא חזו לי' רבנן גם ראיה לא בעינן, ופשיט מברייתא דקתני הממע"ה, והרי רצו מזה לפשוט כצד הראשון דשתיקה הוה כהודאה ומשו"ה בעינן ראיה, ולפ"ז שפיר יצא להם מש"ס הזה דלא כהש"ך, דהא בע"כ הברייתא ס"ל כצד הראשון דאי כצד השני לא בעינן ראיה, וא"כ איכא למיפשט דאפי' אי נימא כצד הראשון נמי מהני ראיה, ואמנם נראה לפרש באופן אחר, דצד הראשון דאמרינן דשתיקה הוה כהודאה ולא משגיחינן על הצוויחה דבסוף, הוה זה כשתק מתחלה ועד סוף והשתיקה הוה כהודאה גמורה דאפי' ראיה לא מהני, ולצד השני דנימא אגלוי מילתא וכו' אז לא הוה השתיקה כהודאה שלא יועיל גם ראיה, אלא דראיה מהני, אבל בלא ראיה גם לצד זה אין מוציאין דמידי ספיקא לעולם לא נפקא וכמ"ש הר"ן הובא בשמ"ק דמידי ספיקא לעולם לא נפקא, אלא דהבעיא הוא אי אמרינן דכיון ששתק מתחלה לא מהני הצוויחה שאח"כ גם להטיל ספק בשתיקה דמעיקרא ולומר שמא שתק משום דסבר הא חזי ליה וכו', אלא מחזיקינן דשתיקה הוה כהודאה גמורה, וממילא דגם ראיה לא מהני דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, או דלמא כיון דצווח אח"כ מועלת הצוויחה להטיל ספק גם בשתיקה הראשונה, דשמא משו"ה שתק דסבר הא חזו ליה כו', ולא הוה כהודאה גמורה שלא יועיל גם ראיה, אבל ראיה מיהא בעי גם לצד השני, כיון שגם לצד זה מידי ספיקא לא נפיק, ורצה לפשוט מברייתא דטלית יוצא מתח"י כו' הממע"ה, ופשיט מזה כצד השני דהצוויחה מועלת להטיל ספק בשתיקתו הראשונה ולהכי מהני ראיה, דאי כצד הראשון דכיון ששתק מתחלה אין עלינו להשגיח כלל על הצוויחה דאח"כ ומחשבינן השתיקה כהודאה גמורה, א"כ גם ראיה לא יועיל, ומדקתני בברייתא דראיה מהני מכלל דאמרי' כצד השני, ולפ"ז יש מזה סיוע ממש לדברי הש"ך, דהא דקתני בברייתא דראיה מהני, היינו משום דרצה לפשוט מזה כצד השני, אבל לצד הראשון ראיה לא מהני, וכיון שאליבא דאמת בעיא לא איפשטא והמוחזק יכול לומר קים לי כצד הראשון, ולצד הראשון ודאי דגם ראיה לא מהני, וסרה כל התלונות מהש"ך, ועל דרך זה נפרש גם מה שאמרו אח"כ בש"ס את"ל תקפה מוציאין הקדישה אינה מקודשת, היינו כשהביא ראיה, דבלא ראיה אין מוציאין וכן כל הסוגיא יתפרש עפ"י פירוש זה:

**וארווחנא** בזה נמי ליישב דעת כמה מרבוותא שהביא הנמוק"י דס"ל מדקאמר הש"ס הא חזו לי' רבנן, שדוקא אם תקפה בפני ב"ד הוא דמיבעי לן, אבל תקפה לפני עדים אע"ג דהדר צווח לא משגיחינן בי' דודאי אודויי אודי, ובשמ"ק הביאם ג"כ והקשה עליהם קושיה חמורה דא"כ מאי פשיט רב נחמן מברייתא דקתני הממע"ה, לוקמי דברייתא

מיירי בתקפה לפני עדים דהוא ודאי כהודאה ולהכי בעינן עדים ע"ש, ואמנם כל זה הוא לפירושם שגם אי נימא דאודויי אודי מהני ראיה בעדים, אבל למה שכתבתי דאי נימא דאודויי אודי גם עדים לא מהני, א"כ ליכא לאוקמי לברייתא בהקף לפני עדים, דא"כ אפי' ראיה לא מהני, ואמנם אפי' לפירושם נמי תמוה מה שהקשו דהא הם אינם סוברים דעדים מהני כ"א בשתק ולבסוף צווח אבל בשותק מתחלה ועד סוף כו"ע מודו דלא מהני ראיה, וכיון שהצוויחה דלפני עדים לא נחשב כצוויחה, הוה זה כשותק מתחלה ועד סוף, וגם לדבריהם לא מהני ראיה, וא"כ איך נוכל לומר דמיירי הברייתא בתוקף לפני עדים, אם לא שנאמר דיסברו שגם בשותק מתחלה ועד סוף מהני ראיה, והנה דעת הרמב"ם הוא לכאורה דלא כפירושו, דהא מבואר דעתו (פ"ט מהלכות טוען) דאם חזר השני ותקפה מראשו, חולקין, והנה, בשתק מתחלה ועד סוף ודאי דלא יסבור דמהני תקיפת השני, כיון שהראשון זכה כבר בהודאתו, ובע"כ דדינו הוא בשתק ולבסוף צווח וכמ"ש הב"ח והש"ך, ולמה שביארתי דלצד הראשון מן הבעיא הוא, דשתיקה דהכא הוה כשתק מתחלה ועד סוף ממש, וא"כ לדידן דבעיא לא איפשטא, הוה שתק ולבסוף צווח כשותק מתחלה ועד סוף, א"כ איך משכחת להאי דינא דרמב"ם, אלא דהרמב"ם יסבור שאפי' לצד הראשון נמי דאמרינן דשתיקה הוה כהודאה לא הוה נמי כשותק מתחלה ועד סוף, אכן באמת אין מזה ראיה, דודאי בצד הראשון מבעיתינו דאמרינן דשתיקה הוה כהודאה, כהודאה ממש הוא, ואמנם לדידן שרק מספיקא אמרינן כצד הראשון, א"כ כל זמן שמוחזק התוקף אז לענין ההודאה אמרינן מספיקא דהוה כהודאה ממש ולא בעינן ראיה, אכן לענין אם חזר ותקפה, כיון דעתה מוחזק זה בטל מעלת חזקתו של תוקף הראשון ואמרינן חולקין, וכן מה שהקשה הקצוה"ח הא דרכו של הרמב"ם למיפסק כאת"ל ולמה לא פסיק הכא כן, י"ל משום דהכא תרי את"ל הוה ודו"ק:

סעיף ו' **במחבר** חזר האחד ותקפה וכו' יחלוקו, ובסמ"ע הביא בשם הגהות מרדכי דאפי' לפי סברא זו אם הקדישה הראשון קודם שתקפה השני ממנו הוה הקדש ותו לא פקע אף אם תקפה מידו השני, ועיין בנתיבות שטרח לתת טעם בהא דאם תקפה והקדישה דשוב לא מהני תקיפת השני ע"ש, ונראה פשוט דכיון דכל זמן שהיה החפץ ביד התוקף הראשון קודם שחזר ותקף השני ממנו, היה זה בודאי של הראשון וחל ההקדש מדין, וכיון שחל פעם אחת תו לא פקע ועיין בשמ"ק בסוגיא דתקפה אחד בפנינו מ"ש בזה:

סעיף ח' **ברמ"א** ולכן אם אמר שכרתיה לו בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים נאמן במיגו כו', ובקצוה"ח כאן הקשה ממה שאמרו בש"ס (ב"מ ד"ו) דאמרינן לי' עד השתא חשדת לי' בגזלן והשתא אוגרת לי' בלא סהדי, ומשמע דאם משכיר לו באמת בסהדי הוה

זה טענה מחמת עצמה ונאמן גם בלא מיגו, וכן הקשה בתומים, וי"ל דלשיטה זאת דאם אמר שחטפה נאמן וא"כ כי אמר נמי השכרתיה בלא עדים הו"ל להימני' במיגו דאמר חטפה, וע"ז הוא דאיצטריך בש"ס לומר דהשתא מוגרת לי' בלא סהדי, וכלומר דבכה"ג הוה זה חזקה גמורה שבכחה לבטל המיגו, אבל בלא מיגו אפי' אם טען השכרתיך בפני פו"פ נמי אינו נאמן, אלא דבלא סהדי הוה חזקה גמורה לבטל המיגו נמי, ועיין בקצוה"ח לעיל (סי' פ"ב) שהקשה עוד על דברי הרמ"א שבכאן, דאיך נאמן במיגו והא הוה מיגו להוציא, ושם בחדושינו הארכנו ליישב, וכעת ראיתי בשמ"ק לב"מ שהביא קושיא זאת בשם תלמיד ה"ר יונה וכתב ליישב וז"ל דבכה"ג אמרינן מיגו לאפוקי ממונא דכיון דאומר אגרתיה ניהלי' על פיו והחזיקו בה שעד עכשיו היינו סבורים שהיא של שניהם וכיון שהודה שמכרה לו אלא שלא נתן דמים עדיין דין הוא שנאמן שזהו הפה שאסר הוא הפה שהתיר שכן יראה מסברא שאם היה ראובן מוחזק בקרקע אחת ואמר לשמעון אמת שמכרתיה לך אבל לא נתת לי המעות עדיין נאמן מיגו שהיה יכול לומר לא מכרתיה לך וכענין זה לא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא כיון שחזקת הנתבע הוא עפ"י הודאת התובע אבל שאין החזקה מכח התובע לא אמרינן ביה מיגו לאפוקי ממונא כו' עכ"ל ע"ש, ועיין בחדושנו לעיל (סי' פ"ב) בכללי המיגו כתבנו נמי ישוב על קושית קצוה"ח מלשון בלא סהדי דקאמר הש"ס, וכתבתי דלשון זה לאו דוקא הוא ע"ש:

## סימן קלט

סעיף א' **במחבר** שנים שחולקים בדבר ואין שום אחד מהם מוחזק בו כההוא דארבא וכו' כל דאלים גבר, והנה הרא"ש בריש ב"מ ובב"ב דל"ד כתב בהסבר הדין דכל דאלים גבר אשום דאמרי' דמי שהאמת אתו ימסור נפשו בכח ובראיות ביותר, והקשה הט"ז מהא דאיתא בש"ס (גיטין ד"ס) ומבואר לקמן (סי' ק"ע) גבי אמת המים השתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר כל דאלים גבר, והא להסבר הרא"ש לא שייך דין דכל דאלים גבר כ"א במקום שאפשר לברר, והא לגבי אמת המים לא שייך טעם זה ואפ"ה אמרינן כל דאלים גבר, ותיתי לי שבחבורי למס' גיטין גם אני נתעוררתי על הקושיא הזאת, ועיין עוד מ"ש הש"ך כאן למה בספיקא דדינא אמרינן כל דאלים גבר, והא התם נמי לא שייך סברת הרא"ש, ונ"ל ליישב שני סוגים יש בדין דכל דאלים גבר, א) במקום שאי אפשר לברר עם מי הצדק, וכגון בספיקא שבגוף הטענות, וכגון זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, או גם בספיקא דדינא, דבכל הני, הדין העצמיי אינו כל דאלים גבר, דאילו היה אפשר לברר טענותיו של מי משניהם צודקות, או בספיקא דדינא אם היה אפשר לברר ולהכריע הדין עם מי, לא היינו אומרים כל דאלים גבר, אחרי שעצם

הדין אינו כל דאלים גבר, ורק מפני שאין אנו יכולים לברר אמרינן כל דאלים גבר, ב) במקום שדין עצמיי אין כלל, לבד כל דאלים גבר, וכגון בההיא דגיטין, דמעצם הדין באמת אין בזה שום דין, מי קודם, רק הדין העקריי הוא דכל הקודם זכה, והיינו כל דאלים גבר, וכל דאלים גבר דקאמר התם, לא מספיקא הוא, רק מעצם הדין דכל הקודם זכה, דכדי שלא יהא מחלוקת, תקנו דבור הקרוב לאמה ימלא קודם מפני דרכי שלום, ובע"כ מוכרחים אנו לומר דעצם הדין הוא כל דאלים גבר, דאי היה בזה דין אחר לא היו צריכין לעשות תקנה דבור הקרוב קודם, היפך הדין, מפני דרכי שלום, דמאיזה סבה יהיה בזה מחלוקת כיון שיש דין ע"ז, רק לפי שאין בזה דין אחר כלל כ"א כל דאלים גבר, תקנו מפני דרכי שלום את הסדר, דקרוב קרוב קודם, וגם רב ושמואל דפליגי התם, לא נחלקו בעצם הדין, אלא בהדרכי שלום נחלקו, איזה סדר ראוי יותר לתקן מפני דרכי שלום, ורב סובר דמפני דרכי שלום ראוי שלא יעשה אחד מהם שום פעולה, רק הנהר יהא נמשך כדרכו, וממילא תתאי שתו ברישא, ושמואל סובר דדרכי שלום הוא דקרוב קרוב קודם, ומקשה ממתניתין, ומפרשה רב באמה ההולכת עפ"י בורו, שאינו עושה שום פעולה ומעצמו מתמלא ואינו צריך לסכור, והיינו דקאמר כיון דלא איתמר הלכתא איך הוא הסדר בדרכי שלום, ממילא חזר הדבר לעיקר הדין, וכל הקודם זכה, דהיינו כל דאלים גבר, ולפ"ז מיושב קושית הט"ז, דהסבר של הרא"ש אינו שייך כ"א בדבר שיש לו בעצם דין אחר לאו כל דאלים גבר, ורק מפני הספק הוא דאמרינן בו כל דאלים גבר, שבזה צריך טעם למה אמרינן מספק כל דאלים גבר ולא יחלוקו, וע"ז הסביר הרא"ש דיותר נוח לומר כל דאלים גבר שעי"ז יצא האמת לאמתו, אבל במקום דעצם הדין הוא כל דאלים גבר וכמו בעובדא דגיטין, ואם לא נפסוק בזה כל דאלים גבר יהיה בזה נטייה מן הדין העצמיי, אלא שמפני דרכי שלום רצו לנטות מן הדין העקריי, ולכן כשהדרינן שוב לפסוק כל דאלים גבר כדין העקריי, אין צריך סברת הרא"ש ע"ז, דלפסוק כהדין העקריי אין אנו צריכים לשום טעמים והסברים וזה ברור, וממה שכתבנו יתיישב נמי מה שנדחקו רש"י ותוספת בגיטין שם למה לא אמרי' התם הלכתא כשמואל בדינא, דכלל זה הוא רק כשרב ושמואל פליגי בעצם הדין, בזה קיי"ל הלכה כשמואל בדינא אבל התם בדינא לא פליגא, דמדינא כל דאלים גבר, רק בדרכי שלום הוא דפליגי, אם כך תקנו מפני דרכי שלום או כך תקנו, ואין זה ענין להך כללא דקיי"ל הלכה כשמואל בדינא, הלכך אוקמוה אדינא כל דאלים גבר, דכך הדין ולא דרכי שלום וזה ברור:

שם **במחבר** וכל זמן שלא יביא האחר ראיה אף אם תגבר ידו אין מניחין ליקח מזה שגברה ידו תחלה, בש"ך סק"ב הביא מ"ש התוס' והמרדכי (פ"ק דב"מ) דסברי דאם חזר

השני ותקף אין מוציאין ממנו, וכתב דאשתמיט להב"י דברי הפוסקים הללו, וראיתי בס' מעייני החכמה שהליץ בעד הב"י דאין כל כך ראיה מדברי התוס' נגד הרא"ש דודאי מעיקר הדין ראוי להיות כך שאף שתקף שגבר ידו של ראשון לא אלים כחו שלא תועיל עוד התגברות השני אלא דאחר שפסקו חכמים הדין כל דאלים גבר, לא מסתבר שיהיו כל ימיהם במריבה, אלמוה לתקיפת הראשון כאילו היה שלו לגמרי כל זמן שאין השני מברר, אבל מעיקר הדין א טעם לומר שיזכה עי"ז שגבר ידו ותפס שלא מרצון השני, ובודאי בתקף השני הראיה על הראשון מאחר דחזינן דאפי' תקן כהן דבר שאין לו בה שום חזקה הוה ס"ד דאין מוציאין, ונקן דבהא מוציאין מ"מ בזה שכל כחו בא ע"י התקיפה, לא מסתבר שלא תועיל תקיפת השני אם לא מתקנת חכמים כמ"ש הרא"ש שלא יהיו כל ימיהם במריבה, וזה לא שייך רק בתקיפה ממש, אבל בהקדישה כשהיא ביד השני, א"כ נהי דאמירתו לגבוה כו' מ"מ כיון דמעיקר הדין לא מהני תקיפת הראשון לגרע התקיפה שתוקף השני ממנו, א"כ בהקדישה והיא ביד שני ראוי שלא יועיל ההקדש, דע"ז לא שייך תקנת חכמים שיקדישה, דההקדש שהיא התקיפה לא הוציאה מיד שני דעדיין הוא בידו של שני, א"כ לא שייך שיתקנו חכמים שיועיל ההקדש כאילו לא היה השני תפוס שהרי תופס בפנינו וכל שהוא ביד זה הרי זה הוא הגובר, ואף דבמסותא אין אוחזין ממש, מכל מקום כל זמן שלא תקפה זה בפועל הוא בחזקת שניהם כאילו אוחזין גם שניהם, שהרי גם ליד השני לא בא ולכן מסתברא שלא יועיל ההקדש כתקיפה, ועיין עוד בתומים שמיישב זה בסברא נכונה.

## הלכות חזקת קרקעות

### סימן קמ

סעיף ז' **במחבר** כיצד היא החזקה, בר"פ חז"ה מסיק הש"ס טעמא דחזקה משום דעד תלת שנין מזדהר אינש בשטרא טפי לא מזדהר, והנה זה ודאי דטעם זה לחוד לא סגי עדיין, דנהי דכיון דיותר מתלת אינו מזדהר וליכא ריעותא במה דלית לי' שטרא, אבל הא ראיה נמי אי לו שקנה, ובמה מהימנינן ליה להוציא מחזקת מרא קמא, אלא דיפה כתבו הראשונים ז"ל ה"ה הרמב"ן בחדושיו (ב"מ דמ"ב) וגם בתשובת הר"ן (סי' ע"ה), דטעמא דחזקה לאו משום אזדהורי דידי' בלחוד הוא אלא כיון דהאי שתיק רגלים לדבר אלא שתוך שלש אמרינן למחזיק אחוי שטרך ולאחר שלש כיון דלא מזדהר ביה טפי איתרע ליה האי טענתא ואמרינן לא לחנם שתק ע"ש, והמתבאר מן דבריהם דעיקר הטעם דחזקה משום דכיון דשתק רגלים לדבר שודאי מכר לו, אלא דתוך שלש איכא ריעותא

להמחזיק דלא שמר שטרו, וכיון דאיכא ריעותא לא סמכינן על הרגלים לדבר, ורק לאחר שלש דליכא ריעותא אז סמכינן על הרגלים לדבר, וקשה לי לפי"ז מהא דאמרינן (ב"ב דל"ה) דאם דלי ליה המערער צנא דפירי לאלתר הוה חזקה, ואמאי הא גם בזה ליכא ראיה ברורה שקנה וליכא כ"א רגלים לדבר, דמדדלי ליה בעצמו צנא דפירי הוה רגלים לדבר שמכרו, ואכתי אין בזה כ"א רגלים לדבר, וברגלים לדבר הא אמרינן דלא סמכינן במקום שיש ריעותא דלא נזהר בשטרו, וא"כ אמאי מהני לאלתר החזקה בדלי צנא דפירי והא איכא ריעותא למה לא נזהר בשטרו, וצ"ל דהתם לא הוה זה רינאסא במה דלא נזהר בשטרו גם לאלתר. עפ"י מה שביאר הרשב"א ז"ל דהא דאמרינן עד תלת שנין מזדהר לאו הלכתא בלא טעמא הוא אלא בטעמא תניא והוא משום דכיון דרובן של בני אדם מקפידין באכילת פירות של שלש שנים ובפחות מכאן לא קפדו ולכן אף לוקח זה חושש ונזהר בראיות כל שלש, דמ"מ אמר שמא יבוא היום או מחר ויערער עליו אבל לאחר שראה זה שותק כל שלש בוטח הוא שלא יערער עוד ושוב אינו נזהר בשטרו ע"ש, הרי לפי"ז הא דבעינן שלש שנים דוקא, היינו משום דאין אדם מקפיד בפחות משלש, ומוכרח הוא לשמור השטר משום דאינו בטוח עדיין שלא ימחה, דשמא לא מחה עד עתה משום דאינו מקפיד עוד, אבל בכה"ג דדלי צנא דפירי בטוח הוא מיד שבודאי כיון דבעצמו נתן ליה הצנא דפירי מכלל שלא ימחה עוד, וכיון שבטוח הוא מיד שלא ימחה, אינו נזהר בשטרו מיד, ולכן אפי' לאלתר לא הוה ריעותא במה שאין לו שטר ודמיא למה דאמרינן בש"ס גבי אשת איש צריכה למחות דאקשינן לה ממתניתין דקתני ולא לאיש חזקה בנכסי אשתו, לעולם בבעל וכגון דחפר בה בורות שיחין ומערות, דהתם הוה נמי מה"ט דכיון שחפר בה בורות שיחין דאין שום אדם סובל כך, דאין אדם רואה שמקלקלים קרקעו ושותק, ומסתמא אינו חושב עוד למחות, וכיון שבטוח הוא שלא ימחה אינו נזהר בשטרו גם לאלתר ומשו"ה הוה חזקה לאלתר:

**והנה** השער המשפט נסתפק בבתים דלא קיימא לאגרא אי מהני בהו חזקת שלש שנים מי אמרינן כיון דלא קיימא לאגרא לא רצה למחות כיון דזה נהנה וזה אינו חסר הוא או דלמא דמ"מ היה למחות בכדי שלא יחזיק בו ויטעון שקנה ממנו, ולמה שכתבתי בשם הרשב"א דטעמא דתלת שנין דוקא לאו כללא הוא והלכתא בלא טעמא אלא משום דאמרינן דעד תלת שנין אינו חושש למחות, אבל בדבר שחושש למחות מיד לאלתר הוה חזקה, דמדלא מיחה מיד בטוח הוא שלא ימחה עוד, וכן להיפוך בדבר שאינו חושש למחות אפי' יותר משלש שנים ואינו בטוח גם בשלש שנים שלא יבוא עוד למחות, לא הוה חזקה גם בשלש שנים, דהיה לו ליזהר בשטרו גם יותר משלש, שנים, והכי מבואר

להדיא ברשב"א דמשו"ה אכלה ניר, וכן אפיק כורא ועייל כורא לא הוה חזקה, משום דעדיין הלוקח צריך להזהר בשטרו, דעליו היה לחשוש שמא לא חששו הבעלים לערער כיון שלא נשכר באכילתה, ולפ"ז גם בחצר דלא קיימא לאגרא היה להלוקח לחשוש שמא לא חשו לערער עד השתא משום שאין קיימא לאגרא ואינו נפסד וצריך היה להזהר בשטרו גם יותר משלש שנים, ומדלא נזהר לא הוה חזקה כן נ"ל, ועיין מה שכתבתי עוד בסמוך מזה:

סעיף ח' **בהג"ה** וכן מקומות בית הכנסת כו', ועיין בקצוה"ח ס"ק ג' מעשה במקום של בהכ"נ ידוע לאחד טען עליו אחר שקנה ממנו מחצית ולהיות עמו בשיתוף ובא בטענת חזקה של שלש שנים שעמד אתו בשיתוף בלא מחאה, והביא דעת הפוסקים דלא מהני חזקה לשיתוף, וראייתם מההיא עובדא דב"ב דכ"ט דאמר המערער אנא בשכוני גואי הואי, ופי' רשב"ם ז"ל בחדרים הפנימיים היתה עיקר דירתי והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בבית החיצון שדרת בו ברשותי ולכן לא מחיתי וכו', הרי שאפי' אם היה לו רק דרך בדריסת הרגל לא הוה חזקה, וכ"ש בנידון דידן דהשתמשו ביחד בשוה זה כמו זה דפשיטא דחזקת המחזיק אינה חזקה, ואלא שהביא דעת הרא"ש דמוכח מדבריו שבכה"ג הוה חזקה ע"ש, ומצאתי בשמ"ק בשם הרשב"א דמוכח להדיא מדבריו שבכה"ג שיש להמערער דריסת הרגל הוה חזקה, וכל סך פשיטא ליה הך סברא דדריסת הרגל אינה מבטל החזקה עד שמטעם זה דחה לגמרי פי' רשב"ם וז"ל אנא בשכוני גואי הואי ופר"ש ז"ל בית פנימי היה לפנים מאותו בית ועליך הייתי עובר ודר בבית הפנימי ולפיכך לא עלתה לך חזקה שלא היית משתמש לבדך אלא גם אני הייתי משתמש עמך, ואינו מחוור כלל שאם אתה אומר כן לעולם לא תעלה חזקה לבית החצון ומי שמכר שדה לחבירו ושייר בו בור או אילן ושייר לו דרך לא תעלה לו חזקה מפני שיש לו שם דריסת הרגל כו' עכ"ל, הרי דסובר דדבר פשוט דגם היכי דשייר לו דרך הוה חזקה, ודחה לפרשב"ם וזולת זה הרבה מן הראשונים לא מפרשי כפרשב"ם כמבואר בשמ"ק, וא"כ איתרע טובא היסוד שבנו עליו הפוסקים דחזקה בשיתוף לא מהני מכח ההיא דפרשב"ם, והא קמן דאדרבה מכח הא גופא דחה הרשב"א לפרשב"ם משום דאין סברא סלא יועיל חזקה בכגון זה, והנה הב"י לקמן (ס"ס קנ"ג) הביא בשם תשובת הרשב"א וז"ל יציאה וביאה אם צריך חזקת שלש שנים, דבר ברור הוא שצריך חזקת שלש שנים שהרי יש בזה חיסור קרקע שהרי משתמש בחצירו ממש ונכנס ויוצא בו ואם בא זה לבנות בחצירו ולסתום בפניו ה"ז מוחה בידו כדי שלא יאבד דרך ביאתו ע"ש, הרי דסובר דאפי' לדריסת הרגל יש חזקה אף שבעה"ב משתמש ג"כ בביתו שלא בשעת כניסה,

ועיין בנתיבות לקמן ס"ק י"ח שנדחק בטעמו של הרשב"א, דהא לשיטת הרשב"ם לא הוה הדין הכי, ולמה שהבאתי בשם הרשב"א שדוחה באמת לפי' רשב"ם ולכן לשיטתו סובר דאפי' לדריסת הרגל נמי הוה חזקה, דאין זה טענה מה שהבעה"ב משתמש ג"כ כיון דסוף סוף המחזיק משתמש ונהנה מזה הו"ל למחות ודו"ק היטב בזה:

סעיף ט' **במחבר** הא דמהני עדות השוכרים וכו' דוקא ששכירות הבית עדיין בידם וכו', עיין בס' שעה"מ שכתב דבעינן דוקא שהשוכרים לקחו בידם השכירות והביאו המעות לפני ב"ד ואמרו למאן ניתבי', ומ"ש המחבר דוקא ששכירות הבית עדיין בידם הוא שלא בדקדוק, דכשהוא בידם עוד ולא הביאו לב"ד לא מהני, וכן כתב המחבר גופא לעיל (סי' ל"ז סעיף י"ב) השוכר אם לקח בידו השכירות ואמר כל מי שיתקיים קרקע זה בידו יטול ה"ז מעיד למשכיר וכו' ע"ש מילתא בטעמא:

שם **במחבר** אבל אם כבר פרעו השכר למחזיק אינם יכולים להעיד מפני שהם נוגעים בדבר וכו' שאם יצא מתחת ידו צריכים ליתן השכר פעם אחרת למערער, והנה הגאון בעל ים התלמוד בחדושיו (ב"ק דכ"ב) הקשה לפמ"ש הרמ"א לקמן סי' שס"ג דאם אין בעה"ב בעיר ולא הניח משתדל להשכירו לא הוא ולא שלוחו הוה לי' כמו חצר דלא קיימא לאגרא כלל אע"ג דאי היה בעלים הכא הוו מוגרו השתא כיון שאינו מניח שום אדם להשכירו הו"ל כמו חצר דלא קיימא לאגרא כלל ואף אם ירד בה השוכר אדעתא דשכירות מ"מ א"צ ליתן לו שכר משום דעכ"פ הבעלים אינם מוגרים אותם ע"ש, א"כ לפי"ז אמאי קאמר הכא דהשכנים נוגעים הם הא אינם נוגעים כלל. דאף אם ימצא הבית של המערער נמי אינם חייבים לשלם להמערער מידי דהרי עכ"פ לא צווה להשכיר בית זה וגם הוא לא היה משתדל להשכירו וא"כ תו הו"ל כמו חצר דלא קיימא לאגרא דפטור אף אם ירד אדעתא דשכירות ע"ש ואנכי אתמה עוד גדולה מזה, דלדברי הרמ"א דבכה"ג הוה כחצר דלא קיימא לאגרא, א"כ אמאי מהני עדות השוכרים להחזיק למחזיק זה בבית, הא בבית דלא קיימא לאגרא לא מהני גם חזקת שלש שנים וכמ"ש בסי' זה לעיל סעיף ז', דכיון שאינו נפסד לא חש לערער והו"ל להמחזיק להזהר בשטרו אפי' יותר משלש שנים, וא"כ אפי' אם נאמין להעדים נמי לא יועיל חזקת המחזיק, מיהו לקמן (סי' שס"ג) העליתי בלא"ה דלא כרמ"א, ואם אך השוכר ירד אדעתא דשכירות, קיימא לאגרא חשיב אע"ג שהמשכיר אינו בכאן ע"ש, ולכן כה"ג הוה חזקה, ומחויב שפיר לשלם השכירות אם יזכה המערער, וסרה בזה קושית בעל יה"ת, ומכאן יהיה נמי סיוע לדברנו שם להקשות על הרמ"א, דאי כדבריו א"כ לא הוה חזקה כלל ושם הארכתי ודו"ק, ועיין בנתיבות ס"ק י"א שהרגיש גם הוא בקושית בעל יה"ת דאמאי קאמר בש"ס שם

דהשכנים נוגעים בעדותן דלמא מיירי בכה"ג שלא המערער בעצמו או שלוחו משתדל להשסירו דפטור מלשלם למערער, וכתב דבאמת הו"מ לש"ס לאוקמי הבי אלא דחדא מתרי תרוצי נקט ע"ש, וליתא לדבריו חדא דאמר דשמא מיירי בכה"ג, מאי שמא הוא, הא ודאי שעכ"פ המערער לא צוה להשכיר וגם לא היה משתדל להשכיר, דאי הוה משתדל להשכירו א"כ זהו גופא מחאה, ועוד דאי באמת פטור לשלם למערער א"כ גם חזקת שלש שנים לא מהני כלל, דכיון דלדידיה הוה כמו חצר דלא קיימא לאגרא לא חש למחות בזה וכמו שכתבתי ודו"ק:

שם **במחבר** מפני שהם נוגעים בדבר, ובחדושי הרשב"א הקשה דמאי נגיעה הוא זה, אי ישלמו להמערער יחזרו ויגבו מן המחזיק מה שנתנו לו, ועיין שם שנכנס בדוחקים ליישב זה, ולענ"ד נראה בפשיטות דמן המחזיק לא יוכלו לגבות אף אם יזכה המערער בדין, דכיון שהם עצמם מעידין שזה שהשכיר להם החזיק שלש שנים ונהי דאינם נאמנים להחזיקו למחזיק בשדה זאת מפני שהם נוגעים, אבל מ"מ נגד עצמם הרי הודו שהמשכיר להם החזיק שלש שנים ונטל השכירות כדין דהודאת בע"ד כמאה עדים, ואף שצריכים לחזור ולשלם למערער אין זה אלא גזלן בעלמא ואין לחייב בזה את המשכיר שנטל השכירות כדין, ודמיא למוכר לחבירו שדה ושוב נטלו ממנו בעדים והלוקח מכיר שהוא של המוכר ושלא כדין נטלו ממנו שאין המוכר צריך לשלם כלום כמבואר לעיל (סי' ל"ז) בש"ך ס"ק כ"א ואכן מדהקשה הרשב"א מכלל דסובר דבאמת חייב המחזיק לשלם להעדים וצ"ע טובא:

סעיף י' **במחבר** ולא הוו נוגעים בעדות כיון דלא הוה מערער קמן, והוא בטור בשם רבינו יונה, וכתב הב"ח ז"ל כיון דלא הוה מערער קמן אע"ג דקבלת עדות הוא מחשש שמא יבוא המערער אפ"ה אין לחוש שמא יעידו שקר על הספק שמא יבוא המערער דאינו נקרא נוגע בעדות אא"כ ההנאה הוא בודאי בשעת קבלת העדות, וכ"כ בהג"א (פ' חזקת) דכל היכי דהשתא אינו נוגע אעפ"י שאם יתעשר יהנה בעדות כשר, והיינו טעמא דעל ספק הנאה לא יעיד עכשיו ע"ש ותורת אמת היתה בפיו של הב"ח, דטעם זה מפורש ברבינו יונה מרא דהאי דינא, דבשמ"ק לב"ב שם הביא הרשב"א בשם מורו, דהוא רבינו יונה וז"ל ואורי הרב ז"ל פירש ליתו לסהדי לי דאתי לאוסופי נמי אמאי דאוקמינא דנקטי אגרא בידייה וה"ק פעמים שמקבלים מהם אע"ג דלא נקטי וה"ד כגון דאתא לוקח לבי דינא מקמי דאתא מערער ואמר להו לבי דינא קניתי בתים ומתיירא אני שמא יערער עליהם המוכר למחר וכו', והרי כאן שוכרים שדרו בהן תלת שנין ליתו לסהדי לי עכשיו בפניכם וקבלו עדותם בכי הא מקבלין ואע"ג דלא נקטו אגרא בידייהו דכיון דאין כאן

מערער לא חשבינן להו כנוגעין בעדותן דלא חיישינן למאי דלא חזי וכאותה שאמרו לקמן בפרקין לוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית לי' ארעא אחריתא ואין מחזיקין אותו בנוגע בעדותו אעפ"י שאין ידוע כמה המוכר חייב מפני שאין אדם חושש ומתירא ממערער שאינו ידוע וה"נ לא שנא עכ"ל, ובחנם טרח הקצוה"ח לתת טעם על דין זה דרבינו יונה אחרי שמפורש בדבריו כטעם הב"ח, ונ"מ לדינא בין הטעמים, דאילו לטעם שכתב הקצוה"ח אף אח"כ יבוא המערער חייבין העדים שבועה, אכן לטעם רבינו יונה גופא אף לאחר ביאת המערער א"צ העדים לישבע כלל כיון שהם עדים גמורים ודו"ק:

## סימן קמא

סעיף א' **במחבר** ושדה אילן אינה מיום ליום אלא ביון שאכל שלש תבואות וכו', בקצוה"ח הביא לדברי הכנה"ג וז"ל כתוב בשם מהרש"ח דלדעת הרשב"ם הלכה כרב דבעי שלימות, אמנם יש לתמוה על מוהרש"ח היכן מצינו בדברי רשב"ם דהלכה כרב דבעי שלש שנים שלימות, שהרשב"ם לא כתב אלא לפי ל' הזה אפילו שמואל לא בא לגרוע משלש שנים והכי קיי"ל וכו', ועוד שאפי' זה אינו מדברי רשב"ם אלא מלשון ר"ח אבל רשב"ם עדיין אפשר דסובר דהלכה כשמואל וכו' ע"ש, ומה דנסתפק בכוונת רשב"ם, מה נאמנו לנו עדותו של הרשב"א שהעיד כן להדיא בשם הרשב"ם דפוסק כרב, וז"ל הרשב"א הובא בשמ"ק (ב"ב ר"פ חזקת) שדה הבעל חזקתן שלש שנים ואינה מיום ליום ר' ישמעאל אומר שלש חדשים בראשונה כו' פירש"י ז"ל כאחד ר' ישמעאל אומר וכו'. נראה מדבריו דר' ישמעאל ור' עקיבא לא פליגי את"ק אתו אלא פרושי דקא מפרשי כיון דלא בעינן שלש שנים מיום ליום במאי סלקא ליה חזקה, ולדבריו הא דאמרינן לקמן בגמרא אמר רב יהודה אמר רב זו דברי ר' ישמעאל ור' עקיבא אבל חכמים אומרין חזקתן שלש שנים מיום ליום, הני חכמים דאמרינן לאו חכמים דמתני' קאמר דמתני' כו' ר' ישמעאל ור' עקיבא תני לה, ולדבריו ג"כ כללא דמתני' דכייליק ומפלגינן בין עושה פירות תדיר לשאין עושה פירות תדיר ליתי' אלא קיי"ל כחכמים דבין כך ובין כך שלש שנים מיום ליום, ורבא דקא מפרש טעמא דשלש שנים דחזקה משום דתלת שנים מזדהר בשטרו לדבריהם דחכמים דפליגי עלי' דר' ישמעאל ור' עקיבא קאמר והכי סבירא להו ושמואל דקאמר דקל נערה וכו' כלומר שעושה דיופרין בשנה אחת שעלתה לו חזקה דג' גדרות אתיא דלא כהלכתא ולא קיי"ל כוותי' אלא כרב דאמר חזקתן שלש שנים מיום ליום דקאי כרבא דאמר טעמא דשלש שנים מזדהר בשטרו וכ"כ רשב"ם לקמן דכוותי' דרב מסתברא דהני חכמים אליבא דרב קיימא כדמוכחא סוגיא דמכילתין דלא אזיל בתר לקיטת פירות של שלש שנים, אלא שלש שנים שלימות בעינן בכל דבר ומשום

דלא אזדהר בשטרו יותר מן שלש שנים עכ"ל, ובעיקר הדין הסכים גם הרשב"א דהכי קיי"ל כרש"י ורשב"ם דבעינן שלש שנים מיום ליום, אלא שהוסיף דאפי' שמואל נמי סובר הכי דבעינן מיום ליום דוקא ע"ש, ושיטת המחבר הוא שיטת הרי"ף אבל הרבה ראשונים סוברים דגם בשדה הבעל בעינן מיום ליום, עיין בארוכה בשמ"ק שמיישבים הסוגיא אלייהו, וגם הר ז"ל כתב דרשב"ם פסק כרב ע"ש בשמ"ק (דף ל"ו) ע"ש הר"ן:

סעיף ח' **במחבר** נכה שנה וכו' אפי' כמה שנים וכו', הואיל ולא אכל פירות אינה חזקה ואע"ג דטעמא דחזקה משום דיותר מתלת לא זהיר בשטרו, והכא עברו יותר משלש שנים ולמה לא תהוי חזקה, דהא כבר הבאתי לעיל בסי' הקודם בשם הראשונים דעיקר טעמא משום דשתק הוה רגלים לדבר שמכר לו, וטעמא דאזדהורי לא הוצרך כ"א שלא יהיה ריעותא מצד המחזיק ע"ש ולפ"ז דוקא כשרואה שחבירו נהנה מפירות שדהו הוא דאנן סהדי שלא ישתוק, אלא ודאי ימחה, אבל כשאין זה נהנה לא איכפת ליה ולא חש למחות וק"ל:

סעיף ט' **במחבר** ניר לא הוה חזקה שאפי' אותן ימים שנר בהם אינם עולים לחשבון שלש שנים שאין מונין אלא משעת זריעה, והקשה הנתיבות דהא דין זה לא כתב הרשב"א רק למאן דס"ל דבעינן שלש שנים שלימות אז שייך לומר דניר אינו עולה לחשבון שלש שנים, וכיון דמחבר פסק דבאכילת שלש פירות סגי ולא בעינן שלש שנים, א"כ איך שייך לומר כלל דאינו עולה לחשבון כיון שחרש וזרע ואכל פירות של שלש שנים ע"ש, ולק"מ דבפירושא דניר לא הוה חזקה נחלקו הראשונים, רש"י ז"ל פי' שאין יום אחד בשנה שנרה בה חשוב להחשב שנה שלימה לחשבון שלש שנים, ופי' דהניר לחוד בלא אכילת פירות לא חשיב שנה, ורב אחא וכל גדולי הדור שאמרו דניר הוה חזקה, היינו דכמו דמהני אכילת פירות של חדש אחד להחשב שנה, כן נמי ניר יום אחד חשוב כאכילת פירות, ולפירוש זה כתב הרשב"א דטעמו דמ"ד ניר לא הוה חזקה משום דסובר דבעינן שלש שנים מיום ליום, וגם אכילת פירות לא מהני חדש אחד וכ"ש ניר בלא אכילת פירות, ומ"ד ניר הוה חזקה משום דסברי כר' ישמעאל ור' עקיבא דלית להו טעמא דתלת שנין מזדהר בשטרא, ולכן כמו דאכילת פירות חדש אחד סגי הוה"ד, לניר יום אחד, ולפירוש זה בפעולת הניר גופא אין שום חסרון דפעולתו מהני כמו אכילת פירות, ורק החסרון הוא בזמן משום שלא החזיק שנה שלימה, משו"ה שפיר כתב הרשב"א שזהו רק למ"ד דבעינן שלש שנים שלימות, אבל למ"ד דאכילת פירות כבי ממילא מהני אפי' יום אחד ניר כמו אכילת פירות בחדש אחד ואכן כל זה הוא לשיטת רש"י חסרון דניר הוא משום שאינו נמשך אלא יום אחד, אכן הרמב"ן ז"ל פי' דלמ"ד דניר לא הוה חזקה, היינו

שבאמת זרעה ואכלה אח"כ שלש שנים אלא דאפ"ה אותן ימים שנר בהם אינם עולים לחשבון שאין מונין אלא משעת זריעה, וטעמו משום שבשעה שהיה ניר לא היה נהנה אלא מהנה, ואין חזקה למהנה אלא לנהנה מן הקרקע, ואסתייע מן הירושלמי דגרסינן שם ראוהו חורש זורע וקוצר ומעמר כו' ולא ראוהו מכניס פירות אינה חזקה שאין חזקה אלא הכנסת פירות, וגם הר"ח הוכיח מן הירושלמי הזה דאין חזקה למהנה, ומי שאמר ניר הוה חזקה ה"ק שאם ירד לתוכה בתחלת השנה ונר אותה ועמד כל השנה בחזקתו ונטרה כדנטרי אינשי עד שזרעה בשנה הבאה אותה שנה של ניר חשוב שנה, ומ"ד ניר לא הוה חזקה סובר דאינו מתחיל למנות אצא משעת הקצירה דאז הוה נהנה, ולפירוש זה דהחסרון הוא בעצם הפעולה, דפעולת ניר לא חשובה פעולה אפילו כשהחזיק בה שלש שנים שלימות ומשום דלא נהנה, א"כ חסרון זה הוא אפי' למאן דלא בעי שלש שנים שלימות, דאפי' מ"ד דסגי באכילת פירות, אבל אכילת פירות מיהא בעינן, וניר לא חשוב נהנה כלל, ולפ"ז לק"מ קושית הנתיבות, דהמחבר הא כתב דימים שנר בהם אינו עולה לחשבון עד שעת זריעה, הרי דסובר כפי' הרמב"ן דחסרון דניר הוא לאו בזמן משום דאינו נמשך רק יום אחד, אלא משום דלא חשובה הנאה, וזה הוה חסרון שפיר אפי' למ"ד באכילת פירות סגי, ומ"ש הרשב"א דלמ"ד אכילת פירות סגי ניר נמי הוה חזקה, היינו לשיטת רש"י בפירוש דניר ודו"ק כי זה נכון וברור:

סעיף יא' **במחבר** אכלה ערלה שביעית וכלאים אעפ"י שנהנה בעבירה ה"ז חזקה, וכלשון הזה כתב הרמב"ם (פי"ב מהלכות טוען), והראב"ד כתב עלה דשבוש הוא ולא אמרו אלא שאכילת עצים שמה אכילה הואיל וליכא פירי אחרינא, וטעמי' דהראב"ד הוא מסוגיא (כתובות ד"פ) לגבי דין דמוציא הוצאות על נכסי אשתו ואכל קימעא אמרינן בו מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, קאמר התם עבד ר' יהודה עובדא בחבילי זמורות וחשיב לה נמי אכילה רב יהודה לטעמי' דאמר רב יהודה אכלה ערלה שביעית וכלאים ה"ז חזקה, ופרש"י והא התם בערלה הפירי עצמו אסור ולא הותר אלא בזמורות ואי לא חשיב אכילת זמורות אכילה אמאי הוה חזקה, וא"כ מוכח מהתם דאכילת פירות גופייהו בערלה לא הוה חזקה, דאי כהרמב"ם דגם אכילת פירות ערלה הוה נמי חזקה, א"כ היכי מוכיח מינה התם דאכילת זמורות הוה אכילה, ובכדי שלא לשוויה למאורן של ישראל כטועה בסוגיא מפורשת נ"ל ליישב ולהוכיח עוד דאדרבה מסוגיא זאת גופא יהוה מוכח כפירושו דגם אכילת פירות ערלה הוה חזקה, דהנה לענין חזקה בעינן שני דברים, שהמחזיק יהנה מאכילתה, והמערער יהיה לו הפסד מאכילתו של זה, ובאם חסר אחת משתי אלה לא הוה אכילתו חזקה, דאם המחזיק לא קיבל הנאה אין אכילתו

כלום משום דמצי אמר כיון דשמטת ואכלת שלא כדאכלי אינשי, ניכר מזה שבגזילה באת לידך, ומשו"ה לא מחיתי, ומהאי טעמא אכלה ניר וגם שחת לא הוה חזקה, ואפי' אם המחזיק נהנה רק שהמערער אינו חסר, וכמו בחצר דלא קיימא לאגרא, לא הוה חזקה, וכמו שביארתי לעיל בסימן הקודם, ומשום דמערער מצי טעין לא חששתי למחות בדבר באין לי הפסד, והיינו נמי ההיא דשכוני גואי הואי לעיל בסימן הקודם סעיף י"ג לפרשב"ם (ב"ב דכ"ט), כיון שגם לו היה דריסת הרגל לא חששתי למחות בדבר שאין לי שום הפסד וכפרשב"ם, וכן נמי פרשב"ם (ב"ב דל"ו) גבי ערלה דמשו"ה לא הוה חזקה כיון דאין לו הפסד לא איכפת למחויי, והנה אכילת איסור מצד עצמה ודאי דחשובה הנאה, דהא במוכר לחבירו דבר ונודע שהוא אסור דא"צ הלוקח לשלם הדמים כפי שאכל, אין זה אלא מטעם קנס משום דקנסו למוכר שמכר דבר איסור, אבל מדינא חשובה הנאה והלוקח היה מחויב לשלם כמה שנהנה כמבואר לקמן (סי' רל"ד), ואפי' להך דיעה דסוברת דמשו"ה א"צ הלוקח להחזיר כמה שאכל משום דאין לו הנאה, דכשנודע לו שאכל דבר איסור הרי הוא מצטער וכמש"כ הסמ"ע שם, היינו דוקא כשאכל בשוגג וחשב לאכול דבר היתר, ולכן כשנודע לו שוב שדבר עבירה אכל הרי הוא מצטער על שעבר איסור דאורייתא, אבל כשהאוכל ידע שדבר עבירה הוא ואפ"ה אוכלה, פשיטא דחשובה אכילה לכו"ע, והנה כשהמחזיק אכלה ערלה וכלאים ויודע שהשדה ערלה היא ואפ"ה אוכלה, פשוט דמצד המחזיק אכילה חשובה היא אעפ"י שנהנה בעבירה, כיון דסוף סוף נהנה הוא חשובה חזקה טובה, ורק העיקר מה שאנו צריכין לדון בזה הוא, דכיון דערלה היא, שגם למערער אסורה היא, וא"כ לא הפסידו מידי באכילה זאת, דעלינו להחזיק להמערער בחזקת כשרות דודאי שלא היה נהנה מערלה, וכיון שאין לו הפסד באכילה זאת משו"ה לא חשש למחות, וזהו מה שקשה להש"ס על דין דרב יהודה דאמר אכלה ערלה וכלאים ה"ז חזקה, נהי דהמחזיק נהנה אבל מה הפסד המערער, אכן באמת שגם למערער איכא הפסד, דהא מצי לאוכלה זמורות שאינם נאסרים בערלה, אלא דהיינו דוקא אי נימא דאכילת זמורות חשובה אכילה, נמצא דשפיר הפסיד למערער, אכן אי נימא דאכילת זמורות לא חשובה אכילה, אכתי לא הפסידו כלום, דאע"ג דהוה מצי לאוכלה זמורות כיון דלא חשיבה זה אכילה לאו דידי הפסידו, ומדאמר רב יהודה דאכלה ערלה ה"ז חזקה מוכח מינה שפיר דאכילת זמורות חשובה הנאה, ושפיר הפסידו אכילה זאת ומשו"ה הוה חזקה, והיינו שהוכיח הש"ס דכתובות דאכילת זמורות הוה חזקה מדרב יהודה דסובר דאכילת ערלה הוה חזקה, ולא דמיירי שהמחזיק אכלה זמורות, אלא שהמחזיק אכלה פירות ואפ"ה מוכח דאכילות

זמורות חשובה אכילה, דאי לא חשובה אכילה לא הוה חזקה מצד שלא הפסיד מאומה למערער וכמו שביארתי, וזהו פי' אמיתיי ב"ה ומקום הניחו לי להתגדר בישוב דברי הרמב"ם בדרך אמת, ומה שהכריח לרמב"ם לפרש כן, חדא מצד עצם הדין, דסובר שאי אפשר לומר דאכלה לפירות ערלה לא תיהוה חזקה מצד דאכילת איסור לא חשיבה הנאה, דהא בכה"ג שידע שדבר עבירה הוא ואפ"ה אכלה ואחשבה לאיסור זה' איך שייך לומר דלא חשיבה הנאה, ועוד דאי כפרש"י והראב"ד דמיירי שאכלה זמורות, אכתי יקשה קושית התוס' שם בכתובות, דהא תינח בערלה דזמורות שלהם מותרים אבל מה נענה לכלאים שגם הזמורות אסורין, ומה שתי' התוס' דמיירי רק בנתוספו הפירות ולא הזמורות וכמ"ש ג"כ הסמ"ע, זה נ"ל דוחק, להכי פי' הרמב"ם דבאמת מצד אכילת איסור של המחזיק אין שום חסרון לגבי חזקה, כיון שידע מן האיסור ואחשבה לאכלה, ורק העיקר מה שאנו מקפידין אם הפסיד למערער, ובכלאים שפיר הפסידו טובא, דאינהו הוו מצו לאכול. בהיתר ולא הוו זרעי כלאים, דזריעת כלאים אינה באה ממילא כמו ערלה ושביעית, אלא ברצון הזורע תלוי, והבעלים לא היו זורעין כלאים והוו אכלי בהיתר, ועוד דאפי' כשזרעו המחזיק כלאים אינם נאסרין לבעלים דאין אדם אוסר דבר שאינה שלו דמשנה מפורשת היא בכלאים (פרק ז') האנס שזרע וכו', ושפיר הפסידו, וכיו"ב פי' הרמב"ן הובא בשמ"ק לכתובות שם וז"ל ורבינו הרמב"ן ז"ל פירש דכלאים דאמרינן הכא המחזיק זרעה כלאים ואסרה על הבעלים שהיו אוכלים אותה בהיתר וכיון שכן אעפ"י שזה אכלה באיסור חזקה היא, מראיה דמייתי הכא היינו מערלה ושביעית שאף הבעלים לא היו יכולים לאכול ממנה בהיתר אלא העצים והא בלחוד אסרינהו ולפיכך הוה חזקה ואעפ"י שאכל זה הפירות דסוף סוף הרי כבר נהנה עכ"ל, והעומד להבין סוד שיח דברי הרמב"ן יראה שפירושו מכוון ממש למה שכתבתי בישוב דברי הרמב"ם וב"ה שהנחני בדרך אמת:

### סימן קמב

סעיף א' **במחבר** אם הביא המחזיק עדים שהמערער הגביה סל על כתיפו וכו', ומשמע דדוקא אם הביא המחזיק עדים דינא הכי, אבל אם המערער מודה שהגביה לו הסל להוליכו לביתו לא מהני, שהמערער נאמן לומר שלא מכר לו במיגו שלא הודה, וכ"כ הנתיבות, אלא שהקשה דאכתי כשהביא עדים אמאי לא מהימנינן לי' במיגו דבעי אמר לפירות הורדתיך, ותירץ דהתם שאני דהוה מיגו מקום עדים, דאנן סהדי דכיון דהגביה לו הסל בעצמו ודאי מכר לו וכמש"כ התוס' (ב"ב דל"ה), משא"כ היכי דליכא עדים והודה מעצמו הוה זה הפה שאסר דעדיף ממיגו וכמ"ש התוס' בב"ק וזה אמרינן אפי'

במקום עדים ע"ש, והנה במה דפשיטא לו דהפה שאסר אמרינן אפי' במקום עדים, מצד הסברא לא היה נראה כן, דאף שהתוס' בכמה דוכתי חילקו בין שני סוגי מיגו הללו, בין מיגו דבעי שתיק למיגו דבעי אמר וכגון בכתובות (די"ח ע"ב) כתבו דמיגו דבעי שתיק אמרינן אפי' בתרי, אפ"ה לא נראה לחלק כזה לענין במקום עדים, דאטו עצמיית המיגו הוטב ונאמנות יתירה יש במיגו דבעי שתיק, הא ודאי שבעצמיית נאמנות המיגו אין שום עדיפות בין מיגו דבעי שתיק למיגו דאי בעי אמר, ורק לגבי מיגו בתרי אפ"ה נחלק שפיר בזה דכיון דהטעם דבתרי לא אמרינן מיגו כתבו התוס' משום שאין שנים מכוונים אהדדי בשקר. אחד וסובר שמא לא יכוון השני לעדותו, ולענין זה הוה השתיקה מעליותא, דעל השתיקה יכלו לכוון אהדדי שזה יותר נקל לכוון וכמ"ש הנתיבות לעיל (סי' פ"ב) דרשו"ה הוה מיגו טוב משום דאפי' אם חבירו לא יכוון עמו בשתיקתו נמי יתבטל השטר ע"ש, אבל הכא בנידון מיגו במקום עדים, דהטעם דאין אומרים בזה מיגו משום דאין נאמנות המיגו עדיף להכחיש עדים, שאפי' עדים אחרים ממש נמי אין נאמנים ניר העדים הללו דתרי כמאה, וא"כ מה יוכל להועיל בזה דהמיגו הוא דאי בעי שתיק, אטו עי"ז הוגדל הנאמנות, ועוד אפי' אם הינדל הנאמנות כ"כ עד שחשוב כמו עדים, אכתי הוה כתרי ותרי, דהא מה שהגביה מעצמו הסל הוה כהודאה שמכר לו, והודאת בע"ד כמאה עדים דמי שאפי' עדים ממש אינם יכולים להכחישו, ולכן הי' נ"ל דאפי' הפה שאסר אין נאמן נגד אנן סהדי, ולכן אי נימא כתירוץ הראשון שבתוס' ב"ב דמשו"ה שהביא המחזיק עדים שהגביה לו הסל אינו נאמן המערער בז במיגו דלפירות הורדתיו משום דאנן סהדי שלא מכר לו, א"כ כשהודה מעצמו שהגביה נמי לא הוה לו להמיני' למערער במיגו דלפירות, דאפי' מיגו דבעי שתיק נמי לא אמרינן, ולכן נראה דהיינו טעמא של המחבר דדייק לכתוב והביא עדים, דמשמע שבהודה בעצמו נאמן המערער, משום דסמיך על תירוץ השני שבתוס' ב"ב, דמשו"ה אינו נאמן במיגו דלפירות הורדתיך משום דהוה מיגו לחצי טענה, דהוא רוצה לגבות גם הפירות, ולכן מוכרח הוא לטעון שלא מכר כלל, וא"כ לא שייך זה כ"א כשהביא המחזיק עדים שהגביה, ורק המיגו הוא דבעי אמר לפירות הורדתיו, וזה באמת לא חשוב מיגו, משא"כ כשהודה מעצמו, דהמיגו הוא שלא הודה כלל, והמיגו הוא לכולה טענתא הוה שפיר מיגו, אלא דעיקר סברת התוס' מ"ש דמשו"ה לא הוה מינו דלפירות הורדתיו משום דהוה מיגו לחצי טענה, אינו מובן. דהא מצי אמר לפירות הורדתיו ועדיין לא פרע לי הפירות, וא"כ גם כשטוען לפירות הורדתיו מצי טעין בעד הפירות נמי, ואכתי הוה מיגו לכולה טענתא, ושוב ראיתי שהשעה"מ דחה באמת לדברי התוס' מכח סברא זאת, אלא דלפי"ז יקשה על המחבר דלמה כשהודה בעצמו

מהימן במיגו דלא הודה, הא גם בהביא עדים יש לו מיגו ואפ"ה לא אמרינן, ובע"כ משום דכיון שהגביה הסל אנן סהדי שמכר לו והוה מיגו במקום עדים, דתירוץ השני משום דהוה מיגו לחצי טענה הא אידחי, ולענין מיגו במקום עדים אין לחלק, ואפי' במיגו כזה דהודה מעצמו דהוה הפה שאסר נמי אין לומר וכמו שביארתי וצ"ע:

סעיף ב' **במחבר** אבל אם שמעון המסייע מודה שידע שהכניס ראובן בתוך שלו הוה חזקה אעפ"י שלא ידע ראובן הבונה, דין זה צ"ע וביאור, מקורו דהך דינא הוא מעובדא (ב"ב דמ"א) רב ענן שקל בידקא בערעא דחברי' אזיל הדר גודא בערעא דחברי' אתא לקמי' דרב נחמן א"ל זיל הדר וכו' א"ל והא אחיל דאתא וסייע גודא בהדא, א"ל מחילה בטעות הוא את גופך א הוה ידעת לא עבדית כי היכי דאת לא הוה ידעת הוא נמי לא הוה ידע, ומשמע דאם הוה ידע המסייע אעפ"י שהזוכה לא ידע הוה מהני לי', ועפ"ז כתבו הטור והמחבר דאם שמעון המסייע ידע אעפ"י שראובן הבונה לא ידע מהני, והנה הראשונים הקשו בזה דלמה מהני כשלא ידע הזוכה והא בעינן כוונה לזכייה, ומ"ש מעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו לא קנה כיון שזוכה גופא לא ידע, והביא הנמוק"י בשם הראב"ד דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה ע"ש, אכן זה לשון הרשב"א הובא בשמ"ק לב"ב יש מקשים דאפילו כי אהדריה מדעת חברי' דרב ענן מאי הוה מ"מ חזקה דרב ענן שלא מדעתו היתה כו' ותי' הראב"ד דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה, ומסתברא שלאחר שבנו ונודע לו לרב ענן החזיק בו רב ענן קודם שמחה חבירו והלכך אילו היה מכיר בו חברו הו"ל כמאן דאמר לו לך חזק וקנ והא אחזיק קודם שחזר בו עכ"ל, ומשמע לכאורה דמה שכתב ומסתברא וכו', הכל תירוצו של הראב"ד הוא, וא"כ הראב"ד לא קאמר דמהני כ"א כשחזר וקנה קודם שמחה זה, ולמה לא כתבו כן הטור והמחבר וכתבו סתמא דמהני קנינו אעפ"י שלא חזר והחזיק ולכן נראה ברור דתי' הראב"ד אינו אלא משום דהכא דעת אחרת וכמ"ש הנמוק"י, דאי בדחזר זה וזכה בקנין שני, בכה"ג אפי' בנכסי הגר נמי מהני ולמה הצריך הראב"ד סברא דדעת אחרת מקנה, אלא לאו דהראב"ד סובר דבדעת אחרת מהני אפי' כשאין הזוכה מתכוון לקנות, ומ"ש ומסתברא וכו' הוא תירוץ שני של הרשב"א עצמו, כלומר דאין אנו צריכים לחלוקו של הראב"ד, אלא דהכא מיירי שקדם הזוכה וחזר וקנה קודם שמחה חבירו, ולכן הטור ומחבר סמכו על תירוץ הראב"ד ולכן סתמו דבריהם דמהני בכל אופן:

**והנה** בקצוה"ח כתב לתרץ עפ"י דברי הראב"ד הללו לקושית התוס' בב"ב, דלמה קאמר רב נחמן דהדרא ארעא מטעם מחילה בטעות, הא רב נחמן סובר דמחילה בטעות הוה מחילה, ותי' בקצוה"ח דהג"א (פ' איזהו נשך) כתב בטעם דהוה מחילה, דהוה כמו יאוש

והפקר והוה כאין דעת אחרת מקנה ולא קנה הזוכה כיון דלא ידע, והנתיבות השיג ע"ז דכיון דהוה הפקר ואם קדם אחר וזכה בו קנה א"כ אם הזוכה הזה היה עושה קנין חדש לאחר שנתוודע לו ודאי דקנה, וא"כ אמאי אמר רב נחמן דהדרא ארעא היה לו לומר שכל הקודם וזכה בו זכה בו, ומדאמר הדרא ארעא משמע דאפי' לא זכה בו המוחל עדיין לא יועיל בו קנין הזוכה שיזכה קודם לבעלים אלמא דסבר מחילה בטעות לא הוה מחילה והפקר כלל ושפיר הקשו התוס' ע"ש ואמנם קושיתו כפי שהקשה הנתיבות דהו"ל לרב נחמן לומר כל הקודם זכה, ליתא, דהא אפי' אם לא זכו הבעלים קודם רק שמחו בזה שלא יזכה אין יכול שוב לזכות, דדוקא אם קדם וזכה קודם שמחה מהני, אבל אם זה הקדים למחות אעפ"י שלא הקדים לזכות אין מועיל שוב הקנין שעשה זה הזוכה לאחר מחאת הבעלים וכמ"ש להדיא בלשון הרשב"א שהבאתי שכתב דהחזיק בו קודם שמחה חבירו, ומשמע להדיא דלאחר שמחה לא מהני שוב הקנין, ולכן רב נחמן כשדן דינו דהוה כבר לאחר מחאת הבעלים, דאין מחאה, גדולה מזה שקראו ותבעו לרב ענן לדין, וכיון דהוה לאחר מחאה לא היה יכול רב נחמן לומר כל הקודם זכה, דהשתא לאחר מחאה לא מהני גם אם יוסיף לעשות בו קנין חדש, אלא דאי קשיא לי על דברי קצוה"ח הכי קשיא, דכיון דאם היה עושה קנין חדש קודם המחאה שתבע אותו לדין היה מועיל לדברי קצוה"ח, וא"כ איך פסק רב נחמן מיד דליזיל אהדר, והא הו"ל לשאלו מראש שמא עשה בו קנין חדש קודם שמחה, ומיד כשנתוודע לו שבתוך של חבירו נכנס הספיק לזכות בה קודם שמחו הבעלים ומדלא שאל אותו כלל ומיד אמר לו דליהדר מכלל דאפי' אם באמת עשה קנין חדש, קודם המחאה נמי לא מהני משום דסובר דמחילה בטעות לא הוה מחילה והפקר כלל ושפיר הקשו התוס', ודו"ק כי זה נכון, והנה בקצוה"ח כתב עוד בביאור דברי הג"א משום דיאוש אפי' בטעות מהני ע"ש, ומה דפשיטא לי' כ"כ דיאוש בטעות מהני, יש לתמוה, דהא בירושלמי (ב"ק ס"פ שור שנגח דו"ה) הובא בזה מחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש, וריש לקיש סובר דלא הוה יאוש, ואפשר משום דבש"ס דילן (כריתות דכ"ד) לא הובא כ"א דברי ר' יוחנן דהוה יאוש משו"ה פשיטא לי' כזה, ועיין בחדושנו לעיל (סי' כ"ה וסי' ע"ה) מה שכתבנו מזה שם בסעיף ט':

## סימן קמג

סעיף א' **ברמ"א** וי"א דמזה יש ללמוד דהכל הולך אחר סוף השלש שנים וכו', מקור האי דינא הוא מעובדא שבש"ס (ב"ב ד"ל) ההוא דא"ל לחברי' מאי בעית בהאי ביתא א"ל מינך זבינתה ואכלית שני חזקה א"ל בשוקי בראי הואי א"ל והא אית לי סהדי דכל שתא הוה אתית תלתין יומין א"ל תלתין יומא בשוקא הוה טרידנא ומזה הוכיח הנמוק"י דהכל

הולך אחר הסוף, דהוצרך הש"ס לטעמא דטרידנא בשוקא בתלתין יומין האחרונים, הא אם לא הוה טרוד בימים האחרונים הוה חזקה אע"ג דכל השלש שנים לא היה בביתו, ובקצוה"ח הקשה כיון דהכל הולך אחר סוף א"כ למה הוצרך לומר דבשוקי בראי הוה, דהא אפי' היה אתו עמו במדינה בתחלת שלש, כיון דסוף שלש לאו בר מחויי הוא לא הוה חזקה כיון שהוא טרוד בשוק בסוף השלש, ונ"ל דהנה השתא כשאמר הש"ס לשני הדברים, דעד הסוף היה בשוקי בראי, ולבסוף טרוד היה בשוקא, ילפינן מזה שני דינים, א) שאם היה בתחלתן במקום שאין יכול למחות ובסוף במקום שיוכל למחות דהוה חזקה, ב) דאם היה עמו בתחלה ולא בסוף דלא הוה חזקה, ואי לא הוה אמר כ"א דלבסוף טרוד בשוקא היה ולא הזכיר דעד עתה היה בשוקא בראי, לא הוה ידעינן כ"א דהיכי דלא היה בסוף דלא הוה חזקה, אבל אם היה בסוף ולא היה עמו בתחלה דהוה חזקה לא הוה ידעינן, דהו"א דדוקא כשהיה עמו בכל המשך וגם לבסוף הוא דהוה חזקה, אבל אם כל המשך לא היה עמו במדינה, אע"ג שבתלתין יומי האחרונים היה עמו, הו"א דיכול להתנצל ולומר במשך הקצר הזה לא הספיק עוד להתוודע ולמחות, משו"ה הוצרך לומר דאע"ג דבשוקא בראי היה כל העת אפ"ה אם לא היה טרוד בשוקא בסוף החזקה דהוה חזקה:

סעיף ב' **במחבר** אין כל אלו הדברים אמורים אלא כשהדבר ידוע שלא היה המערער במדינה אבל אם אינו ידוע אין שומעין לו במה שאמר שלא היה כאן עד שיברר בעדים, ומקורו מדברי הרא"ש (ב"ב פחז"ה) וכתב בטעמו כיון שזה הוחזק בשופי שלש שנים והחזקה נשמעת גם למרחוק עליו לברר שהיה במקום שלא היתה מחאתו נשמעת אם היה מוחה בו ולכך נמנע הי' מלמחות, ועיין בקצוה"ח שהסביר דברי הרא"ש דמשו"ה לא אמרינן כאן דהמחזיק צריך לברר אכילתו כמו בהאי דשכוני גואי דקיי"ל כרב נחמן דהמחזיק צריך לברר אכילתו, דהתם הוה ספק בגוף החזקה אם החזיק כראוי או לא, דאם היה למערער דריסת הרגל הרי אינו חזקה, והמחזיק כשם שצריך עדים על חזקתו שלש שנים, כן צריך עדים על מהות חזקתו אם היה כדינו או לא, אבל אם יש למחזיק עדי חזקה שהחזיק כראוי שלש שנים אז צריך המערער להביא ראיה שמיחה כראוי כיון דיש חזקה ברורה וזה שאומר שמיחה צריך עדים, וה"נ הכא כיון שהחזקה נשמעת אפי' מרחוק, א"כ במדינה אחרת נמי החזקה בשלימות אלא לפי שהמחאה אינה נשמעת הו"ל כמחאה, וזה אמתלא שלו על שלא עשה מחאה ומשום דאין המחאה נשמעת, וא"כ המערער צריך לברר שמיחה או אמתלא שלו על שלא עשה מחאה והוא משום דלא היה יכול למחות לפי שהיה במדינה אחרת, וכל זמן שאינו מברר דבריו מוקמינן לה בחזקתו

כיון שהחזקה כראוי אפי' במדינה אחרת, אבל אם לא היה החזקה נשמעת מרחוק הו"ל ספק בגוף החזקה וכו' ע"ש, והנה במה שהחליט דבכה"ג שהמערער טוען שלא היה עמו במדינה לא הוה הספק בגוף החזקה, תמה אני כיון דאינה חזקה עד שיהא עמו במדינה, א"כ אין לך עוקר החזקה מעיקרו יותר מזה שאומר דלא היה עמו במדינה, סברת חלוקו של הקצוה"ח אין שייך כ"א במחאה שלא בפניו שאם המערער אומר שמחה שלא בפניו צריך להביא עדים כדקיי"ל לקמן (סי' קמ"ו) והתם בע"כ כחילוקו של הקצוה"ח דכיון דמהות החזקה היתה כדינו גם לדברי המערער, רק שרצה לבטלה ע"י שמיחה, בזה ודאי דצריך המערער לברר ואינו נאמן לבטל חזקה גמורה, משא"כ כשאומר המערער שלא היה עמו במדינה, הרי הוא טוען שלא היה בזה חזקה מעיקרו ואין נצרך כלל למחאה, בכה"ג ודאי שהמחזיק צריך לברר, וכדבריי איתא להדיא בשמ"ק על שם עליות הר"י, שמכח טעם זה חולק באמת על עיקר דינו של הרא"ש בזה וסובר באמת דהמחזיק צריך לברר וז"ל ושמעינן מינה דהא דתנן אינה חזקה עד שיהא עמו במדינה שעל המחזיק להביא ראיה שהיה עמו במדינה כו' ודינא דמסתבר הוא דכיון דאינה חזקה עד שיהא עמו במדינה כל זמן שאין שם עדים שהיה עמו במדינה לא הוה חזקה ולא דמיא למחאה שלא בפניו שאם המערער אומר מחיתי בתוך שלש שנים שצריך להביא עדים כו' דכיון שהחזיק חזקה גמורה עד שזה זקוק למחאה ודאי דעליו למחות בפני עדים, אבל כל זמן שטוען המערער לא הייתי עמו במדינה הרי הוא עוקר את החזקה וכדתנן אינה חזקה עד שיהא עמו במדינה הלכך על המחזיק להביא ראיה שהחזיק חזקה דמועלת עכ"ל, הרי להדיא שלא כהקצוה"ח, וכשטוען שלא היה עמו במדינה הוה זה ספק בעיקר גוף החזקה, ובע"כ דסברת הרא"ש הוא כהבנת הסמ"ע דמודה ששמע החזקה אלא שלא שמע עד סוף הזמן, וכיון דבעיקר מודה ששמע אינו נאמן על התנצלותו דמשו"ה לא מיחה כיון דמודה בעיקר החזקה, ונ"ל להוכיח דהמחבר גופי' סובר דבכה"ג הוה כטוען על גוף החזקה ודלא כהקצוה"ח ממה שפסק לקמן (סי' קמ"ו סעיף י"א) באם טוען מערער שלא היה מתחלה במדינה כשהחל להחזיק אלא שלקחה ממנו דעל המחזיק להביא ראיה, ומ"ש דין זה מהך דהכא, ולכאורה דברי המחבר סותרים זה את זה וכבר עמד בזה התומים, ולמה שכתבתי. ניחא, דודאי כשטוען מערער שהיה במקום רחוק הוה כעוקר חזקה מעיקרו והמחזיק צריך לברר, ורק הכא שאני דמיירי כפי' הסמ"ע:

**והנה** בעיקר דין זה של הרא"ש, הרמב"ן והרשב"א חולקים עליו וסברי דהמחזיק צריך לברר בעדים ולא המערער ואפ"ה לא קשה על המחבר דסתם כדברי הרא"ש ושביק לדיעות של הרמב"ן ורשב"א לגמרי, משום דטעמייהו דרמב"ן ורשב"א משום דמפרשי

הך עובדא דבשכוני גואי ג"כ בזה האופן דטוען המערער שהיה בשנות חזקה בארצות הדרומיית רחוק ממקום חזקתו, והתם הא קאמר רב נחמן דקיי"ל כוותי' דהמחזיק צריך לברר וכמ"ש הרמב"ן והמ"מ (פט"ו מהלכות טוען) בשמם ע"ש וכיון שבנו יסודם על הך פי' דשכוני גואי, ובאשר הר"פ והרי"ף ורשב"ם ותוס' ורא"ש ושארי פוסקים לא פירשו כן להך דשכוני גואי אלא פירשו דהכוונה שטוען שהוא היה דר בבתים הפנימיים והיה לו דרך עליו משו"ה לא מיחה כמבואר לעיל (סי' ק"א סעיף י"ג) ברמ"א, ולפירושם אין ראיה מהתם דגם בכה"ג שטוען המערער שהיה במקום רחוק דמהימן, ומשו"ה סתם המחבר כרוב הפוסקים, ואכן כל זה ניחא אם אנו באים לחלוק על הרא"ש מכח ההוכחה דשכוני גואי, כיון דגדולי הפוסקים שהם גם הרוב לא מפרשי כן, בטלה דעת הרמב"ן ורשב"א נגד כל הנהו פוסקים, אכן למה שכתבתי בשם הר"י בעליות שסובר דהמערער מהימן מכח הסברא כיון דעוקר חזקתו מעיקרא דלדבריו שלא היה עמו במדינה לא היתה חזקתו מועילה כלום. ומשו"ה צריך המחזיק לברר ובטעם זה לא מצינו מי שחולק על הר"י וגם אי אפשר לחלוק על דבר התלוי בסברא ובטעם צודק ואפי' הרא"ש לחודי' דחולק על הר"י וסובר דהמערער צריך להביא עדים, אין זה מטעם דסובר הסברא להיפוך מסברת הר"י כהבנת הקצוה"ח, אלא משום דמפרש כהסמ"ע וכמו שביארתי, וא"כ צ"ע למה בחר הרמב"ם לפסוק כהרא"ש ולא הזכיר דעת החולקים אפי' בשם יש מי שאומר, כיון דבזה ליכא רוב פוסקים החולקים עליהם, ורק הרא"ש לחודי' וצ"ע, ועיין בחדושנו לקמן (סי' קמ"ו סעיף ד') הבאתי תשובת הרשב"א דסובר דכשטוען המערער לא הייתי עמו במדינה דהמערער צריך להביא ראיה ע"ש:

### סימן קמד

סעיף א' **במחבר** וכן אם טוענים שלקחו שדה זו מפלוני ועשה להם שטר מכירה כו', והוה"ד עב"ד שהחזיקו בו בענין זה, ועיין בסמ"ע סוף ס"ק ב' דמיירי דוקא כשידוע עכ"פ שהמוכר דר בה יום אחד וכ"כ בטור להדיא ע"ש, ולענ"ד צ"ע בזה, ואם כי תנאי זה מוזכר בש"ס (ב"ב דמ"א ע"ב) גבי הבא משום ירושה א"צ טענה, טענה הוא דלא בעי הא ראיה בעי דדר בה יום אחד וכפי' רשב"ם שם, מ"מ בדין זה נ"ל דלא בעי לתנאי זה ואפי' כי ליכא עדים דדר בה יום אחד נמי מהני חזקתם, דבאמת יש להבין אם כדברי הסמ"ע א"כ למה לא הזכיר המחבר להדיא ובלבד שידור בה המוכר יום אחד וכמו שזכר זה הטור, וגם המחבר עצמו לקמן (סי' קמ"ו סעיף י') גבי הבא משום ירושה כתב להדיא ובלבד שידור בה יום אחד, ולכן נראה שבכוונה השמיטו כאן, משום דהמחבר סובר כהמוהרי"ח המובא במל"מ (פי"ד מהלכות טוען) דבמקום שיש להמחזיק עדים או שטר

מכירה מהמוכר אפי' כי ליכא עדים שדר בה המוכר יום אחד נמי מהני חזקתם, משום דסובר דעיקר הטעם מה דבעינן לתנאי זה שהמוכר דר בה יום אחד הוא בכדי שנדע שהמחזיק הוה ודאי לוקח דנטעון עבורו דאל"כ מנ"ל שהוא לוקח כלל שמא גזלן הוא ומתוך שאינו יכול להעיז פניו לומר ממך לקחתי אומר לוקח אני מפלוני אבל אם הביא עדים שהיתה ביד המוכר יום אחד רגלים לדבר שהוא לוקח, וא"כ כ"ש כשהביא הלוקח ראיה בעדים וכ"ש שטר שפלוני מכרה לו דמהני, ולפ"ז הכא דמיירי שיש ללוקח שטר ממוכר כמ"ש המחבר להדיא ועשה להם המוכר שטר, משו"ה לא הזכיר המחבר כלל לתנאי דדר בה יום אחד, משום דבכה"ג שיש לו ללוקח שטר אפי' בלא תנאי זה סגי, משא"כ לקמן (סי' קמ"ו) דהתם לא מיירי שעשה לו שטר, דהא בבא משום ירושה מיירי התם, משו"ה הזכיר דבעינן לתנאי דדר בה, והטור שהזכיר לתנאי דדר בה גם כאן, היינו דסובר דהטעם דבעינן לתנאי זה משום דמזה איכא קצת ראיה שהוא של המוכר כיון שהחזיק ק בה יום אחד, דאע"ג דחזקה לא הוה בציר משלש שנים אבל אומדנא ורגלים לדבר מיהא הווית וכמ"ש הקצוה"ח לקמן בסי' קמ"ו, וכיון דתנאי זה בעינן להורות על המוכר שהיתה שלו, ממילא אפי' כי איכא שטר ללוקח מאי הוה, ואכתי לא סגי בלא תנאי דדר דבשלמא לסברת המוהרי"ט דלתנאי זה בעינן להורות על הלוקח שהוא לוקח ולא גזלן, א"כ כי איכא הוכחה דעדים ושטר כ"ש דמהני, משא"כ הטור יסבור דבעינן זה להורות על המוכר שמכר דבר שהוא שלו, מה מועיל שיש ללוקח שטר, הא אכתי שמא שדה גזולה מכר לו, ולכן אפי' כי איכא שטר ללוקח נמי לא סגי בלא דר המוכר יום אחד, ומשו"ה הזכיר הטור לתנאי זה אפי' הכא דיש לו שטר, ויש לו עוד להוכיח דבדבר זה נחלקו הטור והמחבר, כאשר נתבונן על עוד הבדל עצום שבין לשון הטור ומחבר כאן, דהנה המחבר סיים כאן והוה"ד לעבד שהחזיקו בו בענין זה, והטור לא זכרו כלל, והיינו משום דלכאורה יש לתמוה טובא על המחבר שמסיים כן, כיון דחזקת הלוקח לא מהני אא"כ ידוע שהמוכר דר בה יום אחד, והיינו משום דמזה איכא אומדנא שמכר להם שדה שלו וכמו שכתבתי בדעת הטור, וא"כ לא שייך זה כ"א בשדה, דאי לאו שהיתה שלו היכי דר בה, אבל בעבד דמצינן למימר דמנפשי' עייל, מה ראיה היא זו מדנשתמש בו המוכר יום אחד הא בגדורות לא אמרינן החזקה דמה שתחת יד האדם הוא שלו, כיון דמצינן למימר דמנפשי' עייל, דמה"ט אין לגודרות חזקה בפחות משלש שנים אע"ג דבכל מטלטלין הוה חזקה מיד וכמבואר לעיל (סי' קל"ה), ועיין בשעה"מ שכתב באמת דבעבדים לא מהני שדר בה יום אחד, וכיון דחזקה זאת לא מהני בלא תנאי דדר, וכיון דבעבדים לא סגי בנשתמש יום אחד היכי מהני חזקה, וזהו באמת שיטת הטור דלא

זכר דהה"ד בעבד, משום דלשיטתו דבעינן דוקא לתנאי זה, ובעבד דלא סגי בשמוש יום אחד ממילא לא מהני נמי החזקה, אכן המחבר לשיטתו דלא זכר כלל דבעינן שיהא דר יום אחד ומשום דסובר דהיכי שיש שטר ללוקח לא בעינן כלל לתנאי הזה, ממילא דהוה"ד בעבד נמי מהני, ודו"ק היטב כי הדברים נכונים בעז"ה ועיין בקצוה"ח לקמן סי' קמ"ו שמשיג על המוהרי"ט, והרי קמן דהמחבר והטור פליגי בזה, והמחבר בע"כ דסובר כמוהרי"ט וכמו שמוכח מהנהו ראיות הברורות שכתבתי ולא קשה תו מההיא דרשב"ם שהביא הקצוה"ח דמשמע דאפי' באיכא שטר נמי בעינן לתנאי זה, דרשב"ם יסבור נמי כהטור בטעם דבעינן לתנאי זה להורות שהוא מכר לו דבר שהוא שלו משא"כ המחבר סובר טעם אחר דבעינן לזה להורות שהוא לוקח ולא גזלן משו"ה כי איכא שטר לא צריך לזה ודו"ק היטב:

## סימן קמה

סעיף ג' **במחבר** ומיהו פירות של שנה שלישית א"צ להחזיר שאם נאמין לו שאכלה נצטרך להחזיקו בקרקע, ומשמע מזה להדיא דאם אך אכלה באמת שלש שנים אע"ג שאין לו עדים ע"ז הוה חזקה, דאמרינן דכיון שהחזיק שלש שנים בשופי ולא בא שום אחר לערער לא נזהר שוב בשטרו דחשב דודאי שלא יבוא עוד לערער, ולא אמרי' דכיון שאין לו עדי חזקה אכתי הו"ל לאזדהורי בשטר דשמא לא יאמינו לו ע"ז שאכלה שלש שנים, והיינו דהא דאמרינן דיותר מתלת לא זהיר אינש בשטרו, אין זה משום דסמיך אעדי חזקה, אלא משום דחושב שלא יבוא עוד שום איש לערער ולא נצרך לו עוד שום בירורים ע"ז אכן לא משמע הכי מלשון הנמוק"י (ב"ב דל"ג) לגבי דין זה דמיירינן הכא שהמחזיק הביא עדים דאכלה שתי שנים דאמרינן דהדרא ארעא ופירי וקאמר רב זביד דאם טען ואמר לפירות ירדתי נאמן משום דלא חציף אינש למיכל פירי דלאו דילי', ופריך א"ה ארעא נמי, ומשני ארעא אמרינן לי' אחוי שטרך וכו', וכתב עלה הנמוק"י וז"ל אחוי שטרך לאו דוקא דהא טוען דאכלה שלש שנים ולא מזדהר, אלא או עדים שהחזקת או שטרך דהוה לך לאזדהורי כיון שאין לך עדי חזקה עכ"ל, ומלשונו משמע לכאורה דכל היכי דאין לו עדי חזקה הו"ל לאזדהורי בשטרא גם לאחר שלש, וכן הבין השעה"מ בכוונת הנמוק"י ע"ש, ולפ"ז גם בדין זה דקיימינן, צריך להחזיר גם הפירות של שנה שלישית, דאפי' אם נאמין לו שאכלה שלש שנים אין זה חזקה, דכיון דאין לו עדים על שנה השלישית הוה ריעותא, מה שלא נזהר בשטרו גם לאחר שלש, ואמנם באמת חלילה להעמיס כוונה כזאת בנמוק"י, דאטו הא דלא מזדהר בשטרו לאחר שלש שנים הוא משום דסמיך אעדי חזקה, הא עיקר הטעם הוא משום דסבור שלא יערער עליו אדם

עוד, וא"כ אם אך האמת שהחזיק שלש שנים לא יחוש עוד ליזהר, ועוד דאיך אפשר לומר דלזה נתכוון הנמוק"י, א"כ איך התחיל לומר דאחוי שטרך לאו דוקא דהא טוען דאכלה שלש שנים ולא מזדהר הא לדבריו דהיכי שאין לו עדים צריך להזהר בשטרו גם לאחר שלש שנים, א"כ אפשר לפרש דאחוי שטרך דוקא הוא, וכיון שאין לו עדים על השנה השלישית צריך ליזהר בשטרו אפי' לדבריו שאכלה כבר שלש שנים. אלא ודאי שגה הנמוק"י סובר דאם נאמין לו שאכלה בשנה שלישית הוה זה חזקה מעלייתא, דיותר משלש שנים לא נזהר לעולם אפי' כשאין לו עדים, אלא הכוונה בדבריו כן הוא דהשתא שאין עדים על השנה השלישית ועל דבריו אין אנו סומכים, משו"ה אמרינן דודאי דלא החזיק יותר משתי שנים וא"כ אחוי שטרך, והיינו מ"ש או עדים או שטרך דהוה לך לאזדהורי כיון שאין לך עדי חזקה, פי' דכיון שאין לך עדים על השנה השלישית וכל זמן דליכא עדים אנו אומרים שמסתמא לא החזקת, וכיון שלא החזקת עוד השנה הזאת השלישית, א"כ אחוי שטרך דעד תלת שנין מזדהר, וכוונתו דאחוי שטרו לאו דוקא, פי' דאי אפשר לפרש דעיקר הקפידה הוא דוקא על השטר, דהא לדבריו שהחזיק שלש שנים אין זה ריעותא במה שאין לו השטר, אלא או עדים או אם אין לך עדים על השנה השלישית אנו אומרים שמסתמא לא החזקת יותר, דהא על אותן השנים שהחזקת באמת יש לך עדים וכיון שאין לך עדים על השנה השלישית מסתמא מעצמנו לא נאמר שהחזקת גם בשנה הזאת, וכיון שכן לא החזקת יותר משתי שנים א"כ אחוי שטרך, וזה ברור בכוונתו, ולא הצרכתי להאריך כ"א מפני שהשעה"ם השיא דעת הנמוק"י לכוונה אחרת דכל שאין לו עדי חזקה צריך ליזהר בשטרו גם יותר משלש שנים, וזה ליתא וכמו שביארתי:

## סימן קמו

סעיף ג' **במחבר** אפי' אם יאמרו העדים שמיחה בפניהם לא הגדנו לשום אדם אפ"ה הוה מחאה, ומשמע דאם רק ידוע שזה מיחה אע"ג שהמחזיק לא שמע כלל אין מועיל שוב חזקתו אפי' כשהחזיק שלש שנים שלימות, ודין זה מוסכם אליבא דכו"ע, אלא דחידוש גדול ראיתי בס' שער המשפט שכתב דדין זה במחלוקת שנויה ותליא בפירושא דש"ס (ב"ב דל"ג) דאם אכל תרתי שנין הדרא ארעא והדרא פירי ואמר עלה רב זביד דאם טען ואמר לפירות ירדתי נאמן משום דלא חציף אינש למיכל פירי דלאו דיליה, ופרכינן עלה א"ה ארעא נמי, ומשני שטרא לפירי לא עבדי אינשי, והתוס' והרא"ש והנמוק"י פירשו דהא דפריך הש"ס א"ה ארעא נמי אין לפרש דיהא נאמן דהקרקע שלו, דהא אף על הפירות דלהבא אין נאמן, ואינו נאמן אלא על מה שכבר אכל דא"צ להחזיר, אבל לאכול

מכאן ולהבא אינו נאמן, אלא דקושית הש"ס הוא דכי טעין שקנה הקרקע יהיה נאמן מיהא לפירי שכבר אכל משום דלא חציף וכו', אמנם הרמב"ן וכן הוא בשמ"ק על שם הרשב"א פי' דקושית הש"ס א"ה ארעא נמי, דיהא נאמן באמת גם על הקרקע מטעם דלא חציף, דכיון דאיהו מוחזק בגוה להימניה ואוקא היכי דקיימא, והרי חזינן דלפי' הרמב"ן ורשב"א הו"ל להימניה גם על ארעא מטעם דלא חציף, ורק הא דלא מהימן היינו משום דאמרינן לי' אחוי שטרך ואיכא ריעותא מה דאין לו שטר, ולא שייך זה כ"א התם בש"ס דליכא עדים שהחזיק שלש שנים, משא"כ בנידון זה שלא הגידו העדים המחאה נהי נמי דמכח טענת חזקה אי אפשר להחזיקו בקרקע כיון דבאמת היתה מחאה אע"ג שהוא לא שמע הוה מחאה, וממילא נתבטל חזקתו דמחזיק, אבל אכתי נחזיקהו בקרקע מטעם דלא חציף אינש לירד בקרקע שאינה שלו כקושית הש"ס א"ה ארעא נמי, ותי' הש"ס לא שייך כאן כיון דבאמת אכל תלת שנין ולא שמע שום מחאה לא היה לו ליזהר יותר בשטרו, ובודאי דלשיטתם ופירושם נאמן בנידון זה גם על ארעא, והמחבר שכתב דלא מהימן היינו משום דסמיך על פי' התוס' והרא"ש ונמוק"י דלפירושם באמת אינו נאמן ע"ש, אכן זה ליתא לענ"ד, חדא דאי הרמב"ן והרשב"א היו חולקים בזה לא הוה שתיק המחבר מלהזכיר דעתם דיש מי שחולק בזה, ועוד דאיך יעלה על הדעת לומר דהרמב"ן ורשב"א יהיו סוברים דבכה"ג מהימן גם על הקרקע, דהא בעיקר טעמא דמהני חזקת שלש שנים וכפי הטעם האמור ע"ז בש"ס משום דיותר מתלת שנין לא אזדהר אינש בשטרו, כבר קיהו בזה הראשונים דנהי דליכא ריעותא במה דלית לי' שטר ומשום דטפי מתלת לא מזדהר, אבל סוף סוף גם ראיה אין לו והיכי מוציאין מסרא קמא בלא ראיה, והרמב"ן והרשב"א גופייהו הם שביארו לנו טעמא דהך מילתא דבאמת טעמא דחזקה לאו משום דטפי לא מזדהר הוא, אלא דעיקר הטעם משום דאמרינן חזקה דאין אדם רואה שיורדים לקרקעו ושותק והאי דשתק ולא מיחה רגלים לדבר שמכר או נתן לו, אלא דאפ"ה תוך שלש לא מהני משום דאיכא ריעותא להמחזיק מדלית לו שטרו, ורק לאחר שלש דלאו ריעותא הוא דטפי לא מזדהר, סמכינן על האי חזקה דשתיק המערער ודאי שמכרה לו, ועיין בקצוה"ח ובחדושנו לעיל (סי' ק"מ), והמתבאר מזה דהיכי שטענת שני הצדדים, של המערער ושל המחזיק שוות, לא הוה חזקה, דנהי שגם למחזיק ליכא ריעותא, מ"מ גם ראיה אין לו, ואנן בעינן שיהא לו ראיה להוציא ממרא קמא, ולהכי בתוך שלש אע"ג דלטענת המערער יש ריעותא מדשתק ולא מיחה, מ"מ כיון דגם טענת המחזיק איתרע מדאין לו שטר, אין מוציאין ממרא קמא, ודוקא לאחר שלש דטענת המערער איתרע דמחזיק לא איתרע, בזה הוא דהוה חזקה, וזהו נמי עיקר הסברא מה

דמהני מחאה שלא בפניו אע"ג דעדי מחאה גופייהו אמרו שלא הגדנו דבר, וא"כ טענת המחזיק לא איתרע כלל כיון דהוא לא שמע מהמחאה לא היה לו להזהר בשטרו יותר משלש, בכל זה כיון שבאמת המערער מיחה, וא"כ גם טענתו לא איתרע, דהא הוא מיחה ועשה מה שביכולתו, וכיון ששני הטענות שוות הדרינן שוב לכללא דהממע"ה ועל המחזיק להביא ראיה כשרוצה להוציא ממרא קמא, ולפ"ז איך יעלה על הדעת לומר דבנידון זה א"צ המחזיק לראיה, מצד דהחזיק שלש שנים, אבל הא גם המערער לא שתק ועשה מה שביכולתו למחות וכיון דלא שתק ממילא תו דלא הוה חזקה אף כשעבר שלש שנים וליכא ריעותא דאחוי שטרך, מ"מ גס ראיה אין לו והא הרמב"ן ורשב"א הם מארייהו דהאי דינא דטעמא דחזקה לא הוה רק משום הרגלים לדבר דשתק המערער וכנ"ל, אבל הכא דלא שתק, ודאי דלא היה חזקה אפי' כי החזיק יותר משלש שנים, ומה דאמרינן התם בש"ס ארעא אמרינן לו אחוי שטרך, ומשמע דדוקא מטעם ריעותא דלית לו שטרא אינו נאמן על הקרקע אבל יותר משלש שנים דליכא תו ריעותא זאת מהימן, בע"כ נפרש כוונה אחרת בש"ם, דהא דאמר אחוי שטרך, אין הכוונה וכיון דלית לך שטרא איתרא טענתך, דהא לדעת המקשה לא איתרע טענת המחזיק, אלא טענתו טובה משום דלא חציף, אלא דמיירי שהמערער מיחה, וגם טענת המערער טובה, והיכי ששתי הטענות טובים, לא מהני תו החזקה, דנהי דריעותא ליכא בטענת המחזיק, אבל אנן בעינן ראיה לדבריו, והיינו מ"ש אחוי שטרך, פי' שטר, ראיה שכדבריך כן הוא, וכל זמן שאין לך ראיה הדרינן לכללא דהממע"ה ועל המחזיק שבא להוציא ממרא קמא עליו הראיה, ועיין בתשובת חת"ס (חחו"מ סי' צ"ח) שפירש נמי דבש"ס מיירי שמיחה בתוך שלש, ופי' נמי כעין זה, עכ"פ לדינא ודאי כן הוא דאפי' לאחר שלש שנים והמחזיק לא שמע מחאת המערער, כיון שהוא באמת מיחה לא הוה חזקה כלל, דנהי דטענת המחזיק לא איתרע מ"מ גם ראיה אין לו, ועיקר הראיה הוא מחמת שהמערער שתק אבל אם לא שתק אין חוב ראיה למחזיק ועליו הביא ראיה כיון שהוא מוציא ממרא קמא, ודוקא על הפירות שכבר אכל מהימן מטעם שבזה נקרא הוא מוחזק וזה ברור:

**שם** באותו סעיף ואפי' שאמר לעדים כשמיחה בפניהם אל תאמרו לו או שהם אמרו מעצמם וגו', פי' דהשתא איתרע המחאה כיון שאמר להם שלא יאמרו,. וגרע ממה שלא הגידו העדים בעצמם, דאל"ה למה למחבר לכתוב כלל דין זה וגם לתת הטעם שהם יאמרו לאחרים ואחרים יאמרו לו, הא במחאה לא בעינן כלל שיאמרו המחאה ואפי' כשלא הגידו לשום אדם כיון דהוא מיחה הוה מחאה, אלא ודאי, משום דהיכי דהמערער

עצמו הגיד להם שלא יאמרו, או ששמע העדים אומרים כן ושתק איתרע המחאה שלו, אשמועינן דאפילו בנה"ג הוא מחאה ודו"ק:

סעיף ד' **ברמ"א** דהמחזיק יכול לומר לא חששפו במחאתו שלא ידעתי שהקרקע שלו, עיין בקצוה"ח ס"ק ב' שהביא תשובת הרשב"א על ראובן המערער שטוען שלא ידע שהקרקע הוא שלו או שזה החזיקו בקרקעו עליו להביא ראיה שהיה במקום רחוק או שהיה בענין שלא יכול למחות כגון שהיה בורח מחמת מרדין או שהיה בשכוני גואי, והקצוה"ח כתב עלה שזה כדעת הרא"ש והוא דעת המחבר לעיל (סי' קמ"ג ס"ב), אבל מדברי הרמב"ן בחדושיו אינו נראה כן שמפרש הך דשכוני גואי דהיינו מקום רחוק וטען שהיה במקום רחוק שלא שמע את החזקה והתם הא איפסקא כר"נ דאמר זיל ברר אכילתך, א"כ מוכח דכל כה"ג על המחזיק להביא ראיה ע"ש, מיהו בחדושנו לעיל כתבתי דכל היכי שהמערער טוען שהיה במקום רחוק דכו"ע סברי דעל המחזיק להביא ראיה, כיון דחזקה לא הוה עד שיהא עמו במדינה, א"כ כשטוען שלא היה עמו במדינה הוה הספק בעיקר החזקה והמחזיק עליו להביא ראיה, ושגם הרא"ש מודה לזה, וזה דלא כדעת הרשב"א ע"ש:

סעיף ה' **ברמ"א** אבל לא יכתבו שמענו שמיחה דהוה עדות מפי כתבם, והנה בהגהות הרי"ש ברישׁ הסימן נסתפק היכי שאין עדי המחאה בעצמם לפנינו להעיד רק עדים אחרים מעידין שעדי המחאה אמרו לפניהם אם מהני ע"ש, ולפמ"ש הרמ"א כאן דגם אם העדי מחאה גופא העידו שלא בלשון שליחות לא מהני, ומשום דבעינן עדות גמור וכמ"ש הסמ"ע דעפ"י שנים עדים ולא מפי כתבם, הרי דאע"ג שבודאי מיחה כיון שלא היה כדין עדות גמור לא מהני, וא"כ כ"ש שהעדים גופייהו אינם כאן ורק אחרים יאמרו משמם דלא מהני, דהוה עד מפי עד וק"ל:

סעיף י' **במחבר** ובלבד שיביא עדים שדר בה המוריש יום אחד, עיין בקצוה"ח שהביא בשם מוהרי"ט דמה דבעינן שיהא דר בו הוא להורות על הלוקח דאל"ה מנא ידעינן שלוקח הוא ולכן כשיש עדים או שטר שמכר לו אפי' בלא דר בו יום אחד נמי, ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל בסי' קמ"ד להוכיח שגם המחבר סובר כן:

סעיף י"א **במחבר** מצריכין זה שבתוכה להביא ראיה שהמערער היה עמו במדינה עיין בחדושנו לעיל (סי' קמ"ג) מה שכתבנו מזה:

סעיף י"ג **במחבר** ואמרו לו יודע אני שהיתה שלך אבל פלוני מכרה לי והוא לקחה ממך, וכתב הסמ"ע דאפי' אינו ידוע לו רק מפי המוכר מ"מ כיון דמה שאמר לחובתו היה נאמן המוכר והוה כודאי ומה שאמר לו שלקחה אינו נאמן והוה ספק ואין ספק מוציא מידי

ודאי' והש"ך חולק ופסק דדוקא כשידוע לו מעצמו אבל כשאינו ידוע לו רק מפי המוכר אינו יכול להוציא מידו ע"ש שהביא זה בשם כמה פוסקים, וטעמייהו מבואר בחדושי הרמ"ה ובשמ"ק כיון דרק מפי המוכר הוא יודע דשלו היתה והמוכר הא אמר דזבנה מיני' וא"כ הוה זה הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואכן בשמ"ק לב"ב ד"ל הביא לשיטה הזאת, והראב"ד הכה על קדקדם בסברא אלימתא מאוד דהכא לא שייך כלל הפה שאסר כו' וז"ל ואם יתמה המתמיה ואיך לא נאמר בכאן הפה שאסר הוא הפה שהתיר, הוא דאמר שלך היתה הוא אמר שלקחה ממך והלכה רווחת היא זו, נשוב ונאמר למתמיה הרפה מעט ואל תבהל ברוחך כי לא נאמר הפה שאסר הוא הפה שהתיר אלא בדבר שהאוסרו מידיעתו חוזר ומתירו מידיעתו כגון שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו וכגון אשת איש הייתי וגרושה אני לפי שנאמר אמת אמרו שהרי היו יכולים לשתוק ויהיו בחזקתם אבל זה האיש שמע מפי האחר כי של זה היתה מתחלה ובאמת ראוי היה להאמינו ע"ז כי הודאת בע"ד נקרא עדים בדבר שהוא חובתו והויא לי' הודאה זו ודאי וכי הדר אמר לו אנא זבינתא מיני' זה הדבר אצלו בספק כי על עדות זכותו אין לו להאמינו ע"כ א"ל מי לא הודית כי שלי היתה שעל זה לך להאמינו ואתה אינך טוען מדעתך שאני מכרתיה אבל אתה חי מפיו וזהו אצלך ספק שאין לך להאמינו על זכותו א"כ הו"ל גבך ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי והנוטה מזה טועה מדרך האמת והשכל הראב"ד ז"ל עכ"ל, והדברים ראוים למי שאמרם, ולכן צ"ע אם לנטות מדרך הראב"ד שפוסק דאפי' כשידוע לו רק מפי המוכר נמי יכול להוציא מידו, בשעה שמסתבר טעמו מאוד:

סעיף י"ח **ברמ"א** ואם אמר שידע ולקחה שני פעמים הדין עם המוכר דודאי נתן לשם מתנה, והקשה הש"ך דהא בב"מ (דף ט"ז) גבי הכיר בה שאינה שלו אסיק רבא דמעות יש לו וכרב דאמר התם דנתן לשם פקדון ובפשוטו נ"ל ליישב, דכל היכי דהמעות נתן ודאי בכדי באין שום תועלת לקנות בהם שום דבר, וליכא לספוקי בזה כ"א לשם מה נתנם, לפקדון או למתנה, בהא הוא דאמרינן דודאי דלשם מתנה יהיב, דלא רגילי אינשי לתת בפקדון שלא בידיעת חבירו, משא"כ התם בב"מ דאף שהכיר בה שאינה שלו מ"מ היה אצלו עוד ספיקות וסמיכת דעת שתשאר השדה בידו באיזה אופן שהוא, כגון שלא יבא הנגזל לתבוע, ואף אם יבוא יעלה ביד הגזלן לפשר עם הנגזל ולהעמידה בידו בכדי דליקום בהימנותי', וז"ל הריטב"א בשמ"ק שם בהא דפריך הש"ס בב"מ שם מכדי בין לרב בין לשמואל האי לארעא היאך קא נחית ופירי היכי אכיל, י"א שזהו לשון דר יהודאי גאון שהקשה דא"כ שזה לא ירד לשם מקח אלא לשם פקדון או מתנה היאך ירד לקרקע ואוכל פירותיה כו', ופריך דהא מימר אמר אנא איחות כו' כלומר שדעתי היה לשם

מקח אם אפשר וסומך שאולי תעמוד בידו כו' עכ"ל, וכיון שדעתו היה לשם מקח, רק מספק שמא תצא מידו, בההיא הוא דאמרינן דנתן לשם פקדון, כיון דמתחלה לשם מקח נתן, ולכן אם לא יתקיים המקח אמרינן דיוכל לגבות ואמרינן דלשם פקדון נתן ואין כאן מתנה כלל, ובכה"ג שפיר י"ל דלשם פקדון נתן אע"ג דלא הודיע למקבל שנותן לו רק לשם פקדון, דמה הו"ל לאודועי אחרי שדעתו היה לשם מקח לגמרי, משא"כ בכה"ג דהכא דלשם מקח ודאי לא נתן, כיון דכבר קנה פעם אחת, וליכא לספוקי כ"א או לשם מתנה או לשם פקדון, בהא אמרינן דמדאין רגיל להפקיד באופן כזה שלא בידיעה ודאי דלשם מתנה נתנו, וחילוק זה נראה נכון:

**ועוד** י"ל באופן אחר קצת, דהיינו טעמא דאמרינן התם יותר דלשם פקדון, משום דאי לשם מתנה נתן לו למה נטל שטר ממנו, וכאשר הקשו שם באמת המפרשים למ"ד משום מתנה, ותי' דמשום דאי לא יקח שטר ירגיש שלשם מתנה נתן וכסיפא לי' מילתא, אכן רבא סבירא לי' זה לדוחק ולכן פסק דודאי מדנטל שטר מכלל דלשם פקדון יהיב לי' ובדעתו לתבוע, וכאן י"ל דמיירי שקנה ממנו בלא שטר, וכיון דליכא הוכחה מהשטר פסקינן יותר לשם מתנה, דכל עיקר דפסקינן התם דלשם פקדון הוא רק מכח ההוכחה דשטר, אבל הכא דליכא זאת ההוכחה פסקינן דלשם מתנה, וע"ד הפלפול יש להסביר תירוץ זה, דבאמת יש להבין איך אפשר לומר דלשם פקדון ויכול הלה לתבוע שיחזיר לו המעות, דנהי דהוא טוען ברי דלאו לשם מתנה יהבית לך, מ"מ הלה הא טוען שמא באמת לשם מתנה יהבית לי, וברי ושמא הא קיי"ל דלא אמרינן ברי עדיף להוציא מחזקה, וא"כ איך יוכל התובע להוציא המעות. וצ"ל דדין זה אינו כ"א היכי דנטל ממנו שטר, דהוה קשה לן אי לשם מתנה למה נטל השטר, וניחא לן דהשטר נטל בכדי שלא ירגיש המקבל שלשם מתנה נתן וכסופא לו מילתא, אבל לפי"ז ודאי דשכר הסופד צריך מקבל המעות להחזיר, דע"ז הא ליכא הוכחה שנתן לו, דמהיכי תיתי דנימא שיתן עבורו עוד פשיטי דספרא, אלא ודאי כיון דהנאת המקבל הוא בכתיבת השטר דצריך לשלם להנותן פשיטי דספרא, וכיון דזה צריך ודאי המקבל להחזירו, א"כ הרי הוא מודה במקצת ועל השאר טוען איני יודע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואף דלא הו"ל למידע מ"מ הא כתב בס' מ"ה בחדושיו לב"מ דהתם שבא להחזיק בשל חבירו בלי טענה מבוררות גרע ממידי דלא הו"ל למידע ע"ש, ולכן חייב לשלם מדינא, ושמואל דפליג התם וסובר דא"צ החזיר היינו משום דלשיטתו לא ס"ל מתוך שאיל"מ, וכ"ז התם דמיירי שנטל ממנו שטר אבל הכא דמיירי בקנייה בלא שטר ואינם דנים כ"א על עיקר המעות, בזה ודאי דאמרינן

דלשם מתנה יהיב ואינו יכול להוציא ממנו המעות אפי' לדבריו שטוען ברי כיון דספוקי מספקא לן שמא לשם מתנה, וברי ושמא לאו ברי עדיף להוציא מחזקה:

סעיף כ"ה **במחבר** הואיל ואילו רצה היה עומד בשטר שהרי מקוים הוא ה"ז נאמן ואין מוציאין מתחת ידו, זהו כרבה (ב"ב דל"ב) דסובר דנאמן במיגו והנה התוס' בריש ב"מ הקשו דהא הוה מיגו להוציא ותי' וז"ל וההיא דחז"ה דגחין ולחיש לי' לרבה אין שטרא זייפא היא ומיהו שטרא מעליא היה לי ואבד התם ה"ט משום דאפילו הוה שתיק רק שלא היה מודה שהוא מזויף היה נאמן כי החתימה היתה נכרת לעומדים שם וכו' עכ"ל, ומרהיטת לשון התוס' משמע לכאורה שכוונתם לחלק בין מיגו דבעי אמר למיגו דבעי שתיק, ובמיגו דבעי שתיק אמרינן מיגו אפי' להוציא, אכן בחדושנו לעיל (סי' פ"ב) בכללי המיגו הוכחנו דאי אפשר לפרש כן בכוונתם, והנ"ל בכוונת התוס' שודאי אם בא להוציא אין מועיל שום מיגו, אלא משום דבדין זה לא הוה כלל להוציא, כיון שכבר קדם וטען מינך זבינתה והא שטרא, וע"י טענה הזאת זכה בקרקע, רק שאח"כ הודה ששטרא זייפא הוא וקלקל עצמו, ולהכי אם יש לו מיגו לא מיחשב כבא להוציא, אלא כמחזיק בזכייתו שכבר זכה בה, ובשלמא אם ע"י טענה הראשונה לא היה יכול עוד לזכות עד שהיה מוסיף גם טענה השניה, הוה נחשב כמיגו להוציא, אבל עתה דאפי' הוה שתיק רק שלא היה מודה היה יכול נמי לזכות, וא"כ לענין עצם הזכייה לא יוצרך המיגו, אלא דהמיגו יוצרך לנו לתקן עוותתו, אבל עיקר הזכייה היה זוכה אפי' היה שותק לא נחשב זה כבא להוציא, וזהו כוונת התוס' דהתם ה"ט משום דאפי' הוה שתיק רק שלא היה מודה שהוא מזויף היה נאמן כו', ולכך נחשב כבא להחזיק, כזה כתבתי זה יותר מט"ו שנים בעת עסקי בחבורי למס' ב"מ, ועתה בהגיעי לכאן מצאתי ראיתי בשמ"ק בשם הרשב"א והר"י בעליות ממש כדבריי וז"ל וי"ל דרבה סובר אע"ג דודאי לא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא שאני האי מיגו דכיון שכבר קדים וטען מינך זבינתה והא שטרא וכבר בטענתו הרי הוחזק בקרקע וכי הדר אודה דשטרא זייפא הוא ושטרא מעליא הוה לי' וארכס, לאו מיגו לאפוקי ממונא הוא אלא לאוקמי כו' עכ"ל, ותלי"ת שכוונתי בזה לרבותינו הקדושים:

### סימן קמז

סעיף ג' **ברמ"א** חזר וטען חזרתי ולקחתי ממנו תלם שהודיתי בו אם אין כתב ידו יוצא ממקום אחר כו' נאמן, והוא מימרא דר' יוחנן (כתובות דק"ט) ונאמן במיגו דמזויף כיון דאין כתב ידו יוצא ממקום אחר, שבס' הפלאה הקשה הא ר' יוחנן מרא דשמעתתא זו סובר בב"ב (דף קנ"ד) מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו, ולא מהני המיגו דמזויף,

וא"כ ה"נ לא יהא נאמן במיגו זה, ותי' עפמ"ש התוס' (כתובות די"ט) דמ"ד א"צ לקיימו הוא מטעם דקיום שטרות דרבנן, דמדאורייתא עדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד, וא"כ זה לא שייך אלא לענין עדים, אבל בחתימת יד הלוה עצמו בעינן קיום מדאורייתא כמ"ש הש"ך לעיל (סי' קמ"ו סק"ו), וא"כ י"ל דה"נ לחייב בעד בעצמו עפ"י הודאתו שעשאה סימן לאחר בעינן קיום מדאורייתא ולכך מהני מיגו גבי' ע"ש, ופלא על ההפלאה שלא נתעורר להזכיר דבדבריו הללו מיושב קושית העולם על הרמב"ם שהשמיט דין זה דחזר וטען לקחתיה, ועמ"ש הב"י והלח"מ (פ"ז מהלכות טוען) בישוב קושיא זאת, ולדברי ההפלאה אין מקום לקושיא זאת, דר' יוחנן כשהוא לעצמו דסובר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו, ואילו היה זה עדים לא היה נאמן במיגו דמזויף, משו"ה הוצרך לאשמועינן רבותא דבכה"ג דנידן דידן דהוה ככת"י מהימן במיגו, משא"כ הרמב"ם (פי"ד מהלכות מלוה) שפסק דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, וגם בעדים נאמן במיגו דמזויף, א"ה מה צורך הוא לפניו להשמיענו דבכה"ג נאמן במיגו, הא כ"ש הוא ממודה בכל שטר דנאמן:

## סימן קמח

סעיף א' **במחבר** וכן אם היו הד' שדות לאיש אחד שקנה אותם מארבעה אין לו דרך וכו' דאומר לו אם אחזיר לכל אחד שטרו וכו', ולכאורה תמוה וכי עי"ז שיחזיר שטרי המכירה להמוכרים יתבטלו עי"ל המכירות, הא קיי"ל לקמן (סי' רמ"ג) דהנותן מתנה לחבירו בשטר והחזיר לו השטר דלא נתבטלה המתנה עד שיחזור ויקנה ממנו בקנין ובמתנה גמורה, ועיין מ"ש הרמ"א לעיל (ס"ס קמ"ו) ובסמ"ע שם, וא"כ ה"נ כיון שחתמו העדים על השטרי מכירה אפי' יחזיר השטרות להמוכרים ישארו אלו השדות שלו, ושוב ראיתי שהתפארת ישראל בפירושו למשנה זאת הרגיש בזה וע"ש שנדחק הרבה בישוב הדברים, ונראה ליישב דאין הכוונה דבמה שיחזיר השטרות יתבטל המתנה, אלא הכוונה דכיון שיכול להחזיר השטרות ולבטל המכירה בטענת מקח טעות, דהא המוכרים מכרו לו שדה שלימה, ועכשיו כשיוצרך ליתן לזה דרך נמצא טעות במכירה דאדעתא דהכי לא קנה, וממילא נמצא דהבעלי דינים של התובע את הדרך הוא לא הלוקח כ"א המוכרים, ולא יוכל התובע לומר להם לאו בע"ד דידי אתם כי מכם איני תובע מאומה, דהא יכול לומר לו דכיון דאם תקח ממנו הדרך יתבע הלוקח מאתנו, ולכן חשובים אנו בע"ד וכההיא דב"ק (ד"ט ע"א) דמפקת מיני' עלי דידי הדר, ואחרי שהמוכרים הם הבע"ד ועמהם לא יוכל להתדיין עם כל אחד מהם, וברור אצלי שזהו כוונת הש"ס, ובחנם נדחק התפ"י, והדברים מפורשים בשמ"ק לכתובות שם וז"ל הר"י

מטראני או צייתת כו' פי' אי צייתת אתפשר עמך בדמי הדרך ולא ארבה עליך דמים ואי לא צייתת ותרצה אותם בחנם אני אלך לאותם שמכרו לי באחריות ואומר לכל אחד אתה מכרת לי שדה שלימה וזה בא ותובע ממני דרך בואו ותפנו לי והם יבואו עמך ולא תוכל להתדיין עם אחד מהם ואלה הם דברים בעלמא לרווחא דמילתא אלא אעפ"י שלא הלך להם כך הדין נותן כיון שמכחם הוא בא כשם שהם היו דוחים אותו כך הוא דוחה אותם מכל זכות שהיה להם עכ"ל, וביותר ביאור כתוב שם בשם הרא"ה וז"ל ואי לא מהדרנא שטרי וכו' לאו משום אימתא הוא דמפחיד להו כדמשמע לישנא כו' אלא משום דינא הוא דאי דזיבני מיני' באחריות קמאי הוו בעלי דיני' דמפיק מינייהו עלייהו הדר, ושלא באחריות נמי בעלי דיני' נינהו ודינא הוא דמשתעי גבי' עכ"ל וביותר ביאור בשמ"ק לב"ק ד"ח בשם המאירי וז"ל, ואי לא מהדרנא ואעפ"י שאין אותיות נקנות במסירה, אין הכונה חזרת השטר לבד אלא הקנאה במתנה או מכירה עכ"ל, וכל זה אשתמיטתיה להתפארת ישראל:

**שם** בסמ"ע ס"ק ב' וז"ל כבר נתבאר לעיל (סי' קי"ח וקי"ט סעיף ה') דהיכי דאית לאדם ריוח בהחזרת בשטר יכול לומר כן ואף אם לא החזירו כאילו החזירו דמי, וה"נ יש לו ריוח דאם יחזיר השטר יחזיר לו כל דמי השדות ופפ"ר עכ"ל, וז"ל הפרישה ואע"ג דלא מהדרנא המאן דמהדרנא דמי וכ"כ רבינו בסימן קי"ט, מיהא כתבתי שם דלא אמרינן הכי אלא כשירויח מה בחזרתו וגם כאן ירויח כי המוכרים יחזירו לו כל דמי השדות שהרי לא היה לו על שום אחד מהן ורך בבירור עכ"ל ובקצוה"ח תמה עליו דהתם היינו דיש ריוח לכשנגדו ולא למחזיר ומשום דאם אין ריוח לכשנגדו מצי אמר לכי תיהדר, אבל כשיש ריוח לכשנגדו לא מצי אמר הכי והתם גבי עידית וזבורית אומר לו מהדרנא ולא תגבה אלא מן הזבורית, והשתא שאינו מחזיר יגבה כדינו בבינונית אבל הכא נקט ריוח למחזיר ולא לצד שכנגדו, וכבר פרש"י בכתובות אי שתקת שתוק ואוזיל גבך כשתקנה הדרך ממני, וכ"כ תוס' שם אי צייתת צייתת ואוזיל גבך דהשתא מרויח במה שאינו מחזיר ותמה על הסמ"ע שנעלם ממנו זה ע"ש, וחלילה לחשוד לרבינו הסמ"ע בהעלמה, ונהפוך הוא מאת הגאון בעל קצוה"ח נעלים כל דברי הראשונים המדברים בזה וגם דברי התוס' במקומן, דזה ודאי דשיטת רש"י הוא דבעינן דוקא שיהא איזה ריוח לצד שכנגד אבל אם רק למחזיר יש הנאה ולכנגד אין שום הנאה אין זה טענה דאי שתקת ואם לאו מהדרנא וכו' דכיון שאין לזה שום הנאה מצי אמר לכי תהדר ומשו"ה פרש"י נמי (ב"ק ד"ח) בהא דפריך הש"ס שם א"ה נזקין נמי ליגבו מבינונית ואי לא מהדרנא שטרא דזבורית למרי' ותגבה מן הזבורית, אבל מבעל חוב לא פריך דתגבה מזבורית ואי לא מהדרנא

שטרא דזבורית, דכיון דסוף סוף לא גבה רק מזבורית ואין לו שום הנאה מצי אמר לכי תהדר, ומשו"ה פי' נמי בדין זה בכתובות אי צייתת אוזיל גבך כשתקנה ממנו הדרך, אכן התוס' בכתובות שם וכל הראשונים השיגו על פרש"י משום דלשון יקנה לו דרך במאה מנה לא משמע דמזלזל אצלו, ואדרבה מלשון זה מוכח דמבקש ממנו הרבה יותר מן השווי, ועוד הוכיחו דלא כרש"י מדפריך בב"ק שם גם בכתובה מן הזבורית דמצי אמר אי שתקת שתוק, והא התם ליכא רווחא לאשה א"כ תאמר לכי תהדר, ולכן פי' התוס' ושארי הראשונים המובאים בשמ"ק דלעולם מצי הנתבע לומר אי צייתת ואפי' כשאין שום הרווחה לתובע, ולא מצי אמר לכי תהדר, דאילו ביטול תענת התובע היה בא מצד האימה שמאיים עליו שיחזיר, איה"נ דהו"מ לומר כן לכי תהדר, אבל באמת ביטול טענתו בא אפי' לא יחזיר, דכיון דמצי למיהדר כמהדר דמי, וא"כ לא מצי אמר לכי תהדר, וכבר זכרנו בדבור דלעיל לשון המוהרי"ט והרא"ה, ועתה נוסיף עוד להביא לשון תלמידי ר' יונה ז"ל וא"ת כיון שאפילו כשיחזיר את השטר לא יפסיד התובע כלום יוכל לומר לכי תהדר כו', נראה למורי דהאי לישנא דקאמר ואי לא מהדרנא שטרא למארייהו לאו דוקא אלא ה"ק אם תרצה להניח הרי טוב ואם לאו מהדרנא שטרא למארייהו וכיון דאי הדרנא לא מצית לאשתעי דינא בהדייהו השתא נמי אע"ג דלא הדרנא לא מצית לאשתעי דינא בהדאי עכ"ל, וכ"כ הריטב"א וז"ל והנכון דהכא לישנא בעלמא נקיט ואין הטעם אלא לומר דכיון דבעוד שהיתה שלהם איבד את זכותו מהם הרי דינו כמותם שכבר מכרו לו כל זכות עכ"ל, והרי כל הראשונים השיגו על פרש"י ומפרשי דלא בעינן בזה הנאת התובע וכהסמ"ע, ולא היה בזה שום העלמה ממנו, אדרבה עיניו הבדולחים ראו הכל, ראה פרש"י וגם ראה השגת הראשונים ופירושם, ותימה על הקצוה"ח שכתב שגם התוס' סוברים כרש"י, והא בכתובות דחו התוס' לפרש"י, וכ"כ בשמ"ק על שם התוס' דמפרשי דלא כרש"י, והיינו שכתב הפרישה ואע"ג דלא מהדרנא כמאן דמהדרנא דמי, דהכי פירשו באמת כל הראשונים ודו"ק בזה:

שם **במחבר** וילך לו בקצרה וכו', עיין בסמ"ע סק"ד, ואין הכוונה שיקח לו איזה דרך שירצה שהיא קצרה יותר לעיר ונוח לפניו להלוך בדרך זה, דפשיטא שאין הברירה אצל התובע לברור לו איזה דרך שירצה הוא, אלא דרך קצרה דקאמר, היינו כשהיא טובה יותר לבעלי השדות שלא יהא מפסיד שדותיהם יותר מדאי וכגון אם לדרך אחד יופסד שלשים אמה מתוך השדות ולשני' עשרים אמה ולשלישית עשר אמה ילך לו רק בקצרה בכדי שלא להפסיד לבעלי השדות יותר מדאי וכ"ה בשמ"ק להדיא:

שם **בקצוה"ח** ס"ק ג' הביא מ"ש המוהרי"ט דבמוכר לארבעה כאחד ודאי מצי מפיק מינייהו דמ"מ דרכו גבייהו הוא והביא ראיה מדקלא דאע"ג דפליג אהדדי מפיק מינייהו, יפה השיגו בקצוה"ח דמה דמיון הוא לדקלא, דהתם הרויחו כולם ע"י שנטל אחד את הדקל דכל חד מהאחים שקיל כנגד זה חלק בקרקע או בדקלים אחרים ושפיר מצי לומר להם דקלא הוא גבייכו משא"כ, הכא כלום הלוקחים שדות האחרים יש להם איזה הנאה בשביל שהשני לקח את הדרך, והיאך שייך לומר בזה ארעאי גבייכו, וכ"כ להדיא בשמ"ק שם בשם כמה ראשונים ע"ש:

## סימן קמט

סעיף ג' **ברמ"א** והוה"ד לשאר קרובים, עיין בקצוה"ח שהביא בשם מוהרי"ש בתשובה, דבקרובים אם מיחה פעם אחת צריך למחות בסוף כל שלש תדע דהא אמרינן דבי ריש גלותא לא מחזקי בו ולא מחזקינן גבייהו, וכתב עלה בהגהות אשר"י (ב"ב פחז"ה) בשם ראבי"ה דדוקא כשלא מיחה בשום פעם מצי למימר מפני היראה לא מחיתי אבל אם מיחה פעם אחת צריך למחות בסוף כל שלש ושוב אינו נאמן לומר יראתי למחות, וה"ה בקרובים אם מיחה פעם אחת אינו נאמן שוב לומר לא חששתי, למחות מפני קורבה, והקצוה"ח השיג עליו דיש לחלק בין מחמת יראה למחמת אהבה דהתם בהנך דבי ריש גלותא דמחמת יראה אמרו דלא מחזקי בן ומשום דיראים למחות בהו וכיון דחזינן דמיחה פעם אחת ואינו מתיירא מהם הו"ל חזקה דהו"ל למחות כיון דאינו מתיירא מהם, אבל בקרובים דהטעם דמחמת אהבה אינו מקפיד ופעם כועס ופעם רוצה א"כ אפי' אם כבר הקפיד פעם אחת ומחה לא נפקא מכלל קרובים דאמרינן מחמת אהבה אינו מוחה ואינו דומה עושה מאהבה לעושה מיראה ע"ש, ובמחכ"ת לא עיין במקור הדין בשעה שכתב זה, דאילו ראה ועיין היה רואה ש"ס ערוך לנגדו, דמפורש בש"ס דהוה"ד בקרובים אמרינן הכי, דמקור הדין הוא במרדכי פחז"ה בשם ראבי"ה שהוכיח זה מהא דאמרי' בכתובות (ס"פ מי שהיה נשוי) גבי כתבה לראשון ולא חתמה לשני וחתמה איבדה כתובתה, ולא מצית למימר שוב נחת רוח עשיתי לבעלי דאם איתא לקמא הו"ל למיעבד, ומינה הוכיח ראבי"ה דבכותי שהחזיק אם אך מיחה פעם אחת ולא נתיירא ממנו יש לו שוב חזקה ע"ש, הרי מפורש דראבי"ה יליף דינא דמחאה מהתם, והא התם בש"ס דכתובות בקרובים מיירי ואפ"ה אמרינן מדלא עשתה נחת רוח בפעם הראשון אינה נאמנת שוב לומר נחת רוח עשיתי, ולא מחלקינן כחילוקו של קצוה"ח דשמא בפעם הראשון היתה בכעס ולא רצתה לעשות נחת רוח ובפעם שני נתפייסה ועשתה, וא"כ שפיר ילפינן מינה נמי למחאה דאם מיחה פעם אחת בקרובים צריך שוב למחות

בסוף כל שלש וצדקו דברי המוהרי"ט, ורק אולי יש להליץ קצת בעד הקצוה"ח דגם התם בכתובות באשה לבעלה נמי מחמת יראה הוא דעבדא הכי לחתום על שטר מכירת שדה המיוחדת לכתובתה, ולא מחמת אהבה, והכי משמע קצת מלשון השמ"ק שם נחת רוח עשיתי לבעלי כלומר יכולה לומר לא יכולתי לסבול תרעומות של בעלי שהיה לו עלי אם לא חתמתי ע"ש, וכיון שמחמת יראה היא עושית שפיר אמרינן דכיון דלא חתמה לראשון הרי שאינה מתייראת ממנו אינה נאמנת שוב לומר בפעם השני דמתייראת, וכמו בההיא דריש גלותא, אבל היכי שמחמת אהבה עושה יש לחלק כהקצוה"ח, אבל איך נחלוק על המוהרי"ט בסברות קלושות בשעה שפשטות הש"ס מוכח דגם בקרובים אמרי' כן וכמ"ש:

סעיף ז' **במחבר** האחים שאוכלים על שלחן אחד וכיס אחד לכולם וכו', עיין בסמ"ע שהביא בשם תשובת הרשב"א שהביא הב"י דבמה שירשו אחים מאביהם יחד הם כשותפים בו ואין מחזיקין זע"ז ואפי' אין כיס אחד לכולם, והא דכתב המחבר וכיס אחד לכולם היינו אפי' בדבר שהם של אחד לבד, אמנם בפרישה כתב דמלשון הטור בסוף סימן זה שהביא דברי העיטור דהאחים אינם כשותפים ומחזיקים ע"ז משמע דאף שירשו מאביהם ביחד מ"מ לא חשיבי כשותפין שנשתתפו אדעתא דהכי להיות יחד בדבר השותפות משא"כ באחים ע"ש, והנה השעה"מ הכריע כהעיטור מהא דאמרינן (ב"ב דקע"ג) אותיות נקנות במסירה אביי אמר צריך להביא ראיה ורבא אמר א"צ להביא ראיה, אמר אביי מנא אמינא לה דתניא אחד מן האחים שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו עליו להביא ראיה מאו לאו ה"ה לאחרינא, ורבא אמר שאני אחים דמשמטי מהדדי, ולשיטת הרשב"א דבמה שירשו מאביהם הרי הם כשותפין, א"כ היכי ס"ד דאביי דהוה"ד לאחריני, וגם למה לו לרבא לומר שאני אחים דמשמטי מהדדי, תיפוק לי' כיון שהם אחים הרי הם כשותפים ואין מחזיקין זה על זה, דהא לרשב"א גם במטלטלים אין להם חזקה זע"ז וכמ"ש הב"י על שם הרשב"א דה"ה ספרים ומטלטלים דינא הכי ע"ש, ובמחכ"ת לא עמדתי על דבריו, דהא מה דאמרינן דשותפין אין מחזיקין היינו כשהמחזיק רוצה לזכות ע"י חזקה הבא מכח שלא מיחה, דבזה אמרינן דבקרוב ושותף לא חש למחות ואין ראיה מדלא מיחה, אבל היכי שבא להחזיק מכח מוחזק, מצד החזקה שמה שתחת יד אדם הוא שלו, בזה אין לחלק לכאורה בין קרוב לאינו קרוב, ובדבר כזה דדייניין בה מעלת המוחזק, דייניין אפי' כשהוא קרוב, דלא מצינו חילוק בזה לומר דבקרוב לא שייך חזקה מה שתח"י אדם הוא שלו, והתם בב"ב הא לא בא לזכות ע"י שלא מיחה, דחזקה זאת לא שייך כ"א כשידוע היה למערער שהחפץ הוא

אצל המחזיק ומשתמש בו ואפ"ה לא מיחה, אבל בדבר שלא ידוע היה למערער אם נמצא החפץ אצל המחזיק, ומיד כשנודע לו תבעו לדין, כמו דמיירי הסוגיא דב"ב, לא שייך חזקה זאת, דאין מחאה גדולה מזה שתבעו לדין, ובע"כ דהמחזיק רצה לזכות בשטר ע"י מעלת המוחזק, וכן פירש רשב"ם שם להדיא בד"ה ורבא אומר א"צ אלא העמידהו בחזקת המוחזק ע"ש, ולזה אין מקום לחלק התם בין אחין לאחרינא, ואכן אפי' אי נימא שגם לענין חזקת מוחזק מחלקינן בין אחין לאחריני, ובאחין לא אמרינן חזקה זאת דמה שתח"י אדם הוא שלו, ויש להסביר זה, דהא בכל דברים העשויים להשאיל ולהשכיר אינו נאמן המוחזק לומר שהוא שלו, דכיון דעשויים להשאיל אין ראיה שוב ממה שנמצאים תחת ידו דשלו הם, דשמא שאולים הם בידו, ולכן באחים דיינינן כל הדברים שעשויין להשאיל, דנהי דהחפץ הזה אינו עשוי להשאיל לאיש זר שאינו קרובו, מ"מ לגבי קרובו שאינו מקפיד להשאיל לו כל חפציו חשוב זה כדבר העשוי להשאיל, ואפי' אם נניח כן אין מקום לדברי השעה"מ, דלכאורה יש לתמוה טובא בפלוגתא דאביי ורבא בב"ב שם, דמה פלוגתא שייך התם אם צריך המחזיק להביא ראיה, ומ"ש מכל המטלטלין דהמוחזק נאמן לומר לקוחים הם בידי ואין משגיחין על המערער שטוען גזולים הם בידך, ועל קושיא זאת עמדתי הרבה עד שיגעתי ומצאתי בשמ"ק (כתובות דפ"ה) גבי ההיא איתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרי, דהקשו כל הראשונים למה לא מהימנא על טענתה לומר מחיים תפיסנא במיגו דבעי אמרה לקוחים הם בידי, דהא אי הוה אמרה לקוחה בידי היתה מהימנא כמו בשאר מטלטלין דמהימן כל אחד לומר לקוח אם מוחזק בדבר הזה, וא"כ אמאי לא מהימנא לומר חיים תפסנא במיגו דלקוח, וכתב בשמ"ק בשם הרמב"ן והריטב"א שהעידו כן נמי בשם הרי"ף דבאמת גם בלקוח לא היתה מהימנא, דשטר שאני מכל המטלטלין דכיון דקיי"ל דאין אותיות נקנות אלא בכתיבה ומסירה צריך להביא ראיה על הכתיבה, דבשלמא בשארי מטלטלין א"צ להביא שום ראיה, ותפיסתו שהוא מוחזק זהו ראייתו, אבל בשטר הא בעינן כתיבה ומסירה או עכ"פ מסירה גרידא או אגב ודאי בעינן וע"ז אין תפיסתו ראיה שהיה קנין השטר כדין ומשו"ה בעינן ראיה ע"ז ע"ש עוד כמה תרוצים, ובזה מיושב נמי הסוגיא דב"ב דמשו"ה סובר אביי דצריך להביא ראיה משום דהתם בשטר מיירי ולכן אין מהתפיסה ראיה ואינו דומה לשאר מטלטלין, דבשטר לא אמרינן שע"י מעלת המוחזק נימא דקנין השטר היה כדין, ולפ"ז אין מקום לקושית השעה"מ, דכיון דמה דסובר אביי דצריך להביא ראיה אינו כ"א בשטר דוקא, ומשום דתפיסתו אין ראיה שהקנין היה כראוי כדין קנין שטר, ולכן קאמר שפיר דאחין לאו דוקא והוה"ד לאחריני, דלענין זה מה שייך לחלק בין אחין

לאחריני, ורבא סובר דאפ"ה אחין שאני משום דשמטי אהדדי, ויש לחוש בהם דלא היה מסירה כדין ובאחריני אמרי' דבסתמא מסר כדינו וזה ברור ונכון:

סעיף ט' **ברמ"א** ודוקא שלא הזיק בגופה של קרקע אבל חפר בקרקע בורות שיחין ומערות וכו' הוה חזקה, עיין בסמ"ע שהקשה מבנה והרס שכתב המחבר דלא הוה חזקה, ומשמע דלא פליג עם המחבר מדלא כתב בלשון וי"א ע"ש, ושמא יש לומר עפמ"ש בשמ"ק (ב"ב ד"נ) לחד פירוש דהא דאמרינן התם דבחפר בורות שיחין ומערות צריכה גם אשת איש למחות ואם לא מחתה הוה חזקה, דלא כשרוצה הבעל לזכות בגופה דארעא הוא דצריכה למחות, דהא אין לאיש חזקה בנכסי אשתו לעולם ואפי' בחפר בה נמי אלא הא דמצרכינן לה למחות היינו שיהא לה רשות לסתום את הבורות שחפר, בזה הוא דמצרכינן לה למחות, ואי לא מחתה לא מצית בתר הכי לסותמם, משום דאמר הבעל כבר מחלת לי בהני בורות, ולכן צריכה למחות לגלות דעתה שלא מחלה לו, ולהאי פירושא היכי דחפר הבעל בורות, לא הוה חזקה כ"א לבורות גופה דלא מצית למסתמינהו אבל לגופה דארעא לא מהני חזקה אפי' ע"י חפירת בורות ע"ש, ולזה י"ל דמ"ש המחבר דגם חפירת בורות לא הוה חזקה, היינו לגופה של קרקע, ומ"ש הרמ"א דחפירת בורות הוה חזקה אינו כ"א לענין החפירות גופייהו כשהאשה רוצית לסותמו, וכההיא דוכן חזקת נזיקין דמסיים הרמ"א דהיינו נמי רק לחזקה זאת אבל אם רוצה לזכות עי"ז בגופה של ארעא לא מהני אפי' חפירת בורות, ולא פליג כלל עם המחבר, אלא דמר אמר חדא ומר אמר חדא, המחבר קאמר לענין גופה של ארעא, והרמ"א קאמר לענין הבורות לחודייהו, ובהכי ניחא מה שקשה על הרמ"א דהיכי ס"ד לומר דבחפירת בורות הוה חזקה לגופה של קרקע, והא עיקר חזקה הכנסת פירות הוא, שהמחזיק נהנה בכל ההנאות היוצאות מן השדה, ואף אם החזיק תחת רשותו שלש שנים, רק שלא אכל הפירות לא הוה חזקה, והרבה טרחו כמה מן הראשונים ז"ל ליישב במה שאמרו (ב"ב דכ"ט) לאוקמי כגון דנקיטי השכנים אגר ביתא ואמרי למאן ניתבה, וכיון דהמחזיק לא קיבל עוד שכירות הבית למה הוה חזקה אף לפי דבריו שהוא השכירות, והא עיקר חזקה הכנסת פירות הוא וזה השוכר עדיין לא אכל הפירות, דאכתי ביד השוכרים הם ע"ש בדבריהם ועל המחבר שכתב דבנה והרס לא הוה חזקה משום דבנכסי אשתו לא הוה חזקה, לא קשה לי, דלמה ליה להאי טעמא, הא אפי' בנכסי אחר לא הוה חזקה בחפירת בורות דאכילת פירות בעינן, די"ל דהוא מיירי כשהחפירות היו לצורך תיקון השדה, לא רק להזיקה, כ"א לצורך, דמיא דבנה דהוה נמי תיקון וצורך, והיכי דהוה לצורך דשדה הוה זה כאכילת פירות כיון דנהנה מתיקון זה, וכעין מ"ש הט"ז ע"ש, אבל ברמ"א שכתב

להדיא שקלקל הקרקע ע"י חפירה הזאת, וא"כ אמאי הוה חזקה מעיקרו הא לית כאן אכילת פירות, אע"כ דהרמ"א לא מיירי באמת לענין קניית גוף הקרקע, רק לענין היזק החפירות הללו אם הוחזק בהן או לא, וקאמר דכיון דלא מיחתה הוחזק בהן הבעל ואינה יכולה שוב למסתמינהו ולמלאת החפירות וכמו כל חזקת נזיקין, והיינו דמסיים הרמ"א וכן חזקת נזיקין וכו' כגון פתיחת חלונות, ומדכתב וכן חזקת נזיקין משמע דגם חפירת בורות דמיירי לעיל מינה נמי רק חזקת נזיקין הוא, רק דהתם הוה נזיקין כאלו שקלקל בגוף הקרקע, ושוב כתב חזקת נזיקין דפתיחת חלונות דלגוף הקרקע לא מזיק כלל ואפ"ה הוה חזקה ודו"ק:

סעיף י' **במחבר** אין מחזיקין בנכסי אשת איש כו', וכלומר דאם אחר החזיק בנכסי אשת איש כשירד בה בחיי הבעל לא מהני החזקה כ"א כשהחזיק בה שלש שנים לאחר מיתת הבעל וכמבואר בטור כאן ובאה"ע (סי' פ"ז) במחבר, והוא מהש"ס (ב"ב דנ"א) גבי ולא לאיש חזקה בנכסי אשתו והאמר רב אשת איש צריכה למחות, במאן אילימא באחר והאמר רב אין מחזיקין בנכסי אשת איש אלא לאו בבעל וכגון שחפר בה בורות וכו' רב יוסף אמר לעלם באחר וכגון שאכלה מקצת חזקה בחיי הבעל ושלש לאחר מיתת הבעל מיגו דבפי אמר מינך זבינתה, והנה בשעה"מ הקשה לפמ"ש הרמ"א לעיל (סי' קמ"ג) דהכל הולך אחר סוף השלש שנים שאם היה מתחלתו במקום רחוק שאין יכול למחות ובסוף במקום שיכול למחות דהוה חזקה אלמא אף דאם היה כל שלש במקום רחוק לא הוה חזקה אף דהחזקה נשמעת מרחוק, מ"מ כיון שלא היה יכול למחות לא הוה חזקה, ואפ"ה כיון דלבסוף שלש שנים בא למקום שיכול למחות הוה חזקה משום כיון שבא לביתו היה יכול למחות מיד, א"כ ה"נ באכל מקצת בחיי בעלה ומקצת לאחר מיתת הבעל ליהוה חזקה כיון דטעמא דאין מחזיקין בנכסי אשת איש אף שאין להבעל פירות הוא משום דהיא סומכת על בעלה שימחה כמ"ש התוס' והטור, וא"כ היכי דאכל מקצת בחיי בעלה ומקצת לאחר מיתת בעלה הוה לה למחות לאחר מיתת בעלה כיון שיודעת שאין לה על מי לסמוך ויודעת שאחר מחזיק בנכסיו והוה חזקה מעלייתא ע"ש, ואפשר לחלק דהתם היה מוטל עליו למחות גם בעודו במקום רחוק, אלא שנוטר משום שאין תועלת במחאתו כיון דלא תגיע לאזני המחזיק מפני ריחוק המקום, ולכן כשבא לבסוף למקום שהמחאה נשמעת, מצטרפי גם הני שנין לחשבון החזקה, משא"כ הכא דכל זמן שהבעל חי אין מוטל עליה שום חיוב למחות משו"ה אין נכנסים לחשבון החזקה, דחושבת שמא מחה כבר הבעל, אבל בהיה במקום רחוק יודע ששום אדם לא מיחה עד עתה היה לו למחות מיד כשבא:

**ומה** שיש לדקדק בהך דינא דבאה"ע שם כתב מי שהחזיק בנכסי אשת איש לא עלתה לו חזקה אא"כ החזיק בהם שלש שנים אחר מיתת בעלה, ולא קאמר דבעינן שיאכל גם מקצת בחיי בעלה, ואילו באוקימתא שבש"ס הא קאמר כגון שאכלה מקצת בחיי בעל ושלש לאחר מיתת הבעל, ומשמע דבשלש לאחר מות בעלה לחוד לא סגי, וא"כ למה לא הזכיר זה בשו"ע, ויש ליישב, דהנה בש"ס גופא אינו מובן לכאורה מה הוצרך דאכל מקצת גם בחיי הבעל ולא סגיא בשלש שנים דלאחר מות בעלה, ויש לו שפיר מיגו דמינך זבינתא כיון דאכלה שלש לאחר מות הבעל, ואכן מצאתי את שאהבה נפשי בחדושי הרמ"ה שהרגיש בזה וכתב כיון דטעין דמיני' דבעל היא זבין לא קיימא לו חזקה אלא אם התחיל לאכול בחייו, דלעולם בעינן שיתחיל לאכול בחיי המוכר שמכר לו דאל"ה הוה כחזקה שאין עמה טענה ע"ש שהביא ראיה לזה, ולפ"ז לא איצטריך לתנאי הזה שיאכל מקצת בחיי הבעל כ"א באוקימתא דש"ס דמוקי בטוען דזבין מבעל, אבל אי הוה טעין דמינה דידה גופה זבנה באמת לא בעינן לתנאי זה וסגי באכל שלש לאחר מות בעלה לחוד, וכ"כ הרמ"ה להדיא דבכה"ג שטוען מינך זבינתה לא בעינן לתנאי הזה, ומשו"ה באה"ע דלא הזכיר כשטוען דזבין מהבעל, וסתם קאמר מי שהחזיק בנכסי אשת איש ומיירי דטוען מינה דידך זבנית ומשו"ה לא בעינן שיאכל בחיי הבעל כלל ודו"ק היטב בזה:

סעיף ט"ו **במחבר** וישראל שקנה מעכו"ם וכו' אין אכילתו ראיה, עיין בסמ"ע ס"ק כ"ב דהטעם משום דירא למחות גם בישראל הבא מכח עכו"ם, ועיין בנתיבות מה שתמה ע"ז, ובמה שפירש, ובחדושי הרמ"ה פי' דבישראל הבא מכח עכו"ם אין הטעם משום דירא למחות, אצא כיון דלא אתי אלא מחמת עכו"ם וסתם עכו"ם אנס הוא ולכן הוה זה כחזקה שאין עמה טענה, דכי אמרינן טוענין ללוקח בלוקח מישראל דכיון דאילו טעין מוכר דהאי מערער זבנה לי ואכלתיה שני חזקה מהימן, טענינן נמי ללוקח אבל לוקח מעכו"ם כיון דאילו טעין עכו"ם גופא לא מהימן אלא בשטר לוקח נמי לא מהימן ע"ש, גם במ"ש הסמ"ע דאה החזיק העכו"ם או הישראל הבא מכחו מ' שנה הוה חזקה וכדאמרינן (ב"ב דנ"ה) הני אריסי דפרסאי עד מ' שנין, וגם בזה השיג הנתיבות דנראה דוקא אם היה כבר ביד העכו"ם מ' שנין קודם דמכרה לישראל, אבל אם היה דר בו הישראל מ' שנה לא מהני ע"ש, ונראה לקיים דינו של הסמ"א, דודאי אם הקרקע היה מעיקרא של ישראל והעכו"ם לקחה מיד הישראל ושוב מכרה העכו"ם וישראל שני דלא מהני כ"א כשהחזיק בה העכו"ם מ' שנין, אבל אם הקרקע היתה מעיקרא של עכו"ם וישראל אחד החזיק בה מ' שנין, אע"ג דבמשך הזה מכרה העכו"ם לישראל שני בשטר

לא מהני להוציאה מיד דישראל קמא אע"ג שאין לו שטר מן העכו"ם, דבחזקת מ' שנין די להחזיק גם בשל עכו"ם, וכיון דהחזיק בה ישראל זה מ' שנין הוה חזקה לגבי', וכי מכרה העכו"ם לישראל אחר לאו דידיה זבין, וכן פי' הרמ"ה המימרא דמש"ס גופא במה שאמרו דאריסי דפרסאי עד מ' שנין ע"ש, ולפ"ז משכחת לדינא דסמ"ע דישראל הבא בכחו מהני מ' שנה, כגון בקרקע דנכרי וכמו שכתבתי ודו"ק:

סעיף י"ט **ברמ"א** וי"א דאינה חזקה דהואיל וירד לשדה כשהיה קטן לא ידע שהיתה שלו, ועיין בש"ך שכתב דכן עיקר בש"ס (ב"מ פ' המפקיד), והיינו דדייק שם מדרב הונא דאמר דמורידין נכרי לנכסי קטן דאין מחזיקין בנכסי קטן, ולדעת הרמב"ם עדיין אין מורידין דניחוש שיאכל שלש שנים לאחר שיגדל הקטן ויטעון שלקחה, ועיין במ"מ שכתב דבש"ס אין הכרח, ובכדי להבין יסוד מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בזה נקדים להביא דברי התוס' בסוגיא החמורה הזאת, וזה לשון התוס' בד"ה ש"מ מדרב הונא, פרש"י מדאמר רב הונא אין מורידין קרוב הא נכרי מורידין וקשה כו' ועוד קשה היכי מוכח מדרב הונא דאין מחזיקין דלמא אי טוען שני חזקה מועיל, והא דמורידין נכרי משום דליכא למיחש למידי, דע"כ כיון דמורידין א"כ יש לו דעת לומר הבא עדים שלקחת מאבי, וה"נ יש לו לדעת ולמחות בסוף כל שלש, וכ"ת הא פשיטא לי' דאינו יודע למחות בסוף כל שלש אעפ"י שהוא נזכר לשאול עדי מכירה, דרגילות הוא טפי לשכוח מחאה בסוף כל שלש א"כ בלא רב הונא פשיטא דאין מחזיקין וכו' עכ"ל, ודבריהם קשים להולמים, וגם קשה מה הוכחה הוא מדמוניז"ן א"כ יש לו דעת לתבוע, דשמא אין לקטן דעת גם לתבוע וכ"ש למחות דקשה מתביעה כדמוכח מלשון התוס', דרגילות הוא לשכוח על מחאה יותר, והא דמורידין משום דסמכינן ע"ז שלאחר שיגדיל יגידו לו אחרים שהיתה של אביו ואז יתבונן לתבוע, ומוכח שפיר דאין מחזיקין דאי מחזיקין א"כ מה יועיל דלאחר שיגדיל יתבע, אם זה כבר החזיק, וי"ל דכוונת התוס' הוא בדרך ממ"נ, דמדרב הונא אין ראיה, שמא מצי קטן גם לתבוע וגם למחות, ולהכי מורידין נכרי משום דאין חשש כיון דודאי ימחה, וכ"ת דהא פשיטא לן מסברא שקטן לא יוכל לתבוע וכ"ש למחות, א"כ בלא רב הונא נמי ידעינן שאין מחזיקין, ואפי' תימא לחלק מסברא בין תביעה למחאה, ובמחאה פשיטא לן גם מסברא דלא ידע, ועל התביעה לא פשיטא לן מסברא, מ"מ כיון דזה נדע עכ"פ שעל המחאה אין לו דעת, א"כ ממילא ידעינן שאין מחזיקין, דטעם חזקה הוא משום שלא מחה, ואם לא ידע למחויי ודאי שאין מחזיקין, וגם בלא רב הונא ידעינן זה, וממ"נ אם לא ס"ל לחלק מסברא בין תביעה למחאה, א"כ גם מרב הונא אין ראיה, דשמא יש לו דעת גם למחות, ואי דזה פשיטא מסברא שאין יודע

למחות, א"כ לא איצטריך כלל לדרב הונא, דמן הסברא הזאת גופא נדע שאין מחזיקין, זהו כוונת קושיתם על רש"י במ"ש וכ"ת, ותירצו דבלא רב הונא הו"א שיש לו דעת גם למחות, ורק כיון שאמר רב הונא דאין מורידין קרוב מכלל שלא ידע למחויי, דאי מצי למחות גם קרוב מורידין, ואכן בשמ"ק ומהר"ש הקשו דאכתי מה יישבו בזה, דלפמ"ש התוס' שם בסוה"ד דבקרוב לא יעלה על דעתו לתבוע משום דסבור שאומר אמת, א"כ אכתי לחע מוכח מדרב הונא דאין מחזיקין, דשמא מחזיקין ולהכי מורידין משום דמצי גם למחות ואין חשש, והא דאין מורידין קרוב משום דבקרוב לא ימחה דיעלה בדעתו שיאמר אמת, אבל בנכרי ימחה, ונ"ל דהנה אף אם נאמר דקטן ידע לתבוע וגם למחות, לא כל קטן שוה בזה, שודאי תינוק בן חדש או שנה לא ידע כלל לתבוע, ובע"כ שבקטן גופא יש גבול, דבקטנותו ממש לא ידע כלום, ורק אח"כ כשהגדיל מעט יש סברא לומר דידע לתבוע ולמחות, וא"כ יש להבין דהא רב הונא סתים לומר דמורידין נכרי לנכסי קטן, ומשמע שאפי' לקטן בן שנה ג"כ נוכל להוריד דסמכינן דידע לתבוע כשיגדיל, ומאין נדע זאת, כיון בשעה שירד זה לנכסיו היה קטן ממש עוד, וצ"ל דבמשך ימי קטנותו ישמע מאחרים שיגידו לו שהיתה של אביו, ויתעורר לתבוע ולמחות כשיגדיל ויגיע לימי הבינה לתבוע, ולפ"ז אף אי נימא שבקטנותו יש לו ג"כ דעת לתבוע ולמחות, אכן כח המחאה לא יבא באופן אחד, דאם מת אביו בשעה שהגיע כבר לימי הבינה למחות, בזה יבוא לו המחאה מכח עצמו בלא עזרת אחרים, דכיון שיודע למחויי כ"ש שיוכל להבין ששדה זו של אביו הוא ומעצמו יתעורר לתבוע ולמחות, אכן במקום שמת אביו בעודו בן חדש או שנה אז תבוא המחאה מכח עזרת אחרים שיזכירוהו שהיתה של אביו, ואז יתעורר גם הוא לתבוע ולמחות, ומעתה נוכל לומר דסברת התוס' שחלקו בין קרוב לנכרי, דבקרוב לא יתעורר לתבוע דסבור שאומר אמת, היינו דוקא בקטן כזה שאביו מת בעודו בן חדש, דתביעתו ומחאתו לא יוכל לבוא כ"א ע"י עזרת אחרים שיזכירוהו, בזה שפיר יש לחלק דבנכרי אם יזכירוהו שהיתה של אביו יתעורר לתבוע, ובקרוב סבור שאומר אמת, ובודאי לחלקו בא ולא יועיל בזה ההזכרה מה שאחרים יזכירוהו, דהם לא יכלו לידע כ"א שהיתה של אביו, אבל בפרטיות החלוקה לא יוכלו לידע, ולהכי כיון שמצאוהו מוחזק בנכסיו יסבור שבודאי הגיע לחלקו, אבל היכי דמת אביו בשעה שהבן כבר הגיע מעצמו לימי הבינה למחות, וכיון שיש לו דעת למחות מעצמו, ודאי שיש לו דעת להתבונן אם נפל זה לחלקו, ובזה אפי' בקרוב נמי יוכל למחות, ולא שייך לחלק בזה בין קרוב לנכרי ולפ"ז א"ש דהש"ס הוכיח שפיר מדרב הונא דקטן לא ידע כלל למחות מדסתום ואומר שאין מורידין קרוב לנכסי קטן, ואפי' בקטן כזה שמחאתו

תוכל לבוא גם בלא עזרת אחרים ג"כ אין מורידין, ומכלל דקטן לא ידע כלל למחות והכא לא שייך כלל לחלק בין קרוב לנכרי ולומר דבנכרי ידע למחויי ובקרוב יסבור של חלקו נפל, דאם אך בנכרי ידע למחויי בעצמו, ידע למחות גם בקרוב ולהתבונן אם נפל זה לחלקו, כיון דמיירי נמי בקטן כזה שיכול למחות בעצמו, ולא שייך כלל לחלק בין קרוב לנכרי, ומדאמר דבקרוב לא יוכל למחות מכלל דבנכרי נמי לא ימחה, ומשום דקטן כל זמן שלא הגדיל ממש לא ידע למחויי, ושפיר הוכיח הש"ס מדרב הונא דאין מחזיקין, וכיון שהוכיח הש"ס מדרב הונא דקטן לא ידע כלל למחות בקטנותו, וא"כ בע"כ האי דמורידין קרוב היינו משום דסמכינן דאח"כ כשיגדיל יזכירוהו אחרים לתבוע, וע"ז רצו התוס' להקשות דכיון שהזכרת אחרים מועל שיתעורר לתבוע מן הנכרי המחזיק עדי מכירה, גם בקרוב נימא הכי, וע"ז תירצו דלא דמי קרוב לנכרי, פי' כיון דמעצמו לא יתעורר למחות, ורק שהמחאה תבוא מכח עזרת אחרים, בזה יש לחלק בין קרוב לנכרי, וא"ש חלוקם, אכן היינו דוקא לאחר שכבר הוכיחו מדרב הונא דקטן לא ידע מעצמו כלל לתבוע ולמחות, וא"כ התביעה אינה באה כ"א בעזרת אחרים, בזה שפיר חלקו התוס' דבקרוב לא יועיל גם הזכרת אחרים משום דאחרים לא יזכירוהו אם נפל בחלקו, כיון שגם הם עצמם לא יוכלון לידע בפרטיות החלוקה, ומיושב מאוד קושית השמ"ק שהקשה דא"כ מה הוכיחו מדרב הונא דאין מחזיקין, דשמא מחזיקין ואפ"ה אין מורידין קרוב משום דבקרוב שאני, דאי נימא דמחזיקין וקטן יוכל למחות מעצמו, בזה לא שייך כלל לחלק בין קרוב לנכרי, דכל היכי דהמחאה באה מכח עצמו גם בקרוב יוכל למחות וכמו שביארתי וזה ברור:

**והשתא** שזכינו לדין ניישב גם קושית הראשונים שהקשו בהא דאמרינן ש"מ מדרב הונא אין מחזיקין בנכסי קטן ואפי' הגדיל, מנ"ל דאפי' הגדיל, דהא מדרב הונא לא מוכח כ"א דקטן לא מצי למחויי אבל משהגדיל דמצי למחויי שפיר י"ל דהוה חזקה, והנה בדעת רש"י י"ל שסובר דמחאה ותביעה שווים, ומאן דלא ידע למחות לא ידע גם לתבוע, וכיון שמדרב הונא מוכח דקטן לא ידע למחויי ידעינן שגם לתבוע לא ידע כשהוא קטן, ואם גם אחרים יזכירוהו בעודו קטן לא ישים לב לדבריהם, כיון שמעצמו אין לו דעת לתבוע, וכיון דבקטנותו לא ידע כלל שיש לו תביעה על זה האיש, גם כשיגדיל לא יתעורר מעצמו לתבוע כיון שמצאוהו מוחזק בנכסיו ולא ידע כלל שיש לו תביעה עליו, רק דאח"כ משיגדיל כשישמע אז מפי אחרים שהיתה של אביו אז יתעורר לתבוע, וכיון שתביעתו לא יוכל לבוא כ"א ע"ד עזרת אחרים, אין שייך לומר דיחזיק משהגדיל, דמדעבר שלש שנים ולא מיחה הוה חזקה, דשמא לא שמע עדיין כלל ולא ידע מה למחות, ואפי' אם

שמע שמא לא עברו שלש שנים מיום ששמע, וא"כ שפיר ש"מ מדרב הונא שגם אם הגדיל אין לו חזקה, ואכן לשיטת התוספת שכתבו דמחאה קשה מתביעה, א"כ אכתי משהגדיל מנ"ל, דנהי דידעינן מדרב הונא דקטן לא ידע למחויי, י"ל שדוקא למחות בסוף כל שלש לא ידע אבל לתבוע ולהתבונן בלבו שיש לו תביעה עליו, ידע גם בקטנותו, וכיון שהתביעה ידע עוד מקטנותו רק ששכח למחות, וא"כ נימא דאם עברו שלש שנים משהגדיל יהא חזקה, ומנ"ל שאפי' משהגדיל, וצ"ל דשיטת התוס' איה"נ דאם עברו שלש שנים משהגדיל דהוה חזקה מעליא, והא דקאמר אפי' משהגדיל, לא מיירי שעברו כל שלש שני חזקה בגדלותו, אלא הכוונה דהשלמת החזקה היתה משהגדיל, וכגון שאכל שנה בעודו קטן ושנתיים משהגדיל, דבזה כיון דלא עברו כל שני החזקה משהגדיל שפיר לא הוה חזקה, אבל אם עברו כל השלש שנים משהגדיל הוה חזקה לשיטת התוספת, ודו"ק היטב:

**ואחרי** כל האמור נעמוד ע"ד מחלוקת הרמב"ם והראב"ד שבכאן, דלמה שביארתי פליגי בסברת רש"י ותוס' דהרמב"ם יחלק בין מחאה לתביעה, ותביעה ידע גם בקטנותו, וכיון שהתביעה ידע מכח עצמו בלא עזרת אחרים, רק שלא ידע למחויי, אבל אם עברו שלש שנים משהגדיל הוה חזקה מעליא דעכ"פ הו"ל למחות משהגדיל אכן הראב"ד סובר דכמו דלא ידע למחויי, לא ידע נמי לתבוע בקטנותו, ורק משהגדיל יוכל להתעורר אצלו תביעה ע"י עזרת אחרים, וכיון שכן לא נוכל למנות שלש שני החזקה גם משהגדיל, דשמא לא שמע עוד שיש לו תביעה עליו שידע למחות בו, וזה ברור ודו"ק היטב כי למה שביארתי כל המעקשים אשר בסוגיא החמורה הזאת עלו למישור בעזה"י:

סעיף י"ט **במחבר** אין מחזיקין בנכסי קטן כו' כיצד אכלה בפניו כו' וטען אתה נתתה לי אתה מכרת לי כו', והוא מלשון הרמב"ם, וכתב שם במשנה למלך דלפי לשון הרמב"ם שטוען לקטן אתה נתתו אתה מכרתו לי, למה לו לתלות הטעם משום דאין מחזיקין בנכסי קטן, דהא בלא"ה קטן לאו בר מכירה הוא עד שיגדיל נמצא שלא החזיק אלא שני שנים משהגדיל ואין חזקה פחות משלשה שנים ע"ש מה שנדחק מאוד ליישב, וכבר השיגו הקצוה"ח, והנה בחדושי הריטב"א בב"מ הכריח באמת דאי אפשר לומר דטענתו היתה אתה מכרתו מכח קושיא הזאת דאין מכירה לקטן, ופירש דמיירי בטוען אביך מכרה לי ע"ש, ובדעת הרמב"ם שמא י"ל עפ"י דקדוק קטן שיש בין לשון הרמב"ם ללשון המחבר לקמן (סי' רל"ה) סעיף ט' כתב וז"ל בד"א בקרקע שלו שקנאו או שניתן לו במתנה, ואילו הרמב"ם (פכ"ט מהלכות מכירה) הלכה י"ג כתב סתם בד"א בקרקע שלו, ולא פירש ששלו הוא ע"י שקנאו כמו שפי' המחבר, מזה היה אפשר לומר בדעת הרמב"ם

שדוקא כשקנאו ע"י אפוטרפוס דהקנייה הוה כדין אז לא מהני מכירת הקטן, אבל בדבר שקנאו ע"י עצמו מהני מכירתו בהם אפי' בעודו קטן דכי היכי דזבין, ה"נ מזבין וא"כ משכחת מכירת קטן בדבר שקנאו בעצמו, ומשו"ה הוצרך לטעם דאין מחזיקין ודו"ק, דברי המחבר שכתב להדיא שאפי' שקנאו מיהו בדבר לא מהני מכירתו והכא כתב כלשון הרמב"ם אתה מכרתו לא יתיישב אכתי:

## סימן קנ

סעיף ז' **בש"ך** ס"ק ט' העלה דבמשכנתא דסורא ובשכירות גם רבינו יונה מודה דנאמן במיגו. ואף שבעיקר הפלוגתא של רבינו יונה עם החולקים עליו כתב הש"ך דהוה ספיקא דדינא, מ"מ בשכירות אין שום מחלוקת וכו"ע סברי דנאמן במיגו ע"ש והנה לכאורה מצאתי ראיתי בדעת רש"י שגם בשכירות לא מהימן אפילו בדאיכא מיגו, דבב"מ (דק"ג ע"א) ברש"י ד"ה וכתב לי' כתב וז"ל וזה אומר לא דרתי אלא שלש ע"כ, הרי שגם לדברי השוכר אכלה מיהא שלש שני חזקה, וא"כ יש לו מיגו דבעי כביש לשטר משכנתא ואמר לקוחה היא אפ"ה קאמר הש"ס דמשכיר נאמן ולא מהימן השוכר אפי' במיגו, ובע"כ משום דחשיב לה כמיגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים, ואע"ג דהשוכר נקיט שטרא והיכי דאיכא שטרא דמסייע לי' אמרינן מיגו להוציא וכדמוכח מהך דסיטראי וכמ"ש הש"ך בכללי מיגו סעיף י"א, י"ל משום דהשטר דהתם אין בו ממש לטובת הלוה כיון דלאו לטובתו נכתב אלא בשביל שלא יחזיק וכמבואר בש"ס התם, וכיון דהשטר לא מסייע לטובת השוכר שוב הו"ל מיגו להוציא, ואין להקשות על רש"י גופא מנ"ל דהתם מיירי שהשוכר טוען דדר שלש ואית לי' מיגו ואפ"ה אינו נאמן, ודלמא התם מיירי שלא אכלה שלש דלית ליה מיגו ומשו"ה נאמן המשכיר אבל היכי דאית לי' מיגו איה"נ דנאמן השוכר וכפי הראשונים שהביא הש"ך, די"ל דסוגיית הש"ס דחקה לרש"י לפרש כן, דהנה בש"ס פריך התם אמאי לא מהימן השוכר הא אית לי' שטר ופריך אלא מעתה אוזפיה כו' ומשני דשטרא נכתב רק בכדי שלא יחזיק ולא לטובת השוכר ע"ש בסוגיא, והקשה השמ"ק דלמה לו למשכיר האי טעמא דשטרא נכתב בכדי שלא תחזיק, תיפוק לי' דבלא"ה אין השוכר נאמן להוציא דקרקע בחזקת בעלים עומדת ועל השוכר להביא ראיה שיש לו לדור עוד בתוכה ע"ש, וקושיא החזקה הזאת דחקתו לרש"י לפרש דבדאכלה שלש מיירי, דבאמת אם השוכר לא היה דר בתוכה שלש שני חזקה לא היינו צריכים לטעמא דביטול השטר, ובלא"ה היה המשכיר מהימן משום דקרקע בחזקת בעלי' עומדת והשוכר שבא להוציא עליו להביא ראיה, ובע"כ דהתם מיירי שהשוכר אכלה שלש שנים דיש לו מיגו וגם מסייע לו השטר והו"ל להימני' על

טענתו, ורק משום דהשטר נתבטל הוא דאינו נאמן, דבלא שטר דמסייע לו אינו נאמן אפי' במיגו משום דהוה מיגו להוציא מחזקת בעלי', והרי לפנינו דעת רש"י החולק וסובר דבנידון דהכא דאין לו שטר לא מהימן אפי' במיגו, ופירושו מוכרח גם מש"ס כמו שביארתי, אכן באשר לא ניחא לומר דרש"י יפלוג עם כל הראשונים דסברי דבכה"ג שהמחזיק מוחזק בקרקע וכבר אכלה שלש שנים לא מיקרי זה להוציא אלא להחזיק וכמ"ש הש"ך כאן דכיון שיושב בקרקע שלש שנים הרי הוא מוחזק כמו במטלטלין ולא מיקרי תו מיגו להוציא, וגם ש"ס ערוך הוא (ב"מ דק"י) מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דמלוה מהימן במיגו דבעי אמר לקוחה, הרי להדיא דמלוה מהימן במיגו להוציא הקרקע מחזקת בעלים הראשונים ואע"ג דהתם ליכא שטרא וכדאמר התם, אע"כ דכיון שהמלוה מוחזק בה השתא לא מיקרי זה מיגו להוציא. ובתוס' שם בד"ה א"ל כתבו דאם הבעלים רוצים להוציא את הקרקע מיקרי הם מוציאים לענין שאין מאמינים להם במיגו, הרי להדיא דהמוחזק לא נקרא מוציא, ונהפוך הוא דהבעלים הראשונים מיקרו מוציאים, ובודאי דלא פליג רש"י על כל זה וגם מה שכתבתו דלרש"י היה הכרח מן הש"ס דאפי' באכלה שלש דאית ליה מיגו נמי אינו נאמן משום דאלת"ה יקשה קושית השמ"ק וכמ"ש, גם הכרח זה אינו, דקושית השמ"ק ליתא מעיקרא, דהא בע"כ מוכרח המשכיר לטענא דביטול השטר, דאל"ה לא היה מועיל כלל לומר דליהימני' למשכיר משום דקרקע בחזקת בעלים, דע"כ לא אמרינן כזה כ"א במקום שאין שטרא דמסייע, דאז אמרינן דקרקע בחזקת בעלים עומדת ומספיקא לא מפקינן מחזקת בעלים, אבל אי איכא שטרא דמסייע לשוכר ודאי דלא מהימן המשכיר לאורועי השטר והשוכר מהימן אפי' בלא מיגו, והגע עצמך אם אוזפי' מאה זוז בשטרא ואמר לו פרעתיך פלגא דודאי הלוה מוחזק במעותיו, ואפ"ה המלוה מוציא ממנו. דבכה"ג דאיכא שטרא לא מהני מעלת החזקת ממון לאורועי השטר, ולס"ד דש"ס דהשטר נכתב התם גם לטובת השוכר וא"כ השוכר מוציא עליו שטר הכתוב בתוכו שחייב המשכיר לתת לו דירה על עשר שנים והמשכיר שטוען שפרע מחיובו חמש שנים, מרעי בזה לשטר שביד השוכר, ומה מהני בכה"ג חזקת בעלים, והיינו מה דפריך הש"ס אלא מעתה אוזפי' ק' זוזי וכו' והוצרך לשנויי דשטר הזה נכתב שלא תחזק ולא לטובת השוכר, ולהכי המשכיר מהימן מטעם דקרקע בחזקת בעלים, אבל בלא האי טעמא לא הי' מועיל טעם דקרקע בחזקת בעלים וזה ברור, ולכן נ"ל דמ"ש רש"י דגם באכלה שלש נמי לא מהימן השוכר דמיירי התם שיש עדי שכירות דידעי שבשכירות ירד לתוכה ורק שכחו את הזמן מאימתי מתחיל זמן השכירות, ובכה"ג ליכא תו מיגו וכמ"ש הנמוק"י שם דמיירי בהכי, אבל באם אית לי'

מיגו ודאי דמהימן השוכר אפי' לרש"י, דלא הוה כלל מיגו להוציא, ואין לתמוה דאכתי מה דחקו לרש"י דמיירי באכלה שלש, שבזה יהא מוכרח לאוקמי דביש עדי שכירות מיירי, ולא ניחא לו לאוקמי דבלא אכלה שלש דלית לו מיגו בלא"ה, דלשיטת רש"י מוכרחים להעמידה ביש עדי שכירות, ובמה שכתב רש"י דמיירי שאכלה שלש שנים, נתכוון לתרץ בזה קושיא אחרת שהקשה השמ"ק על פרש"י ושהיא גם קושית התוס' שם, דלפרש"י דהמשכיר עשה את השטר לשוכר משום חשש שלא יחזיק, א"כ היכי יהביה האי שטרא לידי השוכר, הא מצי כביש לי' ולומר מינך זבינתה, וביד המשכיר היה לו להמצא השטר, וקושיא זאת באמת גדולה מאוד, ואמנם אי מיירי שיש עדי שכירות משכחת להאי דינא, כגון שהשוכר כבר הקדים לו את השטר וא"כ ירא לטעון לקוחה דשמא יביא המשכיר עדים ששכורה הוא ויהיה כאומר לא לויתי אומר לא פרעתי דמי ואפילו השכירות לא וחזיר כיון דמכחיש העדים, שהוא טוען לקוח והעדים אומרים שהשכירו, וכיון דהאי דינא לא משכחת כ"א ביש עדי שכירות, ממילא מהימן אפי' כשאכלה שלש, דתו לית ליה מיגו, והיינו דדייק רש"י לפרש דמיירי שאכלה שלש שנים, להורות לנו דהסוגיא מיירי בע"כ כשיש עדי שכירות, דאי בלא עדי שכירות הא יש לו מיגו והשוכר מהימן, וכיון דמיירי ביש עדי שכירות לא יקשה שוב קושית התוס', מאי תועלת למשכיר בהאי שטרא כיון דמונח תח"י השוכר ואכתי כביש ליה ויטעון לקוח, דזה אינו, דמתירא לטעון הכי שמא יביא המשכיר עדי השכירות ויפסידו גם כסף השכירות וכנ"ל, וא"כ לפי"ז מוכח מרש"י דסובר דאם אך יש מיגו היה מהימן וכהסכמת כל הראשונים **שבכאן**, ודוקא משום דאיכא עדי שכירות וליכא מיגו קאמר התם בדאכלה שלש ודו"ק כי הדברים נכונים מאוד:

## סימן קנא

סעיף א' **במחבר** חוץ מן הגזלן, הטעם אף שיש עדים שהודה שקיבל המעות יכול לומר אי לאו דאודי הוה ממטי ליה ולאמרי' לשחוור אם לא שהעידו שבפניהם מנה לו המעות וכמבואר בסעיף ג', ועיין בכ"מ (פ"י מהלכות מכירה) ובב"י לקמן (סי' ר"ה) דאם המוכר טוען לא הודיתי כן מעולם אי מדמינן לה לאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי או דלמא כיון שלא קיבל המעות לא מסיק אדעתו שהודה והניח בצ"ע ובשמר המשפט הכריע דהוחזק כפרן ע"ש:

## סימן קנב

סעיף א' **במחבר** ובן בן הגזלן וכו' אבל אם בא בטענת אבי אביו אין לו חזקה, והקשה בשעה"מ מהא דכתב הרמ"א לעיל (סי' קמ"ט סט"ו) גבי הלוקח מכותי דאין לו חזקה

דישראל שני שקנה מישראל שקנה מן הכותי כיון דטוענין ללוקח טוענין לישראל שני שמא ישראל ראשון ראה שטר אצל הכותי או שבפניו לקחה הכותי דאז מהני חזקה, וא"כ מה לי לוקח מן הלוקח ליורש מן היורש דכיון דטוענין ליורש ה"נ נטעון לבן הבן דשמא אי הוה אביו קיים היה טוען בפני מנה לך אבי את המעות דבכה"ג אף בן הגזלן מהימן ע"ש, והנה באמת קושיא כזאת ממש הקשו בתוס' (ב"מ דמ"ז) אהא דאמר רבא פעמים שבן בן הגזלן אין לו חזקה דאתי בטענתא דאבא דאבוהא ואמאי אין לו חזקה הא טוענין ליורש והו"ל למימר דלמא אי הוה אביו קיים דהיינו בן הגזלן הוה טעין אנא הדר זבינתה מינך ותי' בתי' השני דלא טענינן ליורש כה"ג דמלתא דלא שכיחא היא ע"ש, אכן בשמ"ק תי' על קושית תוס' וז"ל דמיירי כגון שלא החזיק בה אביו בן הגזלן שלש שנים הלכך לא הוה חזקה שהחזיק בה אביו שנה או שנתיים כמו דר בה המוריש חד יומא במוריש דעלמא דאילו בעלמא כשדר בה אביו יום אחד סתמא בטענת מקח היה דר בו אבל הכא בטענת אביו שהיה גזלן שהניח לו ולא בטענת עצמו היה יורד בה וגם זה אינו טוען שלקחה לא הוא ולא אביו אלא שבא בטענת הודאת הנגזל לאבי אביו ה"ז חזקה שאין עמה טענה וכו' עכ"ל ע"ש היטב, ומשמע מדבריו דגם בבן הבן אילו היה טוען שלקחה מאביו באמת היו טוענין עבורו דשמא אי הוה אביו קיים היה טוען בפני מנה לך וכו', ורק עיקר החסרון ששום אחד אינו טוען שלקחה, ורק אטענת הגזלן הראשון סמכי משו"ה הוה חזקה שאין עמה טענה, ואין החסרון מצד שאין טוענין, רק מצד שאין בה טענה, ולפ"ז בההיא דסימן קמ"ט, דטענה יש התם, דהא לוקח השני טוען שלקחה מישראל קמא, וכיון דעצם החזקה יש עמה טענה טוענין לו, דגם הכא הוה טענינן עבורו, ורק החסרון הוא מצד שאין עמה טענה, ועוד י"ל דהתם משו"ה טוענין, דכיון שישראל קמא לקח מן הכותי, וחזקה דלא שדי אינש זוזי בכדי לשלם מעות בעד השדה שאח"כ יבואו הבעלים ויטלו ממנו, ומסתמא ראה שטר אצל הכותי אז שבפניו לקחה הכותי, וכיון דאומדנא דמלתא דודאי הכי הוה, משו"ה אף אם לא טעין טענינן עבורו, דחשיב כמלתא דשכיחא, כיון דאומדנא דודאי הכי הוה, משא"כ הכא במוריש שלא שילם מעות בעד השדה ורק ירשה מאביו, אין לנו אומדנא לומר דבודאי הכי הוה שראה שמנה המעות, דלא שייך לומר דאי לאו הכי לא ירשה, וכיון דאין לנו שום הוכחה דעובדא הכי הוה, ומצד עצמה הוה מלתא דלא שכיחא כמ"ש התוס' דהוה מלתא דלא שכיחא משו"ה אין טוענין ודו"ק:

$$(ציור בספר)$$

# הלכות נזקי שכנים

## סימן קנג

סעיף ב' **במחבר** הוציא את הזיז ולא מיחה בעל החצר לאלתר וכו', כתב הסמ"ע וז"ל לאלתר נראה דהאי לאלתר לאו דוקא הוא אלא רוצה לומר לאלתר מכי אתברר ליה הזיקו ושתק ודוקא בלסתום חלונו בפניו אמרינן דלאלתר הוה חזקה, משום דמסתמא נתברר לו הזיקו מיד עכ"ל, ובקצוה"ח הקשה על החילוק שכתב הסמ"ע בין לאלתר דחלון ובין לאלתר דשאר נזיקין, ונסתייע מלשון הרמב"ם (ספי"א מהלכות שכנים) שכתב וז"ל מי שהחזיק בנזק כגון שפתח חלון או פתח או אמת המים וכו' ע"ש, ומדכתב הרמב"ם פתח חלון עם שאר נזיקים משמע דלאלתר דשניהם שווים ע"ש, ואיני מבין מה מקשה על הסמ"ע הא מימרא מפורשת בש"ס הוא, אמר רב נחמן ולסתום לאלתר הוה חזקה שאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק (ב"ב ד"ס), הרי דרב נחמן גופא מחלק בין היזק דסתימת חלון לשארי נזיקין, והוסיף בטעם משום דאין עשוי שסותמין בפניו ושותק,. ודין זה הוזכר ברמב"ם ומחבר לקמן (סי' קנ"ד) ומה שנסתייע מלשון הרמב"ם כגון שפתח חלון או פתח או אמת המים, הרי שהשוה היזק דחלון עם שארי נזיקין, נתחלף לקצוה"ח בזה פתיחת חלון על סתימת חלון, הרמב"ם השוה פתיחת חלון עם שארי נזיקים, וזה באמת שוה באין חילוק ביניהם, אכן הסמ"ע מיירי בסתימת חלון, ובזה הוא מימרא מפורש בש"ס דמחלקינן בזה לבין שארי נזיקין ומטעם דאין עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק ואי קשיא על הסמ"ע הא קשיא לי על לשונו שכתב משום דמסתמא נתברר הזיקו מיד, והא בסתים חלונו בפני הניזק גופא מיירי כדאמר הטעם שאין אדם עשוי שסותמין אורו שבפניו", וכיון שההיזק נעשה לעיניו הרי ודאי ראה וידע, ומה לשון "מסתמא" דכתב, וז"ל הרמ"ה בחדושיו לב"ב אמר רב נחמן ולסתום לאלתר הוה חזקה לפי שאין עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק, ודוקא בפניו כדקאמרינן בהדיא אבל שלא בפניו לא הויא חזקה עד דמתברר דחזייה ושתיק עכ"ל ע"ש וי"ל דהסמ"ע מפרש דהאי בפניו דקאמר בש"ס לא שההיזק נעשה לעיני הניזק, וכגון שהוא עמד בשעה שסתם קאמר, אלא בפניו על הסתימה קאמר, שסותמין האור בפניו שלא יוכל לראות, אבל לא שהניזק עמד בשעת מעשה, ובאמת מוכרח לפרש כן, דהא רב נחמן נראה שרצה לחלק בין היזק דסתימת חלון לשארי נזקין, ואי נימא דהאי בפניו דקאמר הוה פירושו לעיני הניזק, שהוא עמד בשעת מעשה וראה, א"כ בשארי נזקין נמי היכי דהניזק עמד בשעת מעשה וראה ההיזק בעיניו דלאלתר הוה חזקה, דמה דבעינן השיעור כדי שיתברר הנזק, היינו כשלא היה הנזק בשעת מעשה, אבל כל בפניו לאלתר הוה חזקה אפי' בכל

הנזקין, אע"כ דגם בסתימת חלון מיירי שהניזק לא היה בשעת מעשה, ובפניו דקאמר על הסתימה קאי דסתימה הוא בפניו כלומר שלא יהא יכול לראות שוב, ושפיר צדקו דברי הסמ"ע שכתב דמסתמא היזק דסתימת חלון מתברר מיד, וזה ברור ואמת:

**ועיין** בנתיבות ס"ק ג' מ"ש בכוונת הפלוגתא דר' ישמעאל בר"י ור' חיא, ואמנם בחדושי הרמ"ה כתב דהאי מעשה לא מתוקמא אלא בדחזייה חבריה ושתיק, דר' ישמעאל בר"י סובר כיון דפתח לחלון באפי' דחברי' ושתיק לאלתר הוה חזקה ור' חיא סבר דלא הוה חזקה לאלתר אלא כשאר נזיקין ותשמישין דהוה חזקה בשלשים יום מידי דהוה אכשורא כשל למי וה"מ היכי דאתברר דחזייה חברי' ושתיק אבל היכי דלא אתברר דחזייה חברי' ושתיק לא הוה חזקה עד שלש שנים, והוכיח שם דטעמא דר' חיא משום דלא הוה חזקה לאלתר הוא מדאמר רב נחמן עלה ולסתום לאלתר הוה חזקה מכלל דטעמי' דר' חיא בלפתוח משום דלא הוה חזקה לאלתר ע"ש היטב:

סעיף ד' **היה** חזיז רחבו טפח ומשוך כו' ד' טפחים וכו' החזיק בארבע על ארבע. והראב"ד כתב ע"ז וז"ל ואני תמה למה, ואם ויתר לחתור בכותלו חור של טפח יתיר לו לחתור ברוחב ארבע ויתן שם דף שיהא ארבע על ארבע אין אלו אלא דברי נביאות, ואולי נאמר שאם בא להפך משך הזיז שהוא ארבע טפחים לרוחב הכותל ולא יצא לאויר כ"א טפח יכול לעשות ודבר זה הדעת מקבלו לפי שאינו מקבל תשמיש כל כך וממעט במשא הכותל אעפ"י שהוא מרבה בחורים שמכניס בו הזיז עכ"ל והובא בשמ"ק ע"ש:

סעיף ח' **ברמ"א** אבל לא יוכל לומר לבעל הצנור להטותו לרוח אחרת או לשנות בו והוא שיש קפידה לבעל הצנור אבל בלא"ה כופין על מדת סדום, כ"כ הרא"ש (ב"ב פחז"ה) והביאו הטור דהא דאינו יכול לשנותו מרוח לרוח הוא דוקא כשיש קצת טענה לבעל המרזב שאין המים מקלחים יפה כאשר היו עושים אעפ"י שאין לו מזה היזק אבל בלא טענה כופין על מדת סדום רק שיקלחו מימיו, והנה בשער המשפט הקשה מדברי הרא"ש גופא (פ"ק דב"ב) והביאן הטור והרמ"א לקמן (סי קע"ד) דאחים או שותפים שבאו לחלוק את השדה וליטול כל אחד את חלקו, דאם אמר אחד תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהיה סמוך לשדה אחר שלי ויהא הכל שדה אחד דאין שומעין לו אלא צריך להעלות בדמים עד שיתרצה חבירו ואין בזה מדת סדום משום דיש לו זכות בגורל דאם יפול הגורל לזה בין שתי השדות הרשות בידו שלא יחליף עמו אם לא בדמים יקרים משו"ה יפילו גורל אולי יגיע לידי איזה זכות ע"ש, וא"כ ה"נ אמאי לא יכול לומר לו לא אתן לך זכותי שיש במרזב הזה אם לא שתתן לי מעות ולמה הוה מדת סדום ע"ש ובמחילה מכ"ת לא עיין לא בש"ס ולא ברא"ש גופא במקור הדין בשעה שכתב זה, דהא

זה מפורש בש"ס וגם ברא"ש דהיכי שאין שום טענה וקפידה לחלק כך או כך כופין על מדת סדום לכו"ע, דהכי הוא הצעת הסוגיא בב"ב (די"ב ע"ב) ההוא דזבן ארעא אמצרא דבי נשיא כי קא מפלגי אמר הבו לי אחצראי אמר רבה כגון זו כופין על מדת סדום מתקיף לה רב יוסף מצית אמרי מעלינן לך כנכסי דבי בר מריון חדא אהאי ניגרא וחדא אהאי ניגרא אמר רבה כגון זה ודאי כופין על מדת סדום מתקיף לה רב יוסף זמנין דהאי מדויל והאי לא מדויל, תרווייהו אחד ניגרא אמר רב יוסף בזו מודינא דכופין על מדת סדום, הרי לנו בש"ס שלש חלוקות בדין זה בתביעה הראשונה דחד מצרא פריך רב יוסף על רבה דסובר מדת סדום מטעם דמצו אמרי מעלינן לך כנכסי דבי בר מריון, ובתביעה השניה, לחלוק שדה כנגד שדה, לא פריך תו מטעם זה, כ"א משום שמצא קפידה לצד המעכב, דזימנין דהאי מידויל והאי לא מידויל ובתביעה השלישית דתרווייהו אחד נגרא הודה גם רב יוסף דכופין על מדת סדום, ובביאור הנ"מ שבין העובדות הללו נאמרו כמה שיטות, שיטת רש"י ורשב"ם דעובדא הראשונה מיירי דוקא בשדה הבעל ופעמים שזו מתברכת וזו אינה מתברכת, כי לפעמים הגשמים יורדים על שדה זו יותר מעל זו, ומשו"ה הוה שפיר קפידה דמצי אמר לו מעלינן לן, משא"כ בעובדא השניה דחדא אהאי נגרא וכו' דשדה בא השלחין הוא שמשקין אותה מנהר, לא שייך קפידא זאת, ולכן הוכרח רב יוסף למצוא קפידה אחרת דזימנין דהאי מידויל וכו', ובחלוקה השלישית שגם קפידא זו ליתא הודה רב יוסף דכיון דליכא שוה קפידא ודאי דכופין על מדת סדום, ושיטת ר"ת בתוס' והראב"ד והרשב"א והרא"ש כולם בחדא שיטתא קיימא ליישב השינוי שבדברי רב יוסף בהנה שלש חלוקות באופן אחר, ומפני שלשון ר"ת בתוס' קצר והרא"ש הרחיב ביאורו נעתיק לדברי הרא"ש וז"ל ופירש ר"ת דמעלינן לי' אנכסי דבי בר מריון כלומר בני מריון היו עשירים ולא היו מוכרים קרקעותיהן כ"א בדמים יקרים כך לא ניתן זכות שיש לנו באותה שדה אם לא בדמים יקרים ואין בזה משום מדת סדום שהרי יש לנו זכות בגורל זה שאם יפול לנו הגורל בין שתי שדות הרשות בידנו שלא נחליף עמך אם לא בדמים יקרים גם עתה נמי אין כאן מדת סדום אם אין אנו מבטלים חלקנו בשבילך, ורבה סבר לי' דכופין על מדת סדום ואין יכולים לעלות אותה שדה לפי שהיום או מחר אם נבוא למכרה תקחנה ביוקר או תחליף בשלנו בעילוי דמים דכיון שאין חלק זה שוה יותר משאר חלקים אלא מחמת מצרנותו של זה אין להם להעלותה מטעם זה דמדת סדום הוא והלכתא כרב יוסף עכ"ל, ובחלוקה השניה דחדא אהאי ניגרא לא שייך טעם דמעלינן ליה כיון שאין לאחד מהם שדה על המצר, ולאו משום טובה דליהוי אחד מצרא מבקש, ולכן הוצרך רב יוסף לטעם אחר דזימנין דהאי מידויל וכו', כן

כתב הרא"ש להדיא ע"ש, ולפ"ז עיקר חלוקם דטענה דמעלינן לי' כנכסי דבי בר מריון לא שייך אלא היכי שחבירו חפץ בשדה זו כי היכי דליהוי לי' אחד מצרא, ביאור הדברים דהיכי שזה רוצה להעלות לו על הדמים במקום שקפידת חבירו בא ע"י טענה כזו שרוב בני אדם דרכם לשלם דמים בשביל הנאה זאת, אז מצי הלה לומר כיון שבאמת שוה לפניך יותר בשביל הנאה הזאת, לא נרצה לתת לך הנאה הזאת בחנם בלא דמים, כמו שלאחר החלוקה אם הגיע לנו השדה בין השדות היינו יכולים ליקח ממך הרבה דמים עבורה, כן גם עתה לא ניתן לך זכות הגורל בחנם, אבל במקום שאין לחבירו שדה על המצר, ורק רוצה בשדה הזאת בלי טעם וטענה, ולא הוא בעצמו ולא רוב בני האדם היו משלמים ממון בשביל הנאה הזאת, וכיון שאין הנאה כזאת שוה מעות לרוב בני אדם, לא יכול הלה להעלות לו בלא טענה וטעם רק כאילו בא להפסיד לחבירו שלא יקבל מה שירצה וזהו מדת סדום, ועיין במהרש"א שם ותבין את דבריי, והסבר הזה למדתי להבין מלשון הרשב"א המובא בשמ"ק שם שכתב כעין תירוץ הר"ת רק ביתר ביאור קצת וז"ל רב יוסף סבר שאין זה מדת סדום אלא אדרבה דבר שרוב בני אדם מקפידים בו הרבה, והרבה מתעלה חלק על המצר מי שצריך לו ויקפוץ עליו כל מי שצריך למוכרו ולא עוד אלא שיתייקר בו המצרן יותר מכדי דמיהן כדי לצרפו עם שדותיו ודרכן של בני אדם כך הוא ולפיכך יכולים לומר לו מעלינן לך כנכסי ובי בר מריון כלומר עילוי רב כנכסים המשובחים ביותר דלדידן שוה לו שמא יפול בחלקנו ותתייקר בחליפין ואין זו מדת סדום ותדע שהרי בטענה מועטת של שמא הן יכולים לבוא כדאמר רב יוסף בחדא אהאי ניגרא וחדא אהאי דא"ל זימנין דהאי מידויל והאי לא מידויל כ"ש בטענה זו דישתכרו הרבה אם חלק זה יגיע לחלקם עכ"ל, הרי להדיא כדברנו למדקדק בזה היטב, ואחרי כל הדברים הללו ליתא לקושית השעה"מ, לא מיבעי לשיטת רש"י ורשב"ם דהא דסובר רב יוסף דאין זה מדת סדום בתובעו אחד מצרא, דהיינו דוקא בשדה הבעל דוקא דהקפידה גלוי ונכרת לכל, פשיטא דבחרוב שרוצה לשנותו ממקום למקום דלא שייך זה הוה זה מדת סכיה גם לרב יוסף, ואפי' לשיטת הר"ת וסייעתו נמי טענה הזאת נה שייך כ"א בבר מצר אבל בטענה אחריתא לא אמרינן הכי, ויהיה איך שיהיה הביאור בכוונת הש"ס עכ"פ זה מפורש בש"ס דיש חילוק בין הך דין דשותפין ואחים שרוצים לחלוק אחד מצרא דמבואר לקמן (סי' קע"ד) דזה לא הוה מדת סדום ודאי לרב יוסף דקיי"ל כוותי' ועדיף עוד מחד ארעא דאית בה קפידה דזימנין דמידויל וכו', וכלשון הרשב"א דטענה זאת מועטת מטענת אחד מצרא, לבין הך דין דתרווייהו אחד נגרא דמודה בה גם רב יוסף דהוה מדת סדום והאי דינא דמרוב דקיימינן הכא דמיא

ממש לתרווייהו אחד נגרא, דכמו התם כן הכא ליכא שום טעם וטענה להקפיד וא"כ היכי מדמה השער המשפט ההיא דשותפין אחד מצרא דהוה טענה היותר טובה להאי דינא דמרזב שאין בה שום טענה כלל ומדת סדום הוא לכו"ע, ובזה מיושב נמי קושית הנתיבות (סי' קנ"ד אות ו') ע"ש וזה ברור ואמת בעזה"י:

סעיף ט"ז **ברמ"א** ובחזקת סולם ונעיצת קורות י"א דבעינן חזקת שלש שנים וטענה ויש חולקין כו', מחלוקת הזאת הובא בטור וז"ל פי' רשב"ם שלחזקה כזאת א"צ שלש שנים אלא בדבר שיש בו חסרון קרקע כגון פתיחת חלונות ומרזב ומזחילה שהם תשמישים הקבועים ורגילים לכתוב עלי' שטר אבל תשמיש קטן כזה אין רגילים לכתוב שטר עליו הלכך לאלתר הוה חזקה אבל טענה צריך, והגאונים פי' דאפי' הוצאת זיז ומרזב ומזחילה והעמדת סולם נמי א"צ חזקה שלש שנים שהטעם הוא משום מחילה וכיון שרואה אותו משתמש בשלו ושותק לאלתר הוה חזקה אפילו בלא טענה וכ"כ רמב"ן ז"ל ע"ש, והקצוה"ח הקשה איך אפשר לומר דטענה לא בעי נהי דשתיקה הוה מחילה אבל במה קנאו להיות שלו לתשמיש זה ולמה אינו יכול לחזור כיון דליכא קנין ע"ש שנדחק בזה, ונראה דלק"מ, דבכל הנהו נזקין יש שני דברים א') שמזיק לבעל החצר בתשמיש זה, כגון בהוצאת זיז מזיקו בהיזק ראיה, ובמרזב מזיקו בהורדת השופכין לחצירו, וכן בכולמו מזיק בתשמיש זה לבעל החצר, ב) שקונה בגוף החצר כשיעור הנצרך לקיום הזיז והמרזב באופן שבעל החצר אסור לבנות שוב במקום הזה ולסתור הזיז והמרזב, ולכן בפשיטות יתפרש דמה שכתבו דלא בעינן טענה, היינו לענין גוף ההיזק לענין שבעל החצר לא יכול להסיר הזיז והמרזב כל זמן שאין צריך לבנות במקום הזה, ורק שלא ירצה לסבול את ההיזק, בזה ודאי דלא בעינן טענה, דלכל היזק מועיל מחילה ואף שודאי שבעל הזיז לא קנה בחצירו כלום, אבל מה צורך לקנין בזה לענין זה סגי מחילה, אבל אם בעל החצר רוצה לבנות במקום הזה ודאי דבלא טענה לא מצי בעל הזיז לעכב עליו כיון דלא קנה בחצירו כלום במחילה לבד בלא קנין, ולא יקשה ע"ז ממ"ש המחבר לעיל סעיף ג' אם היה בזיז טפח החזיק באויר החצר כנגדו ואם רצה בעל החצר לבנות תחת הזיז ולבטל תשמישו בעל הזיז מעכב עליו, והא המחבר סובר דלאלתר הוה חזקה ואפ"ה סובר דקנה בגוף החצר שאין בעל החצר יכול לבנות, די"ל דהתם מיירי כשהיה טענה. אבל בלא טענה לית מאן דסובר דיכול למנוע לבעל החצר לבנות, דודאי לא קנה בלא קנין, וכ"כ להדיא בשמ"ק (ב"ב דנ"ח) וז"ל אמרו הגאונים חזקתו שלש שנים ומדבריהם אין לו חזקה אלא בטענה ונראין דבריהם מהא דתנן החלונות בין מלמעלו כו' ארבע אמות ואילו היה נקנה חלונות בחזקת מחילה לא היינו מונעים ממנו מלבנות

בחצירו בכל מקום שירצה שאם מחל לו את נזקו לא הקנה לו ארבע אמות בחצירו וכיון שמצאנו רמז בחלונות שיש בהם טענה יש לנו לומר שאין שום חלון מוחזק בלא טענה ואת"ל שיהא לו חזקה בלא טענה איך מונעים ממנו מלבנות כנגדו וכו' וכלל שכל חזקה שאין עמה טענה כחלון וכיו"ב אין מונעים ברשותו של זה מלבנות בתוך שלו עכ"ל, הרי להדיא שהשמ"ק הביא דברי הגאונים ובעלי מחלוקתם שהביא הטור ופי' דאותן שאומרים דלא בעי טענה סוברים דרק לענין ההיזק מועיל המחילה אבל אין מונעים לבעל החצר לבנות נגדו משום שבגוף החצר באמת לא קנה, ועיין בחדושנו לקמן (סי' קנ"ה) סעיף ל"ה מה שכתבנו בישוב דברי הקצוה"ח וזה ברור:

סעיף י"ז **במחבר** היתה הסוכה סוכת ארעי וכו', עיין מה שכתבנו מזה בחדושנו לקמן (סי' קנ"ה סעיף ל"ה):

**שם** במחבר ואם חיבר ראש הכותל בטיט מיד החזיק והוא שיביא ראיה שראובן סייע עמו או ראה ולא מיחה והקשו האחרונים דהא לקמן (ס"ס קנ"ה) כתב המחבר דאם טען הניזק לא ידעתי או מחיתי על הניזק להביא ראיה, ובהשקפה ראשונה אמרתי דאין בזה שום סתירה, דהתם שהניזק מכחיש ואומר שלא ידע מעיקר ההיזק, היינו שלא ראה כלל שזה עושה ברשותו דבר כזה שיזיק לו, בזה ודאי דאינו נאמן בלא ראיה, דמסתמא כל אחד יודע מה שברשותו, ודבר רחוק הוא שלא ראה מה שהשני עושה ברשותו, משא"כ הכא דבעיקר הפעולה אינו מכחיש וגם הניזק אומר שראה שחבירו עושה קורה לסוכה בתוך ביתו, ורק שלא ראה שחיברו בטיט, וזה יוכל היות אמנם שבאמת כן הוא דלא ידע איך נעץ הקורה אם חיברה או לא חיברה, ובכה"ג על המזיק להביא ראיה שידע נמי שחברה בטיט ופשוט, ושוב ראיתי שכבר קדמוני הכנה"ג הובא בקצוה"ח כאן ודו"ק:

## סימן קנד

סעיף ג' **ברמ"א** ואם באו שניהם לפתוח בבת אחת פתח נגד פתח או חלון נגד חלון אם אחד מהם אינו חסר והשני נהנה כופין על מדת סדום, עיין בנתיבות שהקשה דמאי שנא מחלוקת חצר דלקמן (סי' קע"ד) באם אחד רוצה שיתן לו חלקו על מצר שלו דסובר הרא"ש דאין זה מדת סדום אם ירצה להעלות לו בדמים ומשום דיכול לומר לא אתן לך זכותי שיש לי כ"א בדמים מרובים, א"כ ה"נ למה לא יכול לומר כן ע"ש, ולמה שכתבנו בחדושינו לעיל בסימן הקודם דדוקא בבר מצר הוא דאמרי' כן ומטעמא דכתבתי שם, אבל בשארי דברים גם הרא"ש סובר דזה לא חשיב קפידה וכופין על מדת סדום ע"ש:

**שם** ברמ"א וי"א בחלון נגד חלון מהני, ועיין בסמ"ע סק"י שכתב דטעם פלוגתתם, דמ"ד דגם בחלון נגד חלון לא מהני חזקה היינו משום דסובר דיש איסור ע"ז, ומ"ד דמהני

חזקה משום דסובר דהאיסור בקפידה תליא, ומשו"ה בחלון נגד חלון דלא רגילי להקפיד כל כך מהני בהו חזקה ונ"מ יש ביניהם אפי' בפתח נגד פתח דלמ"ד משום איסור לא מהני נמי מחילה גמורה או שטר וקנין, ולמ"ד משום קפידה, דוקא חזקה לא מהני בפתח נגד פתח, אבל מחילה גמורה או שטר וקנין מהני אפי' בפתח נגד פתח ע"ש היטב, ותמה אנכי על מאור עינינו הסמ"ע ז"ל איך פלטה קולמסו דבר כזה, דמקור הדין הוא הרמ"ה שהטור הביא זה משמו, ושם מפורש דלא כהסמ"ע לא בטעם הדבר דחלון נגד חלון מהני' ולא בדין דפתח נגד פתח. דמה שכתב דטעמו של הרמ"ה הוא משום דסובר דהאיסור בקפידה תליא ואם רוצה רשאי למחול, מפורש הוא ברמ"ה דיש איסור בזה ואין רשאי למחול אפי' בששניהם רוצים, אלא דטעמו דבחלון נגד חלון שרי הוא מטעם אחר כמבואר בדבריו שנעתיק בזה ועוד שאפי' אם ברמ"ה לא היה כתוב כן, לא אדע איך אפשר לומר דהאיסור בקפידה תלוי ומהני מחילה, הא בש"ס גופא משמע להדיא דמחילה לא מהני, דקאמר התם וירא את ישראל שוכן לשבטיו מה ראה ראה שאין פתחיהן מכוונים זה לזה אמר ראוים הללו שתשרה עליהן שכינה, ומשמע דאילו מצא שפתחיהם מכוונים לא היו ראוים לשכינה ואי ס"ד דמהני מחילה כי מכווני נמי אמאי אין ראוים דלמא ממחל הוא דמחלי אהדדי, ואדרבה דמאן דמוותר ומוחל על הזיקו עדיף טפי, אע"כ דהוה דבר איסור דאין ניתר גם במחילה, מיהו יש לדחות קצת דמשו"ה קאמר רק השתא כשראה שאין מכוונים, דהשתא היה בטוח בחסידותם וראוים ודאי לשכינה, משא"כ אם היה מוצא פתחיהן מכוונים ואף שיש ספק שמא מחלי אהדדי, מ"מ מספק לא היו יכולים לומר שראוים דשמא בגזילה עשו כן ואמנם אף שהראיה אפשר לדחות מ"מ הרמ"ה כתב להדיא דאיסור הוא ולא מהני מחילה, וגם מ"ש הסמ"ע דלמ"ד זה דבחלון נגד חלון מהני חזקה סוכר נמי דבפתח נגד פתח מהני מיהא קנין או מחילה גמורה, גם זה אינו, דהא הרמ"ה הוא מרא דהאי דינא דסובר דבחלון נגד חלון מהני חזקה, והוא כתב להדיא דבפתח נגד פתח לא מהני אפי' מחילה גמורה וגם קנין, ובכדי לאמת דברנו נעתיק בזה כל לשון הרמ"ה וז"ל מה ראה, ראה שאין פתחיהן מכוונים אמר ראוים שתשרה עליהם שכינה מיהא שמעינן דבהא איסורא נמי איכא משום צניעותא דנשי, ואע"ג דאחזיק נמי לא מהניא בו חזקה וכו' אלא משום דלאו מידי דמשתריא במחילה הוא ודוקא בפתח נגד פתח דלא סגיא דלא מסתכל וכו', אבל גבי חלון דאפשר לאשתמושי ולא לסתכל ברשותא דחבריה אע"ג דלכתחלה יכול למחות אי אחזיק קיימא ליה חזקה ואע"ג דכי מייתינן לקרא דוירא את ישראל אמתניתין דלא יפתח קא מייתינן דמיירי בין לפתח נגד פתח בין בחלון כנגד חלון אלמא תרווייהו חד

טעמא וחד דינא נינהו ה"מ לכתחלה דומיא דמתני' דמייתינן לה עלויה דמירי לכתחלה אבל לענין חזקה הא כדאיתא והא כדאיתא וכי תימא כיון דמידי דאית בו איסורא ולא משתריא במחילה כי מתרצי תרווייהו בהכי נמי אנן היכי שבקינן להו, שאני התם דהרחקה יתירה הוא משום דלא אפשר להו להשתמש תרווייהו בההוא דוכתא דמטי ליה היזק ראיה דרך צניעות מיהו כיון דאפשר דמסלק כל חד מינייהו תשמישיה מהאי דוכתא בעידנא דמשתמש בו חבריה ואניס נפשיה דלא לאהדורי אפי' לההוא דוכתא דמטי לי היזק ראיה וכו' ליכא מדינא לעכובי עלייהו דיכלי למימר אנן מזדהרינן בנפשין דלא לאשתמושי אלא דרך צניעות, ועוד דלאו כל הרחקה יתירה כייפי עלה בי דינא אלא מידי דברירא מילתי' דאתי בה לידי הרגל עבירה עכ"ל, והרי דברים מפורשים חזינן הכא דטעם הוא משום איסור, וגם בחלון נגד חלון הוה משום איסורא, אלא דחז"ל לא היה ביכולתם לבטל המחילה מספק כיון דאפשר לדחוק עצמן שלא יסתכלו, מימר אמרי אנן לא נסתכל, ומספיקא אי אפשר לבטל המחילה ובפתח נגד פתח דלא סגי שלא להסתכל לא מהני מחילה, דהא הוא הקשה גם על חלון נגד חלון למה מהני מחילתם כיון דיש איסור היכי שבקינן להו אנן, אלא דניחא ליה משום דבזה אפשר לדחוק ולא להסתכל אבל בפתח דלא סגיא שלא להסתכל ודאי שאפי' נתרצו שניהם ועשו קנין ומחילה גמורה לא שבקינן להו אנן כיון דהאיסור ודאי וזה ברור, וברור אצלי שהסמ"ע כתב כן רק מפני שלא ראה ברמ"ה גופא, ולא ראה כ"א בלשון הטור שהביאו אבל אם היה רואה לשון הרמ"ה גופא כלשונו שהעתקתי לא הי' כתוב כזה ודו"ק:

סעיף ה' **ברמ"א** אבל היו לו שני פתחים של שני שני אמות לא יוכל לעשות פתח אחד של ארבע אמות, ובט"ז חולק ע"ז דבכה"ג ליכא איסורא והוכיח כן דאי גם בכה"ג יש איסור, א"כ במקום דקאמר בש"ס דפתח אחד של שמונה אמות לא יעשנה שתים בני ארבעה משום דא"ל בחד פתחא מצינא לאצטנועי מינך, למה לא קאמר רבותא יותר דמשני פתחים בני שתים לא יעשה אחת בת ארבע אע"ג דיש בזה תרתי לטיבותא, חדא דביש לו שתי פתחים שקל תמניא בחצר, ארבע לכל פתת ועכשיו לא שקל אלא ארבע, ועוד דבשני פתחים לא הוה מצי לאצטנועי כמו עכשיו בחד פתח, אלא ודאי דבזה שרי באמת דאין לו שום היזק ע"ש, ותמה אנכי על דבריו במה שכתב דאין בזה שום היזק, הא להדיא בש"ס דמפתח קטן לגדול יש היזק, משום דמצי אמר בפתחא זוטי מצינא לאצטנועי מינך ולא בפתחא רבה, וכיון דאיכא היזק אע"ג דבצד האחר יש לו נמי טובות כשיעשנה פתח אחד משתי הקטנות וכמ"ש הט"ז דירוויח בחצר שלא יתן אלא ארבע, וגם בשתי פתחים קשה יותר לאצטנועי מבפתח אחד, מ"מ כיון שגם מפתח קטן לגדול

איכא היזק מצי לומר לדידי ניחא יותר פתחים קטנים אף שיהיו שתים מפתח אחד שיהיה גדול, דלדידי שוה וכדאי יותר לסבול ההיזק מהארבע אמות היתרים וגם ההיזק השני, רק בכדי שלא לסבול ההיזק מפתח גדול, ובזה ניחא מה שהקשה גם הש"ך ע"ז דאין נמצא זה הדין בש"ס שלנו, וכתב דהב"י טעה בזה ע"ש בס"ק ט', והא למה שכתבתי איתא להדיא בש"ס קפידת ההיזק מפתח קטן לגדול, וממילא דנשמע מינה שגם משני פתחים בני שתים אסור לשנות ולעשות פתח אחד בת ארבע, דאע"ג דבזה יש תרתי לטיבותא אפ"ה מצי לומר לדידי ניחא יותר להפסיד את שני הטיבותות הללו רק שלא לסבול ההיזק שמקטן לגדול, וגם קושית הט"ז למה לא קאמר הש"ס הרבותא דמשני פתחים קטנים לא יעשה אחד גדול, נמי אתי שפיר, דהא זה כבר ידעינן מאידך דרמי בר חמא דאמר התם מקמי' דמפתח קטן לגדול אסור לשנות משום דמפתח קטן נקל יותר לאצטנועי וכיון שידעינן שיש קפידה בזה ממילא נדע מעצמנו שגם משני פתחים קטנים לא יעשה אחד גדול, דמה מועיל שיש בזה תרתי לטיבותא כיון דסוף סוף גם בצד האחר יש היזק מצי הלה לומר לדידי ניחא יותר להפסיד הטיבותות הללו אף שתרתי הם, בכדי שלא לסבול ההיזק שיש בין קטן לגדול, ולא הוצרך הש"ס לאשמועינן כי דבר פשוט הוא שילפינן מאידך דרמי בר חמא, דכבר ידעינן הקפידה שבין קטן לגדול, ולכן באידך דרמי בר חמא אשמועינן דין אחר, והוא הקפידה שבין אחד לשנים ודו"ק היטב כי הדברים ברורים לענ"ד להצדיק את דברי הב"י והסמ"ע:

סעיף ו' **במחבר** מי שבא לפתוח חלון לחצר חבירו וכו' בעל החצר מעכב עליו וכו' ואעפ"י שהוא גבוה תעלה בסולם ותראה והקשו הרמב"ן והרמ"ה מ"ש גבי חלון דיכיל למחות מטעם דמותבת שרשיפא וחזית ומ"ש לגבי כותל חצר דאין מחייבין אותו לבנות יותר יותר מד' אמות ולא חיישינן דלמא מותיב שרשיפא, ובקצוה"ח אמנם כתב חילוק יפה דרק לענין למחות לכתחלה הוא דהוה קפידה, דאפי' בקפידה משהו מצי לעכב דלא הוה תו מדת סדום, אבל לחייב בבנין בעינן היזק גמור ע"ש, ואפ"ה הוצרך לן נמי לטעם הרמב"ן, דהרמב"ן הכי קשיא לי' למה לא מיקרי זה היזק גמור דלא לחייב לבנותו נמי, ומאן מפיס דההיזק הוא קטן כל כך עד שאין בו כ"א לדחות המדת סדום אבל לא לחייבו בבנין, והא כיון דיצא מזה היזק ראיה, ובהיזק ראיה מחויב נמי לבנות בכדי להסיר ההיזק, וגם הרמב"ן ידע שיש לחלק כהקצוה"ח דאינו חשוב היזק כ"א לדחות המדת סדום, אלא דזה גופא קא קשיא לו למה ומ"ט לא חשוב היזק לחייבו בבנין נמי ולזה הוצרך לחלוקו נמי דלא עבידי אינשי לאותבי שרשיפא בחצר, ואמנם גם בתירוץ הרמב"ן לחוד נמי לא סגי לן, דלתי' הרמב"ן א"כ בכותל שבחצר יכול לעשות

חלון למעלה מארבע אמות וכ"כ הנתיבות באמת, אבל כל הפוסקים לא הזכירו חידוש זה, ולזה הוצרך לן נמי לשני התירוצים של הרמ"ה, בתירוץ האחד כתב דגבי חצר כיון דעד השתא היה יכול לראות גם שלא בכוונה כיון שאין כותל מפסיק ביניהם, והיזק כזה מחייבינן אותו לבנות ולהסירו, אבל כי בני כותל ארבע אמות לא יוכל לראות שלא בכוונה, וליחוש דלמא מותיב שרשיפא ויכוון להזיקו, לזה לא נוכל לחייבו, דאי נחייבו גם שלא יוכל להזיק בכוונה א"כ אין לדבר סוף. דאי נמי עבדי כותל עשרים אמה ויותר איכא למיחש דלמא יעמיד הולם גבוה עשרים וקאים וחזי לי', אלא ודאי דלא מחייבינן לבנות רק להסיר ההיזק שיוכל להזיקו גם שלא בכוונה, וכל זה הוא לגבי חצר דעד השתא היה פרוץ לגמרי, אבל לגבי חלון כיון דעד השתא לא הוה מצי חזי ליה כלל כי בעי השתא למפתח חלון דמצי חזי לי' מיני' אפי' למעלה מעשרים אמה מצי כפי לי', ולפ"ז בכותל שבחצר נמי אין יכול לעשות חלון למעלה מארבע אמות, כיון דעד השתא היה כותל בלא חלון ולא מצי חזי לו כלל, מחויב השתא, נמי שלא להזיקו כלל ואפי' למעלה מעשרים נמי, דדוקא על בנין הכותל גופא לא מח יבינן לבנות יותר מארבע אמות משום דעד השתא היה פרוץ לגמרי, אבל בחלון פשיטא שאפי' בכותל שבחצר אינו רשאי ואפי' גבוה מארבע אמות ודלא כהנתיבות, והנה גם בתירוץ זה נמי אכתי לא סגיא, דהא תינח כשבא לבנות כותל חדש שעד השתא לא היה שום כותל, אבל אם בא לבנות כותל שנפל ראוי לחייבו גם גבוה מארבע אמות לפי"ז, כיון דגם עד עתה היה גדור ובאמת הא קיי"ל דאפילו בכותל שנפל והיה גבוה טובא אין מחייבין יותר מארבע אמות, ולזה בע"כ דהעיקר כהתי' ראשון שכתב הרמ"ה וז"ל דשאני חלון דיכול לראות מיני' לבעל החצר ובעל החצר לא מצי לראותו כי היכי דידע לאצטנועי מיני', ואילו גבי חצר כי מוטיב שרשיפא וחזי לי' לחברי' יכול חבירו לראות אותו ג"כ ולאצטנועי מיני' ודו"ק:

סעיף י' **במחבר** היתה חלון קטנה כו' בעל החצר יכול לבנות כנגדה וכו', ובקצוה"ח הביא בשם הרמב"ן בחדושיו דדוקא כנגדו יכול לבנות, דלענין שלא יאפיל הוא דאין לו חזקה, אבל מלמעלה שלא יציץ ויראה ומלמטה שלא יעמוד ויראה יש לו שאם אתה מתיר לו היזק ראייתו אתה מצריכו לסותמו ולא הא אלא בבאין שניהם בבת אחת לבנות אינו בדין שנתיר לזה היזק ראיה שגיריה הוא ובקצוה"ח השיג עליו והעלה דהעיקר כהמחברים האחרונים שהביא הרמב"ן ע"ש, וכבר קדמו בזה בשמ"ק (ב"ב דנ"ח) לאחר שהביא דברי הרמב"ן כתב וז"ל ואין דינו ברור אצלי דהיכי ליפסד האי שלא יבנה כאשר יאות לו בשלו מפני האחר שפתח חלונו ולקח אוירו שלא ברשות אין אלו אלא דברי

נביאות, ומסתברא כמחברים אחרונים שאין לו מכנגדן ולא מלמטן אלא יבנה כאשר יאות לו ולא יהא נפסד בכלום ע"ש:

סעיף י"ב **בסמ"ע** ס"ק כ"ז והרמב"ם שכתב ג"כ טעם זה בסתימת החלון אע"ג דס"ל דגם בשאר נזיקין הו"ל חזקה מיד וכו', ועיין בחדושנו לעיל (ריש סי' קנ"ג) מה שכתבנו מזה:

סעיף כ"ה **ברמ"א** ראובן שבנה בביתו חדר לאוצר יין ושמן צריך אויר לקרר היין ובא חבירו לבנות כותל כנגדו יכול ראובן למחות וכו' דמאחר שהחדר מוכן לאוצר ועשאו בביתו ברשות אין חבירו רשאי לעשות לו היזק בבנינו, ובמקור הדין שהביא הב"י בשם הרשב"א כתב וז"ל הדין עם ראובן שכל שקדם האוצר אעפ"י שעכשיו אין שם יין ושמן הרי הוא מוכן לכך ואין הלה רשאי לעשות בביתו דבר שמזיק את האוצר עכ"ל, ועיין בב"י שהבין דנידון דרמ"א אינו דומה לנידון דהרשב"א, דברשב"א מירי שבחדר היה מכבר יין ושמן ורק עכשיו אין בו יין ושמן, וא"כ היה החדר מכבר אוצר ממש ומשו"ה כתב כל שקדם האוצר וכו' דבר שמזיק לאוצר כיון דבאמת היה כבר אוצר ממש, אבל עובדא דרמ"א מירי שבנה בביתו חדר לאוצר ועדיין לא היה בשום פעם שם יין ושמן רק שהכינו לאוצר, ולכן הקשה על הרמ"א דאמאי פסק דהמזיק צריך להרחיק עצמו, הא דין זה דעשאו הכנה לאוצר הוא בעיא דלא איפשטא בש"ס (ב"ב ד"כ ע"ב) ריבד וריבץ חהו ריבה בה חלונות מהו רמי בה תמרי ורמוני מהו וסלקא בתיקו בש"ס ואיפסקא לקמן (סי' קנ"ה) בכולהו דלכתחלה מצי אעכב ואם עבר ועשה אינו יכול להסירו, ועל הרשב"א גופא לא קשה לו, דלפירושו הא מירי הרשב"א כשהיה אוצר ממש מכבר, ולכן פסק דגם אם עבר ועשה צריך להסירו, ובש"ס לא עלתה בתיקו כ"א בעשאו הכנה לאוצר, אבל הרמ"א דמירי גמי בעשאו הכנה ואפ"ה פסק דצריך להסירו גם כשכבר עשה קשה לי' דהא בעיא דלא איפשטא הוא וכזה הקשה גם הנתיבות וע"ש שנדחק ביישובו, ולענ"ד תמה אני על מה שעשאו פירוד בין הדבקים, היינו בין הרמ"א והרשב"א הא הרמ"א הביא זה בשם הרשב"א, וגם מה שכתבו דהרשב"א מירי שהיה כבר אוצר ממש, ולא רק הכנה, הא מלשון הרשב"א שכתב אעפ"י שאין שם יין ושמן הרי הוא מוכן לכך, הרי טעמו נמי רק מפני שמוכן ולא מפני שנעשה כבר אוצר, ואי קשיא להו מש"ס דב"ב דסלקא התם בתיקו בהכנה לאוצר, גם על הרשב"א אפשר להקשות כן, אבל באמת לא קשה מידי מהתם, ואשתמיטתי' להגאונים הללו דברי רבינו הרמ"ה שהאיר עינינו בכללא דהאי מלתא, ובחדושיו לב"ב שם בסוגיא זאת כתב וז"ל ברם צריך את למידע דהאי בעיא דכיבד וריבץ לאוצר וכו' דשמעת מיצה דלא מצי בעל האונר לעכובי אבעל החנות עד דמעייל בעל האוצר תבואה לגבי' מקמי דלסמוך בעל החנות הזיקיה ה"מ

כשבא העליון לעשות העלייה אוצר, דכיון דעד השתא האי עלייה לדירה הוה קיימא כל כמה דלא עביד לה אוצר ממש מחמת דמגח בה תבואה אי נמי דמשני לה בצורת בניינה מעלייה לאוצר לגמרי לא מצי לעכב ולא מצי אמר למחר ממליכנא ועבידנא לה אוצר כדאמרינן טעמא דכי ליכא אוצר סמיך דירה שאני אין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר דשמעת מינה דאי מוכחא מילתא מעיקרא דלאוצר עבידא אע"ג דאכתי לא מנח בה תבואה מצי מעכב, תדע נמי דע"כ לא פליגי אלא בבא לסמוך בצד המצר אבל היכי דעביד בור וקאי אע"ג דאכתי לית בו מיא דכו"ע לא פליגי דאינו סומך ואפי' לאביי וכ"ש לרבא דאפי' היכי דליכא בור בשדה העשויה לבורות אינו סומך וכ"ש הכא דאיתי' לאוצר וכן הלכתא עכ"ל, ואחרי הדברים הללו מה יוכלו עוד להקשות על הרמ"א מהש"ס דב"ב, הא כל הבעיא דבש"ס אינו כ"א בבא לשנות עלייתו לאוצר, שעד עתה היתה משמשת לדירה ועכשיו בא לשנותה לאוצר, ובזה הוא דמיבעי בש"ס, אבל אם בנה חדר ומתחלת בנייתו ייחדו לאוצר, ומעולם לא ייחדו לדירה, בכה"ג אפי' לא היה בו מעולם יין ודאי דחשיב כאוצר ממש, דדמי לבור אע"ג שאין בו מים, ולפ"ז הרמ"א שכתב כאן שבנה בביתו חדר לאוצר, פי שמתחלת בנייתו ייחדו רק לאוצר ולא לדירה, בכה"ג לכו"ע אין חבירי רשאי לעשות לו היזק, דזה הוה כאוצר ממש, ובכה"ג נמי מיירי הרשב"א, ודברי הרמ"א הן המה דברי הרשב"א ממש ומ"ש לקמן (סי' קנ"ה) דאם עבר ועשה א"צ להסירו, התם מיירי בבא לשנות עליית בית דירתו לאוצר וכמ"ש שם להדיא, ואין שום דמיון להך דהכא שייחד החדר מתחלה לאוצר, וזה ברור, ועיין מה שכתבנו עוד בחדושנו לקמן בריש סי' קנ"ה, מיהו הרמב"ן הביא בשם ירושלמי בתחת ביתו שדר כש"כ דאסור לעשות רפת בקר:

## סימן קנה

סעיף א' **במחבר** ובכירה טפח, ובשיעור גובה לא תני התנא המדה בכירה, ועיין בט"ז שכתב דמ"ש הרשב"ם דכירה דמתניתין מיירי בפתוחה מן הצד שאין השלהבת עולה ממנה ורק שיש לו חשש מצד חום שילך דרך המעזיבה, נתכוון נמי לתרץ הקושיא דלמה לא תני תנא שיעור בגובה, וע"ז תירץ דכיון דפתחה מן הצד ואין חשש רק מחמת החום א"כ אין חילוק בין למעלה בין למטה ע"ש, ואשתמיטתי' להט"ז דברי הרשב"א שכתב כן להדיא בתור תירוץ על קושיא הזאת, ותירוץ הזה מפורש בירושלמי, ובשמ"ק בסוגיא זאת כתב עוד שני תירוצים, חדא דכיון דכירה הוא בבית לא איצטריך למיהב בו שיעורא למעלה דאין לך בית שאין עליה על גבה גבוה ממנה שאי אפשר להשלהבת של כירה לעלות בה כל כך שתגיע לתקרה ועוד דילפינן מלמטה כשם ששיעור דתחת הכירה אחד

משליש בתנור ממילא שמעינן בשיעור שלמעלה שהוא אחד משליש בתנור והוא אמה ושליש ע"ש:

סעיף ג' **במחבר** גילה בעל העלייה דעתו. שחפץ לעשות בה אוצר כגון שכיבד וריבץ וכו', והנה בנתיבות הקשה למה לא בעי הש"ס ג"כ לענין קדימת הרפת שאם בעל הרפת גילה דעתו שחפץ לעשות חנותו לרפת כגון שתיקן בו אבוסים וכיוצא שניכר שיעשה זה לרפת אם זה מיקרי קדם הרפת ע"ש, ולמה שכתבתי לעיל (ס"ס קנ"ד) בשם הרמ"ה דבעיא דבש"ס אינו אלא בעלייה דוקא שמתחלה היתה משמשת לדירה ואח"כ בא לשנותה לאוצר, ומשום דאין אד עשוי לשנות דירה לאוצר וכדמשני בש"ס דירה שאני, פי' שאין עשוי לעשות מדירה אוצר וכפי' הרי"ן מיג"ש, לפי"ז לק"מ קושית הנתיבות, דמחנות לרפת בקר דאדם עשוי לשנות ודאי דהכנה מילתא, והנה בקצוה"ח הביא לפי' הרי"ן מיג"ש דמה שאמרו דירה שאני, הכוונה שאין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר כלל, והקשה עליו מבעיא דבש"ס כיבד וריבץ לאוצר מהו, והא כיון דהנך הוה ודאי הכנה לאוצר לא שייך בזה תו לומר שאין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר, הרי מחשבתו נכרת מתוך מעשיו דרוצה לעשות אוצר ונדחק שם דהבעיא הוא רק לאביי ע"ש, ובחנם נדחק, דפשוט דכוונת הש"ס הכי הוא דכיון דאין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר לא מהני אפי' הכנות הללו, דתלינן שבודאי יחזור ממחשבתו שחשב לעשות אוצר ותשאר דירה כמו שהיתה, וכפי' הרי"ן מיג"ש פי' נמי הרמ"ה ועיין מה שכתבנו לעיל שם:

סעיף י' **במחבר** לא יחפור אדם בור וכו' אא"כ הרחיק מהכותל שלשה טפחים ויסוד בסיד, כתב הסמ"ע דהרמב"ם סובר דכן הדין אפי' בכותל בנין חבירו, והרא"ש והטור ס"ל דבכותל בנין א"צ בהכי אלא הרחקה שלשה טפחים אבל א"צ לסוד ג"כ בסיד, ובש"ך כתב ע"ז דאינו מובן לו דלהרא"ש והטור שפסקו לקולא הבעיא ס"ל אפי' בכותל בור דא"צ לסוד בסיד ואין חילוק ע"ש, ובקצוה"ח ונה"מ השיגו על הש"ך דהא נ"מ לענין לכתחילה דנהי דבכותל בור ס"ל להרא"ש והטור דאזלינן לקולא מחמת בעיא דלא איפשטא היינו בדיעבד אם עשה רק חד מינייהו אזלינן לקולא ואין כופין אותו לעשות יותר וכמבואר בסמוך בסעיף י"ח, אבל מ"מ לכתחלה בעינן תרתי להרחיק ג' טפחים ולסוד בסיד וכמבואר בסעיף ג' בבעיא דכיבד וריבץ דלכתחלה בעל האוצר מעכב עליו, משא"כ בכותל בנין להרא"ש מותר אפי' לכתחלה ע"ש, אכן דברי הש"ך נכונים דא"כ אף בכותל בנין נמי יהא צריך לעשות שניהם לכתחלה, דהא בהרא"ש אין מבואר שום חילוק בין כותל בור לכותל בנין, ואדרבה הטור בסי"ב הסכים לדעת הרמב"ם דכותל בנין שוה לכותל בור וממילא משתמע דלשיטת הרמב"ם בעינן תרווייהו, ולשיטת הרא"ש

שהביא הטור דאף בכותל בור סגי בחד מינייהו הוה"ד בכותל בנין דינא הכי, אבל לענין לכתחלה אין מבורר שום חילוק בין כותל בור לכותל בנין וכ"כ השעה"מ ופשוט:

סעיף י"ח **ברמ"א** וכשמרחיק י"א דצריך ג"כ לסוד בסיד וי"א דבחדא מינייהו סגי, והנה בקצוה"ח הביא ליישב קושית הרא"ש (ב"ב פ' לא יחפור) שהקשה וז"ל וא"ת הא דפריך בגמרא תנן לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חבירו וכו' בשלמא לאביי ניחא, ולמאי דס"ד דמחלל בורו שנינו לאביי נמי תיקשי כיון שהראשון סמך ברשות א"כ השני צריך להרחיק ששה טפחים מחלל בורו, וע"ז תי' הקצוה"ח דמה דתנן אא"כ הרחיק שלשה וסד בסיד תרתי תנן ברישא וס"ל דסד בסיד במקום הרחקת שלשה וכיון שהרחיק שלשה וגם סד בסיד הו"ל הרחקת ששה טפחים ע"ש, ונראה דהרא"ש לשיטתו דסובר דבחדא מינייהו סגי, וסד בסיד דקתני במתני' הוה פירושו או סד בסיד, משו"ה לא מצי ליישב כתי' הקצוה"ח, כיון דרק חדא חדא תנן או הרחקה או סד בסיד, ואם הרחיק לא סד בסיד, לזה מקשה שפיר כיון דבהרחקה בלא סד מיירי א"כ ליבעי ששה, אכן בעיקר קושית הרא"ש מה דפשיטא לי' דלאביי כיון דהראשון סמך ברשות אם בא השני להרחיק צריך להרחיק כל השלשה טפחים, בחדושי הרמ"ה הוכיח בראיות גדולות דלא בעי להרחיק כ"א שלשה, והכי מוכח כל הסוגיא, ומפני שהספר הזה אינו מצוי לכל ויש בו כמה יסודות לדינים אלו אעתיק בזה כל לשונו וז"ל ושמעינן נמי דבשדה שאינה עשויה לבות דקיי"ל דרעצי הכל סומך אי אימלך חברי' בתר הכי למקפר בירא אחרינא סמוך למצר לא מחייב לארחוקי מחלל בורו דראשון אלא שלשה כי דינא דהבא לסמוך למצר ממאי מדאותיבנא לאביי משמעתתא דמכותל בורו שנינו אא"ב דאפי' בשדה שאינה עשויה לבורות דקיי"ל דסומך לא מחייב שני לארחוקי מחלל בורו דראשון אלא שלשה טפחים, היינו דקשיא לי' לאביי משום דלא משכחת לה דלחייב שני לארחוקי מכותל בורו דראשון אלא בדארחיק קמא מן המצר שלשה טפחים, אלא אי אמרת אפי' בשדה שאינה עשויה לבורות דקיי"ל דסומך כי אתי שני למסמך מחויב לארחוקי ששה טפחים אלמא קננהו ראשון לשלשה טפחים הסמוכים משדה חבירו לחלל בורו למיהוי כותל לבורו דהא מחייבת לי' לארחוקי מינייהו שלשה טפחים כמה דמחייב לארחוקי מכותל בור דעלמא, וא"כ היכי מצי למידק מינה דהבא לסמוך בצד המצר אינו סומך ולאקשויי מינה לאביי ואביי גופא אמאי דחיק נפשי' לאפוקה מתני' מפשטה ולאוקומה בשבאו שניהם לחפור בבת אחת, לוקמה כפשטה בזה אחר זה ואפי' בדלא ארחיק קמא ולא מידי, וכי קתני מכותלו מהנהו שלשה טפחים דקנה מארעא דחברי' למיהוי כותל לבורו קתני דהא אמרת דבשדה שאינה עשוי' לבורות דקיי"ל דדברי הכל סומך כי אתי שני

למסמך בעי לארחוקי מחלל הבור ששה טפחים, וכיון דמחייב שני לארחוקי מיני' שלשה טפחים ע"כ כותל בורו דראשון הוא וכותל בורו מיקרי ואיכא למשמע מינה נמי דכותל בור שלשה טפחים, אלא ודאי ש"מ דאפי' היכי דקיי"ל דסומך כי אתי שני למסמך לא מחייב להרחיק מן המצר טפי משלש טפחים, וה"נ מסתברא דאס"ד מחייב לארחוקי טפי אדנקיט רבא טעמא משום דא"ל כל מרא ומרא דקא מחית קא מרפית לארעאי דמשמע דלא חזיא לבורות כדמעיקרא, מיהו אי בעי מארי ארעא למעבד בור בה עביד לימא טעמא משום דא"ל למחר חפרנא בירא ומחייבת לי לארחוקי ששה טפחים מן המצר, אלא ודאי ש"מ דאם בעי שני למעבד בירא אחרינא ברחוק שלשה טפחים מן המצר לא מצי לעכובי עליו. ומשו"ה לא הו"מ לומר טעמו אלא משום דמרפי לארעי' דאיהו גופי' דחיק נפשי' ומרחיק דלא ניחא לי' לאינש למטרח בגופו וממונו במידי דאתי לידי פסידא, תדע נמי דהא כי חייבי' לארחוקי מחלל בורו של חבירו ששה טפחים לאו משום סרכא דחלל הבור אלא משום דהזיקא דכותל בורו הוא דחייבוהו כדקתני בהדיא אא"כ הרחיק מכותל בורו כו' שלשה טפחים, ושלשה דארחיק קמא דלא לזקי' לכותל בורו דבתרא הא ששה, וטעמא דרבא נמי דוקא דמסיק לה משום דא"ל כל מרא ומרא דמחית מרפות לארעאי וכבר בירנא דה"ט לא שייך גבי חלל בור כלל אלא גבי כותל בור לחוד הוא דשייך והתם הוא דהוה כותל דבעל הבור אבל הסומך בצד המצר דלית לו כותל בצד המצר אלא ארעא דחברי' הוא דהו"ל כותל כי אתי מארי ארבע למסמך בירא אחרינא לא מחייב לארחוקי מרשותא דחברי' הא למה הדבר דומה לבונה חצר סמוך למצר חבירו שנמצא אחד מכתלי חצר הראשונה נעשה כותל מאליו גם לשנייה דאי בעי בעל הכותל למסמך לו מה דבעי לא מצי בעל חצר שני לעכב עליו דאי מזיק לכותל דנפשי' מזיק ע"כ:

סעיף י"ט **במחבר** החופר בור בתוך שדהו ומכר חצי השדה ובא הלוקח לחפור וכו' צריך להרחיק כל שיעור הרחקה וכו' ועיין נמי בסמ"ע שכתב שצריך הלוקח להרחיק כל ששה טפחים, ולמה שכתבתי בדבור הקודם בשם הרמ"ה דלא בעי להרחיק כ"א שלשה טפחים אף ה"נ אין צריך הלוקח להרחיק כ"א שלשה טפחים:

סעיף כ"ב **במחבר** מרחיקין גורן קבוע מן העיר וכו' וכתב הסמ"ע דמשו"ה השמיט המחבר דין הרחקת האילן מהעיר לפי שאינו נוהג בחו"ל ומתני' מיירי דוקא בישובה בארץ ישראל, ועיין בש"ך שהקשה ע"ז דא"כ בש"ס (ב"ב דכ"ד) דפריך על המשנה דלמה לו טעמא דשלא יזיק תיפוק לי' משום נויי העיר דאין עושין מגרש שדה ומשני ר' אלעזר הוא דאמר עושין שדה מגרש ומגרש שדה, ואי בארץ ישראל מיירי, הא בארץ ישראל

גם ר' אלעזר סובר בסוף מס' ערכין דאין עושין מגרש שדה, והכריח מכח זה דטעות נפל בכל ספרי משניות והש"ס שלנו והכי צ"ל דר' אלעזר סובר דעושין שדה מגרש ומגרש שדה, וגם מה שהביא הילקוט שתי לשונות בדר' אלעזר כתב דאשתמיטתי' לבעל הילקוט הש"ס דב"ב הנ"ל, דלש"ס דב"ב מלתא פסיקתא נקיט בדר' אלעזר דעושין שדה מגרש ע"ש, ובחנם שבש כל ספרי הש"ס ומשניות וגם שפך מרורים על בעל הילקוט מכח ההיא, דלפי המתבאר מתוך דברי כל הראשונים היה הגרסא בש"ס דב"ב הכי, לא צריכא לר' אלעזר דאמר עושין מגרש שדה ושדה מגרש, ולהך לישנא דאמר ר' אלעזר עושין שדה מגרש אבל לא מגרש שדה מאי איכא למימר ה"מ זרעים אבל אילנות עבדי' כ"כ הרמ"ה וכן הוא בש"ך להדיא, ואע"ג דכפי נוסחת הש"ס דילן בב"ב קא משני הכי רק אליבא דרבנן, יש לומר משום דמדרבנן נשמע כש"כ לר' אלעזר, דרבנן הא סברי דאין עושין לא שדה מגרש ולא מגרש שדה ואפ"ה מחלקינן דה"מ בזרעים אבל באילנות עושין כ"ש לר' אלעזר דגם לשון השני אינו סובר כ"א דממגרש שדה אין עושין דמצינן לחלוק בין אילן לזרעים, ופריך לרבנן והוה"ד לר' אלעזר ללכון זה, ועכ"פ זה להדיא דשני לשונות הוא אליבא דר' אלעזר וכבעל הילקוט, ומש"ס דב"ב אין ראיה להיפך דהא בשדה אילן עושין לר' אלעזר אפי' ללשון שני וזה ברור:

סעיף ל"ד **במחבר** מי שעשה גורן בתוך שלו כו' אם הוליכה הרוח המצויה המוץ והעפר והזיקה בהן פטור מלשלם שהרוח הוא שסייע אותו, והנה המ"מ תמה מ"ש מאשו ההולך ומזיק נמי ע"י רוח מצויה ואפ"ה חייב וכמו שפסק הרמב"ם והמחבר לקמן (סי' תי"ח) הביאו הש"ך שם, ונ"ל עפ"י מה שכתבתי בחבורי לב"ק (דף י"ט) ליישב דברי רש"י שם שפי' דמתני' דהתם מיירי בדאדייה אדויי שזרק התרנגול הדליל ושיבר בזריקתו כלים, והתוס' וכל הראשונים השיגו עליו דאפי' בדאדייה אדויי שלא נתקל אדם בבורו ואי אפשר לחייבו מטעם בור, אכתי לחייב נזק שלם משום אשו דהוה כאבנו סכינו ומשאו שהניחו בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו בהדי דאזלי, דהאי תרנגול הוה כרוח מצויה, וכתבתי דלא דמי כלל לאשו שהאש בעצמו הוא המזיק, והרוח הוא רק מקרב את האש להדבר הניזוק, אבל עיקר הנזק עושה האש בעצמו, דגם אם לא היה הרוח שהוליך האש למקום הניזוק, אלא הדבר הי' מתקרב ובא למקום האש, ג"כ היה ניזוק, דאש הוא מזיק בטבעו, וכן דכוותי' באבנו סכינו ומשאו, האבן עצמו הוא שמזיק מפני כובדו, וכן הסכין בחדודו, והרוח אינו פועל כ"א לקרבם אל דבר הניזוק, משא"כ בדליל שהדליל עצמו אין בכחו להזיק כלל בלא כח ההתזה ונמצא כי עיקר ההיזק נעשה ע"י ההתזה אלא שעושה את זה באמצעות הצרור, ולכן אין זה כלל מסוג אש, וכן באבנו

סכינו ומשאו גופא אם היה האבן דבר קל שאין בו כדי להזיק מצד עצמו, או שהסכין לא היה חד שמצד עצמו לא היה יכול להזיק, ורק ע"י כח ההפלה שבא ע"י הרוח בא ההיזק, איה"נ דפטור, כיון דתקלה שלו לא הזיק כלל ורק הכח שבא בפעולת הרוח הוא שהזיק ועל פעולת הרוח אין לחייב לבעל התקלה, ולפי"ז גם בנ"ד דהמוץ או העפר אין בהם כדי להזיק כשהם מונחים במקומן, ורק בשביל שהרוח סוער אותם למרחוק בא ההיזק, משו"ה לא דמי כלל לאש דיש בו בעצמו כדי להזיק, ומיושב קושית המ"מ, ובהגיעי עתה לפרק הזה, מצאתי ראיתי בשמ"ק ב"ב (דף כ"ו) בשם הרשב"א שכתב וז"ל אבל הכא זיקא דקא ממטי לה וא"ת ומ"ש מאבנו סכינו פי' מורי הרב ז"ל דשאני התם דממונו ממש הוא דמזיק שהאש היא ששורפת וכן כובד האבן והסכין הם שמזיקים והלכך אפי' כח אחר מעורב בו חייב דממונו הוא דאזיק, אבל הכא הרקתא בעצמה אינה מזקת אלא שהרוח הוא שמסער אותה ומכה בה על פני העוברים עכ"ל, וזהו ממש כדבריי שכתבתי בחבורי בב"ק, וב"ה אשר כוונתי לדעתו, והנה הב"י תי' בישוב קושית המ"מ ולא קשה מהך דהכא דשאני הכא שאין הנזק בא מכח מזיק עצמו משא"כ לקמן (סי' תי"ח) בא הנזק מכח מזיק עצמו ובש"ך שם כתב שזה דוחק דהא כיון שבהכאתו הולך העפר והמוץ דומה לליבה שבלבתו הולך האש ע"ש, ולענ"ד צדקו דברי הב"י, והסבר דבריו הוא כדברי התוס' (ב"ב דכ"ו) בד"ה זיקא דקא ממטי שכתבו וז"ל קשיא לר"י דלחייב משום אש מידי דהוה אאבנו סכינו כו' ואור"י דלא דמי לאש דאין חייב משום אש אלא כשעשה האדם את האש לבדו כדכתיב המבעיר את הבעירה בלא סיוע הרוח ואח"כ הולכת ע"י רוח מצויה אבל הכא אינו עושה לבדו כל עיקר אלא ע"י הרוח דאי לאו הרוח לא היתה רקתא אזלת כל עיקר ע"ש וכוונתם דבאש גם בלא הרוח היה הולך מעצמו נמי קצת, נמצא שעושה האש תחלה לבדו, אבל ברקתא שלא אזלא כל עיקר בלא הרוח נמצא שלא האדם עשה את האש כ"א הרוח וכ"ה בשמ"ק בשם תוספת הרא"ש, ולזה נתכוון הב"י במ"ש התם בא הנזק מכח עצמו, פי' שגם בלא הרוח היה האש הולך קצת ע"י לבויו, נמצא דהנזק בא מכח המזיק עצמו, משא"כ הכא ברקתא שמכח המזיק עצמו לא נעשה שום אש, ואפשר נמי לכוון תי' הב"י להתירוץ שכתבתי לעיל, דהתם גוף האש והאבן הם המזיקים, וזה עשה האדם, והיינו מ"ש הנזק בא מכחו, אבל עכ"פ איך שנפרש כוונת הב"י אם כתירוץ התוספת או כתירוצי, לא קשיא תו קושית הש"ך עליו, והש"ך הבין כוונה אחרת בב"י ומשו"ה הקשה עליו אבל למה שביארתי דבריו נכונים ודו"ק היטב:

סעיף ל"ה **כל** הרחקות שאמרנו אם לא הרחיק וראה חבירו וכו' והוא שראו ממנו שמחל כגון שסייע אותו מיד או שאמר לו לעשות או שראהו שעשה בצדו בלא הרחקה ושתק ולא הקפיד ע"ז "כה, מיהו הרמ"ה בחדושיו (ב"ב דכ"ב ודנ"ט) כתב דבפחות מתלתין יומא לא הוה חזקה גם כשראה ושתק, דומיא דכשורה דמטללתא (ב"ב ד"ו) דלא הוה חזקה בפחות מתלתין יומין, ומשום דבכל הנהו דברים נצרכים אנו לידע העיקר שעשה זה לצורך תשמיש קבוע, דאל"ה מצי אמר אף שידעתי לא מחיתי משום דסבור הייתי דלצורך שאלה לארעי קא בעי, משו"ה דוקא כי עבר שלשים יום דמזה ניכר דלקביעותא עביד דאילו לשאלה בעלמא הא התם שאלה אינה יותר מתלתין יומין, אבל בבציר מתלתין יומין מצי אמר הניזק ידעתי ולא מחיתי כי סבור הייתי דלשאלה בעלמא עביד, ומשו"ה בעינן או שיעבור שלשים יום משעה שראה או דעשה בה מתחלה מילתא דקביעותא כגון שחברו בטינא וכדומה, וכדאמרינן בכשורא דמטללתא דאי תברי' בטינא לאלתר הוה חזקה, ושמא היה אפשר לפרש בזה דברי המחבר שכתב והוא שראו ממנו שמחל כגון שסייע אותו מיד או שאמר לו לעשות ועיין בסמ"ע שנדחק לפרש לשון מיד דקאמר בסיועו ולמה שכתבתי י"ל דכשמסייע בהדיו ודאי דהוה חזקה מיד דמזה מוכח דמחל לו ודאי וכמו בחזקת קרקע נמי אמרינן הכי (ב"ב דל"ו) דאי דלי לי' צנא דפירי לאלתר הוה חזקה ומבואר לעיל בשו"ע (סי' קמ"ב) ולאפוקי אם לא סייעו בהדי' לא הוה חזקה בבציר מתלתין יומין, דעד תלתין יומין לא מוכח שמחל לו, וכן כשאמר לו לעשות או שראהו שעשה בצדו נמי הוה חזקה מיד, דדוקא אם ראה המלאכה שכבר נגמרה ונצרך לו למחות שיסירה, בזה אמרינן דעד תלתין יומין לא חשש למחות לדבר שכבר נעשה, משום דשמא רק לשאלה בעלמא ולא לקביעותא עביד הכי, משו"ה לא קפיד למחות ולדרוש שיסיר מיד, משא"כ כשרואה בתחלת הבנין ושותק הוה מחילה מיד, דאם לא מחל לא היה מניחו לעשות כן לכתחלה, וכ"ש כשאמר לו להדיא לעשות דהוה מחילה, ופי' זה נכון יותר מפי' הסמ"ע, והיה מתורץ בזה נמי מה שלא הזכיר המחבר לדעת הרמ"ה דבבציר מתלתין יומין לא הוה חזקה, אכן למה שכתבתי דברי המחבר הם הם דברי הרמ"ה גופא, דדוקא כי סייעו בהדי' ולא ראה המלאכה עד שנגמרה לא הוה דהוה חזקה מיד, ולאפוקי כשלא סייעו בהדי' ולא ראה המלאכה עד שנגמרה לא הוה חזקה עד דמוכח דמחל, ולא לשאלה בעלמא, והא דלא פירש להדיא הזמן דתלתין יומין, היינו משום דסמיך על מה שכתב לעיל (סי' קנ"ג) גבי סוכה דכשהיתה סוכת ארעי כל שלשים יום לא החזיק בה סתם שהרי ראובן אומר לא מחלתי והנחתיך אלא מפני שהוה

ארעי, ומינה שמעינן דהוה"ד לכל הנזקין הללו שאפשר לומר בהם דלא עביד לקביעותא דלא הוה חזקה בבציר מתלתין יומין כן נ"ל נכון בפי' המחבר ודו"ק:

**ויותר** נ"ל נכון לפרש כוונת המחבר דאשמועינן בזה חידוש דין גדול, דכל חזקות נזקין הללו אינו מועיל כ"א כשהיו בו הוכחת המחילה באותה שעה שהמחזיק עשה בה מעשה חזקתו, וכגון דסייעו בבנינו או שאמר לו לעשות או שראהו שעשה בצדו, כלומר שראהו בשעת העשייה, ולאפוקי אם בשעת העשייה לא ידע עוד המערער אע"ג דאח"כ כשידע שזה כבר עשה שתק ולא מיחה לא מהני חזקתו של זה משום דאנן בעינן שיהא שתק בשעת מעשה דוקא, וטעמא דהא מלתא חדתא י"ל משום דכבר נתקשו האחרונים בטעמא דהא מלתא דשתק ולא מיחה מהני, נהי דזה מחל אבל אכתי במה זכה בה המחזיק, והב"ח כתב משום דדמי לאומר קרע כסותי והפטר, וגם זה אינו מספיק דהא באומר קרע כסותי אינו פטור כ"א על העבר מה שכבר קרע, אבל על להבא אם חזר זה ואמר לו שלא יוסיף עוד לקרוע מצי לחזור, ואם קרע אח"כ חייב. וא"כ למה לא מצי ה"נ לחזור ממחילתו, ועיין מ"ש הקצוה"ח ונתיבות כאן ולעיל (סי' קנ"ג), ואמנם אנכי לא אבין קושיתם, דהא כיון דהמחזיק עושה מעשה בהוצאת זיז או בפתיחת החלון ומעשה הזאת עושה בפני הבעה"ב שרואה ושותק, ומדשתיק מחל לו ומרשהו להחזיק, והרי המחזיק עושה חזקתו במצוות הבעלים, וכאילו אומר לו לך חזק וקני דמהני שוב חזקתו, ואין לך קנין חזקה גדול מזה שהוציא הזיז או שפתח החלון, ואמנם זה לא יועיל כ"א כשעשה מעשה חזקתו בפני הבעלים והבעלים ידעו מזה בשעה שזה החזיק דבזה מהני דהוה כאילו החזיק במצוות המוכר ממש, דמחילתו הוה כאומר לך חזק וקני, משא"כ אם בשעת החזקה לא ידעו עוד הבעלים מחזקתו של זה, אע"ג דלכי יתוודע שתיק, לא מהני, דהא בשעה שהחזיק לא ידעו עוד הבעלים, וחזקה שלא מדעת הבעלים לא מהני כלום, דבכל חזקה בעינן שיאמרו הבעלים לך חזק וקני, ושלא בבעלים לא מהני, ולבסוף כשגילו הבעלים דעתם ורצונם דניחא להו בחזקתו, אין עושה עוד שום מעשה חזקה, וחזקה דמעיקרא אינה מצטרפת כיון שהיתה שלא בידיעתם של הבעלים והוה כמו שאינה, ואין לומר דההשתמשות שמשתמש המחזיק בזיז ובחלון לאחר ידיעת הבעלים, זה גופא ליהוה חזקה, דזה אינו מעשה קנין כ"א הנאת אכילת פירות, וזה לא הוה חזקה לקנין, ולא דמי לחזקת הבתים דמהני בהו הנאת דירה ואכילת פירות, דהתם חזקה שיש עמה טענה הוא, וא"כ מעשה קנין לא בעינן שוב, דהא המחזיק טוען שכבר קנה מאתו בעת המכירה, אלא שאין אנו מאמינים לו על טענתו ואמרינן לי' אחוי שטרך, וכוון דקנין חדש לא בעינן משו"ה גם אכילת פירות נמי מהני, אבל בחזקת נזקין דהוה

חזקה שאין עמה טענה, וגם לדברי המחזיק לא קנה מאתו התשמיש הזה, וטענתו הוא רק דשתיק ומחל, ובכן מה מהני גם אם יתברר שהאמת כדבריו דהמערער ידע ושתק ומחל, מ"מ אכתי במה החזיק הוא, וכיון שבעינן לקנות השתא משו"ה מצרכינן שיעשה מעשה המועיל לקנין, אבל הנאת התשמיש לא הוה שום חזקה המועיל לקנין, וממילא דהמעשה הזה צריך לעשות בשעה שיודע המערער ובמצוותו, אבל אם בעת מעשה לא ידע המערער אע"ג שאח"כ כשידע מחל לא מהני, כיון דבשעה שמחל אין מעשה קנין, ובשעה שהיה מעשה הקנין חסר ידיעת הבעלים, וקנין בלא ידיעת הבעלים לאו כלום הוא, והיינו שהתנה המחבר דבכל חזקת נזקין בעינן אחת מהנהו תלתא בדרך לא זו אף זו, לא מיבעי שסייעו בהדי' דמהני ודאי אלא אפי' רק אמר לו לעשות אע"ג דלא סייעו נמי, ואפי' אם גם לא אמר לו רק שראה עושה בצדו בלא הרחקה נמי מהני, אבל דוקא בהנהו תלתא דהמערער ידע בשעת עשייה גופא, ולאפוקי אם בשעת עשייה לא ידע המערער אע"ג דלכי ידע אח"כ שתיק ומחל לא מהני זה וכמו שכתבתי, כן נ"ל נכון מאוד בכוונת המחבר, אם כי זהו חידוש גדול לומר דגם כשידע ושתק לאח"כ לא מהני חזקתו אם לא ידע בשעת מעשה, מ"מ הדברים מובנים בטעמם, ואל תתמה על החידוש הזה, דכיוצא בזה כתב הרמ"ה בחדושיו (ב"ב דכ"ב) לחלק ולומר דבכל חזקת נזקין אם בשעה שידע המערער מחה, ועבר שוב כמה שנים ולא מחה עוד הפעם דלא מהני תו חזקתו של זה, אע"ג דבחזקת הבתים בעינן מחאה בסוף כל שלש ואם עברו שלש שנים בלא מחאה מהני החזקה אע"ג דבפעם הראשון מחה, מ"מ בחזקת נזקין כיון שמחה פעם לא מהני תו חזקתו אפילו אם עברו אח"כ כמה שנים בלא מחאה, וטעם חלוקו בנוי נמי על היסוד הזה, דבחזקת הבתים כיון שבעינן חזקה שיש עמה טענה שיטעון המחזיק אתה מכרתו אתה נתתו לי, וא"כ מעשה הקנין לא חסר שם, דלדברי המחזיק כבר עשה מעשה קנין גמור בשעה שלקח ממנו השדה, והחזקה נצרכת רק לענין הנאמנות שכדבריו כן הוא, ומשו"ה אפי' אם מחה פעם כיון שעבר שלש שנים שוב בלא מחאה נאמן במיגו דבעי אמר קניתי ממך לאחר המחאה הראשונה, משא"כ בחזקת נזקין דאין עמה טענה, ושום קנין לא היה בזה, וא"כ החזקה נצרכת לנו שזה יהיה מעשה הקנין, וא"כ אם בשעת החזקה דהוא מעשה הקנין מחה, ולא היתה החזקה במציות ורצון הבעלים, מה יוכל להועיל אם אח"כ יעברון כמה שנים בלא מחאה ונאמין לו שהמערער ידע ושתיק ומחל, מ"מ אכתי במה קנהו גם לדבריו, הא החזקה לא היתה ברצון המערער, ואח"כ כשנודע למערער ונתרצה לא עשה שוב שום מעשה חזקה, דהנאת התשמיש אינה חזקה לקנין, וז"ל הרמ"ה אם לא טעין חדא מהני טענתא אלא מחמת דשתיק תובע בתר מחאה תלת

שנין ולא מיחה לא קיימא לו חזקה, דאי משום חזקת שלש שנים ליכא דחזקה שאין עמה טענה הוא ולא שייכא בה חזקת שלש שנים אלא להמנני מחמתייהו משום מיגו והכא אע"ג דמהימנינן לי' דשתיק בתר הכין כמה שנין ולא מחי, לא קיימא לו חזקה בשתיקה גרידתא דאין עמה טענה, דלא מהני שתיקה שאין עמה טענה בנזקין ותשמישין למיהוי חזקה אלא היכי דהוה בהדה מעשה דקיימא בי' חזקה דעביד מחזיק בההוא מידי דבעי אחזוקי כו, והכא שתיקה דלבתר הכין ליכא בהדה מעשה והשתא לא חדית מחזיק ולא מידי ואי משום מעשה קמא כיון דמיחה מערער עילויה מעיקרא תו לא מצטרף בהדי שתיקה דלבתר הכין למיהוי חזקה וה"נ מסתברא דאי אמרת דשתיקה גרידתא דבתר מחאה קיימא בה חזקה א"כ במלתא דקיימא בי' חזקה לאלתר לצרכה למחויי כל שעתא ושעתא אלא מאי שנא דלא מצרכינן לי' למחויי כל שעתא משום דשתיקה דלבתר מחאה כיון דליכא מעשה בהדא לא קיימא בה חזקה, השתא דאתית להכי אע"ג דשתיק טפי מתלת שנין לא הוה חזקה דאי מטעמא דחזקה דתשמישין דלא בעיא טענה הא בעינן מעשה והכא ליכא מעשה ואי מטעם דחזקת הבתים דלא בעינן מעשה אלא הנאת דירה או שכירות לבד הא בעיא טענה והכא ליכא טענה ואמטו להכי לא קיימא חזקה עכ"ל ע"ש היטב, והסבר דבריו הוא ברור כמו שביארתי, ואע"ג דהרמ"ה גופי' סובר דאם בשעת החזקה לא ידע כלל המערער ונודע לו אח"כ ושתיק ולא מיחה כלל דמהני חזקה משום דאהני שתיקותי' דבתר הכי למיהוי כמחילה בשעת מעשה ודלא כמו שכתבתי בדעת המחבר, אין תימה אם המחבר יחלוק בזה על הרמ"ה אחרי שהדברים מובנים בטעמם, דכיון דבעינן בזה מעשה הקנין במצוות ורצון המערער, מה יוכל להועיל בזה שתיקותא דבתר הכי, הא אנן בעינן רצון המערער בשעת מעשה הקנין, ומה שנתרצה אח"כ אין מועיל דבשעה שנתרצה לא היה שוב שום מעשה קנין, ובשעה שהיה מעשה קנין לא היה רצון המערער, וקנין בלא רצונו כמו שאינו דמי, ואחרי כל הדברים הנכונים הללו יצא לנו עוד חידוש דין גדול, דלא רק כשידע ושתיק המערער אח"כ דלא מהני אלא אפי' אם מחל לו בפירוש לאח"כ כשידע נמי לא מהני כיון דבשעת מעשה הקנין לא ידע, מה יוכל להועיל דמחל לו תו בפירוש, דלא עדיף זה שמחל לו מאילו אומר להדיא לו לך חזק וקני, דבעינן נמי ששוב יהיה מעשה הקנין מצד הקונה, אבל אם מצד הקונה חסר מעשה הקנין כלום מועיל מה שא"ל לך חזק וקני, וגם זה הוא דלא כרמ"ה שכתב דאם מחל לו אח"כ בפירוש מהני אפילו כשמחה מקודם, דאהני מחילתו דלאח"כ לבטולי מחאה קמייתא משום דאתי דבור ומבטל דיבור ע"ש, והדברים תמוהים דנהי דדיבור דמחילה מבטל לדיבור דמחאה ונשאר הדבר כאילו לא היתה כאן מחאה כלל, מ"מ מה

מועיל זה, הא אנן ידיעה ורצון בעינן בשעת הקנין, אבל הכא דהמערער לא ידע בשעת מעשה אפי' אם לא מחה כלל נמי לא מהני, אלא דהרמ"ה לשיטתו דסובר דאם לא מחה כלל אע"ג שלא ידע נמי בשעת מעשה הקנין, ולבתר דידע שתיק ולא מחה מהני ומשום דאהניא שתיקתו דבתר הכי למיהוי כמחילה בשעת מעשה א"כ אם מחה נמי ולבתר הכי מחל לו בפירוש דאתי דיבור דמחילה ומבטל דיבור דמחאה והוה כלא מחת כלל דמהני לשיטתו, והכי מוכח להדיא מלשון הרמ"ה דתלי דין זה בזה וז"ל ומנא תימרא דכי מחל לו בפירוש בתר מחאה אע"ג דלא עבד מעשה ולא קנו מיני' הויא מחילה דכיון דכי לא מחי אע"ג דלא ידע בו בעידן מעשה אלא בתר הכין אהניא שתיקותי' למיהוי כמחילה בעידן מעשה כי מחי נמי לאחר מעשה כיון דהדר מחיל גבי' בפירוש אהניא לי' מחילתו לבטולה להיא מחאה ולמיהוי כמעשה דליכא מחאה עילוי' וכ"ש דמחילה בפירוש היא מ"ט אתי דיבור ומבטל דיבור כו' עכ"ל, הרי להדיא שתלי הדינים זה בזה, אכן למה שכתבתי בכוונת המחבר דאפי' לא היתה מחאה כלל כיון שגם ידיעה לא הוה בשעת מעשה דלא מהני החזקה כ"ש אם היתה מחאה ושוב בטל להמחאה ע"י מחילה בפירוש דלא מהני נמי דלא עדיפא ביטול המחאה מאילו לא היתה מחאה כלל ואפ"ה לא מהני כל זמן שלא היתה ידיעה בשעת מעשה וכמו שכתבתי ודו"ק היטב בכ"ז:

שם **ברמ"א** אע"ג דיש אומרים דבעינן חזקה שלש שנים וטענה, הקצוה"ח הקשה בכל חזקת נזקין דמהני זה מטעם דשתיק וידע ומחל אבל במה קנה המחזיק להיות שלו לתשמיש, בסגנון כזה הקשה לעיל (סי' קנ"ג) וכתבתי שם ליישב דבאמת שבגוף החצר לא קנה כלום ורשות לבעל החצר לבנות כנגד החלונות ובמקום הזיז שעשה זה, רק כל זמן שאין רוצה לבנות ואין לו צורך במקום הזה, ורק מה שעושה לו היזק בהשופכין היוצאים דרך המרזב ועל היזק מהני מחילה, אכן זהו ישוב רק על הסגנון שהקשה התם, דבטה קנה זה בחצר של חבירו, אבל הכא הקשה הקצוה"ח בסגנון אחר דאפי' על ההיזק גופא למה תהני מחילה ולמה לא יוכל לחזור דמאי שנא מאומר קרע כסותי דמצי לחזור אפי' לאחר שהתחיל לקרוע, ושמא יש לחלק ולומר דבאומר קרע כסותי דאין להקורע שום ריוח והנאה בקריעה זאת, וכן נמי אין לו שום היזק במניעת הקריעה ומשו"ה מצי זה לחזור ולומר שלא יוסיף עוד לקרוע, דלא שייך בזה לומר דכבר זכת הקורע לקרוע כל הכסות, דמה זכות וריוח יהיה לו אם גם יקרענו כולן, משא"כ הכא דהמזיק יש לו הנאה מהיזיקו של זה ולהיפך אם יכוף אותו להסיר את הנזק יהיה לו פסידא מה שהוציא הוצאות על פתיחת החלון והוצאת המרזב, וכיון שזה מחל לו בתחלה הרי זכה שוב המחזיק בזכות זה ולא יכול שוב הניזק לחזור כיון דהמזיק כבר זכה בזכותו, ועוד דאם

יחזור מהמחילה ויכוף להסיר המרזב ולסתום החלון יגיע היזק להמחזיק מה שהוציא על הוצאותם ומשו"ה אין יכול לחזור ולגרום לו היזק בדבר שעשה עפי"י מחילתו ורצונו ודו"ק, ובעיקר קושית הקצוה"ח עיין מה שכתבתי בדבור הקודם ליישב בטוב טעם:

סעיף ל"ז **במחבר** ואי חזי ושתק מחל ושוב אינו יכול למחות ומיהו לכתחלה מצי לעכב אפי' בעשן שאינו תדיר כו', וכתב הסמ"ע דהאי ומיהו מתפרש כמו "דמיהו" בדלי"ת ורצה לומר דמשום דלכתחלה יכול לעכב א"כ כשלא מיחה הוה חזקה דאינו יכול שוב למחות, דאל"כ הא קיי"ל כל מקום שאין מחאה אין חזקה ע"ש, ודבריו תמוהים דמה צריך לנתינת טעם דמשו"ה אינו יכול תו למחות משום דמתחלה היה בידו לעכב ולכן כשלא עיכב הוה חזקה, הא כ"ש אם גם מתחלה אינו יכול למחות דלא מצי שוב למחות לאחר שכבר נעשה ואין צורך כלל לחזקה בזה, וגם הנתיבות הרגיש בזה ע"ש ונ"ל ליישב דמסתבר דאפי' אי נימא דלכתחלה נמי אינו יכול למחות, דהיינו דוקא קודם שבא דבר הניזוק, אלא דרוצה למחות שמא ירצה לסמוך דבר כזה שיהא ניזוק גם בעשן שאינו תדיר, דודאי יש דברים כאלו הניזוקים נזק כל שהוא גם בעשן שאינו תדיר בזה אינו יכול למחות כיון דהשתא ליכא דבר הניזוק וגם לא שכיח דברים כאלו שיהיו ניזוקים ע"י עשן שאינו תדיר, משו"ה לא מצי למחות מחשש היזק רחוק, וזה נהנה וזה לא חסר הוא וכמ"ש המחבר לעיל (סי' קנ"ד סעיף ט"ז) שהפותח חלון לרשות חבירו שעכשיו אינו מזיקו אין שכינו יכול לעכב בטענת שהיום או מחר יבנה הוא המקום ויזיקנו, שכיון שעכשיו אינו מזיקו זה נהנה כו' ע"ש, אבל כשכבר יש הדבר הניזוק אפי' ע"י עשן כזה, ודאי דמצי לעכב עליו אפי' לכתחלה, דאין זה מדת סדום כיון שבעה"ב צריך לסבול מזה היזק והנה מה שכתב המחבר דאם ידע ושתק אינו יכול שוב למחות, הכוונה דאינו יכול שוב למחות אפי' לאחר שבא דבר הניזוק דכיון דהמחזיק החזיק בזה מדיו חזקה, על הניזק תו להרחיק את עצמו, וע"ז צריך שפיר הטעם משום דמתחלה מצי מעכב ומשו"ה כשלא מיחה הוה חזקה ואינו יכול שוב למחות אפי' כשבא דבר הניזוק, אבל אם לא היה יכול למחות מתחלה, נהי דהיה רשאי הניזק לעשות היזק כזה קודם שבא הניזוק ולא היה צריך ע"ז לחזקה, אבל כשיבוא תו דבר הניזוק יהא מחויב להסיר הנזק כיון דדין חזקה לית בזה דהא לא מצי היה למחות ובלא מחאה אין חזקה, ובלא חזקה לא מצי לקיים ההיזק הזה, דכיון דחזקה ליכא, ומדת סדום נמי ליכא מהיכי תיתי יקיים ההיזק, ובודאי שיהא מחויב להסירו, ואכן השתא דמצי למחות גם לכתחלה, א"כ כששתק ולא מיחה זוכה בה המחזיק מדין חזקה ופשיטא דאינו יכול שוב למחות אפי' לאחר שבא הדבר הניזוק, ועל דרך זה יתיישב נמי קושית הפרישה גופא, דעל מה שכתב הטור

דעשן תדיר נמי דוקא היכי דמטיא לרשותא דחבריה ברוח מצויה אבל אי לא מטי נא אלא ברוח שאינה מצויה לא מחייב לסלוקי, וכתב הפרישה ע"ז דמ"ש הטור ולא מחייב לסלוקי, רצה לומר דלא מצי מחי בו, אלא דהקשה לפי"ז כיון דלא מצי מחיבו למאי נ"מ לא הוה חזקה ע"ש, ולמה שכתבתי שפיר יתפרש כן נמי בכוונת הטור ודו"ק, והנה בפ"ת כאן הביא בשם רעק"א דהכריע כאן כהרמ"א, ולא דמי למ"ש השו"ע לעיל בבעיא דכיבד וריבץ דלכתחלה בעל האוצר מעכב דשאני התם דהוה מזיק ודאי משא"כ הכא דאיכא ספיקא דרבוותא אי מיקרי זה היזק כלל רשאי גם לכתחלה ע"ש, ונראה שהבין רעק"א דהפלוגתא הוא אם עשן שאינו תדיר הוה כלל היזק, ולכן לעולם לא מצי למחות, אבל תמהני מה שייך פלוגתא בזה אי הוה זה היזק הא המציאות לפנינו שיש כמה דברים שמזיק להם גם עשן כל שהוא, ומה סברא לומר שבכה"ג יהא רשאי לכתחלה להזיקו כשיש דבר הניזוק, אלא פלוגתתם הוא רק בשאין דבר הניזוק לעת עתה ולכן פליגי אם שייך בזה מדת סדום כיון דהשתא אין לו עוד שום היזק, ולחוש לחששא רחוקה אמא ירצה לסמוך דבר הניזוק גם בעשן כזה זהו מדת סדום, הכי הוא טעם הרמ"א, והמחבר סובר דאפי' בכה"ג לא הוה מדת סדום כיון דאפשר לפעמים שיגיע לו היזק עי"ז ודו"ק:

סעיף מ"א **במחבר** כל דבר שידוע שאין המערער יכול לסבול וכו', דקדק לכתוב שידוע משום דלאו כל אדם נאמן לומר שהוא מאניני הדעת שאינו יכול לסבול הוזק זה אם לא כשהוא גברא רבה דלא משני בדבורי' או שידוע לכל שכן הוא האמת, כן כתב בשמ"ק, והמחבר שהשמיט גברא רבה ודאי משום דהאידנא אין מצוי כל כך אנשים כאלו שאפשר להאמינם על דבורם, ולכן דייק לכתוב בידוע דוקא וק"ל:

סעיף מ"ג **במחבר** והרי המחזיק טוען אתה כו' או מחלת לי אחר שראית או הוכר הנזק ושתקת ולא מחית והניזק אומר עכשיו הוא שראיתי ולא ידעתי מקודם כו' על הניזק להביא ראיה, והנה האחרונים הקשו מהא דהביא המחבר לעיל (סי' קנ"ג סעיף ז') גבי קורה דאם חברה בטיס החזיק והוא שיביא המחזיק ראיה ע"ז שהמערער סייע בהדי', הרי דמספק על המחזיק להביא ראיה, וכתבתי שם לחלק דכיון דזה לא בקל להכיר אם חברי' בטיט, משו"ה צריך המחזיק להביא ראיה, דדוקא בדבר שקרוב יותר שהניזק ודאי יודע מזה, וכגון כשמכחיש על עיקר הקורה שאינו יודע אם הניח קורה כלל, בזה אין נאמן הניזק בלא ראיה מפני שיותר קרוב דודאי ידע מזה ע"ש היטב, ונראה ראיה לחילוק הזה מתשובת הרי"ף (סי' קי"ז) וז"ל ראובן קנה חצר משמעון והיה בחצר מקודם לכן אצל הפתח בור פתוח שמימי החצר נשפכין אליה כמו עשר שנים וכיון שראובן קנה את החצר קם לוי עליו ואמר שבור זה שמים נשפכים אליה הוא אצל פתחו והוא מזיק את

כותלו וההיזק ניכר כו' ואם היזק זה אינו ניכר שאפשר שלא יראהו לוי ישבע שלא ראה ולא ידע ולא הכיר עד עתה ומרחיקין אותו ההיזק מכותלו עכ"ל, ובודאי לא פליג הרי"ף עם הרמב"ם דסובר דאם הניזק טוען לא ידעתי שאינו נאמן בלא ראיה, ומשו"ה דייק הרי"ף בעובדא דידי' ואם היזק זה אינו ניכר כו', דדוקא בהיזק כזה שאינו ניכר וקרוב הדבר שהאמת אתו שלא ידע עד עתה, בזה הוא דנאמן בשבועה בלא סהדי, אבל בהיזק הניכר ודאי דהניזק צריך להביא ראיה וכהרמב"ן ודו"ק, ובשער המשפט כתב דהרי"ף מיירי כשאין המחזיק טוען ברי שבודאי ידע הניזק והרמב"ם מיירי כשמחזיק טוען ברי שידע מקודם ומשו"ה אינו נאמן הניזק בלא עדים, ואין זה מוכרח, דשפיר יתפרש כמו שכתבתי ודו"ק:

## סימן קנו

סעיף' ב' **במחבר** חנות שבחצר יכולים למחות ולומר אין אנו יכולים לישן מקול הנכנסים, אבל אינו יכול למחות ולומר אין יכולים לישון מקול הפטיש כו' וכפי שביאר הסמ"ע ס"ק י' החילוק שביניהם דעל הקול שבבית אין יכולים לעכב, מפני שאדם רשאי לעשות בביתו כל מה שירצה ואין שכינו מעכב עליו, ואם הקול הזה נעשה לא בביתו אינו רשאי להזיק לחבירו בקול, אכן מהש"ס לא משמע כן דבב"ב (דכ"ו ע"ב) מוקי אביי לסיפא דמתני, דקתני אבל אינו יכול לומר איני יכול לישון מקול התנוקות דמיירי בחצר אחרת, וא"כ משמע שאפי' על הקול שיוצא מאנשים אחרים שאינם מחצירו נמי אין יכול לעכב, ולכן נראה דלא מצי למחות על הקול כ"א כשהקול יבוא מאנשים הנכנסים ויוצאים שאין להם הרשות לעבור דרך חצירו, משא"כ כשהקול יבוא מדיירי החצר גופא, כיון שיש להם הרשות להיות בחצר, ממילא יש להם לעשות כל המלאכות שירצו, או אפי' אם הקול יוצא מאנשים זרים שאינם דיירי החצר, רק שאינם נכנסים ויוצאים בחצר הניזק, אלא שהם עושים קול רעש בחצירם ובביתם של עצמם, והקול הזה יגיע גם לחצר האחרת, כההיא דתנוקות, אינו יכול בעל החצר השני לעכב עליהם, דבחצירם ובביתם שלהם רשאים לעשות מה שירצו, ואין להקשות דלפי"ז דטענת איני יכול לישון מהקול אינו שייך כ"א כשאנשים זרים יוצאים ונכנסים דרך חצירו ומהם יוצא הקול ההמולה, א"כ למה לטעם דאיני יכול לישון מן הקול, תיפוק דיכול לעכבם מלילך דרך חצירו מפני טענת רבוי הדרך ואפי' כשאין עושים קול המולה וי"ל משום דטענת רבוי הדרך אינו שייך כ"א ביום כשצריך לילך בחצירו דחקי לו רבים, אבל בלילה בעת שישן על מטתו ואין לו צורך להילוך בחצר, אינו יכול לעכב מטענת רבוי הדרך, וכ"כ בחדושי הרמ"ה להדיא דבלילה בעת השינה אין טענת רבוי הדרך טענה לעכב על הנכנסים ויוצאים

עיי"ש ומשו"ה קאמר הטעם דאינו יכול לישון שזהו טענה בין ביום בין בלילה, דכל זמן שהוא רוצה לנוח ולישון, מפני קול ההמולה מאת הנכנסים ויוצאים אינו יכול, ומזה מוכח דטעם דאינו יכול לישון הוה טענה אפי' ביום, דגם ביום איכא דניימי ומניחים עצמם לישון באם ימצאו צורך לזה, ודלא כהרב השואל שהובא בתשובת חת"ם (חחו"מ סי' צ"ב) שכתב דטעם זה לא שייך ביום, דאי כדבריו א"כ יקשה אכתי למה נקיט האי טעמא דאינו יכול לישון משום דטעם דרבוי דרך לאו טעם כולל הוא בכל עת ובלילה אינו שייך, הא גם הטעם דאינו יכול לישון אינו טעם הכולל, דביום אינו שייך, אלא ודאי דטעם זה דאינו יכול לישון הוה טעם הכולל דשייך בין ביום בין בלילה ודו"ק:

שם **במחבר** אבל אינם יכולם למחות ולומר אין אנו יכולים לישון מקול הפטיש ומקול הרחיים כו' פי' דהיינו ברחיים שטוחן לעצמו, דאילו בטוחן לאחרים ודאי דיכול למחות, דבקול שנשמע מאחרים יכול למחות כמו בחנות בקול הנכנסים ויוצאים וכ"כ בשמ"ק בשם הרשב"א להדיא:

## הלכות שותפים בקרקע

### סימן קנז

סעיף י' **ברמ"א** וכן אם נהנה בבנינו אעפ"י שלא עשה שום היכר שניחא לי' חייב ליתן לו כפי מה שנהנה, ודין זה נובע ממשנה (ב"ב ד"ה) סמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל, ובתוס' הקשו על דין זה הא זה נהנה וזה לא חסר פטור ע"ש ואיני מבין מה ענין דין זה לדין דזה נהנה וזה לא חסר, הא ז"ל השמ"ק בשם עליות הר"י (ב"ב שם) על הך דינא דסמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל, פי' דכיון דגלי דעתו דניחא לו מה שהגביה חבירו מארבע אמות ולמעלה מיד קנה חצי הכותל לפי שזכתה לו חצירו שהרי חצי הכותל בנוי על חצי חלקו בקרקעו אעפ"י שלא אמר לו זה תקנה לך חצירך שהרי פ"כ של זה בנאו יכול זה לזכות בחצי הכותל ולהשתמש בו כיון שבנחוי בחלקו וכו', ומידי שישתמש בו או שיגלה דעתו שהוא חפץ בו ותחייב בחצי הונאת הגבהתה דקניא לו חצירו עכ"ל, וכיון שמטעם קנין הוא דנתחייב דקנה מחצית הכותל, א"כ מה ענין זה לדין דזה נהנה וזה לא חסר, דזה לא שייך כ"א כשגוף הדבר הוא של בעה"ב וזה השני בא רק להשתמש באותו דבר, וכגון דר בחצר חבירו, אבל כשזה קנה הדבר ומטעם קנין הוא דנתחייב לשלם הדמים מפני שקנה לגוף הדבר, אפי' אם לא חסר הבעה"ב כלום נמי פשיטא דמחויב הקונה לשלם והגע עצמך אילו קנה מחבירו חצר דלא קיימא לאגרא, שאין בעה"ב חסר מזה, הכי נימא בשביל זה דאין הקונה מחויב לשלם, ודאי דשום אחד

לא יאמר כן, לא אמרו כ"א בדר בחצר דלא קיימא לאגרא, דרך נהנה הוא מתשמישי החצר, אבל גוף החצר נשאר לבעה"ב, בזה אמרינן דפטור מטעם דזה לא חסר, אבל בקונה לא אמרינן הכי, ועוד דכיון שקנה לחצי הכותל והאבנים נעשו שלו, אין לך חסר גדול מזה, ודו"ק היטב כי לפענ"ד אשר לפי הסבר השמ"ק אין מקום לקושית התוספת ועיין בחדושנו לקמן (סי' קנ"ח) מה שכתבנו מזה:

סעיף י"א **במחבר** אם זה שבנה הכותל גבוה בא לתבוע וכו' מפני שסמך לו כו' ואמר פרעתי אינו נאמן אלא חבירו נשבע בנק"ח והנה הרמ"ה השיג על הרמב"ם בזה מהא דמשמע בש"ס (ב"ב ד"ה) דמי יימר עדיף טפי מחזקה דתוך זמנו, דהא אביי ורבא דלא סברי חזקה דתוך זמנו ואפ"ה מודו במי יימר דהוא בחזקת שלא פרע, וכיון דקיי"ל בתוך זמנו דנאמן הנוטל בלא שבועה, מכ"ש היכא דאיכא מי יימר דנוטל בלא שבועה, וכזה הקשה גם הט"ז על הרמב"ם, ואפשר ליישב, דהנה הצעת הסוגיא שם הכי הוא, דפריך לאביי ורבא דלית להו חזקה דתוך זמנו מסיפא דמתני' למעלה מד' אמות בחזקת שלא נתן ה"ד אילימא דאמר לו פרעתי בזמני, דהיינו לבתר דגמר לכותל הסמיכה, אמאי בחזקת שלא נתן, אלא לאו דא"ל פרעתיך בתוך זמני, מקמי דאגבהיה לכותל הסמוכה טפי מארבע אמות, אלמא לא עביד אינש דפרע בגו זמני', ודחינן שאני התם דאמר מי יימר דמחייבין לי' רבנן, כלומר דשאני התם דכל כמה דלא סמיך לא ידע דמחייב מידי לכי סמיך כי היכי דליזול וליפרע קודם זמנו דמימר אמר מי יימר דמחייבין לי רבנן לכי סמיכנא, ולפי"ז לא מוכח כלל מהתם דאביי ורבא מודה במי יימר, דהא דסברי התם גם אביי ורבא לטעם דמי יימר, היינו כי איכא בהדי' תוך זמנו נמי. אלא דבתוך זמנו לחוד היכי דליכא טעם דמי יימר לא סברי דלחייבו משום הכי, וכי מצטרף בהדי' סברא דתוך זמנו גם סברא דמי יימר חייב גם לאביי ורבא, אבל באמת סברא דמי יימר לחוד לא עדיפא מחזקה דתוך זמנו, ואדרבה עוד גריעא ממנה דאינה מועלת לאביי ורבא כ"א לצירוף בהדי תוך זמנו, ועוד י"ל בהסבר נכון דלאו משום צירוף עדיף המי יימר בתוך זמנו, אלא משום דעצם הספק הוא יותר גדול, כיון דהחיוב תלי בדידי', דאם אין רוצה לסמוך אינו מחויב, ובדידי' תלוי אם לסמוך וכמה לסמוך וכיון שבדידי' תלוי ודאי דאינו משלם קודם זמנו דשמא לא ירצה אח"כ לסמוך, וכעין תרי מי יימר איכא הכא, מי יימר שירצה לסמוך, וגם אם ירצה שמא לא יחייבוהו ב"ד, משא"כ בטוען פרעתי לאחר שכבר סמך הכותל ולא נשאר הספק כ"א מי יימר שב"ד יחייבוהו וזה הוה ספק רחוק דודאי קרוב יותר שב"ד יחייבוהו, ולכן מי יימר כזה גריע מחזקה דתוך זמנו, ודוקא המי יימר דבש"ס התם דמיירי בתוך זמנו, הוא דעדיף מחזקה דתוך זמנו, ולכן שפיר לדידן

דקיי"ל דחזקה דתוך זמנו לתוד מועיל לחייבו, שפיר נוטל בלא שבועה משא"כ במי יימר דגריעא מינה צריך לישבע בנק"ח, וצ"ל לפי"ז דמ"ש הרמב"ם והמחבר כאן מיירי כשאומר פרעתיך בזמני, דאי בטוען פרעתיך קודם שסמכתי הכותל דהיינו בתוך זמני, א"כ גם הכא איכא צירוף שתיהם, תוך זמנו ומי יימר, שזה מהני אפי' לאביי ורבא, אלא לאו דהכא מיירי שטוען שפרעו בזמנו דהיינו לאחר שנגמר כותלו שסמך, ואע"ג דבכל מקום כשטוען פרעתיך בזמנו מהימן, ואין המוציא נאמן להוציא בשבועה הכא שאני כיון דאין חיובו ברור ומי יימר דמחייבו רבנן, להכי מיהא אהני האי טעמא דמי יימר, שבשבועה יהא נאמן להוציא, ואי"ל דהא בש"ס אמרינן דבאמר פרעתיך בזמני אמאי הוה בחזקת שלא נתן, הרי דפשיטא לש"ס דבטוען פרעתי בזמנו נאמן המוחזק, ומשמע דאינו נאמן זה להוציא אפי' בשבועה, די"ל דהיינו בס"ד קודם שמסיק טעם דמי יימר, אבל לבתר דמסיק טעם דמי יימר, ונהי דלא מהני טעם זה שיטול גם בלא שבועה, כמו החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, מ"מ לענין זה אהני דמיהא בשבועה נוטל ודו"ק, וכל זה כתבתי רק לפי ההנחה דכוונת הש"ס בתירוצו שאני התם מי יימר דמחייבי לי רבנן, דהיינו בתוך זמנו, דאמרינן דבתוך זמנו לא עביד דמיפרע בחיובו שאינו ברור דלחייבוהו אפי' אח"כ כשיגיע זמנו, ולפ"ז ודאי דאין ראיה מהש"ס דטעם דמי יימר לחוד עדיף מחזקה דתוך זמנו וכמו שביארתי, מיהו לאחר העיון מצאתי פלוגתה דרבוותא בפירוש הש"ס, בפי' דרבינו גרשום ועוד כמה גדולי הראשונים מבואר באמת כמו שכתבתי דקאי על תוך זמנו, אכן רש"י פי' שם שאני התם דאפי' אמר פרעתיך בזמני לא מהימן דאמר מי יימר דמחייבין לי' רבנן ע"ש, ולפ"ז ודאי דשמעינן מהתם דטעם דמי יימר לחוד עדיף מחזקה דתוך זמנו, דהא כשטוען פרעתיך בזמני אין בזה כ"א טעם דמי יימר לחוד ואפ"ה מודו בזה גם אביי ורבא דאינו נאמן לומר שפרע, אע"ג דבחזקה דתוך זמנו סברי דנאמן הרי דטעם דמי יימר עדיף, ויוחזר הקושיא דלדידן דקיי"ל שאפילו נגד חזקה דתוך זמנו אין נאמן, כ"ש דאין נאמן נגד טעם דמי יימר דעדיף מינה, ונ"ל ברור דלשיטתייהו אזלי, דהרמ"ה לשיטתו שבחי' הביא לשני הפירושים בכוונת הש"ס והכריע כרש"י ע"ש וא"כ לדידי' מוכח שפיר דמי יימר עדיף מתוך זמנו, וממילא שפוסק כיון דקיי"ל דאין נאמן לומר פרעתי נגד תוך זמנו עד שנוטל התובע בלא שבועה, כ"ש שנוטל בלא שבועה כשיש טעם דמי יימר, אכן הרמב"ם יפרש כרבינו גרשום, ולפי' זה על דמי יימר גריעא מתוך זמן, ולכן במי יימר אינו נוטל בלא שבועה אע"ג דבחזקה דתוך זמנו נוטל בלא שבועה, ואולי מקום הניחו לי רבותינו ליישב דברי הרמב"ם במה שהפוסקים נשארו בצ"ע, ועיין מה שכתבתי בדבור הסמוך:

שם **ברמ"א** מיהו אם קבע לו בנין קבוע נאמן שנתן לו חלקו, והטעם דכיון בקבע לו הבנין הוה חיובו פשוט ותו לא שייך בי' מי יימר דמחייבי רבנן וכמ"ש הנמוק"י, ועיין בקצוה"ח שהקשה מהא דמסיק הש"ס (ב"ב ד"ה) שאני התם מי יימר דמחייבו לי רבנן והא עיקר חיובו בשסמך לו כותל אינו אלא משום שנתן עליו את התקרה וכמ"ש רש"י שם בהא דאמר רב הונא סמך לפלגא סמך לכולה משום דסופו לגמור כל הכותל וליתן התקרה, וא"כ אחר שיתן את התקרה הרי משפטו נודע, וכיון דס"ל עביד אינש דפרע גו זמני' אמאי לא יפרע כיון שהוא יודע בבירור שודאי יתחייב לו אחר נתינת התקרה, יפרע לו תוך זמנו כי היכי דלא ליטרדי' אחר נתינת התקרה ע"ש, ולמה שכתבתי בדיבור הקודם, לא קרב כלל את התוך זמנו דהכא דלגבי כותל, להך תוך זמנו דלגבי מלוה דאמרינן בהו עביד אינש דבוע גו זמני' דהתם החיוב הוא ודאי אתי בזמנו, דזמן הפרעון ממילא אתי ואין בידו לדחותו, ולכן אמרינן דעביד דפרע נמי מקודם כי היכי דלא ליטרדיה, משא"כ הכא גבי כותל הוא בידו דאם רצה שלא לסמוך הכותל לא יבוא לידי חיוב, ולכן איך שייך לומר בו דיפרע מקודם כי היכי דלא ליטרדי', הא בידו לעכב סמיכת הכותל ולא יוכל לטורדו, ואדרבה מסתבר יותר דאם מתירא שמא יטרידו ולא יהיה לו במה לשלם, לא יבנה את הכותל עד שיהיה לו מעות, ולכן בכה"ג לא שייך דלא ליטרדי' ומשו"ה ודאי דלא פרע גו זמני', שוב מצאתי בשמ"ק ע"ש הרשב"א שהביא להקשות כקושית הקצוה"ח ותי' בתירולי וז"ל שאני התם דאמר מי יימר דמחייבי לי רבנן קשיא לי והא טעמא דאביי ורבא משום דכי מטא זמני' לא ליתי ליטרדו הוא וה"נ כי סמיך לו כותל אחר הא גלי דעתו דבעי ליתן תקרה ואז ודאי מידע ידע דמחייב ליתן, א"כ אפי' מהשתא פרע דמימר אמר אי סמיכנא לא ליתי ליטרדו, וי"ל דהתם זמן פרעון ע"כ אתא ולכך אמר לא ליתי ליטרדו אבל הכא בידו הוא אי בעי לא יהיב תקרה עד דהוו ליה זוזי והא שייך טעמא דמי יימר דמחייבי לי בי דינא עכ"ל, הרי להדיא כמה שכתבתי, ואמנם לפי"ז צ"ל דמ"ש מי יימר דמחייבי לי רבנן, אין הכוונה דהספק הוא בדין שאין חיובו ברור עפ"י דין, אלא הספק הוא בעצם ההתחייבות דשמא לא יסמוך הכותל ולא יבוא לידי חיוב, אבל אם יבנה הכותל אין עוד שום ספק בדין, דודאי יחייבוהו, ואין הלשון דמחייבי לי רבנן סובל כ"כ את הכוונה הזאת, דלשון זה משמע דהספק הוא אם הב"ד יחייבוהו מפני שאין חיובו ברור, אלא שהספק תלוי בידו, מיהו נראה דזה תלוי בשני הפרושים שהבאתי בדבור דלעיל, דלפירוש רבינו גרשום וסייעתו דמ"ש הש"ס שאני התם מי יימר דמחייבי לי, הוה פירושו דמשו"ה לא יפרע תוך זמנו דוקא, אבל אי אמר דפרע בזמנו מהימן, אי אפשר תו לפרש דהספק הוא בחיוב ב"ד, שאין חיובו ברור דא"כ אפי' בזמנו

נמי לא יפרע, דבזמנו נמי שייך האי טעמא, ובע"כ דהכוונה הוא שהספק תלוי בעצם, דשמא לא יבנה, משא"כ רש"י והרמ"ה לא ניחא להו לפרש כן משום דלשון דמחייבי לי רבנן משמע דהספק הוא בחיוב ב"ד ומשו"ה פירשו באמת דאפי' אם טוען שפרע בזמנו נמי אינו נאמן, דגם בזה שייך לומר דאינו משלם משום שחיובו אינו ברור אכתי דמי יימר דמחייבי לי' רבנן ודו"ק היטב כי זה ברור מאוד בעזה"י:

סעיף י"ב **ברמ"א** ומיד שאמר ליתן חצי ההוצאה זכה בחצי הכותל וכו' ומחייבין אותו ליתן, עיין בסמ"ע שכתב נמי דמיד כשגילה דעתו שחפץ בזה מחויב לשלם ולא יוכל לחזור, והנה בהגהות מוהרי"ש כתב שבמ"מ משמע דהזכות בחצי הכותל הוא בעת שפורע חצי ההוצאות ובגילוי דעת לא סגי ע"ש, ולכאורה יש לתמוה הא זה לשון המ"מ ודע שבפריעת חצי ההוצאה אפי' בע"כ של חבירו זוכה בחצי הכותל לפי שהמקום של שניהם וזכתה לו חצירו וכיון שהוא בנוי על חלקו מיד כשגילה דעתו דניחא לו מחייבין אותו עכ"ל, והרי בסופו כתב להדיא דמיד כשגילה דעתו מחייבין, וכנראה שבעל ההגהות מוהרי"ש סובר לחלק, דלענין הזכייה בכותל בעינן דוקא שישלם ממש, ולענין לחייב לזה בחצי ההוצאה בגילוי דעתא נמי סגי, ואין בזה שום סברא לומר כן, דכל זמן שלא זכה בכותל למה יתחייב לשלם, וכיון שלא זכה בכותל עד שישלם, ממילא דאין מתחייב נמי לשלם, ואדרבה מסתבר דהמוחזק ידו על העליונה, וכן הוא להדיא בשמ"ק ע"ש עליות ה"ר יונה וז"ל סמך לו כותל פי' דכיון דגלי דעתו דניחא לו במה שהגביה חבירו מארבע אמות ולמעלה מיד קנה חצי הכותל לפי שזכתה לו חצירו שהרי חצי הכותל בנוי על חצי חלקו בקרקעו אעפ"י שלא אמר לו זה תזכה לך חצירך שהרי ע"כ של זה בנאו יכול זה לזכות בחצי הכותל ולהשתמש בו כיון שבנאו בחלקו ולא שיתחייב בכך ליתן חצי חלק ההוצאה ונמצא זה שלא בנאו ידו על העליונה אם יחפוץ לא יתן חלקו בהוצאה ולא ישתמש בכותל, ואם יחפוץ להשתמש בו יזכה בחציו ומיד שישתמש בו או שיגלה דעתו שהוא חפץ בו יתחייב בחצי הוצאת הגבהתו דקניא לו חצירו עכ"ל, ולכן נראה דמ"ש המ"מ בפריעת חצי ההוצאה, לא נתכוון לדייק דדוקא בפריעה ממש, אלא סמיך על מה שסיים דבגילוי דעת נמי סגי, וכוונתו רק לאשמועינן דבפריעה מחצית זכה בכותל גם בע"כ, אבל איך יהיה הפריעה, אם פריעה ממש או רק גילוי דעת דניחא לו סמיך על מה שביאר להדיא בסוף דבריו דבגילוי דעת נמי סגי ודו"ק:

סעיף ו' **ברמ"א** גדר ב' רוחות ועמד הניקף וגדר רוח ג כו' נ"ל דא"צ לשלם לו א כו', וכתב הסמ"ע דהרמ"ה כתב כן לאפוקי מהב"י שכתב בסוף סימן זה דבכה"ג מחייבינן את הניקף לשלם להמקיף חצי ההוצאה משתי רוחות שגדר כיון דגילה דעתו דניחא לו

בגדירת המקיף, ובהגהות הטור כתב נמי דהד"מ השיג בזה על הב"י ע"ש, ולכאורה איני מבין את השגתם דהא הסמ"ע גופא הביא בסוף סימן הקודם בשם המ"מ דמיד שגילה דעתו מחייבינן לזה לשלם חצי ההוצאה, והסביר בטעמו דכיון דהמקום הוא של שניהם זכה לו חצירו באבנים מיד כשגילה דעתו ואינו יכול עוד לחזור והא הכא מיירי נמי שהכתלים בנויות על מקום שניהם, א"כ ודאי דחייב מיד שגילה דעתו, ואף שלא גמר כל הכתלים ועדיין פתוח מרוח אחת, מ"מ ודאי דחייב, כיון דהחיוב הוא לא מצד הנאה כ"א מפני שזכה באבנים, וכאילו קנה את האבנים מיד המקיף, ובשלמא אם החיוב היה מצד הנאה, היה אפשר לומר דכיון דאכתי פתוח הוא ולא נהנה כלום פטור, אבל כיון שהחיוב הוא מצד קנין מה איכפת אם גם אין נהנה, ועיין מה שכתבנו בחדושנו בריש סימן הקודם, אכן כאשר עיינתי בלשון הב"י גופא נוכחתי דיפה הקשו עליו, דז"ל הב"י אם גדר ראשונה ושניה ועמד הניקף וגדר את השלישית נ"ל שמחייבין אותו לגדור את הרביעית וכו' עכ"ל, הרי דהב"י דן לחייבו לגדור גם הכותל הרביעית, ולא כמו שהעתיק הסמ"ע לחייבו בהוצאת שתי הכתלים שגדר, ולענין לחייבו בגדר כותל הרביעית לא שייך לומר דהחיוב הוא בזה מטעם קנין, דהא אכתי ליכא כאן כותל ואבנים ואין מה לקנות, ובע"כ שבזה הוא החיוב מטעם הנאה ולכן שפיר הקשו דהא כיון דפתוח לא נהנה מידי, ועיין בקצוה"ח בסמוך בסק"ו שמיישב דעת הב"י דהחיוב הוא באמת מטעם קנין ע"ש, ותמיהני איך אפשר לפרש כן, דא"כ אמאי חייב גם בגדירת כותל הרביעית:

שם **במחבר** וכן אם הניקף עצמו הוא שגדר רוח רביעית הרי גילה דעתו ונותן חצי ההוצאה, דין זה חידשו התוס' (ב"ק ד"כ) דעל מה שאמרו בש"ס שם ת"ש אמר ר' יוסי אם עמד ניקף וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, טעמא דגדר ניקף הא מקיף פטור ש"מ זה נהנה וזה לא חסר פטור, והקשו בתוס' שם א"כ עמד ניקף נמי, ותירצו דשאני עמד ניקף דגלי דעתו דניחא לו בהוצאה ולא דמי לדר בחצר חבירו דלא גלי דעתו אלא בחנם ע"ש, ודין זה שהעלו התוס' דהיכי דגלי דעתו דניחא לו בהוצאה חייב, הובא בהגה"א שם, וכן הופסק בשו"ע לקמן (סי' שס"ג) וכאן, אכן הרש"ל ביש"ש שם השיג על דין זה והעלה שאין לחלק בכך, וזה נהנה וזה לא חסר לעולם פטור אפילו גלי אדעתו דניחא לו בהוצאה ע"ש והנה בספר נחלת דוד הביא עיקר הראיה לרש"ל, משום דקשה על דברי התוספת מסוגיא דב"ק שם, אחר אבא מרי משמי' דרב הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר והשוכר בית מן ראובן מעלה שכר לשמעון, ופריך עלה תרתי (רצה לומר דהוה תרתי דסתרי אהדדי) ומשני הא דקיימא לאגרא והא דלא קיימא לאגרא, ואם איתא לדברי התוס' דבגילוי דעת דניחא לו בהוצאה תליא מילתא, א"כ

מאי פריך תרתי, הא בשוכר בית מראובן גלי אדעתו דניחא לו בהוצאה, וא"כ אפי' בלא קיימא לאגרא יתחייב לשלם, ואמאי מוקי לה הש"ס בקיימא לאגרא דוקא, ואין לתרץ דהתם משום דלא גלי אדעתו דניחא לו למיתב שכר רק לראובן אבל לשמעון לא גלי כלל, דלפמ"ש התוס' דבגילוי דעתא דניחא לו בהוצאה תליא מלתא א"כ מה לי גלי דעתו לראובן או לשמעון, סוף סוף הא חזינן דניחא לו בהוצאה ע"ש, והנה מה שכתב דאין לתרץ כן, באמת הוא רק הוא התירוץ האמיתי לקושיא זאת, דקושיא זאת כבר הקשה בשמ"ק שם ומחלק דהתם שאני דלשמעון לא גלי דעתו, ועיין בפרישה לקמן (פי' שס"ג) שהכריח דבע"כ לחלק ולומר דבגיבי דעתו של זה לא מהני לזה, ולא מהני גילוי דעת אא"כ היה מגלה דעתו לבעה"ב עצמו, שהרי בחצר דלא קיימא לאגרא אע"ג דעביד למיגר אפ"ה אינו נותן לזה כלום אע"ג דודאי אם לא היה זה מניחו לדור בחצירו היה שוכר חצר מגברא אחרינא שהרי עביד למיגר, וא"כ אין לך גילוי דעת גדול מזה, ואפ"ה כיון שלא גילה דעתו לשכור מבעל החצר זה אם לא יניחו לדור בחנם לא מיקרי גילוי דעת, הוה"ד נמי כאן אעפ"י ששכר בחזקת שהוא שלו דעתו לשכור אפ"ה כיון שלא גילה דעתו מזה אין כאן גילוי דעת ע"ש, ובחנם השיגו על התוס' והמחבר מכח קושיא זאת, ואמנם הכא א"צ כלל לדברי התוס', דהכא לאו מטעם הנאה חייב אלא משום קנין דחצירו זכה לו וכמ"ש הקצוה"ח ועיין בסמ"ע סוף סימן הקודם ובחדושנו שם:

## סימן קנט

סעיף א' **ברמ"א** ואם הגג שפל עד שבני רה"ר רואים אותו כמי שעומד בגג אין כאן היזק ראיה, ובקצוה"ח הביא לדברי הריב"ש שהקשה מאי איכא בין האי דאביי בשני בתים בשני צידי רה"ר דמצי אמר בני רה"ר ביממא חזיא כו', ובין אותה ששנינו (ב"ב פחז"ה) אבל פותח הוא פתח נגד פתח וחלון נגד חלון ברה"ר דמצי א"ל סוף סוף בעי אצטנועי מבני רה"ר, וכתב ליישב דבהאי דאביי יש זמן שזה יכול לראותו בעומדו בגגו כדרכו ובני רה"ר אין דרך לראותו כגון בלילה, אבל בהאי דפתח נגד פתח אין דרך לעמוד בתמידות בפתח ביתו ואם יעשה זה במקרה פעם אחת גם בני רה"ר עושין כן לפעמים כשיזדמן לדבר זה עם זה, והקצוה"ח כתב דלדברי הרמ"א דאם הגג שפל עד שבני רה"ר רואין אותו אין כאן היזק ראיה, א"כ אין צורך לתי' הריב"ש, דבלא"ה לא קשה, דגבי האי דפתח נגד פתח הו"ל כמו הכא בגג שפל ע"ש, והנה זה ודאי דבדברי הרמ"א מיושב קושית הריב"ש, ועיקר דינו של הרמ"א נובע רק מכח קושיא זאת, דבחדושי הרמ"ה וכן בשמ"ק בב"ב הקשו נמי כקושית הריב"ש דמ"ש האי דאביי מההיא דחזה"ב, ותירצו לחלק דגבי גג שאני משום דגבוה ואין בני רה"ר יכולין לראותו כשהוא יושב אבל בגג שפל שגם

בני רה"ר רואין אותו פטור באמת מלעשות מעקה דמיא להההיא דפתח נגד פתח ע"ש, ואמנם אפ"ה נצרך נמי לתי' הריב"ש, דבתירוץ הרמ"ה והשמ"ק שהם דברי הרמ"א לא סגי, דבש"ס שם פריך על דברי אביי מאי איריא רשות הרבים אפי' רשות היחיד נמי ומשני רה"ר איצטריכא סד"א מצי אמר לו סוף סוף לא קא בעית לאצטנועי מבני רה"ר קמ"ל דאמר לו בני רה"ר ביממא חזיא לי בליליא לא חזו לי את בליליא נמי חזית לי, בני רה"ר כי קאימנא חזו לי כי יתיבנא לא חזו לי את כי יתיבנא נמי חזית לי, בני רה"ר כי מעייני חזו לי כי לא מעייני לא חזוי לי את כי לא מעיינת נמי חזית לי, הרי דקאמר שלשה חלוקים שבין גגין לרה"ר, ולתי' הרמ"ה והשמ"ק הא תינח מטעמא דכי יתיבנא לא חזו לי וכי מעייני לא חזו לי דשייך רק לגבי גגין דגביהי ולא שייך זה גבי פתחים וחלונות דלא גביהי, אבל אכתי טעם השלישי דביממא חזו בליליא לא שכיחי בני רה"ר, איכא נמי גבי פתח כנגד פתח, וא"כ גם בפתח לנגד פתח נמי לעכב מהאי טעמא דלא מצי אמר לו סוף סוף הא בעית לאצטנועי מבני רה"ר, משום דבני רה"ר בליליא לא שכיחי ואת חזית בליליא נמי, וכיון דעיקר הטעם הכא לגבי גגין משום דנפיש הזיקו יותר מבני רה"ר, וא"כ גבי פתח נגד פתח נמי נפיש הזיקו יותר מבני רה"ר, ואע"ג דגבי גגין נפיש ההיזק מתלתא טעמי, וגבי פתח רק מטעם אחד זה אין שום נ"מ כיון דסוף סוף נפיש הזיקו מבני רה"ר מצי לעכב, ומה לי נפיש מתלתא טעמי או רק מטעם אחד, ואמנם לטעם הריב"ש גם זה ניחא, דגבי פתח נגד פתא לא נפיש הזיקו כלל, ואפי' מטעם דבליליא לא חזי בני רה"ר, דאטו בני רה"ר אינם הולכים כלל בלילה, הא ודאי שכמה בני אדם הולכים גם בלילה, אלא הכוונה הוא דבליליא לא שכיח כל כך עוברים והולכים, ובפתח נגד פתח נמי לא שכיחי, דאין דרך לעמוד בתמידות בפתח ביתו, וכיון דלא נפיש הזיקו מבני רה"ר משו"ה לא מצי לעכבו, משא"כ בגגין נגד גגין דדרך לעמוד שם זמן הרבה ולעבוד עבודה וא"כ שכיחי יותר מבני רה"ר ודו"ק היטב כי הדברים נכונים:

### סימן קס

סעיף א' **במחבר** גג הסמוך לחצר בעל הגג מזיק לבעל החצר ואין בעל החצר מזיק לבעל הגג כו', וכתב בסמ"ע דאפי' בגגין העשויין לדירה נמי הוה בעל החצר יותר ניזק ע"ש, וכל הראשונים כתבו להיפך, הראב"ד כתב דמיירי דוקא בגג שאינו עשוי לדירה וכ"כ המ"ה, ובחדושי הרמ"ה האריך לבאר דבגגין העשויות לדירה בעי מעקה ד' אמות, דתרווייהו כהדדי ניזוקין זה מזה ולכן עושין מעקה ד' אמות בין שניהם באמצע ע"ש:

## סימן קסא

סעיף א' **במחבר** אבל שאר הדברים כגון ניור וכיור אינו כופהו עשה אחד מעצמו אם גילה השני דעתו שחפץ בה מגלגלין עליו את הכל, וכתב הסמ"ע דזה דומה למ"ש המחבר לעיל (סי' קנ"ז) גבי הגבהת כותל יותר מד' אמות וגם בסימן קנ"ח לענין אם גדר הניקף רוח רביעית, ואפי' למה שכתבנו בחדושנו שם דהתם גופא דמהני גילוי דעת, אין החיוב בזה משום הנאה, כ"א מטעם קנין, דכיון דהכותל בנוי על מקום שניהם, ולכן מיד שגילה דעתו דניחא לו זכה לו חצירו להתחייב בכל ההוצאות וכמ"ש הסמ"ע ס"ס קנ"ח, גם הכא שייך נמי טעם זה, דכותל החצר הא של שניהם הוא וכיון שגילה דעתו זכה לו חצירו ונתחייב בכל הוצאת הציורים והכיורים וק"ל:

## סימן קסב

סעיף ו' **ברמ"א** וי"א דאין טענת רבוי הדרך טענה כו', וכמו שהדין במבוי כן הדין במקומות של ביהכ"נ כו', מאוד תמוה דין זה דיליף מקומות ביהכ"נ מדין דמבוי הא בע"כ דדין דחצר השותפין חלוק בזה מדין דמבוי, ודוקא במבוי הוא דאין רבוי הדרך טענה, אבל בחצר הוה ודאי טענה דבב"ב (דכ"א ע"ב) בברייתא דכופין בני מבואות שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסקי קתני בהדיא דלשכינו בני מבוי כמוהו אין מעכב, ואילו גבי חצר קתני התם אחד מבני חצר שבקש לעשות רופא כו' בני חצר מעכבין עליו, ובע"כ דהחילוק שביניהם כך הוא דבמבוי אין לבעלים קנין וזכות עצמיי בעצם המבוי ורק שהוא רשות לכולם לפתוח בו פתחי חצרותיהם לפיכך אין רבוי הדרך טענה בהם, משא"כ בחצירות שאין זכות השותפין בחצר מחמת הבתים שבתוכה בלבד, אלא מחמת עצמה של חצר שזכו בה, גם רבוי הדרך הוה טענה, וכ"כ בחדושי הרמ"ה דבמבוי דוקא הוא דאין רבוי הדרך טענה אבל בחצר הוה זה טענה טובה, ומשום דאית לבני חצר זכות בחצר טפי מבן מבוי במבוי וז"ל תדע נמי דתנן לקח בית בחצר אחרת לא יפתחנו לחצר השותפין דאית להו לבני חצר זכותא בגויה לכמה מילי טפי מבני מבוי במבוי ואפי' לענין דין דרבוי דרך אבל למבוי דלית להו בגוי' אלא דריסת הרגל לא מעכבי עלויה מדין רבוי דרך כו' ע"ש שהאריך לבאר כן באריכות, ולפ"ז מה דמיון מקומות ביהכ"נ למבוי, הא כיון שיש לו קנין בגוף הבהכ"נ כמו בחנר ודאי דיכול לעכב מטענה דרבוי דרך, והנה בפ"ת כאן הביא בשם תשובת משאת בנימין שהקשה על דין דרמ"א, דיש לחלק בכמה גוונא בין ביהכ"נ למבוי ולא זכר הטעמים וגוף התשובה אין אצלי, ואולי הביא נמי הטעמים שהבאתי בשם הרמ"ה בזה, ולדינא עכ"פ כיון שהרמ"ה שהוא מגדולי הפוסקים הראשונים כתב להדיא דבחצירות הוה טענת רבוי הדרך טענה ואין ללמוד

ממבוי, מי ירים ראש נגדו, ולכן דינא דהרמ"א במקומות ביהכ"נ צ"ע טובא לסמוך ע"ז לדינא אחרי שהוא נגד הרמ"ה ובשגם שהט"ז סתר גם יסודו ע"ש:

## סימן קסג

סעיף ג' **ברמ"א** ונתייאשו הבעלים מן החוב וכו', הנה בש"ס גיטין (ד"ל ע"א) קאמר נתייאשו הבעלים אין מפרישׁ עליהם פשיטא כו', והקשה הפנ"י איך מהני יאוש בהלואה והרי מבואר בשו"ע לעיל (סי' צ"ח) דאין יאוש בחוב ע"ש שלא מצא תירוץ מספיק לזה ופלא על הגאון דפשיטא לו כל כך שאין יאוש מהני בחוב, והא קמן הרמ"א הביא כאן בשם מוהרי"ק להלכה דמהני יאוש בחוב ואע"ג שמוהרי"ק מחלק בין יאוש ליאוש, דהיכי שהוא מתיירא מפני שהלוה הוא עני או אלם, זה לא הוה יאוש, דכל אשראי ספק אתא ולפעמים דהמלוה סובר שהוא עני ואינו כן, ורק היכי שמתייאש בחוב בדבר שסתמו עומד ליאוש, גם בחוב מהני יאוש, אבל עכ"פ בנידון הש"ס דגיטין גבי נשתדפו שדותיו דסתמו ליאוש, א"כ אפי' בחוב מהני יאוש בכה"ג לשיטת מוהרי"ק, והן אמנם שבעיקר דין דמוהרי"ק כבר הרעישו האחרונים והשיגו עליו בדין זה, הראשון הוא הגאון החכ"צ ז"ל בהגהות הט"ז כאן, משום דעיקר יסודו של מוהרי"ק הוא במה שלמ"ד קו"ח מאבידה דקונה ביאוש, וכ"ש בחוב, וע"ז השיג דקו"ח פריכא הוא, דהא באבידה גופא אמרינן (ב"מ דכ"ו ע"ב) נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוון לגוזלה עובר משום השב תשיבם, אלמא אע"ג דבהיתירא אתי לידו ואח"כ נתייאש ממנה אפ"ה מחויב להחזירה שהרי מצוות השבה חל עליו משעה שגזנה עד שישיבנה, וא"כ הוה"ד בפריעת בע"ח מצוה משעת הלואה עד שעת הפריעה, אמנם לענ"ד נראה שאין בדברים הללו כדי לדחות יסוד המוהרי"ק ויפה דן הקו"ח והוא דבב"מ שם אמר רבא ראה סלע שנפלה כו' ואע"ג דאהדרה בתר יאוש מתנה בעלמא הוא דקא יהיב לו, והקשו בזה הראשונים, דאמאי הוה מתנה דהא קיי"ל דיאוש לחודי' לא קנה כל היכי דאתי לידו באיסורא, דהיינו קודם יאוש. אכן הרמב"ן תירץ דהתם שאני דדין אבידה פתיך בה, ואבידה לאחר יאוש נקנית לגמרי ופטור אפי' מחזרת דמים, וא"ת תיהוי כאבידה דאתאי לידו קודם יאוש כו' ליתא, דכי אמרינן הכי ה"מ שנטלה על מנת להחזירה דנעשה שומר של בעלים והוה לה כאילו הוא ברשות בעלים לגמרי, ומשו"ה יאוש הבא לאחר מכאן אין יכול להפקיע מהם אבידה שהוא ברשותם, אבל הכא כיון שע"מ לגוזלה נטלה לא נעשה שומר של בעלים, וכשנתייאשו הבעלים לא היתה עומדת ברשותם כלל ולפיכך יאוש מפקיע מהם דהו"ל כאילו נתייאשו הבעלים קודם שבא ליד המוצא ע"ש, ומבואר מדבריו דהא דאבידה אינה נקנית ביאוש היכי דנטלה ע"מ להשיבה, אינו אלא משום

דכיון שנטלה להשיבה הרי נעשה שומר של בעלים ידו כידו וכמונח תחת ידי הבעלים וכיון דהלואה ליתא בעינה ודבר שאינו ברשותו, ממילא דנקנית ביאוש, וכ"כ הקצוה"ח בישוב שיטת מוהרי"ק:

**אלא** שאכתי צריך ביאור בעיקר סברת הרמב"ן דהא הר"ן השיג עליו מסוגיא (ב"ק דס"ה) דמפלגינן התם בין גזילה לאבידה משום דבגזילה הוה באיסורא אתו לידו, משא"כ אבידה, וח"כ גם בנטלה ע"מ לגוזלה הוה באיסורא אתי לידו כיון שנטלה ע"מ לגוזלה ע"ש, ואמנם בכדי להליץ בעד הרמב"ן ז"ל נ"ל, דהנה הכי הצעת הסוגיא בב"ק שם, יאוש אמרי רבנן דניקני מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן, אי דאורייתא מידי דהוה אמוצא אבידה מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה קני או דלמא לא דמי לאבידה דכי אתי לידו בהיתירא אתי אבל האי דבאיסורא אתי לידו לא קני ע"ש, הרי להדיא דטעם דבאיסורא אתי לידו לא מהני כ"א לענין שמשו"ה לא נוכל למילף מאבידה, וכיון דיאוש בגזילה לא כתיב בקרא בהדיא, ורק דנילף מאבידה, ע"ז מהני טעם דבאיסורא וכיון דלא דמי לאבידה לא ילפינן זה מאבידה, אבל באבידה גופא דיאוש דידה ילפינן מקרא, אפי' כי אתא לידו באיסורא נמי קני, דכיון דיאוש הוה קנין מה איכא בין איסורא להיתירא, וכדומה לזה י"ל נמי בתוס' (ע"ז דע"ב) שכתבו שם דכיון דמשיכה בנכרי אינו קונה, אפי' בגזל דליכא מעות נמי לא קנה, ולא דמי למציאה דקני כיון דליכא מעות משום דבהיתירא אתא לידו, אבל בגזל דבאיסורא אתא אי לא מהני משיכה במקח לא מהני אף בגזל ע"ש, הרי להדיא שדוקא אם משיכה לא קנה במקח, ורק שנרצה לדמות גזל למתנה, בזה מחלקינן דלא דמי זה לזה מטעם דבאיסורא, אבל אם משיכה הוה קנין במקח ולא היינו צריכים למילף מאבידה, היה מהני נמי בגזל אע"ג דבאיסורא אתי, דסברא דבאיסורא לא מהני לבטל הקנין, אלא רק לדחות דלא נוכל לדמות זה למציאה, ולפ"ז בב"מ דמיירי באבידה ממש, דיאוש דידה מקרא יליף, משו"ה אע"ג דמכוון לגזול ובאיסורא אתי נמי מהני, ואין להקשות ע"ז מהא דאמרינן (ב"מ דכ"א) אע"ג דשמעיני' דמייאש אח"כ באיסורא אתי לידו, הרי דבאבידה ממש נמי לא מהני אם בא לידו באיסורא, אכן באמת מה שאמרו התם גבי אבידה טעם דבאיסורא אתי לידו, לא הוה פירושו כטעם שבאיסורא שאמרו בב"ק לגבי גזילה, וטעם שלגבי אבידה לא שייך כלל בגזילה, וכן להיפך טעם שאמרו שם בגזילה לא שייך באבידה, דמה שאמרו באבידה באיסורא אתי לידו, אין לפרשו דהטעם הוא משום דלקיחר באיסר היתה, דאדרבה כיון דאבידה היא ויש בה נמי סימן הרי הוא מחויב ליטלה, אלא הכוונה דבאיסורא, היינו שלקחה קודם יאוש שהוא בזמן איסורא, שאסור לקנות בה עדיין, והיינו טעמא דלא מהני היאוש, דכיון

שכבר נתחייב בהשבה והוה כשומר של בעלים, וידו כיד הבעלים, ולא מהני היאוש ברשות בעלים, ועיין בשמ"ק שם בשם הריטב"א ובקצוה"ח לקמן (סי' רנ"ט), ולטעם זה יש חסרון בעצם היאוש, כיון דהוה ברשות בעלים וברשותו לא מהני יאוש, להכי אפי' באבידה ממש נמי לא קני, אחרי שיש חסרון בעצם היאוש, ואמנם טעם זה לא שייך כ"א לגבי אבידה דלקחה ע"מ להשיבה ונעשה שומר של הבעלים, אבל בב"ק גבי גזלן אי אפשר נפרש דהאי באיסורא שאמרו התם דהוה נמי משום טעם זה, דהא התם בגזילה מיירי שתחלת לקיחתו היתה ע"מ לגוזלה לעצמה, ולא להשיבה לבעלים ולא נעשה כלל שומר של בעלים, אלא הכוונה דבאיסורא אתי, היינו כיון שתחלת לקיחתו היתה באיסור שנטלה בגזילה, ואע"ג דבעצם היאוש אין חסרון כלל, כיון דלא הוה שומר כלל, וא"כ מה איכפת לן אם באיסורא אתי, לזה צ"ל דכיון דיאוש לא כתיב בגזילה אלא שנרצה למילף מאבידה, ולענין לעשות דחייה מהני סברא דבאיסורא, דמשו"ה לא דמי לאבידה, ולא שייך זה כ"א בגזילה דיאוש לא כתיב גביה, והרי בארנו שני כוונות במה שאמרו שם באיסורא אתי, וטעם דאבידה לא שייך בגזילה וכן להיפך, ולפ"ז מה יוצדק דברי הרמב"ן שבדינא דהגביה ע"מ לגוזלה, דפתיך בו גזילה ואבידה כאחת, ודאי דקונה ביאוש, דהא הכא לא שייך שום אחד מהטעמים דבאיסורא מתי, לא של אבידה דב"מ ולא של גזילה בב"ק, טעם דאבידה, היינו שנעשה שומר, לא שייך, כיון דלעצמה לקחה ולא השיבה, וטעם דגזילה דב"ק נמי לא שייך, כיון דבאמת אבידא היא ויאוש דידה יליף מקרא, וא"כ אפי' כי לקחה באיסור מאי הוה ודו"ק:

## סימן קסד

סעיף ד' **במחבר** היה אחד מכיר מקצת האבנים כו' ועל קצתם אומר אינו יודע נוטלן אפי' הן גדולות וכו', הטעם מבואר בש"ס דהו"ל כמודה במקצת ואומר לו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהו"ל מחויב שבועה ואיל"מ, ולכאורה יהי' מכאן ראיה גדולה לשיטת הרמב"ם שבארנו לעיל (סי' פ"ז) דהילך לא הוה כ"א שהמקצת שמודה נותן מיד בב"ד, אבל אם אין נותנו בב"ד אלא א"ל קחנה בכל מקום שהם לא הוה הילך אפי' בפקדון, דאי כשיטת רש"י בב"מ דאפי' כשאינו נותן מיד רק שהדבר מזומן בביתו גם זה הוה הילך בפקדון, א"כ אמאי הוה כאן מחיוב שבועה ואיל"מ, הא הנך אבנים דמודה בהו הוה הילך כיון דמתחלה הם שלו והוא מודה שהם שלו בכל מקום שהן, אע"כ כשיטת הרמב"ם דאם אינו נותנו מיד בב"ד לא הוה הילך, אלא דיש לדחות דהכא מיירי שמכרם לאחר או שנשברו בפשיעתו באופן דלא הוה הילך אפי' לשיטת רש"י וכמ"ש הנתיבות:

סעיף ה' **במחבר** הרי בעל העליה בונה את הבית ויושב ודר בתוכו עד שיתן לו יציאותיו כו', ובש"ס איתא דר' יהודה חולק וסובר אף זה דר בחצר חבירו צריך להעלות לו שכר, ופרש"י וז"ל וקסבר זה נהנה וזה לא חסר חייב וצריך להעלות לו שכר ואי לא מיחזי כריבית עכ"ל, ודברי רש"י קשים מאוד להולמם, דלמה הוצרך לשני הטעמים, זה נהנה וזה לא חסר חייב, ומשום דמיחזי כריבית, הא בכל אחד מהטעמים סגי, דאי סבירא לי' לר' יהודה דזה נהנה וזה לא חסר חייב, ממילא צריך להעלות לו שכר אפי' בלא טעם דמיחזי כריבית, ולטעם דמיחזי כריבית אפי' אי סבירא לי' בעלמא דזה נהנה וזה לא חסר פטור, הכא חייב משום דמיחזי כריבית וכדאמרינן בב"מ (דס"ד ע"ב) אפי' למ"ד הדר בחצר כו' פטור הכא חייב משום דמיחזי כריבית, ובפשוטו היה אפשר לומר דרש"י נמי חדא קאמר, דעיקר הטעם דחייב כאן לאו משום דסבירא לי' בעלמא זה נהנה וזה לא חסר חייב, אלא בעלמא פוטר ר' יהודה בכה"ג ורק הכא הוא דמחייב, משום דאם לא תחייבו יהיה מיחזי כריבית, ומ"ש רש"י וקסבר זה נהנה וזה לא חסר חייב, היינו דוקא הכא מטעם דמסיק דאי לא מיחזי כריבית, אפי' זה מוכרח יותר מרש"י שעל האלפסי דהתם כמעט מפורש כן ע"ש, ועוד י"ל דרש"י תרי טעמי קאמר, דמ"ש רש"י דקסבר זה נהנה וזה לא חסר חייב, היינו נמי בעלמא, ואפ"ה הוצרך לטעמא דריביתא דאי לא"ה הוה אמינא לפטור הכא, דע"כ לא מחייב כ"א כשהבעה"ב בנה הבית משלו, וזה נכנס לדור בבית חבירו, ומטעם דאסור ליהנות ממון חבירו בחנם, אבל הכא שהוא עצמו בנה הבית משלו, הו"א דשרי, דלאו מממון חבירו הוא דנהנה, אשמועינן דאפ"ה אסור, דכיון דהמעות הם בהלואה לגבי בעה"ב וכי מיתהני המלוה מיחזי כריבית, ושפיר א צטריך לטעמא דריבית, וטעם דריבית לחוד דלא סגי, י"ל כמ"ש בקצוה"ח כאן דכיון דלאו הלואה גמורה הוא הכא, אלא הלואה בעל כרחי' דבעה"ב, לא אסרינן משום ריבית כ"א היכי דחייב בלא"ה מטעם זה נהנה, אבל אי זה נהנה וזה לא חסר פטור בעלמא, מטעם ריבית לחוד לא שייך לאסור ע"ש, והנה בפ"ב דב"ק (ד"כ ע"ב) בהא דפליגי בזה נהנה וזה לא חסר קאמר בש"ס ת"ש ר' יהודה אומר אף זה דר בחצר חבירו צריך להעלות לו שכר ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב, ובפנ"י שם הקשה דלשיטת רש"י דהטעם דחייב לר' יהודה הוה משום דמיחזי כריבית, א"כ היכי דייקינן מדר' יהודה דזה נהנה וזה לא חסר חייב, דלמא דוקא הכא חייב משום דמיחזי כריבית הא בעלמא פטור ע"ש, ובעיקר קושיתו כבר הקדימו הריב"ש המובא בקצוה"ח כאן, ולדברנו לק"מ, דאי זה נהנה וזה לא חסר פטור, מטעם ריבית לחוד לא שייך לאסור וכמו שכתבתי, ושפיר הוכיח מינה, תדע דבע"כ הכי הוא, דאי מטעם ריבית לחוד מחייב התם, א"כ היכי יפרש רש"י מתני'

דב"מ גופא דמסיים שם ר' יהודה למילתי' כיצד עושה בונה עליתו כו' ויושב' בבית וכו' בכדי שיהיה זה לא נהנה וזה לא חסר, ואי אסרינן משום ריבית, א"כ אכתי מה תיקן בזה דהא כל היכי דחיישינן למיחזי כריבית, גם בזה לא נהנה וזה לא חסר נמי אסור כמבואר בב"מ שם, אע"כ דאי זה נהנה פטור בעלמא, מטעם ריבית לחוד לא שייך לאסור ושפיר הוכיח מדר' יהודה דזה נהנה וזה לא חסר חייב, ומיושב קושית הריב"ש והפנ"י:

**והנה** במה דמסיק שם ר' יהודה ואומר אלא בעל העלייה בונה הבית והעלייה ויושב בבית התחתון עד שיתן לו את יציאותי' דהו"ל זה לא נהנה וזה לא חסר, והקשו הראשונים דהא אכתי חסר לי' שחרוריתא דאשייתא, ולמד מזה הרשב"א דכל שזה אין נהנה אע"ג דאידך חסר פטור שאינו אלא כמונעו ליכנס לביתו שהוא פטור, דדומה למבטל כיסו של חבירו, וכ"כ הר"ן ע"ש בנמוק"י, ואמנם כבר הבאתי בחבורנו זה בכמה מקומות בשם הירושלמי דמבטל שדה חבירו חייב משום דרווחא הוי בריר ודוקא במבטל כיסו של חבירו פטור דמי יימר דהוה רווחא וחצר נמי דומה לשדה דהריוח ברור הוא וחייב משום מחסרו, ומכח קושיא זאת אין להוכיח כל כך די"ל דכיון שלנעול את הבית מבעה"ב ודאי דשרי עד שיתן לו את היציאות, דאי לא ינעול מאתו לא יתן לו ההוצאות לעולם, ורק עיקר החשש הוא מה שזה נהנה, וא"כ י"ל שזה ניחא לו לבעה"ב שזה יכנס לדור בתוכה ולא לנועלת ולהיות עומדת ריקן מדיורים, דביתא מיתבא יתיב, ובהכי יתיישב גם קושית התוס' שם בד"ה ויושב בבית. דהא זה נהנה שאין צריך לעלות לעלייה ולמה שכתבתי א"ש, דניחא לו לבעה"ב שזה ידור בבית ויהנה, מלהניחה ריקם ודומה כאילו בעה"ב מקבל שכר בעד הנאת בעל העלייה, והוא מה דביתא מיתבא ודו"ק ועיין היטב מה שכתבנו בחדושנו לקמן (סי' שס"ג) מזה בארוכה:

## סימן קסו

סעיף א **במחבר** ואם נתרצה בעל הגינה בכך ופינה אותם וחזר וכו', ועיין בחדושנו לעיל (סי' ע"ב סעיף כ"ו) מה שכתבנו מזה:

שם **בסמ"ע** סק"ב ופינה אותם אפי' שלא בפניו, וכתב שכן הוא דעת כל הפוסקים, מיהו בשמ"ק לב"מ בסוגיא זאת מביא בשם הרמ"ך ורבינו יהונתן דפינה בפניו דוקא בעינן אבל אם פינה שלא בפני בעל כותל לא מהני דכיון דדחויי הוא דמדחה לו מרי כותלא למרי גינא לא זכתה לו חצירו אא"כ פינן בפני הנותן ע"ש, מיהו היינו דוקא בעל הכותל מצי לחזור כל זמן שלא פינה בעל הגינה בפניו אבל בעל הגינה לא מצי חזר, ומיד כשנתרצה אע"ג דלא פינה עוד ולא עשה שום קנין לא מצי תו לחזור, דכיון דנתרצה מחיל להיזיקו ומחילה א"צ קנין, וכן הוא להדיא שם בשמ"ק ע"ש:

## סימן קסז

סעיף א' **במחבר** שתי גנות זו ע"ג זו והירק בינתיים כו' כל שהעליון יכול לפשוט ידו כו' והשאר של תחתון, ובש"ס מפורש הטעם דמה שהעליון לא יכול להגיע אפקורי הוא דמפקר לגבי התחתון, ועיין בנתיבות שהביא להקשות בשם היערות דבש למאן דס"ל דאויר שאין סופו לנוח לא קנה, א"כ במה קנה לי' התחתון, הא הכא לא נח הירק בחצר ע"ש שנדחק ליישב, ופלא גדול בעיניי על הגאונים הללו, התומים והנתיבות שנדחקו בזה, דלענ"ד לק"מ, דהא דאויר שאין סופו לנוח לא מהני לגבי קנין, היינו במקום שלא ישאר בסופו גם באויר החצר, וכגון זרק בפתח זה ויצא בפתח אחר דמיבעיא לי' לרבא (ב"מ די"ב) דכיון שיצא בפתח אחר לא נשאר גם באויר, ורק ברגע של דרך הלוכו היה בחצר ובהא הוא דלא מהני, אבל בכה"ג דקיימינן הכא דהירק קבוע ועומד באויר, ורק שאינו מונח על קרקע החצר, שפיר קני אע"ג דאינו מונח ע"ג קרקע החצר דאטו לגבי קנין בעינן הנחה ע"ג קרקע החצר, דדוקא לגבי שבת סברי רבנן קלוטה באויר לאו כמי שהונחה דמי, משום דבשבת בעינן הנאה, אבל לגבי קנין לא בעינן הנחה כלל, והטעם דאויר שאין סופו לנוח לא מהני לגבי קנין הוה משום דבעינן שיהא משתמר בתוך החצר, וכשאין סופו לנוח ולא ישאר בחצר, אין זה משתמר, וראיה לזה מסוגיא דגיטין (דף ע"ט) דעל מתניתין דקתני כיון שהגיע לאויר הגג ה"ז מגורשת פריך הש"ס כמאן כרבי דאמר קלוטה כמו שהונחה דמיא ומשני דאפי' תימא רבנן ע"כ לא פליגי רבנן עלי' דרבי אלא לענין שבת אבל הכא משום אינטורי הוא וקא מינטר, הרי דטעמא דקנין הוה רק משום אינטורי, ולא מטעם דבעינן הנחה ע"ג קרקע, וכיון שכן אם גם יהיה משומר כשמונח באויר, וכההיא דירק, פשוט דקונה אפי' כשהוא מונח באויר ואין סופו לנוח בחצר, ועוד ממקומן הוא מוכרח מבעיא דרבא דאויר שאין סופו לנוח גופא, דאי נימא דהטעם הוא משום דשמא בעינן הנחה ע"ג קרקע החצר, א"כ מה בעי רבא, הא פלוגתא דתנאי היא בשבת אי קלוטה הוה כמו שהונחה, אלא ודאי דלגבי קנין לא בעינן הנחה בחצר ורק משתמר בעי, וממילא דאם משתמר גם כשמונח באויר כההוא דירק פשיטא דקני, וזה ברור ואמת ולק"מ,

## סימן קע

סעיף ב' **במחבר** כל המתגבר זכה בה עיין בחדושנו לעיל (סי' קל"ט) מה שכתבנו מזה:

# הלכות חלוקת שותפות

## סימן קעא

סעיף ג' **ברמ"א** שלשה שהיו שותפים בבית לשנים היה כדי חלוקה וכו' אין יכול לבטל החלוקה עיין בחדושנו לעיל (סי' פ"ז סעיף י"ב) מה שכתבנו מזה:

סעיף ד' **במחבר** יש מי שאומר שאם יש אצלו קרקע הראוי להצטרף יכול חבירו לכופו לחלוק דין זה הביא הטור בשם הרמ"ה, ולפי הבנת הסמ"ע הכי פירושו אם יש לראובן קרקע אצל זו של שותפות יכול שמעון חבירו לכוף לראובן שיחלוק עמו, אכן הט"ז פי' דעל מי שהוא רוצה בחלוקה קאמר שאם יש לו שדה אחרת אצל שדה זו של שותפות שאילו היה שם שיעור חלוקה היו צריכים לתת לו חלקו סמוך לשדה שלו והוא בענין שמבואר בסי' קע"ד כיון שיש לו זכות זה אמרינן דהוה כמכירין וידוע חלקו של זה וע"כ כופה חבירו לחלוק עמו אף שאין לחבירו שיעור חלוקה כמבואר בסעיף ב' דאם היו מכירין את חלקו כופהו לחלקו אף שאין בו שיעור חלוקה, וה"נ הוה כמכירין חלקו כיון שאילו הי שם שיעור היו צריכין לתת לו חלקו אצל שדהו נמצא הוברר חלקו ע"ש וכ"כ הב"ח ודבריהם תמוהים מאוד, דמה סברא הוא דכיון שהוא יכול לצרף לשדהו והוא יהיה יכול להשתמש בחלקו שיקבל, אבל היכי מצי לכוף לחבירו לחלוק דבר שאין בו כדי חלוקה ולהפסיד לו חלקו שלא יהיה יכול להשתמש בו, והמעיין בחדושי הרמ"ה גופא מקור דהאי דינא יראה כי מעולם לא עלה על דעתו לומר דבכה"ג מצי לכופו, דזה לשונו בחדושיו (פ"ק דב"ב) ברם צריך את למידע דכי אמרינן בקרקעות דכל שאין בהם כדי לזה וכדי לזה אית דינא דגוד או אגוד ה"מ היכי דלא מטי לכל חד מינייהו מידי דחזי לו אבל היכי דמטי ליה מידי דחזי ליה אע"ג דלא חזי לשאר אינשי, כגון דאית ליה לכל חד מינייהו ארעא אמצרא דהאי ארעא דשותפתא חד אהאי מצרא וחד אהאי מצרא כל היכא דאילו אית בו דין חלוקה הוה אית ליה מדינא לכל חד מינייהו למיתב לו חלוקה אמצריה כיון דחזי ליה היא פורתא דמטי ליה בחולקיה לערוביה בהדי ארעי' כמאן דאית ביה שיעורא דמי ודינא הוא דכל חד מינייהו יכול למיכפי' לשותפי' למפלג וכל היכי דאי נמי הוה אית בו דין חלוקה לא הוה ליה מדינא למיתב לי' חולקי' אמצרי' כגון דקיימא עידית אמצרא דחד וזבורית אמצרא דחד וקאי נהרא או ניגרא מחד צד לחוד לית בו דין חלוקה אלא היכי דניחא ליה לבר מצרא דזבורית למפלג לי' לבר מצרא דעידית אמצריה שוה בשוה ולא שקיל מיניה שבחא לא במדה ולא בדמים דבכה"ג אית בו דין חלוקה דזה נהנה וזה נהנה הוא עכ"ל, הרי דהרמ"ה כתב להדיא דלכל חד מינייהו אית לו ארעא אמצרא דשדה השותפות, ושניהם יכולים לצרף, דלא נפסד חלק של אחד מהם

בחלוקה זאת, בכה"ג דוקא הוא דיכול לכפות לחבירו, וא"כ מנ"ל לומר דאפי' אם רק זה שרוצה לכפות יכול לצרף דמצי לכפות לחבירו שאינו יכול לצרף ולהפסידו חלקו, ועל הטור ומחבר גופייהו שכתבו שאם יש אצלו קרקע הראוי להצטרף יכול חבירו לכופו לחלוק, דלשון זה משמע שרק לאחד יש קרקע הראוי להצטרף ואילו הרמ"ה גופא הא כתב דלשניהם יש כן, דלפי' הסמ"ע דלמי שכופין הוא דיש לו קרקע ניחא, דלמי שכופין הוא יש לו כדי צירוף ולא נפסד חלקו, ומי שרוצה לכפות אע"ג דאי לו כדי צירוף, כיון דרוצה וניחא לו בכך, ואם איהו לא קפיד אנפשי' אנן למה קפדינן, אבל לפירוש הט"ז והב"ח דמי שכופה הוא דיש לו כדי צירוף ולמי שרוצה לכפות אין בו כדי צירוף מהיכי תיתי יהיה יכול לכופו ולהפסיד חלקו שלא מרצונו, ובע"כ כפי' הסמ"ע, וברור אצלי שאם הב"ח והט"ז היו רואים את דברי הרמ"ה גופא לא היו כותבים כזה ודו"ק היטב:

**והנה** הסמ"ע בס"ק י' הביא לשון הטור שכתב דוקא אם הוא בענין שאם היה בו שיעור חלוקה היו צריכים ליתן לו אותו שאצל מצר שלו וכגון דאיתנהו תרווייהו אחד מצרא בכה"ג דוקא הוא דיכול לכופו, אבל בדבר כזה שגם אם היה בו שיעור חלוקה לא הוה מצי לכפותו כגון חד מצרא נהרא וחד מצרא ניגרא לא מצי לכפותו, ולכן תמה על המחבר שסתם וקיצר ולא הזכיר תנאי זה, וכתב לתרץ בתירוץ השני דשאני הכא כיון דלהאחד יש בו דין חלוקה ומצדו יכול לחלוק, ובכה"ג לא הזקיקו אותו להשאר שותף עמו ע"ש, וגם מעיניו אשתמיטתי' גוף דברי הרמ"ה שהבאתי בזה, דהא התנה להדיא כדברי הטור דבמקום חד מצרא נהרא וחד ניגרא או חד עידית וחד זבורית לא מצי לכפותו אפי' בכה"ג שלאחד יש בו דין חלוקה, והנכון הוא כתי' הראשון של הסמ"ע דמשו"ה סתם המחבר משום דפסק כהרמב"ם דעל הרוב צריך ליתן לו חלקו הסמוך לחצירו ודו"ק:

סעיף ו' **במחבר** אבל אם אין התובע רוצה לקנות כו' אינו יכול לכוף לחבירו לקנות, הכי משני הש"ס בב"ב על מתני' דשני אחים אחד עני ואחד עשיר, שאני התם דגוד איכא אגוד ליכא, וז"ל הרי"ף שם איכא מאן דמוכיח מכאן דלא אמרינן גוד או אגוד אלא בזמן שיד שניהם משגת לקנות אבל בזמן שאחד עשיר ויכול לקנות ואחד עני ואין ידו משגת לא אמרי' גוד או אגוד, ואנן לא ס"ל הכי אלא כי אמר תובע לנתבע גוד או אגוד דינא קאמר ליה ולא איכפת לן בנתבע בין איתי ליה בין ליתי לי', ומתניתין דשני אחים היינו טעמא שהעני הוא התובע והוא אינו יכול לומר לנתבע גוד או אגוד דהא ליתי ליה למיגד ולכן איבטל דינא דגוד או אגוד שהעשיר יאמר לו איני רוצה לגוד גוד אתה, וכיון דליתי ליה איבטל דינא דגוד או אגיד, אבל אם היה העשיר תובע לעני ואומר לו גוד או אגוד דינא קאמר ליה גוד, ואי ליתי לך שבקי ואנא איגיד, כללא דמילתא היכי שהתובע אומר

גוד או אגוד לא איכפת לן בנתבע אי לית לי' למיגד או אית לי' למיגד דאי לית ליה יניח לתובע לגוד עכ"ל ועיין בשעה"מ שהקשה דהא בש"ס פרכינן למ"ד דאית דינא דגוד או אגוד ממתניתין דמי שהיה חצי עבד וחצי בן חורין עובד את רבו יום אחד ואת את עצמו יום אחד דברי ב"ה, ב"ש אומרים תקנתם את רבו את עצמו לא תקנתם כו' אלא כופין את רבו ועושה אותו בן חורין וכותבין לו שטר על חצי דמיו, ופרש"י דהקושיא הוא טעמא דמפני תיקון העולם הא לאו משום פריה ורביה לא כייפינן ליה ולא מצי עבד לומר איקיץ בדמים ואתן לך בחלקך ומשני הש"ס שאני הכא דאגוד איכא גוד ליכא ופרש"י העבד יכול ליקח אבל אינו אומר קנה חלקי שאין דמים לבן חורין שאין עבד עברי נמכר אלא לשש עכ"ל, ולפי שיטת הרי"ף וסייעתו דהכל תלוי בתובע, דאף שהנתבע עני ואנוס הוא דלית לו למיגד מ"מ אזלינן בתר טענת התובע, דטענתו נכונה שאינו יכול להיות שותף עמי ורוצה לקנות חלקו, א"כ התם נמי כיון דטענת העבד נכונה היא שרוצה לקנות חלק רבו, נהי נמי שרבו אינו יכול לקנות חלק הבן חורין, מ"מ בתר התובע מיבעיא לן למיזל דטענתו טובה ודינא קאמרי לי' ע"ש, ונ"ל ליישב דהיכי דטענת התובע אלימתא היא שרוצה וגם יכול לקנות ודאי דלא משגחינן על הנתבע וכדברי הרי"ף, משא"כ לגבי עבד דגם איגוד גמור ליכא התם, דהא, עבד לית לי' זוזי למיגד, דהא לית לי' קנין בלא רבו, אלא שכותב שטר על דמיו, ואיגוד כזה ע"מ לחוב בדמיו לאו איגוד הוא ואע"ג דבס"ד דש"ס סבירא לן דגם איגוד ע"מ לחוב בדמיו הוה איגוד דאל"ה מאי מקשה התם משני אחים אחד עני ואחד עשיר, הא איגוד דעני לאו איגוד גמור הוא כיון שבא לחוב אדמיו, דרק התרצן הוא דמתרץ התם באמת דאיגוד ע"מ לחוב לאו איגוד הוא, אבל לס"ד הוה סובר דאפי' בכה"ג הוה איגוד גמור, היינו דוקא בשהגוד הוא גמור, דהשני יכול נמי לקנותה, וכיון דצד זה דגוד הוה גמור, אע"ג דצד דאיגוד הוה לחוב הוה ס"ד דמהני, משא"כ בחצי עבד דשני הצדדים ליכא, דאיגוד גמור לא הוה כיון דאין לו דמים ובא רק לחוב, והצד דגוד ליתא לגמרי כיון דאין דמים לבן חורין, ובכה"ג דשני הצדדים לא הוו טובים וגמורים גם לס"ד לאו גוד או אגוד הוא ודו"ק היטב בזה:

סעיף ח' **במחבר** ואם אין המקום עשוי לשכור כו' שוכנים בה שנה, ועיין בשעה"מ שכתב באיש ואשה שהם שותפים בבית וכו' שהאשה נדחית מפני האיש, ונראה ראיה מההיא דכתובות (דף כ"ח) דבחצר של שניהם אמרינן דאשה נדחית מפני איש, ולמה לא אמרינן התם דשוכנים שנה שנה כמו הכא, אע"כ דלא אמרינן הכי כ"א בשני אנשים אבל באיש ואשה לא אמרינן שוכנים שנה אלא תמיד האשה נדחת:

### סימן קעד

סעיף א' **ברמ"א** וי"א דאין שומעין כו' עיין בחדושנו לעיל (סי' קנ"ג) מה שכתבנו מזה באריכות:

$$(ציור בספר)$$

## הלכות מצרנות

### סימן קעה

סעיף ו' **במחבר** על המצרן להביא ראיה, עיין בחדושנו לעיל (סי' ק"ג) מה שכתבנו מזה: סעיף ט' **במחבר** קנאה במאתים ואינה שוה אלא מנה כו' צריך ליתן מאתים, והנה בש"ס (ב"מ דק"ח) הכי איתא זבין במאתן ושויא מאה סבור מינה מצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ופי' הרא"ש דמיירי שהלוקח חפץ להחזירו ולבטל המקח ולהכי סבורים היו לבטל המקח מכח שליא שעיוות ע"ש, ותמוה לי דהא במקום שיש פסידא למוכר לא דיינינן דינא דבר מצרא וכמבואר בסמוך, וה"נ אין פסידא גדול מזה כשנבטל המקח, דלא יוכל להשיג שוב אדם אחר שיתרצה ליתן לו מאתים כפי שנתן לוקח זה, וא"כ אמאי דיינינן בזה דינא דבר מצרא, וצ"ל כיון דהמוכר עביד איסורא בזה שאינה את הלוקח, דאפי' אם אין אונאה לקרקעות, היינו רק שאין צריך להחזיר את האונאה אבל איסורא מיהא יש גם בקרקע, להכי שפיר מבטלינן למקח זה בכדי שנציל אותו מן האיסור, ולא מיקרי זה פסידא לפני המוכר כיון שניצול עי"ז מן האיסור, ותי' זה כתבתי זה רבות בשנים בעמדי בסוגיא זאת בחבורי לב"מ, וכעת מצאתי שגם השעה"מ בסמוך תי' כן, אלא דאכתי הסוגיא תמוה דלמה לן לטעם דשליח שעיוות דהא למאי דלא ידעי עוד דאין אונאה לקרקעות, א"כ הלוקח מצד עצמו יכול נמי לבטל אח"כ, וכזה הקשה גם הט"ז בסמוך וכן מה שהשיב ע"ז בש"ס שם דאין אונאה לקרקעות, תמוה טובא, דאטו בשביל זה לא הוה עיוות, הא אדרבה כיון שאין אונאה לקרקעות ואין צריך גם להחזיר האונאה, כ"ש דהוה עיוות שהפיל מעות המשלח בידי לא יוכל להוציא ממנו ועוד יקשה דאיך אפשר לומר דמתחלה היו סבורים דיש אונאה לקרקעות כיון דמקרא ממעטינן לקרקע מאונאה וכמבואר (ב"מ דנ"ו) והנ"ל בזה עפ"י מה שכתבתי בחבורי לב"מ שם דהתוס' (ב"ב דס"א) פירשו דטעם דאין אונאה לקרקעות מחמת גזה"כ הוא, ואכן החינוך (מצוה של"ז) סובר דאין זה מגזה"כ אלא משום דקרקע שוה כל כסף שיתן ומדעתו הוא נותן וכ"כ הרשב"ם בב"ב שם וברא"ש בב"מ ע"ש, ולפ"ז אם נתן יותר מן השווי אין זה עיוות כלל כיון דמדעתו נותן ושויא נמי הכי, ומעתה י"ל דגם בני הישיבה סבורים

היו דאין אונאה לקרקעות, אלא דהם היו סבורים דהטעם הוא משום גזה"כ וכשיטת התוס', וזה לא מהני רק לענין שא"צ להחזיר האונאה אבל עיוות מיהא הוה כיון דלא שוויא הכי, ולכן הוצרכו לבטל מכח עיוות של השליח אבל הלוקח מצד עצמו אינו יכול לבטל כיון דאין אונאה עכ"פ מגזה"כ, והשיבו בשם רב נחמן דטעם דאין אונאה משום דמדעתו נותן ואין בזה שום עיוות כלל, והכל מיושב, ומה מאוד יתיישב לפי"ז קושית השמ"ק בב"מ שם דדין זה סותר לסוגיא דכתובות (דצ"ט ע"ב) בענין אמר לאחד קפידה ואמר רב נחמן לאחד ואפי' למאה אמרי ליה ואפי' טעה שליח אמר להו טעה שליח לא קאמינא אמרי לי' והא מר הוא דאמר אין אונאה לקרקעות ה"מ היכי דטעה בעה"ב אבל היכי דטעה שליח אמר לו לתקוני שדרתיך ולא ללוותי ע"כ, הרי להדיא דרב נחמן סובר בטעה שליח דמבטל המקח ולא אמרינן בו אין אונאה לקרקעות, ודין זה רב נחמן גופא הוא דאמר הכי בב"מ וסותר דברי עצמו בכתובות, ולמה שכתבתי אין בזה שום סתירה, דודאי הסברא צודקת דלשיטת הרשב"ם והחינוך אפי' שליח שטעה נמי אין מתבטל המקח אחרי שאין בזה שום עיוות ומדעתו יהיב כיון דשוה כל כסף, אלא דסברא הזאת לא שייך כ"א באונאת לוקח, דמשום דרוצה לקנות קרקע שהוא דבר דלא כליא קרנא לעולם, יתרצה לשלם הרבה יותר ממחירה הרגיל, אבל באונאת מוכר כשמכר בזול לא שייך סברא זאת, ובאונאת מוכר בע"כ מגזה"כ הוא לכו"ע, והנה בדין דהכא דמיירי באונאת לוקח כדאמר קנאה במאתים ואינה שוה אלא מנה קאמר רב נחמן שפיר דאין אונאה לקרקעות, ואע"ג דהלוקח שליח דמצרן הוא אפ"ה אין יכול לומר לתקוני שדרתיך כיון דבכה"ג לא הוה עיוות כלל, אבל התם בכתובות באונאת מוכר מיירי וכפרש"י שם להדיא, טעה שליח ומכר בזול, ובאונאת מוכר שפיר הוה, עיוות, דנהי דהאונאה א"צ להחזיר אבל עיוות מיהא הוה וכשטעה השליח מתבטל המקח וזה ברור בעזה"י, ויישבתי בזה נמי מה שכתב רש"י שם בכתובות בד"ה והאמר מר אין אונאה כו' ומשנה הוא בפ' הזהב ע"כ, והמפרשים נתקשו דלמה הוצרך לזה ולא מקשה מרב נחמן גופא דקאמר כאן גבי מצרן דאין אונאה, ולמה שכתבתי א"ש דלפום מאי דמיירי התם באונאת מוכר והטעם דאין אונאה משום גזה"כ לא שייך להקשות מרב נחמן דמצרן דמיירי באונאת לוקח ומטעמא אחרינא לגמרי משום דלא נתאנה, כלל, ורק ממתני' דהזהב דהתם מיירי באונאת מוכר נמי, ושם הארכתי ליישב נמי קושית התוס' שם ודו"ק:

סעיף ל"ה **הקונה** מהעכו"ם אין המצרן יכול לסלקו, והטעם מבואר בש"ס משום דעשה לו טובה דאברחיה ארי ממצרו ובשמ"ק הביא בשם הרא"ש להקשות דכי בשביל שעשה

עמו טובה אחת אינו מחויב לעשות לו גם טובה אחרת ואכתי יעשה הישר והטוב וישיב השדה להמצרן ע"ש ונ"ל דחיוב דמצרנות לא הוי על ההשבה, אלא על שעת הקנייה דאסור לו לקנותה לצורך עצמו, והכי משמע מדאמרינן דהלוקח הוה כשליח של המצרן, ואי נימא דהחיוב הוא על ההשבה, נימא דלקחה לעצמו, אלא שמחויב לעשות הטוב והישר ולהשיבה אלא ודאי דהחיוב הוא על הקנייה, דאסור לו לקנותה לעצמו אלא להניחה לפני המצרן, ולפי"ז הכא כשזבנה מעכו"ם, בשעת הקניה ודאי דלא חל עליו חיוב דבן המצר, כיון דמצי אמר אלמלא מהרתי לקנותה שמא היה מוכרה לעכו"ם אחר, ובע"כ לומר הכי, דאל"כ מאי טובה הוא לגבי המצרן דאברחיה ארי הא גם כשקנאה המצרן, עצמו היה מבריח הארי הזה, אע"כ דהלוקח יאמר דשמא היה מוכרה לעכו"ם אחר, ובכה"ג דהיה לו למהר לקנותו לא חל עליו חיוב דבר מצרא, וכדאמרינן למכור ברחוק ולגאול בקרוב לית בו דינא דבר מצרא, דהוה נמי מה"ט דלא היה יכול לעשות איחור בדבר דשמא בין כך יופסד, וכיון שהקנייה בהיתר היתה, ממילא דלקחה בהיתר לצורך עצמו, וא"כ מהיכי תיתי יהיה חיוב עליו להחזירה למצרן, ויש לכוון זה בתי' השמ"ק עצמו ע"ש:

סעיף נ"ג **ברמ"א** ולכן יש דין מצרנות בבתים, והנה בשמ"ק (ב"מ דק"ח) הביא בשם הרמ"ך וז"ל ואיכא מ"ד דבתי לית בהו משום דינא דבר מצרא אלא היכא דאיכא פיתחא בין ביתא לביתא כעין הא דמשוניתא עכ"ל, והדברים סתומים, ונראה לפרש כוונתו, שנתכוון לדברי הר"ת שהביא הסמ"ע ס"ק צ"ח, דמשו"ה אין בבתים דינא דבר מצרא דהרי בהפסק סלע או ריכבא דדיקלא נסתלק דינא דבר מצרא והבתים ג"כ מובדלים בחומות, והטור כתב דאפ"ה יש חזקה משום דהחומה יכולים לפתחו שיכנס מזה לזה, והדברים הללו ממש כתב הרמ"ך, ומ"ש פיחתא ט"ס הוא וצ"ל פתחא, פי' דבבתים אין בהם דינא דבר מצרא כ"א היכי דאיכא פתח מבית לבית, וכעין ההיא דמשוניתא, דאם כל גבול המצר הופסק ע"י משוניתא, דהוא ריכבא דדיקלא או גדר לא הוי תו מצרן אא"כ יכולין להכניס אפי' תלם אחת מזו לזו כמבואר בש"ס ולעיל בסעיף כ"ז, הרי דבמקום שאין שתי הרשויות הללו מעורבים זה עם זה לא חשיב בר מצרא, וה"נ בבתים כיון דלכל בית יש חומה וגדר סביבה דלא גרע ממשוניתא, ולכן בעינן מיהא עירוב הרשויות ע"י פתח מבית זו לזו ודו"ק, והנה לדעה זו נפל בבירא דין דבר מצרא בבתים שלנו אשר החצירות והרשות של כל אחד מופסקים זה מזה ע"י גדר גמור ואין להם שום פתח מזה לזה דלא הוה כל בר מצר לשיטה זאת, והעולם אין רגילים לדקדק בזה, ולכל שכיני

הבתים קוראים בר מצר אעפ"י שרשויותיהם מופסקות ע"י גדר החצר והיינו משום דהפוסקים לא חשו לסברת ר"ת וכתבו שאין לצרף זה אפי' לסניף עיין בטור ודו"ק:

## הלכות שותפים

### סימן קעו

סעיף ג' **וי"א** דאפי' קנין אינם צריכים, ובש"ך ס"ק ו' כתב דפשוט הוא דקאי נמי אריש הסימן אשאר שותפים, ומשמע מדברי' דלדיעה זאת בכל שותפים אפי' נשתתפו נמי במטלטלין, לזה דבש ולזה יין, תיכף שדברו ביחד שיהי' הכל לשותפות א"צ קנין ונקנה לזה חצי היין ולזה חצי הדבש, ואכן היטב דיבר הנתיבות להשיג עליו בזה, כיון דטעם דיעה זאת משום דאמרינן אגב דבעי לקנות גמר ומקני, ולא אמרינן זאת כ"א כששני הצדדים הם מחוסרי קנין כגון דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו ברשותם, דבזה אמרינן מדרוצה לקנות של חבירו דהוה דבר שלא בא לעולם, גמר ומקני דשלב"ל שלו, דאי לא גמר ומקנה שלו לא מצי קנה של חבירו דהוה נמי מסוג זה, אבל בדברים שחל בהם הקנין לא שייך סברא זאת וכמו שהארכתי בזה בחדושינו לקמן (סי' ר"ט) ע"ש, ודלא כהחת"ס (חחו"מ סי' קפ"ו) שהובא בפ"ת לקמן שם דכ"ש בדברים הבא לעולם דאמרינן בהו אגב דבעי לקנות מקנה ע"ש:

סעיף ח' **ברמ"א** ודוקא שהתנו כן מאחלה אבל אם אינו מחויב להתעסק רק עושה מנדבת לבו כו' ולא הוי רק שומר חנם, ובש"ך האריך לבאר דאפי' שומר חנם לא הוה בסתם, רק היכי דהתנה בפירוש שמור לי ואשמור לך הוה שומר שכר, ובסתם אפי' שומר חנם לא הוי ע"ש, מיהו נראה דדין זה תלוי בנוסחת הש"ס (ב"ב דמ"ג) דעל מה שאמר שמואל השותפין שומרי שכר פריך הש"ס ואמאי שמירה בבעלים הוא ומשני רב פפא באומר שמור לי היום ואשמור לך למחר, ולנוסחא זאת ודאי דדוקא באומר בפירוש שמור לי ואשמור לך הוה שומר שכר אבל בסתם לא, מיהו בחדושי הרמ"ה הביא דאיכא נוסחא דאית בהו נעשה כאומר לו שמור לי היום ואשמור לך למחר ע"ש, ולנוסחא זאת הרי להדיא דאפי' בסתם הוה אפי' שומר שכר נמי, ושוב ראיתי דמרדכי פחז"ה שם דמביא שלשה דיעות בזה, ודיעה הראשונה דגם בסתם נעשה שומר שכר שמסתמא גם חבירו ישמור למחר. ודיעה האמצעיית דבסתם לא הוה רק שומר חנם, ולבסוף הביא דיעה השלישית דאפי' שומר חנם לא הוה והוכיח כן מסוגיא דב"ק אלא שרבותיו לא הודו לו בזה ע"ש, ולזה לדינא נראה כהרמ"א שהלך בשביל הזהב ובחר דרך האמצעיי דשומר שכר לא הוי בסתם אבל שומר חנם מיהא הוה, ולא הסכים לפסוק כדיעה האחרונה

דאפי' שומר חנם לא הוה, דבזה היה נוטה לקצה האחרון ושתי דיעות יהיו כנגדו, ובשגם דדיעה האחרונה דאפי' שומר חנם לא הוה לאו דסמכא היא כיון שהודה בעצמו דרבותיו לא הודו לו בזה, וכה"ג לכו"ע אין הלכה כתלמיד במקום הרב וכמ"ש החת"ס דע"כ לא אמרי' הלכה כבתראי אלא כשלא דן בפני רבו אבל כששמע רבו את דבריו ולא נתקבלו קיי"ל דאין הלכה כתלמיד ע"ש ודו"ק היטב בזה:

סעיף ט' **במחבר** ואם קנו בגדים לנשיהם כו' אין שמין בד"א בבגדי חול אבל בבגדי שבא שמין להם, לענ"ד דין זה לאו פסקא הוא אליבא דכו"ע ויש מי שחולק בזה, דלטעם הרא"ש בהא דאין שמין בגדי נשיהם ובניהם משום שמתביישין להביאן לב"ד, לפי"ז פשיט דבגדי שבת שיכולין להביאם לב"ד שמין אכן בשמ"ק כתב בשם המאירי טעם אחר לחלק בין אחים לנשיהם, דכל מה שבגוף של אח אין הדבר נאה להם למחות ומן הסתם לא מחלו זה לזה, אבל מה שעל נשיהם ובניהם יכולים למחות, ומאחר שלא מיחו בע"כ נתרצו בכך ומחלו להם מן הסתם ע"ש, ולפי"ז כ"ש דבבגדי שבת דיקרים ביותר דהו"ל למחות ומדלא מיחו ודאי נתרצו ומחלו, וכ"ש דבגדי שבת של נשיהם אין שמין, ויש לתמוה שלא הזכירו הפוסקים דיעה זאת, ושמא משום דבירושלמי מחלק בין בגדי חול לשבת, הרי שיש מן הירושלמי הכרעה לטעם הרא"ש משו"ה פוסקין כוותי' ודו"ק:

סעיף י' **במחבר** ואם שינה האחד מכל אלו הדברים כו' חייב לשלם, והנה בתשובת חת"ס (חחו"מ סי' קנ"ו) כתב בפשיטות דבכה"ג חייב אפי' היכי שהתחילו להתעסק ביחד דהוה שמירה בבעלים כדלעיל סעיף ח' ופטור אפי' מפשיעה מ"מ כל הני הוה מזיק בידים ודוקא פשע בשמירה פטור אבל לא מזיק בידים ע"ש, והנה בעיקר הדבר מ"ש לחלק דדוקא פשיעה פטור בבעלים אבל לא מזיק בידים, אין אנו צריכים לדידי' בזה, דהדבר מפורש ברמב"ם (פכ"א מהלכות אישות) דאשה ששברה כלים של בעל דפטורה רק משום שלום בית אבל מדינא היתה חייבת אע"ג דהוה הבעלים, והיינו בע"כ משוה דההיזק נעשה בידים ממש, ודוקא פשע בשמירה הוא דפטור ולא בהיזק בידים, ואמנם בטעם הדבר דמחלקין בין פשיעה למזיק לענין בבעלים הוא עפ"י דברי הש"ך לעיל (סי' ס"ו ס"ק קכ"ו) דטעמא דקרא דפטר בבעלים משום דבבעלים לא הוה שומר כ"א כאניש דעלמא, וממילא דבבעלים אי אפשר לחייבו אפי' בפשיעה, כיון שאינו שומר כלל והוי כמו אינש דעלמא שפשע דודאי פטור, משא"כ מזיק בידים חייב אפי' אינש בעלמא שהזיק, וכנראה שכן הבין הבית מאיר באה"ע (ס"ס פ') ע"ש, וזה לא נהירא לענ"ד, דאי כהש"ך דבבעלים לא הוה שומר, א"כ יקשה טובה. מהא דקיי"ל דשליחות יד חייב אפי' בבעלים כמבואר בב"מ (דמ"א ע"ב) לא תאמר שליחות יד לא בשומר שכר ולא בשומר

חנם ותיתי משואל ומשני דהו"א דיו לבא מן הדין להיות כנדון מה התם בבעלים פטור אף ה"נ בבעלים פטור, להכי איצטריך למיכתב בהו בהדיא לחייב אפי' בבעלים, והנה בשמ"ק וברש"י שם מבואר דחיוב דשליחות יד אינו כ"א בשומרים וחידוש הוא שחדשה התורה בשומרים אבל אינש דעלמא שאינו שומר לא מחייב כששלח יד ע"ש, ולדברי הש"ך דבבעלים לא הוה שומר היכי אפשר לשכוחי חיוב דשליחות יד בבעלים כיון דבבעלים לא הוה שומר כלל והוה כאינש דעלמא ששלח יד דפטור, אע"כ דלא כהש"ך ואפי' בבעלים מיקרי נמי שומר, וא"כ אפי' על פשיעה בלא מזיק בידים נמי לחייב כיון דהוה שומר, ועיין בחדושנו לעיל (ס' ס"ו) מה שכתבנו באריכות ואכ"מ:

סעיף י"ב **ברמ"א** וכן אם גנב או גזל השותף כו' עיין בחדושנו לעיל (סי' ס"ב) מה שכתבנו מזה:

### סימן קעז

סעיף ב' **במחבר** כגון שהלך בשלג בחורף או בחום בימות החמה וכו', נ"ב דהוה"ד כשאכל מאכלים רעים נמי מיקרי חלה מחמת פשיעה וכמ"ש להדיא בחדושי הרמ"ה בב"ב שם:

$$(ציור בספר)$$

## הלכות שלוחין

### סימן קפב

סעיף א' **ברמ"א** חוץ מלדבר עבירה, וזהו מטעם דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין כמבואר בש"ס, והסמ"ע כאן פירש טעם סברא זאת, דהמשלח לא סמיך דעתו שיאמר סבור הייתי שלא ישמע לי ע"ש, ולפ"ז בישראל מומר יש שליח, דהא הכא סמיך דעתו, וכן מוכח נמי ממה שכתב הרמ"א לקמן (סי' שפ"ח) דאם השליח הוחזק בכך יש שליח, והיינו נמי מטעם הזה כיון דמוחזק בכך לא שייך לומר דסבור היה שלא ישמע אליו, אכן הש"ך לקמן שם השיג על הרמ"א בזה וסובר שאפילו בהוחזק בכך כיון דסוף סוף ישראל בר חיובא הוא אין שליח לדבר עבירה, כן העלה הש"ך כאן דאפילו אם השליח אינו בר חיובא לא הוה שליח, וסברתו נראה דיפרש הטעם דדברי הרב, היינו שהיה לו לעשות דברי הרב, ואחרי שלא שמע לדברי הרב הוה שליחות באיסור ולא יכול להיות שליח, ופירוש דאין שליח לדבר עבירה, כלומר אין יכול להיעשות שליח בדבר עבירה משום דיותר צריך לשמוע. לדברי הרב, וכן הבין רעק"א בחדושיו פי' הסברא דדברי הרב, ונסתייע עוד מדברי התוס' (ב"מ ד"ח ע"א) ד"ה ושותפין שגנבו וכמו שנביא

בסמוך, והיה נ"ל להביא ראיה משברס הסמ"ע מרש"י דב"מ ד"ח ד"ה ושותפין שמפרש דשותפין שגנבו דקאמר התם, היינו אחד שגנב לדעתו ודעת חבירו, ולא כפי' התוס' דשניהם הגביהוה, ובשמ"ק שם טרח למצוא טעם מה דחק לרש"י לפרש הכי ולא ניחא לו לפרש כפשוטו כפי' התוס' ע"ש, ולענ"ד נראה בטעמו, משום דבש"ס שם הוכיח מכח ההיא דשותפין שגנבו דאמרינן מיגו דזכי לנפשיה, ואם לא הטעם דמיגו דזכי הוה אמינא שגם בזה בשותפין שגנבו אין שליח לד"ע, וזה היה קשה לרש"י, דאי נפרש דשותפין שגנבו מיירי ששניהם הגביהו. א"כ אפי' בלא טעם דמיגו דזכי אין שייך בזה לומר אין שלד"ע, דכיון ביחד גנבו והיה רואה שגונב גם לעצמו, א"כ לא שייך בזה כלל סברא דדברי הרב וסבור הייתי שלא ישמע אחרי שרואה בעיניו שחשוד הוא לכך, ומדקאמר בש"ס דדוקא מטעם מיגו מהני השליחות הא אי לא"ה לא היה מהני, מכלל דלא מיירי בשנים שהגביהו, ולזה הוכרח רש"י לפרש דמיירי באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו, ולפי"ז יהיה מכאן ראיה כסברת הסמ"ע, דאי כסברת הש"ך דלא יוכל להיות שליח בדבר עבירה, א"כ אפי' בשנים שהגביהו נמי אין שליח, ואכתי מה דחק לרש"י לפרש באחד שגנב, אע"כ כסברת הסמ"ע, וזה ראיה נכונה, אלא דלפי"ז לפי' התוס' דמיירי באמת בהגביהו שניהם, ואפ"ה בלא המיגו הוא דאין שליח לדבר עבירה, א"כ משמע כהש"ך, דלסברת הסמ"ע בשניהם שהגביהו בלא"ה יש שליח, וזהו באמת סברת רעק"א שהוכיח מן התוס' כהסמ"ע ע"ש, ולפ"ז הסמ"ע והש"ך יפלגו בסברת רש"י ותוס':

**והנה** לכאורה היה אפשר לומר שגם מפי' התוספת יהיה ראיה לשיטת הסמ"ע, דזה לשון התוס' רש"י פי' דמיירי בשותפין שגנב אחד וכו' כדאיתא בב"ק דע"ח ואין נראה דהתם בטביחה מיירי וטביחה אפי' אמר צא וטבח לי חייב. אלא שותפין שגנבו היינו שהגביהו שניהם עכ"ל, ובהשקפה ראשונה נראה דתוס' חולקים בזה על פרש"י וסוברים דאם אחד גנב לדעתו ודעת חבירו אין שליח ודלא כרש"י, ואע"ג דאיכא מיגו דזכי לנפשי', מ"מ לענין הדין דשליח לדבר עבירה לא מהני מיגו ודוקא בשנים שהגביהו חייבין, ועיין בנתיבות וקצוה"ח לעיל (סי' ק"ה) שהבינו כן דתוס' חולקים על רש"י, ובע"כ שבזה הוא פלוגתתם, אלא דאי נימא הכי ישאר לנו קושית הקצוה"ח לקמן (סי' שמ"ח) חזקה מאוד, דכיון דבאחד שגנב לדעת חבירו ג"כ אע"ג דאית ליה מיגו לא מהני, וא"כ מה הועילו בתירוצם דמיירי בששניהם הגביהו, דהא בשנים בע"כ אתה צריך לבוא לעזרת המיגו, דבלא המיגו הוה חציו של זה כמונח ע"ג קרקע, ואלא דאמרינן שכל אחד הגביה לצורך חבירו ומהני מטעם מיגו, וממ"נ אם מיגו מהני, גם בגנב לדעת חבירו יועיל השליחות, ואם מיגו לא מהני, גם בשנים שהגביהו לא יועיל השליחות, דמאי איכא בין אחד לשנים

ע"ש שזה קושיתו בקצת הסבר ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל שם לתרץ, ואמנם אי נימא כסברת הסמ"ע א"ש החילוק של תוס', דבשנים שגנבו כיון דלא שייך סברא דסבור הייתי שלא ישמע לו, אחרי שרואה אותו חשוד בכך, ושפיר אמרינן דבכה"ג יש שליח, אבל באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו כיון דלא ראה אותו חשוד בכך אמרינן דאין שליח, ואע"ג דאית לו מיגו לא מהני זה לענין שליח לדבר עבירה, ולשיטת הסמ"ע יתיישב מה שחלקו התוס' בין אחד לשנים, אבל לסברת הש"ך דלדבר עבירה לא יוכל להיות שליח, א"כ אפי' בשנים שהגביהו נמי אין שליח, ויקשה קושית הקצוה"ח דמה איכא בין אחד לשנים שגנבו והנה אם כי ראיתי שוב בהגהות מוהרצ"ח שיישב כזה קושית הקצוה"ח בכ"ז חזרתי מזה שאי אפשר כלל לומר דהטעם דשנים שגנבו יש שליח, משום דלא שייך בזה סברא דדברי הרב, דהא בש"ס קאמר דהטעם הוה משום מיגו דזכי, והחילוק שבין אמר לשלוחו צא גנוב לשנים שגנבו הוה משום מיגו דזכי, ונסתייע מזה למגביה מציאה, דאע"ג דלחבירו לבד לא קנה, מ"מ בשנים שהגביהו קנו מטעם מיגו, ואי נפרש הטעם בשנים שגנבו משום דאין שייך בזה סברא דדברי הרב, א"כ יקשה בתרתי, חדא דלאו מטעם מיגו הוא ובש"ס קאמר משום מיגו, ועוד דאין מזה ראיה למגביה מציאה לומר דבמקום שלחבירו לבד לא קנה, ואם שניהם הגביהו קנאו, הא הכא הוה החילוק, דאם אמר לשלוחו לחוד להכי לא מהני מטעם דאין שליח לדבר עבירה, ובשנים שהגביהו אין שייך כלל אין שליח לדבר עבירה, הא אי בשנים הוה שייך נמי הטעם דאשלד"ע, לא היה חילוק בין אחד לשנים, ובע"כ מדקאמר התם טעם דמיגו דזכי, סובר הש"ס דבשנים שגנבו נמי שייך הטעם דדברי הרב, ושגם בזה היינו אומרים אשלד"ע, אם לא הטעם דמיגו דזכי, ימה שקשה לפי"ז קושית הקצוה"ח, האמת יורה דרכו, כי התוס' לא השיגו על רש"י בעיקר הדין דגנב לדעתו ודעת חבירו, רק על זה שציין רש"י כדאמרינן בב"ק, והיינו מדאמרינן התם שותף שטבח ודעת חבירו שניהם חייבין, על זה השיגו דהתם בטביחה מיירי דרבי רחמנא דיש שליח ואפי' בטבח לחבירו לחוד נמי יש שליח, ואין ראיה מהתם למציאה, ולהכי היו מוכרחים לפרש דהיינו שהגביהו שניהם, דבזה הוה ההוכחה מכח הסברא, דאי תימא דשנים שהגביהו פטורים, א"כ כל אחד יפקיע עצמו מחיוב גניבה ע"י עצה הזאת שיגנבו בשנים, ואלא ודאי דסברא הוא שחייבין בהגביהו שניהם וממילא מוכח דאמרי' מיגו, דאל"כ גם בשנים שהגביהו נימא כיון שאין אדם יוכל לזכות לחבירו בגניבה מטעם אין שליח לדבר עבירה, א"כ תיעשה זו כמו שמונחת ע"ג קרקע וזו כמו שמונחת ע"ג קרקע ולא יקנה לא זה ולא זה אלא ש"מ דאמרינן מיגו, ולזה הוכרחו שפיר לפרש דמיירי בשנים שהגביהו, ולא נוכל לפרש כפרש"י דמיירי

באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו, וג"כ מכח הסברא, דבזה אין שום סברא ודלמא באמת פטור בכה"ג, ומשו"ה הוכרח באמת לציין מראה מקום לקושיא דש"ס, דמן הסברא אין להוכיח שחייבין, דשמא באמת אפי' בכה"ג נמי פטור השני, אבל לפי' התוס' שפיר מכח הסברא חייב, דאל"ה יפקיע עצמו כל אחד וכנ"ל, אבל לאחר שנדע דבשנים שגנבו שהגביהו שניהם דחייבין מטעם מיגו, גם באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו נמי חייב בכה"ג מטעם מיגו דזכי, ובעיקר הדין יודו תוס' לרש"י, והשגתם הוא רק על מה שפי' דמיירי באחד שגנב, ולזה אין להקשות מכח הסברא כ"א מחמת הראיה דב"ק, ובאשר שהראיה אינה ראיה, לזה בחרו לפרש בשנים שהגביהו והקושיא הוה מכח סברא וכנ"ל, נמצא דבעיקר הדין לא נחלקו תוס' עם רש"י דהשתא שנדע דבשנים שגנבו חייבין מטעם מיגו, גם באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו נמי חייב ודלא כהקצוה"ח ונתיבות וזה ברור: **ואכן** לפי מה שביארתי דהטעם דבשנים שהגביהו הוה שליח, היינו דוקא מטעם מיגו, הא בלא המיגו הוה אמינא דגם בשנים שהגביהו אין שליח לדבר עבירה, א"כ יהיה מפי' התוס' ראיה לסברת הש"ך, דאי כהסמ"ע אמאי באמת אין שליח בכה"ג כיון שראה אותו חשוד בכך, וזהו נמי ראיית רעק"א שנסתייע מן התוס' דלא כהסמ"ע, והיינו משום דודאי יפרש הכי כוונת התוס', אלא דבכל זה נ"ל שגם מן התוס' אין ראיה, עפמ"ש התוס' (ב"מ ד"י ע"ב) ד"ה כהן שאמר לישראל, שהיינו דוקא כשאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה, אבל כהן שאמר לכהן הוה בר חיובא, ובתשובת נו"ב מהדו"ק (חאה"ע סי' ע"ח) הוכיח מדברי תוס' הללו שיחלקו עם פרש"י דסובר הטעם דבעינן בר חיובא משום דברי הרב, רק ס"ל דדינא דאורייתא הוא דמי שבעצמו מוזהר לעשותו אין בזה שליחות, ואף היכי שאין השליח עושה איסור, רק אם מוזהר בדבר, דאינו הטעם משום סברא דדברי הרב אף כהן שקידש גרושה עבור כהן חבירו יש שליח, דהא לא שייך דברי מי שומעין כיון דאין הוא עושה איסור, וא"כ התוס' לשיטתייהו התם דלא סברי כלל הסברא דדברי הרב להכי יוכלו לפרש לעיל התם דמיירי בשנים שהגביהו, דאפי' בכה"ג נמי לא הוה שלית כיון דלדידהו הוה דינא דאורייתא, דבדבר עבירה לא נתנה התורה רשות להיות שליח, ואנן קיימינן לסברת רש"י דסובר הטעם משום הסברא, ופי' הסברא יוכלו להיות באמת כשיטת הסמ"ע, ולפ"ז רש"י ותוס' לשיטתייהו אזלי, דרש"י דסובר הטעם דאין שליח לדבר עבירה הוה משום הסברא דדברי הרב, ופי' הסברא הוא כשיטת הסמ"ע משום דסבור הייתי, וכו' משו"ה לא יוכל לפרש דמיירי כששניהם הגביהו, דא"כ אפי' בלא מיגו יש שליח, והוכרח לפרש דמיירי בשותף שגנב לדעתו ודעת חבירו, אכן התוס' לשיטתייהו דטעם דאין שליח לד"ע הוה דינא דאורייתא, להכי יוכלו לפרש דמיירי

שהגביהו שניהם ודו"ק, הן אמנם דבנו"ב שם הרגיש בדברי התוס' (ב"ק דע"ט ע"א) בד"ה נתנו לבכורת בנו שכתבו שם טעם דדברי הרב, וא"כ גם הם סוברים כשיטת רש"י דהוה מכח הסברא, אכן הוא עצמו תיקן זאת, דע"כ לא הזכירו התוס' הסברא, דדברי הרב, דוקא למ"ד דשני כתובים אין מלמדין, ולא נוכל למילף משחוטי חוץ, לדידיה יליף מסברא ואליבי' כתבו התוס' בב"ק, אבל למ"ד דב' כתובים מלמדים לא הוה כלל מסברא אלא דינא דאורייתא הוא דאין שליח לדבר עבירה, דיליף משחוטי חוץ, והנה בב"מ ד"ח רבא הוא דקאמר הדין דשנים שגנבו ורבא ס"ל דשני כתובין מלמדין וכדמשמע בש"ס (קדושין דמ"ג), ולדידיה ודאי דהוה מדאורייתא לשיטת התוס', משו"ה יוכלו לפרש דמיירי בהגביהו שניהם, אבל איה"נ דלמאן דסובר משום הסברא דדברי הרב, ופרש כפי' הסמ"ע, ורש"י סובר דלכו"ע הוה הטעם משום הסברא ודו"ק:

**ודע** דמה דמשמע מסוגיא דב"מ ד"ח דאף דאין שליח לד"ע, מ"מ היכי דאית לו מיגו דזכי לנפשי' מהני דיכול להיות שליח, אלא דלרש"י היינו נמי באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו, ולתוס' לפי הבנת הקצוה"ח ונה"מ, היינו דוקא בשנים שהגביהו ולפי מה שכתבתי גם התוס' יודו לדין דרש"י, עכ"פ לכו"ע מהני המיגו דיש שליח, לא אוכל להבין ברירא דהאי מילתא, דלכל הסברות דאין שליח לד"ע מה יוכל להועיל הטעם דזכי גם לנפשי' לומר דיש שליח, ואכן למה שכתבתי בחבורי לב"מ ד"ח, באמת להיות שליח לחבירו לא מהני בדבר עבירה אפי' במיגו, ורק בשנים שהגביהו כיון דלא יוכל לזכות במחצה שלו אם לא שיגביה מחצה השני לצורך חבירו, א"כ גם במחצה השניה הוה מגביה לצורך עצמו, ולצורך עצמו מהני אפי' בדבר עבירה, ומפי' התוס' ודאי דאין ראיה, ואפי' לשיטת רש"י דפי' באחד שגנב לדעת חבירו נמי אין ראיה כמו שכתבתי שם דלהכי פי' דוקא בשותפין, שמחויב לתת לו מחצה מגניבתו ואם לא היה מגביה מחצה לחלק חבירו, היה מוכרח ליתן לו מחלקו, וא"כ בזה הוה נמי מגביה לצורך עצמו, אבל שנימא דע"י מיגו יוכל לזכות לחבירו בדבר עבירה אין סברא כן נ"ל אלא דמדברי המפרשים לא משמע כן ועיין מה שכתבנו בחדושנו שם ולעיל בסי' ק"ה עוד מזה הרבה:

שם **ברמ"א** חוץ מלדבר עבירה דקיי"ל אין שליח, וכתב בס' שער המשפט דאף אם שכר לשליח בשכר לעשות העבירה נמי אין שליח ע"ש, וגדולה מזו כתב המוהרי"ט (פ"ד דבכורות אות ל"א) דאף אם ציוה לאשתו ועבדו שכפופים לעשות צוויו אמרינן אין שליח לד"ע ע"ש. ואם כי כתבו בפשיטות כן, לענ"ד מחלוקת הראשונים יש בזה וגם יש פנים להוכיח מן הש"ס להיפוך, הנה ראש החולקים ע"ז הוא המחנה אפרים (הלכות שלוחין) דכתב שאפי' במקום דשליחות לא מהני כגון בעכו"ם, אפ"ה ע"י עבדו מהני ומשום דידו

כיד רבו, אלא דבתשובת שואל ומשיב בח"ב סי' ק"י כתב שיש לו ראיה שאין עליה תשובה הין סברת המחנה אפרים הנ"ל מגיטין (דכ"ג ע"ב) דהכי איתא התם מתקיף לה ר"א טעמא במילתא דליתי' וכו' יאר איחא מה בדמי נכרי לעבד שאני עבד דידו כיד בעה"ב, אע"כ דלהס"ד דליתי' בשליחות לא מהני גם בעבד אף שידו כיד בעה"ב ע"ש. אכן לענ"ד מה שכתב שהראיה הזאת אין עליה תשובה, זה אינו ויש תשובה גדולה ע"ז, דהא פשיטא דר"י לא מיירי התם אלא בעבד שאינו שלה, וכן פרש"י להדיא שם, דבד"ה עבד מהו שיעשה שליח כתב וז"ל עבד של כל אדם מהו שיעשה שליח לאשה בעלמא עכ"ל, הרי להדיא דמפרש בעבד דעלמא ולא בעבד שלה, ומוכרח זה מתוך הסוגיא דבע"כ מיירי בעבד דעלמא ולא בעבד שלה, דהא על דברי ר' יוחנן דאמר אין העבד נעשה שליח לקבל הגט מתקיף לה ר' אליעזר טעמא דליתא כו' מה אתם ישראל אף שלוחכם ישראל, ופרש"י וז"ל ומהאי טעמא איכא למעוטי נמי עבד עכ"ל, ולפ"ז משמע דס"ד דר' אליעזר דעבד באמת אין נעשה שליח, ומאוד תמוה זה דהא בהדיא איתא במתני' דתרומות הרשה את עבדו, הרי מפורש דעבד נעשה שליח לתרום, וכן בפסחים אמר לעבדו צא לשחוט עלי הפסח, וא"כ מאי ס"ד דר' אליעזר דבעינן דוקא ישראל לשליחות, ובשלמא אם נפרש דסוגיא דהתם דקאמר דאין העבד נעשה שליח מיירי בעבד דעלמא, אבל בעבד שלו מהני משום דידו כיד רבו, לא קשה מהנך משניות, דהא התם באמר לעבדו מיירי, ועבד שלו מהני שפיר בלא טעם דשליחות משום דידו כיד רבו, שזה מהני טפי משליח, אבל אי נימא דמה שאומר אין העבד נעשה שליח מיירי אפי' בעבד שלו, וממילא דמה דאתקיף ר' אליעזר וסובר דלא מהני, היינו אפי' בעבד שלו נמי, וא"כ איך יפרנס המשניות שזכרתי, אע"כ דכל הסוגיא לא מיירי כ"א בעבד דעלמא, ועוד ראיה דר' יוחנן דאומר אין עבד נעשה שליח לא מיירי בעבד שלה, דהא בעבד שלה לאו מילתא פסיקתא היא, דהא בכפות מהני ומטעם חצר וכדאמרי' בגיטין (דכ"א ע"א) ע"ש בתוס', ור' יוחנן דאמר מסתמא אין העבד נעשה שליח, ולא מפליג בע"כ דמיירי בעבד דעלמא וזה ברור:

**ואין** להקשות דאיך אפשר לומר דבעבד שלה מהני גם בגיטין ומטעם דיד עבד כיד רבו ומגורשת מטעם חצר הא חצר מהלכת היא, ובש"ס (גיטין דכ"א ע"א) לא משכחת בעבד שתקנה מתורת חצר כ"א בכפות ועומדת בצדו, די"ל דאע"ג דחצר מהלך הוא ומטעם חצר אין קונה, עכ"פ לא גרע משליחות, ואע"ג דבגיטין שם לא אמרינן דתקנה עכ"פ מטעם שליחות וכמ"ש התוס' שם בטעם הדבר דלא אמרינן חצר לא גרע משליחות כ"א לענין שלא בפניו כו' אבל לענין חצר מהלכת לא אמרינן כן, התם מיירי שהבעל נתן

ביד עבדה, אבל האשה לא עשתה לעבדה שליח בפירוש, אמנם הכא דשוויתיה שליח בפירוש פשיטא שלא גרע משליחות, ואין לומר דמטעם שליחות נמי לא שייך בעבד כיון שאינו בתורת גיטין וקדושין, כיון דהקנין הוא מטעם חצר ובחצר לא שייך הכי, דהא ודאי פשיטא דמה דאמרינן דחצר לא גרע משליחות, אין הכוונה שהוא שליח באמת, אלא הכוונה דחצר מועיל כמו שליח, אבל הקנין הוה משום חצר, רק חצר מועיל כמו דמועיל שליח וזה ברור, אלא שראיתי דבר תמוה בתורי"ד בגיטין שה דלאחר שהביא פרש"י דדוקא בעבד דעלמא היא דאמרינן הכי ולא בעבד דאשה ומטעם דהוה כחצירו כתב עלה וז"ל ולאו מילתא הוא ועבד דאשה כחצירה דמי וקיי"ל חצר מהלכת לא קנה אך אם היה כפות ואשה עומדת בצדו דומיא דחצירה דבעינן והוא שעומדת בצד חצירה אבל שתאמר לו האשה קבל לי גיטי בלא כפות ובלא שתעמוד בצדו בתורת שליח אינה מגורשת ע"ש שדחה פרש"י לגמרי, וכתב עלה דגרסא משבשתא היא, והנה מדבריו במה שכתב דאי החצר הוה מטעם שליח אינה מגורשת מטעם דאינו בתורת גיטין, נראה שהבין דהפירוש חצר מטעם שליח, היינו שהוא שלוחו ממש, אבל פירושו בזה זר הוא למאוד, דודאי הכוונה שהקנין הוא מטעם חצר, רק דגזה"כ הוא דחצר מועיל אפי' במקום שיד אינו מועיל, ומועיל בזה כמו שליח דמועיל בעלמא. אבל אין הכוונה שהחנר הוא באמת שלוחו, וראיה לזה נמי ממ"ש התוס' (גיטין דכ"א) בד"ה אטו שליחות מידה שהקשו כיון דחצר לא גרע משליחות, א"כ התם דלא אפשר שתתגרש מכח יד תתגרש מטעם שליחות, ואי הכוונה דהחצר הוה שלוחו ממש א"כ מאי מקשו דתתגרש מטעם שליחות, הא חצר לא חזי לשליחות בגט משום דאינו בתורת גיטין, והא דמתגרשת בעבד שלה, היינו מטעם חצר, ואע"ג דבע"כ החצר הוה מטעם שליח ואפ"ה מתגרשת, אע"כ דהכוונה הוא דבמקום שאין מועיל הקנין מטעם דהוה דומיא דידו, מועיל מטעם דהוה דומיא דשלוחו, אבל הקנין הוה הכל חצר ולא שליח וזה ברור כשמש:

**ולאחר** שזכינו ליישב הקושיא החזקה שהקשה השואל ומשיב על חידוש הדין של המחנה אפרים דעבד שאני ומהני אפי' במקום דשליחות אינו מועיל ומטעם דידו כיד רבו, ונ"ל עוד להוכיח כהמחנה אפרים מסוגיא דקדושין (דף מ"א) דעל מה שרוצה לומר התם דשליחות אינו מועיל בקדושין, פריך הש"ס מהא דתנן חבורה שאבד פסחה כו', והקשה הריטב"א למה לא פריך ממשנה דפ"ח דפסחים דתנן הרי שאמר לעבדו צא ושחוט עלי הפסח שכח מה אמר לו רבו וכו', ולמה פריך ממשנה זו דחבורה שנשנית להלן בפסחים פ"ט, ולא פריך ממשנה הקודמת דאמר לעבדו וכו' ע"ש. ואכן להמחנה אפרים א"ש, דבעבד שאני דידו כיד רבו ולאו מטעם שליחות הוא, ומשו"ה מעבד לא

הו"מ להקשות כלל, ונראה עוד דחלוקו של המחנה אפרים מוכרח גם מתוך הסוגיא דהתם גופא, ולא מיבעי בעבדו ממש דודאי ידו כיד רבו אלא אפי' בשליח בשכר נמי דינו כפועל ועבד ומהני בו שליחות, דאלת"ה יקשה טובא בסוגיא דהתם דדחקו למצוא פסוק למילף מיניה שליחות בקדשים, למר מקרא דויקחו להם, ולמר מקרא דושחטו, ותיפוק לי' מדחזינן שהכהנים נעשו שלוחים בעבודת המקדש, ולמ"ד (קדושין דכ"ג) דכהנים הוו שלוחי דידן מכלל דיכול לעשות שליח בקדשים, וכבר נתקשה בזה הרבה באו"ח שם בקדושין. וכתבתי ליישב דכהנים אפי' אם שלוחי דידן הם, מ"מ הא הם מקבלים שכר חלף עבודתם, דמשו"ה זכו בעשרים וארבע מתנות כהונה משום שהם פנוים לעבודה במקדש, ובמעשר פירש הכתוב להדיא שזהו שכר עבודה וכמשה"כ ולבני לוי נתתי מעשר חלף עבודתם, ולראב"ע דסובר מעשר ראשון לכהנים ודאי דמקבלי שכר נינהו, ואפי' לר' עקיבא דסובר מעשר ראשון ללוי, אבל הא הכהן יש לו נמי חלק בזה והוא תרומת מעשר, וזהו חלף עבודתם, וכיון שכן דכהנים מקבלים שכר בעד עבודתם, הרי דינם כפועל המקבל שכר וידו כיד בעה"ב, אבל שליח בחנם אפשר דלא מהני, ומשו"ה מצריך לקרא אחרינא למילף מיני' שליחות בקדשים, ובזה מיושב נמי מה שהקשה בתשובת פנים מאירות (ח"ב סקי"ו) דלפי מה דמשמע בש"ס דקדושין דקדשים הוה מטעם שליחות א"כ איך מקבלים קרבנות מן הנכרי הא אין שליחות לנכרי, ולמה שכתבתי ניחא דמכהנים העוסקים בקרבנות אין ראיה דהתם הוה מטעם יד, והתם בעי למילף מקרא דויקחו איש שה דאפי' בשליח דעלמא נמי מהני בקדשים. והרי ביארנו שאפי' בשליח כשהוא בשכר יש שליח אפי' במקום דלא מהני השליחות, וכ"ש בעבד ממש דמהני ודלא כהשעה"מ, וראיית השעה"מ מסוגיא דב"ק (דף נ"א ע"א) דטרח התם לאשכוחי בור של שני שותפין, דאי באמרו לשליח צא כרה לנו אין שליח לדבר עבירה, ולמה לא מוקי כששכרו לשליח ובשליח בשכר הא יש שליח אפי' לדבר עבירה, עיין מה שכתבנו מזה בחבורנו לב"ק שם:

**והנה** אם כי מן הש"ס וגם מרש"י מוכח להדיא כהמחנה אפרים. דבעבד שלו מהני מטעם דידו כיד רבו, אכן דעת התוס' נראה דלא סברי הכי, דהתוס' בקדושין (דמ"ב ע"א) בד"ה ודלמא כתבו להוכיח שאפי' היכי דליכא שותפות בגויה מצי נמי לשוויה שליח, ממתני' דהאומר לעבדו צא ושחוט הפסה ע"ש, ולחילוקו של המחנה אפרים לא מוכח מידי מהתם, דהתם כיון שעבדו הוא וידו כיד רבו משו"ה מצי לשחוט עבורו, אבל בשליח דעלמא איה"נ דלא מצי שוויה שליח. אע"כ דהתוס' לא ס"ל לחלק בין עבדו לשליח דעלמא, וכל היכי דלאו בר שליח הוא אפי' בעבדו נמי לא מהני, ופליאה על האחרונים

שפלפלו בסברת המחנה אפרים ולא נתעוררו להביא שבאמת הוא מחלוקת רש"י ותוס' בזה, דרש"י סובר כהמח"א, והתוס' וגם הריטב"א חולקים ע"ז וכמו שביארתי:

שם **ברמ"א** דקיי"ל אין שליח לדבר עבירה. והנה התוס' ב"מ (ד"י ע"ב) בד"ה אמר לישראל כתבו דאם עשאו שליח לדבר עבירה בטל גם מעשה השליחות לגמרי, ועפי"ז העלה בתשובת נו"ב חאה"ע בגט שניתן בע"כ ע"י שליח דאינו גט כלל כיון דאיכא חרם דרבינו גרשום שלא לגרש בעל כרחה אין שליח לדבר עבירה ומעשה הגט בטל ע"ש. והאחרונים שהביאו לחידוש זה שחדשו התוס' נתקשו בזה מנ"ל להתוס' לחדש דין כזה ודלמא לא נאמר אלא לענין חיוב ופטור המשלח והשליח, אבל השליחות קיים, ונ"ל דהתוס' סברי דהא דאמרינן אין שליח לדבר עבירה משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וכדמסיק טעם זה בסוגיא דקדושין, לאו מסברא אמרינן הכי וכדמוכח פשטא דש"ס, דהא ודאי דלא איצטריך ע"ז לשום סברא חיצונה, דכיון דלא ילפינן שליחות בכל התורה אלא מגירושין תרומה וקדשים לית לו למילף אלא דומיא דהנך דלית בהו עבירה, אבל היכי דאיכא צד עבירה לא הוה דומיא דהנך ולא אמרה תורה שלח לתקלה וכמ"ש הפנ"י בקדושין שם, וכ"כ נמי הריטב"א דלאו מסברא ידעינן לה ע"ש, ולפי"ז היה קשה להו לתוס' א"כ למה הביא הש"ס שם כלל לסברא דדברי הרב וכו', ובע"כ דהש"ס תרתי קאמר, לענין ביטול המעשה ידעינן באמת דאין שליח משום דלדבר עבירה לא מצינו שליחות והוה כמו שעשאו מאליו, ובודאי שהמעשה בטל, דאין שום קנין למעשה שעשאו מאליו, ואלא דאכתי גם לשליח הוה לן למיפטר, דהא איהו נמי מצי למימר אנא מיהא שליחות של המשלח קא עבידנא, ע"ז הביא הסברא דדברי הרב וכו' דברי מי שומעין ולא הוה לך לשמוע לדברי המשלח ומשו"ה השליח מיהא חייב, ובדברנו יתיישב מה שהקשו נמי האחרונים על הסמ"ע כאן שמפרש דטעם דדברי הרב ודברי התלמיד הוה פירושו דלא סמיך דעת המשלח שיהיה השליח ציית אותו דמסתמא יהיה ציית יותר לדברי הרב, ולפי"ז מאי פריך הגמ' (ב"מ ד"י ע"ב) על רבינא אלא מעתה האומר לעבד ואשה גנבו יהא חייב הואיל והם פטורים מלשלם, ומאי קושיא אטו אף אם אין להם לשלם וכי הותר להם לגנוב, הרי הושוה אשה לאיש לכל עונשין שבתורה, ועבד נמי הוקשה לה לה לאשה, ועדיין מצי המשלח לומר סברתי שלא יגנבו כדי לציית לדברי הרב שאמר לא תגנוב, ולמה שכתבתי אין מקום לקושיא זאת, דפטור דמשלח לאו מכח סברא דדברי הרב הוא אלא משום דמעשה השליחות בטל והוה כעשאו מאליו, וסברא דדברי הרב לא בא אלא לחייב את השליח, אבל בפטור דמשלח לרבינא דסובר

דלא אמרינן אין שליח לדבר עבירה כ"א היכי דשליח הוה בר חיובא, איה"נ דבאשה ועבד דלאו בר חיובא הם לשלם, מעשה השליחות לא בטל וליכא למיפטר להמשלח:

**והנה** המקנה בקדושין (דף מ"א) הוכיח דלא כדברי התוס' ולא אמרינן דמעשה השליחות בטל, מכל שחרורי עבדים ששולח שטר שחרור ע"י שליח כמפורש בכמה משניות ובריייתות בגיטין ששחרורי עבדים שויין לגיטי נשים, ואמאי כיון דמשחרר עבדו עובר בעשה דלעולם בהם תעבודו הוה שליחות לדבר עבירה ובטל השליחות, אע"כ דלא אמרינן דבטל השליחות א"ש, ועיין בקצוה"ח כאן שהביא קושיא זאת וטרח ליישבה, ולי נראה לדחות ראייתו, דהא גם כשמשחרר בעצמו נמי קשה למה מהני השחרור כיון דעובר בעשה וקיי"ל דכל מקום דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, וכבר נתקשה בזה הרבה הפמ"ג בס' שושנת העמקים, ובחבורנו לגיטין כתבתי דלק"מ, דכיון שחרור מפורש בתורה מקרא דאו חופשה, הרי נתנה בו דין שפרור אפי' בעבירה, ואיך שייך לומר דאי עביד לא מהני השחרור אחרי שהתורה בעצמה התירה השחרור אע"ג שעבירה הוא ע"ש, וממילא לא שייך נמי לומר דתתבטל מעשה השליחות משום דעבירה הוא, אחרי שהתורה נתנה דין שחרור אפי' בעבירה, ואפי' כי משחרר בעצמו נמי עבירה הוא ואפ"ה מפורש בתורה דמהני שחרור, הוה"ד כי משחרר ע"י שליח נמי מהני, ואע"ג דבכל מקום מתבטל מעשה השליחות כשהוא בעבירה, הכא שאני דהתורה נתנה דין שחרור אע"ג שעבירה הוא ודו"ק כי זה נכון. ושוב ראיתי במחנה אפרים (הלכות שליח סי' ע') שנסתפק במי שנשבע שלא לקדש את לאה ושוב קידשה ע"י שליח אם היא מקודשת, דיש לומר דכיון שהוא אינו יכול לקדשה שליח נמי לא מצי משוה או דלמא דוקא במידי דאיהו לא מצי עביד ואי עביד דלא מהני הוא דאמרינן דלא מצוי משוי שליח, אבל בקדושין כיון דאיהו נמי אם עבר ועשה מה שעשה עשוי, דהא בקדושין גלי קרא דמועיל אפי' אם עביד נגד מאי דאמר רחמנא כמו דמצינו באלמנה לכוה"ג, שליח נמי מה שעשה עשוי ע"ש, הרי שמצאתי און להסברא שכתבתי דכל מקום דגם איהו לא מצי עביד ואפ"ה גלתה בו התורה דאי עביד מהני, הוה"ד מעשה השליח נמי מהני, ואע"ג דהמח"א נסתפק בזה, לדידי פשיטא להוכיח כן מהך דשחרור עבד על ידי שליח וכמ"ש:

**ובאופן** אחר קצת נ"ל ליישב קושית המקנה מדין דשחרור, דבעיקר הדבר דאמרינן דבשליחות לעבירה בטל גם המעשה, היסוד לזה הוה נמי משום הכי, דכיון דקיי"ל דכל מקום דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, הוה"ד שליחות כיון דאמר רחמנא דאין שליח לעבירה משו"ה גם אי עביד לא מהני, וכבר כלל לנו הפנים מאירות דדוקא

בפעולה שעושה לעצמו ואין בזה הפקעת זכות לאחרים הוא דקנסה אותו התורה לומר אי עביד לא מהני, אבל היכי דאיכא בזה הפקעת זכות דאחרינא לא אמרינן דליבטיל זכות דאחרים משום שזה עשה שלא כהוגן, ובחבורנו לגיטין דל"ט ועוד בכמה מקומות הארכתי בזה, ולפי"ז לא שייך לומר דלבטיל מעשה השליחות כששחררו ע"י שליח, כיון דהעבד עצמו לא עשה שום איסור ורק האדון הוא דעושה איסור, איך אפשר לבטל השחרור שהוא זכותו של עבד הא יכול לומר מה איכפת לי מה דאת עבדת איסורא ודו"ק היטב בזה:

**ולכאורה** היה אפשר להוכיח דרבינו האי גאון סובר נמי בזה כהתוס' דבשליחות לעבירה בטל גם המעשה, דהרא"ש בכתובות (ד"ק ע"א) הביא בשם רבינו האי דשליח שהותיר שתות מקחו בטל כמו בפיחת, והרא"ש תמה ע"ז כיון דמדמה הותיר לפיחת א"כ למה הזכיר דוקא שתות, אפי' דינר נמי, דהא בפיחת אפי' בפחות משתות נמי מכרו בטל, ובהפלאה שם כתב דטעמא דרבינו האי לאו מטעמא דמדמה הותיר לפיחת, אלא מטעם דסובר כהתוס' דב"מ דכל היכי דאין שליח לדבר עבירה המעשה בטל וה"נ במקח שנעשה באיסור הוה המקח בטל, ולכן באונאת שתות דאיכא איסור דלא תונו, א"כ ממילא בטל השליחות מטעם דאין שליח לדבר עבירה וממילא המקח בטל, משא"כ בפחות משתות דלקמן (סי' רכ"ז) הובא דיש להסתפק בזה אם איפא איסור דלא תונו, וי"ל דרבינו האי סובר דאין איסור ומשו"ה מקחו קיים ע"ש, והרי לפי"ז מוכח דרב האי סובר כהתוס', אכן לענ"ד אי אפשר לומר כאן שיהא בטל מעשה השליחות, כיון דהמשלח לא צוהו להונות אלא עשאו שליח סתם למכור והשליח עצמו הוא שעשה האונאה, ולא אמרינן בכה"ג דלבטיל מעשה השליחות וכמ"ש הקצוה"ח בשם המשנה למלך לענין טביחה בשבת היכי שא"ל לשחוט סתם ע"ש, ואע"ג שבהפלאה הביא מטביחה בשבת ראיה להיפך והוא ממ"ש הפוסקים גבי טבחו בשבת דאפי' לא צוהו לשחוט בשבת דוקא מ"מ כיון שעשה השליחות באיסור אמרינן דאין שליח לדבר עבירה, יש לומר דלא דמי, דהתם מיירי לענין לחייב המשלח בקנס דד' וה' אבל לענין לבטל מעשה השליחות שפיר יש לחלק ולומר שדוקא כשהמשלח הקפיד לעשות בדרך עבירה בטל השליחות, אבל כשהוא לא הקפיד בזה והשליח מעצמו הוא דעביד הכי, לא אמרינן דלתבטל מעשה השליחות, ועיקר הממציא לדין זה שבדבר עבירה יהא בטל גם מעשה השליחות הוא הנו"ב במהדו"ק (חאה"ע סי' ע"ה) והוא עצמו במהדו"ת (סי' קי"ב) כתב שבכה"ג שהמשלח לא הקפיד שיהא דוקא בעבירה לא אמרינן שיבוטל השליחות ע"ש, וכ"כ החת"ס בתשובה שבס' יד יוסף ע"ש. ויש לי להביא ראיה ממ"ש בב"מ (דק"ח

ע"א) לגבי מצרן זבין במאתן ושויא מאה סבור מינה דמצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. פי' ויבוטל המקח מכת זה, והדר אמר אין אונאה לקרקעות, ואכתי מה מועיל הש"ס בתירוץ זה, דהא מה דאמרינן אין אונאה לקרקעות היינו רק לענין שא"צ להחזיר האונאה, אבל איסור דלא תונו איכא נמי בקרקעות וכמ"ש הרמב"ן בפירושו על התורה דעיקר אונאה בקרקע כתיב, לפי רוב השנים תרבה מקנתו, וכ"כ המהרש"ל ביש"ש הובא בסמ"ע לקמן (סי' רכ"ז) וא"כ אכתי לבטיל המכירה מצד דהוה שליחות בעבירה, דנהי דמצד עיוות לא בטל דכיון דהא דאין אונאה הוה הטעם משום דקרקע שוה כל כסף וליכא כאן עיוות וכמו שהארכתי בזה בחדושנו לעיל (סי' קע"ה), אבל אכתי ליבטיל מטעם דהוה שליחות בעבירה, וכן בבבא השניה שם זבין במאה ושוה מאתין, לבטיל המכירה מצד שהשליח הותיר ואינה את המוכר ועשה עבירה אע"כ כיון שהמשלח לא צוהו שיעשה השליחות בעבירה דוקא לא אמרינן שיהא בטל מעשה השליחות ודו"ק. ועיין בחדושנו לעיל (סי' ק"ט) מה שכתבנו מזה:

שם **ברמ"א** ודוקא שהשליח בר חיובא אבל אם אינו בר חיובא הוי שליח אפי' לדבר עבירה, וזהו כאוקימתא דרבינא (ב"מ ד"י ע"ב) דמחלק בין שליח בר חיובא לאינו בר חיוב, ומשום דלא שייך לומר דברי הרב כו' דברי מי שומעין כיון דאין השליח חייב, דלאוקימתא דרב סמא דתלי בהיכי דאי בעי עביד ואע"ג דאין שליח בר חיובא נמי אין שליח לד"ע, ובע"כ דלרב סמא לא תלי כלל בטעם דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ועפי"ז הקשה האוח חדש בחדושיו לקדושין על הש"ך כאן שהעלה דאוקימתא דרב סמא עיקר, והא בקדושין (דמ"א ע"ב) קאמר סתמא דתלמודא טעם דדברי הרב וכו' והיינו כאוקימתא דרבינא מכלל דהוא העיקר ע"ש:

**והנה** מה שהבינו הש"ך והאו"ח דלרב סמא לא אמרינן כלל לטעם דדברי הרב וכו', לענ"ד אי אפשר לומר כן, ובודאי גם רב סמא סובר טעם דדברי הרב, וכל היכי דאין השליח בר חיוב כלל לכו"ע יש שליח, ורק התם בב"מ באומר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה הוה נמי בר חיוב משום דעבר אלפני עור, ובזה הוא דפליגי רבינא ורב סמא, דרבינא סובר דמשום איסור דלפני עור לא מיקרי בר חיוב ולא שייך בו דברי הרב, דבעינן שיהא עובר לדברי הרב מן העבירה עצמה, ורב סמא סובר דאפי' בכה"ג דאינו עובר כ"א בלפני עור נמי שייך בו דברי הרב ואין שליח לד"ע, אבל היכי שאין השליח בר חיוב כלל גם לרב סמא יש שליח, דגם הוא סובר טעם דדברי הרב וכו', וכדבריי מפורש בשמ"ק בב"מ ע"ש שהוסיף בטעמא דרבינא דסובר דבעינן דוקא שיהא עובר דברי הרב מן העבירה עצמה, ורב סמא סובר דאפ"ה כיון דדמו להנך דשייך בו דברי הרב אלפני

עור סגי בהכי, וכל זה הוא דלא כהש"ך שהוכיח דלרב סמא לא משכחת שליח בדבר עבירה כ"א בחצר דוקא, ולמה שביארתי שפיר משכחת אפי' באדם שאינו בר חיוב כלל ובגוונא דגם אלפני עור אינו עובר ודו"ק:

שם **בש"ך** ס"ק א' הביא דברי הגהות מיימוני דהיכי שהשליח לא ידע שהוא גנוב חשוב כמו חצר דבע"כ מותיב בה ויש שליח ועמ"ש הש"ך לקמן (סי' שמ"ח) ובחדושנו שם:

סעיף ב' **במחבר** עבר השליח ע"ד משלחו לא עשה כלום, ומוכח בש"ס ולקמן סעיף ו' דאף בדבר שלא התנה בפירוש המשלח אלא דסתמא דמלתא כך הוא כגון לקנות קרקע באחריות והשליח קנה שלא באחריות מיקרי עובר על דעת משלחו והמקח בטל, והנה בשעה"מ הקשה ע"ז ממשנה דר"פ השוכר את הפועלים דתנן התם מקום שנהגו לזון יזון לספק במתיקה יספק הכל כמנהג המדינה מעשה בר' יוחנן בן מתיא שאמר לבנו צא שכור לנו פועלים והלך ופסק להם מזונות וכשבא אצל אביו א"ל בני אפי' אם אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו לא יצאת ידי חובתך עמהם שהם בני אברהם יצחק ויעקב אלא עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם ע"מ שאין לכם עלי אלא פתי וקיטניתי לבד ופריך עלה בש"ס מעשה לסתור, ומשני חסורי מחסרא והכי קתני ואם פסק להם מזונות ריבה להם מעשה נמי בר' יוחנן בן מתיא וכו'. ופרש"י ריבה להם יותר על המנהג דכיון דלא צריך לאתנויי ואתני מזוני יתירי קאמר, וקשה דלמה אמר לבנו שיחזור בו עד שלא יתחילו במלאכה, אף שיתחילו במלאכה אין במעשיו כלום כיון דהיה שלוחו של אביו ועבר ע"ד משלחו דשינה ממנהג המדינה והלך וריבה להן מזונות יתרים ע"ש, ונ"ל דהא במשנה נאמר בזה הלשון צא שכור לנו, ולא אמר שכור לי, דהוה משמע דהבן אינו כ"א שליח בעד אביו, אלא שכור "לנו" דמשמע בעדו ובעד הבן גופא, דגם לבן היה חלק במלאכה הזאת, ונמצא דאינו שליח כ"א שותף בעסק ושכר בעד עצמו, ובלא"ה לפי מה שהעליתי לעיל בסמוך דבפועל ועבד דידם כיד בעה"ב לא אמרינן דמקחו בטל ע"ש, א"כ כ"ש ביד בנו דידו כיד אביו וכמו דאמרינן לגבי עירוב דיד בן כיד אביו, ואפי' בבן גדול אם סמוך הוא על שולחן אביו כמ"ש בתוס' (ב"מ די"ב ע"ב), והכא בע"כ הבן סמוך הוא על שולחנו, מדאמר שכור לנו, דמשמע שגם הבן אוכל עמו, ועוד נ"ל דודאי אם לא היה נודע לאביו עד שכבר התחילו במלאכה איה"נ דמצי לבטל השליחות גם משהתחילו, אבל כיון שנודע לאביו קודם, אם לא היה מוחה מיד והמתין עד שיתחילו במלאכה לא הוה מצי תו לחזור דכיון דלא מיחה מיד הרי נתרצה למעשה השליח וא"כ היה צריך לברר אם מיחה מיד או שהה, משו"ה אמר שעד שלא יתחיל במלאכה דאז מצי לחזור בכל אופן, ועוי"ל דמסתבר דלבן נותן רשות בין לתיקון בין לעיוות כדי שלא

ישלם הבן אם יעוות ואפי' מספיקא הא מצו הפועלים לומר שהתנה עמו בין לתיקון בין לעיוות כמבואר בסמוך סעיף ד', ולכן בכדי להנצל מדינא ודיינא אמר שיחזור מיד. ומכל אלו לא הוה מקחו בטל אפי' כששינה וק"ל:

סעיף ג' **במחבר** טעה וקנה ביוקר אפי' בכל שהוא המקח בטל וכו' שיאמר לתקוני שדרתיך וכו', נסתפקתי אם דוקא בשליח מצי למימר הכי ומשום דאמר לו אדעתא דהכי לא עשיתיך שליח וכמ"ש רש"י (בבכורות דס"א) אבל בפועל ועבד דהוה מטעם יד שעדיף משליח לענין כמה דברים לא מצי אמר לו לתקוני שדרתיך, ואפי' אם עוותו הפועל והעבד נמי לא מצי לבטל המעשה, או לא שנא, והי' אפשר לכאורה להביא ראיה שבפועל לא מצי לומר הכי מהא דאמרינן (ב"מ דנ"ו) אחיו למעוטי הקדש מאונאה, וראיתי מקשים הא הגזבר אינו אלא שליח וא"כ נהי דאתמעט הקדש מדין אונאה עכ"פ לבטיל המקח מטעם שליח שעיוות, וכמו בקרקע דאתמעט נמי מאונאה ואפ"ה בטעה ע"י שליח קיי"ל (קדושין דמ"ב) דחוזר המקח משום דא"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, אע"כ דהגזבר שהוא עדיף משליח והוה מטעם יד וכמו שאמר רב יוסף אנן יד עניים אנן (ב"ק דל"ו), להכי לא מצי למימר לתקוני שדרתיך כו'. אלא דקשה לפי"ז דא"כ באפוטרפוס דדומה נמי לגזבר לא יהיה יכול לומר לו לתקוני שדרתיך וכו'. ובאמת איתא לקמן (סי' רכ"ז) דאפוטרפוס דומה בזה לשליח, ועיין בנתיבות לקמן בפתיחה לסי' ר' שכתב דהגזבר הוה רק שליח ע"ש, ומה שקשה לפי"ז דא"כ אמאי אין חוזר המקח כשנתאנה לק"מ דכיון דמכירת הקדש אי אפשר כ"א ע"י גזבר שהוא שליח ואפ"ה גילתה התורה שאין אונאה, הרי פירשה התורה שאפי' בטעה ע"י שליח נמי אין אונאה, ויש להסביר עוד הדברים, דהנה בהדיוט גופא כשהתנה השליח בין לתיקון בין לעיוות, בתר תנאו אזלינן, ובהקדש שהגזבר שליח דרחמנא הוא, על תנאי משפטי האמורים בתורה ירד לשליחותו, וכיון שרחמנא אמרה שאין אונאה להקדש הוה כאילו נתרצה המשלח על העיוות, וכיו"ב כתב הרשב"א בב"ק (ד"כ ע"ב) על זה דאמר רבה התם הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי, דכמו בהדיוט מדעת היינו שהתנה עמו שישלם שכר הדירה שצריך להעלות לו שכר, כן בהקדש גם שלא מדעת, דכיון שמפורש בתורה שאסור ליהנות מן ההקדש הוה כאילו התנה כן ע"ש שזה תכן כוונתו, הרי מפורש מדבריו שבהקדש שאין מי שיתנה, דיני התורה עצמם הן הם תנאי השליחות, וה"נ כיון שלדין תורה אין אונאה בהקדש הוה כאילו התנה. כן שגם אם יעוות יהיה מעשהו קיים, ושוב ראיתי שאין מקום לקושיא הזאת, דהא הטעם דמצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי משום דהוה טעות בשליחות ואדעתא דהכי לא עשיתיך שליח, וא"כ בהקדש הא לא

שייך טעות, דמאן טעה, ושום מקח טעות לא שייך בהקדש, וכמש"כ רש"י (ב"מ דנ"ז ע"א) בד"ה אבל אהקדשות וז"ל דאילו גבי הדיוט אמרינן טעה ואדעתא דהכי לא קנה אבל בהקדש ליכא למימר הכי דמאן טעה עכ"ל, הרי להדיא דבהקדש לא שייך לומר ארעתא דהכי לא עשיתיך ולק"מ ודו"ק:

סעיף ד' **במחבר** יכול המוכר לומר שהתנה בין לתקן וכו', וכתב הסמ"ע שדוקא בשליח בחנם מצי אמר כן אבל בשליח בשכר לא, ולמה שהעליתי לעיל בסמוך דבפועל לא מצי אמר משום דידו כיד בעה"ב, א"כ בשליח בשכר דדינו כפועל כמ"ש הש"ך לעיל (סי' ק"ה) ממילא בשליח בשכר בלא"ה לא מצי אמר כן:

סעיף ח' **במחבר** אם הטעה השליח את הלוקח דינו כשאר כל אדם שהמקח קיים עד שתות, מקור הדין הוא הרבינו יונה הובא ברא"ש (כתובות ת' אלמנה ניזונית) והרא"ש תמה ע"ז דכיון דמדמה פיחת להותיר א"כ למה נקיט דוקא שתות אפי' בדינר נמי לבטיל כדין פיחת ע"ש, ועיין מה שכתבנו בחדושנו בסי' זה סעיף א' באריכות:

סעיף י"א **במחבר** אמר לו מכור שדה ולא פירש אפי' מכר למאה ממכרו קיים בד"א כשמכר בשטר אחד או כשמכרם בשני שטרות והחתימם השליח אבל אם מכר לשנים בשני שטרות כו' מכרו בטל, והנה המחבר הביא לדין זה בלא שום חולק, ומשמע מדבריו דדין פשוט הוא אליבא דכו"ע דבשני שטרות מכרו בטל, ובאשר לענ"ד יש לי להשיב על דברי המחבר בעיקרם שהם דלא כמאן, ואפי' אם נמצא איזה פשר לדבריו כמו שיבואר בדברנו, מ"מ אכתי ישאר מחלוקת עצומה כנגדו, נבאר מקור הדין בש"ס וראשונים והפוסקים בזה. הנה מקור הדין הוא מסוגיא דכתובות (דף צ"ט) דהכי איתא התם אמר לו זבין לי כור וזבין לו לתך מי אמרי' דטבא עבדי לו או דלמא מצי אמר לא ניחא לי באפושי שטרי ולקמן שם בע"ב אמרינן עוד פשיטא אמר לאחד ולא לשנים הרי אמר ולא לשנים, אמר לאחד סתמא מאי. וס"ל לרב חסדא ורבה בר רב הונא דלאחד ואפי' למאה ע"כ. והנה כל הראשונים מפרשים דבעיא שני' דאמר לאחר סתמא קיי"ל כרב חסדא דלאחד ואפי' למאה, אמנם בעיא הראשונה דזבין לי כור וזבין לו לתך לא איפשטא וקיי"ל התם דמכרו בטל משום דמעביר על דבריו הוה וכמ"ש המחבר בסמוך סעיף ט', זולת רב האי גאון דס"ל דפשיטות דבעיא בתרייתא קאי גם אבעיא קמייתא וגם התם פשטינן דמוסיף על דבריו הוה מכרו קיים, דהוא מפרש האי פשיטא שבש"ס על דרך מאי הוה עלה ע"ש בתוס', ודעת רש"י הוא נמי בע"כ כפי' רה"ג אע"ג שאינו מפורש בדבריו שום רמז, מ"מ בע"כ שמפרש כן דבעיא בתרייתא קאי גם אקמייתא וכמו שנבאר בסמוך:

**ובתוס'** שם בד"ה אמר הקשו דמ"ש דבעיא קמייתא לא איפשטא וקיי"ל דמעביר הוה ובתרייתא קיי"ל דמוסיף הוה, ונאמרו ונשנו שם כמה תירוצים, הר"ת תי' דקמייתא משו"ה הוה מכרו בטל משום דיצטרך למכור סאה האחרת לאדם אחר בשטר אחר ויהיה לו טרחא לחתום העדים משו"ה הוה קפידה, משא"כ בבעיא בתרייתא מיירי שהשליח כבר החתים העדים ולא נשאר כ"א רבוי הבעלי דינין וזה לא הוה קפידה, והר"י תירץ נמי בכעין זה לחלק דבקמייתא מיירי בשני שטרות משו"ה מכרו בטל ובבתרייתא דאמרינן מכרו למאה קיים מיירי הכל בשטר אחד. והנה הר"ת והר"י שניהם גורסים בבעיא בתרייתא כגרסת רש"י, אמר לאחד מאי, ואפי' באומר בפירוש לאחד קא פשיט התם דמכרו קיים אם מכרו למאה, כיון שלא התנה בפירוש לשנים, אלא משום דמפרש דהפשיטות הוא רק אבתרייתא ולא אקמייתא, לזה הוה קשה לי' דמ"ש התם בקמייתא דלא איפשטא, דהא התם נמי לא אמר כור דוקא ולא לתך, וא"כ גם התם נימא דמדלא אמר בפירוש ולא לתך מכלל דלא קפיד, והוכרחו לחלק דהתם בשני שטרות והוה קפידה והכא לא הוה כ"א בשטר אחד ולא הוה קפידה ואח"כ הביא שם בתוס' גרסת הר"ח דגריס בבתרייתא הכי, פשיטא אמר לאחד הוה קפידה אמר סתמא מאי, וע"ז פשיט מדרב חסדא דאפי' מכרו למאה מכרו קיים, ובדעת הר"ח יש לחקור, הא דפשטינן דבסתמא מכרו קיים אפי' מכרו למאה, אם זהו דוקא בשטר אחד כפי' ר"י ור"ת, או אפי' בשני שטרות, ולכאורה יש לומר דלר"ח אין חילוק בין שטר אחד לשני שטרות, דהא עיקר החילוק נובע רק מחמת הקושיא דמ"ש בעיא קמייתא מבתרייתא, ולר"ח הלא יש תירוץ מרווח, דבשלמא לר"י ור"ת דס"ל בבתרייתא דאומר לאחד נמי מהני אם מכר למאה כיון שלא התנה ולא לשנים לא קפיד, א"כ שפיר קשה דבקמייתא נמי נהי דאמר להדיא זבין לי סור כיון שלא אמר ולא לתך לא הוה קפידה, אבל לר"ח דס"ל בבתרייתא דאומר בפירוש לאחר הוה קפידה אע"ג דלא אמר ולא לשנים, כיון ששינה ממה שאומר בעה"ב בפירוש הוה קפידה, ורק באמר סתמא ולא פירש אמרינן דלא קפיד, וא"כ בקמייתא דאמר בפירוש כור, ואיהו דזבין לתך הרי שינה מטה שאמר להדיא הוה קפידה, דהתם אומרו זבין לי כור הוה כמו הכא זבין לאחד, וכמו הכא בלאחד הוה מעביר כן התם נמי הוה מעביר, ולא קשה כלל קושית התוס', וא"כ מנ"ל לחלק בין שטר אחד לשני שטרות, ושפיר נוכל לומר דבאומר סתמא דמכרו קיים, היינו אפילו בשני שטרות, וכ"כ המהרש"א בכתובות שם. וכן נראה גם מפשט לשון התוס' דהא כל עיקר השקלא וטריא בדיבור זה הוא רק לתרץ קושיתם דמ"ש קמייתא מבתרייתא, ומתחלה הביאו תי' הר"י ור"ת, ואח"כ הביאו גרסת הר"ח, דמשמע דבגרסא זאת מיושב הקושיא

בלא החילוקים דלעיל, דאם לא בכדי לתרץ קושיתם למה הביאו כלל לגרסת הר"ח התם שאין ענין כלל, וכן מוכח מפשט לשון התוס' למעיין בדבריהם, אכן המהר"ם שי"ף כתב דלגרסת הר"ח נמי, קשה קושית התוס' דמ"ש מקמייתא, ואין לומר דמשו"ה אמרינן בקמייתא דהוה מעביר משום דכיון דאמר להדיא זבין כור הוה כאומר הכא יזבין לאחד דהא הוצרך לפרש כור בכדי שידע כמה דמים יוצרך לו ע"ש, ולפי"ז בע"כ נימא דגם לגרסת הר"ח צריכין אנו לבוא לחילוק התוס' בין שטר אחד לב' שטרות, ויהיה לנו הדין דבסתמא מכרו קיים היינו דוקא בשטר אחד ולא בב' שטרות. ואמנם בדיבור הסמוך אח"כ סותר את עצמו וכתב נמי כהמרש"א דזבין לי כור הוה כאומר זבין לאחד, ולא קשה קושית התוס' לשיטת הר"ח, וכבר נתעורר שם הביאור בסק"ד על הסתירה הזאת: **ואחרי** הצעת הסוגיא ופירושה נבאר חלוקי הדינים היוצאים לכ"א מהפירושים, ואח"כ נבוא לדברי המחבר ולבארו, הנה לדעת רב האי גאון ודאי שאין חילוק בין שטר אחד לב' שטרות, דהא עיקר החילוק שבזה הוא משום הקושיא דמ"ש בין קמייתא לבתרייתא, ולפירושו הא באמת נפשט גם בקמייתא, וכ"כ בטור כאן דלדעת רה"ג חלוק ואפי' בב' שטרות מכרו קיים, ולא מיבעי באומר מכור סתמא ולא פירש, דודאי מכרו קיים אפי' בב' שטרות, אלא אפי' באומר בפירוש מכור לאחד ומכר למאה במאה שטרות נמי מכרו קיים, משום דרה"ג גורס כגרסת רש"י אמר לאחד מאי, ואפי' בכה"ג נמי לא הוה קפידה, ואע"ג שהטור הביא בשמו שדוקא בסתמא לא הוה קפידה, אפ"ה נראה שאפי' באומר לאחד נמי לא הוה קפידה, וכן מפורש בט"ז כאן דרה"ג גורס כגרסת רש"י, וכן נראה מתורי"ד בכתובות שם שהביא תירוץ רה"ג דבעיא קמייתא איפשטא וגריס כגרסת רש"י, ולבד זה עוד בע"כ צ"ל כן, דהא לפמ"ש לעיל דאומר זבין לי כור הוה כאומר לאחד, וא"כ אי נימא דרה"ג יגרוס כגרסת ר"ח דדוקא בסתמא פשטינן בבתרייתא דמכרו קיים, איך יוכל לפרש כפירושו דבעיא בתרייתא קאי גם אקמייתא, ובפשיטות בעיא זאת איפשטא גם קמייתא דמוסיף הוה ומכרו קיים, הא גם בבתרייתא לא אמרינן דמכרו קיים כ"א בסתמא, ובאומר לאחד לא מהני המכירה, אלא ודאי שהוא גורס כגרסת רש"י, דבאומר לאחד נמי פשטינן דמכרו קיים, וא"כ לדידי' אפי' באומר להדיא זבין לאחד ומכר למאה אפי' במאה שטרות נמי מכרו קיים, הרי קמן שרה"ג לא ס"ל כהמחבר בתרתי, חדא דהמחבר פוסק דאומר מכור לאחד ומכר למאה הוה קפידה, ולרה"ג לא הוה קפידה כמ"ש, ועוד המחבר פוסק דבסתמא נמי מכרו קיים היינו דוקא בשטר אחד, ולרה"ג אפי' בב' שטרות:

**ואמינא** עוד שגם רש"י בע"כ סובר כרה"ג דבבעיא בתרייתא איפשטא גם קמייתא וגם התם נמי מכרו קיים, דאל"כ יהיה קשה עליו קושית התוס' מ"ש התם דלא איפשטא ומ"ש הכא דאיפשטא, דלדידי' לא נוכל לתרץ כתי' הר"י ור"ת לחלק בין שטר אחד לב' שטרות וכמו שנבאר, דהנה לעיל מיני' בסוגיא דהתם פשיט לבעיא קמייתא מדתנן נתן לו דינר של זהב וא"ל קנה לי חלוק והביא בשלש חלוק ובשלש טלית שניהם מעלו אא"ב שליח כה"ג עושה שליחותו ומוסיף על דבריו משו"ה בעה"ב מעל אלא אי אמרת מעביר על דבריו הוה אמאי מעל, ורש"י ותוס' בד"ה אלא אי אמרת הקשו דהא במתני' דמעילה לא שייך טעם דאפושי שטרא ומשו"ה לא הוה מעביר, ועיקר הבעיא התם היה דיהיה מעביר הוא משום דלא ניחא לו באפושי שטרא ומאי פשיט, והתוס' תי' דמה שהביא חלוק קטן ורע הוה כמו הכא לא ניחא לו בהפושי שטרא, ורש"י ז"ל כתב וז"ל אע"ג דל"ל הכא טעמא דאפושי שטרא מיהו אי בעלמא מעביר על דבריו הוה ע"כ לא עשה שליחותו עכ"ל, ודבריו משוללי ביאור והבנה, וכבר זכרתי לעיל ליישב, דבלא"ה הקשו האחרונים על הגמרא דנקיט בבעיתו בשני הצדדים הסותרים זא"ז, מי אמרינן דמוסיף הוה משום דטבא עבדי לך, דמשמע דאילו לא היה טיבותא להמשלח הוה שינוי בשליחות בלי שום טעם, ואח"כ אמר או מעביר על דבריו הוה משום דלא ניחא לו באפושי שטרי, משמע דאילו לא היה גריעותא דאפושי שטרי להמשלח לא היה שינוי בשליחות, ומכח כל זה נ"ל נכון דאם היה כאן המעלה דטבא עבדי הוה מצי למיבעי בעיתו גם בלא טעם דאפושי שטרי. אי מעביר על דבריו הוא אי אמרי' דקפיד בעה"ב וקפידתו קפידה או אמרינן דלא קפיד, ורק הכא הוצרך לריעותא דאפושי שטרי משום דיש כאן נמי המעלה דטבא עבדי, ומשו"ה בלא הריעותא דאפושי שטרי ודאי דלא יקפיד בעה"ב ואין קפידתו קפידה, ורק ע"י ריעותא דאפושי שטרי אפשר שיקפיד אפי' בכה"ג, ומעתה אין שום סתירה בדיוקי צדדי הבעיא, וממילא מיושב גם קושית התוס', דהנה גבי חלוק ליכא נמי הטעם דטבא עבדי כיון שהוציא כל הדינר וכמ"ש הרא"ש ומהרש"א ומהר"ש בכתובות שם, וכיון דליכא טעם דטבא הוה קפידה גם בלא אפושי שטרי, ופשיט שפיר הבעיא דאי אמרת התם דמעביר על דבריו הוה, כן ה"נ צריך להיות בחלוק, אע"ג דהכא ליכא החסרון דאפושי שטרי, ליכא נמי המעלה דטבא עבדי, והכל אחד הוא, ויש לכוון זה בדברי רש"י ז"ל הנ"ל שכתב אי בעלמא מעביר הוא לא עשה שליחותו, פי' אי אמרת בבעיין דהוה מעביר, ה"נ הוה מעביר, דהאי דומה לבעיין, התם ליכא מעלה וליכא חסרון, ובבעיין דאיכא חסרון איכא נמי מעלה דטבא עבדי ודין אחד להם:

**וכיון** שכן א"א לומר דרש"י יפרש כפי' התוס' דבעיא קמייתא לא איפשטא ולחלק בין שטר אחד לב' שטרות, דמשו"ה אמרינן בבתרייתא דמוסיף הוה משום דמיירי בשטר אחד וליכא ריעותא דאפושי שטרי, דהא אם מכר למאה בשטר אחד ליכא נמי המעלה דטבא עבדי כיון שמכר הכל, וא"כ אפי' בלא טעם דאפושי שטרי הו"ל קפידה ודומה לקמייתא, כ"ש דאיכא נמי קצת קפידה והוא קפידת בעלי דינין, וכפי' הר"ח נמי א"א אליבי'. דהא הוא גורס אמר לאחד מאי, ובע"כ דרש"י יפרש נמי כפי' רה"ג דפשיטותא שבש"ס הוא ע"ד מאי הוה עלה, וגם הבעיא קמייתא איפשטא דמוסיף הוה דשניהם דין אחד יש להם כנ"ל. וכמו דאמרינן בבתרייתא דמוסיף כן נמי בקמייתא, וכן הוא בתורי"ד ובט"ז כאן דגרסת רב האי הוא כגרסת רש"י, וא"כ יש לנו גם דעת רש"י דאינו מחלק בין שטר אחד לב' שטרות, ואפי' באומר מפורש לאחד ומכר אח"כ לשנים בב' שטרות נמי מהני כמ"ש לעיל לדעת רה"ג, ואין להקשות כיון שהוכחנו דלשיטת רש"י ורה"ג מיירי בתרייתא גם בב' שטרות, א"כ הרי יש כאן החסרון דאפושי שטרי, ומעלה דטבא ליכא, דהא עכ"פ מכר הכל, ובכ"ז פשיטא לן שאפי' בכה"ג הוה מוסיף, ובצד הבעיא קמייתא הוה פשיטא לן דבכה"ג הוה קפידה, דע"כ לא מיבעי לן אלא במקום שליכא לא מעלה ולא חסרון, או במקום שיש מעלה וחסרון, אבל במקום דחסרון דאפושי שטרי איכא ומעלה דטבא ליכא, ודאי דקפידה הוה, והשתא פשיט שאפי' בכה"ג לאו קפידה הוא, ופשיט השתא ההיפך ממאי דפשיטא לן מעיקרא, אכן י"ל דמיירי נמי בבתרייתא בב' שטרות כמ"ש, וגם כאן יש המעלה דטבא עבדי, דמתחלה כשמכר החצי בשטר לטובה נתכוון כי אמר שמא בעוד שהולך למכור חצי השני יזדמן לו מעות, וכן מבואר בדרישה כאן דאפי' כשמכר הכל רק בשני שטרות, שייך הטעם דטבא עבדי, ונמצא דבכל אופן דומה בתרייתא לקמייתא, דאי בשטר אחד וליכא חסרון דאפושי, ליכא נמי המעלה דטבא, ואי בב' שטרות דיש החסרון דאפושי, יש נמי המעלה דטבא ודו"ק. ויצא לנו מבורר דדעת רש"י ורה"ג הם בודאי שלא כהמחבר, וגם הטור כתב כן בדעת רב האי גאון:

**ומעתה** נבאר שגם דעת הר"ח, הן לפמ"ש לעיל גם דעתו הוא דבסתמא מכרו קיים אפי' בב' שטרות, כיון דלגרסתו מיושב קושית התוס' בלא החילוק דשטר אחד לשנים כמ"ש בשם מהרש"א ומהר"ש לבתר דחזר והוכחנו כן מתוס', הן אמנם דמהרא"ש משמע לכאורה שלגרסת הר"ח אכתי אינו מיושב סתירת האיבעיות בלא חילוק התוס' משטר אחד לב', דהא הרא"ש הקשה על הרי"ף קושית התוס' דמ"ש דבקמייתא פוסק דהוה מעביר ובבתרייתא דהוה מוסיף, וכתב דבע"כ הרי"ף יפרש כפי' התוס' לחלק בין שטר

אחד לב', והא הרי"ף גורס נמי כגרסת הר"ח אמר סתמא מאי, ובאומר מפורש לאחד פשיטא דהוה קפידה, ואי אמרת דבקמייתא אומרו זבין לי כור הוה כאומר לאחד אין שום סתירה בדבריו וא"צ לחילוק התוס', אלא ודאי מוכח דאומר זבין לי כור הוה כאומר סתמא, ולכן בע"כ לחלק בין שייר אחד לב' וא"כ הרי לכאורה מהרא"ש מוכח להדיא כהמחבר, דאפי' לשיטת הר"ח נמי צריכים לחלק בין שטר אחד לב'. אכן שוב התבוננתי דמהרא"ש אין ראיה, דלבד שהוכיח הקרבן נתנאל דהרא"ש היה לו גרסא אחרת ברי"ף והיה גורס ברי"ף כגרסת רש"י אמר לאחד מאי, וכן מוכח בהדיא מן הטור שהכי גורס ברי"ף. שזה לשון הטור אבל אם מכר בשטר לאחד אפי' אם אמר מכור לאחד לא הוה עובר על דבריו וכ"ש אמר מכור סתמא, אבל אם פירש לאחד ולא לשנים מעביר הוה וזהו לדעת רב אלפס עכ"ל, הרי להדיא דגורס ברי"ף כגרסת רש"י, ובודאי משום דהטור הלך בעקבי אביו הרא"ש שהיה לו נמי גרסא הזאת, ולגרסא זאת בע"כ לחלק כפי' התוס' ושפיר חילק הרא"ש כן, אבל לגרסת ר"ח איה"נ שא"צ כלל לחילוק זה, ואפשר דמשום דהב"י בפירוש הטור הביא הגרסא ברי"ף כגרסת ר"ח והביא נמי קושית הרא"ש על הרי"ף וחלוקו, משו"ה לדעתו שפיר למד שאפי' לדעת הר"ח צריך לחלק וסתם כן בשו"ע ג"כ, אכן באמת דהרא"ש גרס ברי"ף כגרסת רש"י וכמ"ש בשם הטור להדיא. וא"כ נפל כל היסוד של הב"י:

**ועוי"ל** דאפי' אם נימא דברי"ף לא היה גרסא אחרת, נמי לא מוכח מהרא"ש דאומר זבין לי כור הוה כאומר סתמא, די"ל שגם הרא"ש מודה לזה דאומר כור הוה כאומר בפירוש לאחד, ואפ"ה שפיר מקשה לשיטתו שפירש בסוגיא דכתובות דבעיא קמייתא לא הוה דוקא באומר לו זבין לי כור ולא זבין כ"א לתך, דהבעיא הוא אפי' אם מכר כל הכור לשנים דאז ליכא הטעם דטבא עבדי נמי קא מיבעי ע"ש שהוכיח כן מלשון הש"ס דאומר מוסיף הוה, וכיון דלשיטתו הבעיא הוא במכר כל הכור לשנים, א"כ כיון שקיי"ל בקמייתא דמעביר הוה, אפי' בכה"ג דמכר כל הכור לשנים נמי מעביר הוה, וע"ז שפיר קשה דמ"ש מבתרייתא דמכר כל הכור לשנים, דבשלמא אם היינו אומרים דהבעיא לא הוה אלא באופן דאיתא בש"ס שלא זבין אלא לתך, ודאי י"ל דלא דמי כלל לבתרייתא, דהכא כיון שאומר כור ולא זבין אלא לתך ושינה להדיא ממה שאומר בעה"ב מעביר הוה, משא"כ בבתרייתא דמיירי בסתמא שלא פי' מכור לאחד משו"ה לא הוה מוסיף, אבל לשיטתו דגם במכר הכור לשנים נמי ס"ל בקמייתא דהוה מעביר, וע"ז לא פירש אם ימכור לאחד או לשנים והוה בסתמא כמו התם, והיה קשה לו שפיר קושיתו על הרי"ף, והוכרח לחלק כפי' התוס' בין שטר אחד לב' שטרות, וכל זה הוא הרא"ש

לשיטתו, אבל אנן לדידן לא נפרש ברי"ף כהרא"ש ולא נחלק כלל בין שטר אחד לב'. דאפשר הרי"ף יסבור דבעיית הש"ס הוא רק בלא זבין כ"א לתך, אבל במכר כל הכור לשנים איה"נ דמכרו קיים כבתרייתא כיון דסתמא הוא וא"צ כלל לחילוק התוס' וביותר קשה לי על המחבר בעצמו דהא כל עיקר יסודו הוא מן הרא"ש, והוא בעצמו לא יפרש כהרא"ש, דהנה הטור העתיק בעיא קמייתא בלשון זה. א"ל זבין לי סאתים ומכר לו סאה או שמכר הסאתיים לשנים מקחו בטל, הרי שהוסיף גם שמכר הסאתים לשנים, והוא כעין דעת הרא"ש, ואמנם המחבר בסעי"ט העתיק הדין בלשון הזה, א"ל זבין לי סאתים וזבין לו סאה מקחו בטל. והשמיט החלוקה דמכר הסאתים לשנים מכלל דס"ל בכה"ג דמכרו קיים משום דמוסיף הוה כבעיא בתרייתא, וא"כ לפי דבריו עצמו אין מוכרח כלל לחלק בין שטר אחד לב', דע"כ לא חילק בזה כ"א הרא"ש לשיטתו כנ"ל, ולע"ע אין לנו יסוד לדברי הב"י, דבשלמא אם היינו אומרים דמה שהרא"ש מחלק כן בדעת הרי"ף הוא משום דסובר דאומר כור לא הוה כאומר מפורש לאחד אז היה מיושב קצת דעת הב"י עכ"פ לגרסתו ברי"ף, אבל לפמ"ש הרא"ש נמי יודה דאומר כור הוה כאומר לאחד ואפ"ה מקשה על הרי"ף משום דס"ל שגם במכר הסאה לשנים דזה הוה כסתמא נמי פשיטא לן דמעביר הוה בקמייתא ולכן הוכרח לחלק. משא"כ הב"י בעצמו שלא ס"ל בזה כהרא"ש מנ"ל לחלק:

**והנה** לכאורה אכתי מהטור משמע שגם לדעת הר"ח צריכין לחלק בין שטר אחד לב', דהא הטור לא כתב דאפי' בב' שטרות נמי מהני כ"א לדעת רה"ג והשמיט לומר שלדעת הר"ח נמי כן הוא, מכלל דלהר"ח צריכין באמת לחלק בין שטר אחד לב' כפי' הב"י, אכן דמלבד שזה לא הוה ראיה מפורשת, דמפורש לא אמר בר"ח שצריך לחלק, עוד לי דברי הטור צריכים עיון, דז"ל הטור כאן א"ל מכור בית סאתים ומכר בית סאה או שמכר הסאתים לשנים ה"ז עובר על דבריו במד"א שמכרו בשני שטרות כו' אבל לדעת רב האי אם א"ל מכור לי סתם אפי' אם מכר לשנים בשני שטרות קנו וא"א הרא"ש הביא דברי שניהם ולא הכריע עכ"ל, וקשה טובא מ"ש בדעת רב האי דדוקא באומר מכור סתמא מכרו קיים ומשמע דאם אמר בפירוש לאחד לא מהני, הא הוכחתי לעיל דדעת רה"ג הוא אפי' באומר מפורש לאחד, דגריס כגרסת רש"י וכ"ה בט"ז, והוכחתי שבע"כ מוכרח לגרוס כן, ועוד קשה דבתחלת דבריו פתח בשני החלוקות, שלא זבין כ"א לתך או שמכר הסאתים לשנים, וחלוקה הראשונה היא החלוקה המוזכרת בש"ס, וחלוקה השניה או שמכר הסאתים לשנים הוא מה שפי' הרא"ש שגם בכה"ג מיבעי לן בקמייתא, ואח"כ כשהביא דברי רב האי לא הזכיר כ"א החלוקה השניה דמכר סאתים לחוד, ולדעת רב

האי הא איפשטא שגם בלא זבן כ"א לתך דמכרו קיים, וא"כ הכי הול"ל דלדעת רה"ג אפי' אם לא מכר אלא סאה נמי מהני כיון שזאת היא הבעיא העיקריית המוזכרת בש"ס, ועוד דהתם הוה רבותא יותר שאע"ג דשינה השליח מן הצווי שא"ל הבעה"ב מפורש, דאיהו א"ל זבין לי כור והשליח לא זבין כ"א לתך, משא"כ החלוקה שהזכיר עתה לא הוה רבותא כ"כ כיון דלא שינה ממה שא"ל להדיא, דהא לדברי הטור בסתם מיירי, ועוד קשה הסתירה הגדולה שיש בדברי הטור דכאן כתב שהרא"ש לא הכריע, ובאה"ע סי' ק"ג כתב וז"ל אבל רבינו האי פסק במכור לי כור וזבין לתך שהמכר קיים וכן הוא מסקנת א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל, והיינו משום דהרא"ש הביא דעת רה"ג באחרונה כמ"ש בפרישה שם:

**הן** אמת שאיני מבין כלל הרעש שהרעישו האחרונים על הסתירה הזאת, דהא בכאן לא הביא הטור דעת רב האי דזבין לתך כ"א על הדין דמכר בשני שטרות, דלשיטת רה"ג אפי' בשני שטרות נמי מכור, ושם באה"ע שהביא דעת רה"ג, היינו על הדין דזבין לתך מהני, והמעיין בלשון הרא"ש בכתובות הביא דעת רה"ג וז"ל ורה"ג ז"ל פוסק דמוסיף הוה כו', והדין דלדידי' הוה אפי' בב' שטרות לא הזכיר הרא"ש כלל, וכיון שהרא"ש הביא לעיל מיני' דעת כל הראשונים לחלק בין שטר אחד לב' ואח"כ הביא דעת רה"ג הו"ל להרא"ש להזכיר בהדיא דלדידי' יהיה הדין שאפי' בשני שטרות נמי מהני. אלא ודאי כיון דדין זה אינו מפורש ברה"ג אלא שאנן אומרים כן מעצמנו, כיון דלשיטת רה"ג אין סתירה בהאי בעיות שבש"ס אין לנו מעצמנו לחלק בין שטר אחד לב', ואכן יש לומר להיפך נמי, נהי שאין הכרח לחילוק זה, מ"מ מעצמנו נימא לחלק כן, משום דסברא פשוטה הוא בכמה מקומות דחיישינן לאפושי שטרי, וכיון שהרא"ש הביא דעת רה"ג ולא הזכיר איך הדין יהיה אליביה בשני שטרות מכלל שהכריע בזה, ונהי שבעיקר דינו דרה"ג הכריע דזבין לתך מהני, מ"מ בזה לא הכריע, דאפשר מה שאומר מכר למאה מהני היינו דוקא בשטר אחד, וזהו מ"ש הטור דהכא שהביא דעת רה"ג דס"ל דאפי' בב' שטרות נמי מהני כתב דע"ז אין הכרע בדברי הרא"ש, ובאה"ע שהביא דבריו על הדין דזבין לתך מהני, ע"ז הביא דהרא"ש הכריע, דהא זהו הזכיר הרא"ש בהדיא, כן היה אפשר לומר, אכן באמת מי שסובר כרה"ג מוכרח לומר דאפושי שטרי לאו מילתא היא. דהא זהו ודאי באומר זבין לי כור וזבין לתך בע"כ שאח"כ ימכור נמי לתך השני וכמ"ש הר"ן, וכן מוכח בש"ס דאומר בצד הבעיא דלא ניחא לי' לאפושי שטרי, ואי לא ימכור עוד א"כ לא יהיה לו עוד שום שטר אחר, אלא ודאי שימכור גם לתך השני, ועיקר הקפידה הוא משום אפושי שטרי, וא"כ אחרי דרה"ג פוסק דמכירתו מהני מכלל דלא חיישינן כלל לאפושי שטרי, וכיון

שהרא"ש פוסק כרה"ג בעיקר הדין, בע"כ שצריך להכריע גם בזה כרה"ג דלא חיישינן לאפושי שטרי, אלא אכתי יש ליישב, דהתם דלא זבין אלא לתך ואיכא נמי טעמא דטבא עבדי לא חיישינן לאפושי שטרי, אבל במכר כל הסאה לשנים בב' שטרות, נהי דהתם נמי אפשר לומר דשייך טבא עבדי בשביל האי פורתא, י"ל דהרא"ש ס"ל דבשביל טיבותא דהאי פורתא קפיד באפושי שטרי וכמ"ש הקרבן נתנאל, ולהכי אפשר לומר דכאן אפי' לרה"ג חיישינן לאפושי שטרי, וזהו דעת הרא"ש שלא הכריע בדברי רה"ג אם במכר לשנים מהני אפי' בשני שטרות או לא, ואין כאן סתירה בדברי הטור כמ"ש, דלענין הדין סתם כרה"ג, אכן לענין החילוק בין שטר אחד לב' לא הכריע, וזה נכון מאוד בעזה"י, דנהי שהטור סובר לדבר פשוט שאפי' בכה"ג לא חיישינן לאפושי שטרי לשיטת רה"ג, מ"מ שפיר כתב דהרא"ש לא הכריע משום די"ל נמי להיפך ולא הכריע בזה מאומה, אכן עכ"פ שארי הקושיות שהקשיתי על הטור קשה:

**ולולא** שמסתפינא הייתי אומר שט"ס הוא בטור, דבמקום רב האי צ"ל רבינו חננאל, ולדעת ר"ח איה"נ שהדין מכוון כמ"ש הטור דאומר להדיא זבין לאחד ומכר לשנים מכרו בטל, והיכי דלא פירש לאחד מהני אפי' אם מכרו לשנים בב' שטרות, דלדידיה לא קשה הבעיות אהדדי וא"צ כלל לחילוק התוס', ומכוון דעת הטור בתחלה הביא דעת הר"י ור"ת בעלי התוס', דאפי' כשאומר לו מכור סתמא נמי לא מהני בשני שטרות, ואח"כ הביא דעת הר"ח דלדידי' הוה מכרו קיים אפי' בשני שטרות ואפילו בבעיא קמייתא דס"ל להר"ח דמעביר הוה, היינו דוקא באופן המוזכר בש"ס דהשינוי היה שלא מכר כ"א לתך, כיון דשינה ממה שאומר בעה"ב להדיא הוי מעביר, משא"כ אם השינוי לא היה כ"א מה שמכר לשנים, אבל מכר כל הבית כור, כיון כזה הוה כסתמא מכרו קיים ודלא כהרא"ש, וא"ש מה שלא הזכיר בדבריו כ"א חלוקה השניה, דחלוקה הראשונה שלא זבין כ"א לתך גם להר"ח מכרו בטל, דהא איהו פוסק דמעביר הוה בקמייתא, ומיושב בזה נמי סתירת הטור, דבכאן הביא רק דברי ר"ח לחלק בין סתמא לאומר בפירוש. וע"ז באמת לא הכריע הרא"ש מידי, דהא דעת הר"ח הביא באמצע, ובאה"ע שהביא דעת רה"ג על הדין דזבין לי בזה איה"נ שהכריע הרא"ש ודו"ק. ולפמ"ש לבד שמן הטור אין ראיה לפי' הב"י אלא אדרבה הא עוד י"ל דהטור גופא סובר בדעת הר"ח שאין לחלק אליבי' בין שטר אחד ( לב' שטרות:

**והנה** ז"ל הרמב"ם פי"ח מהלכות שלוחין ה"ג אמר מכור בית סאתים ומכר בית סאה לא קנה א"ל מכור לי שדה ולא פירש אפי' מכרו למאה מכרו קיים עכ"ל, הרי שגם הוא לא חילק בין שטר אחד לב', וסתמא כתב דבסתמא מכרו למאה קיים ומשמע ודאי

שאפי' בב' שטרות נמי דאלת"ה היה לו נמי לפרש כמו שפי' המחבר בד"א בשטר אחד כו' ודעת הרמב"ם מכוון ממש כפמ"ש בדעת הר"ח וז"ל הטור בסעיף הנ"ל והרמב"ם כתב אמר מכור בית סאתים ומכר בית סאה לא קנה ולא חילק. וכתב עוד א"ל מכור לי שדה ולא פירש אפי' מכרו למאה מכרו קיים עכ"ל, ומפרשי הטור הבינו דקושית הטור הוא משום שלא חילק בין שטר אחד לב' ולומר שדוקא בשטר אחד מהני, אכן א"א לומר כן מתרי טעמי, חדא כיון דגורס כגרסת הר"ח א"כ אין מקום לחילוק זה, דהא קושית התוס' יש ליישב בלא חילוק זה וכמ"ש לדעת ר"ח, ועוד הא הטור הציג הקושיא ולא חילק אחלוקה ראשונה דזבין כור ולא זבין כ"א לתך, והכא אין נופל כלל החילוק הזה כיון שלא מכר לעת עתה כ"א לתך, ואפי' אח"כ כשימכור ללתך. השני יהי' ודאי בשני שטרות, דבשלמא אם הטור היה מציג קושיתו על בבא השניה דמכרו למאה מכרו קיים, היה אפשר לומר כן בכוונתו, אבל בחלוקה ראשונה א"א ולא שייך כלל לומר כן וכ"כ במ"ל שם, ולכן הנכון כמ"ש הב"ח קושית הטור ע"ש, ובאמת גם הטור לא כתב כן בלשון קושיא כי באמת יש ליישבה ואין זה דקדוק חזק, הרי לפנינו שגם הרמב"ם סובר דלא כמחבר, וא"כ ניחזי אנן, המחבר כמאן, כרש"י ורה"ג ודאי אינו, דאינהו סברי שאפי' באומר לאחד נמי מהני אפי' בב' שטרות וכמ"ש גם הטור כן אליבייהו, וגם הר"ח ורי"ף ורמב"ם שגורס נמי כגרסת הר"ח נמי סובר דאין לחלק. וגם כר"י ור"ת אינו, נהי שהם מחלקים בין שני שטרות לאחד, מ"מ הא ס"ל דבשטר אחד מהני אפי' אם אומר בפירוש מכור לאחד ומכר לשנים בשטר אחד נמי מהני כמ"ש לעיל, ומחבר דסובר שדוקא בסתמא הוא דלא כר"ת:

**ואכן** שוב התבוננתי שאדרבה יש לקיים דברי המחבר מכל צד לכל השיטות, דהא עיקר הסתירה בניתי על יסוד הזה, דע"כ לא מחלקינן בין שטר אחד לב' הוא משום ישוב קושית התוס', וא"כ להר"ח והרי"ף שלפי גרסתם יש ליישב קושית התוס' מנ"ל לחלק בכך. והנה מ"ש דלשיטת הר"ח ורי"ף יש ליישב קושית התוס' משום דס"ל דאומר זבין לי כור הוה כמו שאומר לאחד דמי וכמ"ש המהר"ש ומהרש"א, ובאומר לאחד איה"נ דהוה מעביר, דדוקא בסתמא פשיטא להו דלאו קפידה הוא, יש להביא ראיה מדברי הטור דלא כסברא הנ"ל, דהא הטור כתב בדעת רה"ג דבסתמא דוקא קני מכלל דס"ל להטור דרה"ג נמי גורס כהר"ח, והנ"מ ביניהם הוא דר"ח מפרש דהפשיטות הוא רק על בעיא בתרייתא ורה"ג סובר דקמייתא נמי איפשטא וא"כ אי אמרת דזבין לי כור כאומר לאחד דמי, איך יוכל לפשוט גם בעיא קמייתא, הא י"ל דבתרייתא דהוה בסתמא שפיר לאו קפידה הוא, ובאומר לאחד גם בבתרייתא הוה קפידה, והיכי פשיט מזה גבי

קמייתא דזבין לו כור הוה נמי מוסיף על דבריו, אלא ודאי שגם אומר זבין כור הוה כסתמא וכמ"ש הקרבן נתנאל משום דהוצרך לפרש כמה ימכור, וכיון שידעינן דאומר זבין כור הוה כאומר סתמא, א"כ בשלמא לרה"ג דפשטינן נמי לקמייתא ואין סתירה בהבעיות, אין שום הכרח לחלק בין שטר אחד לב', אבל לפי' הר"ח והרי"ף דס"ל דמעביר הוי בקמייתא אע"ג דסתמא הוה ומ"ש מבתרייתא, ובע"כ צריך לחלק גם אליבייהו כתי' התוס' בין שטר אחד לב' וכמ"ש הרא"ש בשם הרי"ף, וא"צ לומר דהרא"ש היה לו גרסא אחרת ברי"ף, אלא אפי' לפי גרסת הרי"ף שבידנו שהוא כגרסת הר"ח נמי צריך לחילוק זה, וא"כ הרי להיפך הר"ח והרי"ף בשיטת הב"י קאתו, וביותר נ"ל שאפי' אי נימא כפי' המהרש"א דאומר כור הוה כאומר להדיא לאחד, ומעתה מיושב סתירת הבעיות בלא חילוק דשטר אחד לב', מ"מ מעצמנו נחלק כן דנהי דהכרח אין לחילוק זה מכל מקום מעצמנו נחלק ונאמר דבשני שטרות הוה ודאי קפידה, דסברא פשוטה הוא בכל הש"ס דחיישינן לאפושי שטרא וכמ"ש באמת הב"י כן בפירושו על הטור, ואפי' הטור דס"ל בדעת רה"ג דלא חיישינן לאפושי שטרי היינו משום דלדידי' מוכרח כן מש"ס, כיון דבעיא הראשונה דזבין כור וזבין לתך שודאי הוה בשני שטרות ואפ"ה איפשטא דלאו קפידה הוא, הרי להדיא דפשיט לן שכ"ז שלא אמר בפירוש ולא לשנים לא חיישינן לאפושי שטרי, ומשו"ה ס"ל לטור שאפי' במכר לשנים בב' שטרות נמי מהני, אע"ג שאפשר לחלק דהתם משום דשייך טבא עבדי, אבל במכר כל הכור לשנים דלא שייך טבא אפשר גם רה"ג מודה דחיישינן לאפושי שטרי, ס"ל להטור דגם כאן יש טבא לך במקצת עד שיכתוב שטר השני, ולחלק בין טבא בכולה לטבא במקצת לא ס"ל להטור, וכ"ז לדעת רה"ג, אבל לשיטת הר"ח וריי"ף דבעיא קמייתא הוה קפידה, ולא איפשטא כלל אי חיישינן לאפושי שטרי, י"ל דאע"ג דמכרו למאה מכרו קיים היינו דוקא בשטר אחד ולא בב' דאפושי שטרי ודאי ריעותא הוא כמו שמוזכר כמה פעמים בש"ס, ואפשר לומר דזהו בעצמו קושית הטור על הרמב"ם, היינו שהביא מקודם דהרמב"ם ס"ל בזבין לי כור וזבין לתך דמכרו בטל, הרי דלא ס"ל כרה"ג אלא ס"ל דבעיא קמייתא לא איפשטא, ולא חילק וכתב עוד א"ל מכור סתמא אפי' מכרו למאה קיים ולא חילק כלל בין שטר אחד לב', וקשה לי אמאי לא חילק כן הא ודאי לנו לחלק כן, דבשלמא אם היה מפרש כפי' רה"ג דבעיא קמייתא נמי איפשטא, א"כ ממילא נפשט לן דלא חיישינן נמי לאפושי שטרי, אבל עתה דפוסק בקמייתא דמעביר הוה אמאי לא נימא לחלק בין שטר אחד לב', הא בכל מקום סברא פשוטה הוא דאפושי שטרי הוה קפידה, והאי לא חילק דכתב הטור קאי אחלוקה השניה, ושיעור דבריו, ולא חילק וכתב עוד, פי' דבבא השניה לא

חילק, ובמ"ל פי' נמי לפי שיטתו שם דלא חילק קאי אחלוקה השניה. וזה ברור בכוונת הטור, וא"כ הרי לנו דעת הטור בר"ח ורי"ף כב"י, וכ"ש לפמ"ש הב"י בעצמו דסברא פשוטה היא דחיישינן לאפושי שטרי:

**אלא** דכיון שעכ"פ דעת רה"ג ורש"י סוברים דאפי' בשני שטרות נמי מהני, א"כ עכ"פ היה לו להמחבר להביא דבריהם בשם י"א, ונ"ל דהוא סובר דגם רה"ג סובר לחלק בין שטר אחד לב', והוא עפמ"ש לעיל ליישב סתירת הטור אהדדי, שכאן כתב דהרא"ש לא הכריע, היינו שלא הכריע דעת רה"ג בזה אם מחלק בין שטר אחד לב', משום דאליביה י"ל בשני פנים. י"ל דכיון דלשיטתו כבר איפשטא גם בקמייתא דלא חיישינן לאפושי שטרו, ממילא גם במכר כל הכור לשנים נמי מהני בשני שטרות אע"ג דהתם הוה טבא עבדי לגמרי והכא טבא עבדי במקצת, לא מחלקינן בזה, וזהו דעת הטור שסובר דרה"ג לא מחלק במכר לשנים, ואפי' בב' שטרות נמי מהני, וי"ל נמי להיפוך, דע"כ לא פשיטא לן בקמייתא דלא חיישינן לאפושי שטרי משום דלא זבין אלא לתך ואיכא טבא עבדי לגמרי, אבל במכר כל הכור איה"נ דחיישינן לאפושי שטרי, דהטבא בהאי פורתא עד שיכתוב השטר לא נחשב כלל לטבא, ומשו"ה הרא"ש לא הכריע, וא"כ י"ל דהמחבר שסובר דסברא פשוטה הוא דחיישינן לאפושי שטרי ס"ל נמי בכה"ג גם לדעת רה"ג דחיישינן לאפושי שטרי דאין לנו אלא חדושו דפשטינן דלא חיישינן לאפושי שטרי היינו דוקא בכה"ג דיש טבא עבדי לגמרי, משא"כ בטבא במקצת לא דחינן לסברא פשוטה לנו בכ"מ וחיישינן לאפושי שטרי, ולהכי לשיטת המחבר אפי' לדעת רה"ג במכר לשנים מכרו בטל בב' שטרות, ודינו מוסכם לכל השיטות באין חולק, ות"ל אשר זכיתי ליישב דבריו הקדושים:

סעיף י"ב **בסמ"ע** ס"ק כ' הביא מ"ש הב"י דכוונת הטור במ"ש דהפירות שאכל הוה אבק ריבית ואינה יוצאה בדיינין דהיינו מטעם ריבית אבל מטעם מחילה בטעות יוצאה, והסמ"ע הקשה עליו והעלה דהיינו טעמא דטור משום דבש"ס (ב"מ דס"ז) פסק רב אשי במשכנתא באתרא דמסלקי אם אכל טפי משיעור זוזי לא מפקינן לי' אפי' ביתומים קטנים ופליג על רבינא דסובר מפקינן וקיי"ל היכי דפליגי רבינא ורב אשי הלכה כרב אשי ע"ש, ולענ"ד לא נהירא לומר כן דרבינא פליג בדין זה עם רב אשי, דהא באמת יש להפליא על רבינא דאפיק פירי בעובדא דהכא, והא רבינא גופי' בב"מ (דף ס"ב) סובר דמשכנתא בלא נכייתא בדיננו אין מחזירין ומשום דאינו אלא אבק ריבית, ואמנם ביאור הדבר יבואר עפמ"ש רש"י שם (דף ס"ב) בד"ה ובדיננו אין מחזירין וז"ל דאבק ריבית הוא כיון דזימנין שאין עושים פירות שהכרמים לוקין אין זו ריבית קצוצה עכ"ל, דלכאורה

פלא הוא ל"ל לומר הטעם דמשו"ה לא הוה ריבית קצוצה משום דלפעמים הכרמים לוקין, דטעם זה אין שייך כ"א בכרם דעביד הכי לפעמים להיות נלקה ולא יהיה בו שום פירי יותר משיעור הוצאתן המרובה, אבל בשדות ובתים לא שיוך הכי וכמ"ש בשמ"ק (ב"מ דס"ד) דבשדות שאין הוצאתן מרובה כגון גן אילנות וכדומה הוה ודאי ריבית ע"ש. וגם לשון רש"י דייק הכי, דבכ"מ דייק לכתוב כרם, משמע דבבתים ושדות הוה ריבית קצוצה יותר הו"ל לפרש דלא הוה ריבית קצוצה משום דלא קץ עמו לאכול פירות לשם ריבית אלא הלוהו סתם והוא יצד ועשה ואכל וכמו שפי' שם בסמוך בד"ה משכנתא, ועוד קשה על טעמו של רש"י דפי' התם דמשו"ה בדיננו אין מחזירין משום דאבק ריבית הוא, דהא שיטת רש"י הוא דטעם דאבק ריבית לא מהני בהלואה וכמ"ש להדיא דס"ו ע"ב דאין אבק ריבית בהלואה כ"א בזביני ע"ש ובתוס' ד"ה התם זביני, ולכן נראה ברור בדעת רש"י שסברתי דכתב דבהלואה לא מהני אבק ריבית, היינו דוקא כשהאבק ריבית יהיה משום חסרון הקציצה, בזה ס"ל לסברא פשוטה דבהלואה אפי' לא קץ כקץ דמי כיון דלא היה בזה שום עסק של מסחר ורק הלואה גרידתא, ודאי שהפירות הם של ריבית וסתמא כפירושו דמי, אבל אם האבק ריבית יבוא מחסרון העצמיי משום דאין הדבר קצוץ וברור שיבוא לידי רבית דשמא לא יגדלו הכרמים ולא יהיה שום יתרון, אבק רבית כזה אפי' בהלואה נמי הוה רק אבק רבית, דמה יועיל דהלואה הוא ובודאי לשם רבית יטול, כיון דהספק הוא שמא לא יהיה רבית כלל, וזה אמת בעזה"י, ולפ"ז א"ש גם דברי רבינא עצמו וגם דבורי רש"י באין סתירה, דבדף ס"ו דאמתניתין דהתם קיימא דמיירי בשדה שא"צ להוצאות מרובות כ"כ כמו בכרמים, ובודאי שיהיה בה פירות הן חסר או יתר קצת, דזה לא שכיח שילקה לגמרי, ואלא דהחסרון הוא מה שלא קצץ, בזה ס"ל דבהלואה הוה כרבית קצוצה אע"ג שלא קצץ, דבהלואה לא איכפת בקציצה כיון שאפי' בלא קציצה ידעינן דלשם רבית קא מכוון, ובדף ס"ב בהך דרבינא אשמועינן במשכנתא של כרם, ובכרמים לפעמים אין בהם רבית בעצם דטפולן והוצאתן מרובה, וכיון שמצד עצם הרבית לא הוה קציצה ודאי שאפי' בהלואה לא הוה כ"א אבק רבית, אבל זה ודאי דבמשכנתא של בתים ושדות גם רבינא דלעיל מודה לרב נחמן דצריך להחזיר, ולהיפך במשכנתא של כרם או אפי' של שדה, אבל שדה כזה שהוצאותיה מרובות דדמיא לכרם, גם ר"נ מודה דלא הוה כ"א אבק רבית, ומר אמר חדא ומר אמר חדא, רב נחמן ורבינא דמיירי התם בדס"ו בשדה, דבזה ברוב הפעמים יהיה פירות מרובה על ההוצאות, דבשדה אילן אין שום הוצאה דחרישה וזריעה, ואפי' בשדה זריעה נמי אין טפולן רב כ"כ כמו בכרם אשמועינן דהוה רבית קצוצה, ורבינא בדס"ב אשמועינן דבכרם וכדומה

בשדות שהוצאותיהן מרובות כ"כ עד שלפעמים יוכל היות שלא יהיה שבח הפירות יתר על הוצאה, הוה אבק רבית ודו"ק כי זה ברור, ובחבורנו לב"מ שם הארכנו הרבה בזה ליישב שיטת רש"י, ולפ"ז לא קשה כלל הלכתא אהלכתא ולא פליגי רב אשי עם רבינא, דבמשכנתא דכרמים ושדות של זריעה דשכיחי בהו טפול והוצאות מודה דלא הוה כ"א אבק רבית, ודוקא בשדה אילן הוא דסובר דהוה רבית קצוצה משום דלא שכיחא היזק בהו, ורב אשי מיירי בשדות של זריעה משו"ה פסק דאין מחזירין:

## סימן קפג

**בקצוה"ח** ס"ק ד' תמה על דברי הרא"ש שכתב בצבע ואשה אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר, דהא כיון דבעל מעיקרא מתכוון לזכות מיד הצבע לאשה ולא לעצמו א"כ אין זה זוכה בשלו כיון דמעולם לא היה שלו ובשל אחר הוא דזוכה לאשה ע"ש, ונ"ב דהרא"ש כתב כן על המעות, דהא הבעל נתן המעות משלו ואם היה באפשר להקנותה אז הוה אמרינן דהבעל הקנו לה המעות והוי המעות שלה, וממילא קנתה נמי לצבע, דדעת הצובע להקנות לבעל המעות, דזה הוא שיטת הרא"ש דמקנה לבעל המעות וכמ"ש הקצוה"ח בעצמו, ורק כיון דאין אדם זוכה בשלו לאחר, אי"א לו להקנות המעות לאשה ולכן לא תוכל לזכות גם בצבע, וכן פי' גם בקרבן נתנאל שעל הרא"ש ע"ש:

סעיף ו' **במחבר** היה השער קצוב והוסיפו לשליח כו' הרי הוא של שניהם וחולק השליח עם בעלי המעות, והנה בכתובות (דף צ"ח) במשנה אלמנה שהיתה כתובתה מאתים ומכרה שוה מנה במאתים כו' נתקבלה כתובתה, ובגמרא הביא ע"ז כאן שנה רבי הכל לבעל המעות כדתניא הוסיפו לו אחת יתירה הכל לשליח דברי ר"י ר' יוסי אומר חולקין והתניא ר' יוסי אומר הכל לבעל המעות אמר רמב"ח לא קשיא כאן בדבר שיש לו קצבה כו' ע"ש כל הסוגיא, וברש"י ד"ה דבר שיש לו קצבה כתב וז"ל אם הוסיפו אחת יתירה חולקין דמתנה הוא יש לומר לשליח נתנה וי"ל לבעל המעות נתנה עכ"ל. והנה בהגה"א שם הקשה על טעם רש"י דהא התם אמתני' קיימא דמיירי בטעותא, דהא פריך בירושלמי ויחזור המקח משום מקח טעות ומשני תפתר המקח, ובטעות לא שייך טעם רש"י דאינו שייך אלא במתנה ע"ש, וקושיתו צריכה ביאור, דהא רש"י לא פי' הכי אמשנה כ"א אברייתא דהוסיפו עליו, ובריייתא הזאת נוכל לומר שלא הוסיף בטעות אלא ההוספה היתה מדעתו, ובע"כ לפיר"ת מיירי בכה"ג שהוסיף מדעתו דאל"כ אמאי חולקין, דהא לבתר שחזר ר"ת ס"ל בכל טעות דהכל לבעל המעות אפי' בדבר שיש לו קצבה, ואלא דמוקי ברייתא דהוסיפו בלא טעות, וכן מפורש שם שכתב ולא דמי להוסיפו דמיירי בלא טעות, וא"כ גם לרש"י י"ל דברייתא זאת מיירי בלא טעות ושייך טעם דרש"י, ובע"כ

דעיקר קושיתו על רש"י יהיה כן דכיון דמתני' מיירי ודאי בטעות כמבואר בירושלמי א"כ אמאי קאמר כאן שנה רבי הכל לבעל המעות, ופרש"י משום דמתני' הוה דבר שאין לו קצבה ומשמע הא אילו הוה במתני' יש לו קצבה היה הדין דחולקין, והא מתני' דמיירי בטעות לא שייך טעם דרש"י, וא"כ למה הוצרך לאוקמי דוקא משום דהוה אין לו קצבה, ונ"ל ליישב קושיתו, דכל עיקר קושיתו אינו שייך כ"א כשנאמר דבטעות סובר רש"י כשיטת ר"ת דהכל לבעל המעות משום דע"י מעותיו באו, ולפ"ז גם בטעות שיש לו קצבה נמי הוה לבעל המעות דמאי שנא. ואז היה שפיר קשה דכיון דמתני' מיירי בטעות, א"כ ל"ל לרש"י למימר משום דהוה דבר שאין לו קצבה תיפוק לי' משום דהוה טעות, אכן בפשיטות י"ל דרש"י סובר בטעות כשיטת ר"י התם, ודוקא בדבר שאין קצבה הוה הכל לבעל המעות משום דאמרינן דטעה וסבור שהמעות שוות כל מה שנתן, אבל ביש לו קצבה דלא שייך לומר שסבור דשוה כל כך ודאי דהכל לשליח, ומשו"ה הוכרח לאוקמי המשנה משום דהוה, דבר שאין לו קצבה, דאילו ביש לו קצבה היה צריך להיות הכל לשליח, ודוקא משום דהוה אין קצבה הוה הכל לבעל המעות, ומביא ראיה מברייתא כדתניא, אע"ג דברייתא מיירי בהוסיפו מדעתו ומתניתין בטעות, דלענין אין לו קצבה אין נ"מ בין מדעתו לטעות, דלמו במדעתו הוה הכל לבעל המעות משום דמכר הוא ואדעתא דמכירה נתן כן בטעות ג"כ אמרינן דסבור היה ששוה כ"כ ואמכירה נתן מעותיו וליכא חילוק בין טעות למדעתו לשיטת ר"י כ"א ביש לו קצבה, דבטעות הוי הכל לשליח ומדעתו חולקין, אבל באין לו קצבה הוו טעם שניהם שווים ולהכי מביא שפיר ראייתו וזה ברור ופשוט:

**ועוי"ל** באופן אחר דמתני' דהתם לא מיירי בטעות כלל אע"ג דהירושלמי פריך ויחזור המקח, ומשמע מזה דלא נתן מדעתו, דאי מדעתו נתן איך שייך לבטל המקח, אכן ניחזי אנן דאפי' אי נימא כסברת רש"י דבדבר שאין לו קצבה הוה הכל מכירה משום שזה קונה בפחות וזה ביוקר, א"כ לפי"ז אטו נאמר דליכא התם כלל דין אונאה בדבר שאין לו קצבה דאמרי' שמדעתו אתן כ"כ משים דקנה ביוקר, וכל עיקר דין אונאה לא יהיה אלא בדבר שיש לו קצבה, אתמהה ל אלא ודאי שהכוונה הוא רק במה שדרך התגרים להוזיל או להוקיר המקח בשביל חסרון מעות או צורך הסחורה, ואיה"נ דבזה לא הוה נחשב לשיעור אונאה, ושיעור אונאה שתות דאמרינן אינו נחשב לחשבון זה מה שדרך התגרים להוזיל או להוקיר וכמ"ש בס' מגיני שלמה, אבל כשההוספה היתה גדולה כ"כ מה שאין דרך להוקיר כ"כ, בזה בע"כ דלא מדעתו נתן ובטעות היתה, ולפ"ז שיימינן כל סחורה לפי ערכה, מה שדרך להוקיר בזה מצד איזה טעם, אמרינן דאין כאן טעות ומדעתו נתן, והנה

במס' ב"ב (דס"א ע"ב) אמרינן דבקרקע לא אמרינן דמים מודיעים, ופרשב"ם משום דאין אונאה לקרקעות, וכוונתו דמה דאמרינן שעד פלגא אין אונאה, לאו משום דדין אונאה ליכא כלל בקרקע מגזה"כ, אלא משום דאמרינן דבקרקע יוכל היות שגם מדעתו ישלם יותר מן המחיר, ואפי' התוס' שם שהשיגו על פרשב"ם לא השיגו אלא ע"ז שפי' כן בטעם דאין אונאה לקרקעות, אבל זה סברי גם התוס' דמשו"ה לא שייך בקרקע דמים מודיעים משום דלפעמים קונה קרקע ביותר משויה הרבה כדמוכח בכתובות (דף צ"א) גבי ההוא גברא דהוו לי' תרי אפדני אתא בע"ח וקא טריף א"ל אי שויא לך אלפא זוזי לחיי ואי לאו שקול אלפא זוזי ואסתלק ע"ש בתוס', הרי שבקרקע הוו דרך התגרנים הקונים להוקיר המקח עד פלגא מדעתם, וא"כ לפ"ז אפי' באופן דמתני' דמכר לו שוה מנה במאתים י"ל נמי דלא טעה כלל בזה, אלא מדעת נתין כל כך, משום דבקרקע הוה הדרך להוקיר כ"כ הרבה, ולפ"ז י"ל דהירושלמי שהקשה מתחלה ויחזור המקח, הייני משום דס"ד דכיון דהוקיר כ"כ עד פלגא, ודאי שלא מדעתו הותיר אלא טעה, ומשני ריש לקיש אין אונאה לקרקעות, ולתירוץ הזה של ריש לקיש נוכל לפרש דהפירוש אין אונאה, הוי הכוונה כמו שפרשב"ם בב"ב, דהיינו שלא נתאנה כלל, ואין הכוונה שבאמת נתאנה אלא שא"צ להחזיר האונאה, דאז היו צריכין לומר שבאמת טעה. אלא הכוונה הוא שלא נתאנה כלל, דבקרקע לפעמים שמדעתו ורצונו מוקיר המחיר עד פלגא, ונמצא לפי"ז דמתני' לא מיירי כלל בטעות אפי' לפי' הירושלמי ורק עיקר הראיה הוא לתירוץ דר' יוחנן דמוקי שם בשהוקיר המקח וקיבל הלוקח. ולתירוץ הזה משמע באמת דהיה כאן טעות, ומעתה יובן מה שר"ת הוצרך להביא ראיה דמתני' בטעות, מדאוקי בשהוקיר המקח. ולכאורה הא אפי' לתירוץ ר"ל נמי בטעות מיירי, דאיהו מתרץ רק משום דאין אונאה אבל באמת טעה ונתאנה, ולפמ"ש יתורץ דכוונת ר"ל נפרש דאין אונאה הוה פירושו שלא נתאנה כלל' ורק עיקר הראיה הוא לתירוץ ר' יוחנן וזה ברור, וממילא מתורץ דעת רש"י, דבש"ס דילן דליכא כלל אוקימתא דר' יוחנן בשהוקיר המקח, ואדרבה הא מוכח מש"ס דילן דבקרקע הרגילות להוקיר המקח מדעתו עד פלגא וכמבואר בב"ב שם ובכתובות דצ"א, א"כ במתני' ליכא שום טעות דנוכל לומר שמדעתו נתן, משא"כ הירושלמי שהביא תי' דר' יוחנן בקיבל עליו ליקח, הרי דמתני' מיירי בטעות, משו"ה הירושלמי לשיטתו ח"א לפרש כפרש"י דטעם דחולקין משום דבמתנה נתנו ואינו יודע למי דהא בטעות לא שייך זה, ואמאי הוצרך המשנה לאוקמי בדבר שאין לו קצבה, משו"ה הוכרח הירושלמי (פ"ו דדמאי) לפרש פירוש אחר כמ"ש בהגה"א בשמו, אכן לש"ס דילן א"צ לזה, דלדידן לא הוה טעות כלל בכה"ג ודו"ק, ואין להקשות דמאי הוצרך קרא למעט קרקע מאונאה, כיון

דלמ"ש לא נתאנה כלל, די"ל דצריך קרא מוכר, דסברא שכתבנו אין שייך כ"א בלוקח שנתאנה שמשום שקרקע הוא ישלם ביוקר, אבל במוכר לא שייך זה, אלא דאכתי קשה הא יש קרא מיוחד גם לאונאת לוקח, ואכתי קרא זה למה, וצ"ל דסברא שכתבנו לא שייך כ"א במקום שהמוכר יודע שהלוקח משלם ביוקר מפני שרוצה בכך, אבל אם מכוון להונות אותו אסור, להכי צריך שפיר קרא ועמ"ש בחבורנו לכתובות דצ"ט ולעיל בכמה מקומות מזה:

**והנה** הט"ז כאן הקשה עוד על רש"י אמאי חולקין כי דהספק הוא למי נתן והוא מוחזק איך יכול בעל המעות להוציא מידו, ובנה"מ כתב דבשביל טעם הזה דחה ר"ת לפרש"י, דז"ל ר"ת ואע"ג דאיכא למימר טעם אחרינא גבי חולקין הא טעמא דפרישית עיקר הוא דמוחזק ידו על העליונה וחולקין עכ"ל, וכתב דהאי דמוסיף ר"ת דמוחזק הוה לא הוה כוונתו בזה דמטעם זה אמרינן דחולקין, דעל זה א"צ לטעם שמוחזק, הא הוכיח דינו דחולקין בדבר הקצוב מן הברייתא ומהירושלמי, אלא כוונתו בטעם הזה לדחות פרש"י, דלהכי לא אמרינן כפרש"י בטעם דחולקין משום דלרש"י קשה דמוחזק הוא וידו על העליונה, אע"כ כפירושו ומשו"ה חולקין ע"ש, ואם כי מצד עצמו דבר חכמה הוא, אכן מהרא"ש בכתובות שם מוכח שאי"א לפרש כלל כפירושו, דז"ל הרא"ש האי טעמא דפרישית נמי עיקר הוא וכיון דמוחזק הוא משו"ה ידו על העליונה וחולקין עכ"ל, הרי מוכח להדיא דסברא דמוחזק הוה טעם למה חולקין לפר"ת, וקושית הנתיבות דלמה הוצרך ר"ת לטעם דמוחזק כיון שהוכיח דינו מהירושלמי, תירץ נמי הרא"ש בהוספת תיבה אחת שהוסיף האי טעמא דפרישית "נמי" עיקר, בזה תי' כן, דר"ת לא דחה פרש"י לגמרי, אלא שאומר דטעמא דידי' נמי עיקר הוא כטעם דרש"י, ושני הטעמים אמת הם, וכיון ששני הטעמים אמת יקשה דאמאי חולקין, שמא הוא כפרש"י, וסברת רש"י לא שייך בטעות, לזה הוסיף דמוחזק הוא וידו על העליונה לומר כסברת ר"ת, דבשלמא אי נימא דר"ת דחה פרש"י לגמרי ולא נשאר כ"א טעמו א"צ לטעם דמוחזק, אבל הוא לא דחה פרש"י רק הוסיף עוד טעם אחר, להכי הוצרך לטעם זה דמוחזק, דמחמת זה יכול המוחזק לומר קים לי כסברת ר"ת וזה ברור:

**וקושית** הט"ז, הנה אם היינו אומרים דבטעות ס"ל לרש"י כר"ת דהכל לבעל המעות, היה אפשר לומר דכיון שיש כאן ספק בהוספה זאת אם הוסיף בטעות או מדעת, ולפ"ז הוה לצד בעל המעות ס"ס, ספק שמא טעות היה שאז מגיע לו הכל, ואת"ל במתנה שמא נתכוון לתת לו, ובכ"ז לא יוכל להוציא לא יוכל ע"י ס"ס, ואפ"ה נסתר מעלת החזקה של שליח עי"ז, כיון שחזקתו הוא רק מספק, אכן הא העליתי לעיל דרש"י סובר בע"כ

בשיטת הר"י דגם בטעות הוה הכל לשליח, ואפשר לומר כיון דחזקתו הוא מספק שגם המחזיק טוען ספק, ועוד הא תיכף כשנתן את המתנה נולד הספק למי נותנה וכשקיבלה הלוקח הוה כתופס לאחר לידת הספק, ותפיסה מספק ולאחר לידת הספק לא מהני כמבואר בכמה דוכתי וצ"ע:

**ויותר** נכון נראה עפ"י מה שנדייק לשון רש"י שכתב דמתנה היא י"ל לבעל המעות נתנה וי"ל לשליח נתנה, ואם היה כוונתו לומר דמספקינן בזה למי נתן, הכי הול"ל שמא לזה נתן או לזה נתן, ואמנם רש"י לא הזכיר שום ספק, להכי נראה כוונתו דבאמת לא מספקינן כלל למי נתן ורק אנן מחלטינן לומר דלשניהם נתן משום דיש סברא לומר שרוצה להנות לבעל המעות משום דמעותיו שלו, ויש נמי סברא שרוצה לתת לשליח כדי שיבוא לקנות אצלו, ומדבעה"ב לא פירש אמרינן שנתכוון לתת לשניהם, לזה משום דמעותיו הם, ולזה משום דקנה מאתו, דאילו לא היה שום סברא לומר שמתכוון להנות כ"א לאחד, או לבעל המעות לחוד או לשליח לחוד, ועל השני לא היה שום צד סברא, אז היינו צריכין לומר בזה שודא דדייני כדין נכסי לטוביה ואתו שני טוביה, והיינו צריכים לחשוב למי רצה לתת ולאמוד דעתו, אכן כאן כיון שיש סברא על שניהם, אמדינן דעתו שרצה להנות לשניהם, דבזה לא שייך להקשות דנימא שהמוחזק יאמר שלי לחוד נתן כל המתנה, דאם אנו אומרים כן אז אנו צריכים לומר שלא רצה להנות לבעל המעות כלל, ובאמת הא יש סברא שגם אליו רצה להנות, משו"ה אנו אומרים שבודאי רצה ליתן לשניהם ולא לבטל שום סברא וזה ברור:

## סימן קפה

סעיף ח' **במחבר** ראובן נתן טבעת לסרסור למכור והפסיד את האבן מטבעת ישבע הסרסור וכו', ונראה פשוט דהיינו כשהסרסור מודה שבשעה שקיבל הטבעת היה תקוע בו האבן ומידו נאבדה משא"כ אם הסרסור טוען שמא ממך נאבד קודם שמסרתו לידי פטור דהוה כא"י אם נתחייבתי וכמבואר לעיל (סו' ע"ב) וכן כתב השעה"מ ע"ש:

## סימן קפח

סעיף א' **במחבר** אין עכו"ם נעשה שליח, ולחומרא אם יש שליח מחלוקת רש"י ותוס' הוא בב"מ (דע"א ע"ב) דהכי איתא התם ישראל שלוה מעות מן הנכרי בריבית ובקש להחזירם מצאו ישראל אחר וא"ל תנם לי כו' אסור ואם העמידו אצל נכרי מותר וכן נכרי שלוה מעות מישראל בריבית כו' מצאו ישראל אחר וא"ל תנם לי מותר ואם העמידו אצל ישראל אסור בשלמא סיפא לחומרא אלא רישא כיון דאין שליחות לנכרי איהו ניהו דקא שקיל רביתא כו' אלא אמר ר"פ כגון שנטל ונתן ביד, וכתבו התוס' אומר ר"ת

דהשתא תו לא אמרינן סיפא לחומרא אלא מיירי נמי כגון שנטל ונתן ביד כו' וקמ"ל דלא אמרי' אדעתא דנכרי גמר ומקני כו', ומתוך פ"ה ור"ח משמע דלעולם סיפא לחומרא ע"ש, ונ"ל ליישב דעת רש"י כשנדקדק בלשונו בד"ה אדעתא דישראל וז"ל שהרי הוא המביאו אצלו והוי נכרי שלוחו ונחמיר מדרבנן כדפחמרי' בסיפא עכ"ל, הרי דמפרש דאף אי נימא דאדעתא דישראל קא יהיב אפ"ה טעם האיסור הוא משום שליחות, דהנכרי הוה כשלוחו ולהכי בשלמא אי נימא דאיסור דקתני בסיפא היינו נמי משום שליחות, ואמרינן דלחומרא יש שליחות, וכיון דידעינן בסיפא דרבנן החמירו לאסור בשליחות נכרי, ולכן ה"א דברישא נמי אדעתא דישראל יהיב והנכרי הוא שלוחו ונחמיר כמו שמחמרינן בסיפא, משו"ה הוצרך לאשמועינן דלא יהיב אדעתא דישראל ולא הוה כלל שלוחו, ושפיר איצטריך הרישא, אבל אי גם בסיפא לא היה האיסור משום שליחות עכו"ם, א"כ לא נזכר כלל דלחומרא יש שליחות, ומעצמו ודאי דלא נאמר כן להחמיר בשליחות עכו"ם, וא"כ אכתי יקשה הרישא מאי קמ"ל, דהשתא לא שייך התירוץ דהו"א אדעתא דישראל, כיון דאפי' אי נימא כן אין איסורו כ"א משום שליחות, ואי נימא דאין שליחות לעכו"ם, אפי' כשנותן אדעתא דישראל שרי, וכיון דקיי"ל דאין שליחות לעכו"ם מהיכי תיתי נאמר מעצמנו להחמיר, אע"כ דהטעם דסיפא משום חומרא דשליחות, וזה נראה ברור לשיטת רש"י דמפרש להדיא דאפי' אי נימא אדעתא דישראל אין איסורו כ"א משום שליחות, ובדעת התוס' י"ל דס"ל דכשאמרינן אדעתא דישראל קא יהיב, אז אפי' אין שליחות לעכו"ם נמי אסור, כיון דהוי כזוזי של ישראל, ולפ"ז שפיר נוכל לומר דגם טעם דסיפא אינו משום שליחות ודו"ק:

**ואי** מהני השליחות בפועל עכו"ם, עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' רפ"ב) בשם המח"א דבפועל מהני משום שידו כיד רבו, ובתשובת שואל ומשיב הקשה ע"ז מש"ס דגיטין (דף כ"ג) וכמו שהקשה הנתיבות כאן, ושם הארכתי ליישב דברי המח"א:

## הלכות מקח וממכר

### סימן קפט

**בט"ז** הביא לדברי הטור שכתב וז"ל ואין המקח מתקיים לקונה אא"כ יקנה לו המקנה אבל אם היה לו פקדון בידו וכיון לקנות בסכום ידוע שאמר ליתן לו למפקיד לא קנה עכ"ל, ותמהו רבים למה לא יקנה לו רשותו, והט"ז תי' בתי' השני דהכא לא מהני רשותו דהא כתב הרשב"ם בב"ב שרשות הנפקד שהחפץ מונח בו הוה רשות המפקיד ע"ש ובקצוה"ח מה שהביא בשם מוהרי"ט, ולענ"ד לא נהירא דברי הט"ז דאפי' אי נימא

כדבריו דהרשב"ם סובר כן לאו דין פסוק הוא, ומצינו כמה מגדולי הראשונים דכתבו מפורש ההיפך, דהא בברייתא דארבע מדות במוכרין הכי איתא התם ברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנה או עד שיוציאנה מרשותו ברשות לוקח כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח, ופי' שם רבינו גרשום ואם ברשות לוקח הן שהיו מופקדים בידו כיון שקבל עליו מוכר למכרן לו אעפ"י שלא מדד לו עדיין קנה לוקח רשותו עכ"ל הרי להדיא דכשהיו מופקדים ביד לוקח קנה לו רשותו, והכי פי' נמי בשמ"ק שם ע"ש, ולא עוד אלא אפי' ברשב"ם גופא היה נ"ל לנכון דאינו סובר כל עיקר דלנפקד גופא לא יוכל לקנות רשותו מטעם דהרשות של מפקיד הוא וכהבנת הט"ז, דאין שום סברא לומר כן, דאפי' אי נימא דהמקום הוה רשות של מפקיד, אטו לבתר דכלתה שמירתו צריך המפקיד להקנות הרשות להנפקד בקנין, ודאי דלית מאן דסובר הכי, אלא דהמקום אינו שאול למפקיד כ"א כל זמן שהנפקד הוא שומר אבל מיד שכלתה שמירתו הוה הרשות של נפקד ממילא בלא קנין מצד המפקיד, וא"כ איך ס"ד דלנפקד גופא לא יקנה רשותו הא מיד שקבל ונתרצה המוכר למכרו לנפקד כלתה שאלתו והרשות הוה תו של נפקד ממילא, ולמה לא יוכל לקנות על ידו, והרשב"ם לא כתב דהרשות הוה של מפקיד, לא כתב זה במכר לנפקד גופא, אלא במכר לאדם אחר מעלמא, בזה אמרינן דאם הלוקח הזה הכניס כליו לבית הנפקד לא קנה, דהוי ככליו של לוקח ברשות מוכר דלא קנה, ואע"ג דהרשות באמת אינו לא של מוכר ולא של לוקח אלא של נפקד, וכליו של לוקח ברשות שאינה של שניהם כמו בסמטא הא אמרינן התם דקנה בזה סובר הרשב"ם דכיון שהנפקד השאיל המקום למוכר להניח בו חפציו נמצא דחשיב מקום של מוכר וככליו של לוקח ברשות מוכר דמי, ודוקא לענין לוקח מעלמא הוא דסובר רשב"ם דחשיב כרשות מוכר דהא לגבי נפקד גופא לא סילק שמירתו ממנו ולא יוכל המוכר למסור זכותו שיש לו במקום ללוקח מעלמא, דכלום בידו הוא לחייב הנפקד בשמירה גם לאדם אחרי הנפקד לא נתחייב בשמירה כ"א למפקיד זה ולא לאדם אחר, וממילא נשאר המקום ברשות המוכר כמו שהיה, ודוקא לענין זה הוא דחשיב כרשות מוכר, דלוקח אחר מעלמא לא יוכל לזכות ע"י כליו שהכניס למקום הזה, דחשיב ככליו של לוקח ברשות מוכר, אבל בנפקד גופא שלקח מהמוכר לית מאן דסובר דלא יוכל לקנות ע"י רשותו, דאע"ג דהמקום היה שאול למפקיד מ"מ מיד שנתרצה למכור לנפקד כלתה שמירתו ונעשה ממילא רשות של נפקד ושפיר קנה ע"י רשותו, ולפ"ז אין שום מחלוקת בין רשב"ם עם רבינו גרשום, דלענין לוקח מעלמא ודאי דגם רבינו גרשום סובר דלא קנה כשהכניס כליו ברשות הנפקד, דהכי מפורש בברייתא שם ברשות הלה המופקדים אצלו לא קנה עד שיקבל עליו, פי'

שיקבל עליו הנפקד כמו שהיה נפקד של זה הראשון ה"נ ישמור פקדונו של שני, אבל כל זמן שלא קיבל הוה רשות של מוכר, ובנפקד גופא כשהוא לוקח גם הרשב"ם סובר דיכול לקנות, וראיה ברורה לחלוקי שכתבתי הוא מדברי השמ"ק בב"ב. דהא כבר זכרתי דהשמ"ק כתב להדיא דנפקד גופא יכול לקנות ע"י רשותו וכפי' רבינו גרשום, ואפ"ה כתב אח"כ לגבי חצר שאינה של שניהם וז"ל היכי ס"ד דהאי חצר שאינה של שניהם דקתני חצר של אדם אחר הוא דאלמא כליו של לוקח ברשות שאינה של שניהם אלא לאדם אחר קנה והא קתני בהדיא ברשות הלה המופקדין אצלו לא קנה עד שיקבל עליו אלמא כליו של לוקח בחצר שאינה של שניהם לא קני, תשובתך רשות שאינה של שניהם היינו רשות שאינה של שניהם אלא לאדם אחר ולית לי' בה רשות לחד מינייהו לא מוכר ולא לוקח ומשו"ה ס"ד דכליו של לוקח קניא בו דהא לית בו רשות למוכר אבל רשות הלה המופקדים אצלו כיון שהשאילו בעל החצר מקום למוכר להניח שם פקדונו נמצא אותו מקום קנוי למוכר וכרשותו דמי כו' עכ"ל, הרי דאע"ג דהכא כתב דהמקום חשוב כרשות מוכר, אפ"ה בנפקד גופא כשלקחו כתב השמ"ק דקנה ע"י רשותו ולא חשיב כרשות מוכר, ובע"כ כמו שחלקנו שדוקא לענין אדם מעלמא חשיב כרשות מוכר, אבל לענין נפקד גופא מיד שקבל למוכרו כלתה שמירתו, ופליאה חולה על הט"ז ודעימי' שהשיאו דעת הרשב"ם שאפי' לענין נפקד גופא חשוב כרשות של מוכר לעכב שגם הנפקד גופא לא יוכל לקנות, מאיזה מקור הוכיחו כן, והא לא מצינו ברשב"ם בסוגיא שם שפי' דהמקום הוה של מפקיד כ"א מה שכתב בד"ה המופקדין אצלו וז"ל שהפקיד שם מוכר פירותיו ומסתמא הקנה לו נפקד למפקיד את רשותו לצורך פירותיו למכור ולמדוד פירותיו כדרך כל הנפקדים עכ"ל, והרי לא כתב זה כ"א בבבא דרשות המופקדין דמיירי שמכר לאדם אחר מעלמא, ומנ"ל להוכיח שגם אם לקח הנפקד גופא דחשיב נמי כרשות של מוכר, והא סכינא חריפא אפסקא בינייהו, וכמ"ש לחלק ביניהם בדברים של טעם:

**הן** אמנם דאף כי מפורש לא מצינו ברשב"ם שסובר דגם לגבי נפקד גופא חשיב כרשות מוכר, מ"מ יש להוכיח דסובר כן, דהנה בברייתא שם בבבא דברשות לוקח כיון שקבל עליו מוכר קנה, פי' רבינו גרשום דהיינו שהיו מופקדין בידו והנפקד גופא לקחו וקנה לו רשותו, אכן הרשב"ם נייד מפירוש זה, ופי' דברשות לוקח דקאמר היינו שהביא המוכר תבואתו למכור בבית לוקח, ולא כשהיו מופקדים בידו מתחלה, אלא השתא הביא המוכר תבואתו לבית לוקח למוכרם לו ע"ש, ובאמת יש להתפלא על רשב"ם דנייד בזה מפי' רבינו גרשום, הא פירושו דר"ג מוכרח הוא, דבלא"ה יש להקשות טובא מאי

אתא לאשמועינן כלל הך בבא דרשות לוקח, הא לקמן בסוגיא שם מוקמינן לה דמיירי בכליו של לוקח, והא תני לה התם דכליו דלוקח קונה אפי' ברה"ר דהיינו סמטא ואצ"ל ברשות לוקח ומאי אתא לאשמועינן כלל הך בבא דכליו של לוקח ברשות לוקח קנה, ובע"כ צ"ל כפי' רבינו גרשום דהאי ברשות לוקח. היינו שהתבואה היה מתחלה מופקדין ביד הלוקח ולכן הו"א כיון דעד עכשיו היה המקום שאול למוכר וא"כ ברשות מוכר קיימי והוה ככליו של לוקח ברשות מוכר דלא קנה וקמ"ל דאפ"ה כיון שקבל עליו מוכר לאלתר כלתה שאלתו ונעשה רשות של לוקח וכמ"ש בשמ"ק להכריח כן דברשות לוקח דנקיט מיירי כשהיו מופקדין בידו מכח קושיא זאת ע"ש, וא"כ יש לתמוה טובא על הרשב"ם למה נייד מלפרש כן, אע"כ משום דהרשב"ם לשיטתו שסובר דחשיב רשות של מוכר אפי' לגבי נפקד גופא וכהבנת הט"ז, ולכן אי הוה מיירי בשהיו מופקדין בידו מתחלה באמת לא היה הלוקח יכול לקנות אפי' ע"י כליו דהוה כליו של לוקח ברשות מוכר, וזהו ראיה אלימתא דרשב"ם סובר כהבנת הט"ז, מ"מ לדינא אפי' נימא דהכי הוא כוונת רשב"ם, מ"מ הא דעתו בזה יחידאה הוא, ורבינו גרשום ובשמ"ק כתבו להדיא דלא כוותי', ופירושם מוכרח בש"ס כמו שבארתי, ולכן לענ"ד קשה להוציא מנפקד כשלקחו הוא מן המוכר, דודאי מצי אמר קים לי כרבינו גרשום ודו"ק היטב, ועיין בנתיבות לקמן בפתיחה לסי' ר' מ"ש בזה לדינא נמי דקנה הנפקד ודו"ק היטב:

## סימן קצ

סעיף א' **בסמ"ע** סק"א דהא קנין כסף נלמד משדה עפרון כו', עיין בחדושנו בדבור הסמוך מה שכתבנו מזה:

**בש"ך** סק"א הביא הש"ס דפ' האיש מקדש דמ"ו המבואר שם דמכר דמיא לקדושין וכי היכי דבקדושין קיי"ל דמקדש במלוה אונה מקודשת, הוה"ד במכר, הקונה במלוה אינו קנין מהאי טעמא ע"ש, והנה הרמב"ם (פ"ז מהלכות מכירה) סובר דבמכר קונה גם במלוה ומחלק בין קדושין למכר. הובא לקמן סי' ר"ד, ורבים מקשים עליו מההיא סוגיא דקדושין דמדמה להו אהדדי, ואי במכר קנה ראוי להיות מקודשת נמי במלוה, ונ"ל ליישב דהנה בקדושין שם הביא הברייתא ושוים במכר שקונה, ופשטות לשון הברייתא משמע להדיא כהרמב"ם לחלק בין קדושין למכר דאפי' מאן דסובר בקדושין דאינה מקודשת, אפ"ה במכר מודה דמהני, וגם מצד הסברא חילוקו של הרמב"ם נכון מאוד, דודאי נ"מ גדוצה יש בין קנין כסף האומר בקדושין קנין כסף האמור במכירה, דבמכירה לא נתינת וקבלת הכסף פושה הקנין, כ"א פרעון הדמים בעד החפץ זהו קנייתו, דאם פרע לו השווי יוצא ע"י זה מרשותו של מוכר לרשות הקונה, וזהו עצם הקנין, אבל אם

אינו נותן לו הכסף בתורת פרעון כ"א לשם קנין, שהמעות יעשו הקנין לאו מילתא היא וכמ"ש הסמ"ע כאן דכיון דקנין כסף משדה עפרון ילפינן וכסף האמור שם דמי שווי השדה הוא ע"ש, ואין להקשות דא"כ אך יוכל לקנות בפרוטה מקח ששוה הרבה, דהא אין כאן פרעון החפץ, דהתם נמי לאו בתורת קנין אלא בשביל פרעון, דנותן לו פרוטה לשם תחלת פרעון והשאר זוקף במלוה, והוה כאילו קבל כל המעות, אבל אם נתן רק לשם קנין לא מהני שאין זה קנין כסף האמור במכירה, וכן מפורש ברש"י ב"מ דמ"ח ע"ב בד"ה בזמן שא"ל ערבוני יקון וז"ל יקנה שלא נתנה לו בתורת תחלת פרעון והשאר עליו מלוה אלא בתורת שערבון זה יקנה הכל והא לאו מילתא היא עכ"ל, הרי שדוקא אם זקף השאר במלוה קנה, ואי אמרת דקנין כסף הוא רק ע"י קבלת הכסף יתחייב זה לקנות וזה למכור וכמו קנין סודר, אפי' אם לא זקף עליו במלוה נמי יקנה כיון דפרוטה מיקרי כסף וראוי לקנות על ידה, אע"כ שרק פרעון החפץ הוא הקנין, ובחבורנו לב"מ ולקמן בסימן זה הארכנו בזה ואמנם כל זה אין שייך כ"א במכירה, אבל בקדושין לא שייך פרעון שוויה וכמ"ש כאן הט"ז, ובע"כ דהתם הכסף עצמו הוה קנין דע"י הקבלה יתחייבו זה לזה, ולפ"ז יתיישב חלוקו של הרמב"ם, דבקדושין כיון דעצם הכסף קונה משו"ה בעינן שיהא הכסף בעין שיהא ראוי לקנות על ידו דאם אינו בעין אין ראוי לעשות קנין על ידו, אבל במכירה דפרעון החפץ הוא הקנין, א"כ מה איכפת לן אם הכסף אינו בעין, דאם רק המוכר קבלן לשם פרעון ונתרצה הרי נפרע בזה:

**ובזה** יישבתי מה שקשה נמי לשיטת הרמב"ם מסוגיא דב"מ (דט"ז ע"א) במוכר שדה שאינה שלו ואח"כ לקחה בגזלן ופריך שם הש"ס מכדי במאי קנה לארעא בהאי שטרא האי שטרא הא חספא בעלמא הוא, ובתוס' שם הקשו דנימא דמעות שהיו תחלה מלוה נעשו עתה מכר, ותי' דבמלוה אין יכול לקנות ע"ש, ולפ"ז יקשה לשיטת הרמב"ם דבמלוה יכול לקנות אמאי לא קני התם ע"י מעות ההלואה, ולמה שכתבתי דכל עיקר טענת הרמב"ם דבמכר קונה ע"י מלוה הוא משום דהמוכר קבלו לשם פרעון ונסתלק בזה, א"כ לא שייך זה כ"א היכי שתחלת המקח היה ע"י מלוה והמוכר נתרצה לקבל זה בפרעון, אבל בסוגיא דהתם, דמתחלה נתן לו כסף בעין אלא שהכסף הניתן לא היו ראוים לקנין משום שהשדה לא היתה שלו, וממילא נעשו הלואה, ואנו רוצים שע"י הלואה הזאת יקנה כעת, בזה ודאי דלא קני, דמי יימר שנתרצה המוכר לקבל עתה החוב בפרעון החפץ, וזה לשון הרמב"ם (פ"ז ממכירה) מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר ו מכור לי מטלטלין אלו בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר כו' ע"ש, הרי דייק להדיא לומר שדוקא כשזה אמר לו להדיא מכור לי בחובך וזה נתרצה, אבל באם הלוקח לא הודיע למוכר ולא

נתרצה לזה בפירוש לא מהני והוא כמ"ש, ונהי שזה ידעינן שהמוכר מרוצה להעמידה ביד הלוקח, מ"מ אפשר ירצה שבפרעון יתן לו דמים אחרים והמעות הראשונות והי' בהלואה, וכללא הוא דבמלוה בעינן דוקא שהמוכר יתרצה לזה בהדיא:

**ומה** שקשה על דבריו מן הסוגיא דקדושין דמדמי התם מכר לקדושין כמ"ש הש"ך, יש ליישב, דהנה י"ל שדין זה אם במכר מהני מלוה תלוי זה באיזה קרא שנלמוד מיני' לעיקר קנין כסף דמהני בקרקעות, דאי נימא שנלמוד זה מקרא דשדה עפרון שפיר י"ל דמלוה לא מהני דהתם הא הוה כסף בעין, שאברהם נתן כסף עובר לסוחר, משא"כ אי נימא דיליף מקרא דשדות בכסף יקנו, אפשר לומר דגם מלוה הוה ככסף, והנה באמת משדה עפרון גופא אין מוכח כלל דכסף הוה קנין וכמ"ש התוס' בריש מס' קדושין דלא מוכח דאברהם קנה בכסף, די"ל קנה בחזקה או בשטר והכסף נתן לפרעון, אכן בס' אור חדש בחדושיו לקדושין (דף כ"ו)ושיח התו' לא כתבו כן כ"א למאן דלא ידע דאשה מתקדשת בכסף ממקום אחר, אכן למאן דיליף דבקדושין מהני כסף ממקום אחר בע"כ דלדידי' מוכרח לומר דאברהם קנה בכסף ולא בשטר וחזקה מכח תרי הוכחות, חדא כיון דכסף באשה בלא"ה ידעינן ממקום אחר, טפי מסתבר דהגז"ש דקיחה קיחה משדה עפרון מרבה בקנין כסף גופי' דבעינן כי יקח ולא כי תקח וכמ"ש התוס' בקדושין (ד"ד ע"ב) ולא להמציא עוד קנין חדש דחזקה, ותו י"ל כיון דכסף קונה באשה ע"כ לא מרבה חזקה מגז"ש אגנו קיחה, דאל"כ תקשה קושית הראב"ן קרא דובעלה למה לי למילף ביאה דממ"נ אי אית לה צערא הרי הוא בכלל חזקה, דזה נהנה ממה שזה מצטער. ואי לית לה צערא הרי הוא בכלל כסף, דהנאה חשובה ככסף, ובע"כ דגז"ש דקיחה קיחה נמי לכסף הוא דאתא ולרבות דבעינן כי יקח ולא כי תקח. א"כ מכח הגז"ש מוכח דבשדה עפרון הי' הקנין בכסף ולא בשטר ע"ש, ושם בקדושין (דף מ"ז) הסוגיא אליבא דרב קאי, דהוא הממציא לדין דמקדש במלוה אינה מקודשת, ורב עצמו הא הוא יליף קדושי כסף מקרא דויצאה חנם (קדושין ד"ג ע"ב) ולשיטתו בע"כ דקנין כסף ילפי' משדה עפרון וכהוכחת האו"ח הנ"ל. וממילא דלשיטתו מוכח בע"כ דמלוה לא מהני במכר כמו בשדה עפרון דהוה התם כסף בעין, ולכן לשיטתו שפיר מקשה התם ותסברא ומדמה קדושין למכר דלשיטתו של רב גופא אין מקום לחלק ביניהם ובודאי שגם במכר בעינן כסף בעין ודו"ק היטב כי נכון הוא. ועיין מה שכתבתי עוד בסמוך מזה:

שם **באו"ד** האריך הש"ך אם נתן ממרני שיש לו על לוי בדמי הקרקע אם מהני, אכן אם נתן שטר על עצמו לא הזכיר הש"ך מזה כלום, והנה ממה דקאמר הש"ס בסוגיא דקדושין (דט"ז ע"א) האי שטר ה"ד אילימא דכתב שטר אדמי' היינו כסף, מוכח להדיא

דכל היכי דבעינן כסף כגון לקנין ולקדושין, אם כתב שטר אדמי' מהני כמו בכסף בעין, וברמ"א אה"ע (סי' כ"ט) הביא שני דיעות בזה, ושוב ראיתי שהר"ן ובתורי"ד הרגישו בזה, וגם בתשובת הב"ח סי' קכ"ט הוכיח מזה דשט"ח של עצמו מהני, אלא דראיתי בחדושי הרשב"א בקדושין שנתעורר לראיה זאת וכתב לדחותה דע"כ לא אמר התם דהיינו כסף אלא לפי דהוה ס"ד דאין גופו קנוי, ואינו אלא חוב שעבוד למעשה ידיו אבל למסקנא לא מהני ע"ש, ומה שמשמע מסוגיא דכתובות דק"ב לגבי בכור כתב חייב אני לך חמש סלעים דאמר עולא דבנו פדוי, דוקא לכשיתן. הא קודם שיתן לא מהני השט"ח שלו, כבר תי' המפרשים דהתם שאני משום דגזה"כ דאין פודין בדבר שאין גופן ממון, ועיין מ"ש בארוכה בשמ"ק ובתשובת הב"ח שם, ועוד כתב דאפי' מאן דסובר דבקדושין לא מהני, מ"מ בקנין דעלמא כו"ע מודים דמהני, דבקדושין שאני או מטעם דלא סמכה דעתה דאשה או מטעם דאכתי אגידה גבי' אבל בעלמא לא שייכי הני טעמי ע"ש:

שם **במחבר** ונתן כסף שו"פ קנה, עיין בשער המשפט שכתב באם גזל הכסף מאחר וקנה בה קרקע דלא קנה כמו בקדושי אשה דאינה מקודשת אם קידשה בגזל דאחרים וה"נ לענין כסף דלא קנה, ורק אח"כ מסיק דמ"מ אם המוכר לא ידע שהמעות הוא גזל ביד הלוקח דבכה"ג אין המוכר צריך להחזיר המעות לכשנודע אח"כ משום תקנת השוק, ובכה"ג נקנה הקרקע להלוקח בכסף הגזילה אף שאין המעות של לוקח מ"מ כיון שא"צ המוכר להחזירם קונה דדמי להא דמבואר באה"ע סי' כ"ח דאם קידש האשה בגזל לאחר יאוש דהוו קדושין גמורים אף דיאוש כדי לא קני מ"מ כיון דאצל האשה הוה יאוש ושנוי רשות וא"צ להחזיר הגזילה מקודשת וה"נ כן ע"ש, ודבריו תמוהים מאוד, דאי מדמי מכר לקדושין, ודבר ולא מהני בקדושין לא מהני במכר, וא"כ הא בקדושין ממון דנותן בעינן, דההנאה לאשה יהיה משל נותן וכמ"ש התוס' בקדושין (דף נ"ב) בתוד"ה המקדש בחלקו וז"ל אכל הכא הטובת הנאה אינה משלו דהא ממון גבוה הוא כו', ומבואר להדיא דאפי' אם האשה קבלה הנאה שו"פ אם ההנאה לא בא משל נותן לא מהני, ובחבורנו שם ביארנו זה בארוכה, והא דמהני באמת לפי"ז בקדשה בגזל לאחר יאוש, נהי דהאשה קנתה ביאוש ושינוי רשות אבל בידו אכתי לא היה שינוי רשות ולא קנה עדיין ולאו ממונא דידי' הוא, כבר תירץ זה המ"מ וכתב דכיון דקנאתר היא אף הוא קונה אותה, ובחבורנו לב"מ דכ"ו וקדושין די"ג הוכחתי דהיינו טעמא דהרא"ש בפ' מרובה שחולק וסובר באמת דאם קדשה בגזל לאחר יאוש דאינה צריכה גט כ"א מדרבנן אבל מדאורייתא לא הוה קדושין דיאוש לא קני ע"ש, והאחרונים הרעישו על הרא"ש בזה הא בקדושין איכא נמי שינוי רשות, ולמה שכתבתי ניחא, דהרא"ש סובר דנהי דביד

האשה הוי שינוי רשות אבל כיון דבידו לא היה שינוי רשות לא הוה ממונו עדיין, ונמצא דמקבלת ההנאה לא ממונו של נותן דלא מהני, וסברת המ"מ דכיון דקנאתו היא אף הוא קונה, סובר הרא"ש לדוחק, דהא י"ל היא שפיר קנתה ע"י שינוי רשות, אבל בידו אכתי לא היה שינוי רשות ולאו ממונא דידי' הוא, ובחבורנו הוכחנו שגם דעת הרמב"ם כן הוא ואכ"מ, ולדברי השעה"מ דמכר דמי לקדושין, א"כ גם במכר בעינן ממון דלוקח דוקא, וא"כ מה מועיל דא"צ המוכר להחזיר המעות משום תקנת השוק, אבל כיון דלוקח לא קנה להמעות לא הוי מעות דנותן. ולכן נ"ל דמכר לא דמי לקדושין ובמכר לא בעינן כלל ממון דנותן, דכבר הבאתי בסמוך בריש הסימן ליישב דעת הרמב"ם שמחלק בין קדושין למכר לענין מלוה דבמכר קנה, דהיינו משום דבמכר פרעון החפץ הוא דעושה קנין ולא עצם המעות, ובקדושין עצם המעות עושים הקנין ע"ש, ובחילוק זה יחולק גם לענין ממון דנותן. דבקדושין כיון דעצם המעות עושות הקנין בעינן שיהא המעות משל נותן ראויות לעשות קנין על ידם, משא"כ במכר דעצם המעות אין עושות כלום ורק פרעון החפץ, א"כ כיון שהמוכר נתרצה לקבל זה בפרעון אע"ג שאינם מעות של לוקח נמי קני ודו"ק:

סעיף ו' **במחבר** והוא שיהיה אדם חשוב שהמוכר נהנה במה שהוא מקבל ממנו מתנה, והוא מסוגיא דקדושין (ד"ז ע"א) ובחי' הרשב"א שם הקשה לרב דסובר בב"מ (דף מ"ז) דבחליפין כליו של קונה בעינן ולא של מקנה, ולא אמרינן בהאי הנאה דמקבל מיני', למה לא נימא דבאדם חשוב יקנה גם בכליו של מקנה ע"ש, ולולא דבריו הי' נ"ל לתרץ דבחליפין לא מהני הנאה, דהנאה זאת אינה חשובה יותר מכסף ממש, וכסף ממש לא מהני בחליפין דאין מטבע נעשה חליפין דהא כלי דוקא בעינן, וההנאה הזאת שמקבל מיני', נהי דחשובה ככסף אבל כלי לא הוה וכמ"ש הקצוה"ח, ואין להקשות דא"כ בב"מ שם דפליגי רב ולוי גופא חד אמר מטבע נעשה חליפין וחד אמר אין מטבע נעשה חליפין, ומסיק הש"ס דלא מסיימי מי מהם הסובר דאין מטבע נעשה חליפין, ולמה לא מסיימי, תפשוט דרב הוא דסובר דאין מטבע נעשה חליפין וכלי דוקא בעינן, דאלת"ה למה סובר שדוקא בכליו של קונה, ואפי' באדם חשוב לא מהני כליו של מקנה, הא באדם חשוב יוכל להועיל גם של מקנה, דהנאה שמקבל חשובה ככסף וכקושית הרשב"א, ואע"כ דסובר דכלי דוקא בעינן ומשו"ה אפי' באדם חשוב לא מהני משום דההנאה הזאת אינה חשובה יותר מכסף ואנן כלי בעינן, די"ל דנהי דלדינא מסיימא לן דרב הוא דסובר דאין מטבע נעשה חליפין מכח הוכחה הזאת, ואפ"ה לא מצי למיפשט מינה כיון שאין זה מפורש בדברי רב, ומדבר שאין מפורש ורק שילפינן מכח ההוכחה לא רצה לפשוט, ובשגם שיש לדחות ההוכחה כתי' הרשב"א שם דמשו"ה לא מהני בחליפין באדם חשוב

משום דסודר קני ע"מ להקנות הוא וצריך להחזירו, ולכן מתנה כזאת שצריך להחזיר אינה מתנה של הנאה שיקנה באותה הנאה, ותירוץ הזה היה ברור ופשוט אצלי עד שתמהתי מאוד על הרשב"א למה נדחוק ליישב באופן אחר, בשעה שאפשר ליישב בפשיטות, דבחליפין דבעי' כלי דוקא לא מהני הנאה דהנאה לא חשיבה ככלי, ולא נתקררה דעתי עד שמצאתי שהרשב"א לשיטתו סובר דהנאה חשובה ממש ככלי, דהנה בקדושין שם דקאמר הש"ס דאיתמר נמי משמיה דרבא וכן לענין ממונא, איפלגו בה רבוותי, במטלטלין דכסף אינו קונה כ"א חליפין, אם מהני באדם חשוב מטעם הנאה, דהר"ח ז"ל כתב דאם אמר הילך מנה ויקנו נכסיי לך באדם חשוב ואמר דההיא הנאה חשובה עליה דיהבה הקונה למקנה וקנה בו בתורת חליפין אותם הנכסים, הרי לדבריו אף במטלטלין קונה מטעם חליפין, והרשב"א שם הביא מה שחולק ע"ז הרמב"ן וז"ל איני רואה. בשמועה זו זכר לחליפין וכלי אלא למעות וכסף שקונין באשה ובקרקע ולא ירדתי לסוף דעתו דאטו באשה ובקרקע הנאה זו כסף ממש הוא הנאה יש כאן כסף אין כאן אלא כדי לקיים כוונת המקנה ודעתו אנו רואים אותו כאילו הוא כסף ובמטלטלין שאין הכסף קונה בו כאילו הנאתו כלי והלכך גם במטלטלין קנה עכ"ל הרשב"א, הרי להדיא דסובר שההנאה חשובה ככלי ומועיל גם לחליפין. ולכן לשיטתו שפיר הקשה דא"כ למה לא יועיל באדם חשוב גם בכליו של מקנה, ועכ"פ גם לסברתי יש תנא דמסייע לי והוא הרמב"ן ז"ל שסובר להדיא דההנאה, אינה חשובה כ"א ככסף ולא ככלי ובחליפין לא מהני זאת, ויש להוכיח שגם רש"י סובר נמי כהרמב"ן דשם בקדושין לאחר שהביא כל הדינים הללו קאמר וכן לענין ממונא, וברש"י בד"ה וכן לענין ממונא לא זכר כ"א הני תלת מילי, תן מנה לפלוני ואקדש אני לך, והילך מנה והתקדשי לפלוני, ותן מנה לפלוני ואתקדש אני לו, והשמיט הדין דהילך מנה באדם חשוב, והיינו ודאי משום דסובר כהרמב"ן דהנאה אינה חשובה ככלי, כ"א כמו כסף ולכן במטלטלין לא מהני, דמטעם חליפין אי אפשר דכלי בעינן, ומטעם כסף הא לא מהני במטלטלין ואינו קונה כ"א בקרקע ומטעם כסף ולכן השמיטה רש"י דלא פסיקא לי' לכולה בדברי רבא שאמר וכן לענין ממונא כיון דלא מהני כ"א בקרקע ולא במטלטלין, והנה ראיתי בקצוה"ח שהביא למ"ש הר"ן בשם הר"ח דהנאה דאדם חשוב מהני אפי' במטלטלין דדמי לחליפין, ותמה בקצוה"ח דהא בחליפין דוקא כלי בעינן והנאה לא מיחשב כלי, ובעיקר קושיתו אשתמיטתיה שכבר הקדימו הרמב"ן שהבאתי, ושהרשב"א ז"ל מיישבה דהנאה שפיר חשוב ככלי, וא"כ אין כאן תימה שהר"ן סובר כהרשב"א:

**והנה** בלשון המחבר האומר לחבירו הילך ק' ויהיה שדי מכור לך עצמך כו' והוא שיהא אדם חשוב, וכזה הוא לשון הש"ס הילך ענה ואתקדש אני לך, אין להקשות דמה איריא שאמר לחבירו הילך ק' ויהיה שדי מכור לך עצמך בו אפי' אם לא נתן לו שום מעות רק שאמר לו הנני נותן לך שדי ותקנה בהנאת שאתה מקבל מתנה ונתרצה המקבל יהא קנוי לו כיון שהנותן נהנה במה שמקבל המתנה ממנו הו"ל כאילו קבל מעות ממנו ויהיה נקנה להמקבל מתורת כסף, וכן גבי קדושין גופא מה איריא שאמרה לו הילך מנה ואתקדש, הא אם הוא אדם חשוב כ"כ שגם קבלת מתנה ממנה נחשבת לה להנאה ושהיתה נותנת כסף בעד הנאה הזאת, כ"ש דעצם הקדושין מה שזכתה להתקדש ולהיות לאשה לאדם חשוב כזה דנחשב להנאה גדולה שהיתה נותנת מעות בשביל זה, וא"כ מה איריא שאמרה לו הילך מנה ואתקדש אפי' לא נתנה לו כלום אלא אמרה אתקדש אני לך בההיא הנאה שתקדשני ותקח לי לאשה תהא מקודשת מטעם קדושי כסף, דההנאה שאדם חשוב כזה מקדשה חשובה ככסף, ואף כי י"ל דלרבותא קאמר הילך מנה דאע"ג שנתנה היא. ובקדושין הא בעינן נתן הוא אפ"ה מקודשת, דנתינה כזאת חשובה כקבלה וכ"ש בשלא נתנה מאומה משלה אלא אמרה אתקדש אני לך בההיא הנאה שאת מקדש לי דהוה מקודשת, וכן במכירה אע"ג דנתינת הקונה בעינן והכא המוכר הוא דנותן הכסף דמהני נמי וכ"ש כשגם המוכר אינו נותן אלא מכר השדה בהנאה שהלוקח מקבלה דמהני, אכן לא משמע הכי לא מהש"ס ולא מהפוסקים ולא אשתמיט שום אחד לומר כן דבקדושין לאדם חשוב תהיה מקודשת בלא שום נתינת כסף קדושין גם מצד האשה, ולכן נראה ברור שבודאי היכי שלא נתינה האשה והמוכר מעות אינה מקודשת ואין קונה השדה, דאיך שייך לומר שתתקדש בההיא הנאה גופא שמקדשה, ובמכר בההיא הנאה שמקבל השדה הזאת, דהא אם נימא דאינה מקודשת אין להאשה שום הנאה מזה, וכן במכר אם נימא דלא קנה הקרקע אין למוכר שום הנאה דאין כאן קבלת אדם חשוב, וממילא אינה מקודשת ואין השדה קנויה כיון דאין כאן עוד קבלת שום הנאה, ודוקא אם הקבלה היה קודם, שקיבל המאה מנה מן האשה ואז יכול אח"כ לקדשה בהנאה זאת שקיבל ממנה כבר, אבל כל זמן שלא קיבל אין עוד שום הנאה במה לקדש ולקנות, ודבר זה היה פשוט בעיני עד שמצאתי אח"כ בשעה"מ שהרגיש בזה וכתב דאין לומר הכי דכיון שאם לא יקנה קרקע בזה אין להנותן שום הנאה ולכך אין המקבל קונה שאין כאן נתינת מעות דאדרבה נאמר שהמתנה יהי' מתנה ותתקיים עבור קבלת המתנה וקנין השדה והמעות באים כאחד מידי דהוה אמקדש בגזל ביאוש כדי דמקודשת אף דיאוש כדי לא קנה מ"מ כשבא ליד האשה הוה יאוש ושנוי רשות אע"ג דאם לא תהי' מקודשת

לא הוה שינוי רשות ואפ"ה אמרינן דמקודשת וקנין האשה וקבלת המעות באים כאחד. וה"נ נאמר שקנין השדה וקבלת המעות באים כאחד ותהא השדה נקנית מתורת כסף ע"ש, אכן מה דמיון זה למקדש בגזל, דהתם הרי היתה נתינת כסף, הבעל נתן כסף קדושין והאשה קבלה. וגוף הקנין כבר היה, והחסרון הוא רק מצד שלבעל היה חסר קנין במעות הללו ואינם שלו עדיין וחסר גמר הקנין, ובנתינה זאת נגמר הקנין וממילא הוה שלו ומקודשת שפיר, משא"כ הכא דלא היה עוד לא נתינה ולא קבלה וחסר גוף הקנין ואין הקדושין והקנין על מה לחול כלל ודו"ק:

סעיף י' **ברמ"א** וכל זה שנתן לו מקצת הדמים בתורת פרעון אבל לא נתן לו אלא בערבון בעלמא כו' לא קנה רק נגד מעותיו אא"כ פי' שיקנה נגד הכל כו', וזהו דעת התוס', ועיין בסמ"ע ס"ק ט"ו שהביא דדעת רש"י הטור הוא שאף אם א"ל הלוקח שירצה לקנות כולו אפ"ה לא קנה אלא כנגד מעותיו כל שלא גילה המוכר דעתו שמקנה לו בהן את כולן ע"ש, ולענ"ד אפי' אם גילה המוכר נמי דעתו שמקנה לו כולו צ"ע אם מהני, דז"ל רש"י בב"מ (דף מ"ח) בד"ה בזמן שא"ל ערבוני יקון שלא נתנו בתורת תחלת פרעון כ"א בתורת שערבון זה יקנה הכל עכ"ל, ובתוד"ה בזמן הקשו דהא כ"ש הוא דאם התנה בפירוש שיקנה הכל דמהני ע"ש. ונראה ברור כוונת רש"י דמה דקיי"ל דהיכי דנתנו בתורת פרעון שבפרוטה קונה הכל, אין הטעם משום דקנין כסף האמור בקרא מהני אפי' אם לא נתן כ"א מקצת כסף. שזה אי"א לומר, דהא קנין כסף מעפרון ילפינן והתם פרע לו בעד כל המקח. ומהיכי תיתי שנאמר מעצמנו שאפי' בפרוטה קונה הכל, אלא דהא דמהני בפרוטה היינו משום דהשאר זקף במלוה וכמ"ש רש"י להדיא כן, ולהכי מהני משום דאמרי' שבאמת קבל המוכר כל הפרעון, רק אח"כ הלוה לו, ואפי' אם לא זקף במלוה בפירוש אלא שנתן סתם אמרינן נמי דכיון שירצו שניהם שהקנין יועיל ולא יוכל להועיל עד שיקבל דמי כולו אמרינן דהוה כאילו זקף בפירוש במלוה, והוה כקבל דמי כולו אכן לא שייך זה כ"א במקום שירד לפרעון והפרוטה שנתן לו היתה בתורת פרעון, בזה אמרינן שפרע לו כולו, אלא שהמותר נזקף במלוה, אבל בזמן שא"ל ערבוני יקון, שלא נתן כלל לפרעון אלא שנתן לו הערבון לחיזוק הקנין, ולא שייך בזה לומר דהמותר יזקוף במלוה, משו"ה לא מהני כ"א לקנות כנגדו, ומשום דקנין כסף אין מועיל כ"א בעד קבלת הפרעון, וכנגדו דהוה מיהא פרעון, דהא אין מחזיר לו אח"כ הפרוטה אלא שנחשבת בריך תשלום הפרעון קונה מיהא כנגדו, והמותר לא יקנה משום דלא הוה פרעון, וזה נכון בסברת רש"י וגם הטור כרש"י ס"ל, אכן התוס' לא מרדו לסברת רש"י ויסברו דפרוטה מועלת לקנין בכל אופן, לא מצד שהוא תחלת פרעון, משו"ה

שפיר הקשו דכ"ש כשהתנה בפירוש שהפרוטה תקנה שכל דמהני, וביותר ביאור נראה כוונת רש"י דסובר דקנין כסף אין זה כמו קנין סודר דקבלת הסודר עושה הקנין, היינו להההיא הנאה דמקבל גמר ומקנה, ואמנם בקנין כסף לא אמרינן דבההיא הנאה דמקבל הכסף גמר ומקנה ונשתעבדו זל"ז שאין אחד יכול לחזור, אלא שורש קנין כסף הוא פרעון הדמים בעד החפץ, וזה מ"ש רש"י לחלק בין נתנו בתורת פרעון לאומר ערבוני יקנה, דבתורת פרעון שפיר קנה דזהו קנין כסף, אבל אם אמר לו יקון, פי' שנתן לו הכסף בתורת קנין, היינו שע"י הפרוטה הזאת ישתעבדו זה לזה וזה לאו כלום הוא דאין זה קנין כסף, ולפמ"ש בכוונת רש"י א"כ ממילא דאפי' נתרצה המוכר נמי לא מהני דכיון דאין זה קנין כסף וכאילו לא עשה שום קנין, ומה יוכל להועיל רצון המוכר, דהא, בלא, קנין לא מהני גם כששניהם רוצים, והוא הדבר אשר אמרתי דמ"ש הסמ"ע דאם נתרצה המוכר מהני אפי' לרש"י צ"ע לענ"ד ודו"ק:

## סימן קצא

סעיף א' **בשטר** כיצד, הנה בסוגיא דקדושין (דף כ"ו) מסיק הש"ס דקנין סודר ילפינן מקרא דואקח את ספר המקנה, וקרא דוכתוב בספר וחתום, היינו שטר ראיה, והוכיח כן בש"ס מדכתיב קרא שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום, ואי בשטר קנין הו"ל לכתוב יקנו לבסוף בתר וכתוב בספר וחתום, ומדכתיב מעיקרא מכלל דהקנין היה בכסף ושטר ראיה בעלמא ע"ש, ואכן הרמב"ם ז"ל בפיה"מ שם כתב דשטר ילפינן מוכתוב בספר וחתום, והוא תמוה שזהו נגד סוגיית הש"ס דמפרש לקרא זה לראיה בעלמא, ונראה בטעמו דסמיך על הא דמפורש בירושלמי קדושין שם דיליף לקנין שטר מקרא דוכתוב בספר ולא ס"ל שטר ראיה בעלמא, ולא דייק נמי דיוק דכתוב יקנו מעיקרא אלא דמפרש קרא בלשון או, או בכסף או וכתוב בספר וחתום או והעד עדים, היינו עדי חזקה, ועוד דבש"ס דילן בסוגיא דגיטין (דף ל"ו) משמע נמי להדיא דקרא דוכתוב בספר, בעיקר הקנין מיירי, דמקשה התם אמתני' דעדים חותמים על הגט מפני תקון העולם, דאורייתא הוא דכתוב בספר וחתום ומשני לא נצרכה אלא לר' אלעזר, משמע דלר"מ מיירי קרא בקנין עצמו ע"ש:

שם **במחבר** או על החרם, ובסמ"ע הקשה אע"ג דחרס ועלה הן דברים שיכולים לזייף ותי' דהיינו בשטר ראיה אבל בשטר קנין לא בעינן כ"א שיהא ראוי לקנות בו לשעתו, ובתורי"ד תירץ דלטרוף ממשעבדי באמת לא טריף עד דאיכא כתב שאינו יכול להזדייף ואפי' ממוכר גופא אם אין המוכר מודה לו בשטר לא קנה ורק הכא מיירי שהמוכר

מודה שהקנה לו בזה השטר והואיל ומודה שהקנה לו קרקע זה בזה השטר קנהו ואם פקח הוא קודם שיתן המעות יעשה לו שטר אחר ע"ש:

## סימן קצב

סעיף ב' **במחבר** ואם מסר לו המפתח הוה כאומר לו לך חזק וקני, הרשב"ם בב"ב (פ' חז"ה) כתב דמסירת המפתח הוה קנין בנכסי הגר אבל נעל וסגר את הדלת לא הוה קנין, והתוס' שם ובב"ק (דנ"ב ע"א) השיגו עליו בתרתי, במה שסובר דקנה במסירת המפתח, הא בב"ק שם אמרינן דמסירת מפתח לא הוה אלא כאומר לך חזק, ובמה שכתב דנעילה לחוד לא קני, הא בגיטין (דף ע"ז) אומר גבי גט דתיזל איהי ותיחוד ותפתח אלמא נעילה לחוד קניא ע"ש, והנה קושיתם מגיטין היה נ"ל ליישב בפשיטות דדוקא נעל הוא דסובר רשב"ם דלא הוה קנין ומטעם שכתב דהוה מבריח ארי, אבל פתח אפשר דהוה קנין דבפתח לא שייך הטעם דמבריח ארי, ובע"כ דלצורך קנין עביד הכי, והתם בגיטין הא הוה פתח כמו שאמר ותיחוד ותפתח, ואין אנו צריכין למ"ש הרמב"ם (פ"א מהלכות מכירה) והמחבר הביאו בסמוך, דהתם הוה הקנין משום דעביד תרווייהו נעל וגם פתח, אלא אפי' בפתח לחוד נמי סגי, וטעמא דהרמב"ם דפתח לחוד לא הוה קנין, משום דבחזקה בעינן שיעשה תיקון לבית ובפתיחה אין בזה שום תיקון, אבל א"צ לכך, דכיון שמחזיק בה כמו שאדם מחזיק ונוהג בשלו הוה קנין, והכי מפורש בשמ"ק בב"ב וז"ל והוה"ד פתיחת הדלתות ואעפ"י שאין בכך תקון לבית דרך חזקה הוא כשמחזיק בה כמו שאדם מחזיק בשלו ופתיחה נמי אין דרך בני אדם לפתוח בית שאינו שלו כשהוא נעול מבחוץ עכ"ל, ועוד היה נ"ל דדוקא בנכסי הגר הוא דסובר רשב"ם דנעל לא הוה קנין, אבל בנכסים שיש לו בעלים יסבור דגם נעל הוה קנין, דלטעמו דמשו"ה נעל לא הוה קנין משום דהוה מבריח ארי וז"ל בב"ב דהא למה זה דומה למשיב אבידה דאין זה אלא מצוה לשמור בית חבירו וכל ישראל מצווים להציל ממון חבירו מן ההיזק ואין זה קרוי חזקה עכ"ל, וכיון שמטעם משיב אבידה הוא ובאבידה הא יש גדרים אימתי נקראת אבידה דדוקא כשמצא במקום שאין הבעלים בעצמם יכולים ליקחה או לשומרה הוה אבידה, אבל מצא בבית או בעיר אין זה אבידה כיון דהבעלים בעצמם יכולים לשומרה ודוקא מצא בשדה שאין הבעלים שם הוא דהוה אבידה, וה"נ בשלמא בבית של נכסי הגר דהפקר הם בלא בעלים, כשמצאם פתוחים ודאי דיש חיוב על כל אחד לנועלם דאם לא ינעלם יהיה אבוד כל מה שבבית, אבל בית שיש לו בעלים מה חיוב שייך על אדם מן השוק לנועלם הא כיון דיש לו בעלים ודאי דהבעלים עצמם ינעלו כשימצאו צורך לזה ומה שפתוחים הם כעת מסתמא היה איזה צורך לפותחים, ופשוט הדבר בעיני דבבית

שיש לו בעלים אין שום איוב לנועלם כשמצאם פתוחים, וזה דומה למצא בבית שאין זה אבידה, וכיון שאין זה מצוה ולא שייך בזה מבריח ארי ודאי שדרך חזקה הוא והוה קנין מעליא כנ"ל נכון מאוד שני דינים המחודשים הללו שכתבתי, דפתח הוה חזקה ונעל לא הוה חזקה כ"א בנכסי הגר אבל בבית שיש לו בעלים הוה קנין:

**אמנם** מה שהקשו על הרשב"ם דסובר דמסירת מפתח הוה קנין מסוגיא דב"ק דקאמר דמסירת מפתח לא הוה קנין ולא מהני כ"א דאין צריך לומר לך חזק וקני, זה אכתי קשה טובא, ואפשר גם זה ליישב דבלא"ה אינו מובן לשון הרשב"ם במה שכתב ואע"ג דגבי שכירות אמרינן בפסחים דמסירת המפתח קונה וכו', מלשון ואע"ג משמע שרצה להקשות על מה שכתב תחלה דסגר הדלת לא מהני וא"כ מה ענין זה לזה הא בסגר הוה הטעם משום מבריח ארי ומסירת המפתח הוה משום דמאן מסר לי' דליקני, ומזה נראה דודאי מסירת מפתח לחוד אין בזה שום קנין כמו דאמרינן הכא, אלא דמסירת המפתח וגם נעל היה אפשר דליקני דבזה לא שייך תו אחד מן הטעמים דיעכב הקנין, דהחסרון דנעל לחוד לא מהני משום דהוה כמבריח ארי לא שייך כ"א כשנעל מעצמו, אבל כשזה מוסר לו המפתח נראה של צורך קנין עביד הכי, וגם החסרון דמסירת מפתח לחוד נמי לא שייך דהתם הוי הטעם דכיון שהלוקח לא עשה עוד שום מעשה לאו קנין הוא דהמסירה של המפתח אינו אלא כנתינת רשות לקנות, אבל אכתי מחוסר מעשה הקנין ולא שייך זה כ"א במסירת מפתח לחוד וזה ודאי דלא הוה קנין, אבל כשהלוקח נעל שוב הרי גם עשה מעשה ושפיר קנה ולא קשה מידי תו קושית התוס' מסוגיא דב"ק דלא מיירי כ"א ממסירת מפתח לחוד וזה ודאי דלא הוה קנין, אבל כי איכא בהדי זה נמי נעילה שפיר הוה קנין, וכן נמי בההיא דפסחים שהביאו התוס' משו"ה אמרינן דמשמסרו לו מפתח הוה בחזקת שוכר לבדוק דהתם נמי דמיד שנכנס לבדוק הרי פותחו נמי, וכיון שאין מחוסר מעשה הקנין משו"ה אמרינן דבחזקתו הוא לבדוק, והיינו שהקשה הרשב"ם ואע"ג דבפסחים אמרינן דמשמסר המפתח קונה ואע"ג דאיירי שנעל אח"כ דלמא מיירי גם בנכסי הגר שנעל על ידי מסירת מפתח, וע"ז תי' דבנכסי הגר לא שייך לומר כן דמעל מסר לי' וזה ברור, וכן הוא מפורש בטור ושו"ע כאן דנעל בהדי מסירת מפתח קנה ודו"ק היטב כי הדברים נכונים:

סעיף ו' **במחבר** אבל אם ראה אמת המים בא להזיק הקרקע ונתן צרור ומנעה לא קנה שסילוק ההיזק אינו קונה אלא הנאת התועלת, ובסמ"ע ס"ק י' הביא לשון הש"ס משום דהוה לי' כמבריא ארי מנכסי חבירי, ופי' רשב"ם ז"ל הא למה זה דומה למשיב אבידה דכל ישראל מצווין להציל ממון חבריהם מן ההיזק, וביתר ביאור הובא בשמ"ק בשם

מוהרי"ן מיג"ש וברא"ש שם דחזקה לא הוה אלא היכי דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד וקא עביד אדעתא דקנין אבל היכי דמחויב לעשות כיון דבלא"ה נמי הוה מחויב למיעבד לא הוה חזקה, ואכן בחדושי הרמ"ה לב"ב (דף נ"ג) הקשה לשיטת הני מרבוותא דקושית הש"ס ממבריח ארי הוא מטעמא דעביד מצוה ומחויב למיעבד, דא"כ הא תינח בנכסי חבירו דקא עבד מצוה אלא בנכסי הגר מאי איכא למימר ואפי' בנכסי חבירו נמי תינח שלא בפניו דמחויב בזה, אלא בפניו דלא מפקד עלייהן אלא היכי דאין הבעלים יכולים להציל מאי איכא למימר, ועוד דמאי פריך הש"ס אהא דאר"י נתן צרור והועיל ה"ז חזקה מאי נתן ומאי נטל אילימא נתן צרור וסכר מיא מינה האי מבריח ארי מנכסי חבירו הוא ומאי קושיא לוקמא בנכסי הגר א"נ בנכסי חבירו ובפניו דבכה"ג לא הוה משיב אבידה כלל, ולכן פי' הרמ"ה דקושית הש"ס ממבריח ארי לאו מטעם דמצוה קשיא לי', אלא משום דכל חזקה דתליא בהנאה דאהני בה מחזיק בארעא לא הוה חזקה אלא היכא דמהני בגופא דארעא הנאה כזאת דלא הוה שכיחא בה מקמי הדין דומיא דגדר ופרץ כל שהוא דאוקימנא כגון דמעיקרא הוה עיילי ביה ברווחא והשתא בדוחקא א"נ דמעיקרא בדוחקא והשתא ברווחא אבל אברוחי מיא מינה לא אהני בה מידי דלא הוה מעיקרא אלא לאוקמי כדמעיקרא הוא דאהני לא קנה דבעינן דומיא דישוב ערים וליכא והאי דנקט מנכסי חבירו לאו משום דקא עבד מצוה אלא כמה דאת אמר מנכסי אחרים שאין מהנה בגוף הנכסים הנאה הנכרת בהן אלא שמהנה את בעל הנכסים דלא הוה חזקה ע"ש. ותמהני טובא על הני רבוותא הרשב"ם וסייעתו דנדו מפירוש הרמ"ה דרווח טובא ולא צריכינן לחלק אליבי' בין החזיק בפני המוכר או שלא בפניו וגם בנכסי הגר, דבכולם לא הוה חזקה, ואילו לפרשב"ם צריכין לחלק בזה ולומר דבפניו וכן בנכסי הגר כיון דליכא מצוה הוה חזקה, ונ"ל דלשיטתייהו אזלי בזה, דהנה ברמב"ם (פ"א מהלכות מכירה) והובא במחבר בסמוך סעיף י' היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה קונה אותה בשטיחת פירות או העמדת בהמה כו', אכן הראב"ד שם השיג ע"ז וכתב דאכילת פירות לא הוה חזקה לקנין כיון דלא מהנה בזה לגוף הקרקע רק הנאת הלוקח הוא והנאת הלוקח לא הוה חזקה דבעינן שיועיל לגוף הקרקע, והמ"מ כתב דדעת הרמב"ם דלא בעינן מידי דמועיל לקרקע אלא כשהלוקח אינו נהנה, אבל כשהלוקח נהנה ודעת אחרת מקנה אותו קנה שכל הדברים שהבעלים נהנים דרך הנאת הקרקע או משתמשים דרך שמוש הוה חזקה ע"ש, ובמגדול עוז שם הביא דגם הרשב"ם והתוס' והרי"ן מיג"ש ועוד סברי כהרמב"ם ע"ש, ולכן לשיטתם לא יוכלו לפרש כהרמ"ה דמשו"ה סילוק ההיזק לא הוה חזקה משום דאין זה טובת השדה כ"א טובת הבעלים,

דהא לשיטתם גם טובת והנאת הלוקח הוה נמי חזקה, והוכרחו לפרש משום דהוה מצוה, והרמ"ה יפרש כשיטת הראב"ד דהנאת הבעלים לא הוה חזקה משו"ה מפרש כפשוטו דסילוק ההיזק לא הוה חזקה דלא מהני מידי לקרקע, ובזה נתיישב לי נמי מה שלא זכר הסמ"ע לפי' הרמ"ה דיש נ"מ גדולה בין פירושו לפרשב"ם, בהחזיק בנכסי המוכר ובנכסי הגר דלרשב"ם לא הוה חזקה כיון דלאו מצוה היא, ולהרמ"ה הוה חזקה, ונהי דבנכסי הגר י"ל דליכא נ"מ בינייהו וגם לרשב"ם לא הוה חזקה משום דאכילת פירות לא הוה חזקה כ"א בדעת אחרת מקנה דוקא וכמ"ש בשם המ"מ, וא"כ בנכסי הגר דליכא דעת אחרת לא הוה חזקה, מטעם דלקרקע לא מהני מידי והנאת המחזיק נמי לא מהני בכה"ג דליכא דעת אחרת, ומיושב בזה קושית הרמ"ה על הרשב"ם מנכסי הגר, דבזה באמת גם לרשב"ם לא הוה חזקה, מיהו אכתי נ"מ בהחזיק בפני המוכר דלרשב"ם הוה חזקה ולרמ"ה לא הוה חזקה, ולמה לא זכר הסמ"ע, ולמה שביארתי דלשיטתייהו אזלי בדין דאכילת פירות אי הוה חזקה, וא"כ כיון שרוב הפוסקים ה"ה הרשב"ם והתוס' ור"י אלפס והרי"ן מיג"ש והר"מ מקוצי כמ"ש המ"ע, ודעת הראב"ד כמעט יחידאה היא, ממילא דפרשב"ם מוכרח הוא לרוב הפוסקים משו"ה לא זכר לפי' הרמ"ה שאינה כ"א לשיטת הראב"ד ודו"ק, ועיין בשער המשפט שהקשה נמי קושית הרמ"ה מנכסי הגר ומהחזיק בפניו ונעלם ממנו שכבר הקדימו הרמ"ה, אלא דהא הרמ"א בסמוך הכריע כהראב"ד דאכילת פירות לא הוה חזקה, וא"כ אכתי קשה על הסמ"ע שלא זכר לפי' הרמ"ה שמכוון לשיטת הראב"ד ודו"ק:

## סימן קצד

סעיף ג' **בהג"ה** אבל במטלטלין קנה בנתינת המעות, עיין בתוס' ע"ז דע"א ובב"מ (דף מ"ו) ד"ה ופירי שכתבו דשיטת רש"י דנכרי קונה בכסף דפוסק כר"ל דלישראל במשיכה ולנכרי בכסף ועיין מה שכתבנו בחדושינו לב"מ וקדושין די"ד מזה ואכ"מ:

שם **בקצוה"ח** סק"ג העלה שגם לענין מכירת חמץ מהני קנין אודיתא אם כתב מודה אני שמכרתי בקנין גמור ע"ש, ולענ"ד היה נראה דאודיתא אינו מועיל כ"א כשמודה שעצם הדבר של הקונה היה מתחלה, אבל אם ההודאה אינו כ"א על הקנין אבל מתחלה לא היה הדבר של הקונה לא מהני אודיתא, וכדמות ראיה לזה מאודיתא דרב מרי גופא דקאמר שם ולודי' לי' דהנהו זוזי דרב מרי נינהו, ואמאי לא קאמר דלודי לי' שכבר זכהו ע"י קנין המועיל, דזה היה נוח טפי שאין בולט השקר כ"כ, אע"כ שע"ז לא יועיל קנין אודיתא, ובטעם הדבר נראה כמ"ש הרשב"א בחדושיו למס' קדושין (דף כ"ו) הביאו המקו"ח בהלכות פסח (סי' תמ"ח) דאודיתא לאו קנין הוא אלא התחייבות הוא מטעם

שאדם נאמן על עצמו לחוב לעצמו וב"ד עושין עפ"י הודאתו ע"ש, והא דהקונה לא צריך לקנין, היינו משום דכיון שהמקנה הודה שזה היה שלו מתחלה וא"כ לדבריו א"צ כלל לקנין, ואם יצריכו קנין הרי אנו מעצמנו סותרים הודאתו, וכיון שעל הב"ד לעשות כהודאתו ממילא אין מצריכין קנין, וא"כ לא שייך זה כ"א במקום שהודה שעצם הדבר היה שלו, ושפיר י"ל כיון שנתחייב מעצמו עלינו לעשות כהודאתו וגם בלא קנין, אבל אם לא הודה רק על הקנין אין מועיל ההודאה, כיון דבעצם שקר הוא ולא עשה עמו קנין, והתחייבות ג"כ לא שייך, דהא אין מתחייב בהודאתו לתת לו, ועיין שם במקו"ח שהשיג נמי על הקצוה"ח, ונראה להביא ראיה להמקו"ח מב"מ (דף י"א) גבי עובדא דר"ג וזקנים דפריך התם הש"ס וכי לא היה להם הודר לקנות בחליפין, וקשה מובא למה לא הקנה להם המעשרות ע"י אודיתא שהמעשרות הוא שלהם, וכמו שהקשו התוס' בב"מ (דמ"ו ע"א) גבי רב פפא, ונהי דבזה י"ל כיון דבמתנות כהונת נתינה כתיב בהו, וצריך ליתן משלו, ואם יודה שהמעשרות הללו היה מתחלה שלהם, א"כ לדבריו לא קיים מצוות נתינה, מ"מ אכתי יקשה דלודה להן שכבר נתן לכל אחד מהם בקנין גמור, א"ו דעל קנין לא מהני אודיתא, ועל עצם הדבר לא שייך נמי אודיתא משום דנתינה בעינן וכמו שבארתי, ובדוק וראה בכל מקום בדברי הראשונים שהביאו הדין דאודיתא לא הביאו זה כר"א באופן שמודה על עצם הדבר, ולא מצינו בדבריהם כשהודה על הקנין שיועיל נמי, ודברי הקצוה"ח צ"ע, ובלא"ה השיגו המקו"ח שם וגם בט"ז יו"ד סי' קס"ח כתב להשיג מטעם אחר דבדבר איסור לא שייך אודיתא דאטו ע"י שקר יבוטל האיסור ע"ש:

## סימן קצה

סעיף א' **במחבר** בקנין כיצד כו'. ואם מהני חליפין בכותי עיין בחדושנו לעיל (סי' קכ"ג) שהוכחתי דעכו"ם מעכו"ם לכו"ע אינו קונה, וחד צד ישראל ודאי בעינן דמקרא מלא אמר הכתוב וזאת לפנים "בישראל" הרי דעכ"פ צד אחד ישראל ודאי בעינן ועיין מה שכתבנו שם באריכות:

סעיף ב' **במחבר** אין קונים אלא בכלי ואעפ"י שאין בו שוה פרוטה, בחדושנו לעיל (סי' פ"ח) העליתי דהא דמהני כלי שאין בו שוה פרוטה היינו בסוג חליפין כזו שהכלי תשאר לחלוטין ביד המוכר, דאז שייך לומר דחשיבות הכלי שוה יותר משא"כ כשאינו נותן הכלי כ"א לחזק הקנין והכלי הדרא אח"כ למארי' בעי' דוקא כלי שוה פרוטה ע"ש:

שם **במחבר** ולא במטבע, ואם מטבע זהב עושה חליפין עיין מה שכתבנו באריכות לקמן (סי' ר"ג), והנה בטעם דאין מטבע נעשה חליפין קאמר רב פפא (ב"מ דמ"ה) משום דדעתו אצורתא וצורתא עבידי דקטלה, ופרש"י דהוה כדבר שאין מסוים ושלם לא הוה דומיא

דנעל, והרשב"א הקשה עליו דהא כמו דאין מטבע עושה חליפין כך אין נקנה בחליפין כמבואר שם בש"ס ובשו"ע לקמן סי' ר"ג, ולטעם דרש"י משום דלא הוה דומיא דנעל א"כ מה טעם אין נקנה הא אפי' דבר שאין מסוים נקנה בחליפין, ונ"ל ליישב סברת רש"י, שאדרבה טעם דרב פפא דצורתא עבידא דבטלא מאימת הוא יותר על נקנה מעל נעשה, דבסברא דעבידה דבטלה יש בו נמי טעם אחר הראוי לבטל החליפין זולת טעם רש"י משום דלא הוה דומיא דנעל, דהא כשמחליף איש עם רעהו איזה חפץ בתורת חליפין, אין כוונתו להשיג מחבירו תשלום הדמים בעד חפצו, כי אם עיקר רצונו ומטרתו רק בחפץ השני שיקבל מחבירו, ואשר ימצא חפץ בו, ומקפיד הוא שיהיה בעין ורוצה דוקא אותו החפץ, וא"כ כיון שבמטבע עיקר חפצו הוא צורתא וצורתא עבידא דבטלה, לא ישיג חפצו שרוצה בו, ובודאי אין חל הקנין ע"ז, וכל כך היה מסתבר לי טעמי זה עד שהי' קשה לי על רש"י למה הוצרך לומר דמשום דעבידא דבטלה לא הוה דומיא דנעל, ותיפוק לי' כיון דעביד דבטלה לא שייך קנין חליפין, כיון דהוא מקפיד על עצם הצורה, אכן בדעת רש"י י"ל משום דהוא קאי על הדין דאין נעשה, שפיר הוצרך לטעמו, דעל נעשה לא שייך סברתי, דהא כל קנין סודר קני ע"מ להקנות הוא. וכל הקנין אינו אלא לפי שעה ואח"כ מחזיר לו הסודר, הרי דבדבר הנעשה חליפין לא בעינן שיהא לעולם בידו, ומשו"ה אע"ג דעבידא דבטלה ולא תשאר המטבע כמו שהיתה, נמי שפיר לחול הקנין על ידה כיון דלפי שעה מטבע שלימה היא ולא גרע אח"כ כשיבוטל הצורה, מאילו החזיר לו הסודר לגמרי, ומשו"ה הוכרח רש"י להוסיף הטעם משום דלא הוה דומיא דנעל וגזה"כ הוא, וכל זה הוא בדבר הנעשה אבל בדבר הנקנה בחליפין, שבזה ודאי הוא שעיקר הקפידה הוה בעצם החפץ, וכיון דעבידא דבטלה ולא ישיג חפצו ודאי שאין נקנה בחליפין, ובדברנו אלה נוכל ליישב קושית הראשונים בסוגיא דב"מ שם, שהוכיח הש"ס ממתניתין דעומד בגוהן דאין מטבע נקנה בחליפין, דכיון דאין נקנה כ"ש דאין נעשה, וא"כ אמאי לא פריך מינה למ"ד נעשה חליפין, ועיין בתוס' שם שכתבו דבאמת גם מ"ד נעשה איתותב, אכן הראשונים לא ניחא להו בתירוץ הזה של התוס' עיין בשמ"ק. ולמה שכתבתי א"ש דאע"ג דטעם דאין נעשה ואין נקנה שניהם הוא משום דצורתא עבידא דבטלה, מ"מ סברת הטעם אין שוה בשניהם, דבאין נקנה הוא משום דהחפץ לא ישאר בעין שזה טעם פשוט ומאומת מן הסברא, ובאין נעשה מוכרחים אנו לסברת רש"י משום דכיון דעביד דבטל הוה כעין דבר שאינו מסוים ולא הוה דומיא דנעל, ולזה שפיר י"ל דאע"ג דמוכח ממתני' דעומד בגורן דאין נקנה, אבל אכתי אין ראיה לומר שגם אין נעשה, דבזה י"ל דלא ס"ל דמשום דעביד דבטל יהיה כדבר שאינו שלם, דממ"נ אם נשגיח

כמו שהוא עכשיו, הרי דבר שלם הוא עתה, ואם על מה דעביד דבטל אח"כ הרי בלא"ה קנין סודר אינו כ"א לפי שעה וסופו לחזור, דהמוכר אין רשאי לעכב הסודר וכמ"ש הרמ"א בסמוך, וכיון שטעם דאין נקנה מאומת יותר, להכי אע"ג דמ"ד נקנה אתותב, אבל מ"ד נעשה לא אתותב, די"ל שגם מתני' דגורן סובר דנעשה. ונ"ל להביא ראיה לזה מרש"י דכתובות (דנ"ה ע"ב) גבי מתנת שכ"מ שכתוב בה קנין דאמר רב התם דארכבי' אתרי רכשי הרי הוא כמתנת בריא דאם עמד אינו חוזר והרי הוא כמתנת שכ"מ שאם אמר הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני, ופרש"י דאילו גבי בריא משום קנין לא קני שאין מטבע נקנה בחליפין, ובשכ"מ קני אם מת לא מחמת קנין אלא מחמת דברי שכ"מ ע"ש. והקשה בס' מגיני שלמה דא"כ לפירושו יהיה רב סובר דאין מטבע נקנה בחליפין וכ"ש דאין נעשה. וא"כ למה לא מסייע בב"מ מההיא דכתובות דרב סובר שאין נעשה, ולמה שכתבתי אין ראיה מאין נקנה לאין נעשה, ומשו"ה לא נסתייע מהך דכתובות וזה נכון בעזה"י, ואין להקשות דא"כ איך היה ס"ד דרב פפא דאפי' למ"ד אין נעשה אקנויי מיקני בחליפין. הא לפמ"ש אדרבה באין נקנה הוה סברתו מסתבר יותר, די"ל דבס"ד דטעם דרב פפא קאי רק על אין נעשה. ושם הוה בע"כ הטעם משום דלא הוה דומיא דנעל, ולא נחית כלל לסברתי שכיון דעביד דבטיל אין ראוי לחול הקנין. ולטעם זה דלא הוה דומיא דנעל שפיר אמר דאקנויי מיקני, כיון דבאקנויי לא בעינן נעל אבל לבתר דמסיק דרב פפא גם אין נקנה קאמר, וא"כ בע"כ דסברת ר"פ דעבידא דבטלה יפורש מטעם דהחפץ לא יהיה בעין דבנקנה לא שייך טעם אחר, ולטעם זה איה"נ מאומת ומסתבר יותר על אין נקנה מעל אין נעשה ועיין מה שכתבתי עוד לקמן בחדושנו לסי' ר"ג מזה, חיש פנים באמת לומר דלענין נעשה גם מטבע נעשה חליפין:

**ודע** דהרמב"ם בפיה"מ (קדושין דכ"ח) כתב דהא דמטבע אין נעשה חליפין היינו דוקא כשהקפיד על המנין ועל החשבון דבזה י"ל דדעתא אצורתא ועבידא דבטלה אבל כשלקח דנרים באומד וא"ל אלו חליפין חפץ פלוני מהני, דבזה כיון דלא הקפיד לידע את החשבון והמנין אי"א לומר דדעתא אצורתא ושפיר מהני ע"ש. ובתוי"ט שם הקשה על הרמב"ם מהא דב"מ (דמ"ז ע"א) דקאמר התם רב הונא מכור לי באלו קנה ופריך הש"ס לימא קסבר רב הונא מטבע נעשה חליפין, ולדברי הרמב"ם מאי פריך, דהא כיון דמכור לי באלו קאמר ולא דקדק על החשבון משו"ה מהני ע"ש, ובפשוטו י"ל דהרמב"ם לא כתב דבאומד מהני כ"א כשאומר בלשון חליפין וכמ"ש דאלו חליפי חפץ פלוני דבזה אין דין אונאה ואפי' אם ימצא שם פחות או יותר הגיעו, בזה שפיר אמרינן דבע"כ אין דעתו אצורתא דאיך שייך לומר שדעתו אצורתא כיון שאין יודע כלל מה יש שם, אבל התם

בדברי רב הונא דמכור לי קאמר ויש בזה דין אונאה, א"כ בע"כ צריך להמצא בזה כשווי החפץ, ואם לא נמצא כזה יוסיף לו מביתו, א"כ ודאי אמינא שדעתו היה אצורתא דוקא, ומה שלא הקפיד על החשבון והמנין סמך בזה שיוסיף לו מביתו אח"כ כשלא ימצא בזה שווי חפצו אבל זה ודאי שסכום מעות הנמצאים בידו כעת יחשבנו בחשבון כמעות טובות וכפי שער והמקח שיש להם, ומשו"ה ודאי דעתו אצורתא בזה ושפיר מקשה דבנ"ד בכה"ג שמכר לו באומד נמי אין נעשה חליפין במטבע, דגם בזה שייך הטעם דעבידה דבטלה ודו"ק ועיין מה שכתבנו בחדושנו לקמן סי' ר"ג מזה:

שם **ברמ"א** בהמה מיקרי כלי וקונין בה, זהו שיטת התוס' בב"מ (דמ"ו ע"ב) שהוכיח כן מכח כמה קושיות חזקות שהקשו על רש"י שחולק ע"ז וסובר דבהמה נמי מיקרי פירי ואין קונין בה, ואם כי מה אני להכניס ראשי בין הרים גדולים בדבר אשר התוס' הכריעו כן, והפוסקים הראשונים וגם האחרונים כמו הרמ"א פסקו כשיטת התוס'. בכל זה תורה היא ולענ"ד הצדק בזה עם שיטת רש"י, דהא דין זה דשור ופרה חיים מיקרו כלים בשביל ההשתמשות שאפשר להשתמש בהם, תלוי זה במטבע, דגם במטבע יש סברא זאת דראוי להשתמש בו לשקול משקולת או לתלותו בצואר בנו וכמ"ש התוס' (ב"מ דמ"ה ע"ב), וא"כ למאי דקיי"ל דמטבע אין נעשה חליפין, הרי חזינן שלא חשבינן כלי בשביל ההשתמשות, ממילא שגם שור חי לא מיקרי כלי וכשיטת רש"י, ועיין בחדושי רעק"א מ"ש בזה. וזהו הוכחה גדולה לשיטת רש"י, ואחרי שבעיקר הדין מסתבר כרש"י, ניישב שיטת רש"י מקושית התוס'. ונבאר הטעם שדחק לרש"י לנייד מפי' התוס', ובכדי לבאר כל זה מוכרחים אנו להעתיק כל הסוגיא, בב"מ (דף מ"ו) פריך הש"ס למ"ד אין מטבע נעשה חליפין ממתני' דקתני כל הנעשה דמים באחר כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפין כל הנעשה דמים באחר מאי ניהו מטבע וש"מ מטבע נעשה חליפין אמר רב יהודה ה"ק כל הנישום דמים באחר כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפין ה"נ מסתברא מדקתני סיפא כיצד החליף שור בפרה או חמור בשור ש"מ, ולמאי דסליק אדעתא מעיקרא מאי כיצד ה"ק ופירי נמי עבדי חליפין כיצד החליף שור בפרה או חמור בשור הניחא לרב ששת דאמר פירי עבדי חליפין אלא לרב נחמן דאמר כלי אין אבל פירי לא עבדי חליפין מאי כיצד ה"ק יש דמים שהן כחליפין כיצד החליף דמי שור בפרה וכו'. זהו גרסת רש"י דגריס כיצד החליף שור בפרה, ולא גרם בשר שור אלא שור חי, ואפ"ה קאמר ע"ז הש"ס דלר"נ דסובר כלי דוקא שור חי נמי לא עביד חליפין ומוכרח לאוקמי הכיצד דמתני' ביש דמים שהן כחליפין, ומוכח אפוא דגם שור ופרה חי לא מיקרי כלי, אלא שבתוס' הרבה להשיג ולהקשות לשיטת רש"י דשור חי נמי מיקרי פירי ולא כלי, א"כ קושית הש"ס דפריך

מינה לרב נחמן הוה בין למאי דס"ד מעיקרא ובין למאי דמשני כל הנישום, וא"כ קשה דלפי"ז ה"נ מסתברא דקאמר הש"ס לא קאי לפום המסקנא לר"נ שצריך לומר יש דמים שהן כחליפין, ועו"ק לרש"י דפסק לקמן כריש לקיש לא מתוקמא כלל מתני', דשנויי דפירי נמי עבדי חליפין אי"א לשנויי דהא קיי"ל כרב נחמן דפירי לא עבדי חליפין, ושנויי דיש דמים שהן כחליפין נמי לא לדברי רש"י דפסק כר"ל דמשיכה מפורשת מה"ת לדידי' אפי' במכירה דלא שכיחא נמי מעות אין קונה, ועוד ברייתא דנקיט פרתך בכמה בכך וכך תקשה לר"נ דאמר פירי לא עבדי חליפין דלא מצי מיירי בדמים, אלו הן השלשה קושיות שהקשו לשיטת רש"י, ומכח זה פירשו דשור ופרה חי מיקרי כלי לפי שמשתמש בהם לטעון משוי ולחרוש, ולמאי דשני כל הנישום א"ש אפי' לר"נ ולא פריך. לר"ג אלא לפום מאי דס"ד דאמר ופירי נמי עבדי חליפין, זהו קוטב הציר שעליו יסוב מחלוקת רש"י ותוס'. ובכדי להבין הטעם דלא ניחא לרש"י בפי' התוס', נקדים ליישב הסתירה הגדולה שיש בדבריו מיני' ובי'. דבמה דמשני הש"ס יש דמים שהן כחליפין כיצד החליף דמי שור בפרה. וברש"י ד"ה כיצד כתב וז"ל שם לו השור בדמים על מנת שיתן לו זה פרה באותן מעות עכ"ל, מלשון זה משמע שמתחלה קודם משיכת השור נתרצה ליתן הפרה, וכשמשך זה השור אדעתא דהכי משכו שהשור יהיה דמי הפרה, ולפי"ז קנין של פרה לא היה זה במעות ההלואה, אלא בדמי השור שקיבל בשעת קנין, ומיושב בזה קושית התוס' בד"ה יש לו דמים, דהיכי קנה להפרה בחוב, הא מלוה לא קני במכר ע"ש. ולשיטת רש"י א"ש, דהא טעם דמלוה אין קונה משום דבשעת הקנין לא יהיב לו מידי, והכא הרי נותן לו השור ושוה כסף ככסף, אכן דברי רש"י הללו תמוהים מאוד, ויש בזה חזרה מפירושו בדיבור דלעיל מיני', דבדבור הקודם בד"ה כיצד כתב וז"ל מכר לו שור בכך וכך מעות ומשך את השור ונתחייב לו מעות א"ל הלוקח פרה יש לי כו' עכ"ל, הרי שפי' להדיא שבשעת משיכת השור לא נתרצה עוד כלל ליתן הפרה, רק אחר משיכת השור שנתחייב כבר דמיו, נאות ליתן לו הפרה, ונמצא דקנין הפרה היה בחוב ההלואה, ולבד שקשה למה לו לפרש הכיצד תרי זימני בפירושים שונים לגמרי זה מזה, אלא שבאותו דיבור גופא לא מסיים במה שפתח, דמסיים אח"כ וז"ל וה"ק כל הנישום דמים באחר, כל המטלטלים שאדם שם לחבירו ונותן לו שומת דמיהן בשביל חפץ אחר שהיה ללוקח וכו' ע"ש, דמלשון זה משמע שמתחלה בשעה שנתן לו החפץ נתן לו בתורת שומת דמים בשביל חפץ אחר והיינו כפי' כיצד השני, ועיין במהר"ם שי"ף שהרגיש בזה, וגם מצאתי בשמ"ק שגם הרא"ש ז"ל ישב על מדוכת סתירת רש"י, והנלענ"ד בכוונתו דכבר הבאתי המחלוקת שבין רש"י ותוס' בפירושא דהאי סוגיא, דהתוס' יפרשו דמה

דמקשה הש"ס היניחא וכל השקלא וטריא שאחר זה, היינו רק למאי דס"ד מעיקרא כל הנעשה, דאילו למה דמשני כל הנישום, א"ש אפי' לרב נחמן דנפרש דכל הנישום, היינו כלים ממש, דשור ופרה דנקט הוו נמי כלים, ואכן רש"י יפרש דהשקלא וטריא הוה נמי למה דמשני כל הנישום שגם כל הנישום לא אתי שפיר לרב נחמן. ובטעם הדבר דלא ניחא לו בפי' התוס' י"ל עפמ"ש רש"י בד"ה כיון שזכה כו' ע"ש שיפרש דבע"כ כוונת התנא דכל הנישום, רצה לאשמועינן איזה רבותא וחידוש, ואי דמיירי בכלים ממש אין זה שום חידוש דפשיטא דנקנה בחליפין, ובע"כ דכל הנישום דנקט לאו כלים ממש הם, וא"כ אפי' לתירוץ זה יקשה לר"נ, זהו המתבאר מתוך שיטת רש"י להמעיין בדבריו, ולפ"ז יצא לנו כנוגה צדקת רש"י, דהנה לפי' התוס' דהתירוץ דיש דמים שהן כחליפין, היינו רק למאי דס"ד כל הנעשה, בע"כ שנפרש דהאי כיצד החליף שור בפרה, היינו שבשעת משיכת השור לא נתרצה עוד בקנין הפרה ולא נתן לו השור גופא בדמי הפרה, דאם משיכת השור היה ע"מ שיתן הפרה, א"כ הקנין היה בשוה כסף ממש שהוא דבר הנישום, ולאו כל הנעשה הוא, ואין לומר דכל הנעשה דברישא מיירי שנתן לו מטבע ממש ובתורת חליפין, ורישא וסיפא לאו חדא נינהו, דא"כ אכתי נשמעינן דמטבע נעשה חליפין, אע"כ דרישא וסיפא חדא נינהו וכמו שפי' רש"י דחדא נינהו, וגם הרישא מיירי ביש דמים שהן כחליפין, וא"כ בע"כ שנפרש דהקנין לא היה במשיכת השור, דא"כ דבר הנישום הוא, אלא הקנין היה בחוב שחייב לו, ואע"ג דלא נתן לו מטבע ממש מ"מ מיקרי שפיר כל הנעשה כיון דכסף חייב לו, ועיין בפי' ר"ח ובשמ"ק שם משמע להדיא כפירושו, דקנין שע"י חוב מיקרי כל הנעשה ודלא כמהר"ם שי"ף ברש"י ד"ה ה"ק שפי' דלס"ד דכל הנעשה, רישא וסיפא לאו חדא נינהו, וכיון שזכינו לדין דקנין שע"י חוב הרי הוא ככסף לענין שנוכל לקרוא כל הנעשה, צדקו מאוד דברי רש"י, דלשיטתו דהקושיא הוא בין למאי דס"ד ובין למה דמשני כל הנישום וממילא שגם התירוץ דיש דמים שהן כחליפין הוה נמי לתרווייהו, משו"ה הוכרח לפרש שני פירושים בהאי כיצד דברייתא, דלס"ד דכל הנעשה בע"כ יתפרש דמשיכת השור לא היה ע"מ לקנות הפרה, וקנין דפרה היה ע"י החוב, דזה הוה שפיר כל הנעשה, אבל למה דמשני כל הנישום בע"כ לומר שהקנין היה במשיכת השור שנתן לו השור בדמי הפרה, דאי בחוב, לאו כל הנישום הוא, אלא כל הנעשה, וזמ"ש רש"י וה"ק כל הנישום, כלומר דלפירוש זה ואוקימתא דכל הנישום בע"כ יתפרש שנתן לו השור אימת דמי הפרה, דהיינו שוה כסף דבר הנישום, וב"ה אשר הנחני בדרך אמת מתרץ הסתירה הגדולה שברש"י, והשתא דזכינו לדין ניישב שיטת רש"י מקושית התוס' כיד ה' הטובה עלי, קושיא הראשונה דא"כ ה"נ מסתברא לא

קאי לפי המסקנא דמיירי ביש דמים כחליפין. הן רש"י עצמו הרגיש בזה, ובד"ה כיצד כתב וה"ק כל הנישום כו' יעו"ש הרי להדיא דגם למסקנא מיירי בכל הנישום, ואין לומר דכוונת התוס' בקושיתם כן. דנהי דלמאי דקאמר יש דמים כחליפין מתיישב שפיר כל הנישום, מ"מ גם כל הנעשה מתיישב בטוב, וה"ק כל הנעשה דהיינו מטבע כיון שזכה זה וכו' כיצד קונה אותו מטבע שהזכרנו בכל הנעשה כגון החליף דמי שור בפרה, פי' שקנה ע"י החוב המגיע לו בעד השור, ולא בנתן המטבע ממש, וכן רצה לפרש באמת בשמ"ק. וכ"ש למה שכתבתי בסמוך שרש"י עצמו יפרש התירוץ גם לס"ד דכל הנעשה, וא"כ לא יתיישב הה"נ מסתברא שמשמע דכל הנישום מסתבר יותר, ובאמת הא כל הנעשה מתיישב ג"כ, ואם כי ברור אצלי שכוונת התוס' בקושיתם הוא כן, מ"מ אפשר זה ליישב דשפיר שייך ה"נ מסתברא. דנהי שגם כל הנעשה מתיישב, מ"מ כל הנישום מסתבר יותר, והוא למה שכתבתי בסמוך דלאוקימתא דכל הנעשה צ"ל בע"כ דהקנין לא היה במשיכת השור כ"א בחוב המגיע לו אבל בשעת משיכת השור לא נתרצה עוד ליתן לו הפרה, דאל"כ לאו כל הנעשה הוא, אבל ללישנא דכל הנישום בע"כ יתפרש שבשעת משיכת השור נתרצה ג"כ ליתן לו הפרה, ועל מנת כן משך השור לתת לו הפרה וכמ"ש רש"י להדיא, ולזה הוכיח שפיר ה"נ מסתברא דכל הנישום, מדקתני כיצד החליף שור בפרה, שלשון זה משמע שמתחלה בשעת משיכה של השור נתרצה בחליפו הפרה, ואי כל הנעשה, אין זה החליף שור בפרה, כיון דבשעת קנין של שור לא ידע כלל מקנין הפרה, ואם כי בדוחק יתיישב גם לכל הנעשה ואמרינן דלאו דוקא החליף השור בפרה כ"א בחליפי השור דהיינו הדמים שחייב לו, מ"מ לישנא דברייתא מוכח יותר לכל הנישום:

**קושיא** השניה, דלמאי דקיי"ל דפירי לא עבדי חליפין וא"א לתרץ כרב ששת, ולשיטת רש"י דפוסק כר"ל דמשיכה מה"ת היכי מתרצא הברייתא, אמנם קושיא עצומה היא מאוד, וגם בבעל המאור שסובר נמי כרש"י ומיישב לכל קושיות התוס', לא נזכר פירוקא על קושיא זאת וצריכה אמנם נגר דליפרקינה, ונלע"ד ליישב בשנדקדק בלשון הש"ס דקאמר ריש לקיש ע"כ כרב ששת מתרץ לה, ולא קאמר כרב ששת סבירא לי', מזה משמע שכך התירוץ הוא מתרץ כוותי', אבל להלכה אין סובר כוותי', ולהכי נראה שאע"ג דקאמר דכרב ששת מתרץ אין הכרח עוד לומר שגם סובר כוותי' דפירי עבדי חליפין ודלא כהלכתא, דשפיר מצינן למימר דגם ר"ל סובר כדקיי"ל דפירי לא עבדי חליפין. ואם כי המעשה היה בכאן בדרך חליפין שהחליפו שור בפרה, מ"מ הקנין לא היה מועיל בזה מטעם קנין חליפין, דחליפין ודאי אינה כ"א בכלי רק הקנין מועיל מטעם משיכה,

דכיון שמשך זה את השור ומשיכה ודאי קניא, ממילא נקנה הפרה לזה ונתחייב באונסי הפרה וכמ"ש בתשובת באר יעקב סי' ש"ך בכה"ג בעובדא דהוה התם שישראל אחד החליף שני שוורים עם כותי בפרה והכותי משך את השוורים, דאע"ג דמטעם חליפין לא מהני בזה להכרעת הש"ך לעיל (סי' קכ"ג סעי"ד) דכותי אינו קונה בחליפין, מ"מ מטעם משיכה של שוורים נקנה הפרה לישראל ע"ש, וה"נ דכוותה דנהי דמטעם חליפין לא מועיל דלאו כלי הוא, מ"מ מטעם משיכה מיהא ליקני, ואין לומר דלפי"ז היכי משכחת נהאי דינא דפירי לא עבדי חליפין, דיקנה עכ"פ מטעם משיכה, דמצי למימר דמירי במקום שמשיכה אינו קונה, ומה דאמר כרב ששת מתרץ, אין הכוונה דס"ל פירי עבדי חליפין, אלא משום דלרב ששת מיתרצו הברייתא דהעובדא היה בדרך חליפין שהחליפו זה בזה, ולר"נ צריך לתרץ שנתן לו השור בתורת דמים, ולר"ל דס"ל דמשיכה הוי מה"ת אי אפשר לאוקמי הכי, ועיין מה שכתבנו בחבורנו לב"מ בסוגיא זאת להוכיח שבע"כ הכי הוא הפירוש בתירוץ הש"ס, וגם זה אין להקשות דכיון דאמרינן שע"י משיכת חפץ אחד נקנה חפץ השני לחבירו בכ"מ שהוא, א"כ אמאי לא מהני מעות מה"ת לר"ל, דהא המוכר משך המעות, ונהי דלא מהני מתורת קנין מעות, ליהני עכ"פ מטעם משיכה, וע"י משיכת המעות יקנה הלוקח את החפץ, די"ל דר"ל סובר דדוקא משיכת הלוקח הוא דמהני ולא משיכת המוכר וכמ"ש המקנה בקדושין (דף כ"ח) דזהו עיקר הפלוגתא בין ר' יוחנן ור"ל במכירה, ר' יוחנן סובר דמשיכת המוכר בעינן, ור"ל סובר שדוקא משיכת הלוקח הוא דמהני ע"ש, משו"ה לא מהני כשימשוך המוכר המעות, אבל הכא שמחליף חפץ בחפץ דהוו שניהם לוקחים ואם משך אחד השור הרי יש בזה משיכת הלוקח ומהני שפיר, או אפשר שטעם דר"ל דכיון דגמרינן למשיכה מקרא דאו קנה מיד עמיתך, ומשמע שהמשיכה צריך להיות בדבר הנקנה ולא בהמעות שהוא פרעון דבר הנקנה, ואנן בעינן שבחפץ הנקנה יהיה המשיכה, והכא דהוה חפץ בחפץ שפיר מהני: **הן** אמנם שבעיקר היסוד שכתבתי דבקנין משיכה כשמשך חפץ אחד יהא נקנה אידך ממילא בכ"מ שהוא, יש לדון טובא, ולדינא נראה דלא מהני לקנות חפץ השני, דמשיכה לא מהני כ"א להתחייב באונסי חפץ הנמשך, אבל שיהא חפץ השני נקנה ג"כ לאידך לא אמרינן, דז"ל הב"י לקמן (סי' ר"ג) וכן בכסף משנה (פ"ו מהלכות מכירה) על מ"ש הרמב"ם שם המטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא ע"ג קרקע כו', והקשה הב"י והכ"מ דהא ע"י משיכת המטלטלין נקנה המעות להמוכר, ותירצו דה"ק אין מטבע יוכל לקנותו וקודם שיבוא לידו יזכה בו לענין שאם נגנב או נאבד המעות יהיה ההפסד למוכר, אלא ע"ג קרקע, ואילו במשיכת המטלטלין נתחייב במעות ואם היה לו מעות

ואבדו משלם אחרים תחתיהן ע"כ, הרי להדיא דמשיכה לא מהני אלא לענין שמחויב לשלם דמי שוויה של כלי הנמשך, אבל שיהא נקנה החפץ השני עד שיהא ברשות חבירו לא אמרינן, אם כי הב"י כתב שם תירוץ אחר, וא"כ אכתי י"ל דמשיכה מהני לגמרי, מ"מ הא גם מסוגיין מוכח דלא מהני לענין קנין, דבב"מ (דמ"ז ע"א) גבי חליפין ומקפיד מאי, ופרש"י מי קנו תרווייהו במשיכה דחד מינייהו או דלמא כיון דמקפיד עלייהו הוו כדמים ואין קונין עד שימשוך תרווייהו ע"ש. וקשה מה בכך נהי דלא קנה משום חליפין ניקני משום משיכה, אלא דבמשיכה לא קני אידך, אלא שנתחייב לו דמים, ועיין בתשובת ב"י הנ"ל שדחה באמת לדברי הגאון השואל כנ"ל, מ"מ בנידון סוגיא דהכא אכתי מצינן למימר דהקנין הוה מטעם משיכה, דנראה נכון שע"כ לא אמרינן דמשיכה לא מהני כ"א לענין חיוב אונסין לחפץ הנמשך, היינו דוקא לר' יוחנן דמה"ת מעות קונה, והא דעקרו לגמרי קנין מעות ותקנו משיכה לחוד יקנה גם בלא מעות, היינו משום דאל"כ יאמר הלוקח להמוכר נשרפו חטיך לאחר המשיכה, וכמ"ש התוס' בב"מ, וא"כ מטעם זה סגי אם נאמר שמשיכה לא יועיל כ"א לחייבו באונסין של דבר הנמשך, דכיון דמדאורייתא לא היה צריך להועיל כלל המשיכה, ורק בכדי שלא יאמר הלוקח נשרפו חטיך, א"כ כשנאמר דלענין זה מהני המשיכה שיחייב באונסי חפץ הנמשך ליכא למיחש תו לשמא יאמר הלוקח נשרפו, ודי בזה, ולמה לתקן עוד שיועיל גם לענין קנין, אבל לר"ל דס"ל משיכה הוה מה"ת, שפיר י"ל דמהני משיכה גם לענין לקנות חפץ חבירו, וא"כ הכא דאליבא דר"ל קיימינן, שפיר יש לפרש הברייתא כל הנישום, אם החליף אחד עם חבירו דבר הנישום כגון שור ופרה כיון שזכה אחד בחפץ נתחייב בחליפיו, דחפץ השני נקנה ממילא ומטעם משיכה, וזה נכון בעז"ה:

**והנה** היה מקום אתי לומר עוד שאפי' לר' יוחנן דהקנין משיכה אין מועיל כ"א לחייב דמים, היינו דוקא כשהחליף עמו על מעות שאינם ידועים, דבזה אמרינן כיון דהמעות לא נקנה עוד לגמרי למוכר, להכי אם נגנבו או נאבד חייב לתת לו מעות אחרים, אבל כשהחליף עמו על מעות ידועים, נהי שאינן ברשות המוכר, מ"מ אחרים ג"כ אין חייב לתת לו מטעם שלא נתחייב לתת לו כ"א אלו המעות הידועים, ומצאתי אח"כ סברא זאת בס' מעיני החכמה בחדושיו לב"מ בסוגיא זאת ע"ש. וא"כ הכא שהחליפין היה על חפץ ידוע שפיר קאמר הברייתא כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו, דודאי הפסד החליפיו הוה שלו כיון שלא נתחייב כ"א החפץ הידוע, וכשנגנב אין מחויב לתת לו חפץ אחר, והיה נראה נמי ליישב בזה מה שכתב הרמב"ם (ריש פ"ה מהלכות מכירה) וז"ל כל המטלטלים קונים זה את זה כיצד החליף פרה בחמור או יין בשמן אע"ג שעל הדמים

מקפידין כו' כיון שמשך האחד קנה השני המטלטלין בכ"מ שהוא עכ"ל, ותמה המ"מ הא הרמב"ם פוסק דכלי בעינן וא"כ למה מהני יין בשמן. ומ"ש המ"מ דמיירי בחליפין דשוה בשוה לא משמע הכי לשון הרמב"ם, דהא כתב אע"ג דמקפיד ושיערו הדמים, דמשמע מזה דכ"ש היכי שלא שיערו הדמים דלא הוה שוה בשוה דמהני, ולמה שכתבתי י"ל שבאמת לאו מטעם חליפין מועיל הקנין כ"א מטעם משיכה, ואע"ג דמשיכה אין מועיל כ"א לענין התחייבות, מ"מ הכא שהחליף על דבר ידוע מהני וכמו שביארתי, והיינו דלא נקיט הרמב"ם דנקנין בחליפין, אלא דלשון קנה השני המטלטלין לא יתיישב לזה, דלמה שכתבתי לאו מטעם קנין הוא אלא משום שלא נתחייב לתת חפץ אחר, ואפשר לומר דרמב"ם לישנא דש"ס נקיט, דקתני הזהב קונה את הכסף, וכן בב"מ דמ"ח טלית קונה דינר זהב, ואע"ג דאינו קונה לגמרי כ"א מחייב אפ"ה נקיט לשון קונה, ולא יקשה נמי מרש"י שם דמ"ז גבי חליפין ומקפיד שהבאתי לעיל, דהא התם נמי דבר ידוע הוא וא"כ אכתי יתחייב באונסין, די"ל דלענין חיוב אונסין שפיר מתחייב אידך, ורק התם מיירי לענין קנין לגמרי, וזה ודאי שלא נקנה חפץ השני במשיכת חפץ זה, אבל בברייתא דהכא דקאמר כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו, ומיירי רק לענין הפסד אונסין, בזה י"ל דבמשיכת חפץ הזה הוה אחריות חפץ השני לאידך ולאו מטעם קנין אלא מטעם דלא נתחייב כ"א בחפץ הידוע וכשנגנב ונאבד ההפסד לקונה, אמנם בעיקר הסברא י"ל גם להיפך, דכשהחליף על דבר שאינו ידוע, ותלוי קנין זה בדבר הידוע, וכיון שעל אותו חפץ השני שלא משכו עוד השני לא קנה אותו, ממילא שגם זה המושך לא קנה נמי חפצו הנמשך כיון שתלוי הקנין זה בזה וכמ"ש בתשובת באר יעקב שם לדבר פשוט ע"ש, שוב מצאתי להדיא כן בטור לקמן (סי' ר"ג) הביאו הרמ"א שם סעי"ג וע"ש בט"ז ונתיבות שבמעות ידועים לא קנה גם המטלטלים אעפ"י שמשכן ע"ש היטב:

**ובפשוטו** היה נראה ליישב קושיא זאת השניה של התוס', דהא באמת לא מצינו בהדיא שיפסוק רש"י כר"ל דמשיכה קונה, וצ"ל שהתוס' הוכיחו כן מדסובר רש"י בבכורות (ד"ג ע"ב) דנכרי קונה בכסף ע"ש בד"ה קנין גמור, וכ"כ התוס' בע"ז (דף ע"א) בשם רש"י ע"ש, ומדנכרי בכסף מכלל דישראל במשיכה והיינו כר"ל, אכן באמת מהא לא איריא, די"ל דרש"י סובר כשיטת הרר"ח כהן (ב"מ דמ"ח) בתוד"ה נתנה לסיטון דשניהם קונים בכסף ודרשינן לעמיתך אתה מחזיר אונאה ע"ש, וא"כ לק"מ על רש"י, דאכתי מצי לתרץ יש דמים שהן כחליפין ועיין בשמ"ק שם בד"ה ומ"ש קרקע דמשמע מדבריו דרש"י פוסק כר' יוחנן, ומיושב קושית התוס' וקושיא השלישית מברייתא דפרתך בכמה, עיין בבעה"מ שמיישב זה, וא"כ לא נשאר על רש"י שום קושיא, ואדרבה עוד הוכחנו שצדק מאוד

שיטת רש"י, ולפ"ז יש לתמוה על הרמ"א והפוסקים שאחריו שסתמו לפסוק דבהמה מיקרי כלי כתוס' ולא זכרו שיטת רש"י ובעה"מ, לענ"ד המוחזק מצי לומר קים לי כרש"י ובעה"מ ודו"ק:

סעיף ד' **במחבר** ואם אחז פחות מג' אצבעות צריך שיאחוז בענין שיהא יכול לנתק כל הכלי ולהביאו אצלו, זהו שיטת הרמב"ם (פ"ה מהלכות מכירה), והב"ח כתב דהרמב"ם הוכיח כן מסוגיית הש"ס (ב"מ ד"ז ע"א) דאמר רב משרשיא ש"מ האי סודרא כיון דתפס ג' על ג' קנה כו' ופריך ומ"ש מדאמר רב חסדא גט בידה ומשיחה בידו אם יכול לנתקה אינה מגורשת, וקשה דלמא ההיא דרב משרשיא איירי נמי דוקא בכה"ג דהמקנה יכול לנתקה אצלו, והתם דוקא הוא דאמרינן דכמאן דפסיק דמי כיון דיכול לנתקו אצלו, אע"כ כשיטת הרמב"ם דאם יכול לנתקו אצלו אפי' אם אוחז פחות מג' אצבעות נמי מהני, וכיון דרב משרשיא נקיט בדתפיס ג' על ג' מכלל דמיירי באינו יכול לנתקו אצלו ע"ש, ותמוהים מאוד דברי הב"ח, דנהי דזה הוה הוכחה דהש"ס מיירי באופן דהמקנה לא היה יכול לנתק, אכן אכתי קשיא מאי פריך מדרב חסדא, דלמא דרב משרשיא מיירי באופן שהקונה לא יכול לתפוס, דאז ג"כ ודאי שמועיל, בע"כ לומר כמ"ש הפרישה כאן דכיון שעיקר הגלימא נשארת ביד הקונה וביד המקנה לא הוה כ"א ג' על ג' אצבעות, ודאי מסתמא שהקונה יכול לנתקו מיד המקנה, וכיון שכן אין ראיה כלל לדין דהרמב"ם, דאפי' בלא דין דרמב"ם אי"א לומר דמיירי שיכול לתופסה, דודאי אין סברא שהמקנה ע"י תפיסתו בג' אצבעות יוכל לנתק כל הגלימא מיד הקונה האוחז בכולה, ומסתמא א"א לאוקמי בהכי וכסברת הפרישה, אמנם אעפ"י שאין ראיית הב"ח ראיה, מ"מ דינו של הרמב"ם נכון מפשטות הסוגיא, דכמו בגט כיוצא בזה אינה מגורשת דאזלינן בכל שהוא יכול לנתקו, הוה"ד גבי קנין דאזלינן בתר התופס שהוא יכול לנתקו, ואפי' אין בה ג' על ג' קונה בו וכמ"ש המ"מ והפרישה, ועתה נבוא ליישב הסתירות שנפלו על הרמב"ם בדין זה, הן הלח"מ שם הקשה עליו, דכמו דלענין קנין אע"ג דאין אוחז ג' אצבעות כיון דיכול לנתקה מהני, א"כ גבי גט נימא נמי דאם הגט ביד הבעל ומשיחה ביד האשה והיא יכולה לנתק ולהביאו אצלה שתהא מגורשת ע"ש מה שנדחק בזה. ובמחכ"ת לא קרב זה אל זה, הן הוא הבין דע"י סברא דיכול לנתקו חשבינן כאילו הדבר בא לידו, ולהכי הקשה שפיר דא"כ גבי גט נימא דכיון דיכולה לנתקו הוה כמו שבא הגט לידה, אבל באמת אין הדבר כן, דע"י יכול לנתקו נוכל לבטל רק יד התופס ולומר דכיון שיכולים לנתק מידו הוה כמו שאינו תופס בזה, אבל לומר שכאילו בא ליד המנתק, בזה אין מועיל סברא דיכול לנתקו, ומעתה מיושב שפיר, דגבי קנין לא בעינן דוקא שהסודר יבוא

לרשות המקנה או לידו, ולא בעינן כ"א שיעשה מעשה הקנין בסודר עד שיקנה אותו דאז אמרינן דכיון שקונה מקנה, וכיון שאוחז בסודר קצת וגם יכול לנתק השאר, הרי קנין הגבהה יש כאן וכמו שנכתוב הלאה ומעשה הקנין כבר נגמר וכמו שכתבתי לקמן (סי' רע"א) דאם יכול לנתקו מועיל כמו שהגביה כולו, אלא משום דכל זמן שהסודר הוא ביד הקונה ואין מועיל מעשה הקנין של זה דאין יכול לקנות מה שביד חבירו, ולהכי נצרך לנו לבטל תפיסת יד הקונה, ובזה אמרינן שפיר כיון דיכול להביאו אצלו ולנתקו מיד התופס, הוה כאילו אין מונח בידו של תופס, אלא כמונח במקום הראוי לקנין ומהני מעשה הקנין של המנתק, אבל גבי גט דבעינן דוקא שהגט יגיע לידה או לרשותה, וע"ז לא יוכל להועיל סברא דיכול לנתקה לחשוב כאילו כבר ברשותה, ועוי"ל דאפי' גבי גט נמי אם היתה תופסת מקצת הגט בידה והבעל תופס מקצת והיתה יכולה לנתק הוה מהני נמי, דאטו בעינן שתאחז כל הגט בידה, דאם אוחזתו במקצת נמי מיקרי בידה, ורק דבעינן שביד הבעל לא יהיה, ולענין זה מהני מה שיכולה לנתקו, לבטל תפיסת הבעל, אבל הכא שאינה אוחזת בגט כלל ורק במשיחה אוחזת, וזה לא אמרינן דכיון שתוכל להביאו יהיה נחשב כבידה וכמו שכתבתי דלענין זה לא יועיל סברא דיכול לנתק וז"ב:

**אלא** דאכתי יקשה קושית הש"ך כאן ס"ק ו' דלמה הוה קנין ע"י סברא זאת, והא בב"מ (ד"ט ע"א) אמרינן בטלית שחציה ע"ג העמוד והגביה חציו שע"ג קרקע לא קנה אפי' יכול לנתק וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע לקמן (סי' רס"ט), אכן עפ"י האמור יתיישב גם זה, דזה ודאי דסברא דיכול לנתק אין מועיל כ"א לבטל תפיסת התופס לומר דהוה כמו שאינו תופסה, ולכן אם מעשה הקנין נעשתה בשלימות ולא יחסר לנו כ"א מה שהדבר הוא ביד התופס ואין המקום ראוי לקנין, בזה שפיר אמרינן דכיון דיכול לנתק ממנו הוה כמו שאינו תופסה כלל ויועיל מעשה הקנין של המנתק, אבל היכי שמעשה הקנין לא נגמרה עד שינתק, מה יוכל להועיל בזה סברא זאת, דנהי דכשינתקה יוגמר הקנין, מ"מ אכתי לא נגמר המעשה ובמה יקנה, ומעתה ניחזי אנן דבחציה שע"ג העמוד ובא זה והגביה חציו שע"ג הקרקע, דהקנין שיכול להיות בכאן הוא רק הגבהה ובעינן שיגביה כל הטלית, ונהי דזה לא בעינן שיגביה גם החלק שע"ג העמוד מלמעלה ג' טפחים, ובנדנוד כל שהוא נמי סגי, דטעם הגבהת ג' טפחים הוא כדי שיוצא מתורת לבוד, וכיון שמונח על עמוד גבוה מן הארץ סגי נמי בהגבהה כל שהוא וכסברת התוס' (כתובות ד"ל ע"א), אכן עכ"פ הגבהה כל שהוא בעינן נמי לחלק שע"ג העמוד, וכיון דמחמת אורך וגודל הטלית לא הוגבהה החלק של מעלה כלל, וא"כ נחסר כאן מעשה הקנין, ואע"ג דאם ינתקה מעל העמוד יוגמר מעשה הקנין, מ"מ כיון דעתה אין עוד פה שום קנין,

לא שייך סברא הזאת להועיל למחשבי' כקנין, אבל הכא גבי סודר, דכיון דמיירי דיכול לנתק אצלו, א"כ מסתמא הסודר קטן ולא נשאר ביד התופס כ"א מעט ממנו, דאם היה סודר ארוך, אין סברא שיוכל זה לנתק ע"י אחיזתו המועטה, וכ"ש הוא מסברת הפרישה דלעיל, ובדבר קטן ודאי דע"י שאוחז בקצה הראשון יתנדנד גם קצה השני ויוגבה קצת, אחרי שהדבר קטן הוא, והתופס נמי לא יעכב, דהא מיירי שאין תופסה בחזקה כיון שיוכל לנתק ממנו, ואם היה תופס בחזקה לא היה יכול לנתק, וכ"כ הנתיבות כאן דבדבר קטן מסתמא הוגבה גם קצה השני, וא"כ הרי מעשה הקנין כבר נגמר בשלימות, ועוד יש לחלק ביניהם באופן אחר והוא העיקר, דבאמת היכי שהדבר הוא ביד הקונה א"צ להגבהה כלל, דקונה מטעם יד דהוה כמו ברשותו, אלא דבזה תלוי, אם הדבר הנקנה קטן הוא שיכול לאוחזה ברחבה בשלימות שלא יהא נשאר מרוחב הטלית חוץ ליד, אע"ג דלמעלה ולמטה בולט קצת שאין נכנס לידי, קונה נמי מטעם חצר, ואפי' המעט שבולט למעלה, ומשום דהוה כאויר חצירו וכמ"ש הנתיבות לקמן (סי' קצ"ח), משא"כ אם הדבר רחב הוא הרבה ואין נכנס לתוך היד, בזה אתה צריך לבוא לקנין הגבהה, דקנין יד ליכא הכא כיון שאין נכנס לתוך היד, ולפ"ז גבי טלית דדבר גדול ורחב הוא ואי"א לקנותו מטעם יד, ובע"כ אתה צריך לבוא לקנין הגבהה, וכיון שהחלק שע"ג העמוד לא הוגבהה אין כאן שום קנין. אבל גבי קנין סודר דבע"כ מיירי בסודר קטן וכמ"ש, כיון שהאוחז בשפתו יוכל לתופסו מיד התופס, ודבר קטן כזה ודאי דנכנס כולו לתוך ידו, ואע"ג שבולט מלמעלה או למטה, אותו הקצה שאוחז התופס, מ"מ בזה קונה נמי מטעם אויר חצירו, וכיון שהקנין הוא מטעם חצר לא בעינן כלל להגבהה בקצה השני, וא"כ מעשה הקנין נגמר בשלימות, אלא דמה מעכב אותנו משום דהדבר הוא ביד התופס ואינו ראוי כלל לקנין אבל אם היה עושה מעשה כזה במקום הראוי לקנין היה מועיל, דבמעשה הקנין אין שום חסרון, וכיון שאין לנו בזה כ"א לבטל מעשה התופס שפיר אמרינן דכיון שיכול לנתקו מיד התופס הוה כמו שאינו תופסה כלל ושפיר מהני וזה ברור בעזה"י, ומכאן יהיה ראיה דהרמב"ם יפרש דקנין יד הוה מטעם רשות ולא כמ"ש רש"י (כתובות דל"א) דיד גופא הוה מטעם הגבהה ועיין בחדושנו לקמן (סי' רס"ח) מה שכתבנו בביאור דעת הרמב"ם בזה:

**ויתיישב** לנו מה שטענו הרשב"א והרנב"ר על הרמב"ם, הובאו דבריהם בנמוק"י שם בב"מ ובב"י כאן, דאיך יליף זה מגט, הא הכא גבי קנין נתינת כלי בעינן וליכא ע"ש, ולמ"ש א"ש, דאטו גבי קנין בעינן שיתן כ הכלי לידו, הא לא בעינן כ"א שיעשה בה קנין המועיל, וכיון שאוחזה בידו קצת וגם יכול לנתק קצה השני, הרי נעשה בזה קנין מועיל,

ואיכא כאן נתינה חשובה אחרי שבאמת קנה כל הכלי עי"ז, ועיין מה שכתבנו לקמן בסי' רע"א בארוכה בביאור רמב"ם הלז ואכ"מ יותר:

**והנה** לקושית הלח"מ דלעיל, אפי' אם נימא כהבנתו, דסברא דיכול לנתק מיחשב כאילו הדבר בא ליד המנתק נמי לא יקשה מגט, דבשלמא גבי קנין דלא בעינן כ"א שהדבר יגיע ליד המקנה ברצון הקונה, אבל זה לא בעינן שיתן לו דוקא בידו, ובזה שפיר אמרינן דכיון שיכול לנתק אצלו, אע"ג דהניתוק הזה יעשה המנתק ולא הנותן, מ"מ מה איכפת לן זה כיון דסוף סוף דבר הנקנה בידו הוא, אבל גבי גט דבעינן שהבעל יעשה הנתינה בידו ממש, וא"כ איך נוכל לומר דכיון שהאשה יכולה לנתקו תהא מגורשת, הא בעינן שהבעל יעשה הנתינה, ובכה"ג שהנתינה לא נגמרה כ"א עי"ז שהאשה תנתק הגט אצלו, הרי עשתה האשה הנתינה ולא הבעל וק"ל:

שם **בהג"ה** ואין המוכר יכול לעכב הכלי כו' דסתם קנין ע"מ להחזיר הכלי, ראיתי לבאר בזה יסוד החליפין דקנין סודר הנהוג אצלנו שהמקנה אינו נוטל הסודר בתורת תשלומין ושווי של חפץ הנקנה דהא מחזיר הסודר אח"כ וא"כ אינו נוטלו כ"א לעשות קנין על ידו, והפרעון ישלם אח"כ בדמים, והנה אם כי הרמ"א הביא בלא מחלוקת דמועיל קנין כזה, מ"מ לענ"ד לאו קנין גמור הוא לכו"ע וכמו שנבאר, דהנה בנדרים ס"פ השותפים פליגי ר"נ ורב אשי בקנין סודר, ר"נ סובר דקנין סודר קני ע"מ להקנות הוא, ולדבריו צ"ל שהמקנה אין זוכה כלל בסודר שיהא לחלוטין בידו, ושיהיה תשלומי חפץ הנקנה ואין נוטלו כ"א לצורך קנין, היינו שהקנין יוגמר עי"ז עד שלא יוכל לחזור, הרי שמעינן מזה דיסוד דחליפין דקנין סודר אינה בתורת שווי ופרעון, כיון שאינו זוכה כלל בסודר, ורק עי"ז יוכלו לגמור הקנין, ורב אשי ס"ל דאי בעי לתופסו מיתפס, שהסודר נקנה לו לחלוטין ורק ברצונו הוא מחזיר, ולדבריו יסוד הקנין של סודר נמי כעין פרעון ושווי בעד חפץ הנקנה, ואע"ג דהאי סודרא אין שוה כ"כ כמו החפץ, והיכי שייך לומר דהוה בתורת פרעון, מ"מ בחליפי כלי בכלי לא נביט על השווי כי לפעמים יתן איש כפליים בעד החפץ אשר נצרך לו וחפץ בו וכמ"ש בקדושין ד"ח האי סודרא לדידי שוה חמש סלעים וכן קיי"ל דנשבעין על כלי פחות משוה פרוטה דהוה נמי מהאי טעמא, ומזה הטעם בעינן בחליפין כלי דוקא מפני שהוא דבר חשוב ויש חפץ בו להחליף בו לפעמים גם הדבר ששוה הרבה יותר ממנו, וגם זה צ"ל דפלוגתתם הוא בחליפין דקרא, בנעל שנתן בועז לגואל, והגואל הקנה לו עי"ז כל ארץ מחלון וכליון, דלרב אשי לקח הנעל בתורת שווי ופרעון וזכה בו לחלוטין, ולר"נ לא לקח את הנעל לזכות בו לחלוטין כ"א לגמור הקנין על ידו, דאי תימא שלקח הנעל בתורת פרעון א"כ מנ"ל לרב נחמן דקני ע"מ

להקנות ג"כ מהני, שבלא קרא ודאי דמעצמנו א"א לומר דיועיל בכה"ג, כיון דבחליפין כזה אין שום סברא למה יועיל. ובע"כ דאיהו מפרש דחליפין דקרא מיירי בהכי, וקרא אשמועינן שאפי' בכה"ג שאינו לוקחה בתורת פרעון נמי מהני, ולפמ"ש תמוה מאוד דעת רש"י בב"מ (דף מ"ז) דהא באמת פסקו הפוסקים כרב נחמן דקני ע"מ להקנות מהני, דכן פסקו הר"ן והרא"ש והרשב"א, וגם ברמב"ם וטור אם כי לא זכרו מזה, רק הרמ"א כאן הביא להלכה, בכל זה אפשר להוכיח שגם הרמב"ם והטור ומחבר נמי סוברים כן, דהא רב נחמן שם בנדרים קאמר שבמקום שהבן מודר הנאה מנכסי האב רשאי אפ"ה לזכות לצורך הבן דדמיא לקנין סודר דהוה נמי קני ע"מ להקנות, וא"כ הרמב"ם (בפ"ה מהלכות נדרים) והטור ומחבר (יו"ד סי' רכ"ג) שפסקו בזה כר"נ, בע"כ שס"ל גם בקנין סודר דקני ע"מ להקנות מהני, ולפי מה דקיי"ל כר"נ בזה בע"כ דחליפין דקרא היינו רק ע"מ להקנות, וא"כ יקשה על רש"י שפי' דחליפין דקרא מיירי שהקפיד, דהא לפי מה שכתבתי בע"כ שלקח הנעל רק ע"מ להקנות, וא"כ מה קפידה שייך בזה אחרי שמחויב להחזירו, וי"ל שרש"י יסבור כרב אשי דאי בעי לתופסו מיתפס, וקני ע"מ להקנות לאו קנין הוא כלל, אלא כל קנין סודר היינו שזוכה בו לחלוטי בתורת שווי ושייך בו שפיר קפידה, וכן הוא נמי שיטת התוס' בקדושין ד"ו וכ"ה בהגהות מיימוני (פ"ה מהלכות מכירה) כרב אשי ע"ש:

**ומזה** עמדתי על טעמי רש"י ותוס' שמיאנו בפר"ת לחלק בין חליפי דקנין סודר לחליפי דשוה בשוה, ומשו"ה תסגי אפי' בפירי ולא בעינן כלי, דכלי לא הוצרך כ"א בחליפין ולא בשוה בשוה דהוה מטעם כסף, וגם הסוגיא מתפרש יפה אליבי' וכמ"ש התוס' עצמו בכל הסוגיא דלפר"ת יתיישב כהוגן, וא"כ למה מיאנו גם הם בפירושו, ואפשר לומר דלשיטתייהו אזלי, דהתוס' דס"ל דחליפין דקרא היינו שנטל לזכות בו לגמרי וכמ"ש בקדושין, וכן רש"י דסובר נמי הכי וכמו שביארתי, וא"כ לדידהו גם חליפין דקרא הוה בתורת שווי ואפ"ה בעינן נעל דוקא, הרי דגם בחליפין שהוא בתור שווי ופרעון בעינן נמי כלי דוקא, וממילא דאפי' בשוה בשוה נמי כלי בעינן, דאין שום סברא מעתה לחלק בין חליפי דקנין סודר לחליפי דשוה בשוה כיון שגם הך דקנין סודר נמי הוה בתורת שווי, ואכן ר"ת יסבור כשיטת כל הראשונים דחליפין דקרא לאו בתורת שווי הוא רק ע"מ להקנות, ולזה שפיר מחלק בין חליפין כאלו לחליפי דשוה בשוה דהוה מטעם פרעון, ואכן שוב חזרתי מזה, דאדרבה לשיטת רש"י ותוס' דחליפי דקרא היינו בתורת שווי, כ"ש דיש לחלק בין חליפי דקנין סודר לחליפי שוה בשוה, דבאמת לפמ"ש הפנ"י בטעם סברת ר"ת, דשוה בשוה הוא מטעם כסף דשוה כסף ככסף, א"כ קשה טובא דלמה לו

שוה בשוה דוקא, הא בפרוטה אחת יכול לקנות כל המקח, והוה"ד בשוה פרוטה דשוה כסף ככסף, וא"כ למה דייק הר"ת בדבריו שוה בשוה דוקא דמשמע הא אינה שוה ממש לא, אלא ברירא דמלתא כך הוא, דבאמת לאו בשופטני עסקינן שיקח ממנו שוה פרוטה בתור פרעון חפץ ששוה הרבה, והא דמהני באמת לקנות בשוה פרוטה כל המקח, היינו משום דמותר דמי המקח זוקף עליו במלוה דהוה כמו שקבל כל דמי המקח, והכי מפורש מרש"י ב"מ (דמ"ח ע"ב) בד"ה בזמן שא"ל ערבוני יקון ח"ל יקנה שלא נתנה לו בתורת תחלת פרעון והשאר עליו מלוה אלא בתורת שערבון זה יקנה הכל והא לאו מלתא הוא עכ"ל, הרי להדיא שדוקא כשזוקף השאר במלוה הוא דקונה בפרוטה, אבל אם רוצה לקנות הכל בפרוטה לא מהני בקנין מעות, ולפ"ז יקשה דא"כ בחליפין דקנין סודר דהוה נמי בתורת פרעון לשיטת רש"י ותוס', ואפ"ה מהני בכלי שו"פ וגם פחות לקנות כל המקח ששוה הרבה יותר, וצ"ל דכיון שכלי הוא ויצאו כלים למה שהן דלדידי' שויא יותר, וכמו שכתבתי לעיל שזהו טעם דבעינן כלי דוקא, שהוא דבר חשוב ויש חפץ בו לפעמים להחליף גם חפץ גדול וטוב ממנו, ומשו"ה אע"ג דק"ס הוה נמי בתורת פרעון והוה כקנין מעות, אפ"ה בעינן כלי דוקא, דאי לאו כלי לא שייך לקנות ע"י פרעון כזה דבר ששוה הרבה יותר, ולא זקף במלוה נמי, דבמעות ממש נמי לא היה מועיל כה"ג משום דלאו פרעון מעליא הוא, ודוקא בכלי הוה פרעון מעליא, והיינו דוקא בחליפי דקנין סודר כיון שאינו שוה כל כך כמו החפץ שנקנה, להכי בעינן דוקא כלי, אבל בשוה בשוה ממש שזה הוה תשלומין מעליא איה"נ שאפי' בפירות מהני כיון דהוה בתורת דמים וכל שוה כסף הרי הוא ככסף, אלא דלפ"ז יוחזר הקושיא על רש"י ותוס' דמיאנו בפר"ח ואפי' בשוה בשוה נמי בעינן כלי דוקא, ואמאי תיפוק לי' דמהני מטעם מעות, ונ"ל דיסוד הפלוגתא שבין רש"י ותוס' עם הר"ת יבואר עפמ"ש השמ"ק בריש פ' הזהב, היכי דנתן מעות בתורת חליפין במה יש להכיר אם בתורת דמים או חליפין הם, ובשס' הרא"ש כתב דההיכר אין תלוי בלשון ותנאי הנתינה כ"א בקפידת החשבון, אם לא הקפיד בחשבון הוה חליפין ואם הקפיד בחשבון הוה כדמים אע"ג דותנן בתורת חליפין, והן הן ממש דברי הפנ"י, דשוה בשוה כיון שהקפיד על השווי הוה דמים, והפנ"י הוא כמגלה ישינות בזה דבר שכבר מפורש יצא מפי הרא"ש, ואכן בשיטת רש"י מבואר שם שהעיקר תלוי בלשון הנתינה, דאם נתנן בתורת חליפין הוה חליפין ולא דמים, והכי מפורש ברש"י בריש פ' הזהב וז"ל אע"ג דמעות אין קונות ה"מ בשנתנו בתורת דמים כדרך מקח וממכר אבל נתנן בתורת חליפין כו'. וכדברים הללו כתבו התוס' שם דמ"ו בד"ה ש"מ, דבזה שמא גרים, ואי נתנו בתורת חליפין הוה ע"ז שם חליפין. ולשיטתם

דהעיקר הוא בתנאי ולשון הנתינה, להכי אפי' שוה בשוה דהיה מועיל מטעם תורת דמים, אפ"ה כיון דמפרש בתורת חליפין לא שייך בזה קנין מעות, ומטעם קנין חליפין נמי אין מועיל, דבחליפין דוקא כלי בעינן, דחליפין דקרא היינו נמי בתורת שווי ואפ"ה כלי בעינן, ואתי שפיר בזה הא דאין אשה נקנית בחליפין וסתמא קאמר אפילו בחליפין דשוה בשוה, היינו שנותן לה הסודר לחלוטין, וא"כ יקשה בשלמא בחליפין דקנין סודר לא מיקדשא כיון דהדרא למארי' ונמצא שאין האשה נהנית, אבל כשנותן לה הסודר לחלוטין, למה לא תתקדש עכ"פ מטעם כסף דאית בה, ולמה שכתבתי בשיטת רש"י דשמא גרים וכשנותנה בתור חליפין לא מיקרי זה כסף, ובאשה דילפינן משדה עפרון לא ילפינן אלא כסף ולא חליפין, אכן הר"ת יסבור כשיטת הרא"ש דלאו בשמא תלוי כ"א בקפידה ואם הקפיד לדקדק בשווי ערכה יצא כזה מתורת חליפין והוה תורת דמים, ולהכי לא בעינן כלי, דבתורת דמים כל שוה כסף הוה ככסף ואפי' פירי נמי, ודוקא בחליפי דקנין סודר בעינן כלי דוקא, או משום דלא דקדק בשוויה, או משום דס"ל דקני ע"מ להקנות הוא ואינה כלל בסוג קנין מעות, והדברים מבוארים ודו"ק, ולמה שכתבתי יתבאר דהאי מרגניתא טבא שחידש הפנ"י בסוגיא דחליפין, דשוה בשוה מטעם כסף הוא, זולת דלאו חידוש הוא וכבר קדמו הרא"ש בזה, עוד לאו מילתא דפשיטא הוא אליבא דכו"ע, דרש"י ותוס' יפלגו בזה. תבנא לדינא, דקנין סודר כפי הנהוג אצלנו שאינו נוטלו כ"א לצורך קנין ולא לחלוטין בתורת שווי לאו דין מוסכם הוא דמהני, דרש"י ותוס' והגהת מיימוני פליג וסוברים שצריך שיטלנו לסודר דוקא על מנת לזכות בו לחלוטין ואם נוטלו על מנת כן ואח"כ מחזירו מרצונו שפיר דמי, אבל ליטלו לצורך קנין לחוד לא מהני, דחליפין כאלו לא מצינו בקרא, ולקמן בחדושנו לסי' ר"ג הוכחנו שגם רב האי גאון יסבור נמי כן, ואע"ג דלמה שכתבתי בשם רש"י דעיקר חליפין שנותנו בתור פרעון, וא"כ כשהתנה לשלם את הפרעון בדמים והקנין עושה ע"י הסוחר לא מהני לכאורה אפי' כשנוטל הסודר ע"מ לזכות בו, ואכן אפ"ה נראה כיון שנטל הסודר ע"מ לזכות בו דמהני וכמ"ש רש"י להדיא דגאולה זה מכירה ולא נתן עוד הדמים ורוצה לקיים המקח ע"י חליפין ע"ש, ברש"י ד"ה גאולה הרי להדיא שאפי' אם התנה לשלם בדמים נמי מהני קנין סודר, והיינו משום דכיון דניחא לקונה שהמוכר יהא מקנה לו מיד קודם קבלת דמים להכי מקנה לו הסודר יתר על הדמים וכמ"ש בשמ"ק לקמן, ועוד י"ל דעיקר הפרעון הוא הסודר ורק תנאי מתנה במכירה לשלם לו עוד מעות וצ"ע בזה, אבל אם אין נוטל הסודר כלל ע"מ לזכות בזה פשיטא דלא מהני לרש"י ותוס' וכמו שביארתי, ולפלא על

הפוסקים שלא זכרו מזה והרמ"א סתם למיפסק כרב נחמן בלא חולק בעת שמחלוקת גדולה לפנינו ודו"ק היטב בזה:

סעיף ז' **במחבר** בשאר דרכי הקנייה אין שום אחד מהם יכול לחזור כדי דבור, והט"ז (אה"ע סי' ל"ח) כתב בשם הטור דהנותן מתנה לחבירו ואמר הנני נותן לך במתנה זו ונותנה לו ואח"כ אומר איזה תנאי במתנה לא מהני אפי' אם הוא תוכ"ד אין בתנאי זה כלום, והביא ראיה מהא דאמרינן (ב"מ ד"י) המגביה מציאה לחבירו ואמר אני זכיתי בה תחלה, דאמרינן שם תחלה בסיפא למה לי, פרש"י דאפי' לא אמר בפירוש תחלה מסתמא תחלה קאמר דמי מצי למימר אני זוכה בו עכשיו והלא אינו בידו עכ"ל, ואי ס"ד דתוכ"ד מהני אפי' אחר נתינה לא היה מקשה כלום, דודאי היינו אומרים שרוצה לזכות בו אחר הנתינה דהיינו תוכ"ד ולכך מוכרח התנא לומר זכיתי בה תחלה, אלא ודאי דגם זה פשיטא דלא מהני אפי' תוכ"ד כיון שכבר מסורה בידו ע"ש, ואם כי ראיה הזאת יש לדחות דהא התם מיירי שזה עשאו שליח להגביה עבורו וכמ"ש ואמר לחבירו תנה לי, ולכן אם מתחלה נתרצה לעשות שליחותו והגביה עבור משלחו לא מצי תו לחזור אפי' תוכ"ד כיון שכבר זכה בו המשלח, אבל נותן מתנה לחבירו שפיר אפשר לומר דתוכ"ד מצי לחזור, אכן בעיקר הדין מסתבר כמ"ש הט"ז, ומה שהקשה הקצוה"ח ע"ז דנעלם ממנו כל דברי הפוסקים שפסקו כאן דתוכ"ד מהני חזרה ע"ש, אפשר ליישב דנ"מ טובא יש בין עושה קנין בחפץ הנקנה אבל לא מסר עוד החפץ ליד הקונה שיהא לחלוטין בידו להביאו לתוך ביתו, ובין אם מסר לו את החפץ לחלוטין, דזה עדיף הרבה מקנין וכמבואר אצלנו בחדושנו לקמן (סי' רנ"ה) לבאר הנ"מ בין אמירה לגבוה דאע"ג דהוה כמסירה אפ"ה מהני שאלה, ואם מסר ליד גזבר לא מהני תו שאלה, דהיינו נמי מהאי טעמא, דאמירה לגבוה אע"ג דהוה כמסירה אינו אלא כמו קנין מסירה, דהאמירה בהקדש גומר הקנין כמו מסירה בהדיוט, אבל במסר ליד הגזבר לחלוטין עדיף מקנין ע"ש. ולפ"ז בהך דינא שכתב הטור דנתן המתנה לחלוטין להמקבל וכן בההיא דב"מ דנתנו לידו לחלוטין לא רק לעשות קנין לא מצי תו לחזור אפי' תוכ"ד, ומה דפסקו כאן דבשאר הקנינים מצי לחזור תוכ"ד היינו כשלא עשה כ"א קנין אבל לא מסרו לידו לחלוטין ודו"ק:

סעיף ט' **במחבר** וי"א דשאלה ושכירות אינם נקנים בקנין סודר, זה דעת התוס' בב"מ ובעירובין. ובקצוה"ח הקשה ע"ז מההיא דב"מ (דק"ג ע"ב) דאמר ר"נ שואל אדם בטובו לעולם, והוא שקנו מידו, הרי דקנין מהני גם לשאלה, ונ"ל ליישב דלא מיבעי לשיטת הראשונים המובא בשמ"ק דהא דבעינן התם לקנין היינו לענין שהשואל יהא חייב באונסין, דהו"א כיון שאמר השאילני קורדם זה לעולם הוה זה כעין מתנה, ועוד דהא גם

לשואל אית לי' פסידא כי אתנים האי קורדם דאי לא אתניס הוה מצי השואל לאשתמושי בו, ולכן הו"א דאינו חייב באונסין קמ"ל ר"נ דמ"מ כיון דבלשון שאלה קבלו הרי עליו שואל גמור וחייב באונסין כשואל גמור, ומשו"ה בעינן קנו מיני' דאז אמרי' דעל האחריות קנו מיני' אבל אי לא קנו מיני' מתנה הוא ואין עליו אחריות ע"ש, ולפירוש זה לק"מ קושית הקצוה"ח, דהקנין לא הוצרך לעצם השאלה, דעצם השאלה קנה במשיכה כדין שואל בעלמא. והקנין הוצרך רק לחיוב דאחריות, אבל שאלה ודאי דאין נקנה בחליפין, אלא אפי' לשיטת רש"י דפי' דאם לא קנו מיני' א"צ להחזיר לו הכלי כשבא ליד המשאיל גמי לק"מ, דכוונתו מתבאר דעל השאילה עולמית א"צ לקנין, דלשון בטובו דקאמר משמע לעולם, ורק להכי בעינן דקנה מיני' דאל"ה מכי אהדרי' שואל כלתה קניות משיכה עיין בשמ"ק שם שפי' כן כוונת רש"י, הרי דגוף השאילה באמת נקנית במשיכה לא בקנין סודר, והקנין לא בא כ"א לחזק שלא יכלה המשיכה הראשונה ושיהא הקנין עולמיי שלא יוכל לחזור לעולם, וא"כ אין זה טובת הנאה. וגם מ"ש עוד בקצוה"ח דאין לפרש דקנו מיני' דאמר התם לאו קנין סודר הוא אלא קנין המועיל, דא"כ גבי גרגותני דקאמר התם דכרי ואזיל כמה דבעי והיינו דאם לא מצא אחר החפירה במקום זה חופר במקום אחר ואי בקנין חזקה היה צריך לעשות חזקה בכל קרקעותיו דמה מועיל חזקה בקרקע זו לחפור בקרקעות אחרות ע"ש. תמיהני דאטו אם החזיק בפירוש בגרגותא חדא למזכי בכל השדה עד דמתרמי לי' גרגותא לא מהני, ושוב ראיתי בשמ"ק בשם הריטב"א דמתחלה רצה לומר דמן הסתם לא מהני חזקה אלא להההוא גרגותא ושוב כתב דקנין לאו דוקא אלא דהוה"ד אם החזיק בפירוש בגרגותא חדא למזכי בכל השדה מהני נמי ע"ש היטב:

סעיף י"א **במחבר** אין קונין בשבת קנין סודר ואם קנו אעפ"י שעשו עבירה קנו, עיין בקצוה"ח שהקשה נהי דכל שארי הקנינים הנעשים באיסור קנו אבל קנין סודר שנעשה בסודר העדים מטעם שליחות וכיון דקיי"ל אין שליחות לדבר עבירה השליחות בטל לגמרי, א"כ היכי מהני בשבת קנין סודר ע"י שליח והוא העדים. מכח זה העלה דסודר שנותנין העדים לאו בתורת שליחות מן הקונה הוא אלא הא דזוכה הקונה ע"י סודר העדים היינו מדין עבד' כנעני וכדאמרינן (קדושין ד"ז) הילך מנה ויהיה שדך קנויה לפלוני דקנה אותה ואמר רבא שם וכן לענין ממונא, וא"כ בשבת נמי קנה אעפ"י שעשו עבירה כיון דאין זה תורת שליחות ע"ש. ולא נהירא כלל דכבר כתבו האחרונים בקדושין שם דהא דאמר רבא וכן לענין ממונא. היינו דוקא בקנין כסף, דמהני נמי כסף של אחרים, אבל בקנין חליפין בעינן ונתן לרעהו הסודר שלו ממש כדאמרינן בב"מ דמ"ז

שנתן בועז לגואל. אבל ע"י אחרים לא מהני, ובודאי דמה דמהני סודר של אחרים אין זה כ"א מתורת שליחות, ומ"ש הקצוה"ח דלא שייך שליחות אלא אם היה הקונה נותן סודר שלו ע"י שלוחו אבל סודר שנותנין העדים מעולם לא זכה בו הקונה, לאו מילתא הוא דאכתי זכה הקונה בסודר מטעם זכייה שמזכים הסודר להקונה ע"י המקנה, וקונה עבורו מטעם זכייה, דזכייה גופא הוה מטעם שליחות, ומה שהקשה דאי מטעם שליחות היכי מהני בשבת הא אין שלוח לדבר עבירה, נ"ל דאין שליח לדבר עבירה לא שייך כ"א בשליח ממש. אבל בזכייה שהוא מטעם שליחות מהני אפי' בדבר עבירה דהא עיקר הטעם דאין שליח לד"ע הוא משום דהמשלח לא סמיך דעתו דמימר אמר כיון דדבר עבירה הוא ודאי יחזור השליח ולא יעשה הדבר הזה, דדברי הרב ודברי התלמיד ודאי שומעין לדברי הרב, אבל היכי דהמשלח סמיך דעתו מהני אפי' בדבר עבירה וכמ"ש הרמ"א לקמן (סי' שפ"ח) בהוחזק השליח לעשות העבירה יש שליח משום דהמשלח סמיך דעתו ע"ש ובחדושנו לעיל (סי' קפ"ב), וכיון שעיקר הטעם דלא מהני שליח לד"ע הוא משום דלא סמיך המשלח, א"כ לא שייך זה כ"א בשליחות כזו שבא מצד המשלח ששלח אותו לעשות דבר הזה, משא"כ בזכייה, שהמשלח עצמו לא עשאו שליח כלל והשליח מעצמו הוא דזוכה עבורו, דהדין הוא דמצי לזכות עבורו, מה שייך בזה לומר. דהמשלח לא סמיך כיון דהמשלח לא ידע כלל מזה ומעצמו הוא דנעשה שליח ולכן בכה"ג מהני אפי' בדבר עבירה:

## סימן קצו

סעיף א' **במחבר** עבד כנעני כו' נקנה בכסף כו' או בקנין סודר, הנה במשנה דקדושין (דכ"ב ע"ב) שנינו עבד כנעני נקנה בכסף ובשטר וחזקה וקונה עצמו בכסף ובשטר כו', ובברייתא שם תנא אף בחליפין. והנה בברייתא הזאת אריש דמתני' דנקנה קאי, ובא אוסופי דאף בחליפין נקנה לאדון, ומדלא תנא התם גם אסיפא דקונה עצמו מכלל דלקנות עצמו מן האדון לא יכול בחליפין כיון דבברייתא לא תנא הדין כ"א בנקנה ולא בקונה, ואנן מעצמנו ודאי שאין לדמותם להדדי, דהא יש לומר תינח דנקנה בחליפין משום דאיתקש לשדה אחוזה וקרקע נקנית בחליפין, אבל לקנות עצמו מנ"ל, הא בלקנות עצמו כסף ושטר כתיב, כסף דכתיב והפדה לא נפדתה, ושטר מחופשה לא ניתן לה, אבל חליפין מנ"ל, ובזה יובן דברי התוס' בגיטין (דל"ט ע"ב) בד"ה משום דהוה כליו של מקנה כתבו וז"ל דתניא בקדושין דעבד כנעני נקנה בחליפין משום דחליפין דמי לכסף וכל היכי דכסף קנה חליפין נמי קנה כו' עכ"ל, דלכאורה דבריהם תמוהים מאוד דכיון שהביאו לברייתא דמפורש בה דעבד נקנה בחליפין למה הוצרכו להוסיף ולסיים

דכל היכי דכסף קונה חליפין נמי קונה, ולמה שכתבתי ניחא דבברייתא לא הוזכר, כ"א דנקנה בחליפין אבל בקונה עצמו לא הוזכר בברייתא מידי ומעצמנו נמי אין לדמותם להדדי כמו שביארתי, ומשו"ה הוסיפו טעם חדש על הא דנקנה בחליפין דכל היכי דכסף קונה חליפין נמי קונה, וממילא דלענין לקנות עצמו כיון דכסף מהני חליפין נמי מהני, ומבואר אפוא דעת התוס' דעבד כנעני קונה עצמו נמי בחליפין, אכן הרמב"ם (פ"ה מהלכות עבדים) פוסק באמת דנקנה בחליפין אבל אינו קונה עצמו, דחשב שם חמשה דרכים שעבד נקנה בהם וחליפין בינייהו, ובקונה עצמו חשב שלשה דרכים ולא חשיב חליפין, ואם כי בעיקר מסתבר מאוד פסק הרמב"ם מטעם שכתבתי, דנקנה שפיר משום דאיתקש לשדה אחוזה, אבל בקונה עצמו לא כתיב כ"א כסף ושטר, וגם מברייתא שבסוגיא דקדושין דתנא אף בחליפין רק ארישא דנקנה ולא תנא הכי אסיפא מכלל דבאמת אין קונה עצמו בחליפין, אבל קושית הראב"ד ז"ל חזקה עליו מעובדא דגיטין שם דמיירי התם לענין קונה עצמו כדאמר התם קני הא וקני נפשך ואפ"ה דוקא משום דהוה כליו של מקנה קאמר התם דלא מהני, אבל אם היה כליו של קונה היה מהני, ואפשר ליישב עפמ"ש התורי"ד ברישׁ מסכת קדושין וגם הריטב"א בחדושיו שם, הביאו הב"ש (אה"ע סי' כ"ט סק"ב) בשם הש"ג, דגם מה דאמרינן באשה דאינה מתקדשת בחליפין אפי' כשיש בו שוה פרוטה היינו דוקא כשמקדשה במנה ולא נתן לה המנה ועושה קנין סודר לחזק את הדבר, אבל כשמקדשה בסודר עצמו אף שנותן לה הסודר בתורת חליפין, מ"מ כיון שיש בו שוה פרוטה מקודשת מדין כסף ע"ש. ולפי"ז כל חליפין דאית בו שוה פרוטה אית בו נמי דין כסף דשוה כסף ככסף, אף שאמר בתורת חליפין לא גרע בזה דין שוה כסף, אלא דאפ"ה במטלטלין דאין מעות קונות א"א לומר דיקנה בכה"ג מטעם כסף, אבל גבי עבד דנקנה בכסף, ע"כ הא דממעט חליפין, היינו כשאין בו שוה פרוטה או כענין חליפין דאשה שמתחייב במעות ועושה קנין סודר לחזק את הדבר, א"כ אין מקום לקושית הראב"ד דודאי מתורת חליפין כשעושה רק לחזק הענין או כשאין הסודר שוה פרוטה איה"נ דלא מהני בעבד וכפי הטעמים שכתבתי, רק התם בעובדא דגיטין דשדי להו כומתא, דודאי שבכומתא שהוא כובע הראש אית בה שוה פרוטה, ולכן בכה"ג אי הוה בכליו של קונה איה"נ דהוה קונה, דחליפין כאלו באים על זה מתורת כסף, ומה מאוד מדוקדק לפי"ז לשון התוס' דגיטין שם שכתבו משום דחליפין דמי לכסף כו' כלומר כיון דמיירי בחליפין שיש בהם יותר מפרוטה ה"ז דומה לקנין כסף, וא"כ לאו מטעם חליפין אתינן עלה אלא מתורת כסף, ועיין מה שכתבתי עוד בארוכה לעיל (סי' קכ"ג) בדין חליפין בעכו"ם בנוגע לזה:

שם **ברמ"א** ונקנה ג"כ במשיכה, והוא מימרא דשמואל בקדושין שם, והפנ"י בחדושיו הקשה מ"ט דשמואל דמהני משיכה בעבד דליכא למימר דסובר עבדי כמטלטלי דמי, דא"כ אמאי קתני במתני' דנקנה בכסף כמו קרקע, וממ"נ אי כקרקע דמי לא יהני משיכה ואי כמטלטלין דמי לא ליהני כסף ע"ש, ונ"ל עפמ"ש התוס' (ב"ק די"א) דלמילי דאורייתא עבדי כמקרקעי כמו דילפינן מקרא דוהתנחלתם ולמילי דרבנן עבדי כמטלטלי ע"ש, והנה חז"ל כשתקנו משיכה למטלטלי עשו בזה שתי פעולות, א) בטלו לקנין כסף דמדאורייתא, ב) תקנו קנין חדש שאינו בקרקע, דהיינו משיכה, ולכן בעבדים שני המעלות יש בהם, קנין כסף מועיל בהם כיון דקנין זה הוא מדאורייתא, ולכל מילי דאורייתא איתקשו לקרקע, ולכן מהני בהם כסף מטעם דאיתקשו לקרקע, ומשיכה נמי מהני כיון דמשיכה הוה תקנתא דרבנן ולכל מילי דרבנן למטלטלי דמי ושפיר מועיל בהם משיכה מטעם דלענין זה למטלטלי דמי וק"ל:

סעיף ג' **במחבר** או הגביה את רבו קנה וי"א שהוה"ד אם הגביהו רבו, בש"ס דקדושין שם מחלוקת ר"ש ורבנן בדין זה, ר"ש סובר אם הגביהו רבו קנה, ורבנן סברי דוקא הגביה הוא לרבו אבל הגביהו רבו לו לא קנה, ואינו מובן טעמא דרבנן במה דסברי דהגבהה לא קנה בעבד, ואפשר לומר עפ"י המבואר באחרונים דהגבהה ומסירה הכל הם ענף ממשיכה, והקצוה"ח הפריז עוד לומר דגם קנין יד וחצר הוא מטעם משיכה, דמשכו לרשותו, דכן מתבאר מדבריו לקמן (סי' קצ"ח) מה שהקשה. על הרמב"ן דסובר דמשיכה לא קנה כלל אפי' במקום דליכא קנין כסף כגון במתנה. וא"כ היאך נקנה חצירו דהוא מטעם ידו או יד שלוחו ע"ש, הרי שהבין דגם קנין חצר ויד מטעם משיכה הם, ואי משיכה לא קנו, גם חצר ויד לא קנו, ונהי דבמחכ"ת לא צדק בזה, דאטו יש מי שחולק על קנין יד האמור בתורה בהדיא ונתן בידו, לא פליגי כ"א על שארי קנינים זולת יד, אבל בהנהו קנינים הגבהה ומסירה הכל מודים דהוא מטעם משיכה, ולפ"ז למה שכתבתי בדבור דלעיל, דבאמת מן הדין גם משיכה לא מהני בעבדים דדמו לקרקע, דמשיכה לא מהני בקרקע, לא מטעם שאי אפשר למושכם משום דלא ניידי, דאפי' במקום שאפשר למושכם וכגון בעציץ נמי לא מהני כדמוכח מסוגיא דגיטין דכ"ב ע"א לגבי עציץ וזרעים, דעציץ קונה במשיכה וזרעים לא קנה וכמש"כ נמי הנתיבות ס"ס דלעיל להשיג על הפנ"י מטעם זה ע"ש. והוצרכנו לערות וליישב דברי שמואל שסובר דמשיכה מהני בעבד, ולפ"ז י"ל דרבנן סברי כפשוטו דמשיכה נמי לא מהני בעבד דכמקרקע דמי, וכן חזקה נמי לא' מהני, ור"ש סובר כשמואל דמשיכה מהני וממילא דהוה"ד הגבהה נמי דמטעם משיכה הוא:

שם **במחבר** או שהוליך כליו אחריו לבית המרחץ כו', עיין מה שכתבתי בדבור הסמוך מזה:

סעיף ד' **במחבר** עשה לו מלאכה שאינה בשמוש גופו כגו שתפר לו בגד וכיו"ב קנאו רבו וי"א שלא קנאו, בש"ס דקדושין (דכ"ב ע"ב) איתא רב יהודה הנדאה גר שאין לו יורשין הוה חלש על מר זוטרא לשיולי בי' חזא דתקיף לי' עלמא א"ל לעבדו שלוף מסאני וזיל אמטינהו לביתא, והא דהוצרך לומר דלימטינהו לביתו ולא סגי במה דשליף לי' מסאני, היינו משום דעדיין לא מת הגר וא"א להחזיק בעבדו בחיי הגר, ולכן צוהו להוליכם לביתו שביני וביני ימות ויועיל החזקה, וגם זה לא יקשה למה הוצרך לומר שלוף מסאני ולהחזיק בו בעודנו הגר בחיים, די"ל דחשש שלא יקדמנו אחר מיד לאחר מיתת הגר, משו"ה הקדים עצמו להחזיק בחייו באופן שיהיה כמהפך בחררה זאת ולא יבוא תו אחר להחזיק וכ"כ הר"ן, ונמצא לפי"ז דעיקר החזקה הוא מה שהוליך המסאני לביתו, והשליפה, אינו כ"א להראות לכל שרוצה להחזיק בו. ולכאורה צריך ביאור דהא תינח לדיעה הראשונה המוזכרת כאן והוא דעת הרמב"ם דבחזקת העבדים לא בעינן שמוש גופו דוקא, אלא שמוש מלאכה אחרת כגון לתפור בגד וכדומה נמי הוה חזקה, ממילא הוה הך דהוליך מנעליו לביתו נמי חזקה. אכן לדיעה האחרונה דהוא שיטת הרא"ש דדוקא שמוש גופו כגון הפשיטו הרחיצו הוה חזקה, אבל מלאכה אחרת הוה אכילת פירות ולא הוה חזקה, א"כ אמאי הוה חזקה בהוליך מנעליו, הא אין בזה שמוש גופו, דמה ששלף לו את המנעלים, אם כי זהו שמוש גופו מיקרי, אבל זה היה בעודנו בחיים באופן שהחזקה הזאת לא מהני כלום, ולא נשאר כ"א מה שהוליך המנעלים, וזה לא הוה שמוש גופו. ונ"ל ליישב דבלא"ה יש להבין לשיטת הרא"ש דדוקא שמוש גופו בעינן, א"כ אמאי הוה חזקה בהוליך כליו אחריו לבית המרחץ כמו שכתבתי בסעיף הקודם דזה הוה חזקה לכו"ע, וכתב הרמב"ן כיון דמלאכת בזיון ועבדות הוא דכוותה בעבד עברי אסור לעבוד, ולאו דוקא בהוליך כליו לבית המרחץ אלא בכל מלאכה הבזויה שמחמת בזיונה אין דרך לעשותה כ"א ע"י עבדו הוה חזקה כמבואר בחינוך ע"ש, ולזה י"ל דגם להוליך מנעליו נמי מלאכה בזויה היא ולכן הוה חזקה:

**ועוי"ל** עפמ"ש המוהרי"ק (סי' קצ"ב) לחלק לדעת הרא"ש בין עבד לאכילת פירות דקרקע, דהתם איכא הוכחה שזה משתמש בקרקע של זה, משא"כ בעבד אם לא יעשה דבר בשמוש הגוף ליכא הוכחה שמלאכת אדונו הוא עושה ע"ש, ולפ"ז גם בהוליך כליו אחריו לבית המרחץ, משום דהתם כיון דהוליך אחריו הרי יש כאן הוכחה לכל שעושה מלאכת אדונו ומשו"ה הוה חזקה אע"ג דלא הוה שמוש גופו וא"צ לטעם הרמב"ן משום

דהוה מלאכה בזויה, דהוה"ד אפי' מלאכה כבודה אם אך יש הוכחה שמלאכת אדונו הוא הוה חזקה, ולזה י"ל דה"נ מיירי שאמר לו אמטינהו לביתי וגם הוא בעצמו הלך לביתו והעבד הוליך אחריו המנעלים, וכיון שמר זוטרא הלך בלא מנעלים, והעבד הוליך אחריו המנעלים הרי ניכר לכל שמנעלים של מר זוטרא הוא נושא, ולכן הוה חזקה מעליותא, ומיושב אפוא בזה מה שאמר לו שלוף לי מסאני ואמטינהו, וכבר כתבתי ליישב בשם הר"ן, אבל לדבריו אכתי יקשה דלמה לא שלח חפץ אחר עמדו להוליכו לביתו עד שהוכרח לשלוף מנעליו דוקא, ולמה שכתבתי ניחא דאם היה מוליך חפץ אחר אע"ג שהי' מר זוטרא הולך אחריו לא היה הוכחה של צורך מר זוטרא הוא הולך ונושא, דאולי לדרכו מהלך ובמקרה נזדמן עם מר זוטרא, משא"כ כששלף מנעליו ומר זוטרא הלך אפוא יחף בלא מנעלים, וכשראו שעבד נושא המנעלים הרי היה בזה הוכחה גלויה לכל שמנעליו של מר זוטרא הוא נושא ושפיר הוה חזקה, ומיושב נמי קושית הר"ן שהבאתי למה הוצרך שלוף מסאני ודו"ק כי נכון הוא:

### סימן קצז

סעיף א' **במחבר** בהמה בין דקה בין גסה אינה נקנית במסירה אלא במשיכה כו' וי"א דאף מסירה קונה כו'. הנה במשנה דקדושין (דכ"ה ע"ב) שנינו בהמה גסה נקנית במסירה, ופרש"י דוקא במסירה אבל במשיכה לא מיקניא דאין דרכה בכך להוליכה לפניו, ולפירושו הא דקאמר בגמרא שם דרש רב בקמחוניא בהמה גסה נקנית במשיכה, היינו אף במשיכה וכ"ש במסירה דעדיף ממשיכה, ובתוס' שם הרבו להקשות על שיטת רש"י דאיך אפשר לומר דמשיכה לא הוה קנין הא בריש ב"מ שנינו אחד רוכב ואחד מנהיג וקאמר הש"ס מנהיג לחודי' מי איכא למ"ד דלא קנה ועוד כמה קושיות עיין עליהם, ונ"ל ליישב שיטת רש"י עפמ"ש הסמ"ע לקמן (סי' ר"ן סקט"ו) שתרי מיני מסירות יש, סתם מסירה הוא כשנתנו לידו כדי שיזכה בו מתורת קנין אבל לא שיקחנה מיד אל ביתו, ויש מסירה שניתן החפץ בידו שיקחנו מיד אל ביתו ויזכה בו מיד בזכוי גמור להיות לו לחלוטין, ועיין שם שכתב דאף במקום דלא מהני סתם מסירה מהני מסירה הזאת, ובחדושנו לקמן (סי' רנ"ה) הארכתי בזה הרבה לבאר כוונת הרשב"א ע"ש היטב. ומעתה נוכל לפרש הכי נמי דעת רש"י, דגם במשיכה יש תרי מיני משיכות, סתם משיכה הוא כשנתנו לידו למשוך מלא קומתה כדי שיזכה בה בתורת קנין, אבל לא שינהיגה אל ביתו, ויש משיכה שנתן החפץ או הפרה שינהיגה מיד אל ביתו ויזכה בה מיד שתהיה לו לחלוטין, ולפ"ז א"ש דהא דאמרינן בקדושין דמסירה עדיפא ממשיכה, היינו ממשיכה דקנין, אבל ממשיכה כזאת שמנהיגה לגמרי לביתו, בזה לא אמרינן דמסירה עדיף מינה,

ובזה סרו כל הקושיות שהקשו על רש"י, דההיא דב"מ דמנהיג קונה, התם מיירי שמנהיג אותה לגמרי, שזהו ודאי לכו"ע קנה, וכן קושיות האחרות שהקשו, מציאה ונכסי הגר במה יקנו נמי מיושב, דפשיטא כשמנהיגה ומושכה לגמרי לביתו שזהו קנין היותר מעולה, ומ"ש רש"י דמסירה עדיפא היינו ממשיכה כזאת שאינו מושכה כ"א לקנותה ושוב מניחה במקומה הראשון וא"ש בעז"ה כל קושיות התוס':

סעיף ג' **במחבר** כיצד קונין הבהמה במשיכה אין צריך לומר אם משכה והלכה או שרכב עליה והלכה בו שקנה אלא אפי' קרא לה ובאה כו', זהו דעת הרי"ף והרמב"ם דסבירא להו דרכוב לחוד קונה ולא כהרא"ש והטור דס"ל דלא קנה ברכיבה עד שימשכנה ברגליו, כ"כ הסמ"ע. ובכדי לבאר פרטי קנין דרכוב וכוונת הרמב"ם בזה מוכרח אנכי להביא כל הסוגיא ולבארה כיד ה' הטובה עלי, הנה בב"מ (ד"ח ע"ב) אמר רב יהודה שמעית מיני' דמר שמואל תרתי רכוב ומנהיג בחד קני וחד לא קני ולא ידענא הי מינייהו ופריך הש"ס אילימא רכוב לחודא ומנהיג לחודא. מנהיג לחודא מי איכא מ"ד דלא קני אלא רכוב במקום מנהיג הוא דמספקא לי', והקשו הראשונים דהא מעיקרא פשיטא לן דמנהיג עדיף מרכוב ואי איכא למימר דלא קני רכוב הוא. והשתא מיבעי לן אם עדיף רכוב ממנהיג, והן אמנם דרש"י תירץ זאת דבד"ה אלא רכוב במקום מנהיג סיים וכתב וז"ל וכי אמרינן משיכה קונה היכי דליכא רכוב אבל במקום רכוב לא עכ"ל, פי' דמתחלה כשהיינו סוברים דשמע משמואל ברכוב ומנהיג לחודי', בזה ודאי שהיינו אומרים דאע"נ דמן הסברא הוה מקום לומר שקנין רכוב עדיף משום דתפיס בו, מ"מ ודאי שלא נוכל להשגיח על הסברא, דא"כ קנין דמשיכה היכי משכחת, אבל השתא דשמואל ברכוב במקום מנהיג, שפיר י"ל דרכוב עדיף וכפי הסברא ואפ"ה לא מקרי' לקנין משיכה, דמשיכה היינו בליכא רכוב בהדי', וברור שזהו כוונת רש"י, ואמנם בלא"ה נ"ל נמי ליישב סוגיית הש"ס, דהנה שלשה מיני רכוב יש, זה למעלה מזה, רכוב לחודי', שהבהמה לא עקרה יד ורגל ולא זזה ממקומה רק שהרוכב יושב עליה ותופס בה, וברוכב כזה לא נמצא שום מעלה, זולת מה שתפוס בה, למעלה ממנו, רכוב במקום מנהיג, שאע"ג דבהמה הולכת ע"י כח המנהיג, מ"מ ודאי דאזלא נמי פורתא מחמת הרוכב, דכשהבהמה מרגשת שאדם רוכב עליה היא מהלכת ג"כ, וברכוב זה נתוסף מעלה מה שהבהמה אזלא קצת מחמתיה. ורק כמנהיג ממש לא חשוב כיון שבלתי סיוע הרוכב ג"כ הוה אזלא ע"י כח המנהיג, וא"כ לא הועיל כלום בסיועו, למעלה מזה רכוב במקום שהבהמה מהלכת רק מחמתו ואין אחר מנהיג עמו, ואין לומר שבאופן זה יצא מסוג רכוב ובא לכלל מנהיג, דמ"ש הוא ממנהיג כיון שהבהמה הולכת רק על

ידו, דמ"ש מהנהיגה בקול, די"ל דשאני ושאני, דמנהיג לא מיקרי כ"א כשעשה איזה פעולה בכדי שתלך, והנהיגה בקול נמי הוי פעולה שלו, אבל הכא שאין הרוכב עושה שום פעולה בעצמו, ורק הבהמה מחמת שתרגיש שאחד רכוב עליה מהלכת לא נוכל לקרותו בשם מנהיג, והכל מסוג רכוב הוא, ושמור זה. ומעתה יתיישב הסוגיא בטוב דמתחלה כשאמר אי נימא ברכוב לחודי', הוה פירושו ברכוב מסוג הראשון שהבהמה לא זזה ממקומה, ע"ז קאמר לי' דאי איכא למימר דלא קני רכוב הוא דלא קני, דרכוב כזה פשיטא לן דגרע ממנהיג, ואח"כ קאמר אלא רכוב במקום מנהיג, פי' נהי דברכוב כזה שהבהמה לא זזה ממקומה, פשיטא לן דלא קני, אבל רכוב במקום מנהיג, דאיכא בזה נמי המעלה דמהלכת מחמתו כמו מנהיג. אפשר דרכוב הזה יקנה יותר ממנהיג, כיון דאיכא בו תרתי והוא דהא תפיס בה נמי ועי"ז הוה עדיף ממנהיג, או דלמא מנהיג עדיף דקאזלא מחמתי', וסיועת הרוכב לא נצרך כלל, ומנהיג עדיף משום דהבהמה הולכת ע"י פעולתו, והרכוב לבד שלא יעשה שום פעולה בכדי להנהיגה, גם סיועו אין ניכר כלל, והדר פשיט מיושב, דמיירי ביושב בקרון, ובהמה אזלא מחמתי' לחוד בלא מנהיג אחר, וא"כ ש"מ דאפי' רכוב לחודי', פי' רכוב לחוד בלא מנהיג והבהמה מהלכת מחמתו לחוד נמי לא קני, דכמו ביושב בקרון פטרא לי' ממלקות אע"ג דאזלא מחמתו לחוד וניכר היטב דמחמתו אזלא כיון שאין אחר מנהיג, וזהו רוכב מסוג השלישי, ואפ"ה פטרינן ממלקות, והיינו מטעם דכיון שהילוך הבהמה לאו ע"י פעולה הוא, ורק ממילא מהלכת, לא נחשב כ"א לגרמא ופטור, כן נמי לענין קנין לא קני, וכ"ש ברוכב במקום מנהיג דלא ניכר כלל סיועת פעולתו דלא קני. ויתיישב בזה נמי קושית התוס' שם בד"ה רכוב לחודי', דכיון דמיבעי לן ברכוב במקום מנהיג מכלל דברכוב לחודי' פשיטא לן דקני והשתא פשיט לן דאפי' רכוב לחודי' לא קני ע"ש. ואכן היינו להבנתם דברכוב במקום מנהיג גרוע מעלת הרכוב מברכוב לחודי, ומשום דמנהיג מגרע בת הרכוב, ולכן בע"כ לפרש דברכוב לחודי' פשיטא דקני, דאל"ה מאי מיבעי ברכוב במקום מנהיג כיון דברכוב לחודי' דעדיף מיני' לא קנה. ולהכי שפיר קשיא להו, כיון דזה פשיטא בע"כ דרכוב לחודי' קונה, איך פשיט לי אח"כ דלא קנה, אכן למה שכתבתי דברכוב במקום מנהיג הוה מעלת הרכוב עדיף מברכוב לחודי', וא"כ סוגיית הש"ס בהבעיא יתפרש להיפך, דאע"ג דפשיטא לן דברכוב לחודי' לא קנה, מ"מ במקום מנהיג דבזה הוה מעלת הרכוב עדיף משום דנתוסף בו מעלה, אם קנה או לא, ופשיט לי' דאפי' כשבהמה מהלכת מחמת הרכוב לחוד נמי לא קנה, דמעלת ההנהגה שיש ברכוב לא נחשב למעלה, כ"ש כשאיכא נמי מנהיג בהדי', דלא נחשבת מעלת ההנהגה למעלה, ומיושב קושית התוס',

דמשום רכוב לא היה פשיטא לן עוד דקנה, ורק להיפוך דבעיא דרכוב במקום מנהיג פשיטא לן דרכוב לחודי' לא קנה ואפ"ה צריך למיפשט אח"כ דרכוב לחודי' לא קנה, משום דזה הרכוב לחוד דבברייתא דיושב בקרון דפשיט מינה אין זה כמו אותו הרכוב דבבעיא, דהוה פשיטא לן גבי' דלא קנה, דאותו רכוב דבבעיא הוה רכוב מסוג הראשון שאין הבהמה מהלכת כלל, דזה גרע גם מרכוב במקום מנהיג, ורכוב דבברייתא מיירי ברכוב מסוג השלישי דבהמה מהלכת מחמתי' לחוד, שזה עדיף מרכוב במקום מנהיג, ופשיט שפיר שאפי' ברכוב לחודי' דהוה עדיף מרכוב במקום מנהיג נמי דלא קנה ודו"ק, ויצא לנו אפוא הדין דשום רכוב לא קני ואפי' כשהבהמה הולכת מחמתי' לחוד כמו ביושב, אם לא במנהיג ברגליו וכאוקימתא דש"ס וזה נכון:

**הן** אמנם לא נעלם גם ממני מ"ש הריצב"ש בשמ"ק הביאו הנתיבות כאן, דאם הולכת מחמת הרוכב אפי' בלא מנהיג ברגליו נמי קנה, דמ"ש מקורא לה והיא באה, וכי אמרינן בכולה שמעתא דרכוב לא קנה, היינו כשרוכב על הבהמה והיא עומדת במקומה ע"ש, ולבד שהלשון מנהיג ברגליו לא משמע כוותי', דלדבריו הכי הול"ל הב"ע במהלכת מחמתי', ומדמשני במנהיג ברגליו משמע שדוקא כשבועט ברגליו על הבהמה שתלך דהוא בעצמו עושה הפעולה, אבל כשהרוכב אין עושה שום פעולה, אף שהבהמה הולכת מעצמה מחמתי' לא קנה, וגם מה שהקשה דמ"ש מקורא לה והיא באה, כבר תרצתי לעיל דסכינא חריפא מפסקא ביניהם. דהתם עושה הוא הפעולה, ומה לי אם עושה הפעולה ברגליו או בפיו, אבל הכא הבהמה מעצמה הולכת, ואע"ג דמחמתי' קא מהלכי לא הוה הוא כ"א כגרמא. וכלשון הרמב"ם (פ"ט מכלאים) שישיבתו גרם לה שתלך, זולת כל אלה תמוה לי, דמה יענה לפשיטות הש"ס דפשטינן לה מיושב בקרון, והתם ע"כ כשהבהמה מהלכת, דאי עומדת במקומה ליכא מאן דמחייב בכלאים, דלענין כלאים הוה עיקר האיסור במה שהבהמה מהלכת מחמתי' וכמ"ש בתוד"ה רכוב עדיף, אם לא שנדחוק ונאמר דס"ל לריצב"ש דגם בכלאים אין תלוי דוקא באזלא מחמתי' אלא דהישיבה על הקרון זה גופא הוה מעשה כמו דתפיס ברגלי הוה מעשה לענין קנין ה"נ הוה מעשה לענין כלאים וכמו שמוזכר סברא כזאת בשמ"ק שם, ולפ"ז היינו יכולים לפרש דמתני' דיושב בקרון מיירי שהבהמה עומדת במקומה והוא יושב על הקרון, ובזה פליגי, דמאן דמחייב ס"ל דישיבה על הקרון הוה מעשה, וממילא שגם רכוב לחודי' הוה קנין, ומאן דפטר ס"ל דלאו מידי עבד וממילא שגם רכוב לא הוה מעשה, לפ"ז היה הפשיטות רק על רכוב לחודי' מסוג הראשון כשהבהמה עומדת במקומה, אבל כשהבהמה מהלכת ס"ל לכו"ע דגבי כלאים חייב וגם לגבי קנין מהני ודוחק. ובלא"ה

כבר כתבתי דפשטות האוקימתא דמנהיג ברגליו לא משמע כוותי', ועוד יש ליישב לשיטת הריצב"ש דבאמת רכוב לחודי' והבהמה מהלכת גם בכלאים חייב, ומתני' דיושב בארון מיירי בדאיכא נמי מנהיג בהדי' ואפ"ה פשיט מינה לרכוב לחודי' ג"כ משום דבשלמא לענין קנין י"ל דכשאיכא מנהיג שרוצה לקנות מגרע כח הרוכב, ושפיר מחלקינן דרכוב לחודי' קנה ובמקום מנהיג לא, אבל בכלאים אין מקום לחלק בין מקום מנהיג לרכוב לחודי', ואי רכוב לחודי' הוה קנין הו"ל להתחייב ביושב בקרון אפי' במקום מנהיג, ומדפוטר מכלל דרכוב לחודי' נמי לא קנה, אבל איה"נ דמיירי ברכוב מסוג הראשון וכשאין הבהמה מהלכת, אבל במהלכת מעצמה לענין קנון וכן לענין כלאים הוה ממש כמו מנהיג, וזה נכון בעזה"י ועיין במהר"ם שי"ף לתוד"ה רכוב עדיף:

**ומעתה** נבוא לבאר דעת הרי"ף והרמב"ם במחלוקתם עה הרא"ש והטור וכולם הקשו על הרי"ף ורמב"ם דפסקו דרכיבה קונה כיון דרב יהודה אליבא דשמואל מסיק דרכוב לחודי' לא קנה, ובנתיבות תירץ דהרמב"ם יסבור כשיטת הריצב"ש דהלכה מהני אפי' בלא מנהיג ברגליו ע"ש. ולע"ד זה אינו מכמה טעמים חדא דכבר כתבתי דגם אליבא דריצב"ש נמי דוחק לפרש כן הסוגיא וכמו שכתבתי בתירוצי הראשון לשיטת ריצב"ש, אכן אף אם בשיטת הריצב"ש עצמו נסבול זה הדוחק, אבל ברמב"ם קשה לפרש כן, דהא בפ"ט מכלאים כשפוסק דמחייב ליושב בקרון הזכיר הטעם משום דישיבתו גורם שתלך, וכן בפיה"מ בכלאים כתב הטעם המחייב מהאי טעמא, הרי דלפירושו מאן דמחייב ליושב בקרון היינו כשהבהמה מהלכת דוקא, ומדפשיט מינה לקנין מכלל דבקנין נמי מיירי כשבהמה מהלכת ואפ"ה פוטר שמואל, הרי ראיה ברורה דלשמואל אפי' כשבהמה מהלכת מעצמה נמי פוטר בכלאים ולא מהני לענין קנין, ועוד בלא"ה א"א לומר דהרי"ף ורמב"ם יסברו כהריצב"ש, דהנה בעיקר קנין רכוב מהו, יש בזה שני שיטות, שיטת התוס' והריצב"ש, וכמה חלוקי דינים יש ביניהם, שיטת התוס' בב"מ הוא דמה שהרוכב יושב על הבהמה ותופס אותה בין רגליו, זה לא חשוב לכלום, לא לעצם הקנין, וגם לא להעדיף מחמת זה קנין דרכוב על קנין אחר, ומחמת זה גופא הוכרחו לפרש דעיקר קנין רכוב הוא רק באזלא מחמתי' וס"ל דרכוב הוא משיכה, דבלא זה אלא כשהבהמה עומדת במקומה, אין כלל במה לקנות, כיון דישיבתו עליה לאו כלום הוא, ומה שתפוס במוסירה נמי אין מועיל במציאה, ובע"כ שאין במה לקנות כ"א באזלא מחמתי' ומטעם משיכה, ולפ"ז יהי' הדין כן, דכשרכב והבהמה עמדה על מקומה, לכו"ע לא קנה, אחרי שלא נעשה בזה שום קנין, והיכי דאזלא מחמתי' דנעשה בזה קנין, תלוי זה במחלוקת הרי"ף ורמב"ם עם הרא"ש, דלהרא"ש והטור אשר יפסקו כשמואל דרכוב לא

קנה כ"א במנהיג ברגליו, גם בזה לא קנה, ולשיטת הרי"ף ורמב"ם דסברי רכוב קונה, א"כ באזלא מחמתי' קונה, אבל דוקא באזלא מחמתי', הא כשעמדה על מקומה גם אליבי' לא קנה, ואכן שיטת הריצב"ש הוא דקנין רכוב אין זה מטעם משיכה כ"א במה שיושב עליה והבהמה תפוסה בין רגליו, זה עצמו הוה כקנין, ובזה הוא דסובר שמואל דלא קנה, אבל כשאזלא מחמת הרוכב דיש בזה נמי משיכה, גם לשמואל קונה, דרק בקנין רכוב הוא דפליג, אבל במשיכה לא פליג וא"כ להרי"ף ורמב"ם דפסקו דרכוב קונה אם אך ישב עליה אע"ג דעמדה במקומה נמי הוה קנין לשיטת הריצב"ש דזהו קנין רכוב, ואילו ברמב"ם הא כתוב או שרכב עליה והלכה בו הרי דמצריך הליכה נמי ובעמדה במקומה לא קני, הרי בע"כ דלא כהריצב"ש, ולענ"ד נראה ליישב דברי הרי"ף ורמב"ם דלשיטתייהו אזלי בזה, דהנה בב"מ שם במה דקאמר הש"ס אלא אי איכא חד צד דלא קני רכוב הוא דלא קני, הקשו התוס' והא במתני' שנינו אחד רכוב ואחד מנהיג ועלה קאמר דיחלוקו, הרי דרכוב קונה, ותי' דמתני' דחי במנהיג ברגליו, וכבר נתעוררו המפרשים לשאול מדוע לא הקשו מבבא הראשונה דשנים רוכבים, ולקמן בסוגיא כשמקשה הש"ס גופא ממתני' משמע מן התוס' ומפרשים שגם קושית הש"ס הוא מבבא דאחד רכוב ולא משנים רוכבים, וצריכים אנו לתת אפוא טעם גם על הש"ס, ובפשוטו היה נראה דבבא דשנים רוכבים היה פשיטא לש"ס דמיירי במנהיג ברגליו, דהא ע"כ שהיה בזה הנהגה מצד הרוכבים, דבודאי לא מצאוה כעת במקום ב"ד, אלא בשדה מגאוה וישבו שניהם לרכוב עליה וברכיבתם באו כה עד מקום ב"ד, וא"כ הרי יצאו מכלל רוכבים ובאו לכלל מנהיגים, ואע"ג שגם ברוכב הוה אזלא מחמתי' קצת וכמ"ש התוס' להלן שם, היינו שמחמת רוכב לחוד אזלא קצת אבל שתלך כל הדרך מחמתי' אי"א בלא הנהגה שיבעוט אותה ברגליו, דבלא בעיטת הרגלים אם כי אפשר שתלך מעט מחמת הרוכב, אכן אח"כ תעמוד מלכת עד אשר יבעט אותה ולהכי מבבא זאת לא קשיא לש"ס כיון דפשיטא דמיירי בהנהיגוה נמי, אבל בבא דאחד רכוב היה אפשר לומר שמצד הרוכב לא היה שום פעולה בהנהגת הבהמה, וע"י כח המנהיג באה משדה לב"ד, ומשו"ה היה סובר המקשה לדוחק לאוקמי גם בבא הזאת דאיירי במנהיג ברגליו, והתרצן דחה שגם בבא הזאת מיירי נמי במנהיג ברגליו, וא"ש מה שלא הקשו התוס' מבבא הזאת דשנים רוכבין, כיון דגם להש"ס עצמו לא היה קשה כלל מבבא זאת, ואין להקשות דלפ"ז יהיה מיותר לגמרי הך בבא, דהא בב"מ (ד"ח ע"א) דפריך הש"ס אלא מהא היו שנים רוכבים ומשני ודלמא הא אתי לאשמועינין דרוכב קנה, ופרש"י דאע"ג שלא עקרה יד ורגל נמי קנה. ולמה שכתבתי דבבא הזאת מיירי בע"כ בהנהגה נמי, א"כ יקשה מאי אשמועינן,

דיש לומר דהרבותא הוא דשניהם שווין בקנין דלא נימא דקמא עיקר וכמ"ש הרא"ש שם, ואפי' לפרש"י נמי י"ל דלעיל הוה הקושיא, מבבא דאחד רכוב ולא משנים רוכבין, וע"ז שפיר אמר דאשמועינן דרכוב הוה קנין, אע"ג שלא עקרה, וכן מוכח להדיא מלשון רש"י דריש ב"מ, דבד"ה היו שנים רוכבין כתב וז"ל לאשמועינן אתא דרכוב ומנהיג שניהם שווים לקנות בהמה מן ההפקר עכ"ל, וקשה דהא זה הדין ילפינן רק מבבא דאחד רכוב ואחד מנהיג, וא"כ למה מציין רש"י זה על בבא דשנים רוכבים, ובשמ"ק הרגיל בזה וכתב דרש"י רצה בזה להורות דבבא דשנים רוכבין אין שום חידוש וכולה הך בבא אגב סיפא נקטה, הרי להדיא דבבא הזאת משנה שאינה צריכה היא כלל לפרש"י וא"כ ליכא למימר דמינה מקשה הש"ס, ובע"כ דהקושיא לעיל בד"ח הוא נמי מבבא דאחד רכוב, איך נוכל לומר דאתא לאשמועינן דרכוב לחודי' קנה, היינו שלא עקרה יד ורגל, הא אח"כ בסוגיא (דף ט') מוקמינן לה במנהיג ברגליו ומנהיג ברגליו לא הוה חידוש כלל דקנה דמ"ש משאר מנהיג, וצ"ל לפרש"י דהך דחויא דמדחי הש"ס במנהיג ברגליו הוא רק אליבא דשמואל דסובר דרכוב לא קנה, אבל סתמא דש"ס לא ניחא בזה ופליג וסובר דרכוב נמי קנה, וכן איתא בהגהות ח"מ שם דסתמא דש"ס פליג על שמואל ומזה מצאתי המפתח לשיטת הרי"ף ורמב"ם דלא הזכירו החילוק דמנהיג ברגליו וסברי דרכוב לחוד קנה, ותמהו עליו למה לא יפסוק כשמואל, ולמה שכתבתי מבואר דהיינו משום דסברי נמי דבבא דשנים רוכבים אגב סיפא נקטה וכמ"ש השמ"ק בתחלת המסכת ולהלן בדף ח', ומשו"ה בע"כ דהקושיא דדף ח' ע"א הוא מבבא דאחד רכוב, וא"כ ליכא לשנויי דהא דאשמועינן דרוכב קנה. היינו דרוכב קמא שוה בקנייה לרוכב בתרא כתי' הרא"ש. כיון דלא מיירי כלל משניהם רוכבין. ובע"כ דמה דקאמר דאשמועינן דרוכב קנה, היינו אע"ג שהוא רכוב לחוד ולא עקר יד ורגל, וא"כ ממילא נשמע מזה דסתמא דש"ס לא מוקי במנהיג ברגליו, דאי במנהיג ברגליו אין זה שום רבותא, ובע"כ דסתמא דש"ס פליג על הך דינא דשמואל ולכן פוסק כסתמא דש"ס. אכן הרא"ש לשיטתו דפירש דמה דמשני בדף ח' ע"א דמה דאשמועינן דרוכב קנה. היינו דשני הרוכבים דינם שוה. וא"כ יפרש דהקושיא לעיל הוא מבבא דשנים רוכבים, ולפ"ז אין לנו שום הוכחה דסתמא דש"ס פליג עם שמואל וכו"ע סברי דרכוב לחודא לא קנה. משו"ה פוסק כשמואל דרכוב לחודא לא קנה כ"א במנהיג ברגליו, וזה נכון מאוד ובפשוטו י"ל דמ"ש הרמב"ם והלכה בו כוונתו כשמנהיג ברגליו והיינו כשמואל ולא פליג כלל עם הרא"ש וד"ק בכ"ז:

שם **בהג"ה** או שהנהיגה בקול, והסמ"ע הביא בשם הרמב"ם דהנהגה קונה בכל הבהמות ודל כהרא"ש דכתבו בחמור וגמל איכא חד צד דלא קני, ועיין מה שכתבנו בחדושנו

לקמן (סי' רע"א) להוכיח שיטת הרמב"ם מן הש"ס, ועיין בנתיבות שהקשה למה לא קנה הרוכב בד' אמות ע"ש, וצ"ל דכוונתו דהו"ל לקנות בהד' אמות כשהלך ברגליו ובא עד הבהמה, דאילו בא רכוב על על בהמה אחרת עד מקום הבהמה הזאת והחליף רכיבתו מבהמה זאת על האחרת, לא קנה כלל בהד' אמות, כיון דהילוך ברגליו לא היה בזה וד' אמות לא תקנו כ"א במהלך ברגליו ולא ברוכב ועיין מה שכתבנו בחדושנו לקמן (סי' רס"ח) מזה ע"ש:

סעיף ת' **במחבר** או שהיה ברשות הרבים שרבים דוחקין שם ה"ז קונה ברכיבה, וזה מבואר בש"ס (ב"מ ד"ט ע"א) ואי רה"ר הוא קנה, והנה בקצוה"ח ונתיבות וכן בחדושי רעק"א הקשו כיון דכל מיני רכוב הוה הקנין משום דאזלא מחמתי' וכמ"ש לעיל בלשון המחבר או שרכב עליה והלכה בו, והקנין הוא מטעם משיכה, וא"כ היכי קונה ברה"ר הא אין משיכה קונה ברה"ר ע"ש, ולכאורה יהיה מכאן ראיה לשיטת הריצב"ש שהבאתי לעיל בסמוך דקנין דרכוב הוה רק משום תפיס בגופה, והא דקאמר בש"ס ואי רה"ר קנה לא קאי על האוקימתא דמוקי במנהיג ברגליו אלא ברכוב בעלמא ודוחק, ועוד דהא לעיל הוכחתי דהרמב"ם והמחבר לא סברי כהריצב"ש ואפ"ה פסקו כאן דברה"ר קנה, ונ"ל ליישב קושיתם, דהנה בטעם דמשיכה לא קנה ברה"ר, אם כי הרשב"ם בב"ב דפ"ד ואחריו נגררו הפוסקים, דהטעם הוא משום דבעינן שימשוך החפץ לרשותו דוקא, וברה"ר לאו רשותו מיקרי, אכן לענ"ד יש לתת טעם אחר לזה, והוא משום דברה"ר דפסקי רבים אין דרך למשוך פן יפסיקוהו עוברי דרכים, וכיון דלאו אורחא הוא לא תקנו שיועיל זה לקנין וכמו שאמר רב כהנא בב"מ שם דרכוב בעיר לא קנה משום דאין דרכו בכך, ואע"ג דרב אשי פריך עלה אלא מעתה הגביה ארנקי בשבת ומשני דהיינו דוקא במקח וממכר וא"ל קני כדרך שבני אדם קונים, ומשמע דהא במציאה קונה בכל אופן אע"ג שאין דרכו לרכוב בעיר, אכן באמת אדרבה מסוגיא זאת גופא יהיה סיוע לסברתי, דהנה רש"י פי' הטעם שאין דרכו לרכוב משום צניעותא, ומאי בעי בזה, ונראה דנתכוון ליישב קושית השמ"ק דלמה פריך בש"ס מהגביה ארנקי בשבת רק אחר שתירץ שאין דרכן כו' וכתב דמתחלה היינו אומרים דסבת החסרון ברכוב בעיר הוא מחמת שבשדה מצוי רכיבה, שרגיל לעשות כן לשמור גרנו, אבל בעיר אין מצוי כלל רכיבה, וכיון דסבת החסרון הוא מחמת שהרכיבה בעצם לאו אורחא הוא, לא יוכל להקשות מארנקי בשבת, דהא עצם ההגבהה מצוי הוא, ואע"ג שמחמת צניעותא אין דרכו לעשות כן, כיון שעצם ההגבהה בארנקי מצוי הוא לא יוכל לבטל הקנין, אבל לאחר שמשני שהטעם הוא לפי שאין דרכו לרכוב בעיר, דאין החסרון בעצם הרכיבה אלא משום צניעותא, ע"ז מקשה

שפיר מהך דארנקי ע"ש. וזה נמי שדייק רש"י שאין דרכן משום צניעותא, כלומר שדוקא עתה דמשני דעצם הרכיבה מצוי הוא בעיר, ורק הסבה הוא משום צניעותי קא מקשה מארנקי, אבל אם היינו אומרים שעצם רכיבה אין דרכם בעיר, אז ודאי דלא קנה ולא קשה כלל בארנקי, ולפ"ז הרי ראיה מכאן לסברתי דכיון דמשיכה לאו אורחא ברה"ר שלא יפסיקוהו עוברי דרכים, וכיון דהוי דבר דלאו אורחא בעצם הקנין משו"ה לא קנה, זהו הנלע"ד הטעם דמשיכה לא קניא ברה"כ, אכן לטעם הזה לא שייך הכי כ"א במנהיג ברגליו שאין תפוס בבהמה, אבל ברכוב דלא שייך טעם זה דברכוב לא יפסיקוהו, דהא משום זה גופא ירכוב ברה"ר כדי שלא יפסיקוהו וכמ"ש רש"י שם, וממילא הוה הרכיבה מצוי מאוד דוקא ברה"ר וברה"ר אין קנין מצוי יותר מרכיבה, משו"ה ברכוב קונה שפיר ע"י משיכה כזאת אפי' ברה"ר. והא דאמרי' דמשיכה ברה"ר לא קנה, היינו במושך דעלמא שאינו רכוב, דהוה לאו אורחא וזה נכון, ועוד נ"ל דאפי' לטעם הרשב"ם משום דבעינן משיכה לרשותו נמי יש ליישב, דלטעם הזה יש להבין דא"כ מסירה נמי אמאי קונה ברה"ר, וצ"ל דבמסירה דומה כמאן דנקיט בידו וכמ"ש בשמ"ק בב"ב שם, וא"כ ברכוב כיון שתפוס בגופה ויושב עליה כ"ש דהוה כמאן דנקיט בידו, ובזה הוה כמו ברשותו וכ"ש הוא ממסירה דמהני מטעם זה ופשוט:

## סימן קצח

סעיף א' **במחבר** דבר תורה מעות קונות אבל חכמים תקנו כו'. ולענ"ד נראה ברור דהיינו דוקא היכי שהקנין היה במעות מזומן אבל אם הקנין היה בשוה כסף קונה קנין גמור גם לדידן, וראיה ברורה לזה מהא דמוקי הש"ס (ב"מ דמ"ו) יש דמים שהם כחליפין כיצד החליף דמי שור, ורש"י פי' שם בד"ה כיצד שמשך השור ע"מ ליתן הפרה, הרי יש שבשעת משיכת השור נתרצה כבר לתת לו הפרה ולאותו על המקח והשור נתן לו בדמי הפרה, ונמצא שקנין הפרה היה בדמי השור עצמו דהיינו בשוה כסף ממש ואפ"ה קאמר דקנה משום דלא שכיחא, הרי להדיא שהיכי דהקנין היה בשוה כסף כיון דהוה מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן וקונה קנין גמור, ואם כי לעיל מינה כתב רש"י שם שמשך השור ונתחייב לו דמיו ואח"כ א"ל פרה יש לי, ולפ"ז הקנין היה לא בשור כ"א בחוב הדמים, כיון שבשעת משיכת השור לא ידע כלל מהפרה ע"ש, כבר כתבתי לעיל בחדושינו (סי' קצ"ה) שלא יסתרו דברי רש"י מיני ובי', דלשיטתו שפי' התם דקושית הש"ס הוא גם לס"ד דכל הנעשה וגם למסקנא דכל הנישום, וממילא שגם התירוץ דיש דמים שהן כחליפין הוא לשניהם, ולמאי דס"ד דכל הנעשה, דהיינו מטבע, אי"א לפרש דהקנין היה בשור גופא דהיינו שוה כסף דא"כ לאו כל הנעשה הוא ורישא

וסיפא חדא הוא לרש"י ע"ש, ובע"כ יתפרש דהקנין היה בחוב ובחוב הוה שפיר כל הנעשה, דהא כסף הוא חייב לו ולא שוה כסף, אכן למסקנא דכל הנישום בע"כ יתפרש דהקנין היה בשור גופא, דאי בחוב לאו נישום הוא אלא נעשה, להכי פרש"י שני פירושים באופן קניית הפרה בכדי שיתאים לס"ד ולמסקנא, ועכ"פ בנידון דידן למסקנא שיתפרש בע"כ דהקנין היה בשור ממש דהיינו שוה כסף וגם בזה אמר רש"י דלא שכיחא הוא ולא גזרו. הרי ראיה ברורה שבשוה כסף קונה לגמרי דלא שכיחא הוא, ועוד היה נראה לכאורה להביא ראיה ממ"ש הנמוק"י (פ' הזהב) דבחליפין שוה בשוה דקני ולא שייך התם הגזירה דנשרפו חטיך, דבחפץ בחפץ לא שייך כזה דהא גם בקנין מעות הקשו התוס' (ב"מ דמ"ג) דהשתא דתקנו דלא קנה יאמר המוכר נשרפו מעותיך ותי' כיון דמעות אין טרחא להצילם או משום דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע ולא שייך הגזירה לגבי מוכר, ומשמע שאילו היה שייך הגזירה גם לגבי מוכר לא גזרינן כלל והוה מוקמינן אדינא, א"כ בחפץ בחפץ אי אמרת דלא קנה יאמר המושך נשרף חפצך שמשכתי, ויצא לנו אפוא דין חדש דשוה כסף עדיף לענין קנין מכסף ממש, דבכסף עקרו הקנין, ובשוה כסף קונה, הן מטעמא דידי דהוה מילתא דלא שכיחא, והן מטעם הנמוק"י דחפץ בחפץ לא שייך הגזירה, הן אמנם דטעם הנמוק"י אין מספיק ללמוד ממנו למכירה, דהוא לא קאמר לסברתו כ"א בחליפין דשוה בשוה דמשו"ה לא שייך החשש דנשרפו חטיך, דאם נימא שלא קנה יאמר זה שמשך נשרפו כו', ואפשר לומר דהיינו בחליפין דאין בזה שם של מכירה, אבל במכירה נהי דמצד הדין ראוי היה לקנות בשוה כסף כיון דהכא לא שייך החשש דנשרפו כו', מ"מ כיון שהפקיעו חז"ל לקנין מעות, גם בשוה כסף נמי אין מועיל אע"ג דלא שייך הגזירה כיון דהכל שם מכירה הוא לא פלוג רבנן וכמ"ש הנתיבות בסמוך שאפי' אם לא נתן רק מקצת מעות דלא שייך הגזירה כיון שיש לו עוד לתבוע מעות מ"מ לא קנה, כיון דעקרו קנין מעות לגמרי עקרוהו. וכן מסקנת הש"ך בסמוך סעיף ה' שאפי' במקום דליכא חשש דליקה נמי לא קנה דלא פלוג רבנן, וא"כ י"ל דהנמוק"י דוקא בחליפין כתב כן שיש לו שם אחר, שוב מצאתי בחדושי רעק"א בב"מ שם שכתב נמי דמהנמוק"י אין ראיה וכמו שביארתי, ותימה על הפנ"י שכתב כסברת הנמוק"י גם לענין מכירה, מ"מ טעם שלי ברור הוא לשיטת רש"י דקניה ע"י שוה כסף הוה מילתא דלא שכיחא ומתחלה לא גזרו רבנן ע"ז, וכן משמע מן הסמ"ע לקמן (סי' ר"ג) ועמ"ש הנתיבות שם וזה ברור:

**אלא** דיש להעיר עוד בזה ממ"ש רב אשי (ב"מ דמ"ו) הברייתא דתן לבני דינר ואני אתן לך יפה דינר וטריסית ממעות שיש לי בביתי דאם יש לו מותר ומוקי רב אשי דעולם

בדמים ובפרוטטות וכיון דאית לו נעשה כאומר הלויני עד שיבוא בני כו'. ומדהוצרך לטעם דהוה כאומר הלויני מוכח דמתורת קנין דמים לחוד לא קנה עוד לגמרי שלא יהא שייך בו שוב איסור ריבית כמו בחליפין דלא שייך איסור ריבית משום דקני לגמרי מיד וליכא אגר נטר, והיינו בע"כ משום דמעות אין קונה כ"א למי שפרע, ואע"ג דבאיסור ריבית מהני גם קנין למי שפרע וכמ"ש רש"י ותוס' (ב"מ דס"ב) דכיון שאם בא לחזור קאי במי שפרע קיימא ברשותא דהיאך ולא הוה כריבית, אכן לא סוגי האיסור וגם לא הסתלקות האיסור דומין הך דהכא דין דהתם, דהתם בדף ס"ב אין נותן לו בריבית איזה דבר יותר ממה שלקח ממנו, ורק צד הריבית הוא מה שנתייקר התבואה, ואי נימא דברשות לוקח נתייקר יסולק האיסור, ולגבי זה שפיר נחשב כאילו ברשות לוקח נתייקר. דאף אי אמרינן דכסף אין קונה לגמרי ויכול לחזור כשירצה, מ"מ כל זמן שלא חזר ודאי דחשבינן כאילו ברשותו של לוקח, מפני שעלינו להעמיד כל אדם בחזקת כשרות ולומר שודאי לא יתרצה לחזור ולעמוד במי שפרע, וגדולה מזה מבואר בשער המשפט (הלכות ריבות סי' קס"ג) שאפי' היכי דליכא גם מי שפרע ורק שיהיה מחוסר אמנה לבד אם יחזור הוה נמי כברשותו דלוקח וברשותו נתייקר ע"ש, שהוכיח כן מכמה ראיות, ואע"ג דבכה"ג ליכא צד קנין כלל, מ"מ כיון דסילוק האיסור תלוי רק אם נימא דרשות לוקח אתייקר, וזה ודאי דכל זמן שלא חזר עומד ברשותו, דדוקא אם ראינו דחזר הופקע מרשותו של לוקח, אבל כל כמה דלא חזר עלינו לומר שבודאי לא יחזור ולסמוך על שארית ישראל לא יעשו עולה וכמו שביארתי בחבורי לב"מ (דף מ"ט) גבי ישראל שאמר לבן לוי, אבל בעובדא דתן דינר דצד האיסור הוא מה שנתן לו טריסית יותר, ולפ"ז סילוק האיסור לא יהיה כ"א כשנימא דקנה מיד לחלוטין והוה כאילו פורעו מיד ואין כאן אגר נטר כיון דאין ממתין לו כלום, וכמ"ש שם רש"י. וכיון שכן כל כמה דלא נגמר הקנין לגמרי עד שלא יהיה יכול לחזור לא יסולק האיסור, דכיון דמצי לחזור עדיין לא נוכל עוד לחשבו כאילו פרעו ונסתלק מאתו, ולכן אע"ג דכשאנו דנין באיזה רשות עומד חשבינן אותו כברשות לוקח, מ"מ כשאנו דנין לענין גמר המקח, ודאי דלא נוכל עוד לחשבו כגמר המקח, כיון דס"ס יכול אכתי לחזור כשירצה, ולהכי בדף ס"ב דסילוק האיסור הוה בזה שנחשריי כרשות לוקח, שפיר אמרינן דכיון דיש כאן מי שפרע אם יחזור חשבינן כברשות לוקח. משא"כ בטריסית יותר דסילוק האיסור תלוי בגמר המקח, וזה ודאי דמיד לא נקנה עדיין לגמרי כיון דאכתי מצי לחזור, ועיין מה שכתבנו בחבורנו לב"מ דס"ג להוכיח כן גם מן הש"ס באריכות, דבעובדא דפרוטטות אין קונה קנין גמור, וקשה כיון דגם רב אשי מוקי בפרוטטות ופרוטטות הא לא הוה כמו מעות מזומן כ"א כשוה

כסף וכדדייק הש"ס גופא שם מלשון יפה דינר, דמשמע דהיינו שוה דינר, דאי בכסף ממש הול"ל דינר יפה, ולהדיא קראוה פירי בש"ס שם, ולמה שכתבתי דבשוה כסף קונה קנין גמור א"כ אכתי למה הוצרך רב אשי לטעם דהוה כאומר הלויני כו'. ותיפוק דקונה קנין גמור מתורת דמים ולא שייך אגר נטר שוב. הן אמנם דזה יש לתרץ למה שכתבנו בחבורנו שם במקומו, דאם כי גם רב אשי מוקי בפרוטטות וכאוקימתא דר' אבא, מ"מ לא דמי האוקימתות דר' אבא הוה אידי ואידי בפרוטטות, ודרב אשי הוה רק דבעה"ב פרוטטות אבל של שולחני יפות הם ע"ש מילתא בטעמא, ולזה א"ש כיון דשל שולחני שהם עושים הקנין הוה יפות, הוה כסף ממש ולא שוה כסף ולא קנה קנין גמור, וגם זולת זה הא כתבו התוס' (ב"מ דמ"ח) דרב אשי סובר כריש לקיש דמשיכה מה"ת ומעולם לא קנה כלל, ולכן מרב אשי לק"מ, אבל אכתי יקשה באוקימתא דר' אבא כיון דמוקי שניהם בפרוטטות ל"ל למימר שהקנין הוא מטעם חליפין וכמו שמסיים ומשו"ה נקנו בחליפין, הא אפי' אי הוה מטעם מעות הוה נמי קנין גמור כיון דהוה ע"י שוה כסף, וצ"ל דמעות הרעות אע"ג דלא מיקרו מטבע היינו דוקא לענין חליפין משום דטעם דמטבע אין נעשה חליפין דדעתו אצורתא, אבל לענין תורת דמים שם מטבע עליהן, ולא שם שוה כסף, והא דקרי להו בש"ס פירי, היינו רק לענין חליפין יש להם דין פירי אבל לשאר דברים שם מעות עליהן, וגם הטעמים שכתבתי דמהני הקנין בשוה כסף ליכא בזה. דלמה שכתבתי דמשום דלקנות בשוה כסף לא שכיח הדבר שיתן שוה כסף בתורת דמים, א"כ היינו דוקא כשהקנייה הוא בכלים וכדומה, אבל הני מטבע שכיח שיתן אותם בתורת מעות, דאע"ג שאינם יוצאים בהוצאה אפ"ה מסחר אתעביד על ידייהו דהא חזינן הכא שלקחם מן השולחני וגם נתנם להפועלים ושכיח הדבר שיתן אותם בתורת דמים וגזרו בו רבנן דלא יקנה ודו"ק:

שם **במחבר** ד"ת מעות קונה. והנה במתנה דליכא מעות כתב הרמב"ן דקונה בחליפין וחצר, ועיין בקצוה"ח כאן שתמה דלמ"ד מעות קונות היינו דוקא מעות ולא שום קנין אחר זולתו וגם יד אינו קונה, א"כ כ"ש חצירו דהוה מטעם יד אין קונה ע"ש. ולעד"נ דאפי' למ"ד מעות קונה לא בא למעט דשום קנין זולת מעות לא יקנה, דא"כ אפי' במעות גופא לא אפשר לאשכוחי קנין, דהיאך יקנה המוכר להמעות, וגם היכי משכחינן לקנין חליפין, דע"י שמושך זה את החפץ נקנה אידך להשני, ובמה יקנה הראשון, ועוד היכי יעלה על הדעת דשום קנין לא יועיל, הא קנין יד מפורש בתורה ונתן בידה, אלא ודאי דבקנין יד לא פליג ר' יוחנן ומודה דזה ודאי מהני, ולא פליג כ"א במשיכה ובשארי קנינים שלא הכנים, עוד הלוקח לרשותו ממש, והוה"ד חצירו דהוה מטעם יד נמי קנה, ועוי"ל

עפמ"ש המקנה בקדושין (דף כ"ב) שאפי' משיכה נמי מהני לר' יוחנן ועיקר פלוגתת ר' יוחנן ור"ל במוכר מטלטלין במעות, באיזה דבר צריך להיות המשיכה אם המוכר במעות או הלוקח במטלטלין, אי בעינן משיכת מוכר דוקא או משיכת לוקח ע"ש וא"ש. ועיין מה שכתבנו עוד בחדושנו לעיל (סי' קצ"ו סעיף ג') בנוגע לזה:

שם **במחבר** אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלים כו' או במשיכה, הנה הא דמשיכה קונה היינו רק אותו חפץ הנמשך לענין חיוב אחריות, אבל לא אמרינן שמשיכה יקנה לגמרי גם חת המעות, היינו שבמשיכת לוקח את המטלטלין יקנה המוכר את המעות בכ"מ שהם, וכמו בחליפין דבמשיכה של אחד נקנה החפץ השני בכ"מ שהוא, זה לא אמרינן, וכמ"ש ברש"י (ב"מ דמ"ז ע"א) ד"ה מהו, וכן מבואר להדיא בב"י לקמן (סי' ר"ג) ובכ"מ (פ"ו מהלכות מכירה) ע"ש. ואכן בחדושנו לעיל (סי' קצ"ה) הוכחתי שהיינו דוקא לר' יוחנן דמשיכה לא קנה מה"ת, והא דעקרו קנין מעות לגמרי ולא תקנו שיקנה בשניהם היינו שלא יאמר הלוקח נשרפו וכמ"ש הרמב"ן שם (דף מ"ז) בתוד"ה נשרפו, ולזה די רק אם נתקן שהמשיכה מהני לענין שהחפץ הנמשך עומד ברשות המושך ושוב אין חשש, ומהיכי תיתי לתקן בחנם דמשיכה יקנה קנין גמור, אבל לר"ל דמשיכה הוה מה"ת איה"נ דמשיכה הוה קנין גמור וגם המעות יהא נקנה למוכר ועיין מה שכתבתי שם בארוכה:

שם **בסמ"ע** סק"ג דאע"ג דעקרו קנין מעות מ"מ אם קידש המוכר אשה בהמעות מקודשת, דלחומרא לא עקרו בתקנתן דברי תורה, והמקור לזה הוא דברי רש"י (ב"מ דמ"ח ע"א) בד"ה קאי שכתב וז"ל ונ"מ לענין קדושין דלר' יוחנן הוה קדושין דמה"ת קנייה ע"ש, והריטב"א השיג ע"ז כיון דס"ס עקרו רבנן קנין מעות הרי לא קנה ולאו כדידיה הוא, ואם נאמר כיון דקני לי' מיהת לענין מי שפרע הו"ל כדידיה. א"כ לר"ל נמי ליהוי קדושין כיון דלדידי' קאי נמי במי שפרע, וכבר נאמרו ונשנו באחרונים הרבה תירוצים על קושיות הריטב"א, ולי נראה פשוט, דודאי כיון דקנה לענין מי שפרע, כל זמן שלא קיבל מי שפרע נחשב כדידיה וכדאשכחן להדיא (ב"מ דס"ב ע"ב) גבי איסור ריבית דכיון דקנה לענין מי שפרע כל זמן שלא קיבל מי שפרע נחשב כדידיה וברשותו נתייקר וכמש"ש רש"י ותוס', והיינו משום דאע"ג דיכול לחזור, מ"מ כל זמן שלא חזר נחשב כקנין גמור מפני שעלינו להעמיד כל אדם בחזקת כשרות ולומר שודאי לא יתרצה לבטל את המקח ולעמוד במי שפרע וכמו שהארכתי לעיל בריש סימן זה, אכן היינו דוקא לר' יוחנן ולא לר"ל, דאם שגם לר"ל צריך לקבל מי שפרע, מ"מ חילוק גדול יש בין ר' יוחנן לר"ל, דלר' יוחנן דמה"ת נקנה, וא"כ העונש דמי שפרע הוא בא שלא לעבור על הקנין, ומשו"ה כל

זמן שלא ביטל נחשב לקנין גמור, דנאמר שע"י העונש לא יבטל הקנין, אבל לריש לקיש דלא קנה עוד, ועונש דמי שפרע הוא רק לחייבו שיעשה קנין, משו"ה אע"ג דמעמידין אותו בכשרותו ואמרינן שודאי ישתדל לעשות קנין, מ"מ ס"ס אכתי כל זמן שלא עשה הקנין אין זה כדידיה ולא יכול לקדש וזה ברור, ולפלא בעיני על כל האחרונים שרצו להוכיח מרש"י הזאת דס"ל דקנין דרבנן אין מועיל להפקיע קנין דאורייתא, ובדבר שהוא דאורייתא כמו קדושין אזלינן בתר קנין דאורייתא אע"ג שחכמים הפקיעוהו, עיין באבני מלואים סי' כ"ח ובחת"ס חיו"ד סי' שי"ד, ולמה שכתבתי אין ראיה כלל, דודאי היכי שהפקיעו חז"ל הקנין מועיל לבטל, דהפקר ב"ד הפקר, רק שהכא לענין מי שפרע לא הפקיעו ונשאר הקנין על עמדו לקנין גמור, וכל זמן שלא קיבל מי שפרע הרי הוא קנין גמור גם מדרבנן, וראיה ברורה לזה מדברי הגמרא (ב"מ דמ"ט) דפריך התם והא בעי לקבולי מי שפרע ופרש"י ודלמא לא הוה מקבל ואשתכח דזוזי דידי' נינהו, הרי להדיא דאע"ג דחז"ל עקרו קנין כסף והעמידו רק למי שפרע, מ"מ לענין מי שפרע הוה קנין גמור גם מדרבנן ורק רשות לחזרה ניתן לו ואם חזר נתבטל הקנין למפרע, אבל כל זמן שלא חזר הוה קנין גמור, והחפץ הנקנה קאי ברשות לוקח והמעות ברשות מוכר, והיינו דפריך והא בעי לקבולי מי שפרע פי' נהי דמצד חיוב שמירה אין לחייבו כיון שאמר לו שקול זוזך כלתה השמירה, מ"מ יתחייב מטעם דדידי' הוא דאתניסו, דכל זמן שלא קבל מי שפרע המעות כדידי' הוא וכפרש"י, והרי הוכחנו דכל זמן שלא קבל מי שפרע, המעות הוה של מוכר אפי' לענין חיוב אונסין, וכ"ש לענין קדושין, ואין להקשות דא"כ מה השיב להם רבא על שאלתם דהא בעי לקבולי מי שפרע, וא"ל ה"נ, ופרש"י או ישלם או יקבל מי שפרע, והא לפרש"י שדעת הנהו רבנן דשאלו מרבא והא בעי לקבולי מי שפרע, היינו משום דאשתכח דזוזי דידי' דאתניסו, דכל זמן שלא חזר הוה קנין גמור והחפץ הוה של לוקח והמעות של מוכר, וא"כ מה משני שיקבל השתא מי שפרע, דמה מהני זה שיקבל השתא, הא כיון דכל זמן שלא קבל המי שפרע היה זה כקנין גמור, וכיון שלא הספיק לקבל קודם המי שפרע, אכתי ברשות המוכר נשרף וכמ"ש הבעה"מ בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל דאע"ג דתקנו חז"ל שהלוקח יכול לחזור מחשש שמא יאמר נשרפו חטיך. היינו כשהספיק לחזור קודם שנשרף אבל אם לא חזר עד שנשרף אינו יכול שוב לחזור אפי' כשירצה לקבל מי שפרע, ואין ספק שזהו כוונתו וטעמו דכיון דכל זמן שלא חזר עומד החפץ ברשות לוקח מה מהני חזרתו אח"כ כיון שבשעה שנשרף שלו היה, וכיון שרש"י פי' נמי דקודם החזרה שלו היה וברשותו נשרף, מה מהני הקבלת מי שפרע, ואין לומר דרש"י יסבור כרמב"ן החולק עם בעה"מ וסובר שגם אחר שנשרף יכול

לחזור, דהא הוא אין חולק עמו כ"א בזה, דהרמב"ן סובר דכסף לחוד אין גומר כלל דכיון שעקרוהו לקנינו דאין עושה שום רושם כ"א למי שפרע ולא הוה כלל ברשות לוקח, אבל אם היה ס"ל דכל זמן שלא חזר הוה קנין גמור היה מודה שאפי' אם ירצה לקבל מי שפרע אחר האונס ג"כ לא מהני מלפוטרו עי"ז מאחריות האונס, ונ"ל דסברת רש"י כן הוא דאע"ג דקודם החזרה עומד ברשותו, מ"מ אם יקבל אח"כ מי שפרע עוקר הקנין מעיקרו וכאילו לא היה מעולם שום קנין, ויפלוג בזה עם הבעה"מ, דבעה"מ יסבור דהא דתקנו חז"ל שבקבלת מי שפרע סגי, היינו רק לתת יכולת בידם לחזור. אבל לא לעקור הקנין דמעיקרא, ולהכי ס"ל שאם לא הספיקו לחזור עד אחר ביאת האונס, לא מהני שוב אפי' אם יקבל מי שפרע, כיון דס"ס ברשותו הוא דנשרף, ורש"י סובר שהתקנה היתה דהמי שפרע עוקר הקנין דמעיקרא וכאילו מתחלה לא היה שום קנין, ומשו"ה אם מקבל מי שפרע מהני לפטור מאחריות להאונס, ובחבורנו לב"מ שם הארכתי לבאר איך יתרץ בעה"מ תשובת רבא ואכ"מ, עכ"פ זה ברור לשי' רש"י דכל זמן שלא חזר הוה קנין גמור גם במעות ורק רשות לחזרה ניתן אבל כל זמן שלא חזר הוה המעות של מוכר אפי' לאונסין וכ"ש לקדושין, ואפי' לשיטת החולקים דאפי' לאחר שנשרף יכול לחזור היינו משום דס"ל דהמי שפרע עוקר הקנין למפרע, אבל קודם שחזר כו"ע ס"ל דברשות לוקח הוא ויכול לקדש, ועיין בפנ"י בב"מ שם שטרח לחדש דלר' יוחנן דמעות קונה מותר המוכר להשתמש במעות הללו, וכיון דלהוצאה ניתן הוה כדידיה ויכול לקדש, ולר"ל אסור להשתמש ולא הוה כדידי' ע"ש. וכן מבואר להדיא בתוס' שם דמ"ג, אכן לשון רש"י אין סובל תירוץ זה, דא"כ למה לא פרש"י הך נ"מ גופא דלר' יוחנן יכול להשתמש משא"כ לר"ל, וממילא הוה ידעינן למלתא דפשיטא שכיון דיכול להשתמש, דהוה נמי קדושין, דלא גרע ממלוה שבידו דיכול לקדש בזה כיון דרשות בידו להוציאם, והנכון כמו שבארתי דהטעם הוא משום דהקנין נגמר וברשות לוקח הוא, והנה יש נ"מ גדולה גם לדינא בין תי' הפנ"י לתי' שלי, דלתי' הפנ"י שהטעם הוא משום היתר תשמיש, א"כ דוקא המוכר שקידש בהמעות הוה קדושין. אבל אם הלוקח מקדש בחפץ שנקנה ע"י מעות לחוד לא הוה קדושין, דכיון דחז"ל עקרו קנין מעות, ממילא מקדש בדבר שאינו שלו ואין כאן קדושין כלל, ודוקא לענין המעות שייך לומר כתירוץ הפנ"י, דנהי דאין כאן קנין מ"מ כיון שיכול להוציאם לכ הצטרכותו ממילא יכול לקדש נמי דלא גרע ממלוה וכנ"ל, ואפי' אם הוו המעות פקדון, לדידן דאנחנו הוו כשולחני, מותרים להשתמש בהם, ומעות אחרים הוא חייב לשלם, אבל בכלי לא שייך זה, אכן לתירוץ שלי דהטעם הוא משום דהקנין נגמר וברשות לוקח הוא, ודאי דגם הלוקח אם קידש בהכלי דהוו קדושין

דכל זמן שלא חזר עומד הכלי ברשות לוקח וכמו לענין איסור ריבית דהוה נמי מילתא דאיסורא ואפ"ה פשיטא לן דברשות הלוקח נתייקר וכמ"ש דכל זמן שנא חזר הוה קנין גמור ממש, וכיון שכתבתי דמסתבר ברש"י כתירוצי, וגם באבני מלואים סי' כ"ח דחה תי' הפנ"י, ממילא נכון הדבר דהלוקח אם קידש בכלי נמי מקודשת, והנה במל"מ (פ"ה מהלכות אישות) נסתפק במוכר לענין אם קידש בכלי שתחת ידו המכורה ע"י קנין כסף אי הוה קדושין ע"ש, ובמחכ"ת אין הבנה כלל לספיקו בזה, דפשיטא דמקודשת כיון שבידו לחזור והרי חזר בו וקידש האשה בחפץ הנמכר ואין לך חזרה גדולה מזאת וכמ"ש החת"ם שם, ומילתא דמספקא להמל"מ פשיטא דהוו קדושין, ורק אי איכא לספוקי, בלוקח שקידש מספקינן, ולמה שכתבתי גם בזה פשיטא דמקודשת, ועיין בפ"ת (אה"ע סי' כ"ח) שהביא שבס' יד המלך נסתפק בזה, ולמה שבארתי מקודשת ודו"ק היטב:

**והנה** בתשובת חת"ס סי' שי"ד כתב בישוב של רש"י עפ"י חלוקו של הב"ש (אה"ע סי' כ"ח) בין מקדש אשה במעמד שלשתן דמקודשת מה"ת להב"י, אע"ג דמעמ"ש לא הוה כ"א קנין דרבנן, ובין מקדשה בגזל ביאוש כדי דאינה מקודשת אלא מדרבנן, וכתב החת"ס בהסבר של החילוק, דבמעמ"ש אילו רצה להחזיר המעות להמלוה ולהמפקיד ולא למי שהומחה עליו הרי הוא עובר על תקנתא דרבנן וכמפקפק על דבריהם, ותקון כזה הוה קנין גמור גם מה"ת, אכן בקנין יאוש כדי שאינו אלא משום תקנת השבים ולא כוונו לעקור דבר מה"ת, אלא תקנו שלא נכוף אותו להחזיר גזילתו משום תקנת השבים, אבל אם הוא ירצה להתחסד להחזיר הגזילה עצמה, הרי הוא זכור לטוב, א"כ לא תקנו לקנין גמור, להכי משגחינן על הדאורייתא ואינה מקודשת מה"ת. וכן ה"נ מה שתקנו לעקור קנין מעות לא עקרו הד"ת דהא לא ניחא לחז"ל שיתעקר הד"ת, דהא הטילו עונש מי שפרע להעובר, וע"כ חז"ל גופייהו לא תקנו זה לקנין גמור, להכי לא נשגיח בזה על תקונם, וכיון דמה"ת הוה קנין מקודשת ע"ש, ואם כי הדבר נכון מצד הסברא, אכן לענ"ד נדחים מן הגמרא, דבמס' סוכה (דכ"ט ע"א) גבי ההיא איתתא דצווחא לקמי' ר"נ דרבנן בסוכה גזולה יתבי ואמר ר"נ פעיתא היא דא כיון דתקינו רבנן שיטול דמיה מפני תקנת השבים אין לה אלא דמי עצים ע"כ, הרי להדיא דאע"ג דתקון רבנן לא היה כ"א מפני תקנת השבים, ומאן דרוצה להחזיר עצם הגזילה זכור לטוב, אפ"ה מועיל התקנה לבטל הדאורייתא כמו התם דמה"ת לא מפקא מידי סוכה גזולה עד דסותר את ביתו, אפ"ה מכי תקון רבנן שאין לו אלא דמי עצים מתקנת השבים, עקרינן לדאורייתא דהפקר ב"ד הפקר, הרי להדיא דלא כהחת"ס ודו"ק ובתשובה הארכתי בזה ואכ"מ יותר:

שם **במחבר** או במשיכה דבר שאין דרכו להגביה, והנה זה לשון הרמב"ם (פ"ג מהלכות מכירה) נמצאת למד שהלוקח מטלטלין אעפ"י שנתן כל הדמים יכול לחזור בו וכן המוכר יכול לחזור בו עד שיגביה או ימשוך דבר שאין דרכו בהגבהה כו' עכ"ל, ומשמע להדיא דאף שנתן כל הדמים בעינן דוקא שימשוך דבר שאין דרכו בהגבהה אבל בדבר שדרכו בהגבהה לא מהני משיכה והנה בשער המשפט הביא זה והקשה כיון דאנן קיי"ל כר"א יוחנן דמה"ת קונה בכסף, ומשיכה אינו אלא תקנתא דרבנן כדי שלא יאמר נשרפו חטיך, וא"כ כשמשך מרשות מוכר הניחם בסמטא שהוא מקום שיש ללוקח רשות להניחם לא שייך תו נשרפו חטיך כיון שהם ברשות לוקח ויכול להצילם, וכיון דלא שייך הטעם דנשרפו חטיך הרי מצי לקנות שוב מד"ת בהמעות שנתן, ונהי דהמשיכה לא מהני הכא משום דהדבר הוא דרכו בהגבהה, מ"מ ע"י המשיכה הניח החפץ במקום דלא שייך חשש דליקה, והקנין יהיה בתורת מעות שהם קונים מד"ת, ולק"מ דאף שתחלת התקנה דמעות לא יקנה הוא משום חשש דליקה. מ"מ השתא שתקנו אינו קונה אפי' במקום דליכא חשש דליקה ומשום דלא פלוג רבנן, והרי הוא שיטת הרמב"ם וכל הפוסקים דאפילו אם המטלטלים מונחים במקום דליכא למיחש לדליקה נמי לא נקנו במעות כמבואר בסמוך סעיף ה'. דרק הרמ"א הביא דעת הי"א דבכה"ג קנו והב"י והש"ך כתבו דהפוסקים לא סברי הכי וגם הרמב"ם מכללם וכמ"ש הש"ך ועיין מה שכתבתי שם:

סעיף ב' **במחבר** הגבהה וכו', יש לחקור בקנין הגבהה אם בעינן שיעשה הקונה פעולת ההגבהה, היינו שיגביה החפץ יותר ממה שהיה מונח בתחלה, ואפי' אם החפץ מונח ע"ג מקום גבוה ג' טפחים אפ"ה אם לא הגביה יותר לא קנה, דנהי דלבוד לא שייך בכה"ג כיון דבלא"ה מונח, על מקום גבוה ג' טפחים, ואפי' אם לא יגביה יותר, רק שינתקו ממקום שהוא מונח יצא מתורת לבוד, אפ"ה גם פעולת ומעשה הגבהה ליכא, ובמה יקנה, או דלמא הא דבעינן הגבהת ג' טפחים לרש"י וטפח לר"ת היינו כשחפץ מונח ע"ג קרקע ובכדי שיצא מתורת לבוד, אבל כשהיה מונח מתחלה ע"ג מקום גבוה ונטלו הקונה בידו אע"ג שלא הגביהו יותר מכפי שהיה מתחלה נמי סגי, ונ"ל לפשוט ספק זה מש"ס (קדושין דכ"ב) דקאמר התם הש"ס השתא דאמרת הגביה הוא לרבו קנאו אלא מעתה שפחה כנענית תקנה בביאה, ופרש"י דהא אגבהה ליה, והקנין הוא אפוא מטעם הגבהה, ונהי דזה לא קשה היאך אפשר לומר בזה טעם הגבהה, הא שיטת רש"י הוא שם (דף כ"ו) דהגבהה לא הוו פחות מג' טפחים, די"ל דהא טעמו של רש"י הוא דבעינן ג' טפחים משום דפחות מג"ט כלבוד דמי ובטיל לגבי ארעא וכאילו לא הגביהו, וא"כ לא שייך זה כ"א בהגביה איזה חפץ, אבל היכי שהגביה כל גופו כמו התם דהשפחה

מגבהת כל גופו של האדון, לא שייך לומר דכל גופו יהא בטל, וגם לגבי גט אם הי' ידיה גבוהות מן הארץ ג' טפחים ולא הגביהה את ידיה יש ספק אם מהני, מטעם דידיה אינם בטילות, כ"ש דכל גופו לא יובטל לגבי ארעא, ומשו"ה לא בעינן התם ג' טפחים, ועוי"ל דהא ג' טפחים לא בעינן כ"א במגביה מן הקרקע ובכדי להוציא מתורת לבוד, אבל בשלקח אע"ג העמוד לא בעינן הגבהה ג"ט וכמבואר בב"מ (ד"ט ע"א) דכיון שאם ינתקה מן העמוד הרי הוא מוגבה מן הארץ מאליו ע"ש ובתוס'. ולכן גם בההיא דשפחה דסתם אשה יש בעוביה ג' טפחים, וא"כ הרי הוא מוגבה מן הארץ ג' טפחים, אבל אכתי פעולת הגבהה מעיקרו חסר התם, דהא האשה היא קרקע עולם והוא האדון אדרבה השפיל עצמו לבועלה, ואפ"ה הוי קנין, הרי מוכח להדיא דאם אך יצא מתורת לבוד מהני גם כשלא עשה פעולת הגבהה ואדרבה עוד השפיל עצמו, וכן מוכח נמי לכאורה מההיא דב"מ הנ"ל בהגביה חציו שע"ג הקרקע מהני, דחציו שע"ג העמוד יכול לנתק, ואם ניתקה קנה, משום שעל ידו הוגבהה למעלה משלש וכמבואר שם, והא התם אפי' אם ינתקנה מעל העמוד וראשו לא יגיע לארץ, אבל סוף סוף פעולת הגבהה נמי לא הוה התם, דהחפץ הא לא הוגבה, ע"י הניתוק יותר מכמו שהיה מעיקרא, ואדרבה עוד משפיל אותו, דמעיקרא היה מונח ע"ג העמוד ועתה ינתקנו מן העמוד, אע"כ דבאמת לא בעינן שום פעולת הגבהה בקנין זה, ואמנם כאשר עמדתי לעיין ולדייק בדברי הראשונים מצאתי שמחלוקת ראשונים בזה. דהנה הריטב"א הובא בשמ"ק (ב"מ ד"ט) כתב וז"ל הואיל ויכול לנתקה כו' פי' כי כשילך לדרכו תנתק ותלך עמו ותהא מוגבת מאליה מע"ג קרקע בלי שיגביה זה ידו כיון שראש החמור מוגבה והיינו דמדמינן לה בשראשה אחד ע"ג העמוד כי כיון שהגביה ראשה שהיה בקרקע אידך כמוגבה דמי דכיון דהעמוד גבוה מן הארץ מכיון שנתנקקה אצלו תהא מוגבה ראשו שבעמוד מאליו מבלי שיגביה זה ידו למעלה כו' עכ"ל, הרי מלשונו משמע להדיא דאע"ג שאינו מגביה למעלה כלל, ולהיפוך כשינתקה מעל העמוד הרי הוא מורידה ומשפילה יותר מכמו שהיה אפ"ה מהני כיון דהחפץ מונח באויר למעלה מג' מן הקרקע, ואמנם השמ"ק כתב וז"ל הואיל ויכול לנתקה איכא לפרושי הואיל ויכול לחץ בכח עד שיגביהנה למעלה מן העמוד ולהביאנה אצלו עכ"ל, הרי שסובר דבעינן דוקא שיגביה למעלה, והא דמהני בשניתקה מן העמוד היינו נמי כשניתקה בכח עד שע"י כח הניתוק הוגבה מתחלה לרעלה קודם שהתחיל להשפיל וליפול, וזה יש לכוון נמי בכוונת התוס' בב"מ שם ד"ה הואיל שהקשו דמאי שנא מעני המנקף בראש הזית שאין בו גזל אלא משום דרכי שלום ותירצו בסוה"ד דהתם צא שהוגבהה על ידו יותר ממה שהיה תחלה כו', פי' דבב"מ מיירי שניתק בכח

באופן שמתחלה הוגבה למעלה, משא"כ בעני המנקף לא מיירי שהוגבהה על ידו יותר ולכן לא מהני, דנהי דעל הקרקע אין מונחים וחסרון דלבוד אין שם, מ"מ גם פעולת הגבהה אין שם ובמה יקנה, ואם כי אין זה לשון התוס' ממש, אכן המעיין יראה שזה כוונתם בבירור, והרי בררנו מחלוקת הראשונים בדין זה, הריטב"א סובר דלא בעינן כלל שיגביה החפץ יותר מכמו שהיה, והתוס' והשמ"ק סברי דבעינן דוקא שיגביה:

**אלא** דצריך לבאר שיטת התוס', דנהי דמסוגיא דב"מ אין ראיה דלא בעינן הגבהה, דשפיר יש לפרש כשניתק בכח באופן שהוגבהה, אכן מה יענו לסוגיא דקדושין שאין התם שום הגבהה בעצם יותר מכפי שהיה מקודם ואדרבה הורדה והשפלה יש התם שמשפיל עצמו לשכב עליה ולבועלה ואפ"ה קנה. ונ"ל דהתוס' לא יפרשו כרש"י דמה שפריך התם שפחה כנענית תקנה בביאה, דהיינו מטעם הגבהה, אלא דהקנין הוא מטעם הנאה שגוף האדון נהנה מגוף השפחה, דכן פי' הרשב"א דכל אלו שחשיב בברייתא הפשיטו הרחיצו וכו' הוה הקנין מטעם שהם עבודות השייכים לעבד, ובהגבהה לרבו פי' הטעם מפני שגוף האדון נהנה מגוף העבד ע"ש. ולפ"ז עיקר קושית הש"ס יתפרש נמי מטעם הנאה ולא מטעם הגבהה דאילו מטעם הגבהה באמת לא היה מהני כיון שלא הוגבהה על ידה יותר מכמו שהיה, ואולי י"ל דהתם יש נמי הגבהה משום דבשעת תשמיש אדם דש וע"י הדישות מגביה עצמו ויש בזה הגבהה בפועל, ואפי' לשיטת רש"י אין ראיה מהתם, ונ"ל עוד להביא ראיה עצומה לשיטת התוס' מכתובות דל"א דמוקי רב אשי לברייתא דהיה מגרר ויוצא דפטור כגון שצירף ידו למטה מג' וכדרבא דאמר ידו של אדם חשובה כו' וקונה מטעם יד, וקשה למה לא מוקי כשצירף ידו למעלה מג' כגון שהאסקופה גבוה ג' דבזה הוה קונה מטעם הגבהה ולא הוה צריך לכדרבא, ואכן אי נימא כשיטת התוס' דגם הגבוה מן הארץ ג' טפחים בעינן נמי הגבהה אתי שפיר דאי"א לפרש התם דקנה מדין הגבהה דא"כ אכתי אין הקנין ואיסור שבת בא כאחד, דמיד שהניח החפץ לתוך ידו כבר נתחייב משום שבת והחפץ לא נקנה אלא משעה שהגביהו, א"כ אפי' אי הוה מוקי למעלה מג' בע"כ צ"ל דקנה מטעם יד, אכן לשיטת הסוברים דלמעלה מג' לא בעינן הגבהה הו"מ לאוקמי למעלה מג' וקונה מטעם הגבהה ולא הוה צריך לכדרבא, וזהו ראיה נתונה, אלא שצ"ע דהא התוס' גופייהו הקשו שם דלמה לא מוקי באסקופה גבוה ג', ולמה שכתבתי הא לשיטתם בב"מ לא קשה כלל קושיא זאת. ועיין מה שכתבנו עוד בדבור הסמוך ובחבורי לקדושין (דף כ"ו) ושם הבאתי דברי המקנה בזה:

**והנה** ראיתי מי שלימד זכות על המון העם שכשנוטלים מחבריהם ביו"ט הראשון אתרוג ולולב אינם מגביהים כלל, והא בין לרש"י ובין לר"ת בעינן או הגבהת ג' טפחים או

עכ"פ הגבהת טפח, והיינו משום דטעם רש"י כדי שיוצא מתורת לבוד, וזה לא שייך אלא במגביה מן הקרקע אבל הלוקח מיד חבירו ואוחז יותר מג' טפחים מן הקרקע גם רש"י מודה דא"צ להגביה ג' טפחים, ומטעם זה כתב בס' משנת ר' אליעזר דגם בקבלת הגט אין האשה צריכה להגביה ידיה כלל ושכן הוא המנהג בעיר קושטא ע"ש, ולמה שבארתי הדבר במחלוקת תלוי, ולשיטת התוס' ועוד הרבה ראשונים נהי דג' טפחים לא בעינן בכה"ג שאוחז יותר מג' טפחים מן הקרקע כיון שבלא"ה יצא מתורת לבוד, אבל עכ"פ הגבהה כל שהוא בעינן בכדי לעשות פעולת הגבהה, וכן הסברא כדבריהם, דבאמת אם לא הגביה כלל מה שייך לקרות זה קנין הגבהה אחרי שלא נעשה בזה שום הגבהה ואמנם באתרוג לא אדע מה צריך ללימוד זכות ע"ז, דהא פשיטא שא"צ הגבהה כיון שאוחז בידו, ובדבר שאוחז בידו לאו מטעם הגבהה אתינן אלא מטעם ידו וכמ"ש התוס' כתובות (דל"א ע"א) בד"ה אי בעי גחין וז"ל מה הגבהה שייך בדבר שתופס בפיו או בידו כו' וגם צ"ע לפי"ז על מ"ש מוהר"ם בסדר הגט שיגביה הבעל את הקלף ג' טפחים, ובביאורו בס' באר המים דנ"ל שאפי' בדיעבד פסול אם לא הגביהו ג' טפחים משום דחוששין לדעת רש"י, והא בדבר שאוחז בידו א"צ כלל לקנין הגבהה וא"כ אמאי צריך ג' טפחים, וי"ל דגם בזה שיטת רש"י דאפי' בדבר שבידו בעינן הגבהה כמבואר בכתובות שם, ולכן כשחוששין אנו בגט לשיטת רש"י בעינן הגבהה ג' טפחים אפי' בדבר שאוחז בידו ועיין מה שכתבנו מזה בדבור הסמוך:

שם **הגבהה** י"א שצריך להגביה ג' טפחים, והוא שיטת רש"י, והנה הריטב"א והרשב"א בקדושין דכ"ו הקשו על רש"י מש"ס (כתובות דל"א ע"ב) דמוקי הש"ס כשצירף ידו למטה מג' ע"ש. ואמנם קושיא זאת תי' התוס' דכיון שהוא בידו קנה בפחות מג', רק שהקשו על רש"י דפי' ההיא דכתובות נמי מטעם הגבהה, וזה הקשו דמה שייך הגבהה בדבר שהוא תופס בידו, פי' דיד לא גרע מרשות ואפי' בלא הגבהה למי ליקני כמו גבי גט דאמרינן הכי, ואפשר ליישב עפמ"ש הנתיבות והארכנו בזה הרבה בחדושינו לעיל (סי' קצ"ה) דבקנין יד בעינן דוקא שהחפץ הנקנה קטן הוא שיכול לאוחזו ברחבו בשלימות שלא יהא נשאר מרוחבו חוץ לידו, אם ברוחבו נכנס כולו לתוך היד, רק שלמעלה ולמטה בולט קצת שאין נכנס לתוך ידו קונה את מה שבולט מטעם דהוה כאויר חצירו, אבל אם הדבר אין נכנס ברוחבו לתוך היד, בזה אינו קונה מטעם רשות כיון שאינו נכנס כולו לתוך רשותו, ובכה"ג בע"כ לבוא לטעם הגבהה, ולפ"ז י"ל דגם רש"י סובר דיד הוה מטעם רשות ולא בעינן הגבהה, ורק משום דבדבר רחב שאינו נכנס ברוחבו כולו לתוך היד שם אי"א לחנות מטעם רשות ובע"כ מטעם הגבהה, ואפ"ה משכחת שיאכלנה בלא

הגבהה וכגון שגחין ואכיל פחות מג"ט, ולכן אפי' אם אכלה כדרכו והגביה מקודם נמי אין לומר בזה הגבהה צורך אכילה כיון שאפשר שיאכלנה גם בלא הגבהה:

**והנה** בכתובות שם בתוד"ה רב אשי הקשו עוד ג' קושיות על רש"י שפי' מטעם הגבהה, א) דביד שהוא רשותו למה צריך הגבהה, דמ"ש מגט דקונה מטעם רשות, ב) מה הוכיח שם מדרבא. ג) אמאי לא מוקי התם באסקופה גבוה ג"ט ע"ש, ולמ"ש א"ש, דהיכי שהקנין הוא משום רשות בעינן שכל החפץ יהיה מונח ברשות אבל אם בולט החפץ חוץ לרשות אינו קונה, שפיר יש ליישב גם שם דבחפץ קטן שנכנס כולו לתוך היד גם רש"י מודה דלא בעינן הגבהה וקונה מטעם רשות, אבל משום דהתם מיירי בחפץ גדול דבעי מיתנא וגרירה דאל"ה לא היה קונה כלל בגרירה דכל דבר קטן שדרכו בהגבהה אין נקנה במשיכה, ומדנקנה בגרירה דהיינו משיכה מכלל דחפץ גדול הוא, וחפץ כזה אינו נכנס לתוך ידו מסתמא, ולהכי בעינן התם לקנין דהגבהה, ואמנם משום דהגבהה אינו בפחות משלשה טפחים לזה הביא הש"ס מדרבא, דכי היכי דגבי שבת בעינן מקום ד' ואפ"ה תליא במחשבתו של אדם, ואם מחשב לידו הוה מקום אפי' לענין קרבן להביא חולין לעזרה, כ"ש לענין קנין דמהני מחשבתו, ולכן אע"ג דבעינן הגבהה בג' טפחים היינו היכי שלא הגביה בידו ממש, או אפשר שגם בהגביה בידו ממש רק כיון דלא חזינן דאחשביה לידו, בעינן ג' טפחים, אבל התם דאחשבה לידו מקום לקבל מידו השניה הוה הגבהה אפי' בפחות מג', וכן פרש"י שם להדיא למעיין בדבריו, ולפ"ז מיושבות כל הקושיות של התוס', דקושיא דמ"ש מגט דקונה מטעם רשות, התם שאני שנכנס כולו לתוך היד, וגם שפיר הוכיח מדרבא דמחשבתו משויא לי' מקום, וכן בקושיא השלישית דאמאי לא מוקי באסקופה גבוה ג', י"ל דרצה לאשמועינן האי חדושא, דבכה"ג דצורף ידו השניה ואחשבה לידו קונה בהגבהה דאפי' בפחות מג' טפחים ועיין מה שכתבתי בדבור דלעיל:

סעיף ה' **במחבר** ולמה תקנו חכמים שלא יהא מעות קונות גזירה שמא יתן הלוקח דמי החפץ וקודם שיקחנו יאבד באונס כגון שתפול דליקה וישרף או יבואו לסטים ויטלוה כו' לפיכך העמידוהו חכמים ברשות המוכר כדי שישתדל ויציל כו', וקשה לי טובא דאם התקנה היתה רק מחמת זה שהזכיר המחבר, א"כ למה הוצרכו לתקן שגם המוכר יכול לחזור, הא בהחזרת לוקח לחוד סגי דשוב אין חשש שיאמר לו נשרפו חטיך כיון דהלוקח יכול לחזור יטרח ויציל, ועוד למה יכולים לחזור גם כשלא בא שום אונס, ולא סגי בזה שנאמר דאם נשרף אז יכול הלוקח לחזור, ומחשש זה יטרח להציל, אבל בלא אונס לא יהא יכול לחזור, וכמו לר' שמעון דסובר כן באמת לשיטת התוס' בב"מ בסוגיא

זאת דאם קרה אונס יכול לחזור ולא קודם, וא"כ מ"ט דרבנן דפליגי וס"ל שאפי' בלא אונס נמי יכול לחזור, ובכדי לבאר זה נבאר חלוקי פשיטות שיש בדין זה, הנה מלשון המחבר כגון שתפול דליקה וישרף או יבואו לסטים ויטלוה, משמע להדיא שאפי' אם בא לחזור לאחר שנשרף או נטלוה לסטים, כשאין החפץ שוב בעולם אצל המוכר נמי מצי לחזור, וכן הוא באמת שיטת הרי"ף בב"מ שם, אכן בעל המאור חולק וסובר שדוקא קודם שנשרף יכול לחזור אבל לאחר שנשרף כיון שאין החפץ בעולם אין יכול עוד לחזור, והוכיח כן מעובדא דב"מ (דמ"ט ע"ב) ההוא גברא דיהיב זוזי אחמרא לסוף שמע דקא בעי למנסבי' דבי פרזק רופילא א"ל הב לי זוזא לא בעינא חמרא כו' ואי נימא שגם לאחר שבא האונס וכבר נשרף נמי יכול לחזור, א"כ למה היה לו להההוא גברא לערער קודם שבא האונס, דמלשון הש"ס מוכח דחזר מיד כששמע דבעי למנסבי' דבי פרזק, ולמה לא המתין עד שיבוא האונס, ואולי לא יבוא, אע"כ משום דאח"כ לא יכול עוד לחזור, וטעמו נ"ל ברור דסובר דאע"ג דעקרו לקנין מעות והעמידוהו רק על מי שפרע, היינו רק אם חזר, אבל כל זמן שלא חזר קנין גמור הוא והחפץ הוא של לוקח, רק רשות לחזרה ניתן, ולהכי אם לא הספיק לחזור עד שנשרף, לא מצי תו הלוקח לחזור משום דברשותו נשרף, והנה זה לשון רש"י (ב"מ דמ"ז ע"ב) בד"ה כך תקנו משיכה ללוקח לחזיר בשביל אותה תקנה עצמה דכ"ש כי מוקמת לחזרה נמי ברשות לוקח מסר נפשי' המוכר וטרח ומציל שאם יראה הלוקח דליקה באה יאמר חוזרני בי ולקמן (דמ"ט ע"ב) אמרה רב חסדא גבי ההוא דיהב זוזי אחמרא שמע דבעו למינסבי' דבי פרזק רופילא והדר בי' עכ"ל, ומלשון זה שכתב רש"י שאם יראה דליקה באה יאמר חוזרני, הוכיח בהגהות אשר"י שם שרש"י סובר נמי כשיטת בעה"מ שדוקא קודם שנשרף יכול לחזור אבל לאחר שנשרף לא ע"ש. וכשאני לעצמי הוכחתי זה מסיום דברי רש"י באותו דבור ולקמן אמרה רב חסדא כו' ומה צריך לכל האריכות להביא הך עובדא, אלא משום שמעובדא דהתם מוכח שדוקא מקודם יכול לחזור, דאי גם אח"כ אמאי חזר מיד כששמע דבעו למינסבי' דבי פרזק ולא המתין עד שינסבו אותה דשמא לא ינסבו אותה, אע"כ דמשום שאח"כ לא יוכל עוד לחזור משו"ה הקדים לחזור קודם שקרה האונס וכהוכחת הבעה"מ עצמו, עכ"פ ברור דשיטת רש"י הוא כבעה"מ, ובזה יובן דברי רש"י התמוהים מאוד, דשם באותה סוגיא דפריך הש"ס על ר"ל דסובר מעות אינם קונות מדברי ר' שמעון במתני' דאמר כל שהכסף בידו ידו על העליונה מוכר הוא דמצי הדר לוקח לא מצי הדר אא"ב מעות קונות משו"ה מוכר מצי הדר לוקח לא מצי הדר כו', וברש"י ד"ה אא"ב כתב ז"ל אא"ב דבר תורה מעות קונות למשיכה תקנתא דרבנן הוא אתא ר"ש למימר דיינו אם אמרינן

חזרה במוכר דמכי מוקמת להו ברשותו לחזור אם הוקרו מסר נפשו לאצולינהו מימר אמר עדיין שכרי תלוי בהם שאם יתייקרו אחזור בי כו' עכ"ל, ולכאורה מאוד תמוה מה שפירש דמשום חשש יוקרא טרח ומציל, שזה לא הוה ודאי כל כך דאולי לא יחוש לשמא יתייקר דכמו שאפשר להתייקר אפשר נמי שיוזל, ומספק אפשר לא יטרח להציל וכמו שטען כן באמת הרמב"ן במלחמות, ולמה לא פי' כפשוטו משום חשש שיחזור הלוקח כשישרף, ולמה שכתבתי בשיטת רש"י ניחא, דרש"י לשיטתו הוכרח לפרש כן משני טעמים, חדא דהא רש"י סובר דלר' שמעון אין יכול הלוקח בשום פעם לחזור, ואפי' היכי שיש חשש הפסד ודלא כשיטת ר"ת בתוס' שם, וא"כ אי נימא דהתקנה הוא שיטרח להציל מחשש חזרת הלוקח, לא יתיישב לר"ש, דלדידי' דלא יכול הלוקח לחזור, מפני מה משיכה קונה, ולזה הוכרח לפרש דמחשש יוקרא הוא וכמ"ש מהרש"א ע"ש, שנית והוא העיקר דכיון שהוכחתי דרש"י סובר כבעה"מ דאחר שנשרף א"י לחזור, משו"ה לא יוכל לפרש דהחשש הוא שמא יחזור הלוקח ולהכי יטרח להציל, הא לאחר שנשרף לא יכול עוד לחזור, וא"כ למה יטרח זה להציל, דהא תינח אם הלוקח ידור במקום המוכר, אז יש אכתי חשש הזה, דמשעה שרואה דליקה יאמר חוזרני קודם שנשרף, ושפיר יטרח להציל בכדי שלא יחזור קודם שנשרף, אבל כשהלוקח במקום אחר ואין רואה שהדליקה קרוב לבוא, ורק אח"כ יתוודע לו שנשרף ואז שוב אין יכול לחזור. ומהיכי תיתי יטרח להציל, והוכרח לפרש דהחשש הוא משים יוקרא, ואמנם כל זה הוא רק רש"י לשיטתו, אבל התוס' דלא ס"ל כרש"י בשני אלו, דהא ס"ל שגם לר"ש מצי לחזור כשנשרף, וגם ס"ל דאפי' אחר שנשרף נמי יכול לחזור, דהא אפי' לר"ש מצי לחזור אחר שנשרף וכ"ש לרבנן, ממילא ודאי שא"צ להם לדחוק כפרש"י דמשום חשש יוקרא יטרח להציל, אלא יפרשו כפשוטי דהחשש הוא שמא יחזור הלוקח אם ישרף וכמ"ש המהרש"א דהכי נוח טפי:

**אלא** דלשיטת התוס' יקשה הקושיא שהקשינו בתחלה, למה הוצרכו לתקן שגם המוכר יכול לחזור, הא בהחזרת לוקח לחוד סגי דשוב אין חשש שיאמר לו נשרפו חטיך כיון דהלוקח יכול לחזור יטרח ויציל, ובשלמא לסברת רש"י ניחא מה שהוצרכו לתקן דשניהם יכולים לחזור, דחזרת לוקח לחוד ודאי שאין מועיל כלל במקום שאין הלוקח בקרבת המוכר כיון דאחר שקרה האונס לא יוכל עוד לחזור, וקודם שבא האונס לא יוכל עוד לידע אחרי שאינו בקרבתו, ובע"כ צ"ל דעיקר התקנה היתה בחזרת המוכר שיכול לחזור משום חשש יוקרא, והכה משמע נמי לשון דרב חסדא כדרך שתקנו משיכה במוכרים כך תקנו בלקוחות, דמשמע שעיקר התקנה היתה במוכר, ורק מקאתון שעל

התקנה הזאת לא סמכו עוד. כל כך, דכיון דאינו אלא ספק שמא יתייקר, ואולי לא יחוש המוכר לטרוח מספק, לזה צרפו עוד לתקן שגם הלוקח יכול לחזור קודם שנשרף ועי"ז כ"ש דיטרח טפי להציל, חדא משום ספק יוקרא, ועוד מחשש שמא יתוודע ללוקח שהאונס ממשמש ובא ויאמר חוזרני ביד, וע"י הצטרפות שני החששות הוה כ"ש שיציל טפי, אבל עיקר התקנה היתה במוכר לחוד, ובזה פליגי ר"ש ורבנן, דרבנן ס"ל שאע"ג דתקנו במוכר אפ"ה צריך עוד לתקן חזרת הלוקח דעי"ז כ"ש דטרח טפי, ור"ש סובר דלא נצרך לזה דמחשש יוקרא נמי יטרח, להציל ודי בחזרת מוכר לחוד, אכן לשיטת התוס' דס"ל דלוקח לעולם חוזר אחר שנשרפה ואפי' לר' שמעון, וא"כ בתקנת חזרת לוקח לחוד ודאי דסגי, דבלי ספק שיטרח להציל שלא יחזור הלוקח דאין מקום עוד לשום חשש, וא"כ למה תקנו חזרת מוכר נמי, וצ"ל שבאמת חזרת מוכר לא היה בכלל התקנה מחמת חשש דשמא נשרפו, רק הא דמוכר יכול לחזור ממילא מסתעף הוא מתקנת חזרת הלוקח, דכיון דתקנו דהלוקח חוזר כשאירע אונס ואוקמי הדבר ברשות מוכר לענין אונסין משו"ה יכול לחזור, דכיון דאי נשרף הוה ברשות דידיה, אכתי לא זכה בהו הלוקח וכמ"ש הר"ח, הלכך מצי למיהדר אבל התקנה לא היתה באמת כ"א בלוקח לחוד:

**אלא** דלפי"ז יוגדל הקושיא, דלשון דרב חסדא כדרך שתקנו משיכה במוכרים כך וכו', משמע דעיקר התקנה היתה במוכר, וכבר עמדו בקושיא זאת כמה ראשונים, ונ"ל ליישב, דהנה לשי' התוס' דאחר שנשרפו יכול נמי לחזור, א"כ קשה טובא הקושיא שהקשינו לעיל למה יכולים לחזור גם כשלא בא שום אונס, ולא סגי בזה שנאמר דאם נשרף אז יכול הלוקח לחזור, ומחשש זה יטרח להציל, אבל בלא אונס לא יהא יכול לחזור וכמו לר' שמעון דסובר כן באמת לשיטת התוס' דאם קרה אונס יכול לחזור ולא קודם, וא"כ מ"ט דרבנן דפליגי וס"ל שאפי' בלא אונס נמי יכול לחזור, ובשלמא לשי' רש"י ניחא, דעיקר החזרה הוא דוקא קודם שבא האונס, דאח"כ לא מצי עוד לחזור כיון שאינו שוב בעולם, אבל לשיטת התוס' דגם אח"כ יכול לחזור א"כ מ"ט דרבנן דס"ל שגם קודם יכול לחזור, וע"ז לא נאמר בש"ס שום תירוץ, וקושיא זאת אלימתא טובא לשיטת התוס', לזה נ"ל דחדא קושיא מתורצת בחבירתה, דלמה שביארתי דטעם חזרת המוכר אין זה מחמת חשש דשמא נשרף, כ"א מחמת שאין ללוקח זכייה אכתי דהא ברשותו עומד לענין אונסין, א"כ מזה הטעם גופא יכול הלוקח לחזור אפי' קודם שבא האונס, אלא משום שאין לו עוד זכייה, ובאמת מחמת חשש דנשרפו הוה סגי אם יכול לחזור כשבא האונס ולא קודם, רק כיון דכבר הופקע החפץ מרשות הלוקח. ממילא יכול לחזור גם

קודם בוא האונס, וזהו דקאמר הש"ס דפליגי בדרב חסדא, דנתכוון בזה לתת טעם לדברי רבנן דס"ל שהלוקח יכול לחזור גם קודם בוא האינס, והא אין נחוץ זה לחשש דשמא נשרפו, דלזה היה די גם בהחזרה שאחר ביאת האונס, ע"ז משני דרבנן ס"ל כמו שתקנו משיכה במוכרין, שגם תקנה הזאת אינה נחוצה לחשש דשמא יאמר, דבחזרת לוקח לחוד נמי היה די, ובע"כ דחזרת מוכר לאו מחשש דשמא יאמר הוא, אלא משום דכיון דברשותו עומד לענין אונסין ונמצא דלא נגמר המקח. ומשו"ה יכול לחזור, כך תקנו משיכה בלוקח, כלומר מפני זה הטעם גופא גם הלוקח יכול לחזור, דכיון שאין לו ללוקח שום זכייה עוד ודאי דמצי לחזור, ודו"ק היטב בשיטפא דלישנא דש"ס אשר מבואר יפה לדברנו, ולפי שחזרת הלוקח ילפינן מחזרת המוכר, להכי קאמר רב חסדא כדרך שתקנו במוכרים כו'. ואין להקשות דא"כ מ"ט דר"ש דס"ל שהלוקח לא יכול לחזור קודם בנשרף, הא טעם דרבנן מסתבר טובא, דכיון שהופקע כח הלוקח ואינו עוד ברשותו למה לא יוכל לחזור ומצאתי בשמ"ק שהקשה כן על רש"י ותי' דר"ש מחלק בין מוכר ללוקח, דחזרת המוכר הוא על התבואה שלא ירצה לתת לו התבואה והתקנה היתה ע"ז להכי יכול לחזור אבל הלוקח כשבא לחזור מבקש המעות ועל המעות לא היתה תקנה דלענין זה נגמר המקח להכי לא מצי לחזור ע"ש באריכות בשם תלמידי הר"ף:

הדרן לדברנו דלשיטת התוס' עיקר התקנה בכדי לתקן החשש שלא יאמר נשרפו כו' היה רק בחזרת לוקח לחוד, דבמה שהלוקח יכול לחזור לא ישאר עוד שום חשש בזה, וחזרת המוכר אין זה לתקון החשש דשלא יאמר כ"א מחמת שהעמידו ברשותו לענין אונסין ממילא יכול לחזור כיון שלא נגמר המקח, וטעם חזרת הלוקח קודם בוא האונס נובע הוא מתקנת המוכר דכמו שהמוכר יכול לחזור מטעם שלא נגמר המקח, מטעם זה גופא גם הלוקח יכול לחזור אחרי שאין לו עוד שום זכייה במקח זה וא"ש לשון דרב חסדא כדרך שתקנו במוכר דמשמע שעיקר התקנה היתה במוכר, שאיה"נ דלפירושם הוא דהא דמשני הש"ס בדרב חסדא פליגי, קאי זה רק לתרץ מ"ט דרבנן דס"ל שגם קודם האונס יכול לחזור, ובזה איה"נ דחזרת הלוקח מחזרת המוכר יליף, וגם יתיישב לפירושם מה שהקשה בשמ"ק דהא הא דפריך אלא לר' יוחנן מאי בינייהו היינו טעמא דמילתא דכל אחד דרבנן ס"ל שאפי' קודם האונס יכול לחזור, ולר"ש דוקא אחר בוא האונס, וא"כ מאי משני בדרב חסדא פליגי הא אכתי מהכא לא ידעינן טעמא דפלוגתייהו, וגם מקמי הכי הוה ידעינן דרבנן ס"ל כרב חסדא, ור"ש לית לי' דרב חסדא, דהא לר"ש אין לוקח יכול לחזור ע"ש שטרחו לתרץ, ולמה שביארתי בשיטת התוס' ידעינן שפיר טעמא דמלתא עי"ז, דכמו שתקנו במוכרים, טעם זה הוה גם בלוקח, ולפ"ז כיון דתירוץ הש"ס

בזה, היינו לתרץ טעמא דרבנן לא ס"ל כר"ש שלא יוכל לחזור קודם ביאת האונס, ובזה הוה שפיר הילפותא בלוקח מחזרת מוכר, ולכן נהי דבעיקר התקנה דשלא יאמר נשרפו היה בלוקח, אבל חזרת הלוקח קודם ביאת האונס שע"ז קאי תי' הש"ס, זה יליף בלוקח ממוכר, וא"ש לשון דרב חסדא, זהו שיטת התוס' בפירוש הש"ס, וממילא מסתעף מזה שמוכרחים לפרש שגם ר"ש סובר דאחר שנשרף יכול לחזור, כיון דלשיטתם התקנה דשלא יאמר נשרפו לא היה כ"א בחזרת לוקח לחוד, ואי אמרת דלר"ש לעולם אינו חוזר לוקח. א"כ מ"ט דר"ש דעקרו קנין מעות, הא לדידיה אינו מתוקן גם עתה, כיון דלא יוכל לחזור לא יטרח להציל, וגם זה מוכרח שהתוס' לא יסברו כשיטת בעל המאור, דאי כשיטת בעה"מ דאחר שנשרף אין יכול לחזור, אין די בחזרת לוקח לחוד וכנ"ל, אכן רש"י מיאן בפי' התוס' לפרש דבחזרת לוקח לחוד סגי לענין שלא יכול לומר נשרפו, דלישנא דרב חסדא דכשם שתקנו משיכה במוכר, משמע שעיקר התקנה הוה במוכר, ולפרש דהא דקאמר כשם, הוה טעם מפני מה יוכל לחזור קודם ביאת האונס, לא ניחא לו נמי, דא"כ קשה מ"ט דר"ש דס"ל שאין יכול לחזור וכמו שכתבתי לעיל, דלשיטת התוס' יש לדחוק כמ"ש השמ"ק לחלק בין חזרת מוכר דהוה בתבואה, לחזרת לוקח דהוה בכסף וכנ"ל, ורש"י לא ניחא לו בדוחק הזה, ולזה בכדי לתרץ לשון דרב חסדא בחר לפרש דעיקר התקנה לענין שלא יאמר היה במוכר, ומשום חשש יוקרא טרח ומציל, וחזרת לוקח הוה רק לענין צירוף הטעם, דאילו ליוקרא לחוד אפשר דלא הוה חיישׁ מוכר כולי האי, ור"ש ס"ל דסגי בחשש יוקרא לחוד, וכיון שכן היה מוכרח ממילא לפרש כשיטת בעה"מ דאחר ביאת האונס אין יכול הלוקח לחזור אפי' לרבנן דאי לעולם יכול לחזור הוה סגי בחזרת לוקח לחוד, ולמה לן חזרת מוכר ומשום חשש יוקר, אע"כ דלאחר שנשרף אין יכול שוב לחזור, וא"כ בחזרת לוקח לא היה מועיל כלל אם לא מחשש יוקרא, ודו"ק היטב כי הדברים נכונים ואמיתיים, וכל חלוקי השיטות זה בזה תלוי:

**ולמה** שביארתי נדחה מ"ש המהרש"א דמה שכתב רש"י טעם זה דיוקרא היינו רק לר"ש דס"ל שאין הלוקח יכול לחזור ולדידי' בע"כ הוצרכו בחזרת מוכר, כ לרבנן דס"ל שגם הלוקח יכול לחזור יהיה הטעם מחמת חזרת הלוקח ע"ש, ולמה שכתבתי זה אינו, דלשיטת רש"י שאחר השריפה אינו יכול שוב לחזור, לא יוכל להספיק כלל טעם חזרת הלוקח, דמה הועילו במקום שאין הלוקח בקרבת המוכר, ואין יודע עד אחר שכבר בא האונס, אע"כ שגם לרבנן הוה עיקר התקנה משום יוקרא, ומ"ש רש"י אח"כ בד"ה כך תקנו דגם חזרת לוקח תקנו בשביל אותה תקנה, היינו משום דלא סמכו אחזרת מוכר לחוד וכנ"ל, והכי מדוקדק לשון רש"י שז"ל כך תקנו משיכה ללוקח בשביל אותה

תקנה דב"ש דכי מוקמת כו', הרי משמע מדבריו שעיקר התקנה היתה בחזרת מוכר ורק הצטרפו לה נמי חזרת לוקח, דמעתה כ"ש שיטרח, וכן משמע מרש"י ב"מ (דמ"ו ע"ב) ד"ה גזירה שהביא טעם דיוקרא בסתם, והיינו אפי' לרבנן, דהא התם לא קאי דוקא לר"ש, והיינו דלא כמהרש"א ודו"ק היטב כי הרבה קושיות של המפרשים מתורצות בדברנו עיין עליהם, וכן מה שטען הרמב"ם על בעה"מ שהוכיח מלשון דרב חסדא כשם שתקנו משיכה במוכר דעיקר התקנה היתה במוכר מכלל דלוקח לא יכול לחזור, והרמב"ן טען ע"ז דהא נוכל לפרש כרש"י, ומתוך דברנו מיושב, דהא אי לאו כבעה"מ לא היה דחק רש"י לפרש כן, דהא זה גופא צריך טעם מה שדחק רש"י לפרש כן וע"כ דמשום דסובר כבעה"מ היינו דדחקו לפרש כן ודו"ק:

שם **בש"ק** ס"ק ז' והיינו דוקא כשהשכיר כו' אבל שניהם כאחד לא, עיין מה שכתבנו בחדושנו לקמן (סי' ר"ב) מזה:

שם **בסמ"ע** ס"ק ז' ומה"ט נמי בסטומתא קני, והאחרונים חולקים עליו בזה כמבואר בפ"ת ע"ש, ובחדושנו לקמן סי' ר"א כתבתי להוכיח כהסמ"ע ע"ש, ועיין בנתיבות שהוכיח מההיא דחולין (דף פ"ג) דלא כהסמ"ע ובחדושנו לקמן סי' קצ"ט דחיתי ראיתו:

שם **ברמ"א** ואם היו המטלטלים במקום דליכא למיחש לדליקה נקנו במעות, ועיין בש"ך שחולק על דין זה דאמרינן דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין וכיון דמכירה הוא לא פלוג רבנן, ובנתיבות קיים דין זה דלא אמרינן לא פלוג, אלא במקום דלא שייך החשש דנשרפו קנה במעות ע"ש, וסותר בזה דברי עצמו לקמן (סי' ר"ד) דאמרינן לא פלוג רבנן והביא ראיה ממשנה דהזהב קונה ע"ש, וכאן דחה ראיה זאת, ובחדושנו לקמן (סי' ר"א) הוכחתי דלא אמרינן סברא דלא פלוג ע"ש:

סעיף ו' **במחבר** י"א דשכירות נקנה בכסף, ואם לא קנה יותר מחצי החפץ והמוכר נשאר שותף בשאר אם אמרי' בכה"ג דטרח ומציל בשביל חלקו ויקנה בקנין גמור כיון דלא שייך החשש דנשרפו חטיך עיין בחדושנו לקמן סי' קצ"ט מה שכתבתי מזה:

סעיף ט"ו **במחבר** אבל אם חזר בו המוכר ואמר ללוקח בא וטול שלך הרי המעות ברשותו וחייב באחריותו אפי' מאונסים גדולים כו' והנה בשמ"ק (ב"מ דמ"ט) הביא שתי ראיות דהמוכר אין מחויב על המעות באונסים גמורים, ראיה אחת מן הש"ס שם דמ"ח נתנה לספר מעל ופריך הש"ס ואמאי מעל הא בעי למימשך תספורת, ואס"ד דמחויב באונסין א"כ אפי' אם לא משך נמי מעל, דלענין חיוב אונסין עכ"פ הוציא לרשות אחר וכדאמרי' בב"מ (דף מ"ג) לדידך דאמרת אפי' נאנסו מה איריא הוציא, וגם בתוס' שם הביאו ראיה זאת, ראיה השניה מדברי התוס' שם דמ"ט בד"ה אלא אפי' שומר חנם לא

הוה, הקשו שם התוס' דמ"ש מאומן שאמר טול את שלך דאמרינן דשומר חנם מיהא הוה, ותי' דהתם שאני משום דמעיקרא הוה שומר שכר וכשאמרו לו טול את שלך לא לסלק עצמו לגמרי משמירה קאמר אלא דלא ליהוה שומר שכר עיי"ש, ואי נימא דגם המוכר מחויב באונסים גמורים א"כ דמי זה לאומן ויהא עכ"פ שומר חנם ע"ש, ונ"ל דשתי הראיות אפשר לדחותם, ראיה ראשונה מהא דנתן לספר אפשר לדחותה, דהא עיקר הטעם דנרצה לומר שהמוכר יהא חייב באונסין למ"ד ד"ת מעות קונה, היינו משום דלדידי' הקנין כבר נגמר וכל זמן שלא חזר קנין גמור הוא, והסבר הדבר, דעלינו להעמיד לכל אדם בחזקת כשרות ולומר שודאי לא יתרצה לקבל מי שפרע, ולהכי אמרינן לחשוב הקנין ככבר נגמר וכמו שביארתי לעיל בארוכה, ואמנם בהך דספר אם הנותן יחזור ירוויח הרבה, שלא יבוא לידי מעילה, וא"כ ליכא אומדן דעת שלא יחזור, דאדרבה עלינו לאמוד דעת הנותן שודאי יחזור בכדי שלא יבוא לידי מעילה, ולא נוכל עוד לחשבו כנגמר הקנין, וממילא אין המוכר רשאי עוד להוציאם בכה"ג, ושפיר פרכו והא בעי למשך, דהספר אסור עוד להוציאם כל זמן שלא נגמר הקנין, אבל איה"נ בשאר דוכתא שבקיום המקח לא יבוא לידי עבירה אמרינן שודאי יקיים המקח שלא ירצה לעבור במי שפרע והמקח נחשב כגמור, וממילא המוכר חייב בזה באונסין וזה נכון. וראיה השניה מן התוס' נמי לאו ראיה הוא, דבלא"ה נמי כבר הקשו המפרשים על מ"ש התוספת דהמוכר אפי' שומר חנם לא הוה, והא בב"מ דמ"ג כתבו התוס' דאי מעות קונות מה"ת יכול המוכר להשתמש במעות שקיבל, וכיון שיכול להשתמש בהם ודאי דהוה שומר שכר עליהם, וא"כ אכתי דומה לדין דאומנים דאם א"ל שקול זוזך שיהיה עכ"פ שומר חנם, אכן באמת לק"מ דהא מה שכתבו דמותר להשתמש במעות הוה דוקא אליבא דר' יוחנן דסובר ד"ת מעות קונה, אבל לר"ל אסור להשתמש במעות וכמ"ש להדיא כן בדבריהם, וא"כ התם בב"מ דמ"ט רבא הוא דאמר הכי דאפי' שומר חנם לא הוה, ורבא הא סובר כר"ל כדאמר התם דמ"ח קרא ומתניתא מסייע לר"ל ושפיר כתבו התוס' דאפי' שו"ח לא הוה, ונדחה ראיית השמ"ק דהתוס' לא כתבו הכי כ"א לריש לקיש אבל לדידן דקיי"ל כר' יוחנן חייב שפיר באונסין ודו"ק:

## סימן קצט

סעיף ב' **במחבר** וכן ראובן שמכר מטלטלין כו' ואעפ"י שלא משך, מקור הך דינא הוא מתירוץ הש"ס (ב"מ דמ"ו ע"ב) ויש דמים שהם כחליפין כיצד החליף דמי שור בפרה, והתוס' ושארי ראשונים פירשו דמיירי שבשעת משיכת השור לא היה ביניהם עוד שום תנאי על הפרה ומשך השור ע"מ לשלם לו דמים, ורק לאחר שנתחייב לו בדמי השור

ויש לו פרה למכור נותן לו הפרה בחוב דמי השור, וכהך דינא ממש שכתב המחבר, אכן בחדושנו שם ולעיל (סי' קצ"ה) הוכחתי דרש"י מפרש פי' אחר וכגון שבשעת משיכת השור משכו ע"מ ליתן הפרה לזה, והשור גופא נתן לו בדמי הפרה בתורת דמים, ומה שהכריח לרש"י לפרש כן, משום דלפירוש הראשונים והתוס' דבשעת משיכת השור לא נתרצה ליתן הפרה רק אחר שמשך השור ונתחייב בדמיו נותן לו הפרה בדמיו. דלפ"ז הוה קנין הפרה בחוב דמי השור, וקשה טובא קושיתם דהא מלוה אינו קונה, עד שהוצרכו לדחוק ולחלק בין מלוה הבאה מחמת מכר לסתם מלוה וכמ"ש המ"מ והמחבר, משו"ה פרש"י דהשור גופא נתן לו בתורת דמים בעד הפרה, ולפ"ז אין ראיה מהתם לדין דמחבר, די"ל דוקא בכה"ג שהקנין היה בשוה כסף ושנתן לו שוה כסף בתורת דמים הוה מילתא דלא שכיחא, אבל לקנות בעד חוב שמגיע לו אפי' חוב מחמת מכר הוה נמי שכיחא וגזרו בה רבנן, ועיין בחדושנו לעיל (סי' קצ"ה) שהוכחתי דכל אחד מהפירושים תלוי זה בשיטתם בפי' הש"ס אם מה דמשני יש דמים שהן כחליפין הוה רק לס"ד דכל הנעשה או גם למסקנא דכל הנישום, ולפ"ז יש מקום לתמוה על הפוסקים שלא הביאו דעת רש"י, דפירושו מסתבר בעצם הדין, דבאמת לפירושו של הראשונים יקשה מה סברא לומר דחוב מחמת מכר לא שכיח, הא שכיח ושכיח שיתן לו החוב בדמים, ועוד דלפירושם יקשה הא מלוה לא קנה, ולפרש"י ניחא הכל ודו"ק:

סעיף ג' **במחבר** יש זמן שמעות קונות כו' שאם היה לטבח שור שוה מאה דינרים ולקח מהלוקח דינר כו' משחיטין אותו בע"כ, דין זה מבואר במשנה דחולין (דף פ"ג) והטעם הוא דכיון דבד' פרקים הללו מצוה לאכול בשר העמידו חכמים על ד"ת לומר שמעות קונה, אבל בשאר ימות השנה אינו קונה בכה"ג במעות, ולכאורה מאוד תמוה דין זה דהא המחבר פסק לעיל בסי' הקודם דשכירות מטלטלים נקנה בכסף, דלא שייך בשכירות החשש דשמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה, דכיון שהגוף שלו טרח ומציל, וא"כ בכה"ג דמיירי הכא שהלוקח לא נתן על השור כ"א דינר ושאר כל השור הוא של מוכר, אמאי לא נימא דמעות יקנה בכה"ג תמיד אפי' בשאר ימות השנה נמי, דלא שייך הכא החשש דנשרפו, דהמוכר ודאי יטרח להציל בשביל חלקו, וצ"ל דהכא שאני כיון דבאמת הטבח המוכר מחזר למצוא לוקחין לכל השור אלא שלא נתקבצו לו וכמ"ש המחבר בלשונו ולקח מהלוקח דינר כדי ליתן לו בשר כשישחוט ולא נתקבצו לו כל דמי השור וכו', אבל המוכר מצדו היה מחזר לקבץ על כל השור, וא"כ בשעה שנתן זה את הדינר אי אפשר לומר דיקנה על ידו קנין גמור ולא שייך החשש דנשרפו משום דהמוכר טרח להציל בשביל חלקו דהא אכתי שמא ימצא לוקחין כדי כל השור, ואז יאמר נשרפו ולכן אע"ג

דלבסוף שלא מצא לוקחין ויש למוכר גופא חלק בשור, לא שייך לומר דיקנה השתא כיון שבשעת הקנין היינו בשעת נתינת המעות, היה שייך החשש דנשרפו ולא הוי מצי לקנות קנין גמור א"כ איך אפשר לקנות אח"כ דאנן בשעת הקנין בעינן שיהא ראוי לקנות קנין גמור, אבל לאחר חלות הקנין לא מהני שוב וזה ברור:

**ובזה** נדחו דברי הנתיבות לעיל (סי' קצ"ח) סק"ד שהוכיח דאפי' אם לא נתן רק מקצת מעות דלא שייך לומר נשרפו חטיך דהא טרח ומציל, כיון שלא קבל כל המעות אפ"ה אינו קונה כ"א למי שפרע, והביא ראיה מדין זה דלא נתן כ"א דינר ואפ"ה אינו קונה קנין גמור ע"ש, ולמה שכתבתי אין שום ראיה, דהכא שאני דבשעת הקנין לא נתברר אכתי שיהי' למוכר חלק בשור, דשמא יקבץ לכל דמי השור, ואז יהיה שייך החשש דנשרפו, וכיון דבשעת הקנין לא הוה מצי לקנות קנין גמור, ולאחר שנתברר דגם למוכר יש חלק, כבר עבר חלות הקנין, משא"כ היכי דלקח ממנו כל החפץ דלא מצי שוב למכרו לאחרים, והלוקח לא נתן לו כ"א מקצת דמים, בזה אפשר לומר דקונה קנין גמור דטרח ומציל כיון שלא קיבל את כל המעות:

**והנה** לכאורה זה ודאי דהיכי דקנה מחבירו בקנין מעות חלק מהחפץ, וחלק נשאר עבור המוכר, דבכה"ג קונה בכסף קנין גמור, דהא הכא המוכר לא מהדר לקבץ לוקחים, וא"כ ודאי הוא בשעת קנין שיהיה למוכר חלק בו ולא שייך החשש דנשרפו דטרח ומציל בשביל חלקו, דמ"ש משכירות, ומצאתי שוב בשעה"מ לעיל בסי' הקודם שהרגיש בזה, אכן באמת גם בזה י"ל דכיון דחזינן דמחזר למכור, אה שכעת לא מכר רק חלק, בודאי ימכור גם החלקים האחרים ולא יחזיקם לעצמו, דבמטלטל שאין בו כדי חלוקה לא ניחא תשמישייהו לשני שותפים, וכיון שכן אכתי בשעת קנין לא נתברר אם יהיה למוכר צד שותף בזה דנימא דטרח ומציל, דקרוב יותר שבודאי כיון שמכר חלק ימכור ביום או יומים גם המותר, וכיון שבשעת קנין אכתי שייך החשש דנשרפו לא מצי לקנות קנין גמור, ולא דמי לשכירות דאינו מחזר כלל למכור, אמרינן דטרח ומציל בשביל הגוף שלו, ודו"ק היטב כי הדברים נכונים לדינא ועיין בחדושנו לקמן (סי' ר"א) מ"ש בזה:

שם **ברמ"א** ויש מי שכתב דהוה"ד הנותן מעות על יין לקידוש דקנה דכל כה"ג העמידו דבריהם על דין תורה, ראיתי בס' מעייני החכמה שהקשה על דין זה מסוגיא דב"מ (דמ"ו ע"א) בברייתא דחמריו ופועליו תובעין אותו בשוק ואמר לשולחני תן לי בדינר מעות ואפרנסם ואני אתן לך יפה דיר וטריסית ממעות שיש לי בביתי, דמוקי רב אשי דמיירי שנתן לו השולחני בתורת דמים ואע"ג דבמעות לא קנה הדינר שבביתו אפ"ה שרי משום דהוה כאומר לו הלויני עד שיבוא בני, והא התם נמי הוי זה לצורך מצוה שלא יעבור

על בל תלין, וא"כ למה לו לטעם דנעשה כאומר הלויני ותיפוק לי' מטעם דבכה"ג קונה קנין גמור במעות וממילא ליכא אגר נטר ע"ש, ודבריו אינם מובנים כלל, דבשלמא היכא שהדבר הנקנה, היינו היין, הוא צורך המצוה, ואי נימא דהמעות אינן קונות והמוכר יחזור ולא יתן היין יבטל הלוקח ממצוה ולכן בכדי שלא יבוא זה לביטול המצוה העמידו דבריהם על דין תורה, אבל התם בב"מ כיון שקבל זה המעות וסילק לפועליו, אפי' אי נימא שלא קנה הדינר שבביתו והמוכר יכול לחזור ולתת לו מעות אחרים, מ"מ לביטול המצוה אי"א לבוא בזה כיון דכבר סילק להפועלים, וא"כ מהיכי תיתי נימא לעקור בזה תקנתא דרבנן שמעות אינן קונות, וזולת זה איני מבין דבריו דהא כשאין לו מעות אינו עובר כלל בבל תלין וכמבואר בב"מ אתך כשיש לך, אם לא שנאמר דמי עבר הוא דמיעבר אבל מצוה איכא ללות ולשלם בזמנו וכמ"ש בפ"ת לקמן (סי' של"ט) בשם האר"י ז"ל דמדת חסידות הוא ללות ולשלם בזמנו ע"ש:

סעיף ד' **ברמ"א** אבל הקדש וצדקה קונה במעות, והנה הרמב"ן והר"ן ז"ל בקדושין (דף כ"ט) הקשו דלמה לו מעות תיפוק מטעם דאמירה להקדש הוה כמסירה להדיוט ע"ש, ובתחלת ההשקפה תמהתי על קושיא הזאת, דפשוט דלא שייך אמירה לגבוה כ"א אם מכוון להקדיש, אבל באומר למכור דבר להקדש כיון שאין כוונתו להקדיש דבר לא הוה אמירה כמסירה, ושוב מצאתי שכבר קדמוני הריטב"א בקדושין שם שמיישב לקושיא הזאת כמ"ש, וגם הכ"מ (פכ"ט מהלכות מכירה) כתב נמי שמ"ש המ"מ דהא דאמירה הוה כמסירה אינו אלא דרבנן, דהיינו באמירה דמקח וממכר דכיון שאין כוונתו להקדיש משו"ה מדינא לא חשיבה אמירתו כמסירה ורק רבנן הוא דגזרו שיקיים דברו משום דדמי למסירה לגבוה ע"ש, ועוד נ"ל בישוב הקושיא דאי מטעם אמירה לגבוה נהי דמהני מטעם נדר, שמחויב לקיים דברו, אבל מטעם קנין לא מהני, ונ"מ שבמקום שלא נוכל לכופו לקיים נדרו וכגון שמת, אין הקנין כלום וכמ"ש ברמ"א לקמן (סי' ר"ט סעי"ד). ומה שהקשו הנתיבות כאן וגם המקנה בקדושין דלמה יגרע הקדש מהדיוט שתקנו לו חכמים דאין מעות קונות משום גזירה דשמא יאמרו נשרפו חטיך ולא תקנו בהקדש כן, וי"ל דבהקדש לא שייך חשש זה, דחזקה דאין אדם מתעצל לטרוח עבור הצלת הקדש, וכמו דאמרינן חזקה אין אדם עושה קנוניא על הקדש, כן נמי אמרינן דהקדש יטריח בהצלתו כמו בשלו וזה כעין תירוץ הנתיבות כאן וק"ל:

## סימן ר

סעיף א' **במחבר** היו מטלטלים ברשות הלוקח, והנה המחבר דייק לכתוב היו מטלטלים, ומשמע דדוקא מטלטלים נקנה בחצר, אבל קרקע אינו נקנה בחצר, וכן

הוכיחו האחרונים מסוגיא דגיטין (דכ"ב ע"א) עציץ של אחד וזרעים לאחר מכר בעל זרעים לבעל קרקע לא קנה עד שיחזיק בזרעים, ואי גם קרקע נקנית בחצר א"כ אמאי אינו קונה בעל העציץ את הזרעים מתורת חצר, דהא קיי"ל כליו של אדם קונים לו בכ"מ שיש לו רשות להניחם, והוא מתורת חצר ורשות וכמ"ש בשמ"ק בב"מ, וכיון דחזינן התם דהכלים אינם קונים את הזרעים מוכח דחצר נמי אינו קונה את הזרעים, ובע"כ משום דהזרעים הוה קרקע וקרקע אינה נקנית בחצר, ועוד ראיה מכיון דחזינן התם דהעציץ נקנה במשיכה, וזרעים אינם נקנים במשיכה כ"א בחזקה, ובע"כ הוא משום דקרקע אינה נקנית במשיכה, וכיון דקרקע אינה נקנית במשיכה חזינן דלא מהני לה יד ומכ"ש דלא מהני לה חצר, דהא חצר משום יד איתרבאי ומה שאין לו יד אין לו נמי חצר וכמ"ש התוס' (ב"ב דע"ט), וכ"כ הקצוה"ח לעיל (סי' קצ"ח) דבמקום דלא מהני משיכה לא מהני נמי חצר מטעם הנ"ל, אכן מסוגיא אחרת אפשר להוכיח להיפוך, דהנה בב"מ (דף ק"ח) איתא האי מאן דאחזיק ביני אחי כו', ורב נחמן אומר סלוקי נמי מסלקינן, וכתב שם בשמ"ק הטעם דמסלקינן לי' דכיון דהוה ההוא קרקע הפקר זכתה כל שדה ושדה הסמוכה לה במקצתה כעין חצירו של אדם שזוכה וקונה לו, הרי להדיא שגם קרקע נקנה בחצר, והסוגיא דגיטין אפשר לדחות דאין ראיה מהתם דאין נקנית, די"ל כמ"ש התוס' בב"ב פ' הספינה והכי הוא נמי שיטת הרא"ש והטור שם, דאם הכלים אינם עומדים ברשות לוקח אלא בסמטא וכיו"ב אין כליו קונים עד שיאמר לך וקני וכמ"ש הרמ"א בסמוך בסעיף ג', ולפ"ז י"ל דבגיטין מיירי שעמדו בסמטא ולא אמר לו זיל וקני ולא מהני לו כליו, וההוכחה השני' כיון דמשיכה אינה בקרקע כ"ש חצר, זה גופא אין מוכרח עוד דמשיכה בקרקע לא מהני, ומה שהוכיחו דאי משיכה מהני א"כ ליקני הזרעים במשיכת העציץ, אין מוכרח כלל, דהנה בב"מ (ד"ט ע"ב) גבי משוך פרה וקני כלים שעליה, דכל הסוגיא מיירי התם בקנין חצר, ונתקשו התוס' וכל הראשונים דליקנו הכלים מדין משיכה דהא אימשיכו להו כלים במשיכת הבהמה, והרבה תירוצים נאמרו בזה, אכן בשמ"ק שם כתב דלהכי לא מהני מטעם משיכה כיון דכלים לא נפקא מרשות מוכר דלעולם עמדו ע"ג בהמתו ע"כ, הרי להדיא דבכליו של מוכר לא מהני משיכה משום דעודן לא נפקו מרשותי', ולהכי לא מהני נמי משיכת הזרעים כיון שהם בעציץ של מוכר אבל אי לא היה בכליו של מוכר היה מהני המשיכה אפי' לזרעים אע"ג דקרקע הוא:

**והנה** ראיתי בתורי"ד שעל הירושלמי (ב"מ פ"ק הלכה ד') שנסתייע מתחלה מהתוס' (ב"ק די"ב) דקרקע נקנית בחצר, דגרסינן התם ודתניא החזיק בקרקע קנה עבדים

התם בעומדין בתוכה, וכתבו התוס' דמטעם חצר לא קני דסתם עבדים אינם משתמרים לדעתו כו' וליכא למימר נמי מטעם אגב דהא קרקע אינה נקנית באגב כו' ע"ש. ואי נימא דקרקע אינה נקנית בתורת חצר, למה להו לתוס' לומר דלפיכך לא ניקנו עבדים בחצר משום דאינם משתמרים לדעתו, תיפוק להו דקרקע אינה נקנית בחצר, וכמו דסיימו גבי אגב, אע"כ דהתוס' סברי דקרקע נקנה בחצר. ושוב דחה זה מכח הסוגיא דגיטין שהבאנו, ולזה העלה דמשו"ה עבדים נקנים בתורת חצר אע"ג דדמיין לקרקע משום דקרקע דנייד הוא ושאני בין קרקע דלא נייד לקרקע דנייד ע"ש, ולא ירדתי לסוף דעתו דמה העלה ארוכה בחילוק זה הא בגיטין מיירי נמי בקרקע דנייד, דבזרעים הא אפשר לטלטלים ולניידם ואפ"ה לא מהני חצר, ואמנם באמת אין אנו צריכים כלל לחילוק הזה, דהתוס' לשיטתם בפ' הספינה דבסמטא לא קני כלים כ"א בשאומר זיל וקני או כשמדד, וא"כ יש ליישב בסוגיא דגיטין דמיירי שלא א"ל זיל וקני:

**ולכאורה** היה אפשר להביא ראיה דקרקע נקנה בחצר מהא דאמרי' ב"מ (ד"י ע"א) גבי מי שליקט את הפאה ואי אמרת ד' אמות קונות ליקני הפאה בד' אמות, וד' אמות דקונות הוה נמי מטעם חצר וכמ"ש הר"ן, ואי אמרת דקרקע אין נקנה בחצר מאי קשיא דליקני הפאה בד' אמות, הא קרקע אין נקנה בחצר, א"ו דגם קרקע נקנה בחצר. אכן באמת אין ראיה מהתם, חדא די"ל דמיירי בפאה תלושה, ואפי' במחוברת נמי י"ל כיון דעומדת ליתלש הוה כתלוש לענין קנין חצר, ואע"ג דקיי"ל כל המחובר לקרקע הוה כקרקע, נ"ל דהיינו דוקא לענין אותן דברים דממעטינן בהו קרקע מכלל ופרט, משום דבעינן דומיא דפרט שיהא דבר המטלטל, וכגון אונאה ושבועה, דכיון דבעינן כעין הפרט שיהא דבר המטלטל א"ל גם בעומדת ליתלש נהי דכקרקע לא הוה, מ"מ למטלטל נמי לא דאי ולא הוה דומיא דפרט, אבל לענין הדברים דבעינן קרקע ממש, ודאי שדברים העומדים ליתלש לא הוה כקרקע, וא"כ לענין קנין דאין לנו ראיה כ"א דקרקע ממש אין נקנה בתורת חצר, וי"ל דדבר העומד ליתלש כיון דלאו בקרקע הוא איה"נ דנקנה בתורת חצר:

**ובזה** נפשט לי מה שנסתפקתי למ"ד קרקע אין נקנה בתורת חצר, תלוש ולבסוף חברו לענין חצר מהו אי כקרקע הוא או לא, והנה בקצוה"ח לעיל (סי' קצ"ה) כתב דרך אגב למלתא דפשיטא דבית נקנה בתורת חצר ע"ש. ולכאורה תמוה כיון דקיי"ל דבית הוה כקרקע, א"כ איך נקנה בתורת חצר, ולמה שכתבתי א"ש, דבית יצא מכלל קרקע ולכלל מטלטל לא בא, ולכן בכל הדברים דהקפידה הוא שיהיה מטלטל וכגון בדברים דממעטינן קרקע מכלל ופרט דבעינן דומיא דפרט שיהא מטלטל, בהם אמרינן דבית נהי דקרקע ממש לא הוה מ"מ מטלטל נמי לא הוה ולא הוה דומיא דפרט שהוא מטלטל

ממש, אבל לענין הדברים דבעינן קרקע ממש, בית לא הוה כקרקע, ולכן לגבי קנין דקרקע ממש נתמעט מקנין חצר י"ל דבית לא חשיב כקרקע לענין זה, ואע"ג דלענין שעבוד קיי"ל דבית הוה כקרקע, התם נמי כיון שעיקר הטעם דבמטלטלין ליכא דין שעבוד משום דלאו עלייהו סמיך דיכול הבריחם, ובקרקע דלא יוכל הבריחם סמיך עלייהו, ולהכי בית נמי כיון שאין יכול להבריחם סמיך עלייהו כמו בקרקע, ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' צ"ה) ליישב קושית הש"ך על הטור שם שכתב דבית הוה כקרקע לענין שבועה, ולדחות ראיית הקצוה"ח שהביא מדברי התוס' (ב"מ דס"א) לענין ריבית בקרקע, דריבית נמי ממעטינן מכלל ופרט ודומיא דכסף אוכל בעינן דהוו מטלטל ממש, אבל בבית לא הוה ריבית, וגם שארי ראיות שהביא הש"ך דחיתי שם נמי בדרך זה ע"ש היטב:

**והנה** אע"ג דהראיה שהביאו האחרונים דאין קרקע נקנה בחצר מסוגיא דגיטין דחיתי לעיל, מ"מ נ"ל להוכיח כן מסוגיא הזאת, אבל לא מפשטות הדין דלמה אינו קונה בעל העציץ את הזרעים מטעם חצר, דזה באמת יש לדחות כמו שכתבתי לעיל, אלא דאפשר להוכיח כן מטעם אחר, דהנה בלא"ה הקשו התוס' דלמה נקיט בעציץ של אחד וזרעים של אחר הא הוה מצי לאשמועינן הכל בעציץ וזרעים של אחד, וכתבו דלרבותא קמ"ל דאע"ג דבעל העציץ קנה הזרעים מ"מ לא קנאם אעפ"י שהם בתוך העציץ שלו ע"ש, ותירוצם דחוק וכמו שהקשה הר"ן ע"ז דגם בזה מצי לאשמועינן בעציץ וזרעים של אחד, מכר עציץ וזרעים ומשך העציץ עציץ קנה וזרעים לא קנה, ונשמע ג"כ שאעפ"י שקנה העציץ מ"מ לא קנה זרעים אף שהם בתוך עציץ שלו שהרי קנה העציץ. ולכן נ"ל דמשו"ה נקיט בעציץ של אחד וזרעים של אחר לאשמועינן האי דינא דאין קרקע נקנה בחצר, דדין זה לא מוכח כ"א כשהעציץ של אחד וזרעים של אחר, דהכלי היה מכבר שלו, והשתא הוא דקונה הזרעים, ובכה"ג הו"מ שפיר לקנות הזרעים ע"י כליו אי קרקע נקנה בחצר, ומדאפ"ה לא קנה מכלל דקרקע אין נקנה בחצר, אבל בעציץ וזרעים של אחד ובא לקנות הכלי והזרעים כאחת, אין ראיה דקרקע אין נקנה בחצר, דאפי' אי היה לקלה בחצר נמי לא הוה מצי לקנות את הזרעים ע"י העציץ, כיון שקנין החצר והזרעים באים כאחת, ובכה"ג אפי' חצר ממש נמי אין קולה וכמ"ש הש"ך לעיל (סי' קצ"ח) ולקמן (סי' צ"ב) דהיכי דקניית החצר והחפץ באים כאחת לא קנה, ומה שקשה ע"ז מכמה סוגיות הש"ס עיין מה שכתבנו שם לישב וח"ב י"ל דמשו"ה אשמועינן בעציץ של אחד וזרעים של אחר לאשמועינן הך דינא דקרקע אין נקנית בחצר, מה שלא הוה ידעינן זה אי הוה נקיט בעציץ וזרעים של אחד, ובחבורנו לגיטין הארכנו עוד בזה ואין כאן מקום יותר:

שם **ברמ"א** ויש חולקין וס"ל דבמכר או מתנה אם משומר לדעת המוכר סגי כו', ומשמע דאם אינו משומר כלל אפי' לדעת המוכר ודאי דלא קנה, וכ"כ הב"י בסימן זה להדיא דאם אינו משתמר אפי' לדעת המוכר ליכא למ"ד דקנה ע"ש, ואלא דבקצוה"ח הקשה ע"ז דלסברת השמ"ק דבמתנה ומכירה לא בעינן משתמר משום דכיון דאין שום אדם יכול לזכות בו כ"א מדעת המקנה, נמצא שהוה משתמר למקבל אף כי אינה משתמרת משאר בני אדם מה בכך מ"מ אינם יכולים לזכות בו, ולסברא זאת אפי' כי אינה משתמר גם לדעת המוכר נמי מהני ע"ש, ולענ"ד הצדק עם הב"י והרמ"א דלדעת המוכר מיהא בעינן לכו"ע, עפ"י מה שבארתי בחדושינו לקמן (סי' רס"ח) דשני שמירות בעינן לקנין דחצר. א) שמירת החצר גופא, שהחצר יהיה משומר מאנשים אחרים שלא יוכלו לבוא ולזכות בו. ב) שמירת בעל החצר, שבעל החצר יהיה יודע שחפץ כזה מונח בחצירו, וזה בעינן אפי' בחצר המשתמר ממש, ואל"ה לא מיקרי משתמר אפי' כשהחצר מצד עצמו הוה משתמר דמה מועיל שאדם אחר לא יטלוהו ומשומר הוא מאנשים אחרים, מ"מ אם אין המוכר משמרו, אכתי יוכל החפץ לבוא מעצמו לידי כליון והפסד, דאם בעל חי הוא יגוע ברעב, ואם דבר מאכל הוא, בהמות וחיות יאכלוהו, ושארי חפצים נמי יהיו נדושים ברגלי אדם ובהמה וכדומה שארי שבות, והיינו טעמא דאפי' בחצר המשתמר ממש בעינן נמי שבעל החצר יהיה ידוע לו שנפל מציאה בחצירו ואם אינו ידוע לו לא קנה וכמ"ש המרדכי בפ' אלו מציאות וכן פסק הרמ"א לקמן (סי' רס"ח), והוכחתי שם שגם דעת הירושלמי והתוספתא כן הוא, וכתבתי שם שהטעם הוא ג"כ כזה, דזולת שמירת החצר שמשמרה מאנשים אחרים שלא יטלוה, בעינן נמי שמירת הבעל השדה שלא יופסד החפץ מעצמו, ולהכי בעינן שבעל החצר ידע ממציאה שיהא יכול לשומרה גם הוא, והוה"ד הכא בעינן שיהא משתמר לדעת המוכר עכ"פ, שלא יופסד החפץ מעצמו, ועיין היטב בחדושנו שם ותבין זה יותר, ובזה נדחים נמי ראיות שהביא הקצוה"ח, ראיה הראשונה מדברי הגהות מיימוני שכתב דלא בעי' עבד ישן אלא בגט אבל במתנה אפי' עבד ניעור נמי קונה המטלטלין שעליו, ובניעור הא ליכא שימור כלל ואפי' שימור דנותן ליכא בו ואפ"ה מהני, ובע"כ משום דגבי דעת אחרת לא בעי שימור כלל, ולמה שבארתי לאו ראיה הוא כלל כיון דהטעם דבעינן שמירת המוכר בכדי שהחפץ לא יופסד מעצמו ע"י גויעה מרעב או נדרס ברגלי אדם ובהמה, וא"כ לא שייך זה בעבד שהוא אדם בר דעת ויכול לשמור עצמו ולא שייך בו כליון מעצמו, ורק מה דבעינן אצלו שיהא משתמר, הוא רק מאחרים, שאחרים לא יוכל לזכות בו, ולכן בדעת אחרת שגם חשש זה אינו שפיר מצי לקנות על ידו אפי' כשאינו משומר לדעת המוכר, וכן נמי ראיה השני' מב"מ

(דף ק"ב) דיצא לו שם מציאה בעיר נמי לאו ראיה הוא דכיון שיצא לו שם מציאה ודאי שידע מזה גם בעל החצר, וא"כ יודע הוא לשומרה שלא יופסד מעצמו ודו"ק כי זה נכון: **והנה** בש"ך ס"ק א' תמה על דיעה זו מהא דקדושין (דף כ"ז) דקאמר סתמא דש"ס מהא דר"ג בעישור שאני עתיד למוד נתון ליהושוע היה זה מטעם אגב ואי איתא לדרב פפא למה לן טעמא דאגב תיפוק לי' דקנה מטעם חצר א"ו דלית הלכתא כרב פפא ע"ש, ונ"ל ליישב דודאי עצם סברת רב פפא דבדעת אחרת לא בעינן משתמר, הוה סברא קיימת, ולית מאן דפליג עלה, דסברתו אלימא טובא, כיון דבלא דעת המקנה אין שום אדם יכול לזכות ממילא הוה משומר, אלא דזה לא שייך כ"א בדבר שיש לבעלים קנין ממון גמור בדבר הזה ושבלא ידיעתו אין לשום אדם לזכות בזה, משא"כ בדבר שלבע' מטעם שליחות ובמציאה לא מהני שליחות ותי' דבזכות הוה גופ' גופא אין בזה כ"א טובת הנאה, ולא שייך סברא זאת, דהא בדבר כזה אם לקח אחד שלא מדעת בעלים זכה ואין מוציאין מידו וכמבואר ברמב"ם (פי"ב מהלכות תרומות) וא"כ אכתי אין משומר כיון דכל אחד יכול לזכות, ומשו"ה בהך דקדושין דקאי זה על עובדא דר"ג וזקנים דלבעלים אין במעשר כ"א טובת הנאה שפיר קאמר הש"ס דהקנין הוה בע"כ מטעם אגב ולא מטעם חצר כיון דהוה אין משתמר, ואין להקשות דהא רב פפא גופא משני את תירוצו על עובדא זאת דר"ג וזקנים, וי"ל דר"פ סובר טובת הנאה הוי ממון, ולדידי' שוה טובת הנאה כמו קנין גמור ואין שום אדם יכול לזכות בלא דעת הבעלים ולכן ממילא הוה משומר וכ"כ האחרונים דר"פ סובר דטובת הנאה הוה ממון, אבל סתמא דש"ס דקדושין סובר כדקיי"ל דטוה"נ אינה ממון, ואי אינה ממון יכול כל אדם לזכות גם שלא מדעת בעלים וממילא לא הוה משומר ואי אפשר לקנות מטעם חצר, והוכרח הש"ס לומר דהוה מטעם אגב, וכל זה הוא רק בדבר שאין לבעלים כ"א טוה"נ הוא דפליג סתמא דש"ס על ר"פ, אבל בגוף סברת ר"פ דבדבר שיש לבעלים קנין גמור שאין יכול שום אדם לזכות בלי ידיעתו הוה משומר כו"ע מודו, ולכן הכא דקיימינן בגוף הדין אם בדעת אחרת בעינן משתמר, שפיר כתבו לפסוק כרב פפא, דלית מאן דחולק על ר"פ בזה בדבר שיש לבעלים קנין גמור ודו"ק היטב:

שם **ברמ"א** וי"א דבעינן דוקא בתוכו אבל חוצה לו לא, דין זה כתבו התוס' בעירובין פ' כל גגות, ונ"ל להוכיח כן מש"ס דב"מ (ד"ט ע"ב) דקאמר התם אי אמר קני בהמה וקני כלים מי קני כלים ופרש"י דהא חצר מהלכת הוא וחצר מהלכת לא שמעינן דתקנה דכי איתרבאי חצירו דומיא דיד דלא נייד והוה משתמר ע"ש, הרי כתב שני טעמים על חצר מהלכת דלא קנה משום טעם דנייד, ומטעם דאין משתמר, והנה טעם הראשון הזכירו

כל הראשונים, דמשום דנייד לא דמי ליד ואנן דומיא דיד בעינן דלא נייד, ואכן טעם השני דחצר מהלכת לא הוה משתמר, רק רש"י הוא היחידי שהוסיף טעם זה, ונראה דנתכוון לתרץ בזה קושית התוס' דגיטין (דכ"א ע"א) ד"ה אטו שליחות, דנהי דליד לא דמי משום דנייד, מ"מ אכתי יועיל החצר מטעם שליחות דכל שליח נייד הוא, וכזה הקשו גם הרשב"א והריטב"א הובא בשמ"ק לב"מ וכן הרא"ש בגיטין פ' הזורק, ומשו"ה הוסיף רש"י טעם השני, שגם לשליח לא דמי, דבשליח הוה משומר שהשליח שומרו, וחצר מהלכת דלא הוה משומר גם לשליח דמי, וברור שזהו כוונתו, אלא דלפי"ז יקשה הא גם בחצר שאינו משתמר מהני עכ"פ כשעומד בצד שדהו, והתם שעשה קנין משיכה בבהמה מסתמא תפסה באפסר וא"כ הרי משתמר על ידו, ואכתי אמאי לא מהני עכ"פ מטעם שליחות, אע"כ כשיטת התוס' דעומד בצד שדהו לא מהני ובעינן דוקא בתוך החצר, והתם שאינו עומד ע"ג הבהמה כ"א בצד משו"ה אינו מועיל:

**אלא** דיקשה לפי"ז דמאי פריך התם בש"ס מספינה וקלתה דקונה דהא הוה חצר מהלכת והוכרח לתרץ דלא הוה מהלכת משום דספינה מינח נייחא ומיא הוא דממטי לה וכן גבי קלתא, הא בספינה דמיירי שעומד בתוך הספינה כדקתני היה מהלך בספינה, וא"כ אפי' נימא דמיקרי חצר מהלך ואין מועיל מפעם יד, ליקני עכ"פ מטעם שליח, והתם לא נוכל לשנויי משום דלא הוה משתמר, דכיון שעומד בתוכה הוה משומר על ידו ועיין מ"ש הרא"ש (גיטין דע"ח) והוא לכאורה קושיא עצומה, ונ"ל ליישב בפשיטות עפמ"ש הר"ן ובמציאה לא נוכל לומר שחצר יועיל מטעם שליחות כיון דאין מועיל שליחות במציאה מטעם דבעינן שליחות של בעל הממון וגם מטעם דהוה חב לאחריני ע"ש בנמוק"י, דכן הקשה ע אפגי' דראה אותן רצין. אמאי מהני קנין חצר הא חצר הוה מטעם שליחות ובמציאה לא מהני שליחות ותי' דבזכות הוה מטעם יד אפי' באינו עומד בצדו דהוה כידו אריכתא ע"ש, ובגט ודאי דלא הוה נמי מטעם שליחות דאין חבין אלא בפניו, וממילא מתורץ קושיתי, דמטעם שליחות ודאי דלא מצינן למימר שיקנה בספינה ובגט, דבספינה מיירי במציאה, ובגט משום דחוב, ובע"כ דהכא הוה החצר משום יד, ולכן אי הוה מהלך לא קנה מטעם יד דיד לא נייד, ועל זה לא מהני נמי מה שעומד בתוכה, דס"ס לא דמי ליד מטעם דנייד. להכי הוכרח הש"ס לומר דלא הוה חצר מהלכת כלל, דאם החצר היה יכול להועיל מטעם שליח, ובאופן זה הוה החסרון דמהלך משום דלא משתמר, אז אם הוא עומד בתוכה ומכתמר על ידו היה מועיל באמת אעפ"י שמהלך, אבל במציאה וגט דמשום שליח בלא"ה ליכא התם, ורק מטעם יד הוא דהוה ולכן אם היה חצר מהלך,

אכתי לא דומיא ליד דנייד, ושפיר מוכיח הש"ס לאוקמי דבספינה וגט לא מיקרי כלל חצר מהלך וזה ברור:

**ובזה** יתיישב לנו הסתירה שבין רש"י דב"מ דר"ש לרש"י דגיטין דכ"א, דבב"מ כתב שני הטעמים, דלא נייד והוה לשתמר, ובגיטין לא הזכיר כ"א טעם דנייד, והיינו משום דטעם דמשתמר לא הוצרך כ"א לתרוצי למה לא יועיל חצר מהלכת עכ"פ מטעם שליח, וא"כ בשלמא בב"מ דמיירי לענין ממון דיוכל להועיל מטעם שליחות. לזה הוצרך להוסיף דלא הוה משתמר, ולא דמי לשליח, אבל התם בגיטין דלא יוכל החצר להיות, מטעם שליח כיון דחוב הוא לה, ורק החצר מטעם יד הוא דמועיל, לזה לא זכר כ"א טעם דנייד, דהיינו טעמא דלא דמי ליד אבל על שליח לא הוצרך לשום טעם אחר, דבלא"ה לא יוכל להיות מטעם שליח, משא"כ בב"מ דהחצר אפשר להיות משני טעמים, מטעם יד ומטעם שליח, לזה הוצרך שפיר לשני הטעמים ודו"ק:

**אכן** שוב ראיתי דיש לדחות הראיה שהבאתי די"ל דמשו"ה לא מהני בקני בהמה עומד בצד שדהו. דאין הטעם משום דאין עומד בתוכה אלא משום דכיון דליד לא דמי משום דנייד ולשליח לא דמי משום שאינו משתמר, א"כ לא מיקרי כלל חצר, דחצר הוה או משום יד או משום שליח, וחצר מהלך דברוב הפעמים אינו משתמר ולא דמי לא ליד ולא לשליח, לא הוה כלל בסוג חצר, ולהכי אפי' אם איתרמי באיזה פעם דהוה משתמר אינו מועיל נמי כיון שלא מיקרי כלל חצר, דהא דאמרינן דעומד בתוך שדהו מהני היינו בשדה דחצר מיהא מיקרי אלא דהחסרון הוה שאינו משתמר, ומשו"ה כשעומד בצד שדהו דהוה השתא משתמר על ידו מהני, אבל במהלך כיון דברוב הפעמים לא הוה משומר ואינו בסוג חצר, ולא זהו חצר דמרבינן לקנין, א"כ מה יועיל דמשמרו, דאטו אם ישמור ברה"ר, הכי נימא ג"כ דיקנה ע"י השמירה, הא העיקר בעינן שיהיה בחצירו, וחצר כזה דלא דמי לא ליד ולא לשליח אין נקרא כללי בשם חצר, ועוד י"ל בפשוטו דמיירי התם שהנהיגה בקול או הכישה במקל ע"י זריקה מרחוק ולא עמד כלל אצל הבהמה, אבל אם היה עומד בצד הבהמה איה"נ דהוה קני מטעם חצר דבצד שדהו נמי מהני ולא בעינן עומד בתוכה דוקא:

**ובעיקר** סברת המחלוקת שבין הרמב"ם עם התוס' בזה נ"ל דתלוי בטעם דמהני עומד בצד שדהו, דיש בזה שני טעמים, רש"י בב"מ (די"א ע"א) פי' דהטעם דמהני עומד בצד שדהו משום דאז הוה משתמר, ולטעם זה פשוט דאפי' כשעומד בצדו ולא בתוכה נמי הוה משתמר, אכן התו"ח דחה פרש"י דא"כ שדה גדולה כמה מילין דלא הוה משומר אפי' כשעומד מאי איכא למימר, אלא טעמא דכשעומד בצד שדהו אז אלים קניית השדה

טפי דכשעומד שם הוה כידו וכגופו ע"ש, ולטעם זה י"ל דדוקא כשעומד בתוכה הוה דומיא דיד, אבל כשעומד בצדה אין זה דומיא דיד, ולזה י"ל דרמב"ם סובר כטעם רש"י ומשו"ה אפי' בצדו נמי מהני והתוס' סברי כטעם התו"ח ומשו"ה דוקא בתוכה ועמ"ש הנתיבות לקמן סי' ר"ב סק"ה ומזה ע"ש היטב:

שם **ברמ"א** וי"א דארבע אמות של אדם קונים לו כמו במציאה, ועיין בש"ך ס"ק ה' שהביא בשם הר"ן ותלמידי הרשב"א שהקשו דא"כ למה הוצרכו חכמים לתקן משיכה ומסירה בסמטא יקנה בד' אמות ע"ש, ולענ"ד עיקר דין זה דבמכר מהני ד' אמות כמו במציאה יש לדון בזה, דלענ"ד היה נראה ביסוד הקנין דד' אמות דבר חדש, דתחלת התקנה לא היתה שיקנה ע"י ארבע אמות, אלא דתחלת התקנה היתה רק שכיון שמונח בתוך ד' אמותיו אין אחר רשאי עוד לתופסו, והקנין יבוא עי"ז ממילא, שכיון שאין אחר רשאי עוד לזכות בזה, ובע"כ שישאר לפני זה שמונח בתוך ארבע אמותיו, זהו גופא הוה הקנין לגבי', ואל תתמה על יסוד זה, דדומה לזה ממש כתבו הראשונים בב"מ (ד"ח ע"א) דקאמר שם בש"ס דיוקא דרמי בר חמא מהיכא אי נימא מרישא שנים אוחזין בטלית דיחלוקו התם האי קאמר כולה שלו ואנא אגבהתיה כולה ופרש"י דלעולם אימא לך המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ודקאמרת תיעשה לזה כמו שמונחת ע"ג קרקע ולזה כו' ולא יקנה לא זה ולא זה ויבוא שלישי ויחטפנה מידם, אי"א לשלישי לחטפה מידם שהרי אינם טוענים שהגביהוה יחד עד שנאמר שלא קנו אלא כל אחד טוען שהגביה לעצמו עכ"ל, ובשמ"ק מביא בשם הר"ן ורמב"ן וז"ל וא"ת נהי דשלישי אי"א לחטפה מידם מ"מ למה אמר במשנתינו יחלוקו דהא משום דתלינן דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, וי"ל דכיון דלפי טענותיהם אי"א לשום אדם לזכות בהן וכיון שממון הפקר הוא חולקין אותה בין שניהם שהרי ע"כ לכך היא עומדת ומיהו עדיין קשה היאך ישבע כל אחד מהם שאין לו בה פחות מחציה דהא ממ"נ חד מינייהו משבע לשיקרא דאו כולה דמר או כולה דמר ואל"ה אלא דתרווייהו בהדי הדדי אגבוה ליתא לשניהם, וי"ל נמי שכיון שממון הפקר ומתוך טענותיהם אי אפשר לאחר לזכות זכו בה שניהם מדין ושפיר משתבעי שיש לו בה עכ"ל, וממוצא דבריהם נלמוד שאע"ג דלמאי דתלינן שתרווייהו אגבהוה לא עשו בהגבהתם שום מעשה הקנין, אפ"ה כיון שאחר אי אפשר לזכות בה ובע"כ שישאר לפניהם, זהו גופא הוה הקנין לגבייהו עד שיכולים גם לישבע שיש לו בה, ה"נ דכוותה כיון שאחר אין רשאי עוד לתופסו בשביל שמונח בתוך ד' אמות של זה, בזה גופא הוי הקנין לגבי', אבל תחלת התקנה לא לקנין תקנוהו, וזולת שמצד הסברא היה ראוי לומר כן, דכיון דעיקר התקנה הוא רק מחמת דלא ליתו לאנצויי, ולזה

יספיק אם תקנו שאין אחר רשאי לתופסו ולא אתו שוב לנצויי, ולמה היה להם לתקן שיקנה לגמרי, עוד נ"ל לדייק הכי מלשון רש"י (ב"מ ד"י) בד"ה קונות כתב וז"ל אם יש סביבותיו דבר הפקר אין אחר רשאי לתופסה עכ"ל. ומעולם נתקשיתי מה בעי רש"י בזה האם אתא לאשמועינן סגולת הקנין דאם קונה אין אחר רשאי עוד לתופסו, ולמה שביארתי טובא אתא לאשמועינן דתחלת התקנה לא לשם קנין תקנו, אלא רק לענין זה תקנו דאין אחר רשאי לתופסו, ובזה מיושב קושית התוס' שהקשו מההיא דהגונב כיס בשבת היה מגרר ויוצא פטור, ולמה לא קנה בד' אמות, אכן למה שכתבתי אין מקום לקושיתם, דבגניבה לא שייך כלל קנין ד' אמות, דבשלמא אם תחלת התקנה היתה לקנין דהד' אמות יקנו כמו חצר, אז אין מקום לחלק בין גניבה לשארי דברים, דכיון דתקנו דהוה כחצירו קונה לו גניבתו נמי כמו חצר דקנה לו גניבה, אבל למה שהוכחנו מן הסברא ומרש"י דהתקנה לא היתה כ"א שאין אחר רשאי ליקחנה, איך שייך זה בגניבה, דאטו בעל החפץ אסור שוב ליקח את חפצו כיון שמונח בד' אמות של הגנב, ולא שייך טעם התקנה כ"א בדבר הפקר, אבל בגניבה ודאי דלא שייך כלל לומר הכי, דהא אפי' מביתו של גנב רשאי בעל החפץ ליקחם, וכיון שבעל החפץ יכול ליקח את החפץ, ממילא לא נשאר שום קנין לפני הגנב לזכות ע"י הד' אמות, ואפשר דיש להעמיס זה בכוונת התוס' שם במה שכתבו דבגניבה לא תקנו ד' אמות, אלא שאין לשונם משמע כן, ועכ"פ לשון רש"י נראה להדיא כמו שכתבתי, והיינו דמכוון ליישב קושית התוס', לזה אשמועינן דד' אמות לא הוה קנין בעצם כמו חצר, אלא דהתקנה היתה רק שאחר לא יוכל לתפוס, וממילא מיושב קושית התוס' דבגניבה לא שייך הכי, ולפי"ז יש מקום לדון דקנין ד' אמות אינו אלא במציאה דכיון דדבר הפקר הוא ועשה בו פעולה כזה שאין אחר רשאי לתופסו, ממילא נשאר לגבי' וכמו שדייק לשון הרמב"ן והר"ן שהבאתי שכתבו וכיון שממון הפקר הוא כו' אבל בדבר שיש לו בעלים כמו מתנה ומכירה ואנו צריכים ע"י הקנין להוציא את החפץ מרשות בעליו מה יוכל להועיל ד' אמות, דנהי דאין אחר רשאי לקנות בו שוב, מ"מ מרשות בעליו היאך יצא, ואולי י"ל דהיינו טעמם דראשונים שהביאם הריטב"א והובא בש"ך לקמן (סי' רמ"ג) דסברי באמת דד' אמות אין קונה כ"א במציאה ולא במתנה ע"ש, ואפשר לומר דמועיל גם במכר, דתקנו שאם כבר הביא הקונה את החפץ לתוך ד' אמות שלו אין בעל החפץ רשאי לקחתו שוב בחזרה וממילא קנה הקונה, וכמו בגיטין וקדושין דמהני ד' אמות דהוה נמי בע"כ מהאי טעמא דתקנו שאם כבר הניחה הגט או הקדושין בארבע אמותיה אין הבעל רשאי שוב לקחתם בחזרה וממילא קנתה האשה, ודוקא בגניבה אי אפשר לומר דתקנו דהבעלים אינם

רשאים ליקח החפץ דהא אפי' מביתו של גנב רשאים נמי לקחתו בחזרה, אבל במכירה איה"נ דתקנו דכיון דבעל החפץ נתרצה למוכרו והלוקח הביאו לד' אמות אין רשאי גם בעל החפץ לקחתו שוב בחזרה, וממילא זהו גופא הוה הקנין, ועיין בחדושנו לקמן (ס"ס רכ"ז) מה שכתבנו לענין מכירי כהונה:

**ולולא** דמסתפינא היה אפשר לומר שגם אליבא דאמת לא הוה זה קנין גמור שיקנה בזה לגמרי עד שלא יהא צריך קנין אחר, אלא דאין קונה כ"א לענין זה שאחר אין רשאי שוב לתופסו, אבל איה"נ דשל מגביה נמי לא הוה עד שיעשה קנין, והא דמהני זה בגט וקדושין י"ל דהנה לר' יוחנן בגיטין (דף ע"ח) דאמר התם אפי' מאה אמה וקרוב לה מגורשת, הרי ודאי שאין הטעם מחמת קנין אלא משום דמשתמר על ידה, ומשום תקנת עמידות תקנו דניזל בתר שמירה, ועיין בב"ש (אה"ע סי' ל') דמהאי טעמא מהני אפי' ברה"ר אע"ג דד' אמות אינו קונה ברה"ר כלל, ואפ"ה בגט מהני, אלא אפי' לרב דס"ל התם שדוקא בתוך ד' אמות, נמי אין ללמוד משם דד' אמות קנין הוא, דהא בע"כ שבגט לאו משום קנין הוא, דאי משום קנין היכי מצי להקנות לה בע"כ, וכי היכן מצינו דאדם קונה בע"כ, וגדולה מזו הוכיח התורי"ד שם דאפי' חצירה ממש לאו משום קנין הוא מכח ההוכחה הזאת דהיכן מצינו קנין בע"כ, ואלא הטעם דרבי רחמנא חצירה בגט מפני שמשתמר בחצירה, וא"כ בד' אמות נמי כיון שמשתמר על ידה מהני, ואפ"ה סובר רב דחוץ לד' אמות לא מהני, והיינו משום דעכ"פ מקרא דידה ילפינן שיהא עכ"פ תוך רשותה, דנהי דזכייה לא בעינן, אבל נתינה ודאי בעינן דקרא כתיב ונתן בידה, ולהכי חוץ לד' אמות אע"ג דמשומר על ידה כיון שאין ברשותה כלל לא מהני, אבל בתוך ד' אמות כיון דהוה ברשותה עכ"פ לענין זה במציאה שאין אחר רשאי לתפוס, הוה עכ"פ רשותה ולהכי מהני, אבל לא מטעם דרשותה קונה, דעיקר הקנין הוה משום השמירה, ואלא דבעינן נמי שיהא ברשותה מקרא דידה, ובקדושין תקנו משום ליתא דגיטין וכדאמר שם, הכי הוא דעת רב, ור' יוחנן ס"ל דמשתמר לחוד סגי ואפי' מאה אמה ויכולה לשמרו נמי מגורשת, ואפי' תימא שדוחק לומר כן דבגיטין לאו משום קנין הוא, אכתי אין ראיה מתקנת ד' אמות דגיטין לד' אמות בעניני ממון, דהא בע"כ טעם של זה לא שייך בזה, דטעם דמהני בענין ממון הוא משום דלא ליתו לאנצויי, וזה לא שייך בגירושין, וכן טעם דגירושין משום תקנת עגונות לא שייכא בממון, וכיון דהתקנה היתה מפני טעמים מיוחדים. שפיר יש לומר דכח התקנה נמי לא היתה שוה בשניהם, דבגיטין דלפי טעמם מחשש עגונות, הוכרחו לתקן שיקנה ממש, דאל"ה לא הועילו בתקנתם, להכי היתה התם התקנה שד' אמות יהיה קנין ממש, אבל בעניני ממון דהטעם היתה משום דלא ליתו

לאנצויי, ובכדי לתקן חשש הזה היה סגי שיתקנו דרך אחר אין רשאי לתופסו, כיון דעי"ז הוסר החשש ולמה להם עוד, ולפ"ז יהיה סגולת הד' אמות חלוק בין ענייני ממון לגיטין וקדושין, דהתם לפי טעמם הוצרכו לתקן שיקנה עי"ז בקנין גמור, ובענייני ממון די לתקן רק שאין אחר רשאי לתופסו וכמ"ש רש"י, אבל איה"נ שגם הוא צריך אכתי לקנין. ולזה פשיטא שאין מקום לקושית התוס' מההיא דהי' מגרר, דכיון ששלו לא הוה עוד א"כ לא שייך בזה איסור גניבה, דבגניבה בעינן שיכניסנה לרשות שלו והכא לא מיקרי עדיין שלו, ואחר כל זה מיושב קושית הר"ן ותלמידי הרשב"א שהביא הש"ך דלמה הוצרכו לתקן משיכה ומסירה דלמה שביארתי א"ש דאכתי בעינן קנין שיהא שלו ודו"ק:

סעיף ג' **במחבר** כליו של אדם כו' קנה לו, הנה זה פשוט דלאו דוקא כלי שיש לה תוך קונה אלא אפי' שאין לה תוך וכגון מחצלת נמי קנה וכמפורש בב"מ (דף ס"ז) ואי אגבהינהו בסימני קנה, אלא נסתפקתי ערימה של פירות של לוקח המונחות בסמטא אם נחשבת ככלי לקנות מה שיפול לתוך הערימה. אי דמיא נמי למחצלת, או דלמא מחצלת עדיפא שיכולה להנטל כולו כאחת עם הפירות המונחות בתוכה והפירות נטלות על ידה משא"כ בערימה, ומצאתי ברא"ש (עירובין דע"ט) על הדין דהופך את הגלל שכתב דהגלל הוא כליו וקנה לו כליו, ולפירושו מיירי שהגלל המונח בערימה היה זה של ראובן וראובן הפך את הגלל של שמעון לתוך ערימה של גלל שלו, והרי להדיא דהגלל גופא הוה ככליו, אלא שבתוס' (ב"ק דכ"ט) איתא בזה הלשון שהגלל בכליו וקנה לו כליו, ולפי"ז לא מוכח אם ערימה של גלל גופא הוה ככליו, ונראה להביא ראיה דערימה נחשב ככליו מההיא דגיטין (דף ס"א) דאיתא התם דרב כהנא חזי להההוא גברא דשדי עופיי ונתרי תמרי אזל קא מינקט ואכיל אמר לו חזי מר דבידאי שדיתינהו, ולכאורה קשה טובא כיון דהמעשה הי' דחזא דשדי אופיי ע"י מקלות כפרש"י, א"כ היכי קאמר לו אח"כ חזי מר דבידאי שדיתינהו, והרי באמת לא שדי בידיו כ"א במקלות, ועוד קשה קושית התוס' שם היכי עשה כן רב כהנא ליקח ולאכול הפירות ומי לא הוה חייש לדרכי שלום דהא עני המנקף בראש הזית יש בו גזל משום דרכי שלום, ולכן נראה שהמעשה כן דקודם שבא רב כהנא היה באמת מלקט בידיו וליקט כל כך הרבה פירות עד שנעשית ערימה ושוב משנעשית ערימה לא הוצרך עוד ללקט ביד, רק שדי במקלות ונפלו לתוך הערימה שכבר היתה שלו, ומשבא רב כהנא וחזא דשדי במקלות סבר שגם הפירות שבערימה נמי ע"י מקלות שדינהו ולא לקטן ביד ולא קנה אותם עוד, ובכה"ג אפי' מפני דרכי שלום אין בזה, דלא תקנו בעני המנקף מפני דרכי שלום כ"א היכי שעומד בראש הזית, דאחרי שכבר טרח לעלות על ראש האילן תקנו שיהא בזה מפני דרכי שלום,

אבל כשעומד למטה בארץ ומשיר הפירות שבראש האילן ע"י מקלות לא חשו לתקן גם בזה מפני דרכי שלום, דבלא"ה לא אתו לנצויי אחרי שלא טרח כ"כ על הפירות, והכי דייק לשון המשנה עני המנקף בראת הזית ופרש"י דמנקף היינו חותך, והרי הוא עומד לפי"ז בראש הזית, והתם דוקא תקנו, דאל"ה למה למיתני בראש הזית דוקא, ליתני עני המשיר פירות האילן, ומשו"ה נקיט רב כהנא לאוכלם, ואמר לו ההוא גברא, חזי דבידאי שדיתינהו, פי' כל הפירות שבערימה בידי שדיתינהו ואותם קניתי בקנין גמור, וממילא שגם מה שהפלתי אח"כ במקלות כיון שנפלו לתוך ערימה שלי קניתי אותם ע"י הערימה דנעשית כחצירו ודמיא כנפלו לתוך קופתי, ולפ"ז הרי ראיה משם דערימה נמי קונה וכהרא"ש, ואולי יש לדחות דלא משום שהערימה קנתה לשאר הפירות שזרק ביד, אסור היה לרב כהנא לאכול, כ"א מפני שפירות הערימה ודאי שלו, הם, וכשיפלו אח"כ לתוך הערימה ונתערבו בפירות הערימה שכבר זכה בהם, אין רשאי לאכול גם מפירות שנזרקו ביד אחרי שאין ניכר איזה הם ונתערבו ברוב הפירות שכבר זכה בהם ודו"ק:

**ואם** אויר כלי קונה מחלוקת רש"י ותוס' הוא בגיטין (דע"ט ע"ב) בהא דאמר אביי שם שתי קופות זו בתוך זו פנימית שלה וחיצונה שלו וזרקו לה אפי' הגיע לאויר פנימית אינה מגורשת מ"ט דהא לא נח, ופרש"י דאין מחיצות של כלי עשויות אלא להניח בתוכן, ובתוס' שם כתבו וז"ל משמע מפי' הקונטרס דאויר כלי אינו קונה ואין נראה דבפ' בתרא דע"ז אמר גבי יין נסך מכי משא לאוירא דמנא קנייה יין נסך לא הוה עד דמטא לארעא דמנא משמע דאויר כלי קונה ע"ש, ולפום רהיטא נראה דמחלוקת רש"י ותוס', הוא באויר כלי אי קונה. ורש"י סובר דאינו קונה, אכן לאחר העיון נראה דלאו כללא הוא דאויר כלי אינו קונה לרש"י, ובכמה אופנים אפשר לאשכוחי דגם לרש"י קונה, דהנה באמת קושית התוס' מהך דע"ז עצומה מאוד, ונראה ליישב, דהנה ממקום שהקשו התוס' דמכי מטא לאוירא קנה, ודאי דלק"מ, דהא התם הוה הקנין לא מטעם אויר כלי כ"א מטעם הגבהה וכפרש"י שם להדיא, והכי מוכח בע"כ מתוך הסוגיא דמשני התם אי דנקיטא לי' עכו"ם לכלי בידו ה"נ לא צריכא דמנח אארעא, ואי תימא דמטעם אויר כלי הוא דקנה מאי איכא בין נקיט בידו למנחא אארעא, הא גם במנחא אארעא איכא אויר כלי, ועוד דבתר הכי פריך ותקנה לו כליו מכלל דעד השתא היה סבור דהקנין לא מטעם כליו הוא אלא מטעם הגבהה, ואלא דבזה י"ל דהוכחת התוס' יהיה אכתי לא ממקום שציינו שם כ"א ממה שהקשו ותיקני לו כליו ובע"כ דאויר כלי קאמר, דאי לבתר דמטי לארעתא דכלי א"כ לא נתחייב לו המעות קודם שנאסר, ושפיר אמר להו דלישקלו זוזי מראש, ומאי פריך, אע"כ דאויר כלי קאמר דליקנו, וא"כ שמעו מינה דגם אויר כלי קנה,

ואמנם מתוך הדברים מיושב ממילי קושית התוס', דהנה גם בקושיא הראשונה דסלקא דעתן דהקנין הוה מטעם הגבהה ופריך מכי מטא לאויר קנה, בע"כ דאין הכוונה שמונח עוד באויר ולא הגיע כלל לארעתא ושולי הכלי, דא"כ מאי הגבהה שייך כאן כיון שהיין מונח עוד באויר ולא הגביהו כלל, ועוד דפריך תו התם ש"מ ניצוק חיבור, איזה חיבור הי' כאן כיון שאכתי מונח באויר ולא נגע בשולי הכלי, ובע"כ דהכוונה הכי הוא דקצה האחד של הקילוח ודאי שכבר הגיע לכלי, רק שכל היין עודנו בקילוח באויר, והכי פריך דאי אמרת ניצוק אינו חיבור, א"כ נהי דקצה האחד נגע בשולי הכלי, אבל כל היין עודנו באויר ולא נאסר עוד, ואפ"ה לענין קנין שפיר קנה אותו דכיון דקצה האחד הגיע לשולי הכלי שייך בו הגבהה, ופריך שפיר מכי מטי לאוירא כלומר שכל הקלוח עודנו באויר וקנה אותו ע"י הגבהה ולענין איסור יין נסך אכתי לא נאסר, ואלא ש"מ דניצוק חיבור, וזה ברור למעיין בסוגיא, ולפ"ז י"ל דגם מה שהקשו אח"כ ותיקנו לו כליו, לא מיירי שכל היין עודנו באויר ולא נגע עוד בשולי הכלי, אלא יתפרש נמי באופן כזה, דקצה הקילוח ודאי דהגיע לכלי, רק כיון דכל הקילוח לא נגע עוד בכלי ולענין איסור לא נאסר כיון דניצוק אינו חיבור, ולענין קנין שפיר קנה בכה"ג דקצה אחד מונח בכלי, דאפי' מ"ד דאויר כלי לא קנה היינו כשהחפץ כולו הוא באויר וגם אפס קצהו לא נגע בכלי, משא"כ אם קצה האויר נגע בשולי הכלי אע"ג שהחפץ ארוך וקצר שאינו מונח כולו בכלי נמי קנה, ולפ"ז אין מקום תו לקושית התוס' דמ"ש בגיטין דאייר כלי אינו קונה, היינו כשלא נגע בכלי כלל, ומ"ש התם דקונה היינו כשעומד בכלי בקצה אחד והשאר מוכח באויר וע"ש בסוגיא ותמצא כן וזה ברור:

**ועוי"ל** באופן אחר, דהנה מה דפריך התם מכי מסא לאויר כלי קנה, אין הכוונה דמכי מטי לאויר למעלה ממחיצות הכלי דהא אפי' כשנימא דהכוונה. מכי מטי לאויר לתוך מחיצות הכלי נמי קשה שפיר, כיון דהקנין הוה קודם שנאסר, דהיין אינו נאסר כ"א משנגע בשולי הכלי והקנין בא קודם דהיינו מכי מטי לאויר, אבל ודאי לאויר מחיצות הכלי, ובכן אין שום סתירה מהתם להכא, דמ"ש בגיטין דאויר כלי אינו קונה היינו מכי מטא לאויר הפנימית למעלה ממחיצות הכלי, אבל משהגיע לתוך מחיצות הכלי איה"נ דמגורשת, ומ"ש התם דקונה, מיירי כשהגיע לתוך המחיצות של הכלי, וחילוק כזה מחלק הש"ס גופא בזבחים (דכ"ה ע"ב) ע"ש היטב. ועכ"פ מוכח דמ"ש רש"י דאויר כלי אינו קונה לאו כללא הוא אלא דהיינו דוקא באויר כלי למעלה ממחיצות הכלי אבל אם הגיע לאויר מחיצות הכלי אע"ג שלא הגיע עוד לשולי הכלי מהני לקנין, וגם לא בעינן

שכל החפץ יהיה מונח בכלי אלא אם קצה האחד נגע בשולי הכלי נשאר ארכו של חפץ עומד באויר קונה נמי:

**ובעיקר** הדבר מה שהוכיחו תוס' מרש"י דסובר דאויר כלי אינו קונה, לענ"ד לא מוכח כן להמדקדק בלשון רש"י, דזה לשונו שם דאין מחיצות כלי עשיות לאוירן לשמור עכ"ל, א"כ לא מטעם דאויר כלי אינו קונה כ"א משום דלא מינטר הוא, ומיושב בזה קושית התוס' מהך דע"ז, דהתם דדעת אחרת מקנה לא בעינן משתמר וכמ"ש המחבר לעיל בסימן ה, משא"כ בגט לא מהני דעת אחרת כיון דחוב הוא לה, וגם הפנ"י כתב כן, ולפי"ז במכירה ומתנה קונה אויר כלי אפי' לרש"י ודו"ק:

סעיף ח' **ברמ"א** ויש חולקין וסבירא להו דאם מדד לוקח קנה, ועיין בנתיבות ס"ק ט"ו שהביא קושית המל"מ מדברי הטויו"ד (סי' קל"ב) וכתב לתרץ דהא דפסק הכא דקנה אף בלא כוונה הוא מטעם דהגבהה מטעם ידו הוא וידו לא גרע מחצירו דקונה שלא מדעתו ע"ש, לא נהירא, דהא דחצירו קונה שלא מדעתו היינו דוקא בחצר כזה שאיתרבאי מתורת שליחות ולכן דייניגן בו כדין שליח גמור שיקנה בלא כוונת הבעלים דזכין לאדם שלא בפניו, אבל בחצר שהוא מתורת יד דייניגן בו כשארי קנינים דיד משיכה והגבהה דבעינן דוקא כוונה, וכ"ש ביד גופא דבעינן כוונה. ולפ"ז הכא דהקנין הוה בידו ודאי דבעינן כוונה. ואע"ג דאמרינן בב"מ חצר משום יד ולא גרע משליחות וכל היכי דאי אפשר לדון בו מטעם יד דייניגן בו מטעם שליחות, היינו בחצר ממש שקונה מטעם רשות, בזה הוא דאמרינן דמ"מ לא גרע משליחות, אבל יד עצמו ודאי דמטעם יד הוא, וכיון דמטעם יד בעינן כוונה, ועוד י"ל דבקנין דיד שהוא משום רשות וכגון דלא עשה שום הגבהה או משיכה ורק תפס בידו, דבזה היד קונה רק מטעם רשות ובהא הוא דאמרינן דלא בעי כוונה כמו חצר דקונה שלא מדעתו, אבל בקנין דיד שהוא מטעם הגבהה או משיכה בעי' כוונה כיד, דרק רשות קונה בלא כוונה ולא יד, ועיין מה שכתבנו בחדושנו לקמן (סי' רס"ח) באריכות:

## סימן רא

סעיף ב' **במחבר** וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות כגון ע"י שנותן הלוקח פרוטה למוכר, וכתב הסמ"ע דלא חשו בזה שמא יאמר המוכר נשרפו חטיך בעליה דלא חשו לזה אלא במקום שכבר קבל המוכר כל דמי שוויה של המכר ע"ש, והוא מדברי התוס' (ב"מ דמ"ו) שכתבו כן, ודבר זה תמוה מאוד מש"ס ערוך (ב"מ דמ"ח) גבי ערבון קאמר התם דאינו קונה כ"א למי שפרע, הרי שאפי' בערבון שלא נתן כ"א מקצת דמים אפ"ה אינו קונה כ"א למי שפרע לא לקנין גמור, והטעם שבאמת אמרינן כן דאינו קונה קנין גמור והא

סברת התוס' ופסמ"ע צודקת דבכה"ג לא שייך שמא יאמר נשרפו חטיך, וכיון דחשש זה לא שייך הו"ל למיקני קנין גמור י"ל כמ"ש הנתיבות לקמן (סי' ר"ד) ובתשובת רעק"א סי' קל"ד דכל היכי דשם קנין מעות לא פלוג רבנן ולא קנה אפי' במקום דלא שייך החשש דנשרפו חטיך, והביאו ראיה מזה ששנינו בר"פ הזהב דהכסף אינו קונה את הזהב, ואמאי הא במעות לא שייך נשרפו מעותיך דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע וכמ"ש התוס' (ב"מ דמ"ג), וכן מההיא דחולין דנותן דינר לטבח, דדוקא בד' פרקים קונה ומשחיטין הטבח בע"כ, אבל בשאר ימות השנה לא קנה, הרי שאפי' אם לא נתן אלא מקצת דמים לא קנה כ"א למי שפרע, ובע"כ דכל היכי דשם קנין מעות לא פלוג רבנן ולא קנה, ולמה שכתבתי יהיה ראיה מפורשת מהך דערבון דקאמר בהדיא שאינו קונה כ"א לענין מי שפרע, ותמוה לי דלמה להו להנתיבות ולרעק"א להוכיח דבנתן מקצת דמים אינו קונה כ"א למי שפרע ממתני' דהזהב ולא הביאו דבר המפורש, ואכן מפני שלא על הסמ"ע לבד יהיה תלונתי כ"א גם על הרמ"א לעיל (סי' קצ"ח) שהביא בשם הגהות מרדכי דאם המטלטלים היו במקום דליכא למיחש לדליקה קונה קנין גמור במעות, הרי דסובר נמי דלא אמרינן לא פלוג רבנן בתקנתא זאת, לזה נ"ל ליישב שמההיא דערבון אין ראיה, דשפיר נוכל לומר כהמרדכי והסמ"ע דלא אמרינן לא פלוג רבנן. והתם בערבון היינו טעמא דאינו קונה כ"א למי שפרע, דהא זה פשוט דמה דאמרי' דיש חשש שמא יסרב הלוקח לפרוע אח"כ, לא שייך כ"א במקום שבעד המקח גופא לא סילק אותו, אבל אם בעד המקח פרע לו הכל, רק שמחויב לו הלוקח מעות אחרים שהלוהו, לא שייך כלל לומר שמא יסרב מלפרוע לו את המלוה, כיון דמן המקח נסתלק ומעות אחרים חייב לו. מהיכי תיתי שלא יפרע לו, דלא אשתמיט בשום מקום לומר שהיכי דלוקח חייב למוכר מעות הלואה שאז יקנה קנינו בכסף לחוד, ומשום דהמוכר יטרח להציל שמא יסרב הלוקח לפרוע הלואתו, אע"כ דהחשש זה אינו כ"א במקום שמגיע כסף הפרעון ולא כסף הלואה, והנה בחדושנו לעיל כתבתי הטעם מה שקונה בערבון פרוטה כל המקח, הא קנין כסף מעפרון ילפינן והתם פרע לו הכל, וכתבתי שבאמת אם לא סילק הפרעון בשלימותו לא קנה. וזהו הטעם דכשאמר ערבוני יקון, יקנה הכל. שלא קנה אלא כנגדו, היינו משום דקנין כסף הוא רק במה שפרע ולא יותר, והא דמהני בקניית פרוטה היינו משום דאמרינן דהפרעון מסולק בשלימותו והמותר זקפו במלוה, ואפי' בסתם נמי אמרינן כן ע"ש, ולפ"ז א"ש דכיון שהפרעון נסתלק ומה שחייב לו היינו הלואה, ודאי דלא שייך לומר שמא יסרב הלוקח, ולהכי אין קונה כ"א לענין מי שפרע וזה ברור:

**וראיה** השניה שהביאו ממתני' דהכסף אין קונה, נמי יש לדחות, דהא זה ודאי דאם אך נימא דהכסף קונה לזהב קנין גמור, דלא הוו הבעלים שומר כלל על הזהב, דכיון שהקנין נגמר ביניהם מסתמא אמר לו שיבוא ליטול הזהב, ובכה"ג אפי' שומר חנם לא הוה, ועיין לעיל (סי' קצ"ח) שהביא הנתיבות בשם הב"י דלא הוה אפי' שו"ח, וא"כ אכתי שייך בהו החשש דנשרפו מעותיך ומשו"ה הכסף אינו קונה הזהב, ויש לתמוה על הנתיבות שסותר לדברי עצמו, דלעיל בסי' קצ"ח כתב ג"כ לדחות הראיה מהזהב כמ"ש, ומסיק דבמקום שאין שייך החשש דנשרפו קונה קנין גמור במעות, ובאותו סימן גופא וכן כאן כתב שאמרינן לא פלוג, ואפי' אם לא נתן כ"א מקצת המעות דלא שייך החשש דנשרפו ג"כ אין קונה כ"א למי שפרע, וראיה השלישית מנותן דינר לטבח, כבר דחיתי זה בחדושנו לעיל (סי' קצ"ט) ע"ש:

**והנה** למה שבארתי יוגדל התמיה עמ"ש הסמ"ע דבנתן רק מקצת המעות קונה קנין גמור, והא בש"ס קאמר דאין קונה בערבון כ"א למי שפרע, ונהי שאין זה מטעם הנתיבות ורמ"א דאמרינן לא שלוג, אלא מטעם שכתבתי דגם בערבון לא שייך שמא יסרב הלוקח לשלם, מ"מ יהיה מאיזה טעם שיהיה, ש"ס ערוך הוא דערבון אינו קונה כ"א למי שפרע, הן אמנם דעל הטור ומחבר שכתבו נמי כהסמ"ע דכל דבר שנהגו התגרים לקנות כגון ע"י שנותן הלוקח פרוטה למוכר קונה קנין גמור, לא קשה לי, דלאו מדינא קאמרי אלא משום דכבר נהגו לקנות עי"ז והוה כמו סיטומתא וכמ"ש להדיא כל דבר שנהגו לקנות על ידו, וגם הרא"ש בפ' איזהו נשך שממנו מקור הדין, למד זה מסיטומתא, אבל מדינא אפי' בפרוטה שהוא מקצת הדמים נמי לא קנה קנין גמור. אבל על הסמ"ע שפי' טעם דטור ומחבר דהוה מדינא ומשום דהכא לא שייך החשש דנשרפו, קשה מסוגיא דערבון, ובכדי ליישב דבריו נראה שאדרבה עוד מש"ס זה יהיה סיוע לדבריו, דהא מחמת סברא זאת דמטלטלין אין קונה, כ"א לענין מי שפרע, מוכחינן התם דערבון במטלטלין כנגדו הוא קונה ולא דמי לקרקע דקונה כנגד כולו, היינו משום דהתם קונה קנין גמור בכסף, וא"כ למ"ד דס"ל שגם במטלטלין כנגד כולו הוא קונה ודומה לקרקע, צ"ל דס"ל באמת שגם במטלטלין קונה קנין גמור, דאל"ה יקשה היכי מדמה לקרקע בכמות הקנין שיקנה כנגד כולו, כיון שגם באיכות הקנין לא דמי. וא"כ למאי דקיי"ל כר' יוחנן שגם במטלטלין כנגד כולו קונה, בע"כ שס"ל ג"כ דבאיכות הקנין דמיא שבמטלטלין נמי קונה קנין גמור, ואמאי הא זהו קנין כסף ואין קונה כ"א למי שפרע, אע"כ כהסמ"ע דבערבון שלא נתן כ"א מקצת הדמים קונה קנין גמור, אלא דאי נימא כמו שכתבתי דבערבון הוה כאילו פרע כל המקח והמותר הוה רק הלואה, וכן משמע מסמ"ע גופא לעיל (סי' ק"צ) ע"ש,

אכתי יקשה אמאי קונה לגמרי, וצ"ל דהסמ"ע יסבור דאע"ג שהלואה הוא מ"מ בהלואה כזה שבאה מחמת המקח חיישינן שמא יסרב הלוקח ליפרע, ואע"ג דבשארי הלואות אין חוששין, ומשו"ה קונה קנין גמור וזה נכון מאוד, ולפ"ז יהיה מהתם ראיה דלא אמרינן סברא דלא פלוג ודלא כהנתיבות ורעק"א דלעיל ודו"ק היטב:

## סימן רב

סעיף א' **ברמ"א** הקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה, ובקרקע, שאולה כתב רבינו ירוחם דלא קנה, והש"ך הביא מדברי התוס' דב"מ דגם בשאולה קונה באגב, ועיין בקצוה"ח ודגמ"ר שכתבו דמתוס' אין ראיה דשם קאי הסוגיא שר' גמליאל הקנה בתורת חצר ואינו ראיה לאגב ע"ש, וכבר הקדימם בשמ"ק בשם הריטב"א ע"ש:

סעיף ב' **במחבר** אעפ"י שאינם צבורים בתוכה, הנה בקדושין (דף כ"ז) פשיט בש"ס דלא בעינן צבורין ממעשה במדוני אחד שהיה בירושלם ועמו מאה צאן ומאה חביות כו' וקנה בית סלע כו' ואי אמרת דבעינן צבורין קרקע בית סלע למאי חזי ע"ש, ולכאורה משמע דהצאן והחביות היו בביתו שבמדון רחוק מן ירושלים, דאם היו עמדו בירושלים א"כ מאי נפ"מ במה שהודיע לנו שהיה מדוני, אכן באמת אי אפשר לומר דהמטלטלין היו במדון, דא"כ מאי מוכיח דלא בעינן צבורין משום דבית סלע למאי חזי, הא אפי' אם הקרקע שקנה כעת סמוך לירושלים היה כר נרחב להעמיד בו כל הצאן נמי מוכח דלא בעינן צבורין כיון דהמטלטלין הנקנות לא היו כלל כאן במקום הזה, א"נ דהצאן והחביות היו עמו יחד בירושלים סמוך לאותו הבית סלע שקנה, ולכן לא היה אפשר להוכיח כ"א מכח דבית סלע למאי חזי, וגם זה צ"ל דהצאן והחביות היו עומדים בסמטא או ברה"ר דאל"ה למה הוצרך לקנות הבית סלע ולהקנות אגבן המטלטלין, הא הו"מ להקנות אותו המקום גופא שעומדין עליו, ואפי' אם אותו הקרקע לא שלו היה אלא בשאלה או בשכירות, הו"מ נמי להקנות למשך ימי שאלתו ושכירותו, דהא קיי"ל דבקרקעות השוכר רשאי להשכיר, דדוקא במטלטלין אין השוכר רשאי להשכיר משום דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר כמבואר לקמן (סי' ש"ז), א"ו דבסמטא ורה"ר היו עומדים שהמקום אינו ראוי לקנין, וגם זה אין להקשות על הש"ס גופא מנ"ל באמת דהמטלטלין היו עמו בירושלים. יותר נוח היה לפרש דהיו עומדים במדון כפשטא דברייתא מעשה במדוני, והא דהוצרך לקנות בית סלע סמוך לירושלים ולא הקנה לו אותו המקום שעמדו עליו המטלטלים, היינו משום דאותו המקום רחוק היה מירושלים ואי אפשר היה לקנותו בחזקה, ובכסף ושטר נמי אי אפשר היה לקנותו די"ל דלא היה נמצא שום אדם שרוצה ליתן הכסף או לטרוח בכתיבת השטר, ולכך הוכרח לקנות הבית סלע סמוך לירושלים

שאפשר היה לקנותו בחזקה, וממילא קנה נמי את הקרקע הרחוקה מירושלים שעמדו שם המטלטלין כדין מוכר עשר שדות בעשר מדינות והחזיק באחת מהם דקנה כולם, אבל באמת בעינן צבורין, ומנ"ל להש"ס דלא בעינן צבורין, וי"ל משום דלשון דברייתא טפח לפלוני ועמו מאה צאן משמע דהקנה לו המטלטלין אגב אותו בית סלע שקנה, דאם המטלטלים היו נקנים רק אגב אותו המקום שעמדו עליו רחוק מירושלים, א"כ בקניית הבית סלע לא היה בזה שום קנין אגב, וכיון שמפורש בברייתא דהאגב היה ע"י הבית סלע מכלל דהמטלטלים היו עומדים נמי בסמוך לו, ושפיר הוכיח דלא בעינן צבורין:

שם **בש"ך** ס"ק ג' כתב דבר חידוש שאין חצר קונה אלא כשהוא כבר חצירו ואח"כ הכניס המטלטלין לתוכו משא"כ במקום דחצירו ומתנתו באים כאחד ע"ש, וכ"כ לעיל (סי' קצ"ח), ולפי שהאחרונים הרבו להרעיש על הש"ך שדבריו המה נגד כמה סוגיות הש"ס וכמ"ש המח"א וקצוה"ח לעיל (סי' קצ"ח) וכאן צריך אנכי להאריך בכדי שלא לשוויה למאור עינינו הש"ך כטועה בכל הנהו סוגיות, קושיא הראשונה הוא מסוגיא דב"מ (די"א ע"ב) דמוקי רב פפא דעת אחרת מקנה. ופרש"י שר"ג הקנה בתורת חצר, אע"ג דהמעשרות היו מונחים שם מקודם וקניית החצר והמטלטלים באים כאחת ואפ"ה קנה, וי"ל דבאמת צריך להבין טעם סברת הש"ך, דמאיזה סברא נאמר שבכה"ג לא יועיל החצר. ואפשר לומר דהיינו משום דבכל קנין בעינן לשני פעולות, להוציא מרשות המקנה, וגם להביא לרשות הקונה, ושני פעולות הללו צריך לעשותן לשם קנין, ובשלמא אם מקודם קנה את החצר ואח"כ הכניס המטלטלין לרשותו, הרי בהכנסת המטלטלין לרשותו עושה שני הפעולות כאחת, דבלקיחה שלקחן ממקום שהונחו שם הוציאן מרשות המקנה, ובהכנסתן לחצירו הביאם לרשותו, אבל אם היו המטלטלים מונחים בחצר הזה מקודם, א"כ נהי דעכשיו מונחים ברשות הקונה כיון דהוא קנה החצר, אבל מי הוציאן מרשות המקנה אחרי שמונחים עתה כמו שהיו מונחים מקודם ולא נעשה בהם שום פעולה לצורך הוצאתן מרשות בעלים, ומשו"ה לא קנה, זהו הנ"ל בטעם וסברת הש"ך, ולפ"ז לא יהיה דינו של הש"ך כ"א במטלטלים שיש להן בעלים והקונה צריך להוציאן מרשות בעלים, אבל בדבר הפקר שא"צ כ"א להכניסן לרשותו, מהני אפילו כשמונחים מקודם בחצר הזה כיון דעכשיו הם ברשות הקונה, ולפ"ז מיושב גם העובדא דר' גמליאל הנ"ל, דכיון שאין לבעלים במעשרות הללו אלא טובת הנאה, וסוגיא דהתם קיימא דאמרי' טובת הנאה לאו ממון הוא, וא"כ אין בהם שום חזקת ממון לבעלים והוה כמו הפקר וכמ"ש רש"י שם, וא"כ הוצאה מרשות בעלים לא נצרך שם וא"צ כ"א להכניס לרשותו ומשו"ה מהני אפי' בכה"ג, והנה בתשובת ברית אברהם כתב

נמי דבדבר הפקר לא שייך סברת הש"ך מטעם אחר, והיינו דמה בכך דבא בבת אחת מ"מ כיון שמונח החפץ בחצר רגע אחת אחר שזכה בחצירו תקני לו חצירו, אלא הטעם כיון דבשעת הקנין לא זכה מפני שבא בבת אחת ואח"כ לא הקנה לו החפץ, ולפ"ז בדבר הפקר אפשר שיזכה לו החצר רגל אחת אח"כ ע"ש, ואם כי בעיקר טעמו בסברת הש"ך מפני שאין יכול לקנות שני ענינים כאחת צריך עיון, מ"מ עכ"פ בין לסברתי בין לסברתו, בדבר הפקר לא שייך סברת הש"ך, וא"כ בעובדא זאת שאין לו כ"א טובת הנאה דהוה כמו הפקר שפיר מהני גם בכה"ג:

**קושיא** השניה שהקשה הקצוה"ח על הש"ך מהא דב"מ (ד"ט ע"ב) גבי משוך בהמה וקני כלים דאמרינן חצר מהלכת ומסיק והלכתא בכפותה, ולשיטת הש"ך מאי משני דמיירי בכפותה, הא אפילו בכפותה לא מהני לדברי הש"ך כיון דבאים בבת אחת, ונ"ל ליישב דהנה בלא"ה נתקשו הרבה ראשונים בסוגיא דהתם אמאי לא קנה הכלים במשיכת הבהמה, דהא במשיכת הבהמה מושך גם הכלים, וגם בתוס' שם הקשו כן ותי' משום שאין משיכתן שוה, דמשיכת הבהמה שהולכת מעצמה לא שייך בכלים שמשיכתן ע"י גרירה ע"ש, ולפ"ז בבהמה כפותה שהבהמה נמי אינה הולכת מעצמה, ומשיכתן שוה כעת למשיכת הכלים, דשניהם בגרירה, היה ראוי שפיר לקנות הכלים במשיכת הבהמה, הן אמנם שהרא"ש שם הרגיש בזה וכתב שגם בכפותה לא מהני כיון שסתם קניית בהמה ע"י הילוך ע"ש, ואמנם דוחק לומר כן, כיון דס"ס בהמה זאת אין קנייתה ע"י הילוך, ונראה יותר דהתוס' מפרשים דבכפותה איה"נ דקנה הכלים במשיכת הבהמה, וכן מצאתי בשמ"ק להדיא ע"ש התוס', דעל קושית התוס' שהקשו אמאי נקט משוך בהמה זו ולא נקט קני כתב בשמ"ק וז"ל פי' ע"כ הא דמיבעי לי' משוך בהמה זו לא איירי בכפותה דא"כ הוה כמו משוך קופה ופשיטא דקנה אלא ודאי לא איירי בכפותה א"כ ליבעי נמי קני כו' עכ"ל, הרי להדיא דבכפותה קונה הכלים מטעם משיכה, והא דמסיק התם והלכתא בכפותה, ופרש"י הא דפשיטא לו דכי אמר קני בהמה וקני כלים קני, ומשמע לפי"ז דבעיא דמשוך הוא גם בכפותה, דרק בקני הוא דפשיטא בכפותה, אבל במשוך, מיבעי גם בכפותה, התוס' לא יפרשו כן, דבלא"ה תמוה מאוד הלשון והלכתא בכפותה, כיון דעל הבעיא לא קאי והבעיא לא איפשטא וכמו שהקשו המפרשים, אלא התוס' יפרשו דהא דמסיק והלכתא בכפותה קאי גם על הבעיא דמשוך, פי' שדוקא באינה כפותה מיבעי במשוך, משום דמשיכתן אינן שוות, אבל בכפותה פשיטא שגם במשוך קנה כיון שמשיכתן שוות, וכן פי' בהגהות ח"מ ע"ש. ולפ"ז לפי' התוס' יהיה הקנין בכפותה מטעם משיכה ולא מטעם חצר, ויישבתי בזה נמי הקושיא המפורסמה

שהקשו בסתירת דברי התוס' מגיטין לב"מ, דבגיטין (דף כ"א) כתבו התוס' דכפות וישן בעינן, והתוס' הוא מרא דשמעתתא שס"ל דישן נמי בעינן, ואילו בב"מ שם לא הזכירו מזה דבעינן ישן. ועיין מזה בב"י כאן ובסמ"ע בסמוך שחילקו בין עבד לבהמה, ולמה שכתבתי לק"מ דהתוס' יפרשו בב"מ דהקנין בכפותה אין זה כלל מטעם חצר אלא מטעם משיכה, משו"ה לא הזכירו ישן, אבל אי הוה מטעם חצר פשיטא דהוה צריך גם ישן, ועכ"פ זה ברור דהתוס' סוברים דבכפות קונה מטעם משיכה וכמ"ש בשמ"ק והגהות ח"מ, א"כ לק"מ על הש"ך מהתם לפירוש התוס', ועיין מה שכתבנו בחדושנו בסמוך סעיף ט':

**ועוד** נ"ל דאפי' לפרש"י והראשונים דבכפותה הוה הקנין מטעם חצר, נמי יש ליישב, דהא כבר כתבתי להקשות דבאמת למה לא מהני משיכתה של הבהמה לקנות הכלים, כיון דבכפותה קנינם שוה, ותי' הרא"ש דחוק, והנכון כמ"ש הרשב"א משום כיון דא"ל משוך בהמה וקני כלים שעליה ולא א"ל משוך כלים שעליה ש"מ דקפידה הוא דלא בעי דליקנינהו לכלים במשיכה עד שיהיה ברשותו ממש ולהכי קא"ל שיקנה הכלים מחמת הבהמה, דאז הוו מונחים ברשותו ממש ע"ש, ולפ"ז מאי איכפת לן אם החצר והקנין באים כאחת, הא למה שכתבתי לעיל הטעם דבאו בבת אחת לא מהני אף שעתה מונחים ברשות הקונה, דמ"מ כיון שלא הוציאם מרשות המקנה לשם קנין לא מהני, והכא דבאמת ע"י המשיכה הוצאו מרשות מוכר וברצון המוכר לשם קנין, ורק דגלי דעתו שכל זמן שלא יבואו לרשות הלוקח לא יקנה, וא"כ כיון שעתה הרי הם ברשות הלוקח שפיר קנה, דהא יש כאן הוצאה מרשות מוכר והכנסה ברשות לוקח, ואפי' לשיטת הרא"ש דמשיכה דבהמה לא מהני כלל לגבי כלים, מ"מ בצירוף החצר מהנו, כיון שס"ס אתעביד מעשה בהוצאתן מרשות מוכר, ולא דמי להיכי שהמטלטלים מונחים בחצר מעיקרא שלא אתעביד בהו שום מעשה לצורך הוצאה מרשות בעלים ודו"ק:

**וקושיא** השלישית שהביאו האחרונים מגיטין (פ' הזורק) דע"ז דאמרי' התם גיטה וידה באים כאחד, ודאי שאין ענין כלל לסתור דברי הש"ך, ופשוט כמ"ש החת"ס (חחו"מ סי' ס"ו) דהתם החצר היה מכבר שלה רק שהבעל היה מעכבו, ועתה סלוק רשות הבעל וקניית הגט באין כאחת, ולא קניית החצר. אלא דאכתי נשאר הקושיא שהקשיתי מגיטין (דף כ"א) דאמרינן התם כתב לה גט ונתנו ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה עליו קנאתהו ומתגרשת בו, ופרש"י דהוה לי' האי עבד כחצירה וגיטה וחצירה באו לה כאחד, והא התם הוה החצר של בעל ואפ"ה אמרינן גיטה וידה באים כאחת, ולא שייך תירוץ החת"ס וגם שארי התירוצים דלעיל לא שייך בזה, ותמהני על האחרונים שהרעישו על הש"ך

מכמה סוגיות, ולא הזכירו הסוגיא הזאת אשר אין עליה תשובה מתשובות הנ"ל, וביותר אני תמה על החת"ס שהוכיח מרש"י דפי' הזורק דסובר כהש"ך דבבאים כאחת לא מהני לקנין, ואיך נעלם מאתו מ"ש רש"י להדיא יען דכ"א דהקנין הוה משום דגיטה וחצירה באים כאחת, ולכן נ"ל לתרץ שני הקושיות גם מגיטין דכ"א וגם מדף ע"ז, דודאי היכי דבעינן קנין לא מהני כשבאו בבת אחת וכסברת הש"ך דלא מהני לקנות שני דברים כאחת, רק בגט שאני דלא בעינן כלל שתקנה הגט, אלא דבעינן שהגט ינתן לרשותה, דאי בגט נמי משום קנין הוא היכי מצי לקנות בע"כ וכי היכן מצינו דאדם קונה בע"כ, וכן הוכיח התורי"ד דחצר בגט לאו משום קנין הוא, ואלא הטעם דרבי רחמנא חצירה בגט, מפני שניתן לרשותה ע"ש, וכיון דלאו משום קנין הוא לא קנה כאחת שני קנינים, דלא קנתה אלא החצר וממילא הוה הגט ברשותה ומהני וזה ברור בעזה"י ועיין מה שכתבנו בחדושנו לקמן (סי' ר"ן) מזה באורך:

**ואלא** דיש להוכיח דרש"י ותוס' אינם סוברים כהש"ך, דבב"ק (די"ב ע"א) מוקי לברייתא דהחזיק בעבדים קנה מטלטלין דמיירי בעודן עליו, ורש"י ותוס' מפרשים דהקנין הוה מטעם חצר, והתם קניית החצר והמטלטלים באים כאחת, ומהש"ס גופא לא יקשה על הש"ך, דהוא יפרש דקנין דהתם הוה לא מטעם חצר אלא מטעם משיכה, דבמשיכת או בהגבהת העבד קונה נמי להמטלטלין, אבל מפרש"י ותוס' יקשה, אכן למה שכתבתי לעיל דהש"ך לא קאמר אלא במטלטלים שיש להם בעלים אבל בהפקר מהני אפי' כשמונחים מקודם, א"כ י"ל דמיירי התם שזוכה בעבדים וכלים שעליו מן ההפקר ומשו"ה מהני נמי מטעם חצר:

סעיף ח' **במחבר** החזיק בעבדים לא קנה הקרקעות, הטעם דבמילי דרבנן עבדי כמטלטלי וקנין אגב אינו אלא דרבנן וכמ"ש התוס' (ב"ק די"ב), ויש להקשות על דבריהם ממה שכתבו התוס' גופייהו בקדושין (ד"ה ע"א) בד"ה שכן פודין דאיכא למיפרך מה לקרקע שכן קונין מטלטלים אגבן, הא התם דעל קדושין דאורייתא פריך מנלן, שפיר מצי למילף מקרקעות ולא מצי למפרך מה לקרקעות שכן קונים מטלטלים אגבן, דהא מה"ת לא קנה באגב, ופרכא שאינה אלא דרבנן ודאי שאין לפרוך כדמוכח התם דקאמר וכסף אין מאכיל והאמר עולא ד"ת ארוסה כו' אע"ג דמדרבנן אין מאכיל לא חשיב פרכא, ושוב מצאתי בס' תהלת יעקב למוהריט"א בתוס' דרבנן אות א' שקדמוני בקושיא זאת והוכיח מכח זה שדוקא במכר דאיכא קנין מעות הוה אגב רק דרבנן, משא"כ במתנה דליכא מעות הוה אגב דאורייתא לכו"ע ע"ש, אכן דעת הרמב"ם היה נ"ל לכאורה להוכיח דאינו מחלק בהכי, אלא דבכ"מ קנין אגב אינו אלא דרבנן ואפי' היכי דליכא מעות, דבקדושין

(דף ז') הוה ס"ד דאשה נקנית בתורת אגב וכדאמר התם א"כ הו"ל נכסים שיש להן אחריות נקנין עם נכסים שאין להם אחריות, ולכאורה יש להבין איך ס"ד דקנין אגב מהני באשה, א"כ אמאי לא תני לה במתני' דקדושין בהדי שארי קנינים שהאשה נקנית בהם, ובמתני' הא אשה נקנית בשלש דרכים תנן וד' לא תנן, אלא די"ל דמשום דאגב אינו אלא דרבנן, והיכי דאיכא קנין מעות ודאי דאינו אלא מדרבנן, וממילא דבקדושין כיון דאיכא קנין כסף אינו אלא דרבנן, ולכן לא חשיב לה התנא, דכ"ש הוא ממה דמתרץ בריש קדושין תנא מילתא דכתיבה בהדיא קתני ומלתא דלא כתיבה לא קתני, וא"כ כ"ש אגב שאינו אלא דרבנן ומשו"ה לא חשיב, אלא דאכתי יקשה לשיטת הרמב"ם (פ"א מהלכות אישות) דקדושי כסף אינו אלא דרבנן, א"כ לדידי' יקשה למה לא תני במתני' אגב, דליכא לתרץ לדידי' דכיון דבקדושין איכא קנין כסף הוה אגב דרבנן, דהא לדידי' ליכא לקנין כסף מדאורייתא וממילא דאגב יהיה מה"ת, אע"כ דהרמב"ם סובר דאפי' היכי דליכא כסף נמי הוה אגב רק מדרבנן, אכן שוב חזרתי דלשיטת הרמב"ם כ"ש דיקשה דליתני אגב, דלו יהיה שאינה אלא דרבנן הא קתני נמי כסף שאינו נמי אלא דרבנן. אלא ודאי כמ"ש המ"מ שם דגם קדושי כסף הוה מה"ת ומה שכתב. מדברי סופרים מיישב שם ע"ש:

**והנה** האחרונים הקשו עוד על שיטת התוס' דאגב אינו אלא דרבנן, א"כ בב"מ (די"א ע"ב) בעובדא דר"ג וזקנים דקאמר התם דר"ג מטלטלי אגב קרקע הקנה, וכיון דאגב אינו אלא דרבנן איך יוצא ידי ביעור מדאורייתא ע"י קנין שהוא דרבנן וכמ"ש התוס' (ב"ק דק"ד) לענין פדיית מע"ש בעינן שהמעות יהי' קנוי לו גם מה"ת, ועיין בקצוה"ח ס"ק ה'. והנה בעיקר הדין אם קנין דרבנן מועיל לדאורייתא כבר האריכו בזה האחרונים ז"ל ומחלוקת הוא באה"ע (סי' כ"ח) בין רבינו ירוחם עם הב"י, וגם אנכי הארכתי בזה בתשובה ולא פה המקום רק מה שנוגע לכאן, הנה על עובדא דר"ג ודאי דלק"מ, דהא הרמב"ם (פ"א מהלכות תרומות) כתב דבכל ימי בית שני לא היה תרומות ומעשרות כ"א מדרבנן כיון שלא היה ביאת כולם, וא"כ הביעור שהיה אז הוה נמי מדרבנן, ור"ג וסייעתו שהיו בבית שני שאין הביעור אלא דרבנן משו"ה מהני נמי קנין דרבנן, אלא אי קשיא הא קשיא על הרמב"ם שכתב להלכה (פי"א מהלכות מע"ש) דמי שהיו פירותיו ברחוק מקום מזכה אותם ע"י אגב קרקע, ואיהו כתב זה אף לעתיד כשיבנה בית השלישי ב"ב דאז יהיה מדאורייתא וכמ"ש להדיא (פי"א מהלכות תרומות), ואיך יקיים מצות ביעור ע"י קנין דרבנן, ובמנחת חינוך הרגיש בזה ע"ש. ונראה ליישב עפמ"ש האחרונים דאפי' מאן דסובר דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, היינו להוציא מחזקת בעלים, דלהוציא מחזקתו

אין כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת מפני שהוא בקום ועשה, אבל היכי דליכא חזקת ממון וכגון בדבר הפקר מהני קנין דרבנן אף לדאורייתא, ולכן במעשר דעיקר הממון אינו של בעלים אלא דיש לו טובת הנאה, ומה שיש לבעלים טובת הנאה לא מיקרי זה חזקת ממון לשיטת הרמב"ם שכתב (פי"ב מהלכות תרומות) דאפי' לאחר הרמה אם שאסור לכהן ליקח שלא מדעת בעלים מ"מ אם לקחו שלא מדעת הבעלים זכה בהן ואין מוציאין מידו. וה"ה בטור (יו"ד סי' של"א), וכ"ש לסברת רש"י בב"מ שכתב דלמ"ד טובת הנאה אינה ממון הלה הפקר. וכיון דהרמב"ם ס"ל דטוה"נ אינה ממון והוה הפקר ודאי דליכא חזקת ממון ומשו"ה ס"ל דמהני גם לדאורייתא, וכן בש"ס התם אליבא דעולא מתרצי' דאגב קרקע הקנה דסובר טוה"נ אינה ממון, ומה שקשה לפי"ז כיון דהרמב"ם ס"ל טוה"נ אינה ממון, א"כ אינה ממון נמי לקנות באגב, עיין בקצוה"ח לקמן (סי' ער"ה) מ"ש בזה, ועוי"ל עפמ"ש לעיל בשם הקוה"י דאפי' אי אמרי' דאגב הוא רק דרבנן, זהו במכר דאיכא קנין מעות וע"כ אגב הוה דרבנן אבל במתנה דליכא מעות הוה אגב דאורייתא, א"כ התם במתנה דקנין מעות לא שייך הוה אגב מה"ת ודו"ק:

סעיף ט' **במחבר** והוא שיהיה ישן, דאל"ה אין זה חצר המשתמרת לדעת האדון, וקשה לי דהא בב"מ (ד"ט ע"ב) בסוגיא דמשוך בהמה וקני כלים הקשו הראשונים למה לא קנה הכלים במשיכת הבהמה ותי' משום שאין משיכתן שוות דמשיכת הבהמה שהולכת מעצמה לא שייך בכלים שמשיכתן ע"י גרירה, אבל בבהמה כפותה שאין הבהמה נמי מהלכת מעצמה ומשיכתן שוה כעת למשיכת הכלים דשניהם בגרירה שפיר קונה הכלים במשיכת הבהמה וכמו שכתבתי לעיל בריש סימן זה, והנה מה דקאמר הכא החזיק בעבדים קנה מטלטלין, בע"כ דלא מיירי שקנה את העבד בחזקה ממש, דהא חזקה דעבד היינו שעשה בו מלאכה סכו נעלו הגביהו לרבן כמבואר לעיל (סי' קצ"ו), ובכפות לא שייך חזקה זאת דכפות היינו בע"כ שידיו ורגליו כפותים דאי רק כפות ברגליו, א"כ אכתי אינו משתמר בחצר, דיכול להשתמש מן החצר גם על ידיו, ובכפות ידיו ורגליו אי אפשר שיעשה מלאכה, ומה חזקה שייך בזה, ובע"כ דהחזיק דקאמר היינו שתקפו ומשכו אליו וקנאו במשיכה דלשון כרפיק אין מוכרח לפרשו על חזקה דוקא, דלשון זה יתפרש שהחזיק ותפס בו לקנותו, אבל עצם הקנין היה בדבר אחר וכמ"ש בב"מ (ד"י ע"א) ראה את המציאה כו' ובא אחר והחזיק בה, דהתם ודאי לא מתפרש לשון והחזיק, בחזקה ממש, דמטלטלין הא אין נהנים בחזקה, וכיון שכן דהחזיק דקאמר הכא מיירי נמי בכה"ג שתפס בו וקנאו במשיכה, או דמיירי שהגביה לעבד דנמי קנה דהא דאמרי' דהגביה לו רבו לא קנאו היינו כשהוגבה מכחו אבל כשהגביהו בידיו ודאי קנה דלא

גרע ממשיכה וכמ"ש הנתיבות לעיל (סי' קצ"ו), וא"כ גם המטלטלין יוכל לקנות ע"י משיכה הזאת כיון דמיירי בכפות שמשיכתן שוה, וקשה לי אפוא למה הצריך המחבר להוסיף דבעינן נמי ישן. כיון דהקנין יוכל להיות לא מטעם חצר אלא מטעם משיכה, וצ"ל משום דיסבור כשיטת הרא"ש דאפי' בכפות נמי אין קונה המטלטלין במשיכת העבד כיון שסתם משיכת עבד ע"י הילוך וכמ"ש בסמוך בסעיף י"ד, ובע"כ דהקנין הוה מטעם חצר, אלא דאכתי יקשה דהתוס' ב"מ סוברים דבכפות קונה גם במשיכת הבהמה ואפ"ה בעבד הזכירו נמי דבעי' ישן, ובזה נדחה נמי מה שכתבתי לעיל בריש הסימן ליישב סתירת דברי התוס' דבגיטין הזכירו ישן ובב"מ גבי בהמה לא הזכירו ישן דהיינו משום דבב"מ קונה מטעם משיכה ולא מטעם חצר, והא בב"ק דאפשר נמי לפרש מטעם משיכה ואפ"ה הצריכו ישן דוקא, ואולי משום דמשיכת בהמה כפותה שוה למשיכת כלים דדרכה בגרירה ומשיכת עבד אפי' כשהוא כפות אין דרכו בגרירה כמשיכת כלים ואכתי אין משיכתן שוה, ובע"כ מטעם חצר ולכן מצריך דוקא ישן ודו"ק, ועיין בנתיבות שהקשה דהא בעינן עומד בתוכה דוקא ולא בצדו, עיין מה שכתבנו לעיל (סי' ר') מזה, ואפשר ליישב גם כאן:

**והנה** בחדושי רעק"א הקשה למ"ש התוס' (ב"מ ד"ט) בד"ה ספינה מינח נייחא ומיא הוא דקא ממני לה, והקשו התוס' אע"ג דרכוב כמהלך, ותי' הכא חצר משום יד איתרבאי והוה שפיר דומיא דיד דמינח נייחא וממטי לה עם גופו, ולהבנת התוס' דהחסרון דמהלך הוא מה שהחצר הוה נייד, ולכן כשמהלך ע"י דבר אחר אין זה חסרון ולא מיקרי חצר מהלך, א"כ נותן ביד עבדו אמאי מיקרי חצר מהלך הא היד מינח, אע"כ דהיד והגוף חד הוא, אלא דמה דאמרינן מה ידה שאין מהלך, היינו דאין מהלך מהקונה, דבכל מקום שהוא מהלך שם הקונה, משא"כ חצר מהלכת דמהלך גם מהקונה ע"ש, והנראה מדבריו שהבין דחסרון דמהלך אינו משום דהחצר נייד, אלא מה שהוא מהלך מהקונה, אכן לענ"ד א"א לומר כן. דא"כ מה פריך התם מנתן לתוך חיקה וקלתה דאמאי הוה מגורשת דהא חצר מהלכת הוא, ומאי קושיא הא התם מיירי שהקונה דהיא האשה נושאת הקלתה עמה, וא"כ אין החצר מהלך מהקונה, ולדברי רעק"א שרק ע"ז קפדינן מאי מקשה כלל מקלתה, וכן בספינה מיירי נמי שבעל הספינה יושב נמי בספינה, וכן יקשה דמאי משני ספינה מינח נייחא ומיא דקא ממטי כיון דחסרון דמהלך הוא משום שמהלך מהקונה, מאי נ"מ אם מהלך מעצמו ממנו או מהלך ע"י דבר אחר, דהא תינח אם החסרון הוא מחמת שהחצר נייד, שפיר משני דספינה עצמה אין נייד כלל ורק מיא הוא דממטי, אבל כשהחסרון הוא מחמת שאזיל מהקונה אין נ"מ בזה, ואפי' אם מחמת

דבר אחר מהלך ממנו כיון דס"ס מהלך הוא מהקונה, חצר מהלך הוא דמיקרי, ולכן נ"ל דבזה דאמרינן חצר דומיא דיד בעינן נלמוד מזה שני הפרטים הללו, היינו שגוף החצר לא יהיה מהלך ונייד, וכן שמהקונה לא יהלך, כמו יד דאית בו הני תרתי, ולא קשה תו מנותן ביד עבדו, דהכא אע"ג דהלוכו מחמת דבר אחר, ומצד עצם החצר לא הוה מהלך, מ"מ כיון המהלך מהקונה משו"ה לא קנה, וגבי קלתא וספינה דהחסרון דמהלך מהקונה ליכא התם כיון דבשניהם מיירי דגם הקונה איכא עם החצר, דבעל הספינה הא יושב נמי בתוכה, וכן האשה שנושאת הקלתה הוה הקונה עם החצר וכמ"ש, ומחמת חסרון דמהלך מהקונה לא היה קשה כלל מספינה וקלתה, אלא דאע"ג דחסרון זה ליכא התם, מ"מ אכתי לא הוה דומיא דיד משום דנייד מעצמו, ע"ז משני ספינה מינח נייחא, וכיון שאזלא ע"י דבר אחר והוה שפיר דומיא דיד בשני הפרטים דמעצמו אין נייד וכן מהקונה לא יהלך, וכן מה שהקשה תו רעק"א דא"כ הגוף עצמו מהלך מחמת עצמו ואמאי מהני בנותן גט על גופה, התם נמי אבר אחד מהגוף לא יוכל להלך, והלוך האדם בא בהשתתפות כל האברים יחד, וא"כ אותו האבר שנותן עליו הגט אין נייד מעצמו ומינח נייחא וממטי לה ע"י הגוף והוה ממש כמו יד ודו"ק היטב:

סעיף י"ג **במחבר** ויש מי שאומר דבמציאה אם אומר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה קנאם אפי' אינה כפותה, כ"כ הרא"ש (פ"ק דב"מ) והטעם כיון דהוא בעיא דלא איפשטא בש"ס ולכן במציאה דאין לה מרא קמא קנאה המושך מספיקא והוה הוא מרא קמא לכך אם תפסו אחר מוציאין מידו משא"כ במקח וממכר מוקמינן בחזקת המוכר שהוא המרא קמא, וכ"כ הרא"ש נמי (ב"מ פ"ק) גבי בעיא דגמל בהנהגה וחמור במשיכה, דכיון דמסופק איזה צד קני להכי במציאה הוה מוחזק מספק, ומוכח אפוא מדברי הרא"ש דחזקה אין תלוי כלל בקנין, ואפי' בדבר שלא היה מועיל כלל לקנות על ידו כגון חצר שאינו משתמר או חצר מהלך, מ"מ מוחזק מיהא הוה דאלת"ה א"כ אמאי מיקרי הכא מוחזק, הא הוה תפיסה שאין עמה קנין, כיון דלענין קנין אין מועיל, אין מועיל גם לענין מוחזק, וכמו שהקשה כן באמת בקונטרס הספיקות כלל ט' על הרא"ש, אע"כ דהרא"ש סובר דמוחזק אין תלוי כלל בקנין, והנה בתוס' ב"מ (ד"ח ע"ב) בד"ה מנהיג עדיף כתבו וז"ל דבש"ס שפיר הוכיח ממתני' דרכוב קונה, דאי רכוב לא קנה סברא הוא דאפי' מוחזק לא הוה ע"ש, הרי דמשמע לכאורה מדבריהם דחזקה תלוי בקנין, ודבר דלא קני לא מיקרי גם מוחזק וכן הבינו הפנ"י ומהר"ם שי"ף שם ע"ש. אלא דדבר זה תמוה וכי מה ענין מוחזק לקנין, אטו כל חזקת המוחזקים לא מיקרי מוחזק כ"א באופן שחזקתם עצמו יהיה ראוי לקנין, ולמה יהיה כן, הא כיון שהוא טוען שקנה בקנין

המועיל וגם ע"י הרכיבה הוא מוחזק, איך יוכל השני לחטוף ממנו בלא ראיה ולמה לא נוכל לומר לו הבא ראיה כדין כל מוציא מחבירו, ועיין במהר"ם שם שהרגיש בזה וכתב דמשו"ה מוכח שפיר דרוכב, קנה דאל"כ לא מיקרי מוחזק לענין שנאמינוהו שהוא לבדו היה רוכב עליה מתחלה שהרי אפי' אם כדבריו כן הוא לא היה קונה ע"ש, תמיהני אם יצאו דברים הללו מפה קדוש, דממ"נ אם טוען שהקנין היה ע"י הרכיבה, א"כ איך כתבו התוס' דסברא הוא דלא הוה מוחזק ותלו זה בסברא, הא כיון דכל עיקר טענתו הוא שקנה ע"י הרכיבה, ובאם נאמר שרכוב לא הוה קנין, א"כ הרי לדבריו עצמו לא קנה כלל, ומה תלו זה בסברא, ובע"כ דטענתו הוא שלא ע"י רכיבה קנאה אלא ע"י קנין אחר, א"כ קשה באמת על הסברא, מפני איזה סברא לא יהיה נחשב כמוחזק אפי' אם רכוב לא קנה, דמה ענין מוחזק לקנין, וכן נראה גם המהרש"א שם בתוד"ה רכוב שכתב דלהכי לא הקשו משנים רוכבים משום דאיכא למימר דשניהם קרוים מוחזקים וברכיבה לחוד שניהם לא קנו, הרי דגם דעת המהרש"א שאין ענין מוחזק לקנין, ואפי' אם רכוב לא קני מ"מ מוחזק מיהא הוה, הן אמנם שכתב המהרש"א דהיינו דוקא כששניהם שווים וגם חזקת השני לא הוה קנין וכגון בשנים רוכבים, אבל באחד רכוב ואחד מנהיג שפיר כתבו התוס' דאפי' מוחזק לא הוה במקום מנהיג דקונה לחוד, והנה חילוק אנכי רואה אבל סברא אכתי איני רואה בזה, דאכתי יש להבין דמה איכפת לן אם המנהיג הוא קונה, הא לדברי הרכוב גם הוא לא קנה ע"י רכיבה אלא בקנין גמור, וא"כ למה לא נחשבו כמוחזק, אמנם לאחר העיון נראה חלוקו של מהרש"א אמת וברור ומאומת מן השכל, דהנה במשנה דריש ב"מ בבבא דזה אומר חציה שלי וזה אומר כולה שלי כו' זה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביעי, הקשו התוס' אמאי שקיל כלל נימא כיון דהטוען כולה שלי הוה ודאי מוחזק והטוען חציה הוה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, ותי' שאין סברא מה שודאי בחציו זה שיועיל לחציו השני ע"ש, ועפ"ז יתיישב חילוק המהרש"א, דבשלמא כששניהם שווים כגון בשנים רוכבים, דכפי חזקתם כעת לפנינו לא נראה בשניהם שום קנין ורק שטוענים שעשו קנין טובי מתחלה, וא"כ לפני הב"ד הוה ספק עם מי משניהם הצדק, שפיר אמרינן דיחלוקו, משא"כ כשאחד רוכב ואחד מנהיג דהמנהיג הוה ודאי לפני הב"ד שעשה קנין, דהנהגה עצמו הוה הקנין, והרוכב ספק הוא אם עשה קנין אחר, הוה ממש כמו ספק ויבם שאין ספק קנין מוציא מידי ודאי קנין, ולכן סברא הוא דלא הוה הרוכב מוחזק לגבי מנהיג דעשה ודאי קנין וצדק חלוק המהרש"א:

**אמנם** הפנ"י ומהר"ם שי"ף כתבו דאפי' בשניהם שווים לא הוה מוחזק כ"א בדבר דלחודי' הוה קנין אבל בדבר דלחודי' לא הוה קנין לא מיקרי גם מוחזק אפי' בשנים

רוכבים נמי ונסתייעו ממ"ש התוס' שם וז"ל וכן לעיל כו' התם נמי אע"ג דכמו ששניהם מוחזקים לא קנו מיקרי מוחזק כיון דאם מגביהו לחוד היה קונה עכ"ל, משמע דאפי' היכי ששניהם שווים לא מיקרי מוחזקים אלא היכי שכל אחד לחוד היה קונה בכח תפיסתו ע"ש, ולבד שאין סברא לומר כן וכמו שבארתי, גם הראיה שהביאו יש להשיב עליה, דלעיל גבי שנים שהגביהו מיירי שטוענים כן באמת שתחלת קנינם היה ע"י הגבהה, ולכך הצריכו התוס' לטעם דאם מגביהו לחוד היה קונה דאם גם בהגבהה לחוד לא קנה א"כ גם לדבריהם לא עשו שום קנין, וכן ה"נ אם היו טוענים שתחלת קנינם היה ע"י רכיבה, היה צריך גמי שהרכיבה יקנה, אבל לפי האמת שאין רצונם כלל לטעון שקנו ברכיבה, אלא שכל אחד טוען שקנה בקנין המועיל ולענין מוחזק לחוד הוה מוחזק נמי ברכיבה אע"ג דרכיבה לא הוה קנין, וכללו של דבר, לענין מוחזק לא בעינן כלל שיהא דבר הראוי לקנין, ובתוס' מיירי שבזה הוה נמי הקנין, והחילוק נראה בעיני לברור שאין מן התוס' ראיה לדברי הפנ"י ומהר"ש, ובשגם שכן מוכח להדיא מדברי הרא"ש שהבאתי דמוחזק אין תלוי בקנין, ואע"ג דמן הרא"ש דכאין אין ראיה לענין רכוב דמיירי התוס', די"ל דרכוב כיון שודאי אין מועיל לקנין אין מועיל גם למוחזק, אבל גבי בעיות דמשוך בהמה לקנותה, וגמל בהנהגה וחמור במשיכה, בזה גופא מספקינן אם מועיל לקנין והמוחזק יאמר קים לי שהוא קנין, אלא שהוא דוחק, דלסברתם לא הוה כלל מוחזק כל זמן שלא קנה ודאי, וזולת זה אין סברא כלל לומר דמוחזק לא יהיה כ"א כשעשה קנין, וראיה נמי ממ"ש המחבר לעיל (סי' קל"ח) גבי שנים שישבו בצד ערימה דמיקרו מוחזקים ע"י ישיבתם אע"ג דישיבה לא הוי קנין, אלא דאפשר לומר שישבו בתוך ד' אמות דקנה ע"י הד' אמות וכמ"ש בנתיבות שם, ועיין בקצוה"ח כאן שהוכיח נמי דמוחזק אין תלוי בקנין. ועיין בתשובת רעק"א סי' קל"ג שהוכיח מדברי הריב"ש ז"ל דתפיסה בביתו במקום שהבית לא קנה לא מיקרי מוחזק, ותמוה שלא נתעורר להביא כלל כל הדברים שכתבנו, אכן בשמ"ק לב"מ כתב נמי שדבר דלחודי' לא קנה לא מיקרי מוחזק אפי' בשניהם שווים, והרי הראינו לדעת שדין זה במחלוקת גדולה בין כמה ראשונים ואחרונים, בשמ"ק ופנ"י ומהר"ש ורעק"א כתבו דמוחזק תלוי בקנין, והרא"ש וכמה ראשונים ואחרונים סברי להיפוך ועיין מה שכתבנו עוד בחדושנו לעיל (סי' קל"ח) מזה:

## סימן רג

סעיף א' **במחבר** אין צ"ל אם אין מקפיד לידע שווי החפץ שנוטל בחליפין כו' חוץ ממטבע שאינו נקנה כו', וקשה לי דהא הרמב"ם בפיה"מ (קדושין דכ"ח) כתב דהא

דמטבע אין נעשה חליפין היינו דוקא כשקפיד על המנין ועל החשבון דבזה י"ל דדעתא אצורתא ועבידא דבטלה אבל כשלקח דנרים באומד וא"ל אלו חליפי חפץ פלוני מהני ע"ש, וא"כ הכא דמיירי בשאין מקפיד לידע השווי, איך מסיים בזה חוץ ממטבע, הא בכה"ג כשאין מקפיד אפי' מטבע נמי, ואמנם למה שבארתי לעיל (סי' קצ"ה) דהרמב"ם לא קאמר דבאומד מהני כ"א כשהחליפין הללו הם דמי תשלומיו ואין בו דין אונאה אפי' ימצא פחות או יותר, אבל במקום שצריך להחזיר לו אח"כ דמי תשלומיו סובר דלא מהני מטבע אפי' כשאינו מקפיד בשעת מעשה ע"ש מילתא בטעמא, ולפ"ז הכא דמיירי שאח"כ יחזיר לו בעד שווי החפץ וכמ"ש הסמ"ע סק"ב משו"ה כתב שפיר חוץ ממטבע: שם **חוץ** ממטבע שאין נקנה כו', עיין מה שכתבתי בסמוך סעיף ג' דיש פנים שלענין נעשה גם מטבע מהני:

**בסמ"ע** ס"ק ב' כתב דבאומר שזהו דמי תשלומים אפי' בתורת דמים הוא קונה כמו בהיו בידיו מעות בלא מנין ע"ש, ולא הוצרך לטעם זה דהוה כמעות שאין מקפיד, אלא בלא"ה היכי דנתן לו שוה כסף קונה בתורת ומים דדוקא מעות מזומן גזרו דמעות לא יקנה אבל בשוה כסף דהוה מלתא דלא שכיחא לא גזרו וכמו שהארכתי בחדושנו לעיל (סי' קצ"ח) ע"ש:

שם **ברמ"א** וטובת הנאה לאו ממון ואינה נקנית בחליפין, ובש"ך ס"ק א' השיג ע"ז מסתמא דש"ס (קדושין דכ"ז) דעובדא דר' גמליאל בתורת אגב הקנה להם המעשר, הרי דמעשר אע"ג דאין לבעלים אלא טובת הנאה אפ"ה נקנו באגב, והוה"ד בחליפין ע"ש, וטעמו דמדמי חליפין לאגב הוה ודאי מסתמא דש"ס (ב"מ די"א ע"ב) דקאמר אלא טובת הנאה אינה ממון לקנות בחליפין ה"נ אינה ממון לקנות באגב ע"ש, הרי להדיא דהש"ס מדמה אגב לחליפין וכל מה דנקנה בחליפין נקנה באגב, והוה"ד להיפך. ומינה למד הש"ך דכיון דטובת הנאה הוה ממון לקנות באגב מכלל דנקנה נמי בחליפין, וראיתי מקשים דמה הוכחה הוא זה, דלדידן דקיי"ל אין מטבע נקנה בחליפין, ואגב קרקע נקנה, א"כ י"ל מטבע יוכיח דבחליפין אין נקנה ובאגב נקנה, וה"נ טובת הנאה אע"ג דבאגב נקנה מ"מ בחליפין אין נקנה, אכן נ"ל דלק"מ, דבטעם דמטבע אין נעשה ונקנה בחליפין מבואר בש"ס משום דדעתו אצורת וצורתא עבידא דבטלה, ופרש"י שם דלא הוה דבר מסוים כמו נעל ואנן דומיא דנעל בעינן שיהא דבר מסוים, ולטעם זה ודאי דלק"מ, דבאמת מטבע הוה גופו ממון וראוי לחול עליה קנין, ורק החסרון דמטבע הוא משום שאין דבר מסוים, ולהכי בחליפין דבעינן דבר מסוים מגזה"כ דנעל, לא מהני במטבע, אבל לענין קנין אגב אין שום חסרון במטבע וראוי לחול קנין, משא"כ בטובת הנאה

דההחסרון הוא מחמת שאין גופו ממין ואין ראוי לחול קנין ע"ז, ודאי דנימא דכמו שקנין חליפין אין ראוי לחול, הוה"ד נמי קנין אגב אין ראוי לחול, אלא אפי' לפי' הרשב"א שהשיג שם על רש"י משום דלטעם דרש"י אכתי יקשה למה אין נקנה בחליפין, דהא דוקא לענין נעשה בעינן דבר המסוים ומשו"ה פי' דצורתא עבידא דבטלה והו"ל כדבר שאין גופו ממון ואין בו ממש שיהא ראוי לחול עליו קנין חליפין דומיא דאותיות ע"ש, ולטעם זה היה ראוי לומר לכאורה שגם באגב אין ראוי לקנות, אכן באמת שגם לפי"ז אי אפשר לומר כן, דאיך אפשר כלל לומר שמטבע אין נופו ממון משום דצורתא עבידא דבטלה, הא עצם המטבע בלא הצורה יש בה נמי שווי ממון, ואם נפסלה צורתה יש לה דין ממון גם לאקנויי בחליפין, וא"כ בשביל שיש עליה צורה ויוצאת בהוצאה תאבד שויה, ועוד דאם באמת אין בה ממש, א"כ במקח וממכר אמאי קונה ע"י מעות, נימא נמי כיון דצורתא עבידה דבטלה הוה כמו אין בו ממש, ובע"כ הנכון בזה כמ"ש הנמוק"י (ב"מ דמ"ו) שדוקא לענין חליפין כיון דמקפיד בהן ורוצה את המטבע בעצמה שתהיה בעין, וכיון שרצונו דוקא בצורה והצורה מצד עצמה הוה ודאי אין בו ממש, משא"כ כשמקבלו בתורת דמים דהתם לא מקפיד שיהיה בעין הוה שפיר גופו ממון ע"ש, וא"כ כ"ש לענין קנין אגב הוה גופו ממון, דמ"מ עצם המטבע הוה גופו ממון, ולהכי במטבע דעצמה הוה ממון גמור ורק שיש עליה גם הצורה שאין בה ממש, שפיר מחלקינן בין חליפין לאגב, דבחליפין כיון שמקפיד רק על הצורה אין ראוי לחול ע"ז קנין סודר, אבל באגב שאין מקפיד על הצורה ודאי דהוה ממון וראוי לחול קנין, משא"כ בטובת הנאה, דעצם הדבר אין בה ממון שפיר אין לחלק בין חליפין לאגב, ושום קנין אין ראוי לחול ע"ז וכהש"ך וק"ל:

**בסמ"ע** ס"ק ג' דבר שאינו כלי ואינו בעלי חיים נכלל בשם פירות, עיין בחדושנו לעיל (סי' קצ"ה) שהוכחתי שיטת רש"י לנכונה דגם בעלי חיים הוה פירי ע"ש בארוכה:

סעיף ג' **במחבר** אבל המטבעות של כסף או של זהב כו' הרי כולם דמים כנגד שאר מטלטלים כו' ואין אחד מהם נקנה בקנין ולא נעשה קנין, והנה שיטת רב האי גאון אינו כן אלא דסובר דזהב הוה פירי לכל דבר ומיקני נמי בחליפין אפי' מטבע של זהב, וכל הראשונים שהביאו דברי רה"ג דחו דבריו מן הסוגיא דב"מ (דף מ"ה) דפריך התם למ"ד אין מטבע נעשה חליפין ממתני' דתני הזהב קונה את הכסף מאי לאו בחליפין וש"מ מטבע נעשה חליפין, ולדברי רה"ג דזהב פירי הוא נמי לגבי חליפין, היכי שמעת מינה דמטבע נעשה חליפין, הא זהב פירי הוא, עמ"ש בזה הרמב"ן ז"ל במלחמות ובשמ"ק (ר"פ הזהב), ולחמר הנושא אענה גם את חלקי בזה. הנה לאחר העיון בדברי הראשונים נמצא

שכוונת חלוקות יש בכוונת רב האי גאון, דמלשון הרי"ף בסוגיא שם משמע שרה"ג לא קאמר דפירא הוא לענין חליפין כ"א דוקא לענין שיהא נקנה בחליפין ולא לענין שיהא נעשה חליפין, דבכל הפעמים שהביא הרי"ף את דבריו לא הביא כ"א דוקא לענין דמיקני ולא אשתמיט להזכיר שגם נעשה ע"ש היטב, ואכן מלשון השמ"ק נראה שהבין דרה"ג גם נעשה חליפין ס"ל, וכן משמע להדיא מלשון הרמב"ן המובא בשמ"ק וז"ל פה קדוש וכו' ואפי' כשתמצא לומר פירא הוה לענין דמים לענין חליפין לא מקנה דדעתו אצורתא וכ"ש שאין נעשה חליפין כו' עכ"ל, הרי מדהשיג עליו גם בנעשה חליפין מכלל דרה"ג סובר שגם נעשה, ושם בסמוך כתב עוד בטעם דרה"ג וז"ל שמפני כך חשבו זהב כמטבע לענין חליפין כו' דהא לאו מטבע הוא כלל ועביד חליפין כדברי רה"ג ע"ש. הרי להדיא שכתב דלרה"ג גם עביד חליפין, והנה להבנת הרי"ף שרה"ג מודה דאין נעשה חליפין ודאי דשפיר מקשה התם ממתני' דהזהב קונה את הכסף, ולס"ד דמיירי בחליפין הרי משמע דזהב נעשה חליפין, ובע"כ דמשום חשיבות המטבע הוא דאי משום חשיבות הזהב הא לא הוה כ"א פירא, ובודאי דרב ולוי לא ס"ל דפירא עבדי חליפין וכמ"ש התוס' בב"מ שם שזה אין סברא דר"נ יפלוג ארב ולוי, אלא דמ"ד דמטבע נעשה חליפין אפי' לר"נ נמי מועיל דמטבע הוה כמו כלי וכמ"ש התוס', ומ"ד דאין מטבע נעשה חליפין ס"ל דמשום דצורתא עבידא דבטלה גרע עוד מפירי ושפיר מקשה ממתני', ולק"מ על רה"ג, דהא אפי' לדידי' מטבע זהב אין עושה חליפין ופירא לא הוה כ"א לענין נקנה ומדקאמר במתני' שגם עושה חליפין בע"כ דמשום חשיבות המטבע הוא. וקשה למ"ד אין מטבע נעשה חליפין:

**אלא** דאפי' להבנת הרמב"ן דרה"ג סובר דזהב גם עושה חליפין נמי י"ל עפמ"ש בחדושנו לעיל (סי' קצ"ה) דחם כי טעם דרב פפא דצורתא עבידי דבטלה הוא טעם על שניהם, על אין מטבע נעשה וגם על אין נקנה, מ"מ סברת וכוונת הטעם הזה אין מתפרש שוה בשניהם, דטעם דשייך באין נעשה ליתא באין נקנה וכן להיפוך, דגבי אין נעשה יתפרש כוונת טעם דרב פפא דצורתא עבידא דבטלה, היינו שעי"ז לא הוה כדבר מסוים ושלם ולא הוה דומיא דנעל, וטעם זה לא שייך כלל באין נקנה, דהא לענין נקנה לא בעינן נעל, ובע"כ דבאין נקנה יתפרש הכי כוונת רב פפא דכיון דבחליפין מקפיד שהחפץ יהיה בעין, וכיון שדעתו אצורתא וזה עביד דבטיל ממילא לא ישיג החפץ שרצה בו ולא חל בקנין, והנה הא ודאי כשאנו דנין לענין דין דאין נעשה, דמשום ביטול הצורתא הוה החפץ כאינו שלם, טעם זה שייך גם במטבע של זהב כמו בשארי המטבעות, דגם במטבע של זהב כשהיתה עם הצורה היתה שלימה יותר, ובבטול הצורה נתבטל השלימות ולא

הוה נמי דומיא דנעל, אבל כשאנו דנין לענין אין נקנה, בזה יהיה חלוק מטבע זהב משאר מטבעות, דבשארי מטבעות עצם המתכות אין לה שווי גדול, ובכמה מטבעות אין לה שווי כלל, ובע"כ דעיקר חפצו היה משום הצורתא, ואם הצורה תתבטל לא ישיג החפץ שרצה בו, ושפיר אין נקנה, אבל מטבע של זהב, שעצם המתכות בלא הצורה יש לה נמי שווי גדול, לא שייך לומר שעיקר דעתו היה רק אצורתא, שודאי עיקר דעתו היה אעצם הזהב, דחשיבות הצורה אינה עיקר לעומת חשיבות הזהב, ולזה גם כשתתבטל הצורה אכתי ישאר עיקר החפץ שמקפיד היה עליו ושפיר נקנה הוא בחליפין, ולפ"ז א"ש דברי רה"ג, דהנה בס"ד דסוגיין דהיינו סוברים שמ"ד אין נעשה הוה דוקא אין נעשה, אבל אקנויי מיקני וכדקאמר הכי רב פפא להדיא אח"כ דאפילו למ"ד אין נעשה אבל אקנויי מיקני, וא"כ בע"כ שטעם דרב פפא מתפרש מטעם דע"י ביטול הצורה לא נחשב כדבר מסוים וכפרש"י, דאי מטעם השני שלא ישיג החפץ שמקפיד עליו הוה"ד שאין נקנה נמי, וכיון שבע"כ הטעם הוא משום דלא הוי דומיא דנעל, א"כ אפי' במטבע של זהב נמי שייך האי טעמא, וגם בזהב צריך להיות הדין דאין נעשה, ולהכי שפיר מקשה ממתני' דקתני הזהב קונה, אבל אליבא דאמת שרב פפא חזר וס"ל שגם אין נקנה, וא"כ הוה בע"כ הטעם משום שאין משיג חפצו שהקפיד בו, וטעם זה לא שייך בזהב, להכי ס"ל לרה"ג דזהב קונה ונקנה כיון דטעם דדעתו אצורתא לא שייך במטבע של זהב, ואע"ג דבחדושנו לעיל (סי' קצ"ה) כתבתי דטעם דרש"י דלא הוה דומיא בנעל נשאר גם לפי המסקנא בהא דאין נעשה, דבזה לא שייך לומר שמקפיד הוא דוקא על החפץ שיהיה בעין כיון דקנין סודר קני ע"מ להקנות הוא וכל הקנין אינו כ"א לפי שעה, וא"כ בע"כ דבאין נעשה הוה הטעם משום דלא הוה דומיא דנעל, אפ"ה אין מזה תפיסה על רה"ג, די"ל דרה"ג סובר כשיטת התוס' (קדושין ד"ו ע"ב) דגם בקנין סודר אי בעי לתופסה מצי מיתפס וכסברת רב אשי בנדרים (פ' השותפין) וא"כ גם לענין אין נעשה מקפיד הוא על החפץ שיהיה בעין, וטעם דרב פפא שוה הוא בשניהם לפי המסקנא, דלרש"י מוכרחים אנו לדחוקי ולומר דטעם דרב פפא חלוק הוא, באין נעשה, משום דלא הוה דומיא דנעל, ובאין נקנה, משום דאין משיג חפצו שהקפיד עליו, ולרה"ג טעם שניהם שוה משום דלא ישיג החפץ שנתן דעתו עליו, וממילא דבזהב דלא שייך כן ס"ל דנעשה וגם נקנה, וכ"ש דאתי שפיר לשיטת הרי"ף דבנעשה מודה רה"ג דאין נעשה, דלפ"ז מצי סובר רה"ג דק"ס קני ע"מ להקנות הוא ודו"ק:

**ועוי"ל** דלמסקנא דאמרינן שאין נקנה נמי קאמר רב פפא, וא"כ בע"כ מתפרש טעם דר"פ משום שלא ישיג החפץ שנתן דעתו עליו, וטעם זה לא שייך לגבי נעשה כיון דבלא"ה

הדר אח"כ סודר למארי', שפיר י"ל דבאמת גם שארי מטבעות נעשה חליפין, דהא עיקר הוכחת הפוסקים דמטבע אין נעשה חליפין הוא משום דמ"ד נקנה אתותב ממתני' דעומד בגורן, וגם רב פפא דבתראה הוא הדר בו וס"ל שאין נקנה, ומדאין נקנה כ"ש דאין נעשה, וא"כ היינו דוקא לסברתם דאין נעשה הוה כ"ש מאין נקנה, אבל למה שכתבתי שפיר י"ל דבנקנה הוא דאין נקנה כיון דמקפיד על החפץ ואין משיגו להכי אין חל הקנין, אבל לגבי נעשה דלא שייך זה כיון דבלא"ה הוה הסודר רק לפי שעה, י"ל דגם ר"פ מודה דנעשה חליפין. ועיין מה שכתבתי שם לעיל דכן מוכח מן הש"ס דלא אתותב כ"א על דין דאין נקנה אבל על נעשה לא אתותב, ואי נימא דאין נעשה כ"ש הוא א"כ יותר הו"ל לאותיב על אין נעשה וכאשר הקשו הראשונים באמת, ולמה שכתבתי יתיישב, דדוקא על אין נקנה הוא דאתותב אבל על אין נעשה לא אתותב כלל, דאין נעשה לא הוה כ"ש מאין נקנה, ואדרבה טעם דאין נקנה מסתבר טפי, וא"כ בלא"ה א"ש דברי רה"ג דסובר שזהב נעשה חליפין כיון דגם שארי מטבעות נמי עושים חליפין, ובנקנה נמי אע"ג דשארי מטבעות אין נקנה, מ"מ זהב חלוק משארי מטבעות וכמו שכתבתי:

שם **ברמ"א** ולפיכך המייחד מעות כו'. עיין בט"ז ונתיבות ועיי' מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' קצ"ה) באריכות:

סעיף ט' **במחבר** אבל ראובן שהיה לו חוב על שמעון והקנה ללוי קרקע ועל גבו החוב לא קנה כו', הן לכאורה דעת רש"י הוא דלא כהמחבר אלא שגם חוב נקנה באגב, דכן יש להוכיח ממ"ש בכתובות (דנ"ה ע"ב) בהא דאמרי בי רב מתנת שכ"מ שכתוב בה קנין ארכבי' אתרי רכשי כו' הרי הוא כמתנת שכ"מ שאם אמר הלואתי לפלוני הלואתי לפלוני, וברש"י ד"ה מתנת שכ"מ בסוה"ד כתב וז"ל דאילו גבי ברי לא זכה בה משום קנין דאין מטבע נקנה בחליפין אלא אגב קרקע ע"כ, והרי התם בחוב מיירי כדאמר הלואתי לפלוני ואפ"ה כתב רש"י דבאגב נקנה, וכן הבינו התוס' שם בכוונת רש"י, אכן באמת נראה דגם רש"י סובר שאין חוב נקנה באגב, דסברא הוא שאין הקנין על מה לחול, ומרש"י דהתם אין ראיה, דבתוס' שם ד"ה שאם הקשו עליו בתרתי, חדא דא"כ לא הול"ל הלואתי לפלוני אלא מעותיו לפלוני הואיל דטעמא משום מטבע, ועוד דאפי' אגב קרקע דמטבע נקנית אין הלואה נקנית ע"ש. ונ"ל דחדא קושיא מתורצת בחבירתה והוא משום דבאמת היה אפשר לומר דין מחודש בזה דזה דהלואה אינה נקנית באגב היינו דוקא היכי שההלואה אינה תו בעין דכבר הוציאה בהוצאה, אבל כשהוא עדיין בעין ביד הלוה מהני אגב, דכל עיקר הטעם דבחוב לא מהני אגב כתבו התוס' דסברא הוא דאיך יהנה קנין על דבר שאינו בעין, וא"כ לא שייך זה כ"א בחוב שכבר הוציאו ואינו בעין,

אבל אם הוא אכתי בעין למה לא יהנה הקנין, וגם מהראיות שהביאו התוס' אין ראיה, די"ל נמי התם מיירי בחוב שאינו בעין, ולפ"ז י"ל דרש"י סובר דבחוב בעין מהני אגב ואין מקום עוד לקושית התוס', דמ"ש רש"י דנקנה באגב, אין כוונתו בחוב שאינו בעין, אלא בחוב שהוא בעין, דאין דין הלואה עליו אלא הרי הוא כשאר מטבע, דעכ"פ אגב בעינן, וזה יהיה שיטת פירושו, דבשכ"מ אפי' בהלואתו לפלוני, כלומר בהלואה גמורה שכבר הוציאה נמי מהני, ובברי לא מהני בשום הלואה אפי' כשהוא עדיין בעין שאז אין דינה תו כהלואה אפ"ה קנין חליפין לא מהני ובעינן קנין אגב, והא שכתב שאין מטבע נקנה כ"א באגב, לרבותא דברי קאמר, פי' אפי' כשיצא מכלל הלואה מ"מ אגב בעינן, ובברי לא מהני בקנין חליפין, ולפ"ז יצא הדין דבחוב בעין מהני אגב, ועפי"ז אפשר אולי להשוות דעת הפוסקים דהמרדכי שהביא דחוב נקנה באגב וכמ"ש הרמ"א בשמו לעיל (סי' ס"ו) מיירי בחוב בעין, והנך פוסקים דסברי דאין נקנה באנב מיירי בחוב שאינו בעין ולא פליגי אהדדי:

**ואלא** דיש לדחות הוכחה הזאת שכתבתי מרש"י דכתובות, דאפי' אי נימא דרש"י סובר שגם בחוב בעין נמי לא מהני אגב נמי יש ליישב דברי רש"י מקושית התוס' עליו, דהא עכ"פ משכחינן בהלואה שמהני אגב, כגון בעסקא שהוא פלגא מלוה, ומהני שם קנין אגב אפי' בהאי פלגא דמלוה, דמשום דאסור להוציאה כמבואר בב"מ להכי מהני בה אגב כמ"ש בנמוק"י פ' הגוזל קמא ובהגהות מרדכי שם וכן בקצוה"ח לעיל (סי' ס"ו) וכיון דאשכחינן צד שגם בהלואה מהני אגב, להכי הזכיר רש"י טעם זה ולומר דבברי לא מהני בשום הלואה בעולם אפי' בעסקא, דלא מיבעי בהלואה גמורה ודאי דלא מהני, שבזה גם אגב לא מהני, אלא אפי' בעסקא שהיא יצאה מכלל הלואה דעלמא משום דאסור להוציאה, אפ"ה לא מהני בברי, דמ"מ מכלל מטבע לא יצאת ולא עדיפא ממטבע אחרת דלא מהני בה קנין חליפין, אלא קנין אגב, ומיושבות שני קושיות התוס' חדא בחבירתה, דודאי בהלואה גמורה לא מהני אגב, אלא אפי' בהלואה כזאת שיצאת מכלל הלואה דעלמא כגון בעסקא. מ"מ מכלל מטבע לא יצאת ולכה"פ אגב בעינן, והמפרשים נתלבטו בכוונת רש"י והעלו שדעתו שגם בהלואה מהני אגב, ולמה שכתבתי אין ראיה, דאו שרש"י כתב התם בחוב בעין כסברתי או בעסקא, ויש להביא ראיה שרש"י סובר דלא מהני אגב בחוב דעלמא, דבמס' ב"מ (דמ"ו ע"א) בעובדא דרב פפא הוה מסיק בי' זוזי, לא גרס רש"י הוה מסיק' אלא ה"ג הוה לי' זוזי, והיינו משום דלגרסת מסיק, מוכח מהתם דבחוב מהני אגב, ומשו"ה מחק רש"י לגרסא זאת וגרס שהוי' דלגרסא זאת המעות פקדון ומשו"ה הקנה לו אגב קרקע, ומדמחק לגרסא דמסיק מכלל דסובר באמת

שבחוב לא מהני אגב, ואע"ג דמשום זה לא היה צריך אכתי למחקו דהא י"ל דמיירי התם שהוא מסיק ממנו חוב כזה שנתן לו בעסקא שבזה ודאי מהני אגב וכמו שכתבתי, וכן יישב באמת בהגהות מרדכי לגרסא דמסיק מ"מ י"ל דרש"י סובר לדוחק דמיירי בכה"ג ומשו"ה בחר יותר למחוק לגרסא "דמסיק" אבל עכ"פ מדמחקו מוכח שסובר דבחוב לא מהני אגב, וממ"ש בכתובות אין ראיה והנכון ברש"י כמו שתרצנו בזה ודו"ק:

סעיף י' **ברמ"א** החליף מעות ומטלטלין או מעות וקרקע ביחד י"א הואיל וחליפין אינן קונין במעות נתבטל כל הקנין כו' וי"א דקיים אצל הקרקע ובטל אצל המעות, טעם דעה ראשונה דדמי לקני את וחמור דלא קנה כלל, ודעה בתרייתא דלא דמי להתם דחמור לאו בר קנין הוא אבל מטבע נקנית במשיכה והגבהה ובתורת חצר וכמ"ש הסמ"ע בשם המרדכי ע"ש, ולכאורה יש להביא ראיה להך דעה בתרייתא דהוא רבינו שמחה שבמרדכי שם, ממ"ש בקדושין (ד"ז ע"ב) בעי רב פפא בתך ופרתך בפרוטה אחת, דמשמע הא אמר בתך ופרתך בשתי פרוטות מהני, ואמאי תיפוק לי' דהוה קני את וחמור דהא פרה אינה נקנית בכסף, אע"כ דכיון דפרה אית לה נמי קנינים אחרים לא דמי לקני את וחמור דלא שייך גבה קנין כלל וכסברת רבינו שמחה ואלא דיש לדחות ולומר דהתם לאו משום דפרה בת קנין הוא, דבאמת אין בזה שום עדיפות ומעלה מה שהיא בת קנין, והקושיא שבהתם יתורץ עפ"י סברא האחרת שבמרדכי שם, דדוקא בקני את וחמור דהמקנה הקנה לשני קונים הוא דפליגי אי קנה או לא, משא"כ כשהקונה הוא אחד ורק שקונה שני דברים שבאחד מועיל הקנין ובאחד אין מועיל כמו קרקע ומטבע בחליפין, בזה אמרינן מיגו דקנה דבר המועיל בקנין זה קונה נמי הדבר שאין מועיל בו, ולפ"ז התם נמי דקונה בתו ופרתו שהקונה הוא אחד, ורק דברים הנקנים הם שנים אמרינן דמיגו דקונה לבתו קונה נמי לפרה בכסף:

## סימן רד

סעיף א' **במחבר** וחייב לקבל מי שפרע ואפי' לא נתן אלא מקצת דמים. ועיין בנתיבות שכתב דאפי' במקום דלא שייך החשש דנשרפו חטיך אפ"ה אינו קונה קנין גמור דלא פלוג רבנן וראי' ממשנה דהזהב ע"ש, ולעיל (סי' קצ"ח) כתב הוא עצמו דבמקום דלא שייך החשש דנשרפו קונה באמת קנין גמור, והקושיא מפ' הזהב מיישב שם ועיין מה שכתבנו בחדושנו שם ולעיל סי' ר"א מזה בארך:

סעיף ב' **במחבר** נתן דמי המקח ונאנס כו' אין כאן מקום למי שפרע וי"א דהוה"ד למי שחוזר מפני שהוא ירא להפסיד כל המקח, פי' אעפ"י שעדיין לא הפסיד, והנה מדברי המחבר מוכח להדיא דמחשש הפסד לגמרי מצי לחזור לכו"ע, ומחשש יוקרא וזולא לא

מצי לחזור אפי' לדעה בתרייתא, דהא גם דעה זאת סוברת שדוקא מחשש הפסד כל המקח לאפוקי אם אין לו לירא אלא מקצת הפסד לא מצי לחזור, וא"כ בחשש זולא דאין אלא קצת הפסד וגם לא בגוף המקח דודאי לא מצי לחזור, ודין זה תמוה מאוד, דלענ"ד הוא דלא כמאן, אי פשיטת רש"י אפי' בהפסד לגמרי לא יכול לחזור ואי כשיטת ר"ת אפי' מחשש יוקרא וזולא נמי מצי לחזור וכמו שנבאר, דבב"מ (דמ"ז ע"ב) בתוד"ה אא"ב כתבו וז"ל פרש"י דטרח מוכר ומציל שאם יתייקר יכול לחזור ולוקח לא יכול לחזור אם יוזילו כו' ור"ת מפרש דאם נשרפו יכול לחזור אפי' לר"ש כו' ואפי' משום יוקרא וזולא יכול לחזור אפי' לר"ש כו' עכ"ל, ועיין שם שהתוס' הבינו דרש"י חולק עם ר"ת בשניהם, בנשרפו וביוקרא וזולא, דלר"ת יכול לחזור אפי' ביוקרא וזולא שלא נפסד לגמרי, ולרש"י אפי' בנשרף דנפסד לגמרי ג"כ לא מצי חוזר, ויש להבין מנ"ל לתוס' דרש"י חולק אפי' בנשרף, דהא תינח בזולא כתב להדיא דלוקח אין חוזר דז"ל רש"י בד"ה אא"ב בסוה"ד ולוקח לא מצי לחזור דמעות קונות, ואע"ג דלא הזכיר בהדיא דהיינו גם בהוזל כמו שהעתיקו התוס' לשון רש"י, מ"מ בע"כ שהיינו אפי' בדהוזל, דהא רש"י נתכוון בזה לתת טעם על ר"ש דסובר מוכר יכול לחזור ולא לוקח, ולמה דוקא מוקמינן החזרה במוכר משום יוקרא ולא מוקמינן בחזרה ללוקח משום זולא, ע"ז תירץ דלוקח אין יכול לחזור, הרי להדיא שאפי' בהוזל נמי אין יכול לחזור לר"ש, אבל מנ"ל לתוס' דגם בנשרף שהופסד לגמרי ג"כ פליג רש"י וסובר ראינו יכול לחזור, ושמא בכה"ג שהופסד לגמרי גם רש"י מודה דיכול לחזור וכדמוכח מש"ס (ב"מ דמ"ט) גבי פרזק כמ"ש התוס', ונראה פשוט דפשיטא היה כן לתוס' שאפי' בנשרף פליג רש"י, והיינו משום דדחיק עצמו לפרש דטעם התקנה הוא דטרח ומציל משום יוקרא, ושזה הוה באמת טעם חלוש לומר דמספק שמא יתייקר יטרח להציל, ולמה לא פי' כפשוטו דיטרח להציל בכדי שלא יחזור הלוקח וכפי' התוס'. ובע"כ משום דרש"י סובר דלר"ש אין הלוקח יכול לחזור לעולם אפי' אם נשרף, ומשו"ה לא מצי לפרש מטעם חזרת הלוקח, דא"כ מ"ט דר"ש דתקנו משיכה, הא לדידי' אינו יכול לחזור אפי' בנשרף, ובע"כ דהטעם הוא דיטרח להציל משום יוקרא וכמ"ש המהרש"א באמת כן בשיטת רש"י, ומזה הוכיחו התוס' דלרש"י אפי' בנשרף א"י לחזור לר"ש. ולשני אלו ההוכחות נתכוונו התוס' בזה שהעתיקו כל לשון הפרש"י, דטרח מוכר להציל שאם יוקירו כו' ולוקח לא יחזור, אפי' אם יוזלו כו', היינו משום דטעם דטרח מוכר הוה הוכחה שרש"י פליג אפי' בנשרף ולהכי הוכרח לפרש דטעם התקנה הוא משום יוקרא, ומ"ש ולוקח לא יחזור אם יוזלו, הוה הוכחה דגם בדהוזל סובר שאין יכול לחזור וזה פשוט בכוונת התוס':

**ואמנם** באשר לפי"ז יהיה ראיותיו של ר"ת קושיות חזקות לשי' רש"י, לזה נלענ"ד דאין מוכרח כלל לומר דרש"י פליג לגמרי עם ר"ת, והיכי דנשרף נראה פשוט שגם רש"י סובר כר"ת דיכול לחזור אפי' לר"ש, וכיון שהופסד לגמרי אפי' מי שפרע נמי אין לו, דכיון שבשום מקום לא נזכר ברש"י ההיפך מנ"ל לחדש מעצמנו דרש"י פליג גם בזה, והוכחת התוספת דא"כ למה דחק לפרש מטעם דיוקרא ולא משום שמא יחזור הלוקח, למה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' קצ"ח) להוכיח דרש"י סובר כשיטת בעל המאור דאחר שנשרף אין יכול לחזור אפי' לרבנן כיון שאינו כבר בעולם, ורק החזרה הוא קודם ביאת האונס ע"ש, ולזה בלא"ה לא יוכל לפרש דטעם התקנה הוא שמא יחזור הלוקח, דהא טעם זה אין מספיק כלל, דאיך שייך לומר דתקנו דמשיכה קונה שלא יאמר נשרפו, הא גם עתה כשתקנו משיכה נמי יכול לומר נשרפו חטיך, דכיון דכבר בא האונס אין יכול לחזור, ולזה הוכרח לפרש דטעם התקנה הוה משום יוקרא ועיין מה שכתבנו שם בארוכה, אבל בעובדא דפרזק דחזר קודם שנסבי' פרזק דהוה קודם שבא ההפסד, גם רש"י מודה דמצי לחזור אפי' לר"ש כיון דאם לא יחזור יפסיד לגמרי מצי חוזר, וא"כ אזדא הוכחת התוס' דמדפרש"י טעם דיוקרא מכלל דלר"ש אין יכול לחזור לעולם, דזה אינו דלהכי פי' משום יוקרא, היינו משום דטעם דחזרת לוקח אין מספיק לשיטתו, אבל בזה ודאי גם רש"י מודה דהיכי שיש חשש הפסד לגמרי יכול לחזור וכשיטת ר"ת, אלא דלר"ת הוה החזרה גם אחר ההפסד, ולרש"י גם קודם ההפסד, וגדולה מזה נראה שאפי' בהוזל שבזה לכאורה מפורש ברש"י דא"י לחזור וכמ"ש ודלא כר"ת, בכ"ז נ"ל ברור שלא בכל אופני זול ס"ל דאינו יכול לחזור, דלפעמים גם בהוזל יכול לחזור, דהנה לכאורה קושית התוס' עצומה מאוד, היכי ס"ד דלר' שמעון אינו יכול לחזור בדהוזל, והא ש"ס ערוך (ב"מ דע"ד) כי קאמר ר' שמעון בחד תרעא בתרי תרעי לא אמר, ואיך יפרנס רש"י לש"ס הזה, ואמנם למי שמעיין בלשון רש"י לק"מ, דרש"י עצמו מתרץ זה, דז"ל שם בד"ה חד תרעא, או הפוסק ע"מ. לקבל מאוד ונשתהה ובתוך כך נשתנה השער דכי פסק לאו אתרעא זילי פסק עכ"ל, הרי להדיא מחלק דמה דאמרינן דגמרי תרעי חוזר היינו כשלקח ע"מ לקבל הסחורה לאחר זמן. ומשום דבזה אמרינן דבתחלת הפסיקה דעתו היתה אתרעא זילא. אבל בלקח ע"מ לקבל מיד ונשתהה, דבזה אין שייך לומר אתרעא זילא פסק לא מצי לחזור אפי' בתרי תרעי, ביאור הדברים דטעם דחזרה דקאמר התם אין זה משום דבקנין המעות לא נגמר המקח עוד, דודאי המקח נגמר לגמרי במעות, רק שאפ"ה אם לקח ע"מ לקבל לאחר זמן, דודאי עלה בדעתו שבמשך הזמן יוכל השער להשתנות, להכי אמרינן דעתו שאתרעא זילא פסק, וכאילו התנה בהדיא דאם הוזל יהא

יכול לחזור, אבל כשלקח ע"מ לקבל מיד שאין שייך לומר דדעתו היתה, שישתנה השער מיד, ומצד עצם הקנין הרי הקנין נגמר להכי אינו יכול לחזור, ובע"כ דהכי הוא כוונתו, דאי טעם החזרה משום דהקנין לא נגמר, מאי נ"מ יש בין לקח ע"מ לקבל מיד או לאח"ז, ותדע דהכי הוא כוונת רש"י דאי כהבנת התוס' דבתרי תרעי חוזר לר"ש לעולם משום דהמקח לא נגמר, א"כ איך רצה שם לפוטרו גם ממי שפרע והא לענין מי שפרע לכו"ע קונה קנין מעות, ואיזה נ"מ יש בין חד תרעא לתרי תרעי, אע"כ כחילוק דרש"י דבתרי תרעו דקאמר היינו כשלקח ע"מ לקבל לאחר זמן ומטעם דאמדינן דעתו דהוה כהתנה בהדיא שיכול לחזור, ואתי שפיר, מ"ש רש"י בדף מ"ז דלוקח אינו יכול לחזור אם יוזל, היינו בסתם קנייה שלקח ע"מ לקבל מיד, ומצד עצם הקנין ודאי דס"ל לרש"י שנגמר המקח לגמרי שאין יכול עוד לחזור וזה ברור ואמת, ולבד שאין סתירה מש"פ דהתם על רש"י, אדרבה יש ראיה מפורשת לחילוקו של רש"י, דאלת"ה אלא בכל מקום שנשתנה השער אין מי שפרע, א"כ יקשה מהא דב"מ (דמ"ט ע"א) גבי עובדא דרב כהנא דאע"ג דנשתנה השער איכא מי שפרע, וא"כ גם הסוגיות יסתרו, דהא בדף ע"ד קאמר דבתרי תרעי ליכא מי שפרע, אע"כ כחלוקו של רש"י דדוקא היכי שלקח ע"מ לקבל לאחר זמן אמרינן דבתרי תרעי חוזר ולא בסתם קנייה, שלקח ע"מ לקבל מיד, וכ"כ בשמ"ק שם בישוב קושיא זאת, הרי שיטת רש"י מוכרח מן הש"ס. היוצא לנו דלר"ת יכול לחזור בתרי תרעי בכל אופן, ולרש"י כשלקח ע"מ ליטול לאחר זמן דוקא. ובנשרף שיש הפסד לגמרי גם רש"י מודה דיכול לחזור וכמו שבארתי ודו"ק:

**שוב** ראיתי דיש לקיים הבנת התוס' ברש"י דס"ל לרש"י שבכל אופן אין יכול לחזור בהוזל, והוא ממ"ש רש"י (ב"מ דמ"ח ע"ב) בד"ה מכל מקום, כלומר אף לפי פורעניות העתידה כו' עכ"ל, ותמוה מאוד למה דחק רש"י לפרש מכל מקום דברייתא באופן דחוק כ"כ, ולא ניחא לו כמו שפי' הש"ס גופא שם (דף ע"ד) דהאי מ"מ אתי לרבות שאפי' לוקח יכול לחזור, ולמה לרש"י לבקש טעמים אחרים, ובע"כ כפי' התוס' דרש"י סובר דלר"ש לעולם אינו יכול לחזור ואפי' בהוזל נמי, וא"כ יקשה הש"ס דדף ע"ד דקאמר להדיא דבתרי תרעי לא אמר, וצ"ל דרש"י ס"ל כיון דהש"ס לא קאמר כן כ"א בדרך דחוי וספק, אבל אליבא דאמת אמרינן שאפי' בתרי תרעי נמי אינו יכול לחזור לר"ש, אלא דלפ"ז יקשה דהא בש"ס התם הביא לזה הוכחה ומכלל דהאמת כן הוא, לזה הקדים רש"י בדף מ"ח לפרש שאליבא דאמת גם ההוכחה, אינה, דהא ההוכחה דהתם מברייתא דדף מ"ח, והכי קאמר התם דאלת"ה מי שפרע לר"ש לית ליה בלוקח וכ"ת ה"נ והתניא אעפ"י שאמרו טלית כו' מ"מ, מאי, מ"מ לאו לאתויי לוקח ע"ש, לזה כתב רש"י שאין

מוכרח אליבא דאמת דהאי מ"מ אתא לרבות לוקח, די"ל דבלוקח באמת לא משכחת מי שפרע והאי מ"מ דברייתא הוה פירושו לפי פורענות העתידה, ואחרי דמ"מ דברייתא לאו לרבויי לוקח אתא, א"כ נסתר הוכחת הש"ס ושפיר י"ל דאפי' בתרי תרעי אינו יכול לחזור, ולכך בדף ז"ח דר"ש הוא דקאמר להאי דינא ואליבא דאמת הא ס"ל שאין הלוקח יכול לחזור לעולם אפי' בתרי תרעי נמי וכמ"ש התוס'. וא"כ אי"א לפרש דהאי מ"מ לרבות לוקח דהא בלוקח מי שפרע לית לי' אליבא דאמת, והוכרח רש"י לפרש האי מ"מ כפירושו וזה נכון. ומזה יש ראיה גדולה למה שהבינו התוס' דשיטת רש"י מחולק עם ר"ת, ורש"י סובר שאפי' בתרי תרעי אינו יכול לחזור לר"ש, ואפ"ה אין סתירה מב"מ דע"ד דקאמר בתרי תרעי מי אמר דהתם בדרך דחייה וספק קאמר וכמו שכתבתי ודו"ק היטב בכ"ז. ולפי כל האמור צ"ע מה שהמחבר לא הזכיר שיטת ר"ת דגם מפני זולא יכול הלוקח לחזור, וכן מה שלא זכר שיטת רש"י ובעה"מ שדוקא קודם ביאת האונס יכול לחזור ולאחר שכבר בא האונס א"י שוב לחזור:

סעיף ז' **במחבר** הנושא ונותן בדברים כו' וכל החוזר בו כו' הרי זה ממחוסרי אמנה. ופסק בזה כברייתא ור' יוחנן (ב"מ דמ"ט) דדברים יש בהם משום חסרון אמונה, והנה במשנה דר"פ הפועלים מעשה בר"י בן מתיא שאמר לבנו צא ושכור לנו פועלים הלך והשכיר ולא פסק להם מזונות וכשבא אצל אביו ואמר לו אפי' אם אתה עושה להן כסעודת שלמה בשעתו אי אתה יוצא ידי חובתן כו' אלא עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטנית בלבד רשב"ג אומר א"צ הכל כמנהג המדינה, וברש"י שם בד"ה עד שלא התחילו במלאכה כתב דאין כאן אלא דברים ודברים אין בהם משום מחוסרי אמנה ע"כ, והקשה הב"ח הא בפ' הזהב מבואר דיש בדברים משום חסרון אמנה, ונ"ל דבפ' הזהב גופא מוכח דטעמא דר' יוחנן בן מתיא הוא משום דס"ל דברים אין בהם משום חסרון אמנה, דמעיקרא פריך התם בפ' הזהב לרב דסובר דברים אין בהם משום חסרון אמנה ממתני' דר' שמעון אומר כו' הוא עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדבורו ומשני תנאי הוא דאשכחן תנא דפליג, והביא ממתני' דהפועלים דר' יוחנן בן מתיא הוא דפליג וסובר שאין בהם משום חסרון אמנה ע"ש, הרי מבואר דטעמא דר' יוחנן בן מתיא דס"ל דברים אין בהם משום חסרון אמנה, ונהי דדחי התם אח"כ דמר' יוחנן בן מתיא אין ראיה דשאני התם דהפועלים גופייהו לא סמכא דעתייהו כו'. היינו רק לשנויי לר' יוחנן קאתי דלא יקשה לר' יוחנן דסובר דברים יש בהם משום חסרון אמנה ממתני' דר' יוחנן בן מתיא, משום דאיהו מצי לפרש דטעמא דר' יוחנן בן מתיא הוא משום דפועלים לא סמכא דעתייהו, וכן כתב בשמ"ק שם דלשנויי לר' יוחנן קאתי, אבל

אליבא דרב בע"כ טעמא דר' יוחנן בן מתיא משום דאין בדברים משום מחוסרי אמנה, ומשו"ה פי' רש"י לטעם זה שהוא האמת אליבא דרב, ואין לומר דאכתי יקשה על רש"י כיון דאליבא דר' יוחנן דקי"ל כוותיה טעמא דר' יוחנן בן מתיא משום דפועלים לא סמכו דעתם, א"כ למה לא פרש"י כן, די"ל דלרב בע"כ הוה טעמו משום דאין בדברים משום חסרון אמנה, דאל"ה יקשה עליו ממתניתין דר' שמעון כנ"ל. ולר' יוחנן לא הוה ודאי דטעמו דר' יוחנן בן מתיא לא הוה משו"ה, דאפי' נפרש דטעמו הוה משום דאין בדברים כו' לא יקשה על ר' יוחנן מסוגיא זאת, כיון דשפיר אשכח תנא דס"ל נמי כוותי' והוא ר' שמעון דלעיל, ורק משום דשמא לא ניחא לר' יוחנן להעמיד דבריו כתנאי קאמר התם דר' יוחנן מצי לאוקמי שגם ר' יוחנן בן מתיא כוותי' ס"ל וטעמו משום דפועלים לא סמכו דעתייהו, אבל אין זה מוכרח דטעמו משום הכי הוה, כיון דלרב הוה ודאי דטעם דר' יוחנן בן מתיא משום דאין בדברים כו', ולר' יוחנן אין הכרח להיפך, משו"ה בחר רש"י לפרש טעמא דר' יוחנן בן מתיא משום דאין בדברים כו' דאין ספיקו של ר' יוחנן אלים כודאי טעם דרב, ואמנם הא קשיא לי לפרש"י דטעמו הוא משום דאין בדברים כו' בע"כ צ"ל דר' יוחנן בן מתיא רצה לפחות להם כעת אפי' ממנהג המדינה, ולא רק כסעודת שלמה בשעתו לא רצה ליתן להם, אלא . אפי' כסעודת כל אדם כדרך פועלים לא רצה ליתן, דאי רק אסעודת שלמה היה מקפיד, מה ראיה הוא מהכא דאין בדברים משום חסרון אמנה, הא אפי' אי נימא דבדברים בעלמא שייך חסרון אמנה, הכא רשאי לחזור, דהא אפי' בנשתנה השער נמי מותר לחזור, וכ"ש דהכא דאינו יכול כלל לעמוד בדבורו כיון דצריך לעשות להם כסעודת שלמה בשעתו וכמ"ש בשמ"ק (פ' הזהב), ומדפי' דהכא הוה טעמא משום דאין בדברים חסרון אמנה בע"כ דגם מסעודת שאר פועלים דעלמא נמי היה רוצה לפחות, וכן משמע נמי מלשון דאמר ע"מ שאין לכם עלי אלא פת וקטנית דמשמע אף שהם פחותים מסתם מזונות דפועלים, וא"כ יקשה מה דאמר אח"כ רשב"ג לא היה צריך לומר הכל כמנהג המדינה, הא צריך היה לומר להם מפני שרצה לפחות גם ממנהג המדינה, וצ"ל משום דמשמע מדבריו שגם על סעודת שלמה נמי מוכרח לומר להם, ע"ז פליג רשב"ג דלא היה צריך לומר ע"ז, אבל במה שרצה לפוחתם נמי ממנהג המדינה גם לרשב"ג צריך היה לומר, וכן מוכח להדיא בגמרא שם דרשב"ג פליג רק על מה דס"ל לר' יוחנן בן מתיא דהכא כיון שלא הוצרך לתנאי והתנה, לטפויי מזונות קא מכוון, ופליג רשב"ג ואומר דאפ"ה הכל כמנהג המדינה ע"ש. ועוי"ל והוא הנכון, דהנה בעיקר הדין אי בתרי תרעי יש משום חסרון אמנה, אף שהרמ"א כתב בסמוך דאין בזה חסרון אמנה, לא מוסכם הוא מכל הפוסקים ופליגי בזה, הרז"ה עם הרמב"ן, הרז"ה סובר

דאין בזה משום חסרון אמנה ומביא ראיה ממ"ש בב"מ (דף ע"ב) לגבי מי שפרע אימור דאמרינן הכי בחד תרעא בתרי תרעי מי אמר, וכמו דלענין מי שפרע אמרינן דבתרי תרעי אין מי שפרע. ה"נ לענין מחוסר אמנה הוה הדין כן, והרמב"ן דוחה טענתו וס"ל דגם במי שפרע לא מפלגינן בין חד תרעא לתרי תרעי, והתם בב"מ דע"ב הוה הכוונה, דכיון דקנה הסחורה ע"מ ליקח לאחר זמן, להכי ודאי דאתרעא זילא פסיק, והנה לעיל בסמוך הוכחתי מלשון רש"י דדייק לפרש התם משום דפסק עמו ליקח לאחר זמן, מכלל דס"ל נמי כהרמב"ן ועיין מה שכתבנו שם, וכיון דלשיטת רש"י לא מפלגינן כלל בזה ואפי' בתרי תרעי נמי יש משום חסרון אמנה, ממילא א"צ לדחוקי דר' יוחנן בן מתיא רצה לפוחתם אפי' ממנהג המדינה, דשפיר י"ל דממנהג המדינה לא רצה לפוחתם, ורק אסעודת שלמה היה מקפיד, ואפ"ה הביא בפ' הזהב ראיה מכאן דאין בדברים משום חסרון אמנה, לא היה רשאי לחזור אפי' הכא דהוה כנשתנה השער, דלא מפלגינן כלל בזה לשיטת רש"י, ולפ"ז אתי דברי רשב"ג כפשוטן:

סעיף י' במחבר מי שהיה לו חוב כו' הרי זה כמו שנתן דמים, עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' ק"צ) בזה, ובביאור דברי הרמב"ם דסובר מלוה קונה במכר:

שם **ברמ"א** ויש חולקין ואומרים כו' אפי' לא מחל לו לגמרי רק שהרויח לו זמן הפרעון וא"ל יקנה לי חפץ שלך בהאי הנאה הוה כנותן מעות, ולכאורה קשה דכיון דריבית הוא ואם יתבע הלוקח שהוא המלוה את המוכר בדין שיתן לו הפרוטה שהבטיח לו בעד הרחבת הזמן לא היה מחויב לשלם לו, ואם ריבית קצוצה הוא, היינו כשקצץ לו תנאי הזה בשעת הלואה, אז גם כשכבר נתן לו המוכר את הפרוטה יכול להוציא ממנו בדין, ובאם בשעת הלואה לא התנה זה רק אח"כ אמר לו שירחיב לו הזמן בעד הנאת הקנין, דבכה"ג אינו אלא אבק ריבית, ובאם כבר נתן לו הפרוטה לא היה יכול להוציא ממנו בדיינין, מ"מ לכתחלה ודאי דאין מחויב לשלם לו, וא"כ לא יהיב לו לוקח למוכר מידי ובמה חל הקנין, ונראה דאכתי יש הנאה למוכר דנהי דהלוקח לא היה יכול להוציא ממנו הפרוטה של הרחבת הזמן מ"מ אם תפס הלוקח גם המוכר לא היה יכול שוב להוציא ממנו כמ"ש בב"מ (דף ס"ז) אכל טפי לא מפקינן מיני') ואפי' אם היה זה ריבית קצוצה. שהתנה עמו לתנאי זה בשעת הלואה, שאז היה יכול המוכר להוציא ממנו בדיינין, אכן היינו דוקא אם ירצה לתבוע ממנו בדין אבל מעצמו אין מחויב להחזיר וכמ"ש הט"ז (יו"ד סי' קס"א) לדייק מדברי רש"י דהא דריבית קצוצה יוצא בדיינין היינו דוקא אם תבעו הלוה בחייו שיחזיר לו ע"ש, ולכן י"ל דהקנין היה בהך הנאה שאין יכול הלוקח שוב לתפוס, ובריבית קצוצה נמי מקנה לו בהך הנאה שלא יוצרך לתבוע ממנו כשיותפס

ממנו, דאם אין הקנין חל אם תופס הלוקח הפרוטה בעד הרחבת הזמן אין מחויב להחזיר מעצמו רק כשהמוכר יתבע ממנו, והשתא שנותן לו הנאה זאת בעד הקנין, הלוקח כבר נסתלק וקבל בעד ההרחבה ולא מהני שוב תפיסתו, והנאה הזאת שוה פרוטה לפני המוכר דלא ניחא לו לעבור על התנאי שפסק להקנות לו חפצו בשביל ההרחבה, ועוד לילך עמו לדין ולתבוע ממנו כשיתפוס ממנו, והשתא שע"י חלות הקנין מרויח הנאה הזאת מה שלא יועיל תפיסת הלוקח וגם אם יעיז לתפוס יהא מחויב מעצמו להחזירו, והנאה הזאת שוה פרוטה ושפיר חל הקנין בעד הנאה זאת:

**והנה** בקצוה"ח הקשה דהא כתב הרמ"א לקמן (סי' ר"ט) דמקח הנעשה באיסור כגון פוסק עד שלא יצא השער ליתא במי שפרע וא"כ דהא דאיסור ריבית הוי איסור תורה אמאי מקבל מי שפרע ע"ש, ואולי יש לחלק דהתם הוה איסור בגוף המכירה משא"כ הכא דגוף המכירה כדינו והאיסור הוא מצד ריבית, בכה"ג לא חשיב כמקח באיסור וכעין מ"ש הסמ"ע והש"ך לקמן (סי' ר"ח) לחלק בכה"ג, אכן באמת צדקו דברי הקצוה"ח, דמה סברא הוא שיהיה מחויב לקיים המקח וליתן לו ריבית בידים, דגם אבק ריבית אין לתת לכתחלה, והיאך נימא לו אנן שיקיים המקח דבזה הוה כנותן בידים, ועיין בתשובת ר"מ אלשי"ך סי' ע"ה ובשמ"ק (ב"מ דס"ה) הביא תשובת רבינו האי שהמוכר לחבירו פירות ביותר מדמיהן משום אגר נטר וקנה אותם באחד מדרכי ההקנאה אין המקח מתבטל ע"ש, הרי דדוקא כשקנה באחד מקנינים הגמורים, אבל שיהא הקנין חל ע"י הנאה דאגר נטר גופא לא שמענו ואין זה סברא וכמו שביארתי:

## סימן רה

סעיף א' **הנתיבות** ס"ק א' הביא לדברי הב"י והפרישה דהא דקאמר בש"ס דאמר רוצה אני, לאו דוקא אמר אלא דכיון שקבל המעות בשתיקה הוה כאומר רוצה אני, והקשה כמה קושיות ע"ז, חדא דהא בש"ס (ב"ק דס"ב) מקשה אהא דאמר חמסן יהיב דמי, אי יהיב דמי חמסן קרית לו הא תלוהו וזבן זבינא זביני, ומשני הא דאמר רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני, ולדבריהם דבסתם הוה כאילו אמר רוצה אני עד שיאמר בפירוש איני רוצה, קשה הלשון דאמר הא דלא אמר רוצה אני, והול"ל הא דאמר איני רוצה, ועוד תמה במהרש"ך שדברי המ"מ סותרים זה את זה, דבפ"ד מהלכות אישות כתב דבמכר לא בעי' שיאמר רוצה אני, ובפ"א מהלכות גזילה גבי החומד עבדו כתב דבעינן דוקא שיאמר רוצה אני, ועוד דמאי מקשה הש"ס בב"ק אי דיהיב דמי חמסן קרית לו הא תלוהו וזבין זביני' זבינא, דמה בכך דזביני' זבינא מ"מ עבירה הוא בידו וחמסן הוא ע"ש היטב. ונ"ל ליישב כל הקושיות בחדא מחתא, דהמ"מ (פ"א מהלכות גזילה) הקשה על מ"ש

הרמב"ם שם דאע"ג שעובר על לא תחמוד אפ"ה מכירתו קיימת, ולמה לא נימא כל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ותי' דדמי לגוזל צמר ועשה בגד דאע"ג שעשה איסור אפ"ה כי איכא שינוי אח"כ קננהו בשינוי, ה"נ כיון דנתן דמים קננהו בדמים ע"ש, והרי דבריו דוקא בנתינת הדמים הוא דקנה, דנתינת דמים הוה כשינוי בגזילה, אבל בלא נתינת דמים אינו קונה אפי' בכה"ג שמצד דיני הקנייה היה אפשר לקנין להתקיים אפ"ה אינו קונה מצד דנעשה באיסור, והנה בשמ"ק (ב"ב דמ"ח) הקשה דמאי פריך התם הש"ס על רב הונא מדתניא יקריב אותו ומגיטי נשים, ודלמא התם שאני כיון דיהיב מעות וע"י אונסא וזוזי גמר ומקנה, משא"כ התם דליכא נתינת מעות ומשום אונס לחוד לא אמרי' דגמר ומקנה, ותי' דבס"ד היה סובר לרב הונא דאגב אונסא לחוד גמר ומקנה והוה"ד לתליוה ויהיב, ולבסוף הוא דמסיק דבדיהיב זוזי דוקא קאמר רב הונא ע"ש, והשתא ניחא הכל דבב"ק פריך מדרב הונא, היינו מדס"ד דב"ב דאפילו בלא נתינת דמים נמי זבינא זביני ואי נימא דחמסן הוא דמיקרי אפי' בכה"ג שאינו נוטל בגזילה, וא"כ היכי ס"ד התם דסובר רב הונא דזבוני' זבינא אפי' בלא נתינת מעות, והא כיון דעובר בל"ת אי עביד לא מהני, והכא לא שייך תי' המ"מ כיון דמיירי בלא נתינת מעות, וע"ז תירץ דבדאמר רוצה אני מיירי רב הונא, והיה מוכרח לסבול הדוחק דאמירתו רוצה אני מצילו גם מן האיסור, אכן חילוק הזה אינו אלא לס"ד דב"ק, אבל למסקנא דרב הונא מיירי דוקא בנתינת מעות ולא קשה תו מרב הונא, דהא י"ל דע"י נתינת מעות קונה שפיר כמו יאוש בגזילה וכמ"ש המ"מ, וא"כ למסקנא א"צ לחילוק דרוצה אני ושפיר יתפרשו כפשוטו, דלענין מכירה קנה נמי אפי' בלא רוצה אני, ולענין איסורא דלא תחמוד לא מהני גם אם אמר רוצה אני, דמה יוכל להועיל אמירתו רוצה להצילו מאיסור זה כיון דס"ס הרבה עליו רעים עד שאמר רוצה ועבר בלא תחמוד, וא"ש פסקי הרמב"ם דלענין מכירה לא חילק בין רוצה אני וכהשגת הראב"ד, כיון דדינו מיירי בנתינת דמים וכמש"כ עד שמכר ולקח דמי המקח, ובכה"ג דלקח דמי המקח קונה אפי' בלא אמר רוצה אני וכמסקנא, אכן בהלכות גזילה לענין לא תחמוד לא חילק נמי לומר דהיינו דוקא בלא אמר רוצה אני משום דלמסקנא אמרי' דהאיסור עובר בכל אופן אפי' כשאמר רוצה אני ודו"ק היטב:

**אלא** דמה שהעליתי בדעת הרמב"ם דקניית אונס מהני אפי' בלא אמר רוצה אני, דבר זה צריך תלמוד, דלכאורה יש להוכיח מן הש"ס, דבלא אמר רוצה אני לא מהני מדינא, ונקדים להביא דברי בעל העיטור בהלכות קדושין וז"ל גרסינן בפ' חזקת הבתים אמר אמימר תליוה וקדיש קדושיו קדושין רב אשי אמר קדושיו לא הוה קדושין הוא עשה

שלא כהוגן לפיכך יעשו בו שלא כהוגן, ובעל הלכות ורב אחא משבחא לא פסקי הלכה כמאן, ומסתברא דהלכה כרב אשי דבתרא הוא כו' והא דאמרינן בריש קדושין תנא האשה נקנית מדעתה אין בע"כ לא דלא אמרה אין אבל אי ארציאת לבתר הכי איכא למימר דהוו קדושין עכ"ל. ויש להשתומם בדבריו, ולכאורה אין פותר אותם, כיון דפסק הלכתא כרב אשי דקדושין לא הוה קדושין א"כ מאי מקשה תו מריש קדושין דבע"כ לא. דהא הוו ממש כרב אשי, ואי נימא דהוקשה לן דלא מימר תקשה מתניתין דריש קדושין דתנא נקנית מדעתה ולא בע"כ, הא שפיר יש לומר דאמימר מוקי למתני' כתירוץ הראשון בקדושין שם דמשום סיפא נקיט הכי, ועיין בס' עצמות יוסף שנדחק מאוד ליישב דברי בעל העיטור, ונ"ל ליישב דבריו דבאמת סוגיות הש"ס קשים אהדדי, דמלישנא דרב אשי דאמר דמשו"ה תליוה וקדיש אינה מקודשת משום דהוא עשה שלא כהוגן לפיכך יעשו בו שלא כהוגן משמע דרק מפני התקנה הוא דאמר דאינה מקודשת אבל מדינא מודה גם הוא דמהני נמי באונס, ואילו מסוגיא דריש קדושין משמע דבע"כ גם מדינא לא מהני באונס, דקאמר התם דמשו"ה תנא האשה נקנית ולא האיש קונה דאי תנא קונה הו"א אפי' בע"כ, קמ"ל נקנית מדעתה אין בע"כ לא, והתנא דהתם תני רק מה שמהני מדאורייתא דהא מעיקרא אמר דמשוה תנא התם לשון קנין ולא לשון קדושין משום דתנא לישנא דאורייתא נקיט, והכוונה דנקיט מה דמהני מדאורייתא, ואי נימא דמדינא דאורייתא מהני גם בע"כ, אכתי יקשה דליתני האיש קונה, ומאי משני דהו"א אפי' בע"כ, הא מדאורייתא באמת מהני בע"כ, אע"כ דגם מדינא לא מהני זה, ואין לומר דמה דקאמר תנא לישנא דאורייתא קתני, היינו שרק על הלשון מקפיד למיתני לשון קנין שהוא לשון דאורייתא, אבל באמת נקיט גם מה שאינו מועיל מדרבנן. אלא שנקיט זה בלשון דאורייתא, דהא בכל הסוגיא מוכח דכוונת הש"ס בתירוצם הוא דהתנא לא נקט התם כ"א מה שמועיל ומהני מדאורייתא, ואע"ג שמדרבנן לא מהני כיון שמדאורייתא מהני נקיט התם, דאל"ה אין שום הבנה לכל הסגנון והסדר שבסוגיא, דמקשה מתחלה על לשון האשה נקנית דתנא, והדר מקשה על לשון נקנית ולא האיש קונה, ובאמת הו"ל לפריך מראש על לשון האשה, ולא האיש קונה, דזה שנוי בתחלה במתני', והדר על לשון נקנית דתנא בתר הכי, והיטב אשר יישב בזה מוהר"י הלוי דמשו"ה לא פריך הכי משום דפשיטא לי' דמצי לתרץ דאי הוי תנא האיש קונה הוה משמע לכתחלה, ובאמת הא אסור לכתחלה לקדש בביאה, דרב מנגיד אמאן דמקדש בביאה, משא"כ בפרק שני דלא מיירי מקדושי ביאה, כיון דתני בו ובשלוחו, ושלוחו אי"א לקדש בביאה, משו"ה שפיר קתני לשון דלכתחלה, רק לבתר דמשני דתנא לשון נקנית, דאשכחן לשון קנין

בקרא, מכלל דהתנא מיירי במה שמהני מה"ת, ומה"ת הא באמת מותר לקדש לכתחלה בביאה נמי כדכתיב ובעלה, וא"כ פריך תו שפיר דא"כ ליתני נמי האיש קונה, דלא מצי תו לדחות ולשנויי דמשו"ה לא תנא לשון זה, דמשמע לכתחלה ואסור לקדש לכתחלה בביאה, דהא בדאורייתא איה"נ דמותר לקדש גם בביאה, ואי נימא דכוונת הש"ס במה שתירץ לישנא דאורייתא נקט, היינו שרק הלשון הוא דתני' אבל בעצם מקפיד גם על מה שאינו מועיל מדרבנן, א"כ אכתי מאי פריך גם השתא דליתני האיש קונה, הא גם השתא מצי לתרץ דמשו"ה לא תני האיש קונה דמשמע לכתחלה, משום קדושי ביאה דאסור לכתחלה, אע"כ דכוונת הש"ס בשנויי דלישנא דאורייתא, היינו דהתנא לא מיירי כ"א במה דמהני ומועיל רק מה"ת, ולא משגח על מה דאינו מועיל מדרבנן, ולפ"ז מוכח שפיר דגם מה דקאמר בע"כ לא, היינו נמי מה"ת, דאי מה"ת מועיל ורק מטעם התקנה אינו מועיל, א"כ התנא דמתני' דלא נקט כ"א למה דמהני מדאורייתא הו"מ שפיר לתנויי נמי קונה דמשמע בע"כ, אע"ג דמדרבנן לא מהני, וכמו דהו"מ לתנויי לשון לכתחלה אע"ג דמדרבנן לא מהני לכתחלה, אע"כ דגם מה"ת לא מהני זה. ומעתה מבוארים כמין חומר דברי בעל העיטור, דשפיר קשיא לי' הסוגיות, דאילו לטעמא דרב אשי דהוא עשה שלא כהוגן כו' משמע דרק מן התקנה הוא דלא הוו קדושין, אבל מדינא מהני קניית אונם, ואילו מהסוגיא דריש קדושין דמיירי בע"כ מדינא, דהא תנא לישנא דאורייתא נקט ואפ"ה תנא נקנית דמדעתה דוקא ולא בע"כ, הרי שגם מדינא לא מהני קניית אונם. ולא מצא תירוץ אחר ליישב הסוגיות כ"א בחילוק זה, דסוגיא דריש קדושין מיירי בלא אמרה רוצה אני, ובהא הוא דלא מהני גם מדינא, ורב אשי איירי באמרה רוצה אני, ומשו"ה מדינא מהני ורק מטעם התקנה לא מהני, והדברים נכונים וברורים, מאירים כספירים, בישוב דברי בעל העיטור, אבל לפי"ז יקשה על הרמב"ם דסובר דאפי' בלא אמר רוצה אני מהני נמי קניית אונס, וא"כ איך יפרנס הסוגיא דריש קדושין דמוכח מינה דמדינא לא מהני בלא רוצה אני, דהא בעל העיטור לא מצא תרופה אחרת לסוגיא הזאת כ"א לאוקמי במיירי בלא אמרה רוצה אני:

**ואכן** שוב ראיתי דהרמב"ם לשיטתו בע"כ שלא יפרש כבעל העיטור, ולדידי' לא קשה כלל הסוגיות אהדדי, דאי כהבעל העיטור דרב אשי מיירי באמרה רוצה אני, ואפ"ה סובר דמצד התקנה מיהא לא הוה קדושין, וא"כ יש לתמוה על הרמב"ם ושארי הפוסקים שפסקו סתם דאם אנסוה להתקדש לא הוה קדושין וכמבואר באה"ע סי' מ"ב ולא הזכירו הרבותא דאפי' אמרה רוצה אני נמי לא הוו קדושין, הא ודאי דפסקו כרב אשי, דאילו לאמימר בכל אופן הוו קדושין, ולרב אשי אפי' אמרה רוצה אני נמי לא מהני, וכל כהאי

מילתא הו"ל להזכירו בפירוש, ולכן נראה דהרמב"ם וסייעתו יפרשו דבאמת פלוגתא דרב אשי ואמימר מיירי בלא אמרה רוצה אני. ומה דקשה לפי"ז למה פליגי בתקנה, הא בכה"ג דלא אמרה רוצה, אפי' מדינא לא וכדמוכח מסוגיא דריש קדושין, וכהוכחת בעל העיטור. י"ל דמהא לא איריא, דקושית בעל העיטור מיישב הרמב"ם באופן אחר הפשוט ביותר, דהא טעמא דמ"ד דקדושי אונס הוו קדושין היינו משום דדמיא לתלוהו וזבין דהוה זבינא, והתוס' בב"ב שם הקשה דהא תינח בקדושי כסף אבל בקדושי שטר ביאה דלא קבלה שום כסף מאי איכא למימר ע"ש שנדחקו ליישב, ובפשוטו י"ל דבאמת בקדושי שטר לא מהני בע"כ דדמי לתלוהו ויהיב דלאו כלום הוא לכו"ע, ולזה יש לומר דתנא התם האשה נקנית דבע"כ לא, משום קדושי שטר וביאה דחשיב התם נמי במתני', ואפ"ה אי הוה תני האיש קונה הו"א דאפי' בע"כ, ואע"ג דקדושין הללו הוה תלוהו ויהיב אפ"ה מהני משום דהו"א כסברת התוס' שם דמה שנתחייב לה בשאר וכסות הוה זה כקיבלה כסף, משו"ה תנא נקנית לאשמועינן דבע"כ לא ולאפוקי מסברת התוס', דבאמת דחיוב דשאר וכסות לא הוה כזביני וכמו שמוכח שם בסוגיא גבי גט וכמ"ש התוס' בעצמם, אלא שהתוס' נדחקו לחלק בין גט לקדושין, ואמנם הרמב"ם וסייעתו יפרשו דאין חילוק בינם, והנאת שאר וכסות לא חשיבה כקבלת כסף, ומשו"ה תנא במתני' נקנית דמדעתה לא משום קדושי שטר וביאה, ולפ"ז לא קשה כלל מסוגיא דריש קדושין להסוגיא דב"ב בפלוגתא דאמימר ורב אשי, דמה דפליגי התם רק בתקנה, היינו משום דכיון דהתם מיירי בקדושי כסף דדמי לזבינא משו"ה מדינא מהני כמו תלוהו וזכין, ורק בתקנה פליגי, ובמתני' דריש קדושין דנקיט גם שטר וביאה משו"ה לא מהני בע"כ גם מדינא. ומיושב קושית בעל העיטור בלא חילוק דאמר רוצה אני, וכיון שכן ממילא אין שום הכרח לפרש דבב"ב מיירי דוקא באמרה רוצה, דהא כל עיקר חילוקו נובע ממה שקשה לו הסוגיות אהדדי, אבל למה שביארתי דהסוגיות לא קשה, שפיר י"ל דרב אשי מיירי אפי' בלא אמרה רוצה אני מהני נמי מדינא, והיינו טעמא דהרמב"ם והפוסקים שלא הזכירו והוא דאמרה רוצה אני, וכיון שכן מוכח בע"כ דהרמב"ם סובר דבמכירה אפי' בלא אמר רוצה מהני נמי קנייה באונס, מדמוקי לרב אשי בלא אמרה רוצה אני, ודוקא בקדושין הוא דלא מהני מן התקנה דהוא עשה שלא כהוגן כו', אבל מדינא גם בקדושין מהני, וא"כ במכר דלא שייך הך תקנה מהני קניית אונס אפי' בלא רוצה אני' ודו"ק כי הדברים ברורים:

סעיף י"ב **ברמ"א** אבל אנסוהו לקנות אינו קנין, עיין באה"ע (סי' מ"ב) מה שתמה הח"מ על דין זה ובמה שכתבתי שם על הגליון:

## סימן רו

סעיף א' **במחבר** קנה הראשון, וכתב הב"י בשם מוהרי"ק דשכירות דינו כמכירה לענין זה, ועיין בס' שעה"מ שכתב דלשיטת התוס' שהביא המחבר לעיל (סי' קצ"ה) דשכירות קרקע אינו נקנה בקנין סודר א"כ לא שייך האי דינא בשכירות כיון דכלא קנין לא מהני אף במכירה ובשכירות הא לא מהני קנין סודר אף אם משכיר לו מיד, כ"ש כשאומר אם אשכיר בית זה הרי הוא שכור לך מעכשיו וקנו מידו ע"ז דאינו מועיל הקנין ע"ש:

## סימן רז

סעיף ו' **במחבר** מכר קרקע והתנה המוכר שיחזירנו לו כשיהיה לו מעות כו' לפיכך אסור ללוקח לאכול פירות, לכאורה היה נראה שדוקא כשאמר לו בלשון הזה לכשיהיה לי מעות תחזיר לי, דהיינו שיבוטל המקח למפרע ונמצא שהמעות הלואה בידו, ומשו"ה אסור לאכול הפירות אבל אם אמר לכשיהי' לי מעות תחזור ותמכור לי דנמצא שאף בחזרת המעות אין כאן ביטול מקח למפרע ועד עתה מכירה גמורה היתה דשרי, ודלא כמ"ש הסמ"ע בס"ק י"א דאפי' בכה"ג שאמר תחזור ותמכור נמי אסור אם אך התנאי היה בלא זמן קבוע, דכן יש לדייק מלשון הברייתא (ב"מ דס"ה) מקור האי דינא, מכר לו בית כו' לכשיהיה לי מעות תחזיר לי כו' אסור, הרי שדוקא בכה"ג אסור דאי אפי' בהתנה שיחזור וימכור נמי, עדיפא הו"ל לתנא דברייתא לומר לכשיהיה לי מעות תחזור ותמכור כו' אסור, א"ו דבכה"ג באמת שרי, וכ"כ באמת הנו"ב מהדו"ת חיו"ד סי' ע"ה שבכה"ג אפי' צד אחד ברבית לא הוה, וכן משמע לכאורה מלשון רש"י ב"מ שם שכתב דלהכי שרי באומר מדעתו משום דהוה כחוזר ומוכר לו, אכן באמת זה אינו, וצדקו דברי הסמ"ע דאפי' אם אמר תחזור ותמכור נמי אסור, דבהדיא איתא בשמ"ק (ב"מ דס"ג) בסוגיא דרבית ע"מ להחזיר דמפרש שבדין זה דהתנה לחזור ולמכור פליגי ר' יהודה וחכמים דצד אחד ברבית, דהפירוש דרבית ע"מ להחזיר אין הכוונה להחזיר את הרבית, אלא ע"מ להחזיר ולמכור לו הקרקע כשיהיה לו מעות, דר' יהודה סבר דכיון דעד ההיא שעתא מכירה גמורה היא ופירות דאכיל לוקח דידי' נינהו ואפי' צד אחד לא הוה, ורבנן סברי דכיון דאין דרך לוקח קרקע לעשות כן, ירדה תורה לסוף דעתם דלהלואה גמורה נעשה ולפיכך אמר הכתוב את כספך לא תתן לו בנשך, ולא אמר לא תלוה בנשך לרבות מכר כיוצא בזה שיהא דינו כמלוה ע"ש, וכיון שקיי"ל כחכמים ואליבא דרבא להכי אפילו במכר גמור והתנה שיחזור וימכרנו הוה הפירות רבית קצוצה, ובלתי ספק שנעלם מהנוב"י השמ"ק הזאת, והיה נראה עוד לומר לכאורה דאכתי דין זה במחלוקת שנויה, דהא תינח לפי' השמ"ק בכוונת רבא בעל מנת להחזיר, דהיינו להחזיר ולמכור לו הקרקע

שפיר מוכח דבכה"ג אסור לדידן דקיי"ל כחכמים ברבית ע"מ להחזיר, אבל לפרש"י ותוס' שם דעל מנת להחזיר, היינו הרבית, אין מוכרח דין זה, ואפשר דלהכי פרש"י שם בדף ס"ה דבחוזר וטוכרה שרי, משום דלשיטתו אזיל בפירוש דרבית ע"מ להחזיר, ולפ"ז אכתי יהיה בדין זה מחלוקת רש"י ותוס' עם השמ"ק, ולרש"י ותוס' שרי בכה"ג, אכן האמת יורה דרכו שגם רש"י לא התיר בכה"ג, ומ"ש החם דהוה כחוזר ומוכרו, היינו משים דהתם אמר נמי מדעתו, פי' לכשירצה, וכיון דברצונו תלוי ואם לא ירצה לא יחזור וימכור, ודאי דכל זמן שלא חזר ומכר מכירה גמורה הוא. אבל היכי שהתנה ע"ז מתחלת המכר, דמוכרח הוא לחזור ולמכור לו, גם רש"י לא יתיר, ונראה להביא ראיה דרש"י סובר כן, דבב"מ (דף ס"ו) במתני' דהלוהו על שדהו וא"ל אם אי אתה נותן לי עד שלש שנים הרי היא שלי הרי היא שלו, מוקי הש"ס באיבעית איפא בתרא דמתני' מיירי בדא"ל מעכשיו, פי' אם לא יבוא ער שלש שנים יהא שלי מעכשיו ומשו"ה לא הוה אסמכתא אלא קנין גמור הוא, וברש"י ד"ה ואבע"א כתב דהפירות לרבנן משלשין אותן וגם הלוקח וגם המוכר אסור לאכול הפירות תוך ג' שנים, וקשה לי מאיזה טעם נאסור ללוקח לאכול הפירות כיון דמעכשיו נקנה לו ושלו הוא דאוכל, דלא דמי למה שאמרו שם בדף ס"ה דמכר לו שדה ונתן לו מקצת דמים דאסורין שניהם בפירות ואוקמינן דהיינו בדא"ל לכי מייתת קנה מעכשיו, ולהכי אסור גם הלוקח, דשמא לא יגמור המקח ונמצא דמעות הוה הלואה ושכר מעותיו קא אכיל הפירות, דהא התנאי דמעכשיו יצויר בשתי פנים, א) דאין מקנה לו מיד למכירה גמורה רק שגמר הקנין יהיה אח"כ, אלא דחלות הקנין יהיה אז מעכשיו, ויצויר גם באופן שני כגון שמקנה לו מיד במכירה גמורה, ומצד המוכר אין שיור עוד במכירה אלא שהלוקח קבל עליו דאם יביא לו המעות עד ג' שנים יקבלם מאתו והוה כמכירה חדשה, והנה זה פשוט דמעכשיו דמועיל לבטל האסמכתא, היינו כאופן השני, שגמר המקח הוה מיד, אלא שהלוקח קבל עליו להחזירו כשיביא לו המעות, דאם התנאי היה להיפך, דלעת עתה לא יקנה הלוקח, אלא כשלא יביא המעות עד ג' שנים יהיה שלו מעכשיו, מעכשיו כזה לא מבטל האסמכתא, כיון דלא גמר לפסק מקחו עד זמן ההוא, אכתי דאי הוא, וכל דאי הוה אסמכתא, והכי פרש"י להדיא שם בד"ה ואבע"א וז"ל דלאו אסמכתא הוא אלא קנין גמור הוא שעל מנת מכר גמור החזיק בה מעכשיו וכו' וזה קבל עליו שאם יביא לו מעותיו עד ג' שנים יקבלם עכ"ל, וא"כ לא דמי האי מעכשיו להההיא דהתם, דהתם הוה בע"כ הפירוש דגמר המקח יהיה כשיביא לו מותר המעות וכמו שאמר לכי מייתית קנה מעכשיו, ועד שמייתי המעות לא קנה כלל, ואם יביא לו המעות נמצא דלא היה מעולם שדה של לוקח, והמעות הלואה הוא, להכי

אסור, אבל הכא אפי' כשיביא המעות אח"כ, הא עכ"פ עד עתה של לוקח הוא ממש, וכי אכל לפירות בתורת מקח גמור אכלו ואמאי אסור, אע"כ דרש"י סובר כהשמ"ק דאפי' כשהתנה עמו לכשיהיה לי מעות תחזור ותמכור לי, דבזה הוה ודאי מכירה גמורה בעת מעשה, אפ"ה אסור הלוקח בפירות, דכיון דאין דרך הלוקח לעשות כן ירדה תורה לסוף דעתם דהלואה גמורה נעשה והוה נמי רבית, וזהו ראיה נכונה, ובחבורנו לב"מ הבאתי עוד ראיות דרש"י סובר כן ועיין מה שכתבתי בסמוך בסעיף ט':

סעיף ט' **במחבר** הלוהו על שדהו וא"ל אם לא תפרעני עד ג' שנים כו' הוה אסמכתא כו' אבל אם א"ל מעכשיו קנה. והנה מלשון המחבר הלוהו על שדהו משמע דבמשכנו בשעת הלואה מיירי וכמ"ש התוס' ב"מ דס"ד המלוה על המשכון משמע בשעת הלואה, ובכה"ג הוא דלא הוי אסמכתא, כיון שבתחלת משכנתא התנה תנאי הזה הוה קצת כעין מכירה, אבל באם משכנו שלא בשעת הלואה, לא מהני שוב תנאי הזה, ובתוס' (ב"מ דס"ו) מפורש כן דבד"ה ומניומי כתבו וז"ל ומפרש ר"י טעם שוה לשניהם, דהכא קנו טפי מבעלמא שבתחלת המשכנתא הוי קצת כעין מכירה כו', הרי להדיא שדוקא כשבתחלת הלואה התנה תנאי זה, אכן בב"י כאן בד"ה כתב הרמב"ם ראיתי שנסתפק בזה וז"ל ואפשר דאפי' משכנו שלא בשעת הלואתו יש לו דין זה כי אתחלת המשכנתא קפיד ולא אתחלת החוב וכן נ"ל שאפי' משכנו מן הסתם ואח"כ התנה כו' לא הוה אסמכתא דתחלת ביאת הקרקע ע"י משכון היה ע"ש, הרי שמתחלה נסתפק ולסוף הכריע דאפי' שלא בשעת הלואה נמי, ושפיר עבד שהכריע, דלענ"ד גם מן הש"ס יש להוכיח כן, דבסוגיא שם דף ס"ו איפלגו רב הונא ורב נחמן, רב הונא סובר דבשעת מתן מעות קנה הכל ולאחר מתן מעות לא קנה אלא כנגד מעותיו, ורב נחמן סובר דאפילו לאחר מתן מעות קנה הכל, והנה למה שכתבנו בשם התוס' דהטעם דהכא קני טפי מבעלמא ולא הוה אסמכתא לפי שבתחלת משכנתא הוה קצת כמכירה כו' וגם עשה לו טובה בהלואה, הוא טעם שוה לשניהם, לרב הונא ולרב נחמן, יקשה כיון דטעם הזה שוה לשניהם, וגם לר"נ דס"ל לאחר מתן מעות קנה הכל מהני זה, א"כ אמאי סובר רב הונא דלאחר מתן מעות לא קנה, ובע"כ צ"ל דבזה פליגי, דרב הונא סובר דטעם דהוה נמכר היינו דוקא כשבתחלת המשכנתא התנה תנאי זה, בזה אמרינן דהוה כאילו שניהם נתרצו לשעבדו על תנאי הזה, וקרקע נקנית בכסף בכל הדרכים כפי התנאי, אבל לאחר מתן מעות לא מהני תנאי זה, וטעם דעשה לו טובה לחוד פשיטא דלא מהני, דהא בההיא דגט פשוט עשה לו טובה וכמ"ש התוס' התם, ור"נ סובר דאפי משכנו בתחלה בסתם ואח"כ התנה תנאי כזה נמי לא הוה אסמכתא כיון דתחלת ביאת הקרקע לידו הי' ע"י

משכון דהוה כמכר קצת וכאילו נמכרה השדה לידו מתחלה דמי, דמשכון הוה כעין מכר קצת, ואי"ל כיון דרב הונא סובר דלאחר מתן מעות אין מועיל לסלק האסמכתא, א"כ כנגד מעותיו נמי במה קנה, די"ל דכנגד מעותיו מיהא קני, או משום דסובר דכנגד מעותיו כיון דלא גזים לא הוה אסמכתא כלל, או משום דטעם דתפיס מהני מיהא להיכא דלא גזים, ולכן אע"ג דלאחר מתן מעות ליכא טעמא דכעין מכירה לר"ה אבל עכ"פ תפיס מיהא הוה, ואע"ג דאכתי לא ידעינן דתפיס מהני דרק מההיא דנדרים שמעינן לה, י"ל דלא גזים הוה פשיטא שטעם זה מהני, אלא דמנדרים נשמע שאפי' בגזים מהני נמי טעם דתפיס, וכיון דרב הונא ור"נ פליגי בזה והלכה כר"נ דאפי' לאחר מתן מעות נמי מועיל לסלק האסמכתא וכהב"י ודו"ק:

שם **במחבר** אם לא תפרעני כו' תהא שלי מעכשיו, עיין מה שכתבנו מזה בחדושנו לעיל (סי' ע"ג):

שם **בסמ"ע** ס"ק ח"י ומ"מ הפירות לא יאכל זה המלוה תוך שלש שנים דשמא יבוא לפדותיו תוך ג"ש ויהיה הלואה למפרע והפירות יאכל בתורת רבית ע"ש, והנה הלוה דהוא המוכר נמי אסור לאכול את הפירות, וכ"כ רש"י להדיא שם (דף פ"ו) בד"ה ואבע"א דהפירות משלשין אותן, ולפלא על הסמ"ע שנסתייע מדברי רש"י הללו, א"כ למה לא כתב דשניהם אסורין לאכול הפירות אלא צריך להשליש אותן, ושמא י"ל דטעמו של הסמ"ע משום דבמוכר לא שייך איסור ריבית, דאף אם לא יביא המעות ותוחלט השדה ביד הלוקח נמי אין איסור כיון שהמוכר לא הלוה כלום ללוקח דנימא דבשכר המתנה הוא אוכל, ולא דמי להא דאמרינן (ב"מ דס"ה) במכר לו שדה ונתן לו מקצת דמים והתנה שאם יביא מותר המעות יהיה של הלוקח מעכשיו דאמרינן דשניהם אסורים לאכול הפירות, דהתם כיון שהלוקח לא נתן כ"א מקצת דמים משו"ה שייך רבית גם במוכר דשמא יגמור המקח ויראה שאכל המוכר בשביל שהמתין לו מותר המעות, אבל הכא שאין ממתין לו כלום מה איסור יש בזה, אכן אי משום הא לא הו"ל להסמ"ע לחלוק על מה שכתב רש"י בהדיא, דנראה דטעם רש"י דמוכר אסור נמי באכילת פירות, לאו משום איסור רבית נגע בזה, אלא משום ביטול האסמכתא, דאם המוכר יאכל את הפירות הדר הו"ל אסמכתא אפי' בדאמר מעכשיו, דלא מיבעי לשיטת הר"י ור"ת בתוס' שם דמעכשיו לחוד אינו מועיל לבטל האסמכתא אלא דבעינן נמי שיתפיסנו לידו מלוה גופא וכמ"ש כאן בב"י ע"ש, ובקרקע לא שייך תפיסה אחרת כ"א מה שיתפוס אותה לאכילת פירות, דבגוף הקרקע לא שייך תפיסה כ"כ, ועיין מ"ש בהגה"א (פי' איזהו נשך) שם ובנמוק"י בשם הרמב"ן שם בפ' הזהב בסוגיא דערבון, דמוחזק במשכון של קרקע לא

הוה מוחזק כמו במטלטלין, ולכן אם גם הפירות יאכל המוכר לא הוה תפוס ביד הלוקח כלל ולא מהני מעכשיו, אלא אפי' לשיטת הפוסקים דס"ל דמעכשיו לחוד נמי מהני לבטל האסמכתא, נ"ל דהיינו דוקא במשכון כזה דלא שייך גבי' אכילת פירות, אבל במשכון שיש בו פירות, אם המוכר יאכלם הו"ל אסמכתא לכו"ע, דהא עיקר המעליותא דמעכשיו שיועיל לבטל האסמכתא היינו משום דאסמכתא לא הוה כ"א מי שאינו גומר ופוסק מכירתו מיד, אלא אומר אם לא יהיה זה הדבר יהיה מכירה, כלשון הגמרא כל דאי אסמכתא הוא, דאמרינן דסמך דעתו דיהיה אותו הדבר ולא יהיה מכירה ואילו הוה ידע שלא יהי' אדבר לא היה תולה המכירה בזה כגון זה שסבר שיהיה לו מעות ויכול לפדות שדהו תוך ג' שנים. נמצא שלא גמר בדעתו מתחלה להקנותו לגמרי, משו"ה לא קנה, אבל באומר מעכשיו ומקנהו בקנין גמור מיד שיהיה מעתה של הלוקח, אלא שהלוקח קבל עליו שאם יחזיר לו מעותיו עד ג' שנים קבלם וכמ"ש רש"י שם, וכיון דגמר ופסק למכירתו מיד לאו ראי הוא ולא הוה אסמכתא, וא"כ אין שייך זה כ"א כשלא שייר המוכר לעצמו כלום ונסתלק לגמרי מן המכירה מיד, אבל כששייר הפירות לעצמו עד כלות זמן הג' שנים, אכתי לא וזה כמכירה, ולא מיבעי למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי ודאי דהוה כאילו השדה גופא הוא ביד המוכר עדיין, אלא אפי' למ"ד קנין פירות לאו כקה"נ, מ"מ לענין אסמכתא ודאי דצריכין לומר דשיור הפירות הוה שיור, די"ל דמשו"ה לא הקפיד לקנותו מיד, לאו משום דגמר ומקנה, אלא משום דעכשיו אין לו הפסד כיון שאוכל הפירות, ועד שיגיע זמן הפסד הפירות דהיינו לאחר ג' שנים יהא בידו לפדותה, וואולו ידע שלא יוכל לפדותה לא היה מקנהו, ונמצא דאכתי הוה אסמכתא, דדוקא היכי שמכרה לגמרי בלא שום שיור לא חזה אסמכתא, אבל אם יש שיור הפירות אכתי הוה אסמכתא, ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל בסמוך בטעם דלוקח אסור לאכול:

שם **ברמ"א** וכן אם אמר לו אם לא אפרע לך לא יהא פרעון אלא מזו הוה אפותיקי וקנה ולא יוכל לסלקו אלא במעות, והכי הוא דעת הרא"ש והטור דכיון דלאו מטעם קנין הוא אלא מטעם אפותיקי א"כ לא מהני זה אלא להכי שלא יוכל לסלקו בקרקע אחרת, אבל במעות יכול לסלוקי, וכמו כל אפותיקו דעלמא דהוה דינו הכי, ואכן מלשון רש"י לא משמע כן, דבב"מ (דס"ו ע"ב) בד"ה למיגבה מיני' כתב רש"י וז"ל קונה בה כנגד מעותיו ואם בא לפרוע המעות לאחר זמן לא יקבלם עכ"ל, הרי להדיא דמפרש דלשון אפותיקו דקאמר ר"פ לענין של יכול לסלוקי גם במעות, אלא דבפרישה כאן כתב דדעת רש"י הוא כהרא"ש והטור, וצ"ל דס"ל דמה דמפרש רש"י בהדיא דגם במעות לא יוכל לסלוקי, היינו בס"ד דסוגיין, אבל לבתר דפריך סוף סוף הוה אסמכתא ומשני

דאפותיקו דקאמר היינו כגון דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו, בע"כ דיפרש גם הוא דבמעות יוכל לסלוקי, דאלת"ה מאי משני דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו, ומשו"ה לא הוה אסמתכא כיון דאפי' בתוך ג' עשאו אפותיקו, הא אפותיקו דתוך ג' היינו דלא יכול לסלקו בקרקע אחרת אבל במעות יכול לסלקו כמו כל אפותיקו, ותנאי דבמעות נמי אין יכול לסלקו לא יהיה כ"א כשלא יפרע עד ג' שנים, וא"מ אכתי דאי הוא וכל דאי הוה אסמכתא, אע"כ דגם רש"י סובר דלמסקנא לא מועיל לענין דלא יכול לסלוקי במעות ושפיר משני דכיון דאף בתוך שלש עשאו אפותיקו א"כ לאו דאי הוא, והנה אם כי מרש"י זו שזכרנו אין להוכיח דפליג על הרא"ש, מ"מ נ"ל להוכיח דדעת רש"י הוא בע"ז דלא כהרא"ש והטור, דלשיטת רש"י דמפרש דלמסקנא ומוקי דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו, תרתי קאמר לי', דאם לא אפרע לך עד ג' שנים תהא כולה שלך, ואו' בתוך ג' שנים לא יהא לך פרעון אלא מזו, ואי נימא דהוי ממש ככל אפותיקו דבמעות יכול לסלקו, מאי אתא וי"פ לאשמועינן דאע"ג דאסמכתא לא קניא אפותיקו מיהא הוה הא לענין אפותיקו לאו אסמכתא הוא כיון דאף בתוך ג' נמי אין יכול לסלקו בקרקע אחרת, וכמו שהקשו כן באמת תלמידי הרשב"א על רש"י הובא כאן בב"י, אע"כ דרש"י סובר דבמעות נמי לא יכול לסלקו אפי' לפום המסקנא, וא"כ טוכו' אתא לאשמועינן ר"פ, דאע"ג דמה שעשאו אפותיקו גם בתוך שלש אין מועיל כ"א שבקרקע אחרת לא יכול לסלקו, אבל במעות יכול לסלקו, אפ"ה כשבא לפרוע אחר ג' אין יכול לסלקו גם במעות, דע"ז מהני התנאי. שוב מצאתי בשמ"ק בשם הרמב"ן שכתב נמי דדעת רש"י דאינו יכול לסלוקי גם במעות וכן הוא במהר"ם שי"ף ע"ש, אלא דאכתי צריך ביאור דמאיזה סברא יהיה הדין כן שאינו יכול לסלקו במעות, ואי מטעם התנאי דלאחר ג' דנימא דקנה מיהא לענין זה, א"כ אכתי הוה אסמכתא כיון דתנאי זה לא הוה כ"א כשלא יפרע עד אחר ג' והוה אסמכתא, ואי משום דמיירי שגם בתוך ג' עשאו אפותיקו, כיון דאחר ג' אתה בא לחייבו ביותר מהחיוב דתוך ג' ובע"כ דמחמת התנאי הוא, והתנאי הוה אסמכתא, ולתרץ זה נ"ל דהנה בב"מ שם בעובדא דרב בר שבא הוה מסיק בו רב כהנא זוזי א"ל אם לא פרענא לך ליום פלוני גבי מהאי חמרא, ופרש"י גבי מהאי חמרא ופסק דמים ולבסוף אייקר, וכתב השמ"ק דרש"י נתכוון בזה לתרץ את קושית התוס' על מה דפריך שם הש"ס ואי א"ל קני לגובייא מי קני הא אסמכתא הוא, והקשו התוס' הא כל היכי דלא גזים לאו אסמכתא הוא וכיון דא"ל קני לגובייא וכן בעובדא דרב שבא דהוה נמי רק כנגד מעותיו ואין כאן גוזמא ולמה הוה אסמכתא ע"ש, להכי פרש"י דמיירי שלבסוף אייקר, והוא התנה עמו שאם לא יתן לו מכאן עד יום פלוני יטול כשער

הזול של עכשיו, וכן גבי אפותיקו מפרש כן, דהא דאמרינן אפותיקו הוה למיגבה מיני' שיעור זוזי כדשוויה בשעת מתן מעות והוא שער הזול, ומשו"ה קשיא לי' דאסמכתא הוא כיון שאח"כ הוקרה ע"ש. ולפ"ז א"ש מאוד מה שאינו יכול לסלקו במעות, דהא כנגד החוב קונה שפיר מטעם התנאי בגוף הקרקע, ולאו מטעם אפותיקו אלא מטעם קנין הוא, דקונה ממש בגוף הקרקע כנגד מעותיו מיהא כיון דכנגד מעותיו דלא גזים לא הוי אסמכתא כלל, ולא הוצרך בש"ס לטעם דבתוך ג' נמי עשאו אפותיקו בכדי שיהא רשאי ליקח גם במקח הזול דמעיקרא, דאי מטעם הקנין לא היה קונה כנגד מעותיו כ"א לפי השער היוקר דבשעת קנייה, כיון דלא מיירי בקנו מיני' מעכשיו, והקנין לא הוי כ"א לאחר ג', מהיכי תיתי יקח כשער דמעיקרא, ואי מטעם שהתנה כן הוה אסמכתא, אבל כיון דעשאו נמי אפותיקו שאפי' בתוך ג' לא יהא לך פרעון אלא מזו, וכל אפותיקו הוה כקנו מיני' מעכשיו אע"ג דלא אמר בפירוש מעכשיו, דכיון שהמלוה אין יכול לתבוע ממנו פרעון ממקום אחר וסילק נפשו משעבוד שאר דברים מעיקרא אדעתא דארעא נחית וכמ"ש הראב"ד והרא"ש, ולהכי צריך לחשוב לו כמקח דמעיקרא, כיון דמחמת האפותיקו הוה הקנין בשדה מעיקרא כשהיה עוד בשער הזול, ומחמת שני תנאים הללו זוכה בגוף השדה וגם במקח דמעיקרא, ושפיר הוצרך לתרווייהו, דמטעם אפותיקו לחוד נהי דהוה כמעכשיו, מ"מ אינו מוכרח לתת לו מגוף השדה, דתנאי הזה לא היה כ"א כשיוכרח לשלם לו מתוך הקרקע אז יקנה מעכשיו, אבל אכתי יוכל לסלק גם במעות, ותנאי דלאחר ג' לא מהני לענין ליקח כמקח דמעיקרא, אבל כשיש שני אלו התנאים נוטל גם כשער הזול, דע"י התנאי דלאחר ג' זוכה הוא בשדה דוקא ולא במעות, וכיון שעכ"פ השדה הוא שלו, מעתה מהני תנאי דתוך ג' לענין שנחשוב הקנין בשדה, לא מלאחר ג' אלא ממעיקרא ודו"ק, ולפ"ז יצא לנו שיטת רש"י דלא כהרא"ש והטור, ודעת הפרישה נראה נמי, דהא עיקר ההוכחה שכתבתי דרש"י יפלוג על הרא"ש, היינו משום דאל"כ מה אתא לאשמועינן רב פפא וכמ"ש, ואכן בפרישה ובסמ"ע כאן תירץ דרבותא אשמועינן דלא תימא כיון שבטל תנאי דלאחר ג' בטל נמי תנאי דבתוך ג' ע"ש וכ"כ הפנ"י, ולפ"ז אין הוכחה מרש"י ונוכל לומר דגם רש"י סובר כהרא"ש והטור ודו"ק:

סעיף י' **במחבר** כל היכא דלא קנה השדה משום אסמכתא מנכה כל הפירות שאכל כו' וי"א דפירות שאכל תוך ג' שנים אינו מנכה ולא הוה אלא אבק רבית, וזהו דעת הרא"ש, והנה גם ברש"י שם בד"ה והדרא פירי, דייק לכתוב לאחר שלש אם אכלן לוקח, ומשמע להדיא דסובר נמי דפירי דתוך שלש אין מחויב להחזיר, וטעמם דסברי דהא דהדרא פירי לרב נחמן לאו משום רבית הוא אפי' לאחר ג', משום דלא הוה כ"א אבק רבית

כיון דלא קצץ, אלא מטעם מחילה בטעות הוא ומשום איסור גזילה, ומשו"ה דוקא פירי דלאחר ג' דבהם הוה מחילה בטעות דכיון דכבר עבר הזמן סבור דשל לוקח הוא ולא ידע דאסמכתא לא קניא, אבל בפירות דבתוך שלש לאו מחילה בטעות הוא, וא"כ אין בזה שום איסור, דאיסור דגזל אין כאן כיון דמחילה גמורה הוא, ומצד איסור רבית נמי א"צ להחזיר כיון דאבק רבית הוא, וחילוק אמנם עולה יפה לשיטת הרא"ש דס"ל באמת דבכה"ג לא הוה כ"א אבק רבית, אכן אכתי מה נענה לשיטת רש"י בב"מ שם (דף ס"ו) בד"ה הכא הלואה, דהא דהדרא פירות לרב נחמן היינו משום איסור רבית ואע"ג דלא קץ הוי נמי כרבית קצוצה משום דבהלואה לא בעינן קץ דאין אבק רבית בהלואה ע"ש, וא"כ מה איכא בין תוך שלש ללאחר שלש, דנהי דמצד איסור גזל אין בתוך שלש, מ"מ אכתי יחזיר מטעם איסור רבית, והיה אפשר לתרץ, דהנה אפי' לשיטת רש"י דטעמא דהדרא פירי הוא משום רבית היינו דוקא לפום מה דמשני התם זביני הכא הלואה, אבל לס"ד דש"ס ודאי דסבור היה דטעמא דר"נ משום מחילה בטעות, דאל"ה לא היה מקשה למימרא דסבר ר"נ מחילה בטעות לא הוה מחילה כיון דטעמו לאו משום מחילה בטעות, וא"כ בע"כ דדעת המקשה הוא דאפי' בהלואה בעינן נמי קץ לו דוקא, ואי לא קץ אינו כ"א אבק רבית, דאי גם המקשה סובר בזה דבהלואה לא בעינן קץ ואין אבק רבית בהלואה, א"כ מאי ס"ד דטעמא דר"נ משום מחילה בטעות ולמיפרך עלי' ממוכר פירות דקל, יפרש כפשוטו דטעמו דהדרא משום רבית הוא ולא היה קשה כלום, אע"כ דהמקשה סבור דאפי' בהלואה לא הוה רבית קציצה לענין שיוצרך להחזיר כ"א בדקץ לו בפירוש, והכא דלא קץ לו מתחלה לא הוה כ"א אבק רבית וא"צ להחזיר, ולפ"ז נוכל לומר דמ"ש רש"י פירי דלאחר שלש, היינו רק להס"ד דטעמו הוה משום מחילה בטעות וא"כ בע"כ דגם בהלואה הוה כה"ג אבק רבית, ולכן א"צ להחזיר פירי דבתוך ג', אבל למסקנא דטעמא דר"נ משום רבית, ואפי' בכה"ג הוה רבית קצוצה, באמת צריך להחזיר גם את הפירי דבתוך שלש:

**ועוי"ל** דאפי' למאי דמשני דטעמא דר"נ משום רבית הוא ג"כ א"צ להחזיר פירות שאכל בתוך שלש, דכיון דנחשוב אכילת הפירות למחילה, והרי מחילה מהני גם ברבית קצוצה, דדוקא בתורת רבית הוא דאסור אבל בתורת מחילה שרי, וא"כ כי הוה רבית קצוצה מאי איכפת לן כיון דמחל ובתורת מחילה יהיב לו א"צ להחזיר, ולא מיבעי לשיטת הרמב"ם (פ"ד מהלכות מלוה) דאפי' מחילה דקודם פרעון נמי מהני, ודאי דא"צ להחזיר, אלא אפי' אי נימא כהכרעת הרא"ש (ר"פ איזהו נשך) שדוקא אם כבר גבה המלוה הרבית ואח"כ מחל מהני אבל מחילה דבשעת נתינה לא מהני, וכן

הופסק להלכה (יו"ד סי' ק"ס), והמ"מ שם כתב שכן הוא נמי דעת הרמב"ם, ולפ"ז היה מקום לומר דמחילת הפירות נחשב כמחילה דבשעת נתינה, דהא אחר הנתינה לא חזינן דמחיל, וא"כ לא מהני המחילה, אכן באמת נ"ל פשוט שהכא מהני המחילה בשעת הנתינה לכו"ע, דטעם החילוק שבין קודם נתינה לאחר הנתינה מבואר בשמ"ק בר"פ איזהו נשך, דאם מחל לאחר שגבה המלוה הוה המחילה מדעת שלימה, משא"כ במחילה דקודם פרעון דחשבה רחמנא כמחילה באונס ע"ש. הסבר הדברים דכיון שכבר קצץ עמו בשעת הלואה ליתן לו יותר אמרינן דאע"ג דנותנו עתה בתורת מחילה, אין זה משום שברצונו למחול לו בדעת שלימה, אלא דמפני שקשה לו לעבור על התנאי שפסק עמו ליתן לו יותר, ומפני שבתורת רבית אסור ליתן, יתן לו דרך מחילה, הא אי לאו הפסיקה דמעיקרא לא היה נותן לו כעת יותר ממה שהלוהו, וכיון דיש לומר דהתנאי דחקתו למחול להכי חשבינן זה למחילה באונס וזה ברור, וא"כ לא שייך זה כ"א במקום שקצץ עמו מעיקרא ליתן יותר. אבל הכא שלא פסק עמו בשעת הלואה שיאכל פירות, לא נוכל לומר דהמחילה הוה כאונס מחמת פסיקת התנאי, דאיזה דבר הכריחו למחול הפירות אחרי שלא היה שום פסיקה ע"ז, וכיון שידעינן דהמחילה היתה מדעת שלימה משו"ה מהני המחילה אפילו בשעת נתינה, ונהי דלענין עצם האיסור דרבית אמרינן דבהלואה אסור אפי' בלא קציצה, ואפי' לא כץ כקץ דמי, מ"מ לענין המחילה ודאי דיש חילוק גדול בין קץ מעיקרא ע"ז, ללא קץ כלל, ועיין מ"ש המ"מ (פ"ו מהלכות מלוה) להשיג על הראב"ד שכתב דטעם דרבינא בב"מ (דף ס"ב) דמשכנתא בלא נכייתא אין מחזירין משום דמצד גזל אין בזה כיון דמחל לאכילת הפירות ומצד רבית אין בזה דהוה אבק רבית, והשיג המ"מ דכיון דמחל מהני אפי' ברבית קצוצה, ולמה לן לטעמא דאבק רבית ועיין בש"ך (יו"ד סי' קע"ד סק"ה), הרי להדיא כדברנו דמהני המחילה דאכילת פירות אפי' ברבית קצוצה, וכיון שכן א"ש דיש חילוק בין תוך ג' לאחר ג', דבתוך ג' דלא הוה מחילה בטעות א"צ להחזיר הפירות, דנהי דהוה רבית קצוצה מ"מ כיון שמחל מהני לענין שא"צ להחזיר, דלענין האיסור ודאי דלא מהני המחילה כלום בשום רבית, דמה מועיל מחילה לאיסור שכבר בלע וכמ"ש הפרישה (יו"ד סי' ק"ס), אבל לענין שא"צ להחזיר עכ"פ מהני, אבל לאחר שלש כיון דהוה מחילה בטעות ולא הוה מחילה כלל בהלואה כיון שיש איסור, דאע"ג דבכל מקום הוה מחילה, אבל הכא תקנו שלא יהא מחילה בכדי שלא יבוא לידי איסור רבית וכמ"ש הרא"ש, מחויב להחזיר מצד האיסור רבית, אלא דלפ"ז צ"ע דעת הרמב"ם שהוא דעה ראשונה שהביא המחבר, שאפי' פירי דתוך שלש צריך להחזיר משום דהוה רבית של תורה, ואמאי לא מהני המחילה, ואפשר

לומר דס"ל לרמב"ם שאפי' בתוך שלש נמי הוה מחילה בטעות וכמ"ש הב"י כאן דסבור שכיון שלא נתן לו הדמים בתוך שלש שנים הרי היא שלו ע"ש:

סעיף י"א **במחבר** הנותן ערבון לחבירו וא"ל אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך והלה אומר כו' אכפול לך ערבונך כו' אסמכתא היא ולא קנה, בב"מ (דף ע"ד) בתוד"ה הכא לאו בידו הביאו פיר"ת דמשו"ה משחק בקוביא לא חשיב אסמכתא דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה, והקשו התוס' עליו מדין זה דערבוני מחול ואכפול לך דהוה נמי אגב דבעי לקנות ואפ"ה חשיב לה הש"ס אסמכתא, ונ"ל ליישב סברת ר"ת דאסמכתא לא הוה כ"א במקום שהגוזמא שנתחייב זה ליתן, אין זה עיקר רצון וחפץ המקנה והקונה שזה רוצה להקנות וזה לקנות הגוזמא הזאת, אלא שהגוזמא הוא רק הבטחה וערבון שעי"ז יקוים עיקר חפצם, וכגון בההיא דאם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי, דעיקר כוונת שני הצדדים בחיוב הזה, לא היה בכדי להשיג האלפא זוזי, דעיקר חפצם ומטרתם לא היה כ"א שיעבוד השדה ולא יובירה ולזה נתכוונו הקונה והמקנה, והגוזמא שהבטיח הוא רק לערבון והבטחה שיהיו בטוחים על עיקר חפצם, ומשו"ה אמרינן שפיר דבאמת לא נתכוון כלל להיות גמר ומקנה, וכן באסמכתא דלאו בידו כגון גבי האי מאן דיהיב זוזי למיזבן לו חמרא, דהתם נמי אין תכלית התנאי שישלם זה אם לא יקנה, ועיקר תכלית התנאי הוא שיקנה עבורו היין, ומה שחייב עצמו לשלם אם לא יקנה, הוא רק הבטחה, להכי אמרינן דלא גמר ומקנה בלב שלם, ואילו יודע היה שלא יקנה לא היה מבטיחו כלל, אבל בתנאי דמשחק בקוביא, דמה שהבטיחו זה לזה, אין זה להבטחה בעלמא, כ"א זהו עיקר חפץ ותכלית ומטרת התנאי, ואיך שייך לומר בזה דלא גמר ומקנה, דא"כ למה התנה מתחילה, כיון דהוא לא גמר ומקנה גם מחבירו לא יקבל, וא"כ כל עיקר עסק התנאי למה בא, והיינו מ"ש ר"ת דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה, דאלה בחנם היה כל התנאי, דבדבר שבא רק להבטחה אמרי' דעיקר מגמת המתנים לא היה באמת על ההבטחה ורק לקיום עצם התנאי, וההבטחה הוה שפיר אסמכתא, אבל בדבר שזהו עיקר התנאי ואם הוא לא יתן גם מחבירו לא יקבל ודאי דגמר ומקנה, ולפ"ז א"ש הך דהכא, דהכא נמי התחייבות דערבוני מחול או אכפול, הבא משני הצדדים, לא לזה נתכוונו שניהם, ועיקר חפצם היה זה למכור וזה לקנות השדה, ורק לקיום המכירה הבטיחו זה לזה, שפיר הוה אסמכתא ואין מועיל בזה משום דאגב דבעי לקנות, דבאמת גם של חבירו לא בעי לקנות ולא בעי כ"א בקיום התנאי ולא לקנות ההבטחה, וא"כ הבטחת שני הצדדים הוה אסמכתא וזה ברור:

סעיף י"ג **ברמ"א** וי"א דג' חלוקים בדיני אסמכתא דכל מה שאין בידו ותלוי ביד אחרים כו' הוה אסמכתא. וזהו מן הש"ס (ב"מ דע"ד) דקאמר הגמרא הכא לאו בידו ומשו"ה הוה אסמכתא, ובתוס' שם הקשו מכאן על רש"י (סנהדרין דכ"ג) שפי' גבי משחק בקוביא דמשו"ה לא הוה אסמכתא משום דלאו בידו, והכא אמרינן דאדרבה דהיכי דלאו בידו הוה אסמכתא טפי ע"ש, ונ"ל ליישב כאשר נדקדק בלשון רש"י שם וז"ל היכי דמי אסמכתא כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא וכגון ההיא דגט פשוט דסמיך על דבר כסבור כל זה בידו לעשות ומרישא כי מתני אדעתא דלא יהיב ולאסמכתא קא מכוון דטועה שלא יבוא לידי כך עכ"ל, וכבר הרגישו התוס' שם על הפליאה הגדולה שבדברי רש"י מ"ש דהיכי דמי אסמכתא כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, הא להדיא אמרי' בב"מ שם דבכה"ג לאו אסמכתא, דדוקא אם אוביר אשלם אלפא זוזי דגזים הוה אסמכתא, והתוס' כתבו דודאי טעות סופר הוא ברש"י, ואפשר לי לומר דאין בזה שום טעות סופר, וסברת רש"י כן הוא, דהנה בשם אסמכתא קורין אנו לשני סוגי תנאי, א) היכי דהתנאי לאו בידו אע"ג דלא גזים, ב) היכי דגזים אע"ג דבידו, ואם כי שווים הם בשמותיהם, דלשניהם קורין בשם אסמכתא, מ"מ חלוקים הם בטעמם, למה ניתן להם שם אסמכתא, נקח לדוגמא תנאי דלא גזים, כגון מאן דיהיב זוזי לחבירו למזבן לו חמרא, דהוי אסמכתא, משום דאמרינן דהמתנה סמיך היה על איזה דבר וכסבור בידו לעשותה, ולהכי אין ממש בתנאי הזה דאמרי' דאילו היה יודע שלא יוכל לקיים התנאי לא היה מתנה, וא"כ ניתן לו שם אסמכתא מצד שהמתנה היה סומך על איזה דבר, ואע"ג דבשעת התנאי דעת המתנה שלימה היתה ובלב שלם נתכוון לקיים הבטחתו, אפ"ה כיון דטועה היה וכסבור שלא יבוא לידי כך נתבטל התנאי, ואמנם היכי דגזים הוה נמי אסמכתא עוד מטעם אחר, דאמרינן דגם בשעה שהתנה לא היה דעתו כלל לקיים הגוזמא שהבטיח, ומה שהתנה כן, היינו שרצה רק להסמיך חבירו על דבריו שעי"ז יתרצה לפיסוק התנאי ויאמין לו, וא"כ בכה"ג ניתן לו השם אסמכתא לא מצד שהמתנה היה סומך עצמו, אלא מצד חבירו שרצה להסמיכו על דבריו, ובזה נעמוד על כוונת שינוי הלשון שנפגוש בדברי רש"י בזה, בההיא דסנהדרין כתב בזה הלשון, דהיכי דמי אסמכתא כו' דסמיך על דבר וכסבור בידו לעשותה, ובתנאי דגזים דייק לכתוב בזה"ל גוזמא בעלמא שלא נתכוון אלא להסמיך חבירו על דבריו, ומבואר כדברנו, דבתנאי דלא גזים דייק לכתוב דנקרא בשם אסמכתא מצד המתנה, שהוא היה הסומך עצמו, ובתנאי דגזים, שרצה להסמיך חבירו על דבריו, דוק ותמצא, ומעתה ניחזי אנן, כיון דעיקר שם אסמכתא שמצד המתנה, היינו משום דאמרינן דסמיך היה וכסבור שבידו לעשותה, א"כ כל מה שהסמיכות הוא יותר

קרוב למציאות ובידו יותר לעשותה, ראוי נמי חותר להקרא בשם אסמכתא, ואם אמרינן גבי מאן דיהיב זוזי לחבירו למזבן לו חמרא דמיקרי אסמכתא, אע"ג שלאו בידו הוא לגמרי, דשמא לא יתרצה זה למכור, ואפ"ה אמרינן דבשעת התנאי סמיך ע"ז, כ"ש גבי אם אוביר ולא אעביד דבידו הוא לגמרי, שראוי להקרא בשם אסמכתא כיון שבידו ממש לעשותה, ובודאי שהמתנה היה סומך ע"ז, ולענין זה אין חילוק בין שהוא גזים ואמר לשלם אלפא זוזי, או לא גזים ואינו מתחייב לשלם כ"א ממיטבא, אפ"ה הוה אסמכתא עכ"פ מצד המתנה, ואלא דבגזים הוה נמי אסמכתא מצד חבירו, ובלא גזים לא הוה אסמכתא כ"א מצד המתנה, אבל מצד המתנה ודאי דהוה אסמכתא, אלא דאפ"ה מחויב לקיים התנאי, דכיון שבידו היה לגמרי הוה כאילו פשע וכמ"ש בשמ"ק ונמוק"י טעם זה, דכיון דבידו קנסוהו רבנן, והיכי דלאו בידו אין ראוי לקנס, ומזה נראה ברור דהא דלא מתבטל התנאי גבי אשלם במיטבא, לאו משום דלא מיקרי אסמכתא אלא משום קנס, אבל אסמכתא מיקרי ודאי, דאי כמו שהבינו התוס' דבכה"ג לא מיקרי כלל אסמכתא, למה לן טעם דקנס, א"ו דאם אוביר אשלם במיטבא כ"ש דמיקרי אסמכתא, ורק דאפ"ה מחויב לשלם ואין התנאי מתבטל משום קנס, וכן הוא להדיא בשמ"ק (ב"מ דק"ד) ואין להקשות דא"כ אפי' גזים נמי ואמר שישלם אלפא זוזי ניקנסי' לשלם כיון דבידו הוא והוא פשע בקיום התנאי, דאתי שפיר נמי בדברנו, דבשלמא בדבר דלא גזים דאמרינן דבשעת התנאי היתה דעתו שלימה לקיים הבטחתו, ורק החסרון הוא משום דטועה הי' דסבור הוא שיקיים התנאי, להכי אמרינן שפיר כיון דבאמת היה בידו לקיים, ומה שלא קיים מצד פשיעת עצמו הוא. אין זה חסרון וחייב לשלם, אבל בתנאי דגזים דהחסרון הוא משום דמעולם לא נתכוון לחייב עצמו בסך כזה, אין מקום גם לקונסו לשלם האלפא זוזי, אבל כפי שוויה איה"נ דקנסינן אותו לשלם אפי' בכה"ג וכמ"ש הרי"ף והרא"ש ב"מ פ' המקבל, דנהי דאלפא זוזי לא משלם אבל במיטבא מיהא משלם, והיינו נמי מטעם קנס כיון דבידו הוא:

**ונמצינו** למדים דכשאנו דנין על תנאי אם ראוי הוא להקרא בשם אסמכתא או לא, אז כל מה שבידו יותר, ראוי יותר להקרא בשם אסמכתא, ואם בידו ממש הוא כגון תנאי דאם אוביר הוה ודאי אסמכתא, אלא אפי' דבר שאינו בידו כ"כ כגון האי מאן דיהב זוזי למזבן חמרא, נמי נקרא בשם אסמכתא, דאמרינן דמ"מ סמיך היה אולי יפעול על ידי השתדלות שיתרצה זה למכור לו, אבל בדבר שאינו בידו כלל ואין שום מקום לומר דסמיך היה על איזה דבר, תנאי כזה לא הוה אסמכתא כלל, וכ"ז הוא רק כשאנו דנין אם ראוי להקרא בשם אסמכתא, בזה הוא כל מה שיותר בידו, יותר הוה אסמכתא, אבל

כשאין אנו דנין על השם, דזה ידעינן שהתנאי הוא אסמכתא, רק שאנו דנין אם אסמכתא הזה מבטל הקנין או לא. בזה הוא להיפך, דהיכי דבידו לגמרי כגון אם אוביר אשלם במיטבא, ואע"ג דאסמכתא הוא, מ"מ אין מבטל הקנין כיון דבידו. הוא ונחשב פושע, והיכי שאין בידו כ"כ כגון גבי האי דיהב זוזי אחמרא כו' דהוה אסמכתא כיון שקצת סמיכות דעת מיהא הוה, ולקונס אין ראוי כיון דסוף סוף לאו בידו ממש הוא, אסמכתא בזה מבטל הקנין, ולפ"ז שיטת רש"י נכון מאוד, דהתם בסנהדרין שאנו דנין על תנאי דמשחק בקוביא אם הוה אסמכתא כלל, שפיר אמר דכיון שאין בידו לגמרי הוא וליכא שום נאיכת דעת, אין ראוי להקרא בשם אסמכתא כלל, דהיכי דפי אסמכתא כגון אם אוביר אשלם במיטבא, היינו דדבר שבידו הוה אסמכתא, אבל משחק בקוביא דלאו בידו לגמרי, שאי אפשר כלל לומר דסמיך ע"ז, וכיון שהראיה שהביא רש"י הוא רק על שם האסמכתא, על איזה דבר ניתן שם אסמכתא שפיר נקיט אם אוביר אשלם במיטבא, דזה ודאי נקרא אסמכתא, ומה שמחויב לשלם מטעם אחר הוא, אבל אסמכתא מיקרי, וכיון דעיקר החילוק התם הוא. לאיזה תנאי נקרא אסמכתא ולא זה לא, ועל זה כל מה שבידו הוי מעלה, אבל בסוגיא דב"מ דשני התנאים דאיירינן בהם, בין תנאי דאם אוביר, ובין תנאי דיהב זוזי למזבן כו', שניהם הוו אסמכתא, רק שאנו דנין על טעם החיוב, מפני מה אסמכתא הזאת מבטל הקנין, ואסמכתא דאם אוביר אין מבטל, ולענין זה הוה אין בידו מעלה, דכשהוא בידו ראוי עכ"פ לחייבו מטעם קנס, וכשאין בידו גם מטעם קנס אין ראוי, ומצד עיקר התנאי נמי אין ראוי כיון דאסמכתא הוא, ואין להקשות דאכתי יהיה התם אסמכתא מטעם דהוה גזים דהא לא מיקרי גזים כ"א כשהוא מפסיד וחבירו לא מפסיד, וכמ"ש הנתיבות, וגבי משחק בקוביא דחברו מפסיד נמי כמוהו לא הוה נמי גזים, וא"כ לא הוה אסמכתא משום צד, לא מצד סמיכות דעת ולא מחמת גזים ודו"ק כי הדברים ברורים ומאירים ואין שום טעות סופר ברש"י ועיין מה שכתבנו בדבור הסמוך ליישב באופן אחר:

**ומכל** האמור יש ליישב בזה קושית התוס' (ב"מ דס"ו ע"ב) בד"ה ואי אמר קני לגוביינא דהוה אסמכתא, והא בעובדא דאם אוביר אמרינן דלא הוה אסמכתא כ"א היכי דלאו בידו או שגזים, אבל כשאמר קני לגוביינא דלא גזים וגם אין בידו למה הוי אסמכתא ע"ש, ולמה שכתבתי דדבר שבידו ממש כ"ש דהוה אסמכתא, אלא מטעם קנס לא מתבטל התנאי, וא"כ התם אין ראוי גם לקנס, דהא הפנ"י הקשה שם אמאי הוי התם בידו דשמא לא היה לו מעות תוך שלש במה לשלם, וכתבתי ליישב דכיון שקרקע יש לו מחויב למכור את הקרקע בכדי לפרוע החוב ע"ש בחדושנו, ולפ"ז אתי שפיר דבאמת עצם

התנאי הוה אסמכתא דסמיך היה שיהיה לו מעות לשלם, וא"כ מצד עצם התנאי אין לחייבו, ומצד קנס נמי אין לקונסו כיון דלבסוף לא השיג מעות, ואע"ג דבידו למכור הקרקע מ"מ כיון דלבסוף לא השיג מעות, ואע"ג דבידו למכור הקרקע מ"מ כיון שדבר קשה הוא לאדם למכור קרקעותיו אין לקונסו אם לא נתרצה למכור וזה ברור ועיין מה שכתבתי עוד בדבור הסמוך באופן אחר:

שם **ברמ"א** ומה שיש בידו לעשות אם לא גזים כגון שאמר אם אוביר כו' אשלם במיטבא לא הוה אסמכתא כו' אבל אי אידתזים כו', כן מחלק הש"ס (ב"מ דק"ד) התם לא גזים הכא גזים, אכן לענ"ד מזה אין ללמוד לחלק לענין אסמכתא דבלא גזים לא הוה אסמכתא, עפ"י מה שכתבנו בחבורי לב"מ (דף ק"ד) דהחיוב דאם אוביר ולא אעביד הוא מטעם מבטל כיסו של חבירו ומטעם מזיק מתחייב, ואע"ג דמבטל כיסו פטור, דגרמא אין חייב כ"א בהיזק ממש ולא במונע ריוח, בכה"ג דהריוח היה בא ודאי חייב וכמפורש בירושלמי שם דהמבטל שדה חבירו חייב, דדוקא מבטל כיסו פטור משום מי יימר דהוה רווחא בלא"ה אבל לא בשדה, ועיין מה שכתבנו שם באריכות, ולפ"ז אין שייך זה כלל לאסמכתא, וכתבתי דהיינו מה דמשני הש"ס התם לא גזים לשלם יותר מן ההפסד, ועל מה שהפסידו אין אנו צריכין כלל לתנאי, אבל הכא דגזים לשלם יותר ממה שהפסידו ואתה רוצה לחייבו מכח התנאי, דמטעם מזיק אי אפשר לחייבו יותר ממה שהזיקו, והתנאי הוה אסמכתא, ולפ"ז אין ללמוד מהתם דכל תנאי דלא גזים דלא הוה אסמכתא, דמטעם התנאי אין לחייבו אפי' בלא גזים, דס"ס דאי הוא והוה אסמכתא, ומה דמחייב באם אוביר אשלם במיטבא, לאו מכח התנאי הוא, אבל במקום שלא הפסידו ואתה רוצה לחייבו משום התנאי אפילו בלא גזים נמי אין לחייבו דאסמכתא הוא, והכי מפורש בשמ"ק בשם ר"ת ורה"ג דאפי' בלא גזים הוה אסמכתא ואין ללמוד מהתם, ואתי שפיר בזה דברי רש"י בסנהדרין דאם אוביר אשלם במיטבא הוה אסמכתא וכמו שהבאתי בדבור דלעיל, דודאי אסמכתא הוה אפי' בכה"ג דלא גזים, ועיין מה שנתבנו עוד בחדושנו לקמן סי' שכ"ח וסי' של"ג וסי' ש"י. וגם קושית התוס' מקני לגובינא שהבאתי בדבור הקודם נמי לק"מ, דבאני לגובייגא מטעם מזיק אין לחייבו דהיזק אין שם כלל, ומטעם התנאי ודאי אסמכתא הוי אפי' בלא גזים וזה ברור:

סעיף י"ד **ברמ"א** וי"א דמעכשיו לחוד לא מהני לסלק אסמכתא אלא בעינן ג"כ שיקנו בב"ד חשוב ומעכשיו, דין זה הוכיחו התוס' (ב"מ דס"ו) מההוא דפ"ג דנדרים דקאמר התם והוא דקנו מיני' בב"ד חשוב וקנין סודר אינו אלא מעכשיו ואפ"ה מצרך לב"ד חשוב ע"ש, ובפנ"י שם הקשה ע"ז דהא לא מוכח כלל מהתם דמעכשיו לחוד לא מהני, דהא

דאיצטריך התם לב"ד חשוב לאו משום דמעכשיו או קנין סודר דהוה כמעכשיו לא מהני, אלא משום דקנין סודר דהתם לא הוה כמעכשיו כיון דא"ל בהדיא אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלו זכוותי', א"כ אינו רוצה לבטל אלא לאחר שלשים, ובכה"ג שאומר בפירוש שרוצה להקנות לאחר זמן ולא הוה כמעכשיו, בעינן לב"ד חשוב, אבל בסתם קנין סודר דהוה כמעכשיו או שאומר בפירוש מעכשיו מהני גם בלא ב"ד חשוב ע"ש. וליישב דעת התוס' נראה דמפרשי דמה דאמרינן התם בנדרים והלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו מיני' בב"ד חשוב, לא קאי זה אעובדא דמתפיס זכוותי' בב"ד דמיירי התם, דהא הך עובדא מתרץ לה שפיר התם אפי' למ"ד אסמכתא לא קניא ושאני התם כיון דאמר ליבטלן זכוותי' ע"ש, אלא שהש"ס אגב דעסיק התם בדיני דאסמכתא אתא לפסוק הלכתא בדין אסמכתא דעלמא, וקאמר דבעלמא נמי אפי' במקום דהוה אסמכתא, כי קנו מיני' בב"ד חשוב קנה, וכיון שעל אסמכתא דעלמא קאי, שפיר מוכיח התוס' מדבעינן שניהם, קנו וב"ד חשוב, אע"ג דקנין הוה כמעכשיו, מכלל דמעכשיו לחוד לא מהני, ואם כי שיטת התוס' נראה כן ברור, אכן גם כדברי הפנ"י הוא ממש שיטת הרי"ף בפ' גט פשוט, דהוא סובר דמעכשיו לחוד מהני ולא בעינן ב"ד חשוב, והך דנדרים מפרש דהפסק שפסקו והלכתא, לאו בדין אסמכתא דעלמא קאי אלא רק אעובדא דמתפיס זכוותי' דמיירי התם, ומשו"ה מצריך התם ב"ד חשוב משום דקנין דהתם לא הוה כמעכשיו משום דהוה לאחר תלתין יומין וכדברי הפנ"י, וכן מפורש התם בר"ן בטעם דרי"ף, ותמיהני על הפנ"י שהקשה על התוס' דמאי מוכח מהתם דמעכשיו לא מהני, איך העלים עיני' מלראות שזהו גופא הציר אשר עליו יסובו שני אלו השיטות המפורסמות, שהתוס' מפרשים דפסקא דש"ס דנדרים לא קאי אהך עובדא כ"א על אסמכתא דעלמא, ולזה שפיר הוכיחו, והרי"ף שמפרש דבאמת קאי רק על עובדא דהתם ס"ל באמת דמעכשיו לחוד מהני, ושיטת התוס' נראה נכון להצעת הסוגיא דהתם דדוחק לפרש דהאי והלכתא דאסמכתא קניא דקאמר קאי על הך עובדא, אחרי דעובדא הזאת כבר איתרצה לה אפי' למ"ד אסמכתא לא קניא ומטעמא דקאמר שם ע"ש היטב ותמצא כן:

סעיף י"ז **במחבר** ואז יחול השעבוד על המשכון כיון שנתחייב בקנס אם יחזור, עמ"ש בחדושנו לעיל סי' י"ב מזה:

סעיף י"ט **במחבר** נדר ושבועה כו', והנה הקצוה"ח נסתפק היכי דנדר או נשבע ליתן לאחד מתנה ומת המקבל אם צריך ליתן לבניו מי נימא כיון דשבועה אינו עושה קנין א"כ אינו חיוב אלא למקבל גופי' זלא לבניו או שמחויב לקיים שבועתו וליתן לבניו, והביא ראיה דצריך לקיים שבועתו לבניו מהא דב"ב (דף קכ"ג) דבכור נוטל פי שנים

בזרוע לחיים אעפ"י שלא גבה, ומוקי לה שם במכירי כהונה וכתבו התוס' אעפ"י שאם רצה לחזור בו יכול מ"מ כל כמה דלא הדר בו הוה כמוחזק משום דאסור לחזור, הרי שאפי' במכירי כהונה שאין אלא מדין מתנה אסור לו לחזור וצריך ליתן לבניו ואע"ג דמכירי כהונה אינו עושה קנין, א"כ מכ"ש שבועה דודאי חמורה לענין איסור לחזור דצריך ליתן לבניו ע"ש, והנה זה ודאי אשר מלשון התוס' דב"ב משמע אמנם דמכירי כהונה אינו אלא משום איסור אבל אם ירצה יכול לחזור, ואי נימא כן יש אמנם להוכיח מזה דכ"ש בשבועה דחמירא יותר לאיסור לחזור דצריך ליתן לבניו, אכן אפי' אי נפרש כן כוונת התוס' אינם אלא יחידים בדעה זו וכל הראשונים פרשו להדיא להיפך, דלאו משום איסור חזרה הוא דחשיב התם מוחזק אלא משום שאינם יכולים שוב לחזור לאחר שנשחט, במכירי כהונה ועשו התם את שאינו זוכה כזוכה, וז"ל השמ"ק שם במכירי כהונה יש מפרשים דכיון דמסתמא לא הדר בו בעה"ב הוה מוחזק ואעפ"י שיכול לחזור כו' ומסתברא לן כיון שיכול בעה"ב לחזור בו אינו ממונו של זה כלל ואיך יטול בו פי שנים ומה שהוא רשאי לעשותו תרומות ומעשר על מקום אחר מידי דהוה אתורם של חבירו ברשות חבירו, וכיון דמסתמא לא הדר בו הרי עשה אותו תרומת מעשר ברשותו והא דחשבינן הכא זרוע ולחיים וקיבה מוחזק אע"ג דלא אתא לידא דאבוהון משום דבמכירי כהונה אינו יכול לחזור בו מעידנא דאשתחיט ומשום דס"ל כר' יוסי דאמר עשו את שאינו זוכה כזוכה כו עכ"ל, הרי שתים שמענו מדברי השמ"ק דבדבר שאינו אלא משום איסור א"צ ליתן לבניו, וגם דמכירי כהונה אין זה משום איסור חזרה כ"א מפני שאין יכול שוב לחזור, ועוד שם מדברי הרא"ם דבמכירי כהונה חשיב הכהן כמוחזק וז"ל וכיון דבעל הבהמה מוחזק לתת לו המתנות זכה בהו בהני מתנות וכנכסיו דמו והוו להו גבי בעל הבהמה פקדון ומשו"ה אע"ג דלא מטא לידו בחיי הבכור נוטל פי שנים כו' דע"כ לא פליגי רבנן עלי' דרבי אלא במלוה דלהוצאה ניתנה וכי מהדר להו לאחר מיתת אבוהון לאו הני מעות שבק להון אבוהון אבל פקדון דבעיני' קמהדר בכור נוטל פי שנים ודוקא דאשתחיט בחיי אבוהון הוא דשקיל פי שנים משום דכמאן דזכה בחיי אבוהון והוו לי' נכסיו אע"ג דלא אתו לידו זכה בהו והו"ל כבעל פקדון כו' עכ"ל, וכלשון הזה ממש כתב רבינו הרמ"ה בחדושיו לב"ב דזכה בהו אבוהון מחייו וכבעל פקדון חשיב בעל הבהמה ע"ש, הרי להדיא מכל דברי הראשונים הללו שמטעם מוחזק הוה וזכה בהן אבוהון משו"ה מחויב ליתן לבניו, אבל בדבר שאינו כ"א משום איסור לחזור ודאי דאין חיוב ליתן לבניו וכמ"ש השמ"ק להדיא דבמקום שיכול לחזור לא חשיב זה ממונו, והתם שאני דחשיב מוחזק ממש ומשום דס"ל כר' יוסי דעשו שאינו זוכה כזוכה, ונדחו

כל דברי הקצוה"ח, ואדרבה שם מפורש שבדבר שאינו אלא משום איסור לא חשיב זה ממונו דאיסור וגם שבועה אינו עושה קנין, שוב ראיתי שלקמן בסי' רע"ח הביא הקצוה"ח להמוהרי"ל שמפרש נמי דמכירי כהונה אינו יכול לחזור ומשום מוחזק הוא ולא משום איסור, והקצוה"ח דחה דבריו מהתוס' דב"ב, אכן אילו ראה כל הראשונים פירשו להדיא כהמוהרי"ל לא היה דוחה דבריו ודו"ק:

**ונ"ל** עוד להסביר דלא שייך למילף הכא בדין דשבועה ממתנות כהונה, דבאמת צריך להבין טעמה של הנהו ראשונים דסברי דבמתנות כהונה חשיב כזוכה שהבעלים אינם יכולים עוד לחזור, ואם כי בשמ"ק כתב משום דס"ל דעשו שאינו זוכה כזוכה, אבל דברי ר' יוסי גופא צריך הסבר למה חשוב כזוכה כל זמן שלא עשה בזה שום קנין, ומה שנ"ל בטעם הדבר עפמ"ש הרמב"ן והר"ן (ב"מ ד"ח) דקאמר הגמ' דיוקא דרמי בר חמא דמגביה מציאה לחבירו קנה מהיכא אי נימא מרישא שנים אוחזין בטלית דיחלוקו, התם האי קאמר כולה שלי ואנא אגבהתיה כולה, ופרש"י דלעולם אימא לך המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ודקאמרת דא"כ תיעשה זו כמו שמונחת ע"ג קרקע וזו כמו כו' ולא יקנה לא זה ולא זה ואם יבוא שלישי ויחטפנה מידם אי אפשר לשלישי לחטפה מידם שהרי אינם טוענים שהגביהוה יחד עד שנאמר שלא קנו אלא כל אחד טוען שהגביה לעצמו עכ"ל, ובשמ"ק מביא בשם הרמב"ן ור"ן וז"ל וא"ת נהי דשלישי א"א לחטפה מידם מ"מ למה אמר במשנתינו יחלוקו, דהא משום דתלינן תרווייהו כי הדדי אגבהוה וכדאיתא לעיל, וי"ל כיון דלפי טענותיהם א"א לשום אדם לזכות בה וכיון שממון הפקר הוא חולקין אותה בין שניהם שהרי ע"כ לכך היא עומדת, ומיהו עדיין קשה היאך ישבע כל אחד מהם שאין לו בה פחות מחציה דהא ממ"נ חד מינייהו משבע לשיקרא דאו כולה דמר או כולה דמר ואל"ה אלא דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה ליתא לשניהם וי"ל נמי שכיון שממון הפקר הוא ומתוך טענותיהם א"א לאחר לזכות זכו בה שניהם מן הדין ושפיר משתבע שיש לו בה עכ"ל, וממוצא דבריהם נלמוד שאע"ג דלמאי דתלינן שתרווייהו אגבהוה לא עשו בהגבהתם שום מעשה קנין, אפ"ה כיון שאחר אי אפשר לזכות בה ובע"כ שישאר לפניהם, זהו גופא הוה קנין לגבייהו, וה"נ גבי מתנות כהונה כיון שבמכירי כהונה אסור לבעלים לחזור לכו"ע דאפי' התוס' סברי דאסור לחזור. וא"כ מוכרח הוא למסור לכהן זה, ובזה גופא הוה הקנין לפני הכהן ושפיר קנה, ועיין מה שכתבנו באדושנו לעיל (סי' ר') ביסוד הקנין דד' אמות נמי בכה"ג, אבל לפי"ז אין שייך לומר כן כר"א במתנות כהונה, דעצם הדבר אינם של בעלים כ"א לטובת הנאה, אבל לעכבם לעצמו אינו יכול, ומוכרח הוא לתתם לכהן, וכיון שבמכירי כהונה אסור לתת

לכהן אחר ובהכרח שיתן לכהן זה, ממילא זכה בה הכהן. אבל בממון גמור של בעלים לא שייך לומר דמשום דאסור לבעלים לחזור כמו בשבועה דאסור לבעלים לחזור משום איסור שבועה, דמשום זה יזכה בו המקבל בלא קנין דדוקא בממון הפקר אמרינן הכי וכמו שדייקו הרמב"ן ור"ן בלשונם לכתוב שממון הפקר הוא דלהכי עומדת, אבל בממון בעלים לא שייך זה, דהא תינח בממון שאין לבעלים זכייה בהם וכיון שנעשה בה דבר שאין אחר רשאי ליקח ובע"כ יקבלה זה, זהו גופא הוה הקנין, אבל בממון כזה שיש לבעלים זכייה גמורה בהם, ואנו צריכים ע"ו הקנין להוציא מרשות בעלים אין מועיל כ"א כשיזכה בו הזוכה בקנין להוציא מרשות בעלים, ועיין מה שכתבנו לעיל (סי' ר') ודו"ק: שם **ברמ"א** ואם נדר באסמכתא להקדש קונה, עיין במשנה למלך (פי"א מהלכות מכירה) שכתב וז"ל כתב מוהר"ם פדוואה בתשובה סי' כ' במי שקנס את עצמו אם לא יעשה דבר פלוני יתן מנה מחציתו לצדקה ומחציתו לכשנגדו דההקדש קנה משום דאין אסמכתא בהקדש וכשנגדו לא קנה משום אסמכתא ולדידי אף שכנגדו קנה וראיה ממ"ש הרמב"ן וכו'. שוב ראיתי שהדבר מפורש בתשובת הרשב"א כו' דהיכי דנתן ערבון בעד המחצית אין כאן דין אסמכתא עכ"ל, ועיין בס' שעה"מ שכתב דהראיה מהרשב"א דערבון אינו כ"א לשיטת הסמ"ע דנדר ושבועה מחזק הקנין דבכה"ג שנשבע אמרינן דודאי גמר והקנה, משו"ה אמרי דאע"ג דלא נדר כ"א למחצה מ"מ כיון דע"י הנדר נסתלק האסמכתא אמרינן דנסתלק מכולו כיון דהנדר מוכיח דלא היה בזה אסמכתא אלא גמר והקנה, משא"כ לשיטת הב"ח והט"ז והש"ך דלא אמרינן גמר והקנה אלא דמחויב מטעם נדר, ממילא להמחצה השניה שלא נדר עליה הוה אסמכתא גמורה ע"ש, ויפה כיוון בזה:

סעיף כ"א **במחבר** חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כו' להרמב"ם לא נשתעבד, עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' ס') בפרטי דינים הללו:

## סימן רח

סעיף א' **במחבר** מקח שנעשה באיסור כו' המקח קיים, ועיין בט"ז מ"ש ליישב קושית הסמ"ע העלה לחלק דכל שיש איסור בענין מצד עצמו אומרים אי וביד לא מהני כההיא דכתובות כו' משא"כ במוכר בשבת שהאיסור מצד שהיום גורם ע"ש, וכחילוקו של הט"ז מפורש בירושלמי (שבת פ' האורג) דעל מ"ש שם הקורע בחמתו ובאבלו ועל מתו חייב ואעפ"י שמחלל השבת יצא ידי קריעה, פריך התם כיון דעבר על מה שכתוב בתורה למה לא נימא אי עביד לא מהני, והא התם אי נימא דלא מהני יתוקן האיסור כיון דלא מתקן בקריעתו מידי דומה לקורע על מת שאינו שלו דפטור מהאי טעמא, ומשני דכיון

דאין העבירה בעצם אלא מצד אחר לא אמרינן אי עביד לא מהני, ולפלא שהט"ז לא זכר את הירושלמי, ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' ר"ד) בביאור דברי הסמ"ע:

שם **הביא** הנתיבות להריטב"א בקדושין דרבית קצוצה אף שיוצא בדיינין מ"מ מיד כשנתן הרבית למלוה קנאן קנין גמור ואם קידש בהו אשה מקודשת, והנתיבות נדחק בטעמו, ונראה עפמ"ש רש"י (ב"מ דס"א ע"ב) בד"ה רבית קצוצה וז"ל וכופין אותו ב"ד להחזיר אם תובעו בחיי עכ"ל, ומשמע מלשונו דהא דרבית קצוצה יוצא בדיינין היינו דוקא אם תובעו אבל אם אין תובעו אין מחויב, וכ"כ הט"ז להדיא (יו"ד סי' קס"א) ונסתייע מרש"י הזאת ע"ש, ואי נימא דהרבית שנתן לא קנה אותם המלוה והם בידו כמו גזל, למה לא יהיה מחויב להחזירם מעצמו גם כשלא תבעו וכמו שמחייב להשיב הגזילה, אע"כ שבאמת קנה אותם המלוה וכל זמן שלא תבעו הרי הם שלו ממש, אלא שאם תבעו יש עליו חיוב להחזיר כי היכי דניחי בהדך, ועיין מה שכתבנו בחבורנו לב"מ שם בביאור דברי רש"י הזאת בארוכה:

## סימן רט

סעיף א' **במחבר** ערימה זו של חטים בכך וכך אני מוכר כו' הרי זה ממכרו קיים אעפ"י שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם ויש להם אונאה, הב"י הקשה ע"ז מהא דב"מ (דס"ד ע"א) מה שעזי חולבות דמותר ומשמע אפי' שוה הרבה יותר, ועיין בנתיבות שדחה לקושיא זאת, דמה שייך להקשות דיהא יכול לחזור גם התם בעזי חולבות מטעם אונאה, דהא בלא"ה יכול לחזור מטעם דבר שלא בא לעולם, רק דקמ"ל שאם רוצה ליתן דאין בו משום רבית, והן אמנם דלפי' התוס' שם משמע לכאורה דמפרשי שאינו מוכר לו החלב שישנו בעין בשעת החליבה אלא החלב שיבוא ליום או יומים ע"ש, ולפ"ז הוה שפיר דשלב"ל, אכן בהגהות מרדכי שם פירש דמוכר לו החלב שישנו בעין בשעת החליבה וכפשטא דההולך לחלוב דמיירי הכי, וא"כ החלב הוה בעולם, ולא עוד אלא אפי' בכוונת התוס' ברור אצלי שבאמת מכר לו החלב שישנו בעין אלא שמתנה עמו שישהה את החליבה יום או יומים שעי"ז יתוסף חלב בדדיה, והאגר נטר הוא בשביל התנאי שמשהה יום או יומים, וכיון שהלוקח נהנה משהייה הזאת הוה רבית בשביל הקדמת המעות, דומיא דקרי שאמר התם, ודוקא לענין איסור רבית כיון דס"ס נהנה בשביל שהוי הזה אסור, אבל לענין קנין הוה כדאיתנהו וכדבר הבא לעולם, דבשביל המעט הזה שנתוסף אין לחשבם כליתנהו וכמ"ש התו"ח שם, ולפ"ז נדחים דברי הנתיבות, והנה בחו"ד (סי' קס"ג) הוכיח עוד הנתיבות מההיא דמה שעזי חולבות דלענין איסור רבית אף שלא נתקיים המקח בקנין נמי שרי, דהא התם לא נתקיים המקח

דהוה דשלב"ל ואפ"ה שרי ע"ש. וכל זה גרם לו מפני שהחליט דהתם לא מכר לו החלב מה שיחליב מיד אלא מה שיחליב בעוד יום או יומים, אכן למה שבארתי דלכו"ע מיירי התם שמכר לו החלב שבעין ושישנו בעולם, א"כ אין שום ראיה כלל, ובלא"ה אפי' אי הוה התם דשלב"ל נמי אין ראיה מהתם דלענין רבית לא בעינן שיתקיים בקנין, דהוא הבין דההיתר שבשם הוא מכח הקנין משום דנקנה לו מיד ואין אגר נטר, דמיד יכול אדם למכור חפצו גם בפחות משווי', ולזה שפיר הוכיח דלא בעינן שיתקיים בקנין, אכן באמת התם לא הוה ההיתר מטעם הקנין, אלא משום שמקבל עליו בין רב בין מעט וכפרש"י שם ולכן אפי' אי הוה התם דשלב"ל ולא קנה, מ"מ איסור רבית נמי אין בזה:

**ואמנם** בעיקר הדין שכתבו הרמב"ם ומחבר דערימה זו בכך וכך יש בזה אונאה, אינו מובן לי, כיון דמקבלים עלייהו המוכר והלוקח הן חסר הן יתר, למה יהיה בזה דין אונאה, ולמה לא נימא דבשביל ההנאה דשמא ימצא יתר, נתרצה מדעתו לתת יותר מן השווי גם אם נמצא חסר, והוספה הזאת הוא נותן לא בשביל שנתאנה כ"א בעד ההנאה דשמא ימצא יתר, ולהיפך במוכר שנתאנה, ואם לענין איסור רבית דהתורה החמירה בו יותר מבאיסור אונאה, אפ"ה אמרינן דבכה"ג שלוקח בין רב בין מעט כמו במה שעזי חולבות דמותר ולא חשבינן הפחת שנותן פחות משוויה לאגר נטר בשביל הקדמת המעות, אלא משום דמקבל הפחת דשמא ימצא מעט, וא"כ למה לא נימא הכי גם באיסור אונאה, דבכה"ג אין זה אונאה אלא מדעתו נותן הלוקח יותר דשמא ימצא יותר, וגם המוכר נתרצה מדעתו למכור בפחות דשמא ימצא בה מעט, ומה שלמדו דין זה מההיא דב"מ (דמ"ז ע"א) דמכור לי באלו קנה ויש לו אונאה, אין ראיה מהתם, די"ל דהתם מיירי דהלוקח ידע כמה מעות יש לו, ורק המוכר לא ידע וא"כ בלוקח ודאי לא שייך לומר דמשום דחשב שמא יהא שוה המקח יותר נתרצה גם על הפחת, דהא ידע כמה מעות היה שם, ומדעתו לח היה נותן יותר, ובודאי שהיה האונאה במחיר החפץ, וכן כשנתאנה מוכר אי"א לומר דמדעתו נתרצה למכור בפחות מספק דשמא ימצא מעות יתר, דכיון שהלוקח ידע כמה מעות יש שם ומדעתו לא יתן יותר, ולכן לא שייך לומר דהמוכר קנה הספק דשמא ימצא יתר, דודאי לא יהיה שם יתר, ובע"כ דהאונאה שמשני הצדדים היה זה שלא מדעתם כ"א נתאנו במחיר, ובכה"ג הוי אונאה ודאי, אבל בכה"ג דהכא דמיירי ששניהם לא ידעו כמה יש בערימה, לא המוכר ולא הלוקח, וכמו שכתבו בלשונם אעפ"י שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם, הרי דשניהם טעו באומד. ושניהם לא ודעו כמה יש שם, וא"כ למה לא נימא דכל אחד מהם מדעתו ורצונו עשה כן ולא נתאנה כלל, המוכר נתרצה על היתר מספק שמא יש שם, פחות, והלוקח על החסרון מספק שמא

ימצא יתר וצ"ע, ואולי לזה נתכוון הט"ז במה שכתב דבחלב שאין שניהם יודעים אמרינן אגב דבעי לקנות גמר ומקני ועיין בנתיבות שכתב דטעות סופר הוא בט"ז ודברים הללו נכתבו שלא במקומן. דרק לענין אסמכתא נאמר סברא זו דאגב דבעי לקנות ולא לענין אונאה ע"ש, ודבריו דחוקים מאוד, דאיך אפשר לומר דדברי הט"ז הם שלא במקומם ונצרך לציינם על מ"ש המחבר בסעיף ב' ואין זה אלא כמשחק בקוביא, הא בדברי הט"ז מסיים ה"נ בחלב, הרי מפורש דעל דין דחלב קאי, אבל למה שכתבתי אפשר לקיים דבריו דגם לענין אונאה בכה"ג דאפשר לומר אגב דבעי לקנות ההוספה נתרצה גם על הפחת וכמו גבי רבית, ולכן בההיא דחלב אין אונאה כיון דשניהם אינם יודעים ושייך אגב דבעי כו', אלא דלפ"ז יקשה קושיתי על כל הפוסקים שכתבו דגם כששניהם אינם יודעים נמי יש אונאה וכמו שהבאתי, ואחר כותבי זה מצאתי בנה"מ לקמן (סי' רכ"ז) ס"ק י"ט שכתב דהיכא ששניהם אינם יודעים לא שייך אונאה ע"ש:

סעיף ד' **ברמ"א** ואפי' לא תפס אלא כתב לו שטר כו', ונ"ל להביא ראיה לשיטה זאת מהש"ס (כתובות דפ"א) ההוא גברא דנפלה לו יבמה בפומבדיתא בעי אחוה למיפסלה בגיטא אמר אי משום נכסי פליגנא לך אמר רב יוסף כיון דאמור רבנן לא לזבין אי זבין לא הוה זבינא ופרש"י דמה שהתנה זה לחלוק לו וקנו מידו הרי היא כמכר ע"ש, וקשה טובא קושית הר"ן שם דמה הוצרך רב יוסף לטעם זה תיפוק לי' דבלא"ה אינו מועיל דהוה דשלב"ל וכאומר מה שאירש מאבא מכור לך, ואכן אי נימא כשיטת הרמ"א דבשטר מהני, אפי' בדשלב"ל דהוה כמו שתפס א"ש. דהא התם אי אפשר שום קנין אחר זולת שטר, דכסף לא שייך כיון שנותן לו במתנה את חלקו, ובחליפין ומשיכה וחזקה נמי אי"א אפי' אם היה זה דבר שבא לעולם וברשותו, כיון דחלות הקנין אינו כ"א לאחר שיכנוס אותה ובההיא שעתא כבר הדר סודר למארי', א"ו דלא שייך התם שום קנין זולת שטר דמהני גם אח"כ דגם בעת חלות הקנין הוה השטר נמי בידו, והיכי דנתן השטר מהני נמי אפי' בדשלב"ל, ולזה הוצרך רב יוסף לטעמו, ואם כי מלשון רש"י שכתב שם וקנו מידו דהוה כמכר, משמע דקנין סודר היה שם, ואכתי יוחזר קושית הר"ן, אכן על רש"י בלא"ה לא קשה, דהא רש"י לשיטתו בקדושין דס"ב דפוסק כראב"י, מבואר דסובר דאדם מקנה דשלב"ל, וכ"כ השעה"מ (פכ"ב מהל' מכירה) דהכי הוא דעת רש"י, ולדידן דקיי"ל דאין מקנה דשלב"ל בע"כ יתפרש דהקנין היה התם בשטר וכהרמ"א דבכה"ג מהני אפילו בדשלב"ל ושפיר הוצרך רב יוסף לטעמו, ועיין מה שכתבנו עוד בחדושנו לעיל (סי' ס"ו) ובדבור הסמוך מזה:

שם **ברמ"א** אבל אם אמר שיקנה כשיהיה בעולם קנה אעפ"י שעכשיו אינו בעולם והוא מדברי המרדכי בב"ב, ונ"ל להביא ראיה להמרדכי מההוא עובדא דכתובות שהבאתי בדבור דלעיל, והר"ן הקשה דלמה הוצרך רב יוסף התם לטעם דכיון דאמור רבנן דלא לזבין אי זבן לא הוה זביני זבינא, ותיפוק מטעם דהוה דשלב"ל, ולדברי המרדכי א"ש, דהנה התם הא מיירי כשאמר לו פלוג והחזיק מעכשיו אבל לא תקנה אלא לאחר שאכנסנה וכמ"ש רש"י כן להדיא שם (דף פ"ב) בד"ה פליג מהשתא ע"ש, ואע"ג דבהך עובדא דדף פ"א לא פי' רש"י כן, היינו משום דהכא הוה פשיטא דמיירי בהכי, דאיך יקנהו דבר שאינו שלו עדיין, משא"כ בעובדא דדף פ"ב דאמר נו פלוג מהשתא והוה אמינא שמקנהו לי נמי מהשתא משי"ה הוצרך רש"י לתקן דנה הקש היה ההקצאקנבנה אבל בהך עובדא הוה פשיעא שמקנה לו רק לכשנכסנה. וסרו בזה דברי הפנ"י בסוגיא דהתם ע"ש, וכיון דמיירי שמקנהו כשיבוא בעולם דהיינו כשיכניסנה, לכן מטעם דשלב"ל היה מועיל הקנין ושפיר הוצרך רב יוסף לטעמו משום דאי עביד לא מהני, והנה הרמ"א הביא כן דיש חולקין על המרדכי, והט"ז הגרוע דהעיקר כוותייהו דגם בכה"ג לא מהני, ולמה שכתבתי הרי מן הש"ס דכתובות מוכח כהמרדכי, דאל"ה למה הוצרך רב יוסף לטעמו ותיפוק מטעם דהוי דשלב"ל וכקושית הר"ן, ואע"ג שהר"ן יישב קושיתו דהתם מיירי שאין אלא שני אחים וכיון שיד שניהם שווים בנחלה הוה כנחלה הבא לאדם ממקום אחר שמתנה עליה שלא יירשנה והוה כסילוק בעלמא ולא בעי קנין ע"ש, ולפ"ז לא היה מהתם ראיה להמרדכי, אכן פשטא דלישנא דאומר רב יוסף דאי זבין לא הוה זביני, משמע שחשיב זה לזביני ממש וכפרש"י שקנו מידו והוה כמוכר, ואילו להר"ן לא שייך כלל לשון זביני ע"ז, ובפנ"י הכריח נמי דהעיקר בש"ס הוא כרש"י דהוה מטעם קנין ממש ולא כהר"ן. ועוד דהא הר"ן הוא רק לשיטתו בכתובות ר"פ הכותב דאפי' מירושה דאורייתא מהני סילוק, אבל למה דקיי"ל דבדאורייתא לא מהני סילוק אי"א כלל לפרש כהר"ן דמטעם סילוק הוא. ובע"כ כרש"י דמטעם קנין הוא, וא"כ מוכח כן מן הש"ס כהמרדכי דכשאומר לו שיקנה לכשיבוא בעולם דמהני ודו"ק:

**אמנם** עיקר הך דינו של המרדכי אינו מבורר לי, דמה יענה להההוא דאמר רב שדה זו לכשאקחנה קנויה לך קנה (ב"מ דט"ז) ומסיק התם דהיינו דוקא משום דרב סובר כר"מ דאדם מקנה דשלב"ל, אבל למה דקיי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל לא מהני אע"ג דא"ל לכשאקחנה קנויה לך, הרי להדיא שגם אם מקנה לו לכשיבוא בעולם הוה נמי דשלב"ל וכן הופסק לקמן (סי' רי"א) ולא הגיה שם הרמ"א דיש מי שאומר דקנה בכה"ג, ואף שזה י"ל דהרמ"א סמיך עצמו על מה שהביא דעה הזאת כאן. אבל הלא ש"ס ערוך הוא

שגם בכה"ג לא קנה, ועוד דהא עיקר פלוגתא דר"מ ורבנן באומר הרי את מקודשת לי לאחר שאשתחרר הרי הוא כאומר כשיהיה בעולם, והן אמנם שבמרדכי גופא הביא שם להקשות על דין זה מכמה מקומות, ולמה לא הביא מסוגיות המפורשות הללו. שוב מצאתי במקנה (קדושין דס"ב) שנתעורר להקשות על המרדכי כקושיתי, ונ"ל דמ"ש בסוגיות הללו לכשאקחנה או לכשאשתחרר, אין הכוונה שהקנין יהיה אז לכשיקחנה, אלא רק שמראה לו הזמן מתי ראוי ליקח את השדה או האשה, אבל הקנין מקנה לו מהיום ומשו"ה לא מהני, אבל אם אמר בפירוש שהקנין יהיה רק כשיקחנה איה"נ דמהני, ולאחר החיפוש מצאתי כיו"ב בתשובת הרמ"ץ חיו"ד סי' ע"ד לגבי הקנאת הבכור וז"ל דאם ידוע שאמר בפירוש שעיקר הקנין של הולד יהיה לכשתלד ומדייק בלישנא כדי שלא יהיה כמקנה דשלב"ל יש לצדד היתר עפמ"ש הרמ"א בחו"מ סי' ר"ט דמהני אף בדשלב"ל, אבל אם לא אמר לשון זה אלא שחלף המזונות וטפולו יקח לו הולד אם תלד בת או זכר, אין הכוונה שיקנה אחר הלידה כ"א שמקנה לו מיד ורק שמדבר עמו בזמן שראוי לקחתו לא מהני עכ"ל ע"ש. והוא כדברנו, ואפשר דהיינו מה שמדקדק רב הונא בדבריו שדה זו לכשאקחנה קנוי' לך מעכשיו, והתוס' נדחקו בלשון מעכשיו ע"ש, ולמה שכתבתי יתפרש הכי דדוקא כשאומר לו שמקנהו מעכשיו, פי' שהקנין יהיה מעכשיו, ולכשאקחנה שאמר, אין הכוונה שאז יוגמר הקנין, אלא מפרש לו זמן הלקיחה מתי יוכל להשיגה, אבל הקנין הוה מעכשיו, בכה"ג דוקא הוה דשלב"ל, אבל אם מפרש לו שהקנין יהיה לכשיקחהו ויבוא לרשותו ודאי דלא הוה דשלב"ל וקונה לכו"ע, ועוד עיין במקנה שם מ"ש בישוב דברי המרדכי:

סעיף ה' **ברמ"א** מ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר שצריך לקיים מקחו כו', עיין בחדושנו לקמן (סי' רי"א סעיף א') שהארכתי להוכיח בדברים נכונים דדין זה אינו מוכח כ"א לפי' הר"ן ונמוק"י (ב"מ דע"ז), ואמנם הוכחתי לפרש פי' אחר בכוונת הש"ס שם שמזה אין מוכח כלל דין דרמ"א ע"ש היטב, והנה הט"ז כאן כתב דמ"ש הרמ"א דאם טרח ללוקחה מהני אפי' בדשלב"ל, דהיינו דוקא כשהלוקח לא ידע כלל שהדבר אינו של מוכר, וכיון שמכר לו בחזקת שהוא שלו אמרינן דטרח בכדי דליקום בהימנותי', אבל אם הלוקח ג"כ ידע שאינו ברשותו לא שייך סברא זאת דניחא לו דליקום, כיון שגם לכתחלה ידע מזה ע"ש, והנה מרש"י (ב"מ דט"ז) משמע דלא כוותי'. דבד"ה הכא לא סמיך דעתו כתב רש"י וז"ל דמי יימר שיירש מאביו שמא ימכור נכסיו בחייו ע"כ, ומאי הוצרך רש"י לומר דמשו"ה לא סמך דעתו משום דמי יימר שיירש, וא"כ אין זה בכוחו לעשות השתדלות שיבוא ליד הלוקח, ותיפוק לי' דבלא"ה לא שייך בכה"ג הטעם דליקו

בהימנותי' כיון שידע מזה שהדבר אין ברשותו לעת עתה, דהא בע"כ מה שהוסיף רש"י טעם זה אשר לכאורה ללא צורך הוא, דבש"ס קאמר הכא סמיך דעתו משום דניחא לו דלא ליקרי' גזלנא, וא"כ בברייתא דמה שאירש הוה לא סמיך דעתו כיון דלא שייך הטעם דלא ליקרי' גזלנא, אלא שלרש"י היה קשה, דנהי דטעם שלא לקרי' גזלנא לא שייך. מ"מ אכתי נימא דסמיך דעתו מטעם דניחא לו דליקום בהמנותי' לזה הוצרך להוסיף דכאן לא שייך סמכא דעתא, דבשלמא היכא שאמר לו שדה לכשאקחנה, דהדבר אפשר במציאות ואפי' אם המוכר לא יתרצה למוכרו יש לומר דכיון דניחא דליקום בנאמנותו יוסיף על המחיר עד שיתרצה, אבל כאן גבי ירושה לא שייך לומר דסמיך דעתו כיון שהדבר אין בידו כלל, דמי יימר שיירש מאביו, ולסברה הט"ז לא היה צריך רש"י להוסיף כלל טעם זה, דבלא"ה לא שייך בכה"ג טעם דניחא דליקום בהימנותו כיון שהלוקח ידע מזה מתחלה, ואכן מלשון רש"י ב"מ שם (דט"ז ע"ב) בד"ה בשדה סתם בסוה"ד וז"ל אבל אמר שדה זו לא סמכא דעתה דמקבל מתנה ולא האמינו דנימא דניחא לו דליקום בהמנותי' עכ"ל, ומה בעי רש"י בזה שכתב ולא האמינו, הא כבר אמר דבשדה זו כיון דפירש לו שדה הזאת דוקא לא סמיך דעתו שמא לא יתרצה המוכר למוכרה, אלא ודאי כוונתו בזה, דנהי דבשדה זו לא סמיך דעתו מפני שקשה עליו לקנותו, מ"מ נימא דסמיך דעתו שודאי יקחנה מטעם דניחא לו דליקום בנאמנותו, וכמו דאמר לעיל שם טעם זה, ע"ז מתרץ "ולא האמינו" כלומר שגם טעם זה לא שייך כאן, כיון דמתחלה לא האמינו דהא ידע שאינו ברשותו, ועיין במהר"ש שם שכ"כ בכוונת רש"י, וא"כ מוכח להדיא מרש"י בהט"ז, ופלא גדול על הט"ז שלא נתעורר על רש"י זאת, ולפ"ז צ"ל דמ"ש רש"י שם גבי ירושה טעם אחר, היינו דלרווחא דמילתא כתב כן דאפי' אם היה שייך כאן טעם דניחא דליקום בנאמנותו, ג"כ לא היה מועיל לומר דמשו"ה סמיך דעתו אחרי שאין בידו כלל דמי יימר שיירש מאביו כלל וזה ברור:

סעיף ז' **במחבר** כשם שאין אדם מקנה דשלב"ל כך אינו משייר דשלב"ל, עיין בקצוה"ח שהקשה דא"כ הא דבעי ר' ירמיה (ב"ק דע"ח) מכרה חוץ מעוברה מהו, ולדעת השו"ע דעובר הוה דשלב"ל א"כ האי חוץ מעוברה ה"ד אם שייר בעוברה לחוד הא אין אדם משייר דשלב"ל ואם משייר פרה לעוברה, א"כ היכי תליא בעובר ירך אמו תיפוק לי' דמשייר בגופה לעוברה ע"ש שהוכיח מזה דעובר הוה דבר הבא לעולם, ולאו ראיה הוא, דבעיא דר' ירמיה קאי למ"ד אדם מקנה דשלב"ל ולעולם דשייר עובר לחוד, וקרוב לומר דר' ירמיה גופא סובר הכי, דהא ר' ירמיה תלמיד דרב הונא הוא כמבואר פ"ק דקדושין, ורב הונא הא סובר דאם מקנה דשלב"ל כמפורש ביבמות דצ"ז ובב"מ ס"ו. ובודאי ר'

ירמיה תלמידו נמי סובר הכי, ובזה מתורץ מאוד דעת הרמב"ם דהשמיט לבעיא דר' ירמיה במכרה חוץ לעוברה, ועיין ביש"ש לב"ק שתמה מאוד ע"ז דהא הוא גופא פסק בתמורה כר' יוחנן דעובר לאו ירך אמו וא"כ אליבי' נשאלה בעיא זאת בתלמוד ולמה השמיטה ע"ש, ולמה שכתבתי מיושב מאוד דבעיא דר' ירמיה לא שייך כ"א אליבא דמ"ד אדם מקצה דשלב"ל דאליבי' יש לומר דשייר בעוברה לחוד, דאילו למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל לא שייך הך בעיא, דעובר לחוד לא מצי לשייר ולשייר בפרה היינו שיור בגופה ממש וכקושיתו של הקצוה"ח, וא"כ לדידן דקיי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל לא שייך בעיא זאת ומשו"ה השמיטה הרמב"ם וזה כפתור ופרח בעז"ה:

סעיף ח' **ברמ"א** דאע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל מ"מ יכול להתנות כו'. ובבה"ג ציין ע"ז הטעם כיון שהשעבוד כבר בא לעולם ע"ש, והוא טעות, דרק על מ"ש הרמ"א הדין שאח"כ דיכול לסלק עצמו, בזה הוה הטעם כיון שהשעבוד כבר בא, אבל דין זה דתנאי לכו"ע מהני בכל אופן וכמ"ש הרא"ש והטור:

שם **וכן** לסלק עצמו וכחו מדשלב"ל כו', עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' קי"ח), והנה המשנה למלך (פכ"ג מהלכות אישות) הביא בשם מוהראנ"ח דדעת רש"י הוא ודאי דיכול לסלק עצמו מדבר שלב"ל אפי' בדאורייתא נמי כל שבא לו ע"י מעשיו שגורמים לו יכול אדם לסלק קודם שבא לידו דכל האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין, לאו דוקא דרבנן אלא דאורייתא נמי, ובשיטת התוס' מסתפק שם אי דוקא בדרבנן אי אפי' מה"ת ע"ש. ולפ"ז בכל מתנה על מ"ש בתורה דאמרינן תנאו בטל, היינו כשמתנה צד הזה שאין הדין לטובתו וכגון בשאר וכסות דהדין הוא לטובת האשה והבעל הוא דמתנה, וכיון דהאשה שתקנת התורה הוא לטובתה רוצית בתקנה הזאת, אלא שהבעל הוא דמתנה, משו"ה הוה תנאו בטל, אבל אם האשה היתה מסלקת עצמה משאר וכסות טרם שנתחייב לה, דהיינו קודם נשואין היה מהני, דהו"ל כאומרת אי אפשי בתקנה הזאת, דאין לומר דדוקא דרך סילוק הוא דמועיל, דלא מיחזי כעוקר דבר מה"ת, אבל דרך תנאי אינו מועיל משום דמיחזי כעוקר דבר מה"ת והא לת"ק דמתני' (כתובות דפ"ג) דסובר דמהני הסילוק גם לירושה, בע"כ דלאו דוקא דרך סילוק, אלא אפי' כשמתנה דרך תנאי נמי מהני, דאל"ה מה פליג התם רשב"ג דאם מתה ירשנה משום דהוה מתנה על מ"ש בתורה, הא לת"ק נמי הכי הוה במתנה דרך תנאי, אע"כ דלת"ק אפי' במתנו דרך תנאי נמי מהני, והיינו משום דהכא הבעל דתקנת התורה בירושה לטובתו הוא דמתני, ולכן מהני משום אי אפשי בתקנה הזאת, ולפ"ז א"צ לדחוקי כמ"ש הר"ח והתורי"ד התם דטעמא דת"ק דמועיל בירושה הוא משום דקאי בשיטת רב דירושת הבעל הוי דרבנן,

דשפיר י"ל דגם לת"ק הוה ירושת הבעל מה"ת ואפ"ה מועיל משום אי אפשי ואפי' בדרך תנאי נמי, אלא דלפ"ז יש לעיין בסברת רשב"ג דאומר אם מתה ירשנה משום שמתנה עמשכ"ב, הא בכה"ג דהמתנה הוא הצד הזה שתקנת התורה הוא לטובתו מועיל מטעם סלוק. דודאי שגם רשב"ג סובר טעם דאי אפשי בתקנה, וצ"ל דסובר שגם טעם דאי אפשי אינו אלא בדבר שהוא מדרבנן, דבזה הוא דמצי אמר אי אפשי, אבל בדאורייתא לא מצי אמר הכי, ובע"כ צ"ל כן בדבריו, דהא לרשב"ג בע"כ שלאו דרך תנאי אלא אפי' דרך סלוק כשאומר דו"ד אין לי בירושתך נמי לא מהני, דאל"ה מה פליג התם במשנה שלא מיירי כלל בדרך תנאי אלא בלשון דו"ד, אלא ודאי שאפי' בלשון דו"ד נמי פליג רשב"ג, ולהדיא שלא מהני סלוק בדאורייתא לדידיה, ולפ"ז ספיקו של הראנ"ח אי דוקא בדרבנן מועיל סלוק או אפי' מה"ת, תלוי בפלוגתא דרשב"ג ות"ק. לת"ק מועיל אפי' בדאורייתא, ולרשב"ג דוקא בדרבנן, ועיין בקצוה"ח כאן שהעלה דהא דסילוק לא מהני הוה נמי משום דהוה מתנה עמשכ"ב, דלאו דוקא כשאומר בשעת מעשה דרך תנאי אלא אפי' כשאומר לאח"ז נמי הוה סילוק ע"ש שמביא ראיה לזה, ולמה שכתבתי מוכח כן מלישנא דמתני' דלמה שבארתי דרשב"ג פליג עם ת"ק על לשון דו"ד דהוא לשון סלוק ואפ"ה מסיק בטעמו משום דהוה מתנה עמשכ"ב, הרי להדיא דטעם דסלוק הוה משום מתנה על מ"ש בתורה:

**והנה** בקצוה"ח העלה דהא דמהני לדידן הסלוק בדאורייתא היינו משום דקיי"ל נמי דמתנה עמשכ"ב תנאו קיים בדבר שבממון, ומחמת זה הקשה דלמ"ש הרשב"א בחדושיו לקדושין ובשמ"ק (כתובות פ' אעפ"י) בטעם דר' יהודה דאמר בדבר שבממון תנאו קיים, היינו משום דס"ל האומר ע"מ שאין לך שאר וכסות, הכוונה היה ע"מ שתמחלי ומחילה ודאי מהני, ולר"מ ס"ל דהכוונה ע"מ שאין לך עלי דין דשאר וכסות, אבל האומר בפירוש ע"מ שאין לך עלי דין דשאר וכסות גם לר' יהודה תנאו בטל, וא"כ היכי מהני סלוק בדבר תורה בדבר שלב"ל, הא למחול אינו יכול בדשלב"ל, וסלוק חשיב אין לי דין עליך והו"ל מתנה עמשכ"ב דאפי' בממון כה"ג תנאו בטל ע"ש, ולמה שכתבתי לק"מ דהא דאמרינן דמהני לדידן סלוק גם בדאורייתא, לאו משום דקיי"ל מתנה עמשכ"ב תנאו קיים הוא. אלא אפי' למ"ד תנאו בטל נמי סלוק מהני, דכיון דהצד שתקנת התורה הוא לטובתו איהו הוא דמסלק מהני לכו"ע, מטעם דמצי אמר אי אפשי בתקנה זאת, וגם לא מטעם מחילה הוא, דהא מחילה באמת לא מהני בדשלב"ל, אלא לשון זה עדיף ממחילה ומהני מטעם שלא זיכה לו התורה אלא לטובתו ולרצונו ולא בע"כ, ובגלוי דעתא דלא ניחא לו סגי, וגדולה מזה כתב הפנ"י דאפילו מלשון מתנה ממש נמי לשון סלוק עדיף מטעם זה

ע"ש, ומה שכתבתי דטעם דסליק הוא משום מתנה עמשכ"ב, היינו למאן דסובר דסלוק לא הני, לדידי' הוה הטעם משום דחשיב זה למתנה עמשכ"ב דאש מהני נמי לדידי', אבל מאן דסובר דסלוק מהני אין עג תלוי כלל במתנה עמשכ"ב וכמו שבארתי:

**ובזה** יש ליישב קושית התוס' שם בד"ה כדרב כהנא, והקשו למה הוצרך הש"ס לאתויי כדרב כהנא. הא גם בלא וא כהנא נמי למה לא יוכל להסתלק בכותב לה ועודה ארו מטעם מתנה עמשכ"ב דהוה תנאו קיים מידי דהוה אשאל וכסות דלר' יהודה בדבר שבממון תנאו קיים, ולמה שכתב מיושב שפיר, דאי מטעם מתנה עמשכ"ב לא היה מועיל שם דין דמתנה עמשכ"ב דקיים הוה רק משום מחילה, והתם לא זני מחילה כיון דדבר שלב"ל הוא וכקושית הקצוה"ח. והוצרך דוקא לטעם דרב כהנא מטעם סלוק, שחידש לנו הדין דבכה"ג ו ויתנה צד הזה שהוא לטובתו מועיל בכל אופן מטעם אי זפשי בתקנה זאת וכנ"ל, וכן קושיא השניה שהקשו שם התוס' ולמה הוצרך להביא לדר' ינאי ואע"ג דר' ינאי סובר דאדז' מקנה דשלב"ל ע"ש, למה שכתבתי דסלוק אינו מטעם מאמה אלא מטעם אי אפשי בתקנה שזה מועיל אפי' במקום דדוד שלב"ל לא מהני, וכמו מחילה לדידן דאין מוחל דבר שלב"ל ואפ"ה הסלוק מהני מטעם דמצי אמר אי"א בתקנה והתורה לא תיקנה כ"א לטובתו ולא בע"כ, א"כ מיושב קושית התוס'. דבאמת אי מטעם הקנאה אפי' למ"ד אדם מקנה דשלב"ל נמי לא היה מועיל התם, דהא אפי' לדידי' אינו חל כ"א לשבא לעולם, וא"כ מאי מהני שכותב לה ועודה ארוסה, הא עד הנשואין שאז באו לעולם אינו חל, ובנשואין נמי אי"א טוב להסתלק כיון דידו כידה ולכך הוצרך להביא דר' ינאי דהתם לאו מטעם הקנאה הוא אלא מטעם אי"א בתקנה:

שם **בקצוה"ח** הוכיח מלשון רש"י בכתובות גבי ע"מ שאין לך עלי אונאה כתב רש"י ע"מ שאין לך עלי "דין" אונאה מכלל דרש"י סובר דגבי ממון אפי' באומר ע"מ שאין לך עלי דין נמי מהני ע"ש. לענ"ד השיא דעת רש"י לדבר רחוק, ומה שהוסיף שם רש"י מלת דין אונאה אע"ג דפלוגתייהו התם לאו באומר דין אונאה מיירי, נתכוון לתרץ בזה קושית התוס' שם דעל מה דפריך שם הש"ס על רב דסובר גבי תנאי דירושה תנאו קיים מהא דס"ל (ב"מ דנ"א) גבי אונאה תנאו בטל, והקשו דהא בידע ומחיל גם רב מודה דתנאו קיים כמו שמסיק בב"מ, וקושיא הזאת נתכוון ליישב במה שהוסיף דין אונאה, דהנה לפום מאי דאוקי בב"מ רב כר' יהודה, מחלק שם בחילוק הזה שדוקא בידע ומחל סובר ר' יהודה תנאו קיים, וכיון דעיקר הטעם הוי משום מחילה מכלל דזה סברי כו"ע דמצד התנאי אי"א להתנות עמשכ"ב, ואם התנה תנאו בטל, אלא דבדבר דידע ומחל מהני מטעם מחילה דהוי כאומר ע"מ שתמחלי וכמ"ש הרשב"א בחדושיו לקדושין, ומשו"ה

בלא ידע דמחל דליכא התם דמחילה ולא נשאר כ"א מצד התנאי, וזה לא מהני, ומיישב בזה מה שהקשה הסמ"ע לקמן (סי' רכ"ז) על הע"ש שכתב הטעם בשלא ידע ומחל דלא מהני מטעם דמתנה תפחשכ"ב תנאו בטל, והקשה הסמ"ע דהא רב כר' יהודה ס"ל דבדבר שבממון תנאו קיים, ולמה שכתבתי א"ש, דגם ר' יהודה סובר שאפילו בדבר שבממון הוה תנאו בטל היכי דלא שייך מחילה, ומה דמהני בדבר שבממון אאידי' היינו מטעה מחילה, ולכן דוקא בידע ומחל דש"ך מחילה, וכיון שכן דעיקר הטעם דמהני לרב בדבר ששהמון הוה מטעם מחילה, א"כ לא שייך זה כ"א בא"ל ע"א שאין לך עלי אונאה, דבזה מפרשינן כוונתו דהוה כאומר לו ע"מ שתמחלי, אבל כשאמר לו בפירוש ע"מ שאת לך עלי דין אונאה, דבזה לא שייך לומר שמחל לו זיון דהתנה בפירוש שלא יהיה דין אונאה ודאי דלא מהני, דמצד מחילה ליכא, ומצד התנאי לא מהני ל ליו"ע, והנה התם במתני' גבי סלוק הירושה, אי"א נמי לומר שהוא מטעם מחילה, דהא מחילה לא מהני בדבר שלב"ל, וגם הא מחילה לא שייך כ"א אחר החיוב ולא אחר החיוב וכמ"ש הט"ז כאן והרא"ה בכתובות (דף נ"ז), ואפי' מטעם סלוק נמי לא מהני אע"ג דסלוק מהני נמי בדבר שלב"ל, דסלוק לא מהני כ"א בפירות שמדרבנן, ומטעם דהוה כאומר אי אפשי בתקנה זו, אבל בירושה שהוא מה"ת לא מהני סלוק וכמו שכתבתי בדבור דלעיל ע"ש התוס', וכיון דמטעם מחילה וסלוק לא מהני, ע"כ מוכרח אתה לבוא לכח התנאי, ומצד התנאי נמי לא מהני דהוה מתנה עמשכ"ב, ולפ"ז דין ירושה דמתניתין דמי ממש לאומר ע"מ שאין לך עלי "דין" אונאה, שגם רב מודה התם דתנאו בטל, ומשו"ה הוסיף רש"י תיבת "דין אונאה" להורות דדין דירושה דומה ממש לאומר דין אונאה דלא מהני לכו"ע אפי' לרב. ושפיר מקשה הש"ס דרב אדרב, ומיושב קושית התוס'. ומזה תמה אני על הקצוה"ח שהוכיח מלשון רש"י דר' יהודה דסובר בדבר שבממון תנאו קיים מיירי אפי' בדין אונאה, ונסתייע מלשון רש"י שהוסיף לכתוב דין אונאה, משמע דמוקי רב פלוגתא דר' יהודה אפי' בכה"ג, אכן האמת יורה דרכו דמרש"י יהיה ראיה להיפך, דאדרבה דוקא התם בכתובות דרצה הש"ס לומר דרב תנאו בטל ס"ל לגבי אונאה, והיה קשה מסוגיא דב"מ דהתם תנאו קיים ס"ל כקושית התוס', משו"ה מתרץ דבכתובות מיירי בדין אונאה, וא"כ מוכח דבדין אונאה תנאו בטל ס"ל, דאלת"ה למה לא הזכיר רש"י דין אונאה בב"מ דהתם הוה עיקר הפלוגתא דאונאה, אע"כ כמו שבארתי דבכתובות שרצה הש"ס לומר דרב תנאו בטל ס"ל באונאה, והיה קשה קושית התוס' מהך דב"מ, ומשו"ה הוסיף דהתם שאני משום דדמי לדין אונאה, אבל בב"מ דהתם מסיק דבידע ומחל תנאו קיים לא זכר רש"י חדין אונאה, דבדין אונאה לא שייך טעם מחילה וזה ברור:

והנה אם כי מרש"י דכתובות אין ראיה דרש"י סובר שאפי' בדין אונאה נמי תנאו קיים, בכ"ז יש לי להוכיח ממקום אחר דהכי הוא דעת רש"י וכהקצוה"ח, והוא דבב"מ שם קאמר רב ענן לחלק בין ע"מ שאין בו אונאה דתנאו בטל לבין ע"מ שאין לך עלי אונאה דתנאו קיים, ופרש"י דאין בו משמע שמבטיחו שלא יהא בו אונאה וא"כ הוה מקח טעות, ובתוס' שם הקשו ע"ז דא"כ מה מדמי לה במס' מכות לע"מ שלא תשמיטהו שביעית, דהתם לא שייך מקח טעות ע"ש שתי' בדוחק לשיטת רש"י, ותמוה מה דחק לרש"י לפרש כן ולא ניחא לו בפי' רבינו שמואל דע"מ שאין בו, משמע שלא יהא בו דין אונאה ולהכי לא מהני לעקור דבר מה"ת, אע"כ דרש"י סובר באמת דע"מ שאין בו דין אונאה נמי מהני וכהקצוה"ח, לזה הוכרח לפרש מטעם מקח טעות, וכן משמע בשמ"ק בב"מ שם שמפי' רש"י מוכח דאפי' בדין אונאה נמי מהני ע"ש:

שם **ברמ"א** וי"א אע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל מ"מ אם רוצה לקנות מקנה, וכתב הסמ"ע דאגב דרוצה לקנות מקנה, ונ"ל ברור שמ"ש הרמ"א דהיכי דרוצה לקנות מקנה, היינו כשהדבר שרוצה לקנות הוה נמי דשלב"ל, ובזה אמרי' דכיון שרוצה שיחול הקנין על הדבר שלב"ל של חבירו מקנה לו ג"כ את הדשלב"ל שלו, וכעין פי' ר"ת גבי אסמכתא דמשו"ה משחק בקוביא לא הוה אסמכתא משום דאגב דבעי לקנות מקנה ג"כ, והיינו כשהדבר שרוצה לקנות מחבירו שוה הוא לאותו דבר שמקנה לו, דבזה אמרינן שאגב שרוצה לקנות מקנה, דאי לא מקנה לחבירו את הדשלב"ל שלו, לא יוכל לקנות את של חבירו דהוה נמי מסוג כזה, אבל אם הדבר שרוצה לקנות מחבירו הוא דבר הבא לעולם שראוי לחול בו הקנין, לא שייך סברא זאת, דאלת"ה א"כ בכל סוגי חליפין, אם יחליף דבר שלב"ל. על איזה חפץ נימא נמי שאגב דרוצה לקנות מקנה, וכן במכירה נמי נימא דאגב דרוצה לח המעות מקנה ג"כ, אלא ודאי דהיכי שאינם מסוג אחר לא אמרינן סברא זאת, ועיין לעיל בריש סימן זה בסמ"ע סק"ב על מ"ש המחבר באומר כל מה שיש בבית אני מוכר דלא קנה משום דהוה כמשחק בקוביא, והקשה הסמ"ע דהא משחק בקוביא גופא סובר הטור דלית בהו משום אסמכתא וכתב לחלק דהתם שניהם שוה דשניהם לא ידעי על מה לסמוך משו"ה אמרי' דגמרי ומקני אהדדי, משא"כ באומר כל מה שבבית דהמוכר ידע מה מכר ורק הלוקח אינו יודע ובכה"ג דאין שניהם שוה לא אמרינן אגב דבעי לקנות, והוא כדברנו ואע"ג שבתשו' חת"ס חחו"מ סי' קפ"ו כתב לדבר פשוט דהיכי דמצד אחד הוה דבר שלב"ל ומצד השני דבר הבא לעולם דמהני מכ"ש והובא בפ"ת כאן ע"ש, אכן לענ"ד נראה כמו שכתבתי, ועיין מה שכתבתי בחדושנו לעיל סי' קע"ו ובחבורנו לב"מ ד"כ מזה:

## סימן רי

סעיף ג' **במחבר** א"ל קנה נכסי כו' אתה ובהמה זו כו' קנה הוא מחצה, עיין בקצוה"ח ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' ר"ד) מזה:

## סימן ריא

סעיף א' **במחבר** כיצד מה שאירש מאבא מכור לך כו', נסתפקתי בהא דקיי"ל דאם אמר מה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר כלום, אם היינו דוקא היכי שלבסוף יירש הבן, וכיון דירושה ממילא הוא וליכא אומדן דעת דטרח לאוקמי קמי לוקח, בכה"ג הוא דלא מהני המכירה, משא"כ היכי דאח"כ זבנה הבן מאביו אמרינן דכיון דטרח ללוקחה ודאי דלאוקמי קמי לוקח קבעי ומהני מכירתו, או שמא לא שנא ואפי' בדזבנה אח"כ לא מהני המכירה, ולכאורה מסוגיא דב"מ מוכח להדיא דבטרח למזבן מהני אפי' בדשלב"ל, דמ"ש מגוזל שדה ומכרה וחזר ולקחה דאמרינן התם דקני לוקח מטעם דאמדינן דעתו דקא בעי לאוקמי קמי לוקח ודוקא בירושה דממילא היא אמרינן דלא קנה לוקח, וכן הוא להדיא ברמ"א לעיל (סי' ר"ט סעיף ה') דאע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל מ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שצריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח כי היכי דליקום בהימנותי', וכן נראה נמי להדיא מרש"י דכתובות (דף צ"א) דלהכי לא מהני המכירה במה שאירש מאבא משום דלא טרח, דגבי ההוא גברא דזבין לכתובתה דאימי' דאי אתיא אם ומערערא לא מפצינא לך שכיבא אם ולא ערערא אתא איהי ומערער כו' א"ל רבא נהי דאחריות דידה לא קביל אחריות דנפשי' מיהא קביל, וז"ל רש"י שם דמעותיו יחזיר ונהי נמי דחוזר במכירת הקרקע משום דאין אדם מקנה דשלב"ל כדתניא מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום והא לא דמיא לגוזל שדה ומכרה וחזר ולקחה מבעלים הראשונים דקיי"ל מה מכר כו' כל זכות שתבוא לידו דהתם לקחה דוקא דטרח אבתרה וזבנה כי היכי דליקום בהמנותי' אבל נפלה לו בירושה אמרינן התם ירושה ממילא הוי ולא טרח למיקם בהמנותי' כו' עכ"ל, הרי משמע להדיא דלהכי לא מהני המכירה במה שאירש משום דירושה ממילא הוא, הא אם לא ירשה וטרח ללוקחה מהני המכירה, אכן באמת כד דייקינן היטב בסוגיא דב"מ נראה מהתם ראיה להיפך, דקשה טובא לכאורה בסוגיא דהתם, דעל הדין דחזר ולקחה הגזלן דאמרינן דקא בעי לאוקמי קמי לוקח פריך רב ששת מברייתא דמה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר כלום, ומאי פריך כלל כיון דבחזר ולקחה קאמר טעם מפורש משום דכיון דטרח לזבוני ודאי דלאוקמי קמי לוקח קבעי, ונפלה בירושה, גם בגזלן לא מהני וכדאמר התם להדיא דירושה ממילא אתי, וא"כ מאי מקשה מירושה אלקיחה, ושוב מצאתי קושיא זאת בר"ן ונמוק"י, ויבואר דבריהם אח"כ,

וכן על התירוץ דמשני התם על קושית רב ששת, הכא סמכא דעתה והכא לא סמכא דעתה. קשה לי דמאי הוצרך לזה. ותיפוק דהכא ירושה דממילא והכא מכירה דאיכא טרחא, אע"כ מוכח מזה דבמה שאירש, אפי' אם באמת לא נפלה לו בירושה אח"כ, אלא הבן טרח ולקחה מן האב נמי לא מהני מכירתו הקודמת משום דהוה דשלב"ל, ולהכי סתים ותנא מה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר כלום, ואפי' כשלקחה אח"כ נמי, ולפ"ז א"ש קושית רב ששת דמדסתם ונקט משמע דאפי' אם לקחה הבן אח"כ נמי לא מהני המכירה, ואמאי לא אמרי' נמי דטרח למזבן בכדי להעמידה בפני הלוקח וכמו בגוזל דאמרינן הכי, וקושיתו אפוא לא תהא מהיכי דנפלה לו בירושה אח"כ, אלא מהיכי דלקחה אח"כ, וע"ז תירץ דהתם סמכא דעתה בכדי דלא ליקרי' גזלן, פי' התם בגוזל יש לנו אומדן דעת דמשו"ה טרח למזבן בכדי שלא יקראנו גזלן, אבל בירושה בלא"ה לא יוכל לקראהו גזלן אפי' אם לא יעמידנה בידו, כיון שמתחלה התנה עמו דלא מכר לו כ"א מה שיירש, ואם לא יירש לא יהיה עליו שום דין ודברים, וא"כ מהיכי תיתי נימא דטרח למזבן לאוקמי קמי לוקח, ומשו"ה לא סמכא דעתא, והנה המפרשים הבינו דמשו"ה לא סמכא דעתא משום דלא שייך הטעם דלקרייה גזלנא כיון דלא גזל משום אדם, אכן אי אפשר לפרש כהבנתם. דהא תינח דטעם דלא לקרייה גזלנא לא שייך במוריש, אבל אכתי נימא דטרח למזבן בכדי דלוקים בהמנותי' שזהו טעם העקריי וכמ"ש בב"מ שם בתוד"ה ארצי, וטעם זה שייך נמי במוריש, אלא כוונת הש"ס כמו שכתבתי דכיון שהתנה עמו דוקא מה שאירש מאבא מכור לך ואם לא יירש לא יהיה עליו שום דין ודברים א"כ ליכא כאן שים אומדן דעת דלאוקמי קמי לוקח קבעי אפי' לטעם דליקו בהמנותי', דאפי' אם לא יעמידנה בידו לא יהיה אתרע כח נאמנותו כיון שמתחלה התנה כן:

**ולמה** שכתבתי יש ליישב דברי רש"י דכתובות שהבאתי לעיל אשר הפנ"י ובחדושי הרשב"ץ הקשו עליו קושיא עצומה, דהא קושית רש"י שם דמ"ש מגזל שדה ואח"כ לקחה, הוא ממש קושית רב ששת בב"מ, וא"כ למה בחר רש"י לתרץ תירוץ אחר שלא הוזכר בש"ס, דבש"ס התם מחלק ביניהם מטעם דסמכא דעתא, ורש"י מחלק משום דבלקיחה טרח וירושה ממילא. ולמה שכתבתי א"ש, שבאמת לחלק בין ירושה ללקיחה א"צ לטעם דסמכא דעתא, דבזה הוה החילוק פשוט, דבלקיחה טרח וירושה ממילא, ורק משום דהתם בב"מ הוה בע"כ הקושיא מלקיחה אלקיחה וכמי שבארתי, דעיקר קושית רב ששת יהיה מהיכי דהבן לקחה אח"כ, ומשו"ה הוכרח בב"מ לחלק בין טעם דסמכא דעתא, אבל בכתובות דמיירי להדיא דשכיבה אמי', וכבר נתהוה המעשה ולא לקחה. וא"כ קושית רש"י הוא בע"כ מירושה אלקיחה, משו"ה משני כפשוטו משום דירושה

הוה ממילא, וזה היה נראה נכון מאוד בפשט הסוגיות דב"מ ודכתובות, והיה מקום אתי ליישב בזה נמי קושיא עצומה בסוגיא דב"מ, דהנה רמב"ח מתקיף התם מכדי לוקח במאי קנה להאי ארעא בהאי שטרא ואי שטרא חספא בעלמא הוא ואמר רבא תהא במאמינו כו' טרח ומייתי גמר ומקנה. ופרש"י גמר ומקנה כשלקחה מבעלים הראשונים. ולפ"ז יקשה טובא דמה מותיב התם אח"כ רב ששת מההיא דמה שאירש דהוה דשלב"ל, הא במלתא דרב התם דמיירי שמקנה לו עכשיו בשעה שלקחה דהוי בעולם, ודבר שבא לעולם הוא השתא, ואכתי מה מקשה, ובשמ"ק הביא קושיא זאת בשם הריצב"ש, ולכן נ"ל דקושית רב ששת כן, דנהי דהמוכר הקנה לו, מ"מ אכתי הלוקח במאי קנה, דכיון דהקנין הראשון היה בעת שלא בא לעולם והשתא שבא לעולם נהי דהמוכר מצדו מקנה. אכן הלוקח במאי קני, ולזה פריך ממה שאירש דמיירי נמי שהבן לקחה מאביו אח"כ וכמ"ש. וחזינן נמי דטרח למזבן לאוקמי קמי לוקח ואפ"ה לא מהני מטעם דלוקח לא עשה קנין, ומשני התם סמכא דעתא. פי' דלא הכיר בה וסמכא דעתו דלוקח, והיכי דסמיך דעתו לא צריך שוב לקנין אחר הכא דלא סמיך דעתו כיון דהכיר בה וידע דלאו דילי' זבן ולא קנה לוקח וכמו שפי' כן הרשב"א, ועיין ברש"י בב"מ שפי' דלהכי לא סמכא דעתו דלוקח דקאמר מי יימר שיירש מאביו, ולא ניחא לו בפי' הרשב"א, היינו משום דלשיטתו אזיל דס"ל דהך דינא דרב מיירי נמי בלא הכיר בה ודלא כתוס' שם וכמ"ש בשמ"ק בכוונת רש"י, ואין להקשות דהא אכתי י"ל דסמיך דעתא שמא יקנה הבן מאביו להעמידה בידו, וכעין זה הקשה הריטב"א על רש"י ותי' דכיון דברשות דגזלן הוה קיימא ארעא והורידו ללוקח בתוכה שפיר סמיך דעת הלוקח, דנגזל מזבן לי' לגזלן, אבל הכא יאמר שמא האב לא ירצה למכור ואכתי לא סמיך דעתו, וגם לפ"ז היה מיושב דעת רש"י דכתובות בפשיטות טפי, דהא דמשני הש"ס בב"מ החילוק דסמכא דעתא, היינו רק על הקושיא דאמאי קנה לוקח, אבל על החילוק דמוכר, באמת יש נ"מ בין טרח ומזבן לירושה דממילא. וכל זה היה נראה נכון, אלא שמלשון רש"י בב"מ לא משמע הכי דז"ל בד"ה מה שאירש ולכשיירש לא קנה לוקח, הרי דדייק דקושית רב ששת הוא מירושה, היכא דבסוף יירשה, ואפ"ה משני בש"ס החילוק דלא סמיך דעתא, וא"כ יוחזר קושיתי על רב ששת דמאי מקשה כלל, הא התם טרח והכא בירושה לא טרח, וגם על רש"י דכתובות יקשה למה לא משני התם כתירוץ הש"ס בב"מ וכנ"ל:

**והנה** בנוגע לישוב הסוגיא דב"מ נראה, דבלא"ה קשה לעיל שם דאמר רב מה מכר לו כל זכות שתבוא לידו, ואח"כ אמר מאי טעמא, והלא טעמא רבה אמר דמכר לו כל זכות שתבא, ומה יוצרך אפוא לטעמים אחרים, ובר"ן ונמוק"י הרגישו בזה ופרשו דכוונת

הש"ס בשאלו מאי טעמא, הכוונה איך מהני זה דמכר לו כל זכות שתבוא, והא דבר שלב"ל הוא ואיך מקנה, וע"ז מביא טעמים דניחא לו כו' ומהני מפני זה אפי' בדשלב"ל ע"ש, ולבד דקשה טובא לדבריהם, לא שייך נמי לשון מאי טעמא דקאמר, כיון דטעם יש כאן, והכי הול"ל והא אין אדם מקנה, עוד יוגדל קושיתי כיון שגם מעיקרא הוה קשיא לש"ס איך מועיל זה כיון דדבר שלב"ל הוא ומשני דמשום טעמים דניחא לו וכו' מהני נמי אפי' בדשלב"ל, וא"כ מאי מקשה תו רב ששת מברייתא דמה שאירש, דלא מהני בדשלב"ל, הא כבר הקשה זאת ותי' דאפ"ה מהני, ועוד אמאי בכל דוכתא שהוזכר בש"ס כהאי מילתא דמכר לו כל זכות שתבוא לידו, לא פריך מאי טעמא כדפריך כאן. והא התם הוה נמי דשלב"ל, ולכן נ"ל דבאמת האי מה מכר כל זכות שתבוא דאמר התם, אינו דומה לכל מה מכר דאיתא בש"ס, ונקח לדוגמא בב"ק (ד"ח ע"ב) גבי אתו כולהו גבו מעידית א"ל רבא מה מכר ראשון לשני כל זכות וכו' וכיון דאילו אתו גבי לוקח ראשון מצי מגבי כו', וכן ב"ק (דצ"ו ע"ב) השביח לוקח מה הדר פשטה מה מכר ראשון לשני כל זכות, דהיה התם למוכר הזה בעת המכירה זכות הזה, כגון ללוקח ראשון היה הזכות שמצי להגבות מבינונות, וכן בעובדא השניה היה לגזלן הזכות, דאם היה משביח היה נוטל חלק, ורק המעשה היה חסר לפניו, דבשעה שהיה הדבר בידו לא נזדמן עוד לפניו המעשה הזאת, אבל הזכות היה לו בעת המכירה, וכיון דכשמכר לחבירו הרי מוכר כל זכיות שיש לו ונתרוקן כל זכיותיו ללוקח ממנו, ומשו"ה לא קשה כלל דהא דשלב"ל הוא, כיון דהזכות יש לו כעת בשעת המכירה, וגם א"צ לבקש טעמים אחרים למה מהני המכירה, דהא ודאי דמוכר לו כל זכיותיו, וטעם זה די, אבל בב"מ שם באומרו מה מכר, הוי הכוונה שמוכרו הזכות שיהיה גם אח"כ כשיקנה השדה, ולעת עתה אין גם לו לעצמו הזכות הזה, ורק דהוה כאומר לו שדה זו לכשאקחנה קנויה לך לזה פריך מאי טעמא, פי' מאיזה סברא נאמר כן מעצמנו לאמוד דעת המוכר שיחייב עצמו גם במה שיקנה אח"כ, והשתא לא פריך עוד, איך יועיל הקנין כיון דדבר שלב"ל הוא, אלא דפריך דמאיזה אומדן דעת נאמר כן שיעדיף זכות הלוקח כ"כ אפי' במה שיקנה, וכיון דבפירוש לא התנה עמו ע"ז דלכשאקחנה קנויה לך, מאיזה טעם נאמר כן מעצמנו, לזה משני מטעמים דלא ליקרי' גזלנא וניחא לו דליקום בהמנותי', ומטעמים הללו אמדינן דעתו שרוצה להעמידה ביד הלוקח אפי' לכשיקחנה מן הנגזל, דכיון דחזינן דטרח אח"כ למזבנה, הרי יש לנו גלוי דעת שניחא לו לאוקמי קמי לוקח, ולפ"ז טעמים הללו לא יועילו לנו כ"א להיות כאומדן דעת על עיקר רצונו שנתרצה כלל להעמידה ביד הלוקח אע"ג שלא התנה כן בפירוש דלכשאקחנה קנויה לך, אבל אין טעמים הללו מועילים

לקנין שיועיל משו"ה אפי' בדשלב"ל, ולכן מקשה תו רב ששת מברייתא דמה שאירש מאבא, דנהי דזה ודאי שע"י שיטרח למזבן הוי לנו אומדן דעת שמכוון להעמידה ביד הלוקח, וכאילו התנה בפירוש לכשאקחנה קנויה לך, מ"מ אכתי איך יועיל הקנין, הא אפי' אם מכר בפירוש זכות שתבוא לידו לא מהני כיון דשלב"ל הוא, ומשני דמטעמים דלא ניחא למיקריא גזלנא גם הלוקח סמיך דעתו, ולכן מהני אפי' בדשלב"ל, דעיקר הטעם דלא מהני הקנין בדשלב"ל הוא משום דלא סמיך דעתו, אבל הכא כיון שסמיך דעתו מהני הקנין אפי' בדשלב"ל, ומיושב הסוגיא דב"מ מכל הגמגומים, ודעת רש"י דכתובות שהבאנו לעיל נמי יש ליישב עפמ"ש הראב"ד והריטב"א בב"מ דלהכי לא משני התם שאני ירושה דממילא, כיון שאומר בשעת המכר מה שאירש מכור לך, הרי הבטיחו שיזכה בהם לאחר שירשנה והרי מאמינו וכאילו חזר וטרח ולקחה דמי ע"ש, וא"כ התם דלא קאמר לו להדיא מה שאירש מכור לך ולא הבטיחו ע"ז, להכי משני רש"י כפשוטו משום דהוי ממילא ולא טרח וזה ברור ברש"י:

**והנה** למה שבארתי יצא לנו הדין נגד הרמ"א דלעיל (סי' ר"ט) שהבאתי' לעיל דפוסק דאע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל מ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שצריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח כי היכי דליקום בהמנותי', ומקורו מסוגיא דב"מ דאמר התם דאם טרח מהני למכור גם כל זכות שתבוא לידו, ואכן כל זה הוא רק לפי' הר"ן ונמוק"י, דמה ששואל הש"ס מ"ט, היינו דמאיזה טעם מועיל הקנין כיון דדבר שלב"ל הוא, וע"ז משני כיון דטרח מהני, שפיר נלמוד מזה דאפי' בדשלב"ל מהני אם טרח, אכן למה שכתבתי דאין שום סברא לומר שטעם דטרח יועיל לקנות על ידו, וטעם דטרח לא מהני כ"א לענין אומדן דעת שהמוכר מתרצה להקנותו, אבל שיועיל לקנות עי"ז אין שום סברא, וגם זולת זה קשה לפרש הסוגיא כפירושם וכמו שבארתי, אלא הטעם דטרח יבוא לגלות על רצון המוכר ולומר דאע"ג דלא פריש עמו שגם לכשיקחנה יהא קנוי לו הוה כמאן דפריש, ואכתי היה קשה להש"ס דלוקח במאי קני כיון דהוה דשלב"ל, ומוכרח היה לשנויי משום דסמיך דעתו, וא"כ לא מוכח כלל הדין דרמ"א:

**הדרן** למה שנסתפקתי דכפי הנראה מפשט בסוגיא ודאי דאפי' אם אח"כ חזר ולקחה מאביו נמי לא מהני, דנהי דטרח ולקחה וחזינן דעת המוכר שרצה להעמידה ביד הלוקח, מ"מ אכתי הלוקח במה יקנה כיון דהכא לא שייך הטעם דסמך דעתו, וכן הוא דעת כל הראשונים, ואפי' לדעת הר"ן ונמוק"י דטעם דטרח מהני אפי' בדשלב"ל י"ל דהיינו דוקא כשמכרו סתם ואיכא לכל הפחות אומדן דעת דטרח הוא ללוקחה בכדי דליקום בהמנותי', דהא טרח אבין לחוד לא מהני בלא טעם דלא ליקרי' גזלנא או דליקה

בהמנותי', ולכן היכא שמכר לו סתם ושייך עכ"פ הטעם דליקום בהמנותי, אבל הכא דאמר בהדיא מה שאירש מכור לך, ואם לא יירש אין עליו שום דין ודברים א"כ איזה אומדן דעת הוא דלהכי טרח וזבין בכדי דליקום בהמנותי', וכיון שאין לנו אומדן דעת גם הרמ"א יודה דטרח לא מהני, דהא הרמ"א לא כתב דינו כ"א היכא שמכרו סתם, אבל כשפירש לו שרק כשיירש מכור לו גם הוא מודה וזה ברור:

**ועיין** מה שכתבתי, עוד בסמוך בשם הט"ז ונתיבות דאפי' בסתם לא קאמר הרמ"א כ"א היכא שהלוקח לא ידע שהשדה אינה של מוכר וכיון שמכר לו בחזקת שיש לו אמרינן דטרח אדעתא דליקום בהמנותי', אבל כשהלוקח ידע שאינה ברשותו לא שייך סברא זאת, וא"כ כשהתנה עמו בפירוש דרק אם יירש מכור דלא שייך סברא זאת:

שם **במחבר** שדה זו לכשאקחנה קנוייה לך ולא אמר כלום, והוא מהש"ס (ב"מ דט"ז) דאמר שם רב הכי, ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' ר"ט) דמה שאומר רב התם לכשאקחנה, אין הכוונה שהקנין יהיה אז לכשיקחנה, אלא רק שמראה לו הזמן מתי ראוי ליקח את השדה, אבל הקנין מקנה לו מהיום, ומשו"ה לא מהני, אבל אם אמר בפירוש שעיקר הקנין יהיה רק לכשיקחנה איה"ו דמהני לשיטת המרדכי המובא ברמ"א לעיל שם, ועיין עוד במקנה (קדושין דס"ב) שכתב נמי דהיכא דמכר לו בשטר והשטר קיים בידו עד לאחר שיקחנה מהני הקנין לדעת המרדכי הנ"ל, והכא מיירי רק כשמקנה לו בחליפין או בחזקה דלכשיבוא בעולם כבר הדר סודר למארי' ומשו"ה לא הביא הרמ"א כאן לדעת המרדכי:

שם **במחבר** שדה זו לכשאקחנה כו', הנה לשון שדה זו דנקטו הרמב"ם והמחבר לכאורה תמוה מאוד, דהנה בש"ס דב"מ (דף ט"ז) קאמר רב שדה לכשאקחנה קנויה לך לא קנה, וקאמר רבא עלה מסתברא מלתא דרב בשדה סתם אבל בשדה זו לא, ופריך עלה מכדי רב כמאן אמר לשמעתי' כר' מאיר ור"מ אפי' בשדה זו נמי דתניא האומר לאשה הרי את מקודשת לאחר שאתגייר כו' והא אשה כשדה זו דמיא, וברש"י ד"ה והא אשה כתב וז"ל דיש באלו שאין בידם להביא עצמו לכלל קדושין ע"ש, ובמתק לשונו נתכוון בזה לתרץ קושית הראשונים דמאי פריך מכדי רב כמאן אמרה לשמעתי' כר"מ, משמע דלא מצי לאוקמי מלתא דרב כרבנן משום דסברי דאין אדם מקנה דשלב"ל ואפי' בשדה סתם, ומנ"ל הא, דלמא ע"כ לא קאמרי רבנן שאין אדם מקנה אלא בשדה סתם אבל בשדה זו מהני, דאע"ג דדבר שלב"ל הוא מ"מ מתוך שבידו לקנותו שהרי ימצא מוכרים הרבה, כדבר שבא לעולם דמי, לזה פרש"י והא אשה כשדה זו, פי' שיש באלו השנוים במשנה שהם כשדה זו כגון לאחר שימות בעלך או אחותך דכל הני אינם בידו, אבל יש מאלו

דכשדה סתם דמי כגון לאחר שאתגייר, ואפ"ה סברי רבנן דלא מהני, הרי נשמע מזה שניהם, דלר"מ אפי' בשדה זו מהני, ולרבנן אפי' שדה סתם נמי לא מהני, ולפ"ז לדידן דקיי"ל כרבנן אפי' בשדה סתם נמי לא מהני, וא"כ יקשה טובא על הרמב"ם והמחבר שכתבו דשדה זו לכשאקחנה קנויה לך לא קנה, והו"ל לכתוב רבותא יותר גדולה שאפי' בשדה סתם נמי לא קנה, ומ"ש דנקטו כולהו שדה זו, וראיתי בהגהות מוהרצ"ח שדייק מזה לומר דבשדה סתם ס"ל באמת דמהני, ותמה על מהר"ם לובלין שכתב דלדידן דקיי"ל כרבנן אפי' בשדה סתם נמי לא מהני ע"ש, ובמחכ"ת אי"א לומר כן דלדידן מהני אפי' בשדה סתם וכמו שכתבתי דלרבנן אפי' בשדה סתם לא מהני, וגם לדידן קיי"ל כן, ומה דקשה על הפוסקים דנקטו שדה זו, היה נראה לכאורה עפמ"ש הע"ש המובא בש"ך סק"ב דלשיטת ר"ת בכתובות דף צ"א דסובר דהא דנקט בברייתא מה שאירש מאבא מכור לך לא קנה, היינו דוקא בסתם אבל אם פירש ואמר שדה זו שחירש מכור מהני וכתב הע"ש שלאו דוקא בירושה סובר ר"ת כן, אלא אפי' במכירה נמי אם פירש ואמר שדה זו לכשאקחנה קנויה לך מהני, דכיון שפירש ובירר מקחו מהני וכמ"ש הרא"ש שם טעם זה, ולדבריו בשדה זו מסתבר יותר לומר דמהני הקנין, ולזה כתבו הרמב"ם והמחבר רבותא שאפי' בשדה זו דבירר מקחו נמי לא מהני, ולאפוקי מסברת ר"ת, וכ"ש בשדה סתם דלא בירר מקחו דלא מהני, ולפ"ז הוה בשדה זו רבותא יותר גדולה משדה סתם, אלא דדברי הע"ש תמוהים מאוד, דממימרא דרבא בב"מ דקאמר מסתברא מלתא דרב בשדה סתם כו' משמע להדיא דבשדה סתם מסתבר יותר לומר דקני, ועל ר"ת גופא אין סתירה מש"ס הזה דהוא לא אמר כן כ"א בירושה, וירושה כיון דממילא קאתי ואין תלוי כלל ברצון המוכר שפיר י"ל דעכ"פ כיון דבירר מקחו מהני הקנין יותר. אבל גבי מכירה שתלוי ברצון המוכר, ודאי דבשדה זו יש לומר דמי יימר שיתרצה המוכר, ובשדה סתם סמכא דעתא כיון דהרבה שדות מצויין למכור, וכן הוא להדיא ברא"ש דכתובות שנתן הטעם כיון דירושה ממילא קאתי ובירר מקחו. הרי שדוקא בירושה מהני טעם זה, אבל במכירה היכי דבירר מקחו הוה חסרון לקנין, אכן על הע"ש שסובר דגם במכירה הוה מעלה היכי דבירר מקחו, מה יענה לסוגיא דב"מ, וגם הש"ך שהשיג על הע"ש לא השיגו כ"א על עיקר הדין שסובר דבשדה זו מהני הקנין, ובב"מ משמע שאפי' בשדה זו נמי לא קנה, אכן בזה משמע שגם הש"ך מודה לו דבשדה זו היה מסתבר ביותר להיות מועיל הקנין, ומאוד תמוה הוא וכמו שכתבתי, וכיון שדברי הע"ש נדחים אכתי ישאר תמיהתי על הרמב"ם ומחבר למה לא נקטו רבותא יותר גדולה שאפי' בשדה סתם נמי לא מהני, ולכן נ"ל ליישב, דהא ידוע שיטת הרמב"ם (פ"ג מהלכות זכיה) והמחבר לקמן סי' רמ"א

דצריך המוכר לסיים המקח ואם אמר קרקע מנכסיי נתונים לך הוה דבר שאין מסוים ולא קנה, ולפ"ז בשדה סתם הו"ל דבר שאין מסוים, ואפי' בלא טעם דדבר שלב"ל נמי לא מהני הקנין, ומשו"ה א"ש מה שלא הזכירו בדין זה שדה סתם לכשאקחנה, דבשדה סתם אפי' אם כבר קנה אותה וברשותו היא נמי לא מהני מטעם דבר שאין מסוים, ובהלכה הזאת שנתכוונו לאשמועינן רק הדין דבר שאין ברשותו, נקטו משו"ה שדה זו אע"ג דהוי דבר המסוים אפ"ה לא קנה מטעם דהוי דבר שאין ברשותו, אלא דאכתי יקשה דא"כ מה קאמר רבא בשדה סתם קונה כיון דסמכא דעתה, ותיפוק דאכתי לא יקנה מטעם דהוה דבר שאין מסוים, ומחמת זה נ"ל לדון דבר חדש בע"כ לא קאמר הרמב"ם דובר שאינו מסוים לא קנה, היינו דוקא לדידן דקיי"ל דבר שלב"ל לא קנה, הוה"ד דבר שאין מסוים, דטעמים דשייכי בדבר שלב"ל שייכי נמי בדבר שאין מסוים, אבל למ"ד דס"ל שגם בדשלב"ל מהני הקנין, כ"ש בדבר שאין מסוים דמהני לדידהו, דכמו בדשלב"ל אע"ג דלא סמיך דעתו, או מטעם שבשעת חלות הקנין אין על מה לחול, אפ"ה ס"ל כיון שסופו לבוא לעולם חל הקנין דמפרע, כ"ש בדבר שאין מסוים דמהני לדידי' וכמ"ש בעה"ת לגבי דבר שאין קצוב דלא מהני הקנין לשיטת הרמב"ם, מ"מ לר' מאיר דדשלב"ל מהני, יכול נמי להקנות דבר שאינו קצוב, ועיין בתומים ובקצוה"ח לעיל (סי' ס') ובחדושנו שם, ה"נ נימא כן לענין דבר שאין מסוים דלר"מ מהני, ולפ"ז א"ש דרבא דקאמר דבשדה סתם מהני היינו אליבא דרב דקאי בשיטת ר"מ וסובר דאדם מקנה דשלב"ל וכמבואר בגמ' שם, ולדידי' באמת שאין חסרון מה שהוא אין מסוים ומשו"ה לדידיה קנה, ובזה א"ש נמי מה שקשה לכאורה על הרמב"ם באידך בבא דמה שאירש מכור לך, דקאמר סתם מה שאירש, הא איהו פליג על ר"ת וסובר דאפי' בשדה זו לא מהני, א"כ ליתני רבותא יותר גדולה דאפי' אם פירש ואמר שדה זו שאירש נמי לא מהני, ולמה שכתבתי א"ש דבמה שאירש בע"כ דמיירי בש"ס בדפירש דאי לא פירש מה מייתי מינה בש"ס לענין דשלב"ל, ותיפוק דלא מהני מטעם דאין מסוים דמי יודע תה יירש אע"כ דמיירי בשדה זו ודו"ק:

סעיף ב' **במחבר** מי שהיה מורישו גוסס כו' ואם ימתין עד שימות וימכר יתבזה המת כו' תקנו חכמים כו'. ולענ"ד היה נראה שבכה"ג שאביו גוסס מהני המכירה מצד הדין אפי' אם מכר כל נכסיו שעתיד לירש, דהא הטעם דמה שאירש מאבא מכור לך דלא קנה הוה משום דלא סמיך דעת הלוקח דמי יימר שיירש מאביו כלום דשמא ימכור אביו נכסיו בחייו וכמו שפי' רש"י (ב"מ דט"ז ע"א), וכ"כ הרמ"א לעיל (סי' ר"ט) דהיכי דסמיך דעת הלוקח מהני הקנין בדבר שלב"ל נמי, וכשאביו גוסס הא אין בידו שוב למכור או לתת

לאחר דמכירתו ומתנתו לאו כלום הוא וכמ"ש בקדושין (דע"ח ע"ב) דקאמר הגמרא לר' מאיר יכיר למה לי ותיפוק לי' שבידו לתת לו ומשני לא צריכא בנכסים שנפלו כשהוא גוסס, ופרש"י דהשתא אין בידו לתת דלאו בר מתנה הוא, וא"כ לפ"ז כשאביו גוסס שפיר סמיך דעתו של לוקח כיון שאין ביד האב למכור עוד מהני המכירה מן הדין, ומה שאמרו בש"ס דב"מ דמה שאירש מאבא היום אינו מכור רק משום כבוד אביו. י"ל דמיירי כשבא למכור בשעה שאיננו עוד גוסס, אבל בגוסס איה"נ דמהני מן הדין, ובכ"ז על המחבר שכתב כאן להדיא מי שאביו גוסס ואפ"ה סיים דרק משום כבוד אביו מכור ורק מן התקנה ולא מן הדין, לא קשה, דהא איהו לשיטתו לקמן (סי' ר"ן) דגוסס יכול למכור ולתת וכשיטת התוס' בקדושין ואכתי לא סמיך דעתו, אבל להפוסקים דגוסס לא יוכל למכור איה"נ דמדינא יכול למכור משום דסמיך דעת הלוקח. ונ"ל להביא ראיה דכל היכי דסמיך דעתו מועיל המכירה מן הדין, מסוגיא דכתובות (דף פ"א) ההוא גברא דנפלה לי' יבמה בפומבדיתא בעי אחוה למפסלה בגיטא אמר אי משום נכסי פליגנא לך אמר רב יוסף כיון דאמור רבנן לא לזבן אי זבן לא הוה זביני, ופרש"י דמה שהתנה זה לחלוק וקנו מידו הרי הוא כמכר, וקשה טובא שם קושית הר"ן ז"ל דמאי הוצרך לטעם דרב יוסף משום דאי עביד לא מהני תיפוק דבלא"ה אינו מועיל דהוה דשלב"ל וכאומר מה שאירש מאבא מכור לך, ואמנם למה שכתבתי לק"מ, דהא גבי מה שאירש גופא דלא מהני המכירה היינו משום דלא סמיך דעת הלוקח אם יירש מאביו כלום, ולפ"ז התם שאחיו המוריש כבר מת, והשומרת יבם נמי לא תוכל למכור הנכסים, ואין שום דבר שיעכב לפני את זה לקבל הירושה, אלא החשש שמא יפסלנה אחיו השני בגט, וא"כ עתה שגם עמדו מתפשר, אין שום מעצור מעתה, ושפיר סמיך דעתו של זה, דהא התם מיירי שיותר משני אחים הללו אין וכמו שמוכרח מלשון רש"י שם שכתב וז"ל פליגנא לך כאילו אני חולץ לה ולא אטול אלא כמותך עכ"ל, ואס"ד שהיו יורשים אחרים היה היבם צריך ליטול ולהחזיק ואח"כ יתן לזה החצי' אע"כ שלא היו שם יורשים אחרים זולת אלו שני האחים, וכ"כ הר"ן דלא היה שם כ"א שני אחים, וא"כ לא מצי למיפסלנה בגט ולעכב ליבם שלא יירש אלא זה האח שמתפשר עמו, ואחרי שהוא מתפשר גם עמדו אין שום מעצור ושפיר סמיך דעתו של אח המקבל, והיכי דסמיך דעתו מהני' אפי' דבשלב"ל ממש, והרי מוכח מסוגיא ההיא כמו שכתבתי דהיכי דסמיך דעתו מהני במה שאירש, ולפ"ז באביו גוסס נמי מהני מדינא וכמו שכתבתי:

אלא דלפ"ז יקשה על רש"י, דבב"מ גבי מה שאירש היום כתב דהיינו כשאביו גוסס, והוא עצמו סובר דגוסס אין מתנתו מתנה, ועוד דבברייתא גופא קאמר הטעם דרק משום

כבוד אביו, ומה שכתבתי דמיירי כשבא למכור בשעה שאיננו עוד גוסס הוא דחור, דאם אינו גוסס מנא ידע שימות היום, ואיהו הא אמר מה שאירש מאבא היום, ונ"ל ליישב דבאמת שני סוגי גוססים יש, כמו שאנו רואין בחוש, יש גוסס שאף שניכר בו סימני גסיסה, מעלה ליחה בגרונו ובודאי לא ישוב לתחיה, אפ"ה שפוי הוא בדעתו ומדבר הכל בדעה צלולה, גוסס כזה, כשאנו דנין אם ימות בודאי, לענין שיהא רשאי להכין צורך קבורתו, ודאי שדייניגן לו לודאי ימות, דכיון דסימני הגסיסה ניכרים בו, ודאי הדבר דלא ישוב עוד לתחיה, ורשאי להכין צורך קבורתו, אבל לענין מתנה ומכירה, כיון שהוא שפוי בדעתו ומדבר, למה לא יהא ביכולתו למכור ולתת, ויש נמי גוסס שמונח כבול עץ בלי שום דעת ודבור, ורק ע"י המבחן ניכר בו עוד אותות חיים, גוסס כזה פשיטא שלא יוכל שוב למכור ולתת אחרי שאינו מדבר ואינו שפוי בדעתו וגם לרמוז אינו מבין, ולפ"ז א"ש דמה שפרש"י גבי מה שאירש מאבא היום דמיירי כשאביו גוסס, דכוונתו דאל"ה לא היה רשאי להכין צורכי קבורה, מיירי בגוסס מסוג הראשון, וגוסס כזה אף שבודאי ימות ומותר להכין צורכי קבורה, אבל אכתי מכירתו ומתנתו קיימת כיון דשפוי בדעת ומדבר הכל, ומשו"ה אכתי לא סמיך הלוקח דחושש שמא ימכור עוד אחרי שבידו למכור, ולא קשה תו מהש"ס דקדושין, דהתם קאמר דלמה לי קרא דיכיר לומר שמהימן כי בנו הוא, ותיפוק דבידו להתם, וע"ז משני ל"צ בנכסים שנפלו כשהוא גוסס, והתם שפיר מתפרש, כיון דיש גוסס שלא יוכל לתת, א"כ אכתי צריך קרא לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס כזה שלא יוכל שוב לתת. ואין לומר דכיון שלא יוכל לדבר, א"כ אינו יכול לומר גם זה שבכור הוא, די"ל דהאמירה שבכור הוא אמר קודם שהיה גוסס, ורק הנכסים נפלו לו כשהוא גוסס, דאינו יכול שוב לחתם להבן ואיצטריך קרא דעכ"פ מצד הנאמנות מהימנינן לי', ואם כי הפוסקים הבינו מרש"י דקדושין דסובר דכל גוסס אין מתנתו מתנה ודייקו כן מלשונו שכתב שם בד"ה כשהוא גוסס וז"ל דמודה ר"מ באומר נכסים שיבואו לי כשאהיה גוסס נתונים לך שלא אמר כלום הואיל ובשעה שבאים לעולם לאו בר מתנה הוא עכ"ל, ומלשון דלאו בר מתנה הוא הוכיחו דלאו בר נתינה הוא כלל ואינו תלוי כלל אם יכול לדבר כסברת התוס'. דהא התם הוי האמירה מכבר קודם שהיה גוסס וכלשון רש"י שאמר נכסים שיבואו לי כשאהיה גוסס נתונים לך, הרי דהאמירה היה מכבר ואין מחוסר עוד מעשה הדבור ואפ"ה סובר רש"י דלאו כלום הוא, אכן למה שבארתי, בגוסס כזה שאין בו שום דעה עוד ומונח כבול עץ איה"נ דלאו בר נתינה הוא אבל בגוסס השפוי בדעתו ומדבר, נהי דבודאי שימות, אבל אכתי חי הוא לכל מילי גם למכירה גם לנתינה, ובזה מיושב הרבה קושיות שהקשו הראשונים על רש"י עיין עליהם, ועוד היה נראה

לומר שגם רש"י סובר כשיטת התוס' דגוסס בר נתינה הוא והעיקר תלוי אם יכול לדבר, והתם בקדושין היינו טעמא דמתנתו אינה מתנה משום דמסתמא גוסס אינו יכול לדבר, אבל אם היה מכבר פשיטא דדבריו קיימין גם לרש"י, ולשון לאו בר מתנה שכתב רש"י לאו דוקא הוא אלא כוונתו דלאו בר מתנה הוא משום דאינו יכול לדבר, ויש לי להוכיח כן דאי נימא כהבנת הראשונים ברש"י דלאו נתינה הוא כלל, א"כ למה לן למימר התם בנכסים שנפלו כשהוא גוסס, לוקי גם בנכסים שהיו לו מקודם, אלא שעד עתה לא אמר עוד שהוא בכור, והגדתו היתה בשעה שהוא גוסס ולאו בר נתינה הוא כעת, ומשו"ה איצטריך קרא דנאמן גם אם אומר כשהוא גוסס דבכור הוא דלאו בידו לתת לו, אע"כ דעיקר החסרון מגוסס הוא משום דמסתמא אינו יכול לדבר, ולכן עתה בעת גסיסתו לא יוכל שוב לומר שבכור הוא, כיון שאינו יכול שוב לדבר, ובע"כ שאמירתו שבכור הוא אמר מקודם, ומשו"ה הוכרח לאוקמי בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, אבל האמירה שבכור הוא אמר מקודם:

סעיף ז' **במחבר** מי שהיה לו פקדון ביד אחר ה"ז מקנהו כו', ועיין ש"ך ס"ק ה' שמביא מחלוקת הפוסקים במי שיש לו משכון ביד אחר אם יכול להקדיש ולמכור ע"ש שקיצר מאוד, ובכדי לברר דין זה, ואם שכירות שוה למשכון נצרך להאריך. הנה התוס' (ב"מ דע"ג) כתבו דיכול אדם למכור מה שהשכיר ביד אחרים והביאו מערכין (דף כ"א) דקאמר התם להדיא דאם הקדיש המשכיר את הבית אין השוכר רשאי לדור בו ואם דר בו מעל, וקשה דאמרינן בכתובות (דף נ"ט) בית שמשכנתי לך לכשאפדנה ממך תקדש קדשה, משמע שכל זמן שהיא ממושכנת אין יכול להקדיש, ועל הסתירה הגדולה הזאת הרעישו רבותינו הראשונים ז"ל והרבה תרוצים נאמרו ע"ז, התוס' בכמה דוכתי תרצו דמה שיתר על החוב יכול להקדיש ולא מה שכנגד החוב, וההיא דכתובות מיירי שרוצה להקדיש כולה ע"ש. והר"ן בנדרים (פרק השותפין) כתב דבערכין מיירי בהשכיר לו בית סתם ולהכי מצי להקדיש ויהוב לו לשוכר בית אחרינא, אבל בבית זה ודאי לא מצי המשכיר להקדיש, והכי מיירי הך דכתובות דקאמר לכשאפדנה, וסמ"ג בשם ריב"א תירץ לחלק בין משכון לשכירות, דמשכון דומה להקדים שכרו דאין יכול להקדיש ועיין מ"ש התוס' בערכין מזה שם, ולפ"ז יש לתמוה על הרמב"ם (פ"ו מהלכות ערכין) שכתב להנהו תרי דינים בסתמא, דבמשכון כתב לכשאפדנה ממך תקדש קדשה, ומשמע דקודם שפדה אין יכול להקדיש, ואח"כ כתב דבמשכיר בית לחבירו והקדישה המשכיר פקע השכירות, ולא הזכיר שום חילוק מכל הנהו חלקים, ואפשר לי לומר דבעיקר הסתירה שהקשו התוס' יש ליישב ולחלק בין משכון לשכירות, דמשכנתא דהוה כמכר בידו עד

שיסלק החוב וכדאמרינן (ב"מ דס"ב) אינהו בתורת זביני אתו לידו, וכיון דעד שיסלק החוב הוה כמכר משו"ה א"י להקדיש, דפשיטא שדבר המכור כבר אינו יכול להקדיש, אבל בשכירות דלא הוה כמכר כלל, דגוף הבית ודאי דלא הוה כמכור, אלא אפי' הנאת התשמיש נמי לא חשוב כמכור וכמ"ש התוס' (ב"מ דנ"ו ע"ב) דלא אמרי' שכירות ליומא ממכר כ"א לגבי אונאה לבד אבל לכל מילי לא הוה כמכור, וכיון דלא הוה כמכור יכול שפיר להקדיש, וכן מצינו לענין איסור רבית לחלק בין משכנתא לשכירות, ואמרינן נמי דמשכנתא עדיף משכירות, דגבי שכירות קיי"ל דהמלוה לחבירו אסור לשכור ממנו בפחות וכמ"ש (ב"מ דס"ד) ואילו גבי משכנתא מותר בנכייתא אע"ג דהוי נמי בפחות, ותי' התוס' שם דמשכנתא דהוה כמכר הלכך התירו חכמים לאכול בנכייתא, אבל אם השכיר לו בלא משכנתא אם ישכור בפחות הוה רבית וכ"כ הרא"ש שם ביתר ביאור ע"ש, וא"כ גם לענין זה נמי יכולים אנו לחלק בין משכנתא לשכירות, דבמשכנתא כיון דהוה כמכור ודאי דא"י להקדיש ולמכור, ומיושב שפיר הסתירה מש"ס דערכין להך דכתובות, ולפ"ז מיושב נמי דברי הרמב"ם הנ"ל שסתם להנהו תרי דינים כפשוטם, משום דאיהו לשיטתו דסובר נמי דשכירות לאו ממכר הוא כלל וכמ"ש בט"ז לקמן (סי' שע"ג), להכי אתי שפיר הנהו תרי פסקי הרמב"ם כפשוטם. במשכנתא דהוה כמכר, דייק לכתוב כשאפדנה, ומקמי הכי לא, דאין יכול להקדיש דבר המכור, ובשכירות דלא הוה ממכר כלל שפיר יכול להקדיש בכל אופן, ואין להקשות מעובדא דרב מרי בר רחל (ב"מ דע"ג) דהוה נמי משכנתא ואפ"ה יכול היה למכור, דשאני התם דישראל מנכרי לא קנה המשכון ולא הוה כמכור וכמ"ש בפסחים (דף ל"א) דחכמים דר"מ ס"ל דישראל מעכו"ז לא קנה משכון. ועיין בפנ"י בכתובות שם דנשאר נמי בתימה על התוס' דמדמו משכנתא דכתובות דמיירי בישראל, למשכנתא דב"מ דמיירי בעכו"ז, ועמ"ש עוד בהפלאה בכתובות שם:

**והנה** על כל הראשונים הרא"ש והר"ן שטרחו ליישב הסתירה הזאת וכמו שכתבתי לעיל, ולא ניחא להו לחלק בין משכנתא לשכירות כחלוקי, דלשיטתם בפירושא דשכירות ליומא ממכר הוא אין לחלק בכך וכמו שנבאר, דהנה בתוס' (ב"מ דנ"ו) בד"ה והאי ביומי' הקשו איך אמרינן דיש אונאה לשכירות משום דשכירות ליומא ממכר הוא, והא במס' ע"ז מוכח דשכירות לא קניא, מישראל ששכר פרה, ומלא לבית דירה אמרו. ותי' דדוקא גבי אונאה דכתיב ממכר מיותר אמרינן דשכירות נמי ממכר הוא אבל לא לכל מילי ע"ש, ואכן בנמוק"י שם תירץ דודאי לכל מילי הוה שכירות כמכר, אלא דלא הוה כמכר כ"א הנאת התשמיש ולא גוף הדבר, וא"ש הך דע"ז דקאי התם לגבי אכילת תרומה,

שאם כהן שכר פרה מישראל לא יאכילנה כרשיני תרומה, ונהי דיש לכהן בפרה קנין שכירות, אבל גוף הפרה כיון דשל ישראל הוא אסור להאכילה תרומה, וכן לענין להכניס ע"ז כיון דביתו של ישראל הוא אף דיש לעכו"ם קנין שכירות, אסור להכניס בתוכה ע"ז, אבל ודאי דהנאת התשמיש הוה כמכור, ואמנם שיטת הרא"ש הוא דשכירות הוה כמכר ממש אפי' לענין גוף הדבר, דהטור לקמן (סי' ר"ס) הביא בשם הרא"ש דשכירות ליומא ממכר הוא לענין קניה ושלו הוא עד תום שנתו ע"ש, ויותר יש להוכיח ממ"ש הרא"ש בב"ק הטעם דמשכיר יכול להקדישו משום דסוף הקרקע לחזור ליד המשכיר, ובתשובה סי' א' ביאר יותר דהוה עי"ז כמו חצר השותפין כיון שלאחר זמן השכירות יחזור להמשכיר ולכן הוה כחצר השותפין משום שיש לשניהם חלק בו, וע"ש בב"ק שכתב וז"ל ומתוך זה נ"ל דהקדש שחל על גוף הקרקע אעפ"י שמשכנו או השכירו יכול לאסור חלקו שיש לו כו' ע"ש, ואי נימא דס"ל להרא"ש כהנמוק"י דשכירות לא הוה ממכר כ"א לענין ההנאה ולא לגוף הדבר, למה לו לומר הטעם דיכול להקדיש הגוף משום דסופו לחזור ליד המשכיר, תיפוק לי' משום דבגוף הקרקע אין לשוכר שום קנייה, אע"כ דס"ל דגם הגוף מכור הוא ליומא, ולהכי אי לאו טעמא דסופו לחזור לא היה יכול לאסור אפי' הגוף, ועמ"ש מזה בתשובת ושב הכהן סי' מ"ז, ולפ"ז א"ש דהרא"ש לשיטתו אי"א לחלק בין משכנתא לשכירות, דהחילוק שכתבתי לא שייך כ"א לשיטת התוס' דס"ל דשכירות לאו ממכר הוא כלל, ואפי' לשיטת הנמוק"י דמכר הוא לענין הנאת התשמיש, מ"מ אכתי לא דמי למשכונא דמשכונא הוה הגוף כמוכר עד שיסלק, אבל לשיטת הרא"ש דגם בשכירות הוה הגוף כמכור, ורק משום דסופו לחזור והוה כחצר השותפין א"כ דמיא ממש למשכנתא, דהתם נמי סוף הקרקע לחזור, ועפי"ז ניחא נמי מה שכתבו הטור ומחבר (יו"ד סי' רכ"א) שהשוה דין דממשכן משכיר, והוא דלא כרמב"ם הנ"ל שמחלק ביניהם, והיינו משום דגם הם לשיטתם דפסקו לקמן (סי' ר"ס) כהרא"ש דשכירות ממכר ממש הוא וא"כ דמי ממש למשכנתא, וגם בר"ן י"ל נמי דסובר כהרא"ש בזה, ומשו"ה הוכרחו לתירוצים אחרים בישוב הסתירה ממשכון לשכירות, אכן על התוס' בלבד יקשה דהם עצמם ס"ל דשכירות לא הוי כמכר כלל אפי' לענין הנאת התשמיש, ובמשכנתא ס"ל דהוה כעין מכר וכמ"ש בב"מ (דס"ד ע"ב) בתוד"ה ולא ישכור, א"כ למה טרחו למצוא ישובים אחרים ולא תירצו כפשוטו דבמשכנתא דהוה כמכר א"י להקדיש, ובשכירות יכול להקדיש:

**ואפשר** ליישב שיטת התוס', דהנה כבר כתבתי דמעובדא דרב מרי (ב"מ דע"ג) מוכח דאפי' במשכון יכול למכור, וייבתי דהיינו משום דישראל מנכרי לא קנה משכון,

ואמנם הא חזינן לתוס' שבכל המקומות שדברו מזה הביאו גם מעובדא הזאת להוכיח דבמשכון יכול למכור, מכלל דלא ניחא להו לחלק בין נכרי לישראל, ובטעם הדבר י"ל כמ"ש ההפלאה בכתובות, דהטעם דישראל מעכו"ם לא קני משכון הוא משום דקנין המשכון יליף מהך דר' יצחק דיליף מקרא דולך תהיה צדקה, ודר' יצחק מיירי שלא בשעת הלואה, וקנין מעות ליכא דהמעות הוי הלואה כבר, ורק קנין משיכה הוא דאיכא, א"כ היינו דוקא בישראל דמשיכה קונה, אבל בעכו"ם דקנינו במטלטלין בכסף כדאיתא בע"ז דלישראל בחדא ולעכו"ם בחדא, א"כ אין לו במה לקנות המשכון, ורק ר"מ לטעמי' דס"ל בקדושין (דמ"ח ע"א) דהמקדש במלוה מקודשת והוה"ד במכר שפיר קונה בכסף ההלואה, אבל לרבנן דמלוה לא קנה ומשיכה נמי לא קנה בעכו"ם במטלטלין, לא יוכל לקנות המשכון, ולפ"ז היינו דוקא במשכון של מטלטלין, אבל במשכון דקרקע כהך דב"מ דעיקר קנינו בשטר, אין חילוק בין ישראל לנכרי וכיון שכן אתי שפיר מה שלא רצו התוס' לחלק בין שכירות למשכנתא ולומר דבמשכנתא דעדיף משכירות אין מועיל המכירה, דהא יש להם הוכחה מסוגיא דב"מ דמיירי נמי במשכון ואפ"ה יכול למכור, והיינו דבכל המקומות שהביאו התוס' להקושיא מערכין אההיא דכתובות, הביאו נמי מהך עובדא דב"מ אע"ג דא"צ לזה לכאורה, דהא הקושיא היה שפיר בלא זה, אלא משום דבלא עובדא דהתם הו"א לחלק בין הך דערכין דמיירי התם בשכירות להך דכתובות דמיירי במשכון, להכי דייקו בכל מקום לצרף לזה גם סוגיא דב"מ דמיירי נמי במשכון ואפ"ה יכול למכור, הרי דאין חילוק בזה דוק ותשכח, ואכן כל זה נוכל לומר רק בדעת התוס' דיסברו כטעם דהפלאה בזה שאין ישראל מעכו"ם קונה משכון ושלפי"ז בקרקע אין חילוק. ושפיר מוכח מסוגיא דב"מ דאין לחלק בין משכון לשכירות, אבל הרמב"ם לשיטתו אי אפשר לו לפרש כטעם דהפלאה מחמת תרי טעמי, חדא דהא שיטת הרמב"ם ידוע דס"ל דבישראל במשיכה, ובנכרי או בכסף או במשיכה וכמ"ש המ"מ והכ"מ (פ"א מהלכות זכיה ומתנה), וא"כ גם מנכרי יוכל לקנות המשכון ע"י משיכה, ועוד דאפי' בכסף ההלואה נמי יכול לקנות, דאע"ג דמיירי במשכנו שלא בשעת ההלואה ונעשו המעות הלואה, הא הרמב"ם ס"ל דמלוה קונה במכר, ובע"כ דהרמב"ם יסבור דטעמא דחכמים דר"מ דס"ל דישראל מנכרי אין קונה משכון. היינו משום דיליף לה מקרא דולך תהיה צדקה וישראל מישראל דבר צדקה הוא קני אבל משכון דנכרי דלאו בר צדקה הוא לא קני וכמ"ש הר"ח שם טעם זה, ולטעם זה אין חילוק בין קרקע למטלטלין ואפי' במשכון דקרקע נמי אין קונה ישראל מנכרי, ובאמת כן מוכח כולה סוגיא דפסחים שם דאפי' בקרקע נמי לא קנה וכמ"ש הפנ"י בכתובות ע"ש, וכיון שכן אין מוכח מהך

דב"מ כלל דבמשכון נמי מועיל המכירה, די"ל דהתם מיירי במשכון של נכרי דלא קנה אותו כלל משו"ה מועיל המכירה, אבל במשכון דעלמא ודאי דאין יכול למכור כיון דמשכנתא נחשב כמכר, וא"כ לא קשה כלל מההיא דערכין דמיירי בשכירות דלא נחשב כמכר לשיטת הרמב"ם, משו"ה יכול להקדיש ולמכור, אבל במשכנתא אין יכול למכור. וצדקו דברי שניהם, דברי התוס' דמדמו משכון לשכירות ודברי הרמב"ם דמחלק ביניהם. דלדעת התוס' היה להם הכרח מן הש"ס דב"מ שאין לחלק ביניהם, ומשו"ה הוכרחו לתירוצים אחרים בישוב הסתירה מערכין לכתובות, והרמ"ם לשיטתו אין שום הכרח מש"ס דב"מ, משו"ה מיישב בפשיטות וחילק בין ההיא דערכין דמיירי בשכירות להההיא דכתובות דמיירי במשכנתא:

**ואחרי** שעלה בידנו בעזה"י ליישב שיטת הרמב"ם והתוס', ננסה עוד את כחנו ליישב שיטת הריב"א המובא בתוס' בערכין בישוב הסתירה הזאת, דבכתובות דמיירי במשכון שהקדים לו המעות, ובכה"ג גם בשכירות אם הקדים לו השכירות אינו יכול שוב להקדיש דהוה כמו שאינו של משכיר, ובערכין מיירי שלא הקדים לו השכירות עדיין להכי יכול להקדיש ע"ש. וכבר הרעישו רבותנו גם על תירוץ הזה דמאי נ"מ יש בין הקדים לו השכירות או לא, הלא שכירות קרקע נקנה נמי בשטר וחזקה בקנין גמור ואפ"ה יכול להקדיש, א"כ כי נתן לו גם הכסף מאי הוה ומה מועיל קנין על קנין. ועוד דהא ודאי שלא נתן לו הדמים לשם קנין מאחר שכבר קנה השכירות כדרך כל השוכרים אלא דהוה כמסיק בו זוזי, עיין על דבריהם ברא"ש (נדרים פ' השותפין), והנה אם התלונה לא היתה כ"א על הריב"א בלבד החרשתי, אכן באשר שבירושלמי נמי מפורש כדבריו דז"ל הירושלמי (פסחים פ"ד) המשכיר בית לחבירו ועמו והקדיש ה"ז מקודשת אימתי בזמן שלא הקדים לו שכרו אבל הקדים לו שכרו ה"ז דר בתוכו בחנם, והתוס' בערכין ונדרים הביאו ראיה לזה גם מן התוספתא, וכן פסק הא"ז להדיא בב"מ ד"ו וכ"כ נמי הסמ"ג. וקשה לעשות לכל אלו כטועים בדבר התלוי בסברא, לזה נ"ל ליישב דכל הפוסקים הללו יסברו נמי כשיטת התוס' דשכירות לאו ממכר הוא כלל, או כהנמוק"י דאין ממכר כ"א להנאת התשמיש ולא לגוף החפץ, וכיון שכן מצד עצם קנין השכירות אכתי יש זכות ביד הבעלים להקדישה, דנהי דהשוכר קנה קנין גמור להנאת התשמיש אבל הגוף לא קנה כלל ובודאי יכולים הבעלים להקדישו, ואיך יוכל השוכר לדור בתוכה, הא תחת בית של הקדש הוא דר, וע"כ הוא נהנה מן ההקדש, ואף דיש לו קנין ליהנות, הקנין לא יוכל לבטל איסור הנאת הקדש, אכן כל זה הוא דוקא כשלא הקדים לו שכרו דאין לשוכר שום תביעה ושעבוד על גוף הדבר כ"א מצד הקנין שהשכירו

ליהנות בו, אבל אם הקדים לתת לו שכרו, אז יש לו זולת תביעת הקנין, עוד תביעה אחרת על ממון השכירות, ובעד התביעה הזאת גוף הבית משועבד לו לסלוק החוב, דאע"ג דלא עשאו אפותיקו מפורש, הא משכנתא ושכירות אפי' בסתם הוה נמי אפותיקו וכמבואר לעיל (סי' קי"ז) וכיון דגוף הבית הוה נמי אפותיקו ודאי דאינו יכול שוב למכור, ואפי' להקדיש נמי אינו יכול, דע"כ לא אמרינן (גיטין ד"מ) דהקדש מפקיע מידי שעבוד האפותיקו, דוקא קדושת הגוף כמו בעשאו שורו אפותיקו, אבל קדושת דמים הא ס"ל לרש"י התם דאין מפקיע מידי שעבוד, והנה הירושלמי ודאי דסובר בזה כרש"י, וכמ"ש התוס' שם בשם הירושלמי, ומשו"ה לשיטתו שפיר חילק בין הקדים השכירות ללא הקדים, דבלא הקדים שאין לו כ"א קנין על ההנאה ולא בגוף הדבר שפיר יכול להקדיש, אבל בהקדים השכר, דהגוף משועבד נמי לחוב ממון השכירות, וקדושת דמים אין מפקיע מידי שעבוד, וכן י"ל נמי דהריב"א והא"ז סברי נמי כרש"י ושפיר חילקו. ועיין בתומים ונתיבות שכתבו להדיא דאפי' במשכון סתם אינו יכול למוכרו מטעם דהוי כאפותיקו ודו"ק בכ"ז. ועיין במהר"ם שי"ף בב"מ שכתב נמי דמיירי בהקדים לו השכר, ובהגהות הקשה עליו כקושית הרא"ש בנדרים הנ"ל, ולא זכר כלל לא מהירושלמי ולא מהרא"ש שזכרנו:

שם **במחבר** ואם כפר בו זה שהופקד אצלו אינו יכול להקנותו, ועיין בקצוה"ח ס"ק ד' שהביא בשם תשובת הב"ח דהפקר מהני גם בדבר שאינו ברשותו ע"ש, ולכאורה אפשר להביא ראיה דלא מהני ממשנה דקדושין (דמ"ח ע"א) על מנת שאני עני ונמצא עשיר אינה מקודשת, והקשה בס' אור חדש אמאי סובר ת"ק דאינה מקודשת ודאי אכתי ליהוי ספק קדושין דשמא בהאי שעתא הפקיר הלה כל נכסיו בינו לבין עצמו דמה"ת סגי בזה לשיטת הרא"ש והביאו הטור לקמן (סי' רע"ג) וכיון שהפקיר כל נכסיו נפקא להו מרשותו בהאי שעתא ואשתכח דבאמת עני היה באותה שעה ע"ש, וכתבתי ליישב דבלא"ה יש להקשות גם כשנמצא עשיר השתא אמאי אינה מקודשת כלל ואפי' ספק לא הוה, וניחוש דשמא לבתר הכי נתעשר דמאין נוכל לידע שבאמת עשיר היה באותה שעה ודלמא לבתר הקדושין מצא מציאה ונתעשר, ואפי' כשהוא בעצמו אומר שבאמת הטעה אותה ועשיר היה, אינו נאמן בעצמו לבטל הקדושין, חדא דאינו נאמן להשים עצמו רשע ולומר שהטעה אותה במזיד, דאפי' בכה"ג שייך אין אדם משים עצמו רשע וכמ"ש בתשובת מוהר"ם מינץ (סי' ע"ד) דכשם שאמרינן אין אדם משים עצמו רשע כך אמרינן דאין אדם משים עצמו רמאי, ועוד גדולה מזו מבואר בחדושי הרשב"א (פ"ב דכתובות) בסוגיא דאמנה היו דברנו, דגם משום חסידות אמרינן דאין אדם משים עצמו

רשע כ"ש כשעושה רמאות דהוה איסור ודאי דאינו נאמן, ועוד דלבטל הקדושין לא סגי בעד אחד, ובע"כ דמיירי כשהיה לו מעות בהלואה ביד אחרים והלוים הללו באים עתה להעיד כי באותה שעה היה אצלם מעותיו של זה בהלואה, וכיון שכן לא שייך תו החשש דשמא הפקיר, דהא אין הפקר חל על דבר שאינו ברשותו וכמ"ש התוס' (ב"ק דס"ט) ד"ה צנועים, והיינו דלא כהב"ח, אלא דיש לדחות ראיה זאת, דהא אכתי משכחת שיהא נודע שהיה עשיר באותה שעה, כגון כשהיו מעותיו פקדון ביד אחרים והנפקדים מעידים ע"ז, ופקדון יכול שפיר להפקיר, דכל זמן שלא כפרי' כברשותו דמי כמבואר כאן ואכתי אמאי סתים התנא דאינה מקודשת בכל אופן והא כשנודע שהוא עשיר ע"י פקדון יש לחוש שמא הפקיר, וגם בלא"ה יש לדחותה די"ל דכיון דמדרבנן לא מהני הפקר שבינו לבין עצמו משו"ה לא חיישינן שמא הפקיר כיון דההפקר אינו חל, ועוד נראה דקושית האו"ח מעיקרה לק"מ, דהא בעל מנת שהוא עשיר מבואר שם בברייתא כל שחביריו מכבדין אותו מפני עשרו ומשמע דאין חוששין כלל לאמיתת הדבר אם הוא עשיר באמת או לא אלא אזלינן בתר חזקתו בעירו ובודאי דבנמצא עשיר נמי רק על החזקה משחינן, דאם בני עירו מחזיקין אותו לעשיר ה"ז קדושי טעות, ולפ"ז אין מקום כלל לקושית האו"ח דניחוש שמא הפקיר בינו לבין עצמו, דאפי' אם עשה כן לא מהני כיון דס"ס בני עירו שלא ידעון מן ההפקר מחזיקין אותו לעשיר ואכתי אין כאן קדושי טעות, ועיין במקנה שנסתפק בזה אם אזלינן בתר חזקתו בעירו או משגחינן על אמתת הדבר ע"ש, ולמה שכתבתי יהיה ראיה מן הסוגיא דלא משגחינן על אמתת הדבר דאל"ה ניחוש שמא הפקיר, וע"ז לא שייך תי' המקנה שתי' על קושיתו דניחוש שמא יש לו ע"ש, אע"כ דלא אזלינן כ"א בתר החזקה בעיר:

## סימן ריב

סעיף א' **במחבר** אין אדם מקנה לא במכר ולא במתנה אלא דבר שיש בו ממש כו' לפיכך המקנה לחבירו אכילת פירות דקל כו' לא קנה, והנה לא ביאר המחבר אם דין זה דלא קנה הוי דוקא כשליתנהו להפירות בעין או אפי' כשאיתנהו בעין נמי לא קנה, ולכאורה דין זה במחלוקת שנויה ותלוי בחילוק הטעם דאמרו בזה דלא קנה, דכמה מהראשונים מפרשים הטעם דיאכל פירות דקל לא קנה הוה משום דאכילה הוה דבר שאין בו ממש, ולטעם זה אפי' כשאיתנהו בעין נמי לא קנה, כיון דאין בו ממש לחול ע"ז הקנין, וכ"כ להדיא בחדושי הרמ"ה לב"ב שם דהנך רבוותא הכי סברי, ואית דמפרשי דהטעם הוא משום דהוה דבר שלא בא לעולם, ולכן כי איכא לפירות בעין שפיר מהני, אלא דלפ"ז יקשה דמלשון המחבר אין אדם מקנה אלא דבר שיש בו ממש, משמע דסובר דהטעם

הוא משום דאין בו ממש, ואפ"ה הא מוכח דסובר דבאיתנהו בעין דמהני, וכמ"ש הט"ז להוכיח כן מדסובר דלשון זה מהני בשכ"מ, ע"ש בט"ז שכתב דמזה מוכח שבע"כ גם המחבר מודה באיתנהו, אבל מאוד תמוה זה כיון דסובר משום דאין בו ממש, מה מועיל דאיתנהו בעין, ונ"ל ליישב עפמ"ש הרמ"ה וז"ל אבל בפירות שבאו לעולם מהני בהו לישנא דיאכל, דלא גרע מלישנא דיטול, ולא דמי ללישנא דיהנה בהן דאילו התם כיון דלא משמע דלשקלינהו לגמרי כידור פלוני בבית זה דמי, אבל יאכל דשקיל להו לגמרי משמע דאי לא שקיל מהיכא אכיל עכ"ל. הרי למדים אנו מדבריו טעם חדש, דבאמת אכילה הוי דבר שאין בו ממש, ורק באיתנהו בעין מהני הקנין משום דאמרינן דהפירות גופייהו נתנם לו, ולפ"ז מיושב מאוד דעת המחבר, דכשליתנהו לפירות בעון דאז אי"א לפרש דשקיל לפירות לגמרי ועצם הפירות מקנה כיון דליתנהו, ובע"כ דאכילת הפירות מקנה לו, ואכילה הוי דבר שאין בו ממש, אבל באיתנהו בעין בזה אמרינן דלא אכילת הפירות מקנה אלא עצם הפירות גופייהו, וזה ודאי דמהני לכו"ע, ואין להקשות כיון דהמחבר דסובר דלא מהני אי כ"א בלוסנהו בעון א"כ למה הוצרך לטעם דדבר שאין בו ממש, הא אפי' אי הוה יש בו ממש לא מהני מטעם דבר שלב"ל, די"ל בגוונא דדבר שלב"ל לא הוי חסרון וכגון באופנים המבוארים לעיל (סי' ר"ט) דמועיל הקנין בדשלב"ל, אפ"ה בזה לא מהני מטעם אין בו ממש, או דנ"מ לענין אם תפס הלוקח הפירות, דבדבר שלב"ל מהני התפיסה כדלעיל סי' ר"ט והכא לא מהני וזה ברור:

**ובזה** יתיישב לנו קושית הס' בני יעקב שהביא הקצוה"ח להקשות דברי הטור אהדדי, דהכא כתב דאם הפירות בעין מהני ואילו בנדרים כתב הטור דבאיני אוכל לא חייל הנדר משום דהוה דבר שאין בו ממש, ובמחכ"ת לא כיון יפה הבנת הדברים, הן הוא הבין דטעם דמ"ד דבאיתנהו מהני הוא משום דאכילה הוה דבר שיש בו ממש, אבל באמת אינו כן, דודאי האכילה לאו דבר שיש בו ממש הוא, אלא הטעם דמהני הוא משום דאמרינן דעצם גוף הפירות הקנה לו, וא"כ לא שייך זה כ"א כשאומר יאכל פירות הללו, דבזה מפרשינן דכיון שנותן לו רשות לאוכלם כאומר יטול דמי וכמ"ש הרמ"ה דאי לא שקיל מהיכא אכיל, אבל באומר אינו אוכל דבזה לא שייך לפרש כוונה הזאת, ואין אנו דנין כ"א על האכילה אם אכילה הוה דבר שיש בו ממש, וזה ודאי דאכילה אין בו ממש, והנה בקצוה"ח מחלק נמי בין יאכל לאיני אוכל דהוה לשון שלילה, אבל לא כתב שום טעם לזה, ולמה שביארתי בזה הדברים מאירים כספירים:

סעיף ו' **במחבר** או אתננו לצדקה אעפ"י שאינו מתקדש כו' ה"ז חייב לקיים דברו, והוא מדברי הרמב"ם דסובר דאפי' בדבר שלב"ל דאינו קדוש אפ"ה חייב לקיים דבריו מטעם

נדר, ועיין בקצוה"ח שהביא ראיה לדברי הרמב"ם מהא דאיתא במס' פאה מי שליקט את הפאה ואמר ה"ז לפלוני עני ר' אליעזר אומר זכה בו וחכ"א יתננו לעני הנמצא ראשון, ומפרש לה בפ"ק דב"מ מעני לעני מחלוקת וחכמים סברי דלא אמרינן מיגו, וכיון דסברי חכמים דלא זכה העני שליקט בשבילו א"כ אמאי יתננה לעני הנמצא ראשון, וזכה בה הוא עצמו כיון דעני הוא, אע"כ כדעת הרמב"ם דמדין נדר חייב לקיים אפי' במקום שחבירו לא זכה, ולכן כיון שאמר ה"ז לפלוני עני מחויב לקיים מדין נדר ואינו רשאי להחזיקה לעצמו ע"ש, ואין זה מוכרח כלל די"ל דמה שאמרו יתננה לעני הנמצא ראשון אין זה חיוב שמחויב הוא לתת לעני ואינו רשאי להחזיקה לעצמו, אלא הכוונה דרשאי לתת לעני אחר, ואשמועינן דאותו עני שהגביה בשבילו לא זכה בזה, ואם אינו רוצה להחזיקה לעצמו רשאי לתת לאיזה עני שירצה, אבל ודאי אם רוצה להחזיק לעצמו דרשאי ואין עליו חיוב גם מטעם נדר, ועוד הא מסתבר דהתם מיירי ודאי שאין רוצה לזכות לנפשו, דאי היה רוצה היה יכול מתחלה לזכות לעצמו ולא לצורך עני, אע"כ שאינו רוצה לזכות לנפשו. ומשום דודאי יגיע לו הפסד מזה, וכגון שהפאה הזאת תשלים לו הסכום מאתים זוז ואם יזכה בה לא יוכל ליטול יותר, ואם לא יזכה בה יוכל ליטול אפי' אלף זוז כאחד, ושוב ראיתי דלא רק שמסתבר לפרש הכי, אלא שיש הכרח לפרש דמיירי באינו רוצה להחזיקה לעצמו, דאלת"ה יקשה בגוף הדין דסברי חכמים יתננה לעני דוקא, ומשמע דלעשיר אינו רשאי ליתן, ולפרש"י בפ' משילין שהביאו התוס' בב"מ דרב ששת סובר דמגביה לצורך חבירו, חבירו לא זכה והמגביה זכה אע"ג שלא נתכוון לזכות לצורך עצמו מ"מ זוכה בסתמא ע"ש, ולפ"ז גם הכא אם אותו עני שליקט לצורכו לא זכה, זכה המלקט גופא, וכיון שכבר זכה בהם והפאה הוא שלו הלא רשאי לתתם לכל מי שירצה ואפי' לעשיר נמי, ומ"ש דוקא לעני, אע"כ דהא דסובר רב ששת דבסתמא זוכה המגביה לעצמו, היינו במקום שלא יגביה מזה הפסד למגביה בזכיה הזאת, משא"כ בפאה דיוכל לבוא לידי הפסד וכמו שכתבתי שמשלים לו הסכום של מאתים זוז, ולכן תלינן שזה שהגביה מתחלה לצורך חבירו ולא לעצמו היינו משום דיודע בעסקו שמגיע לו הפסד ולכן במתרוון לא רצה לזכות וכמו שאמר בפירוש שאינו רוצה לזכות, ובכה"ג ודאי דלא קני לעצמו בע"כ דדוקא בסתמא אמרינן שזוכה גם לנפשי' אם לא קנה חבירו אבל לא במקום שמסתבר לתלות דבמתכוון לא ניחא לו לזכות לעצמו, והרי הוכחנו דהתוס' מיירי שאינו חפץ לזכות לעצמו אבל אם היה רוצה איה"נ דרשאי לזכות לנפשו ואין עליו חיוב גם מטעם נדר ודו"ק:

## סימן רטז

סעיף ה' **במחבר** ואם לאו מקח טעות הוא. ועיין בפ"ת שהביא בשם תשובת עבוה"ג דאף אם ירצה הלוקח ליקח דקלים במקום אחר והמוכר אינו רוצה אינו יכול הלוקח לכוף את המוכר כו', והנה אם הלוקח נתרצה גם בלא דקלים אלא שרוצה לנכות הדמים בעד הדקלים והמוכר אינו רוצה גם זה כ"א לבטל כל המכירה, נראה שסובר נמי דאינו יכול לכופו, והמוכר יכול לחזור, דכן כתב להדיא בסוף דבריו דדמי לאונאה דכל זמן שהלוקח יכול לחזור בו ה"ה נמי המוכר יכול לחזור כיון שלא נגמר המקח, וזהו אפי' אם הלוקח רוצה לקיים המקח כמו שהוא באונאתו ומכ"ש אם ירצה הלוקח שיחזור לו אונאתו שהמוכר יכול לחזור ע"ש, מיהו ראיתי לחד מן קמאי מגדולי הפוסקים הוא הרמ"ה בחדושיו לב"ב שכתב להדיא להיפך וז"ל ומסתברא דאי מוכר לא ניחא לו למזבן לי' דקלי ולוקח ניחא לו לקיומי זביני דארעא ולנכויי לי' מדמי דפסק בהדי' כשיעור דמי. דתרי דקלי הדין עם הלוקח והא דמיא להההוא דתנן בפ' הזרוע והלחיים א"ל מכור לי בני מפיה של פרה זו והיו בהן מתנות כהונה נותנן לכהן ואינו מנכה לו מן הדמים לקח הימנו במשקל נותנן לכהן ומנכה לו מן הדמים, והא מתנות לגבי טבח כמאן דזבין מידי דלאו דילי' דמי וכיון דאתברר דזבין מידי דלאו דילי' בכלל מידי דאית לי' דהא זבין מתנות דלאו דילי' בכלל בני מעיה דהוו דילי' קנה לו לוקח לשאר בני מעיים דאיתנהו דמוכר ומנכה לו מן הדמים לפי חשבון המתנות ה"נ כיון דזבין ארעא דאית לי' בהדי דקלי דלית לו קנה ארעא ומנכה לו מן הדמים כשיעור דמי דיקלי דלית לו עכ"ל. מיהו נראה דהרמ"ה לא קאמר הכי כ"א במכר ארעא ודיקלי דבעצם הקרקע אין אונאה ולא מקח טעות, רק שהתנה עמו ליתן גם דקלים והדקלים הוה מילתא אחריתא שאינם אלא תנאי במכירה, והחסרון הוא רק מצד שמכר לו דבר שאינו ברשותו, בזה הוה שפיר הדין דהלוקח יכול לכוף למוכר לקיים מקחו, אם נתרצה למחול על התנאי דדקלים, וכן גבי מתנות כהונה, דבשאר בני מעיים אין שום מקח טעות ולכן המקח קיים וממילא מנכה לו מן הדמים, משא"כ במכר לו ארעא בדקלים כההיא דמיירי בתשובת עבוה"ג, דאם אין דקלים על הקרקע זאת הוה חסרון בגוף הקרקע, ובקניית הקרקע גופא איכא טעות ולכן שניהם יכולים לחזור כמו באונאה, ובהכי ניחא דלא יקשה על דין דאונאה דלכו"ע אמרי' התם דגם המוכר יכול לחזור ומ"ש מההיא דמכור לי בני מעיה, אלא ודאי דהיכי דאיכא טעות בגוף דבר הנמכר אין המקח קיים ושניהם יכולים לחזור וזה ברור:

## סימן רכ

סעיף ח' **בסמ"ע** ס"ק ט"ז ובטור כתב עוד דאפי' אם עדיין לא נתן הלוקח כל הדמים וגם כבר משך הצמד והבקר אפ"ה מוציאין מיד הלוקח כל הדמים. וזה תמוה לכאורה דהא הטור סובר דכשהרוב מסיים לדמים אמרינן דמים מודיעים וכמ"ש הרמ"א כן ע"ש הטור, וכיון דרוב מהני לסייע לדמים הוה"ד נמי דחזקת ממון מהני לסייע, דכן כתבו התוס' להדיא (ב"ק דמ"ו) דכל שהרוב או חזקת ממון מסייע לדמים אמרינן דמים מודיעים, וא"כ בכה"ג שהלוקח מוחזק למה לא נימא דדמים מודיעים, ועל דברי הטור לא קשה אמנם, דהטור הביא מקודם דעת רשב"ם דחולק עם התוס' וס"ל דאפי' אם רוב מסייע לדמים נמי לא אמרינן רק בסוף הביא דעת הרמ"ה שהוא כשיטת התוס', ומה שכתב הטור דאפי' כשהלוקח מוחזק לא מהני, היינו לשיטת רשב"ם דרובא לא מהני והוה"ד חזקה, אבל לשיטת התוס' והרמ"ה כמו דרוב מהני הוה"ד חזקת ממון, וכן מפורש ברמ"ה בחדושיו לב"ב (פ' הספינה), רק לשון הסמ"ע אין מדוקדק שלא הזכיר כלל מזה דלמה דפסקינן כהתוס' ורמ"ה, היכא דלוקח מוחזק אמרינן דמים מודיעים:

## סימן רכב

סעיף א' **במחבר** נאמן בעל המקח כו' אומתי בזמן שהמקח יוצא מתחת ידו כו'. בענין זה דשו כל הראשונים וכמה שיטות נאמרו בזה, ומה שקשה ביותר הוא שיטת רש"י במה שפירש דבזמן שמקחו בידו נאמן כבי תרי אפי' בדנקיט זוזי מתרווייהו, ובדנקיט מחד נאמן אפי' כשאין מקחו בידו, והתוספת בקדושין ועוד כמה ראשונים הרעישו ע"ז דמה בכך דדכיר אכתי אינו אלא עד אחד ולמה יהיה נאמן יותר מעד אחד דעלמא, והנראה לי קצת בזה, דהנה בטעם דמקחו בידו דנאמן, אין זה מטעם מיגו כפי' הר"ח, אלא הטעם משום דכל זמן שהמקח בידו מידק דייק שלא ימסור החפץ למי שלא לקח מעות ממנו בכדי שלא יעמוד במי שפרע ומשו"ה אינו אומר בדמי ובודאי דייק שפיר ועיין בסמ"ע, וכסברא הזאת נוכל לומר גם באין מקחו בידו, דהנה על עצם המכירה, למי משניהם נתרצה למוכרה ולמוסרה, אין אנו צריכין כלל לנאמנותו של המוכר, דאם אך היינו יודעים ממי קבל המעות, אז אנן סהדי כי בודאי לזה נתרצה למכור, דמהיכי תיתי יתרצה למכור לאחר. וחזקה שאין אדם מתרצה לעמוד במי שפרע, אלא העוקר מה שחסר לנו בזה, הוא הידיעה ממי קבל הכסף, ועל זה שפיר יש לנו להאמין למוכר דדייק שפיר בעת מעשה ממי קבל הכסף, דהא התם מירי ודאי דבעת המכירה היו שני הלוקחים אצל המוכר ושניהם התחרו לקנות, וא"כ כיון שהמוכר ראה ששניהם מתחרים, עליו היה לחשוש שמא יפול אח"כ סכסוך ביניהם, ולכן בודאי ידייק שפיר ממי יקבל הכסף

בכדי שידע למי ימסור אח"כ, שלא יעמוד במי שפרע, ואין לומר דמיירי שבעת מעשה לא בא אצל המוכר כ"א לוקח אחד וממנו קבל הכסף ואליו מסר החפץ, ואח"כ בא השני ותקף בהחפץ, ושבכה"ג לא רמיא עליו כלל למידק דהא בש"ס דב"מ מוקי למתניתין דמיירי בדליכא רמאי ותלינן שלשניהם נתרצה המוכר, ואי מיירי שבשעת מעשה לא היה כ"א אחד ואח"כ בא השני וחטף ממנו, הרי ודאי רמאי יש בזה, דאיך שייך לומר דלשניהם נתרצה, אם בעת חלות הקנין לא ידע עוד כלל מן השני, אע"כ העובדא כן היה, שניהם היו אצל המוכר כאחת והתחרו לקנותה ואחד נתן המעות ולידו מסר המוכר, רק כל אחד מהם טוען כעת שהוא היה נותן המעות, ואחרי שהמוכר ראה בעיניו התחרות הלוקחים ששניהם יחטפו החפץ מידו א"כ ודאי מידק דייק בעת קבלת הכסף לידע בבירור מי הוא הנותן בכדי שידע למאן למסור ולא יעמוד במי שפרע, והרי לנו שזה ודאי דבעת מעשה דייק שפיר, ונהי דהשתא שכבר מסר את החפץ לא רמיא כלל על המוכר לידע בזה, מ"מ כיון שבעת מעשה דייק שפיר הרי הוא מהימן, ולא דחי לחד סהדא דעלמא דהא דלא מהימנינן לחד סהדא, לאו משום דחשדינן אותו שישקר במזיד כעת בשעת ההגדה, אלא דאמרינן דשמא לא דייק שפיר בשעת ראיה ואומר בדדמי, אבל האי מוכר דבעת מעשה ודאי דייק שפיר, ולמשקר כעת לא חשדינן אותו משו"ה הוה שפיר מהימן ועמ"ש הט"ז כאן. וא"ש מה שהקשה הרשב"א לפרש"י כיון דמחמת נאמנות של מוכר הוא ל"ל דפריך בב"מ וליחזי זוזי ממאן נקיט, זוזי מאי עבידתה, והלא אין הדמים ראיה כלל לפירושו, אלא הכל מחמת נאמנותו של המוכר. ולמה שכתבתי דעיקר נאמנות המוכר יבוא ע"י לקיחת הכסף, דכיון דקבל הכסף עליו לדייק ממי יקבל בכדי שידע למאן למסור. להכי נקט וניחזי זוזי, כיון דהם הגורמים להנאמנות, וכן מה שהקשו עוד מאי מהני אם המוכר יגיד ממי קבל הכסף, הא מעות אין קונה. גם זה א"ש, דזה ודאי שעשו משיכה, כיון שהחפץ כבר הוא בידם, ורק דלא ידעינן מי היה המושך ולמי מסר המוכר, ובזה תלינן דודאי נותן הכסף איהו דמשיך ואליו מסר המוכר:

**ועפ**"ז ניחא דברי הרמ"א שכתוב בסמוך דבאין מקחו בידו אינו נאמן יותר מחד סהדא לא שנא נקט זוזי מחד ל"ש נקיט משנים, והסמ"ע תמה עליו דהא לשיטת הרי"ף ורש"י נאמן כבי תרי אפי' באין מקחו בידו היני דנקיט מחד, ולמה שכתבתי ניחא דדוקא בכה"ג דמיירי מתני' דבעת מעשה הלקיחה באו שני הלוקחים אצל המוכר הוא דאמרינן דהמוכר מידק דייק דכיון שראה ששניהם מתחרים עליו היה לחשוש שמא יפול אח"כ סכסוך ביניהם, ובכה"ג מידק דייק בכדי שידע למי למסור אח"כ החפץ שלא יעמוד במי שפרע, וכההיא דמיירי מתני' דריש ב"מ שנים אוחזין בטלית דעלה כתבו פירושם

ושיטתם, ומשנה הזאת בע"כ מיירי בכה"ג ששניהם היו בעת הלקיחה, דאל"ה הוה אחד ודאי רמאי וכמ"ש, אבל הכא שאנו דנין לענין דינא דמיירי שמתחלה לא בא אצל המוכר כ"א לוקח אחד ומאתו קבל הכסף ואליו מכר החפץ ואח"כ יבוא השני לטעון שהוא היה הלוקח ושזה המוחזק חטף ממנו החפץ דמהיכי תיתי לפרש דגם כאן מיירי דוקא בכה"ג ששניהם באו מתחלה אצל המוכר, דפירושא דמתני' אי אפשר לאוקמי כ"א בכה"ג דאל"ה הוה אחד רמאי ודאי, ובודאי רמאי אי אפשר לפסוק דין חלוקה, אבל הכא דאין נוגע לפירושא דמתני' ורק לענין דינא אנו דנין, ודאי דמיירי דרק אח"כ בא השני וטוען שהוא לקחה, ובכה"ג לא רמיא עליו כלל למידק, ואפי' לשיטת רש"י ורי"ף אינו נאמן יותר מחד סהדא ודו"ק:

סעיף ב' **במחבר** מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ויהיה הדמים מונחים בב"ד כו'. הן רש"י בב"מ (דף ל"ז) כתב דמידי דמספקא לן דמאן נינהו צריך להניחו בידו ולא להוציא מידו בלא בירור ע"ש, ולדידי' בע"כ דהדמים יהי' מונחים בידו, דגם לב"ד אינו רשאי למוסרם וזה כמ"ש המחבר לקמן (סי' ש') ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' ע"ו) מזה:

## סימן רכג

סעיף א' **במחבר** ואם לא הביא ראיה ישבע המוכר בנקיטת חפץ על ולד הפרה ועל ולד השפחה ישבע היסת, והנה בש"ס (ב"מ ד"ק) איתא זה אומר ברשותי וז"א ברשותי ישבע המוכר, ומסיק התם דהשבועה הוה דאורייתא דמיירי בקטע לידה, דאם קא תבע לי' האי לוקח שפחה שלימה יש לי בידך עם ולדה וזה אומר אין שפחה שלימה יש לך בידי אבל לא ולדה, דמודה לו במקצת, ומשום הילך לא מיפטר דהא קטע לידה, הכי מתבאר מרש"י שם, והנה בשו"ע כאן שהביא דעת הרמב"ם דעל הפרה נשבע בנק"ח ועל השפחה ישבע היסת משום דאין נשבעין על העבדים, ותנאי דקטע לא הוזכר שם כלל, וא"כ משמע דמ"ש הרמב"ם דעל הפרה נשבע בנק"ח דלאו שבועה דאורייתא הוא, דהא בלא קטעה ודאי דליכא שבועה דאורייתא דהוה הילך, ומה דקשה לפי"ז א"כ אמאי ישבע בנק"ח, ומ"ש מכל הילך דעלמא דאינו נשבע אלא היסת, באמת כבר טרח הסמ"ע ליישב וכתב משום דעובר ירך אמו הוא וזה תבעו בפרה שהיתה מעוברת בשעת משיכה, וזה מודה בפרה בלא ולדה, והוי כעין מודה במקצת ולית בו הילך גמור דהרי אינו נותן לו פרה כמו שתבעו ממנו ע"ש, פי' משום דהכא לא הוי הילך גמור משו"ה החמירו בנק"ח דליהוי כעין דאורייתא, ואם כי הדבר פשוט דהכי הוא כוונת הסמ"ע אפ"ה הוצרכתי להאריך מפני שראיתי להט"ז שלא הבין כן כוונת הרמב"ם והסמ"ע, ולזה השיג עליו

בתרתי, א) דהא בגמרא חשבינן לי' להילך ולא משכח לשבועה אלא בדקטעה לידה, אלמא דכל זמן דלא קטע הוי הילך, והסמ"ע כתב דכיון שתבע שפחה מעוברת והודה לו שפחה ריקנית דלא הוי הילך, ב) מש"כ הסמ"ע דהשבועה הוי מצד תקנת חכמים ג"כ תמוה, דהא המעיין בש"ס יראה דבשבועה דאורייתא מיירי ע"ש, ובמחכ"ת לא אבין השגתו דחדא קושיא מתורצת בחבירתה, דודאי לענין לחייב שבועה דאורייתא בעינן דוקא קטע לידה, דרק עי"ז לא הוי הילך וכל זמן דלא קטע הוי הילך, ורק מפני שגם בזה לא הוה הילך ממש ולא דמי לשאר הילך, להכי החמירו לחייבו בנק"ח, והרמב"ם דלא הזכיר תנאי דקטע וכתב סתם דחייב שבועה, ודאי דהשבועה אינה שבועה דאורייתא ממש, אלא דהוקשה להסמ"ע כיון שאינה שבועה דאורייתא, למה מצריך גם נק"ח, וע"ז תי' משום דהוה כעין מודה מקצת, והט"ז הבין דלדעת הסמ"ע לא הוי הילך כלל בכה"ג ולהכי השיג עליו, אבל מעולם לא עלה על דעת הסמ"ע כן, דאי לא הוי הילך כלל היה מחייב שבועה דאורייתא ממש, ובהדיא דייק בלשונו וכתב דכעין הילך מיקרי, ורק לאו הילך ממש הוא, אבל ודאי שבועה דאורייתא אין לחייבו בכה"ג, דאליבא דאמת הוה הילך אפי' בכה"ג כל זמן שלא קטע, וא"כ לא קשה כלל מה דאוקי בש"ס בדקטע, דהתם מיירי בשבועה דאורייתא ושבועה דאורייתא א"א לחייבו כ"א כשלא יהיה הילך כלל, והיינו דוקא בדקטע לידה, אבל בלא קטע, דקצת דמי להילך וקצת לא, שבועה דאורייתא ליכא לחייבו, אבל בנק"ח מיהא בעי, וזה ברור למעיין בלשון הסמ"ע דלא נתכוון כלל לומר דלאו הילך הוא כלל, אלא כוונתו דלאו הילך גמור הוא אבל קצת הילך מיהא הוי וזה ברור:

**ואמנם** אי קשיא על הסמ"ע הא קשיא להיפך, דאמאי כתב דמשו"ה לא הוי הילך גמור, הא סברתו סברא מעליא הוא ולא היה להיות הילך כלל מהאי טעמא, וכמודה מקצת ממש הוי לן למיחש בו ולחייב נמי שבועה דאורייתא, ויש לי עוד להביא ראיה דבכה"ג לא הוה הילך כלל ממ"ש בש"ס (ב"מ ד"ה) ולמ"ד הילך פטור אמאי איצטריך קרא לפטור קרקע משבועה הא כל קרקע הילך הוא ומשני כגון שחפר בה בורות כו' ע"ש. ולכאורה תמוה דאכתי אמאי לא הוי הילך הא המקצת שהודה הוה בעין ובע"כ משום דאמרינן דלאו קרקע כהאי תבע ממנו, שהוא תבע קרקע שלימה והודה לו קרקע חפורה וכמ"ש שם בשמ"ק, והרי הוא ממש כסברת הסמ"ע דאע"ג דהפרה שהודה לא הוה בעין מ"מ לאו פרה כזה תבע ממנו וא"כ לאו הילך כלל היה ראוי להיות כאן ולחייב נמי שבועה דאורייתא כי התם, ועוד יקשה דלהבנת הסמ"ע דהרמב"ם רק שבועה מצד תקנת חכמים מחייב ולאו שבועי דאורייתא ומשום דמיירי בלא קטע, הא הרמב"ם דרכו להביא תמיד

דין המפורש בש"ס וא"כ הול"ל נמי בקטע ולחייב שבועה דאורייתא, ולמה השמיט לדין המוזכר, ואפי' למ"ש הט"ז דשבועה דאורייתא קאמר הרמב"ם ולא הזכיר תנאי דקטע משום דמיירי הרמב"ם בעומדת באגם דבלא"ה לא הוי הילך, ג"כ יקשה כנ"ל למה השמיט דין המוזכר דמיירי בקטע והוצרך לבקש אופנים אחרים, ונ"ל דודאי הרמנים שבועה דאורייתא קאמר וכמ"ש גם הט"ז והיינו חמש ויקן הש"ס, והא דלא הזכיר תנאי דקטע יובן לנו כאשר נדקדק בלשון רש"י בב"מ שם ובב"ק, דעל מ"ש בש"ס דקטע לידה, הוסיף רש"י "דשפחה" ודו"ק וראה בכל המקומות שמזכיר הש"ס לתנאי דקטע, דייק רש"י לכתוב דהיינו דשפחה ולא דפרה. ואינו מובן דהא גם בפרה הוה הילך בלא תנאי דקטע, וכיון דבמתני' תרווייהו תננהו פרה ושפחה, א"כ למה דייק רש"י דוקא דשפחה. ועיין בס' מעיני החכמה מ"ש בישוב דקדוק זה, ונ"ל שרש"י יסבור דבאמת בלא קטע נמי לא הוי הילך כיון דהוא אינו חודה לו פרה כזה שתובעו ממנו דתובעו מעוברת והודה לו ריקנית, והא דמצריך בש"ס לתנאי דקטע, היינו דוקא בשפחה, דהתם לא שייך לומר כסברא הזאת, דהנה כשתובע מאתו פרה או שפחה מעוברת, עלינו להבין שורש תביעתו על מה הוי הקפידה, אם הקפידה הוא רק על הולד, דבעצם השפחה לא איכפת לו אפי' אם לא תהא מעוברת, ורק רצונו שיהי' לו שני גופים, ומשוה תובע הולד, או הקפידה הוא נמי שרוצה שעצם השפחה תהא מעוברת, ובקפידה הזאת תלוי עיקר הסברא. דאם קפידת התביעה בעצם הפרה או השפחה ויתבע דוקא מעוברת, וכשהודה ריקנית ודאי דלא הוי הילך, משא"כ אם נימא דרק הולד הוא תובע ובעצם הפרה לא איכפת לו, נמצא שתביעתו הוא שני גופים, שפחה ריקנית עם ולדה, וכשמודה לו נמי שפחה ריקנית הוה זה הילך גמור ממש כעין שהודה, דבגוף שהודה אין חסרון, ומעתה ניחזי אנן להבין חילוק התביעה שבין פרה לשפחה. דהנה בב"ק (דמ"ט ע"א) נחלקו אם אשה משבחת קודם הלידה או לאחר הלידה. דקודם לידה יש מעלה דנראית אז מליאה ובעלת אברים, אכן להיפך יש גם חסרון דיש סכנת לידה, וכן בשעת עיבורה אינה ראויה למלאכה, ואכן מסתברא דהספק אינו כ"א באשה, אבל בפרה ודאי דמשובחת קודם הלידה משום דאז נראית שמינה ביותר ובעלת אברים, ורק באשה לא מהני זה כיון דהספק שמא תסתכן בלידה ויופסד לגמרי, להכי חשש הספק דהפסד לגמרי מכריע יותר מהנאת הריוח דשעת עבורה. משא"כ בפרה דלהפסד גמור אי"א לבוא, דכשיראה שתסתכן בלידה יוכל לשוחטה וליהנות מבשרה. פשוט דההנאה שמשובחת ביותר קודם הלידה עדיף, דההנאה הוה ודאית וההפסד אינו כ"א ספק רחוק ורוב בהמות מתעברות ויולדות בלא סכנה, ולפ"ז י"ל בלוקח שפחה שאינו לוקחה לשום תכלית אחר זולתי למלאכה,

ולמלאכה אין שום מעלה כשהיא מעוברת, ואדרבה עוד הוי חסרון שאינו יכול לעשות בה מלאכות כבידות, ובכן לא נוכל לומר שהקפידה הוא בעצם השפחה שרוצה דוקא שפחה מעוברת, דהשפחה מצד עצמה ודאי ניחא לו יותר שתהא ריקנית, דאפי' למאי דאמרינן התם בב"ק דבאינה מבכרת משבחת קודם הלידה, היינו דוקא גבי מזיק משום דבאמת יש צד מעלות כשהיא מעוברת, ואפשר שהאדון היה מוכרה בעיבורה לאחר. ולענין מכירה טוב יותר בשעת עיבורה דנראית בעלת אברים, להכי חייב המזיק לשלם, משא"כ בלוקח השפחה דסתמא לעצמו למלאכה לוקחה, ולגבי לוקח הוה חסרון קודם הלידה, ובע"כ הא דקפיד אמעוברת, היינו שרצה רק הולד, ותובע שפחה ריקנית עם הולד, ולהכי כשהודה ריקנית הוה הילך, ולא משכחת שלא יהא הילך כ"א בדקטע לידה, משא"כ בפרה משובחת קודם הלידה לכו"ע, שפיר י"ל דהתביעה היתה שהפרה תהא מעוברת, וכשהודה לו בריקנית לאו הילך הוא גם בלא טעם דקטע, וזהו סברת רש"י דדייק לומר בקטע ידה דשפחה, כלומר שדוקא בשפחה הוצרך לזה ולא בפרה, זהו הנ"ל בטעם רש"י, ועכ"פ יהיה איך שיהיה בטעם רש"י, עכ"פ שפתי רש"י ברור מללו דתנאי דקטע לא הוצרך הש"ס כ"א על שפחה וא"כ מיושב דברי הרמב"ם דבאמת דין דמבואר בש"ס נקיט הרמב"ם ואפ"ה לא הזכיר תנאי דקטע, דבש"ס דמזכיר תנאי זה היינו רק על שפחה. דהא בש"ס קיימא למ"ד נשבעין על העבדים וגם בעבדים הוי שבועה דאורייתא משא"כ לדידן דקיי"ל אין נשבעין על העבדים, וא"כ על שפחה לא הוצרך כלל לטעם דקטע, ולהכי לא הזכירו זה הרמב"ם ומחבר, אבל ודאי דהשבועה שהזכירו הרמב"ם ומחבר הוה שבועה דאורייתא, אלא דאכתי צ"ע דהא תינח כשהספק הוא על הפרה, ברשות מי ילדה, בזה יש לומר דכיון דחזיה לבשר ואין הפסדה רב, ניחא לו יותר במעוברת, כשהודה לו בריקנית לא הוי הילך, אבל כשהסכסוך הוא על החמור, דבהמה טמאה היא ולא חזיה לבשר והוה דומה לשפחה דהקפידה הוא בולד, וא"כ לא הוי הילך בלא תנאי דקטע, וא"כ תי הו"ל להרמב"ם לאשמועי' דין זה ג"כ כשהסכסוך הוא על החמור ובדקטע וצ"ע:

שם **במחבר** ואם הלוקח מוחזק על המוכר להביא ראיה, בתוס' (ב"מ ד"ק ע"א) הקשו דהא גודרות אין להם חזקה ותי' דכיון דאיכא דרא דממונא ויש ספק בלא טענותיהם וטוען לוקח ברי אין להוציא מידו ע"ש, והסבר הדברים נ"ל דכל דבר שאינו יכול לבוא בעצמו לרשותו של זה, בזה יהיה החזקה, חזקה המבררת, דמדנמצא כעת ברשותו מכלל דשלו הוא דאל"ה מי הביאם לרשותו, וחזקה כזאת מועלת אפי' במקום שאין שום ספק בלא טענותיהם וידעינן בודאי דמעיקרא של מוכר היה אפ"ה הלוקח מהימן כיון דחזקתו

מברר שהצדק עמו, לא כן בגודרת וכדומה שיכולים להלוך מאליהם, חזקה מבררת לא הוה לענין שתועיל לברר אפי' במקום שאין שום ספק לפנינו, אבל הכא שבלא טענותיהם יש נמי ספק, וכיון שמעצמנו נסתפק אם ברשות מוכר או לוקח ילדה וא"כ לא לבירור אנו צריכים, רק למוחזק אנחנו צריכים, ומוחזק מיהא הוי לענין שאין יכולים שוב להוציא מידו מספיקא, משא"כ בההיא דב"ב גבי גודרות דליכא שום ספק של מי הוא, דזה ידעינן ודאי שעד עתה של מוכר היה, וא"כ מטעם מוחזק א"י לזכות כיון דאין ספק בדבר, ובירור לא שייך בגודרת, הארכתי בזה מפני שראיתי מפרשים לכוונת התוס' דהכא נמי משום בירור אתינן עלה, ואע"ג דבגודרת אינו מבורר, מ"מ כיון שהפרה דאי של לו הוא מהני חזקתו גם לגבי ולד, ולדעתי לשון התוס' לא משמע אלא כמו שבארתי, ועוד ראיה דהכא לא הוי נמי חזקה המבררת, דאי נימא דמטעם בירור אתינן עלה, א"כ מאי מקשו התוס' בתר הכי מהמפקיד טלה חי דמהני חזקתו מספק, דהא י"ל דהכא דבעינן חזקה מבררת שהאמת כדבריו להכי אין שייך בטענת שמא כיון דהוא בעצמו טוען שאינו יודע איזה בירור שייך כאן, אבל התם דהוי רק משום מוחזק משום דתפיס בה אפשר שאפי' בספק נמי מהני, אלא דגם הכא הוי רק מטעם מוחזק וכתבו מסברא דבשמא לא מהני תפיסה ושפיר הקשו מהמפקיד טלה דמהני התפיסה בספק:

**ועיין** בנתיבות שכתב דבדין זה דלוקח מוחזק, אפי' הלוקח טוען שמא כיון דחזקת מעוברת מסייע לחזקת ממון דלוקח מהני אפי' בשמא, וזהו דלא כדעת התוס' (ב"מ ד"ק) בד"ה וליחזי ע"ש, וכוונתו דבתוס' שם בד"ה וליחזי כתבו שדוקא כשלוקח טוען ברי אבל בשמא לא מהני חזקתו שמוחזק בממון, ויש לתמוה אדמייתי מתוס' ד"ה וליחזי דלא מהני חזקת לוקח בטוען שמא, לייתי מתוס' שם בד"ה הא מני סומכוס שכתבו וז"ל ואם היה חזקת ממון עם חזקת מעוברת אפי' סומכוס מודה דהמע"ה כדאשכחן בריש פ' שור שנגח את הפרה כו' ע"ש. הרי להדיא דהיכי שלוקח מוחזק, דלהדי חזקת מעוברת איכא צירוף דחזקת ממון מהני אפי' בטוען שמא. ונ"ל דיפה כיון הנתיבות במ"ש שדין זה הוא שלא כדעת התוס', ומדברי התוס' שהבאתי להיפך אין ראיה, דהמהרש"ל בב"מ שם הקשה דברי התוס' גופייהו אהדדי, דבתורה וליחזי כתבו ברוקא בטוען הלוקח ברי אבל בשמא לא מהני חזקתו שמוחזק בממון ואיך כתבו אח"כ בדבור השני דאפי' בטוען שמא נמי. ועוד דעיקר הוכחת התוס' דבשני החזקות, חזקת ממון ומעוברת אפי' סומכוס מודה מהא דר"פ שור שנגח את הפרה וכו'. לאו הוכחה הוא, דהא י"ל דלהכי מהני התם הני תרי חזקות משום דליכא חזקה כנגד אבל הכא דאיכא חזקת מרא קמא כנגד הני חזקות מנ"ל דמהני ע"ש. ואמנם המהרש"א הרבה להשיג על המהרש"ל וכתב שאולי

איזה תלמיד טועה כתב כן בשמו, דהקושיא השניה, לא קשה, דע"כ לא אמרינן חזקת מרא קמא כ"א היכי שאין אחד מהם מוחזק, אבל היכא שהשני מוחזק בממון לא שייך חזקת מרא קמא, וקושיא הראשונה נמי לא קשה דמה שכתבו התוס' לעיל דבשמא לא מהני היינו משום דהחזקת ממון של לוקח אינו חזקה כמו שהוכיחו מגודרות, אבל כשחזקת ממון הוא טובה ויש עמה עוד חזקת מעוברת מהני אפי' בשמא, וכזה כתב גם מוהר"ם ע"ש, ואכן השגות הללו לא נהירא כלל, דסברתו דהיכי שחבירו מוחזק בממון לא שייך חזקת מרא קמא, כבר העיר בהגהות קרני ראם מתוספות כתובות (פ' המדיר) דמבואר שם להדיא כהמוהרש"ל דאפי' במוחזק בממון שייך חזקת מרא קמא, ומ"ש עוד דחזקה דלוקח אינה חזקה כמו בגודרת, למה שכתבתי לעיל בכוונת תי' התוס' דרק חזקה מבררת אינה בכה"ג שיכולה לבוא מעצמה אבל חזקת ממון לענין להוציא מהמוחזק הוה חזקה מעליא אפי' בכה"ג כיון דסוף סוף מוחזק הוא בולד ותפוס בו, ולזה שפיר הקשה מהרש"ל, דהא התם נמי הוה חזקת ממון וחזקת מעוברת ואפ"ה מהני בשמא, ודוחק לומר דדוקא חזקה מבררת וחזקת מעוברת מהני, אבל חזקת ממון שאינה חזקה מבררת, רק חזקת מוחזק ותפוס לא מהני בהדי חזקת מעוברת, כיון דסוף סוף איכא תרי חזקות, ומה נ"מ לענין זה אם החזקה היא מבררת או לא. דדוקא לענין שיהא מהימן אפי' במקום שבלא טענותיהם יש ספק, בזה מחלקו התוס' בין חזקה מבררת או לא ולענין זה מסתבר טעמם כמ"ש, אבל לענין להוציא מהמוחזק כי אינה מבררת מאי הוי כיון, דס"ס מוחזק הוא. ואמנם לענ"ד נראה לתרץ קושית מהרש"ל בדרך פשוט, דהא בש"ס התם מקשה ונוקי בחזקת מרא קמא ומשני הא מני סומכוס הוא, הרי דסומכוס לא ס"ל מעליותא דחזקת מרא קמא, ולפ"ז אין סתירה בדברי התוס', דמ"ש לעיל שם בד"ה וליחזי דלא מהני ללוקח חזקת ממון בשמא אע"ג דחזקת מעוברת נמי מסייע בהדה, היינו משום דהתם מיירי אליבא דרבנן, ולדידהו דס"ל דחזקת מרא קמא הוה מעליותא משו"ה יש בכח החזקת מרא קמא דמוכר לבטל חזקת מעוברת דלוקח ולא נשאר כ"א החזקת ממון בלבד, להכי לא מהני בטענת ספק, אבל בדבור השני דלסומכוס קיימא התם דס"ל דאין שום מעלה בחזקת מרא קמא ולאו חזקה היא כלל ואין בכחה לבטל חזקת מעוברת דהיא חזקה עכ"פ, ולדידי' נשארו שני החזקות קיימות, משו"ה מהני אפי' בשמא, ובזה מתורץ גם קושיא השני' של מוהרש"ל, כיון דאליבא דסומכוס אין שום נ"מ אם יש חזקת מרא קמא או לא, ולפ"ז לדידן דקיי"ל כרבנן ודאי דלא מהני ללוקח חזקת ממון בשמא וכהנתיבות ודו"ק.

סעיף ג' **במחבר** זה אומר ברשותי ילדה והאחד שותק זכה הטוען, ועיין לעיל (סי' פ"א סעיף ב') כתב הרמ"א דשתיקה לא הוי כהודאה ועיין בחדושנו שם מה שכתבנו ליישב:

## סימן רכד

סעיף א' **ברמ"א** וי"א דעל בעל הפרה להביא ראיה, וטעמם דס"ל כיון שנולד הספק אחר המשיכה הוי כבר ברשות בעל הפרה וגם חזקת חי מסייעו לבעל החמור משו"ה על בעל הפרה להביא ראיה, ולכאורה יש לדון על דין זה דתלינן דברשות הלוקח מת מכח חזקת חי, והלא לפום מאי דקיי"ל רוב וקרוב הולכין אחר הרוב, א"כ יותר יש לתלות המקרה ברוב הזמן שעבר עליה בבית המוכר טרם שיצאה לרשות הלוקח, וכיו"ב נמי אמרינן במעות שנמצאו בהר הבית לעולם חולין אפי' בזמן הרגל משום דתלינן בתר רובא דשתא וכמבואר במס' שקלים פ"ז, וא"כ ה"נ נהי דלפי החזקה יש לתלות שברשות בעל הפרה שהוא הלוקח מת החמור, אבל כיון שלפי הרוב יש לתלות להיפך ורובא וחזקה הא רובא עדיף, ונראה הסבר הדבר כן דאם היינו דנין על הזמן מתי נתהוה המקרה של מיתת החמור אם ברשות בעל החמור או ברשות בעל הפרה, אז באמת היינו מוכרחים לתלות שודאי מעיקרא היתה מכח הרוב, אבל אנן לא דיינינן על הזמן, אלא הכי דיינינן, בשעת משיכה של פרה מה היה החמור, חי או מת, ומחזקינן שבודאי חי היה בשעה ההיא מכח החזקה דחזקת חי, להכי לא שייך לומר דנתלה המקרה בתר רוב הזמן כיון דמחזקינן שלא היה עוד שום מקרה כלל, אלא חי היה כמו שנולד וכיון שהוחזק כבר דבשעת משיכת הפרה חי היה החמור, להכי אפי' אח"כ דחזינן דמת הוא והיה מקום לתלות מקרה המיתה בתר רוב הזמן דמעיקרא, לא מהני שוב כיון שכבר הוחזק כן. דע"כ לא אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף כ"א כשישנם לשניהם בשעת מעשה בשעה שדיינינן ויש לתלות בתר רובא כך ובתר חזקה להיפוך, בזה הוא דאמרינן רובא עדיף ותלינן יותר בתר דידי', אבל שיהא כח הרוב עדיף כ"פ להוציא מחזקה שכבר הוחזקה, זה לא אמרינן, וכעין מ"ש הרמב"ם (פט"ז מהלכות סנהדרין) דאע"ג דבעינן ב' עדים למלקות או מיתה, היינו דוקא בשעת מעשה אבל אם האיסור הוחזק מתחלה אפי' ע"י עד אחד, דלענין האיסור מהני גם עד אחד להחזיק באיסור, ואם באו שוב עדים שאכלו ה"ז לוקה אעפ"י שעיקר האיסור בעד אחד כיון שכבר הוחזק. ומה מדוקדק לפ"ז לשון רש"י (כתובות דע"ה) בד"ה מני ר' יהושע וז"ל ולא אזלין בתר חזקה דגופה לומר הואיל וספק הוא בידנו על שעת אירוסין מה היא העמד הגוף על חזקתו של קודם לכן והרי נולדה בתולה עכ"ל, ולכאורה האריך שלא לצורך ובקצרה הו"מ למימר דלא אזלינן בתר חזקה דגופה לתלות המקרה באיחור הזמן, ואמנם נתכוון ליישב בזה מה שקשה על היסוד של

חזקה דגופא דתלינן עי"ז המקרה בזמן המאוחר ולמה לא אמרינן להיפך לתלות התהוות המקרה ברוב השנים שעברו עליה משנולדה עד שעת אירוסין. דרוב וחזקה רובא עדיף וכקושיתו דלעיל, לזה מתרץ רש"י כתרוצנו דבאמת אם היינו דנין על התהוות המקרה מתי נעשה, היינו תולים אותו ברוב השנים שעברו. רק אנו דנין הכי, בשעת אירוסין מה היתה עם המומין או בלא מומין כלל, בזה לא שייך לומר שנתלה המקרה בקודם, כיון שדייינינן שמא לא היה כאן מקרה כלל, ומחמת החזקה דגופא דכיון שנולדה בלא מומין מחזקינן דמסתמא בשעת אירוסין היתה נמי בלא מומין כמו שנולדה וכיון שהוחזקה כבר דבשעת אירוסין היתה בלא מומין, משו"ה אפי' אח"כ דמומין לפנינו והיה מקום לתלות זה ברוב השנים שעברו לא דיינינן הכי שוב כיון דכבר הוחזקה דעד האירוסין בלא מומין היתה ודו"ק:

## סימן רכה

סעיף א' **במחבר** כך הדין בכל ממכר כו' אחריות טעות סופר, בתשובת עבוה"ג ובצ"צ הסכימו שניהם דבחליפין לא אמרינן אחריות טעות סופר, ויסוד ראייתם הוא מהרשב"ם (ב"ב דק"ז) לגבי פלוגתא דרב ושמואל באחין שחלקו ובא בע"ח של אביהן וטרף חלקו של אחד מהם דרב אמר בטלה מחלוקת משום דסובר אחים שחלקו יורשים הם ושמואל אמר וויתר קסבר אחין שחלקו לקוחות הם וכלוקח שלא באחריות, וכתב הרשב"ם וז"ל כלקוחות דמי דאין ברירה ונמצא שכל אחד נטל חלק אחיו וכאילו החליפו זה בחלקו של זה דמי והיינו לקוחות וכיון דלקוחות נינהו הא ודאי כלוקח שלא באחריות דמי כאילו אמרו זה לזה איני מקבל אחריות חלקך עלי דמי דמסתמא לא מקבלי דאע"ג דגבי מוכר קרקע לחבירו קיי"ל אחריות טעות סופר כו' ה"מ היכי דזבין קרקע מחבירו דלא שדי זוזי בכדי אבל לגבי ירושת אחים דכל אחד נוטל חלקו בההיא הנאה דאיהו לא מקבל אחריות על של חבירו גמר ומקני לי' לחבירו חלקו לגמרי שלא יקבל חבירו אחריותו עליו ולא תשתעבד לו שדהו כי היכי דידי לא משעבדא לחבירו עכ"ל. הרי להדיא מהרשב"ם דבחליפין לא אמרינן אחריות ט"ס אלא כיון דהוו שניהם כלקוחות זה מזה בההיא הנאה דאין זה מקבל אחריות על חלקו גמר ומקני ע"ש, ולענ"ד יש לי פקפוק גדול בעיקר יסוד החילוק שכתב הרשב"ם, דהעיקר מה שגורם לו לחלק בזה הוא מחמת הקושיא שהו שה לו במה דאמר שמואל ויתר דכלוקח שלא באחריות הם, והא קיי"ל דאחריות ט"ס הוא, ומכח זה הוכרח לחלק דבחליפין אמרי' לאו טעות סופר בההיא הנאה וכו'. וכי מעיקרו מה קושיא יש בזה על שמואל, הא שמואל לטעמי' דס"ל באמת אחריות לאו טעות סופר בכל מכירה וכדאיתא להדיא בב"מ (די"ג ע"א) ומי

אמר שמואל הכי והאמר שמואל שבח שפר ושעבוד צריך לימלך לא קשיא כאן בשטרי הלואה כו' כאן בשטרי מקח וממכר דעביד איניש דזבין ארעא ליומי' וכההיא כו' אתא לקמי' דמר שמואל א"ל כתבה לך אחריות וכו' א"ל והא מר הוא דאמר אחריות ט"ס א"ל ה"מ בשטרי הלואה אבל בשטרי מקח וממכר לא. וא"כ לפי"ז שפיר קאמר שמואל דכלוקח שלא באחריות, דלטעמי' אזיל דסובר דבמכירה לא אמרינן אחריות ט"ס, ומה מקום עוד לקושית הרשב"ם דהא קיי"ל אחריות ט"ס, הא אנן בדשמואל קיימינן התם דסובר באמת אחריות לאו ט"ס, וראה זה פלא שבחדושי הרמ"ה לב"ב שם כתב בהדיא כן בטעמא דשמואל וז"ל ושמואל אמר ויתר קסבר האחין שחלקו לקוחות הוי וכלוקח שלא באחריות דמי שמואל לטעמי' דאמר אחריות בשסרי מקח וממכר לאו טעות סופר ע"ש, וכיון שנסתר היסוד ממילא נופל גם הבנין שמחלק הרשב"ם בין חליפין למכירה, דהא העיקר מה שגרם לו לחלק הוא רק הקושיא בדברי שמואל, אבל למה שכתבתי דקושיא מעיקרא ליתא ממילא אין מקום גם לחלוק זה, ומצוה רבה ליישב דברי הרשב"ם:

שם **דאחריות** טעות סופר הוא, ובש"ס מפרש הטעם משום דלא שדי זוזי בכדי, וממילא בנותן מתנה בסתם אין האחריות על הנותן וכמבואר לעיל (סי' קט"ו) דבנותן מתנה אם בא בע"ח של הנותן וטרפה מן המקבל אין המקבל מתנה יכול לתבוע להנותן, והנה בשער המשפט הקשה דנהי דבנותן מתנה מסתמא לא קבל עליו אחריות מ"מ כשטרפה בעל חוב של הנותן יכול המקבל לומר הרי פרעתי את חובך ומשתרשי לך ולא דמי לפורע חובו של חבירו שלא מדעתו דפטור מלשלם דהא הכא הבעל חוב נוטל ממנו באונס ומדינא ובכה"ג לא אמרי' פורע חובו של חבירו פטור, וא"כ אמאי לא מצי המקבל מתנה לתבוע מהנותן מה שפרע חובו ומ"ש מנותן לחבירו בית או שדה ואח"כ שרפו דפשיטא דחייב לשלם לו עבור הזיקו ע"ש, ומאוד יש לתמוה על דבריו, וכי מה דמיון הוא לפורע חובו שפורע ממעות שלו, ולכן אי פרע באונס ודאי דחייב לשלם לו דמשתרשי לי' במעות של זה, משא"כ בב"ח שנוטל השדה ממקבל, לא ממעות של מקבל הוא גובה רק של עצמו כיון דמשועבדים לו בחובו והנותן לא היה לו רשות לתתם במתנה לזה אחרי שכבר נשתעבדו לזה בחובו ונמצא דמעולם לא היו של המקבל מתנה דנתינה בטעות היתה, וא"כ בשביל פריעת החוב לא שייך לומר דיהיה למקבל תביעה ע"ז כיון דהב"ח שלו הוא דנוטל ולא משל המקבל, ורק אם יש לו תביעה הוא רק בשביל זה שנתן לו מתנה ואח"כ לקחוהו ממנו בכי הא שפיר אמרי' כיון דבלא אחריות נתן לו אין מחויב לשלם לו, וגם מה דמיון הוא לנותן מתנה ואח"כ שרפו, דהתם כיון דבשעת נתינה היה הבית של הנותן ולא היה משועבד לשום אדם באופן שהיה לו הרשות לתת הבית לכל

מי שירצה, וכי נתן ברשות נתן וזכה בה המקבל בדין ולכן כי חזר הנותן ושרפה ודאי דחייב לשלם לו, משא"כ בבא בע"ח ונטלה דמתחלה לא היה לו הרשות לתת המתנה כיון שכבר משועבדת היא לזה בחובן וכי זכי בה המקבל שלא כדין זכה, ומה חיוב יש על הנותן לשלם הזיקו למקבל כיון דמעולם לא זכה בה המקבל כדין ובע"ח כי טריף ממנו בדין הוא טורף ושלו הוא נוטל ממנו וזה ברור:

## סימן רכו

סעיף ה' **במחבר** ואם נשתמש בה הלוקח כל שהוא ואפי' דש אמצר שלה ועירבו עם הארץ כו'. דין זה מימרא הוא בש"ס ראובן שמכר שדה לשמעון ויצאו עליה עסוקים עד שלא החזיק בה יכול לחזור משהחזיק אינו יכול לחזור כו' מאימת הוה חזקה מכי דייש אמיצרי, ופרש"י דאע"ג שלא נתן המעות א"י שוב לחזור דקרקע נקנית בחזקה הזאת, ובתוס' שם הקשו עליו חדא דאמאי נקט חזקה יותר מכסף ובטר, ועוד מה קבעי מאימת הוה חזקה מתני' היא בפ' חז"ה נעל פרץ וגדר. ועוד מה קבעי הכא טפי מבשאר דוכתא, ומשו"ה פירשו דדייש אמיצרי אינה חזקה אלא הקנין היה בקנין גמור אחר בחליפין או בשטר וחזקה ודעתו חל אדם דאעפ"י שקנאו בקנין גמור אם יצאו עוררין יכול לחזור כל זמן שלא הלך אמצרי השדה לארכה ורחבה לראות עניני השדה והיינו דדייש אמצרי ע"ש, ונ"ל ליישב פרש"י דהנה בב"מ שם פי' דדייש אמצרי היינו שמתקן גבולי השדה ומגביה, ומלשון זה משמע שאינו מפרש כפי' התיב' דדייני היינו שהולד סביב המצר לראות מה יחסר לשדה, דלפירושה אין בפעולה הזאת שום חזקה המועלת לקנין, וגרועה היא מחזקה דנעל וגדר. דהתם יש פעולה המועלת לתקון הקרקע, אבל הכא דאין עושה שום פעולה לתקון הקרקע אינה מועלת לקנין כלל, ורק כיון שקנין כבר נעשה ע"י חליפין וחזקה מעליותא הוה הך דדייש אמצרי כגילוי דעת שלא יחשוב שוב לחזור בקנין שעשה. ואכן לפרש"י דדייש אמצרי היינו שמתקן גבולי השדה ומגביהה, יש לפרש בפשיטות דחזקה הזאת היא עוד עדיפא מחזקה דנעל וגדר, דהתם אין כ"א חזקה דמועלת לקנין, דמשום שעשה פעולה המשובחת בגוף הקרקע ה"ז חזקה לקנות על ידה, אבל גלוי דעת שנתרצה לקנותה בכל אופן אפי' אם יצאו עליה שוב עסיקין אין בזה, מה שאין כן בחזקה דדייש אמיצרי יש בזה שתי פעולות, מועלת נמי לקנין כיון דמשביח לקרקע ע"י פעולה הזאת, ועוד יתירה יש בזה, דכיון דמתקן גבולי השדה הרי יש בזה נמי גלוי דעת דאינו חושב עוד לחזור מזה, ודעת רש"י הוה נמי בזה כסברת התוס' דשום אחד מקנינים אחרים אינו מועיל בזה שיצאו מסיקים, דאדעתא דהכי לא קנה. רק כיון שעשה חזקה הזאת דיש בה גלוי דעת שבכל דהוא נתרצה אינו יכול שוב לחזור,

אלא דבזה הוא חולק עם התוס', דהתוס' סברי דהקנין נעשה מעיקרא, ולאחר שיצאו עסיקין דייש אמצרא, שבזה אין שום קנין רק גלוי דעת, ולרש"י מתחלה עשה הקנין ע"י דייש אמצרא, ואם כי בשארי קנינים כגון נעל פרץ אין מועיל כשיצאו שוב עסיקין, משום דהתם אין כ"א פעולת קנין ולא גלוי דעת, אכן בקנין חזקה דדייש אמצרא דיש בה שתי המעלות, קנין וגלוי דעת, א"י שוב לחזור, ולפ"ז מתורצות כל קושיות התוס', דקושיא הראשונה אמאי נקט חזקה יותר מכסף ושטר, משום דזה ודאי שקנין דכסף ושטר אין מועיל ביצאו עסיקים, ורק בקנין חזקה משכחת לפעמים חזקה כזאת דמועלת נמי בכה"ג, וע"ז קא בעי מאימת הוה חזקה, דזה נמי ודאי דחזקה דנעל גדר אינה מהני נמי בכה"ג שיצאו עסיקים, כיון דאין בה כ"א חזקה דקנייה אבל לא גלוי דעת, ולזה קבעי מאימת הוי חזקה שמועלת נמי בכה"ג שיצאו עסיקים, ומפרש דהיינו בדדייש אמצרא, ולפרש"י דדייש היינו שמתקן גבולי השדה ומשביחה ויש בזה שתי הפעולות כאחת, קנין וגם גלוי דעת ומהני שפיר גם בכה"ג, ומתורץ גם קושיא הב', ודו"ק כי זה ברור ואמת ומקום הניחו לי לכוון הכוונה האמיתיית ברש"י:

סליק הלכות מקח וממכר

## הלכות אונאה ומקח טעות

### סימן רכז

סעיף א' **במחבר** ואיזה מהם שאינה בין לוקח בין מוכר עובר בלאו. ובסמ"ע כתב בשם הטור דכמו שאין לוקין על לאו דגזילה משום דניתן להשבון כדכתיב והשיב את הגזילה כך אין לוקין על לאו דאונאה, דג"כ ניתן להשבון, ומאוד יש להתפלא על מה שכתב כן בפשיטות דאין לוקין על לאו דאונאה, הא מחלוקת עצומה הוא בזה ודעת התוס' וסייעתם מוכח דסברי דלוקין כאשר יבואר בתוך דברנו. והן אמנם דהרמב"ם סובר דאין לוקין משום דס"ל דלאו דוקא לאו הניתק לעשה אלא כל לאו שניתן לתשלומין ואפשר לתקנו בחזרת הממון אין לוקין אע"ג שהתורה לא ניתקה בהדיא לתשלומין כמו אונאה דלא ניתקה התורה להדיא להשיב האונאה כמו שניתקה בגזילה והשיב את הגזילה, אבל כמה קושיות גדולות יש על שיטת הרמב"ם ולכאורה סוגיות הש"ס מוכח דלא כוותי', ולכן מהצורך להאריך בזה ולברר, הנה בש"ס (ב"מ דס"א ע"א) פריך למה לי דכתב רחמנא לאו בגזל לאו ברבית לאו באונאה ומסיק דלאו דרבית ואונאה מצרך צריכי ולאו דגזל לכובש שכר שכיר ופריך כובש ש"ש בהדיא כתיב לא תעשוק כו'' ומשני לעבור בשני לאוין, ופריך תו ולוקמא ברבית ואונאה ולעבור בב' לאווין ומשני משום

דבענינא דשכיר כתיב ע"ש בסוגיא, ובתוס' שם בד"ה לעבור בב' לאוין הקשו דלוקמי בגזל גופא ולעבור בב' לאוין ותי' משום דלא לקי אגזל ע"ש. ולפ"ז צ"ל דהתוס' ס"ל דארבית ואונאה לקי, דאל"ה מאי פריך הש"ס ולוקמי ארבית ואונאה כיון דגם בהם לא מלקינן, אע"כ דסברי דארבית ואונאה מלקינן, ולא מיקרי זה לאו הניתק לעשה, אע"ג דחייב לשלומי מדינא אפ"ה כיון דתורה לא ניתקה בהדיא כמו שניתקה בגזל והשיב את הגזילה, לא מיקרי זה לאו הניתק, זהו המתבאר מדברי התוס' ופליגי עם הרמב"ם דס"ל (פי"ח מהלכות סנהדרין) דלאו הניתן לתשלומין נמ פטור ממלקות, ולהכי ס"ל דבכל לאו של ממון כיון דאפשר בתשלומין לא לקי ע"ש, ואמנם דברי התוס' צריכים ביאור, דהא תינח באונאה דלא ניתקה התורה בהדיא משו"ה לא הוה זה לאו הניתק לשיטתם דבעינן דוקא שהתורה ינתקנה בהדיא, אבל ברבית למאי דקיי"ל כר' אליעזר (ב"מ שם) דרבית קצוצה יוצאה בדיינין מקרא דוחי אחיך אחדר לו כי היכי דניחי בהדך. א"כ לאו הזה ניתק בהדיא ואמאי לוקין. ומה שרצה המהרש"א שם ליישב דאע"ג דניתק לעשה מ"מ לוקין עליו כמו באונאה, תמיהני איך השוה רבית לאונאה, דהא באונאה לא ניתקה הכתוב מפורש, וזהו עיקר סברת התוס' דמה שמחויב בתשלומין לא מיקרי זה לאו הניתק. אבל ברבית דניתקה התורה להדיא מקרא דוחי אחיך וכמ"ש הרמב"ן שזהו מ"ע להחזרת הרבית, וא"כ דמיא ממש לגזילה ואמאי לקי, ואין לומר דתוס' סברי כהרמב"ם דלא מנה מ"ע זאת בכלל מנין העשין, דהא בתוס' (ב"מ דס"ב) בד"ה לא. כתבו דכו"ע ס"ל דלאו דרבית הוי ניתק לעשה דכר' אליעזר קיי"ל, אלא דקושיא הזאת היה נוח לי במ"ש המפרשים דלשיטת התוס' גופא שם (דס"א ע"ב) דרבא כר' יוחנן ס"ל דרבית קצוצה אינה יוצא בדיינין, וא"כ לדידי' לא הוי זה לאו הניתק. והכא דמרא דשמעתא הוא רבא דאיהו אמר למה לי דכתב רחמנא לאו ברבית וכו' ואליבי' פריך שפיר. דלדידי' הו"מ לאוקמי גם ברבית, אלא דאכתי צ"ע לעיל שם בסוגיא דקאמר הש"ס דהיינו נשך והיינו תרבית ולא חלקן הכתוב אלא לעבור בב' לאוין, הא התם אליבא דדינא הוא, ולמה דקיי"ל כר"א דרבית קצוצה יוצא בדיינין הוי לאו דרבית ניתק, וא"כ איך שייך לאוקמי בב' לאוין לשיטת התוס' דהיכי דלא לקי לא שייך לאוקמי בב' לאוין, ונ"ל ליישב דהנה באיסורא דרבית שאמרו דהמלוה עובר בחמשה לאוין, לאו עבירה אחת היא שמשום העבירה ההיא חייב בכל הני לאוין, אלא שעבירות חלוקות הן, דפסיקה הוה עבירה בפני עצמה, וכן נתינת המעות ללוה הוי עבירה בפני עצמה, ובכל הפעולה מתחלתה עד סופה עובר כמה עבירות שיבוא לחשבון חמשה לאוין, בשעת פיסוק התנאי עובר בלא תשימון בעת נתינת המעות ללוה עובר בב' לאוין דאת כספך לא תתן ובמרבית לא תתן,

ובשעת לקיחת הרבית עובר משום אל תקח מאתו נשך, וכן משמע מרש"י (ב"מ דע"ה) דעבירות חלוקות הם, ומשו"ה י"ל בפשיטות דהא דאמרינן דלאו דרבית הוי ניתק. היינו רק לאו דאל תקח, דכיון שבזה הוי האיסור לקיחת המעות, וזה מתוקן בחזרה, אבל לאוי דנתינה אין עוד תקנה לתקנם, דמיד שנתן המעות ללוה בפסיקת רבית, ואפי' אם לא יבוא עוד לידי גוביינא עובר בלאו דנתינה, ומה יועיל אם יחזיר לו אח"כ הרבית, כיון דהכא אין האיסור מצד הלקיחה, וכיו"ב מבואר בתוס' (ב"מ דס"ב) שגם לאו דלא תשימון אין מתוקן בחזרה ע"ש, וכ"כ הרמב"ן בתשובה דלאוי דלוה אינם מתוקנים בחזרה ע"ש, ובחבורנו לב"מ שם הוכחנו מן הש"ס ותוס' כן, וא"כ א"ש מה דמוקי הש"ס לעבור בב' לאוין, דהתם בלאוי דנתינה מיירי ובהם שפיר מלקינן לשיטת התוס' וזה ברור בעזה"י:

**ומה** נפלא בעיני דברי רעק"א בחדושיו לב"מ, דהנה בהא דאמרינן דאין עשה מנתק תרי לאוי, יש דיעות חלוקות בתוס', דבחולין (דף פ"א) כתבו דהיינו דוקא כשהב' לאוין סמוכים, ובמס' זבחים (דף קי"ד) שם כתבו דדוקא אם הלאוים סמוכים להעשה כמו בתמורה הוא דאינו מנתק לב' לאוין, אבל בעלמא דהעשה מרוחק מנתק להב' לאוין, וכבר דשו בזה רבים ועמ"ש השעה"מ (הלכות חמץ ומצה), ורעק"א בחדושיו הביא ראיה לשיטת התוס' דזבחים דדוקא היכא דסמוכים לעשה, אבל אם אינם סמוכים לעשה מנתק כמה לאוי מדאמרינן בש"ס (ב"מ דס"ב) דר' נחמיא וראב"י פוטרין המלוה והערב מפני שיש בהם קום עשה, ואמאי הוי רבית ניתק לעשה הא איכא כמה לאוין ונימא לא אתי חד עשה ועקר שני לאוין, אע"כ דכיון דהעשה אינה סמוכה להלאוין להכי מצי לנתק כמה לאוין ע"ש, וגם בשאגת אריה הוכיח נמי כן וכתבו זה לראיה ברורה ע"ש, ולמה שכתבתי אין מזה שום ראיה, דהא באמת דברבית אין מנתק כ"א לחד לאו דאל תקח אבל לאוי דנתינה והשומא אינם מנותקים כלל, ועיין בב"מ (דף ס"ב) ברש"י ד"ה פוטרים תמצא להדיא בלשון רש"י דגם מה דפטרי ר"נ וראב"י את המלוה היינו רק מלאו דאל תקח, ובחבורנו לב"מ שם כתבנו ליישב קושית הגאונים הללו באופן אחר:

**וכעת** הבוא נבוא ליישב גם שיטת הרמב"ם דכל לאו הניתן לתשלומין אין לוקה וכלל כולם בחדא, רבית, ואונאה וכובש שכר שכיר דהוה לאו הניתק, וא"כ לדידי' צ"ל בע"כ שאפי' היכא דלא שייך מלקות אפ"ה שייך נמי לאוקמי בב' לאוין, ולענין חומר האיסור שעובר בכמה אזהרות, ויקשה אפוא קושית התוס' אמאי לא מוקי אגזל גופא ולעבור בב' לאוין, וגם עוד נתקשו מפרשי הרמב"ם, דהנה בפ"א מהלכות גזילה הזכיר לאו דלא תגזול דקאי אגזל, והוא נגד הש"ס דב"מ דמוקמינן אכובש שכר שכיר, וביותר יקשה דבפי"א מהלכות שכירות כתב גבי עשק דעובר נמי משום לא תגזול, ואיך הרכיב ללאו

זה אתרי רכשי, בגזל ובשכיר. ועיין בלח"מ (פ"א מהלכות גזילה), ונ"ל ליישב כל אלו הסתירות, דהנה בשמ"ק שם הביא בשם הריטב"א וז"ל לעבור בב' לאוין פי' משום לא תעשוק ומשום לא תגזול וכ"ש דגזלן ממש הוא בכלל והכי גרסינן בגמרא ולוקמי אגזל, ומאן דגרים ולוקמי ארבית ואונאה טועה הוא דהא ודאי דשייך טפי גזל בעושק מאידך עכ"ל. ולכאורה אי אפשר להלום לגרסא הזאת, דאי פרכינן ולוקי אגזל, א"כ מאי משני דבענינא דשכיר כתיב, והא ודאי דשייך טפי לאו דגזל אגזל גופא מעל עושק ש"ש, דבשלמא לגרסא דידן דהקושיא הוא דלוקי ארבית ואונאה, משני שפיר דבענינא דשכיר כתיב ושייך טפי אשכיר מברבית, אבל אם הקושיא הוא דלוקי אגזל לא יתיישב תי' הש"ס, אכן ודאי דהפירוש לגרסא זאת הוא כן, דהנה אפי' לפום מאי דמוקי דבכובש ש"ש קאי, אגזל גופא ודאי קאי וכקושית התוס' דלא מפקינן לאו דלא תגזול מפשוטו, אלא דס"ל להש"ס דקאי נמי אכובש ש"ס, וע"ז פריך ולוקי אגזל, פי' אגזל לחוד, דכיון שענין הוא על גזל גופא מנ"ל לומר דקאי נמי אכובש ש"ש, ומשני משום דבענינא דשכיר כתיב, פי' לאו משום דאינו ענין על גזל מוקמינן אותו על שכיר, אלא משום דלאו דלא תגזול קאי בענינא דשכיר ונכתב נמי בוא"ו החבור, משמע דקאי אשכיר נמי, אבל אגזל פשיטא דקאי, ולפ"ז אין מקום לקושית התוס', דלוקי אגזל, הא זה פשיטא דקאי אגזל ודאי, אלא דמשני דקאי על כובש ש"ש נמי, ומוכח דלפ"ז קאי לאו דלא תגזול אשניהם אגזל ואכובש ש"ש, והיינו ממש כשיטת הרמב"ם ואחרי שהעיד הריטב"א דכל מאן דלא גריס כגרסא הזאת טועה הוא, מנ"ל לעשות את הרמב"ם כטועה ופשיטא שגם הרמב"ם יגרוס כן וסרה מאתו כל הקושיות הללו וזה ברור. ואין להקשות דהא בגמרא משמע דהלאו דלא תגזול מיותר ולא הוצרך אגזל, ומשום דגזל נדע מרבית ואונאה, ולגרסא זאת בע"כ דלאו משום דמייתיא הוא, די"ל דבס"ד היה סובר הש"ס דכל היכי דלא מלקינן לא שייך לאוקמי בתרי לאוי ולהכי כיון דהאיסור דגזל ידעינן מרבית ואונאה לא הוצרך לאו זה אגזל, אבל לבתר דמשני דקאי אכובש שכר שכיר ולעבור בב' לאוין, ולשיטת הרמב"ם שגם בכובש ש"ש לא לקי משום דהוה לאו הניתן לתשלומין ואפ"ה מוקמינן בב' לאוי משום חומר האיסור, א"כ מצי קאי זה ודאי על גזל עצמו ולעבור בב' לאוין, וגם הראב"ד כתב דקאי גם אגזל, וי"ל נמי דסובר כהרמב"ם

**אלא** דאכתי צריך ביאור דלמה שכתבתי דהרמב"ם סובר דלאו דלא הגזול קאי אגזל גופא נמי ולעבור בב' לאוין, א"כ בגזל גופא יש שני לאוין לאו דרבית ואונאה ולאו דלא תגזול, דשני לאווין הללו הם מחמת חסרון ממון חבירו. וא"כ הו"ל לרמב"ם למיחשב בגזל צד האיסור דחסרון ממון בתרי לאוי, והוא לא חשב כ"א אחד. עיין בפ"א מהלכות

גזילה שחשב בגזל ג' לאוין, לא תגזול, לא תחמוד ולא תתאוה, ולמה שכתבתי בלא תגזול גופא. דהיינו צד האיסור לחסר ממון חבירו הוה תרי, ואפשר לומר דלא חשיב כ"א סוגי האיסור, וסוגי האיסור הוה רק ג', דלאו דרבית ולא תגזול שניהם מסוג אחד הם מצד חסרון ממון חבירו, ולא תחמוד ולא תתאוה סוגים מיוחדים הם, דחמוד היינו כשהפציר ולקח מחבירו ותאוה הוא בלב תיכף שחשב בלבו עובר בלא תתאוה ודלא כהסמ"ג שחושב חימוד ותאוה באיסור אחד ועיין במנ"ח (מצוה ל"ח), ועוי"ל דהרמב"ם לא ימנה כ"א הלאוין דכתיב מפורש אבל לאו דרבית דאתיא בגזל במה הצד, לא מנה. ומיושב בזה גם מה שחשב הרמב"ם במנין הל"ת דרבית ולא חשיב גבי לוה אלא תרי לאוי, לא תשיך ולאחיך לא תשיך, דהא בסוגיא דהתם אמרינן דבלאו דלא תשיך יש תרי לאוי, דנשך ודתרבית משום דכתיב נשך נשך וכפרש"י ותוס', ולמה שכתבתי א"ש, דאע"ג דלענין איסורא יש בו תרי לאוי מ"מ כיון דמפורש לא כתיב, רק מייתורא דנשך יליף, לא מנה זה, וכעין זה תי' בפנ"י ע"ש, ומעתה למה שכתבתי יצא כנוגה צדקת הרמב"ם במה דס"ל דלאו הניתן לתשלומין לא לקי, והצלנו אותו מכל הקושיות, ומה שהקשה הכ"מ שם מההיא דכתובות דאמרינן כל היכא דאיכא ממון ומלקות מלקא לקי, עיין בחדושנו לקמן סעיף כ"ט מה שכתבנו ליישב בדרך נכון מאוד. ולבד שלא יקשה על שיטה הזאת, אדרבה מפשטות הגמרא יש ראיה לזה, דאילו לשיטת התוס' דדוקא לאו הניתק לא לקי צ"ל דהא דר' נחמי' וראב"י פוטרים את המלוה ממלקות, הוא רק מלאו דאל תקח, אבל לאוי האחרים מלקינן דהם לא ניתקו וכמו שבארתי לעיל, ולשון הגמרא משמע דפטרוהו מכל הלאוין, ולשיטת הרמב"ם ניחא דכיון שניתן לתשלומין לא לקי אשום לאו. וא"ש דברי הטור שכתב בפשיטות כהרמב"ם דאין לוקין על אונאה דלמה שבארתי שיטתו מוכחת בש"ס:

סעיף ד' **ברמ"א** מכר שוה ס' בנ"א או להיפוך שוה נ' בס' פחות מעט דליכא אונאה שתות ולגבי אחד הוי מחילה ולגבי שני ביטול מקח אזלינן בתר המקח וכו'. זהו דעת המרדכי, ואם כי דעת כמה ראשונים דלא כהמרדכי אלא שגם בזה דין אונאה דאין סברא דבמכר פחות מס' שיהא בטול מקח ואם מכר בס' יהא אונאה, ואפ"ה נ"ל להוכיח כשיטת המרדכי ממתני' (ב"מ דמ"ט) האונאה ארבע כסף מכ"ד לסלע שתות למקח, ובתוס' שם הקשו דלמאי דמסיק שתות מעות נמי שנינו א"כ לשתוק משתות למקח, ואמנם אי נימא כהמרדכי א"ש דאתי המשנה להורות דין זה גופא, דדוקא היכא דבענין המקח יש שתות מצומצם אז אמרינן דהוה אונאה, אבל אי בשום צד ליכא שתות מצומצם לא דיינינן דין אונאה בין שהוא פחות או יתר:

סעיף ה' **במחבר** אין המאנה חייב להחזיר עד שתהא האונאה יתר על פרוטה כו'. תמוה מאוד דעת המחבר, דעל מ"ש רב כהנא (ב"מ דנ"ה) אין אונאה לפרוטות כתב רש"י וז"ל אין אונאה לפרוטות בפחות מאיסר שהוא מטבע כסף דכיון דאפיקתי' מפרוטה בעינן מטבע כסף ואיסר הוא המטבע הפחותה שבכסף. ובאשר"י שם השיג על רש"י וסובר דאין אונאה בפחות ממעה כסף שהוא ד' איסרים, והיינו דס"ל נמי כרש"י דכיון דאפיקתיה מפרוטה בעינן מטבע כסף, אלא שפליגי איזה מטבע הוא הפחותה שבכסף, והרא"ש סובר דהיינו מעה. ולפ"ז תמוה מאוד דעת המחבר שהוא דעת הרמב"ם במ"ש שדוקא פרוטה מכוונת אין חייב להחזיר, הא מעט יותר מפרוטה חייב להחזיר, והמ"מ כתב שפוסק כרב כהנא. ולא יצא עוד ידי חובת הפרישה בזה, דכיון דסובר כר"כ דאין אונאה לפרוטות ואפיקתה מפרוטה, א"כ צריך לאוקמי אמטבע כסף ולפחות איסר בעינן, ותמיהני ששום מפרש לא העיר בזה, ונ"ל ליישב דזה ברור שמ"ש רש"י אין אונאה לפרוטות בפחות מאיסר, לא נתכוון לומר שהאונאה גופא יהיה באיסר, אלא כוונתו דכל המקח לא יהיה פחות מכאיסר. דכשהמקח הוא בפרוטות ואין מגיע לכאיסר אין בו אונאה, דאפיקתי' מפרוטה ואוקמה אמטבע כסף, אבל אם במקח יש איסר דבזה הוה האונאה מעט יתר מפרוטה הוה אונאה, דבאונאה גופא לא בעינן דוקא כאיסר, והכי מפורש כמעט ברש"י שם (דנ"ו ע"ב) בד"ה לפרוטות וז"ל סתם מוכר שטרותיו לבושם אין שם המקח של איסר ביחד אלא פרוטות עכ"ל, הרי להדיא כמו שכתבתי בכוונתו דאמקח קפדינן שיהא בכאיסר ולא על האונאה ועוד דמלשון הש"ס גופא בע"כ נראה לפרש כן דהאי אין אונאה לפרוטה דקאמר, היינו כשהמקח הוא בפרוטות, דכבר הקשה התו"ח למה נקט אין אונאה לפרוטות" בלשון רבים, אין אונאה לפרוטה הול"ל, ועוד אין אונאה לפרוטות, אין אונאה בפרוטה מיבעי לי' ועמש"ש, ולמה שכתבתי דהכוונה הוא שבמקח משערינן וכל מקח שאין עולה לאיסר אין בו אונאה א"ש הלשון לפרוטות דהיינו למקח שהוא בפרוטות וגם מה דנקיט בלשון רבים, משום דבמקח הא יש פרוטות הרבה, ולזה א"ש פסק הרמב"ם ומחבר דביתר על פרוטה כל שהוא הוי אונאה, דהא דאוקמי אכסף היינו המקח גופא ובמקח בעינן כאיסר והאונאה לפי"ז הוה יתר על פרוטה כל שהוא והוא כפי' רש"י וזה ברור:

**והנה** מלשון המחבר אין המאנה חייב להחזיר, משמע דרק להחזיר האונאה אין מחויב בפרוטה, אבל עכ"פ איסורא מיהא איכא גם באונאת פרוטה, כיון דנתאנה שתות, וכן היה נ"ל להוכיח ממ"ש רבא (ב"מ דס"א) דלאו דגזל לא איצטריך לגופי' דנלמד מרבית ואונאה, ולכאורה קשה למה דקיי"ל כרב כהנא דאין אונאה בפרוטה, א"כ הא צריך

קרא לגזל גופא, דאי מאונאה לא נדע גזל דבפרוטה הוה, אע"כ דהא דאמרי' דאין אונאה לפרוטות היינו רק שא"צ להחזיר האונאה אבל עכ"פ עובר בלאו ככל גזל, כיון דנתאנה שתות, וא"כ שפיר יליף גזל מינה. ואכן אף כי לשון הרמב"ם ומחבר משמע כן וכ"כ במנ"ח (מצוה של"ז), מ"מ לדעתי אין הדבר ברור כ"כ שיהיה בזה איסור. דמ"ש מאונאת פחות משתות אע"ג דהוה יותר מפרוטה וממונא הוה לכל מילי ואפ"ה כתב המחבר בסמוך שיש להסתפק בזה אם מותר לכתחלה, הטעם כיון דדרך מקח וממכר הוא ועביד דמחל בשיעור כזה, מותר לכתחלה. ה"נ כיון ששיערו חז"ל דבפרוטה אין אדם מקפיד ומחל, שייך נמי לומר דמותר לכתחלה, ואי נימא דבפחות משתות מותר לכתחלה. הוה"ד באונאת פרוטה דמ"ש, ואין שום מקום לחלק ביניהם, והראיה שהבאתי מב"מ דא"כ היכי יליף גזל מאונאה הא איצטריך לגזל פרוטה, נמי יש לדחות. דאפי' נימא דמותר לכתחלה להונות בפרוטה, נמי שפיר יליף גזל מינה, דהא דאמרינן דבפרוטה ליכא איסור, לאו משום דפרוטה אין בו שיעור, דזה ודאי כיון דבכל מקום שוה פרוטה הוה ממונא. הוה"ד לענין אונאה. אלא הטעם משום דאמרינן כיון דדרך מקח וממכר הוא עביד אינש דמחיל פרוטה, וכמו דאמרינן דפחות משתות הוה מחילה אע"ג דעולה לסך גדול דהוה ודאי ממונא, וא"כ בגזל דליכא טעם דמחילה, ודאי דפרוטה הוה ממונא, וכיון שלענין עיקר האיסור שפיר ילפינן גזל מאונאה, דבכולהו הוי אזהרת ממון חבירו שאינה שלו, ממילא ידעי' דבגזל הוה שיעורו בפרוטה ודו"ק:

סעיף ו' **במחבר** יש להסתפק אם מותר להונות את חבירו בפחות משתות, נסתפקתי למאן דסובר דאסור להונות בפחות משתות, אם גם במקום שהלוקח ידע שיש בו אונאה ג"כ אסור. וכמו דקיי"ל באונאת שתות שאין חילוק בין ידע ללא ידע ואפי' בדידע שיש בו אונאה ג"כ יוכל לתבוע וכמ"ש הרמ"א בסעיף הסמוך, הוה"ד לענין איסורא בפחות משתות אין חילוק ואפי' בידע מאונאה יש איסור, או דלמא לענין איסורא אמרינן דכיון דידע מהאונאה וקללה לא שייך בזה שום איסורא ונ"ל להביא ראיה כצד האחרון, דהנה בעיקר מה שנסתפק המחבר אם מותר להונות בפחות משתות, דעת רש"י נראה ברור שהוא מן האוסרים אונאה בפחות משתות, דכן כתב להדיא (ב"מ דנ"ב) גבי סלע שנפחת עד יותר משקל אפי' משהו שאסור לקיימה שמא יוציאנה בשקל, הרי דס"ל שאפילו לקיימה אסור מחשש שמא ירמה בה פחות משהו. הן אמנם דהפנ"י בב"מ שם הוכיח ממ"ש רש"י בברייתא שם דאם נפחת הסלע פחות מכדי אויאת סלע דמותר להוציאה בשויה. ופרש"י ביפה, מכלל דסובר רש"י דמותר להונות כל זמן שאין שיעור אונאה, ולבד שזה דוחק גדול לומר דלרש"י פשיטא לו דבר כזה מה ששום אחד מהפוסקים לא

הכריע בזה בבירור, דהרא"ש רק ספוקי מספקא בזה, וברמב"ם אין מוכח כלל, והמחבר נמי כתב שיש להסתפק בזה, והרמב"ן בפירושו על התורה פ' בהר הכריע לאסור, אבל להיתר לא הכריע שום אחד מהפוסקים זולת החינוך מצוה של"ז כתב דעתו להיתר ע"ש. עוד בלא"ה למה שכתבתי מפורש ברש"י ההיפוך, דהא קאמר דבאם נפחת עד שנחסר גם משקל אפי' משהו אסור שמא יוציאנה בשקל, הרי להדיא שאפי' במשהו אסור להונות אלא דברור דברי רש"י שס"ל דבנפחת פחות מכדי אונאת סלע דמותר להוציאה ביפה, דהיינו משום דהפחת נראה לעינים שאינו שוה כמטבע יפה וכיון שידה מזה הלוקחה ואינו מקפיד משו"ה מותר לתת לו לכתחלה, דמה אונאה שייך בזה אחרי שרואה הפחת בעיניו, אבל אם נפחת הסלע עד שהוא פחות משקל לא ניכר הפחת דאע"ג שרואה שמטבע חסירה היא מ"מ סובר דאכתי שקל מיהא איכא כיון שאין הלוקח יודע מהפחת אסור להונות לכתחלה אע"ג שהוא פחות משיעור אונאה, ואיה"נ דאם שקל גופא שנפחת פחות מכדי אונאה ודאי שמותר להוציאו ביפה כיון שניכר הפחת, אבל בסלע שנפחת פחות משקל אין הפחת של שקל ניכר ולהכי אסור, וכ"כ המהרש"א שם, הרי לפנינו ראיה ברורה למה שנסתפקתי, דהא רש"י ס"ל דפחות משתות אסור להונות וכמו שהוכחתי מדין דנפחת פחות משקל ואפ"ה ס"ל דבנפחת פחות מכדי אונאת סלע דמותר להוציאה לכתחלה כיון דפחתו ניכר וידע הלוקחה, הרי להדיא שבמקום שידע הלוקח מאונאה שמותר לכתחלה בפחות משתות אפי' למאן דאוסר. וזה ראיה ברורה וטעמא רבה יש לחלק בין ענין חזרת האונאה דלא מחלקינן בין ידע ללא ידע, ולענין איסור מחלקינן, דביש אונאת שתות אמרינן שאין ראיה מידיעתו דמחל ונתרצה די"ל שדעתו היה לתובעו להחזיר האונאה, וכיון שאין הוכחה דמחל ממילא הרי הוא באיסור האונאה כמו בלא ידע, אבל בפחות משיעור אונאה דידע שלא יוכל עוד לתובעו ואפ"ה קבלה. מכלל דנתרצה בלב שלם, ואיזה איסור שייך בכאן, ואמנם כל זה הוא לשיטת רש"י, אבל אי נימא כשיטת הרא"ש דמשו"ה במטבע מותר להוציאה בשויה משום דגם אחר יקבלה הימנו אין ראיה. אבל בשיטת רש"י א"א לומר כטעם הרא"ש דא"כ גם בנפחת משקל נמי יהא מותר, ובע"כ כמו שכתבתי ברש"י ויהיה ראיה ברורה לפשוט הספק מה שנסתפקתי, ולטעם הרא"ש י"ל דבנפחת פחות משקל ג"כ מותר. והא דקאמר בברייתא סלע עד שקל, אין כוונתו דמיד שנפחת עד פחות משקל אסור לקיימו אלא שעד שקל ואונאתו קאמר וכפי' הרשב"א ונמוק"י, אבל ברש"י שפי' להדיא דמיד שנפחת עד פחות משקל אסור לקיימו ואע"ג שאחרים יקבלוה בשקל בכ"ז אסור להונות לכתחלה

אי"א לומר שיסבור כשיטת הרא"ש דמשו"ה הוה מטבע חלוק משאר דברים מפני שגם אחרים יקבלוה, ובע"כ כמו שכתבתי בכוונתו ויהיה נפשט ספיקי ודו"ק:

סעיף ז' **ברמ"א** היה יודע הלוקח בשעה שלקחו שנתאנה ומיד אחר הלקיחה כו' תובע אונאתו לא אמרינן דהואיל דידע מחל, מקור האי דינא הוא מעובדא דבש"ס (ב"מ ד"נ ע"א) ההיא גברא דהוה נקיט ורשכי לזבוני קרי' שיתא ושויא חמשא ואי הוי יהבי לו חמשא ופלגא הוי שקיל כו' אמר אי יהבינא לו חמשא ופלגא הוי מחילה אתן לו שיתא ואתבעי' לדינא, ומהך עובדא הוכיח הר"ח שאפי' אם ידע הלוקח בשעה שנתאנה ושתק אפ"ה יכול לתבוע אונאתו, דהא התם ידע הלוקח שיש בו אונאה ואפ"ה לא דחה בש"ס אלא מפני שקנה מבעה"ב ע"ש. ותמי' לי דמה ראיה הוא, דהא התם כיון שידוע לנו שגם אי הוה יהיב לו חמשא ופלגא הוי שקיל, וא"כ למה לו לתת עוד יותר, אלא ודאי משום דרוצה לתבוע אונאתו, וא"כ י"ל שדוקא התם שיש אומדנא דמוכח שדעתו לתבוע ולא למחילה, ומנ"ל ללמוד שאפי' במקום שאין אומדנא כהאי שג"כ דעתו לתבוע ולא למחילה, ונ"ל דמה שהוצרכו להביא ראיה מן הש"ס אין זה בכדי שלא נאמר כיון דידע ושתיק מחל, דזה אפילו בלא ראיה וגם מסברת עצמנו לא היינו אומרים כן דבאונאה נתלה השתיקה במחילה, דהא אין אדם רגיל למחול ולתת מתנת חנם, ורק במקום שלא היה לנו במה לתלות השתיקה יהיה הכרח לומר מדידע ושתק מחל, אבל בדין דאונאה הא י"ל משום דהיה לו רצון באותו חפץ ואם לא יתן כמו שירצה המוכר לא ישיג אותו, לזה הוכרח היה לקנות מתחלה במחיר גבוה אף שידע שאין שוה כל כך, וכיון שיש לנו במה לתלות שתיקתו מהיכי תיתי נימא שלמתנה נתכוון, וסברא זאת שייכא נמי במקום שאין אומדנא דמוכח, דלא בעינן כלל לאומדנא ע"ז, דבודאי כל זמן שיש לתלות השתיקה לסבה אחרת ולא למחילה תלינן. ורק הראיה מן הש"ס הוצרכו בכדי שלא נימא דלא מיקרי אונאה כ"א במקום שלא ידע הלוקח, אבל במקום שידע מתחלה אם כי הוא לקח אדעתא דלתבוע אין זה כלום, דאין לו רשות לקנות לכתחלה בהערמה בכדי לתבוע אח"כ, ולא מיקרי זה כלל אונאה, וכמו גבי פחות משתות אמרינן באמת דאע"ג שאסור להונות בפחות משתות מ"מ אם הלוקח ידע מותר לכתחלה וכמו שכתבתי בדבור דלעיל בארוכה, והו"א שגם באונאת שתות הדין כן הוא, לזה מביא מעובדא הזאת שאפי' אם ידע מתחלה שיש בה אונאה, כיון שלקח ע"מ לתבוע ולא למחילה יכול לתבוע, וממילא דבכל גווני שבאונאה כיון דודאי הוא שדעתו לתבוע אין זה מזיק מה שידע מתחלה, דאפי' בכה"ג הוה מיקרי אונאה וא"ש, אלא שמלשון הר"ח משמע קצת שגם ע"ז הוצרך

להראיה שלא נאמר דכיון דידע מחיל וקשה קושיתנו ולענ"ד יש לפרש כוונתם כמו שכתבתי בזה, ויש ליישבה גם בלשונם:

**והנה** הרמ"א כאן הביא לפסק הלכה כהר"ח שאפי' אם ידע הלוקח יכול נמי לתבוע אח"כ, אלא שהב"ח הרבה להשיג עליו, דהא בע"כ לא נתכוון הר"ח להוכיח כ"א דומיא דהך עובדא כשאמר הלוקח בפני עדים אתן שיתא ואתבעי' לדינא, דהתם כיון שנתברר דידע ולא מחל אעפ"י ששתק בשעת לקיחה אין שתיקתו מחילה, אבל אם לא נתברר שהיה דעתו לתובעו אח"כ אע"ג דנתברר שידע הלוקח שאינו שוה אלא חמשא וקנאו בשש אמרינן מתנה בעלמא הוא דיהיב, והביא ראיה. דהא אפי' היכי דטעה בכדי שאין הדעת טועה פסק הרא"ש דמסתמא ידע ומחל וכמבואר בסמוך סעיף י"ט, כ"ש היכא שידוע לנו בשעת לקיחה שאינו שוה אלא חמשא ולקחו בשש דאמרינן ידע ומחיל, וא"כ היכי סתים הרמ"א לפסוק דבכל אופן אמרינן דיכול לתבוע אח"כ ע"ש, ולענ"ד נראה שודאי כוונת הר"ח הוא כמ"ש הרמ"א שבכל אופן יכול לתבוע אח"כ, ולאו דוקא בדומיא דעובדא דהתם, דלשון הר"ח הוא ממש כלשון הרמ"א ולא הוזכר שם החלוק הזה שכתב הב"ח, וקושית הב"ח דא"כ אמאי אמרינן דטעה בכדי שאין הדעת טועה דידע ומחל, יתיישב בפשיטות, דהא זה ודאי שהדין המוזכר בהך עובדא דיכול לתבוע אפי' כשידע מקודם, לא נאמר זה כ"א באונאה, אבל במקום ביטול מקח הא אמרינן בכל דוכתא דראה ונתפייס ולא יכול לתבוע אח"כ וכמ"ש בהדיא (כתובות דנ"ח) מאי אמרת לסטים מזוין או מוכתב למלסת הנהו קלא אית להו. ופרש"י וסבור וקביל, הרי שאפי' במקום שלא נתברר שידע בודאי, אפ"ה אמרינן כיון דקלא אית להו וידע מסתמא אין יכול שוב לבטל המקח, כ"ש היכי דנתברר שידע בשעת הלקיחה מהמום דאין יכול שוב לתבוע. והחילוק שביניהם פשוט ומבואר. דבאונאת שתות שהמקח קיים לעולם אמרינן דרגיל אינש הכי למיעבד ליתן מתחלה יותר מהשווי אדעת דלתבוע אח"כ, דכיון שרצונו להשיג החפץ והמוכר לא נתרצה כ"א במקח שמבקש הוא, ואע"ג דלוקח יודע שאין שוה כ"כ יתרצה ליתן יותר אדעת דלתבוע אח"כ. גם רשאי למיעבד כן להשתמש באותו חפץ אע"ג דיודע בנפשו שיתבענו אח"כ לדינא, כיון דס"ס המקח קיים ובשלו משתמש, אבל במקום שאם יתבע יתבטל המקח כגון באונאת יותר משתות או מום במקח, אי"א לומר דלקח מתחלה אדעתא דלתבוע, חדא דלאיזה תועלת יעשה כן כיון דהמקח לא ישאר בידו כשיתבענו אח"כ וא"כ למה לקנות מתחלה אדעת דלבטל המקח, ועוד דאפי' במקום שיש לו חפץ במקח רק לשעה ולא איכפת לי' אם אח"כ יתבטל המקח, מי שרי לעשות כן לקנות לכתחלה ע"מ לבטל המקח אח"כ, דהא במקום שהמקח טעות הוו

המעות גזל ביד המוכר והחפץ גזל ביד הלוקח וכמ"ש המ"ל (פ"ה מהלכות אישות) להוכיח כן מהירושלמי, ואפי' במקום שאין המוכר או הלוקח ידע שיש מום, שלא נראה לעין שנתכוונו לגזול הוה גזל, כ"ש בכה"ג שידע מתחלה שיש בו מום או אונאה יתר משתות שאין רשאי לקנות אדעת שיתבע אח"כ לבטל המקח, דאז נראה כמכוון לגזול, ובכה"ג ודאי דאמרינן מדידע מחל ואין דעתו לתבוע, ולפ"ז לק"מ קושית הב"ח, דהא התם כיון דטעה בכדי שאין הדעת טועה הוה יותר משיעור אונאה, דבכדי אונאה הוה הדעת טועה ובטור כאן ששם מקור הדין מבואר להדיא דפסק הרא"ש היה ביותר מכדי אונאה, דזה לשון השאלה, לפעמים שאדם דחוק לפי שעה ומוכר שוה סלע בדינר מחמת דוחקו וכשיזדמן לו מעות יחזור, וע"ז השיב הרא"ש דכיון שטעה בכדי שאין הדעת טועה מסתמא ידע ומחל ע"ש, וכיון דמירי בביטול מקח אמרינן ודאי דכיון שידע מחל, דאין לומר שדעת המוכר היה לתבוע אח"כ, דהא אם יתבע יהיה בטול מקח והמעות גזל בידו, והיאך רשאי להשתמש בגזל, אלא ודאי שידע ומחל, אבל בשיעור אונאה שפיר אמרינן דאפי' כשידע דעתו לתבוע, וסרה הקושיא מן הרמ"א ומשה ותורתו אמת:

**הן** אמנם בעיקר הדין שהחלטתי דבמקום בטול מקח אמרי' דמדידע מחל, לא משמע כן לכאורה מן הרמב"ם (פט"ו מהלכות מכירה) שכתב והוא שלא נשתמש בו אחר שראה המום, משמע דאפי' ראה המום ושתק חוזר אח"כ, דאל"ה מה איריא נשתמש, אפי' ראה ושתק נמי אינו חוזר, ומזה הוכיח המ"ל שם דהרמב"ם ס"ל דידע ושתק חוזר אח"כ ע"ש וכן משמע נמי מתוס' (כתובות דנ"ח) ד"ה הנהו קלא אית להו וז"ל ותי' רבנו אליהו דהא דאמרינן (ב"ב דנ"ב) דבלסטים מזוין אומר הרי שלך לפניך, מיירי דבלא נתן הלוקח המעות. והא דאמרינן דסבר וקביל מיירי בדנתן כבר המעות ע"ש. ומשמע דבלא נתן המעות יכול לחזור אפי' כשידע בעת מעשה מהמום, ואמנם מפני שלענ"ד א"א כלל לומר במקום בטול מקח שלקח אדעת לתבוע אח"כ וכפי הטעמים הצודקים שכתבתי נ"ל פשוט דמהנהו אין ראיה, דהא התם לא מיירי שנתברר שידע ודאי בעת מעשה דלסטים הוא, ורק מפני שהנהו קלא אית להו, ובזה אפשר לומר שאין הקול מחשיב לודאי ידע, אלא שע"י הקול יוכל לברר כשירצה, דאם ירצה לחקור ולידע יוכל לברר, ובכה"ג צדק סברת רבינו אליהו דאם נתן המעות אז אמרינן דמסתמא כבר חקר ונודע לו וסבר וקביל, אבל אם לא נתן המעות עוד לא חקר עוד אח"ז ולא נודע לו עוד, ולהכי מצי לומר הרי שלך לפניך, ודוקא בכה"ג שאמרינן דלא ידע עוד בודאי יכול לחזור אבל אם נתברר שידע ודאי אמרינן דמחל, דאי אפשר לומר כשיכיר שיש בו מום יקנה ע"מ לתבוע וכמו שבארתי, וזה ברור בפשט התוס', ומרמב"ם דלעיל נמי אין להוכיח,

דהרמב"ם מיירי שבשעה שלקח לא הוה ידע מהמום רק אחר גמר המקח נודע לו, ובזה בעינן דוקא נשתמש, אבל שתיקה לחוד אין ראיה דמחל, דהא דשתיק לפי שידע שיש לו יכולת לחזור, אב אם קודם הלקיחה נודע לו שיש מום ודאי דהידיעה לחוד מהני שלא יוכל לחזור, דכי גרע מעשה הקנין מההשתמשות דאח"כ, ואם אמרינן דכשנשתמש גלי דעתו דמחל כ"ש כשאנו רואים שעושה מעשה הקנין דהוי גלוי דעת שמחל וזה ברור. ומצאתי שקדמני בסברא זו השבו"י הובא בפ"ת לקמן (סי' רל"ב), ומאוד תמוה לי הוכחת המ"ל דהרמב"ם יסבור דראה וידע קודם הקנין יוכל לחזור, דמי גרע כל מעשה הקנין מההשתמשות, ועוד דאיך יעלה על הדעת שיקנה לכתחלה ע"מ לבטל המקח דהא הוה גזל וכמו שכתבתי לעיל, וזה ברור בעזה"י:

**ונראה** ראיה ברורה דלא כהב"ח מהא דקתני במשנה (ב"מ ד"נ) כשם שאונאה להדיוט כך אונאה לתגר, והכי קיי"ל שגם לתגר יש אונאה ואע"ג דתגר ודאי ידע ביבינתי' וכדקאמר לר' יהודה התם, ובזה ודאי לא פליגי רבנן לומר שתגר אינו בקי דהא פשיטא שתגר ספסר כיון שלא שהה בין קנייתה למכירתה, יודע באונאתו. ואפ"ה ס"ל לרבנן דיכול אח"כ לתבוע ולא אמרינן מדידע מחל שדוקא ר' יהודה ס"ל מדידע מחל אבל רבנן פליגי עלי' ואנן קיי"ל כרבנן, והא התם לא נתברר שדעתו לתובעו דהא לא אמר מידי ואפ"ה קיי"ל דיכול אח"כ לתבוע ודלא כהב"ח שס"ל דוקא דומיא דהנך עובדי דורשכי דקאמר לפני עדים איזיל ואתבעי' ודו"ק:

סעיף ח' **במחבר** וכן אם נודע שבא לידו בממכרו כו' אינו יכול לחזור ולתבוע שהרי מחל, נ"ב והרשב"א כתב דאפי' נודע שראה כמותו נמכר בשוק ג"כ מצי לחזור דהמוכר חוזר לעולם בכל אופן דכיון דלא ידע אי טעה או לא טעה עד דמתרמי לי' זבינתא כזבינתי' ולא מצו רבנן למיהב שיעורא אמרו דלעולם חוזר כדי שלא תחלוק בשיעורין עכ"ל והובא בשמ"ק לב"מ ע"ש היטב:

סעיף ט' **במחבר** וכן אם מכר מפני דוחקו וזלזל במכירתו יותר מכדי שהדעת טועה כו' אינו יכול לחזור דידע ומחל, עיין מה שכתבתי לעיל בסמוך בסעיף ז' דהיינו דוקא כשהטעות היה יותר משתות דהוה ביטול מקח בזה אמרינן דידע ומחל, דאי אפשר לומר שמדעתו היה לתבוע האונאה כיון דאם יתבע יהא המקח בטל, וא"כ מה צורך היה בקנייתו לכתחלה, אע"כ דמחל, אבל אם לא היה אלא כשיעור אונאה לא אמרינן מדידע מחל, דיותר אמרינן שבדעתו היה לתבוע שוב אונאתו וע"ש בארוכה:

סעיף י"ד **במחבר** כשם שיש אונאה להדיוט כך יש אונאה לתגר אעפ"י שהוא בקי, ועיין בבאר הגולה שמציין דדין זה הוא דוקא לרבנן במשנה שם דאילו ר' יהודה הא פליג

התם וקאמר אין לתגר אונאה מפני שהוא בקי, וכן מוכח נמי לכאורה מדמוקי התם ר"נ אליבא דר' יהודה בתגר ספסר מ"ט מידע ידע דלא שוה כו' והאי דזבנה הכי משום דאיתרמי לי' זבינתא כו', משמע דעיקר טעם דר' יהודה משום דתגר הוא ומידע ידע ומדידע אחולי אחיל, אכן לענ"ד זה אינו אלא דבכה"ג דמיירי הכא אפי' ר' יהודה מודה דיש אונאה לתגר, דבאמת יש לתמוה היאך אפשר לומר דאמרינן מדידע מחל, והא גבי עובדא דורשכי דידע הלוקח שיש בו אונאה ואפ"ה אי לאו דלקח מבעה"ב הוה מצי לתבוע האונאה ולא אמרינן מדידע מחל, והבאתי זה לעיל בסעיף ז' ודוחק לומר דר' יהודה פליג גם התם ויסבור דכיון דידע לא מצי לתבוע, וגם זה אין לתרץ שדוקא בהנך עובדי דהתם דהלוקח אמר מעיקרא לפני עדים שדעתו לתובעו לדינא אח"כ משו"ה ל"א דמחיל, אבל היכי דלא גילה דעתו אמרינן מדידע מחל וכמ"ש הב"ח לדינא כן, דהא הר"ח וראבי"ה הוכיחו מהנך עובדי שאפי' במקום דלא גלי דעתו בפירוש מצי ג"כ לתבוע ולא אמרינן מדידע מחל וכמ"ש גם הרמ"א לעיל סעיף ז' מכלל דלא ס"ל לחלק כן ועיין מה שכתבנו שם בארוכה, אכן אפשר ליישב דלכאורה אינו מובן נמי באוקימתא דר"נ למה לו לאוקמי בתגר ספסר, הא כל תגר בקי, אלא, אלא ודאי שדוקא בספסר דמוכר וקונה בכל שעה, ויש לומר דהאי דזבנה בזול משום דאיתרמי לו זבינתא אחריתא, אבל בסתם תגר שאינו ספסר, שאצלו לא נוכל לתלות דעבד הכי משום דאתרמי לו זבינתא אחריתא, דלא עביד לקנות ולמכור בכל שעה, לא אמרינן גבי' דמחיל, דדוקא במקום שיש לתלות דמכר בזול לשם זבנתא אחריתא ומשום הריוח שיהיה לו במקח האחר נתרצה למכור בזול ובזה אמרינן שודאי דעתו היה למחול בלב שלם, כיון דלשם ריוח הוא מוכר, אבל היכי דליכא לתלות כה"ג לא אמרינן דמחל, דמהיכי תיתי ימחול ואע"ג דידע דעתו לתבוע וכעובדי דלעיל, וא"ש השתא בעובדא דלעיל דלא מיירי בסרסר וליכא מידי במה לתלות המחילה, להכי לא אמרינן דמחל ואפי' לר' יהודה, דבכה"ג כו"ע מודו דלאו למחילה עביד הכי, ולפ"ז מחלוקת ר' יהודה ורבנן כן הוא, דבתגר שאינו ספסר אע"ג דידע ודאי שיש בו אונאה לא אמרינן דמחל אפי' לר' יהודה, ורק בספפר פליגי, דרבנן ס"ל שאפי' במקום דיש לתלות שנתרצה למחול בלב שלם, אפ"ה לא תלינן במחילה, ור' יהודה סובר דבמקום שיש לתלות שמחל בלב שלם תלינן, ולפ"ז דין דמיירי המחבר כאן בסתם תגר ולא בספסר אפילו לר' יהודה יש אונאה ודו"ק:

סעיף ט"ו **במחבר** בכל מטלטלים שייך אונאה כו' ואפי' במרגליות, הנה הריטב"א (פ"ק דקדושין ד"ח) כתב לעולם דלא שוי חמש סלעים וכגון דקיבל עלי' כהן כי הא דרב כהנא זכו', וז"ל שמעינן מהכא שהמוכר חפץ לחבירו בשיתא ובשוק לא שוה אלא חמשה אי

להאי לוקח שוה שיתא אין בו משום אונאה דבתר דידי' אזלינן כי היכא דחשבינן לי' הכא שוה חמש סלעים כו' עכ"ל, ובקצוה"ח לעיל ס"ק א' הקשה ע"ז מהא דקיי"ל הכא דאפי' במרגליות ושאר דברים שאדם רוצה לזווגן יש לו אונאה ומשמע דאפי' הלוקח גופא צריך לו ע"ש, ולק"מ דהא דמהני התם בפדיון היינו דוקא כשהכהן אומר בפירוש שמקבל לו בחמשה סלעים אבל בסתם לא מהני גם התם וכמו שאמרינן התם דאמר לדידי שוה לי, וכן מוכרח התם מברייתא גופא, דבברייתא הכי קתני טלית זה לפדיון בני לא אמר כלום טלית זו בחמש סלעים לפדיון בני בנו פדוי, ועלה מסיק הש"ס לעולם דלא שוי וכגון דקביל כהן עלויה, ויש לתמוה דכיון דבקבלו כהן מיירי א"כ ברישא נמי אמאי אין בנו פדוי, ובע"כ דזהו החילוק שבין רישא לסיפא, דברישא אע"ג דמיירי נמי שקבלו הכהן בפדיון מ"מ לא אמר בפירוש שמקבלו בחמשה סלעים, אלא האב נתן לו זה בפדיון והכהן שתק ונתרצה, ומשו"ה אין בנו פדוי דבעינן שיקבלו הכהן ויאמר בפירוש שמקבלו בחמשה סלעים, ובסיפא שהאב הזכיר בהדיא חמש סלעים, מיירי נמי שהכהן פירש דבריו ואמר שמקבלו בחמשה סלעים כמו שאמר האב, ומה שאמר בש"ס וכגון דקבל עלי' כהן, אין הכוונה דהיינו שנתרצה לקבל בפדיון, אלא הכוונה שקיבל ואמר בפירוש שמקבלו בחמשה סלעים, ועיין בס"ז (יו"ד סי' ש"ה) שכתב נמי דבעינן אמירה דכהן, אלא שנדחק למצוא הוכחה מנ"ל זה, דאי משום דאמר רב כהנא לדידי שוה לא מוכח זה לפי פי' הב"י ע"ש, ולמה שכתבתי ההוכחה לזה הוא מברייתא גופא דהיינו טעמא דרישא דאין בנו פדוי משום דחסר התם אמירה דכהן. ולפ"ז צ"ל דמה שהוכיח מהתם הריטב"א לענין אונאה, דאם להאי לוקח שוה שיתא אין בו אונאה, היינו נמי בע"כ כשהלוקח אמר בפירוש דלדידי' שוה שיתא דומיא דהתם, ולק"מ מהך דהכא דמרגלית דמיירי שקנה סתם ולא אמר בפירוש דלדידי' שוה יותר, ואפ"ה ר' יהודה סובר בב"מ שם דאין בזה אונאה משום דאדם רוצה לזווגן ותלינן מסתמא דלדידי' שוה יותר, ובהא הוא דפליגי רבנן עלי' ואמרי דמן הסתם לא אמרינן דאדם יתרצה ליתן יותר משום דרוצה לזווגן. והיינו מ"ש כאן המחבר דגם במרגלית יש אונאה משום דקיי"ל כחכמים, אבל בפירש ואמר הלוקח דלדידי' שוה יותר גם חכמים מודים ודאי דאין אונאה וכההיא דקדושין ודו"ק, ובפשוטו י"ל דמה שייך להקשות על הריטב"א מדברי המחבר כאן, דהא בש"ס סובר ר' יהודה באמת דאין אונאה במרגליות משום דרוצה לזווג. והמחבר פוסק כחכמים, אבל הא איכא פוסקים דסוברים כר' יהודה, וגם הר"ח פוסק כן באמת דאין אונאה במרגלית, וא"כ י"ל נמי דהריטב"א נמי פוסק באמת גם במרגליות דאין אונאה, ואין לומר דאכתי יקשה דברי המחבר אהדדי, דהא פוסק דיש אונאה במרגליות, ואילו

ביו"ד פסק דקבלת כהן מהני, דהא באמת מסיק שם המחבר והוא ששוה חמשה לשום אדם, אבל אם אינו שוה לשום אדם איה"נ דגם התם לא מהני:

סעיף ט"ז **ברמ"א** וי"א דשיעור אונאה במטבע אחד מי"ב. בש"ס דב"מ פלוגתא דתנאי בזה. ר"מ סובר אחד מכ"ד, ור' יהודה אחד מי"ב, ור"ש אחד משתות, ובטעמא דר"מ ור' יהודה קאמר דמשו"ה דין דמטבע חלוק משארי דברים דכו"ע סברי עד שתות, משום דסלע כיון דלא סגי לא מחיל, ופרש"י שאינו יוצא בהוצאה ע"ש, ומשמע דבחסר חלק י"ב נמי אין יוצאה בהוצאה עוד, וקשה דא"כ מ"ט דר"ש דסובר עד שתות כיון שאינו יוצא בהוצאה ודאי דלא מחיל. ואין לומר דר"ש סובר שדוקא בחסר שתות אינה יוצאה בהוצאה, דדוחק לומר שיפלגו במציאות, דמר סבר שבחלק כ"ד אינו יוצא, ולמר בחלק י"ב ולמר בשתות, ונראה שזה יסברו כל הני תנאי שרק בחסר שתות אינו יוצא בהוצאה, והיינו טעמא דר"ש דסובר דבפחות משתות הוה מחילה, דכיון דבפחות יוצאת בהוצאה מחיל אינש כמו גבי טלית, ורק דהני תנאי סברי דאע"ג דבפחות משתות יוצאת בהוצאה אפ"ה לא מחל כ"כ, דאינו דומה לטלית, דהתם אף שימצא אח"כ שיש אונאה שתות, רק מה שנתאנה יחסר לו, אבל עכ"פ יש לו הנאה בהמותר, ולהכי כיון דעד שתות מחל אינש, בפחות משתות אין בו כדי אונאה דמחיל, אבל במטבע שעומדת להוצאה, וכל היכי דחסר שתות שאינה יוצאת שוב בהוצאה נפסדת כל המטבע וכמ"ש הרא"ש וכן המחבר בסמוך דבחסר שתות אסור שוב לקיימה, ולהכי אין מוחל עד שתות, דנהי דבאונאת השתות היה מוחל, אבל הכא שבאונאת הכתות נפסדת כל המטבע, וירא הוא לסמוך ולמחול עד פחות משתות, ולא מחל כ"א למר עד חלק כ"ד ולמר עד חלק י"ב, דבשיעור כזה בטוח הוא שלא תגיע בזה הקלקול עד שתופסד לגמרי ולא יהא ביכולתו להוציאה, ור"ש סובר דלא חייש להכי, וכיון דבפחות משתות יוצאת בהוצאה דמיא לטלית דמחיל, ויובן בזה כוונת רש"י במתני' שם שכתב סלע היוצא ותמיד הוא שוחק וחסר וכו' דלכאורה שפת יתר הוא, ולמה שכתבתי יבואר, דקשה לו מ"ט דר"מ ור' יהודה דס"ל שפחות משתות לא מחל אינש במטבע נמי, ומ"ט לא דמיא לטלית, ולהכי פי' כיון דפוחתת והולכת להכי מתירא הוא מלסמוך עד פחות משתות ממש, כי אז ע"י פתיחה כל דהוא יגיע עד שתות ויפסיד כולה. ומ"מ בלא טעם דקאמר בש"ס מטבע דלא סגי לא היה די דאפי' אם יופחת והולך עד שתות מאי הוה, וכיון דאכתי ליכא שתות לא היה חושש שמא יופחת, אבל כיון שקאמר בש"ס מטבע דלא סגי ובשתות תופסד כולה, וכיון דמטבע פוחתת והולכת, אפי' בפחות משתות נמי לא מחל, דירא הוא שנוא

תופחת ויפסיד כולה. ומה שקאמר בש"ס סלע כיון דלא סגי, היינו בחסר שתות לא סגי עוד, ואין כוונתם שאפילו בחלק הי"ב לא סגי בהוצאה וכמו שבארתי ודו"ק:

סעיף י"ו **במחבר** ומיהו מדת חסידות הוא להחליפה אפי' לאחר זמן זה אם מכירה כו'. ונראה פשוט דגם בתוך שיעור שיראה לשולחני דמחויב מדינא לקבלו נמי בעינן דוקא לתנאי דמכירה ואם אין מכירה אין מחויב לקבלו מספיקא, ואע"ג דתנאי זה דמכירה לא נקט כ"א גבי מדת חסידות, דהיינו לאחר זמן דכדי שיראה, מ"מ פשוט שלענין זה אין נ"מ בין מדת הדין לחסידות כיון דכבר נסתלקו מן המכירה הוה זה כאינו יודע אם נתחייבתי לך דאינו מחויב מספיקא וכמ"ש הט"ז לעיל (סי' ע"ה), וכן צ"ל בע"כ לשי' הט"ז שם שהוכיח מדין זה דכשמלא מטבע מזויפת הוי כאינו יודע אם נתחייבתי לך והביא ראיה ממתני' דנקט אם היה מכירה מקבלה, משמע באינו מכירה אין מקבלה, ואי נימא דתנאי דמכירה הוא דוקא לגבי י"ב חדש אבל קודם שיראה לשולחני מחויב לקבל אעפ"י שאינו מכירה, א"כ יהי' ראיה להיפוך דהוה כאינו יודע אם החזרתי מדמחויב לקבלה אע"ג שאין מכירה. והא דבעי מכירה היינו דוקא לגבי מדת חסידות, אלא ודאי שלענין תנאי דמכירה אין חילוק בין מדת חסידות למדת הדין, וכ"כ הט"ז כאן להדיא לגבי דין אחר הא דלא הזכיר התנא תנאי דמכירה ברישא. היינו משום דזה ודאי אשר תוך השיעור שיראה לשולחני כיון דלא עבר זמן רב ודאי מכיר אותה, אבל אם קרה המקרה שבתוך שיעור זמן המועט נשתכחה מלבו ואינו מכירה שאינו מחויב לקבלו מספיקא, וכל זה פשוט ולא הארכתי בזה כ"א מפני שראיתי בס' מ"ה שכתב להיפוך דבתוך שיעור כדי שיראה אפילו אם אינו מכירה מחויב לקבלה, ולענ"ד פשוט כמו שכתבתי:

סעיף י"ח **במחבר** נפחתה וחסרה כדי אונאה אסור לקיימה כו'. והוא לשון הרמב"ם, והנה בתורת חיים (ב"מ דנ"ג) הקשה דברי הרמב"ם אהדדי, דאילו בפ"ד מהלכות מעשר שני פסק שאפי' בחסר שתות מחלל מעשר שני עליה. וכיון דלכתחלה נותנה למעשר שני אמאי פוסק כאן דאסור לקיימה ע"ש ובפנ"י מ"ש בזה. ובנוגע לקושיא זאת נ"ל דלק"מ, דדברי הרמב"ם הם בפשטות. דודאי כשיש בידו מעשר שני לחלל עליה מיד, דיכול לחלל, אבל לקיים בידו המטבע החסירה עד שיזדמן בידו מעשר שני אסור, דשמא בתוך כך יעשה משקל או ירמה להדיוט, ואין שום סתירה בפסקיו, ודבריו מפורשים בירושלמי (פ' הזהב) ובתוספתא, דז"ל הירושלמי הלכה ד' כשם שמוציאין לחולין כך מוציאין למעשר ובלבד שלא יכוון להוציאם, ופי' בפני משה היינו שלא יכוון מתחלה להחזיקו בידו עד שיפדה מעשר שני שלו ע"ש, והרי זה ממש כהרמב"ם דלחלל מעשר שני יכול עליה, אבל לקיימה עד שיפדה מעשר שני אסור וזה ברור:

**מיהו** אי קשיא הא קשיא לי בעיקר דברי הרמב"ם במ"ש דרשאי לחלל עליה מעשר שני, שדבריו תמוהים מאוד ולכאורה נגד מסקנת הש"ס, דהנה במתני' דב"מ שם קתני ונותנה למע"ש ואינו חושש, וקאמר בש"ס עלה מסייע לי' לחזקי' דאמר אעפ"י דכשבא לפורטה פורטה בשויה כשהוא מחללה מחללה ביפה ופריך למימרא דסבר חזקי' דמזלזלינן במעשר שני כו', ומשני מאי ביפה בתורת יפה, וא"כ איך כתב הרמב"ם דאם חסרה שתות כדי אונאתה מחלל עליה לכתחלה כשלימה, והא בש"ס מסיק דמאי ביפה היינו בתורת יפה, כלומר בשוויה וכפרש"י שם, ומפרשי הרמב"ם כתבו דהרמב"ם יפרש דמתני' דנקט ונותנה למעשר שני היינו אפי' בכדי אונאה וכפי' הריב"ן המובא שם בתוס', ואכן שום ארוכה לא העלו בזה לקושיתנו, שזה אמנם במתני' נוכל לפרש כן, אבל בדחזקי' דסובר שאין מזלזלין במע"ש בע"כ דאין סובר כמתני' וכדקאמר התם דלדידי' מוכרחים לומר דסובר שדוקא בתורת יפה מחללינן. וגם לפי' הריב"ן בע"כ שנאמר דלחזקי' אין מחללין ביפה ממש, וגם רש"י יפריז במתני' כפי' הריב"ן שאפי' בכדי אונאה מחללינן, דכן זוע מרש"י ד"ה מאי קאמר ובד"ה ה"ר. ואפ"ה בדחזקי' פי' שרק בשוויה מחללינן ודלא כמתני', ואם כי מחולה הביא ממתני' סיוע לדחזקי' אכן לפום המסקנא למזא סיוע, ואדרבה דמתני' קאמר דמחללין ביפה ממש וחזקי' רק בתורת יפה דהיינו בשוויה, וא"כ גם הרמב"ם שסובר כחזקי' דלא מזלזלינן במעשר שני וכמ"ש (פ"ה מהלכות מע"ש) ולא פרקינן בצמצום, וא"כ איך סובר דמחללין כשלימה ממש, והא הוה נגד מסקנת סוגית הש"ס, ותמיהני מאוד ששום מפורש לא נתעורר לקושיא החמורה הזאת, ולחומר הנושא נ"ל ליישב דהרמב"ם יפרש פי' אחר לגמרי בפרכא ושנויי דש"ס ושלפי"ז יהיה גם למסקנא דקאמר בתורת יפה, היינו נמי בשלימה, והוא דמאי דפריך למימרא דסבר חזקי' דמזלזלינן, לא דייקינן הכי ממה דס"ל לחזקי' שרשאי לחללה ביפה, והוה עוד פחות משווי המעשר וכפרש"י, דכיון דמיירי ביוצאת ע"י הדחק בסלע שלם וכדמוקי רב פפא, הרי לא פיחת מידי, ואם יטרח לפורטה אצל נפש היפה יקבלנה בסלע שלם, אלא הדיוק הוא כן, דמלשון דחזקי' מוכח שאין מוותרין במעשר לתת המעות יותר מעט משווי המעשר, דמעיקרא היינו סבורים דעיקר רבותא דחזקי' במה שאמר אעפ"י כשבא לפורטה וכו', לאשמועינן דמתני' דקתני נותנה למעשר שני היינו כאילו היא יפה, ואע"ג דבהדיוט כשבא לפורטה יפרוט בשוויה כיון שחסרה כשיעור אונאה, מ"מ בהקדש יחללנה ביפה ממש. ורבותא זאת לא שייך כ"א כשנימא דמחללין מעשר שני בצמצום, שהמעשר הוא מצומצם כנגד המעות ממש, וכשמחלל על סלע הוה המעשר נמי שוה סלע ממש, דלפ"ז כשהסלע חסירה ד' אסרים והמעשר שנתן בסלע שוה כ"ד אסרים

שלמים, הרי יש כאן בזה שיעור אונאה לגבי הקדש, ושבהדיוט כה"ג הוא דאסור לרמות ולהוציאה בשוה, א"כ הוי שפיר רבותא שאפ"ה בהקדש מותר לחללה ביפה ממש, אבל אי נימא דבחלול מעשר מוותר תמיד שהמעות יהיה קצת יותר משווי המעשר, וכשמחלל סלע, המעשר שוה כ"ד אסרים פחות מעט, וא"כ אפי' אם נמצא אח"כ שהסלע היתה חסירה ד' אסרים ואינה שוה כ"א כ' אסרים, ג"כ לא נתאנה ההקדש בד' אסרים שלמים, דהא המעשר היה שוה פחות מכ"ד אסרים, וא"כ מאי רבותא הוא דהקדש מקבלה ביפה כיון שאצלם אין האונאה משיעור שתות, ובהדיוט נמי כשאין האונאה שתות ממש מותר להוציאה ביפה, ורק דהא דקתני בהדיוט שאם חסרה ד' אסרים פורטה בשויה, היינו דוקא משום דאדם מצמצם במקחו וכשיתן זה סלע ידקדק להשיג התמורה ג"כ שוה סלע שלם, וכשנמצא הסלע חסירה ד' אסרים היה גם האונאה שתות, להכי ודאי שאסור להוציאה ביפה, אבל בהקדש אי נימא דמוותרינן אף אם יהיה החסרון ד' אסרים, האונאה לא יהיה ד' אסרים, ופשיטא דהקדש צריך לחללה ביפה, ומדאשמועינן חזקי' הרבותא בזה שהקדש נוטלה ביפה מכלל דס"ע דמזלזלינן במעשר שני לחלל תמיד בצמצום, וע"ז פריך והאמר חזקי' מעשר שני שאין בו שוה פרוטה כו' ומשני מאי ביפה בתורת יפה. כלומר כמו ביפה בעינן ויתור, אף הכא נמי בעינן ויתור, היינו שהמעשר יהיה שוה פחות קצת מכ"ד אסרין ואצטריך לחזקי' למשמועינן זה, משום דבלא חזקי' היינו מוכיחין ממתני' דלא בעינן ויתור כלל במעשר, דאי בעינן ויתור א"כ מאי אשמועינן המשנה דנותנה למעשר שני ביפה, הא פשיטא היא כיון דלגבי הקדש אין שיעור אונאה, לזה אשמועינן חזקי' שבאמת בעי' ויתור, וגם המשנה ודאי הכי ס"ל שעכ"פ בעינן ויתור, דתרי זילי לא מזלזלינן לתת סלע חסירה וגם בלא ויתור, והרבותא דמתני' אע"ג דהשתא דבעינן ויתור בכל מעשר הוי שיעור אונאה גם להקדש, כיון שלעולם בעינן שהמעשר יהיה שוה פחות קצת מהמעות, ואם הסלע שוה כ' אסרים, המעשר צריך להיות פחות מעט מכ' ונמצא שאפי' אם גם עתה המעשר שוה רק פחות מעט מכ"ד, אכתי יש אונאה להקדש בד' אסרים שהוא שיעור אונאה ואכתי הוי רבותא גדולה, שאע"ג דבהדיוט כה"ג פורטה בשויה, בהקדש מחללה ביפה, ולפ"ז גם למסקנת הש"ס ס"ל דמחללינן בשלימה ממש, רק דבעינן ויתור, נזה לא הוצרך הרמב"ם לאשמועינן דסמיך על מ"ש בפ"ה שה דבעינן ויתור, ודו"ק כיי חריף הואי

**ומה** שבחר הרמב"ם לפרש כן ונטה מפרש"י ותוס' היינו משום דלפרש"י תמוה מחוד הסוגיא וכמ"ש בשמ"ק, חדא דלפירושו למסקנא דין הדיוט והקדש שווין ולא נאמר בחזקי' לשון אעפ"י כדלעיל, אלא נאמר כשם שבא לפורטה כו' כך כשבא לחללה וכמ"ש

רש"י להדיא, וכיון דחזר ממאי דקאמר לעיל הול"ל אלא, גם מה שפי' דמאי, בתורת יפה היינו בשוויה ג"כ חשה דכיון דהקדש אינו מקבלה אלא בשויה כמו הדיוט, המאי שני חזקי' בלשונו, בהדיוט קאמר בשויה ובהקדש אמר ביפה, וגם לפי' התוס' דחוק טובא עיין בב"ז בשמ"ק, ולפי' הרמב"ם מתורץ היטב כל הסוגיא מכל הדקדוקים, וכפירושו מוכח להדיא בירושלמי בב"מ שם דקאמר בא לצורפה בירושלים מצרפה ברעה, בא לצרפו בגבולין, כלומר כשמחלל עליה מעשר, מצרפו ביפה, והיינו כפי' הרמב"ם, דאילו לרש"י ותוס' למסקנא אין חילוק בין ירושלים לגבולין ודו"ק היטב:

שם **במחבר** ואם חסר עד שעמד על חציו כגון סלע שעמד על שקל כו', והנה אם נפחת עד שעמד פחות כשקל משהו יש בזה מחלוקת הראשונים, לרא"ש ורשב"א ונמוק"י מותר להוציאו בשקל, ולרש"י אסור. וטעמם עיין מה שכתבנו לעיל בסי' זה סעיף ו', ועתה נבוא לבאר שיטת רש"י, הנה בב"מ (דנ"ב ע"ב) על המשנה דקתני פחות מכן איסר אסור, פריך הש"ס מאי קאמר, אמר אביי ה"ק פחתה סלע יותר מכדי אונאה איסר אסור, א"ל רבא א"ה אפי' משהו נמי, אלא אמר רבא פחתה סלע איסר לדינר אסור וסתמא כר' מאיר, וברש"י ד"ה מאי קאמר כתב וז"ל הא ליכא למימר פחות מכן דאם עמד סלע על פחות משקל איסר אסור לקיימו דמאי איריא איסר אפילו משהו נמי כו' עכ"ל, והרי להדיא שסובר דאם נפחת הסלע פחות משקל אפי' משהו אסור להוציאו שוב אפי' בשקל, ואמנם מלבד קושית התוס' שהקשו שם על רש"י, תמוה מאוד פירושו, דכיון דפסיקא להש"ס דלא מצי קאי על נפחת פחות משקל ולענין איסור קיום, דא"כ אפי' משהו, מה הועיל אביי בתירוצו דבפחתה יותר מכדי אונאה איסר, הא הכא כ"ש דיקשה מ"ש איסר, ואפי' בכדי אונאה נמי אסור, ואי נימא דהש"ס לא חש לקושיא זאת עד שהקשה רבא, א"כ מאי פריך מאי קאמר, דהא מצינן לאוקמי נמי דמיירי בנפחת יותר משקל, ואכן כפי שראיתי בשמ"ק למדתי לדעת שמפרש בשיטת רש"י כוונה אחרת, דמאי דמוקי אביי בחסר יתר מכדי אונאה איסר, לא בשנפחת האיסר יותר משיעור האונאה, אלא ה"ק שאם פחתה יותר מאיסר לדינר שהוא שיעור אונאה לר"מ אסור להוציאה ביפה, ואיסר דקאמר אביי לאו אפחת היתר אלא אשיעור האונאה, והפחת היתר איה"נ שלא היה כ"א משהו, ולא גרס בתר הכי קושית רבא דא"ה מ"ש איסר אפי' משהו נמי, אלא דגרים רבא אמר פחתה איסר לדינר וכו' ע"ש. וכלל פירושו לפי"ז דאביי מוקי דהא דקתני פחות מכן איסר אתא לאשמועינן בזה הדין אם נפחת יותר משיעור אונאה שאסור להוציאה ביפה, והא דהזכיר רק שיעור אונאה דר"מ, היינו משום דהוזכר ראשון, אבל הוה"ד לשיעור אונאה דר' יהודה וכמ"ש רש"י להדיא בד"ה יתר מכדי אונאה לר"מ כדאית לי' ולר' יהודה

כדאית לי', והתנא לא אשמועינן כ"א דבנפחת יותר משיעור אונאה אסור להוציאה ביפה. ולפ"ז מתורץ קושיתו דלעיל, אלא דאכתי קשה קושית התוס' דאי לענין להוציאה ביפה, קאמר מ"ש דבנפחת יותר משיעור אונאה, הא אפי' בכדי אונאה נמי אסור, והנה לשון רש"י בד"ה אסור שכתב להוציאה ביפה. מזה מוכח לכאורה להדיא שדעת רש"י דאוקימתא דאביי דיתר מכדי אונאה לענין איסור הוצאה הוא, וזה גרם לתוס' להקשות על פירושו דאפי' בכדי אונאה נמי, אכן לו נראה דרש"י יפרש דאוקימתא דאביי היינו רק לענין איסור קיום, משום דבברייתא לא הוזכר בהדיא כ"א דביותר משקל אסור לקיים. אבל אם נפחת הסלע רק יותר מכדי אונאה ולשקל לא הגיע, לא הוזכר בהדיא. ע"ז קאמר אביי דמה דמסיים בברייתא פחות מכן איסר, היינו דנפחת יותר מכדי אונאת איסר לר"מ אסור ג"כ לקיימו וכדרב הונא דבסמוך שם, ולא מיירי כלל התנא מאיסור הוצאה ביפה, שבזה ודאי דאפי' בכדי אונאה נמי אסור, והתנא רק איסור קיום אשמועינן שאם נפחת יותר משיעור אונאה למר כדאית לי' ולמר כו' אסור לקיימה, ומה שכתב רש"י אסור להוציאה ביפה, לא קאי זה על אוקמתא דאביי, אלא על אוקמתא דרבא דבנפחת רק כדי אונאה, דלדידי' יתפרש שפיר דהתנא איסור הוצאה קאמר וסתים כר"מ, אבל לאביי דמוקי בנפחת יותר מכדי אונאה לאו לענין איסור הוצאה מיירי התנא אלא לענין איסור קיום ומיושב קושית התוס', ואי"ל דנהי דלרבא נוכל לפרש גם לאיסור הוצאה, מ"מ גם לאיסור קיום נוכל לפרש. וא"כ מי דחק לרש"י לפרש אוקימתא דרבא לענין הוצאה דלא כאוקימתת אביי די"ל דרש"י לשיטתו מוכרח לזה, דלקמן ס"ל דהא דנותנה למע"ש אכדי אונאה קאמר. דכן מוכרח ממ"ש שם בע"ב בד"ה מאי קאמר ובד"ה וה"ק. א"כ יש הכרח דהתנא סובר בבכדי אונאה יקיים ודוקא ביתר מכדי אונאה יקוץ, וא"כ הרא"ש ס"ל שגם בכדי אונאה אסור לקיים, היינו משום דנפרש דנותנה למע"ש אפחות מכדי אונאה אבל בכדי אונאה יקוץ, אכן לשיטת רש"י מוכרח ממתני' דבכדי אונאה יקיים, ומשו"ה לאוקימתא דרבא דמיירי רק בנפחת כדי אונאה, א"א לפרש דלענין איסור קיום קאמר התנא דהא התנא ס"ל דבכדי אונאה יקיים, ומוכרח לפרש דלענין איסור הוצאה קאמר וזה ברור ונכון ברש"י ואם כי למה שכתבתי גם אביי מוקי דאיסור דנקט התנא לאו אפחת היתר שהופחת איסר יותר אלא אשעור אונאה הוא, דנפחת יותר מאיסר שהוא שעור אונאה. אפ"ה מיאן רבא לפרש כאביי, משום דלדידי' אין מדוקדק מאי תפס התנא דוקא שעור אונאה דר"מ, ולדבריו הכי הו"ל לתנא לומר פחות מכן אסור, ומשו"ה בחר לפרש דבנפחת רק כדי אונאה ולענין איסור הוצאה וסתים כר"מ ובזה נצול רש"י מכל הקושיות שהקשו עליו, ואמנם בשיטת תוס' נ"ל להוכיח דסברי כהרשב"א ונמוק"י

שבאמת מותר גם בנפחת יותר משקל והא דקתני עד שקל, שקל ואונאתו קאמר והוא ממ"ש התוס' שם בד"ה אמר אביי בסוה"ד אבל בפחות מאיסור שרי דלהפסד מועט לא חששו ע"ש. וקשה לי דא"כ למה הוצרך אביי לאוקמי דמיירי בנפחת יותר מכדי אונאה, לוקי בפשיטות דלעניין סלע שנפחת פחות משקל איסר ודוקא באיסר יותר דהוי הפסד מרובה חששו ולא בפחות מאיסר דהפסד מועט הוא. וגם הפנ"י העיר בזה, אע"כ שהתוס' סוברים כהרשב"א שבאמת מותר גם בנפחת יותר משקל, ושקל ואונאתו קאמר התנא ולהכי לא מצי לפרש דפחות מכן היינו בנפחת יותר משקל איסר דהא אפי' יותר מאיסור נמי מותר כיון דהשעור הוא שקל ואונאתן, ואונאת השקל הרבה יותר מאיסר, דבשלמא לפירושם השתא דקאי על הרישא דנפחת יותר מכדי אונאה א"ש כיון דשעור האונאה דסלע הוזכר בהדיא במתני' וקאמר אח"כ דבנפחת איסר יותר משעור המוזכר אסור. אבל בשקל כאיסור האונאה שלו לא הוזכר בברייתא, לא נוכל לפרש דפחות מכן איסר דנקט היינו איסר יותר משעור האונאה, דאיך שייך לומר פחות מכן דמשמע פחות משעור האמור, אחרי שהשעור לא הוזכר כלל, אלא דהוי מפרשינן דפחות משקל איסר, היינו שהשקל הופחת כשעור איסר וזה א"א דהא אונאת שקל הרבה יותר מאיסר ובע"כ דקאי על הרישא וכפי' התוס' ונכון:

סעיף י"ט **הלוקח** בדמים אכסרה כגון שהפן מעות וא"ל מכור לי פרתך באלו קנה ומחזיר אונאה כו' עיין בחדושנו לעיל בריש סי' ר"ט מה שתמה על דין זה, כיון דשניהם אינם יודעים מה נמצא בחפינה הזאת, רב או מעט למה יהי' בזה דין אונאה דלמה לא נימא כיון דמקבלים שניהם עליהם המוכר והלוקח הן פחות הן יתר, ולכן בשביל ההנאה דשמא ימצא יותר נתרצה המוכר גם על הפחת וכן בלוקח ואם לענין איסור רבית דהתורה החמירה בו יותר מבאיסור אונאה אפ"ה אמרי' דבכה"ג שלוקח בין רב בין מעט כמו מה שעזי חולבות מכור לן דמותר, ולא חשבינן המותר לאגר נטר בשביל הקדמת המעות, אלא אמרינן דמשום שמקבל הפחת והיתרון הוא דנתרצו על הסכום הזה, וא"כ למה לא נימא זה גם באונאה, דבכה"ג אין זה משום שנתאנה אלא משום דמדעתו נותן הלוקח יותר דשמא ימצא יותר, ולכן כתבתי דדין זה אינו שייך כ"א היכי דהלוקח יודע כמה מעות יש בחפניו ורק המוכר לא ידע, ובכה"ג בלוקח ודאי לא שייך לומר דמשום ספק דשמא שוה המקח יותר נתרצה על הפחת, דהא ידע כמה היה שם, ובודאי דשלא מדעתו היה נותן אלא משום שנתאנה במקח, ואפי' כשנתאנה מוכר א"א לומר דנתרצה מדעתו למכור בפחות מספק דשמא ימצא מעות יותר, דכיון שהלוקח ידע כמה שם ולכן לא שייך לומר דהמוכר קנה הספק, דודאי שלא יתן הלוקח יותר, ובכה"ג מיירי הדין דבב"מ

(דמ"ז ע"א) מכור לי באלו דמחזיר אונאה. אבל במקום ששני הצדדים אינם יודעים, שפיר יש לומר דאין בזה אונאה אלא מדעתם נתרצו לקנות הספק ע"ש. ואולי יש לכוון זה נמי בלשון הרמב"ם ומחבר במה שכתבו כגון שחפן מעות, דאין הכוונה שהלוקח חפן בפנינו המעות באופן שגם הוא לא ידע כמה יש בחפנו, אלא שבא לפנינו בחפן מלא וא"ל למוכר מכור לי בזה, אבל הוא ידע כמה הניח בחפניו, ורק המוכר לא ידע ומשו"ה יש בזה אונאה, אבל במקום ששניהם לא ידעי אין אונאה ודו"ק ועיין מה שכתבנו עוד בסמוך בסעיף כ"ח:

סעיף כ"א **במחבר** אבל אם אמר ע"מ שאין בו יש בו אונאה, ורש"י פי' דה"ק אני מבטיחך שאין בו אונאה ומקח טעות נמי הוה, ובתוס' שם הקשו דא"כ היכי מדמה לה במס' מכות לעל מנת שלא תשמיטהו שביעית ע"ש שתי' בדוחק לשיטת רש"י. ויש להבין מה דחק לרש"י לפרש כן ולא ניחא לו בפי' רבינו שמואל דע"מ שאין בו משמע שלא יהא בו דין אונאה ולהכי לא מהני לעקור דבר מה"ת. ומכאן יהיה ראיה נכונה למ"ש הקצוה"ח לעיל (סי' ר"ט) בשיטת רש"י דס"ל שאפי' באומר ע"מ שאין בו דין אונאה נמי מהני, והוכיח כן מלשון רש"י בכתובות. ואם כי בחדושנו שם שדיתי נרגא בדבריו חורש"י דהתם אין ראיה, אכן מרש"י זו שפיר מוכח כן. והיינו דלא כפי' הר"ש משום דלשיטתו בכתובות דס"ל דאפי' באומר ע"מ שאין לך עלי דין אונאה נמי מהני, לזה הוכרח לפרש משום מקח טעות וכן מוכח בשמ"ק בב"מ שמפי' רש"י מוכח דאפי' בדין אונאה נמי מהני ע"ש היטב:

שם **בסמ"ע** ס"ק ל"ז ולא כע"ש שכתב הטעם משום מתנה עמשכ"ב, עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (ס"ס ר"ט) ליישב דברי הע"ש:

סעיף כ"ח **הנושא** ונותן באמנה אין לו עליו אונאה, עיין בנתיבות שהקשה מ"ש מהא דאמר ע"מ שאין לך עלי אונאה וכן ממכור לי באלו דיש אונאה, ולמה שכתבתי לעיל בסעיף י"ט דבמקום שאין שניהם יודעים לא שייך אונאה דהמעות היתרים שנותן הוא בשביל הנאת הספק דשמא שוה המקח יותר, לק"מ, דבנושא ונותן באמנה נמי כיון שאין שניהם יודעים לא שייך אונאה דכיון שאין שניהם יודעים שווי החפץ לא נחת אדעתא דשווי כלל, וחידוש האי דינא דבכה"ג לא שייך אונאה כתבתי זה מכבר רק בהגיעי עתה למקום הזה ראיתי שהנתיבות מיישב כן, וב"ה שכונתי לדעתו, ורק מ"ש דבמכור לי באלו יש אונאה דחוק. דפשוט דהתם מיירי נמי כשהאחד יודע וכמו שבארתי לעיל:

סעיף כ"ט במחבר אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות כו', ראיתי בזה שני נביאים אינם מתנבאים בסגנון אחד, הרמב"ן בפירושו על התורה תמה

דהא עיקר אונאה בקרקע כתיב דכתיב לפי רוב השנים תרבה מקנתו, דמשמע מזה שים לו למכור לפי ערך השנים כדי שלא יבוא לידי אונאה, ותי' דלא נתמעטו קרקעות רק מהשבה אבל לאו דלא תונו איכא בהו, וכ"כ מהרש"ל ביש"ש הובא בסמ"ע כאן. ואכן הפנ"י (ב"מ דנ"ו) הקשה ג"כ כקושית י"ק ותי' שרק איסורא לכתחלה איכא בקרקע, אבל אזהרה דלא תונו לא קאי על קרקע ע"ש. והנה מה שנסתפקו האחרונים אם יש מלקות באונאת קרקע, למ"ש הפנ"י ודאי שאין לוקין כיון שאינם כלל בכלל האזהרה, ולשיטת הרמב"ן דאזהרה איכא בהו נ"ל דתליא במחלוקת הרמב"ם והתוס' שהבאתי בריש סימן זה דלמה שכתבתי בשם התוס' דס"ל דהא דאמרינן לאו הניתק לעשה אין לוקין, היינו היכי שהתורה ניתקה מפורש וכגון בגזל ואבידה שהתורה ניתקה מפורש להשבה, וכיון שגילתה שהשבה הוא תיקון הלאו להכי אין לוקין, אבל אונאה אע"ג שחייב להחדר האונאה, מ"מ אחרי שבתורה לא הוזכר להדיא השבת האונאה ואין אנו יודעים אם ע"י החזרה יתוקן הלאו לוקין ע"ז. ומה"ט ס"ל שאפי' באונאת מטלטלים שמחויב להחזיר נח לוקין. א"כ כ"ש באונאת קרקע שנפטרו גם מתשלומין לוקין ע"ז. ואכן לשיטת הרמב"ם דכל לאו הניתן לתשלומין אין לוקין, נ"ל שאפי' באונאת קרקע דנפטרו גם מתשלומין מדינא, מ"מ כיון דלצאת ידי שמים ודאי מחויב להחזיר, דכיון דאיסורא איכא בהו מחויב לצאת ידי שמים וכמ"ש בס' ארעא דרבנן אות י"ג בהגהות עפרא דארעא דאם אך נימא שאיכא איסורא מחויב להחזיר בכדי לצאת יד"ש, מיקרי זה לאו הניתן לתשלומין, דהא לסברת הרמב"ם דס"ל שאע"ג דהתורה לא ניתקה מפורש וא"כ אין אנו יודעים שהחזרה הוא תקונו של לאו ואפ"ה אין לוקין, וטעמו שכיון שעיקר האיסור אזהרת ממון חבירו הוא ולזה מעצמנו נדע שבחזרתו מתוקן האיסור ולאו מידי עבד. ולפ"ז אין נ"מ אם מחויב התשלומין מדינא או שמדינא פטור ומשלם מעצמו, דהא אפי' היכי שמחויב מדינא נמי אין לנו ראיה מה"ת שלאו זה מתוקן בחזרה כיון שהתורה לא ניתקה מפורש, ואלא מסברא ידעינן שלאו הניתן לתשלומין כיון דעיקר אזהרתו אינו אלא בשביל ממון חבירו, בחזרתו יתוקן, דממון איתא בחזרה, ומה לי אם החזרה יהיה מחמת שמחויב מדינא או מחזיר מעצמו דרך תשובה משום שרוצה לצאת יד"ש, הן אמנם ראיתי בס' נחלת צבי כאן שהקשה על היסוד דארעא דרבנן מהא דאמרינן (ב"מ דכ"ו) נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה ואחר יאוש נתכוון להחזירה עובר משום לא תגזול דכיון דהדרא לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא ואיסורא דעבד עבד, הרי משמע דהיכי דאינו בו דין חזרה לא מתוקן האיסור ע"ש. אכן אין מזה שום תפיסה, שבאמת כמעט כל הראשונים כמעט העבירו בקולמס על דין זה וכמבואר בשמ"ק שם, וגם בתוס' שם כתבו

שרק הלאו דלא תוכל להתעלם לא ניתקן אבל לאו דלא תגזול ניתקן אפי' אם הדרא לאחר יאוש בשעה שהוא פטור מדינא, ועיין בפ"ת לקמן סי' רל"ז בשם חמדת שלמה שהיכי דמחזיר דרך תשובה יתוקן האיסור אפי' אם מחזיר חזרה שפטור מדינא ע"ש, וכיון שכן נראה פשוט שאפי' באונאת קרקע דפטור מדינא נמי מיקרי לאו הניתן לתשלומין ואין לוקין לשיטת הרמב"ם:

**והנה** במנחת חינוך (מצוה של"ז) הקשה אמאי אין לוקין באונאת קרקע דמ"ש מחובל בחבירו דעובר בלא יוסיף, ובהכאה שוה פרוטה דמפורש בתורה תשלומין ישלם ואינו לוקה. ובחובל בהכאה שאין בה שוה פרוטה כיון דאינו משלם לוקה וכר"י (כתובות דל"ב), וא"כ ה"נ באונאת מטלטלים דניתן לתשלומין שפיר אינו לוקה. אבל באונאת קרקע דאינו משלם למה אינו לוקה. וע"ש שרצה להוכיח מזה דהרמב"ם יסבור שגם אהרה ליכא בקרקע, ולענ"ד נראה שלא קרב כלל זה לזה, דבחובל בחבירו, קפידת החבלה וחיוב הממון מחמת שני רשעיות מיוחדות הם, דקפידת אזהרת עשיית החבלה אינה מטעם הפסד ממון שחובל לחבירו ומפחיתו מכספו, אלא עיקר הקפידה הוא החבלה עצמה אלא שממילא יש בזה גם דין ממון במה שהזיק והפסיד שווין של חבירו, והא דאמרינן דביש שוה פרוטה בחבלה נפטר ממלקות אין זה משום דע"י חזרת הממון מתוקן הלאו, דזה א"א כיון דעיקר האיסור אינו אזהרת ממון, איך יתוקן בחזרת הממון, אלא הטעם משום דמכדי רשעתו ילפינן דבשני רשעיות א"א לחייבו. והתורה רבתה מפורש לתשלומין, אבל עיקר הלאו לא ניתן לתשלומין, ולהכי באין בהכאה שוה פרוטה דלא מחייבינן רשעה דממון, חייב מלקות מטעם הלאו דלא יוסיף, אבל הכא באונאה שעיקר האיסור אזהרת ממון הוא ועצם הלאו ניתן לתשלומין ולאו בר מלקות הוא, ולהכי אין לוקין עליו אפי' באונאת קרקע נמי כיון דעכ"פ מחויב לצאת יד"ש, לאו הניתן לתשלומין מיקרי, ובחזרת הממון מתוקן האיסור ואין ראוי ללקות על לאו כזה, משא"כ לאו דחובל דעצם הלאו לא מיקרי ניתן לתשלומין, ורק הפטור יבוא משום כדי רשעתו, ולהכי היכי דליכא חיוב רשעה דממון מלקינן שפיר, ועוי"ל דאפי' היה לאו דחבלה לאו הניתן לתשלומין, ג"כ בחבלה פחות משו"פ ראוי הוא ללקות. דהשבה דפחות מפרוטה לא מיקרי השבה וכמש"כ רש"י (סנהדרין דס"ז) דפחות משו"פ אינו בהישבון, וכיון שהאיסור הוא אפי' על פחות משו"פ נמי, וההשבה אינה כלום, נמצא שלאו מידי עבד בהשבה ולא תיקן כלום ועיין מה שכתבנו בחדושנו לקמן (סי' של"ז) עוד מזה:

**ולמה** שבארתי יצא לנו כנוגה צדקת הרמב"ם במה דס"ל לאו הניתן לתשלומין אין לוקה. והכ"מ הקשה שזהו נגד סוגיא מפורשת בכתובות דכל היכא דאיכא ממון ומלקות

מילקא לקי ממונא לא משלם ע"ש, והנה הכ"מ הבין דכל היכא דאיכא ממון ומלקות כגון בחובל ועדים זוממין, לאו הניתן לתשלומין מיקרי, ותמה אני אם יצאו דברים אלו מפי הכ"מ להשוות הנושאים אשר אין להם שום שווי ודמיון, דסברת הרמב"ם הוא דוקא במקום שעצם איסור הלאו ניתן לתשלומין. היינו שבתשלומין יתוקן הלאו, וכגון בלאו כזה שעיקר הקפידה הוא משום אזהרת ממון חבירו, ובזה שפיר אמרינן דבחזרת הממון יתוקן האיסור, ונמצא דלאו מידי עבד ואין ראוי שוב ללקות, ומה ענין זה לכל היכא דאיכא ממון ומלקות שבחובל ועדים זוממין, דעיקר האזהרה אינה בשביל הפסד ממון חבירו, ואפי' שלא במקום הפסד נמי אסור להעיד עדות שקר, אלא שיש בזה נמי חיוב ממון בשביל ההפסד שגרם לו ואפי' כשיחזיר הממון נמי אין מתוקן האיסור, וא"כ לאו כזה לא מיקרי לאו הניתן לתשלומין, ולהכי ס"ל דמלקא לקי אם לא במקום שריבתה התורה מפורש לתשלומין כגון בחובל וזה ברור:

**והנה** בס' מעייני החכמה הוכיח שבקרקע אין לוקין דאי נימא דלוקין א"כ בר"פ איזהו נשך דאוקמינן הלאו דלא תגזול בכובש שכר שכיר ולא בגזל גופא משום דאין לוקין על גזל ואמאי לא מוקי באונאת קרקע דלוקין עליו אע"כ שגם בזה אין לוקין ע"ש. וראיה זאת אינה דהא פריך שם באמת ולוקמי ארבית ואונאה ומשני דבענינא דשכיר כתיב, ומה"ט לא רצה לאוקמי גם באונאת קרקע וק"ל:

שם **במחבר** וההקדשות. ראיתי מקשים דהא בקרקעות שנתמעטו ג"כ מאונאה קיי"ל (קדושין דמ"ב) דבטעה ע"י שליח אומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, א"כ בהקדש נמי שהגזבר אינו אלא שליח, וא"כ איך יאנה להקדש ע"י גזבר הא י"ל לתקוני שדרתיך כו'. ושותא הזאת לא ידענא, דהא כיון דמכירת הקדש א"א כ"א ע"י גזבר שהוא שליח ואפ"ה גלתה התורה שאין אונאה, הרי פירשא התורה שאפי' בטעה ע"י שליח אין אונאה. ויש עוד להסביר הדברים, דהנה בהדיוט גופא כשהתנה השליח בין לתקון בין לעוות אזלינן בתר תנאו, ובהקדש שהגזבר שליח דרחמנא הוא על תנאי משפטי האמורים בתורה ירד לשליחותו. וכיון שרחמנא אמר שאין אונאה להקדש, הוי כאילו נתרצה המשלח על הפוות וכיו"ב כתב הרשב"א (ב"ק ד"כ) על מה דאמר רבה התם הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי, דכמו בהדיוט מדעת היינו שהתנה עמו שישלם שכר הדירה שצריך להעלות לו שכר. כן בהקדש גם שלא מדעת, דכיון שמפורש בתורה שאסור ליהנות מן ההקדש הוי כאילו התנה כן ע"ש שזה תוכן כוונתו, הרי מפורש מדבריו שבהקדש שאין מי שיתנה. דיני התורה עצמם הן הם תנאי השליחות. וה"נ כיון שלדין תורה אין אונאה בהקדש הוי כאילו התנה כן שגם אם יעוות יהיה מעשהו קיים ועוד היה אפשר לומר

דהנה הא דאמרינן דמצי א"ל לתקוני שדרתיך כו' היינו דוקא בשליח ומשום דאמר לו אדעתא דהכי לא עשיתיך שליח וכמ"ש רש"י (בכורות דס"א) אבל בפועל ועבד דהוי מטעם יד מסתבר שלא מצי למימר הכי ואפי' אם עוות הפועל ג"כ לא מצי לבטל המעשה, ולפ"ז י"ל שהגזבר עדיף נמי משליח ויש לו דין יד וכמ"ש בב"ק (דף ל"ו) גבי גבאי צדקה, אנן יד עניים אנן, אלא שקשה לי דא"כ באפוטרפוס שנתאנה נמי נימא הכי דיש לו דין יד וא"א לבטל המכירה ובאמת מפורש במחבר בסמוך דאפוטרפוס דומה בזה לשליח דמצי א"ל לתקוני שדרתיך, ועיין בנה"מ לעיל (סי' ר') בפתיחה שכתב דהגזבר גופא דומה לשליח ע"ש:

**שוב** ראיתי שאין אנו צריכים כלל לכל התירוצים, דבלא"ה ניחא. דהא הטעם דמצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, משום דהוי טעות בשליחות ואדעתא דהכי לא עשיתיך שליח וכמ"ש רס"י שם בבכורות, וא"כ בהקדש הא לא שייך טעות דמאן טעה, ומשום מקח טעות לא שייך בהקדש וכמ"ש (בב"מ דנ"ז) ברש"י ד"ה אבל אהקדשות וז"ל דאילו גבי הדיוט אמרינן טעה ואדעתא דהכי לא קנה אבל בהקדש ליכא למימר הכי דמאן טעה עכ"ל, הרי להדיא דבהקדש לא שייך לומר אדעתא דהכי לא עשיתיך, ואין בזה אפי' ריח קושיא:

שם **במחבר** אפי' מכר שוה אלף בדינר או שוה דינר באלף כו'. הכי קיי"ל דגם בטול מקח אין בכל הני, וטעם הדבר משום דהא דאין אונאה לקרקעות אין זה מגזה"כ אלא משום דקרקע שוה כל כסף וכמ"ש החינוך (מצוה של"ז) וכ"כ הרשב"ם (ב"ב דס"א). ונ"ל גם להביא ראיה מן הש"ס לזה. דבב"מ (דק"ח ע"א) גבי מצרן קאמר זבן במאתן ושוה מאה סבור מינה מצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי א"ל ר"נ אין אונאה לקרקעות, ואי נימא דאין אונאה לקרקעות לאו משום דשוה הוא, אלא מגזה"כ, א"כ מאי משני דאין אונאה, הא אכתי הוה עיוות, ואין אנו דנין התם לענין החזרת האונאה אלא אם עיוות הוא או לא ולענין לבטל השליחות, אע"כ דבאונאת קרקע ליכא נמי שום עיוות משום דשוה כל מה שנתן בעדם, וכן איתא ברא"ש שם דאין אונאה משום דמדעתו ישלם יותר ע"ש, ולהכי ממילא גם בטול מקח אין להם כיון דשוה כל מה שנתן בעדם ומדעתו משלם יותר, אלא דצ"ע לפי"ז א"כ קרא למה לי למעוטי קרקע מאונאה, תיפוק שלא נתאנה כלל, וכעין זה הקשה התוס' בב"ב שם על פי' רשב"ם, ואין לומר דקרא אתי למעוטי אונאת מוכר כשמכר שוה אלף בדינר, דבכה"ג לא שייך טעם זה, דהא חז"ל השוו מדותיהם שלא יהא כח המוכר עדיף מכח הלוקח, וכיון שבלוקח אין אונאה הוה"ד במוכר וכמ"ש המחבר בסמוך במה דקיי"ל דשליח שנתאנה מקחו בסל מטעם

דא"ל לתקוני שדרתיך, הוה"ד שאם השליח אינה את המוכר נמי מקחו בטל אע"ג דהכא לא שייך טעם דלתקוני שדרתיך אפ"ה מקחו בטל מטעם דחז"ל השוו מדותיהם וכמ"ש הסמ"ע, ולשיטת הרמב"ם דפליג ע"ז ולא ס"ל הסברא דחז"ל השוו מדותיהם, אלא דבשליח שאינה כיון דלא שייך הטעם יש לו אונאה, י"ל דגם הכא הוי הדין כן דבמוכר הו"א דיש אונאה לקרקע, ואיצטריך לגזה"כ למעוטי מוכר, אכן לשיטת הראב"ד דחז"ל השוו מדותיהם, ל"ל קרא לאונאת מוכר, ולכן נ"ל דטעם שכתבתי משום דקרקע שוה כל כסף לא שייך כ"א היכי שהמוכר אין מכוון להונות רק הוא סובר שהלוקח יתן זה מדעתו אבל אם יודע המוכר שחבירו הלוקח טועה ומכוון להונות אותו לא שייך לומר כן דהא אונאה גמורה הוא והו"א שצריך להחזיר האונאה, להכי איצטריך קרא למעוטי, ודו"ק היטב בזה:

סעיף ר' **במחבר** בד"א במוכר נכסי עצמו אבל השליח כו'. עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' ק"ט) מזה:

סעיף ל"ב **במחבר** כך שכירות קרקע אין לו אונאה אפי' שכר טרקלין כו', מזה מוכח להדיא דתלוש ולבסוף חברו כמו בית הוי כקרקע דגם בזה אין אונאה, וצ"ע מנ"ל הא, דהא בש"ס (חולין דט"ז) משמע דבית הוי כמטלטל לענין איסור ע"ז. ומה שחילק הש"ך לעיל (סי' צ"ה) בין איסורא לממונא דבאיסורא חשוב כמטלטל, אין שום סברא לחלוק זה, וגם שארי הראיות שהביא הש"ך דבית חשיב כקרקע מקנין וגם משעבוד ע"ש, כבר הארכתי בזה בחדושנו לעיל בסי' צ"ה לדחותם, ונ"ל דלא קשה מהך דחולין דבאמת י"ל דבית יצא מכלל מטלטל ממש כיון שאינה מטלטלת, וגם לכלל קרקע ממש נמי לא בא, דהא ס"ס היתה תלוש מעיקרא, וכן במקום דבעינן מטלטל דוקא, שם לא חשבינן בית למטלטל, ובמקום שהקפידה הוא על קרקע דוקא, שם ממעטינן בית, כיון דמתחלה היתה תלושה, ולפ"ז באונאה דממעטינן קרקע מקרא דיד עמיתך, דבר הניתן מיד ליד, וכיון דבעינן בזה דבר הניתן מיד ליד דהיינו מטלטל ממש, א"כ בית דאינו ניתן מיד ליד הוי דינו כקרקע, אבל בההיא דחולין דמיירי לענין איסור עכו"ם דממעטינן התם קרקע מקרא דאלוהיהם על ההרים ולא ההרים אלוקיהם, דכל דבר שלא היה בו תפיסת יד אדם לא נאסרה, ושם בית לא הוי כקרקע דלא הוי דומיא דהרים דהא היתה בה תפיסת יד אדם, ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' צ"ה) מזה בארוכה:

סעיף ל"ג **במחבר** ועבדים אין בהם אונאה, עיין מה שכתבתי בדבור הסמוך מזה:

סעיף ל"ו **במחבר** הקבלן יש לו אונאה כו'. מאוד תמוה פסק זה דהא בב"מ (דף נ"ו) בעי ר' זירא שכירות יש לו אונאה ממכר אמר רחמנא והא לאו ממכר הוא, וכל הראשונים

פירשו דהבעיא הוא אי בשכירות יש לו אונאה כלל, דממכר אמר רחמנא ולא שכירות, ולפ"ז בשכירת פועל או בקבלת מלאכה פשיטא שאין בו אונאה, דאפי' למאי דפשיט התם דבשכירות יש אונאה, היינו משום דשכירות כיון דליומי' מכירה הוא, הוה נמי ממכר, דאטו ממכר לעולם כתיב, אבל בהנהו דליכא מכירה כלל אין בהם אונאה. והכי איתא להדיא בשמ"ק ונמוק"י שם. וא"כ יקשה טובא מ"ש הרמב"ם והמחבר דבקבלנות יש דין אונאה, והמ"מ כתב דטעם הרמב"ם משם דס"ל דקבלן לא דמי לעבד, ודוקא פועל דמי לעבד ולא קבלן, ומאי דאימעיט מאונאה הוא עבדים שהוקשו לקרקעות וקבלן לאו עבד מיקרי ע"ש במ"ל. ולמה שכתבתי יקשה טובא דנהי דמטעם עבד א"א למעוטי מאונאה, מ"מ נמעטו מטעם דבעינן מכירה וליכא, ופליאה נשגבה על מפרשי הרמב"ם ושו"ע שלא דנו בזה כ"א מטעם מיעוט דעבדים, ולא דנו כלל דהא לאו מכירה הוא, ואיך לא נתעוררו דפסק השו"ע הוא נגד הסוגיא דב"מ, הן אמנם דעל הטור ושו"ע יש לי ליישב. דהנה זה ודאי שמ"ש השמ"ק ונמוק"י דבקבלנות ליכא מכירה, היינו רק למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי, וכיון דאין זוכה בהשבח ורק שכר פעולה שקיל, אין שייך מכירה, אבל אי נימא דאומן קונה בשבח כלי יש כאן מכירה ממש, דמתחלה זכה האומן בשבח ואם חוזרו הרי חוזר ומוכרו וכמ"ש רש"י (ב"מ דק"ב) בד"ה אומן וז"ל וכשמחזירו לו הרי הוא כמוכר לו שבח שהיה לו בתוכו ע"ש, והנה כבר נתעוררו הרבה אחרונים על הסתירה שיש בזה בפסקי הטור ושו"ע, דלקמן (סי' ש"ו) פסקו אין אומן קונה בשבח כלי, באה"ע (סי' כ"ח) הביאו שני דעות בזה והכריע הטור כשיטת ר"י ור"ת דאומן קונה בשבח כלי, וע"ש בב"ח ובדרישה שתי' דבדבר שבממון ס"ל דאין אומן קונה, ובקדושין דאיסורא הוא פסקו להחמיר כשיטת ר"י ור"ת דקונה ע"ש היטב. ובענין אי אונאה נחשב לאיסורא או ממונא הובא בתוס' (ב"מ דנ"א) בד"ה בד"א שני דיעות ע"ש, והפוסקים הכריעו דהלכה כרב משום דאונאה הוה איסורא וכמ"ש הרא"ש שם וכן פסקו הטושו"ע כאן. ולפ"ז א"ש דהטור ומחבר דסברי דאונאה הוה איסורא, ולשיטתם באה"ע דבדבר איסור אמרינן להחמיר דאומן קונה בשבח כלי, ומשו"ה שפיר אמרינן דבקבלן יש אונאה כיון דקונה בשבח כלי הוה מכירה מעליא, ועצה הזאת אמנם נכונה מאוד בישוב הטור ושו"ע, אכן הרמב"ם דס"ל שגם בקדושין דאיסורא הוא אין אומן קונה בשב"כ, וא"כ בקבלנות ליכא שום מכירה ואמאי יש בו אונאה, ומה שנ"ל בישוב הרמב"ם עפמ"ש בשמ"ק שם בשם רבינו יהונתן וז"ל שכירות יש לו אונאה כלומר אם אדם משכיר לחבירו בית אחד יותר משתות שראוי לשוכרה מי מתבטל השכירות כדין מטלטלין או דלמא דין מכר יש לו ובמכר הא אמרינן דאין לקרקע אונאה עכ"ל, והמתבאר מפירוש

הזה דמה דמספקא לר' זירא בשכירות, אין זה בשכירות מטלטלין ומשום דבעינן ממכר, ודינא דשכירות יהיה גרוע ממכירה בדין דאונאה. דזה פשיטא דבדין אונאה לא בעינן ממכר דוקא, ורק הספק הוא בשכירות קרקע אי ממעטינן נמי מאונאה כמכר. ושמא שכירות עדיפא ממכירה, דדוקא במכירה ממעטינן קרקע מאונאה, אבל בשכירות אפי' בקרקע נמי יש אונאה, וסברת הספק י"ל עפ"י מה שהבאתי לעיל בשם החינוך דהא דממעטינן קרקע מאונאה, אין זה מגזה"כ אלא טעמא רבה יש כאן דבקרקע כיון שדבר קיים ועומד הוא לעולם דרך הבריות למחול בו כל אונאה וכעין משאז"ל שקרקע דבר השוה כל כסף הוא, ולטעם זה י"ל שהרמב"ם מפרש נמי כוונת הבעיא כן, וא"ש פסק הרמב"ם, דהא לפירוש זה פשיטא לן דבכל דבר שנתאנה הן במכירה והן בקבלנות יש אונאה, דלא בעינן מכירה דוקא, ורק הספק הוא בש"ס אם בשכירות דיינינן אונאה אפי' בקרקע, אבל במטלטלין פשיטא דיש אונאה אפי' בשכירות דלא בעינן מכירה דוקא. ומדוקדק לפ"ז לשון הרמב"ם שז"ל כשם שאין אונאה במכירת קרקע כך אין אונאה בשכירת קרקע, והפרישה תמה ע"ז דמלשון הרמב"ם משמע דהיה הוה אמינא בש"ס בשכירות קרקע יהא אונאה, והיכי אפשר לומר כן והא כיון דבמכירת קרקע אין אונאה כ"ש בשכירות דאפי במטלטלין מספקא לן ומאי אשמעינן הרמב"ם בזה ע"ש שטרח ליישב, ולמה שבארתי מדוקדק מאוד. דבאמת זהו הבעיא דר' זירא אי שכירות קרקע יהא עדיף ממכירה לענין אונאה, ופשיט דבשכירות נמי אין אונאה דדמיא למכר וכלשון הרמב"ם ממש ודו"ק:

**אלא** דאכתי צריך ביאור מ"ש הרמב"ם אח"כ שם אבל בשכירות מטלטלין יש אונאה משום דשכירות ליומא ממכר, ולמה שכתבתי יקשה דלמה הוצרך לתת הטעם משום דהוה כמכר, דהא אפי' בלא זה נמי הוי אונאה, וצ"ל דמה שהוצרך לטעם הזה אין זה לעיקר הדין דאונאה. דבעיקר הדין דאונאה אפי' היכי דלא הוה מכירה נמי יש אונאה, ורק דבפרטי דין של אונאה הו"א דשכירות לא דמיא למכירה דאפשר שבמכירה עביד אינש דמחל עד שתות, אבל בשכירות מטלטלין דאינו כ"א לשעה אפשר דאפילו פחות משתות נמי הוי אונאה, וי"ל דבעיא דר' זירא נמי כן הוא אי שכירות דמיא למכירה בפרטי הדין בין בקרקע בין במטלטלין, ובקרקע י"ל דבשכירות לא עבד דמחל יותר משתות, ובמטלטלין אפי' פחות משתות נמי מחזיר האונאה, ופשיט דכיון דליומא ממכר הוא ודמיא למכירה גם לפרטי הדין, וזה שנתן הרמב"ם הטעם בשכירות מטלטלין משום דדמי למכירה, אין זה לעיקר הדין אלא לפרטי הדין דמטעם זה דמיא ממש למכירה לענין שתות ופחות משתות, וכן משמע מהכ"מ שם ע"ש, אכן למה שבארתי

דמצד הסברא הו"א דבשכירות לא עביד אינש דמחל אפי' פחות משתות, ורק משום דדמי למכירה אמרינן דדמי גם לענין זה למכירה, א"כ בקבלנות דלא דמי למכירה נהי דודאי יש לו אונאה אבל בפרטי הדין אפשר דאפי' בפחות משתות נמי חוזר. ומהרמב"ם לא מוכח בזה כלל, דהוא לא כתב כ"א שבקבלנות יש אונאה. ולמה שכתבתי יש לדון בזה אי דיינינן בו דין דשתות ופחות משתות, ודו"ק היטב כי לענ"ד מה שכתבתי בישוב הרמב"ם הוא ברור, וי"ל שגם הטור ושו"ע יפרשו כפי' הרמב"ם, וניחא בזה מ"ש הטור ושו"ע דבשכירות פועל משום דדמי לעבד ועבדים אתמעטו מאונאה, ולמה מיאנו לומר דהטעם משום דבשכירות פועל ליכא ממכר, דטעם זה מרווח טפי, דאילו לטעם השו"ע דחוק קצת דהא קרא דוהתנחלתם דמיני' ילפינן שעבדים הוקשו לקרקע, בעבד כנעני כתיב, ולמה שבארתי דיפרשו כשי' הרמב"ם לא בעינן כלל מכירה באונאה ומוכרחים הם לטעם שכתבו ודו"ק היטב:

סעיף ל"ז **במחבר** ואם הטעו זא"ז במדה או במשקל כו' אפי' כל שהוא חוזרים. עיין מה שכתבנו בחדושנו לקמן (סי' רל"ב) מזה:

## סימן רכח

סעיף ו' **במחבר** ואף לגנוב דעת הבריות בדברים כו', עיין בב"ח כאן שכתב דאין זה אלא לישראל אבל לעכו"ם לחנופי לו אין איסור בדברים ע"ש. ונ"ל להוכיח כן מרש"י (גיטין דס"ב) בד"ה שלמא למר שכתב וז"ל ולא היה מתכוון לברכו אלא לבו היה לרבו. ובתוס' שם השיגו דהא זה הוה גניבת דעת הבריות ע"ש. אע"כ שבדברים בעלמא אין איסור משום דרכי שלום כדמיירי התם ודו"ק:

סעיף י"ד **במחבר** במקום שנהגו שכל מי שקונה דבר טועמו תחלה מותר לערב בו אבל אם אין הכל טועמים לא, והנה המ"מ (פט"ו מהלכות מכירה) הביא בשם י"א דבדבר שיכול להבחינו ולנסותו לאלתר ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם אינו חוזר, והובא בסמ"ע לקמן (סי' רל"ב סק"י) ע"ש, ובס' מעיני החכמה הבין שהמ"מ יליף זה מדבר הנטעם דהכא, ולזה הקשה דלא דמי כלל, דהא הכא היינו דוקא במקום שהכל נוהגים כן ואם יש מקצת אנשים שאינם טועמים אסור וכמבואר להדיא במחבר, ובמחכ"ת לא עיין בזה, דאיך יעלה על הדעת שהמ"מ למד זה מדין דהכא, דהא הכא מותר לערב אפי' לכתחלה, והמ"מ רק אינו חוזר קאמר, אע"כ דהכא מיירי במקום שנהגו לטעום ולהכי מותר לכתחלה, ודין דהמ"מ הוא רק מסברא. דכיון שהוא דבר שבידו להבחין אעפ"י שלא נהגו להבחין מ"מ מאי שנא משהה בכדי שיראה ולא הראה דאינו חוזר עוד, ה"נ כיון דבידו להבחין ולא בחן מכלל דנתרצה ע"ז, דהא ודאי כל לוקח רוצה

להבחין מקחו, ואם אינו יודע בעצמו להבחין יראנו לתגר, דמשו"ה לאחר ששהה כדי שיראה אין יכול לחזור, ובמקום שיוכל בעצמו להבחין איו צורך לשיעור כדי שיראה ואינו חוזר אבל לכתחלה אסור לערב על סמך זה כיון שלא נהגו לטעום וזה פשוט ועפ"ש בפ"ת לקמן סי' רל"ב בשם השבו"י ונה"מ:

## סימן רל

סעיף ט' **במחבר** וכן המקבל חבית של יין מחבירו כדי להוליכה למקום פלוני כו' וקודם שהגיע לשם הוזל כו' ה"ז ברשות מוכר, נ"ב שהמחבר קיצר ולא ביאר דמיירי דוקא שבעל היין התנה שלא ימכרנו כאן אלא במקום פלוני וכיון שכן דינא הוא דהאחריות הוא על הנותן כיון שבסבת הנותן בא ההפסד ומחמת תנאו שלא למוכרו כאן עד שיגיע למקום פלוני ואפי' אם הוקיר מיד לא היה רשות למוכרו עד שיגיע למקום פלוני, וכן הוא להדיא בשמ"ק בשם רש"י וסייעתו ע"ש, ובהכי יתיישב אפוא כל קושיות הנתיבות שהקשה כאן ודו"ק:

## סימן רלב

סעיף א' **במחבר** המוכר לחבירו במדה או במשקל כו' וטעה בכל שהוא חוזר. דין זה מימרא דרבא הוא (קדושין דמ"ב) דכל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפי' פחות מכדי אונאה חוזר, והנה האי חוזר דקאמר רבא אפשר לפרשו דהמקח חוזר והוי מקח טעות, ואפשר לפרשו דאונאה קאי שחוזר האונאה והמקח אין מתבטל, וכמו שסיים המחבר דהמקח נקנה ומחזיר הטעות, וכן פי' הרא"ם שאפי' במטלטלין נמי אין מתבטל המקח, וכמ"ש בשמ"ק בב"ב וכפי אשר למדתי מתורת הרמ"ה בספרו יד רמ"ה (פ' הספינה) דהך דרבא לשיעורין ניתנו, לפעמים יתפרש כוונתו חוזר אמקח, ולפעמים אאונאה. דבמילתא דמצי האדם ליהנות מן המקצת כמו דמתהני מכולו לפי חשבון, לא הוי מקח טעות, ובמלתא דבמקצתו לא מתהני כמה דמיתהני מכולו לפי חשבון. וכגון בגד העומד ללבישה, שם הוי מקח טעות ע"ש. ועפ"ז מתפרש נמי כוונת הרשב"ם ב"ב דק"ד דעל מה ששנינו שם בית כור ערר אני מוכר לך מדה בחבל פיחת כל שהוא ינכה כ"ו פרשב"ם שם דהא דאמר רבא דחוזר מילתי' לא הוי בקרקעות. ובתוס' שם ובב"מ דנ"ו הקשו עליו מסוגיא דב"מ שם. ולפמ"ש אפשר ליישב. דבקרקע כהאי דמיירי בב"ב בקרקע העומדת לזריעה או לנטיעה, דכיון דלפירא קיימא ועבדא פירי לפי חשבון מינח ניחא לי' לקנות לפי חשבון, אבל בשארי דברים שבחסרון המקצת יופסד גם ההנאה מן המותר וכגון שמכר לו בית גדול ונמצא קטן. דכיון דעומד להשתמש בדירה ולא ניחא לו בקטן, גם הרשב"ם יודה דחוזר המקח לגמרי, כן הי' נראה, אלא שלשון הרשב"ם דמחלק בין קרקע

למטלטלין לא אתי שפיר לפ"ז דלמ"ש אין חילוק בין קרקע למטלטלין דגם במטלטלין היכי שלא יופסד הנאתו לפי חשבון, כגון בבישרא ופירי נמי אין חוזר המקח, ונראה דהרשב"ם יפרש שבכל קניית קרקע אין המקח חוזר, דקים להו לרבנן דנוח לו לקיים המקח אפי' בחסר מקצת, וקפידתו בזה לאו למיהוי ביטול מקח אלא דלא תיהוי מחילה, ובקרקע יתפרש האי חוזר דקאמר רבא אאונאה, ובמטלטלין הוי חוזר אמקח, ולא קשה קושית התוס' מב"מ ומקדושין, דודאי האונאה צריך להחזיר גם בקרקע היכי שהאונאה היתה במדה, דדוקא אם האונאה היה במחי' המקח הוא דאימעיט קרקע מאונאה ומשום דאמרינן דקרקע שוה כל כסף וכמ"ש החנוך, משא"כ אם האונאה הוא במדה, גם בקרקע צריך להחזיר, והרשב"ם לא קאמר כ"א שבקרקע אין המקח מתבטל, וז"ב למעיין שם ברשב"ם:

**והמתבאר** מתוך דברנו שד' שיטות חלוקות יש בהאי חוזר דקאמר רבא, מלשון רש"י משמע דסובר דבכ"מ הוי מקח טעות ומטעם כיון שפירש בשעת הקנייה בחזקת כן ואינו כן נמצא דהוי מקח טעות, דאדעתא דהכי לא זבין. ושיטת הרא"ם דחוזר אאונאה הוא והמקח אין מתבטל, וכ"ה שיטת המחבר, ולדברי שני השיטות הללו, רבא השוה מדותיו, לרש"י אמקח ולרא"ם אאונאה, אין חילוק בין מכירה למכירה, ולשיטת הרמ"ה ורשב"ם. רבא לא השוה מדותיו, ולפעמים חוזר אמקח, ולפעמים אאונאה, ושיטת הרמ"ה דהחלוק אינו בין קרקע למטלטלין, אלא אם בחסרון המקצת יופסד גם ההנאה מן המותר, כגון בבגד העומד ללבישה ובית לדירה חוזר המקח, דאיכא דניחא לו בגדול, ובמקום שלא יופסד ההנאה מהמותר כגון בבישרא ופירי או בקרקע העומדת לזריעה, חוזר רק האונאה והמקח אין מתבטל, ולרשב"ם הוה החילוק בין קרקע למטלטלין ובכל מטלטל חוזר המקח, ובקרקע רק האונאה, ויש עוד שיטה חמישית והוא הרמב"ן בב"ב, דבמקום שאפשר להשלים החסרון חוזר רק האונאה, ובמקום שא"א להשלים כגון בהך דב"מ שדאי שיתא ולא שדא כ"א חמשה בטל מקח:

סעיף ב' **במחבר** המקבל מעות מחבירו בין שהם במכר בין בהלואה בין בפרעון ומצא יתרון במעות כ' כולם מתנה הם, דין זה צריך ביאור דהא תינח אם היתרון נמצא בהלואה, דהיינו שהלווה מצא היתרון שייך לומר דמתנה הוא, אבל אם המלוה מצא היתרון בשעת פרעון איך שייך לומר דמתנה בעלמא יהיב דהא אסור לתת לו מתנה דהו"ל רבית מאוחרת וגדולה מזה כתב הרמב"ם בפ"ה ממלוה הביאו הטויו"ד סי' קס"ד אפי' אם לאחר הפרעון שיגר לו דורון אסור אפי' בסתם וכ"ש הכא דבשעת פרעון נותן לו יתרון דאסור משום רבית מאוחרת, והנה על ר"נ גופא שאמר להאי דינא דהאי מאן דאזיף

פשיטא מחברי' ואשכח בי' טופיינא דתלינן במתנה לא קשה כזה, די"ל דהתם מיירי דהלוה אשכח הטופיינא, והכי פרש"י שם להדיא, ודייק מינה המ"מ דבמתכוון כתב רש"י כן, דאם המלוה מצא הטיפיינא בשעת הפרעון באמת לא שייך לומר דמתנה יהיב משום דהו"ל רבית מאוחרת, אבל על הרמב"ם והמחבר שכתבו להדיא דגם אם מצא בשעת הפרעון נמי תלינן במתנה ודאי דקשה דהא הו"ל רבית, והן אמנם דהמ"מ כתב בטעמו של הרמב"ם דלא חיישינן שלשם רבית מאוחרת נתנו משום דאחזוקי איניש ברשיעי לא מחזיקינן ע"ש, אבל כבר הקשה ע"ז הפנ"י דא"כ במה שכתב הרמב"ם דרבית מאוחרת ששיגר לו דורון אחר הפרעון אסור אפי' בסתם, התם נמי נימא אחזוקי איניש ברשיעי לא מחזקינן, ונ"ל ליישב דהנה מן הש"ס ודאי מוכח כהרמב"ם מדנקיט ר"נ להך דינא דאשכח טופיינא גבי איסורי רבית מכלל דאתא לאשמועינן דמותר משום רבית, דאי כפרש"י שמיירי שהלוה מצא היתרון ואין זה נוגע כלל לדין רבית מ"ש דנקיט לה רב נחמן בפרק הרבית גבי כל דיני רבית, וקושית הפנ"י יש ליישב, דמה דקאמר התם הש"ס אי איניש תקיפא הוא דלא יהיב מתנה מאי וא"ל דלמא מיגזל גזי, דלאו דוקא באינש תקיפא תלינן דמיגזל גזלי, אלא דודאי שגם באינש דלא תקיפא איכא נמי למיתלי בהאי, אלא דבאינש דלא תקיפא מצינן נמי למיתלי במתנה, ובאינש תקיפא דוקא בהבלעה בחשבון תלינן ולא במתנה, אבל זה פשוט דבאינש דלא תקיפא מצינן למיתלי גם בהבלעה בחשבון, וכיון שאיכא נמי למיתלי בהבלעה בחשבון מנ"ל לומר דלשם מתנה נתן, ורבית הוא, יותר טוב לאוקמי בחזית כשרותו שבודאי לא לשם מתנה נתן אלא להבליעו בחשבון, והיינו דוקא כשנותנו בשעת פרעון דרך הבלעה אבל בשמשגר לו דורון לתוך ביתו דבזה לא שייך דלהבליעו קא מכוון, דהבלעה לא שייך כ"א במקום שהבליעו לו עם הפרעון דכיון שהגזלן יתבייש בחזרת הגזילה ולא ניחא לו שיתוודע הנגזל מהחזרה, ולכן עושה כל טצדקי שהנגזל לא יחשוב שחזרת הגזילה הוא, דאל"ה למה לו כלל להבליעו בחשבון ישלח מתנה להנגזל ואם אינו רוצה בעצמו ישלח מתנה ע"י אחר, אלא לאו דמי שרוצה להבליע לא יתרצה גם ע"י מתנה, דיחשוב אולי הנגזל בחקרו מה זה ששלח לו זה מתנה עי"ז יעמוד על הברור לידע הגזילה, ודוקא בהבלעה יתרצה כי בזה יחשוב הנגזל שטעה בחשבון וכיון דבמתנה לא שייך הבלעה, ולהכי אסור, והיינו מ"ש המ"מ דלא מחזקינן אינש ברשיעי, והפנ"י הבין בכוונתו דהיינו דתלינן שלשם מתנה נתנו ולא לשם רבית, וכאן בתלמיד חכם דאמרינן הכי שמותרים לשלוח דורון אחר הלואה, דכיון דידעי דרבית אסור לשם מתנה ממוני וסבור היה שכוונת המ"מ כן הוא, דגם הכא תלינן שלשם מתנה נתן, ולזה הקשה דמ"ש ממתנה בעלמא דלא

אמרינן הכי, ולמ"ש לא כן כוונת המ"מ, דודאי בכל מתנה דעלמא לא תלינן באדם פשוט דלשם מתנה הוא משום דאין רגיל אים לתת מתנות ויותר קרוב דלשם רבית נתנו, רק הכא דתלינן שמא לשם הבלעה נתנו, ואע"ג דאיכא לספוקי נמי במתנה, ע"ז כתב דיותר טוב לתלות בהבלעה משום דאחזוקי ברשיעי לא מחזקינן, ולפ"ז צ"ל דמה דאמר בש"ס וברמב"ם ומחבר כאן דאמרי' דמתנה הוא היינו רק לגבי לוה בצד ההלואה, שם תלינן נמי במתנה, אבל כשהמלוה מצא הטופיינא בפרעון לא תלינן במתנה אלא בהבלעה לחוד משום דאחזוקי ברשיעי לא מחזקינן, אלא דמלשון המחבר לא משמע כן, דהא לא הזכיר כאן רק טעם דמתנה על כל הא דחשוב הן בהלואה והן בפרעון, ולכן נראה יותר דגם לגבי מלוה מספקינן במתנה, ואפ"ה שרי כיון דאיכא ספיקי טובא, דשמא בהבלעה ושמא במתנה להכי שרי, משא"כ במתנה דעלמא דליכא כ"א חדא ספיקא דשמא לשם מתנה הוא ולא לרבית, וגם הספק אינו שקול משום דאין דרך אדם במתנות, להכי שאע"ג דרבית דרבנן הוא אסור נמי מספיקא וק"ל ועיין היטב מ"ש בחבורר לב"מ דע"ג מזה בארוכה:

שם **בסמ"ע** סק"ח בד"מ כתב בזה דאם בא אח"כ הנותן ואמר טעיתי במנין המעות שנתתי לך בזה כתב רי"ו דחייב להחזיר לו כ', עמ"ש לעיל בסי' ע"ה סעיף ט' להוכיח שדין זה הוא דוקא כשנמצא הסופיינו אצל הלוה במעות ההלואה שקבל מן המלוה בזה הוא דאמרי' דאם המלוה טוען ברי שטעה מחויב הלוה להחזירו, דהא גוף ההלואה ודאי דחייב לשלם לו, וא"כ דרך משל אם ההלואה היתה מאה זוז וטעה בעשרה זוז ותובעו הלואתו עם המותר בס"ה מאה ועשר זוז ומודה לו הלוה במאה דהלואה וטוען יודע אני שמאה חייב אני לך והמותר איני יודע דהו"ל כמודה מקצת וטוען על השאר איני יודע, דמחויב לשלם כדין מתושאיל"מ, משא"כ באם הטופיינא נמצא אצל המלוה במעות הפרעון לעולם תלינן דלשם מתנה יהיב ואינו מחויב להחזיר מספיקא כיון דאין בזה דין מודה מקצת דנימא מתושאיל"מ ע"ש בארוכה:

סעיף ג' **במחבר** אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום ה"ז מחל ועיין בסמ"ע ס"ק י' דאם היה הדבר שהיה יכול הלוקח להבחינו ולטועמו ולא הקפיד אינו חוזר ועמ"ש לעיל בסי' רכ"ח מזה ועיין בפ"ת מה שהביא כאן בשם הסבו"י ולעיל בסי' רכ"ז הארכתי מזה:

סעיף י' **במחבר** נמצא בו שאין רע או חולי המתיש כחו או שהוא נכפה כזה"ז מום, ולענ"ד נראה דכל מומין מבשפיעין לרעה על גוף אדם עד שהוא חולה מהם נחשבו שפיר למומין שבגלוי דאמרינן בהם דראה ונתפייס ואינם מבטלים המקח דאע"ג שעצם המום והחולי הם בפנימיות מ"מ כיון דמתישין כח הגוף חזותו של אדם ניכר עכ"פ שהאיש

הזה חולה הוא ומדחזי ולא בדק לידע בברור טבת מחלתו וגם לא קפיד להתנות עם המוכר, שאם ימצא איזה מום דיבוטל המקח מכלל דסביר וקביל, ונ"ל להוכיח כן מן הש"ס דאל"ה יקשה טובא במאי דאמרינן בכתובות דנ"ח סמפון בעבדים ליכא אי מומין דגואי לא איכפת לי' כיון דלמלאכה קא בעי, ומ"ש מכל הנהו מומין דחשיב בב"מ ד"פ דהוי נמי דגואי ואפ"ה הוי מקח טעות, ובע"כ החלוק ביניהם דהנהו מומין דחשיב התם בב"מ כיון שמשפיעין לרעה גם על בריאות האדם ומתישין כל הגוף להכי מפריעין נמי ממלאכה וכמבואר הטעם במחבר כאן, וא"כ יקשה היכי סתים בכתובות התם דמומין דגואי לא איכפת לו, והא איכא מומין כאלו שמתישין כח הגוף נמי דודאי הוי קפידה, ועוד הלא יש כמה מיני מחלות פנימיות שודאי מפריעין ממלאכה, וכזה יש להקשות במה דאמרינן התם דנכנסה לחופה שריא למיכל בתרומה ולא חיישינן שוב לסמפון משום דבודקה ע"י קרובותיו, והא מום דנכפה אינו חולה תמידיי אלא החולי תבוא מזמן לזמן קבוע, וא"כ איך שייך לבודקה, דשמא בעת ההיא לא הגיע עוד זמן ביאת החולי, וכן הוא להדיא בכתובות דע"ו דנכפה שיש לה זמן הוי כמום שבסתר, וגם בשוטה בע"כ צ"ל דאינו שוטה תמידיי רק עתים חלים ועתים שוטה דאי שוטה תמידיי הא ראה ונתפייס וא"כ גם בזה לא שייך בדיקה אכתי בנכנסה לחופה נמי ניחוש דשמא נמצא מחלות ומומין הבאים מזמן לזמן אע"כ כמ"ש דכל מומין הללו שהם משפיעין לרעה על גוף האדם עד שהוא חולה מהם נחשבו שפיר למומין הגלוים דאמרינן בהם דראה ונתפייס דאע"ג שעצם המום והחולי הם בפנימיות, מ"מ כיון דמתיש כח הגוף חזותו של האדם ניכר עכ"פ שהאיש הזה חולה הוא ומדחזי ולא בדק לידע בברור סבת מחלתו וגם לא קפיד להתנות עם המוכר שאם ימצא איזה מום דיבוטל המקח מכלל דסבור וקביל, ומה דאמר בב"מ דהוי מקח טעות, היינו משום דמיירי באמת שהלוקח כשהרגיש על תאר פני האדם באמת שאל להמוכר סבת הדבר אלא שהמוכר סינפו למום האמיתיי תוך שארי מומי שאינם, וכיון שהלוקח גילה דעתו הוי שפיר מקח טעות, אבל אם לא התנה כלל אמרינן מדחזי שיש ריעותא בתואר הפנים ולא קפיד להתנות סבור וקביל, ובזה מיושב שיטת רש"י מקושית ר"ת שם בב"מ וכתובות ע"ש ותמצא כן, ולפ"ז יצא לנו דכל מומין שע"י חולי הם באין והאדם חולה מהם לא הוי מקח טעות בסתמא לא בקדושין ולא במכירה דכמומין הגלוים נחשבו דאמרינן כהו ראה ונתפייס, הן אמנם דבמחבר כאן מבואר דאפי' מומין הללו מבטלים המקח בסתמא ואמנם בשיטת רש"י י"ל כמ"ש, ועל הפוסקים שלא חלקו בזה יש להקשות כמ"ש דלמה לא אשתמיט בשום דוכתא למיחש לכל מחלות הפנימיות אע"ג דבזה לא שייך שום בדיקה ולמ"ש א"ש ועמ"ש עוד בדבור

הסמוך שם במחבר וכן אם נמצא לסטים מזוין כו' מוכתב למלכות ה"ז מום ומחזירו כו', בכתובות דנ"ח לגבי אכילת תרומה לעבדים קאמר הש"ס מאי אמרתי לסטים מזוין או מוכתב למלכות הנהו קלא איתי להו ופרש"י דסבור וקביל, וזהו דלא כמבואר כאן דמומין הללו מבטלים המקח. והנה בתוס' שם הקשה הר"ת על רש"י מב"ב דצ"ב דאמרינן התם להדיא לסטים מזוין אומר לו הרי שלך לפניך ועוד כמה קושיות ע"ש, ונ"ל ליישב שיטת הש"י מכל הטענות שטען עליו ר"ת, טענה הראשונה מה היא דב"ב אפשר ליישב דהנה כל מומין המבטלים את המקח היינו דוקא כשחוזר בו תיכף משיתודע לו המום, משא"כ אם לאחר שיתודע לו המום גילה דעתו שניחא לו אין יכול שוב לחזור דמגילה דעתו הרי סבור וקיבל, ולפ"ז בהך דכתובות כיון דלפעים מזוין ומוכתב למלכות קלא איתי להו, א"כ בודאי יודע שזה הלוקח ומדרוצה ליתן לו שוב מזונות דהא התם מיירי שרוצה להאכילו תרומה, א"כ מדרוצה ליתן לו מזונות אין לך גלוי דעת גדול מזה שלא קפיד במום וסבור וקביל, ותרווייהו ניחא בההיא דב"ב דאומר לו הש"ל היינו שזה ודאי דמום גדול הוא ויכול לבטל המקח ולומר לו הש"ל אכן היינו דוקא כשרוצה לבטל המקח תיכף משיתודע לו וכמו בשארי מומין דהדין כן, ומה שאומר בכתובות דקלא איתי להו, היינו שמשום זה תלינן לומר שבודאי כבר יודע הלוקח ומה דאמרינן דסבור וקביל היינו כיון דבודאי יודע ואפ"ה יתן לו מזונות הוי זה גלוי דעת דסבור וקבל, וטענה השני' של ר"ת דהא אכתי משכחינן דהוי מקח טעות באלו המומין דחשיב בב"מ דהוי מקח טעות, היה אפשר נמי בדרך הזה דסובר רש"י דגם כל הנהו מומין דחשבה התם נמי קלא איתי להו כמו מוכתב למלכות, ומה דקתני בב"מ דהוי מקח טעות היינו כשבא להחזיר תיכף משיתודע, אבל בכתובות דמיירי לענין מזונות דתרומה אמרינן מדנתרצה ליתן מזונות גם לאחר שנתודע דהא בודאי כבר נתודע כיון דאית לי קלא, ואהדרה נתרצה ליתן מזונות מכלל דסביר וקביל וכנ"ל, או שי"ל באופן אחר דהא זה ודאי דמה דאמרינן דסבור וקבל היינו דוקא בסתמא כשלא התנה הלוקח כלום, בזה אמרינן מדידע ולא התנה מכלל דסביר וקבל, אבל אם הלוקח גילה דעתו שמקפיד הוא פשיטא דהוי מקח טעות וא"כ בברייתא דב"מ דלא נחית התם לאשמועינן כ"א הדין דמנפו בין המומין שאין לה, דהוי מקח טעות, שפיר י"ל דמיירי שהלוקח שאל למוכר על המומין וגילה דעתו שמקפיד הוא על מומין אחדים מהם, אלא שלא הגיד לו בפירוש על איזה מום הוא מקפיד, אבל בזה גילה דעתו שיש מומין שמקפיד, והמוכר סנפם בתוך מומין הרבה שלא נמצא ואשמעי' הברייתא דאע"ג שהמוכר הגיד לו בפירוש את המום ונתרצה עליו אפ"ה אמרי' דיכול הלוקח לומר מדבדק למומין האחרים ולא מצאן סבור היה שגם מום זה שמקפיד

עליו לא נמצא, וכן משמע נמי ריהטא דלישנא דברייתא שהיה איזה חליפות דברים בין לוקח למוכר בדבר המומין שהלוקח שאל למוכר על מומין ושע"ז השיבו המוכר דיש בה מומין וסנפו במומין האחרים, ולהכי שפיר הוי מקח טעות כיון דגלי דעתו דמקפיד הוא וגם במוכתב למלכות נמי הוי דינא הכי אם ידעינן דקפיד אבל אם היה לוקח סתם ולא גילה דעתו דמקפיד איה"נ שגם במומין הללו לא הוי מקח טעות ומטעם דקלא אית להו וסבור וקביל:

סעיף י"א **במחבר** המוכר בהמה לחבירו לטבחה כו' עיין בנתיבות שהקשה דלמה דייק המחבר כשמכר לטבחה דוקא, הא אפי' כשמכרה סתם הוי נמי מקח טעות כשנמצא טרפה כיון דטרפה אינה חיה וגם אינה בחזקת בריאה כשהיא טרפה וא"כ אפי' לחרישה הוי מום במקח ע"ש שטרח ליישב, ולי נראה דברי המחבר בפשיטם עפמ"ש בסמוך בסעיף י"ג המוכר דבר שהיה מום בממכרו ועשה בו הלוקח מום אחר קודם שיודע לו המום הראשון אם עשה דבר כזה שדרכו לעשותו פטור ואם שינה לעשות בו מום אחר מה שאין דרכו לעשותו משלם הלוקח דמי המום שעשה. ודין זה למד הרמב"ם ממוכר בהמה ושחטה ונמצא טרפה אע"ג דלאחר ששחטה ונמצא טרפה הוא גרוע מאילו לא שחטה ואפ"ה מחזירה להמוכר והוא פטור כיון דעומדת לכך ע"ש ובסמ"ע, ולפ"ז שפיר דייק המחבר לכתוב שמכר לשחיטה דוקא, ובכה"ג דוקא מחויב המוכר להחזיר כל המעות שקבל ואין הלוקח צריך לשלם פחת שפחת בשחיטה, משא"כ כשמכרו לחרישה, נהי דגם בזה חשיב מום דטרפה כמום במקח והמקח בטל, אבל הלוקח צריך לשלם פחת שפחתו בשחיטה, דלא היה לו הרשות לשוחטו, ולא מידמי כשמכרו ודאי לחרישה דהוי דינא הכי אלא אפי' כשמכרו סתם מצי המוכר לטעון לחרישה מכרתיו לך ולא היה לך הרשות לשוחטו, ולכן מנכה המוכר פחת הזה, ודוקא כשמוכרו לשחיטה דוקא הוא דמחויב להחזיר כל המעות ופשוט:

סעיף ט"ו **במחבר** המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאח"ז נראה לו בהמום אם רצה להחזיר הקרקע מחזיר כל הפירות כו' ועיין בסמ"ע דהטעם דכיון שהמקח בטל מעיקרו הוה הפירות כגזל בידו ודומה להלוהו על שדהו ע"מ שאם לא יחזיר לו דמיו בסוף ג"ש יהיה השדה שלו דהפירות שאכל אחר ג"ש שהניח השדה בידו משום שסבור היה שנחלטה שדה להמלוה דמוציאין מיד המלוה כיון דאכלו בתורת מקח והוה בטעות וה"נ דכוותי' ע"ש, ואע"ג דעל דין זה גופא דהלוהו על שדהו פריך הש"ס בב"מ דס"ו ומ"ש מהמוכר פירות דקל לחברו דיכול לחזור אף משבאו לעולם ומודינא דאי שמיט ואכיל הפירות לא מפקינן ולא אמרינן דמחילה בטעות הוא ומשני התם הלואה הכי זביני,

הרי לכאורה דבזביני גם מחילה בטעות הוי מחילה והא דהלוהו על שדהו שאני משום דהלואה הוא, ובהלואה כיון שיש איסור רבית תקנו דלא מהני מחילה בטעות וכמ"ש בהג"א שם ואכה"נ דמכירה גמורה היא למה לא מהני מחילה אפי' כשהיא בטעות, ומ"ש ממוכר פירות דקל דנמי בטל המקח מעיקרו מדין דשלב"ל ואפ"ה לא אמרינן דהפירות גזל. י"ל דזביני דהתם דמטעם דבר שלא בא לעולם נתבטל המכירה, נהי דמצי לחזור, אבל אין כדאי לחזור בשביל דליקום בהמנותי' וכמ"ש התוס' שם, ולכן אפשר אפי' הוה ידע דמצי לחזור נמי לא הוי חוזר ולכן כל כמה דלא חזר הוי הפירות קנויין לו, משא"כ חזרה דהכא דהוי מטעם מום במקח, דאילו ידע הוה חוזר ודאי, ומחילה בטעות גמורה הוא דלא הוי מחילה ודו"ק:

## סימן רלה

סעיף א' **בהג"ה** וי"א הואיל ואינו רק מכח תקנ"ח א"כ במקום שעשו שלא כהוגן כו'. עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' ס"ו סעיף ל"ג) מזה:

סעיף ב' **ברמ"א** אעפ"י שאפוטרופוס צריך לקיים דברי המת ואשור ליתנם ליורש ולא ללוקח כו'. ואם תפסו הלוקח אין מוציאין מידו, מיהו בכתובות (דף ס"ט) הביא בשם הר"מ הלוי דבגדול אתי כח הירושה ומבטל להשלישיות ואין משגיחין כלל על צוואת האב דהוי כמתנה ע"מ שכתוב בתורה, לזה אפשר דהאפוטרופוס רשאי לכתחלה למסור ליורש כיון דכבר נתבטל השלישיות, וכן דקדקתי מלשון רש"י שם בד"ה הא מני שכתב וז"ל ואע"ג דסוף סוף כולהו נכסי דידהו נינהו לא יהבינן להו בקוטנם אלא שקל כ"ו ומה דדייק לכתוב בקוטנן דמשמע שבגודלן נותנין להם כמו שירצו אע"ג שהאב צוה בקפידא שלא יתנו להם אלא שקל, ובע"כ דהיינו משום דסובר כהרמ"ה הנ"ל דכח הירושה מבטל השלישיות, ולכן לא משגחינן כלל על צוואת, האב. והרי להדיא שגם השליש רשאי לכתחלה לעבור על צווי האב, דהירושה מבטל השלישיות, ולפי"ז יש לתמוה על מ"ש הרמ"א לקמן (סי' ר"ץ סעי' כ"ו) דמי שמינה אפוטרופוס לבניו הגדולים יכולים לומר אין אנו צריכים לאפוטרופוס אא"כ יש בו מצוה לקיים דברי המת כגון שנתן המעות ביד שליש ע"ש. הרי שכתב לדבר פשוט דהיכי שיש מצוה לקד"ה מחויב האפוטרופוס לקיים דברי המת אפי' בגדולים, ולמה לא זכר דעת רש"י ורמ"ה דהירושה מבטל כח השלישות וצ"ע:

## סימן רלו

סעיף א' **במחבר** העכו"ם המציקין לישראל ומבקשים להרגם מד שיפדה עצמו וד העכו"ם בשדהו כו'. דייק לכתוב בכה"ג דוקא שהאונס היה על גוף האדם שרצה להורגו

ורק זה בא להציל עצמו ע"י פדיון השדה. והכי דייק רש"י בגיטין דנ"ה בד"ה לא היה סקריקון ביהודה כתב וז"ל כותי רוצח שנתן לו ישראל קרקע בפדיון נפשו ואומר לו שא קרקע זו ואל תמיתני עכ"ל, ושוב בד"ה ליקטלוה כתב וז"ל הלכך אגב אונסי' כי אמר לו שא קרקע זו והניחני אקני ניהלי' בלב שלם עכ"ל, וכוונתם בזה נראה שבאו ליתן טעם על הא דמשמע מכל הסוגיא דסקריקון קונה קנין גמור מדינא משום דאגב אונסא גמר ומקני ומשו"ה גם הלוקח ממנו קני, ולמה לא הוי כמו תלוהו ויהיב. ונהי דודאי אנוס היה אבל במתנה הא לא מהני אונס, לזה חלקו דדוקא היכי שאנסו על גוף המתנה מיקרי זה אונס, אבל הכא דהכותי בא להורגו דהא כל דלא קטיל ליקטלוהו אלא שהוא בא להציל עצמו ע"י מתנה זאת שנותן לו השדה בפדיון נפשו לא מיקרי זה אונס כלל דהא על נתינת השדה אינו אנוס, וחילוק כזה מוכח בש"ס בכמה מקומות, בכתובות דכ"ז בתוד"ה וע"י נפשות אסורה אפי' לבעלה ישראל דחיישינן שמא נתרצית כו'. ויש לתמוה דלמה תיאסר אפי' אם נתרצית מחמת פחד מיתה הא גופא הו"ל אונס כדאיתא בריש כתובות ולדרוש להו דאונס שרי, א"ו דחילוק יש בין כשבא מתחלה לאונסה על הבעילה דמיקרי זה אונס ושרי, ובין כשבאה היא להציל עצמה ע"י הבעילה דאסור, דזה לא מיקרי אונס לענין הבעילה, וכן איתא לקמן סי' רצ"ב וסי' שפ"ח דיש לחלק כן כשהאונס בא תחלה על ממון חבירו ובין כשבא להציל עצמו בממון חבירו ע"ש, וה"נ דכוותה דעל המתנה אינו אנוס אלא כבא להציל עצמו עי"ז לא מיקרי זה אנוס. והנה ברמ"א בסמוך כתב וי"א דכ"ז כשנתנו לו הבעלים קרקע מעצמן כדי שלא יהרגנו אבל אם לקחן האנס מידן בחזקה הקרקע חוזרת לבעליה ע"ש, ולמה שכתבתי גם המחבר סובר כן ותימא מ"ש הרמ"א זה בשם י"א, ומכל זה יש לתמוה מ"ש הנה"מ ס"ק ג' בשם הריב"ש דהאי סקריקון מדינא לא קנה דתלוהו ויהיב הוא ע"ש. ודבריו תמוהים דהא בכל הסוגיא מוכח דסקריקון קונה מדינא וכמ"ש הראשונים להדיא ועמ"ש בתורי"ד בגיטין וקושיתו מתלוהו טעהיב כבר מתורץ בדברנו ודו"ק:

## סימן רמ

סעיף ב' **במחבר** היו ב' השטרות במכר כו' בטל שטר השני את הראשון כו' לפיכך כל הפירות שאכל הלוקח מזמן ראשון עד זמן ב' מחזיר אותם בטעמא דהא מילתא דביטול שני את הראשון איכא פלוגתא בזה בש"ס דכתובות דע"ד, רפרס אמר אודי אודו לי' דהשטר הראשון בשיקרא נכתב, ורב אחא אמר אימר אחולי אחיל השעבוד דזמן ראשון וקאמר מאי בינייהו לשלומי פירי ולאורועי סהדי, לרפרס כיון דאודי לי' דשטר ראשון בשקר נכתב, א"כ העדים הראשונים פסולים הם לכן מחויב להחזיר הפירות,

דמזמן ראשון עד זמן שני ולרב אחא העדים כשרים וגם אין מחויב להחזיר הפירות, והנה הרא"ש שם בשם הרמ"ה ז"ל כתב דהלכה כרב אחא דכיון דאיכא פלוגתא ולא ידעינן כמאן הלכתא לא מרעינן לסהדי מספיקא דאוקי סהדי אחזקתייהו וגם לענין פירי וטסקא בחזקת הלוקח עומד ע"י שטר הראשון ולא מבטלינן האי חזקה מספק, אכן הרמב"ם שפוסק דמחזיר הפירות וכן הטסקא צריך המוכר לשלם נראה שפוסק כרפרס וכ"כ המ"מ פ"ה מזכייה שהרמב"ם פוסק כרפרס מפני שקרקע בחזקת בעלים ראשונים עומדת. אכן בל"מ שם וכן בדרישה כאן הקשו דא"כ למה השמיט הרמב"ם מלהזכיר גם הך חילוק של אורועי סהדי שהעדים פסולים או כרש"י או כתוס' שם, מכח קושיא זאת העלו דגם הרמב"ם מסופק הלכה כמאן משו"ת פסי בכל חד שמעמידין אותו על חזקתו וכמ"ש הרא"ש, אלא שמחולקין בפירות שאכל דלרמב"ם מעמידין הקרקע בחזקת בעלים ראשונים וצריך לשלם הפירות, והרא"ש סובר דכיון שהלוקח מוחזק בקרקע עד השתא מעמידין הפירות שאכל בחזקתו ע"ש, ולענ"ד קשה לומר כן, דהא מה דפסקינן במס' ב"ב דל"ב כרבה בארעא הקשו התוס' דמ"ש דלא אמרינן התם אוקי בחזקת מרא קמא כמו בכל דוכתי בקרקע, ותי' דלא אמרי' הכי כ"א בספיקא דתרי ותרי אבל בספיקא דפלוגתא לא שייך לומר אוקי בחזקת מרא קמא, וכ"כ המ"ל (פ"ז מהלכות שכירות) לחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דפלוגתא ע"ש, וא"כ אי הוי אמרינן כאן דלרמב"ם מספקא הלכה כמאן, לא הוי אמר דמוקמינן הקרקע בחזקת בעלים הראשונים, ולכן נ"ל דודאי הרמב"ם פוסק כרפרם, והא דלא הזכיר נמי החילוק דאורועי סהדי, היינו משום דלא ניחא היה לרמב"ם לפרש כפרש"י דאורועי סהדי דקאמר הש"ס הוי נפקותא בפני עצמו מה שאיכא בין רפרם לרב אחא, משום דהי' קשה לו איך אפשר לפסול העדים ע"י חשש הזה וכקושית התוס', ואע"ג דבס' מגיני שלמה רצה ליישב קושית התוס', דהלוקח מהימן לפוסלו דהא אפי' לוה ברבית שהוא עצמו פסול אמרי' בסנהדרין לדידי אוזיף ברבית גבי בר בניתוס וקבלה רבא לסהדותי' ע"ש, אכן לדידי אין נוח כלל תירוץ זה, דזה לא שייך כ"א כשהלוקח היה טוען ברי לפנינו שהשטר מזויף, אבל בשמעתין בע"כ מיירי שהלוקח אינו טוען כן אלא דאנן הוא דמספקינן שמא אודויי אודי לי', דבכי משמע לשון הש"ס אימר אודויי אוד שאינו אלא ספק וחשש, ובזה מדוקדק לשון התוס' במ"ש אמאי יכול לפסול לעדים בענין זה, פי' דודאי אם הלוקח היה אומר בבריא שהשטר מזרף נאמן עם עוד עד אחד לפוסלו, אבל הקושיא הוא בענין זה היינו ע"י חששו שאנו חוששין מעצמנו, ולכן מפרש הרמב"ם דבאמת גם לרפרם אינם פסולים העדים, אלא רק מרעינן לסהדותייהו בזה השטר, והכי משמע להדיא לשון אורועי סהדי דקאמר הש"ס,

שאין זה פסול ודאי כ"א אורועי מספיקא דכיון שמספקינן אם השטר אמת לכן מרעינן לסהדותייהו' ונפקא מינה לענין פירי, דכיון שמסופקין אנו המעשה היאך היה מוקמינן ארעא בחזקת בעלים הראשונים וצריך הלוקח לשלומי פירי וגם ממילא צריך המוכר לשלם הטסקא, דכיון דאיהו אוכל כל הפירות שעד זמן שני, צריך איהו לשלם טסקא, דהכי הוא דינא דמלכותא דמאן דאכיל פירי משלם טסקא, ולפ"ז מה דקאמר התם לשלומי פירי ולטסקא הוה פירושו דלאורועי סהדי, כלומר דכיון דמרעינן לסהדותייהו שבהך שטרא משו"ה צריך הלוקח לשלומי פירי מספק, וממילא צריך המוכר ליתן טסקא, ולא כפי מובן הפשוט דשלומי פירי וטסקא הנוה תרי איכא בינייהו מיוחדות, אלא כמו שבארתי דהכל ענין אחד ואחד נמשך מחבירו, דכיון דהמוכר אוכל פירות ממילא דצריך איהו ליתן הטסקא, וכן משמע לשון הרמב"ם שכתב לפיכך כל הפירות שאכל כו' ואם היה על אותה שדה חק למלך כו' משמע דהכל ענין אחד, ואתי שפיר מה שהשמיט הרמב"ם האי חילוקי של אורועי סהדי כיון שהוא אינו חלוק בפני עצמו:

**והנה** אם כי לפי"ז היו מיושבים דברי הרמ"ם מכל הקושיות, בכ"ז אין נוח לי לפרש כן, וצריך אני להעיר על עוד חילוק אחד שיש בין רמב"ם להטור, דהרמב"ם מיהא נקיט תרי איכא בינייהו, דהיינו שלומי פירי וטסקא, והטור השמיט גם החילוק דטסקא ולא זכר כ"א הך דשלומי פירי לחוד, והנה למה שכתבתי בפירוש הש"ס דברי הטור מדוקדקים מאוד. דבאמת היה קשה לי דלמה שכתבתי דשלומי פירי וטסקא הוה אחד נמשך מחבירו ולא הוו חלוקים מיוחדים, א"כ למאי צריך לומר החילוק דלטסקא, ובלי ספק של זה נתכוון הטור והשמיט באמת החילוק דלטסקא נמי דהיינו משום דאיהו מפרש כמו שפרשתי דטסקא הוה נמשך מתשלומי פירי וכנ"ל, ולפ"ז הרמב"ם דמזכיר החילוק דולטסקא בע"כ דמפרש דחילוק דטסקא הוה חילוק מיוחד ואינו נמשך מתשלומי פירי וכגון במקום דליכא פירי כלל בשנה זאת, או אפילו כשיש פירות רק שאינם עולים בשווים כפי שיעור הטסקא שבכה"ג הוי גריעותא למוכר במה שמשלם הטסקא וברצונו היה מוחל הפירות ללוקח שישלם הוא הטסקא ואפ"ה קמ"ל דמוכר משלם הטסקא, ולפי"ז הוו שפיר שני חלקים מיוחדים, דשלומי פירי היינו במקום דהפירי עולים ושווים טפי מדמי הטסקא הוי טובה למוכר, ובמקום דליכא פירי או שאינם שווים כפי הטסקא הוה טובה ללוקח במה שהמוכר משלם את הטסקא, ושורש פלוגתתם נ"ל דתלוי בפי' הש"ס, דהא באמת יש להתבונן במה דאמרינן דלטעם אודויי צריך המוכר לשלם הטסקא, ומשמע דאפי' במקום דהפירי שיקח כנגד זה אינם שווים כדמי הטסקא אפ"ה צריך לשלם, והא הודאת הלוקח אינו מועיל כ"א לחוב לעצמו

דהיינו במקום דהפירי שווים טפי, אבל לחוב למוכר למה תהא מועיל הודאתו, ומכח זה ראיתי אמנם בשמ"ק בשם הרא"ה שמפרש באמת דלטסקא שבש"ס היינו כשהפירי שווים טפי אבל כשהטסקא שוה טפי לא מהימן לחוב למוכר, אכן הרמב"ם ס"ל לדוחק לפרש כן משום דקשיא לי' דלכ"ז למה הוצרך הש"ס גופא להזכיר חלוק דטסקא כיון דמיירי דוקא במקום שהמוכר אוכל פירות א"כ הוה דבר נמשך מחילוק דשלומי פירי, דכיון שהמוכר אוכל פירי שעד הזמן השני פשיטא שאיהו משלם הטסקא, וגם הטור לא הזכיר משו"ה חילוק דטסקא וכנ"ל, וא"כ כ"ש שהש"ס גופא לא היה להזכירו. ולכן הוכרח הרמב"ם לפרש דלטסקא המוזכר בש"ס היינו בע"כ כשאין המוכר אוכל פירי. ואפ"ה משלם הטסקא, ואי משום קושית הרא"ה דלמה יועיל הודאת לוקח לחוב למוכר, הרמב"ם לא יחוש לזה דפליגי בפירושא דהאי שמעתתא. הן הרא"ה מפרש דהך אודויי הודי דקאמר היינו שהלוקח הודה אבל המוכר לא הודה כלום וכמ"ש בשמ"ק בשם הרמב"ן, וכיון שכן מוכרח לפרש דעסקא דקאמר היינו באופן שטובה היא למוכר וכגון שהפירות שווים טפי, דאי באופן שהוא גריעותא למוכר אין נאמן זה לחוב לו בהודאתו, אכן כמה ראשונים פירשו דהמוכר הודה נמי והכי משמע באמת לשון אודויי אודי לי' דלשון זה משמע שהמוכר ערער מכבר שהשטר מזויף, והשתה הודה לו הלוקח, דאי המוכר לא טען מזויף מה לשון אודויי שייך, דלמאן מודה. ועיין בתורי"ד שמשמע נמי דמפרש שהמוכר טען נמי מכבר דמזוייף, וא"כ שפיר י"ל דלטסקא דקאמר הוה חילוק בפני עצמו וכגון במקום שאינו אוכל פירי ואפ"ה מפסיד מדהודה גם הוא אנפשיה ששטר הראשון שקר ומשו"ה מזכיר נמי הרמב"ם חילוק דטסקא, וזה נכון מאוד בכוונת הרמב"ם דאליביה יתורצו כל הדקדוקים שבש"ס מה דקשה לפירוש הטור, דלהטור קשה למה מזכיר בש"ס חילוק דטסקא, ועוד דלשון אודויי אינו מובן לפירושו, ולרמב"ם ניחא הכל. ולמה שכתבתי יהי' פי' הש"ס כן ושיטת הרמב"ם דשלומי פירי ועסקא הוה פירושו של אורועי סהדי כלו' דכיון דהעדים איתרעו משו"ה מוקמינן מספיקא ארעא בחזקת בעלים ראשונים בין לזכות בין לחוב, לזכות כגון דהפירי שווים טפי שמשלם בע"כ למוכר, והיינו לפירי דאמר, ולזכות כגון במקום דפירי אינם שווים כ"כ, דבע"כ משלם המוכר הטסקא, והיינו חלוקו דטסקא ומיושב הכל ודו"ק היטב כי הדברים נכונים בעזה"י:

# חלק שלישי

## הלכות מתנה

### סימן רמא

סעיף א' **במחבר** וכיון שקנה כו' אפי' שלא בפני עדים קנה אם שניהם מודים, ומשום דלא איברי סהדי סהדי אלא לשיקרי, והרשב"א בחדושיו לקדושין (דף ס"ה) הקשה מ"ש דבגיטין וקדושין בעינן שני עדים על גוף המעשה ובינו לבינה לאו כלום הוא ואפי' שניהם מודים, והא מה דבעינן בגיטין וקדושין עדים היינו משום דילפינן דבר דכר מממון, וא"כ נימא כמו דבממון הודאת בע"ד מהני כמו עדים, ה"נ בגיטין וקדושין מהני הודאת בע"ד ועיין מ"ש הקצוה"ח והאבנ"מ סי' מ"ב. ואלולי רבינו הרשב"א הייתי אומר שקושיתו זאת נכללת בקושית הש"ס גופא שם בקדושין, ובתירוץ הש"ס יתורץ גם קושיא הזאת, דהכי איתא התם דס"ה על האי דינא דמקדש בלא עדים א"ל רב אשי לרב כהנא מאי דעתך דילפת דבר דבר מממון אי מה להלן הודאת בע"ד כק' עדים דמי אף כאן הודאת בע"ד כמאה עדים א"ל התם לא קא חייב לאחריני הכא חייב לאחריני, והנה גם הקושיא וגם התירוץ של הש"ס יפלא, דאינו פריך כ"א על הנאמנות דלמה לא מהימן בהודאתו לגבי קדושין עדיפא הו"ל למפרך דלמה לא יועיל לגבי דידי' ודידה גופייהו שיודעים אמתת הענין שנתקדשו זה לזה, ומ"ש דלגבי ממון לא בעינן כ"א אמתת הענין, ואם אך יודע בנפשו שמחויב לשלם צריך לשלם, ומ"ש לגבי קדושין דאפי' לדידהו גופייהו שיודעים שנתקדשו אפ"ה אין ממש בקדושי ושריא לאינסובי לעלמא וכן על התירוץ קשה, למה לו הטעם דמחייבי לאחרינא, הו"ל לשנויי דבממון משו"ה מהני הודאת בע"ד משום דא"צ רק לידע אמתת הענין ולא איברי סהדי אלא לשיקרא, אבל בקדושין דאעפ"י שידוע אמתת הענין מ"מ צריך עדים ולכך לא מהני הודאת בע"ד, ולכן נ"ל דבאמת זהו גופא קושית רב אשי כיון דילפינן מממון א"כ למה לא יקוים המעשה בלא עדים ולא מיבעי לדידהו גופייהו שיודעים אמתת הענין בודאי שהיה צריך להועיל ולהיות אסורה לעלמא, אלא אפי' דין נאמנות היה צריך לתת להם כמו בממון דמהני הודאת בע"ד, והיינו דנקט רב אשי בקושיתו דליהני הודאת בע"ד, אבל כ"ש דכוונתו לפרוך דתועיל אנותת הענין לדידהו גופייהו, וע"ז משני, דנאמנות אי"א ליתן משום דמחייבה לאחריני, ומזה הטעם גופא גם המעשה אינו מתקיים כלל בלא עדים, דאלת"ה א"כ בקדושין הוי תמיד מחייב לאחריני, ואם היו הקדושין מועיל בלא עדים שוב ע"כ היתה נאמנת כיון דלדבריה כבר נאסרה ושויתה נפשה חתיכה דאיסורא, ולכך גזרה התורה שקדושין בלא עדים לא יועיל כלל וממילא לא נאסרה כלל, דבשלמא בממון

אפשר לחלק דהיכי שמחייב לאחרינא לא יועיל הודאתו אבל לדידי' גופא שיודע אמתת הענין שפיר מתקיים המעשה ומחויב לשלם כשיש לו משלו ואינו מחייב לאחרינא בזה, אבל בקדושין הרי תמיד מתחייב הוא לאחרינא, ולכן בכדי להציל שלא יהא חייב לאחרינא בהכרח היתה צריכה התורה לגזור שלא תועיל המעשה כלל בלא עדים, ונמצא לפ"ז דמתירוץ הש"ס דמשני הכא חייבה לאחרינא מתורץ גם הקושיא למה לא יקוים המעשה בלי עדים, דזה בזה תלוי, והא דקיי"ל דבקדושין לא מהני ידיעת אמתת הענין יצא זה לנו מתירוץ הש"ס הכא חייבה לאחרינא וכמו שבארתי, ואין להקשות דמה חב לאחרינא שייך בששניהם מודים, הא שויוהו אנפשי' חתיכה דאיסורא ואסורים בלא"ה להקרובים, דזה אינו כיון דבלא עדים אין ממש בקדושין, א"כ אפי' לדידהו שמודים שנתקדשה אינם נאסרים בקרובים, ולא כתבתי זה כ"א מפני שראיתי בהגהות חו"י שעל האלפס"י נתקשה באמת למה ראו חז"ל לבטל הקדושין כששניהם מודים מטעם דחב לאחרינא, ומה חוב הוא זה כיון דבלא"ה שויוהו אנפשייהו חד"א, ולא ירדתי לסוף דעתו כיון דמקדש בלא עדים אין ממש בקדושין אין כאן שום חד"א, דהא אפי' לדבריהם אינם נאסרים, ואם כוונתו להקשות על עיקר הדבר למה באמת לא מהני קדושין בלא עדים וכקושית הרשב"א, א"כ הא קושיא והא פירוקא שבש"ס גופא וכמו שבארתי, אלא דזה צריך ישוב דהא יכולים שניהם השתא בפנינו להאסר בקרובים או לעלמא ע"י שני אופנים או שיעשו חתיכה דאיסורא בלא קדושין ורק יאסרו אסר על נפשם להיאסר בקרובים הללו, שזה יש רשות לכל אחד לעשות, או שיקדש אותה בפנינו כעת בפני עדים, וע"כ לא קאמרינן בקדושין שם קדושין לאו בידו, הייני, שמא לא תתרצה, אבל היכי ששניהם מודים ומרוצים לזה, הלא יכולים הם להתקדש בפנינו בפני עדים, וא"כ מה חב לאחריני שייך בזה אחרי שבידם לחוב עכשיו חוב הזה ממש, וכל כה"ג שבידם לחוב עכשיו נאמנים לחוב גם בהודאתם מטעם מיגו, ושוב ראיתי שהרשב"א הקשה ג"ז ועיין מה שכתב שם ישוב ארוך:

**אלא** דכל זה ניחא למה לא מהני קדושין בלא עדים כלל, אבל אכתי יקשה למה לא יועיל מקדש בעד אחד, ולמה לא נצרף את המקדש עצמו שיהיה עד השני שגם הוא ראה הקדושין ואף שהוא נוגע ופסול למה לא פלגינן דבורו כמו פלוני רבעני או לדידי אוזיף ברביתא דמאמינים לו שהלוה ברבית רק לאחר ולעצמו אינו נאמן דאדם קרוב אצל עצמו, וכן במעיד שנתקדשה לו נאמין לו עכ"פ שהיא מקודשת ונימא דנתקדשה לאחר ולא לו כמו התם, ותהיה אשת איש להיאסר לכל, ועיין במפורשים שהאריכו בזה, והמובחר שבתירוצים נ"ל דכיון דהוא בעצמו אינו עד, דהוה נוגע ובע"ד, א"כ אם

האמת אתו שנתקדשה בפניו הוי אכתי בלא עדים, ונהי דעל גוף הקדושין מהימנינן לו שנתקדשה, אבל לדבריו גופא הוה קדושין בלא עדים, כיון שנתקדשה אליו והוא העד והוא פסול, דבשלמא התם ברבית שא"צ עדים על קיום המעשה, ורק על נאמנות, ואם המעשה אמת שלוה ברבית נפסל אף שלא היו עדים, שייך שפיר פלגינן דבורו, אבל לענין קדושין מה יוכל להועיל זה אחרי שגם לדבריו הוה קדושין בלא עדים ודו"ק:

סעיף ב' **ברמ"א** וי"א אפי' היה לו שטר או משכון אפ"ה הוה מחילתו מחילה בדברים בעלמא, והנה לעיל (סי' י"ב) הביא הסמ"ע בשם רבינו ישעיה דבמקום דתפס שטרא לא מהני מחילה בלא קנין, והארכנו בחדושנו שם להוכיח כשיטה זאת מן הש"ס ע"ש, והנה הוכחת המרדכי שגם במשכון מהני מחילה מסוגיא דקדושין (דט"ז ע"א) דפריך הש"ס לגבי עבד עברי, שחרור שטר למה לי לימא לי' באפי תרי זיל וקאמר רבא זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי, ומשמע דאי לאו דגופו קנוי אע"ג דהוה משכון הוה מחילה ועיין בקצוה"ח שטרח ליישב דלא תקשי מסוגיא זאת לשיטת הרשב"א והריטב"א דסברי במשכון לא מהני מחילה ע"ש, ונראה פשוט דלבד שלא יקשה עליהם אלא אדרבה מסוגיא זאת היא ראייתם, והוא ממה דמשני רבא דעבד עברי גופו קנוי, ומפרשי דקנין דעבד עברי לא עדיף ממשכון, ומשו"ה בעינן שטר, דבמשכון לא מהני מחילה בדברים, והכי איתא להדיא בתוס' ר"י הזקן שם וז"ל ומסתברא דכי אמרינן דמחילה א"צ קנין ה"מ היכי דלית לו משכון על המלוה אבל אית לו משכון עליו לא קנו עד שיחזור לו המשכון כו' דהא קנין דעבד עברי כמשכון הוה ובלא שטר אינו כלום כו' עכ"ל, הרי דמפרש דקנין דעבד עברי גופא כמשכון ודלא כהמרדכי דקנין דעבד עברי עדיף ממשכון, שהתוס' ר"י יפרשו נמי הרשב"א והריטב"א, מיהו בשטר סובר ר"י הזקן דמהני מחילה ע"ש:

סעיף ז' **ברמ"א** האומר לחבירו שדה זו נתונה לך על מנת שתתן לי מאתים זוז ומת, בניו נותנים לו והמתנה קיימת, והנה לגבי גט כה"ג אם הבעל אמר ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז אי מהני נתינת אחרים, נסתפק בזה בס' יד המלך (פ"ח מהלכות גירושין), הובא בפ"ת (אה"ע סי' קמ"ג), ובקדושין פשיטא לו דאם אחר קיים התנאי דמתני נמי, ומשום דלא עדיף נתינת מעות התנאי מנתינת כסף הקדושין גופא, דאם אחר נותן עבורו דמהני ע"ש, ואין לפשוט ספיקו שבגט מדברי הרמ"א כאן דכתב לדבר פשוט דגם נתינת אחרים מהני דאין ללמוד תנאי שבגט לתנאי אחר בממון, דבגט י"ל דחפץ לצערה ובעי דוקא שתתן היא בעצמה, וכל בדבר אחר אין קפידא כ"א על עצם המעות, וכל מי בתן מהני, וכמ"ש הרמ"א בסמוך לענין דמי החפץ, דבגט לא וכל לתת דמי החפץ כמו שיכול בשארי תנאים, דהוי נמי מה"ט דבגט חפץ לצערה, אכן דברי היד המלך תמוהים

מתחלתן ועד סופן, גם במה שנסתפק לענין גוטין וגם מה דפשיטא לו לגבי קדושין, דספיקו שלגבי גיטין נראה לפשוט מן המשנה והסוגיא שבגיטין (דף ע"ד) דהכי איתא התם במשנה ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ה"ז מגורשת ותתן, ובגמ' שם מאי ותתן, רב הונא אמר והיא תתן כו', ורבו הדקדוקים בסוגיא זאת, חדא שלא נתבאר מה ביקש התנא לאשמועינן במ"ש ה"ז מגורשת ותתן, דאי כשנתנה מגורשת פשיטא, ואי לא נתנה אינה מגורשת נמי פשיטא דהא פשיטא שאם נתקיים התנאי מגורשת ואם לא נתקיים אינה מגורשת, וגם בגמרא יש לדקדק מה ששאלו מאי ותתן, אטו לא ידע פירושא דותתן, ודקדוק הזה העיר הפנ"י בקדושין, וגם מה דקאמר עלה רב הונא והיא תתן, אינו מובן, אטו מספקינן בפירושא דותתן, אם הבעל חייב לתת או האשה, דהא "ותתן" נאמר במשנה, ובודאי דהיא תתן ולא הוא, ונראה פשוט דמה ששאלו בגמרא מאי ותתן, זהו גופא הקושיא שהקשיתי, כלומר מה אשמועינן התנא במה שאומר ותתן הא פשיטא שצריכה לקיים את התנאי, ואמר עלה רב הונא, והיא תתן כלו' דקמ"ל שדוקא היא עצמה נדיבה לתת ולא שיתן אחר עבורה, והרי איפשוט לן מן הסוגיא ספיקו של היד המלך, דבגיטין ודאי דלא מהני נתינת אחרים, ולפ"ז גם בקדושין נמי דנאמר כהאי לישנא ממש, דבמשנה (קדושין ד"ס) הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז ה"ז מקודשת ויתן, ובגמרא שם קאמר רב הונא והוא יתן א"כ מוכח מזה דבקדושין נמי לא מהני נתינת אחרים, דודאי לישנא דרב הונא והוא יתן משמע דאתא לאפוקי נתינת אחרים כמו בגט, ודלא כהיד המלך דפשיטא לו דבקדושין מהני נתינת אחרים נמי, דמהש"ס מוכח דאין לחלק בזה בין גיטין לקדושין, ושוב מצאתי בירושלמי דקדושין להדיא דשוה בזה גיטין לקדושין, דבירושלמי פ' האומר גרסינן הכי, האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך ומת כרשב"ג אביו ואחיו נותנים לה והיא זקוקה ליבם כו' ע"ש, הרי שדוקא לרשב"ג דסובר לענין גיטין נמי דאביה ואחיה נותנים דלא ס"ל לי ולא ליורשים, ומוכח להדיא דלדידן דקיי"ל כרבנן בגיטין דלי ולא ליורשיי, הוה"ד דלא מהני נתינת אחרים דע"מ שאתן היינו דוקא אני ולא יורשיי, אפי' בקדושין נמי, וזהו דלא כהיד המלך, אלא דלפ"ז יש לתמוה על הרמ"א כאן דסובר דגם בניו נותנים, ומ"ש מקדושין, הא תינח דלגיטין לא דמי משום דחפץ לצערה, אבל אכתי מ"ש מקדושין דלא שייך התם דלצעורי מכוונת ואפ"ה הוי קפידא, אתה ולא אחר, ושוב מצאתי בס' בית מאיר (אה"ע סי' ל"ח) שהקשה כן על הרמ"א, ושמא י"ל דבקדושין נמי י"ל דהוה קפידא דנתכוונה לראות שהיא חביבה עליו כל כך עד שמתרצה ליתן לה גם מאתים זוז, ובנתינת אחרים לא נתקיימה מחשבתה, ובזה נדחה נמי הוכחת היד המלך דבקדושין מהני נתינת אחרים

משום דלא עדיף נתינת מעות התנאי מנתינת כסף הקדושין גופא, ולמה שכתבתי לא דמו כלל זה לזה, דבנתינת כסף הקדושין דהקפידה הוא רק שתקבל כסף דבלא כסף לא מיקניא נפשה, ולכן גם אם אחרים יתנו עבורו נמי, דס"ס היא קיבלה מעות בעין, ולא בעינן שיחסר הבעל בנתינה זאת, דומיא דעבד כנעני, משא"כ נתינת מעות התנאי אמרינן דנתכוונה לנסות אותו אם היא חביבה עליו וכמו שבארתי, והנה באם נותן המתנה חייב להמקבל חוב בסכום מעות כזה שמתנה עמו שיתן לו, וזמן פרעון של אותו החוב הוא בגמר קנין המתנה, אי סגי בהכי שימחול לו החוב וחשוב כאילו נתקיים התנאי, דהפוכי מטרתא ל"ל שיתן הוא להמקבל ויחזור המקבל לתתם להנותן או שמא אפ"ה בעינן שיקיים התנאי בפועל, עיין מה שכתבנו מזה בחבורנו לגיטין (דע"ד ע"א) לענין גיטין וקדושין כה"ג, ונראה דהכא כיון דלא שייך טעמא דלצעורי מהני המחילה, וכ"ש כשיש למקבל משכון על החוב ומחזיר כעת המשכון דהוה כאילו קיים התנאי כן נ"ל ודו"ק:

**סימן רמג**

עיף ב' **במחבר** אבל אם אמר לו הולך לפלוני מנה זה יכול לחזור וכו' דבמתנה לא אמרינן הולך כזכי, עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' קכ"ה) בשם הרשב"א וריטב"א וגם בדעת רש"י הוכחתי כן, דמה דאמרי' במתנה הולך לאו כזכי אין זה כ"א מספיקא, ואפ"ה לא מהני תפיסת השליח כמו בכ"מ דמהני תפיסה מספק, משום דהוה תופס במקום שחב לאחרים ע"ש בארוכה:

סעיף ט"ו **ברמ"א** ודוקא כשיש דעת אחרת מקנה לו כו', בקצוה"ח הביא בשם הפר"ח דמותר ליתן לכהן קטן ה' סלעים של פדיון בכור דהקטן זוכה בהן מטעם דעת אחרת מקנה אותן, ותמה עליו, דהא מבואר במרדכי (פ"ק דב"מ) דבמתנות כהונה כיון דטובת הנאה לאו ממון הוא לא חשיב כדעת אחרת מקנה ע"ש, ולענ"ד נראה שדין וה אי טובת הנאה חשיב כדעת אחרת מקנה תלוי בזה, אי נימא דאם לקח אחד וזכה בהם שלא מדעת הבעלים זכה ואין מוציאין מידו, ודאי שגם אם הבעלים נתנו לזה שיזכה בהן לא חשיב כדעת אחרת מקנה, כיון דדעתו אין מעכב, וגם אם זכה בלא דעתו זכה, וכיון דדעת הבעלים אינם גורמים לקנין מה שייך לקרות לזה דעת אחרת, משא"כ אי נימא דבלא דעת הבעלים אי"א לזכות ואם זכה מוציאין מידו, א"כ רק נתינת ודעת הבעלים הוא הגורם לקנין, וכיון דהם הגורמים לקנין, דמיקרי דעת אחרת מקנה והם צדקנו במשפטנו זה אין לתפוס תו על הפר"ח, דהרי לשיטת התוס' (חולין דקל"א) דכתבו להדיא דדבר שיש בו טובת הנאה אם קדם וזכה שלא מדעת בעלים מוציאין מידם, וא"כ לשיטתם חשיב שפיר דעת אחרת, ונראה להוכיח מפשטות הסוגיא דב"מ נמי כהתוספת, דבב"מ

(די"א ע"ב) גבי עובדא דר"ג וזקנים דפריך הש"ס וכי בצד שדהו הם עומדים, ומשני רב פפא דעת אחרת מקנה אותן שאני, ומשו"ה לא בעינן עומד בצד שדהו, ולכאורה יש להפליא מה איכא לחלק לענין עומד בצד שדהו בין דעת אחרת מקנה לאין דעת אחרת מקנה, כיון דטעם דבעינן עומד בצד שדהו היינו משום שעי"ז הוה החצר משומר לדעתו, וא"כ מה יוכל להועיל אם גם איכא דעת אחרת מקנה, אטו בזה לא בעינן משתמר, ואכן היטב אשר דיבר בזה בשטמ"ק שם דבדעת אחרת לא בעינן כלל שיהא החצר משומר כיון דדעת אחרת מקנה הרי אין שום אדם יכול לקנות בה כ"א מדעת המקנה, נמצא שהמתנה משתמרת להמקבל אף אם החצר אינו משומר כיון שאין שום אדם יכול לזכות ואם זכה שלא מדעת המקנה מוציאין מידו, אבל מציאה דהפקר הוא וכל הקודם זכה להכי כשאין עומד בצדה לא הוה משומר ולא קניא כלל ע"ש, והרי מוכח מזה להדיא כשיטת התוס' דבטובת הנאה נמי אין לזכות בלא דעת בעלים, דאי היה רשאי לזכות גם שלא מדעת בעלים, א"כ אכתי מה שייך תירוצו דרב פפא על עובדא דר"ג וזקנים, דהא כיון דלבעלים אין בזה כ"א טובת הנאה וא"כ אכתי אינו משומר כיון דכל אחד יכול לזכות, ואמאי מהני גם התם באין עומד בצדו, אע"כ כשיטת התוס' דאם קדש וזכה בלא דעת הבעלים מוציאין מידם וא"כ הוה שפיר דעת אחרת מקנה וכמ"ש כיון דהם הגורמים לקנין, הן לא נעלם ממני שיטת הרמב"ם (פי"ב מהלכות תרומות) דאם לקחו שלא מדעת הבעלים זכה ואין מוציאין מידו, וסוגיית הש"ס דב"מ נדחק ליישב בתירוצים דחוקים, ואינו פוסק כרב פפא אע"ג דרב אשי דהוא בתרא מתרץ כוותי', דהיינו משום לשוטחו קשה לו סברת ר"פ דמה שייך לחלק בין דעת אחרת מקנה לענין עומד בצד שדהו, דא"א לומר דסברת ר"פ יהי' כמ"ש בשטמ"ק, דהא לשיטתו דאם זכה גם שלא מדעת בעלים אין מוציאין מידו א"א לומר כן וכמו שבארתי, ועיין בר"ן שם, אבל עכ"פ אין לתפוס על הפר"ח כיון דתוס' ובשטמ"ק סוברים כותי' דמיקרי דעת אחרת וגם פשטות הש"ס מוכח כוותייהו ודו"ק:

**והנה** חילוק זה שקטן אינו זוכה כ"א בדעת אחרת מקנה ולא במציאה כתבו התוס' בגיטין (דף ל"ח) ובפ' התקבל, והמ"מ (פ"ד מהלכות זכייה), אכן הש"ך כאן כתב ע"ז שדוחק גדול להמציא חילוק מה שלא נזכר בש"ס לחלק בזה לענין דין דקטן זוכה, וגם אין סברא לחלק בכך דאם זוכה לעצמו במתנה הרי שיש בכחו לזכות, ולמה לא יזכה נמי מציאה, ולא מצינו סברא כזאת כ"א לגבי חצר אבל לא בזכיית קטן ע"ש, הרי שהשיג על הראשונים בתרתי, מה שלא מצינו בכ"ס יסוד לחילוק הזה וגם שאין סברא לחלק בזה, ולענ"ד שלא כדת השיג, דשפיר יש גמרא וסברא לחילוק זה, דהנה באמת דבר הפקר

יש צד שהקנין בו קשה טפי מלקנות מתנה ישירה, דגבי מתנה ומכירה אינו בא פעולת הקנין לחוב לאחרים ולהפקיע זכות הקנין משארי אנשים, כי שארי אנשים אינם יכולים בלא"ה לקנות מפני שהמוכר או הנותן לא ירצה רניתם, ופעולת הקנין אינו בא כ"א ליחד את החפץ שיהיה הלו של הקונה, משא"כ דבר הפקר שאם לא קנה זה היה שוק לכל העולם לקנות, ונמצא דפעולת הקנין בזה בתרתי, א) להפקיע זכות הקנין משארי אנשים, ב) ליחד את החפץ איבוה בלו, ויובן לנו בזה טעם החילוק מה שמצינו בש"ס לענין כי לאחרינא, דאע"ג שבמתנה יכול אדם לזכות גם לאחרינא, אבל במציאה אינו יכול כ"א לזכות לנפשי' ולא לאחרינא וכמ"ש דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכרש"י בב"מ הטעם דלאו כל כמיני' לזכות לזה ולחוב לאחרינא, והיינו מטעם שכתבתי דבמתנה שפעולת הקנין לא בא כ"א ליחד את החפץ שיהי' שלו, אלים ידו לזכות גם לאחרינא, משא"כ במציאה שפעולת הקנין הוא על שני דברים, בזה לא אלים ידו לזכות לאחרינא, ולפ"ז י"ל דיד דקטן אפי' יד דידי' גופא נמי לא אלים כ"כ לפעול שתי הפעולות, ודוקא במתנה הוא דיכול לזכות אבל במציאה לא אלים ידו כ"כ לחוב לאחרינא, הרי שיש סברא טובה לחילוק הזה, ונ"ל עוד שיש לזה יסוד בש"ס דאותו הטעם שמחלקינן לגבי' חצר שייך נמי כאן, דלפמ"ש גם שם יש להבין מה שייך לחלק לענין עומד בצד שדהו בין דעת אחרת מקנה או לא, אלא הטעם דבדעת אחרת לא בעינן כלל שיהא החצר משומר, כיון דבדעת אחרת מקנה אין שום אדם יכול לזכות, אבל מציאה דהפקר הוא וכל הקודם זכה משו"ה כשאינו משומר לא קנה, הרי דיסוד החילוק שבין דעת אחרת מקנה למציאה לענין קנין חצר הוא השום דבדעת אחרת אין יכול איש אחר לקנות בלא"ה, וזה החילוק שייך נמי לענין זכיה, דבדעת אחרת מקנה כיון שאיש צדדיי לא יוכל בלא"ה לזכות, ופעולת הקנין אינו בא כ"א ליחד שיהיה שלו, ולענין זה הוא דמהני גם ידו של קטן, משא"כ במציאה דבעי בקנינו להפקיע גם הזכות מאחרים בזה לא אלים ידו דקטן ודו"ק:

**והנה** המ"ל (פכ"ט מהלכות מכירה) נסתפק במ"ש הראשונים דקטן זוכה מה"ת דוקא כשדעת אחרת מקנה אבל לא במציאה, והיכי לידיינו דייני בהפקר אי חשיב כמציאה או דלמא חשוב כמתנה, דהא הפקר הוי כדעת אחרת מקנה, ואין להביא ראיה מסוגיא דגיטין (דף ל"ט) דאמר קטנים כל המחזיק בהם זכה אע"ג דנכסי הגר הם הפקר אפ"ה לא מצי הקטן לזכות בנפשי', ואי הוי חשוב כדעת אחרת מקנה היה יכול הקטן לזכות בנפשי', כמ"ש התוס' שם דבדעת אחרא מקנה יש לו זכיה, די"ל דאפי' להסוברים דהפקר חשוב כדעת אחרת, היינו כשבעלים הפקירו את החפץ דאז נחשב דעת בעלים כדעת

אחרת, אבל כשההפקר נעשה ממילא מצד שאין בעלים על החפץ וכמו בנכסי הגר שמת דהבעלים לא הפקירו ורק מצד שהבעלים מתו נשאר הפקר ממילא, פשיטא שהפקר כזה אין לחשבו כדעת אחרת מקנה, ואמנם למה שכתבתי לעיל בטעם הסברא שבדעת אחרת מקנה מהני זכיית הקטן ובמציאה לא מהני, דהיינו משום דבדעת אחרת לא בא פעולת הקנין לחוב לאחרים ושבזה אלים גם ידו דקטן לזכות, משא"כ במציאה שפעולת הקנין בא להפקיע זכות האחרים לא אלים ידו דקטן, לפי"ז פשיטא שגם בהפקר אע"ג דחשוב כדעת אחרת, מ"מ כיון שבהפקר בעינן שיפקיר לכל, דאל"ה אין חל ההפקר, וכיון שכל העולם רשאים לזכות ובפעולת הקנין צריך להפקיע זכות האחרים, ודאי שלענין זה לא מהני זכיה דקטן דלא אלים ידו כ"כ, ולענין זכיה לא נוכל לחשבו כמתנה, ונפשט ספיקו של המ"ל ודו"ק:

סעיף י"ח **במחבר** זכין לקטן אפי' בן יום אחד, והנה בתוס' כתובות (די"א ע"א) הקשו על דין זה דזכין לקטן דהא זכיה הוא מטעם שליחות ואין שליחות לקטן ע"ש, ולבד אשר רוב הראשונים חולקים על תוס' וסוברים דזכיה לאו מדין שליחות הוא וכמ"ש הרשב"א בחדושיו לקדושין דמ"ב והר"ן שם וכ"ה דעת הריטב"א, אלא דאפי' לסברת התוס' דזכיה הוא מטעם שליחות, אפ"ה לענין דין דקטן לענ"ד אין לדמות זכיה לשליחות, דהא הדבר פשוט דטעם שאין קטן יכול לעשות שליח הוא משום שאין בו דעת ומשו"ה לא נסמך על דעתו ועשייתו שמשוה אותו שליח ואמרינן אילו היתה דעתו שלימה כדעת גדול אפשר לא היה מתרצה, והכי איתא להדיא ברמב"ם (פ"ב מהלכות שנאחות) דאין שליחות לקטן משום דלאו בן דעת הוא ע"ש, וא"כ אין שייך זה כ"א בדבר שבעינן דעתו, ואילו היה כזה בגדול היינו בעינן דעתו דוקא ובלא דעתו לא היינו יכולים להיעשות שליח, בקטן כה"ג אין יכול לעשות שליח כיון דדעתו כמו שאינו דמיא, אבל בזכייה בדבר שהוא משום זכות שאפי' לגדול נמי זוכין שלא בפניו, א"כ למה לא נזכה נמי לקטן. דנהי דדעתו לאו שלימה הוא, לא גרע מיהא משלא בפניו ממש דליכא שום גילוי דעתו ואפ"ה מצי לזכות כ"ש היכי דאיכא גילוי דעת של קטן ואנן סהדי דאפי' היתה דעתו שלימה כגדול נמי הי' מרוצה, אלא דקשה לפי"ז הא דאמר רבינא (ב"מ דע"א) לגבי עכו"ם נהי דשליחות לית לו זכיה מיהא אית לו מידי דהוה אקטן דאע"ג דשליחות לית לו זכיה אית לו, ה"נ לגבי עכו"ם, ולמה שבארתי אין להם שום השתוות ודמיון, דלטעם דאין שליחות לקטן משום דלא סמכינן על דעתו, משו"ה בזכיה דאנן סהדי שודאי ניחא לו אפי' אם היתה דעתו שלימה, שפיר אית לו, דבכה"ג יכולים אנו למיהוי שליח עבורו, אבל בעכו"ם שטעמו לאו משום דלאו בר דיעה הוא אלא מגזה"כ דלא הווינן שליח לגבי', הוה"ד דזכיה נמי

לית לו אי נימא דזכיה הוי מטעם שליחות, וכיון דמדמה להו כחדא מכלל דטעמא דקטן נמי לאו משום חסרון דעת הוא, אלא משום דגזה"כ הוא, דגבי נדרים והקדשות וכן בתרומה וגירושין איש כתיב דמשמע ולא קטן וכמ"ש רש"י בב"מ שם ובקדושין (דמ"ב ע"א), ואפשר עוד לתת טעם לזה עפ"י הכלל דכל מידי דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי, ולכן קטן כיון דעשייתו כשהוא לעצמו לית בה שום ממש, לא לענין גיטין וקדושין ולא לענין קנייה ומכירה משו"ה לא מצי משוי שליח, והשתא שפיר מדמה עכו"ם וקטן כהדדי, כיון דקטן נמי לאו משום חסרון דעת הוא ואפ"ה זכייה מיהא אית לו, ה"נ עכו"ם יש לו זכייה, וא"כ שפיר קמה קושית התוס' כיון דזכייה מטעם שליחות למה אית להו זכייה באמת, והנה ראיתי דבר נכון בס' תפארת יעקב שכתב לחלק שיש שני מיני שליחות, האחד בדבר שמוטל על המשלח לעשותו והוא עושה שליח עבורו לעשות כאילו היה הוא העושה ממש, בהא בעינן שיהא השליח כמותו ממש כאילו הוא עשה, אבל שליחות של זכיה אין הדבר מוטל על הזוכה רק מעצמו הוא זוכה ונעשה שלו, בהא לא בעינן רק שיהא שלוחו לזכות עבורו כמו חצר הזוכה, ובודאי לא אמרינן שיהא חצר כמותו ממש רק שליח לזכות הוא ובכה"ג אפי' קטן נעשה שליח ולא אימעט רק דומיא דתרומה שהדבר הוטל על בעל הכרי לעשות מעשה ולתרום, ואי אפשר שיועילו מעשה אחר רק שנאמר דהוה כמותו כאילו בעל הכרי ממש עשה בידיו ובהא לא מהני קטן, אבל לזכות, מין שליחות אחרת הוא לגמרי כיון שלא הוטל על אותו שנעשה הדבר שלו לעשות דבר בפועל רק אם לא יזכה בהם לא יהא שלו ויכול אחר לזכות עבורו ע"ש, ולכאורה קשה ע"ז מההיא דכתובות (די"א ע"א) גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד דהוא מטעם זכיה כמבואר התם בסוגיא, והא התם הטבילה מוטל על הקטן המשלח לעשותו ואפ"ה אמרינן דב"ד יכולים לזכות עבורו ולהטבילו, ונ"ל ליישב דמה שב"ד מטבילין אותו אינם כלל בגדר שלוחין, דשליח לא הוי כ"א כשהשליח עושה הפעולה שהיה על המשלח לעשותה והשליח עומד במקומו, וכן זכיה בכל מקום נמי הכי הוה, דעל הזוכה לעשות מעשה הקנין, ובדבר שהוא משום זכות נעשה מעצמינו שלוחים במקומו לעשות אותה הפעולה, אבל בטבילת הגירות שהעיקר הוא מעשה המילה והטבילה וזה עושה הקטן בעצמו, וא"כ הקטן הוא הזוכה בנפשיה, וב"ד אינם כ"א ממוצעים בדבר, דאפי' בגדול נמי בעינן שיהיה בפני ב"ד דאין גר עד שיטבול בפני ב"ד, וכיון דעיקר הפעולה עושה הקטן בעצמו ורק החסרון הוא משום דהב"ד עושים זה בלא דעת הקטן, דאפי' כשהקטן מעצמו יבקשם הוי זה נמי חסרון דעת כיון דדעתו אינו חשוב לדעה שלימה, וכל היכי דהחסרון הוא משום חסרון דעת לא שייך זה בזכיה בדבר שהוא משום זכות

גמור כיון דאנן סהדי שאפי' היתה דעתו שלימה נמי היה מרוצה, ובזה מיושב נמי קושית התוס' בכתובות שם, ואפשר שלתירוץ הזה נתכוונו התוס' גופייהו בסנהדרין (דס"ח ע"ב) במ"ש שם וז"ל דטבילה דגירות לא דמי לשאר זכיות דמה שב"ד מטבילים אותו אינם זוכים בעדו אלא הוא זוכה בעצמו ובגופו שנעשה גר ונכנס תחת כנפי השכינה ע"ש ודו"ק:

**ודע** דבס' מ"ח הביא הערה בשם אחיו להקשות איך מהני הגירות מטעם זכיה דהוי משום שליחות והא אמרי' קשים גרים לישראל כספחת. א"כ הוי חוב לאחרינא והו"ל כמו תופס לבע"ח, וליכא למימר דהא יוכל לגייר בעצמו כשיגדיל, דהא אפשר כשיגדיל יטעום טעמא דאיסורא ולא יתגייר, ואכן למה שכתבתי דהב"ד אינם זוכים כלל עבורו אלא הוא זוכה בעצמו ובגופו, אין מקום לקושיא הזאת, ובלא"ה נמי לא אבין קושיתו דהא לפני הב"ד המטבילין הוי זה ודאי זכות במה שזכו להיות ממוצעין להכניס אדם תחת כנפי השכינה, ועוד שגם הם מכלל ישראל שקשה להם הגירות הזאת ואפ"ה מעצמן בחרו ונתרצו להיות ממוצעין בזה, מכלל דניחא להו זכות הזה יותר מחוב הגירות, וכל היכי דלתופס יש זכות וטובה בתפיסתו יכול לתפוס, דדוקא לתפוס בשביל אחרים במקום שלתופס עצמו אין שום טובה אין יכול לתפוס, אבל בכה"ג דאיכא טובה לתופס בעצמו יכול שפיר לתפוס, שבשביל עצמו הוא תופס מפני שניחא לו בזכות הזה ולא לאחרינא הוא תופס וזה פשוט:

סעיף י"ט **במחבר** י"א שמי שמתחייב לקטן כו' כיון שאין אותו דבר תחת ידו אינו זוכה, השער המשפט לעיל (סי' צ"ו) וכן בס' נח"י שם כתבו שהוה"ד בדיני שומרים אינו יכול להתחייב לקטן בשום קנין ע"ש, ובחדושנו שם הארכתי לבאר דדין זה שכתב השו"ע כאן אין שייך כ"א כשהקטן רוצה לזכות באיזה חפץ, משום דקטן אינו מכיר בשום קנין זולת כשהחפץ הוא תחת ידו, משא"כ בשומרים שהקטן אינו בא לזכות ונהפוך הוא כי השומר מתחייב לקטן אין שייך דין זה כלל ע"ש באריכות:

סעיף כ' **במחבר** חצירו של אדם קונה שלא מדעתו, עיין מה שכתבנו בחדושנו לקמן (סי' רס"ח) בדיני חצר ולעיל בסי' ר' מזה בארוכה:

סעיף כ"ב **בש"ך** סק"ט הביא מ"ש הריטב"א (פ"ק דב"מ) בשם יש מהראשונים דד' אמות אינם קונות רק במציאה ולא במתנה ע"ש, ובחדושנו לעיל (סי' ר') שם הארכתי לתת טעם מושכל לדברי הראשונים הללו והוכחתי שגם דעת רש"י כן הוא ע"ש מלתא בטעמא:

סעיף כ"ד במחבר הזורק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר כו', עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' קס"ז) דהחעם דבעינן אויר שסופו לנוח, לא משום דבעינן הנחה

בחצר דוקא, אלא משום דכי אין סופו לנוח לא הוי משתמר בתוך החצר ואנן חצר המשתמר בעינן, ולכן אם אך הדבר הוי משתמר בחצר אעפ"י שלא נח בחצר ובגוונא דמיירי התם שפיר קונה ע"ש שבארתי זה בטוב טעם:

**סימן רמה**

סעיף ד' **במחבר** האומר נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתת לי הולכין אחר דברי הנותן דאיכא למימר זיכה לו ע"י אחר, בגיטין (ד"מ ע"ב) איתא האומר עשיתי פלוני עבדי בן חורין והוא אומר לא עשאני חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר, האומר נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר. לא נתן לי חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר, וכתבו שם התוס' והרא"ש דהאי חיישינן הוי ודאי, והמפרשים נדחקו לפרש מי הכריחם להתוס' והרא"ש לפרש דחיישינן הוה ודאי ולא כמו בכל הש"ס דלשון חיישינן אינו אלא ספק, ובחבורנו לגיטין שם כתבתי דהרא"ש לשיטתו מוכרח לפרש דחיישינן הוה ודאי, דהנה בעיקר דין זה דאומר עשיתי פלוני עבדי בן חורין דחיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר נחלקו בזה רבותינו, הרמ"ה סובר דלא מהני זה כ"א לאפקועי ממונא אבל להתירו בבת חורין בעינן דוקא ליכתוב לו גט שחרור, והרא"ש סובר דהוא ודאי בן חורין ומותר בבת חורין וא"צ גט שחרור וכמבואר בטור (יו"ד סי' רס"ז) ונראה דלשיטתייהו אזלי דלעיל שם גבי נושא אדם שפחתו ר"מ אומר מקודשת מצינו נמי פלוגתת הרמ"ה והרא"ש, דהרמ"ה סובר שמקודשת מספק דמשום אומדן דעתא דודאי שחררה מפקיעין ממונא, אבל גבי איסורא לא אזלינן בתר אומדן דעתא להתירה בלא גט שחרור בין בהשיאו רבו בין בנושא שפחתו, אכן הרא"ש סובר דא"צ גט שחרור גם להפקיע האיסור, ורק הא דמצרכינן גט שחרור במשיא עבדו משום שלא יאמר האדון לא שחררתיו ועבדי הוא אבל ודאי אזלינן בתר אומדן דעתא דודאי שחררו ומפקיעין אותו ממנו ומותר בבת חורין, הלכך גבי מקדש שפחתו דליכא למיחש שיאמר לא שחררתיה אפי' גט שחרור אינה צריכה עיין בסור ותמצא כן, והנה הר"ן והריטב"א בסוגיא דגיטין שם כתבו דאומדן דעת דהשיאו רבו הוי נמי כהודאה, וממילא מבואר פלוגתת הרמ"ה והרא"ש. דלשיטת הרמ"ה שסובר בהשיאו דבו דבת חורין אינו רשאי לישא בלא גט שחרור ואינה מקודשת כ"א מספק, הרי דסובר דהודאה שהאדון מודה ששיחררו לא מהני לענין איסור, ומשו"ה סובר גם במודה ממש דלא מהני בלא גט שחרור, דהודאה לא מהני כ"א לממון ולא לאיסור, משא"כ הרא"ש דסובר התם בהשיאו רבו דהאומדנא מהני גם להתירו בבת חורין בלא גט שחרור, כ"ש בהודאה גמורה דא"צ גט שחרור, וכיון שכן לא יוכל לפרש דחיישינן הוי ספיקא, ומשום ספיקא לא היה מותר בבת חורין, ובע"כ שהוכרח לפרש דחיישינן הוה ודאי דאמרינן

שודאי שחרריו, והתוס' שפירשו כן, אפשר דסברי נמי בזה כהרא"ש, ולשיטת הרמ"ה דסובר בהשיאו רבו דמקודשת רק מספק, דאומדנא לא מהני לומר שודאי שחרריו איה"נ דיסבור כאן דחיישינן מספק.

**אלא** דבעיקר סברת הר"ן והריטב"א שכתבו דהודאה לא מהני בלא גט שחרור, והוכיחו זה מההיא דהשיאו רבו דאמרינן התם דבעי גט שחרור אע"ג שאומדן דעתינו שאם לא שחררו לא השיאו בת חורין, יש לפקפק בזה, דהא התם אינו הודאה ממש, ורק שאומדן דעתינו כן הוא והוה זה רק כאנן סהדי שבודאי שחררו, דלא דמי לעדים ממש, ובזה י"ל דאומדנא לא מהני להתירו בבת חורין. אבל הכא שאומר בפירוש ששחררו דהוה הודאת בע"ד דכמאה עדים דמי ועדיפא מעדים, דהא עדים אינם נאמנים להכחיש הודאתו, וא"כ מאן לימא לן שאינו נאמן גם לענין איסור, ומה ראיה מהתם דאינו כ"א אומדנא וכאנן סהדי דגריעי מעדים ממש, ואפשר לומר משו"ה לא מהני הודאת האדון לענין איסור, דכיון שאסור לשחרר עבדו א"כ כשהודה ששחררו משים עצמו רשע ואין אדם נאמן להשים עצמו רשע ואפ"ה לאפקועי ממונא סמכינן אהודאתו, דהא כתבו הפוסקים דדוקא לחייבו מלקות וכיוצא הוא דאמרינן אין אדם משים עצמו רשע אבל לממון הודאת בע"ד כמאה עדים, וכמה סוגיות הש"ס מוכיחות כן, האומר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה. ובב"ק האומר גנבתי וכה"ג טובא דיכול לחייב עצמו בהודאת פיו אף שמשים עצמו רשע, וכ"כ הרשב"א וכל הפוסקים, וביותר יש להוכיח דהר"ן גופא סובר כן, דבכתובות דע"ב ע"א) גבי מאכילתו שאינו מעושר פריך הש"ס אי דידע נפרוש ואי דלא ידע מנא ידע הביא הר"ן בשם הראב"ד דליכא למימר בשהודית משום דאין אדם משים עצמו רשע, ומכאן הוכיחו המפרשים והראב"ד ס"ל דאפי' בממון נמי לא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים היכי דמשים עצמו רשע דהא לא מפסדינן לה כתובתה ע"י הודאתה במידי דשויא נפשה רשיעא, אכן הר"ן כתב לדחות דברי הראב"ד וז"ל ולי נראה דלהפסיד כתובתה ודאי נאמנת דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי אלא משום דמלתא דלא שכיחא הוא לא אוקמה בהכי עכ"ל, הרי להדיא דהר"ן סובר דבממון לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע ומהני הודאתו, וה"נ לענין איסור לא מהני הודאתו כיון דמשים עצמו רשע שעבר על העשה דלעולם תעבודו, דאין לומר דשמא שחררו לדבר מצוה כגון להתפלל בצבור וכדומה, דא"כ היה העבד נמי יודע מזה אחרי שנעשה איזה מצוה על ידו היה יודע מזה, ומדאומר העבד לא עשאני מכלל שלא נעשה מצוה על ידו ומשו"ה לא מהני הודאתו לענין איסורא רק דאפ"ה מפקיע ממונו דלממון מהני הודאתו, ובמה שכתבתי יש ליישב קושית המפרשים שהקשו על הר"ן שכתב דמשו"ה בעי גט שחרור להתירו

בבת חורין משום דלענין איסור לא מהני הודאה, ונהי דמטעם הודאה לא מהני אכתי נהימני' גם לענין איסור מטעם עדות דהא עד אחד נאמן באיסורין בדבר המסור בידו, ומ"ש מבעל שאמר גרשתי את אשתי דנאמן הואיל ובידו לגרשה, וה"נ נהימני' הואיל ובידו לשחררו. וגדולה מזה כתב בהשגות הראב"ד שעל האלפס"י בגיטין דאפי' למ"ד התם דאינו נאמן היינו משום חומרא דאשת איש, אבל הכא מהימן אפי' לאיסור וא"צ גט שחרור ע"ש, ולכאורה היה נראה ליישב דהא הטעה שמהימן הבעל לומר גרשתי הוא דוקא משום דבידו לגרשה, וכן קיי"ל דעד אחד אינו נאמן כ"א בדבר המסור לידו. אבל הכא לא מיקרי בידו לשחררו כיון דעובר בעשה הלכך אינו רוצה לעבור בעשה לפנינו ולא מיקרי זה בידו. אכן שוב חזרתי דהא כתבו התוס' לעיל שם דכל היכי שנפקע השעבוד אינו עובר בעשה דלעולם תעבודו. וה"נ דלענין הפקעת ממונו מהני הודאתו וכבר נפקע שעבודו למעשה ידיו, וממילא בידו לשחרר מעתה, אכן למה שכתבתי אין מקום לקושית המפרשים דנהימני' מטעם עדות כיון דאסור לשחרר לכן אינו מהימן לומר שעשה עבירה ושחררו וכדאמרי' בפ"ב דכתובות דעדים שאמרו אמנה היו דברנו אינם נאמנים כיון דעולה היא ועדים אעולה לא חתמי, ובשטמ"ק שם הביא בשם הא"ז דגם באומרים שלא עשו מצוה מן המובחר אמרי' נמי דאין נאמנים לומר שעשו מצוה שלא כהוגן, וא"כ כ"ש דאינו מהימן לומר האדון שעבר על מצוה מפורשת בתורה, ולא דמי לבעל שאומר גרשתי דמהימן, דלא עשה עבירה, וא"כ הוה עד כשר, אבל הכא אינו נאמן האדון לומר שעשה עבירה ודו"ק.

**והנה** הב"ח כאן הקשה דברי הטור אהדדי, דביו"ד (סי' רס"ז) פסק דיוצא לחירות ומותר בבת ישראל, ואילו כאן גבי שדה פסק דספיקא הוא ולא סמכינן אהודאתו לחוב לאחרינא ובקרבן נתנאל בגיטין מיישב לקושיא זאת דאפי' לשיטת התוס' והרא"ש דמפרשי דחיישינן הוה ודאי, לא סברי הכי כ"א בעבד דאיכא נמי אומדנא דאי לאו דידע רבו ששחררו בודאי לא היה מכשילו באיסור לישא בת חורין, משא"כ לגבי שדה דליכא אומדנא זאת, מפרשינן שפיר דחיישינן הוה ספיקא שאומר בדדמי ששחררו ע"ש, ודבריו תמוהים מאוד, חדא דאומדנא הזאת לא שייך כ"א היכי שרואה האדון שנושא אשה בפניו, או שהוא עצמו השיאו אשה, בזה י"ל דאי לאו דשחררו לא היה מניחו לעשות האיסור, אבל הכא שלעת עתה אינו נושא אשה ואולי לא ישא אשה לגמרי, לא יחוש האדון כ"כ לומר עליו ששחררו מחשש שמא ברבות הימים יגולגל שיעשה איסור עי"ז, וכולי האי לא יחוש, ועוד דהאומדנא זאת נחשב כאנן סהדי ולא עדיפא מהודאה ממש וכמו שבארתי לעיל, וא"כ לשיטת הרא"ש דסובר בהשיאו רבו דהודאה

ממש ליכא התם, ורק האומדנא דאי לאו דשחרשו לא הוה עביד איסורא על ידו דסמכינן ע"ז לומר דודאי שחררו וא"ז גט שחרור, כ"ש הכא לגבי שדה דאיכא הודאה ממש, שהנותן מודה שנתן לו המתנה והודאת בע"ד דעדיפא מעדים כ"ש דעדיפא מאומדנא בלא הודאה דאינה לכל היותר כ"א כאצן סהדי, וא"כ כ"ש דלשיטת הרא"ש דהכא גבי שדה הוה לן להחזיק לודאי נתן לו את המתנה. ואתפלא גם על הב"ח שנתעורר להקשות קושיא זאת, דליכא שום רמז בטור שפוסק בשדה הוה ספק, הטור לא כתב ב"א היני שאין להנותן נכסים אחרים ממה לגבות שיכול הבע"ח לגבות משדה הזאת דאינו נאמן בהודאתו לחוב לאחרינא. וזה פשוט שאפי' בהודאה גמורה דמחזקינן אותה לודאי נמי לא מהני במקום שחב לאחרים בהודאתו, דהודאה לא מהני כ"א לגבי נפשי', אבל איה"נ דלגבי נפשי' מחזקינן זא לודאי ולא לספיקא וזה ברור. סעיף ה **במחבר** אמר כתבתי שדה פלונית לפלוני ונתתי לו בידו כו' הודאת בע"ד כק' עדים, שני הסעיפים הללו הם שני בבות בברייתא (גיטין ד"מ), בבא דרישא נתתי שדה פלונית לפלוני, דבזה חשובה הודאת נותן הודאה משום דאמרינן שמא זיכה לו ע"י אחר והמקבל לא ידע, ובבא דסיפא כתבתי ונתתי בידו דבזה ליכא לתרץ דברי המקבל כיון שאמר הנותן שנתן בידו משו"ה חשובה הודאת המקבל להודאה, ובש"ס שם קאמר מי אוכל פירות, רב חסדא אומר נותן אוכל פירות ורבה אמר משלשין כו'. ובתוד"ה הודאת בע"ד כתבו וז"ל בנותן לא אמרינן הכי משום די"ל מחמת שהיה עוסק בנתינתו כו'. והא דבעי מי אוכל פירות, פי' בעלמא הוא כדמסיק עכ"ל, והמפרשים נדחקו מאוד בכוונתם בזה. ונ"ל לפרש כוונתם, דהא תינח אם היינו אומרים דהודאת הנותן נמי חשובה להודאה גמורה היה אפשר לפרש השאלה דמי אוכל פירות בפשיטות דהש"ס היה מסופק באמת מי אוכל פירות דכיון דהודאת נותן הוה הודאה גמורה דנתנה והודאת המקבל הוה כק' עדים דלא קיבלה. וכיון דאיכא הודאה כנגד הודאה והוה ספק גמור. משו"ה שואל מי אוכל פירות עד שיבורר הדבר, ולפ"ז השאלה דמי אוכל פירות הוה בלשון בעיא וכמו בכולה תלמודא דמתפ"ש הכי דבאמת ספוקי מספקא להש"ס בזה. אכן לאחר שכתבו דהודאת נותן לא חשיבה הודאה דפעמים סבור שקבלו מידו ואומר בדדמי, ולשיטתם שהבאתי בדבור דלעיל דהאי חיישינן הוה ודאי דהתם הודאת הנותן הודאה והודאת המקבל לא חשובה הודאה, ומשו"ה אמרי' דהוה ודאי, הרי נלמוד מזה דבמקום דהודאה של אחד הודאה גמורה והודאת השני לא חשובה כ"כ אזלינן בתר ההודאה החשובה למיחשבה כודאי, והודאה הגרועה אינו מועיל אפילו לשויא ספיקא בדבר, וה"נ דהודאת המקבל הוה הודאה מבוררת והודאת הנותן לא הוה מבוררת, צ"ל לפי"ז דהוה ודאי השדה של הנותן

כיון דהמקבל הודה ששלו הוא, ואפי' ספק אין כאן בזה, דהודאת הנותן לא חשובה אפי' לאשוויי ספק, וא"כ מה שייך למיבעי בזה ומה מקום ספק יש כאן מי אוכל פירות, הא פשיטא הנותן אוכל פירות, וכמו דלא מיבעי בבבא דרישא דנתתי שדה פלונית, מי אוכל פירות, דהא בע"כ השאלה הוא רק על הסיפא דכתבתי ונתתי בידו, דאי גם על הרישא איך אפשר דסובר רב חסדא דנותן אוכל הפירות הא התם הודאת נותן הודאה גמורה הוא והמקבל הוא דצריך לאכול פירות, וע"כ דהבעיא הוא רק על הסיפא, ולמה לא מיבעי באמת גם על רישא, אלא ודאי דכיון דהודאה של אחד מבוררת היא והודאה של שני אינה מבוררת אין כאן שום ספק, דפשיטא שאותו שיש לו ההודאה המבוררת הוא שאוכל את הפירות, דההודאה שאינה מבוררת אינה חשובה אפי' לאשוויי ספק, ועוד איך קאמר רבה דמשלשין אחרי שודאי הוא לנותן, לזה פירשו דהשאלה מי אוכל פירות, לאו לשון בעיא וספק הוא כדמפרשינן בכל דוכתא, אלא לשון פירוש הוא, ובאמת לא פליגי וכו"ע סברי דנותן אוכל פירות, ורבה דאמר משלשין, היינו בבנו, ואין להקשות דאמאי לא מפרש כן גם ארישא, דהתם הא לא שייך הא דרבה משלשין אפי' בבנו. דודאי אפי' בבנו של הנותן כשאמר אבא נתן לך השדה נמי חשבינן זה להודאה גמורה וחיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר, דדוקא במקבל הוא דמצינן לחלק בבו או בבריה, דכשברי' אמר לא נתן אין זה הודאה גמורה, אבל בנותן אין חילוק ודו"ק

**סימן רמו**

סעיף יו **ברמ"א** האומר לחבירו אכול עמי צריך לשלם עיין בש"ך ס"ק ט"ו שתמה ע"ז דהא דין זה נלמד מקרע כסותי, ושם גופי' פטור אם לא אתא לידו בתורת שמירה, ועיין בקצוה"ח שמיישב בדברים נכונים מאוד, ואפשר עוד לומר עפמ"ש בשטמ"ק ב"ק שם לאחר שהביא כמה פרושים על מה דמחלק הש"ס התם בין אתא לידו בתורת שמירה או בתורת קריעה ודחה אותם כתב שהנכון כפי' בעל המאור שדוקא היכי שלא איבד בידים אלא פשע בשמירה הוא דמחלקינן בהכי ופטרינן כשלא אתא לידו בתורת שמירה, אבל היכי דאיבד בידים אפי' כשלא בא לידו בתורת שמירה חייב היכי דלא אמר לו בהדיא והפטר, וז"ל ונראין דברי בעה"מ דמפרש הכי הא דאתא לידו בתורת שמירה הא דאתא לידו בתורת קריעה, כלומר הא דמקשית ומדמית פשיעה לקריעה, לא דמי, דאע"ג דפטרינן לו מפשיעה כיון דאתא לידו בתורת קריעה לא פטרינן לו אם קרע בידים דלעולם מחייב בתשלומין עד שיפטור אותו בפירוש וה"ק קרא טעמא דלשמור דמחייב בפשיעה משום דאתא לידו בתורת שמירה, אבל אי אתא לידו בתורת קריעה לא מחייב לשומרו ואם נאבד בפשיעה לית לי' לשלומי ולעולם אי הוה קרע לו בידים מחייב דלא

דמי מאן דעבד מעשה בידים למאן דלא עבד בידים דאפשר דמתרחיש ניסא ולא יבואו גנבים לדפוק בדלת אם הוא נסגר אם לאו אבל כי עביד בידים מיקרי מזיק גמור ואע"ג שצוה לקרוע כיון שלא פטרו בפירוש עכ"ל. ולפירוש זה לק"מ קושית הש"ך דבאכול עמי דהוה נמי כמאבד בידים ודאי דחייב כל זמן שלא אמר לו בפירוש והפטר, ואולי המוהרי"ח מפרש נמי כבעה"מ ושפיר יליף מהתם לחייבו כשלא א"ל והפטר ודו"ק.

## הלכות מתנת שכיב מרע

### סימן רנ

סעיף א **במחבר** שדברי שכיב מרע ככתובין כו', עיין בקצוה"ח שהביא לדברי הטור דאחר מיתה זכה למפרע, וחקר מה נ"מ. וכתב דנ"מ במה שקונה למפרע אם מת המקבל בחיי נותן ואח"כ מת הנותן דזכו היורשין של המקבל אפי' נולדו לאחר מיתת נותן ע"ש, וכבר הקדימו הט"ז בזה ופלא שלא זכרו.

סעיף ד **ברמ"א** אבל מתנת שכ"מ שיכול לחזור לא מהני תפיסה, עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' ס"ו ס"ק כ"ז) מזה.

סעיף ו **במחבר** גוסס מתנתו מתנה, ורש"י (קדושין דע"ט) חולק ע"ז, ובחדושנו לעיל (סי' רי"א) הבאתי להקשות על רש"י והעליתי לחלק בתרי מיני גוססים, גוסס המונח כבול עץ וניטל ממנו הלשון וגם אינו שפוי בדעתו ודאי דלאו בר מתנה הוא, וגוסס המדבר ושפוי בדעתו גם רש"י מודה דמתנתו מתנה עיין מש"ש בארוכה ואכ"מ יותר.

סעיף יז **ברמ"א** הקנה לו מטלטלים אגב קרקע לא קנה המטלטלים כו', ובסמ"ע הביא נמי בשם הרשב"א דדוקא בברי מהני קנין אגב אבל בשכ"מ לא מהני כלל קנין אגב ע"ש ובנה"מ הטעם משום דמתנת שכ"מ חל למפרע משעה שהקנה כמ"ש התוס' (ספ"ק דגיטין), וקנין אגב מתחיל שעה אחת קודם מותו ובאותה שעה הקרקע הוא כבר שלו למפרע ונמצא שמקנה לו אגב קרקע של המקבל גופא ע"ש, ואמנם בשיטת רש"י יש להוכיח דסובר דמהני גם בשכ"מ, דבקדושין (דף כ"ז) בד"ה ואמרי לה בריא כתב וז"ל אבל חלה לא איצטריך להכי דדברי שכ"מ ככתובים כו', ומשמע דמהני אלא שאינו צריך היסי דמקנה לאחר מיתה דבלא"ה קונה אם מת מטעם דברי שכ"מ ככתובים כו'. ובזה יש ליישב דברי רש"י בגיטין התמוהים מאוד. דבדף ע"ז ברש"י ד"ה ה"ז חזקה כתב וז"ל ותנן נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות כו'. הרי שפי' דהקנין הוה מטעם אגב. והר"ן הקשה עליו למה הוצרך לזה הא בפשיטות יש לפרש דהקנין הוא מטעם חצר, וביותר תמוה דרש"י גופא כתב בגיטין (דכ"א ע"א) בדברי רבא גופא גבי כתב גט ונתן ביד עבדו, דמטעם חצר הוא וגיטה וחצירה באים כאחת, ולמה

שכתבתי בשיטת רש"י ניחא, דבדף ע"ז דמיירי התם בשכ"מ. במכוון פרש"י מטעם אגב, לאשמועינן אגב אורחא כשיטתו דגם בשכ"מ מהני אגב, ובדף כ"א דמפרש מטעם חצר משמיענו נמי חדוש גדול, דידוע מ"ש הש"ך (לעיל סי' קצ"ח וסי' ר"ב) דאין חצירו קונה כ"א היכי שמכבר היתה חצירו ואח"כ הכניס את המטלטלים לחצר, אבל אם המטלטלין מונחים מקודם וקניית החצר והמטלטלים באים כאחת לא קנה. והאחרונים הקשו עליו שדבריו הם נגד הסוגיא דגיטין (דף ע"ז) דאמרינן התם גיטה וחצירה באים כאחת, אלא דזה כבר כתב החת"ס דאין סתירה לדברי הש"ך דהתם היה החצר מתחלה של האשה מכבר רק שהבעל הי' מעכבו, ועתה סילוק רשות הבעל וקניית הגט באים כאחת ולא קניית החצר ע"ש. ובחדושנו לעיל (סי' ר"ב), וכן עוד כמה קושיות שהקשו על הש"ך יישבתי בחדושנו דלעיל, אכן רק הקושיא הזאת נשארה דמה שאמר רבא התם כתב לה גט ונתן ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה עליו מגורשת. והא התם חצר שלו הוא ואפ"ה קנתה ע"י חצר, ומשו"ה במכוון פרש"י התם דהקנין הוה מטעם חצר ולאפוקי מסברת הש"ך ולאשמועינן שאפי' בכה"ג שהיה הגט מקודם בחצר וקניית חצר והגט באים כאחת אפ"ה קונה ולאפוקי מסברת הש"ך. והנה החת"ס הרגיש דמעובדא דגיטין דע"ז דמיירי בחצר שלו ואפ"ה קנתה, דיש סתירה לדברי הש"ך, אלא שתירץ דמשו"ה גופא פרש"י שם באמת דהקנין הוא מטעם אגב, דאילו מטעם חצר לא מהני קניית החפץ והחצר כאחת, ולפלא גדול היאך נעלם ממנו דברי רש"י דגיטין דכ"א דפי' התם דהקנין הוא מטעם חצר, אלא ודאי דרש"י אין סובר כהש"ך, ובמכוון פי' בדף כ"א מטעם חצר לאפוקי מסברת הש"ך. ובדף ע"ז פי' מטעם אגב לאפוקי מסברת הרשב"א שסובר דבשכ"מ לא מהני אגב, ועיין בירושלמי דקדושין שם מבואר להדיא כרש"י שגם בשכ"מ מהני אגב, דעובדא דמרוני מוקים התם בשכ"מ ע"ש.

**ימרי** דברי ברש"י דגיטין לא אמנע מלכתוב מה דתמוה לי בעיקר הדברים דמשמע מדברי רש"י דבגט בעינן קנין, שהאשה תקנה את הגט, יהי' הקנין איזה דבר שהוא, או אגב או חצר, אבל עכ"פ קנין בעינן. והיאך אפשר לומר הכי, והא אשה מתגרשת בע"כ שלא לרצונה, ואי משום קנין, היכי מצינן קנין בע"כ שלא מדעת הקונה, אע"כ דבגט לא בעינן כלל שתקנה אותו, ורק רשותה בעינן שהגט יהא מונח ברשותה וכמ"ש התירי"ד (גיטין פ' הזורק), ובזה עלה בידי להציל את הש"ך הנ"ל מן הקושיות החזקות שהקשו עליו מכח הסוגיות דגיטין דע"ז ודכ"א, דודאי היכי דנצרך קנין לא מהני שתי הקנינים כאחת, רק בגט שאני דלא בעינן קנין רק רשותה, ולא קנתה אלא החצר לחוד וממילא הגט הוה ברשותה. אבל א"כ למה הוצרך רש"י כלל לטעם אגב כיון דלא בעינן שום קנין

על הגט, א"ו דרש"י סובר דגם בגט בעינן קנין, ולכן נ"ל פי' מרווח בישוב דברי רש"י, והוא דהנה הר"ן הקשה כשם שחששו לטלטול הגט בשבת למה לא חששו לקנין הבית גופא דהו"ל קונה קנין בשבת ואסור, ועיין בשלטי הגבורים שהביא בשם הסמ"ג ליישב, דהכא מיירי שלא הקנה לה הבית במתנה גמורה ורק בתורת קנין שאלה בעלמא לצורך קניית הגט, וקנין שאלה בעלמא מותר לקנות בשבת ע"ש, וכיון דהתם מיירי בע"כ שלא נתן לה הבית לגמרי במתנה רק לשאלה בעלמא, וא"כ גם הבעל יש לו רשות בחצר הזה, ולכן בגט ודאי דלא מהני וכמו דאמרי' לעיל שם חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה לפירות, אע"ג דהאשה נמי יש לה רשות להניח שם חפציה וגם גוף החצר שלה הוא ואפ"ה לא מהני, ובחדושנו לגיטין בד"ה חצירה מה שקנתה כו' כתבנו דאפי' למ"ד דחצר המושכר קונה, היינו בעלמא, אבל בגט בעינן שיוצא החפץ מרשות הבעל לרשות האשה, וכל זמן שהבעל יש לו נמי שליטה בחצר לא מהני דלא ניפק עדיין מרשותו של בעל וכמ"ש רש"י שם. ולכן לא הוה מצי רש"י בגיטין דע"ז לפרש מטעם קנין חצר, כיון דהתם מיירי בע"כ שלא נתן לה המקום לחלוטין, ובכה"ג שיש לבעל נמי רשות בחצר זה לא מהני בגט. ומשו"ה הוכרח רש"י לפרש התם דהקנין הוא מטעם אגב ולא מטעם חצר, משא"כ לעיל שם בדף כ"א דקאמר שם להדיא דכתב לה שטר מתנה על חצירו, וכיון שהחצר הוא שלה לחלוטין שפיר פרש"י דקונה מטעם חצר, ואמנם ממילא נשמע מרש"י דגם קנין מהני נמי בגט, וחצר קונה מטעם רשות אפילו היכי דלא מהני משום קנין וכגון בגט בע"כ, אבל היכי שמקבלת מרצונה לא בעינן כלל שיתן לרשותה, אלא קנין בעלמא כמו אגב וכדומה נמי מהני, ועיין בתורת גיטין (אה"ע סי' קל"ט) שמסתפק בזה, ומרש"י מוכח להדיא דמהני, אלא שבריטב"א לגיטין שם כתב להדיא דקנין לא מהני משום דבעינן ונתן לרשותה וליכא ע"ש, ובאופן אחר הי' נ"ל עפמ"ש התוס' (ב"מ די"א) דביתו של ר"ג לא היה משתמר לזקנים כיון שבני ביתו של ר"ג משתמשים שם ולא הוה משתמר לזקנים. ולכן לא מהני התם בגיטין מטעם חצר כיון דמסתמא היו שם חפצים של הבעל נמי ולא מיקרי חצר המשתמרת, ושוב מצאתי כן אמנם בס' גרש ירחים שתי' כן. אכן הדרנא בי מתי' הזה דהא האשה עומדת בצד הבית ע"י שתיחוד ותפתח, והיכי שעומדת בצדה מהני אפי' בחצר שאינו משתמרת נמי ודו"ק.

**אמנם** לכל הנהו תירוצים אכתי יקשה דהא לפום מה דמסיק דאחד ארוסה ונשואה מתגרשת דגיטה וחצירה באים כאחד, הרי להדיא דהקנין הוא מטעם חצר, ולמה שכתבתי דהתם אי אפשר לקנות מטעם חצר כיון דהתם מיירי שלא נתן לה לחלוטין ורק קנין שאלה הוא, א"כ איך מסיק באמת דקונה מטעם חצר, ובע"כ דהתם מיירי באמת

שנתן לה החצר לחלוטין ודלא כהסמ"ג, ואי משום הקושיא דלמה לא חששו לעיקר הקנין מקום, מזה לא קשה כלל כמו שהארכתי בחבורי לגיטין שם, וא"כ אכתי יקשה למה פי' מטעם אגב, ולכן הנכון כמ"ש הפנ"י דאי"א לפרש התם מטעם חצר דהא רבא אכתי לא סליק אדעתא דגיטה וחצירה באים כאחד, וא"כ הוי סבר דבעינן שיהיה החצר שלה קודם נתינת הגט, וא"כ מאי קאמר התם, תיזול ותיחוד, הא לא מהני כיון שלא היה החצר שלה קודם נתינה, לכך הוכרח לפרש מטעם אגב, משא"כ לעיל שם בדף כ"א פרש"י מטעם חצר, והיינו למסקנא דהתם בדף ע"ז דגיטה וחצירה באים כאחד ע"ש, הן אמנם דבס' ג"י השיג עליו דלא דמי כלל דבכה"ג דמיירי בדף ע"ז פשיטא היה לרבא גם מעיקרא שמתגרשת כיון שעכ"פ יכולה לקנות החצר ממילא הגט מונח בחצירה ושפיר מתגרשת, ורבא לא חידש לעיל רק אי אמרינן שאין לה כח לקנות החצר כלל רק כשתתגרש לומר גיטה וחצירה באים כאחד שעדיין אין לה יד לקנות החצר כלל ואיך תתגרש, אבל כשתוכל לקנות החצר פשיטא שמתגרשת, שאפי' לא תתגרש, החצר יוכל להיות שלה, א"כ ודאי מתגרשת שפיר ולא דמי כלל להך דלעיל שם ע"ש, ואכן אין בדברים הללו כדי לדחות דבריו הברורים של הפנ"י, די"ל דנהי דהחצר קנתה שפיר אבל אכתי סליק דעתא דרבא דלא תתגרש משום דבעינן דוקא שהחצר יהיה שלו מקודם ואח"כ הכניס החפץ, אבל התם שהחפץ היה מונח בחצר קודם שקנהו לא מהני וכהש"ך והו"א דאפי' בגט נמי דינא הכי, ומשו"ה פרש"י דוקא מטעם אגב, עד שמסיק לבסוף גיטה וחצירה באים כאחד ועכ"פ בגט מהני בכה"ג ודו"ק.

סעיף כג **במחבר** וי"א דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא היכא דאתפסי' לשליש, עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל סי' קכ"ה ולקמן סי' רנ"ב מזה.

**סימן רנב**

סעיף ב **ברמ"א** כל דבר שנקנה במתנת שכ"מ אם קדמו היורשים ומכרו המקבל יכול להוציא מן הלוקח אבל דבר שלא ניתן במתנה רק שמצוה לקיים דברי המת אם קדמו היורשים ומכרו מה שעשו עשו. חילוק זה כתב המרדכי פ' יש נוחלין בכדי לתרץ קושית התוס' (גיטין די"ב) ובכמה ובתא, דכיון דמצוה לקיים דברי המת א"כ מה הוצרכו לתקן הך תקנה דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמי, והתוס' עצמם בשם הר"א חלקו, דמלד"ה לא הוה פ"א כשנותן עכשיו לשליש לשם כך, והמרדכי חילק דמלד"ה לא הוה שלו עדיין ואם קדמו היורשים ומכרו אין מוציאין, אבל דבר שניתן במתנת שכ"מ אם קדמו ומכרו מוציאין, והוא דינא דרמ"א כאן, והנה לר"ת דסובר דמלד"ה הוה דוקא כשמתפיסו עכשיו לשם כך, בע"כ דלא ס"ל כחילוק המרדכי, דאל"ה לא מוכח חילוקו של ר"ת,

וא"כ תמוה לי דברי הרמ"א שכתב לדין זה לדבר פשוט, והא המחבר שכתב דמלד"ה הוי דוקא כשנותנו עכשיו לשם כך, דהוא כר"ת, בע"כ לא יסבור בזה כהרמ"א, וא"כ הו"ל לרמ"א לכתוב לדין זה בלשון י"א, והנה רש"י בגיטין (די"ד ע"ב) כתב להדיא דמיד כשמת הנותן זכה המקבל מטעם מלד"ה, הרי דסובר נמי דמלד"ה הוה מטעם קנין וכתוס', ועיין בחדושנו לעיל (סי' קכ"ה) הארכתי לבאר דבפלוגתת ר"ת ומרדכי איפלגו תנאי, ר"מ ור' יוסי שבמשנה (כתובות דס"ט) ושם הארכנו.

**סימן רנג**

סעיף א **ברמ"א** להחזיק כל אחד במה שצוה ולדון בכל דברי ספק, בש"ס (ב"ב דקי"ד) הכי איתא איתמר קנין עד אימתי חוזר רבה אמר כל זמן שיושבין רב יוסף אמר כ"ז שעסוקין באותו ענין, אמר רב יוסף כוותי דידי מסתברא דאמר רב יהודה שלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו עושין דין, ואי ס"ד כל זמן שיושבין ליחוש דלמא הדר בו, כלומר אבל לדידי מיירי בדסליקו מענין לענין, וכתב הרמ"ה בחדושיו וז"ל ומדמסתייע רב יוסף מדרב יהודה כו' שמעינן מינה דהא דאמר רב יהודה כו' רצו עושין דין לא מתוקמא אלא כגון דסליקו מענינא לענינא כדמוקי רב יוסף דהלכתא כוותי', ולפ"ז צ"ע על הרמב"ם ומחבר דלא סיימו שדין זה דעושין זה מיירי דוקא בדסליקו מענינא, ועיין בקצוה"ח מ"ש בזה. ונראה דמ"ש הרמב"ם ומחבר רצו עושין דין, לאו באותו מושב ובחיי נותן קאמר, אלא לאחר מותו של הנותן דנין עפ"י הצואה שצוה בפניהם בחייו, וא"כ לא הוצרכו לפרש דמיירי בדסליקו מענינא, כיון דודאי שמשעת הצואה עד שעת הדין יש שהות הרבה עידן ועדנים, ועיין בטור ומפרשי הטור כאן מ"ש בזה. סעיף יג **במחבר** שכ"מ שאמר תני לפלוני שוה מאתים זוז מייני והחמיץ קצת מהיין ההפסד לפי חשבון, עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סי' קכ"ב) שדין זה אינו כ"א בשכ"מ כיון דקנין גמור לא היה בזה ולא מהני רק בתקנתא דרבנן שתקנו דדברי שכ"מ ככו"מ דמי, משו"ה יש לנו לדון לפי דעתו, אבל אם היה קנין גמור לא הפסיד מקבל המתנה כלום ממה שהחמיץ ע"ש. סעיף יז **במחבר** שכ"מ שאמר תנו לבני שקל לשבת או שאמר אל תתנו להם אלא שקל כו' נותנים להם כל צרכם, מסקנת הגמרא הוא (כתובות ד"ע) ומטעם דאמרינן דמינח ניחא לאב בזה דודאי לא היה דעתו להרעיב את בניו והאי דאמר הכי לזרוזינהו הוא דעביד כדי שיצמצמו במזונותיהם, ונראה דלא הוצרך לטעם זה כ"א בבנים קטנים אבל בגדולים בלא"ה נמי עושים כרצון הבנים. וכן יש לדייק מלשון רש"י בברייתא דכתובות שם דהאומר אל תתנו אלא שקל אין נותנין אלא שקל, והש"ס מוקי דהא מני ר"מ, וכתב רש"י בד"ה הא מני וז"ל ואע"ג דסוף סוף כולהו נכסי דידהו לא יהבינן להו בקוטנן אלא

שקל כו', ומה דדייק לכתוב "בקוטנן" ומשמע שבגודלן נותנין להם כמה שירצו, אע"ג דהאב צוה בקפידא שלא יתנו להם אלא שקל, והיינו משום דכיון שזכו מכח ירושה אתיא ירושה ומבטלת השלישית ולא משגחינן כלל על צוואת האב דהו"ל כמתנה עמ"ש בתורה, וכ"כ להדיא בשטמ"ק בשם הרמ"ה בהך דינא דמתני' שם המשליש מעות לבתו יעשה השליש מה שהושלש בידו, דהני מילי כשהניח האב יורשים אחרים שאין לבת זכות במעות הללו אלא מכח השלישית אבל אם לא הניח האב יורשים אחרים אלא זו הבת בלבד אם גדולה היא הרשות דידה אפי' מן האירוסין שמיד זכתה בממון מכח ירושה והירושה מבטלת ההשלשה דממון זה לא ניתן ביד שליש בתורת מתנה אלא בתורת פקדון וירושה חלה על כל המעות בכ"מ שהם ע"ש, ואם כי השטמ"ק סיים ע"ז שאין במשמע לשון רש"י לחלק בהכי ע"ש, אכן למה שכתבתי הרי להדיא דעת רש"י שמחלק כהרמ"ה מדדייק לכתוב בקוטנן משמע להדיא דבגודלן לא משגחינן על צוואת האב כלל והשליש יתן להם כרצונם, אלא דהרמ"א לקמן (סי' ר"צ סעי' כ"ו) כתב לדבר פשוט דהיכי שיש מצוה לקיים דברי המת מחויב האפוטרפוס לקיים דברי המת אפי' בגדולים ע"ש ועיין בחדושנו מה שכתבנו שם.

**סימן רנה**

סעיף ג **בש"ך** ס"ק ה' הביא לדברי הרמב"ם והרבה מגדולי קדמונים שכתבו דגם בהקדש לא מצי לחזור אפי' תוך כדי דבור, והש"ך השיג עליהם וכתב שנעלם מהם סוגיא המפורשת (ב"ק דע"ג) דאיפלגו התם רבנן ור' יוסי במעידין שגנב והם מעידים אותו שטבח והוזמו אטביחה אי בטלה נמי עדות גניבה, ואמר התם בש"ס דבתוכ"ד פליגי, רבנן סברי תוכ"ד לאו כדבור דמי, ור' יוסי סבר כדבור דמי, ופריך וסבר ר' יוסי תוכ"ד כדבור דמי והתנן הרי זה תמורת עולה ונמלך ואמר תמורת שלמים ה"ז תמורת עולה והוינן בה נמלך פשיטא ואמר רב פפא נמלך תוכ"ד קאמרינן, ומאי מקשה מקדשים לעדות דלמא שאני קדשים שאין יכולים לחזור בהם אפי' תוכ"ד, אע"כ שאין לחלק בין הקדש לכל מילי ותוכ"ד יכול לחזור אפי' בהקדש ע"ש. ונראה ליישב דבלא"ה יש להבין בש"ס דב"ק דתלי עדות דגניבה ודטביחה בפלוגתא דתוכ"ד, וכי מה ענין זה לזה, הא הפלוגתא דתוכ"ד הוא לענין חזרה אם מצי לחזור מדבור הראשון או לא, דלמ"ד כדבור מצי לחזור ונשאר דבור האחרון קיים, ולמ"ד לאו כדבור לא מצי לחזור ונשאר דבור הראשון קיים, וא"כ לא שייך זה כ"א היכי ששני הדבורים סותרים זה את זה ושני הדבורים לא יוכלון ודאי להתקיים, דבע"כ לתפוס רק דבור אחד, הראשון או האחרון, בזה הוה הפלוגתא איזהו דבור לתפוס, אבל בעדות דגניבה ודטביחה אין בזה שום חזרה

ושני הדבורים יכולים להתקיים. דאפשר ששניהם את, גנב וגם טבח. ואין אנו דנין רק אם בהזמת הטביחה נתבטל גם עדות דגניבה הקודמת או לא, וא"כ מה ענין זה לפלוגתא דתוכ"ד, וצ"ל בע"כ דלבד דענין חזרה תליא בפלוגתא דתוכ"ד, אלא אפי' היכי דלא שייך חזרה תלוי עוד ענין אחר, אי מחלקינן בין ראש דבריו לסוף דבריו לומר שהם שני דבורים, או כיון שבתוכ"ד אמרם אין לחלק ביניהם ושניהם כדבור אחד חשיבי במקום שיכולים שניהם להתקיים. ולמ"ד תוכ"ד כדבור אין לחלק כלל בין הדבורים אלא שאנו אומרים שכל מה שאדם אומר תוכ"ד ושני הדבורים יכולים להתקיים אין לנו לחלק ביניהם אלא דייניגן להו כאילו הכל דבור אחד, ומ"ד לאו כדבור, חשיבי כשני דבורים, והשתא ניחא מה דתלי פלוגתא דרבנן ור' יוסי לפלוגתא דתוכ"ד, דלמ"ד כדבור חשיבי עדות גניבה וטביחה כדבור אחד ואמרינן בו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ואם נתבטל עדות דמביחה בטלה נמי עדות דגניבה כיון דהכל דבור אחד הוא, ומ"ד לאו כדבור סובר דשני דבורים הם, ולכן בטול של אחד מהם אינו גורר אחריו את השני, והנה זה פשוט דאפי' למאן דמחלק בין הקדש לשארי דברים, היינו דוקא לענין חזרה, בזה שייך לחלק ולומר דאפי' מ"ד בכל דוכתא כדבור דמי ויכול לחזור, אבל בהקדש לא מצי לחזור וכטעם שכתבו התוס' (מנחות דפ"א) משום דדבור דקדשים חשיב כמעשה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, אבל אי מחלקינן שני הדבורים, לענין זה אין טעם לחלק בין הקדש לשארי דברים. ואי נימא דדייניגן כאילו הכל דבור אחד בשאר דברים, הוה"ד לענין הקדש נצרך למידן הכי דלענין זה אין שום טעם לחלק ביניהם, ולפ"ז מיושב קושית הש"ך, דזה ודאו ידע המקשה דאפשר לחלק ולומר הקדש שאני, ואפ"ה שפיר מקשה, דהא התם בב"ק אין נצרך לנו לידע היאך הדין בחזרה, דדין דחזרה אינו נוגע כלל לדין דעדות דמיירי התם וכמ"ש, ורק נצרך לידע אי מחלקינן הדבורים לשנים או לא, וזה שפיר מוכח ממשנה דהרי זו עולה ונמלך דעכ"פ מחלקינן הדבורים ומחשבינן לשני דבורים, דאי שני הדבורים אינם כ"א דבור אחד, א"כ אפי' בהקדש הו"מ לחזור, דכיון דעיקר הטעם דלא מצי לחזור בהקדש הוא משום דדבור שלהם חשיב כמעשה, אבל הא תינח אם עכ"פ הדבור נגמר, אבל אי נימא דראש דבריו וסוף דבריו הכל דבור אחד הוא, א"כ גם דבור אין בזה, דהא אכתי לא נגמר הדבור, ומדאמרינן אפ"ה דלא מצי לחזור מכלל דמחלקינן הדבורים לשנים, וכיון שעכ"פ זה ידעינן ודאי דבהקדש מחלקינן הדבורים, א"כ ממילא נשמע דגם לשארי דברים נמי אין לחשבם כדבור אחד, דלענין זה אין לחלק בין הקדש לשארי דברים, דדוקא לענין חזרה הוא דמחלקינן בין הקדש לשאר דברים, אבל לענין חלוקת הדבורים אין טעם לחלק. וא"ש קושית הש"ס אפי'

לשיטת הרמב"ם דקדשים שאני, מ"מ מזה גופא דקדשים שאני נשמע עכ"פ דמחלקינן הדבורים, דאי דבור אחד הוא אפי' בקדשים נמי לא שייך לומר שדבורם חשיב כמעשה כיון דאכתי גם דבור אלם ליתא. ומדשמעינן דבהקדש לא מחלקינן הדבורים, ממילא נשמע גם לשארי דברים דאמרינן הכי דלענין זה אין לחלק ביניהם וכמו שבארתי ודו"ק היטב, ועוי"ל עפמ"ש הר"ן (נדרים דפ"ז) דמשו"ה חלוקין מקדש ומגרש ומגדף ועכו"ם דלא אמרינן בהו תוכ"ד כדבור, דבשאר מילי דלא חמירי כולי האי כשאדם עושה אותם לא בגמר דעתו הוא עושה אלא דעתו שיכול לחזור תוכ"ד, אבל הני דחמירי כולי האי אין אדם עושה אותם אלא בהסכמה גמורה ומשו"ה אפי' חזרה תוכ"ד לא מהני ע"ש, ולפ"ז כ"ש עדות דחמירי יותר מכולם דבדבורו יכול לחייב להזיק וגם להרוג לאחרינא, דאין אדם עושה אותן אלא בהסכמה גמורה, ומשו"ה גם בעדות לא אמרי' תוכ"ד, והא דלא חשיב לה הש"ס כדחשיב למקדש ומגדף, י"ל דכ"ש עדות ולא הוצרך למינקט דבלא"ה ידעינן זה מכ"ש דהני, ובלא"ה לא חשיב הש"ס לכולהו, בנדרים חשיב לאר מהם, מגדף עו"כ מקדש ומגרש, ואילו בב"ב (דף קכ"ט) לא חשיב אלא תרי קדושין ועכו"ם, ורמב"ם חושב ששה וי"ל דגם עדות בכלל ודו"ק.

**שם** בש"ך ס"ק ו' הביא לדברי הש"ס (נדרים דנ"ט) דפריך והרי תרומה דבעי מתשיל עלה כו' ומשני בתרומה ביד כהן עסקינן דלא מצי מתשיל, וגם לדברי הט"ו (יו"ד סי' רכ"ח) דבהקדשות משבא ליד הגזבר אינו יכול שוב להשאיל עליו, וע"ז הקשה דאמאי כשמסר ליד הגזבר אינו יכול לשאול עליו, הא אמירה לגבוה נמי כמסירה להדיוט דמי ואפ"ה מהני שאלה, א"כ כשמסרו ליד גזבר נמי, והנ"ל ליישב דהנה יסוד הדבר דאמירה לגבוה הוה כמסירה ממש וזכה בה הקדש מכח קנין, צריך ביאור, דנהי דהנודר אסור לחזור ומחויב לקיים דבורו משום נדר דכתיב ככל אשר יצא מפיך, אבל שיזכה ההקדש מכח קנין מנ"ל, ואפשר לומר דטעם הדבר הוא עפמ"ש הרמב"ן והר"ן (בב"מ ד"ח) הובא דבריהם בשטמ"ק שם ע"ז דקאמר הש"ס דיוקא דרמי בר חמא דמגביה מציאה לחבירו קנה מהיכא, אי נימא מרישא שנים אוחזין בטלית דיחלוקו, התם האי קאמר כולה שלי ואנא אגבהתה כולה, ופרש"י ולעולם אימא לך המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ודקאמרת תעשה זו כמו שמונחת ע"ג קרקע וזו כמו כו' ולא יקנה לא זה ולא זה ואם יבוא שלישי יחטפנה מידם, א"א לשלישי לחטפה מידם שהרי אינם טוענים שהגביהוה יחד עד שנאמר שלא קנו אלא כ"א טוען שהגביה לעצמו, וע"ז הקשו הרמב"ן ור"ן נהי דשלישי א"א לחטפה מידם מ"מ למה אמר במשנה יחלוקו דהא משום דתלינן תרווייהו כהדדי אגבהוה וכדאיתא לעיל, ותרצו כיון דלפי טענותיהם א"א לשום אדם לזכות בה

וכיון דממון הפקר הוא חולקין בין שניהם שהרי ע"כ לכך עומדת ומיהו עדיין קשה היאך ישבע כ"א מהם שאין לו בה פחות מחציה דהא ממ"נ חד מינייהו משבע לשיקרא דאו כולה דמר או כונה דמר ואי לא"ה אלא דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה ליתא לשניהם, וי"ל נמי שכיון שממון הפקר הוא ומתוך טענותיהם א"א לאחר לזכות זכו בה שניהם מן הדין ושפיר משתבע שיש לו בה עכ"ל, וממוצא דבריהם נלמוד שאע"ג דלמאי דתלינן שתרווייהו אגבהוה לא עשו בהגבהתם שום מעשה קנין, אפ"ה כיון שאחר א"א לזכות בה ובע"כ שישאר לפניהם זהו גופא הוה קנין לגבייהו, וה"נ גבי הקדש כיון שהנודר א"א לבטל דבורו ומוכרח הוא לקיים דבריו ולתתה להקדש מטעם הנדר, בזה גופא הוה הקנין ושפיר קנה הקדש, ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל (סימן ר') ביסוד קנין ד' אמות נמי בכה"ג, וכיון שכן אין מקום לקושית הש"ך, דבמסר ליד גזבר כיון שיש קנין בפועל ודל כח הנדר מכאן, דהא אפי' בהדיוט אם נתן ע"י קנין א"י שוב לחזור, ופשיטא שלא גרע כח הקדש מהדיוט, אבל באמירה גרידתא דכל כח הקנין הוא בא רק מחמת הנדר וכיון שכח הנדר הופקע ע"י שאלה, ממילא אין בזה שום קנין. ולפ"ז לאו דוקא במסר ליד גזבר אלא הוה"ד אם קנה הקדש בקנין אחר כגון חליפין תו לא מהני נמי שאלה, וגם הש"ך לפי דרכו כתב שלאו דוקא מסר ליד גזבר ע"ש, ולמה שבארתי הדברים מובנים בטעמם, ובזה יישבתי נמי קושית הקצוה"ח לקמן (סי' ש"א) בהא דאמרי' התם דאע"ג דהקדש אתמעטו מדין שומרים מ"מ אם קנו מידו חייב, והוא מהש"ס (ב"מ דנ"ח) והקשה למה לן קנו הא אמירה נמי הוה קנין, ואכן למה שבארתי בזה בטעם דאמירה הוה כקנין, לא שייך זה כ"א במקום שהאמירה לגבוה היתה על דבר המסוים כגון שור זה עולה בית זה הקדש וכמשנה דקדושין (דף כ"ח) כיצד אמירתו לגבוה האומר שור זה עולה בית זה הקדש, דבזה אמרינן דכיון שהנודר מסולק הוא משור זה קנה אותו הקדש, אבל במתנה להתחייב בדין שומרין שאינו משעבד שום דבר להקדש ורק שמשעבד גופו להיות כשומר דעלמא, ורק שעבוד הגוף יש כאן ולא שעבוד החפץ וכמ"ש בשטמ"ק (ב"מ די"ד) גבי אמר שמואל בשקנו מידו וז"ל וא"ת על מה חל הקנין קנין דברים בעלמא הוא וי"ל דחל הקנין על גופו דגופו משועבד להיות כשואל. ומשו"ה נהי דהנודר מחויב לקיים מטעם נדר אבל הקדש במה קנו, דבשלמא אם האמירה לגבוה הוה קנין ממש כמו כל הקנינים היה חל גם על שעבוד הגוף, אבל למה שבארתי דעיקר הקנין בא רק מחמת שהנודר מסולק מן הדבר, א"כ לא שייך זה בשעבוד הגוף, ודוקא בקנו מידו הוא דמתחייב עכ"פ מטעם שעבוד הגוף, אבל באמירה לחוד נהי דמהני מטעם נדר, אבל

מטעם קנין לא מהני, ונ"מ שבמקום שלא נוכל לכוף אותו לקיים נדרו כגון שמת אין הקנין כלום וכמ"ש ברמ"א לעיל סי' ר"ט סעי"ד.

**והנה** הש"ך הביא עוד בשם הרשב"א ליישב קושיא זאת וז"ל דהא דאמרו אמירה לגבוה כמסירה להדיוט לא אמרו כמסירה ממש אלא כמו מסירה דקנייה לענין קנין בלבד להיות האמירה גומרת כמו שגומרת המשיכה או המסירה בהדיוט דדוקא כי נימא דהו"ל כמסירה ממש ליד גזבר הוא דאמרינן דאין שאלה אבל אי לא אמרינן אלא כמסירה להדיוט דהיינו כקנייה דהדיוט שפיר אמרינן דיש שאלה עכ"ל הרשב"א, ובש"ך נדחק לפרש כוונת הרשב"א דהיכי דמסר ליד גזבר דעשה מעשה לא מהני שאלה דלא אתי דבור ומבטל מעשה אבל באמירה לחוד אתי דבור ומבטל דבור ע"ש, ואמנם לשון הרשב"א אין סובל פירושו, דהא הרשב"א דייק דאמירה הוה כמסירה דקנייה ולא כמסירה ממש, דמשמע דההחילוק הוא בעניני המסירה, ולא נזכר גם רמז מסברת הש"ך משום דלא אתי דבור ומבטל מעשה, עוד קשה דאי נימא כסברת הש"ך א"כ אפי' לא מסר ליד גזבר, רק שהקנהו בקנין חליפין או משיכה נמי לא מהני שאלה משום דלא אתי דבור ומבטל מעשה הקנין, ואילו בש"ס קאמר דוקא תרומה ביד כהן דלא מהני שאלה, ומשמע דכל שלא מסרו לידו אע"ג דעשה קנין ממש, מהני שאלה, אלא ברור אצלי שכוונת הרשב"א יתפרש עפמ"ש הסמ"ע לעיל (סי' ר"ן) שתרי מיני מסירות יש, סתם מסירה הוא שנתנו לידו כדי שיזכה בו בתורת קנין אבל לא שיקחנה מיד אל ביתו, ויש מסירה שנותן החפץ בידו שיקחנו מיד אל ביתו ויזכה בו מיד בזכוי גמור לחלוטין ע"ש שכתב דאפי' במקום דלא מהני סתם מסירה מהני המסירה הזאת, והיינו נמי כוונת הרשב"א דאמירה לגבוה הוי כמו מסירה דקנייה, פי' דלא הוי כמו שמסר לידו לחלוטין ליקחנה לתוך ביתו, אלא כמו שעשה מסירה ע"מ לקנות, ולהכי מהני שאלה, אבל במסר ממש ליד גזבר שיקחנו לחלוטין כיון דיפה כחו כ"כ לא מהני שאלה, וזה ברור למדקדק בדבריו, ועיין עוד במרדכי (ב"ק פ' שור שנגח דו"ה) דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט אין הפירוש כמסירה דוקא אלא כמו דבר דמהני לקנין באיזה אופן שהוא ע"ש.

**סימן רנו**

סעיף ב **במחבר** אעפ"י שאין מתנה זו כלום זכה הבן במנה של יתומים, עיין בט"ז ובקצוה"ח מה שהקשו בזה ועיין בחדושנו לעיל (סי' ע"ה סעיף ט') מה שכתבנו שם.

**סימן רנז**

סעיף ה **במחבר** וקנין פירות אינו קנין הגוף, עיין בקצוה"ח שהביא לקושית התוס' (ניטין ס"פ השולח) בהא דאמרו שם בגמרא אי לאו דא"ר יוחנן קנין פירות כקנין הגוף לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש דא"ר אסי א"ר יוחנן האחים שחלקו לקוחות הם ומחזירין

זה לזה ביובל ואס"ד לאו כקנין הגוף לא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד כו'. וא"כ אנן היכי מצינן ידינו ורגלינו כיון דקיי"ל כריש לקיש דלאו כקנין הגוף וקיי"ל נמי דאחים שחלקו לקוחות הם, וכקושית התוס' הקשו המפרשים גם על הרמב"ם שפוסק כר"ל דמוכר שדהו בזמן שיובל נוהג מביא ואינו קורא (פ"ח מהלכות בכורות), ואילו בפי"א (הלכות שמיטה ויובל) פסק דאחים שחלקו מחזירים זל"ז חלקו ביובל, וא"כ היאך מצא הרמב"ם ז"ל לידיו ורגליו ע"ש ואמנם המעיין בלשון הרמב"ם יראה מה גדול כחו להשכיל ולתקן במלות אחדות כל קושיתם. דז"ל שם בהלכות שמיטה ויובל האחים שחלקו כלקוחות הם ומחזירין זל"ז חלקן ביובל לא תבטל חלוקתן מכמות שהיתה וכן הבכור והמייבם אשת אחיו מחזיר ביובל חלק שנטל ונוטל החלק שכנגדו עכ"ל. הרי שדייק להוסיף ולכתוב דאע"ג שמחזירין זה לזה ביובל אבל אין זה כלוקח ממש שחוזר שדהו ביובל והמכירה נתבטלה לגמרי, אלא הכא באחים דאם כי בזה הם כלקוחות שמחזירים זל"ז, אבל בכל זה חלוקתם לא נתבטלה מכמות שהיתה, ואין מחזירין כ"א לקיים מצוות חזרה ביובל אבל שוב חוזרים ונוטלים אותן החלקים הראשונים שנטלו מעיקרא, ואם כי דברי הרמב"ם בזה צריך טעמא מהיכן יצא לו כן. אבל יהיה איך שיהיה טעמו בזה, מ"מ לדינא הלא שפתיו ברור מללו כי החלוקה לא תתבטל ונשארו כל אחד בחלקיהם שחלקו לעולם ולצמיתות, וא"כ ודאי שמביאין וקורין כיון דגוף השדה נשאר כל אחד אצלו לצמיתות וזה ברור.

**אמנם** בעיקר דברי הרמב"ם במ"ש לא תבטל חלוקתן מכמות שהיתה, כבר האריך בס' ברכת הזבח (פ"ז דמס' ערכין) לתמוה עליו מהיכן יצא לו כן והאריך וסיים שהדברים שקולים עד יבוא מורה צדק. ולא אכחד תחת לשוני כי כשאני לעצמי אחשוב שדברי הרמב"ם הוא ש"ס ערוך ומפורש, אלא שבלשון הרמב"ם נלקה במוקדם ומאוחר, ודבריו הללו נכתבו שלא במקומם קצת, והוא דבמס' בכורות (דף נ"ב) על מה שא"ר יוחנן האחים שחלקו לקוחות הם ומחזירים זל"ז ביובל, מותיב עלה רב הושעיא ואלו שאינם חוזרים ביובל הבכורה, א"ל ר' אלעזר מאי אין חוזרין אין חוזרים לבטלה, ופרש"י שהוא מאבד בכורתו אבל חוזרים וחולקים ונוטלים פי שנים כבתחלה, הרי להדיא בש"ס דחלק בכורה אינו חוזר לבטלה ונוטלים כמו שהיתה קודם חלוקה, ואילו בלשון הרמב"ם שהבאתי לעיל כשהזכיר את הדין דהבכור והמייבם מחזירים ביובל, לא הזכיר כלל את הדין העקריי המפורש בש"ס דאינו חוזר לבטלה. והפלא ופלא אתמה על כל מפרשי הרמב"ם ששתקו על תמיה עצומה כזאת, ולי נראה ברור שזהו באמת מ"ש הרמב"ם לא תבטל חלוקתן מכמות שהיתה אלא שנכתבו שלא במקומם. דהדברים הללו נצרך היה

להכתב בתר דין דבכור ויבם, והכי צ"ל וכן הבכור והמייבם את אשת אחיו מחזיר ביובל חלק שנטל ונוטל החלק שכנגדו ולא תבטל חלוקתן מכמות שהיתה, דהוא דין דש"ס בכורות הנ"ל דאין חוזרים לבטלה, ושמא באיזה טעות נכתבו דברים הללו קודם, ולפ"ז נדחה מה שכתבתי מראש בישוב דברי הרמב"ם, דעל חלק פשוט י"ל שפיר דבטלה חלוקתם לגמרי, וחוזרים ונוטלים חלקים אחרים, וממילא לא היה להם מתחלה כ"א קנין פירות בקרקע ויוחזר הקושיא על הרמב"ם, אם לא שנאמר דמשו"ה כתב הרמב"ם דין זה דלא נתבטלה החלוקה באמצע בין דין דפשוט לדין דבכור להורות שקאי על שניהם, ומפרש דהאי אין חוזרין לבטלה. לא הוי הכוונה רק על חלק בכורה מה שנוטל פי שנים. אלא יפרש דגם עצם החלוקה לא נתבטלה ונוטלין שוב אותן החלקים הראשונים כמו שנטלו מקודם, ורק מחזירין בכדי לקיים מצוות יובל, וא"כ הוה"ד בחלק פשוט נמי אמרינן הכי, ולפ"ז מ"ש הרמב"ם דלא נתבטלה חלוקתן הוה דין המפורש בש"ס ומיושב הקושיא שהרעישו עליו. ואולי מקום הניחו לי בזה להתגדר

**ואכן** למי שיתעקש לומר דרחוק לפרש דהרמב"ם נתכוון לש"ס הנ"ל, נמי יש למצוא טעם נכון על מ"ש הרמב"ם דלא נתבטלה חלוקתן, והוא דבחבורנו לגיטין (דף כ"ה) כתבתי להוכיח דעת הרמב"ם במה שכתב דמחזירין, אין זה מדינא, משום דפשיטא לו שודאי אין ברירה, אלא דמספקא לי אם יש ברירה או לא, ולחומרא הוא דאמר מחזירין וכמ"ש בש"ס התם להדיא דאי אשמעינן שדה הו"א דלחומרא, ופרש"י דא"נ מספקא לן נמי אמרינן דמחזירין לחומרא, ואף שדברי ר' יוחנן עצמו שאמר מחזירין הוא מדינא משום דודאי אין ברירה ולא מצד חומרא, מדאמר התם על ר' יוחנן ואזדא לטעמי' דאומר אף אחרון אינו פוסל, ואי מספקא לו הו"ל לומר נמי בגט דאחרון פוסל מיהא מספיקא, אע"כ דאיהו סובר דודאי אין ברירה ולא מצד חומרא, ואפי' לחומרא נמי, אכן כל זה הוא לר' יוחנן דסובר שאף אחרון אינו פוסל, אבל לדידן דקיי"ל כזעירי בגיטין דאחרון פוסל, שפיר אמרינן דבאמת ספיקא הוי אם יש ברירה או לא, ולחומרא הוא דמחזירין וגם פוסל בגט ע"ש שהארכתי בזה בישוב קושית הישׁ"ש על הרמב"ם, ולפ"ז מיושב מ"ש הרמב"ם דלא תבטל החלוקה, כיון דמספקא לן ומספיקא לא נוכל להוציא החלקים מידי האחים המוחזקין, רק שמחזירין מיהא בכדי לקיים המצוה אבל שוב חוזרין ונוטלים אותן החלקים עצמן, וממילא אין מקום קושיא על הרמב"ם, דבשלמא על ר' יוחנן שסובר דמדינא אין ברירה דלדידי' בע"כ תתבטל גם החלוקה, הקשה הש"ס שפיר א"כ איך מצא ידיו ורגליו בבכור, אבל הרמב"ם דסובר דהחלוקה לא נתבטלה ושפיר יש לו קנין הגוף

ויכול לקרות פרשת בכורים, ואם כי מצאתי שהפנ"י בגיטין קדמוני בקצת מן הדברים בכ"ז מפני חביבותא דתירוץ זה לא מנעתי מלכתוב את הדברים בשלימות.

**שוב** הביא הקצוה"ח דקנין פירות דיובל הוה כקנין הגוף טפי ומשום דבשדה יובל רשאי לחפור בה בורות ושיחין וכמ"ש הרמב"ם (פכ"ג מהלכות מכירה) והראב"ד שם דמוכר קרקע לזמן קצוב בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם והיינו נמי דינא דיובל דהו"ל קונה לזמן קצוב וחופר ובונה והורס ע"ש, ולכאורה יש להשתומם על הדברים הללו דהא בירושלמי מפורש ההיפך ממש, דהכי איתא בגיטין בירושלמי פ"ד קנה שדה ביובל ר' אילא אמר קנה קרקע ר' אבא בר ממל אמר לא קנה קרקע מתיב ר' אבא בר מחל לר' אילא על דעתך דאת אמר קנה קרקע יחפור בה בורות שיחין ומערות א"ל התורה אמרה ושב לאחוזתו בעינן, נתבאר מזה דלכו"ע הקונה בזמן שהיובל נוהג אין הלוקח משנה אותו לחפור בורות שיחין ומערות משום דכתיב ושב לאחוזתו, והמ"ל (פי"א מהלכות שמיטה) השיג באמת על הראב"ד והמ"מ מהירושלמי הזה ע"ש, ונ"ל להליץ בעד רבותינו עמודי הפוסקים, דכדבריהם מוכח בסוגיא דגיטין (דף מ"ח), והוא ממה דאמרינן התם דאי איתמר בהא (במוכר שדהו לפירות) הו"א בהא קאמר ריש לקיש משום דכי קא נחית אדעתא דפירי נחית אבל בהא (במוכר שדהו בזמן שיובל נוהג) דכי קא נחית אדעתא דגופה נחית ע"ש, ואי נימא דקונה בזמן שיובל נוהג דומה למוכר שדהו לפירות דאין הלוקח רשאי לשנות בה מאומה, א"כ מאי אדעתא דגופה נחית, הא בגוה אין לו שום קנין ומחויב להחזירה כמו שלקחה ואינו רשאי לשנותה במידי. ומ"ש ממוכר לפירות, הא הכא נמי אין לו בזה כ"א קנין פירות, ולומר דבאמת אין שום נ"מ ביניהם, רק הקונה הוא דטועה ונחית אדעתא דגופה, ודאי שאין סברא לומר דבשביל שאיהו טועה ואסיק אדעתו שקונה גם הגוף יביא בכורים ויקרא ויאמר שקר על האדמה אשר נתת לי, מה שבאמת אינו שלו רק לפי טעותו, אלא ודאי שהכי הוא כוונת הש"ס, דבאמת יש חילוק בין מוכר לפירות למוכר בזמן שיובל נוהג, דבמוכר לפירות שבאמת אין לו בקרקע שום קנין אלא שמשועבדת ליניקת הפירות אבל בגוף הקרקע אין לו כלום ואינו רשאי לשנותה במידי ולא נחית כ"א אדעתא דפירי, משו"ה אינו קורא, אבל במוכר בזמן שיובל נוהג דאדעתא דגופה נחית כלומר שהגוף הוא שלו עד היובל להרוס ולחפור בגוף השדה כאדם העושה בשלו, משו"ה הוא דמביא וקורא, ולפ"ז הרי מש"ס דילן מוכח דמוכר בזמן שיובל נוהג קונה נמי הגוף עד היובל לענין שיהא רשאי לחפור בו, ולא דמיא למוכר שדהו לפירות, וכיון שש"ס דילן חולק על הירושלמי משו"ה פסקו הרמב"ם והראב"ד כש"ס דילן ודו"ק.

**שוב** הביא הקצוה"ח לדברי הרשב"ם (ב"ב דקל"ו) בהא דאמר ר"ל מביא ואינו קורא וז"ל דלהכי מביא משום דכתיב אשר תביא מארצך דארצך קרינן בו. והקשו התוס' דאיך קרינן בו מארצך ומשום קנין פירות א"כ אמאי אינו קורא וליהוי נמי קורא על האדמה אשר נתת לי ע"ש מה שכתב ליישב בדרך רחוק, ובעיני נראין דברי הרשב"ם כפשוטם, דודאי כיון שהשדה משועבדת ליניקת פירות שפיר קרינא בו מארצך ואע"ג שעיקר השדה שייך לחבירו המוכר, מ"מ כיון שגם הוא יש לו היניקה, הרי שלארצך נמי, משא"כ לענין קריאה דכתיב אשר שנתת לי' דלשון לי משמע שרק לו לבד שייך ואין לזולתו חלק בו, דכן משמע הלשון נתת לי, וגם לשון נתת משמע דכמתנה שאין לה שיור הוא, ומשו"ה כיון דעיקר השדה של חבירו לא יוכל לומר אשר נתת לי, ויותר נראה עפמ"ש בב"ב (דף פ"א) מכדי פסוקי נינהו ליקרי ומשני משום דמיחזי כשיקרא, הרי דלענין קריאה קפדינן טפי שאפי' בדבר שהיה יכול ורשאי מן הדין לקרות אפ"ה אינו קורא משום דמיחזי כשיקרא, ולזה י"ל דבעיקר כיון שהשדה משועבדת ליניקת פירות, אשר תביא מארצך קרינן בו באמת ומחויב להביא, רק אפ"ה לקרות כן אינו יכול משום דמיחזי כשקרא אע"ג שבאמת אין זה שקר, רק דמיחזי לאחרים כשקר, והיינו דדייק הרשב"ם דלא מצי למימר אשר נתת לי, כלומר העיקר הוא דלא מצי למימר אע"ג שבאמת מארצך הוא דהוה רק איהו לא מצי למימר בפרהסיא כן משום מיחזי כשקרא וזה ברור.

**שוב** הביא הקצוה"ח לדברי הרמב"ן בחדושיו לב"ב פ' בית כור וז"ל דשאני בכורים דגלי בהו רחמנא קנין פירות מדכתיב ולביתך כו' ומיהו האי טעמא דאמרן דשאני בכורים לא דייק ובפ' יש נוחלין אקשינן והא איפלגו חדא זמנא ולא מפרקינן בכורים שאני וכן בב"מ (דצ"ו ע"א) מייתי ראיה מבכורים לשאלה בבעלים דאשה ובעלה עכ"ל. ובקצוה"ח כתב ע"ז דהא דמביא בב"מ ראיה מבכורים לשאלה בבעלים היינו משום דקנין פירות שיש לבעל בנכסי אשתו יכול לבנות ולהרוס בגוף הקרקע דקנאה לגמרי כל ימי חייה וכמ"ש הסמ"ע בסי' רי"ב ע"ש, אמת שכ"כ הסמ"ע, אכן בש"ס דב"ב (דף נ"א) מבואר להדיא ההיפוך דקאמר התם דאשת איש צריכה למחות בחפר בה בורות שיחין ומערות ע"ש, וכ"כ בחלקת מחוקק (אה"ע סי' ג') כדברי ודו"ק.

**שם** במחבר וקנין פירות אינו כקנין הגוף. פי' שנאמר שלא תהא בקנין הלוקח כלום דהרי הקנה לו הבן דבר שלא בא לעולם קמ"ל דזה אינו דהרי גוף השדה היה של הבן מיד בשעת נתינה אף שנשארו הפירות להנותן אותו קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי כ"כ הסמ"ע. ובחבורנו לב"ק (דף פ"ט) הוכחנו דהיינו דוקא בכה"ג המוזכר בשו"ע כאן

דנתן הגוף להבן והפירות שייר לנפשו דבאופן זה לא נכנס עדיין כלל לתוך רשות הבן. ובכה"ג הוי הפירוש דרק בעל הפירות יש לו קנין הגוף ובעל הגוף אין לו כלל דלא נכנס עוד לרשותו, ומשו"ה לא יוכל למכור דהוי דשלב"ל כיון דאין לו עוד הגוף, משא"כ אם משייר הגוף לנפשו דאז אפי' אי אמרינן קנין פירות כקנין הגוף, היינו שהשני בעל הפירות נמי יש לו קנין הגוף אבל בעל הגוף העצמיי ודאי לא הפסיד הגוף שיש לו מכבר, ובזה האופן אם בעל הגוף מכר מהני לכו"ע דלא מיקרי דשלב"ל כיון דיש לו הגוף וכמו דאשה מוכרת נכסי מלוג לכשתתאלמן כמבואר בב"ק שם ושם הארכתי.

**סימן רנח**

סעיף ב **ברמ"א** והא דאמרינן זמנו של שטר מוכיח היינו בכותב לו לאחר מיתה אבל בכותב לו לאחר שלשים יום אין אומרים זמן של שטר מוכיח כו'. והטעם הוא כמ"ש הטור דבשלמא הכותב נכסיו לאחר מותו כיון שהמיתה מבררת הזמן מה צריך לכתוב שום זמן בשטר על כרחך להקנות לו מאותו זמן קמכוון אבל היכא דצריך לכתוב הזמן בשטר כדי לברר מאימתי מתחילין השלשים יום אין לומר זמנו של שטר מוכיח, ודין זה הופסק כן להלכה בלי שום מחלוקת, רק המ"מ חולק על זה, ולענ"ד דין זה צריך ביאור, דלכאורה אשלי דברב פליגי בזה וכמו שנבאר. דהנה בגיטין (דף ע"ב) קאמר והתנ ה"ז גיטך אם לא באתי מכאן עד י"ב חדש כו' ותני עלה רבותינו התירוה להנשא. והנה כפי האמור נאמרו הך דרבותינו על הך בבא דאם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש, ואילו בירושלמי דגיטין נאמרו הך דרבותינו על הרישא דמתני' דהתם דאם מתי ולאחר מיתה, ובכדי לבאר יסוד פלוגתת התלמודין נקדים מ"ש רש"י בריש מס' כתובות בטעם דרבותינו דסברי זמנו של שטר מוכיח, ובד"ה דלמא כתב וז"ל דאי לא משוה גיטא עד י"ב חדש למה כתב יום כתיבת הגט בתוכו לכתוב אם לא באתי לר"ח פלוני יהא גט עכ"ל, ומה שמסיים, לכתוב אם לא באתי לר"ח פלוני, אין בו צורך לכאורה, אבל כוונתו מבואר דמיישב בזה הקושיא שקשה בעיקר הטעם דר' יוסי דסובר זמן של שטר מוכיח, ומשום דלא לחנם נכתב זמן דהאידנא וכמ"ש רש"י שם, והא כיון דגט בלא זמן פסול לכתחלה לגרש בו, וא"כ איכא למימר דנכתב זמנו כדי שיהא כשר לכתחלה, ולזה כתב רש"י דאכתי לא היה צורך לכתוב זמן דהאידנא. דאם לא היה כותב אלא זמן דחלות הגט דהיינו לאחר כלות הי"ב חודש נמי הוה זמנו בתוכו. ומדכתב נמי ליום כתיבת השטר בע"כ שכוונתו שתתגרש מהיום, ועיין במהר"ם שי"ף בכתובות שמיישב בזה נמי לקושית התוס' שם בד"ה דלמא על מה דאמר התם בגמרא דאם לא באתי מכאן עד י"ב חדש לאפוקי מרבותינו קאתי, והקשו התוס' אמאי לא שמעינן מרישא דמתני' מהך דאם

מתי לאחר מיתה לאפוקי מרבותינו, וע"ז תי' המהר"ש דמדרישא אין ראיה דאף שכתוב בו זמנו אין מוכיח שכוונתו לגרשה מהיום דהא איצטריך למכתב זמן בכדי שיהא כשר לכתחלה, ולא היה אפשר לכתוב זמן כשימות דמנא ידע מתי ימות ובכה"ג גם רבותינו מודים דאין אומרים זמנו מוכיח ע"ש, ונתבאר אפוא שיטת רש"י, דבהך דאם לא באתי מכאן עד י"ב חדש, שקוצב זמן לחלות הגט מסתבר יותר לומר זמנו מוכיח, מהך דמהיום ולאחר מיתה שלא קצב לו זמן ידוע כ"א לאחר מיתה סתם. וזהו דלא כשיטת הרמ"א כאן, ואמנם בשיטת התוס' מדהקשו שם בכתובות דגם הרישא דמהיום ולאחר מיתה נמי לאפוקי מרבותינו, אפשר לומר דסברי כשיטת הרמ"ה שהביא הרמ"א דהסברא הוא להיפך דבאינו קוצב זמן ידוע כ"א כותב לאחר מיתה, מסתבר יותר לומר זמנו מוכיח, דכיון שהמיתה מבררת הזמן, מה צורך לכתוב שום זמן בשטר וע"כ להקנות לו מאותו זמן קמכוון, משא"כ בקוצב ומברר זמן דחלות הגט דהיינו לאחר כלות הי"ב חדש הלא צריך לכתוב גם זמן דהאידנא בכדי לברר מאימתי יתחילו הי"ב חדש, לכך אין לומר בזה זמנו של שטר מוכיח. ואנכי הבאתי סמוכין לשיטה הזאת מהא דאמרו בכתובות שם דלמא לאפוקי מדרבותינו דסברי כר' יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח, ויש להבין למה לא קאמר לאפוקי מדר' יוסי עצמו, ומכאן ראיה דהעיקר כשיטת הרמ"ה דר' יוסי עצמו דוקא במהיום ולאחר מיתה סובר דזמנו מוכיח, אבל בקוצב זמן לא אמרינן הזמן מוכיח משום די"ל דהוצרך לכתוב זמן דהאידנא בכדי שנדע מתי יכלו הי"ב חדש, ורבותינו סברי להתיר אפי' בקוצב זמן וכמ"ש הב"ש (אה"ע סי' קמ"ד סק"ד), ולפ"ז מתני' דאם לא באתי עד י"ב חדש, דקצב זמן, לא מצי אמר דלאפוקי מדר' יוסי קאתי, דבכה"ג גם ר' יוסי מודה דלא אמרינן זמנו מוכיח והוכרח לומר לאפוקי מדרבותינו, ולזה שפיר הקשו התוס' דאם רבותינו סברי בהך דאם לא באתי עד י"ב חדש דקצב לו זמן דאמרינן זמנו מוכיח, כ"ש דסברי הכי ברישא דמיירי בלאחר מיתה, וא"כ למה לא שמעינן מרישא לאפוקי מרבותינו, אכן באמת גם לסברת הרמ"ה אין מקום לקושית התוס', דנהי שזה ודאי דלסברא זאת גם הרישא מפיק מדרבותינו, בכ"ז בחר הש"ס לומר הכי בסיפא, להורות שרבותינו גם בכה"ג דמיירי בסיפא, דהיינו בקוצב זמן, נמי סברי דזמנו מוכיח, ואי הוה שמעינן מרישא הוא דרבותינו לא פליגי כ"א בלאחר מיתה, אבל בלאחר י"ב חודש כיון דקצב זמן, גם רבותינו מודים דלא אמרינן זמנו מוכיח. ועכ"פ ממה שכתבנו נתבאר לנו שבדין דרמ"א מחלוקת רש"י ותוס'. דלרש"י בקוצב זמן מסתבר יותר לומר זמנו מוכיח מבלא קצב ודלא כהרמ"א. ורק התוס' סוברים כשיטתו של הרמ"א וכמ"ש.

**ומעתה** י"ל דיסוד פלוגתתם של רש"י והרמ"ה בהררי קדש ושני התלמודים פליגי בסברא הזאת, דש"ס דילן סובר כסברת רש"י שדוקא בקוצב זמן אמרינן זמנו מוכיח. ולא בלאחר מיתה, ולכן סמכו להך דרבותינו דוקא על בבא דאם לא באתי מכאן עד י"ב חודש, להורות שדוקא בכה"ג דמיירי בבבא זאת, בקוצב זמן ידוע, סמכו רבותינו להתיר. משום דבזה אמרינן זמנו מוכיח דאם לא היה כוונתו לגרש מעכשיו, לכתוב אם לא באתי לר"ח פלוני, אבל בהך דמשנתינו מהיום ולאחר מיתה כיון דאינו קוצב זמן ידוע. גם רבותינו מודים דלא אמרינן זמנו מוכיח. וגם לדידהו אינו גט, ואמנם הש"ס ירושלמי סובר כסברת הרמ"ה. משו"ה סמכו להך דרבותינו על משנה דמהיום ולאחר מיתה, להורות שדוקא בכה"ג דאינו קוצב זמן סברי רבותינו דזמנו מוכיח, אבל בהך דאם לא באתי עד יב"ח, דקוצב זמן, גם רבותינו לא ס"ל להתיר, דבכה"ג גם הם מודים דלא אמרינן מנו מוכיח, ולא כמ"ש בשם הב"ש דרבותינו אפי' בכה"ג סברי זמנו מוכיח, או שיש לומר להיפך דש"ס דילן סובר כהרמ"ה דבלאחר מיתה מסתבר יותר לומר זמנו מוכיח, ולכן אם הזכירו להך דרבותינו על משנה דמהיום ולאחר מיתה הו"א דדוקא בכה"ג ס"ל דזמנו מוכיח, אבל בהך דאם לא באתי עד יב"ח דמיירי בקוצב זמן גם רבותינו סברי דאין אומרים זמנו מוכיח, משו"ה הזכירו זה על בבא דאם לא באתי עד יב"ח להורות שאפי' בכה"ג דקוצב זמן נמי סברי רבותינו להתיר, וש"ס ירושלמי סובר כרש"י דבקוצב זמן מסתבר יותר לומר דזמנו מוכיח, ואי הוה תני להך דרבותינו על בבא דאם לא באתי עד יב"ח הו"א דבכה"ג דמיירי במשנה דמהיום ולאחר מיתה לא ס"ל לרבותינו להתיר. משו"ה הזכירו להך דרבותינו על משנתינו לרבותא שאפי' בכה"ג נמי סברי דזמנו מוכיח, ולעולם רבותינו סברי להתיר בכל אופן, בין בקוצב זמן בין בלאחר מיתה, ורק כל אחד מהתלמודין רבותא קמ"ל, לבבלי הוה רבותא יותר בקוצב, ולירושלמי רבותא יותר בלאחר מיתה, עכ"פ זה יש להוכיח דהתלמודין פליגי בסברת רש"י ורמ"ה, אלא דאי דוקא נקטו אז הבבלי סובר כרש"י והירושלמי כרמ"ה, ואי רבותא נקטו אז הוה להיפך, הבבלי כהרמ"ה והירושלמי כרש"י, דאל"ה אין שום טעם לפלוגתת התלמודין בשינוי המקום להך דרבותינו, ושוב התבוננתי דיש לומר דבעיקר הסברות לא פליגי התלמודין ושני התלמודין יסברו כרש"י דבקוצב מסתבר יותר להתיר מבלאחר מיתה, וטעם שינוי המקום שבין התלמודין יתבאר לנו בשנדקדק עוד שינוי גדול בעצם הלשון בהך דרבותינו בין שני התלמודין. דאילו בבבלי נאמר דרבותינו התירוה להנשא. ובירושלמי הוזכר דרבותינו אמרו ה"ז גט, והנה שינוי הלשון כעין זה נרגיש בין הרישא לסיפא בש"ס דילן גופא. דבמשנה לגבי אם מתי, זה גיטה לאחר

מיתה, נקיט לא אמר כלום, דמשמע שאין בזה אפי' ריח הגט ואפי' חליצה לא בעי, ואילו בסיפא לקמן גבי אם לא באתי מכאן עד י"ב חדש, נקיט אינו גט, דמשמע שרק לחומרא אינו גט וחולצת ולא מתייבמת. וראיתי בחדושי הרשב"ץ שמחמת דיוק הזה כתב באמת דהכוונה הוא כן, דבסיפא דנקט אינו גט, היינו רק לחומרא דחולצת ולא מתייבמת, ולאפוקי מדרבותינו דקאמר ע"ז בכתובות, היינו משום דהם התירוה להנשא אפי' לכתחלה ע"ש שמיישב בזה לקושית התוס' שם, והכי מדויק מאוד לשון רש"י בכתובות, דבד"ה אינו גט כתב ואם אין לו בנים זקוקה ליבם, ובהך דרבותינו פי' התם דהתירוה להנשא בלא חליצה, ודקדוק לשונו מורה להדיא על דברינו הנ"ל, וכ"ז י"ל נמי הנ"מ שבין לשון הש"ס דילן בהך דרבותינו התירוה להנשא, משמע דהוי גט גמור שאפי' חליצה לא בעי, לבין לשון הירושלמי דקאמרי רבותינו ה"ז גט, דמשמע שרק לחומרא הוה גט לענין שאסורה להתייבם אבל חליצה מיהא בעי, ולפ"ז י"ל דבעיקר הסברא סבירא להו לשני התלמודין כרש"י דבלאחר מיתה לא אמרינן כלל זמנו מוכיח כדמוכח לשון המשנה דקאמרה בזה לא אמר כלום, ובקוצב זמן מסתבר יותר לומר זמנו מוכיח וכדמשמע מלשון המשנה שגם התנא דמתני' חשש בזה לומר דהוה גט כנ"ל. וממילא א"ש שינוי המקום בהך דרבותינו שבין שני התלמודין, דאילו ללשון ש"ס דילן דרבותינו התירוה להנשא, ואפי' לכתחלה, לא קבעוה על רישא דמשנה דאם מתו, דמנ"ל לעשות מחלוקת רחוקה כ"כ בין תנא דמשנה לרבותינו, דתצא דמשנה יסבור דלא אמר כלום, ואפי' ריח הגט אין כאן לחוש לחומרא, ורבותינו יתירוה להנשא לכתחלה אפי' בלא חליצה, אע"כ דרבותינו פליגי רק על סיפא דאם לא באתי עד יב"ח, שבזה גם לתנא דידן הוה גט לחומרא, דאסורה מיהא להתייבם, ורבותינו סברי דהוה גט גמור בכה"ג, משא"כ ללשון הירושלמי בהך דרבותינו דאומרים ה"ז גט דמשמע דרק לחומרא הוה גט אבל חליצה מיהא בעי. לא מצי קבע להך דרבותינו על הסיפא דאם לא באתי עד י"ב חדש, דהא בסיפא גם תנא דמתני' שאומר אינו גט, היינו נמי רק לחומרא אבל חליצה מיהא בעי, וא"כ במאי פליגי רבותינו, משו"ה הוכרח לקבוע מקומו על הרישא, דתנא דידן סובר בזה דלא אמר כלום ואפי' לחומרא לא הוי גט כלל, ע"ז פליגי רבותינו וסברי דלחומרא מיהא הוי גט אפי' בכה"ג, ואפשר לי עוד להסביר הדבר ולתת טעם למה שהעליתי בכוונת תנא דמשנתינו דבלאחר מיתה לא הוה גט כלל ואפי' לחומרא נמי, ובאם לא באתי הוה גט לחומרא וחולצת ולא מתייבמת, דהנה לכאורה תמוה מאוד שיטת רש"י דבלאחר מיתה לא אמרינן זמנו מוכיח, דהא עיקר פלוגתא דר' יוסי דסובר זמנו של שטר מוכיח גבי מהיום ולאחר מיתה הוא כמ"ש בב"ב, ועוד שגם טעמו שכתב

דבלאחר מיתה צריך לזמן לברר מתי יחול הגט, הא המיתה עצמה מבררת הזמן, דהיינו שחלות הגט יהיה לאחר מיתה ולמה צריך לברורי מזמני' דשטרא, וצ"ל דסברת רש"י הוא שדוקא בגיטין דכיון דתקון רבנן לכתוב זמן קבוע, והמיתה נהי דמבררת הזמן, מ"מ כיון דאין הזמן קבוע ומסוים, לא הוי כתקון חכמים, דתקון חכמים הוא משום בת אחותו או פירי ולזה בעינן זמן קבוע ומסוים, ועוד דאפי' כשאין בו טעם אסור לשנות בגט ממטבע שטבעו חכמים, ולהכי אמדינן כוונת הבעל, דהזמן שנכתב, לאו לשווי' גיטא מההוא יומא קמכוון, אלא לאכשורי לגיטא שיהיה נכתב כתקון חכמים, אבל כוונתו שיחול רק לאחר מיתתו, ומהזמן אין ראיה דלאכשורי לגט קא בעי וכסברת מהר"ש שהבאנו לעיל, אבל במתנה דלא שייך האי טעמא ורק לבירור הזמן אנו צריכים לידע מאימת חל המתנה. ושפיר אמרינן דהמיתה מבררת והזמן שנכתב בע"כ לאקנויי מהיום, והיינו סברת ר' יוסי שסובר זמנו מוכיח. והנה כל זה הוא בלאחר מיתה דהמיתה עצמה מבררת הזמן אלא שאין זמנה קבוע ומסוים ולכן בממון הוי ודאי זמנו מוכיח, ובגיטין הוי ודאי שאין זמנו מוכיח, דאמדינן דעת הבעל שבודאי רוצה לעשות כתקון חכמים, וכיון שזמן שאין מבורר לא הוי כתקון חכמים, בודאי שכוונת הזמן שכתב לא לגרש מעתה אלא להכשיר הגט שיהי' כתקון חכמים, אבל בקוצב זמן. בזה יפול לנו ספק באומדן דעת של הכותב, כיון שהיה יכול לכתוב זמן לר"ח פלוני, דהוי נמי זמן קבוע ומסוים, ומדכתב זמן דהאידנא הוי דעתו לגרש מהיום, או שמא כתב הזמן בכדי לסמן מתי יחול הזמן די"ב חדש וכסברת הרמ"ה, וכיון שמסופקים אנו בכוונת הבעל להכי דיינינן בו כספק גט דחולצת ולא מתייבמת, קצרו של דבר, בתנאי דלאחר מיתה ליכא גבן שום ספק בכוונת הכותב או המגרש, ולכן בממון ודאי דהזמן דהאידנא לא יועיל מאומה, דלסמן ולברר מתי יחול לא שייך הכא, ובע"כ שהזמן נכתב בכדי להקנותו מהיום ובגיטין הוי ודאי כוונת המגרש לכתוב הזמן בכדי להכשיר את הגט וכנ"ל, אבל בתנאי דאם לא באתי מסופקים אנו בכוונתו ולכן דיינינן בו כספק דחולצת ולא מתייבמת, ואיה"נ דבממון הוי נמי דיינינן בתנאי כזה דהוה ספק לדון בו ככל הספיקות בדיני ממון. ואע"ג דברמ"א כאן מבואר לענין ממון בתנאי דאם לא באתי דודאי אין זמנו מוכיח, היינו לשיטת הרמ"ה דס"ל שזה אין סברא לומר שיכתוב הזמן דר"ח פלוני, ובע"כ צריך לכתוב הזמן דהאידנא בכדי לברר זמן די"ב חדש. ורק בגיטין משום חומרא דגיטין חששו לומר חולצת ולא מתייבמת, ועיין בב"ש (אה"ע סי' קמ"ד ס"ק ד') מ"ש בזה, וכן נמי שארי הראשונים הסכימו דמה דאמרינן בגיטין דחולצת ולא מתייבמת היינו רק משום חומרא דגיטין וכמ"ש הר"ן בס"פ מי שאחזו והמ"מ (פ"ח מהלכות גירושין) ע"ש. ואכן למה שכתבתי

לענין תנאי דאם לא באתי אפשר שאין חילוק בין ממון לגירושין, והא דאמרינן חולצת היינו משום דמסופקים אנו בכוונת הבעל וגם בממון יש לומר כן. וארווחנא ליישב בזה מה שהרעישו התוס' בגיטין וכל הראשונים להקשות מדרב אדרב, דרב פוסק בב"ב כר' יוסי דזמנו מוכיח לגבי מהיום ולאחר מיתה, ואילו גבי גיטין תקן רב לכתוב מיומא דנן ולעלם לאפוקי מדר' יוסי כדמבואר במס' גיטין דפ"ה, ולמה שכתבתי ניחא, דבתנאי דלאחר מיתה קיימינן ולכן בממון הוה ודאי דזמנו מוכיח כר' יוסי ובגיטין הוי ודאי דלא הוי גט וכנ"ל ודו"ק היטב. $$(ציור בספר)$$

## הלכות אבידה ומציאה

### סימן רנט

סעיף א **במחבר** הרואה אבדת ישראל חייב לטפל בה ולהשיבה לבעליה שנא' השב תשיבם, ומלשון הרואה שכתב המחבר דקדק הסמ"ע דמיד שרואה עובר בעשה דהשב חשיבם, ודחה זה משום מה שאמרו בש"ס המתין עד שנתיאשו הבעלים ונטלה ואח"כ מחזירה אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם, הרי דעשה דהשב אינו מוטל משעת ראיה אלא משעת הגבהה ואתי לידו, אכל קודם שהגביה אינו מוטל עליו העשה הזאת ע"ש, וכדבריו משמע נמי מלשון הראב"ד שהובא בשטמ"ק וז"ל המתין עד שנתיאשו וכו' משום לא תגזול ליכא דהא איכא יאוש, ומשום השב תשיבם נמי ליכא שאין לשון השבה אלא בדבר שהוא שלו ונדחה ממנו שיחזירנו לו וזה הואיל וכבר נתייאש בשעה שנטלה לא נתחייב בהשב תשיבם ע"כ, הרי משמע מדבריו דכל זמן שלא הגביה לא נתחייב בעשה דהשב, מיהו עיין בט"ז מ"ש בשם הנמוק"י דדברי הסמ"ע אין מוכרחים. **שם** במחבר ואפי' אם יחזירנה אח"כ כבר עבר כו'. ובש"ס קאמר בלשון זה ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא. ומלשון זה משמע שמדינא אין עליו שום חיוב להחזיר דהא מתנה קרי לה. וקשה טובא דהא בגזילה קיי"ל דלא מהני יאוש, ומצאתי בשטמ"ק שהעיר להקשות כן בשם הראב"ד, ובפשוטו נראה דהא מרא דהאי דינא בע"כ שהוא רבה, ולא כיש גורסין רבא. וכמו שהוכיח הרמב"ן שאם אתה אומר רבא, הא ס"ל בב"מ (דכ"א ע"ב) דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, והיכי משכחת לדידי' לפני יאוש, ורבה הא סובר בב"ק (דף ס"ז) דיאוש בגזילה קונה. וא"כ לדידי' באמת אין מחויב להחזיר, ושפיר קרי לה מתנה, אלא דאכתי יקשה על הרמב"ם שכתב נמי כלשון הש"ס דהוי מתנה, וזה נגד ההלכתא דיאוש לא קנה בגזילה, ואמנם מכאן יהיה ראי' ברורה למ"ש מהרש"ל בב"ק פ' הגוזל בתרא דהעלה בדעת הרמב"ם דסובר נמי כרבה דיאוש קונה בגזילה וכשיטת הרא"ש וע"ש מה שיישב דברי הרמב"ם (פ"א מהלכות גזילה) דלא משמע הכי

ע"ש, ומכאן יהיה סיוע לדבריו דמדקרי מתנה מכלל דמדינא א"צ להחזיר והיינו משום דקני ביאוש וש"מ שס"ל דיאוש קונה.

**שם** במחבר כבר עבר על לא תוכל להתעלם, והנה בש"ס הכי איתא ואע"ג דחזרה לאחר יאוש כו' ואיסורא דעבד עבד, ומשמע דעובר על כל הלאוין דפתח. לא תגזול, לא תוכל להתעלם והשב תשיבם. וכן הבינו כל הראשונים מפשטות לשון הש"ס דעובר על כל הלאוין, ורק משום דקשה להו, הא גזילה הוי לאו הניתק לעשה ולמה יעבור עליו, ומכח זה העלו דו"ש ואיסורא דעבד עבד דלא קאי כ"א אלא תוכל להתעלם בלבד וכמ"ש התוס' (ב"מ דכ"ו) ובשטמ"ק, אכן אין זה מוכרח לנוד מפשטות לשון הש"ס דמשמע דעובר על כולם, וקושיתם יש ליישב, דזה ודאי דגזילה דהכא לא ניתק לקרא דוהשיב, דכיון דגזל הבא ע"י אבידה הוא ניתק לעשה דהשב תשיבם האמור באבידה וכמ"ש בשטמ"ק ע"ש, ועשה דהשב תשיבם לא יוכל לנתק הלאו, דהא ע"כ לא אמרינן לאו הניתק כ"א במקום שא"א לקיימו לעשה כ"א אחרי עבירת הלאו דאז אמרינן שהעשה בא לנתוקי אבל עשה דהשב תשיבם שיוכל לקיימה קודם עבירת הלאו נמי לא באה לנתוקי ללאו והוי לאו שקדמו עשה דלוקין וכמ"ש להדיא במכות (דט"ו ע"ב) ע"ש בסוגיא ובפרש"י. ועוד היה אפשר ליישב עפמ"ש הרמב"ם (פ"א מהלכות תמורה) דעשה שאינה שוה בכל לא תוכל לנתק ללאו השוה בכל ע"ש, וא"כ הכא דעשה דהשב הוי עשה שאינו שוה בכל וכמבואר בב"מ (דף ל"ז פעמים שאתה מתעלם והלאו דלא תגזול הוי לאו השוה בכל ולהכי לא אמרינן שהעשה מנתק הלאו, אלא שהתומים לעיל (סי' צ"ד) חילק דהרמב"ם לא כתב כן כ"א בתמורה שאין שם ניתק גמור דממילא הוא קדוש בלא עשייה, לכך אמרינן היכי שאין העשה שוה בכל לוקין, אבל היכי דהעשה הוא בפועל כגון גבי השבת העבוט א"א שנאמר החזר העבוט ותלקי, ולפ"ז ה"נ גבי השבת אבידה דהעשה הוא בפועל הו"ל לנתק אפי' כשאינה שוה בכל, וגם בלא"ה הרא"ש כתב בב"מ שם דעשה דהשבה הוי עשה דשוה בכל, דגם זקן מחויב כל שבשלו מחזיר ע"ש. ועיין בש"ך ובקצוה"ח שהביא לתי' הרמב"ן, והר"ן בחדושיו השיג על הרמב"ן מכח הסוגיא דמרובה ובחדושנו לעיל (סי' קס"ג) הבאנו לכל הדברים הללו ויישבנו היטב שי' הרמב"ן עיין מה שכתבתי שם בארוכה.

**שם** במחבר נטלה לפני יאוש ע"ד להחזירה ולאחר יאוש נתכוון לגזלה אינו עובר אלא משום השב תשיבם, ורש"י בב"מ שם פי' הטעם וז"ל אינו עובר אלא משום השב, לא תגזול אינו עובר כ"א בשעת נטילה כמו ויגזול את החנית כו' לא תוכל להתעלם אינה אזהרה כ"א לכובש את עיניו כו' עכ"ל, ורבים הבינו מלשון רש"י דלאו דלא תגזול אינו

כ"א דוקא היכא דתחלת לקיחתו הוא בגזילה אבל אם מתחלה בהיתר לקחה שוב ליכא לא תגזול, אבל א"א לומר כן בכוונתו, דלבד שיקשה קושית התוס' דמ"ש משכיר, עוד יקשה בסוגיא דהתם גופא, דמאי קאמר ואחר יאוש נתכוון לגוזלה, לשמעינן רבותא יותר גדולה דאפי' אם גם קודם יאוש נתכוון לגוזלה כיון שמתחלה לקחה ע"מ להחזירה אין עובר כ"א משום השב תשיבם, דלא תגזול ליכא כיון דאינו בשעת נטילה, ולא תוכל להתעלם ג"כ אינו עובר כיון דהגביה מתחלה ע"מ להחזירה ואין שוב מתעלם, ואע"ג דתיכף כשהגביהה מכוון לגוזלה מ"מ כיון שעכ"פ הגביה ולא העלים עיניו, דודאי אין סברא לומר שבכה"ג יעבור על לא תוכל להתעלם, שוב מצאתי בבעה"מ כדברי שאפי' אם לפני יאוש נתכוון לגוזלה כיון שהכניסה לתוך ביתו ע"מ להחזירה כבר נפטר מלא תוכל להתעלם, וכן מוכח מרש"י שעל הרי"ף שלא הזכיר כלל לאחר יאוש ע"ש, וא"כ אי נימא שגם לא תגזול אינו עובר כ"א דוקא כשהלקיחה היה באיסור אבל אם הנטילה בהיתר היתה אינו עובר שוב, א"כ למאי קאמר ואחר יאוש נתכוון לגוזלה, לשמעינן רבותא דאפי' אם קודם יאוש מכוון לגוזלה אינו עובר, אלא ודאי דעל לא תגזול עובר אם קודם יאוש מכוון לגוזלה אע"ג דמתחלה הגביה ע"מ להחזיר והגזילה היתה לא בשעת נטילה, אלא ודאי שכוונת רש"י נמי כפי' התוס', ומ"ש דאינו עובר כ"א בשעת נטילה, היינו היכי דבא ליטלה לעצמו אז יהא בגזילה והוא קודם יאוש וכמו ויגזול את החנית דהתם בשעה שבא לגזול הוי גזל משא"כ אם לאחר יאוש מכוון לגזול, דעתה אין שום איסור ורק משום דמעיקרא אתי באיסור לידו, ע"ז ליכא לאו דלא תגזול, ובשעת נטילה דקאמר רש"י אין פירושו בשעה שמגביה, אלא בשעה שמכוון ליטלה לעצמו ודו"ק.

סעיף ז **במחבר** המציל מהארי והדוב וזוטו של ים כו' הרי אלו שלו, נסתפקתי בהא דקיי"ל הכא דבזוטו של ים ואבודה מכל אדם דמותרת, אם באבידה של קטן נמי אמרינן כן דמותרת, או שמא בשל קטן כיון דלאו בר מחילה הוא אפי' בזוטו של ים נמי אסור, וטעמי צדדי הספק יבואר בדברנו, ולכאורה נראה שזה תלוי במחלוקת הראשונים דפליגי בפירושא דסוגיא (ב"מ דכ"ב ע"ב) דהכי איתא התם א"ל רב אחא ברי' דרבא לרב אשי וכי מאחר דאתותב רבא הני תמרי דזיקי היכי אכלינן להו א"ל כיון דאיכא שקצים ורמשים דקאכלי להו מעיקרא יאושי מייאש מינייהו, יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי, א"ל באגא בארעא דיתמי לא מחזקינן, ושיטת רש"י ותוס' שם הוא דתמרים נמי עבידי דנתרי וידעו הבעלים שנפל, והא דמקשה הני תמרי היכי אכלינן, היינו משום דחזותא מוכיח ולא מייאש אפי' כשידע, והקושיא הוא אפי' לרבא נמי, ורק לחומר האיסור קאמר מאחר דאתותב רבא וכמ"ש רש"י. ומה דמשני דכיון דאיכא שקצים ורמשים מעיקרא

אייאושי, בע"כ הפירוש הוא, דהשקצים ורמשים אכלי להו לאחר שיפלו לארץ ולהכי מייאש, אכן הרשב"א וסיעת הרבה מהראשונים מפרשו, דתמרים מצד עצמן לא עבידי דנתרי, ולזה הקושיא כפשוטו דוקא לבתר דאתותב רבא וקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, היכי אכלינן להו, דהא כיון דלא עבידי דנתרא במקום שאין שם שקצים ורמשים, אבל במקום דשכיח שקצים שהם עולים ומכים בשרשי התמרים והם מתייבשים ונעשים קלים בפני הרוח ועי"ז עבידי דנתרי, ולפ"ז אין כוונת הש"ס דהשקצים אכלי להפירות, אלא דהשקצים יגרמו רק שינתרו ואז יקחום אנשים אחרים, ולא שהשקצים יפסידוהו, ואכן לפרש"י הוי הכוונה דהשרצים יאכלום בתר דנפלי והם יפסידום ויכלום מן העולם זהו המתבאר מתוך פרושי הראשונים, והנה בטעם ההיתר דרש"י דשקצים אכלי להו, כתב בשטמ"ק בשם הראב"ד וז"ל הואיל ושקצים אוכלים אותם חשבינן להו כזוטו של ים מפני שאין כוונת אדם נופלת עליהם עכ"ל, וא"כ כיון שעי"ז דשקצים אכלי להו חשבינן לה כזוטו של ים ואבודה מכל אדם, ואפ"ה פריך בש"ס ע"ז, יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי, הרי משמע להדיא שאפי' באבידה כזו שאבודה מכל אדם דמותרת, היינו דוקא בשל גדול אבל בשל קטן אפי' בכה"ג אסורה, ואמנם כל זה הוא דוקא לרש"י, משא"כ לשיטת הרשב"א וסייעתו דהפירוש כיון דאיכא שקצים, היינו שהשקצים פועלים רק שיחשב עבידי דנחרא וליהוי יאוש מדעת, אבל הם אינם אוכלים ומכלים הפירות מן העולם, וא"כ לא הוי זה כזוטו של ים, וממילא יש לומר שדוקא בכה"ג פריך יתמי מאי, אבל באבודה מכל אדם אפשר שאפי' באבידת קטן נמי מותרת, שוב ראיתי דלא לבד שאפשר לומר כן להרשב"א, אלא שמוכרח לומר כן דאפי' באבידת קטן נמי מותרת, ואפשר שזה גרם לו לנטות בפי' הסוגיא מפרש"י וכמו שנבאר, דהנה בטעם ההיתר דאבודה מכל אדם נחלקו בזה הרשב"א והר"ן וסייעתם. עם רש"י ותוס' ורמב"ם, הרשב"א ודעמי' יפרשו שאין זה מטעם יאוש, דיאוש ילפינן מקרא דשמלה, והתירא דאבודה מכל אדם ילפינן מקרא דממנו, ומטעם שהתורה התירה והפקירה לאבידה כזאת, לא כן הוא שיטת רש"י ורמב"ם דהם יפרשו דאבודה מכל אדם התירא משום יאוש, וקרא דממנו אתא להורות דין יאוש באבידה, דכן כתב רש"י להדיא (ב"ק דס"ו) והרמב"ם (פ"ה מהלכות גזילה), וכן הוא נמי בירושלמי (פ"ב דב"ק), ולפ"ז עיקר חקירתנו דאבידת קטן שאבודה מכל אדם, אסורה או מותרת, תליא בפלוגתתם. דלשיטת רש"י דההיתר הוא מטעם יאוש וממילא קטן דלאו בר יאוש הוא, אבידתו אסורה אפי' בכה"ג, ולשיטת הרשב"א דהטעם הוא מפני שהתורה הפקירתו, פשיטא שאפי' בשל קטן נמי מותרת כיון דלאו משום יאוש הבעלים יבוא ההיתר, ומעתה אפשר לומר דבפירוש הסוגיא דב"מ

שהבאתי, לשיטתם אזלי, דרש"י דסובר דאבודה מכל אדם הוי מטעם יאוש וממילא שבאבידת קטן אסורה. יכול לפרש כפשוטו, דהשקצים אכלי להו ויפסידום ויאבדום מן העולם והוה כזוטו של ים, ואפ"ה מקשה אח"כ יתמי דלאו בני מחילה מאי, דלדידי' אפי' בכה"ג שאבודה מכל אדם נמי אסור בשל קטן, משא"כ הרשב"א שסובר דהתירא דאבודה מכל אדם לאו מטעם יאוש אלא גזה"כ הוא, וממילא שאפי' בשל קטן נמי מותרת דמ"ש, לזה לא יוכל לפרש התם בסוגיא כרש"י דשקצים אכלי להו. דא"כ הוה זה כזוטו של ים, ומאי פריך אח"כ יתמי דלאו בני מחילה מאי, והא בכה"ג דאבודה מכל אדם אפי' בדיתמי נמי שרו, לזה הוכרח לפרש שבאמת בתר דנפלי לארץ לא יאכלום השקצים, אלא דהשקצים יחלישו שרשי גדילתם שבקל יוכלון לפול והוי ובידי דנתרי, וא"כ לא הוה עי"ז כזוטו של ים וכנ"ל. ועפ"ז אפשר נמי למצוא הדרך למה השמיט הטור להך דינא דיתמי לאו בני מחילה, והב"י לקמן (סי' ר"ס) תמה ע"ז, אלא שאין כאן מקומו, ועכ"פ בנדון חקירתנו, אבידת קטן שנאבדה מכל אדם אסורה או מותרת, תליא בזה. לרש"י ורמב"ם אסור, ולהרשב"א ור"ן וסייעתם מותרת.

**ואמנם** באשר שום אחד מהפוסקים לא הזכירו רמז מזה וסתמו לפסוק כאן דאבודה מכל אדם מותרת ומשמע אפי' בשל קטן נמי, ואי כמו שכתבתי דלרמב"ם ורש"י וגם הירושלמי דמפרשי מטעם יאוש בשל קטן נמי אסור, לא הוה שתקי הפוסקים מלהזכיר, ולכן אפשר לומר שאפי' לשיטת הנהו פוסקים דמטעם יאוש הוא, אפ"ה שרי נמי בשל קטן, דהנה בלא"ה קשה לשיטתם דמטעם יאוש הוא, א"כ כל אבידה ששטפה נהר איך מותרת, והא יאוש שלא מדעת הוא, ומצאתי בשטמ"ק שמקשה כן על רש"י, הן אמנם שעל הדין דשטיפת נהר ועל רש"י לחוד לא קשה. דהוא סובר דשטיפת נהר יש לו קול וכמ"ש בב"מ שם (דכ"ב ע"א) אבל מה נענה לכל אבידות שאבודין מכל אדם וכגון הכא דהשקצים אכלי וכדומה שאין להם קול, וכן לירושלמי ורמב"ם אפילו בשטפה נהר נמי הא הוה יאוש של"מ, ואמנם נ"ל לנכון דבכה"ג דהכא דאבודה מכל אדם יהיה מועיל גם יאוש שלא מדעת אפי' לדידן דקיי"ל כאביי דישל"מ לא הוה יאוש, וכמו שנבאר:

דהנה בב"מ (דכ"א ע"ב) בפלוגתא דאביי ורבא איתא הכי, בדבר שיש בו סימן כו"ע לא פליגי דלא הוה יאוש כו' בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר אע"ג דאית בו סימן רחמנא שריא וכו'. וקשה טובא דמה ענין זה למחלוקת דאביי ורבא דפליגי ביאוש שלא מדעת, הא זוטו של ים לאו משום יאוש הוא אלא דרחמנא שריא ומגזה"כ הוא, דהיינו טעמא דרשב"א וסייעתו דסברי דגזה"כ הוא משום דלשון הש"ס דחקתם דקאמר רחמנא שריא ולכן נראה שזה גרם לרש"י לפרש בב"ק (דף ס"ו) דיאוש ילפינן באבידה מהא

דאבידה ששטפה נהר, דל כפי' התוס' (ב"מ דכ"ז) דילפי ליאוש מקרא דשמלה. וכן השיג בשטמ"ק על פרש"י בב"ק דאי מטעם יאוש הא הו"ל יאוש שלא מדעת, ואין לומר דמיירי הכא דידע ששטפה נהר דהוי יאוש מדעת, דא"כ אכתי אין זה ענין למחלוקתם כיון דהכא מיירי בידע ומתיאש, ואכן נראה שסוגיא הזאת דחקתו לרש"י לפרש כן, דאי מטעם דגזה"כ הוא אין זה ענין כלל למחלוקתם, ובע"כ דמטעם יאוש הוא והוי נמי ישל"מ ואפ"ה מהני גם לאביי, וטעם הדבר נראה, דהנה שלשה סוגים יש ביאוש. ישנם דברים אשר מסתמא אינם עומדים ליאוש כגון דבר שיש בו סימן, וישלם דברים אשר גם מסתמא אמרינן שהבעלים נתיאשו אבל אין זה ודאי וברור שיתיאש, רק דמסתמא אמרינן שבכגון זה מסתמא מתיאש, ויש סוג שלישי דידעינן בודאי שיתיאש. וחלוקי הדינים שבין כל הסוגים הללו עיין מה שכתבנו בסמוך. ומעתה נוכל לעמוד על תוכן הפלוגתא דאביי ורבא, דהנה הא דמהני לרבא יאוש של"מ מטעם כיון דידעינן דמייאש לבסוף מהשתא הוא דמייאש, צריך טעם והסבר איך יהיה היאוש למפרע, ורש"י פי' וז"ל מהשתא הוא דמייאש כיון שנפל וכשיודע שוב אין דעתו עליו עכ"ל, וגם טעם זה סתום וחתום, ונראה בכוונתו דהיינו משום דעיקר הטעם דלא מהני יאוש של"מ בדבר שאין עומד להתיאש הוא משום כיון דבשעת נטילה לא זכי דהא אכתי אית לו בעלים, והרי המגביה כיד הבעלים ובנפקד שלהם דמי שאין יאוש מועיל בו. וס"ל לרבא דהיינו דוקא בדבר שיש בו סימן דאין עומד להתיאש, ולהכי כל זמן שלא נתיאש לא פקע שם הבעלים, וממילא הוי כשומר של הבעלים דלא מהני בו שוב היאוש, אבל הדבר דכשידע יתייאש הופקע שם הבעלים עוד משעת נפילה, כיון שכשיודע אח"כ שוב אין דעתו עליו ולא ישוב עוד לרשותו, והרי משעת נפילה נחשב כאינה ברשות הבעלים, וכיון שהופקע שם הבעלים, לא שייך לומר בזה דהוה כשומר של בעלים אחרי שכבר הופקע שמם מזה, ממילא מהני היאוש דלבסוף, ואמנם אביי ס"ל שבדבר כזה שאינה אבודה מכל אדם, ורק היאוש יבוא מצד שאין בה סימן, לא נוכל לומר עוד שודאי יתייאש לבסוף ויוכל היות לפעמים שלא יתיאש ויחשוב שימצא עדים, ואם כי קרוב הדבר שיתיאש, אכן אין נכלל כ"א תחת הסוג "שסתמו ואוש" ולא תחת הסוג "ודאי יאוש" ולהכי לא נוכל לומר שתיכף משעת נפילה אפקע שם הבעלים כיון דאפשר שלא יתיאש גם לבסוף וממילא לא מהני היאוש דבסוף, כיון דקודם היאוש לא הופקע שם הבעלים, הרי נעשה שומר שלהם, ולא איפלגו כ"א בדבר שסתמו להתיאש, אבל באבודה מכל אדם כגון בזוטו של ים שזה מן הסוג ודאי יאוש'. גם אביי מודה דמשעת נפילה הופקע שם בעלים ומהני בו היאוש דלבסוף כיון דלא שייך בזה לומר דנעשה שומר של בעלים, ולפ"ז יתיישב

הסוגיא דהגמרא דרצה לשנות פלוגתא דיאוש של"מ דכל עיקר הטעם דלא מהני הוי משום דנעשה שומר של בעלים וכמ"ש הרמב"ן, והיכי דהופקע שם בעלים משעת נפילה לא שייך זה, ומסתעף דין זה לג' ראשים בדבר שיש בו סימן כו"ע מודו דלא מהני היאוש כיון דאין עומד להתיאש ואכתי שם בעלים עליו ממילא לא מהני היאוש דאח"כ, בזוטו של ים וכו' דהוה ודאי יאוש והופקע שם הבעלים משעת נפילה כו"ע מודים דאפי' יש בו סימן שר"א, כיון דלא שייך בזה לומר דנעשה שומר של בעלים, כי פליגי בדבר שאין בו סימן דהוא מסוג "שסתמו יאוש" ורבא מדמה זה לאבודה מכל אדם וגם בזה הופקע שם הבעלים, ואביי סובר כיון דאין ודאי שיתייאש לא הופקע שם הבעלים משעת נפילה ולכן לא מהני בו היאוש דאח"כ, ועיין ברש"י ד"ה יאוש של"מ, דבר שסתמו להתיאש, הרי שדוקא בדבר שרק סתמא יאוש פליגי ולא בדבר שודאי יאוש, והוא כדברנו דבודאי יאוש גם אביי מודה דמהני יאוש של"מ, וכיון שכן ממילא אפי' בשל קטן נמי מותרת בכה"ג, ואע"ג דהשתא קטן שלאו בר יאוש הוא כיון דלכי גדלי מייאש ולא ישוב עוד לרשותו, נחשב כאילו אינו ברשותו משעת נפילה, וכשמצאו אחר לא מיקרי זה באיסורא אתי לידו ונעשה שומר של בעלים ומהני בו יאוש דאח"כ, אכן עיקר ההיתר הוא היאוש, אבל הכא א"א לומר דאהיתר שיתייאש אח"כ סמכינן דא"כ עד שיגדיל היאך ישתמש בו דהא עכ"פ יאוש בעינן רק שמהני בו יאוש שלא מדעת, והכא דעד שיגדיל ליכא יאוש איך יהיה מותר, ובע"כ דההיתר הוא גם בלא יאוש, וזה אינו לשיטת רש"י דההיתר הוה מטעם יאוש, וי"ל דאפי' קודם יאוש נמי מותר דכיון דודאי יתייאש אח"כ התירה התורה מיד והתורה ליכא התירה משום דמייאש אח"כ וכמ"ש בשטמ"ק (ב"מ כ"ד) ועיין מה שכתבתי עוד בדבור הסמוך מזה.

**ולמה** שכתבתי דבאבודה מכל אדם שרי נמי באבידת קטן אפי' לרש"י א"כ מאי פריך יתמי לאו בני ממילה, כיון דלשיטת רש"י הוה הפירוש דשקצים אכלי להו והוה כזוטו של ים ובכה"ג אפי' בשל קטן נמי שלי, ול"ל דרש"י יפרש דע"י שהשקצים אכלי לא נוכל לחשבו עדיין כזוטו של ים וכאבודה מכל אדם כיון שאין קרוב כ"כ הדבר שיאכלוהו השקצים, ועד שהשקצים יאכלום יקחום אנשים, להכי רק יאוש הוא דהוה משום הכי, אבל לא כאבודה מכל אדם, ודלא כהראב"ד דמחשיב לה עי"ז כאבודה מכל אדם, וראיה לזה מן התוס' בב"מ שם, דהא דעת התוס' הוא כפרש"י דהשקצים אכלי להו וכמבואר בדבריהם, ואי נימא שעי"ז נחשב כאבודה מכל אדם, א"כ מאי פריך יתמי דלאו בני מחילה, הא התוס' הוא דסוברים דאבודה מכל אדם לאו מטעם יאוש הוא, דיאוש ילפינן מקרא דשמלה וכמבואר בדבריהם שהבאתי לעיל, וההיתר הוא מחמת שהתורה

הפקירה, וא"כ לדידהו ודאי הדבר דבשל קטן נמי מותר. אע"כ דע"י דשקצים אכלי לא נחשב משו"ה כזוטו של ים, ועיין מה שכתבנו עוד בחבורנו לב"מ דכ"ב בתוד"ה איסורא. **שם** במחבר הרי אלו שלו אפי' הבעל עומד וצווח, ראיתי לברר בזה הדין באם עומד וצווח באבידה ששטפה נהר ובשארי אבידות אם מהני או לא. מקור הדין הוא בברייתא (ב"מ דכ"ד ע"א) דתניא רשב"א אומר המציל מן הארי כו' ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר וכן המוצא במקום שרבים מצויין הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשים מהם, וכתב הרא"ש דטעם דמפני שבעלים מתייאשים לא קאי כ"א אסרטיא ופלטיא ומקום שרבים מצויים, אבל במציל מן הארי ומכל הנך בלא"ה הרי אלו שלו דנעשה כצווח על ביתו שנפל ע"ש, ונלמוד מדברי הרא"ש דבזוטו של ים כיון דההיתר אינו מטעם יאוש, אלא משום דאבידה כזה לא אסרה תורה, משו"ה אפי' בעומד וצווח לא מהני, אבל ברבים מצויין שם שההיתר הוא מטעם יאוש, אם עומד וצווח שלא נתייאש מהני, ועיין בפלפולא חריפתא שם שהקשה ע"ז מהא דבסוגיא שם גבי שוקי גלדאי קאמר הש"ס והרי עומד וצווח, ומשני דנעשה כצווח על ביתו, הרי דגם שם לא מהני עומד וצווח, וכן הקשה המהר"ם שי"ף, אכן לענ"ד י"ל דהא דקאמר התם גבי זוטו של ים, עומד וצווח, הכוונה שתיכף בשעה שנודע לו שנאבדה עמד וצווח לפנינו שאינו מתייאש. ואפ"ה לא מהני, כיון דאבידה כזה היתירה לאו משום יאוש הוא, להכי אפי' ידעינן ודאי שלא נתייאש ג"כ אין מחזירין לו, משא"כ ברבים מצויין דההיתר הוא מטעם יאוש, להכי אם בשעה שנודע לבעלים ראינוהו שצווח שלא יתיאש מחזירין לו, והא דקאמר גבי שוקי דגלדאי והלא עומד וצווח, הכוונה דעתה כשבא לבקש ע"י הסימן עומד וצווח שלא נתיאש, אבל איך היה דעתו מתחלה לא ידעינן, ולהכי אמרינן דנעשה כצווח וכו', דכיון שמסתמא מיאש לא מהימנינן לו במאי דאמר השתא שלא נתיאש, ורק מטעם חסרון נאמנות הוא, אבל אי הוה ידעינן שהאמת כדבריו שלא נתיאש בשעה שנודע, ודאי שהיה צריך להחזיר לו, ותדע שהכי פירושו, דאלת"ה אלא דמה דפריך והלא עומד וצווח, הכוונה שמתחלה צווח, א"כ מאי קאמר והלא עומד וצווח, וכמלתא דפסיקא דודאי צווח, הכי הו"ל עומד וצווח מאי, דהוה משמע כשואל הדין אם אירע שעמד וצווח, אע"כ דקאי ע"ז דאמר התם בא ישראל ונתן סימן דלא מהני, וע"ז פריך והלא עומד וצווח, פי' דכיון שבא לבקש ע"י הסימן, הרי עומד וצווח בזה שלא נתיאש, דאי מודה שנתיאש מה מועיל הסימן, וא"כ להימנינן לו, ומשני נעשה כצווח על ביתו שנפל, פי' כיון דסתמא להתיאש לא מהימנינן לו במאי דאמר השתא דלא נתיאש. וזה ברור בעזה"י. ועיין בדרישה לקמן (סי' רס"ב) וכ"ה בטור ושו"ע כאן דבזוטו של ים אפי' עומד וצווח לא מהני, ובשארי אבידות כתב

הטעם משום יאוש ולא הזכיר מעומד וצווח, והיינו משום דהתם מהני וכדעת הרא"ש וכמו שבארתי.

**אמנם** ברמב"ם משמע שאפי' בים ובנהר אם עומד וצווח מהני ודוקא מסתמא הוה יאוש, וז"ל הרמב"ם (פי"ד מהלכות גזילה) וכן אם מצא בים ובנהר ובמקום שרבים מצויין ה"ז בחזקת שבעליו נתיאשו עכ"ל, הרי להדיא שפי' דטעם דיאוש קאי על כל הברייתא אפי' על זוטו של ים, ולכן דוקא סתמא הוה בחזקת יאוש, אבל בעומד וצווח לא מהני, ובאשר לכאורה דברי הרמב"ם מתמיהים, דהא בזוטו של ים פשיטא שאפי' צווח לא מהני כיון דהיתירה לאו משום יאוש ומקרא דממנו יליף שאבידה כזה לא אסרה התורה, לכן נבאר מקודם כל פסקי הרמב"ם שיש בענין זה אשר לכאורה סותרים הם זה את זה, ואז נעמוד על הבירור, בפ"ו מהלכות גזילה כתב, המציל מן הארי כו' ומזוטו של ים ומנהר כו' אם ידעינן בודאי שנתיאשו הבעלים הרי שלו ואם לא ידעינן לא אמרינן שמסתמא נתיאש ע"כ, והראב"ד שם כתב ע"ז שדברי תימה הם, כוונתו דהא בזוטו של ים אפי' צווח לא מהני, והרמב"ם כתב שאפי' בסתמא לא אמרינן שמתיאש, והמ"מ מתרץ דהרמב"ם פוסק בזה כפשוטו דברייתא של רשב"א דהטעם הוא משום יאוש, וכפשוטו דקאי על כל הדינים המוזכרים בברייתא ולא כהרא"ש ע"ש. ומתפלא אנכי על דברי המ"מ הא בברייתא קתני מפני שנתיאשו, ומשמע שגם בסתמא אמרינן דנתיאש, דלא קתני אם נתיאשו דהוה משמע דידעינן בודאי שנתיאשו, וא"כ הרמב"ם דפי' שדוקא בידעינן שמתיאש ולא בסתמא, הוי זה נמי דלא כברייתא דרשב"א.

**והנה** לבד אשר פסק הרמב"ם הנ"ל הוא גם נגד הברייתא דר"ש בן יהוצדק דיליף לשטפה נהר מקרא דממנו, א"כ און זה כלל מטעם יאוש ואפי' צווח לא מהני, עוד סותר הוא דברי עצמו, דבפי"א מהלכות גזילה כתב מצא בים ובנהר שאינו פוסק הרי שלו שנאמר אשר תאבד ממנו יצתה זו שאבודה מכל אדם ובודאי נתיאש, הרי גם הוא הביא ברייתא דר"ש בן יהוצדק ופסק כוותה דבודאי נתיאש, ואמנם לסתירת שני פסקי הרמב"ם הללו יש לתרץ עפמ"ש הר"ן בחדושיו שהקשה בברייתא דשטפה נהר אם הבעלים מתיאשים הרי שלו, ומ"ש מברייתא דר"ש בן יהוצדק דשטפה נהר יליף התם מקרא דממנו דמותרת לגמרי ותי' דברייתא דר"ש בן יהוצדק מיירי בשטפה נהר שאינו פוסק וא"כ הוה אבודה מכל אדם, דזה ילפינן היתירה מקרא דממנו, ובריתא דשטפה נהר המובא שם בדף כ"ב מיירי בנהר הפוסק וכגון שיש עקולי ופשורי המעכבים את האבידה ובאופן זה לא הוה אבודה מכל אדם, ולכן בעינן דוקא דידעינן שנתיאש, וכשתדקדק בלשון הרמב"ם תראה להדיא שנתכוון לפסוק כשני הברייתות וכפי' הר"ן, דבפ"ו כתב סתם ים ונהר,

ולא הזכיר שאינו פוסק, נתכוון להורות בזה דין הברייתא דשטפה נהר המבואר שם דף כ"ב, ולכן כתב דבעינן ידעינן דמתיאש וכמו דאיתא שם בברייתא לגרסת התוס', אם נתיאשו הרי אלו שלו, דלשון זה משמע דוקא הידעינן דמתיאש, ובפי"א כשהביא לדין דאבודה מכל אדם, דייק לכתוב ביה ובנהר שאינו פוסק, וא"כ הוה אבודה מכל אדם, וזה ילפינן מקרא דממנו להתיר בכל גוונא, ועיין בלח"מ פי"א שכ"כ מדעת עצמו, ולמה שכתבתי מקור הרמב"ם הוא משני אלו הברייתות המובאות בש"ס וכנ"ל.

**אמנם** אכתי לא העלינו ארוכה לתרץ סתירת פסק הרמב"ם השלישי המובא בפי"ד שהבאנו לעיל, דכתב שם מצא בים ובנהר ובמקום שרבים מצויין ה"ז בחזקת שנתייאש ואפי' לא שמעינן דמייאש, הרי משמע שבסתמא הוה יאוש ובצווח דלא מייאש לא מהני, והיכי מיירי אם בנהר שאינו פוסק כיון דיליף מקרא דממנו, אפי' בצווח לא מהני, ואם בנהר הפוסק, הרי בעינן דוקא דידע ומתיאש וכמ"ש בפ"ו הנ"ל. ואע"ג דבפי"א כשהביא ברייתא דאבודה מכל אדם, סיים הטעם דידעינן בודאי דמיאש, ומשמע שסובר דטעם דאבודה מכל אדם הוה נמי מטעם יאוש, וא"כ נוכל לומר שדוקא מסתמא מייאש ובעומד וצווח לא מהני והוי זה כפסק דפ' י"ד, אכן כשתדקדק היטב א"א לומר כן, דבפי"א כתב "בודאי נתיאש" והכא כתב בחזקה שנתיאש, ומסתמא מתייאש. ועוד דשם כתב להדיא בנהר שאינו פוסק, ובפי"ד לא הזכיר מזה ומשמע דמיירי בנהר הפוסק, וא"כ אמאי הוה יאוש בסתמא. ולכאורה מבוכה רבה בפסקי הרמב"ם וקשה לצאת מן המצר.

**אמנם** באמת דברי הרמב"ם מזוקקים ויש לכל דין מקור מן הש"ס דאותן הסתירות אשר מצינו בפסקי הרמב"ם נמצא ג"כ בש"ס גופא, דבש"ס נמצא הנהו שלשה פסקים וכתובים ג"כ כלשון הרמב"ם ממ"ש, דבב"מ (דף כ"ב) מביא הברייתא דשטף נהר קורות כו' אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו, כגרסת התוס', ובמס' ב"ק (דף קי"ד) תנן נמי כהאי לישנא, המציל מן הנהר אם נתיאשו הבעלים כו', מלשון זה משמע שדוקא בידעינן דודאי מייאש אבל בסתמא לא אמרינן דמייאש, ואכן בברייתא דרשב"א שם (דף כ"ד) קאמר בזה הלשון, מפני שהבעלים מתיאשים, שלשון זה משמע דגם בסתמא אמרינן דמייאש מפני שחזקתן להתיאש. וכפשוטו דברייתא דטעם זה קאי על כל האמור בברייתא גם על המציל מים ונהר, והרי מברייתא זאת שמעינן דבסתמא נמי מייאש, ובברייתא השלישית, היינו ברייתא דר"ש בן יהוצדק שם בדכ"ב דיליף לשטפה נהר מקרא דממנו, משמע שאפי' בעומד וצווח נמי לא מהני, וא"כ הני תלתא ברייתות סותרות זו את זו, ופסקי הרמב"ם מכוונים ממש כפסקי הברייתות, והרמב"ם ז"ל נחית לתרץ ברייתות הללו ומזה הוציא פסקי דינין, דברייתא דשטף נהר קורות וכן מתני' דב"ק

דנקיט התם בלשון "אם נתיאשו" לא קשה עם ההיא ברייתא דר"ש בן יהוצדק דיליף מקרא דממנו, שזה יתרץ כתי' הר"ן דהא דיליף מקרא דממנו, היינו דוקא בים ונהר שאינו פוסק דהוה אבודה מכל אדם, בזה ילפינן מקרא דממנו, ובריייתא דשטף מיירי בים ונהר שפוסק, שאינה אבודה מכל אדם, משו"ה בעינן דוקא בידע דמייאש, והכי דייק הרמב"ם בלשונו, דבפ"ו כאשר פסק דבעינן ידע ומייאש, לא הזכיר שאינו פוסק, ובפי"א כאשר הביא ברייתא דר"ש בן יהוצדק דיליף מקרא דממנו, דייק לכתוב ים ונהר שאינו פוסק, ומה שמסיים הטעם דבודאי נתיאש, אע"ג דיליף מקרא. ואילו מטעם יאוש א"צ קרא וכהוכחת הר"ן שנביא בסמוך, ס"ל לרמב"ם דבאמת טעם התורה גופא שהתירה אבודה מכל אדם הוי מטעם יאוש ואפ"ה צריך לקרא לזה גופא לאשמועינן דין יאוש באבידה, דהרמב"ם ס"ל כהירושלמי דיאוש גופא מהאי קרא יליף ודלא כהתוס' בב"מ (דף כ"ז) דיאוש יליף משמלה, או שי"ל דאי לאו קרא הו"א רק דמסתמא מייאש, אבל אם עומד וצווח דלא מייאש מהני נמי, וכמו בכל האבידות שעומדים מסתמא בחזקת יאוש, אי עומד וצווח מהני, להכי כתב קרא דאבודה מכל אדם ודאי שנתיאש ואפי' עומד וצווח לא מהני משום דלא מהימנינן לו בזה שיצווח שלא יתייאש, אלא אמרינן שבלבו ודאי מתיאש, ורק לפנים הוא צווח, והיינו מ"ש הרמב"ם כאן שבודאי נתיאש, פי' ולא מהימנינן לי' תו אפי' אם צווח דלא מתיאש, הרי שני ברייתות הללו מתורצות, וגם הפי' שיפרש דאבודה מכל אדם הוה מטעם יאוש יש לזה מקור מן הירושלמי כנ"ל וגם רש"י ס"ל כן (ב"ק דס"ו) ע"ש.

**ואכתי** נשאר לתרץ ברייתא דרשב"א בדף כ"ד שם דקת. מפני שהבעלים מתיאשים, ובע"כ שברייתא זאת מיירי בנהר הפוסק דלא הוה אבודה מכל אדם, דבאבוד מכל אדם אמרינן דודאי נתיאש, ולא מיבעי לפי' הר"ן דהיתירה דאבודה מכל אדם לאו מטעם יאוש הוא, ודאי דברייתא זאת לא מיירי באבוד מכל אדם, ואפי' לשיטת הרמב"ם דגם באבוד מכל אדם הוה מטעם יאוש אפ"ה לא נוכל לומר דברייתא מיירי באבוד מכל אדם, דבאבוד מכל אדם הוה ודאי יאוש ואפי' בעומד וצווח לא מהני דלא מהימנינן לו, ובברייתא קתני מפני שהבעלים מתיאשים. ומשמע שרק מן הסתם אמרינן כן, וא"כ ע"כ דברייתא זאת מיירי בנהר הפוסק דלא הוה אבודה מכל אדם, וא"כ יקשה דמ"ש מברייתא דשטף נהר קורות אמרינן אם נתיאשו, שמשמע דוקא בדידעינן דמייאש, והכא אמר שגם בסתמא מייאש. ופשר דבר הזה ילפינן משינוי לשון הרמב"ם בשני אלו ההלכות. דבפ"ו כאשר העתיק דין דברייתא דשטף נהר דבעינן אם נתיאשו, כתב המציל מן הים. ובפי"ד כאשר העתיק דין דברייתא דרשב"א כתב "מצא" בים ובנהר. ופלא הוא

על הרמב"ם שדרכו תמיד להביא כלשון הברייתא, ובברייתא דרשב"א נכתב בלשון "המציל" מן הים. ורק במקום שרבים מצויין נקט "המוצא". אלא שבזה נתכוון לתרץ שני הברייתות, דהנה אופן ההצלה יוכל להיות בשתי פנים, אופן אחד, שתיכף כשנפלה בנהר יבוא אחד וירדוף להצילה, וגם אפשר שהבעלים היו רודפים נמי להצילה, אלא שזה קדם, ובאופן זה ודאי דלא הוה של המציל כל זמן שלא ידעינן בודאי שהבעלים נתיאשו, אחרי דמזה שלא רדפו הבעלים להציל אין ראיה שודאי נתיאשו, דאפשר שהיו רודפים ג"כ אלא שזה קדם, אופן שני, אם שהה איזה זמן מהשטיפה ונשטף למרחוק ואח"כ מצאו בנהר וירד להציל, בזה שפיר אמרינן שא"צ לידע שנתיאשו בפירוש, כיון שיש הוכחה שנתיאשו דאל"ה היה רודף להציל ולהכי אמרי' שמסתמא נתיאש, ורק ודאי יאוש לא הוה הכא כיון דמיירי בנהר שיש עקולי ופשורי, והנה ההצלה באופן הראשון לא נוכל לכנותו בשם מוצא כיון שגם הבעלים היו כאן ולא נשטף עוד למרחוק. ולשון מציאה אין נופל כ"א כשמצא דבר שנעלם מן הבעלים, ולכך בפ"ו כתב המציל מן הים כו' אם נתיאשו, ודקדק לכתוב "המציל" להורות שמיירי במקום שהציל תיכף כשנפלה וגם הבעלים היו כאן, ואפשר שגם הם בעצמם היו רודפים להציל ולהכי בעינן דוקא בידע שנתיאש. ובפ"ד דכתב "מצא" בים ובנהר, שלשון זה משמע דאחר זמן שנשטף והנהר הוליכו למרחוק מצאו, ולכן אמרינן כיון דבעלים ודאי שידעו מהשטיפה, דהא כל שטיפת נהר יש לו קול וכמ"ש רש"י שם דכ"ב. ומדלא רדפו להציל מסתמא נתיאש. וכך יתפרשו גם הברייתות, דבב"ק מיירי תיכף ולכן בעינן אם נתיאש, והך ברייתא דרשב"א מיירי במציל לאחר זמן, דומיא דמצאו דנקיט בסיפא, ולהכי אמרינן דמסתמא מיאש, והא דלא קתני בברייתא להדיא מצא בים, היינו משום דקתני נמי מן הארי והדוב דלא שייך התם לומר לשון מצאו מן הארי ולכך נקט מציל, אבל באמת מיירי במציל לאחר זמן דומיא דמציאה דסיפא, והכל על נכון, והרמב"ם השכיל מאוד לשנות הלשון בשני ההלכות הללו ודו"ק.

**ולמה** שבארתי יצא לנו הדין דהיכי דאבודה מכל אדם לכו"ע לא מהני אפי' עומד וצווח. ולא מיבעי לשיטת הר"ן ותוס' דהיתירה לאו משום יאוש הוא ודאי דלא מהני הצוויחה, ואפי' לשיטת הרמב"ם שמפרש כהירושלמי דמטעם יאוש הוא נמי לא מהני הצוויחה וכמו שכתבתי דהיינו משום דהכא ודאי מייאש ולא מהימנינן לו בזה שצווח, ובשאר אבידות דהיתירן הוה משום דמסתמא מייאש, אז אי צווח בעת מעשה ואמר דלא נתיאש מהימנינן לו כיון שאין זה ודאי דמייאש, רק שמסתמא אמרינן כן ומשו"ה היכי דצווח מהני, ואמנם אם לא ידעינן דעתו בשעה שנודע לו, רק אח"כ אמר דלא נתיאש

בשעה שנודע לו לא מהימן וכדאיתא גבי שוקי דמואי דנעשה כצווח על ביתו שנפל וכמו שכתבתי לעיל לתרץ קושית הפלפולא חריפתא, אכן כל זה הוא לשיטת הרמב"ם והרא"ש, אבל מהר"ן ורמב"ן לא משמע כן, אלא אפי' בדבר שרק סתמא נתיאש לא מהני עומד וצווח אפי' בעת מעשה, דהנה שם בדף כ"ב דייק הש"ס מברייתא דשטפה נהר דיאוש שלא מדעת לא הוה יאוש, ולפרש"י הוה הדיוק משום דאיסורא דומיא דהיתירא, ואכן הר"ן בחדושיו הביא בשם הראב"ד דלאו משום דומיא הוא, אלא מהיתירא גופא מוכח כן, דהא ודאי דאבודה מכל אדם לא גרע משארי אבידות העומדים להתיאש, ואילו שמעו הבעלים דנשטפו ודאי מייאש וא"כ ל"ל קרא דממנו להתירה, תיפוק לו מטעם יאוש, אע"כ יאוש שלא מדעת לא הוה יאוש, ולכן אי לאו קרא אז היה הדין שהיכי דלא ידעו הבעלים משטיפתו לא הוה של מוצאו, אע"ג דכי ידע מתייאש, מ"מ השתא אכתי לא אייאש, ולהכי צריך קרא לומר דאבידה זו אינה מטעם יאוש אלא התורה התירה ואפקרי' לאבידה כזאת ע"ש, ואי נימא דהיכי שההיתר הוא מטעם יאוש, אם צווח לא מהני, א"כ אכתי איך נוכל למילף מהכא דיאוש שלא מדעת לא הוה יאוש, דלמא יאוש של"מ הוה יאוש ואפ"ה הוצרך קרא לומר שאפי' צווח לא מהני, דאי מטעם יאוש ובלא קרא הו"א דבצווח מהני, להכי איצטריך קרא לאשמועינן שאפי' צווח לא מהני, אע"כ שדעת הר"ן הוא דגם באבידות שהיתירן משום יאוש לא מהני עומד וצווח, דכיון דאמדינן דעת האדם אשר בסבה כזאת ודאי יתייאש, לכן אע"ג שברור לנו שזה האיש לא נתיאש בטלה דעתו אצל כל אדם, אלא שעיקר הוכחת הר"ן נעלם ממני, דהא בלא"ה קשה מנ"ל לר"ן להוכיח מקרא דממנו לענין יאוש של"מ, דלמא יאוש של"מ הוה יאוש וקרא אתא להתיר אבידת קטן, דאי מטעם יאוש, באבידת קטן לא הוי שלו כיון דלאו בר יאוש הוא וכדקאמר בב"מ דכ"ג יתמי דלאו בני מחילה. ואתא קרא לומר שאין זה מטעם יאוש ואפי' באבידת קטן נמי מותר, ובע"כ צ"ל כמו שכתבתי בדבור דלעיל דאפי' אי הוה הטעם משום יאוש נמי שרי באבידת קטן, כיון שאין סופו לבוא עוד ברשות בעלים דאבודה מכל אדם, ולהכי הופקע שם בעלים משעת נפילה, ולא צריכא קרא לזה, א"כ כ"ש דלא צריכא קרא להתיר ביאוש של"מ, דאפי' אי מטעם יאוש שרי נמי בישל"מ מזה הטעם וצ"ע, הדרן לדברנו דבשטפה נהר לא מהני צווח לכו"ע, ובשארי אבידות לדעת הרמב"ם ורש"י ורא"ש מהני צווח מעיקרא, אבל אח"כ צווח לא מהימנינן כדמוכח משוקי דגלדאי, ולתוס' ור"ן ורמב"ן שפי' נמי כהר"ן בהא דלעיל, גם בשארי אבידות לא מהני צווח מעיקרא ומטעם דבטלה דעתו וכנ"ל.

**סימן רס**

סעיף א **במחבר** המוצא בגל או בכותל ישן כו' הרי שלו כו' שאני אומר של אמוריים הם, וכל הראשונים הקשו דלמה לא קנה בעל החצר ע"י חצירו, וביאור דברי התוס' מה שתי' בזה יבואר אצלנו לקמן (סי' רס"ח), והרא"ש תי' דמה שנשאר טמון מן האמוריים לא הוי לאותו שנפל הקרקע לחלקו אלא לכל ישראל ואחר שעמד שם זה הרי הוא כאבוד מכל ישראל והרי הוא של מוצאו, וכ"ת תיקני לי' חצירו לאחר שנתייאשו ישראל, לא עדיפא חצירו מידו דאילו בא לידו קודם יאוש לא קנה הואיל ובאיסורא אתי לידו חצירו נמי לא קנה בכה"ג ע"ש, ביאור דבריו, דהמוצא שפיר יוכל לזכות בה אע"ג דכשמצאו זה לא ידעו ישראל עדיין שיש שלל בכותל זה והוה יאוש של"מ, מ"מ שפיר זכה בה, דזכייתו לאו מטעם יאוש הוא, אלא משום שאבודה מכל אדם והוה כזוטו של ים דהתורה התירה ולאו משום יאוש הוא, ובאבודה מכל אדם קנה נמי אפי' בלא ידעו הבעלים מן האבידה, אכן בעל החצר במה יזכה, אי מטעם דהוה של נכרים ושל אמוריים, ע"ז כתב דבשלל זכו כל ישראל, וא"כ מישראלים צריך לזכות, ואי מטעם דאבוד מכל אדם נמי לא יועיל כיון דבא לחצירו קודם שהי' אבוד ובאיסורא בא לחצירו, זהו המתבאר מתוך פירושו, ונראה מזה ראי' דהרא"ש סובר כשיטת הרשב"א והר"ן שהבאנו בסי' דלעיל דהיתירה דאבודה מכל אדם לאו מטעם יאוש הוא אלא מגזה"כ, דאי כהרמב"ם ורש"י דאבודה מכל אדם נמי מטעם יאוש, גם המוצא איך יזכה הא הוי יאוש של"מ ואכן עיקר דבריו לא זכיתי להבין, דכיון דמה שטמון בגל חשבי' ליה כאבוד מכל אדם, שמפני זה יצא מרשות כלל ישראל, א"כ איך יכלו הכלל ישראל לזכות מתחלה בהן השתא בדבר שהוא שלו אם נעשה אבוד מכל אדם יצא מרשותו, א"כ איך יוכל להכניס לרשותו מתחלה דבר כזה שהוא אבוד מכל אדם, וק"ו כזה הובא ברמב"ם פט"ז מאבידה, והכא לא שייך נמי השגת הראב"ד דשם, וכיון שכן דלכלל ישראל לא הי' כלל זכייה בזה והוה של אמוריים שפיר מצי בעל החצר לזכות בזה, ונהי דהרא"ש כתב דאחר שעמד שם בעל החצר נעשה אבוד מכל אדם ומשמע מזה שקודם לא היה אבוד מכל אדם ושפיר זכו בו כלל ישראל, אכן שתמוה זה דמ"ש קודם שעמד בעל החצר או לאח"כ, דהא מה שטמון בגל חשבי' ליה כאבוד, ובגל הי' טמון עוד מקודם וצ"ע:

**והנה** הסמ"ע ס"ק ב' הביא מ"ש המרדכי בשם רבינו ברוך דלא אמרי' חצירו של אדם קונה שלא מדעתו אלא הפקר גמור אבל לא אבידה אפי' היכא דאיכא יאוש ע"ש ועיין בנה"מ שכתב שאין הדברים הללו הלכה, דהא הרמב"ם והרא"ש והר"ן והתוס' חולקים ע"ז דהא הוציאו מתוך קושי' זאת תירוצים אחרים ע"ש, ואכן לענ"ד יש להוכיח כסברת

רבינו ברוך מסוגי' דב"מ דכ"א ע"ב דפריך על אביי דסובר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מהא דהמוצא מעות בבהכ"נ הרי שלו ואמאי הא לא ידע דנפל, ותמוה לי דאיך עלה בדעת המקשה להוכיח מכאן דישל"מ הוי יאוש, הא אדרבה מברייתא עצמה מוכח דישל"מ לא הוי יאוש, דהא באמת קשה אעיקרא דדינא אמאי הרי הוא של מוצאו ולא קנה החצר להקדש גופא, אע"כ דהחצר לא קנה משום דבחצר נפל ודאי קודם יאוש והוי ישל"מ ולא קנה. וכמ"ש הרא"ש כאן במצא בגל דמשו"ה לא קנה בעל החצר מטעם חצר משום דבחצר הוי יאוש של"מ, ואע"ג דבמצא בגל נאמרו טעמים אחרים, אבל התם לא שייך לתרץ כאותן התירוצים דמ"ש הרמב"ם משום דהוה אבודה מכל אדם וכן תי' התוס' משום דאין הוה להמצא לא שייך כ"א במצא בגל דמצא דבר קטן מאד כגון מחט שאין הוה להמצא, וגם עי"ז הוה אבודה מכל אדם, אבל התם דמצא מעות, ובע"כ דמצא בכיס והוי צרורין, מדכתבו התוס' דמיירי התם שיש בו סימן, ואי איירי במעות מפוזרות, הא לא הוי סימן, אע"כ דהמעות היו צרורין וא"כ לא הוי אבודה מכל אדם, דהא הוה הוא להמצא, וא"כ לא נשאר התם כ"א תי' הרא"ש משום דהוי יאוש של"מ, דאין לומר נמי מטעם דאין חצר להקדש וכמ"ש המג"א באו"ח סי' קנ"ד בשם האגודה, לבד שעיקר הדין כבר השיגוהו כולם והוכיחו דיש יד להקדש, ועיין בקצוה"ח לעיל בסי' ר' ובחת"ס או"ח סי' מ"ד ובתיו"ט פ"ג ממעילה, עוד אפי' אי נימא דאין חצר להקדש, הא בתי כנסיות דידן אין להם דין הקדש וא"כ קשה על המקשה שרצה להוכיח מכאן דישל"מ הוי יאוש, הא מברייתא מוכח להיפך דישל"מ לא הוי יאוש דאל"ה למה לא קנה החצר להקדש אע"כ כסברת רבינו ברוך דבאבודה אין חצר קונה, והנה בתשובת חת"ס יו"ד סי' שי"ח קילס לסברת רבינו ברוך עד שלא רצה גם לצרף לס"ס שמא אין הלכה כמותו, ולכאורה תמוה דהא צדקו דברי הנתיבות מ"ש דהראשונים לא ס"ל כן, ואכן לפמ"ש מסוגי' שהבאתי יש לקיים סברת מהר"ב, ואלא דיש לדחות דשפיר מצינן לתרץ דמשו"ה לא קנה החצר להקדש כמ"ש המרדכי והובא לקמן סי' הס"ח ברמ"א דאין חצר קונה כ"א ביודע במציאה שנפל או דאסיק אדעתיה ולהכי א"ש דלא קנה החצר להקדש כיון דלא ידע הגזבר מהמציאה, ואע"ג דהנתיבות שם השיג על המרדכי כנ"ל אכן בחדושנו לקמן יישבנו זה בארוכה, ועיין בס' ענג יו"ט דבביהכ"נ לכו"ע אין חצר קונה כיון שיש חלק בה גם לקטנים וחרשים וא"כ כשם שהגביהו חרש ופקח אמרי' דמתוך שלא קנה חרש לא קנה פקח, כן נמי בחצר זה שמעורב בו יד החרש לא קנה גם הפקח ולפ"ז נדחה ראייתי מהתם, ועמ"ש בדבור הסמוך מזה:

סעיף ג' **במחבר** לפיכך אם הי' משכיר לאחרים הרי הם של שוכר אחרון והש"ך סק"י הביא לדברי התוס' דאם בעה"ב דר בבית הרי הוא שלו מפני שהוא אחרון ע"ש, אמת שכן כתבו התוס' לפרש דמה שפריך הש"ס שם וניזל בתר בתרא דהיינו בעה"ב, אבל הדבר צריך ביאור דלמה הוצרך לומר דמשו"ה הוי לבעה"ב משום שתלינן דודאי שלו הוא כיון דהוא בתרא והשוכרים כשיצאו כבר חיפשו, ותיפוק ליה דאפי' היה של אחד מן השוכרים נמי צריך להחזירה לבעה"ב משום דקניא ליה חצירו, דכל התירוצים שנאמרו בכל הסוגיא על הקושיא למה לא קנה חצירו לא שייך הכא וכמו שנבאר, דמ"ש בתוד"ה דשתיך דבעל הגל לא קנה ע"י חצר משום שאין הוה להמצא, היינו דוקא כשמצאו טמון בגל או בעובי הכותל, אבל הכא שמצאו בבית הוה הוא להמצא, וגם משתמר הוא לדעת בעה"ב לחוד כיון דלפי' התוס', השכן יצא כבר ולא נשאר כ"א בעה"ב והרי הוא משתמר לדעתו, וא"כ אמאי לא קנה חצירו לבעה"ב, ואי"ל נמי משום דאתי לחצירו קודם יאוש, הא שיטת התוס' דבחצר לא שייך יאוש של"מ כמו שמוכיח הרש"ל בסוגיא דב"מ שם מתוד"ה דשתיך, ואפי' למ"ש הש"ך לקמן סי' רס"ח להשיג על מהרש"ל והעלה שהעיקר דגם בחצר שייך ישל"מ, נראה דהכא כו"ע מודו דלא שייך יאוש של"מ, דהא היסוד דישל"מ הוא משום דתיכף משבא לידו נתחייב בהשבה והוי שומר דבעלים, דלא מהני היאוש ביד שומר, וא"כ היינו דוקא במקום שנתחייב בהשבה קודם יאוש, אבל הכא דמיירי שהחפץ נאבד מאחד מן השוכרים בשעה שדרו בבית, וא"כ נהי דכ"ז שידורו בבית לא יתייאשו מזה וכמ"ש התוס' דאין אדם מתייאש ממה שיפסיד בביתו, אכן גם בהשבה ודאי לא נתחייב כיון דמשתמר לגמרי בתוך ביתו שידור הוא עצמו, וא"כ לא נתחייב כלל בהשבה קודם יאוש ולא מיקרי באיסורא אתי לידו, ושפיר יוכל לקנות ביאוש אע"ג דנפל לחצירו קודם יאוש, ובלא"ה איך שייך בחצר שכבר נתחייב בהשבה הא הבעלים לא ידעו בה עוד וכמ"ש במח"א קנין חצר סי' ה', וא"כ לא שייך בחצר באיסורא אתא לידו, והי' אפשר להוכיח מכאן נמי כשיטת רבינו ברוך שהביא הסמ"ע דחצר אינו קונה דבר אבידה ועמ"ש בדבור דלעיל, אלא דאכתי לרוב מנין ובנין של הפוסקים דלא ס"ל כרבינו ברוך וכמ"ש הנתיבות ס"ק א' צריך ישוב, והי' אפשר ליישב עפמ"ש הש"ך לעיל סי' קצ"ח וסי' ר"ב דאין חצר קונה כ"א היכי שכבר היתה חצירו ואח"כ הכניס המטלטלים לחצירו, אבל אם המטלטלים מונחים מקודם וקניית החצר והמטלטלים באים כאחת לא קנה, והכא כל זמן שהחצר מושכר לשוכר הוי חצירו של שוכר דשכירות ליומא ממכר הוא, ורק אח"כ כשיצא השוכר נתרוקן הרשות לבעה"ב, וא"כ בא המציאה לחצר קודם שהי' חצירו משו"ה לא קנה, ואע"ג דבחדושנו לעיל שם

הוכחתי דלא שייך סברת הש"ך כ"א במקום שדעת אחרת מקנה ולא בדבר הפקר, אכן בזה י"ל שתוס' יסברו כהשטמ"ק דסובר שגם במציאה שייך סברא זו, אלא דאכתי יש לדון בזה עפמ"ש האחרונים דחצר המושכר לאחר מיקרי חצר השותפות בין המשכיר והשוכר שלזה יש קנין פירות ולזה קנין הגוף, וא"כ י"ל דע"כ לא קאמר הש"ך כ"א היכי שאין לו שום קנין בחצר מקודם, וקניית החצר והמטלטלים בא כאחת, זה לא מהני, אבל הכא שקנין הגוף יש לו בחצר מקודם שהי' החפץ, אפשר דיודה דמהני הקנין וכ"ש לשיטת התוס' דגם לענין קנין מיקרי חצר דמשכיר וכמ"ש כאן הש"ך בשמם, וכן מוכח מפירושם בסוגי' ואת דב"מ דכ"ו, והנה יש מקום לומר גם להיפך דכיון דקיי"ל דשכירות ליומי' ממכר וחז"ל נתנו ע"ז לשון מכירה, לפ"ז צריך היה להחשב כל משך השכירות כאילו הוא חצירו של שוכר ממש ואין למשכיר חלק בו, ולא מיבעי לשיטת הראב"ד המובא לקמן סי' שי"ג דלענין קנין הוה נמי של שוכר לחוד מהאי טעמא, אלא דאפי' לשיטת הרמב"ם שם דמשכיר קונה בחצירו אפי' בשעה שהוא שכיר, נראה כמ"ש בתשו' דברי ריבות סי' שכ"ו דודאי למה דקיי"ל שכירות ממכר הוא ליומיה, הוי חצר של שוכר לכל מילי, אלא דהוה כמו שפירש ואמר שלא השכיר לו זכות של קנין ע"ש, ולפ"ז הכא שאין אנו דנין על זכות הקנין, דהא בשעה שהשוכר דר שם בלא"ה לא קנה המשכיר מטעם דהוי חצר שאין משתמר לדעתו, אלא על השם אנו דנין אם נקרא חצירו של משכיר או של שוכר, יש לומר דלא מקרי כ"א של שוכר לחוד, וכ"ש למה שמסיק שם בדברי ריבות דהרמב"ם לא קאמר כ"א בחצר אשר איננו לעיקר תשמישו ולפיכך לא קנה לגמרי כ"א לתשמישיו אבל לא שיזכה לו החצר, אבל בבית שעיקר תשמישו בה הקנה לו לגמרי וביתו זוכה לו, וא"כ בנ"ד דמיירי בבית הוה של שוכר לכל מילי, ומיקרי דהמטלטלין באו קודם ואח"כ החצר, כן היה מקום נמי לומר, אלא שהראשון עיקר, דכיון שעיקר החצר שלו מקודם, רק שהוא משועבד לאחרים כל משך השכירות, ולא בעינן שהמשכיר יקנה החצר אלא שיסתלק רשות השוכר מעליו, ולפ"ז הוה סילוק רשות השוכר וקניית המטלטלים באים כאחת, ולא קניית החצר, והש"ך לא דיבר כ"א במקום שקניית החצר והמטלטלים באים כאחת, וכמ"ש בגיטין דגיטה וחצירה באים כאחד דמהני נמי מהאי טעמא כיון דהחצר היה שלה קודם ולא בעינן כ"א סילוק רשות וכמ"ש החת"ס, ועוי"ל דכיון שהחצר הזה עשוי להשכיר תמיד לשכנים הוי כמי שלא שכיחא שימצא המשכיר והוה כמו דבר שאין הוה להמצא וכמ"ש הרא"ש כעין זה גבי פונדקי, או שי"ל כמ"ש השטמ"ק וראבי"ה הובא ברמ"א לקמן סי' רס"ח דאין חצירו קונה כ"א ביודע במציאה ומסיק אדעתיה, וא"כ הכא שלא ידע ממנה לא קנה ואע"ג

דבחדושנו לקמן שם הוכחנו ודעת התוס' בב"ב דלא כשיטה הזאת, אכן אח"כ קיימתי שגם התוס' יסברו כן והנה תירץ כזה הו"מ התוס' לשנויי גם אההיא דמצא בגל אלא דניחא להו לאורויי עוד דין חדש בקנין חנר ודו"ק:

שם **במחבר** ואם השכירו לג' עכו"ם כו' עיין בש"ך ס"ק י"ב שהשיג על הסמ"ע והביא לדברי התוס' ב"מ שם דבעינן ג' לבד בעה"ב ע"ש שכן כתבו התוס' שם בד"ה לשלשה בני אדם בפחות מג' לא מקרי רוב, והנה כל המפרשים נתקשו מאד בדברי התוס' למה לא סגי בתרי עכו"ם דהווי נמי רובא נגד בעה"ב, והש"ך כתב דרובא דמינכר בעינן, ולענ"ד נראה בפשוטו, דכשאנו דנין לענין לתלות ממי נפל האבידה, בזה אפי' אם אחד מכריע הכף נגד בעה"ב נמי סגי לתלות, דהאבידה פריש מרובא משא"כ כשאנו דנין להחזיק המקום שיהא מקום זה נקרא רבים מצויין שם, לענין שנאמר אח"כ דאפי' ידעינן ודאי שמישראל נפל מייאש וגם אפי' כשמצויין שם נכנסים ויוצאים הרבה ישראלים נמי יהיה שלו מטעם דתלינן דודאי שאותם המצויין שם הדור בקביעות הם מצאוה, וכמו שאמרי' שם גבי בתי כנסיות דידן דיתבי בהו עכו"ם, דאע"ג דרוב ישראל הם הנכנסים והיוצאים, מ"מ כיון דהמצויין בקביעות המה עכו"ם תלינן שודאי הם מצאוה ומייאשי, ולענין זה להחזיק המקום שיהא נקרא רבים מצויין, ודאי שבפחות מג' לא איקרי רבים, ואפי' בג' הוי רבותא גדולה, דהא רשב"א מרא דהאי דינא לא אמר אלא בסרטיא ופלטיא שהרבה מצויין שם ומשמע דבמקום שקצת רבים נמצאים שם לא, והרשב"א ז"ל ס"ל באמת להלכה כן, שדוקא מקום שרבים מצויין דומיא דסרטיא ופלטיא, אבל במקום שמצויין קצת רבים כגון רה"ר דעלמא לא, וכ"ש בג' ישראל ודאי לא, ועיין מ"ש הרשב"א בזה אכן בתוס' ס"ל דאפי' בג' נמי כיון דדרים שם בקביעות הוי נמי מיקרי רבים מצויין, ולא דמי לרה"ר דעלמא דלא דיירי בה בקביעות, וכמו דאמרי' בכ"מ דמאי רבים תלתא, אבל בפחות מתלתא ודאי דלא מיקרי מבים מצויין לכו"ע, לענין שנוכל להחזיק המקום ברוב עכו"ם, אפי' במקום שרוב ישראלים יוצאים ונכנסים שם, ואין להקשות דאכתי קשה אמאי בעינן כלל להחזיק את המקום, ליסגי בשנים וליהוי של המוצא מטעם תלייה שמנכרים דהוי רוב נפלי חדא דס"ל דאשמעינן אפי' במקום שידעינן ודאי דמישראל הבעה"ב נפל, ועוד דהכא א"א לזכות מטעם תלייה אפי' כשיש רובא דמינכר נגד בעה"ב דהא שיטת התוס' דבעה"ב ידור בקביעות עם כל השוכרים, וא"כ נהי דבמספר הדיורין הוי השוכרים הרוב נגד בעה"ב אבל במשך הזמן הוי בעה"ב הרוב, דהא הוא דר שם בקביעות עם כל השוכרים, ורובא דזמן עדיף מרובא דדיורין, וכמ"ש רש"י בב"מ שם דמשו"ה בהר הבית תולין אפי' בשעת הרגל שמספר המעות של מעשר הוי הרוב משום דלא שבקינן רובא

דשתא ואזלינן בתר רגל, ה"נ בכה"ג לא שבקינן רובא דבעה"ב שדר שם תמיד ליזל בתר רוב השוכרין, והרי מטעם תלייה לא שייך הכא, ומטעם יאוש נמי לא שייך היכי דלא הוחזק המקום ברבים מצויין, ואע"ג דאיכא שני נכרים לא מתייאש, דאין לומר שבתרי נכרים ואפי' בחד נכרי נמי יתייאש מטעם שסבור הוא דהנכרי ימצא וכמ"ש התוס' ב"מ דכ"ד ד"ה כי קאמר, דאדרבה משם מוכח ההיפוך דהכא לא שייך יאוש, דז"ל התוס' שם דהאובד מתייאש ואומר דנכרים שקלי ליה ואפי' אם ישראל ימצאם לא יכריז דתולה דמן הנכרים נפל דהן רובא עכ"ל, ויש לדקדק למה הוצרכו התוס' לשני הטעמים ולא סגי להו בטעם הראשון דיתייאש מפני שסבור שהעכו"ם ימצאם, ומזה נראה דמטעם זה לחוד לא יתייאש דמי יימר שהעכו"ם ימצאם ולא ישראל מהיוצאים ונכנסים שם, אלא דוקא במקום כזה שאפי' אם הישראל ימצא ג"כ לא יחזיר, התם ודאי יתייאש ממ"נ, אם הנכרי ימצא לא יחזיר, ואפי' אם ישראל ימצא ג"כ לא יחזיר משום דיתלה דמעכו"ם נפל, ומשו"ה כתבו התוס' ב' הטעמים להורות שדוקא בכה"ג דגם הישראל המוצא לא יחזיר ויתייאש הא במקום שאי"א לתלות דמעכו"ם נפל וכגון בנידן דידן דלא שייך תלייה וכמ"ש, דלא שבקינן רובא דבעה"ב לתלות בשל שוכרים, ואם ישראל ימצא ודאי יחזיר, וא"כ לא נשאר כ"א ספק אחד שמא הנכרי ימצאם ומספק לא יתייאש, וכ"ש בפונדק דרוב נכנסים ויוצאין, לזה מוכרחינן דוקא להחזיק המקום שיהי' נקרא רבים מצויין שם בקביעות שבזה מייאש ודאי דיתלה דודאי אחד מן המצויין שם בקביעות ימצא, ועוד דכיון דמיירי בפונדק והרבה נכנסים ויוצאים מישראל לזה אי לא הוי כ"א תרי עכו"ם לא הי' תולה שהם ימצאוהו, כיון דאין נקרא המקום רבים מצויין שם והיה מקום לתלות שרוב הנכנסים ימצאו, רק השתא דמיירי בתלתא דמיקרי רבים מצויין תלינן בהם אפי' אם רוב ישראלים יוצאים ונכנסים וכדמוכח מההוא דבתי כנסיות דיתבי בהו נכרים וכמ"ש לעיל, והנה בחידושי רעק"א הקשה על התוס' דאפי' נימא דהטעם הוא משום יאוש, אכתי אמאי לא סגי ברוב עכו"ם, היינו תרי נכרים, דהבעה"ב יתייאש וסובר שהם מצאוהו ואפי' אם אינו סרטיא ופלטיא מעבר לרבים, דדוקא ברוב ישראל דהיאוש הוה משום אינשי דלא מעלי בעינן מקום מעבר לרבים דנמצאים בתוכם אינשי דלא מעלי אבל ברוב עכו"ם אין לחלק ע"ש, ולמ"ש א"ש דרבים מצויין שם בקביעות מהני אפי' אם רוב ישראלים עוברים שם כמ"ש, ומ"ש עוד ומיירי שעדיין ישנם בבית דאל"ה הוה דבעה"ב, קשה לכאורה דהא אפי' אי הוי ודאי דבעה"ב ג"כ יתייאש כיון דאיכא ג' עכו"ם ומייאש, וי"ל דאם עכשיו אין דרים שם עלינו לתלות האבידה באיחור הזמן שנאבדה אחר שיצאו השוכרים מן הבית, והשתא ליכא רבים מצוין שם ודו"ק:

שם **בסמ"ע** ס"ק י' דישראלים הראשונים כבר חפשו והוציאו מן הבית כו' כשיצאו מן הבית, מה שדקדק שלקחו כשיצאו מן הבית יפה כיון בזה, דהכי נראה דעת רש"י ב"מ דכ"ו בד"ה ה"נ וז"ל סתם שוכר בית כשהוא יוצא מחפש כל זויותיו כו' ונימא האחרונים שכחוהו דאילו הראשונים שכחוהו כבר מצאו האחרונים עכ"ל, וכל המפרשים נתקשו בדבריו דארכיב אתרי רכשי עיין במהרש"א ומהר"ם שם, ובהגהות ח"מ כתב דמ"ש כבר מצאוהו וכו' הוא טעם שני, ולי נראה דמ"ש כבר מצאוהו האחרונים אין כוונתו כהבנת המפרשים שמצאוהו בשעה שהיו דרים בבית, דלפ"ז הי' נראה באמת דברי רש"י כב' טעמים מיוחדים, אכן באמת אי"א לומר דזהו כוונתו דעל בדיקה כזה אין אנו סומכין כלל, דאנן דומיא דשוקי ירושלים בעינן שהיו מחפשין ובודקין אחר עצם כעדשה שהוא חפוש היותר יפה ובשעה שאדם דר בבית אין עשוי לחפש חיפוש כזה, דדוקא בשעה שיוצא מן הדירה אז מחפש בחורין ובסדקין אולי ישכח דבר מה, אלא כוונת רש"י הוא דכבר מצאו האחרונים בשעה שגם הם יצאו מן הבית, דאז עשוי לחפש חיפוש יפה, דהתם שוכר כשהוא יוצא מן הבית מחפש כל זויותיו, ולפ"ז הוא ממש טעם א' ועיקר הטעם הוא דסמכינן על החיפוש שבשעת יציאה מן הבית, אלא דאפ"ה הוצרך להוסיף כבר מצאו האחרונים דהיינו משום דקשה לו דמאי פריך נתלה בבתרא, הא בע"כ שגם האחרון כבר יצא מן הדירה וגם הוא חיפש ובדק ואכתי למה נתלה באחרון יותר מבראשון, דאין לומר דאם האחרון יצא מן הדירה באמת לא תלינן ביה, ורק הקושיא הוא כשאכתי לא יצא, דא"כ מה פריך כלל לישני דמיירי כשלא יצא עדיין אלא ודאי דאפי' כשגם האחרון כבר יצא מן הדירה נמי תלינן בבתרא והיינו בע"כ משום דאמרי' דמסתמא שכח, ולזה הי' קשה לרש"י כיון דאמרי' סברא דשכח א"כ אכתי נתלה בראשונים שגם הם שכחו ולא מצאו זה בבדיקתם ולזה תירץ דאפ"ה יותר טוב למיתלי השכחה באחרון מבראשונים, דאם הראשונים שכחוהו בע"כ לתלות השכחה בכל השכנים, דהא כל שוכר מחפש כשיוצא מן הבית, ואפי' אם הראשון שכח הו"ל להמצא ע"י האחרונים, וזה אין מסתבר כלל לומר שכל השוכרים שכחוהו, ומשו"ה תלינן השכחה יותר באחרון שכך הוא לבדו שכח ומשו"ה תלינן בבתרא ודו"ק ועי"ל שהכוונה כבר מצאוהו האחרונים, היינו בשעה שדרו בבית, ואפ"ה הוצרך לטעם דשוכר מחפש דעל טעם זה דחפוש בשעה שהיו דרים לא סמכינן, דאנן חיפוש יפה בעינן, וזה אין רגיל בשעה שהוא דר בבית, לחפש בזויות, ולזה הוכרח לומר דבע"כ השוכר כשהוא יוצא מחפש, אלא דא"כ יקשה הא גם האחרון בדק ובע"כ שבאמת חיפש בזויות ומצא את החפץ הזה, רק אח"כ שכחו בבית כשהי' כבר גלוי, וא"כ בראשונים נימא הכי, לזה

תירץ דבראשונים לא תלינן דכבר מצאוהו האחרונים, כיון שהדבר היו גלוי, ולא הי' מונח בחור וסדק, וזה היו מוצאים גם בשעה שהיו דרים שם וק"ל:

סעיף ד' **במחבר** ראובן הדר עם שמעון בביתו כו' זכו שניהם, ובש"ך הביא מדברי התוס' דכולו למשכיר ועיין בחידושנו לקמן סי' שי"ג מ"ש מדין זה:

סעיף ה' **בהגה"ה** וי"א דעל התיבה של חנוני הם, טעם פלוגתתם דבב"מ דכ"ו ע"ב קאמר ר' אלעזר אפי' מונחין על גבי שולחן ופריך הש"ס ור' אלעזר הא מנא ליה אמר רבא מתניתי' קשיתי' מאי איריא דתני בין הכסא ולשולחן של שולחני ליתני על גבי שולחן א"נ מצא בשולחנות כדקתני רישא מצא בחנות שלו אלא ש"מ אתי' מונחין ע"ג שולחן הרי אלו שלו והאי א"נ דקאמר רבא הפירוש דלא יקשה לך אדתידוק מסיפא דע"ג השלחן הרי שלו, תידוק מרישא דהוא של שולחני, מדנקט לפני השולחני הרי שלו מכלל דע"ג שולחן הוי של שולחני וכדמדייק כן לעיל התם באמת הש"ס הכי, לזה בא רבא בהוכחה השניה לומר דמרישא נמי מוכח דע"ג שולחני הרי שלו, דהנה לשון מצא בחנות משמע ודאי, דהיינו ע"ג קרקע החנות, וא"א לפרשו ע"ג השולחן, אכן לשון לפני השולחן, נוכל לפרשו גם ע"ג השולחן, דזה הוה נמי לפני השולחני, והיינו שמדייק רבא, דאי תימא דהרישא סובר דדוקא על קרקע החנות ולא ע"ג השולחן, ליתני מצא בשלחנות והיינו מצא בחנות של שלחנות וכדקתני ברישא מצא בחנות דלשון זה בע"כ נפרש שדוקא ע"ג קרקע הוא, ומדשינה ונקט לפני השולחני, דנהי דגם לשון זה נוכל לפרש שהיינו ע"ג קרקע מ"מ בשביל שלא יקשה דיוקא דרישא וסיפא אהדדי וגם מדשינה בלשון מברישא, בע"כ שנפרש דלפני השלחן דקתני היינו ע"ג השלחן כיון דגם כוונה זאת סובל זה הלשון, ולפ"ז לטעם דרבא לא קשה כלל דיוקא דרישא וסיפא אהדדי, ומיושב קושית המהרש"א ושארי מפרשים שבסוגיא הזאת ע"ש, דלמ"ש א"ש, והאי א"נ דקאמר אין הכוונה שבהוכחה זאת לחודא סגי בלי הוכחה דסיפא אלא שרצה לומר שלא יקשה לך אדתידוק מסיפא דייק מרישא, לזה קאמר שגם מרישא מוכח כן, ומעתה לא יקשה הדיוקים אהדדי ומשני אלו ההוכחות כאחת דייק ר' אלעזר את דינו, והיינו שהרא"ש לא הביא כ"א הוכחה השניה דמצא בשלחנות משום דזו היא הוכחה העיקריית, דהוכחה דרישא איכא נמי בחנות ואפ"ה לא קאמר ר' אלעזר שם, ומיושב בזה נמי מה שקשה על ר' אלעזר דמדקאמר דינו גבי שולחני ולא בתיבה דלעיל מינה מכלל דס"ל דבתיבה אם מצא ע"ג התיבה הוי באמת של חנווני, ואמאי הא גם שם נוכל למידק מסיפא דהוה שלו דמדנקט בין התיבה לחנווני של חנווני משמע שעל התיבה שלו, ולמ"ש א"ש דמסיפא לחוד א"א להוכיח, דאדרבה דייק מרישא להיפך שדוקא

מצא בחנות שלו הוא, הא ע"ג התיבה של חנווני וא"כ ליכא למשמע מינה כלל, דדוקא בדינא דשולחני שיש שני הוכחות מרישא ומסיפא ודיוקא לא קשו אהדדי בזה שפיר מדייק ר' אלעזר, אבל בדין דחנות, דלשון דרישא דנקט מצא בחנות א"א לפרשו באופן אחר כ"א דהיינו בקרקע החנות, וא"כ קשה דיוקא אהדדי וממילא ליכא למשמע מינה כלל, וזה דעת הטור שהביא הרמ"א כאן שפוסק כר' אלעזר דוקא בשולחני ולא בחנות אכן דעת הרמב"ם דסובר שגם בחנות הדין כן, יפרש דההוכחה דהתם מה דאמר אי נמי קאי ג"כ אסיפא בדשולחני, והפי' כן, מאי איריא דנקט בסיפא בין הכסא ליתני מצא בשלחנות וכמ"ש בביאורי הגר"א ע"ש, ולזה גם בשולחני ליכא הוכחה כ"א מסיפא ולא מרישא ואפ"ה דייק ר' אלעזר, וא"כ גבי חנות יש נמי הוכחה מסיפא ושפיר מצי למידק גם שסרכן ועמ"ש הש"ך כאן:

סעיף ו' **במחבר** המוצא קציעות בדרך אפי' בצד שדה קציעות הרי אלו שלו, עיין בט"ז ובדרישה כאן שטרחו למצא טעם היתר דקציעות, ולענ"ד נראה לברר היתירא, דבש"ס ב"מ דכ"א ע"ב הכי איתא ת"ש קציעות בדרך ואפי' בצד שדה קציעות וכן תאנה הנוטה לדרך ומצא תאנים תחתיה מותרות משום גזל ופטורות מן המעשר בזיתים ובחרובין אסור, בשלמא רישא לאביי לא קשיא אגב דחשיבי ממשמש בהו תאנה נמי מידע ידיע דנתרי אלא סיפא לרבא קשיא דקתני בזתים ובחרובין אסור אמר ר' אבהו שאני זית הואיל וחזותו מוכיח עליו ואע"ג דנתרין זיתי מידע ידיע דוכתא דאינש אינש הוא א"ה אפי' רישא נמי אמר ר"פ תאנה עם נפילתה נמאסת ע"כ, ובתוד"ה תאנה כתבו וז"ל שאני זית הואיל וזיתו מוכיח עליו כו' אבל תאנה עם נפילתה נמאסת פי' מתלכלכת כו' ומפקירה, אבל ברוב ספרים גרסי' הואיל וחזותו מוכיח עליו כו' אבל תאנה עם נפילתה נמסת בלא אל"ף ואין דומין לאותו שבאילן כו' עכ"ל, הנפקא מינה בין ב' הגרסות, לגירסא דזיתו מוכיח יבא ההיתר דתאנה והיאוש מבעל התאנה, לא בשביל סבת המוצא, משום דהמוצא יקחם, שזה ידעו הבעלים שהמוצא לא יקחם, שיתלה בודאי שנפלו מן האילן, כיון שנמצא תחתיו, וכמו בזיתים וחרובין דאסירי מה"ט שלא יתייאש, אלא יאוש דתאנה יבא מפאת שאינה חשובה בעיניו ומפקירה, אכן להגירסא דחזותו מוכיח, מפאת שנמצא תחת התאנה אין ברור כ"כ שהמוצא לא יקחם, דדוקא בזיתים דחזותו מוכיח ויש סימן שמאילן נפל, להכי לא מתייאשי הבעלים, אבל בתאנה שאינה דומה לזה שבאילן, ואין סימן, יתייאשו הבעלים ולזה היאוש בא מפאת סבת המוצא שסבור דהמוצא יקחם, זהו הנ"מ בין שני הגירסאות, ולפ"ז יש לבאר היתירו דקציעות מהו, ובשלמא לגירסא השני' דדוקא היכי שיש בו סימן שדומה לאילן לא יתייאש, אבל אם אין בו סימן יתייאש,

אע"ג דנמצא תחת האילן, בזה י"ל שגם בקציעות מתייאש, אע"ג דנמצא בצד השדה קציעות דבקציעות אי"א להכירו עפ"י סימן המראה, דכיון שמתייבשין תמיד על השדה אין שום מראה עליהם וכמ"ש הט"ז, אכן לגירסא דזיתו מוכיח דאם אך נמצא בצד האילן לא מייאש, ויאוש דתאנה יבא רק משום מאיסותא, א"כ בקציעות אין שום יאוש, דמפני סבת המוצא ודאי לא ייאש דשדה קציעות מוכיחין עליהם, והמוצא ודאי לא יקחם, ומפאת מאיסותא נמי לא שייך כיון שכל שארי הקציעות נמי על הקרקע מונחים בשדה, אם לא שנאמר לחלק דכל הקציעות כיון שמונחים על מחצלות אין נמאסות בעיניו, אבל הנהו שנמצאו על הקרקע נמאסות בעיניו אכן אכתי לשון הש"ס דקאמר תאנה עם נפילתה נמאסת, משמע דתירוץ זה לא קאי כ"א אתאנה ולא אקציעות מדלא הזכירו כלל לקציעות, ועוד דמלשון הש"ס משמע שרק הנפילה גורמת להיות נמאסת, דע"י שנפלה ממקום גבוה מן האילן נתרככה ונטנפה עד שנמאסה, ובקציעות לא שייך זה, ואכתי יקשה טעם דקציעות מהו לגירסא דזיתו והיה נ"ל לומר דבקציעות הוה טעם היאוש בשביל סבת המוצא גם לגירסא זאת, ולא דמה לתאנה, דבקציעות אע"ג שנמצא בצד שדה קציעות, א"א לומר עוד דהשדה מוכיחה שודאי ממנה הוא ולא מעוברי דרכים, ונהי שמראה הדבר שהם ממנה, מ"מ לודאי א"א למיחש בי' דאכתי יש הוכחה אחריתא אשר מראה להיפך, ויש להמוצא לספק ולומר דאם מן השדה הוא, בתוך השדה הוה להמצא ולא על אם הדרך, ומדנמצא על אם הדרך, יש ספק לומר שמא מעוברי דרכים נפל וממילא יתייאש האובד דסבור שהמוצא יקחם מפני שיתלה בעוברי דרכים אבל בתאנה הוי ודאי דמן האילן נפל וממה שנמצא בדרך אין ראי', דהא גם התאנה גופה נוטה לדרך וכיון שהזית מוכיח דודאי מן האילן לא יתייאש האובד כיון דאין למוצא במה לתלות ודאי לא יקחם, ולזה הוכרח לטעם דמפקיר, והנה המחבר כאן שכתב. וז"ל המוצא קציעות בדרך אפי' בצד שדה קציעות כו' שהדבר מראה שהם ממנו, וכן המוצא תאנים תחת תאנה הנוטה על אם הדרך ובודאי שממנו נפל ע"כ הרי דייק בדבריו גבי קציעות כתב שהדבר מראה שהוא ממנו, ובתאנה, שודאי מן האילן, והוא כדברנו דבקציעות אין השדה מוכיח, כ"כ עד שנימא שודאי מן השדה הוא כיון שיש גם הוכחה להיפך, ורק מראה שהוא ממנה, וממילא היתירן מפני יאוש בא בסבת המוצא, שסבור דהמוצא יקחם, והוה נמי יאוש מדעת כיון דחשובי וידעי בהו, ובתאנה דהזית מוכיח שודאי מן האילן, וא"כ בשביל סבת המוצא לא יבא היאוש להכי הוכרח לטעם דמפקיר, ונתברר איפוא היתר דקציעות והנה התוי"ט בפ"ג דמעשרות כתב שהיתירא דקציעות היינו דוקא כשמצאן בדרך במקום שרבים מצויין שם וידוע שהבעלים נתייאשו, אבל אם

מצאן בינו לבין חבירו אסורין דלא מתייאש שידע שחבירו ימצאה, ובפרישה כאן השיג עליו ולמ"ש הדבר נכון כהתוי"ט, וא"כ לא מטעמי' אלא מטעם שכתבתי דבנמצא בדרך דהמוצא יוכל לתלות גם מעוברי דרך ויקחם, וממילא יתייאש האובד ולהכי מותרים משא"כ במצאו במקום שאין רבים מצויין שם, א"כ ודאי הדבר שמן השדה הם, וא"א לתלות בדבר אחר א"כ לא יקחם המוצא, וממילא שגם האובד לא יתייאש ואסורין משום גזל וכ"ה להדיא בירושלמי פ"ג דמעשרות א"ר יונה לא אמר אלא לדרך הא בינו לבין חבירו לא ועיין שם בפני משה שפי' טעם אחר בירושלמי ומה שכתבתי נכון הוא:

שם **במחבר** מפני שהתאנה עם נפילתה נמאסת ועיין בט"ז שהקשה הא לא אמרי' בגמ' סברא זו אלא לרבא דס"ל דיאוש של"מ הוי יאוש אבל לאביי דס"ל ויאוש של"מ לא הוי יאוש לא הוצרך לזה, ולפ"ז לדידן דקי"ל כאביי מנלן לסברא זו דעם נפילתה נמאסת ותח דכיון דגילה לנו התרצן סברא זו דחזותא מוכיח קשיא ג"כ אאביי אמאי מותר בקציעות ותאנים דנהי דיודע הבעלים דנתר מ"מ לא מייאש מחמת שהמוצא לא יקחם מחמת החזותא וצ"ל הטעם גם לאביי משום דנמאסת בנפילתה ע"ש, וכן מוכח להדיא מרש"י שם בד"ה עם נפילתה שכתב וז"ל הלכך כיון דידוע דנתרא מעיקרא מייאש משום מאיסותא ע"כ, וקשה דהא לרבא קיימי' ולדידיה יאוש של"מ הוה אוש וא"כ למה הוצרך לפרש דמעיקרא מייאש, אלא ודאי כהט"ז שגם לאביי מוכרחים לטעם זה אליבא דמסקנא:

סעיף ט' **במחבר** כל המוצא אבדה בין שיש בה סימן כו' אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה כדברי המחבר שהוא דברי הרמב"ם דסברי שאפי' דבר שיש בו סימן לא יגע, מוכח אמנם להדיא בש"ס דב"מ במשנה דמצא טלית בצד גדר קרדום בצד גדר פרה רועה בין הכרמים, שאעפ"י דטלית וקרדום יש בהם סימן אפ"ה כיון שמציאתן מוכחת עליהם דודאי הינוח הוא דהא לא שייך למימר בהו מעלמא אתו משו"ה לא יטלם וכמ"ש הר"ן שם בטעמא דמתני' זאת, אכן יש להקשות ע"ז ממ"ש בב"מ דכ"ה ע"ב שמא אינש אצנעינהו ואי שקיל להו לית להו למרייהו סימן בגווייהו כו', ומשמע מזה דאילו הוה סימנא לבעלים היה חייב ליטול ולהכריז, וכן מוכח להדיא ממה שהקשה שם אח"כ וליהוי קשר ומקום סימן הרי להדיא דאם יש בו סימן מחויב ליטול ולהכריז, וקושיא זאת הביא גם הט"ז ע"ש, וצ"ל דהאי הינוח דקאמר התם בדכ"ה לא הוי במניח מדעת לצורך גניזה, שבכה"ג אה"נ דאפי' יש בו סימן לא יטול כיון דלא הוי אבידה כלל, אלא מירי שהניחו באקראי בעלמא כדי לפוש, או מטעם אחר, ורצה לקחתו אלא ששכחו, וכיון דלא הניחה מדעת הוי שפיר אבידה שמחוייב ליטלה אם יש בה סימן, דהוי חובה לבעל

האבידה בנטילתו של זה כיון דמיירי במקום שמשתמר קצת, ואם לא יטלנה יוכל היות שתלך לאיבוד ואם יטלנה יתן סימן, ואם לית בה סימן אסור ליטלה דמפסיד לבעלים בנטילתו, דכיון שזוכרין המקום ששכחוהו ילכו ויטלוה אם יזכרוה ואם המוצא יטלנה לית להו סימנא והוי אבוד לגמרי מבעליה, וכה"ג פי' התוס' שם בד"ה ואם נטל בפירוש השני, דהכא מיירי בהינוח כזה שבא ע"י שכחה, דבע"כ הכי כוונתם דבפירוש השני כתבו וז"ל ויש לפרש דמיירי הכא בספק אבידה וכו' ע"ש ודבריהם קשה להולמם במ"ש דמיירי השתא בספק אבידה, אטו לפירוש הראשון לא מיירי בספק אבידה, הא בזה אנו קימים בספק הנוח ספק אבידה וכמ"ש שם ספק הינוח לכתחילה לא יטול ואם נטל לא יחזיר, ונראה ברור דכוונת התוס' עפמ"ש דבהנוח גופא יש שני סוגים א) שהניח מדעת לצורך גניזה ובצד ההינוח כזה ליכא ספק אבידה, דאם אך נימא דהינוח הוא לא הוי אבידה כלל, רק הספק הוא בזה אי הוה כלל דרך הינוח, דשמא דרך נפילה, ב) הנוח שבא ע"י שכחה, כגון שהניחו באקראי כשעמד לפוש וכדומה, ורצה לקחתו אלא ששכחו, שבכה"ג בצד הינוח גופא יש ג"כ ספק אבידה, אם זה מקרוב שכחה ובדעתו לחזור וליטלה, או שמא זמן רב שכא עד שכבר נתייאש, והנה התוס' בפירוש הראשון פרשו דספק הנוח דמיירי התם מיירי בהניח מדעת, ולפירוש זה א"א כל לפרש דאם נטל לא יחזיר, היינו רק שנטלה והגביה, ומטעם דהוי אבידה ונתחייב בשמירתה. ע"י ההגבהה, כיון דהספק הוא רק אם בהנוח או בדרך נפילה, וא"כ ממ"נ ליכא כאן שום צד אבידה לענין חיוב שמירה, דאי דרך נפילה שלו הוא לגמרי, ומה שירצה יוכל לעשות ואי מדעת הניחוהו בעלים אמאי לא יחזיר, הא למקום שהניחוהו בעלים מדעת הוא מחזיר, ואטו מחוייב המוצא לשומרה, יותר ממה ששמרוה הבעלים עצמן, וכמו שהקשה השטמ"ק כן על פי התוס' לזה פי' התוס' דמיירי התם בספק אבידה, פי' בהנוח בזה שבהנוח עצמו יש צד ספק אבידה וחיוב שמירה, והיינו בהנוח הבא ע"י שכחה, דשל מוצא לא הוה אכתי כיון שתלינן שמא זכרו הבעלים וישובו לקחתה, ולהחזירה למקום הזה נמי א"א ואין רשאי דהמקום מצד עצמו אין משתמר, והבעלים לא הניחוהו מדעתם רק ע"י שכחה הניחוה, ולא נוכל לומר ג"כ דלמקום בעלים החזיר וכיון שנטל והגביה הוה אבידה למחויב בשמירתה, ולפ"ז שפיר נפרש דאם נטל היינו שרק הגביה אע"ג שלא הלך משם ג"כ לא יחזיר כיון דהוה בזה שם אבידה ומחויב בשמירתה וכן מוכח להדיא מלשון רש"י שם בד"ה לכתחילה לא יטול שז"ל הלכך לא יטול והבעלים יזכרו ויבאו ויטלום ע"כ, הרי (דהנוח) דמיירי בהנוח שבא ע"י שכחה, דאי בהנוח מדעת לא הול"ל לשון "יזכרו" אלא הכי הול"ל הבעלים יבאו ויטלוה וכמ"ש כן באמת בב"מ

דל"ז ע"ב, אלא ודאי משום דהתם מיירי בהינוח הבא ע"י שכחה, ודברי הרמב"ם כאן יתפרש בהנוח בדעת, ועפ"ז נבוא ליישב סתירת דברי רש"י אהדדי, דבב"מ דל"ז פי' ספק הינוח, דחיישינן שמא הניחו לגניזה וחיישינן שמא יבאו בעלים ולא ימצאוה, הרי להדיא דמיירי בהינוח מדעת, ואילו בדפ"ה ע"ב כתב רש"י בלשון "שמא יזכרו הבעלים" מכלל דיפרש בהנוח הבא ע"י שכחה, עיין היטב בב' המקומות הללו, ומקודם ניישב פירש"י בדכ"ה, שפי' דהאי לא יחזיר היינו לבעלים, מפני דליכא סימנא והתוד"ה ואם נטל בסוה"ד הקשו ע"ז דפשיטא הוא ואטו עד השתא לא ידעינן שאין מחזירין אבידה בלא סימנין, ואכן ברש"י זו יש לומר דס"ל בזה כפי' הרמב"ם בפט"ו מאבידה דהאי לא יחזיר, לא שיהא מונח בידו עד שיבא אליהו, אלא ששלו הוא לגמרי וא"כ טובא קמ"ל בזה, אלא דלקמן דל"ז פרש"י להדיא להיפך דהאי לא יחזיר לא שיהא שלו קאמר אלא יהא מונח בידו עד שיבא אליהו, ואמנם לפי דקדוק שנוי הפירושים בשני המקומות כמ"ש יתיישב דהנה על הרמב"ם שס"ל דאם נטל זכה לעצמו הקשו כלם דמ"ש ספק זה שאנו הולכין בו לקולא למוצא האבידה ובספק יאוש שלא מדעת, שאין אנו יודעין אי הוי מדעת או לא, אזלי' לחומרא, עד שיהיה ודאי שהוא מדעת וכמו שמוכח מסוגיא דב"מ דכ"א דקאמר הא לא ידע דנפל מיניה ועמ"ש בדבור הסמוך, ועיין עוד בב"י ובט"ז כאן ובפנ"י בסוגיא שם אנן קושיא הזאת היינו דוקא אם נפרש דספק הינוח, היינו בהנוח מדעת ולזה בצד ההינוח ליכא שום ספיקא, דודאי לא נתייאש, והספק הוא רק אם דרך הינוח או דרך נפילה, דהוי רק הספק השקול ושפיר קשה מ"ש ספק זה משאר ספיקי דאבידה דאזלינן לחומרא, אבל אם נפרש דההנוח מיירי בהניח ע"י מקרה ושכח, א"כ בצד ההינוח גופא יש נמי ספק, דשמא שכח זה זמן רב וכבר נתייאש, וכן עד עולם לא יטלנו המוצא, וכן בתוד"ה ואם נטל, קורא הינוח כזה רק ספק אבידה וכמ"ש, ועיין מ"ש בהגהות ח"מ בתוס' שם, וכיון דמספקינן נמי שמא בדרך נפילה א"כ אית לן תרי ספיקי לתועלת המוצא, שמא בדרך נפילה ואת"ל בדרך הינוח שמא כבר נתייאש, ואין זה דומה לספק יאוש שלא מדעת, דליכא התם כ"א חדא ספיקא, אבל הכא דהוי תרי ספיקי שפיר הוה של המוצא, ולפ"ז שפיר נוכל לומר דבסוגיא דרח"ה דמיירי בהנוח שע"י שכחה, וכמ"ש, אם נטל הוי לעצמו וכפי' הרמב"ם, ולזה נתכוין רש"י, ומיושב קושית התוס' דמאי קמ"ל, דטובא קמ"ל, ומה שפי' לקמן דמונח עד שיבא אליהו, היינו משום דהתם מיירו בהנוח מדעת, כמ"ש רש"י, וכיון שאין שם אלא ספק אחד ודאי דיניח בידו עד שיבא אליהו, ולא הוי של המוצא, וכשארי ספיקי דאבידה דאזלינן לחומרא, ובזה יתיישב סתירת דברי רש"י שהבאנו לעיל, דהסוגיות הכריחוהו לפרש בשינוי הזה,

דמדקאמר התם בדכ"ה הטעם דשמא, אין לבעליו סימן וכן מדמקשה אח"כ וליהוי קשר ומקום סימן, דמכל זה משמע, שאם יש בו סימן דחייב ליטול ולהכריז, מוכרח היה לפרש דמיירי התם בהנות הבא ע"י שכחה וחיישינן שמא יזכרו הבעלים, דאי בהינוח מדעת לא הוי אבידה כלל, ואפי' ביש בו סימן נמי אין חייב להכריז ולקמן שם בדף ל"ז דפריך התם אדינא לפי הינוח מהך דמניח גזילה ומסתלק ומשני ע"ז ויניח, משמע להדיא שבספק הנוח הוה נמי הדין דינוח עד שיבא אליהו, דהא מדמה אותם להדדי, לזה הוכרח לפרש דמיירי בספק הינוח מדעת, דאי בהנוח הבא ע"י שלחה הוה של המוצא וכנ"ל ומיושב בזה נמי קושית הט"ז כאן שהקשה על הרמב"ם מהך סוגיא דקתני יניח, דהתם מיירי בהינוח מדעת ודו"ק, ועמ"ש עוד בסמוך ישוב אחר על קושית הט"ז, והנה אם כי דברי רש"י אף אם יסבור כהרמב"ם א"ש, אבל ברמב"ם גופא קשה לומר כתרוצי הנ"ל, דמלשון הרמב"ם מוכח שאפי' בהנוח מדעת ס"ל נמי דהוה שלו לגמרי ועמ"ש בסמוך בישוב הרמב"ם:

שם **במחבר** ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו, והראב"ד והטור השיגו ע"ז דהא יאוש שלא מדעת הוא, ובאמת תמוה מאד דעת הרמב"ם דמה יענה לכל הסוגיא דב"מ דכ"א דקאמר הא לא ידע דנפל מיניה אע"ג דספיקא הוא דשמא כבר ידע ונתייאש, אע"כ שגם בספק יאוש של"מ אסור להחזיק לעצמו וכמ"ש המ"מ פי"ד מגזילה, וא"כ היכי סובר הרמב"ם בספק אם נתייאשו דזכה המוצא הן אמת שהסמ"ע והש"ך כאן העלו שבאמת ס"ל לרמב"ם דהא דקיי"ל יאוש של"מ לא הוה יאוש, היינו לענין אם נתבררו הבעלים צריך להחזיר להם, אבל כל זמן שלא נתברר של מי הוא יכול לעשות בו מה שירצה ע"ש ולדבריהם צריך לפרש דקושית הש"ס התם בב"מ כ"א הא לא ידע דנפל היינו משום דלשון הרי אלו שלו דנקיט במשנה משמע לעולם אפי' כשיתברר אח"כ מי הם הבעלים אין צריך להחזיר להם, אכן אכתי לא יתיישב בזה דברי הרמב"ם, דא"כ לשון זכה לעצמו שכתב הרמב"ם ג"כ נפרש כן דזכה לעולם ואפי' ברור עדים שוב לא מהני, ועיין בנה"מ שתמה נמי על דבריהם דמהיכא תיתי יהיה רשאי להשתמש בדבר שאינו שלו, ואכן נ"ל ליישב דברי הרמב"ם התמוהים אשר כל המפרשים תמהו עליו עפמ"ש הרמב"ן בב"מ דכ"ו דהא דאמרי' דהיכא דבא לידו קודם יאוש לא קנה ביאוש של אח"כ, היינו היכא דנטל ע"מ להחזירה לבעלים דאז הוי שומר של בעלים וידו כיד הבעלים וכמו פקדון בידו ולא מהני יאוש, אבל היכא דנטלה ע"מ לזכות לעצמו אין ידו כיד הבעלים וקני יאוש ע"ש, ולפ"ז עיקר הפלוגתא דאביי ורבא ביאוש של"מ הוי דוקא היכי שנטלה ע"מ להשיבה אבל בנטלה ע"מ לזכות לעצמו מהני היאוש לכו"ע

וא"כ יתיישב בטוב דברי הרמב"ם, דודאי גם הרמב"ם יסבור דבספק יאוש של"מ וכ"ש בודאי יאוש של"מ דאסור להחזיק לעצמו וכדמוכח פשטות הסוגיא דב"מ דכ"א דאע"ג דספיקא הוא אם ידע שנפל אפ"ה אסור להחזיק לעצמו, אלא דהיינו דוקא התם דמיירי בנטלה ע"מ להשיבה אבל בדינא דרמב"ם דמיירי בספק הינוח דאסור לו ליטלה, ולא שייך לומר שנטלה בכדי לקיים מצות השבה כיון דאסור לו לעשות כן, ובע"כ כשנטלה ע"מ לזכות לעצמו נטלה, וכיון שאח"כ ודאי מייאש דדבר שאין בו סימן הוא והכי זה קנה ביאוש דאח"כ ואין להקשות דא"כ אמאי סיים הרמב"ם דדבר שיש בו סימן חייב להכריז, יקנה נמי ביאוש דאח"כ כיון דלא הוי כשומר של בעלים, ועיין בקצוה"ח לעיל סי' רנ"ט די"ל דבדבר שיש בו סימן רשאי ומחוייב ליטול בספק הנוח וכמ"ש המ"מ שם ולהכי כיון דנטלה ע"מ להשיבה לא מהני יאוש וחייב להכריז, ועוי"ל שאה"נ אם ידעינן ודאי שנתייאש שא"צ להכריז, רק כיון דדבר שיש בו סימן הוא אמרינן שלא נתייאשו בעלים עוד ולהכי חייב להכריז דכל זמן דלא שמעיניה דמייאש לא אמרינן מסתמא שנתייאש ודו"ק, ועיין בכ"מ פט"ו הנ"ל שכתב דכיון דלא יתברר לעולם מי המה הבעלים כיון שאין בו סימן לא דיינינן ביה מונח עד שיבא אליהו, ומזה יהי' סיוע למ"ש בחבורנו לב"מ רפ"ק דפסק דמונח היינו בכדי לברר האמת וכ"מ שעי"ז לא יבורר האמת לא דיינינן מונח ע"ש:

**והנה** הט"ז הקשה עוד על הרמב"ם דהוא נגד תלמוד ערוך בב"מ דל"ו ע"ב דפריך התם אמאי דאמרי' ספק הינוח אם נטל לו יחזיר אההיא דמניח גזילה ביניהם ומסתלק ומשני ויניח משמע בהדיא דבספק הינוח הוה יניח דהא מדמה אותם להדדי ע"ש, ונ"ל ליישב בשנקדים מחלוקת רש"י והראב"ד בפירושא דהאי סוגיא, דעל מה דפריך הש"ס התם ושקלי לה כלהו ואולי כתב רש"י וז"ל נמצא זה מוציא מידו כדי להפסיד הנגזל, ושם בד"ה ואם נטל כתב בסוה"ד, אלמא מידו דמספקא לן דמאן נינהו צריך להניחו בידו ולא להוציא מידו בלא ברור ע"כ, המתבאר מפירושו דפרכת הש"ס הוא על מה דקתני דמניח ביניהם, וע"ז פריך דאיך רשאי להוציא מידו והא אמרינן דאם נטל לא יחזיר ואסור להוציא מידו דבר שהוא ספק של מי הוא ואמנם ראה זה פלא מ"ש השטמ"ק בשם הראב"ד וז"ל ושקלי כלהו כלומר שיחלקו ביניהם בשוה והלא לא הניחה הוא אלא ע"ד שתשוב הגזילה ליד הנגזל, וא"ר אבא כל ספק הינוח כו' ואע"פ שלענין אבידה נאמר להכי נמי גמרינן כי מספק הניחה לכל אחד כי הוא לא הניחה אלא לאחד והשאר ספק ומספק אין להם ליטול כלום דהא כל ספק ממונא באיסורא קאי עכ"ל, והמתבאר מתוך פירושו, דפרכת הש"ס לא קאי ע"ז דהגזלן מוציא מידו, אלא ע"ז שהם נוטלים ומחלקים

ביניהם, והא הכא דהגזלן לא הניחה כ"א לאחד, נמצא דלפני כל אחד הוה ספק הינוח וספק הנוח אסור ליטול, ולפ"ז הקושיא הוא מזה דקאמר ר' אבא לכתחילה לא יטול ולא מואם נטל לא יחזיר והנה מה שדחקו להראב"ד לנטות מפירש"י דהקושיא הוא על הגזלן איך רשאי להוציא מידו, י"ל משום דקשה לפ"ז דמאי פריך מר' אבא דמיירי באבדה להך דינא דמיירי בגזלה, והא בגזלה מחוייב עכ"פ להוציא הגזילה מתחת ידו ומאי מקשה מאבידה שהתם אין חיוב להוציאה מידו, וזה דחק להראב"ד לפרש שבאמת אין הקושיא ע"ז שהגזלן מוציאה מידו, כ"א על זה שיוחלק בין הגזלנים, ועוד שגם לישנא דש"ס מוכח כפי' הראב"ד, דאילו לפירש"י קשה למה הוצרך המקשה להקדים ההקדמה דשקלי כלהו ואזלי, הא גם בלא ההקדמה הזאת שפיר יוכל להקשות, דאילו בברייתא קתני דמניח ביניהם, ור' אבא הא אמר דאם נטל לא יחזיר, ולפי' הראב"ד ניחא דעיקר הקושיא הוא, מזה דהם נוטלים, ולזה הוכרח להקדים ולומר ושקלי לה כלהו ואזלי, ועוד דלרש"י דס"ל דאסור להוציא מתחת ידו, וא"כ הא דמשני רב ספרא ויניח, היינו שיהא מונח ביד הגזלן, וקשה אפוא למה שינה הלשון לומר ויניח, ולא קאמר יהא מונא בידו כדקתני במשנה, אלא לאו כהראב"ד, שמידו מחוייב להוציאה, להכי נקט ויניח להורות שמחוייב להניחה ביד בי"ד משא"כ במתני' דנשאר מונח ביד הנפקד, קתני יהא מונח, כלומר שישארו מונחים בידו, ומחמת כל אלו הקושיות בחר הראב"ד לנטות מפירש"י ובכ"ז נ"ל דרש"י עצמו הרגיש בכל זה ובנועם לשונו יישב לכל הקושיות, דזה ודאי שגם רש"י סובר דבגזילה לא דמי לשארי מקומות ומחוייב עכ"פ להוציא גזילה מתחת ידו, אלא דסובר כאן דאף אם יניח בבי"ד לא יקיים בזה מצות השבה, וכך התועלת שיש בזה הוא שמראה בעצמו שהוא מסולק מן הגזילה ומצדו אין מעצור עוד להשיבה וא"כ זה יוכל לקיים במה שיניח הגזילה לפניהם בב"ד ואומר להם בררו את הדין, והרי הוא מסולק מן הדין, וזה גם רש"י סובר שמחוייב לעשות כן וכמ"ש מפורש ברש"י ד"ה ואם נטל דמחוייב להניחה בב"ד לפניהם, וסובר דבזה שמניח לפניהם ומראה לכל שמצדו אין מעצור עוד, די בזה, ואח"כ יקח את הגזילה להניחה תחת ידו שלא להפסיד הנגזל, ואתי שפיר בזה גם הקושיא השלישית, בשינה למימר הכא לשון ויניח, היינו משום דבמשנה דמיירי בפקדון. שאין חיוב עליו גם להראותה לב"ד, נקט יהיו מונח בידו פי' כמו שהיתה מונחת עד עתה, כן תהא מונח להלן, משא"כ בגזילה שעכ"פ זה ודאי שמחוייב להניחה לפניהם בב"ד להסתלק עצמו מן הדין להכי קתני ויניח. להורות שעכ"פ זה מחוייב לעשות להניח לפני בי"ד, ומה שהקדים לומר ושקלי בלהו, נמי יתיישב, דבלא הקדמה הזאת הייתי יכול לפרש לשון הברייתא דקתני מניח, היינו שנותן להם הגזילה בכדי

להסתלק מן הדין ולא שיהי' שלהם לגמרי, אלא שבידם יהא מונח ביד המרוצה לכלם, עד שיתברר הדבר, ולא הי' קשה מאם נטל לא יחזור, לזה הקדים המקשה לפרש דמניח דקתני, היינו דשקלי ואזלי, לכל אחד יקח חלקו ע"ז שפיר מקשה דאיך רשאי להוציא ולהפסיד הנגזל עולמית, ואחרי שרש"י מיישב קושיות הללו, להכי בחר לפרש כפירושו, דאילו לפי' הראב"ד דהקושיא הוא על מה שהם נוטלים, דהא לפני כל אחד הוי ספק הינוח, קשה דהא לא דמי זה לספק הינוח דאבידה, דהתם ספק הוא להמוצא ומספק אסור ליטלה, אבל הכא דלגבי הנוטלים לאו ספיקא הוא דכ"א יטעון ברי שאותו גזל, מותרים הם לשקול אם לא שנפרש דהקושיא הוא על המחלקים ביניהם שאצלם הוא ספק, וא"כ איך רשאי לפסוק שיחלקו כ"א בשוה מספיקא, והכי מוכח מלשון הראב"ד שיפרש כן, עכ"פ בפי' הסוגי' מחלוקת עצומה לפנינו בין רש"י וראב"ד, ובזה מיושב דעת הרמב"ם כאן די"ל שהרמב"ם יפרש הסוגיא כהראב"ד ולפי' זה לא מדמה איתם כלל בדין זה, אם המוצא יקיימם או מחזירה, ורק מדין דלכתחילה לא יטול הוא הקושיא ואין מקום עוד לקושית הט"ז ודו"ק:

סעיף י' **בש"ך** ס"ק ל"א כתב שגם בודאי הינוח הוה יאוש שלא מדעת ע"ש, ודין זה צריך ביאור, דהנה בב"מ דכ"א דפריך הש"ס לאביי דסובר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מכל המשנה דהפ"ב דמצא פירות מפוזרות וכו' הרי אלו שלו ואמאי הא לא ידע דנפל, והקשה המהרש"א דמאי פריך ונימא דס"ל לאביי דכולה מתני' הוה בדרך הינוח ע"ש, ונראה להדיא מדבריו דגבי הינוח לא שייך יאוש של"מ, ובאשר הש"ך כתב להדיא להיפך צריך אני לבאר סברת המהרש"א, ולכאורה טעמו בזה, דכיון דהוי דרך הינוח הוי אבידה מדעת, דלא דייניגן בה שוב דין אבדה דלבעי יאוש בעלים, אלא דהוי מטעם הפקר ולא הוצרך כלל ליאוש, וכמ"ש רש"י בסוגיא דב"מ שם גבי מכנשתא דביזרי, דאבידה מדעת היא דהוי מטעם הפקר וזהו סברת המהרש"א דכ"מ דהוי דרך הינוח הוי אבידה מדעת ומטעם הפקר אתינן עלה ולא מדין אבידה דליבעי יאוש, אכן סברת הש"ך דעיקר ההיתר בהינוח היינו משום דאמרי' דהניחו שם לפי שעה ואח"כ שכחו, ואם נזכר אח"כ ששכחו יתייאש כיון שאין בו סימן וכמ"ש הרא"ש ברפ"ב דב"מ וז"ל אבל בריכות סתמייהו דרך הינוח כו' ונשארו שם ע"י ששכחן ומייאשי בעלים כיון שאין בו סימן ע"ש, וכיון דעיקר ההיתר הוא משום דתלינן דכשיזכור ששכחן יתייאש, א"כ אכתי כל כמה דלא נזכר ששכחן הוה יאוש של"מ, דשמא לא נזכר עוד בשעה שמצאו, כן נראה בטעמי סברתם, אלא שתמה אני על הש"ך ומהרש"א שסתמו דבריהם וסברתם כאילו מילתא פשיטא הוא ולענד"נ דטעמי סברתם תלוי בפלוגתת הרמב"ם והטור בסמוך סי'

רס"א, דהטור סובר דאבידה מדעת הוי הפקר, דכיון שלא חשש לשמור ממונו ולפקח עליו הרי הוא הפקר לכל, ולדבריו ה"נ בהנוח כיון שהניח מדעת הוי הפקר ולא בעינן כלל לטעם דיאוש וכסברת מהרש"א אכן לשיטת הרמב"ם בפי"א מגזילה דאבידה מדעת רק חיוב השבה אין על המוצא, מטעם דאשר תאבד אמר רחמנא ולא במאבד מעצמו, אבל לענין זכי' אסור לזכות, ולדבריו הוי עיקר ההיתר לזכות בה רק משום דמתייאש כשיזכור וא"כ כל כמה דלא ידעינן שכבר זכר אכתי הוה ישל"מ וכסברת הש"ך, ולפ"ז סברת הש"ך לא מצי קאי כ"א לשיטת הרמב"ם, וסברת המהרש"א רק לשיטת הטור, ומדוע סתמו דבריהם, אכן דעת הש"ך יש לתרץ, דהנה באמת שני סוגים יש תחת השם "אבידה מדעת" א') הבא דרך איבוד והשלכה בידיו כגון מי שהשליך כיסו לרה"ר או הניח פרתו בכרם של עכו"ם במקום דאתרו ביה ולא איזדהר דחז"ל ב"מ דל"א קראוה אבדה מדעת ב') הבא דרך הינוח ושכחה שמתחילה הניחה מדעתו במקום שאין משומר אלא שכונתו היתה ליקחנה משם אח"כ ושכחו, וגם בזה אע"ג שדעתו הי' ליקחנה משם ולא להניחה לעולם במקום שאין משומר אפ"ה קראוה אבידה מדעת על תחלת ההנחה שהניחה שם מרצונו במקום שאין משומר, ונראה ברור דהא דפליגי הטור והרמב"ם היינו דווקא בסוג הראשון, שהי' מכוון לאבד ממונו לעולם דהרמב"ם ס"ל שבשביל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירם וכמ"ש הב"י והב"ח כאן, והטור, ס"ל דכיון שמשליך ומאבד ממונו מדעתו מסתמא הפקירם, אבל בסוג השני הבא דרך הינוח אין שום סברא לומר שהי' הפקר, אחרי שיודעין אנו שמחשבתו מתחלה היה ליקחנה משם רק ששכח, ואפ"ה לפוטרו מחיוב השבה שייך גם בכה"ג דכיון שהניח בדעתו במקום שאין משומר, וא"כ בגרמו וסבתו בא לידי הפסד, לא קרינן ביה אשר תאבד, ובזה גם הטור יודה להרמב"ם, דלזכות אין רשאי בלא יאוש, וצדקו דברי הש"ך שלא הזכיר דסברתי הוא דוקא לשיטת הרמב"ם, דלפמ"ש בהנוח גם הטור יודה דלא הוי הפקר, וכן משמע להדיא בשו"ע לקמן סי' רס"א שלא הביא פלוגתת הטור על הרמב"ם כ"א על דין דמשליך כיסו ברה"ר ע"ש ומכוון לדברינו, אלא דלפ"ז יוגדל הקושיא על המהרש"א שהעלה לדבר פשוט דבהנוח לא שייך ישל"מ, והא לפמ"ש בהנוח כו"ע מודו דנא מטעם הפקר אתינן עלה לענין היתר זכייה, כ"א מטעם יאוש ואכתי הוה ישל"מ, ודברי המהרש"א דלא כמאן, ובכדי לקיים דבריו נ"ל דמה שהקשה המהרש"א דלוקי מתני' לאביי בדרך הינוח, לא הוי הטעם כמ"ש לעיל, דבהנוח כיון שאבידה מדעת היא, מטעה הפקר אתינן עלה, ולא מטעם יאוש, זאת לא זאת דגם המהרש"א יסבור דגם בהנוח הוה מטעם יאוש אלא שס"ל דבמקום כזה גם יאוש של"מ מהני גם לאביי דהא

עיקר הטעם דלא מהני יאוש של"מ לאביי היינו משום דנתחייב בהשבה קודם היאוש וכמ"ש התוס' בב"ק דס"ו, וא"כ בא בידה כזה שבא דרך הינוח, דלכו"ע לא מחייב בהשבה וכמ"ש וא"כ קנה לה ביאוש שאח"כ וכ"כ הקצוה"ח לקמן בסי' רס"א לדרכו שם, דבכה"ג מהני היאוש גם לאביי, ולפ"ז מיושב כוונת המהרש"א, והנה מה שהחלטנו דבהנוח עכ"פ חיוב השבה ליתא לכו"ע, אחר העיון בסוגיא הזאת, נראה ברור שגם דין דהינוח חלוק לשני סוגים א) שמתחילה הניחה מדעתו במקום שאין משומר רק כוונתו היתה ליקחנה משם ושכחה, אבל בעת ההנחה ידע שינחנה במקום שאין משומר, ובכגון זה שפיר י"ל כיון דמסיבתו וגרמו בא לידי הפסד לאו אשר תאבד קרינן בו דליחייב בהשבה, אכן יש שתחלת ההנחה בא ע"י שכחה, כגון שעמד לפוש ברה"ר ופירק משאו ובעת שרצה לילך לדרכו וליקח החפצים שכח על אחד מהם, ובכה"ג שעיקר הנחתו היתה ע"י שכחה, ודאי דאבידה גמורה היא אפי' לענין חיוב השבה, דלא נוכל לקרותה בשם מאבד מעצמו כיון שאילו ידע לא הניחה שם אף רגע וזה נ"ל ברור בטעמו, ואפ"ה שפיר הקשה המהרש"א דאכתי נימא דאביי מוקי למתני' בהנוח שהניחה מדעתו ואח"כ שפחה, שבזה אין מחוייב בהשבה, וגם יאוש שלא מדעת מהני לזה וכנ"ל ודו"ק:

**סימן רסא**

סעיף ד' **בהג"ה** וי"א דאבידה מדעת הוי הפקר עמ"ש בדבור לעיל מזה:

שם **בנתיבות** הביא דהא דאמרי' בב"ק דכ"ו זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו חייב, מיירי במקום שיש מצילין ולא מייאש נפשיה ע"ש, פליאה נשגבה הוא, וחלוף חייב על פטור קא חזינן בדבריו, דהא שם בב"ק איתא להדיא דפטור, ואין לומר נמי דכוונתו הוא למה דמסיים שם הטעם דפטור משום דמנא תבירא חבר, הא אי לאו האי טעמא הוה חייב, וע"ז מקשה דאכתי אמאי חייב הא אבידה מדעת וכמו שהקשה באמת הרא"ש שם וע"ז תי' הנתיבות דמיירי במקום שיש מצילין, דא"כ דיש מצילין לא הוה מנא תבירא נמי, ואולי שגגה פלטה קולמסו בזה:

**סימן רסב**

סעיף צ' **במחבר** אין המוצא מציאה חייב להכריז אלא כו' או שראוי ליתן סימן במקומו, נסתפקתי הא דמקום היי סימן אם היינו דוקא כשמכוון מקום החפץ ממש, אבל אם המקום ממש לא יוכל לכוון, רק שזה מכוון שנפל ממנו ברה"י אין זה סימן, או שמא כשמכוון שברה"י נפל סגי' והנה מתוס' יש להוכיח דבעינן שיכוון מקום החפץ ממש, דבב"מ דכ"א בתוד"ה כריכות ברה"ר הרי שלו כתבו ומיירי שמצא דרך נפילה, ולכן לא הוי מקום סימן, ואי נימא דכשמכוון אם ברה"י נפל הוי נמי סימן, א"כ מה מועיל שמצאו דרך נפילה, יהא אפי' דרך נפילה הוי סימן לפמ"ש התוס' שם בסוה"ד, שאפי'

דרך נפילה יודע לכוון המקום אם ברה"ר או ברה"י נפל אלא ודאי שדעת התוס' דסימן מקום לא הוי כ"א כשמכוון מקום החפץ ממש, וזה א"א לכוון בדרך נפילה, ואכן לול דעת התוס' היה אפשר לומר שא"צ לכוון המקום ממש, ואם יודע לכוון שנפל ברה"י הוה סימן, והא דדרך נפילה לא הוי סימן, היינו משום דבדרך נפילה גם זה לא יוכל לכוון אם ברה"ר או ברה"י, ואי משום דלפ"ז יהיה קשה קושית התוס' התם דא"כ כריכות אפי ברה"י אמאי מכריז. דהא מתייאש שסבור ברה"ר נפל. דמחמת קושיא זאת הוכיחו התוס' שזה יוכל לכוון, יש ליישב הקושיא באופן אחר, דבאמת הא דמתייאש אפי' אם ודאי ברה"ר נפל, אין זה שיודע שהסימן יהי' נשחת בודאי, דהא אכתי יפול בלבו ספק דשמא יגביהנו המוצא הראשון בעת שהסימן לא הושחת עדיין, אלא דאמרי' שמספק יתייאש, וכל זה הוא דווקא כשיודע שהחפץ נפל ודאי ברה"ר, אבל אם גם ברה"י הלך, וגם ע"ז יש ספק אצלו שמא ברה"י אבדו, וא"כ יפול אצלו שני ספיקות לצד הטוב, שמא ברה"י אבדו ואז לא יהי' נדרם לעולם, ואפי' אם ברה"ר אבדו, שמא ימצאנו הראשון בעת שלא נדרם עדיין, וכיון שיותר קרוב שהסימן לא יהי' נדרס לכן ודאי דלא יתייאש, ולכן בזמן שמצאו ברה"ר תלינן דהאובד לא הלך כלל ברה"י, ולהכי אמרינן שנתייאש, אבל אם מצאו ברה"י, שמזה ידעינן שעכ"פ היה האובד גם ברה"י, ובאופן זה ודאי דלא יתייאש, ולפ"ז לא מוכח כלל הוכחת התוס', ושפיר נוכל לומר שבדרך נפילה גם זה לא יוכל לכוון ואפ"ה לא מתייאש כיון שיש גם ספק אצלו שמא ברה"י נאבד, כמו שהאמת היה כן, וממילא נוכל לומר דהיכי שמכוון אם ברה"י או ברה"ר הוי סימן טוב ודו"ק:

שם **במחבר** ואם לא צריך להחזיר אעפ"י שנתייאש אח"כ כיון שבא לידו קודם יאוש, ומשום דקיימ"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, עיין מה שהעליתי לעיל בסי' רנ"ט דלא פליגי כ"א בדבר שמסתמא הוי יאוש, אבל בדבר שלבסוף יתייאש ודאי גם לאביי מהני יאוש של"מ ע"ש היטב, והנה בשטמ"ק בב"מ שם הביא בשם הראב"ד וז"ל הך פלוגתא דאביי ורבא ביאוש של"מ קשיא לי דשייך ביה ברירה וליפלגו בעלמא אלא שיש למבין להפליג מענין ברירה עכ"ל, ולא ביאר ההבדל שיש בין זה לברירה ועיין בהגהות מוהררצ"ח, ולי נראה דכל ענין ברירה הוא רק לברר לפנינו את הספק שהיה לו מתחלה, דהספק היה לנו עוד מקודם, ורק המעשה שאח"כ מבררת הספק, אבל הכא ביאוש, שלא נסתפק כלל אם נתייאש תיכף, וידעינן ודאי שבעת מעשה לא נתייאש, ורק אח"כ כשנתייאש, הרי ענין מחודש בא, ומה שייך זה לברירה, ולא מיבעיא שלא דמי זה לברירה מסוג כזה, שבעת חלות הענין התנה בפירוש ובירר דבריו שיחול על דעת המעשה שיתהווה אח"כ, וכגון מי ששחט את הפסח על זה שיעלה ראשון לירושלים,

או שהניח העירוב למי שיבא בצד זה דהכי הרי בירר ופירש תנאו דאדעתא דהכי עביד, אלא שאכתי אין מבורר לנו מי הוא שיבא ראשון, בזה תבא המעשה שאח"כ ומברר גם לפנינו שנדע מי הוא, כ"ש שלא דמי כלל ליאוש של"מ, שלא תלה כלל במעשה דאח"כ, אלא אפי' לברירה דשני אחים שחלקו שלא הי' שום תנאי מעיקרא ואפ"ה למאן דס"ל ברירה חל זכייתו למפרע על אותו חלק שמבורר אח"כ היינו נמי שבשעת מיתת האב זכה כ"א מהאחים בחלק, אלא שנסתפק איזה חלק, וכיון שספק יפול לנו גם בתחילה, לזה יבא המעשה שאח"כ לברר הספק, דזהו עיקר פעולת הברירה לברר הספק דמעיקרא אבל הכא גבי יאוש שידעינן בודאי שלא נתיאש עד עתה, ועתה שנתייאש הרי בא ענין מחודש לפנינו, ומה ענין זה לברירה לומר שגם מעיקרא הוא דמייאש ודו"ק:

**והנה** בר"פ אלו מציאות פריך לאביי מהא דתנן ואם אמר לו כלך אצל יפות כו' תרגמא רבא אליבא דאביי דשוי' שליח ה"נ מסתברא דאי לא שויא שליח הא בעינן לדעתכם ע"ש, ובקצוה"ח כאן הביא לקושית הב"י ביו"ד סי' של"א שהקשא מסוגיא זאת על הרמב"ם שכ' בפ"א מתרומות וז"ל התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם אם בא בעה"ב וא"ל כלך אצל יפות אם היה שם יפות תרומתו תרומה כו' וכיון דאנן קיי"ל כאביי דישל"מ לא הוה יאוש לא מהני כלך אצל יפות אלא בדשויא שליח אבל בדלא שויא שליח לא ע"ש שהאריך ליישב, ולענ"ד ליישב בתרי אנפי, דהנה בע"כ סברת המקשה דהא דקתני בברייתא תרומתו תרומה, היינו גם למפרע משעה שתרם השליח, דאלת"ה אלא דכוונת הברייתא הוא דעתה לאחר ניחותא דבעה"ב הוה תרומה מכאן ולהבא, לא היה קשה מידי על אביי, ולכן לסברתו שפיר משני שדווקא בעשאו שליח אז מהני התרומה אפי' למפרע נמי, אבל זה ודאי שמכאן ולהבא הוה תרומה אפי' בלא שויא שליח, דנהי דהרמת התורם אין נחשב למאומה כיון דלא עשאו שליח, מ"מ כיון דתרומה ניטלת במחשבה, ולהכי מיד שהסכים בעה"ב שיהי' תרומה הוי תרומה מעליא מטעם תרומה דנפשיה, ועיין בט"ז שם שכתב נמי דעל מכאן ולהבא לא בעי, שויא שליח, ולפ"ז יתורץ דעת הרמב"ם, דהנה בלח"ם שם הביא רמ"ש הרמב"ם דתרומתו תרומה הוא דוקא מכאן ולהבא וכיון שכן לא הוצרך שישויא שליח וזה ברור:

**ועוי"ל** באופן אחר, דהנה בש"ס שם על אוקימתא דשויא שליח קאמר ה"נ מסתברא דאס"ד דלא שוי' שליח מי הוי תרומתו תרומה והא אתם גם אתם אמר רחמנא לרבות שליחכם מה אתם לדעתכם אף שליחכם לדעתכם אלא הב"ע בדשוי' שליח, ובתוס' שם כתב וז"ל ה"ג ה"נ מסתברא ולא גרסינן ותסברא ע"כ ובאשר לענ"ד עיקר גירסת ותיסברא

לזה אבאר סברת התוס', דהתוס' הבינו דלענין כוונת הש"ס אין נ"מ בין שני הגרסאות, וכמו דלגרסת ה"נ מסתברא, כוונת הש"ס לקיים בזה אוקימתא דרבא דמיירי בדשויא שליח, ה"נ לגירסת ותיסברא וכמ"ש כן בשטמ"ק להדיא, דלגירסת ותיסברא יהי' פי' הש"ס כן ותיסברא אי בדלא שוי' שליח מי הוה תרומתו תרומה והא אתם כו' ומקיים בזה אוקימתא דשוי' שליח, ולכן הקשה בשטמ"ק שם דלא שייך ע"ז לשון ותיסברא, שלשון זה אין שייך כ"א במקום שרוצה לסתור את ההונאה ולא כשבא לקיום האוקימתא ע"ש, ומטעם זה מיאנו גם התוס' בגירסת ותיסברא, דלקיים האוקימתא לא שייך לשון זה, אכן באמת מזה לא איריא וא"צ למחוק הגירסא בשביל זה דהיטב אשר דבר כזה אדונינו הגר"א זצוק"ל, בהגהותיו דלגרסת ותיסברא יהי' הפי' כן ותסברא והא אתם כו' ור"ל דאי בדשויא שליח למה צריך לכלך אצל יפות הא שלוחו כמותו אלא הב"ע כו' ע"ש, ולפ"ז הוי באמת כוונת הש"ס לדחות האוקימתא דשויא שליח, ודוקא אליבא שינויי דרבא קא טרח לשנויי, אבל שאמת א"צ לאוקמיה בדשויא שליח, וכיון שביארנו דמן הלשון ותיסברא לא קשה ושפיר מצי לגרוס כן, נלע"ד דגירסא הזאת גם עיקר, דהנה הא באמת בקדושין דנ"ב גבי ההוא סרסיא דקדיש בפרזומא דשיכרי אתא בעה"ב ואמר אמאי לא אייתית מהאי חריפא אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות כו' אלא בתרומה, משמע שאפי' בכה"ג דהתם דלא שוי' שליח אילו תרמו מהם ובא בעה"ב ואמר כלך כו' הוי תרומה, הרי משמע להדיא שאפי' בדלא שוי' שליח, וא"כ יהי' סוגיא דקדושין סותרת לסוגיא דב"מ דדוקא בדשוי' שליח, אכן לגירסת ותסברא א"ש, דהנ"מ שבין שני הגרסות לדינא הוא דלגרסת ה"נ מסתברא דהש"ס מקיים אוקימתא דרבא דמיירי בדשוי' שליח, מוכת מזה שדוקא בדשוי שליח' על עצם ההרמה, אלא דלא פירש ממה יתרום, בזה דוקא סמכינן אניחותא דמצוה, כפי דמשני שם מצוה שאני, ואם אמר כלך כו' מהני, אבל בדלא שוי' שליח לא מהני טעם דמצוה לסמוך אאמירתו וכמ"ש המהר"ם שי"ף שם, ולפ"ז הוה הסוגיא הזאת דב"מ היפך מסוגיא דקדושין, אכן לגירסת ותיסברא, דהש"ס מדחה אוקימתא דשווי' שליח, י"ל שבאמת א"צ כלל לשווי' שליח, וכיון דמצוה הוא סמכינן על אמירתו גם בעיקר התרומה, והוי ממש כסוגיא דקדושין דדוקא רבא הוא דמוקי בשוי' שליח אבל הש"ס לא ניחא בזה, וכיון שכן נראה עיקר גירסת ותסברא, דלגרסת ה"נ מסתברא יהי' הסוגיות חלוקות וגם הכרח התוס' מחמת הלשון מיושב בטוב כנ"ל, ולפמ"ש יצא לנו כנוגה צדקת הרמב"ם ז"ל מה דלא הצריך שווי' שליח, ונראה ברור שזהו טעמו, דלשיטתו אזיל דבחר גירסת ותיסברא כמ"ש הגר"א, וא"כ נדחה אוקימתא

דשוי' שליח, ולשני הסוגיות אפי' בלא שווי' שליח נמי מהני, ותירוץ זה נראה ברור ואמת ואפשר שגם הגר"א רמז ע"ז אכן אין אצלי באורו על יו"ד לעיין שם:

**והנה** בקצוה"ח הביא למ"ש הב"י והט"ז לתרץ, דכיון דתרומה מצוה היא, לכן לא בעינן שיהיה ידע, דמסתמא נמי אמרינן דניחא ליה ובקצוה"ח הסכים לתירוץ הזה, והביא כמה הוכחות דבמקום שיש ניחותא דמצוה לא בעינן ידיעה ע"ש, ובאמת תירוץ זה איתא בתוס' ב"מ דכ"ב בד"ה אם יש יפות שהקשו דלמה פריך הש"ס מברייתא דכלך אצל יפות רק לאביי הא אפי' לרבא נמי קשיא, דבדבר שאין עומד להתייאש גם רבא מודה דלא הוי יאוש, והכי כיון שאין דרך לתרום מן היפות הוי כדבר שאין בו סימן דאין עומד לייאש ותי' דמצוה שאני, אכן המהר"ם שי"ף ושארי מפרשים כתבו דסברא זאת דניחותא דמצוה לא בעינן ידיעה, לא מהני אלא לרבא, דלדידי' לא בעינן כ"א שיהי' עומד לכך, ולכן כיון דמצוה היא אמרינן שעומד גם לזה, אבל לאביי אין מועיל סברא דמצוה, והוכיח זה מן הסוגיא דאלת"ה א"כ מאי מקשה לאביי והוכרח לתרץ בדשוי' שליח תיפוק ליה דמצוה שאני ע"ש, וא"כ לפ"ז לא קאי תירוץ הב"י, דהא לדידן דקיי"ל כאביי גם ניחותא דמצוה אינו מועיל, אלא דבאמת נראה ברור דסברא הזאת מועיל גם לאביי, דכוון שמצוה הוא הוה כאילו אמר בפירוש, דכל הרוצה לתרום אפי' מן היפות ניחא ליה, ואפי' לאביי דס"ל דלא אמרינן מדהשתא ניחא ליה מכלל דלמפרע ניחא מהני נמי משום דהוה כאילו התנא בפירוש, ועיין בט"ז שם שכתב מסברא דנפשיה דתי' זה מהני אפי' לאביי, ולי נראה שכוונת התוס' בקושיתם הוא גם להקשות על אביי, דכיון שלא אמר מן היפות וא"כ דמי ליאוש של"מ וקשה לאביי, וגם לרבא קשיא כיון דאין עומד להכי הוה כדבר שיש בו סימן, וע"ז תי' דמצוה שאני וניחא גם לאביי, משום דלאו על הניחותא דהשתא סמכינן לומר שגם מעיקרא נתרצה, דזה לא היה מועיל לאביי, אלא כיון דמצוה היא הוה כאילו אמר בפירוש שמתרצה לכך, הרי משמעות תירוצם משמע דמתרצי גם לאביי וגם לדידי' מהני, והוכחת המהר"ם שי"ף דאמאי לא משנה כן בש"ס כשהקשה על אביי, י"ל דבס"ד דמיירי בלא עשאו שליח והקושיא היה אמאי מהני הרמת השליח כלל ואפי' אי תרם מבינונית, כיון דלא עשאו שליח, ולהכי לא מצי לתרוצי דמצוה שאני, דהא זה אין מצוה שיתרום האחר ולא הוא ואדרבה מצוה בו יותר מבשלוחו, אבל בתר דמשני בדשוי' שליח, ורק השינוי הוא שתרם מן היפות ע"ז שפיר שייך לומר כיון דמצוה הוא הוה כאילו אמר מעיקרא הפירוש שניחא לו בזה משא"כ בעיקר התרומה לא שייך לומר דמשום מצוה נתרצה בהרמתו של זה כיון דזה אין מצוה שיתרום האחר שלא ברשותו וכמ"ש, וזה מוכרח בסוגיא שם דסברא דמצוה מועיל גם

לאביי, דאלת"ה א"כ מאי משני רבא אליבא דאביי בדשוי' שליח, דמה מהני דשויא שליח כיון דלא אמר לתרום מן היפות והשליח כי תרם מן היפות אכתי דמי ליאוש שלא מדעת דבעידנא דתרם לא ידע שיתרצו לתרום מן היפות, אע"כ דכיון דעל עיקר ההרחה שויא שליח משו"ה משום ניחותא דמצוה אמרי' דהוה כאילו אמר מעיקרא שיתרום מן היפות, הן אמנם דיש לדחות ראי' זאת משום דיש ליישב הקושיא הזאת שהקשיתי דמאי מהני דשויא שליח כיון דמן היפות השליח תרם אדעתא דנפשיה עפמ"ש בפסחים דפ"ח ע"ב האומר לעבדו צא ושחט את הפסח עלי שחט גדי יאכל שחט טלה יאכל וקמ"ל שאע"ג שדרכו תמיד בגדי מ"מ אם שחט טלה יאכל, דכיון שלא פירש סמיך עליו, הרי דכיון דלא פריש סמיך על השליח אפי' באם ישנה מדרכו התמידי ואפי' אם שינה נמי מדרך העולם נמי מהני, ועיין בפיה"מ להרמב"ם שם, וה"נ דכוותה אע"ג שדרך העולם לתרום מן הבינונית, מ"מ כיון דלא פירש על השליח סמיך, ובזה היה מיושב גם קושית התוס' בד"ה אם יש יפות ע"ש אלא דלפ"ז אפי' אם לא נמצאו יפות אח"כ, דמזה ניכר שבעה"ב לא נתרצה במעשה השליח, נמי הו"ל להיות תרומתו תרומה כיון דעלי' קא סמוך, ולכן המובחר במ"ש הב"י שמצוה מהני לאביי נמי ודו"ק:

סעיף ד' **ראה** סלע שנפל משנים כו' אפי' אין בו סימן צריך להחזיר כו' והנה בתוס' דב"מ דכ"ו בד"ה שנפל משנים כתבו דמיירי ששניהם בקשוהו יחד, פירוש דאי בשלא בקשו יחד א"כ אמאי חייב להחזיר בשנים דודאי לא מייאש, ומנין הוא יודע שוודאי השני לקחו ולא אדם אחר מעלמא, אע"כ דמיירי ששניהם בקשוהו ולהכי תולה שודאי הוא מצאו, והנה בטור ושו"ע לא חילקו בין שנים בקשוהו או לא, והש"ך כתב בזה דברים תמוהים כמ"ש הנתיבות והפנ"י שם, ונ"ל שדעת הטור הוא כשיטת הריטב"א דלא מיירי התם בשאותם השנים או השלשה הלכו בדרך כדרכם ונפל הסלע מאחד מהם, דבאופן כזה ודאי אפי' שנים מנ"ל למיתבא טפי מאינש דעלמא, אלא הב"ע שישבו במקום אחד ואחד מהם משמש בכיסו, וכיון שהיו יושבין ביחד קרוב הדבר שימצאנה חבירו שיושב עמו ומעיין במעשיו ורואה מה שנפל ממנו, וכן יפרש הטור דמיירי נמי בשנים שיכבו כאחד ומשו"ה לא חילק בין שניהם מבקשים, ואפי' אין מבקשים נמי אין לתלות ברובא דעלמא אחרי שהם ישבו כאחד כנ"ל, ורבינו ירוחם דמחלק בהכי יסבור כשיטת התוס', ולענין דינא י"ל דלא פליגי ורק בזה תלוי, דאם הלכו בדרך אז דוקא כשמבקשים חייב להחזיר בשנים ובאין מבקשים אין חייב להחזיר באין בו סימן אפי' בשנים דתלה דאינש דעלמא מצאו ובאם ישבו כאחת, אפי' כשאין מבקשים נמי חייב להחזיר בשנים ואפי' אין בו סימן כיון דלא יתייאש, וזה נראה נכון:

סעיף ז' **במחבר**, מצא פירות מפוזרים אם דרך הנחה לא יגע בהם, ואם דרך נפילה הרי הם שלו, והטעם דכיון דחשיבי ממשמש בהו וידע מיד בנפילתו והוה יאוש מדעת וכמ"ש הסמ"ע, והנה הטור השיג עליו מסוגיית הש"ס רפ"ב דב"מ דעל מה ששנינו במשנה פירות מפוזרות הרי שלו, ומוקי ר' יצחק קב בארבע אמות ופריך הש"ס ה"ד אי דרך נפילה אפי' טובא נמי, ואי דרך הנחה אפי' בציר מהכי נמי לא ומשני דבמכנשתא דביזרי עסקינן ויותר מארבע אמות לא חשיב לטרוח והוה אבידה מדעת, ומדלא משכח תירוץ אחר כ"א זה דמיירי באבידה מדעת מכלל דאי בדרך נפילה א"א לומר בפירות מפוזרין שיהא שלו, ומטעם דהוה יאוש שלא מדעת כמ"ש שם בתוד"ה וכמה דאל"כ הו"ל נמי התם לתרץ דאגב דחשיבי מידע ידע בהו והוה יאוש מדעת וכסברת הרמב"ם, אע"כ דלא אמרי' כהרמב"ם ע"ש, ולענ"ד משום הא לא איריא, דהנה ברש"י במשנה שם בד"ה ברה"ר כתב וז"ל ברה"ר שהכל דשים עליהם ואם היה בהם סימן היה נשחת עכ"ל. והקשו המפרשים למה פירש דוקא למ"ד דסימן העשוי לידרס לא הוי סימן, ונ"ל משום דבמתניתין קשה תרתי, דסדורא דמשנה הכי הוא, אלו מציאות שלו מצי פירות מפוזרין מעות מפוזרות כריכות ברה"ר ועיגולי דבלה, וא"כ קשה, א') הסדור דפתח בפירות שהוא מין אוכל, ומפסיק בבבא דמעות מפוזרות ואח"כ נקט עיגולי דבלה דהוה נמי מין אוכל, ב') כיון דכלהו חד טעמא הוא משום דאין בהם סימן ונתייאש, א"כ ליתנא חדא והוה ידעינן דהוה"ד לכלהו, ולכן נראה דכוונת התנא שקודם שמודיע פרטי המציאות, רצה להורות סוגי המציאות שהם של המוצא וטעמי סוגי המציאות נחלקים לשלשה אשר עליהם יסוב הציר של כל פרטי הדינים שבפרק הזה, ומחלוקת כל התנאים כפי ששנויים בפרק הזה, א') אבידה מדעת, שבסוג זה אין הטעם משום דאין בו סימן אלא אפי' בשיש בו סימן נמי הוי שלו והטעם משום דאינו חושש לזה ומפקיר מדעת, ב') דבר שאין בו סימן שהבעלים מתייאשין ג') אפי' בדבר שיש בו סימן רק הסימן עשוי להתקלקל, ופתח בפירות מפוזרות לאשמעינן סוג דאבידה מדעת וכדאוקימנא בש"ס דמיירי במכנשתא דביזרי דהוה אבידה מדעת, ואח"כ נקט מעות מפוזרות, דבזה הוי הטעם משום דאין בו סימן והוא סוג הב', ואח"כ נקט כריכות ברה"ר לאשמעינן דאע"ג דיש בו סימן, מ"מ כיון שהסימן עשוי לידרס לא הווי סימן, ולא מכוון התנא לסתום בזה כאותו מ"ד דסובר דסימן העשוי לידרס לא הוי סימן, אלא אשמעינן סוג מציאה כזה שהסימן שלה עשוי לידרס, ושבזה פליגי תנאי, דמסתמא גם בימי התנא נחלקה בזה, ומה ששונה אח"כ מבבא דעיגולי דבלה ולהלן, בזה הוי הטעם משום אין בו סימן וכסוג הב' רק דאשמעינן דבכל הנהו השנויים הוה שלו אפי' לאביי דסובר ישל"מ לא הוה יאוש משום דבכל הנהו

הוה יאוש מדעת, אי משום חשיבות אי משום כובד הדבר ידע מנפילתם כדמוקי בש"ם, ועיין ברש"י ד"ה מעות מפוזרות זהו מטעם יאוש וזה טעמא דכלהו ע"כ פי' כל הנהו דחשיב במשנה מעגולי דבלה ולהלן וכדברנו, ואין להקשות דאכתי היה לו לתנא למיתני במציעתא עגולי דבילה דהוה נמי מין אוכל, וידעינן סוג השני, דבדבר שאין בו סימן הרי שלו, די"ל דהא באמת הוי בכל הני יאוש שלא מדעת, ורק משום דחשיבי וממשמש בהו הוה יאוש מדעת והאב מכל דבר החשובים הוה מעות, דשם נאמר עיקר הטעם דאיידי דחשיבי ממשמש בהו, ולהכי כשרצה לאשמעי' דין זה דבדבר החשוב הוה יאוש מדעת, בחר למיתני מעות, ומזה ילפינן נמי לכל דבר החשוב דהוי נמי כמו מעות דחשיבות שלהם גורם למשמש, בזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה עד כמה אמאי לא מוקי ר' יצחק בבא דפירות מפוזרות במציאה ממש ולא באבידה מדעת, ודרך נפילה ואפי' טובא נמי, ולמ"ש א"ש דאם גם בבא זה מיירי במציאה ממש ומטעם אין בו סימן נגע בה, א"כ אמאי פתח בו, הו"ל לפתוח במעות מפוזרות שהוא האב לכל דבר החשוב, ואח"כ למיתני כל מיני אוכלים בהדדי, אלא ודאי דבבא זו אשמעי' סוג דאבידה מדעת, ולפ"ז אזדא השגת הטור, דשפיר י"ל דגם בפירות הוה יאוש מדעת וכרמב"ם, מטעם דמידי דמיכל חשובי, והא דמשני במכנשתא דביזרי, היינו משום דסדורא דמתני' דחקו דבע"כ מיירי באבידה מדעת וכמ"ש ודו"ק.

סעיף ט' **בהג"ה** ומיהו במקום שהכל נותנים שם כגון חביות בשפת הנהר אינו סימן כו' והוא תירוצא דרב זביד בב"מ דכ"ג ע"ב הב"ע ברקתא דנהרא ומשו"ה אינו חייב להכריז, והנה הרמב"ם בפט"ו מהלכות גזילה פסק דכדי יין לאחר שנפתחו האוצרות הרי שלו, והשיג עליו הראב"ד דהא בש"ס מוקי לה דוקא ברקתא דנהרא אבל בלא"ה חייב להכריז דמקום הוה סימן, ולמה לא הזכיר הרמב"ם לתנאי דרקתא דנהרא, ונ"ל דהרמב"ם סובר דהא דמוקי רב זביד ברקתא, ובלא"ה הוי מקום סימן, היינו דוקא בחביות של יין דעלה קאי, וחביות שהם גדולות וגבוהות לא מינשתפי והוי מקום סימן, או משום דגדולות וכבדות הן א"א בהן בדרך נפילה ובע"כ בהנוח הוה והוה שפיר מקום סימן, אבל בכדים שהם קטנים וקלים, לא הוי מקום סימן, חדא דאימור דרך נפילה ואפי' כשידעינן דבהנוח הוא נמי לא הוה מקום סימן משום דמינשתפי, להכי הרמב"ם שהזכיר כדים ולא חביות, לא זכר התנאי דרקתא, דבכדים בכל אופן לא הוה מקום סימן ויש להביא ראיה לזה, דהא בש"ס פריך התם מחביות אכדים, ש דבחביות הרי שלו. ובכדים חייב להכריז, ואמאי לא משני דחביות מיירי ברקתא וכדי יין מיירי במקום אחר דהוה מקום סימן

ובאמת רבים הק' כן על הש"ס, ועיין בהשמטות חידושי רע"א ובפנ"י אע"כ דבכדים לא הוה מקום סימן בכל אופן וזה נכון:

סעיף י"ב **במחבר** מצא ג' מטבעות זעג"ז והם עשויים כמגדל כו' עיין בסמ"ע שהביא מחלוקת בזה בין הרמב"ם והטור אי הסימן הוה זה גופא דעשויים כמגדלים, או דבזה דעשויים כמגדלים אינו מוכח כ"א דדרך הנחה ולא דרך נפילה היתה, והסימן הוי או מנין או מקום ע"ש, והנה דין זה צריך ביאור, דברש"י בב"מ דכ"ה ד"ה והוא שעשויין כמגדלים כתב וז"ל וזה בא ונותן סימן ואומר כמגדלים הא עשויין ע"כ, ומשמע לכאורה להביא מלשונו דהסימן הוא זה מה שהיו עשויין כמגדלים, וקשה הא סוגיא דש"ס שם לא מסיק הכא דמשני התם טבעא מכריז וא"כ המנין הוה סימן, ונ"ל לומר שאין מסוגית הש"ס ראיה דכמגדל לא הוי סימן, ושפיר נוכל לומר דמגדלין דר' חנינא דהיינו כעין שלשה מלכים רויחי תתאי ומציעי עילויה וזוטי עילויה מציעא הוה ודאי סימן מובהק וכמ"ש רש"י, והא דמסיק הש"ס טבעא מכריז ומנין הוה סימן היינו דקאי על דברי ר' יוחנן דשל מלך אחד נמי חייב להכריז, משום דהוה סימן שאינו מובהק כ"כ, להכי לא יספיק סימן הזה אפי' לדברי ר' יוחנן גופא, דר' יוחנן לא פליג עם ר' חנינא כ"א לענין ההכרזה, דר' חנינא סובר דשל מלך אחד א"צ אפי' להכריז, משום דזה אין מורה אפי' לומר שבדרך הינות הוא, ור' יוחנן סובר דחייב להכריז משום דלא איתרמי דנפל הכי ובודאי דרך הינוח הוא, אבל להחזיר בסימן זה לחוד, גם לר' יוחנן א"צ להחזיר, ולהכי שפיר קאמר הש"ס דמכריז טבע, ויתן סימן מנין, ומה דקאמר רש"י דהסימן הוא במה שעשוי כמגדלין, היינו מגדלים דר' חנינא, שזה הוי סימן אליבא דכו"ע, ואין להקשות דמנ"ל לרש"י לחלק בהכי, ולמה לא פירש כפשוטו דהסימן הוא מנין, די"ל דמסדורא דש"ס הכריח כן, דפריך מאי מכריז ומשני טבעי מכריז בתר דברי ר' יוחנן, ואי נימא דאפי' מגדלים ממש נמי לא הוה סימן, וגם בזה מוכרחים לסימן דמנין, א"כ היה לפ דר קושית הש"ס ושנויי דרבינא מיד אחר המשנה, או אחר אוקימתא דמגדלין, שאז הוא רבותא טפי שאפי' בכה"ג בעינן לסימן דמנין, ומדסידר זה דוקא בתר ר' יוחנן מכלל דלדברי ר' חנינא דכמגדלים ממש, לא בעינן טבעא מכריז, וכזה י"ל שהוא נמי דעת הרמב"ם בפיה"מ שכתב להדיא דהסימן הוא בזה שיכוון כמגדלים, וכן בהלכותיו ולא הזכיר דטבעא מכריז, ולכאורה הוא תמוה שזהו נגד תירוץ הש"ס בב"מ, ולמש"ל דסובר נמי כרש"י דתי' דרבינא אינו כ"א לדברי ר' יוחנן, דלאו מגדלים ממש, אבל לדידן דס"ל מגדלים ממש, לא בעינן סימן דמנין:

**אלא** דלפ"ז צריך להבין סברת הטור שכתב דגם במגדלין ממש בעינן טבעא מכריז, הרי דסובר דשנויי דרבינא קאי גם לר' חנינא וא"כ אמאי לא סידר זה מיד בתר דברי ר' יצחק, ונ"ל דהטור לשיטתי' לא קשה כלל מסידורא דש"ס, דבלא"ה תמהו המפרשים על מ"ש רש"י בד"ה מאי מכריז, דזה יתן סימן דזה על גב זה היו, דמה סימן הוא זה, פשיטא דיודע דזה על גב זה היו דאל"ה לא היה מכריז, דאכתי לא ידע הש"ס דכסולם נמי מכריז, וא"כ ליכא סימן אחר כ"א זה לחוד, ואמרתי לתרץ שרש"י פי' כן דוקא אליבא דר' יוחנן שסובר דזה על גב זה נמי חייב להכריז ומגדלין ממש ודאי חייב להכריז, וא"כ הוי סימן מעליא אם מכוון ואומר שרק זעג"ז היו מונחים ולא כמגדלים, ומההכרזה אין ראיה, דשמא כמגדלים ממש היו, אלא דלפ"ז יוחזר הקושיא על רש"י שהוכיח מדלא סידר הש"ס לקושיא ושינויי דרבינא מעיקרא מכלל דס"ל דבמגדלים לא בעינן טבעי מכריז, מה ראיה היא זו, דלמא באמת גם במגדלין בעינן סימן המנין, והא דלא סידר מעיקרא, היינו משום דבלא ר' יוחנן דהוה ש"ל דלא מכריז כ"א דוקא במגדלין א"כ לא יוכל כלל להעלות על דעת המקשה דמכריז מנין, דא"כ מאי סימן יתן, דמגדלין אין סימן דיודע זה מההכרזה, כיון דבאופן אחר לא היה מכריז, אבל בתר דברי ר' יוחנן שגם בשל מלך אחד נמי מכריז, עלה שפיר אדעת המקשה דהכריז מנין והסימן יהיה אם כמגדלין או של מלך אחד, ואמנם י"ל דרש"י ס"ל דמקום נמי הוי סימן דמטבע וכדעת התוס' דהתם וא"כ אפי' לדברי ר' חנינא הו"מ למפרך דמכריז מנין והסימן יהיה שעשויין כמגדלים ומן ההכרזה אין ראיה כיון שיש נמי סימן מקום, ושפיר הוכיח רש"י מדלא סידר הקושיא לעיל מכלל דס"ל לש"ס לדבר פשוט דבמגדלין לא יאמר רבינא טבעי מכריז כיון דזה בעצם הוי סימן מובהק ואין להקשות דלפ"ז אמאי בעינן תלתא מטבע הא בתרי נמי סגי, והסימן יהיה או מקום או כמגדל ואפי' לשינויי דרבינא קשה כזה דאכתי מה משני טבעא מכריז ובעינן תלתא משום דלי הוי מנין סימן, בתרי נמי יהיה הסימן מקום, די"ל דתרי אפי' עשויין כמגדלין, לבד שזה גופא לא הוי סימן אפי' לא ידעינן כלל עי"ז שדרך הינוח הוא דנוכל לומר איתרמי דנפל הכא וגם סימן מקום ליכא, וכן נמי י"ל בדעת הרמב"ם שיסבור בזה כרש"י שגם במטבע הוה סימן מקום, וממילא מוכח לפ"ז מסדורא דש"ס דבמגדלין לא בעינן טבעא מכריז, אכן הטור אזיל בשיטת הרא"ש דס"ל לעיקר כשיטת הראב"ד דבמטבע כיון שהוא דבר קטן לא הוה מקום סימן, עיין בדרישה כוון שכ"כ בשיטת הרא"ש מדהביא שיטת הראב"ד באחרונה, וכיון דמקום לא הוה סימן לא מוכח תו מסדורא דש"ס כלל, ושפיר נוכל לומר דשנויי דרבינא קאי גם על ר' חנינא ולהכי פוסק שגם במגדלין ממש בעינן טבעי מכריז וכנ"ל:

**ואמנם** בעיקר הדבר שכתבתי בדעת רש"י דס"ל דמגדלין ממש הוה סימן מעליא ורק הוא הוה סימן, לא משמע הכי מדקדוק לשונו שכתב, נותן סימן ואומר דכמגדלים עשויין ומיותר מלת "ואומר", והכי הול"ל נותן סימן דכמגדלים היו כמ"ש אח"כ בד"ה מכריז מנין, וזה נותן סימן דזעג"ז היו אלא מוכח כוונתו דצריך לומר שני הסימנים ביחד סימן מנין וגם כמגדלים, וכמ"ש המפרשים באמת בדעת רש"י, וה"פ נותן סימן, היינו סימן דמנין, ואומר שכמגדלין היו, כלומר שגם זה צריך לומר, ולפ"ז יקשה דלמה באמת הוצרך לתרווייהו, וי"ל דרש"י יפרש בזה כשיטתו בב"מ ד"כ ע"ב בד"ה שטרי מכריז וז"ל צריך לומר כמה שטרות וכרוכים היו וגם שם נתקשו המפרשים למה הוצרך לתרווייהו, והיטב אשר דבר מוהרש"ל שם שודאי היכי דליכא אלא סימן אחד א"צ לכוון כ"א סימן אחד, אבל במקום שיש שני סימנין צריך לכוון שניהם ואי לא מכוון אלא אחד לא מהני דניכר שאין האבידה שלו, וה"נ כן הוא כיון שבע"כ מיירי דכמגדל היו עשויות להורות שהוא בדרך הינוח, משו"ה צריך לכוון נמי סימן הזה, אלא דיקשה לפ"ז דכיון דהיכא שליכא אלא סימן אחד מהני אם אומר רק סימן אחד, א"כ אמאי בעינן דוקא ג' מטבעות, ובתרי לא חייב להכריז, ואמאי נהי דסימן מנין ליכא, יתן סימן דכמגדלין לחוד, ומ"ש לעיל דבשנים לא הוה סימן אפי' עשויין כמגדלים לא משמע כן מרש"י התם בד"ה מאי מכריז מנין פי' דזה יתן סימן דזעג"ז היו הרי דזה לחוד נמי הוי סימן, דע"ז מקשה מאי איריא תלתא אפי' תרי נמי, ונהי ודאי שעל תירוץ דרבינא דמשני טבעי מכריז לא קשה דאמאי לא סגי בסימן זה לחוד ואפי' בשנים הא חייב להכריז, די"ל כמ"ש בנמוק"י דקאי לר' יוחנן דרק זה ע"ג זה מונחים ולא הוה סימן מובהק כמו מגדלים, ולא סמכינן אסימן זה לחוד, ולהכי בעינן תלתא דוקא בכדי שיהיה סימן מנין, אכן ברש"י הכא דקאי על דברי ר' יצחק במגדלין ממש, אמאי בעינן לתרווייהו ואפי' בשנים נמי יכריז, ולמ"ש לעיל דלמ"ד דוקא כמגדלין חייב ולא בזה ע"ג זה, אז גם במגדלין לחוד א"צ דאין זה שום סימן, כיון שיודע זה מההכרזה, אם לא שיש עוד סימן אחד ג"כ, וא"כ א"ש מה שמצריך רש"י לתרווייהו, דמגדלים לחוד לא הוי סימן דיודע זה מההכרזה, ומנין לחוד לא דשמא דרך נפילה הוא, וכיון שצריך להיות תרווייהו מוכרח נמי לכוון שתיהם וכשיטת רש"י שהבאנו, ובזה אתי נמי שפיר סדורא דש"ס דמאי מכריז ושנויי דרבינא בתר דינא דר' יוחנן ולא קודם, דבלא ר' יוחנן דהוה ס"ל דוקא כמגדלים חייב להכריז הוה פשיטא לן דטבעא מכריז והסימן הוא מנין, שלא נוכל לומר דמכריז מנין והסימן יהיה מה שעשויין כמגדל, דזה אין סימן שיודע זה מההכרזה, ורק בתר דא"ר יוחנן דזעג"ז נמי מכריז, א"כ

מספקא לן שפיר לש"ס דלמא מכריז מנין והסימן יהיה דזעג"ז ולא כמגדל, ומשני טבעי מכריז, דזה אין סימן מובהק במה שאומר זעג"ז ולא סמכינן עליו בלא סימן מנין:

**ולפמ"ש** יצא לנו הדין דלר' יוחנן דאמר דזעג"ז נמי מחוייב להכריז, אלא דלהכי בעינן סימן דמנין משום דאין זה סימן מובהק, וא"כ אי הוה להיפך שמצא מונחים כמגדל ממש, אז לא מצרכינן לסימן דמנין, ויוכל להכריז מנין והסימן יהיה שעשויין כמגדלים, ומה הכרזה אין ראיה כיון שגם אם היו זה עג"ז היה מכריז, ומה דבעינן שלשה מטבעות ולא סגי בשנים ומגדלים ממש, בע"כ מוכרחים לומר דבשנים אפי' כמגדלין לא הוה סימן מובהק, ורבינא שפיר משני טבעי מכריז כמ"ש התוס' והוה"ד דהו"מ לשנויי דבתרי לא הוה סימן, ואמנם לר' יצחק ולר' חנינא דדוקא כמגדלים חייב להכריז, מגדלין לחוד בלא מנין לא הוה סימן דיודע זה מההכרזה, ובע"כ לומר דטבעי מכריז ואיכא נמי סימן מנין, ואצדק נמי בזה סברת הרמב"ם והטור, דהרמב"ם כתב דמצא ג' מטבעות ועשויין כמגדל חייב להכריז, ולא זכר כלל לשינויי דרבינא דטבעי מכריז והטור זכר נמי דיכריז טבעי, ולהנ"ל א"ש, דהרמב"ם לא זכר נמי הפי' דמגדלין, אם כר' חנינא או כר' יוחנן ומדסתם משמע שגם בזעג"ז נמי חייב להכריז, דגם כמגדל דר' יוחנן נמי חייב וכמ"ש הנמוק"י בדעת הרי"ף מדסתם מכלל דגם בדר' יוחנן חייב להכריז, וכ"כ הגר"א דהרמב"ם פוסק כר' יוחנן, ואמנם הטור פירש לדבריו דמגדלין היינו דוקא ברויחי תתאי ובזעג"ז אין חייב להכריז, ממילא דלדידיה לא הוי שום סימן אם מכוון כמגדלים כיון שיודע זה מההכרזה, ובע"כ דהסימן הוא המנין, ולהכי פי' דמכריז טבעי בכדי שיהי' סימן דמנין אכן הרמב"ם לשיטתו כר' יוחנן שבזה ע"ג זה נמי מכריז ולזה אם מכוון דכמגדל ממש היה עשוי הוה סימן מעליא, להכי סתם וכתב רק דצריך להכריז, ומה יכריז, תלוי באופן מציאותו, אם מצאן זה ע"ג זה שזה לא הוי סימן מובהק טבעי יכריז ויתן סימן דמנין, ואם כמגדל ממש מצאן יוכל להכריז גם המנין ודו"ק בזה:

סעיף י"ח **במחבר** מצא חמור ואוכף עליו הנותן סימן באוכף מחזירין לו גם החמור בש"ס ב"מ דכ"ז יליף לה מקראי והיינו משום דבלא קרא המיוחד לזה, הו"א דסימני אוכף לא מהני לחמור, משום דהו"א דסימנים לא עדיפא מחזקה ורוב, וכמו דבירור דחזקה ורוב לא מהני לברר רק במה דהוי בו החזקה והרוב, אבל לא להוכיח ממנו במה דאין בו החזקה והרוב וכמ"ש התוס' כתובות דע"ו ד"ה רישא מנה לאבא, דחזקת אשה לא מהני לאב, וכן באה"ע סי' ל"ה כתב הב"ש בס' קל"ב שם הרמב"ן דחזקת קרובות לא מהני לזו ע"ש, וכה"ג נמי כתבו הפוסקים ביו"ד סי' ק"י בחצי חתיכה דפריש מקודם שנודע התערובות דהחצי השנית ממנה אחר דנולד התערובות אסורה, דאע"ג דאידך חציה

מכשרינן משום כל דפריש כו' עכ"ז אין מוכיחין ממנה על השניה, ועמ"ש בתשובת עין יצחק חאה"ע סי"כ, הוה"ד דנימא דסימנים לא מהני לברר רק על החפץ דיש בו הסימנים, אבל לא מהני להוכיח מהם על חפץ אחר, לזה קמ"ל קרא דאפ"ה מהני:

**והנה** לכאורה היה אפשר ליישב בזה לדברי הב"י שכתב בתשובה דהא דאמרי' בש"ס דמחזירין חמור בסימני ועדי אוכף ולא חיישינן בהו לשאלה משום דאוכף לא שאילי אינשי, שהיינו דוקא למ"ד סימנא דאורייתא, אבל דלא בעינן סימן ברור ומובהק, סמכינן ע"ז דלא עבידי להשאיל, אבל למ"ד סימנים לאו דאורייתא כיון דלדידיה בעינן סימן ברור ומובהק גם בכלים הללו דלא שכיחי להשאיל נמי חיישינן לשאלה, דסימן מובהק אכתי לא הוי, וכבר תמהו האחרונים ע"ז, דא"כ להך מ"ד תשאר הקושיא חמור בעדי אוכף היכי מהדרינן הא לדידיה חיישינן לשאלה בכל מילי ועמ"ש בחי' רעק"א, ולמ"ש י"ל דלהך מ"ד נפרש דחמור בעדי אוכף, היינו בעדי נפילה, דבזה ליכא חשש שאלה כיון דידעינן שבשעת נפילה היה שלו, ואי"ל דא"כ קרא למאי אצטריך, דהא עיקר קרא שפיר הוצרך דלא בעינן עדים דגופה, ואפי' בעדי אוכף נמי סגי, אכן שוב התבוננתי דזה אינו, דהא תינח למ"ד סימנין דאורייתא וחמור לסמני אוכף אתא, בזה היה מקום לומר דברור הסימנים לא עדיף מברור דחזקה דלא מהני כ"א על אותו החפץ, אבל אנן הא קיימינן בזה למ"ד סימנין לאו דאורייתא, ולדידי' חמור כי אתא לעדי אוכף, ובעדים דהוה ברור גמור מהני נמי מאחד על חבירו, וא"כ אכתי מה חידוש בזה וקרא למה לי, ועוד דבלא"ה א"א לאוקמי בעדי נפילה, דאם היו העדים בשעה שנאבדה ממנו, א"כ גם הם מעידים על אבידת החמור כמו על האוכף, א"כ אין זה חמור בעדי אוכף כיון שמעידים גם על החמור, ובע"כ דלא מיירי בעדי נפילה, וא"כ דברי הב"י צ"ע:

סעיף כ"א **במחבר** ואם הי' שטבעתו העין חייב להכריז שאם יבא ת"ח כו' עיין בסמ"ע שחייב להכריז אפי' במקום שאין ת"ח מצויין, והנה התוס' ב"מ דכ"ד בד"ה ומודה ר"ש יפרשו דלרבנן אפי' לא שבעתן העין חייב להכריז, ולר"א דוקא בשבעתן העין, ואי משום דלפ"ז יקשה דא"כ כל הנהו דמתני' דקתני התם הרי שלו מפני שאין בהם סימן, יכריז משום ח"א דמהדרי' לן בטב"ע, יתרצו זה שם דלא אמרו כן אלא במוצא במקום שת"ח מצויין, וכל הנהו דמתני' מיירי שמצא במקום שאין מצויין ת"ח ע"ש, והנה הרמב"ם בפי"ד מאבידה מפרש נמי בתרוץ אחר, דלא אמרו הכא כ"א בכלים שדרכן להיות בהם טב"ע, אבל בהני דמתני' מיירי בפירות, וכה"ג שאין דרך להיות בהם טב"ע, להכי א"צ להכריז בדבר שאין בו סימן, ומזה משמע נמי דלרבנן נמי חייב להכריז מחשש שמא צורבא מרבנן הוא, ואכן לולי דבריהם הקדושים היה אפשר לומר דרבנן אפי' בכלים

ששבעתן העין נמי א"צ להכריז מחשש שמא צורבא מרבנן אבד כיון דמיעוטא הוא, וא"ש הך דמתני' כפשוטו אפי' במצא באתרא דשכיחי ת"ח וגם בכל הכלים נמי דינא הכי, ורשב"א הוא דס"ל דצריך להכריז מחשש שמא צורבא מרבנן, ונראה דהם דייקו מלשון ומודה דקאמר רשב"א דמשמע שמודה לרבנן בכה"ג, ומשמע דרבנן ס"ל דבכ"מ צריך להכריז, אמנם גם מזה אין ראי' כ"כ די"ל דהאי ומודה היינו לנפשיה וכמ"ש הרשב"א שיש כיו"ב בר"פ המגרש גבי נכנסו ד' זקנים להשיב על ר' אליעזר, אלא שבטלה דעתי נגד הראשונים ז"ל:

**סימן רסג**

סעיף א' **במחבר** מצא שק או קופה אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו אינו חייב להחזיר, הריטב"א בחידושיו לב"מ כתב שדוקא בזקן שהוא חכם בתורה, ואינה לפי כבודו מחמת כבוד תורתו הוא דדחי ליה, אבל זקן או נכבד דעלמא לא חשיב אינה לפי כבודו, אלא או יטפל בה או יחזיר דמיה, והבאתי ראי' לזה מהא דאמר רבא שם כל שבשלו מחזיר בשל חבירו נמי מחזיר, ומהרש"ל הקשה דלפ"ז מאי איכא בין זקן לכל אדם, דאם בשלו אינו מחזיר אפי' אדם דעלמא נמי פטור, ואם בשלו מחזיר אפי' זקן נמי חייב ע"ש, ולשיטת הריטב"א דלשיטתו האי כללא דרבא דבשלו מחזיר, היינו נמי דוקא בזקן ות"ח, אבל אם אינו ת"ח אע"ג דאינו מחזיר בשלו, בשל חבירו חייב מיהא להחזיר, ושפיר אינו נ"מ טובא בין זקן לאדם דעלמא, אכן מלשון הרמב"ם והמחבר כאן שכתבו חכם או זקן מכובד משמע מזה להדיא דגם כל אדם שאינו לפי כבודו לטפל בה פטור מהשבה וא"כ יש להבין באמת מה איכא בין זקן לאדם דעלמא, ונ"ל ליישב בשנדקדק בדברי רבא דאינו אומר כ"א צד אחד בכל שבשלו מחזיר בשל חבירו נמי מחזיר, ולמה לא פירש גם לצד השני' דאם בשלו אין מחזיר בשל חבירו נמי אין מחזיר, ונראה משום דהאי לאו כללא הוא, דדוקא אם לפי כבודו באמת אין ראוי להחזיר בשלו, אז פטור מהשבה אבל אם לפי אומדן דעתנו במצב כבודו כי ראוי הוא לטפל בכה"ג בשלו, ורק הוא רוצה לנהוג סלסול בעצמו להתנהג כמנהג המכובדים ולא לטפל אפי' בשלו, בכה"ג חייב בהשבה אפי' אם גם בשלו אין מחזיר, דבשלו הוא רשאי לוותר ולא בשל חבירו, ומשו"ה נקט רבא רק צד הראשון דצד הזה הוה כללא שפיר, דאם אך מחזיר בשלו ודאי מחוייב גם בשל חבירו, אבל צד השני לאו כללא הוא, דיש שבשלו אין מחזיר, ואפ"ה בשל חבירו חייב, ולפ"ז דדוקא במי שהוא זקן שאינו ראוי לכבודו באמת אין חייב להחזיר אם בשלו אין מחזיר, אבל בשארי אנשים שרק הם בעצמם נהגו סלסול מחויב להחזיר בשל חבירו, אפי' במקום שבשלו אין מחזיר,

ושפיר איכא נ"מ בין זקן לאדם דעלמא ומיושב קושית מהרש"ל ועוי"ל בישוב קושית מהרש"ל, דדברי רבא יש להם הבנה אחרת לגמרי דהנה בעיקר הדין דפטרוהו לזקן ממ"ע מה"ת משום אינה לפי כבודו הרביתי לתמוה בחדושנו לעיל סי' ט"ו דאיך שייך לומר על עשיית מצוה שאינה לפי כבודו, והלא אדרבה זהו כבודו וזכותו שזכה לעבוד את ה' בגופו, ומשה רבינו נתכבד בתאר עבד ה' ובביהמ"ק פייסות היו מי מדיח את הקרביים, אע"ג דודאי מלאכה בזויה היא לעשות כזה לצורך הדיוט בכ"ז לצורך גבוה במקדש היו פייסות ע"ז, וכמה אמוראים התעסקו בעצמם במלאכות בזויות לכבוד שבת, וא"כ איך פטרינן מהשבת אבידה דהיא מ"ע משום אינה לפ"כ, חלקתי דבדבר שניכר לכל שעושה בזה לכבוד הש"י, והפעולה בעצמה מוכיחה שמלאכת שמים היא כמו מלאכות דעש"ק שזמנן מוכיח עליהם שלצורך שבת הוא עושה, וכן עבודות המקדש מקומן מוכיח כי לצורך גבוה הוא דנעשה, ודאי שבכה"ג אין זלזול בכבוד, כי אדרבה זהו כבודו, משא"כ דהשבת אבידה, שעצם הפעולה אין מוכיחה, אם מלאכת שמים או מלאכת עצמו הוא, וכגון מי שמצא חמור תועה בדרך והמוצא יטפל בה להשיבה בפעולה הזאת אין ניכר אם בחמור של אבידה הוא מטפל, או בשלו, שזה אין נאה לת"ח ולהכי פטרוהו, והיינו נמי כללא דרבא דכל שבשלו מחזיר בשל חבירו נמי מחזיר, דה"פ דשל חבירו מחוייב היה להחזיר בכל גווני כי זהו כבודו, ורק מפני החשש שיחשדוהו שמא שלו הוא, ובשלו הוא דאסור לבזויי נפשיה, ולכן אם האבידה היא כזה שאין בה פגם לטפל אפי' כשהוא שלו, ממילא מחוייב להשיבה, דאפי' אם נחשדו ששלו הוא נמי אין בה פגם, וז"ש כל שבשלו מחזיר, פי' שהאבידה היא מסוג זה שרשאי לטפל בה כשהיא שלו ודאי, או בשל חבירו נמי מחזיר, ולפ"ז אין מקום לקושית מהרש"ל ומה שקשה לזה מעובדא דר' ישמעאל בר' יוסי ב"מ ד"ל עמ"ש בחדושנו לעיל סי' ט"ו ליישב:

סעיף ב' **במחבר** וכן אם מצא בהמה והכישה נתחייב לטפל בה ולהחזירה אע"פ שאינה לפי כבודו שהרי התחיל במצוה, והוא מימרא דרבה ב"מ ד"ל, הכישה נתחייב בה, ומסיום דברי הרמב"ם בטעמו שהרי התחיל במצוה, משמע דלאו דוקא בבהמה אמרינן כן אלא הוה"ד בשארי אבידות, שהרי טעם זה שייך בכל אבידות ומ"ש אם מצא בהמה, לאו דוקא הוא וכמ"ש הסמ"ע אלא דכבר נתקשו הראשונים דהא במס' ב"ב דפ"ח מוקמינן להא דרבה בבעלי חיים דוקא ומשום דאנקטה נגרי ברייתא, והן אמנם בדברי הרמב"ם היה נראה לכאורה ליישב דמסוגיא דב"מ ד"ל היה לו הכרח דהאי דב"ב דחורמא בבע"ח לאו דסמכא הוא ודחויי בעלמא הוא, והיינו משום דקא מיבעי אח"כ התם, דרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר כו' או דילמא בשדה מיהא מחייב

וכיון דאתחייב בשדה חייב אף בעיר משום דהזיזה ממקומה הרי משמע דזה פשיטא להש"ס דאם אך הזיזה ממקומה בשדה מחוייב להחזירה אף בעיר, והיינו מסתמא משום דכיון שהתחיל במצוה, דהא בעיא סתמא קא מיבעי ובכל אבידות שאינן בע"ח נמי, ובע"כ דהך דב"ב דחותא בעלמא הוא וכמ"ש הב"י כאן ע"ש, אכן באמת לא דמי הדין דרבה לבעיא הזאת, דבבעיין כיון דבשדה מיהא אתחייב, נעשה שפיר בהגבהתו שומר אבידה ומחוייב לעשות בה השבה מעלייתא, אבל גבי הדין דרבה דליכא עליו שום חיוב להשיבה, וא"כ כי התחיל בהשבתה מאי הוה, ובשלמא בבע"ח חייב עכ"פ מטעם שגרם היזק במה שהכישה, אבל בשארי אבידות אמאי חייב כיון דלא נתחייב כלל בהשבה, ועמ"ש התוס', שם מפורש כן, דבזקן ואינה לפ"כ דלא נתחייב בהשבתה אפי' כי הגביה ממקומה נמי לא, ועמ"ש רעק"א בחדושיו ועיין עוד מ"ש הנמוק"י והב"י כאן ועמ"ש לקמן סי' רס"ז:

שם **בסמ"ע** סק"ו מביא עובדא דר' ישמעאל בר' יוסי דפגע בה הוא גברא דדרא פתכא דעצים א"ל דכי ני א"ל כמה שוויין א"ל פלגא דזוזי יהיב לו פלגא דזוזי ואפקרה, ראיתי מקשים כיון דמעות בלא משיכה אין קונה וא"כ איך יכול להפקירה הא אינה שלו עדיין, ולענ"ד לק"מ דכל עיקר הטעם דבעינן משיכה הוא בכדי שלא יאמר נשרפו חטיך, וא"כ לא שייך זה כ"א בדבר שהוא רוצה לקנות וליקח החפץ לעצמו שבזה חושש הוא שלא ישרף, אבל בעובדא הזאת שר' ישמעאל לא חפץ כלל בחפץ הזה, ולואי שהי' נשרף והי' נפטר מלשלם לו עוד פלגא דזוזי ובכה"ג שפיר הדר לדינו דמעות קונה, ועוד דבלא"ה בדבר שאינו מצוי לא תקנו דמשיכה קונה וכמבואר לעיל סי' קצ"ט ובבה"ג ודאי קנוייה שאינה מצויה היא שיקנה ע"מ להפקירה ודו"ק, והנה בפנ"י הקשה עוד דלמה הוצרך להפקירה ולא מחל בלבו ע"ש, ולא אבין הא מחילה לא מהני בדבר בעין וכמבואר לעיל סי' רמ"א:

**סימן רסד**

סעיף ב' **במחבר** אם היה אביו שקול כנגד רבו של אביי קודמת, והנה בש"ס דילן ב"מ ספ"ב הגירסא היא ואם היו אביו חכם של אביו קודמת דלשון זה משמע כל שאביו חכם אע"פ שאינו שקול כנגד רבו נמי של אביו קודם, מיהו בירושלמי הגירסא ואם אביו שקול כרבו וכ"ה ברי"ף, ולגירסא זאת דוקא אם שקול כרבו אז של אביו קודמת, אבל אם אין שקול כרבו אע"פ שהוא חכם, של רבו קודמת, וידוע הסתירה שיש בזה בפסקי הרמב"ם דבפי"ב מאבידה כתב פגע באבידת רבו עם אבידת אביו אם היה אביו שקול כנגד רבו של אביו קודמת ואם לאו של רבו קודמת והוא שיהיה רבו מובהק וכדברי

המחבר כאן, ובפ"ה מהלכות ת"ח כתב וכן אם היה אביו ת"ח אע"פ שאינו שקול כנגד רבו של אביו קודם ע"כ, ומפרשי הרמב"ם האריכו בזה, והם קדמוני לתרץ מה שכוונתי גם אני ואין צורך לכפול הדברים, רק ע"ז באתי למ"ש הכ"מ בשם בני בניו של הרמב"ם, דבהלכות אבידה דמיירי ברב מובהק כמו שמסיים להדיא, להכי בעינן שיהיה שקול דוקא, ובהלכות ת"ת שלא זכר התנאי שיהיה רב מובהק, ומשמע דמיירי התם אפי' באין מובהק, להכי אפי' באינו שקול כיון שעכ"פ חכם הוא, של אביו קודם, דנגד רב שאינו מובהק לא בעינן שיהיה שקול, ואמנם לתירוץ הזה דעכ"פ חכם קצת מיהא בעינן, אבל אם אין האב חכם כלל יש לרב דין קדימה אפי' כשאינו מובהק וע"ז תמה הכ"מ דלא מצינו בש"ס של רב שאינו מובהק יהי' קדימה נגד אביו, ואדרבה מצינו ההיפך דעולא אמר בב"מ שם ולענין אבידה במקום אביו אין חוזרין כ"א לרב מובהק, הרי להדיא דלרב שאין מובהק אין דין קדימה נגד אביו, ולענ"ד נראה לתרץ דהא דקאמר עולא קאי את"ח שבבבל, שהם לא היו מחזירין זה לזה במקום אביו כ"א לרב מובהק, ואע"ג דדין רב יש להם לאחד על חבירו כיון שלומדין זה מזה אפ"ה לענין אבידה במקום אביו לא החזירו כ"א ברב מובהק, ואצלם הוה ודאי הדין כן צריך להיות, דהא ע"י שלומדין זה מזה נהי דיש להם דין רב לאחד על חבירו, אכן הא גם דין תלמיד יש להם זה על זה, דבמה שלמד הוא מחבירו יש לחבירו עליו דין רב ואמנם בזה שחבירו לומד ממנו יש לו לחבירו דין תלמיד, אלא דאפ"ה לענין קימה והידור החמירו לוותר צד התלמיד דיכולים למחול, ונהגו ביניהם דין רב לתת כבוד לחבירו, אבל נגד כבוד אביו אין בכחו לוותר, ולהקדים כבודם נגד כבוד אביו, שבאביו מחוייב ודאי, והכא יש צד תלמיד נמי וגם בתלמיד וצריך לו רבו קא מיבעי בסמוך התם אם יניח של אביו, הרי אע"ג דהרב מובהק הוא, מ"מ כיון שגם הרב נהנה מתלמיד, יש ספק לומר שלא יניח נגדו כבוד אביו, כ"ש בת"ח שבבבל שכל אחד יש לו דין תלמיד ממש, בזה ודאי שאביו קודם, ולבד שלא יקשה מדעולא, אדרבה מזה גופא יהיה מקור הרמב"ם, מדקאמר עולא דת"ח שבבבל אינם מחזירים כ"א ברב מובהק, מכלל שדוקא הם שאינו נחשב כ"א כרב גמור, דיש בהם צד תלמיד נמי, משו"ה לא הניחו כבוד אביו נגדם אבל במקום שהרב שאינו מובהק הוי מיהא רב גמור, שאין בו לפחות שום צד תלמיד, שהוא לא נהנה כלל מתלמידו לקבל תורה ממנו, של רבו קודמת אם האב אינו חכם כלל, וז"ב בעזה"י. שוב מצאתי בפסקי הרמ"ך בשמ"ק שאם אביו אין חכם כלל אפי' לרב שאין מובהק יש דין קדימה, ומכיון ממש לדברינו, ולפלא על הפוסקים שלא זכרו מזה והלא דין זה מוכרע ממקומו וגם מן הבעיא דתלמיד וצריך לו רבו וכמ"ש, דאפי' אם הת"ח שבבבל הוא בגדר תלמיד וצריך לו רבו ג"כ לא

היה רשאי להניח של אביו, כיון דבעיא דלא איפשטא משו"ה לענין קימה והידור יכולין להחמיר מספיקא אבל במקום כבוד אביו א"א לוותר מספק, וכ"ש שהם היו גם תלמידים ממש זל"ז וכמ"ש ודו"ק כי זה ראי' נכונה בעזה"י:

סעיף ז' **בהגה"ה** ובשדכנות אין לו אלא שכרו אע"פ שהתנה עמו לתת הרבה, ועיין בש"ך שהביא דהרש"ל חולק, וטעם פלוגתתם נראה דתלוי בטעם דצייד, דלפי' הסמ"ע דמשו"ה בצייד נותנין כל מה שהתנה משום דאין קצבה להפסד שלו ואפשר שהיה עולה במצודתו כ"כ דגים בשיעור פסיקתא ע"ש דסובר דיותר משעור ההפסד א"צ לתת אפי' כשהתנה, ולפ"ז בשדכן דלא שייך ה"ט אין נותן לו מה שהתנה. אכן לפמ"ש הקצוה"ח לדייק מלשון הרא"ש דאם כך היה לו קצת הפסד, אע"פ שההפסד אינו שקול לשכר שהתנה אפ"ה מחוייב לתת לו כל מה שהתנה, א"כ הוה"ד בשדכן דקצת הפסד ודאי יש לו דצריך לתת כל מה שהתנה, ואם בנים אנחנו בזה היה מסתבר לכאורה יותר דברי הרמ"א בשדכן, כיון דדבריו הם כפי פי' הסמ"ע, ודברי הסמ"ע יש להם סיוע גדול בדברי הראשונים, דבשמ"ק בב"ק כתב בשם המאירי וז"ל מי שהיה בורח מבית האסורים כו' ואם היה בטל זה ממלאכה אחרת שהוא מרויח בה כשיעור הזה, כגון שהיה צייד ושולה דגים מן הים ואמר טול דינר בשביל מה שאני מבטלך נותן לו דינר משלם עכ"ל, הרי דייק לכתוב שדוקא אם היה בטל ממלאכה שהי' מרויח בה כשיעור שהתנה אז נותן שכרו משלם והוא כהסמ"ע, ושם עוד ביותר ביאור בשם מוהר"מ כהן וז"ל ואם היה צייד ואמר לו בטל מצודתך נותן לו מה שהתנה עמו כיון שבטלו שמא באותה שעה היה מזדמן לו דג גדול וכן כל כיו"ב עכ"ל, וכיון שהרבה ראשונים מפרשים שדוקא כשההפסד הוא כשיעור שהתנה עמו צריך לתת לו שכרו משלם, ממילא דבשדכן לא שייך ה"ט וא"צ לתת לו מה שהתנה וכהרמ"א, אלא דאפ"ה מסתבר יותר פסק הרש"ל, דאפי' אי נימא כשיטת הסמ"ע דבעינן ההפסד מכוון לשיעור הפסיקה, י"ל דהיינו דוקא בדין דמעבורת לצייד, דמחוייב זה להצילו, וכמ"ש הרמ"ה וז"ל מיהו דוקא כגון הני דמחייב ההוא שכיר לאיטפולי בההוא שכירות אי בחנם, ואי בשכר כגון היה בורח מבית האסורין דמיירי באבדת גופו וכגון זה בא בחביתו דמיירי באבדת ממונו דכיון דמצוה עליו לאיטפולי באבדת גופו וממונו היכי דלית לו פסידא וכי אית לו פסידא לא שרי לו למשקל מיני' טפי ממאי דאפסדו כו' אבל היכא דלא רמיא עליה למעבד ההוא מילתא כלל ופסק בהדי' למיתב לו דינר באגרו אע"ג דלא חזי לו אלא פרוטה באגמו יהיב ליה דינר עכ"ל, וטעם כזה כתב הרש"ל גופא בש"ש שם וז"ל והא דלא משלם גבי בורח מבית האסורים אלא שכרו חדא דסתם מעבורת יש לה קצבה וא"כ בודאי שיחק בו ועוד מסוכן הוא

וחייב להצילו וליקח שכר טירחא כו' ע"ש, ובלתי ספק אילו ראה הרש"ל שכדבר כתב הרמ"ה לא עשה טעם זה כסניף בעלמא, אלא הי' סומך עליו כטעם עיקריו, ולפ"ז בשדכן שאין חיוב על השדכן לעשות פעולתו ודאי שמחוייב לתת כמו שהתנה ול"ד כלל לצייד, ולא עוד אפי' אי נימא דבכל מקום אין נותן יותר ממה שהפסיד אפי' במקום שאין חיוב לעשות הפעולה ולא נסבור כחילוק הצודק של הרמ"ה ורש"ל, אפ"ה בשדכן נוכל לומר דיש לו פסידא כשיעור שהתנה, דהא השדכן יוכל לשדך שידוך הזה לאיש אחר, ואפשר שאותו אחר היה מרבה בשכרו וא"כ דמי ממש להך דצייד דאמרי' שמא עלה לו דג גדול, ומכל הלין מסתבר פסק של הרש"ל אלא מה אני להכריע בזה ולא כתבתי אלא להעיר:

**סימן רסה**

סעיף א' **במחבר** אלא נותן לו שכרו כפועל בטל, בשמ"ק לב"מ דל"א הביא קושית הריטב"א מ"ש דהכא אין נותן לו שכרו משלם, ואילו גבי רועה שקדם ברועים ומקלות בשכר שהוא חוזר ונוטל מבעה"ב כל מה שהוציא ע"ש, ולא עמדתי על דעתו דהא באמת דין זה דומה ממש לדין דרועה, דגם הכא נוטל מה שהפסיד, ומה שאין נוטל כ"א בפועל בטל, היינו משום דכיון שהוא היה עוסק במלאכה כבידה ואמדינן דעתיה שמסתמא ניחא ליה במנוחה ממלאכתו הכבידה וליקח פחות, והתם שאין מבטל ממלאכה כבידה שפיר נוטל כל מה שהפסיד וכמ"ש הסמ"ע סק"ח, וכן מוכח בתוס' שם דמשוה דין רועה לדן דהכא דז"ל בקושיתם דהכא משלם כו' וכן גבי רועה כו' למלשין וכן משמע שהושוו בדינם, והנה הריטב"א שם כתב בשם התוס' תי' אחר, דגבי רועה אין עושה מרצון נפשו משום השבת אבידה אלא משום שמירה שנעשה שלוחו של בעה"ב וכדין שליח נוטל מה שהוציא ולפמ"ש דעת התוס' כמ"ש ודו"ק:

**סימן רסו**

סעיף ה' **במחבר** א"ל אביו כו' הרי לא ישמע לו, והטעם הוא בש"ס מפני שכבוד אב הוא עשה והשבת אבדה יש בה ל"ת ועשה, פי' דאם יגביה לאבידה אז יקיים מ"ע בהשבתה, דכל זמן שלא הגביה, לא תעשה בלחוד הוא דאיכא ולא עשה וכדאמרי' ב"מ דכ"ו, וכיו"ב כתב המהר"ם שי"ף לתרץ קושית הר"ן על מ"ש הגמ' שם אילימא לכהן בביה"ק פשיטא האי עשה, הקשה הר"ן היאך אמרינן האי עשה הא עשה דהשבה אינה כ"א בדמטו לידו והמתין עד שנתייאשו אין עובר כ"א בלא תוכל להתעלם, וכתב המהר"ם שי"ף דה"ק דנהי דבצד העובר אם יעבור ולא יגביהנה ליכא כאן עבירת עשה, מ"מ בצד המקיים דאם יגביהנה לקיים מצוות השבה אז יקיים המצוה וה"פ האי עשה, אם יקיים וא"כ יאמר אני אלך להגביה ואקיים העשה ע"ש, והנה בשמ"ק הקשה דמאי פריך דעשה דאבידה תדחה לעשה דכבוד אב הא אמרינן בב"מ שם דלא דחינן איסורא מקמי ממונא, א"כ לית

לן למידחי עשה דכבוד מפני השבת אבידה, ונ"ל דעשה דכיבוד נמי דומה לממונא לענין זה, דהא עיקר הטעם דלא דחינן איסורא מקמי ממונא, היינו משום כיון דממונא הוא וביד בעל הממון למחול, להכי במקום איסורא מחוייב למחול שלא יעבור זה האיסור עי"ז, וכמו שאם הוא עצמו היה מוצא לאבידתו בביה"ק שאסור לו ליטמא, כן נמי המוצא פטור וכמ"ש בשמ"ק שם, וא"כ מ"ע דכיבוד נמי שהאב יכל למחול על כבודו משו"ה הוי כדבר שבממון לענין זה, ואע"ג דבמס' כתובות ד"מ ע"א כתב בתו"י דעשה דכיבוד לא נכנס תחת הסוג דאי אמר לא בעינא מי איתא לעשה דמ"מ מיד כשצוה הוה מ"ע לשמוע דבריו, היינו רק לענין זה דמתקרי מיהא מצוה, דבשארי דברים שמצי לומר לא בעינא לא מיקרי כלל מ"ע לזה אמר דהשבת אבידה עשה מיהא מיקרי, אבל הכא שאנו דנין אם מיקרי כאיסורא או כממונא, שפיר אמרינן דכממונא מיהא מיקרי דמחוייב האב למחול ולא לצוות במקום איסור, דאפי' עתה כשכבר צוה הלא יכול עוד לחזור ולמחול על כבודו, ומשו"ה מצוה כזו קל הוא לדחות ודו"ק:

**סימן רסז**

סעיף א' **במחבר** אבל בבעלי חיים לעולם חייב לטפל בה עד שיכניסנה לרשות הבעלים המשתמרת כו', והטעם הוא בש"ס ב"ק דנ"ז דאנקטא לה נגרי ברייתא משו"ה צריכה נטירותא יתירתא, וברש"י ד"ה דכיון דנקטו כתב וז"ל כיון שראה שמלומדות הן לצאת בעי נטירותא יתירתא כו', כוונתו דהא כשמצאה רועה כדרכו אין זה אבידה כלל ואינו מחוייב להשיבה ורק כשמצאה רצה בדרך הוא דהוי אבידה כמבואר בב"מ, וא"כ כיון שראה אותה רצה בדרך הרי יצאת מטבע שארי בהמות שאין דרכן בכך, ומדהיא מלומדת ברוח בעיא נטירותא יתירתא לענין לברוח, ודוקא לשמור הבהמה שלא אברח הוא דבעיא נטירותא יתירתא כיון דע"ז היא מוחזקת ומלומדת לברוח, אבל לענין שמירת נזקין שלא חזיק לרעות בשדות אחרים, ע"ז סגי לה בשמירה פחותה כדין שן ורגל, דהא בזה לא ראה אותן מלומזת, דדוקא ביצאנית ובראניא הוחזקה ולא במזקת, ולענין נזקין ודאי דינה כדין שארי בהמות, ודברים מתמיהים ראיתי בפנ"י שם שכתב דאע"ג דהבעלים גופייהו אם שמרו שמירה פחותה סגי נמי לענין נזקין, מ"מ בשומר אבידה כיון דאמרינן דהיכי דנקטא נגרי ברייתא בעי נטירותא יתירתא לענין שלא תאבד, א"כ הוה"ד אם שמרה בשמירה פחותה כשומר חנם ויצאה והזיקה חייב ע"ש, ומאד תמוה, מה ענין הך נגרי ברייתא דקאמר, לענין נזקין דע"ז לא נקטה נגרי ברייתא כלל, דדוקא לענין שמירה שלא תברח ולא סגי בשמירה פחותה משום דכבר הוחזקה לברוח, אבל לא הוחזקה להזיק לאחרים וזה ברור והיינו דלא אשתמוט שום אחד מן הפוסקים לכתוב

לחידוש הדין של הפנ"י דבשומר אבידה לא סגי בשמירה פחותה לענין נזקין משום דזה אינו וכמ"ש:

**והנה** הפנ"י הוסיף עוד להקשות דכיון דהיכי דנקטא ערי ברייתא צריכה שמירה מעולה, א"כ בבעלים גופייהו נמי נימא הכי לענין נזקין שאם נאבדה הבהמה פביתו פעם או פעמים וחזרה יצטרך לשמרו בשמירה מעולה והא דהקילה התורה בשמירתן היינו כל כמה דלא נקט לה נגרי ברייתא אבל לאח"כ פשיעה היא בשמירה פחותה דהא אפי' שומר חנם חייב, וא"כ מצינו תם ומועד גם לענין שן ורגל ע"ש, וגם לדברים הללו אין להם שחר דמ"נ אם כוונתו דהיכי דנאבדה הבהמה מאתו אף שלא ראינו שהזיקה לאחרים מ"מ כמו דהמוצאה מחוייב לשומרה שמירה מעולה ה"נ הבעלים כשיחזירוה שוב לרשות הבעלים יהיה מחוייב נמי בשמירה מעולה וכמו דמשמע מראשית דבריו ודאי דלק"מ וכמ"ש, דמה ענין הבעלים לענין נזקין לגבי המוצאה דמחוייב לשומרה שלא תוסיף לברוח, וכיון דכבר הוחזקה לברוח משו"ה מחוייב בשמירה מעולה, אבל הבעלים דענין נזקין כיון כע"ז לא הוחזקה שמזיק לאחרים מהיכי תיתי נימא דלא סגי בשמירה פחותה ואם בכוונתו על עיקר דין דשן ורגל דקיי"ל דסגי בשמירה פחותה, ולמה לא נימא שדוקא בפעם הראשון תסגי בפחותה, אבל כיון שכבר יצאת פעם אחת לרעות בשדה אחרים, נימא שיהא מחוייב עוד הבעלים לשומרה עוד שמירה מעולה, וכמו דמשמע מסוף דבריו שזה כוונתו, דהיינו מ"ש דנימא גם בשן ורגל דין תם ומועד, אבל אי לזה נתכוון א"כ יקשה על קושיתו דלמה מקשה דנחלק בשן ורגל בין תם למועד, עדיפא הו"ל להקשות דאפי' בתם דשן ורגל והיינו בפעם השני דעדיין תם הוא לחייב נמי בשמירה מעולה, דדוקא בפעם הראשון סגי בפחותה אבל כיון שכבר נסתה פעם אחת לרעות בשדה אחר לא תסגי שוב בפחותה, וכמו דלענין שומר אבידה לא בעינן שתתייעד בבריחתה שלש פעמים אלא אפי' בפעם הראשון וכשמצאה בורחת מבית בעלים מחוייב תו לשומרה שמירה מעולה, ועוד דאי נימא לחלק בשן ורגל בין תם למועד כמו בקרן א"כ יהיה הדין להיפך ממש דבתם לא תסגי בפחותה ומועד סגי וכמו לענין קרן דקיי"ל הכי, אכן הדבר מבואר באופן שאין מקום לקושיתו ומדויל ידי' משתלם דבאמת בקרן גופא יש להבין למה יצטרך בתם שמירה מעולה ובמועד להזיק סגי לי' בשמירה פחותה, והא כלפי ליא איפכא מסתברא וכתב הוא עצמו דהיא הנתנת הואיל דמועד מוחזק בנגחן ותורא נגחנא קלא אית ליה לכך רבים בדלים הימנו ושמור הוא זה ע"ש, וא"כ לא שייך זה כ"א באב דקרן דכל זמן שלא הוחזק נגחן אין הכל בדלים ממנו ולכך נצרך לשמירה מעולה, משא"כ באב דשן ורגל, דבודאי כל הבהמות הוחזקו

לאכול תבואה של חבירו ולכן כל אחד ודאי שישמור את תבואתו ויגדור שדהו מבהמות של אחרים, ומשו"ה סגי ליה בשמירה פחותה, כיון דהכל שומרים בעצמם את תבואתם ולא יוצרכו שוב הבעלים לשומרם שמירה מעולה, וה"ט דבשן ורגל לא מחלקינן בין תם למועד ואפי' בתם סגי בפחותה, דדוקא בנגיחה דקרן אין רבים בדלים מהשור כ"ז שלא הוחזק נגחן, אבל לענין היזק דשן ורגל ודאי שהכל יודעים דהוחזקו הבהמות לאכול תבואה וכלום לחזקה צריך מע"ז, ולכן אפי' בפעם ראשונה יודעים הניזוקים לשמור את תבואתן מבהמתן של אחרים, וכיון דשמור הוא ע"י הניזק אין הבעלים צריך לשומרן עוד בשמירה מעולה ודו"ק כי כ"ז ברור:

**ודע** דבשלשה מקומות מצינו הך טעמא דבעלי חיים שאני משום דנקטא להו נגרי ברייתא, אבל פירושיהן וטעמיהן שונים א') כאן לענין אבידה והטעם הוא דאע"ג דהמוצא לא היה הגורם לבריחתה, ומעצמה ברחה, אפ"ה כיון שמשונה היא משארי הבהמות שאינן מלומדות לצאת ולברוח מבית בעלים, מחוייב הוא לשומרה בשמירה מעולה, והיינו דדייק הש"ס לומר דנקטה לה כו' כלומר שהבהמה עצמה נקסה לה ולא שהמוצא אנקיט לה בערי ברייתא, ב') בב"ק דקי"ח ע"ב גבי הגונב טלה מן העדר דמחוייב להשיבה השבה מעליא, והתם הגנב הוא דאנקט לה הנגרא ברייתא דכל זמן שלא גנבה למודה היתה להיות בבית הבעלים ולא לצאת חוץ, אכל עכשיו שגנבה למדה לצאת חוץ, ולכן לא סגי שישיבנה למקומה לחד, דאכתי תברח, אלא בעינן דעת בעלים, והכי פירש"י שם וגם בש"ס נקיט דאנקיט לה נגרא כו' כלומר שהגנב הוא דאנקיט לה וברגילה לצאת חוץ, ג') בב"ב דפ"ח לענין הא דאמר רבה גבי דזקן ואינה לפי כבודו דפטור מהשבה, הכישה נתחייב בה, ומבואר לעיל סי' רס"ג, קאמר ע"ז בש"ס אימור דאמר רבה בבע"ח דאנקסא לה נגרי כו', והתם לא שייך הני פירושים דלעיל אלא הכוונה דע"י ההכשה הרגילה בפסיעות חצינות לברוח ולילך למרחוק, ולכן אם לא יחזירה יבאו הבעלים לידי היזק בסבתו, וכן פי' הקונטרס ו שם, והרי בכ"א לפי ענינו ישתנה הפירוש כמובן, ואע"ג דלשון אחד הוא אבל הכוונה והפירוש ישתנה בכל אחד לפי ענינו וכפי שהבאתי דגם הש"ס גופא דייק בשנוי הלשון, הכא דנקטה והתם דאנקטא, וגם רש"י דייק לפרש אצל כ"א לפי ענינו, אם כי הדברים פשוטים כתבתי זה להעיר על דברי הסמ"ע כאן שנכתבו שלא בדקדוק דעלי הדין נאמר כאן בשומר אבידה דמחויב בבע"ח לטפל בה עד שיכניסנה לרשות בעלים המשתמרת כתב הסמ"ע בסק"ד דה"ט משום דכל שהוציאה ממקומה נקטא לה דרך להיות הולך ממקום למקום ומשו"ה צריך שמירה טפי ע"ש, ומאד תמוהו דאטו המוצא הוציאה ממקומה, הא הוא מצאה אותה כשהיא

כבר ברחה ממקומה, ואין זה טעם שבשומר אבדה, והכי הול"ל דכיון שראה שמלומדת היא לצאת משו"ה בעא נטירותא יתירתא וכמו שפירש רש"י בב"ק שם וגם הש"ס שם דייק לכתוב בזה דנקטא, כלו' שהבהמה עצמה נקטא ולא דאנקטא לה המוצא, והסמ"ע אגב שיטפא לא דייק ופירש בזה הטעם דשייך לעיל גבי זקן ואינה לפ"כ כשהתחיל בהשבה, דמחייב לגמור מטעם שכתב הסמ"ע וק"ל, ולבד דשלא בדקדוק כתב כן, עוד עיקר החילוק דמחלקינן בין בע"ח לשאר דברים לענין זקן ואינה לפ"כ מטעם הסברא שע"י ההכשה הרגילה לברוח, אין זה מוסכם לפי ההלכה, ורש"י פי' במקומו מטעם דכבר נתחייב בהשבה ולא מטעם שהרגילה לברוח והכי פי' הרמב"ם וכמבואר לעיל בסי' רס"ג, מחלקים בין בע"ח לשארי דברים וכדס"ד בש"ס דב"ב, ואף שהדר מסיק שם לחלק דבבע"ח שאני, כתב הב"י דרק דיחויא בעלמא הוא, ובחדושנו לעיל שם סי' רס"ג הוכחתי נמי כן מן הש"ס ודו"ק היטב:

שם **בש"ך** ס"ק א' הביא בשם התוס' דהא דמחלקינן לומר דבבעלי חיים לעולם חייב כו' היינו דוקא לענין אבידה שבזה נגרא ברייתא גרמו לה להאבד אבל לענין גניבה פטור שאין גורמין לה ליגנב ע"ש, ובנתיבות הקשה דלמה לא נימא בזה תחלתו בפשיעה לענין אבידה וסופו באונס לגניבה ויהא חייב, ונ"ל ליישב בפשיטות עפמ"ש השמ"ק בב"מ דל"ו לחלק לאביי דסובר התם גבי פשע בה ויצאת לאגם דחייב ומשום הבלא דאגמא קטלה, ופי' דהוה תחלתו בפשיעה וסופו באונס וכמו שפי' שם התוס' והראשונים וא"כ למה לא נימא נמי גבי צריפא דאורבני כיון שפשע בה מתחלה שלא היה לו לשמור אלא בקרקע, נימא נמי דאם שמרם כדינו לא גנבוה הגנבים והאונס דגניבה בא מחמת מפשיעה, וכתב דלא דמי דביצאה לאגם ומתה דהאונס בא ע"י מיתה ולענין שם מיתה הרי פשע בה מתחלה כשיצאה לאגם, ונהי דהפשיעה היתה לענין מיתה ע"י זאבים וסוף מתה כדרכה דלענין זה אינו כ"א אונס מ"מ כיון דלענין שם מיתה פשע תלינן שוב כל סבת מיתה איזה שתהיה שהיא באה מחמת הפשיעה, ותלינן דהבלא דאגמא קטלה, ואילו לא יצאת לאגם לא היתה מתה משא"כ בצריפא דלא פשע כ"ע לענין נורא אבל לענין גנבי לא פשע מתחלה, ולכן כי נגנבה לבסוף לא אמרי' תחלתו בפשיעה לענין נורא וסופו באונס לגניבה דחייב, דלא אמרי' הכא כ"א כשהאונס דלבסוף בא מאותו שם הפשיעה דקדמי' ע"ש שזהו תוכן תירוצו, וא"כ ה"נ לא אמרי' תחלתו בפשיעה לאבידה וסופו באונס לגניבה דיהא חייב אפי' למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב דדמיא ממש להך דצריפא דפטור נמי אפי' לאביי וק"ל:

סעיף ב' **במחבר** החזירה וברחה כו' אפי' ד' וה' פעמים חייב להחזירה שנא' השב תשיבם השב אפי' מאה פעמים במשמע, מלשון המחבר משמע דמהשב ילפינן דהחזירה וברחה כמה פעמים דחייב להחזיר, מדדרשינן השב אפי' מאה פעמים דהיינו מאה פעמים באבידה אחת כשהחזירה וברחה אבל הש"ס לא משמע כן, דבש"ס אמרי' השב אפי' מאה פעמים בכמה מיני אבדות וכגון אם השיב לו אבידה אחת ואח"כ נאבדה לו אחרת שלא יאמר כבר קיימתי בו השבה' ע"ז אתא קרא דהשב שאפי' מאה פעמים ועדיין אני אומר שבאבידה אחת אם השיב לו פעם אחת וחזרה וברחה שלא יחזור לו עוד, ע"ז אתא קרא דתשיבם לרבות השבות הרבה באבדה רחת, הרי דדין זה דמיירי המחבר כאן, בהשבות הרבה לאבדה אחת, מקרא דתשיבם יליף ולא מקרא דהשב, דאתא ללמד השבות הרבה לאבדות הרבה באדם אחד, וכן דברי הרע"ב בפי' המשנה כתב דמייתורא דקרא ידעינן זה מדכתיב השב תשיבם התורה רבתה השבות הרבה, וגם זה תמוה דהא בש"ס לא מייתורא ילפינן דליכא בקרא שום ייתור דהא קרא דהשב בא לאבידות הרבה באדם אחד וקרא דתשיבם, השבות הרבה לאבדה אחת וא"ת הא אכתי יקשה דבעינן קרא דחשיבה ללמד שלא בעינן דעת בעלים, ומנ"ל ללמוד ממנו להחזירה, וברחה די"ל דתרתי שמעת מיני', שחייב להחזירה כמה פעמים וגם בכל אופן שהחזירה סגי וכה"ג איתא בר"ן ורמב"ן לענין הוכח תוכיח ע"ש:

סעיף ח' **במחבר** באו שנים זה נתן סימנים וזה נתן סימנים כו' אלא תהא מונחת כו' בחידושי רע"א תמה למה לא אמרינן בזה דין דיחלוקו, דלשיטת התוס' בריש ב"מ דהעיקר תלוי אם החלוקה יכולה להיות אמת, הא הכא ג"כ יכולה להיות אמת, דשמא דתרווייהו הוא, ואפי' לשיטת רש"י שם דבודאי דמאי לא פסקינן יחלוקו, הכא לא הוה ודאי רמאי, דשמא באמת היה חפץ כזה בסימנים הללו לשניהם וא"כ לכו"ע יהא הדין דיחלוקו ע"ש, ולענ"ד תימה על תמיהתו, הא בתנאי דחלוקה בעינן שיהי' שניהם אוחזין ומוחזקין, הא אין אוחזין לא אמרי' דיחלוקו וכההיא דארבא בב"ב, והכא דאין שניהם אוחזין אלא הרי הוא ביד המוצא היאך נימא דיחלוקו, ואין לומר נמי דזה שהמוצא תופס הרי הוא כאילו הם עצמם החזיקו וכדאמרינן במנה שלישי דמה שהנפקד תופס בחזקת שניהם כאילו הם בעצמם מוחזקים כמ"ש התוס' בריש ב"מ, דזה לא שייך כ"א התם דיודע הנפקד ודאי שהמנה של אחד מהם הוא והרי הוא תופס בחזקת שניהם ודאי אבל הכא הא י"ל שאין זה של אחד מהם, ושל אדם אחר לגמרי הוא, ויש עוד הוכחה לומר כן, כיון דשניהם נתנו סימנים שקולים, מוכחא ומגליא מילתא שאינה של שניהם וכמ"ש בשמ"ק, וא"כ איך שייך לומר דתופס המוצא בחזקתם, ועוי"ל דלא אמרינן שיד הנפקד

הוא כידם כ"א להמפקיד שמסר בידו להפקיד וזה קיבל עליו, הרי ידו כיד בעה"ב ולכן התם ששניהם הפקידו בידו ודאי הוה ידו כידם, אבל מנ"ל לומר הכא במוצא שיהיה ידו כיד בעלי הדינים, כיון שהם לא הפקידו בידו, ולהכי לא שייך בזה דין חלוקה, ודין דכל דאלים נמי לא שייך, דזה לא אמרינן היכי שמונח ביד אחד שיוציא החפץ מידו ולהיות כל דאלים, דאין לב"ד לעשות מעשה להוציא מידו לומר כל דאלים וכמ"ש הראשונים בריש ב"מ ובע"כ לפסוק כאן דמונח:

סעיף ט' **במחבר** נתן האחד סימנים והשני עדים כו' זדש הנה בתשובת רעק"א סי' ק"ז נסתפק דלמ"ד סימנים דאורייתא אי לחד סימן אמצעי ולחד סימן מובהק אם נותנין למובהק ע"ש, ולענ"ד דין זה תליא בפירוש הסוגיא ב"מ שם דאמר רבא את"ל סימנין דאורייתא ועדים כו' ועיין ברש"י שפי' דרבותא נקט דאפי' אם אמרי' דאורייתא אפ"ה עדים עדיפא כו', ואמנם לולא פירש"י הי' נראה שדוקא נקט למ"ד סימנים דאורייתא וסימן מובהק קצת הוי נמי מה"ת, והו"א דחשוב כעדים לזה אשמעי' דאפ"ה כיון שהסימן אין מובהק לגמרי עדים עדיפא, אבל למ"ד סימנין דרבנן. ומדאורייתא מובהק לגמרי בעינן, לא שייך כלל לאשמועי' האי דינא, דאי לסימן שאין מובהק דאינו כ"א מדרבנן, פשיטא דעדים עדיפא, דעדים דאורייתא, והאי רק מדרבנן, ומה"ת אין מועיל כלל הרי דלא הוי ברור כמו עדים, ואי לסימן מובהק דמהני מה"ת, אי"א לומר דינתן לבעל העדים, דכיון דסימן כזה שוה הוא לעדים, א"כ הוה כמו עדים ועדים וינוח, ואכן לפירש"י דרבותא נקט ומשמע דלמ"ד סימנין דרבנן כ"ש דאמרינן ינתן לבעל העדים, מוכח מזה שאפי' סימן מובהק לגמרי לא הוה כעדים, דאי לסימן שאין מובהק מאי קמ"ל פשיטא דעדים עדיפי, כיון דזה לא הוי בירור כלל מה"ת ועיין מ"ש המהרש"ל בכוונת רש"י דס"ל שסימן מובהק הוי כעדים ויניח, ולמ"ש א"א לפרש כן ברש"י, וגם הש"ך בס"ק ז' השיגו, ולמ"ש ספיקו של רע"א תלוי זה במה שכתבנו, דלמ"ש שרבא דוקא נקט למ"ד סימנים דאורייתא, והיינו על סימן שאינו מובהק אבל סימן מובהק כעדים דמי, א"כ ודאי דנותנין למי שנותן סימן מובהק, דהא המובהק הוי כעדים, וא"כ הוה כסימנין ועדים, דנותנין לבעל העדים, ולמ"ש בשם רש"י דאפי' סימן מובהק ממש נמי לא הוה כעדים, וא"כ למ"ד סימנים דאורייתא אין נ"מ בין סימן מובהק לאין מובהק, וא"כ הוה כסימנין וסימנין דיניח, ואמנם שוב ראיתי בשמ"ק מחלוקת מפורשת של הראשונים בזה דהרשב"א והריטב"א הוכיחו מן הסוגיא דאמר מדת ארכו ומדת רחבו ינתן למדת ארכו, א"כ כ"ש דסימן שאינו מובהק וסימן מובהק דינתן למובהק, ועוד כמה מן הראשונים כתבו שכיון דמה"ת מחזירין גם בסימן שאינו מובהק אשתכח דמובהק ושאינו מובהק,

שקולים הם ולא יתן לא לזה ולא לזה, ומה שקשה לפ"ז מכל הסוגיא דינתן לעדי נפילה ולמדת ארכו דמשמע מזה דסימן מובהק עדיף, או שנאמר דהיינו דוקא למ"ד סימנין דרבנן, אי שנאמר דעדי אריגה לא נחשב כלל כעדות לענין שהוא שלו דאימר אומן היה במלאכת אחרים, וכן מדת ארכו וכמ"ש הראב"ד שם ע"ש היטב, ופלא על רעק"א שלא זכר מזה:

שם **בש"ך** ס"ק ח' מחזיקין לו בחזקתו ולא אמרי' שכון והנה אי חיישי' למכירה וגניבה כמו דחייש נן לשאלה עמ"ש באריכות לעיל בסי' ס"ה:

סעיף ט"ו **בש"ך** ה"ק י"ד הביא לדחות הראיות שכתב מהרש"ל להוכיח דשומר אבידה הוי כשומר חנם, עיין בחדושנו לעיל בסי' ע"ב ששם מבואר דינים הללו בארוכה:

סעיף י"ז **במחבר** ואפי' גיזת זנב השור שהוא דבר מועט חייב לטפל בו, נסתפקתי שבח הבא לאחר יאוש אם מחוייב המוצא להחזירו, מי אמרינן דעיקר האבידה חייב בחזרה משום דמטא לידו באיסורא קודם יאוש, אבל שבח הבא לאחר יאוש דכשבא לידו בהיתירא בא קנהו המוצא, ואין חייב להחזיר, או"ד כיון דגוף האבידה בת השבה היא גם השבח הבא ממנה חייב להחזיר, ונ"ל להביא מדין זה דשור אפי' לגיזת זנבו, ובתוס' שם הקשו דממ"נ אם יש בה שוה פרוטה פשיטא, ואם אין בה שו"פ אמאי יחזיר הא ממעטינן זה מהשבה וע"ש מה שתי', ובשמ"ק הביא בשם הריטב"א דמיירי באין בה שוה פרוטה ואפ"ה חייב להחזיר כיון שיש שוה פרוטה בגוף האבידה, וכ"כ גם הנמוק"י ע"ש, הרי שאע"ג בפחות משוה פרוטה כשהוא לעצמו לאו בת השבה היא, מ"מ אם גוף האבידה בת השבה היא מחוייב להחזיר גם הגיזה, וה"נ יש לומר בנדון חקירתנו שאע"ג דהשבח כשהוא לעצמו אין בו חיוב השבה מטעם יאוש, מ"מ כיון דגוף האבידה בת השבה היא מחוייב להחזיר גם השבח, ואין לחלק דהכא שאני כיון שמצא השור יחד עם גיזת זנבו חל חיוב ההשבה על כל האבידה הזאת כאחת, ולכן נהי דבגיזת זנבו כשהוא לעצמו אין בו שיעור פרוטה, מ"מ כיון שבבת אחת מצאו, הוי כולה חדא אבידה, אבל בחקירתנו שהשבת בא לאחר מכאן ולא חל עליו חיוב ההשבה כלל, דהא בע"כ גם בגיזת זנבו מיירי בגיזה שבא לאחר מכאן שברשות המוצא נתגדל, דאי כשמצאו עם גיזת זנבו מאי קמ"ל, פשיטא דחייב בהשבה דאשו כל אבידה אם נחלקה לחלקים קטנים עד שלא יהיה שיעור פרוטה באחד מהם נימא שאין חייב להחזירו ובודאי שאין שום סברא לומר כן, ופשיטא דאם מצאו ביחד הוה בולה חדא אבידה ומחוייב בהשבה, ומדאצטריך קרא דשור לגיזת זנבו בע"כ דהיינו לגיזת זנבו שגדל בבית המוצא לאחר שמצאו, והוי נמי כשבח הבא לאחר מכאן, וא"כ שפיר נלמוד מזה לפשוט ספקינו, דהא

פחות משוה פרוטה הוי יותר לאו בר השבה מדבר שיש בו שו"פ והיתירא רק משום יאוש, והשתא בפחות משו"פ דלא הוה בת השבה כלל, ואפ"ה אם בגוף האבידה יש בה שוה פרוטה מחוייב להחזיר, כ"ש בשבח הבא לאחר מכאן דהיתירא דידיה אינו כ"א מחמת יאוש, דאם בגוף האבידה מחוייב בחזרה שיתחייב גם בשבח, אלא דכ"ז הוא לשיטת הריטב"א, אבל לשיטת התוס' דלא ניחא לו בתי' הריטב"א מכלל דס"ל דבאין בה שו"פ אין מחוייב להחזיר אפי' בהי"ג דבעיקר האבידה יש שו"פ, וא"כ י"ל דהוה"ד נמי בשבח הבא לאחר יאוש כיון דכשהוא לעצמו אינו בר השבה שאין מחוייב להחזירו אפי' אם בגוף האבידה מחוייב, כן הי' מקום לומר בזה:

**ואמנם** אמתת חקירתנו יש לו יסוד אחר, דהנה כבר הבאתי לעיל כמה פעמים דבמה דקיי"ל דבאבידה היכא דאתא לידו באיסורא קודם יאוש דלא מהני תו היאוש דאח"כ, אשר באמת קשה, דאם יאוש הוה קנין מה לי בהות'וא ומה לי באיסורא אתא לידו, וביסוד הדבר נחלקו בזה הרמב"ן עם התוס', ושיטת הרמב"ן בב"מ דכ"ו דהיינו טעמא, דכיון שבא לידו באיסורא היינו קודם יאוש, הוה כשומר של בעלים וידו כיד בעלים והוה החפץ כמו שמונח ברשות בעלים דלא מהני יאוש, דיאוש לא מהני כ"א כשכבר יצא מרשות בעלים ולא כשהוא בביתו, ולדבריו יש חסרון בעצם היאוש, דבהכ"ג שהוא בבית בעלים לא מהני יאוש ולטעם זה מיושב מאד קושית התוס' בב"ק דס"ו דאיך יליף יאוש בגזילה מאבידה, הא בגזילה הוי באיסורא בא לידו ובכה"ג אפי' באבידה גופא לא מהני ע"ש ולשיטת הרמב"ן א"ש דבאבידה שפיר לא מהני כשבא לידו קודם יאוש משום דהוה כשומר, כיון שלקחה ע"מ להשיבה, אבל בגזלן דע"מ לגוזלה לעצמו לקחה ולא שייך לומר דהוה כשומר, ולזה בגזלן מהני אפי' כשבא באיסורא, ומה דקאמר שם בב"ק אח"כ או דילמא לא דמי לאבידה דבהיתירא בא וגזילה באיסורא, דמשמע מזה דבגזילה מסתבר עוד יותר לומר דלא קנה מטעם דבאיסורא מבאבידה מבואר זה בחדושנו לעיל סי' קס"ג ע"ש היטב שביארתי יפה, ואכן התוס' שם פירשו דה"ט דבאבידה לא מהני כשבא לידו קודם יאוש משום דכבר נתחייב בהשבה משעת הגבהה, ולדבריהם טעם אחד לגזילה ואבידה, דטעם זה שייך גם בגזילה, ולהכי שפיר הקשו שם איך יליף גזילה מאבידה, וכן אתי שפיר מה שבב"מ דכ"ו כתבו דלאו דלא תגזול הוה ניתק לעשה משא"כ לשיטת הרמב"ן וכמבואר שם והכל משום דלשיטתייהו אזלי ועמש"ש, זהו המתבאר מתוך דבריהם וכשנעמוד על תוכן הדברים נמצא נ"מ גדולה לדינא בין שני הטעמים הללו דלטעם הרמב"ן דבכה"ג לא הוה יאוש שום קנין, הרי מחוייב להחזיר גוף החפץ דהגוף הוה של בעלים, ולשיטת התוס' דבעצם היאוש אין חסרון ורק חיוב השבה יש

כאן משום שחיובו לא נפקע ע"י היאוש, הרי עצם החפץ קונה ורק שיש עליו חיוב דמים, אבל גוף החפץ אינו מחוייב להחזיר, והיינו שכתבו שם בב"ק להדיא, דבאבידה נמי מהני היאוש לענין שלא יצטרך להחזיר גוף החפץ, ורק לענין חזרת דמים לא מהני היאוש משום שכבר נתחייב בהשבה והוא מבואר בטעמו לפמ"ש, ולפ"ז ספק שלנו תלוי ביסוד טעמים הללו דלטעם הרמב"ן דגם גוף הפרה הוה דבעלים בבא לידו קודם יאוש, וממילא השבח שהשביח הוי נמי דבעלים, אע"ג דהשבח בא לאחר יאוש, מ"מ סוף סוף פרתו של בעלים הוא דאשבח, וכיון שהפרה שלו גם השבח שלו, משא"כ לטעם התוס' דגוף הפרה הוי למוצא, ורק דמים הוא דחייב, אין שייך לחייבו כ"א הקרן שהיה בשעת מציאה שנתחייב עליו בהשבה, אבל בשבח הבא לאחר מכאן ולא נתחייב כלל בהשבה הוה של המוצא, וכ"ש דאיכא למימר נמי פרתו של מוצא הוא דאשבח, זהו הנלע"ד שדין זה תלוי בפלוגתת הרמב"ן והתוס' עיי"ש ועיין מ"ש הפנ"י בב"מ שם:

סעיף י"ח **במחבר** אבל לא לצורכה ולצורכו, בעיא דלא אפשטא הוא ולכן מספיקא אסור, והנה ברא"ש שם הקשה אמאי לא פשיט לדין זה ממתני' דהתם דקתני מצא ספרים קורא בהן, הרי שגם לצורכו מותר היכי דמכוין לצורכה, דאל"כ לא היה רשאי לקרות אלא לגלול, וכן מצא כלי נחושת משתמש בהן לצורכן הרי שמותר גם להשתמש בהן, ועיין בסמ"ע שהביא נמי להקשות מספרים, ומחמת קושיות אלו פי' בתוס' שדוקא בשטוח כסות מיבעיא ליה כו' ע"ש, ומ"ש התוס' דבכלי נחשת אפי' לצרכו מותר, היינו היכא דאיכא נמי לצורכה, דלצורכו לחוד ודאי לא שרי דהכי מפורש במתני' משתמש לצורכה, והכי משמע נמי מהמחבר דלא הזכיר הדין דלצורכו וצורכה אסור כ"א בכסות משמע נמי דמפרש כתוס', ובאשר רבים הקשו על פי' התוס' והרא"ש דא"כ מאי פשיט הש"ס מפרה ואמאי פסולה, נהי דלכתחילה לא יעשה שמא יניחנה לדוש אחר יניקה מ"מ כשלא דשה אח"כ ודאי כשירה היא עיין במהר"ם שי"ף, ולכן לענ"ד נראה ליישב קושיתם דהנה מספר תורה ודאי דלא קשה, דע"כ לא מיבעיא לש"ס כ"א במקום דלצורכו לחוד הוי אסור מצד עצם התשמיש, שאסור להשתמש בשל חבירו, ולכן מיבעיא אי הוה נמי לצורכה אי שרי אבל בס"ת אפי' לצורכו לחוד נמי אין שום איסור בעצם התשמיש דהיינו הקריאה בו, דהא קיי"ל דניחא לו לאדם דלתעבד מצוה בממונו, ומה"ט כתב הרמ"א באו"ח סי' י"ד דמותר ליקח טלית של חבירו בלא ידיעתו, ומה שאסור בס"ת היינו משום דבקל עלול הוא שיתקרע וכמ"ש הש"ך לעיל סי' ע"ב, ולפ"ז עצם התשמיש, דהיינו הקריאה בו אין איסור, ורק האיסור הוא הפתיחה והטלטול, ולהכי היכא דאיכא נמי לצורכה דמחוייב לגלול ולפתוח לצורכה, וכיון דהפתיחה הוא בלא"ה שפיר יכל

לקרות בו, דאפי' אי נימא דבכה"ג מיקרי רק לצורכו לחוד נמי שרי, דעצם הקריאה מותרת אפי' לצורכו לחוד, או אפשר כיון דהקריאה לחוד לא נחשב כהנאה, דמצוות לאו ליהנות ניתנו, אבל בעלמא דעצם המלאכה אסור, אפשר דאפי' אי איכא נמי גם לצורכה אסור ליהנות, וזה נכון מאד, וקושי' השני' מכלי נחשת נמי י"ל דמיירי שמשתמש בה לצורכה לחוד, ובאופן שאין לו שום הנאה מתשמיש זה וכגון היכי שיש לו כלים משלו ולא יגיע לו שום הנאה מתשמיש זה וכדומה, והוכחת התוס' מפקדון ודאי שאין ראי', דהא רש"י והרא"ש פי' באמת מאי עבידתי' גביה, פי' אמאי מחויב כלל לטפל בה כיון שהבעלים כאן ע"ש, ולפ"ז אין מקום להוכחת התוס', ועוד היה נ"ל דהיכי שנוטל מתחלה לצורכה ולטובתה רק שממילא יקבל גם הוא הנאה, ע"ז לא קאמיבעא ופשיטא דשרי, מטעם זה נהנה וזה לא חסר רק הבעיא היא היכי שעיקר התשמיש מתכוון הוא לצורכו, אלא שממילא יגיע הנאה גם לצורכה, והכי משמע לשון הש"ס לצורכו ולצורכה, דעיקר הלקיחה היה לצורכו וצורכה ממילא קא אתי דאי עיקר הלקיחה היתה לצורכה הכי הול"ל לצורכה ולצורכו ולפ"ז לא קשה מס"ת וכלי נחשת דהתם י"ל דמיירי שלקחה להשתמש לצורכה וממילא הגיע גם לו הנאה ופשיט מברייתא דלא ישטחנה ע"ג מגוד דאפי' לצורכו ולצורכה נמי אסור, וא"כ אף אי נימא דמתני' פליג ע"ז וס"ל דבכה"ג שרי, מ"מ לצורכו ולצורכה ודאי דלכו"ע אסור, שזה אין סברא דבברייתא הוה אוסר אפי' לצורכה ולצורכו ומתני' שרי אף לצורכו וצורכה ודו"ק:

סעיף כ"ג **במחבר** מצא עגלין וסייחין שלרע מטפל בהן ג' חדשים כו', הרי דס"ל שגם דבר שאינו עושה ואוכל כמו עגלים נמי מחוייב לטפל בהם כשיעור הקצוב בזה, ויש להבין דהא בברייתא יליף לה מקרא דהשבותו שלא יאכיל עגל לעגלים, וא"כ אכתי כי יאכילנו ג' חדשים לא יחזירנה לא בשלימות כמו שמצאה ואכן לולי משמעות הפוסקים היה נראה לפרש דהך ברייתא דיליף מקרא דהשבותו ראה היאך תשיבנו שלא יאכיל עגל לעגלים, פליגא על ברייתות הראשונות דסברי שגם בדבר שאינו עושה ואוכל צריך לטפל עמהם ומחויב להמתין כשיעור שהוקצב בברייתות לכל אחד, והך ברייתא ס"ד דבדבר שאינו עושה ואוכל ימכור מיד, דכיון דיליף מקרא דהשבותו שמחוייב להשיב כל האבידה, א"כ גם אם יקיימם חדש או ג' חדשים, לא יוכל להשיב כל האבידה דבע"כ ימכור עגל. על המזונות של החדש, דהא אין סברא שהחדש או הג' חדשים יפרנסם המוצא משלו וכן משמע מפר"ח דלהך ברייתא ימכור הכל מיד, וכן מוכח בשמ"ק בפי' הרי' יהונתן מ"ש במ"ש ודבר שאינו עושה ואוכל ימכרם מיד כו', ועוד היה נראה שגם במתניתין דיליף נמי מקרא דהשבותו ס"ל נמי דבדבר שאין עושה אין שום קצבה, אלא

ימכור מיד, והוה א"ש קושית המפרשים במתני' דכיון דדבר שעושה ואוכל נמי ימכור כמו דבר שאינו עושה ואוכל, ואין חילוק ביניהם אלא לענין זמן הטפול, דבעושה יטפל י"ב חדש, ובאינו עושה חדש או ג"ק א"כ תנא דמתני' דלא נחית לפרושי זמן טפול כמה הוא, אמאי פסיק ותנא דדבר שעושה ואוכל יעשה ויאכל, ודבר שאין עושה ימכר כיון דגם אינו עושה צריך לקיים מעט, ולמ"ש דבאין עושה א"צ לטפל כלל אלא ימכור מיד א"ש, דבאין עושה ימכור מיד ובעושה דצריך לטפל לא נקט ימכור, כן היה נראה נכון לפי הפשט אלא דמסתימת הפוסקים משמע שאין שום מחלוקת בשעור הקצוב לזמן טפולן, וכו"ע ס"ל דא"צ למכור מיד, דודאי לא הווי שתקי מלהזכיר דלמתני' ובריייתא אין שיעור לאין עושה, והנראה דטעמם בזה, דיפרשו דהא דלא יאכיל עגל, היינו כל העגל לא יאכיל לשני עגלים, והיינו מחצית דמיו, וכמו שפירש"י שם מחצית דמיו, ודוקא לקיימם זמן מרובה עד שיעור כזה אסור אבל לקיימם זמן מועט ויאכיל מקצת עגל אין איסור בזה ומחוייב לעשות כן, ועיין במהרש"א שתמה על פירש"י שכתב שלא יאכילנו חצי דמיו, והא לפום מאי דקאמר שלא יאכיל עגל לעגלים, היינו שליש דמיו, ולא אבין דהא כשנחשוב עגלים הנותרים, היינו ממש חצי דמיו, דאם מצא ג' עגלים כל אחד שוה סלע, אם ימכור אחד מהם להאכילם לשניהם הנותרים, נמצא דמאכיל לכל אחד חצי סלע דהיינו חצי דמיה, ואכן בכ"ז תמוה לי פי' זה, דא"כ מה ענין הקצבה חדש או ג' חדשים, ניחזי לפי ערך המזונות, דאם יגיע מחצית הדמים בפחות משיעור הקצוב ג"כ אסור לקיימם יותר ואם לא יאכלו חצי הדמים בשיעור הקצוב, הלא יוכל לקיימם יותר, ויותר היה נראה דלפום מאי דיליף מקרא דהשבותו שמחוייב להשיב כל האבידה, אסור לקיימם כלל וימכרם מיד, וכן משמע נמי בירושלמי דפרקין, שלא זכר כלל משעור הקצוב לקיום, אלא סתים ונקיט דאינו עושה ואוכל ימכר, אלא דבטלה דעתי נגד הפוסקים:

**סימן רסח**

סעיף ב' **במחבר** ד' אמות של אדם קונות כו', בס' מעיני החכמה נסתפק הא דתקנו ד' אמות אם היינו דוקא כשהולך ע"ג קרקע, אכן כשרוכב על הבהמה לא תקינו או לא שנא, ולכאורה יש להביא ראי' ממתני' דב"מ ד"ט ע"ב היה רוכב ע"ג הבהמה וראה את המציאה ואמר לחבירו תנה לי נטלה ואמר אני זכיתי בה זכה בה, ואס"ד דגם ברוכב קני ד' אמות א"כ אמאי לא קנה הרוכב בד' אמות, אכן בעיקר הספק מצאתי מפורש בשמ"ק בשם הרמ"ך בב"מ שם שכתב לפי תומו דגם ברוכב תקנו ד' אמות, וממתני' אין ראי' די"ל דמיירי שהמציאה היתה רחוקה יותר מד' אמות של הרוכב, או די"ל שאפי' אם הרוכב

היה בתוך ד' אמות של המציאה נמי לא קנה, משום דלא אמר מעיקרא יקנו לי ד' אמותי, וכמו בחצר דלא קנה עד שיאמר זכתה לי חצרי, ואע"ג שבעיקר הדין אם בד' אמות בעינן נמי שיאמר דוקא, ראיתי מחלוקת בשמ"ק, ודעת רבינו יהונתן דד' אמות לא עדיף מחצר, וכמו בחצר בעינן דוקא שיאמר זכתה לי שדי ה"נ בד' אמות, אבל הרמ"ך הביא ראיה מב"מ ד"י דקאמר התם כי תקינו דליקני כי לא אמר מאי הוה, משמע דלא בעינן שיאמר, ואף אי לא אמר קני נמי, וכן נוטה דעת כל הפוסקים, ובשו"ע כאן לא הזכיר בד' אמות דבעינן שיאמר כמו שהזכיר בסמוך גבי חצר, מכלל דסובר בפשיטות דבד"א לא בעינן שאמר, וגם במפרשי השו"ע לא ראיתי לחוש לדעת רבינו יהונתן הנ"ל, מ"מ נ"ל דברוכב כו"ע מודו דבעינן דוקא שיאמר, ואי לא אמר לא קנה, והוא עפמ"ש המ"מ פי"ז מגזילה לחלק מפני מה בחצר בעינן דוקא שיאמר ובד' אמות לא בעינן שיאמר, משום דד' אמות אלים ביותר לקנין, משום דבנקל יוכל לנטות קצת ולהגביה ע"ש, ולפי"ז לא שייך זה, כ"א במהלך ברגליו, אבל ברוכב שאי"א לו להגביה עד שירד מן הבהמה, א"כ יקשה לו ההגבהה עוד יותר מבחצר, וכ"ש דבעינן הכא שיאמר דוקא, ובזה נתיישב לי נמי מה שהיה קשה לי דברי הרמ"ך אהדדי שבמקום אחד שם בסוגיא כתב היה רוכב ע"ג בהמה וראה את המציאה בתוך ד' אמות ואמר תנה לי ואמר הלה לעצמי אני נוטל זכה בהן כיון דהיאך לא אמר מעיקרא שיזכו לו ד' אמות עכ"ל, הרי דמצריך דוקא שיאמר זכתה לי, ואח"כ פליג איהו גופיה על רבינו יהונתן והביא ראי' דלא בעינן שיאמר, אע"כ כמה שכתבתי דברוכב כו"ע מודו דבעינן שיאמר וז"ב, ויתיישב בזה דקדוקו של השמ"ק דדייק למה קתני במתני' היה רוכב, ומאי אשמעינן בזה שהיה רוכב דלמ"ש אשמעינן דברוכב בעינן דוקא שיאמר, ולהכי לא קנה בד' אמות משום דלא אמר, ועוי"ל דלהכי לא קנה הרוכב בד' אמות, דהא ד' אמות אין קונה כ"א בעומד אבל במהלך לא קנה וכמ"ש הר"ן. והרשב"א בסוגיא דב"מ שם וכן איתא בטור כאן בשם הראב"ד, ולהכי י"ל שמסתמא מיירי שרכב והבהמה מהלכת ולא עמדה במקומה, והרכוב נמי כמהלך דמי ולכן לא קנה, עכ"פ ממתני' אין ראי', והדין פשוט דברוכב נמי קנה ד' אמות וכמ"ש משיטפא דלישנא דשמ"ק שהבאתי לעיל אלא שברוכב בעינן דוקא שיאמר זכתה לי ד' אמות לכו"ע וכמ"ש, ולמ"ש א"ש מה שקשה בב"מ ד"ח שם גבי אחד רכוב חמור ואחד תפוס במוסירה למה לא קנה הרוכב את המוסירה ע"י ד' אמות, בשלמא תופס במוסירה לא קנה ע"י ד' אמות, דכיון דתפס, בתפיסה ניחא ליה דליקני ולא בד' אמות, אבל הרוכב דאין בו שום גילוי דעת, למה לא יקנה בד' אמות, ואפי' כשלא אמר יזכה לי נמי הי"ל לקנות, כיון דמיסירה הוא בראש החמור ונוח לו ליקחה כשהוא רוכב, ולמ"ש מיושב

דהתם מיירי במנהיג, א"כ הבהמה מהלכת ובמהלך לא תקנו ד' אמות ונדחה בזה כל מ"ש בס' מעיני החכמה שם באריכות ודו"ק:

שם **במחבר** וחכמים תקנו דבר זה כדי שלא יריבו המוצאים זה עם זה כו', ולטעם זה היה סגי אי נימא דכיון שנכנס החפץ לתוך ד' אמותיו אין אחר רשאי שוב לתופשו, אבל אכתי הזוכה יצרך לעשות קנין, עיין מה שהארכנו לעיל בסי' ר' דבאמת תחלת התקנה היתה רק שאין אחר רשאי לתופסו, והקנין בא ממילא, כיון שדבר הפקר הוא ועשה בזה פעולה שאין אחר רשאי לזכות בה כ"א הוא, זהו גופא הקנין וצדדתי שם לומר דמשו"ה במכירה לא מהני קנין ד' אמות כמו בגניבה וע"ש בארוכה:

סעיף ג' **במחבר** חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, האי שלא מדעתו יהי' פירושו שלא בכוונתו, שלא נתכוון לקנין, אבל עכ"פ בעינן שידע במציאה, וכמ"ש הרמ"א בסמוך דאין חצירו קונה אלא ביודע במציאה או באסיק אדעתו, וקאי לפרש מה דקאמר המחבר חצירו קונה שלא מדעתו, דהא לא קאמר הרמ"א זה דרך פלוגתא בלשון וי"א, מכלל דהמחבר נמי סובר כן דבעינן שיודע במציאה, ובע"כ דהאי שלא מדעתו דקאמר היינו שלא בכוונתו אבל יודע הוא מהמציאה, אלא דלפ"ז יקשה לכאורה, הא התוס' בב"ב דנ"ד כתבו להיפך, דהא דחצירו קונה שלא מדעתו היינו שאין יודע שהוא בחצירו אבל אם היה יודע היה מתכוון לקנות, אבל אם יודע שהוא בחצירו ואין מכוון לקנות לא קני ע"ש, ונ"ל ליישב דבאמת יש לפקפק הרבה בהוכחת התוס' דב"ב שם, דמחמת הקושיא שנתקשו בדברי הש"ס דב"ק דמ"ט במאי דקאמר בשטרא הוא לא אחזיק וע"ז נתקשו דאכתי ליקני לי' ידו גם שלא מדעתו כמו חצירו דקונה שלא מדעתו, ומחמת קושיא זאת הוכיחו דבידע ולא מכוון גם חצירו לא קנה ע"ש, וראיה הזאת אמנם יש לדחות, דמעיקרא לא קשה קושית התוס', עפמ"ש המח"א בהלכות משיכה סי' ה' ובס' קהלת יעקב סי' ק"מ ובפנ"י בב"מ די"א, דהא דחצירו קונה שלא מדעתו, היינו דוקא בחצר כזה שאיתרבאי מתורת שליחות, ולכן דייניגן בו כדין שליח גמור שיקנה בלא כוונת הבעלים דזכין לאדם שלא בפניו, אבל בחצר שהוא מתורת יד, דייניגן בו כשארי קניגים דיד משיכה והגבהה דבעינן דוקא כוונה, ולפ"ז כ"ש ביד גופא דבעינן כוונה, וממילא אין מקום לקושית התוס', דבאמת חצר קונה גם שלא בכוונה, ובההיא דב"ק דהוי קנין יד אין קונה עד שיכוון וכיון שכן אין ראי' מעתה להוכחת התוס' דבידע ולא קא מכוון לא קני ושפיר נוכל לומר שגם בכה"ג קנה והן אמנם דהתוס' לשיטתייהו שפיר קא מקשו, דהא בב"מ די"א הוכיחו דבחצר לא בעינן שיאמר זכתה לי חצירי ודנקיט במשנה התם ואמר זכתה לי חצירי לאו דוקא הוא, והא התם במתני' דהחצר הוה משום יד, דהא

שמואל מוקי למתני' דמיירי בעומד בצד שדהו, ובכה"ג הוה החצר משום יד דסמוכה לו, ואי אמרת דכל היכי דהחצר הוה משום יד בעינן כוונה, א"כ אמאי לא בעינן אמירה, ובלא אמירה מנ"ל דמכוון לזכות, דהא זהו עיקר הטעם דבעינן שיאמר בכדי לגלות דעתו שמכוון לקנין וכמ"ש בשמ"ק, ומדכתבו התוס' דגם בזה לא בעינן אמירה מכלל דסבירא להו שגם בחצר שהוא משום יד לא בעינן כוונה, וטעם הדבר באמת למה לא בעי ביד כוונה, ומ"ש משאר קניני דיד, י"ל דגם בזה התוס' לשיטתייהו בכתובות דל"א שסוברים דקנין יד גופא הוה נמי מטעם רשות, וא"כ לא דמי למשיכה והגבהה דנוכל לומר שבקנין רשות לא בעי כוונה, ודוקא בקניני דיד הבאים מטעם הגבהה או משיכה בעינן כוונה אבל בקנין דיד שהוא מטעם רשות לא בעינן כוונה כמו חצירו דקונה שלא מדעתו, ועיין מ"ש בזה הקצוה"ח כאן, וכיון שהוכחנו דהתוס' ס"ל שגם ביד גופא לא בעינן כוונה, משו"ה לשיטתייהו שפיר הקשו בב"ב שם דאמאי לא קנה השטר גם בלא כוונה, וממילא יצא להם הדין דבידע ולא קא מכוון גרוע טפי, אכן כ"ז הוא לשיטת התוס' אבל לשיטת הרמב"ם דסובר באמת דבעומד בצד שדהו בעינן נמי שיאמר זכתה לי, א"כ סובר דהיכי דהחצר הוה משום יד בעינן נמי כוונה, דיפרש כשיטת רש"י בכתובות דקנין דיד גופא לא הוה מטעם רשות אלא בתורת קנין הגבהה, וכ"ש לדידי' דביד גופא בעינן כוונה, וממילא לשיטה הזאת אין שום הוכחה דבידע ולא קא מכוון גרע טפי, דהא קושית התוס' לק"מ לפ"ז, כיון דיד אין קונה בלא כוונה, ולפ"ז א"ש דברי הרמ"א דקאי לשיטת הרמב"ם, להכי כתב דבעינן דוקא שידע במציאה ואע"ג דידע ולא קא מכוון לקנות, אפ"ה לא איכפת לן בזה דממ"מ קונה חצר המשתמרת בלא כוונה אפי' בכה"ג, ואכן התוס' בלא"ה לא יסברו כדעת הרמ"א בזה דהא מקור הרמ"א הוא מן המרדכי דפ' אלו מציאות שהוכיח זה מן המשנה דמצא בגל וחנות, ואמאי לא קנה שם חצירו, ומזה הוכיח דחצר אין קונה כ"א ביודע במציאה, והתוס' שם בב"מ דכ"ו כתבו באמת תירוץ אחר משום דאין הוה להמצא, והיינו דלשטתייהו לא מצו לפרש כפי' המרדכי (ואם כי המח"א שם כתב שגם התוס' לא כתבו בב"ב דידע ולא קא מכוון לקנות לא קנה) דחצר אין קונה שלא מדעתו כ"א ביודע במציאה, דהא לשיטתייהו דביודע ולא קא מכוון גרע טפי ולא קנה כלל, ומשו"ה כתבו טעם אחר משום שאין הוה הדבר להמצא וא"ש, וא"כ המח"א שם כתב שגם התוס' לא כתבו בב"ב דידע ולא קא מכוון לקנות לא קנה, אלא אי אמרי' חצר משום יד ובעינן כוונה, לענ"ד לא משמע הכי מהתוס' דב"מ די"א, דהא התם כיון שעומד בצד שדהו ודאי דהחצר הוא משום יד וכמ"ש הנה"מ בסי' ר' דבעומד בצד שדהו לכו"ע הוה משום יד, ואפ"ה כתבו התוס' דלא בעינן שיאמר זכתה לי, הרי דגם אי הוה משום

יד לא בעינן כוונה לשיטת התוס' וכמ"ש כיון דלדידהו גם קנין יד הוה רק משום רשות, ובפשוטו היה נראה לקיים הדין של הרמ"א גם לשיטת התוס' דע"כ לא קאמרי' התוס' דידע ולא קא מכוון לקנות לא קנה, היינו כשיודע שהמציאה בחצירו ואפ"ה לא מכוון לקנותה, אבל אם אין יודע שהיא בחצירו אע"ג שזה יודע שיש מציאה כזה אין סברא לומר דלא קנה והידיעה תזיק לו, דדוקא הידיעה שהמציאה הוה בחצירו ויכול לקנותה תוכל להזיק לו אם אין מכוון לקנותה והכא ברמ"א מה שכתב ביודע במציאה, הוה פירושו שרק צריך לידע שמציאה כזאת ישנה בעולם, אבל א"צ שידע שהוא בחצירו, וכיון שיודע שיש מציאה כזאת, הרי אסיק אדעתו, דעיקר הטעם של הרמ"א, דבעינן מציאה כזאת שיסיק אדעתו שיוכל לפעמים לקנותה וכמ"ש להדיא ביודע במציאה או דאסיק אדעתו ובאופן זה גם לתוס' קנה שלא מדעתו כיון שעכ"פ יודע ואסיק אדעתו ממציאה הזאת:

**והנה** בנתיבות כאן הרבה להשיג על הרמ"א דסתם דינו ומשמע מלשונו שדין זה מוסכם לכל הפוסקים והא כיון דהמרדכי לא הוכיח כן כ"א מחמת הקושיא דמצא בגל וגדולי הראשונים מתרצים שם תירוצים אחרים. דהתוס' יתרצו משום דאין הוה להמצא לעולם כיון שהדבר הוא קטן, והרמב"ם מפרש מטעם שהיא אבודה מכל אדם, והרא"ש יפרש מטעם יאוש שלא מדעת, וגם בכוונת המרדכי עצמו פקפק הרבה אם כוונתו היא כפי' הרמ"א, ועכ"פ אם הפירוש במרדכי הוא כהבנת הרמ"א, רק דעה יחידית הוא, ולכן כתב דט"ס הוא ברמ"א, והכי צ"ל יש מי שאומר דחצירו אין קונה כ"א ביודע כו' ע"ש, ואנכי מצאתי בירושלמי פ"ק דב"מ ובתוספתא וז"ל תני האומר יזכה ביתי במציאה שנפלה לתוכה היום לא קנה יצא שם למציאתו בעיר דבריו קיימין, ומפרשי הירושלמי והתוספתא הבינו דהיינו טעמא דברישא לא אמר כלום כיון דלא יצא שם למציאה והזוכה לא ידע כלל ממציאה הזאת ולא אסיק אדעתו לקנותה, ובסיפא דיצא שם למציאתו וידע בה להכי מהני אמירתו ע"ש, ולפ"ז הרי ירושלמי ותוספתא כדעת הרמ"א, והן אמת שמתחלה נתפלאתי על מפרשי התוספתא שפי' דלהכי לא קנה מטעם דלא אסיק אדעתו, דהא בב"מ דק"ב פריך הש"ס על ר' יוסי ב"ח דסובר חצירו קונה שלא מדעתו מברייתא כזאת ממש, דהאומר כל מה שיפול היום יזכה לי חצירי לא קנה, ומשני דמיירי בחצר שאין משתמר, ופריך אי הכי יצא שם מציאה בעיר אמאי קיימין, ומשני כיון דיצא לו שם מציאה מיבדל בדילי אינשי מינה ע"ש, וכפי הנראה דברייתא דמותיב מינה בש"ס, היינו הך תוספתא עצמה, ומוקי לה בש"ס מטעם דלא הוה משתמר, ואמאי פירשו מפרשי התוספתא פי' אחר דלא כהש"ס, ואפי' תימא דהברייתא דקמותיב

מינה בש"ס אין זה ההיא דתוספתא, מ"מ גם התוספתא נוכל לפרש כמו שפי' בש"ס לברייתא מטעם אין משתמר, ומנ"ל להסב דעת התוספתא לדעת אחרת לגמרי, ואמנם אח"כ נעניתי להם, דבתוספתא וירושלמי א"א לפרש מטעם שאין משתמר כמו בש"ם, דהנה בברייתא המובא בש"ס קאמר, יזכה לי "חצירו" ונוכל לומר דמיירי בחצר שאינו משתמר, אבל בירושלמי ותוספתא דקאמר יזכה לי "ביתי" וסתם בית ודאי משתמר הוה וכמ"ש התוס' בב"מ די"א, וינא לנו עכ"פ שדין דרמ"א יש לו מקור בירושלמי ותוספתא, אלא דלפ"ז לא על הנתיבות לבד יהיה תלונתי כ"א צריך להבין דעת כל הראשונים שכתבו תירוצים אחרים על הא דמצא בגל, ולמה לא תירצו משום דלא אסיק אדעתו במציאה וכההיא דירושלמי, ואפשר דרצו בזה כל אחד לאשמעינן עוד דין חדש בקנין חצר, כל אחד לפי תירוצו, ועוי"ל בדעת כל הנהו ראשונים, דמפרשי פי' הירושלמי משום דמיירי באומר יזכה לי חצירי קודם שנפלה המציאה לחצירו ולא קנה מטעם דהוה דבר שלא בא לעולם, וכן איתא באמת בתוספתא בזה הלשון, אם אומר כל מציאות שתפול לחצירו, ואע"ג דבירושלמי איתא בלשון "שנפלה" דמשמע שכבר נפלי, הא כתב שם הפנ"מ דלא דוקא הוא, אלא כוונתו שתפול לחצירו ולא קנה מטעם דהוה דשלב"ל, וכמ"ש מפרשי התוספתא ע"ש, אלא דאכתי אין ישוב זה מספיק דאם כי בדעת הרמב"ם יש לומר כן, אכן בדעת התוס' והרא"ש א"א לומר הכי, דאינהו לא יוכלו לפרש הירושלמי והתוספתא מטעם דשלב"ל דהא באמת קשה דנהי דבעת האמירה הוה דשלב"ל מ"מ אח"כ כשתבוא המציאה לחצירו יקנה לו חצירו, ונהי דאמירתו הקודמת לא מהני יזכה לו חצירו בלא אמירה, אע"כ יהיה מוכח מן התוספתא דבעינן דוקא שיאמר זכתה לי שדי ובלא אמירה לא קני, ולהכי כיון דאמירה הקודמת לא מהני מטעם דשלב"ל, לא קנה גם אח"כ כשתפול לחצירו, כיון דעתו לא אמר כלום ובעינן אמירה דוקא, וא"כ התוס' והרא"ש דסוברים דלא בעינן שיאמר זכתה, לא יוכלו לפרש הירושלמי והתוספתא מטעם דשלב"ל דאכתי יקנה אח"כ, ובע"כ שהם יפרשו דהטעם הוה משום דלא אסיק אדעתו, וא"כ יוחזר קושיתי למה לא יתרצו גם במצא בגל מטעם דלא אסיק אדעתו וצ"ע, ובמה שכתבתי מיושב נמי מה שקשה בב"מ דק"ב דמאי מקשה אר' יוסי ב"ח מברייתא זאת אמאי לא מפרש הברייתא מטעם דשלב"ל, אלא משום דלפ"ז יהיה מוכרח עכ"פ דבעינן שיאמר זכתה לי, ולר' יוסי גם אמירה לא בעינן ואכתי יקשה לר' יוסי, ומשו"ה מוכרח התם לתרץ, דמיירי בחצר שאין משתמר, אלא דבעיקר הדבר צ"ע, דאפי' אי נימא דבעינן שיאמר זכתה, אמאי לא מהני האמירה הזאת גם בשעה דהוה דשלב"ל, כיון דאין

האמירה הזאת עצם הקנין, אלא גלוי דעת שרוצה לקנות, ולמה לא יועיל אם גם מגלה דעתו בשעה דהוי דשלב"ל כיון דאח"כ יבא לעולם וצ"ע ועמ"ש בחבורי לב"מ דק"ב מזה: **ובעיקר** הטעם בדינא דרמ"א, מאיזה סברא בעינן שיודע במציאה או אסיק אדעתו, היה נראה לכאורה כיון דחצר הוה משום שליחות וכאילו עשאו שליח לקנות עבורו כל מה שיפול לתוכו, ובמילתא דלא שכיח ולא רגיל לבא אין שייך לומר דעשאו שלוח אדעתא דהכי, אלא דא"כ אין מובן מאי מהני ביודע במציאה השתא, כיון דעצם המציאה הוה דבר שאין רגיל לבא ואין בכח החצר לקנות מציאה כזו דאדעת מציאה כזאת לא עשאו שליח ולכן נראה דמטעם שאין משתמר נגע בזה דאם הבעה"ב אין יודע כלל במציאה ולא אסיק אדעתו אפי' בחצר דמשתמר לא משתמר לגמרי, דנהי דמשתמר מאנשים אחרים שלא יוכלון לבא לתוכו וליטלה, מ"מ תוכל המציאה לילך לאבוד מעצמו אם אין בעה"ב יודע לשומרה, דאם בעל חי הוא תגוע ברעב, ואם חפץ אחר הוא, אכתי תהא נדושה ברגלי אדם ובהמה וכדומה, ורק אם הבעה"ב אסיק אדעתו אז יודע לשומרה וכמו שאכתוב בסמוך בזה לתרץ דעת הרי"ף והרמב"ם:

שם **במחבר** אבל בשדה וגננה כו' אם היה עומד בצד שדהו, והנה אם בעל החצר מעמיד שליח תחתיו, אם מהני כעומד בעצמו אם כי התוס' בגטין דע"ט בד"ה פנימית כתבו להדיא דלהכי קונה המשכיר בזבל אע"ג דבעצמו אין עומד בצד חצירו משום דהשוכר הוה שלוחו, בכ"ז נ"ל שלא פשוט הדין כל כך, ושזה תלוי בטעם דמהני עומד בצד שדהו, דלשיטת רש"י בב"מ די"א דלהכי מהני כשעומד בצד שדהו משום דאז הוה משתמר, פשיטא דהוה"ד אם עומד שליח לשמור השדה נמי מהני, כיון דסו"ס החצר משומר לדעתו, אכן התורת חיים שם דחה לפירש"י, דא"כ שדה גדולה כמה מילין דלא הוה משומר אפי' כשעומד מאי איכא למימר, אלא טעמא דכשעומד בצד שדהו אז אלים קניית השדה טפי דכשעומד שם הוה כגופו וידו ע"ש, ולטעם זה י"ל דלא מהני שליח שעומד בצדו, דבשליח לא שייך לומר דהחצר הוה כגופו כיון דעצם השדה והחצר לא הקנה לשליח, דנימא דהשדה הוי כגוף העומד וכאילו העומד קנה זה בידו, דשדה של חבירו לא יוכל להיות כגופו וידו, ורק גבי בעה"ב עצמו שייך לומר כן כיון דהשדה הוי שלו, וכשעומד אצלה הוה גם השדה כגופו וידו, ולכאורה היה נראה להביא ראי' דשליח לא מהני מהא דב"מ די"א דמביא ראיה מפועלים דבעיר אפי' זכור ולבסוף שכוח הוה שכחה דלא קניא לו חצירו כיון דליתי' גבה, ואע"ג דהפועלים שהם שלוחיו עומדים בשדה ואפ"ה לא מהני שיקנה עי"ז, ואין לומר דהפועל לא יוכל לזכות השכחה עבור בעה"ב מטעם דהוה חב לאחרים לעניים דהא הפועל אינו הזוכה, החצר הוא הזוכה,

והפועל עושה את החצר למשומר, אכן באמת יש לדחות ראי' זאת עפמ"ש הר"ן שם כיון דהטעם דעומד בצד שדהו מהני, משום שבזה הוה משתמר ולהכי בעינן שהעומד בצדה יהיה יודע מן המציאה ואם אינו יודע לא הוי משתמר אפי' כשעומד בצדו ע"ש, והנה התם בע"כ מיירי שרק בעה"ב זכור אבל הפועלים שכחוהו דאי גם הפועלים זוכרים בלא"ה לא שייך התם זכיית החצר כיון דאפי' הוא שלו רחמנא אפקרי' לחייב ליתן משלו, ואי תימא שבזה יועיל חצירו א"כ בטלת דין שכחה, דכל אחד יאמר שיזכה לו שדהו, אע"כ דמיירי כמ"ש התוס' דזכור היה בשעה שהשכחה מתחלת, היינו בשעת שכחת פועלים וכיון שנכנס לכלל שכחה הרי כאילו יצאת מרשותו, ועניים לא זכי לפי שעדיין לא נגמר השכחה עד שישכח בעה"ב, ולפיכך יכול לזכות לו החצר כזוכה מן ההפקר וכיון שכן דבע"כ הפועלים שכחוהו, א"כ לא מהני מה שהפועלים עומדים בצדה כיון שאינם יודעים מן העומר ואכתי אין משתמר, אלא דאכתי קשה קושית הר"ן דא"כ בשדה שכוח מעיקרו היכי משכחת, שכיון שקדמה שכחת בעה"ב לשכחת פועלים ומשישכח בעה"ב התחילה השכחה ולא גמרה עד שישכחוה פועלים, וביני ביני זכתה לו שדהו ובזה לא שייך סברת הר"ן כיון דבעה"ב אינו יודע לא הוה משתמר, דמ"מ ליהוי משתמר ע"י הפועלים שהם שלוחיו, דהא הם זוכרים את העומר ובע"כ דלא מהני העמידה שע"י שליח, ונראה שגם מזה אין ראיה דהא בלשון הברייתא בעה"ב אומר עומר שיש לי בשדה פועלים שכחוהו לא יהא שכחה, מלשון זה משמע דבעינן דוקא שהבעה"ב יאמר בפירוש שירצה שלא יהא שכחה, ואי לא גילה דעתו בזה לא קני ואפשר גם לתת טעמא לזה, דלא מיבעיא לשיטת הרמב"ם דחצר אין קונה עד שיגלה דעתו ויאמר יזכה לי שדי, ודאי דאתא שפיר מה שבעינן התם גלוי דעת מן בעה"ב שירצה לזכות בעומר דבלא זה לא קני אפי' כשעומד בצדה, אלא אפי' לשיטת התוס' דלא בעינן שיאמר יזכה ובלא גילוי דעת נמי קני התם. שאני דבלא גילוי דעת הו"א דניחא לו דליהווי לעניים וכמ"ש מוהר"י אבוהב, דמשו"ה בעינן במתני' שיאמר זכתה לי שדי אפי' לשיטת התוס' כיון דמיירי באחרים רצין ליטול את המציאה, ואם אינו מדבר כלל נראה שהוא מוחל להם לפיכך הוצרך לומר זכתה ע"כ, ואפי' אי נימא דהתם לא יסברו התוס' דבעינן גלוי דעת דהא כתבו דבאמת זכתה דנקט במתני' לאו דוקא, היינו משום דאין סברא שימחול להם, משא"כ הכא בשכחה דמצוה היא לתת לעניים גם התוס' יודו דבלא גילוי דעת אמרינן דמסתמא ניחא לו שיהי' לעניים, ולהכי הוצרך דוקא שיאמר הבעה"ב בפירוש דאין רוצה שיהי' שכחה, הא בלא גילוי דעת בעה"ב לא קניא חצירו בזה, ולהכי בשכוח מעיקרו

שלא אמר בעה"ב כלום לא קניא לו חצירו דנהי דהוי משתמר שפיר ע"י הפועלים מ"מ בלא גלוי דעת לא יוכל לזכות וק"ל:

סעיף ד' **במחבר** ראה אחרים רצין אחר מציאה והרי הוא צבי שבור כו' אם היה עומד בצד שדהו כו' ואם היה רץ היה מגיען זכתה לו שדה ואם אינו יכל להגיען כו' כל הקודם בהן זכה ואם נתנו לו במתנה הואיל ואחר הקנס לו כו' קנה, ומאד תמוה לי פסק הרמב"ם והמחבר בזה, דהא שני דינים הללו, מה דבעינן עומד בצד שדהו וכן מה דבעינן רץ אחריהן ומגיען, חד טעמא להו, דמשום דבעינן שיהא חצר המשתמרת, להכי בעינן שיהא עומד בצדו וכן שיהיה רץ אחריהן ומגיען, דאי אין עומד בצדו או שרץ ואין מגיעו לא הוה משתמר, וכן מוכח בסוגיא דב"מ די"ב דרב פפא מחלק התם ואומר שדעת אחרת מקנה לא בעינן עומד בצד שדהו ומייתי ראי' מהא דרץ אחריהן, שבמתנה לא בעינן מגיען, הרי להדיא דחד טעמא הוא, ומאן דס"ל לחלק בין דעת אחרת מקנה לענין רץ אחריהן, סובר דלענין עומד בצד שדהו נמי יש חילוק בזה, וא"כ הרי"ף והרמב"ם דלגבי עומד בצד שדהו לא ס"ל חלוק דרב פפא, ואפי' בדעת אחרת מקנה נמי הצריכו שיהיה עומד בצד שדהו, א"כ בע"כ דס"ל דאפי' בדעת אחרת נמי בעינן משתמר, והכא פסקו לחלק בין מציאה למתנה, דבמתנה אע"פ שאין מגיעו נמי, מכלל דס"ל דבדעת אחרת לא בעינן משתמר, ולפלא גדול אצלי שמפרשי הרמב"ם והשו"ע לא העירו בזה כלום ואם כי בסוגיא שם יש מקור לפסק הרמב"ם והמחבר דהא ההוא מרבנן דסבירא לי' התם דר"ג מטלטלי אגב קרקע הקנה הרי דס"ל דבחצר לא יכול להקנות מטעם שאין עומד בצדו, אע"ג דאיכא דעת אחרת מקנה, ובדין דרץ ומגיען שקיבל ר' ירמי' דבמתנה לא בעינן מגיען ליכא מאן דפליג, וקבלה היתה ע"ז כמ"ש בש"ס קבלה מיני' וכו', הרי דבש"ס גופא יש חילוק בין דין דעומד בצד שדהו להך דינא דמגיט, אכן טעם הדבר בהך חילוק שביניהם לא נזכר, ונלע"ד לתת טעם וסברא לפסק הזה, דהנה בחדושנו לעיל סי' רמ"ג הבאתי סברת השמ"ק דבדעת אחרת הוה משומר אפי' אינו עומד בצד שדהו כיון דבלא דעת המקנה אין יכול שום אדם לזכות ממילא משומר הוא מאחרים ע"ש, אכן באמת יש לפקפק על סברא זאת, דנהי דאדם אחר לא יטלוה ומשומר הוא מאנשים אחרים מ"מ אם אינו עומד בצד שדהו אכתי אינו משומר דמעצמו תוכל הדבר לבא לידי כליון והפסד, דאם בעל חי הוא המציאה הזאת תוכל לברוח מעצמה, ואם דבר מאכל הוא בהמות וחיות יאכלוהו, ושארי חפצים נמי יהיו נדושים ברגלי אדם ובהמה וכדומה שארי סבות, והגע עצמך דהא אפי' בחצר המשתמר ממש בעינן נמי שדוקא שבעל החצר יהיה ידוע לו שנפל מציאה בחצירו ואם אינו ידוע ליה לא קני

וכמ"ש המרדכי בפ"ב דב"מ והרמ"א בסמוך, ובדבור דלעיל הוכחתי שגם הירושלמי ותוספתא סוברים כן, וכתבתי שם שהטעם הוא ג"כ כזה, דזולת שמירת החצר שמשמרה מאנשים אחרים שלא יטלוה, בעינן נמי שמירת בעל השדה שלא תופסד החפץ מעצמו, ולהכי בעינן שבעל החצר ידע ממציאה שיוכל לשומרה גם הוא, וא"כ כ"ש הכא שהחצר אינו משומר כלל ורגלי אדם ובהמה מצויין שם שבקל יבא מעצמו לידי הפסד, שאין מועיל שמירת החצר לחוד, מה שמשמרה מאנשים אחרים, היכא דליכא בהדיה נמי שמירת בעל החצר, שלא יבא מעצמו לידי כליון והפסד, ולפ"ז צדקו מאד סברת פסקי הרמב"ם ומחבר הנ"ל, דכשאנו דנין לגבי הענין דעומד בצד שדהו ונרצה לחלק ולומר דבדעת אחרת מקנה לא ניבעי עומד בצדו משום דבלא"ה הוי משומר כסברת השמ"ק, בזה שפיר אמרינן דאין לחלק בזה, דנהי דמאנשים אחרים הוה משומר עי"ז כיון שבלא דעת המקנה אסור להם לזכות מ"מ כיון שיחסר שמירת בעל החצר, אכתי אין משומר מיקרי כיון שיוכל מעצמו לבא לידי כליון, אבל כשאנו דנין לענין רץ ומגיען דהתם מיירי שבעל החצר עומד בצדו, ושמירת בעל החצר יש כאן, אלא דיחסר לנו שמירת החצר עצמו, שאנשים אחרים לא יטלוה, אבל מעצמה לא תבא לידי כליון, דהא מיירי דאין מגיען בשדהו, אבל חוץ לשדהו יגיען, וא"כ יכל לשומרן שלא יבא מעצמו לידי כליון, ורק עיקר החשש הוא שאנשים אחרים יטלוהו אחר שיצא מחצירו וכיון שלא יחסר בפה רק השמירה מאנשים אחרים, לענין זה שפיר יש לחלק ולומר דבמתנה כיון שבלא דעת המקנה אסור לשום אדם ליטלה, הרי משומר גם מאחרים, ומהני אפי' כשאין מגיען, דבשלמא במציאה אע"ג דבעל החצר עומד בצדו וישמרנה שמעצמה לא תבא לידי הפסד, מ"מ כיון שהכל יכולים לזכות בה הוי אין משומר, אבל במתנה הוי משומר מכל הצדדים אפי' באין מגיען בתוך השדה, וכל זה הוא לענין רץ ומגיען דשמירת בעל החצר יש כאן אפי' כשאין מגיען, ורק דשמירת החצר מאנשים אחרים הוא שיחסר לנו באין מגיען, להכי מועיל הסברא דדעת אחרת מקנה להועיל שאפי' באין מגיען נמי קנה כיון שבדעת אחרת הוה משומר מכל הצדדים, אבל לענין עומד בצד שדהו, דשם יחסר גם שמירת בעל החצר שלא תבא מעצמו לידי הפסד, מה יוכל להועיל דעת אחרת מקנה דנהי שיתוקן בזה שמירת החצר אבל שמירת בעל החצר אכתי יחסר, וצדקו מאד חלוק פסק הרי"ף והרמב"ם עפ"י סברא נכונה ודו"ק:

סעיף ה' **במחבר** אבל קטן אין לו חצר כו' הטעם מבואר בש"ס דחצר דגברא משום שליחות איתרבי ואין שליחות לקטן, ראיתי מקשים כיון דחצר דגברא משום שליחות הוא א"כ איך יקנה החצר משום שליחות הא המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, רק

דבש"ס קאמר ר' יוחנן דקנה משום מיגו דבעי' זכי לנפשי', וא"כ בחצר דלא שייך מיגו דזכי לנפשי' למה יזכה לו החצר, ונ"ל ליישב דהא הטעם דמגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו הוא מטעם דהוה תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכמבואר בב"מ ד"י ובטעם דתופס לבע"ח דלא מהני כתב הפנ"י שם משום דכשחב לאחרים הוה דבר עבירה ואין שליח לדבר עבירה, ולפ"ז לא שייך הדין דתופס לבע"ח לא קנה, כ"א באותו שאמרינן בו דלא מהני שליחות בדבר עבירה, אבל בחצר דמהני בו שליחות אפי' לדבר עבירה, בין לטעם דבר חיובא ובין לטעם דאי בעי עביד, וכמבואר בב"מ שם ממילא שיוכל לקנות מציאה עבור חבירו בלא טעם דמיגו דזכי לנפשי' וק"ל:

**סימן רסט**

סעיף א' **במחבר** המגביה מציאה לחבירו כו' הסמ"ע שכתב דבעינן דוקא שאמר בשעה שמגביה דמגביהה לצורך פלוני, והש"ך חולק ע"ש, ומלשון השמ"ק ב"מ ד"ח וז"ל ואם אמר לו חבירו זכה לי במציאה זו או אמר הוא אני זוכה במציאה זו לצורך פלוני אפי' המגביה בעצמו אין יכול לומר לעצמי אני זוכה והרי קנה חבירו ע"ש, משמע כהסמ"ע דדוקא אמר בעינן:

סעיף ו' **בהגה"ה** ואין המגביה נאמן לומר לצרכי הגבהתי עמ"ש מזה לעיל בסי' ס"ג בחדושנו שם:

**סימן רע**

סעיף ב' **במחבר** מציאת בנו ובתו הסמוכים על שלחנו אע"פ שהם גדולים ומציאת בתו הנערה כו' אע"פ שאינה סמוכה על שלחנו מציאתה לאב אבל מציאת בנו שאינו סמוך אע"פ שהוא קטן כו' הרי שלהן, והנה בטור כאן כתב גם בבבא דסיפא "בתו" וז"ל ומציאת בנו ובתו שאינם סמוכים על שולחנו אפי' הן קטנים כו' הרי הן שלהן, והמחבר לא הזכיר בסיפא גבי אינם סמוכים כ"א מציאת בנו, משום דעל דברי הטור כתבו כולם דסותר עצמו מרישא לסיפא, דברישא כתב דבתו אפי' נערה וגם אינה סמוכה הוה של אב, א"כ איך כתב אח"כ דבנו וגם בתו הקטנים אם אינם סמוכים הוי שלהן והרבה מפרשים מוחקים תיבת שבתו' מהאי בבא דסיפא, והיינו טעמא נמי דמחבר שלא הזכיר בבבא דסיפא כ"א בנו והשמיט בתו, אכן א"א למחוק זה בדברי הטור אחרי שכן כתב להדיא בקצור פסקי הרא"ש, וזולת הסתירה הזאת שבדברי הטור יש עוד סתירה בדבריו מהכא למ"ש באו"ח סי' שס"ו, באו"ח שם כתב דבנו ובתו הקטנים שאינם סמוכים מזכים העירוב על ידם ודייק לכתוב קטנה הא נערה מוכה על ידה ואפי' בסמוכה, ותימה כיון דפוסק הכא דאפי' נערה אם היא סמוכה על שולחן אב הוה מציאתה לאב, א"כ למה יכול לזכות על ידה, הא הטור פוסק כר"ת דזה בזה תלוי דכל היכא דמציאתה לאב אין

מזכין על ידו ועיין במגיני שלמה בכתובות דמ"ז מ"ש ליישב הסתירה הזאת, ולענ"ד נראה בשנקדים לעמוד על דברי הר"ת מעיקרו דז"ל התוס' בב"מ די"ב בד"ה ר' יוחנן ופי' ר"ת דלשמואל דאמר הכא קטן אינו זוכה ה"ה גבי עירוב אין זוכה דהוה כיד אביו כיון דמציאתו לאביו עכ"ל, ולא זכיתי להבין בזה סברת ר"ת, דהנה אפי' לשמואל אטו קטן לית לי' זכייה לנפשי' כלל הא היכי דלית לו אב ודאי דזוכה גם לנפשי' עכ"פ מדרבנן וכסתמא דמתני' דמציאת חש"ו יש בהן גזל מפני דרכי שלום, אלא היכי דאיתא לאב תקנו דבמקום הבן יהא קאי האב. והאב הוא הזוכה בכל זכיות הכן, וא"כ לא שייך זה כ"א בזכיות הבאות מעלמא בבזה שייך לומר דמפני הטעם דמרוצה אצל אביו, תקנו שהאב יזכה בהן, אבל בזכיות שהאב עצמו יזכה לבן וניחא לי' לאב שהבן יזכה בהן לעצמו, מהיכי תיתי שלא יזכה בהן, ומ"ש מאשה דנמי מציאתה וזכיותה לבעלה ואפ"ה אם בעלה עצמה נותן לה מתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות כדאיתא בב"ב פקז"ה, ולפי"ז אפי' במתנה גמורה שהאב עצמו נותן לבנו היה צריך לזכות וכ"ש גבי עירוב שהבן אין זוכה כלל לעצמו, אלא האב נותן לו שיקנה לאחרים דיכול לזכות, כיון דבאמת יש לו יד, ורק דבזכיות שרוצה האב לקנותן אמרינן דהאב במקום בן עומד, אבל במה שלא זכה הבן כלל אמאי לא מהני ואמנם קושיא הזאת אם כי גדולה היא אכתי יש מקום לתרץ סברת השמ"ק בב"מ שם וז"ל דבמקום אב לא תקון לו זכייה כלל אלא לצורך אב עכ"ל, ומשמע עדחרים הללו דאע"ג דבמקום דליכא אב יש לו זכייה לנפשי' מ"מ במקום אב לא נתנו לו שום זכייה כלל כ"א מה שנוגע לצורך אב אבל מה שאין צורך האב שקלו מיני' הזכייה ולהכי אפי' ברשיון האב נמי לא מהני, או שי"ל כמ"ש התוי"ט דבאמת הא דלא מצי לזכות ע"י קטנים, אין הטעם משום דידן כיד האב, אלא משום כיון דהאב יכול לעכב בשבילם להכי אמרו שאין יכול לזכות על ידיהן, ומ"ש במתני' בעירובין שם הטעם מפני שידן כידו, לא קאי כ"א אעבדו ושפחתו, ולא אבנים קטנים ע"ש, אכן מ"ש הר"ת אח"כ דלר' יוחנן דאמר דגדול וסמוך על שלחן אביו הוה כקטן, הוה"ד דגבי עירוב נמי גדול וסמוך אינו זוכה בזה לא תדע שום עצה לתרץ דבריו כיון שגדול ודאי דיש לו זכייה לנפשי' אלא דמחמת איבה תקינו לאב בסמוך על שולחנו דמציאתו יהא לאב, וא"כ ודאי דלא שייך זה כ"א בדבר שהקטן זוכה לנפשי', אבל גבי עירוב שאין זוכה לנפשי' כלל ולא שייך שום איבה מהיכי תיתי לא יוכל לזכות, ושוב מצאתי בנמוק"י בשם הרשב"א ור"ן ובב"י או"ח שם בשם הרמב"ן שכתבו כן דגבי עירוב אין לחלק בין סמוך לאינו סמוך ושהרי הוא גם דעת הרמב"ם בפ"א מהלכות עירוב שפוסק בסתם דע"י גדול מצי לזכות ומשמע דאפי' בסמוך על שולחנו והיינו משום דלענין עירוב לא נראה לחלק בין סמוך

לאין סמוך אע"ג דבפי"ז מהלכות אבידה לגבי מציאה פוסק כר' יוחנן דמחלה בהכי מ"מ לענין עירוב אין סברא לחלק כן דהכא לא שייך איבה:

**והנה** זה פשיטא שדעת הרמב"ם הוא כמ"ש, דלענין עירוב אין שייך לחלק בין סמוך לאינו סמוך אפי' לר' יוחנן, וא"א לומר כמ"ש הטור שם דהרמב"ם פוסק לגבי עירוב בשמואל חדא דיקשה קושית הב"י דהא הכא לענין מציאה פוסק כר' יוחנן ועוד דאפי' לשמואל אין הכרע לומר דבגדול וסמוך לא הוה מציאה של אב דשמואל ס"ל רק דבקטן אפי' שאינו סמוך נמי הוה של אב, אבל בגדול וסמוך אין הכרע אפשר שגם איהו מודה דמטעם איבה תקינו ליה מיהא בסמוך על שולחנו שיהא של אב וכמ"ש המהר"ם שי"ף בב"מ שם אלא ודאי שפוסק כר' יוחנן וס"ל דאפי' לר' יוחנן בעירוב מודה דאפי' בסמוך יכול לזכות על ידו כשהוא גדול כיון דלא שייך איבה אבל דאכתי קשה דנהי דמגדול וסמוך אין הכרע דפוסק כשמואל, כיון שגם ר' יוחנן מודה לזה, אכן ממה שפוסק דבקטן אפי' כשאין סמוך אין יכול לזכות מוכח דפוסק כשמואל דאילו לר' יוחנן בקטן כשאינו סמוך יכול לזכות, ואפשר שזה הי' הכרח של הטור דהרמב"ם פוסק כשמואל, ועיין בפרישה שהרגיש בזה, אלא דלפמ"ש גם מזה אין הכרע דהנה אפי' לשמואל קשה מאיזה טעם לא יזכה בעירוב כיון שאין הבן זוכה כלל לנפשו דנימא ושקלו זכייתו ונתנו לבן אלא הטעם כמ"ש בתוי"ט שכיון דמזכה בשבילם אין יכול לזכות על ידם וטעם זה אפשר מודה גם ר' יוחנן דאע"ג דקטן יש לו זכייה מ"מ גבי עירוב לא יוכל לזכות על ידם וכנ"ל:

**ואמנם** בסברת ר"ת נ"ל דהא דקאמר ר' יוחנן דבסמוכין על שולחנו אפי' בגדול הוה מציאתו לאב אין הכוונה דמתחלה זכה בזה הבן ואח"כ אבוה מיני' קא זכה אלא הכוונה דמתחלה זכה האב משוש דבסמוכים על שולחנו אין לבנים שים יד וידו כיד אביהן, ואע"ג דגדולים הם כעת מ"מ אחרי שסמוכים הם עוד על שלחן אביהם לא יצאו עוד מרשות האב להיות להם רשות ויד בעצמו אלא דאכתי ברשות אביהם הן עומדים ולא נכנסו עוד למדרגה כזה שיהי' להם יד בפני עצמן וכן משמע לשון המשנה בעירובין פ' חלון דקאמר הטעם דאין מזכה מפני שידן כידו הרי משמע שאין להם יד כלל ולפ"ז שפיר אין מזכה על ידם דבשלמא אם הו"א דיש להם יד לזכות בעצמן ואבוה מהם קא זכה אז היה שייך לומר דבעירוב דליכא איבה יוכל לזכות על ידם אכן לפמ"ש דהכוונה הוא דמשום איבה תקינו שלא יצאו עוד מרשות אב ואין לו זכייה כלל בפני עצמו, וממילא א"א לחלק בין עירוב לשאר קנינים, ואפי' בעירוב נמי אין יכול לזכות על ידם וכסברת כנ"ל נמי להוכיח מלשון הטור או"ח שם וז"ל ולא יזכה ע"י בנו ובתו הסמוכים על שולחנו אפי' הם גדולים מפני שידן כידו ולא יצאו עדיין מרשותו עכ"ל, אשר לכאורה

אין מובן במה שהוסיף הטעם דלא יצאו מרשותו, ולמ"ש מדויק מאוד, דנתכוון לתרץ קושיתי אשר יפול בדין זה דכיון דגדולים הן ויש להן זכייה למה לא יזכה על ידן כיון דלא שייך הכא איבה, ולזה תירץ דלא יצאו עדיין מרשות אב לבוא ברשות וזכיית עצמו ולא נתנו להן כלל דין יד עוד ודו"ק היוצא לנו מזה דבכוונת ר' יוחנן דקאמר דגדול וסמוך על שולחנו הוה כקטן, נחלקו בזה הרמב"ם עם ר"ת, הרמב"ם ס"ל דמתחלה זכה בהן כיון דגדול הוא ויש לו זכייה ורק משום איבה תקינו דאבוה מיני' קא זכי וממילא בעירוב דלא שייך איבה יכול לזכות ע"י גדול אפי' כשסמוך אכן הר"ת והטור ס"ל דמשום טעם איבה לא נתנו כלל דין יד לבן הסמוך על שולחנו ולא בא עוד לרשות עצמו שיהיה לו זכייה בפני עצמו, ולפי"ז יצא לנו דין חדש, לר"ת, דאם אחר נותן מתנה לבן גדול ואפי' האב גופא אם נותן מתנה לבנו גדול לא זכה הבן כיון שאין לו יד לזכות לעצמו וכן הובא בנמוק"י בשם יש מי שאומר, ולמ"ש יהיה כן גם לר"ת והטור, ואחרי כל זה מיושב דברי הטור שהבאתי באין שום סתירה בדבריו דאע"ג כטעם גדול הסמוך ונערה שאינה סמוכה שניהם משום איבה אפ"ה בעצם התקנה לא דמו כלל זה לזה דהיכי דסמוך עוד על שולחן האב אז משום תקנת איבה אמרינן שאין לו לבן יד כלל לזכות, דלא יצא עדיין מרשות אב להיות לו יד בפני עצמו, ולהכי ודאי דאין מזכין על ידו, אבל בנערה שאינה סמוכה נהי דמציאתה הוה נמי לאב משום איבה, אכן בזה ודאי דיש לה יד בפני עצמה כיון שיצתה מרשות אב וגדולה היא, אלא דמשום איבה אמרינן דאבוה מינה קא זכי, ולהכי בעירוב דלא שייך איבה מצי לזכות על ידה כיון דבאמת יש לה יד בפני עצמה ואיבה נמי לא שייך בזה, ואין סתירה ממ"ש הכא למ"ש באו"ח לענין עירוב וז"ב:

**ובפשוטו** היה נ"ל ליישב סתירת דברי הטור, דכבר הבאתי דהטור הכא סותר עוד דברי עצמו מיני' ובי' ממ"ש דבתו נערה אפי' אינה סמוכה הרי מציאתה שלו ובתר הכי כתב במציאת בנו ובתו שאינם סמוכים אפי' הם קטנים הרי הן שלהן, ושהמחבר מחק משום זה בסיפא תיבת בתו, אכן הפרישה קיים הגירסא ופירש דבתו היינו דומיא דבנו, דהיינו היכי דלא שייך החשש דשמא ימסרנה למנוול וכגון שכבר השיאה ונתגרשה שאז יצאה מרשות אב ובמתכוון המציא הטור לכתוב כזה בכדי שלא נצטרך לומר דר' יוחנן דאמר לאו גדול ממש לא קאי כ"א אבן, דדוחק לומר כן דלא קאי כ"א אבן, ולכן טרח למצוא דמלתא דר' יוחנן קאי גם אבת ובאופן דליכא חשש דשמא ימסרנה ע"ש, עכ"פ הרי הטור כתב להדיא דבבתו הקטנה אם אינה סמוכה הוה מציאתה שלה, ולזה כתב כן גם בהלכות עירובין שע"י בתו אקטנה יכול לזכות ומיירי נמי בכה"ג שלא שייך חששא כיון

שכן פירש הטור מלתא דר' יוחנן ובעירובין דנקט כר' יוחנן פוסק כן, ועכ"פ אין סתירה בדבריו ודו"ק:

**שם** באותו סעיף ומציאת בתו הנערה אעפ"י שאינה סמוכה על שולחנו כו' דייק לכתוב נערה ולא בוגרת, ובנערה אע"פ שאינה סמוכה, וזהו שיטת התוס' בב"מ שם ובגיטין דס"ד דאיבה דמציאה הוא משום שמא יקדשנה למנוול ומוכה שחין ולטעם זה אפי' באינה סמוכה, ודוקא בנערה עד שתיבגר דאילו בגרה אין עוד רשות לאבי' לקבל קדושי', ואכן לשיטת רש"י בכתובות דמ"ז דאיבה דמציאה הוה נמי משום מזונות דאי אמרת מציאה שלה איכא איבה ולא זיין לה תו ח"כ גם בבתו בוגרת נמי מציאתה לאב, וכ"כ בהגה"א בכתוב' להדיא, אלא דלכאורה לשיטת רש"י הוה דוקא בסמוכה על שולחנו דאי אינה סמוכה לא שייך איבה דמזונות ולפי"ז יש נ"מ גדולה בין רש"י ותוס' דלתוס' בבוגרת אפי' בסמוכה לא מצי לזכות על ידה כיון דמציאתה אינה לאב ובנערה אפי' באינה סמוכה נמי הוה של אב וממילא יכול לזכות העירוב על ידה לסברתם דדין דעירוב תלוי במציאה, ולשיטת רש"י הוה להיפוך ממש באינה סמוכה אפי' בנערה לא הוה מציאתה לאב ובסמוכה אפי' בבוגרת נמי אכן באמת זה אינו דזה ודאי שבסמוכה אפי' בבוגרת נמי הוה של אב לרש"י וכמ"ש בשם הנו' ובזה הצלתי את רש"י מן השגת התוס' כאשר יבואר בתוך דברנו, אבל כמ"ש שבאינה סמוכה כיון דלא שייך טעם דמזונות אפי' בנערה לא הוי של אב, הדרא בי' מזה דהא בב"מ די"ב ע"א פרש"י במתני' שם דבתו קטנה וגם נערה מקראי ילפינן דמציאתה לאבי' דכל שבח נעורי' לרבי' ולפ"ז בנערה לא אצטריך לן כלל טעמא דאיבה דזה הוה מה"ת ואפי' באינה סמוכה נמי כיון דמה"ת הוא ואינו תלוי כלל במזונות ולא אצטריך לטעם דאיבה כ"א בבוגרת:

**ומזה** עמדתי ליישב שיטת רש"י החמורה מאוד כאשר כבר הרעישו עליו כל הראשונים חדא הוא השגת התוס' בב"מ שם, דהא האי קרא דבנעורי' בהפרת נדרים הוא דכתיב ואין ללמוד ממנו דממונא מאיסורא לא ילפינן ע"ש ומחמת חומר הנושא אפשר לומר דסברת רש"י כן הוא, דאם כי על הקרא דכי ימכור בתו לאמה דיליף מיני' דמעשה הבת לאבי' קאמר הש"ס כן שלא נוכל למילף זה מקרא דבנעורי' משום דבהפרת נדרים הוא דכתיב ע"ש בכתובות דמ"ו, אבל השתא דגלי קרא דכי ימכור לאמה שגם בממון הוא הזכייה לאב וא"כ גלי קרא דאיסורא וממונא שווין, ושפיר נוכל למילף מעתה מקרא דבנעורי' גם לדין ממון וכמ"ש התוס' כתו' דל"ט ד"ה הואיל בכה"ג, ואין להקשות ע"ז דא"כ בכתו' ד"מ דבעי הש"ס למילף בושת ופגם דלאב מקרא דבנעורי' ודחי התם נמי דאין ללמוד ממנו משום דקרא בהפרת נדרים כתוב, ולמה לא נימא גם התם דכיון דגלי גלי ובאמת

הקשה כן בהגהות מל"ה שם ונ"ל דשם יש ליישב ולומר דכיון דהגלוי דקרא הוא רק ממעשה ידיה, יש לומר שדוקא ממון כזה הוה לאב משום דמתזני מיני' ודעת האב על זה וכמו דקאמר בקדושין ד"ד ע"ב, אבל בושת ופגם שאין דעתו על זה ממון כזה לא זכתה תורה לאב וכמ"ש התוס' שם ד"מ ד"ה דאי דלהכי לא מצי למילף ממעשה ידיה אבל בושת ופגם לא, אבל מציאה דהוה כעין מעשה ידיה כמ"ש בר"פ מציאת האשה בהדיא מציאתה כהעדפה שע"י הדחק, שפיר ילפינן מקרא דבנעורי' ואין לדחות מעשה ידיה שאני משום דמתזני דהא מציאה נמי משום דמיתזני, וא"ש מ"ש רש"י דילפינן מקרא דבנעורי' דבאמת השתא דכבר גלי קרא דמעשה ידיה הוה לאב הרי גלי לן דאיסורא וממונא שווין שפיר נילף מבנעורי' גם למציאה דהוה לאב מה"ת ואין להקשות דאכתי מה הוצרך רש"י למילף מקרא דבנעורי' לימא דהוה מה"ת משום דדמו למעשה ידיה דהא גם בושת ופגם הוה ילפינן ממעשה ידיה וכמ"ש התוס' כתובות ד"מ ורק משום דהתם יש לדחות שאני מעשה ידיה דמיתזני וא"כ במציאה דלא שייך לדחות הכי וכמ"ש ילפינן שפיר ממעשה ידיה גופא, ואכתי קרא דבנעוריה ל"ל לרש"י וי"ל דהנה בכתובות ומ"ו בתוד"ה זכאי במציאתה כתבו שמציאה לא נוכל למילף ממעשה ידיה, די"ל דמה למעשה ידיה שמיתזני מיני' ע"ש, וא"כ דבריהם תמוהים דהא בפ' מציאת האשה כתבו התוס' גופייהו וגם מציאה הוה כמעשה ידיה משום דמיתזני אלא דיש ליישב ובלא"ה כתב המהרש"א דפרכא הזאת לאו פרכא גמורה היא רק על מה הצד פרכינן פרכא כל דהו ולכן י"ל דמ"ש התוס' דנוכל לתרץ שאני מעשה ידיה דמיתזני היינו כשא נו ילפינן ע"י מה הצד, ומעתה מיושב דעת רש"י דממה הצד מן מעשה ידיה לא נוכל למילף באמת משום דעל מה הצד הוה פרכינן מה למעשה ידיה שכן מיתזני וכסברת התוס' דע"ז פרכינן נה פרכא כל דהו, להכי כתב רש"י שבאמת לאו ממעשה ידיה ילפינן אלא מקרא דבנעורי' דכיון דגלי קרא דגם ממונא דמעשה ידיה לאב ילפינן השתא דכל שבח נעורים שכעין מעשה ידיה הוה לאב ומציאה הוה כעין מעשה ידיה וע"ז לא נוכל לפרוך פרכא כל דהוא כיון דלאו ממה הצד ילפינן, והנה בב"ק דפ"ז קאמר התם דאקני ליה רחמנא שבח נעורים לאב וגם התם פרש"י מקרא דבנעורי, והתוס' השיגו נמי התם דהאי קרא בהפרת נדרים כתוב, ודחקו התם לפרש דלשון אקני לי' רחמנא שבח נעורים לאו דוקא הוא ולסימנא בעלמא נקטי' ע"ש, ולשיטת רש"י א"ש בפשיטו דבאמת השתא לאחר דגלי קרא הוה בממון נמי לאב מה"ת וממונא ואיסורא שווין:

**והנה** נהי דעל עוקר סברת רש"י מצאנו טעם לומר דהצדק אתו שבאמת הוה מציאת נערה מדאורייתא לאב, אכן אכתי מה נעשה להסוגיא דכתובות דמ"ז דקאמר הש"ס התם

להדיא דטעם דמציאתה הוה לאב משום איבה ולשיטת רש"י דמה"ת הוא למה הוצרך הש"ס התם לומר טעם דאיבה ואכן למ"ש לעיל בשיטת רש"י דטעם דאיבה הוה נמי משום מזונות ולא כשיטת התוס' דאיבה דמציאה הוה שלא יקדשינה למנוול ולמוכה שחין, ולשיטת רש"י גם בבתו פוגרת נמי הוה מציאתה לאב מיושב דעת רש"י דגם מקושיא זאת, דבמתני דב"מ דקאמר התם להדיא מציאת בנו ובתו הקטנים וכיון דמיירי בקטנים ובקטנים וגם בנערה הוה דאורייתא משו"ה כתב רש"י דהוה מ"ת ובכתובות להכי קאמר הש"ס דהוה משום איבה, להורות שגם בגדולה דהיינו בוגרת נמי מציאה של אב, אבל בקטנה ונערה איה"נ דמה"ת הוא, ומיושב מאוד דעת רש"י, ומעתה אין אנו צריכים לדחוקי בדעת רש"י כמ"ש התוס' כתובות הנ"ל, דלסברת רש"י מתני' דב"מ לצדדין קתני קטנה אפי' באינה סמוכה ונערה דוקא בסמיכה ע"ש, דלמ"ש גם נערה הוה ואפי' באינה סמוכה דבנערה הוה נמי מה"ת וכמ"ש רש"י להדיא בב"מ שם דקטנה וגם נערה יליף מקראי, ותימה גדולה על התוס' שכתבו בדעת רש"י דבנערה דוקא בסמוכה הוה לאב, ואיך אפשר לומר הכי אחרי שרש"י גופא כתב להדיא דגם נערה יליף מקראי, ולמ"ש מיושב דעת רש"י וניחא נמי בזה מה שהקשו כל המפרשים על שיטת רש"י דאיבה דמציאה היינו משום מזונות דלפי"ז היכי דבלא"ה לא זיין לה אבוה מציאתה לעצמה, וא"כ מאי מקשה הש"ס בב"מ די"ב האי שפחה היכי דמי כו' אי דאיתא לאב דאבוה הוה, הא אינה סמוכה על שולחנו דהא מכרה וליכא איבה וא"כ אין מציאתה שלו ואי"ל דאכתי שייך איבה שלא יזון אותה אחר שש שנים כשתשוב לבית אביה כמ"ש הפרישה כאן ע"ש, ואכן לפמ"ש דרש"י יפרש באמת דטעם דמציאת נערה הוה לאב ילפינן זה מקרא ומדאורייתא הוא ואין זה כלל משום איבה דדוקא בבוגרת הוה משום איבה אם כן אתי שפיר וק"ל:

**שם** ומציאת בתו הנערה עיין בקצוה"ח שהביא מה שנסתפק בחלקת מחוקק אם האב זוכה במתנתה והוא פשוט דזוכה מדאינו רשאי לזכות עירוב על ידה ע"ש, ולמ"ש בדבור דלעיל בשם התוי"ט אין ראיה העירוב דשאני התם דכיון דהאב יכול לעכב בשבילן מש"ה אמרו שאין יכול לזכות על ידן אם לענין זכיה דעלמא שפיר י"ל דאין ידן כיד האב:

**סימן רעא**

סעיף א' **במחבר** ב' שראו חמור או גמל וקדמו שניהם והנהיגוהו או משכוהו או שהיה אחד מנהיג ואחד מושך קנו שניהם בחמור קנו שניהם ובגמל המושך קנה ולא המנהיג זהו לשון הרמב"ם בפי"ז מאבידה הרי מפורש דאם לא היה מי שעשה קנין דאורחיה אז קונה בשניהם, ואפי' בקנין דלאו אורחא נמי, ומת דאמרי' בש"ס דב"מ ד"ט דאיכא חד צד

דלא קנה היינו דוקא כשאחד מהם עשה קנין דאורחא והשני דלאו אורחא, בזה אמרי' דאיכא חד צד דלא קנה משום דקנין דאורחא מבטל להשני, אבל כשאין כאן קנין דאורחא כלל קונה נמי בקנין דלאו אורחא והראב"ד השיג עליו דבש"ס משמע דחד צד דלא קנה כלל בגמל אפילו כששניהם מנהיגים נמי, ועוד ראיתי מקשים על הרמב"ם דבברייתא דמביא בב"מ שם שנים שהיו מושכין בגמל ומנהיגין בחמור או שהיה אחד מושך ואחד מנהיג במדה זאת קנה דייק מינה הש"ס מושך ומנהיג אין אבל רכוב לא ומנ"ל לדייק כן הא צריך לאשמעינן מושך ומנהיג דהך קנין דאורחי' אין מבטל הך דלאו אורחי' וכמו שהקשו התוס' שם, אלא דהתוס' מתרצים דהוא מלתא דפשיטא שאין מבטל, וזה אינו לדעת הרמב"ם כיון דלפי האמת טיכא חד צד דלא קני, והיינו שמבטל קנין חבירו א"כ ודאי עובא קמ"ל, ועוד ראיתי קושיות רבות על הרמב"ם ומחבר אשר אין פה המקום לפורטם, ובאשר לענ"ד שיטת הרמב"ם פשוט בש"ס וכן הוא נמי שיטת רש"י אפרש שיחתו דבש"ס שם פריך למ"ד רכוב קנה מברייתא דשנים שהיו מושכין בגמל ומנהיגין בחמור או שהיה אחד מושך ואחד מנהיג במדה זאת קנו ר' יהודא אומר לעולם לא קנו עד שתהא משיכה בגמל והנהגה בחמור קתני מיהת או שהיה אחד מושך ומנהיג אין אבל רכוב לא ומשני הוה"ד דאפי' רכוב והא דקתני מושך ומנהיג לאפוקי מדר' יהודא דאמר עד שתהא משיכה בגמל והנהגה בחמור קמ"ל דאפי' איפכא נמי קנה ופריך אי הכי לערבינהו וליתנינהו שנים שהיו מושכין ומנהיגין בין בגמל בין בחמור ומשני איכא חד צד דלא קנה וברש"י ד"ה אי הכי כתב וז"ל א"ה דלת"ק איפכא נמי קנה, ורבים תמהו עליו בזה דמשמע דבס"ד איפכא לא קנה וליתא דהא בהדיא קתני אחד מושך ואחד מנהיג ועוד דא"כ היינו ר' יהודה ולכן נראה דסברת רש"י כן הוא, דנהי דבחד צד יש לנו הכ"ה דלת"ק אפי' כשעשה הקנין דלאו אורחי' נמי קנה, דאל"ה היינו ר' יהודה, אכן בצד השני יש לנו הוכחה להיפך דאי לת"ק גם איפכא קנה א"כ אמאי לא ערבינהו ותננהו שנים מושכין בגמל ובחמור ומדנקט שנים מושכין בגמל ומנהיגין בחמור מכלל דאתא לאשמעינן איזה קנין הוה אורחי', ואי לדידי' אין נ"מ בין קנין דאורחא לקנין דלאו אורחא א"כ איזה נ"מ יהיה לנו במה שנדע איזה קנין הוה אורחא, אכן הפשר בין שני ההוכחות הללו הסותרות זא"ז בע"כ יהיה כן דבאמת אם שניהם מושכין בחמור או מנהיגין בגמל, אע"ג דעשו קנין דלאו אורחא מ"מ כיון דשניהם עשו כן ואין כאן קנין היותר טוב קנו שניהם ובזה פליג עם ר' יהודא דסובר דאפי' בכה"ג לא קנו עד שיעשו דוקא קנין דאורחא, ולת"ק מהני בכה"ג, ואמנם אם אחד מושך יא זד מנהיג בגמל או בחמור שאחד מהם עשה קנין דאורחא, בכה"ג שני לא קנה כלל, דהך האורחא מבטל

להך דאינו אורחא, ולפי"ז יש נ"מ טובא בזה שאשמעינן הת"ק דרכי קנייתם, בכדי שאם יפגשו שניהם במקום אחד אז נדע איזה קנין מבטל להשני, אלא דלפ"ז לא נוכל לפרש דמה דאמר אחד מושך ואחד מנהיג דמיירי בבהמה אחת כגון בגמל או בחמור היו שני הקנינים הללו דאי גם בכה"ג קנו שניהם אע"ג דאחד עשה קנין דאורחא, א"כ יוחזר הקושיא למה לא ערבינהו אלא הפירוש יהיה דמיירי בשני בהמות זה מושך בחמור וזה מנהיג בגמל או להיפך וכלל דברי הברייתא בשני בבות הללו דאשמעינן דאם אך לא יהיה בזה קנין דאורחא אז מהני גם הקנין דלאו אורחא ויצויר זה אי במקום ששנים עשו קנין שוה, או במקום שלא עשה הקנין כ"א אחד מהם ובבא דשנים רוכבין מצייר במקום ששניהם עשו קנין שוה ובאחד מושך ואחד מנהיג מצייר, אופן השני ולפ"ז הוה בבא דאחד מושך ואחד מנהיג מיותר לגמרי דהא מבבא דשנים מושכין ידעינן כן, דמאי נ"מ אם שנים היו עושין קנין דלאו אורחא או אחד עשה קנין כזה והשני לא עשה קנין כלל, כיון דס"ס לא הא כאן קנין דאורחא, מהני הקנין אורחא, ולכן הוה ס"ד דבבא יתירא אתי למעוטי רכוב ולזה לדעת הס"ד לא יוכל להקשות לערבינהו דהא טובא אשמעינן בזה דרכי קנייתן בכדי שנדע איזה הוה אורחא שיכול לבטל להך דלאו אורחא, אכן התרצן משני דאתא לאפוקי מדר' יהודה, פי' דבבא דאחד מושך ואחד מנהיג מיירי שבבהמה אחת נעשה שני הקנינים הללו, זה מושך וזה מנהיג, ואשמעינן דאפי' בכה"ג דאיכא חד דאורחא וחד דלאו אורחא אפ"ה קנו שניהם, ודאורחא אין מבטל הך דלאו אורחא, ולזה פריך שפיר דאי הכי לערבינהו, דכיון שאפי' בכה"ג דחד אורחא וחד לאו אורחא נמי קנו שניהם, וא"כ ליכא תו מקום דהקנין דאורחא יהיה מועיל יותר מהך דלאו אורחא, א"כ לאיזה צורך אשמעינן דרכי קנייתן ולמה לא ערבינהו, ומשני איכא חד צד דלא קנה, פי' דבמקום שיפגשו יחד קנין דאורחא עם לאו אורחא יש חד צד קנו הך דאורחא וחד צד דלא קנו, ולהכי לא ערבינהו דאכתי יש נ"מ לידע דרכי קנייתן לאותו צד דלא קנה, ובע"כ מוכרחים אנו לפרש כן, דלא נוכל לפרש דחד צד דלא קנה היינו אפי' כששניהם שווים א"כ לדעת התרצן ימעט עוד מן הס"ד, דלס"ד הוה הפשוט לן דבמקום ששניהם שוים קנו שניהם בכל הצדדים, ולהתרצן איכא חד צד דלא קנה אפי' בכה"ג ומלשון התרצן דאחד מושך לאפוקי מדר' יהודה משמע דהתרצן אתי לאוסופי על הס"ד ולא לגרוע קנינו אע"כ בבשניהם שווים גם לפי המסקנא פשיטא דהוה קנין בכל הצדדים, ורק דלס"ד הו"א דבאין שניהם שווים ואיכא חד צד דאורחא, אז הך דלאו אורחא לא קנה כלל בשום צד, והתרצן מוסיף שאפי' בכה"ג דוקא בחד צד לא קנה, אבל בחד צד מיהא קנה זהו הנ"ל בפירוש הסוגי וזהו ממש כשיטת הרמב"ם דכששניהם שווים קנו שניהם

בין בגמל בין בחמור, רק היכי שיש צד דאורחא יחד דלא אורחא, אז בחמור קנה אפי' בכה"ג, ובגמל קונה הך דאורחא והיינו משום דפוסק כאיכא דאמרי ולמ"ש מיושבים כל הקושיות שהקשו עליו ואכ"מ יותר ודו"ק:

סעיף ב' **במחבר** בהמת מציאה שקדם אחד ואחז במוסירה לא קנה כו' אבל קנה המוסירה לבדו, וכלשון זה כתב הרמב"ם, ומשמע דקונה כל המוסירה, וקשה דהא ראש השני היה על החמור, ובסמ"ע כתב משום דיכול לנתקו ע"ש, והש"ך והט"ז ושארי מפרשי השו"ע צווחו על זה ככרוכיא שזהו נגד הש"ס המפורש בב"מ ד"ט דר' אבוה דסובר הואיל ויכול לנתקו בדותא הוא ולענ"ד נראה ליישב ומתחילה סבור הייתי לומר דהרמב"ם סובר דסוגיא דב"מ ד"ט דמסיק דר' אבוה בדותא הוא, ומעלת דיכול לנתקו לאו מלתא הוא נדחית מפני הדין דרב חסדא דקאמר בב"מ ד"ז גבי גט דאם הבעל יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת, הרי שמדרב חסדא נשמע כדר' אבוהו דיכול לנתקו מלתא היא, וכן מוכח מן הרמב"ם בפ"ה ממכירה והמחבר לעיל סי' קצ"ה שכ' גבי סודר שלקנין דאם אחז אפי' פחות מג' אצבעות אם יכול לנתק השאר קנה, וע"ש במפרשי הרמב"ם דיליף לה מן דינא דרב חסדא דגבי גט, הרי דלשיטת הרמב"ם אין חלוק בין גם לקנין, וא"כ שפיר נוכל למילף מדרב חסדא כר' אבוה, ולהכי פוסק כיון דיכול לנתק מלתא ולא זכר כלל דר' אבוה בדותא ועמ"ש לעיל בסי' קצ"ה מזה, אכן לאחר העיון קשה לומר דהרמב"ם יפסק כר' אבוה ולא יסבור כלל דר' אבוה בדותא, דהא לפי אוקמתא דר' אבוה הוה הדין דאי שתופס במוסירה קנה כל המוסירה ואפי' מה שבראש החמור נמי וכמ"ש רש"י שם להדיא ואילו ברמב"ם פי"ז מאבידה פסק בזה כרב אשי דהרוכב קנה חמור ובית פגי' ותופס המוסירה קנה רק מה שהתופס והשאר לא קנו שניהם, ואי ס"ל לרמב"ם דיכול לנתק מלתא, א"כ תופס המוסירה ליקני לכולה מוסירה ועו"ק דמה יעשה הרמב"ם עם הסוגיא המפורשת דקאמר דר' אבוה הוה בדותא, ואין להביא ראי' מדרב חסדא, די"ל כמ"ש הנמוק"י והרשב"א דשאני קנין מגט הכא נתינת כלי בעינן וליכא ע"ש, ובשביל שלא יהי' שני הסוגיות כסותרות זא"ז, יהי' להרמב"ם נמי לפרש כן שדוקא גבי גט אמר רב חסדא סברא דיכול לנתקו, ולכן נ"ל שבאמת יסבור הרמב"ם נמי דר' אבוה הוה בדותא, אלא שיש לו פי' אחר בסוגיא הזאת, דהנה הש"ס מוכיח דר' אבוה נוותא דאלת"ה בא אחד והגביה חציו שע"ג קרקע ובא אחד הגביה חציו שע"ג העמוד ה"נ דקמא קני כו' אלא דר' אבוה נדותא, וקשה דלא הי' להש"ס לומר ר"א בא אחד והגביה חציו מעל גב קרקע והניחה שם ה"נ דקנה ואין אחר יכול לזכות בו, ולמה הוצרך להוכיח שגם אחר הגביה לראש השני, צ"ל דבאמת אינו מובן עיקר ההוכחה שהוכיח

ה"נ דקנה ומנ"ל באמת דלא קנה בכה"ג, וצ"ל דהוכחה הוא ממתני' דריש ב"מ, וקיי"ל התם דכששניהם אומרים אני מצאתיה קנו תרווייהו ולא וייקינן בהו האיך מצאוה על עמוד גבוה או בקרקע שוה, וכמ"ש בשמ"ק שם בשם הראב"ד דמכאן יהי' ההוכחה, וכן משמע נמי מלשון רש"י שכתב דלא אשכחן תנא דמפליג, כלומר דתנא דמתני' לא מפליג בזה וכנ"ל, וכיון שכן דעיקר ההוכחה הוא ממתני', וא"כ לא נוכל להוכיח כ"א דומיא דהתם ובמתני' הא מיירי דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, ולכן הוכיח בש"ס נמי כה"ג שהמגביהים היו שנים וא"ש, ומעתה נוכל לומר שבאמת אם המגביה לא היה רק אחד שהגביה מע"ג קרקע אה"נ דקנה, דיכול לנתקו מלתא היא ורק משום דר' אבוה קאמר דינו שאפי' בשנים שהגביהו נמי קנה זה שע"ג קרקע, דהא לפי מה דמוקים אותו לעולם כדקתני זה קנה חמור וזה מוסירה, היינו אפי' מה שעל ראש החמור נמי וכמ"ש רש"י להדיא, ומה שבראש החמור הוה כמי שתופס הרכוב, דכיון שתפוס הוא בבהמה עצמה, ומה שבראשה הרי הוא כבהמה עצמה דבטל לגבי בהמה וכמ"ש רש"י שם בד"ה נקני רכוב דתכשיט החמור כחמור דמי, וא"כ הוי שניהם תפוסים במוסירה הרוכב והתופס ואפ"ה קאמר ר' אבוה דהתופס קונה כולה משים דיכול לנתקו, א"כ מוכח להדיא דר' אבוה אפי' בשניהם תפוסים ס"ל נמי דיכול לנתקו מלתא היא, וע"ז דחה בש"ס דבריו דבדותא היא דבשנים שהגביהו יש לנו הוכחות ממתני' דלאו מלתא היא דהא לא מחלקינן באיזה אופן הגביהו וכמ"ש, אבל באמת כשרק אחד הגביה ודאי דמחלקינן בהכי, ואם מונח חציו ע"ג העמוד קנה זה שהגביה מע"ג קרקע משום דיכול לנתק, ולבד דמן הש"ס מוכח לחלק כן בין אחד שהגביה לשנים שהגביהו, דהא אי לאו ההוכחה ממתניתין הו"א שאפי' בשנים שהגביהו נמי מהני אם יכול לנתקו, אלא דע"ז יש הוכחה ממתני' דבכה"ג לא אמרי' סברא זאת דיכול לנתקו, אבל באחד שהגביה שע"ז אין הוכחה ממתני' שפיר אמרינן דבכה"ג מהני, עוד גם סברא טובה יש לחלק ביניהם דבשלמא כששניהם הגביהו, א"כ זה שהגביה מע"ג העמוד קנה לפחות מה שתפוס בידו, דעל מה שתפוס א"צ הגבהה, וכיון שהשני לא יוכל לזכות בכולה, ממילא לא קנה גם מה שבינו בינו, כיון שהגביה רק ראש אחד וראש השני הו"ל כמונח ע"ג קרקע, אבל כשלא היה כ"א מגביה אחד, וראש השני שע"ג העמוד לא הגביה שום אדם אה"נ דמגביה מע"ג קרקע קונה מטעם דיכול לנתקו כיון שאין מי שיעכב על ידו וכמ"ש כאן הסמ"ע ולפ"ז אין שום סתירה, ושפיר פוסק הרמב"ם גבי קנין דכיון דיכול לנתקו הרי הוא כמו באוחזה בידו ומשום דלא קאמר התם בדותא כ"א על מה שרצה ר' אבוה לומר דגם בשנים שהגביהו יהיה כן, אבל בעיקר הדין יכול לנתקו מלתא היא, ואע"ג דגבי קנין

אוחז נמי המקנה בצד השני ואפ"ה אמרינן דכיון שיכול לנתק מהני, היינו משום דהתם לא ירצה המקנה לעכב צד השני, שזה הצד יהי' שלו, אבל הכא דמגביה השני שע"ג העמוד וגם הוא רוצה לזכות במה כתפוס וכיון שכולו א"א לקנות דזה שע"ג העמוד מעכב בידו להכי לא קנה כלל, וכן נמי גבי גט, רוצה הבעל לתת לה כולה גם המשיחה, וכיון שאין מי שמעכב בידה אמרינן שפיר דע"י סברא דיכול לנתק הוה כמו שכולה בידה אבל בשנים שהגביהו א"א למגביה מן הקרקע לזכות בכילה דהשני מעכב להכי לא קנה כ וז"ב, והנה כאן בשו"ע כתב בסעיף זה שאחד אחוז במסירה קנה מוסירה לבדו ובסעיף ג' כתב הי' אחד רוכב כו' יזה שאוחז המוסירה' קנה מה שבידו כו', וקשה אל הדין שכתב סעיף זה לסעיף דאחריו, דהכא כתב דקנה לכל המוסירה ואח"כ כתב דלא קנה כ"א מה שתפוס וע"ז תי' הסמ"ה דבאמת בדין הראשון קנה כל המוסירה משום שאין מי שיעכב להכי קנה כולה ע"י שיכול לנתקה אבל בדין השני דהרוכב נעי קנה מה שבראש החמור להכי מעכב הוא על האוחז שלא יוכל לקנות, והש"ך השיג שזהו נגד הש"ס דמסקינן דיכול לנתק לאו מלתא הוא, ואמנם למ"ש הרי מן הסוגיא מוכח ממש כהסמ"ע דדוקא בשני מגביהים אמרינן דלאו מלתא הוא, אבל במגביה אחד אה"נ דיכול לנתק מלתא. ולהכי שפיר כתב הרמב"ם במגביה אחד דקנה כולה, וכמו שסובר כן גבי קנין דאמרינן סברא דיכול לנתקו, ובשנים מגביהים שפיר פוסק כרב אשי דזה קנה בית פגיה וזה מה שתפוס והשאר לא קנו שניהם, דהיינו הא דאמרינן בדותא היא לומר גם בזה סברא דיכול לנתק וכנ"ל, דוק בזה ותמצא שכל דברי הרמב"ם מכוונים ממש לחילוק הזה, ומקום הניחו לי בזה להתגדר ולתרץ סוגיות הש"ס נמי כשיטת הרמב"ם.

**ואין** להקשות דהא לפי הלשון דש"ס בא אחד והגביה חציו מע"ג קרקע ובא אחד והגביה מע"ג העמוד משמע דהמגביה מע"ג העמוד בא להגביה אח"כ אחר שהגביה זה מע"ג קרקע, וכן משמע נמי מלשון קמא ובתרא דקאמר בש"ס, שבשעה שהגביה זה מן הקרקע לא הי' עוד מגביה השני, וא"כ כיין שבשעה שהגביה זה לא הי' עמו עוד מגביה שני דליערבי' ומ"ט לא קנה כולה, די"ל בע"כ דלשון קמא ובתרא לאו דוקא הוא ובאמת מיירי שהגביהו שניהם בבת אחת חדא מדלא קאמר ואח"כ בא אחד כו' ועוד כיון דעיקר ההוכחה הוא ממתני' ובמתני' הא מיירי ששניהם הגביהו כאחת, ואי נדרש דבש"ס מיירי שבשעה שהגביה זה מע"ג קרקע לא היה כ"א הוא לחוד א"כ גם ממתני' אין ראיה דשמא משום הכי לא מחלק במתני' משום דמיירי ששניהם הגביהו כאחת, אבל אחר שהגביה אה"נ דקנה אע"כ שגם דעת הש"ס מיירי כן ששניהם הגביהו כאחת ולשון קמא ובתרא היינו כפי ציור הש"ס הוה זה הקמא וזה הבתרא ודו"ק, והיוצא לדינא דאם אחד

היה המגביה מע"ג הקרקע ובצד שע"ג העמוד לא הגביה שום אדם אז מהני לכו"ע וכמו דמוכח מלשון הרמב"ם דקונה כל המוסירה, וכן מרמב"ם דגבי קנין וכפשטות הסוגיא דרב חסדא דיכול לנתק מלתא הוא ובשני מגביהים היינו הא דקאמר הש"ס בדותא ולא מלתא.

סעיף ג' **במחבר** ושאר המוסירה לא קנו שניהם, והא דלא קנה הרוכב כל המוסירה בד' אמות עיין מ"ש בחדושנו לעיל סי' רס"ח הטעם, דמיירי הכא שהבהמה מהלכת ובמהלך לא קנה בד' אמות ע"ש.

## הלכות פריקה וטעינה

### סימן רעב

סעיף א' **במחבר** מי שפגע בחבירו בדרך ובהמתו רובצת תחת משאו כו', המחבר דחק לכתוב ובהמתו דמשמע דחובת פריקה אינו נוהג אלא בבהמה ולא באדם הטעון משא, ויש להביא ראיה לזה דהא במצוות פריקה לא הוזכר בהדיא כ"א חמור, אלא דאפ"ה ילפינן לשארי בהמות נמי מגז"ש דחמור חמור משבת וכמבואר במשנה דב"ק דנ"ה ובשבת גופא ליתנהו לאדם כ"א להנחה וכדקאמר הש"ס התם דכיון דילפינן שור שור משבת דכלאים נוהג בכל בהמה א"כ אדם נמי ומשני להנחה הקשתיו ולא לאדם אחר, והנה בשמ"ק לב"ק שם מצאתי שהקשה דהא מעובדא דר' ישמעאל בר' יוסי דפגע בההוא גברא דדרי פתכא דאופי כו בב"מ ד"ל מוכח דנהגא אפי' באדם ותי' דרק מדרבנן הוא דנהגא אבל מה"ת ודאי לא נהגא כדמוכח מהך דב"ק דלהנחה הקשתיו ולא לדבר אחר ע"ש, ומכאן יש לי לתמוה הרבה על החינוך מצוה תק"מ שכתב להדיא דאפי' באדם הטעון משא עובר בל"ת, הן אמנם דהמגיה הגיה שם על דברי החינוך שלא נמצא כן בשום פוסק זולת ברלב"ג פ' משפטים, והמגיה לא הפאונן כ"א ע"ז שלא מצא סיוע לדבריו בפוסקים, ואנכי אתאונן שמצאתי מוכרח מן הש"ס ומפורש בשמ"ק להיפך מדבריו ובודאי מצוה גדולה ליישב דברי החינוך ואחרי היגיעה מצאתי עצה להעמיד דבריו עפמ"ש בחבורי לב"ק שם ליישב קושיות התוס' דלמה לא ילפינן בנפילת הבור ותשלומי כפל והשבת אבידה שור שור משבת כמו דילפינן לגבי חסימה ופריקה ובשגם שלענין נזקין גופא מצינו גבי שור דנגיחה דילפינן שור שור משבת כמבואר במכילתא וכתבתי דדוקא היכי דלא כתיב כ"א חד פרט או שור או חמור לחוד, כגון גבי שור דעיחה דכתיב כי יגח דכתיב כי יגח שור, וכן גבי חסימה לא תחסום שור, ולגבי פריקה כי תראה חמור בהנהו הוא דילפינן שור או חמור משבת, משא"כ בנפילת הבור דכתיב תרי פרטי ונפל שור או חמור, ולגבי השבת אבידה ותשלומי כפל נמי כתיב שור חמור שה,

בע"כ דגלתה התורה דבהנהו אין למילף גז"ש משבת, דאי משבת למה הוצרכה לכתוב תרי פרטי הא אי לא הוה כתיב כמו כ"א פרט אחד הוה נמי יכולין למילף משבת לכל הבהמות ומדכתבה תרי פרטי בע"כ דכוונת התורה דלא נילף משבת ע"ש, ולפ"ז א"ש דברי החינוך, ומקודם נעיר בזה על דבר פלא, דבפ' משפטים כתיב מ"ע דפריקה כי חמור שונאך רובץ וגו' עזב תעזב, ובס' דברים פכ"ב כתיב לא תראה את חמור אחיך או שורו נופלים וגו' הקם תקום עמו שזהו מצוות טעינה וממקרא זה דלא תראה נלמד ל"ת גם למצוות פריקה כמפורש בספרי שם הכא נאמר לא תראה מלעיל כתיב כי תראה לעבור בעשה ול"ת והכי מפורש ברמב"ם פי"ב מהלכות רוצח ובטור ומחבר כאן ובחנוך, דרק ל"ת הזאת הכתובה בפרשת טעינה קאי גם על פריקה, וזולת זה לא מצינו ל"ת מיוחדה על פריקה, וא"כ שפיר יש לחלק ולומר דמ"ע דפריקה דבה לא כתיב כ"א פרט אחד ודאי דילפינן אותי משבת ועלי' אמרו בב"ק דילפינן משבת, וכיון דמשבת ילפינן אה"נ דאינה נוהגת באדם הטעון משוי, אבל ל"ת דפריקה דהוא מקרא דלא תראה האמור בס' דברים דבאזהרה זו כתיב תרי פרטי חמור ושור דהכי כתיב לא תראה חמור אחיך או שורו נופלים בדרך, בודאי דאזהרה זאת אינה נלמדת משבת ורק מאיזה למוד אחר, ומשו"ה נוהגת גם באדם, ולפ"ז לבד דלא יקשה על החנוך מסוגיא דב"ק אלא אדרבה מהתם יהיה סיוע לדבריו, מדשינתה תורה במצוה הזאת לכתוב העשה במקום אחד והל"ת במקום אחר, וגם בשנוי לשון בעשה לא כתבה כ"א פרט אחד חמור לחוד ובל"ת כתבה שני שני פרטי, בע"כ שבכוונה עשתה להורות דמ"ע ילפינן מגז"ש דשבת, ובל"ת לא ילפינן משבת דממילא ידעינן מזה חלוק הדין דהעשה אינה נוהגת באדם, והל"ת נוהגת גם באדם ולפ"ז מתורץ קושית השמ"ק מהיא עובדא דר' ישמעאל בר' יוסי דפגע בההוא גברא דדרי פתכא דאופי דהא מחויב היה לפרוק מצד הל"ת דנוהגת נמי באדם, דחיוב יש ודאי גם בפריקה דאדם אלא דאם עבר אינו עיבר כ"א בל"ת ולא בלאו ועשה דפריקה דבהמה עובר בל"ת ועשה ובפריקה דאדם אינו עובר כ"א בל"ת, אבל חיוב דל"ת ודאי איכא, ולכן מחויב היה לפרוק, ודלא כהשמ"ק שכתבה דמדרבנן מיהא נהגא אלא ודאי חיוב ל"ת מה"ת יש גם בפריקת אדם וכהחינוך, ויותר נראה לדחות דברי השמ"ק דלמה שכתבנו הרי יצא לנו חלוק חדש לחלק בין מצוות פריקה לטעינה, דבמ"ע דפריקה דגבה לא כתיב כ"א פרט אחד לחוד, וילפינן זה מגז"ש דשבת ממילא המ"ע הזאת אינה נוהגת באדם, משא"כ מצוות טעינה דגבה כתיב גם בעשה דידה תרי פרטי ונמצא שגה עשה דידה לא ילפינן משבת וממילא שגם העשה נוהגת נמי באדם, ומעתה לא קשה מההוא דדרי פתכא דאופי דהא התם לאו בפר"ק מיירי אלא בטעינה כמ"ש להדיא שם אותבינהו

וקא מחפת א"ל דלי לי ופרש"י הטעינני הרי שביקש אותו לטעון ובטעינה ודאי שגם מ"ע יש אפי' באדם נמי, וממילא נדחה נמי מה שהוכיח השמ"ק מעובדא זאת דמדרבנן נוהגת, דזה אינו דבטעינה יש מצוה מה"ת ובפריקה ליכא מ"ע כלל באדם, ובלא"ה לא קשה נמי מההוא עובדא דהא קאמר התם דבאמת לא היה מחויב מצד הדין דהא זקן ואינו לפי כבודו הוה ורק לפנים משורת הדין הוא דעבד וא"כ מה שייך תיובתא מהתם אחרי שבאמת לאו מצד חיוב הדין עשה כן ודו"ק היטב.

**ועוד** נ"ל לומר שגם בפריקה נמי עובר גם בעשה אפי' באדם, ולא מצד עצמה ידעינן זה, דזה ודאי דעשה דכתיב בדידה גופא דלא ילפינן זה כ"א משבת, ממילא דלא ידעינן באדם, אלא דכיון דמ"ע דטעינה ודאי דנוהגת נמי באדם וכדכתיבנא ילפינן שוב לפריקה מק"ו דטעינה דהשתא טעינה דלית בה צב"ח עובר בזה בעשה ול"ת כ"ש פריחה דחמירא ואית בה צעב"ח, ולא שייך בזה אין עונשין מן הדין כיון דבלא"ה אין עונשין מלקות בלאוין הללו ולענין חומר האיסור שפיר ילפינן גם מק"ו, עכ"פ איך שהוא הצדקנו דברי החינוך, ונהפוך הוא כי יש להתפלא על הפוסקים שלא זכרו לגמרי דין פריקה באדם הטעון משא, והא למ"ש לחנוך הוה דאורייתא ולשמ"ק עכ"פ מדרבנן ודו"ק בזה.

סעיף ו **במחבר** מצוה מן התורה לפרוק חנם כו', בכדי לבאר כל שיטות הראשונים שבדין זה מוכרח אנכי להאריך קצת, כי לענ"ד מחלוקת עצומה בזה, הן הרא"ש בב"מ דל"ב סובר דהא דפריקה בחנם, היינו רק כשהוא בטל ממלאכתו ואין לו הפסד מזה שיתעסק לפרוק אבל אם הוא פועל שצריך לבטל ממלאכתו נוטל שכר כפועל בטל, וכמו באבידה דהוה הדין כן והיינו שהגיה הרמ"א כאן להוסיף על דברי המחבר כמו באבידה להורות דכמו באבידה אם הוא פועל נוטל שכר ה"נ בפריקה, וכיון דגם פריקה אינו בחנם כ"א כשהוא בטל ומונה דהא דטעינה בשכר, היינו שכר משלם ואפי' בטל ממלאכתו נמי נוטל שכר, ודעת הר"ן הוא דהא דפריקה בחנם היינו לגמרי בחנם, ואפי' כפועל בטל אין נוטל, ומונה דטעינה בשכר היינו רק כפועל בטל, אבל אם בטל ממלאכתו אין לו לטול שכר אפי' בטעינה זהו המתבאר מתוך דבריהם ע"ש, ולענ"ד נראה שגם רש"י ותוס' בכולה סוגיא דפריקה נחלקו במחלוקת הרא"ש והר"ן דז"ל רש"י שם בד"ה לומר לך פריקה בחנם הלכך אי לא כתב פריקה ואתיא מק"ו מטעינה הי"א דיו לבא מן הדין כו' מה טעינה בשכר אף פריקה בשכר עכ"ל, משמע להדיא מדבריו דיתורא דפריקה לגופא אתא להורות על פריקה בחנם וטעינה דבשכר ידעינן מסברא, ואכן מתוס' שם דל"א בד"ה למה לי משמע להיפך, דהקשו שם דהיכי אמר דאי אשמעינן טעינה דבשכר הא לא ידעינן דבשכר כ"א משום דנכתב פריקה ע"ש, הרי משמע דיתורא דפריקה להורות

על טעינה דבשכר אתא, דאי כרש"י דטעינה בשכר ידעינן מסברא אין מקום לקושיתם ועיין במהרש"א שדחק להבין יסוד טעם פלוגתתם בזה ולי נראה דטעם פלוגתתם כן דהנה באמת כל מצוה שבתורה מחויב האדם לעשות בחנם ורק במצות השבת אבידה גילתה התורה דין חדש דאם הוא פועל וצריך לבטל ממלאכתו רשאי לטול שכר כפועל בטל, ודין זה נאות בטעמו ג"כ דכיון שעיקר המצוה הוא להציל לחבירו מן ההפסד א"כ במקום שיגיע הפסד להמציל פשיטא דיטלו קודם וחיוב המצוה הוא דוקא כשהוא בטל ממלאכה ולפ"ז גם במצות פריקה. וטעינה שעיקר המצות הללו לא באו כ"א להציל מן ההפסד כמו שנבאר להלן דע"י שהבהמה מצטערת אית בה חסרון כיס שהבהמה נשברת תחת משאה וכמ"ש רש"י, וגם בטעינה אית בה צער קצת כמ"ש הראשונים, וכ"ש היכי דבטיל נמי משוקא דאית בה חסרון כיס וכמ"ש לקמן, להכי אם לא הי' יתורא בקרא אז הי' הדין בשניהם כן דבמקום שאין מתבטל ממלאכתו, הי' צריך לטעון ולפרוק בחנה, ובמקום שמתבטל ממלאכתו, צריך לטול כפועל בטל, ורק הכא כיון דאיכא יתורא בקרא, לזה נוכל להרויח ע"י היאור אחת משתי אלה, או שנימא דהיתור בא להורות על פריקה דבחנם לגמרי, ולא דמי לאבידה, ואז יהי' בטעינה בשכר, היינו רק כפועל בטל, אבל לא שכרו משלם, דכיון דמ"ע הוא מחויב הוא לעשותה כל זמן שאין לו הפסד, או שנימא דהיתור בא על טעינה דיהא רשאי ליקח שכרו משלם, ואז בע"כ בפריקה נוטל כפועל בטל, דכיון דליכא יתור הרי דומה לאבידה ולפ"ז נוכל לעמוד על יסוד הפלוגתא דרש"י ותוס' דרש"י ס"ל דיתורא דפריקה בא להורות על פריקה דבחנם, בע"כ שסובר כהר"ן דהא דבחנם היינו לגמרי בחיה, ושפיר הוצרך קרא לזה, והתוס' דסברי זיתורא בה על טעינה דבשכר, ובע"כ דמפרשו דהיינו כל שכרו, דאי רק כפועל בטל לא צריכא קרא לזה דמ"ש מאבידה, וא"כ ע"כ מהרא"ש ס"ל דפריקה בחנם היינו רק כפועל בטל, דכיון דע"ז ליתא יתורא הרי דומה לאבידה, שבמקום הפסד אין מחויב דשלו קודם.

**אלא** דאכתי יש להבין טעם התורה גופא בזה ובשלמא לשיטת התוס' והרא"ש דיתורא בא להורות דבטעינה נוטל כל שכרו ואפי' במקום שאין לו הפסד אע"ג דבאבידה כה"ג היה מחויב בחנם היינו משום דבאבידה יש חסרון כיס גמור שהאבידה נפסדת מבעליה לגמרי, אבל בטעינה שאין ההפסד גדול, ואפי' כשבטיל משוקא אין זה נמי כ"א מניעת הריוח ולא חסרון ממש, להכי נהי דמחויב לעשות אבל שרי לטול שכר ע"ז, אבל לשיטת רש"י והר"ן דהיתונ' בא על הפריקה דבחנם לגמרי אפי' במקום הפסד וא"כ יש להבין מה ראתה התורה לשנות דינו מאבידה דאמרינן בה דשלו קודם, ולהכי נראה בטעם הדבר שיסוד פלוגתתם, יש פלוגתא בש"ס גופא, דלרבא דסובר צער בעלי חיים דאורייתא

והק", מטעינה לפריקה הוא משום צב"ח שפיר י"ל כשיטת רש"י ור"ן דהוו בחנם לגמרי, ואע"ג דבאבידה אמרינן דשלו קידם, היינו משום דעיקרו לא בא אלא להצלת ממון, להכי אין לו להציל של חבירו ולהפסיד את שלו, אבל בפריקה דעיקרו משום צער ההבהמה מחויב בחנם, והיינו שגלתה התורה ע"י יתורא דמדיקה אבל לר' יוסי הגלילי דס"ל דב"ח לאו דאורייתא ואפ"ה מ"ל דטעינה בשכר ולדידי' הוה הק"ו משום חסרון כיש וכמ"ש בתוד"ה מכלל וא"כ פריקה לא עדיף מאבידה דבאבידה ודאי הוה חסרון כיס גדול, ולא נוכל לומר דהיתור בא לפריקה דהוה בחנם לגמרי דמ"ש מאבידה אלא ודאי שהיתר בא על טעונה דהוה בשכר, היינו שמותר לטול שכר אפי' שלא במקום הפם דכיון שאין החסרון כיס גדול מזה לא דמי לאבידה ומותר לטול שכר.

**ועפ"י** הדברים שכתבנו נוכל להבין דעת הרמב"ם בפי"ג מהל' רוצח והמחבר כיון שכתבו בהמת עכו"ם ומשא ישראל וכו' אין זקוק ותמה הכ"מ דעכ"פ יהא חייב משום צב"ח ואין לומר דס"ל כזייוה"ג דיחידאה הוא, ולזה הוכיח דס"ל לרמב"ם צב"ח דאורייתא והכא מיירי בטעינה וכ"כ הסמ"ע כאן, ולבד הדוחק שבתירוץ הזה עוד מה יענה למ"ש הרמב"ם והמחבר דאם הבעלים אומרים עליך מצוה פרוק אין זקוק לה לחייב משום צב"ח ומשני דפטור בחנם וחייב בשכר, וא"כ הרמב"ם והמחבר שסתמו וכתבו דפטור ולא כתבו דבשכר מיהא מחייב, נראה להדיא דסברי דצב"ח לאו דאורייתא, ונ"ל שבאמת ס"ל לרמב"ם הכי דצב"ח לאו דאורייתא וכמו שהוכחתי ובכל זה לא קשה קושית הכ"מ מה ראה לפסוק כריוה"ג דיחידאה הוא, דהיינו משום דיש לו הכרח מן הסוגיא דלמסקנא כו"ע ס"ל כריוה"ג דהנה בסוגיא התם מוקי ברייתא דרובן ולא רבצן כריוה"ג ופריך מסיפא ומשני לעולם ריוה"ג ובטעינה סבר כרבנן, וניחזי אנן דלריוה"ג דסובר צב"וז לאו דאורייתא הוה הק"ו מחסרון כיס וא"כ בע"כ שלא נוכל לומר דהיתו בא להורות על פריקה דבחנם לגמרי דמה ראתה תורה לשנות דינו מאבידה אלא היתור בא טל טעונה דבשכר היינו שנוטל כל שכרו ואפי' במקום שאין לו הפסד ומדקאמר דריוה"ג ס"ל בטעונה כרבנן מכלל שגם רבנן נמי ס"ל הכי דטעונה בשכר היינו כל שכרו דאי לרבנן יהיה הכוונה טעונה בשכר דהיינו כפועל בטל לא הושוו להדדי ומדהשווה אותם בע"כ שגם רבנן הכי סבירא להו, וא"כ מוכח שגם רבנן ס"ל דצב"ח לאו דאורייתא דאי כרבא ס"ל דצב"ח דאורייתא נהיה מוכרחים לומר דיתורא דפריקה על פריקא אתא דבחנם לגמרי משום צב"ח ועל טעונה דליכא יתורא ודאי דנוטל כפועל בטל ואין זה כטעונה דריוה"ג אלא ודאי שלמסקנא כו"ע לית להו דרבא וס"ל כריוה"ג דצב"ח לאו דאורייתא

הרי מצינן מן הש"ס מקור לרמב"ם ועיין במנ"ח מצוה פ' שכתב נמי בדעת הרמב"ם דס"ל צב"ח לאו דאורייתא וכ"כ נמי הפנ"י ודו"ק היטב:

**אלא** דלפי"ז יש להבין סברת הרא"ש בב"מ שם שפוסק להדיא דצב"א דאורייתא ואפ"ה פוסק דהא דפריקה בחנם היינו כפועל בטל, וי"ל דהרא"ש סובר דאע"ג דהק"ו הוא משום צב"ח מ"מ כוונת התורה במצות פריקה אינה משום צב"ח, אלא דהאזהרה והמצוה אינה כ"א מחמת חסרון כים, ולב"ח הוא מהלכה למשה מסיני וכדמשמע מלשון רש"י שם בד"ה זקוק שצב"ח ופריקה שני ענינים הם מצות פריקה מקרא דעזב תעזוב וצב"ח מהלכה למ"מ ולפעמים שפטור מצד מצות פריקה וחייב משום צב"ח ואפ"ה יכול למילף ק"ו כיון דס"ס יש בפריקה צב"ח שהיא נמי מה"ת וכיון דמצות פריקה אינה כ"א מחמת חסרון כיס הרי הוא דומה לאבידה ושרי לטול כפועל בטל במקום הפסד, ואי"ל דנהי דמצד מצות פריקה שאינה כ"א אזהרת ממון להציל מן ההפסד שרי לטול שכר מ"מ מחויב לעשותה בחנם משום צב"ח, ומ"ש מצוה דצב"ח מכל המצות בתורה שהם חובת הגוף דמחויב לעשותה בחנם די"ל כיון דצב"ח לא בא במ"ע מפורש ורק ידעינן זה מהלמ"מ לא דמי לשארי מ"ע המפורשות ושרי לטול שכר ע"ז, או די"ל והוא העיקר, דהרא"ש סובר כשיטת הנמוק"י דס"ל שמותר לטול שכר בעד צב"ח דאיסור דצב"ח היינו רק במקום שמצערה שלא לצורך אדם, אבל לצורך אדם הותרה צב"ח וכמ"ש בפסקי תוספות בע"ז די"א ואפי' שכרו משלם יכול לטול במקום צב"ח, וכמו שנוכיח בסמוך שגם דעת התוס' כן הוא, והכי מבואר להדיא ברא"ש שזהו הנ"מ בין פריקה לצב"ח, דבצב"ח שרי לטול שכר וכ"כ הרמ"א בסמוך סעיף ט' בשם הטור והר"ן ס"ל להדיא דאסור לטול שכר בצב"ח וכמ"ש הנמוק"י שם ע"ש אר"ן, וגם הרמב"ם סובר בזה כהר" דאסור לטול שכר, ולהכי הוכיח שפיר דלמסקנא לא סבירא לה לרבנן צב"ח דאי משום צב"ח היה צריך להיות פריקה בחנם לגמרי וטעינה כפועל בטל, ואין זה כר' יוה"ג:

**והנה** ברש"י שם בד"ה זקוק כתב וז"ל אי משום מצוה עזב תעזוב הא בעינן משאו הראוי לו אלא משום צב"ח עכ"ל ובתוס' ד"ה מכלל וז"ל המקשה סבור דת"ק נמי ידרוש משאי הראוי ושאינו ראוי נהי דאין מחויב בחנם משום דלית בו מצות פריקה מ"מ בשכר חייב לסייע משום צב"ח ע"כ הנה ודאי שגם לרש"י סובר המקשה דת"ק נמי ידרוש משאו הראוי ואין לחייבו משום מצות פריקה וכמ"ש רש"י להדיא דאי משום עזב תעזוב הא בעינן משאו הראוי, וגם מוכרח לפרש כן, דאין לומר שלדעת המקשה יסבור ת"ק דלא בעינן משאו הראוי ומשום מצוות פריקה אתה יכול לחייבו, א"כ מאי ראיה מייתי מינה לצב"ח, ועוד שאח"כ הוא דדחי וקאמר דלמא בתחת משאו פליגי דאלמא מעיקרא ס"ל

דלא פליגי כלל בדרשה וכו"ע דרשי משאו הראוי, אלא דזהו דאיכא בין רש"י לתוס' דרש"י ס"ל דקושית הש"ס הוה כפשוטו דאי צב"ח דאורייתא אמאי אין זקוק דודאי מחויב להזדקק בחנם וכ"ש מפריקה, דאי משום מצות פריקה לחוד היה נוטל שכר כפועל בטל, ואי משום צב"ח מחויב בחנם לגמרי, דרש"י ס"ל כשיטת הר"ן דצב"ח מחויב בחנם ואע"ג דצב"ח הותרה לצורך הנאת האדם, יש לומר דהיינו דוקא כשיש לו צורך בעצם הדבר שמצערה, אבל אם בעצם הדבר אין לו צורך אסור להניחה בצער ואפי' במקום הפסד, כ"ש דאסור לטול שכר בעד זה ותוס' ס"ל להיפוך דאי משום פריקה עכ"פ בחנם כפועל בטל ואילו משום צב"ח שרי בשכר ואפי' שלא במקום הפסד וסברתם בזה, דכיון דלצורך אדם הותרה צב"ח, ואם רשאי לצערה בידים במקום צורך, כ"ש הכא דהוה בשב ואל תעשה דשרי ויסוד פלוגתתם הוא מן הסוגיא דהתם דקאמר התם מי סברת פטור לגמרי דלמא פטור בחנם וחייב בשכר משום צב"ח, הרי מפורש דבעד צב"ח מותר לטול שכר וכשיטת התוס', ומוכרח נמי דבשכר דקאמר היינו כל שכרו אפי' שלא במקום הפסד דלדעת התוס' והרא"ש שהבאתי לעיל דפריקה בחנם היינו אם הוא אדם בטל אבל אם הוא פועל נוטל כפועל בטל, א"כ כשאמר דעל צב"ח נוטל שכר היינו אפי' אם הוא אדם בטל נמי והר"ן יפרש דדוקא הכא כיון שהבעלים כאן ואינם רוצים לפרוק ואומרים עליך המצוה, בזה קנסוהו ליתן שכר ומשום קנס, הא בכל מקום צב"ח הוא בחנם:

**ונראה** דרש"י ותוס' לשיטתייהו אזלי בכל הסוגיא דלמ"ש לעיל דרש"י ס"ל דיתורא דפריקה לגופא אתא דפריקה הוה בחנם, ותוס' סברי דיתורא אתא לטעינה דהוה בשכר וכתבתי דמזה מוכח דרש"י סובר בע"כ כשיטת הר"ן דהא דפריקה בחנם היינו לגמרי בחנם, וטעינה בשכר היינו כפועל בטל, ולזה הוכרח לפרש דהיתור לפריקה אתא דבלא קרא הו"א שדומה לאבידה ונוטל כפועל בטל, ועל טעינה לא הוצרך ליתור דידעינן זה מסברא דמ"ש מאבידה ואכן התוס' סברי כהרא"ש דפריקה בחנם היינו כפועל בטל וטעינה בשכר היינו במקום הפסד ולהכי הוכרחו לפרש דיתורא אתא לטעינה להורות דלא דמי לאבידה ושרי לטול שכר משלם אבל על פריקה לא צריך לקרא דלדידהו הוה דינו כאבידה ממש, וגם זה הוכחתי דיסוד מחלוקת דהרא"ש והר"ן הוא לשיטתם אי שרי למשקל שכר בעד צב"ח, והר"ן דסובר כאסור לטול שכר בעד צב"ח ודאי דפריקה הוה בחנם לגמרי כיון דאיכא בהדה צב"ח והרא"ש לשיטתו דס"ל דעל צ"ב שרי לטול שכר משו"ה ס"ל דבפריקה נמי נוטל כפועל בטל דמשום מה יהיה אסור אי משום צב"ח הרי שרי לטול שכר אפי' משלם ואי משום פריקה לחוד הרי דמיא אל אבידה ומותר

לטול כפעל בטל, ומעתה נראה שגם רש"י ותוס' אולי לשיטתייהו, דלמ"ש דרש"י סובר דצב"ח הוה בחנם ומינה שבע"כ דס"ל דפריקה הוה בחנם לגמרי, וממילא מוכרח היה לפרש דיתורא דפריקה אתא להורות דמשום צב"ח דאית בו ישתנה דינו מאבידה ומחויב בחנם לגמרי אפי' במקום הפסד, ואנן לשיטת התוס' דשרי לטול שכר בצב"ח, בע"כ שגם בפריקה נוטל כפועל בטל כיון דמעלת צב"ח לא תוכל לחייבו, ופריקה לחוד הוה דמיא לאבידה, ומינה דטעינה דבשכר היינו כל שכרו להכי הוכחתי דהיתור לטעינה אתא דעל פריקה לא יוצרך דדמיא לאבידה וכ"ז ברור בעזהשי"ת:

**וארווחנא** ליישב קושיא מהר"ם שי"ף דלרש"י דס"ל דטעינה בשכר ידעינן מסברא, א"כ לר"ש דלא מסיימי קראו הנה צ"ל דשניהם בשכר ע"ש ולמ"ש לא קרב זה אל זה, דהנה לר"ש דלא מסיימי קראי וליכא שום יתור ודאי דעלינו להשוות דין דפריקה לאבידה דשלא במקום הפסד מחויב בחנם, ובמקום הפסד נוטל שכר דשלו קודם, וא"כ האי בחנם דר"ש דפריקה היינו רק כפועל בטל, ולזה אי אמרת טעינה בשכר, היינו שכרו משלם וזה א"א בלא יתור, והא דס"ל לרש"י דטעינה ידעינן מסברא היינו במקום הפסד ומשום דדמיא לאבידה, אבל לומר שיטול כל שכרו זה א"א מסברא, ושפיר לר"ש דליכא שום יתור שניתם בחנם דדמיא לאבידה ודו"ק כי כ"ז ברור:

סעיף ט' **בהגה"ה**, וכן בכ"מ דפטור לפרוק מ"מ משום צער בעלי חיים כו' עיין מ"ש בדיבור דלעיל:

## הלכות הפקר ונכסי הגר

### סימן רעג

סעיף ב' **במחבר** ההפקר אע"פ שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור, פי' כיון דהפקיר גם לעניים א"כ לא גרע מהבוויח מתנה לעניים דאסור לחזור, וה"נ כיון שגם עניים רשאים לזכות אינו רשאי תו לחזור דלא גרע ממתנה לעניים כן נ"ל ועיין בקצוה"ח שטרח למצוא מקור לדברי הרמב"ם שהפקר הוא מטעם נדר ועמ"ש לקמן סי' ת"ו מקור לזה.

סעיף ד' **במחבר** המפקיר לעניים ולא לעשירים אינו הפקר עד שיפקיר לכל כו', הנו"ב מהדו"ת חיו"ד סי' קנ"ד והשער המשפט לעיל סי' כ' חדשו דהא דסובר בית הלל דהפקר לא היה עד שיפקיר לכל ואם הפקיר לעניים לחוד לא הוה הפקר, היינו דוקא כשהפקירו לכל העניים ולא לעשירים שאז שום עני לא יוכל לזכות בה אבל במפקיר זכות נגד אחד או שנים לנוכח והפקיר בפני אותן שמפקיר להם מהני שיכולים לזכות בה ע"ש שהביאו חבולות ראיות זה, ולי נראה להביא ראיה לדבריהם מדברי התוס' קדושין דט"ז בד"ה

לימא לי' באפי תרי זול הקשו אמאי לא פריך בש"ס ויפקירנו לעבד, והנה הפנ"י הרבה לתמה על תמיהת התוס' דמאי הקשו ויפקירנו הא בהפקר גופא קיי"ל שאינו הפקר עד שיפקירנו לעניים ועשירים וא"כ מה התקני שייך בעבד עברי שאין שום אדם יכול לזכות בו ואף למוכרו אינו רשאי אף שגופו קנוי דאילו בעבד כנעני דאיתקש לשדה אחוזה ויש לו בו קנין גמור למוכרו וליתן במתנה משו"ה שייך בו נמי הפקר שהרי כל אדם יכול לזכות בו, אבל בעבד עברי לא שייך זה שאף אם לא יזכה העבד בעצמו אין שום אדם יכול לזכות בו וא"כ אין זה הפקר ע"ש שנשאר בתימה, ואכן אי נימא כהנו"ב א"ש דהתם כיין שמפקיר בפני העבד גופא מהני שיכול לזכות בו, ושוב ראיתי שיש לדחות ראיה זאת דבלא"ה לק"מ קושית הפנ"י, דהא דסברי בית הלל דאינו הפקר עד שיפקיר לכל היינו שמצד המפקיר לא יהיה שיור שהוא מצדו צריך להפקיר לכל היכול לזכות, משא"כ אם לא הפקיר לעשירים הרי יש שיור בהפקר אבל בנידון דהתם שבהפקר גופא אין שיור, דהמפקיר מצדו הפקיר לכל, והסבה הוא רק מצד הזוכים שאינם יכולים לזכות בו בכה"ג הוה הפקר מעליא ודו"ק.

סעיף ו' **במחבר** המפקיר עבדיו הגדולים זכו בעצמם והקטנים כל הקודם והחזיק בהם זכה, עיין בנתיבות שהקשה דלשיטת רש"י בב"מ די"ב דהפקר הה כדעת אחרת ובדעת אחרת מקנה הא יש יד לקטן לזכות א"כ מה"ת לא יהיה הקטן יכול לזכות נפשי' מהפקר ע"ש ונראה דהנה רש"י שם בב"מ כתב וז"ל זרק ארנקי והפקירו לכל הקודם, וכתבתי שם דבמחזק לשונו נתכוון להסיר קושית התוס' שם בד"ה ואפקרי' דלא גרסינן ואפקרי' דא"כ לא הוה דעת אחרת מקנה, ואכן רש"י היה לו הכרח מן הסוגיא דב"מ דק"ב דמיירי בהפקר וכמ"ש הרמב"ן וקושית התוס' יתרץ זה בדקדוקו לחלק בין הפקר דעלמא דמיירי שהבעה"ב רק מסלק עצמו בלבד מן החפץ ואין כוונתו להקנות לאחר, זה ההפקר לא מקרי דעת אחרת אכן הכא מיירי שנתכוון להקנותו לכל הקודם ולהכי הוי שפיר דעת אחרת, ולפ"ז בהפקר דעלמא אה"נ דלא חשוב דעת אחרת אפי' לדעת רש"י, וא"ש מה שהקטנים לא מצו לזכות כיון דהכא מיירי בהפקר סתמא שבעה"ב מסלק עצמו מן העבד אבל אין מכוון להקנותו, אלא דאכתי למה לא הזכירו הפוסקים לחלק דכשבא להקנות לכל הקודם דגם הקטן רשאי לזכות, ולכן יותר נראה כמו שהעליתי בחדושי לעיל בסי' רמ"ג דהא דקטן מצי לזכות כשיש דעת אחרת מקנה זה אינו כ"א במסירה או במתנה, דהקנין לא נצרך התם לזה שאחרים לא יהיו רשאים לזכות דגם בלא"ה כיון דהחפץ יש לו בעלים לא מצו שום אדם לזכות בו בלי רשות בעלים, ורק לזה שהבעלים רוצים להקנותו הוא רשאי לזכות, ולא נצרך הקנין בזה כ"א ליחד החפץ אליו, ובזה גם הקטן

רשאי לזכות, אבל בהפקר דכו"ע רשאי לזכות, וא"כ פעולת הקנין בכה"ג בא לשלול זכות הקנין מאחרים וזה אין בכח הקטן לעשות ע"י קנינו, ולכן בהפקר לא מצי לזכות אפי' אי נימא דחשיב דעת אחרת ע"ש היטב, ולפ"ז לק"מ קושית הנתיבות וק"ל:

סעיף ז' **במחבר** דין תורה אפי' הפקיר בפני אחד כו' וכתב הסמ"ע דאחד מיהא בעי דאותו האחד ישמע שהפקירו בעליו כו', ולפ"ז משמע להדיא דהמפקיר צריך שיאמר בפיו שהוא מפקיר זה אבל אם לא אמר כלום לא הוה הפקר, דאי גם לא אמר הוה הפקר מה יכול לשמוע גם אם יהי' שם, הן אמת דמעצם הדין דבעי אחד לא מוכח זה, דאפי' אם לא בעינן אמר אכתי מיהא בעי דאותו האחד יראה בהפקירו איך שהשליך כיסו לרה"ר אכן מלשון הסמ"ע דאותו האחד ישמע ודאי מוכח דבעי' אמירה דאל"ה מה שמיעה שייך בזה ועיין בקצוה"ח שנסתפק בזה ולמה לא הביא לדייק מלשון הסמ"ע:

סעיף י"ג **במחבר** הלוקח דגים מתוך מצידתו של חבירו כו' ה"ז אסור מדברי סופרים ועיין בקצוה"ח שכתב דהוה גזל גמור כיון שהדגים מגביהין עצמן לוקח הדג מת המונח במצודה הוה בזה קנין גמור דהגבהה מכחו הוה קנין גמור וכמו גבי פיל ע"ש, ושמא מתוך שחסר בזה הגבהת ג"ט הגבהה אמנם יש בזה, אבל לא הגבהת ג"ט, ובפיל מיירי שהגביה עצמו על חבילי זמורות הגבוהין ג' טפחים, ועיין עוד מ"ש בחדושנו לעיל סי' קצ"ח דאפי' בדבר המונח באויר דיצא מתורת לבוד אפ"ה בעינן הגבהה ג"ט לשיטת התוס' ע"ש היטב ותלמוד לכוון:

סעיף ט"ו **במחבר** דגים שקפצו לתוך הספינה כו' ואינה חצר המהלכת שהמים הם שמוליכים אותה ואינה הולכת מחמת עצמה, ובתוס' ב"מ ד"ט הקשו דהא רכוב כמהלך ותי' דחצר משום יד אתרבאי והוה שפיר דומיא דיד דמינח נייח וממטי לה עם גופו, ובחדושי רעק"א הקשה דלהבנת התוס' דהחסרון דמהלך הוא מחמת שהחצר צייד ולכן כשמהלך ע"י דבר אחר אין זה חסרון ולא מיקרי חצר מהלך א"כ בנותן גט ביד עבדה אמאי מקרי חצר מהלך הא היד מונח אע"כ דהיד והגוף חד הוא אלא דמה דאמרי' מה ידה שאין מהלך היינו דאין מהלך מהקונה דבכ"מ שהוא מהלך שם הקונה משא"כ חצר מהלכת דמהלך גם מהקונה ע"ש, והנראה מדבריו שהבין דחסרון דמהלך אינו משום דהחצר נייד אלא מה שהוא מהלך מהקונה, ולעיל בחדושנו לסי' ר"ב דחיתי זה ע"ש:

**סימן רעה**

סעיף י"א **במחבר** המחזיק בשטר בנכסי הגר כדי לקנות הקרקע כו' לא קנה אלא השטר בלבד לצור עפ"י צלוחתו, ומפרשי הרמב"ם תמהו על פסק דהא בש"ס דב"ק דמ"ט הוא בעי דלא איפשטא אי קנה השטר כיון שלא נתכוון לקנותו, ועיין בש"ך שתירץ דהכי הוא

סברת הרמב"ם דאף אי לא הוה דעתו אשטרא קנה מדין חצירו דקנה נמי שלא מדעתו ורב אבא ורב נחמן דמיבעי להו היינו משום דלא ס"ל כר' יוסי בר' חנינא בחצירו קונה שלא מדעתו אבל לדידן דקיי"ל כר' יוסי בר' חנינא שפיר קנה הנייר מדין חצר אפי' כי לא מכוון לקנות ע"ש, ודברי הש"ך כמו שהם ל"ק גדול לומר דרב נחמן דדיינא הוא והלכתא כוותי' בדינא לא יסבור להא דר' יוסי בר חנינא דהלכה רווחת היא, ונ"ל ליישב דהנה בתוס' דב"ב דנ"ד הקשו דאפי' כי לא היה דעתו אשטרא אכתי ליקני ליה ידו גם שלא מדעתו דהא ידו לא גרע מחצירו וכמו חצירו קונה שלא מדעתו ה"נ ידו, ומתוך קושיא הוכיחו דהא דחצירו קונה שלא מדעתו היינו שאינו יודע שהדבר בחצירו, אבל אם היה יודע היה מכוון לקנות אבל אם יודע שהוא בחצירו ולא מכוון גם חצירו לא קנה, וזהו דלא כמו שהבין הרמ"א לעיל בסי' רס"ח דהפירוש דשלא מדעתו היינו שלא בכוונתו אבל יודע הוא מהמציאה אלא שלא נתכוון לקנות ע"ש, והנה הוכחת התוס' אמנם יש לדחות עפ"י מה שכתב המח"א הלכות משיכה סי' ה' וכן כתבו נמי כמה מן האחרונים דהא בחצירו קונה שלא מדעתו היינו דוקא בחצר כזה דאיתרבאי מתורת שליחות ולכן דייניגן בו כדין שליח גמור שיזכה בלא כוונת הבעלים דזכין לאדם שלא בפניו אבל בחצר שהוא מתורת יד דייניגן בו כשאר קניני דיד משיכה והגבהה דבעינן דוקא כוונה, ולפ"ז כ"ש ביד גופא דבעינן כוונה וממילא אין מקום לקושית התוס' דבאמת חצר דעלמא נמי קונה שלא בכוונה, ובהך דסוגיא דב"ק דהוה קנין יד משו"ה איני קונה עד שיכוון וכיון שכן אין ראי' מעתה להוכחת התוס' דבידע ולא מכוון לא קנה ושפיר נוכל לומר דגם בכה"ג קנה והן אמנם דהתוס' לשיטתייהו שפיר מקשו, דבב"מ די"א הוכיחו התם בראה צבי רץ דרך שדהו דלא בעינן שיאמר זכתה לי שדי ודנקיט התם במשנה ואמר זכתה לי שדי לאו דוקא הוא ע"ש והא התם במשנה דהחצר הוא משום יד דהא שמואל מוקי התם למתני' דמיירי בעומד בצד שדהו ובכה"ג הוה החצר משום יד דומיא דיד דסמוכה לו ואי אמרת דכל היכא דהחצר הוה משום יד בעינן כוונה א"כ אמאי לא בעינן אמירה ובלא אמירה מנא לן דמכוון לזכות דהא זהו עיקר הטעם דבעינן שיאמר, בכדי לגלות דעתו שמכוון לקנין וכמ"ש בשמ"ק ומדכתבו התוס' דגם בזה לא בעינן אמירה מכלל דסבירא להו שגם בחצר שהוא משום יד לא בעינן כוונה, ומה שהביאו משאר קניני דיד יש לומר דגם בזה התוס' לשיטתייהו בכתובות דל"א דקנין דיד גופא הוה נמי מטעם רשות וא"כ לא דמי למשיכה והגבהה דנוכל לומר שבקנין רשות לא בעי כוונה ודוקא בקניני דיד הבאים מטעם הגבהה או משיכה בעינן כוונה, אבל בקנין דיד שהוא מטעם רשות לא בעינן כוונה כמו חצירו דקונה שלא מדעתו ועיין מ"ש בקצוה"ח סי' רס"ח

וכיון שהוכחנו דהתוס' סברי שגם ביד גופא לא בעינן כוונה, להכי לשיטתייהו שפיר הקשו בב"ב על הך סוגיא דב"ק דאמאי לא קנה התם השטר גם בלא כוונה, וממילא יצא להם הדין דבידע ולא קא מכוון גרע טפי, אכן כ"ז הוא לשיטת התוס', אבל לשיטת הרמב"ם דסובר באמת דבעומד בצד שדהו בעינן נמי שיאמר זכתה לי, א"כ סובר דהיכא דהחצר הוה משום יד בעינן נמי כוונה, דיפרש ששיטת רש"י בכתובות דקנין דיד גופא לא הוה מטעם רשות אלא בתורת קנין הגבהה, וכ"ש לדידי דביד גופא בעינן כוונה, וממילא לשיטה הזאת אין הוכחה דבידע ולא קא מכוון גרע, ולפ"ז א"ש דברי הרמ"א דקאי לשיטת הרמב"ם להכי כתב דבעינן דוקא שידע במציאה ואע"ג דידע ולא קא מכיון לקנות אפי"ה לא איכפת לו בזה דמ"מ קונה חצר המשתמרת בלא כוונה אפי' בכה"ג ולפ"ז א"ש פסק הרמב"ם כאן דרב אבא ור"נ סברי כסברת התוס' דבידע ולא קא מכוון גרע ומשו"ה לא קנה השטר מדין חצר נמי בלא כוונה ולהכי קא מיבעיא להו, משא"כ הרמב"ם לשיטתו דסובר דבידע נמי קונה בלא כוונה שפיר פסק דקונה הנייר מדין חצרו וז"ב, כן היה נראה ליישב דברי הש"ך, אכן למה שהוכחנו דהרמב"ם יסבור דעיקר הדין דר' יוסי בר' חנינא דקונה שלא מדעתו היינו דוקא בחצר שהוא מתורת שליחות, אבל בהך דהכא דהקנין הוה מטעם יד ודאי דבעי כוונה א"כ כ"ש דלא קנה השטר בלא כוונה מדין חצר ונדחים דברי הש"ך ועמ"ש לעיל סי' רס"ח:

סעיף כ"ח **במחבר** היה משכון של גר ביד ישראל ובא ישראל אחר והחזיק בו לוקח ממנו הראשון כנגד מעותיו כו' דין זה הוא מימרא דרבה ב"ק מ"ט, בס' ים התלמוד הקשה איך אמר רבה דזה קנה כנגד מעותיו והא הרמ"א כתב בסמוך דהמחזיק בנכסי הגר יש לו דין יורש והבא ליפרע ממנו כבא ליפרע מן היורש שכל הדינים של מלוה הבא ליפרע למשועבדים כן הוא דינו של מלוה עם המחזיקים בנכסי הגר לאחר מיתת הגר, ומעתה הא מבואר בב"ב ע"ה דרבה סובר שעבודא לאו דאורייתא ומבואר בפוסקים דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אף מן היורשין נמי לא גבה, וא"כ כאן כיון דהמחזיק דין יורש אית לי' והבא ליפרע ממנו כבא ליפרע מן היורשים, וא"כ היכי קאמר רבה דזה קנה כנגד מעותיו הא מן היורשין לא גבה כלל ע"ש, ותמה אנכי על דבריו דאף אי נימא דהמחזיק יש לו דין יורש היינו לשאר עניני גבייה שהדינים הנוהגים בבא ליפרע מן היורשים כן הוא דינו של הבא ליפרע מן המחזיק אבל הכא דדיינינן מי קדם לזכייה זו פשיטא שאין לזה דמיון כלל ליורשים דביורשים שבאים מכח ירושה שזכתה להם התורה הרי מיד כשמת מורישם זכו בהם היורשים, וכי הדר מלוה לגבות הוה דינו כבא ליגבות מן היורש, אבל הכא דדיינינן שקודם שבא הלה וזכה בהם המלוה א"כ הא

אכתי אין בזה שום מחזיק דנימא דהמלוה יהי' דינו כבא לגבות מן המחזיק, כיון דקודם שבא זה להחזיק קדם שעבודו של מלוה ושוב מצאתי באי' הרשב"א כקושיתו וכתירוצו וז"ל ואינו דומה למטלטלי דיתמי דהתם משום דיורשים הם דבר תורה ומשעת מיתה קמו הנכסים ברשות היתומים ואפי' הם מופקדים ביד אחרים ואין בעל חובו גובה מהם כדברי ר' עקיבא שאמר בפ' הכותב ונותנין ליורשים וכדמפרש בירושלמי שהם יורשים דבר תורה עם גמר מיתה אבל כאן כשמת הגר עד שלא יזכה בהן אחר כבר קדם שעבודו של זה ובזה אפי' ר' עקיבא מודה לר' טרפון שאמר התם במופקדין ביד אחרים או שהם ביד אחרים ינתן לכושל שבהם עכ"ל הרי להדיא כדברנו.

**שם** במחבר בד"א כשלא היה המשכון בחצר הראשון כו' אוקימתא הוא בש"ס דב"ק דמ"ט והכי איתא התם הב"ע דליתא כל היכא דאיתא לדידי' דאי בעי מקנא מצי קנה חצירו נמי קנה וכל היכא דליתא דאי בעי לא מצי קנה חצירו למי לא קנה והלכתא דליתא בחצירו, והמבואר מתוך הש"ס דהכוונה במ"ש דליתא, הכוונה דליתא למלוה בחצר דהכי משמע להדיא ממה שאמר בל היכא דאיתא לדידי' דאי בעי מקנא כו' וזה ודאי קאי על המלוה, וא"כ אמאי כתב המחבר דליתא למשכון בחצר שזהו דלא כאוקימתא דש"ס, ונראה ליישב דהנה בפ' ים התלמוד הקשה על פירש"י שם בזה הלשון דהנה רש"י פי' בהב"ע דליתא דהיינו דליתא למלוה בחצירו ולבסוף גבי' הילכתא פרש"י דליתא למשכון בחצירו, והדבר תמוה מאד מה זה ועל מה זה סתר רש"י דבריו תוכ"ד, ובשגם דמלשון דקאמר כל היכא מוכח דקאי על המלוה, ועוד כיון דבס"ד פרש"י דמיירי בחצר שאינה משתמרת ולכך פירש דליתא היינו דליתא למלוה ואי בחצר המשתמרת אפי' כי ליתא למלוה בחצירו נמי קנה וא"כ למה שינה לבסוף בהלכתא לפרש דליתא למשכון בחצר דלפ"ז צ"ל כבחצר המשתמרת מיירי ע"ש שהאריך לסתור פירש"י, ואשתומם על המראה איך העתיק דברי רש"י שלא כמו שכתוב דהרי אילו ראה מ"ש רש"י בהב"ע דליתא דהיינו דליתא "בעיר" ולא "בחצר" כמו שהעתיק הוא לא הוה ק"ל דבתיבה זו שתיקן רש"י לכתוב בעיר תי' לכל הקושיות הללו, והעיקר מה שגרם לרש"י הוא משום דקשה לו לשון והילכתא דקאמר בתר הכא דמשמע מזה שתי' הראשון דהב"ע הוא דלא כהלכתא והנה זה ודאי דכולה סוגיא מיירי בחצר המשתמרת מדפריך עלה מדר' יוסי בר חנינא דמיירי במשתמרת כדמוכח בב"מ, ועוד דמסתמא ביתו ודאי משתמר הוא ששמר שם המשכון, וכמ"ש התוס' בב"מ דבית הוה משתמר, ולזה לא הו"מ לפרש בתחלה בהב"ע דליתא דהיינו דליתא למלוה בחצירו דאז הוה משמע דהחסרון הוא משום שאינו עומד בצד חצירו, ובאמת לא הוה זה חסרון בחצר המשתמרת, ואפי' אינו עומד בצדו

נמי קנה במשתמרת, ומשו"ה דייק לפרש דליתא הוה הכוונה דליתא למצוה גם בעיר, והחסרון לא הוה משום דאינו עומד בצדו, אלא משום דכל היכא דלא מצי קני בעצמו לא קניא לי' נמי חצירו, ואכן באמת התירוץ הזה דלא כהלכתא הוא דהלא באמת לא קיי"ל דבעינן תנאי זה בקנין חצר, ואפי' כי אין המלוה בעיר נמי קנה אם אך החצר משתמר, לזה מסיים הש"ס דתירוץ הראשון הוא דלא כהלכתא, אבל והלכתא דליתא בחצירו פי' שהמשכון אינו בחצר אבל אם אך המשכון היה בחצר קונה אפי' כשליתא למלוה בעיר, ולפ"ז אין שום סתירה בדבורי רש"י שבכל אחד על מקומו פי' כהוגן, בליתא קמא הוכרח לפרש דליתא למלוה בעיר, ובליתא בתרא הוכרח לפרש דליתא למשכון בחצר, וגם לשון והלכתא מדויק מאוד, ומיושב דעת המחבר דפוסק ממש כוהלכתא האמור בש"ס דקאי על המשכון וז"ב מאוד.

## הלכות נחלות

### סימן רעו

סעיף ו' **בהג"ה** אין היורשין יורשין דברים שאין בהם ממש או טובת הנאה בעלמא שאינו ממון, והש"ך כתב דהיינו דוקא כשבא להוציא מיד אחרים אבל אם הוא ת"י יורשין אותו, ובקצוה"ח הביא בשם השל"ה דאין להיורשים שום זכות אפי' כשהוא תחת ידם ע"ש ותימה הוא אצלי מה שהרחיקו השל"ה וקצוה"ח לילך בזה, דלענ"ד עיקר דין זה צריך בירור, דכיון דיכול להקדיש ולהחרים הטובת הנאה שיש לו בקדשים כמבואר בערכין דכ"ח וכ"ט, וא"כ איך שייך לומר בזה שאין להם שום שווי דהא שמין אותה בהקדש כדאיתא בערכין ואיך שייך לומר אינה ממון בדבר שיש לו שומה וכל העולם נותנים סך הרבה עבור זה, אע"כ דההסבר הוא בזה כמ"ש המקו"ח בהלכות פסח בפתיחה לסי' תל"א דמ"ד טוה"נ אינה ממון היינו שאינו נחשב כאילו יש לו ממון וזכות בגוף החפץ, רק זכות מבחוץ הוא הוא דזריי לי' רחמנא, דמ"ד ממון חשיב כאילו יש לו זכות בגוף החפץ ונתפס בקנין, ומ"ד אינה ממון חשיב בזכות צדדיי שיש לו בזה ואינה נתפס בקנין להקנותה בחלופין או משיכה, דזכות אין בה ממש להיות נתפס בקנין וע"ש שהעלה באמת דקנין הנתרת בדבור בעלמא כגון הקדש והפקר מהני נמי בטוה"נ, ולפ"ז במכירה ונתינה ודאי דאין טוה"נ נתפס אבל בירושה דגם זכות יורש אדם דכן הוא דן מפורש דכל זכות שהם במעשה או בכבוד עירושה הם לאדם מה"ת, וכמו בפרשת מלך כתיב למען יאריך גו' הוא ובניו וכ"כ החנוך מכוה חנ"ו ע"ש, וכיון שגם זכות של כבוד יורשים בניו למה לא יירשו זכות דטוה"נ לו יהי' זה אלא זכות של כבוד גרידתא מה דבידו ליתן לכל מי שירצה נמי צריכין בניו לירש אותו מה"ת, ומפני זה עיקר דין דהרמ"א דטוה"נ אין

יורשים צריך ביאור למה הוא זה, ועכ"פ די לנו בפשרה שעשה הש"ך דהיינו להוציא מרשות אחרים אין בכחם, אבל מנ"ל להרחיק לקצה האחרון ולומר דאפי' מה שתחת ידם אין להם שום רשות ע"ז וצ"ע.

**סימן רעח**

סעיף ד' **במחבר** הניח להם אביהם פרה כו' וילדה הבכור נוטל בה ובולדה פי שנים ועיין בקצוה"ח שכתב דהרמב"ם לטעמי' אזיל שכתב דלידה לא חשיב שינוי לגבי גזלן, אבל הדברים תמוהים דנהי שהפוסקים נסתפקו בלידה אי הוה שינוי היינו לגבי גוף הפרה, אי חשיב נשתנה גוף הפרה ע"ז שיקנה הגנב גם לגוף הפרה, אבל לגבי ולד גופא פשיטא דהוה שינוי מעליא וכמבואר בסוגיא דר"פ הגוזל וכמ"ש הפנ"י שם דצ"ה ע"ב וא"כ הכא שאנו דנין לגבי הולד גופא או נוטל פי שנים בולד ודאי דהולד חשיב ראוי, והראי' שהביא מע"ז דמ"ז דקאמר התם מעיקרא בהמה והשתא בהמה דשא הוא דהחידו באפה, הרי דלידה לא חשיב שינוי אפי' לגבי ולד משום דמעיקרא בהמה והשתא בהמה אלא שדלתי הרחם סגורים, גם זה יש לומר דהתם דייניגן לענין היתר למזבח ולענין זה לא חשיב שינוי משא"כ לגבי קנין וכ"ש דלגבי' בכור דתלוי במוחזק שיהא ודאי מוחזק וגם מלוה חשיב ראוי משום שמחוס גובייניא כשהולד צריך להחשב ראוי משום דמחוסר לידה, ולא נוכל לחשבו למוחזק דשמא תסתכן בלידה ועמ"ש בחבורנו לב"ק ר"פ הגוזל ולקמן בסי' שנ"ד.

**סימן רפ**

**בקצוה"ח** ס"ק ב', העלה דבספק בקרקע מהני רובא עמ"ש מזה לעיל סי' מ"ו.

**סימן רפה**

סעיף א' **במחבר** שבוי שנשבה ושמעו בו שמת וירדו יורשיו לנחלה אין מוציאין מידם, דברי הרמב"ם תמוהים מאוד כאשר הקשה ע"ז הראב"ד דהא אפי' בלא שמעו בו שמת מורידין אפי' לכתחילה, והוא אומר אפי' בשמעו בו שמת אין מוציאין אבל לכתחלה לא, ולכאורה הי' אפשר דה"ט דהרמב"ם, דבש"ס דב"מ דל"ט ע"ב קאמר מדרשב"ג נשמע דמורידין קרוב לנכסי שבוי והדר דחי ע"כ לא קאמר רשב"ג כ"א במשנה דמוכרה בב"ד משום דקא כליא קרנא אבל הכא דלא כליא קרניו לא ע"ש וכיון דעיקר ההוכחה דמאן דסובר מורידין הוא משום דנשמע זה מדרשב"ג, והוכחה הזאת הא אדחה לה ולא סמכינן תו עלה ועיין ברא"ש שם שכתב דמד' רשב"ג נשמע דמורידין, והקשה עליו בס' תפארת שמואל דהא בש"ס דוחה ההוכחה ע"ש, ולפ"ז א"ש פסק הרמב"ם דבאמת אליבא דמסקנא אין מורידין לכתחלה כיון דההוכחה אדחי לה, אכן באמת זה אינו דיש להוכיח מתוך הסוגיא דאליבא דאמת אית לן הוכחה דרשב"ג, והוא דהתם בסמוך קאמר ומורידין

קרוב לנכסי שבוי תנאי היא, והיינו התנאי שמביא התם בברייתא דהיורד לנכסי נטושים חכמים סברי דמוציאין ורשב"ג ס"ל דאין מוציאין ע"ש, וקשה שם דמנ"ל לש"ס לומר דפליגי במורידין לכתחלה הא בברייתא דנטושים לא ס"ל לרשב"ג כ"א דאין מוציאין אבל לכתחלה מנ"ל, ועיין במפרשי הש"ס מ"ש בזה, ובע"כ צ"ל דהש"ס סובר דרשב"ג סובר דאפי' לכתחלה מורידין מדסמיך אמשנה דמוכרן בב"ד, הרי דס"ל שאפי' לכתחלה מורידין בנכסי חבירו להצילו מן ההפסד ומוכח דהש"ס אין סובר אליבא דאמת דחוי דדחי ואע"ג דקאמר התם ה"נ מסתברא להכריח הדחוי היינו לדחות ההוכחה דרבנן דהוכיחו דמדרבנן נשמע דאין מורידין, ההוכחה הזאת נדחית ע"י הה"נ מסתברא אבל הוכחה דרשב"ג לבד שלא נדחית אדרבה נתחזקה ההוכחה דלרשב"ג בע"כ מורידין ולית לן הדחוי דמכליא קרניו דהשתא לרבנן דס"ל במשנה דאסור למכור בב"ד, ס"ל דמורידין, כ"ש לרשב"ג דס"ל שמותר למכור דסבור דמורידין, וצדקו דברי הרא"ש שהביא ההוכחה דרשב"ג, ועמ"ש בחי' לב"מ להוכיח כן נמי מן התוס' ע"ש.

סעיף ב' **במחבר** וכשיבואו השבוי והבורח שמין אלו הקרובים מה שעשו ומה שאכלו כמנהג כל האריסים, זהו שיטת רש"י בב"מ דבשבוי שלא שמעו בו שמת לא יאכל כל הפירות והי"א שהביא הרמ"א הוא שיטת התוס' דכל הפירות אוכל בחנם ובאמת יש להבין שיטת רש"י, דהתוס' הקשו עליו קושיות רבות, ואם כי יש מקום ליישבם כמו שיבאר, מ"מ מי דחק ליכנס בדוחק הזה, ונ"ל דרש"י לשיטתו הוכרח לפרש כן, דעל מה שאמרו התם בש"ס רג אמר אי מורידין דלמא מפסיד להו פרש"י, וז"ל מפסיד להו ולא יזבל הקרקעות ויזרעם תמיד ויכחשם עכ"ל ומוכח מדבריו דהחשש דשמא יפסיד הוא מחמת שני טעמים א) שלא יזבל הקרקעות והיינו משום דיחוש להוציא הוצאות לזבלם ולהשביחם שמא יבואו הבעלים ויפסיד הוצאותיו, וחשש הפסד הוא, ב) ויזרעם תמיד היינו טעם אחר שיחוש להרויח לזורעה רצופין לתכוסי ונאכול קודם שיבואו הבעלים ויכחשוה טי"ז, וחשש ריוח הוא, ולזה כשנרצה לתקן הדבר שהקרוב לא יחיש להפסידה, עלינו לתקן באופן כזה שיבוטל שני הנגיעות הללו, וזה א"א כ"א כשנאמר דאינו נוטל יותר מאריס בעד כל השנים דמעתה לא יהיה לו ריוח ברבוי הזריעה כיון דאח"כ צריך להחמיר הכל, ויבוטל נגיעת הריוח, וגם כיון שכאריס מיהא שקיל יבוטל גם נגיעת ההפסד, משא"כ אי נימא כשיטת התוס' דמה שאכל קודם ביאת הבעלים הכל שלו, ורק במה שלא הספיק לאכול נוטל כאריס שלא יפסיד הוצאותיו, א"כ נהי דתקנתם צד נגיעת ההפסד אבל צד נגיעת הריוח עדיין לא תקנתם דאכתי יפסידה ברבוי הזריעה ויזרעינה רצופין כיון דזריז ונשכר הוה, ולהכי מוכרח הי' רש"י לפרש שגם על העבר

אינו נוטל יותר מאריס, ומה מדוקדק לשון רש"י שם בד"ה כיון דאמר מר וכולם שמין כאריס אם יבואו הבעלים שמין לזה חלקו בכל שנה שעבד בה כמנהג אריסי העיר ע"כ, ודייק גם הכא לכתוב דמה שנוטל כאריס היינו בכל שנה שעבד בה גם על העבר משום שדוקא בתקנה הזאת יתוקנו שתי הנגיעות הללו וליכא שום חשש דשמא יפסידה אם נפרש כשיטת התוס', אכתי לא ניתקן כ"א נגיעת ההפסד וכנ"ל ואמנם בשיטת התוס' י"ל דס"ל דהחשש דשמא מפסיד הוי רק מטעם אחד, מחשש הפסד ההוצאות, ומשו"ה אין עלינו לתקן כ"א חשש הזה ודיו אם נאמר דישקול כאריס לאחר ביאת הבעלים, אבל קודם ביאת הבעלים זריז ונשכר, דמחשש ריוח לא יחוש להפסידה אבל רש"י לשיטתו דס"ל דחיישינן לשתי הנגיעות מוכרח היה לפרש כפירושו, ואין להקשות דהא בשבוי כששמעו בו שמת מורידין אע"ג דהוי זריז ונשכר ואין מתוקן נגיעת הריוח, די"ל כיון דשמעו בו שמת סמיך דעתו יותר ולא יחוש להפסידה מחשש ריוח לחוד, דסובר שהבעלים לא יבואו כלל ונשארת השדה בידו, ואפ"ה חשש ההפסד בעינן לתקן גם בזה, דבשביל השמועה ששמע שמתו הבעלים יחוש אכתי להוציא הוצאות מכיסו על הספק דאולי שקר השמועה ששמע, ונ"ז בשבוי ששמע בו שמת אבל בנטושים שלא שמעו שמת גם מחשש ריוח יפסידה ובעינן לתקן גם חשש הזה, זהו הנ"ל נכון בשיטת רש"י ודו"ק היטב.

**ועתה** נבאר ליישב קושיות התוס' על רש"י הן קושיא הראשונה והשני' דמאי משני לירד ולמכור תנן הא אפי' לאכול נמי אסור בחנם, כבר הרגישו בזה הראשונים דלאו קושיא הוא, דנוכל ליישב בריוח, דאין כוונת רש"י דאסור לו לאכול יותר מארים, אלא כוונתו כמ"ש הרמב"ם שמתחלה מניחין אותו לאכול הכל, רק אח"כ כשיבאו הבעלים עושין עמו חשבון ויחזיר המותר מה שאכל והרי מוכח מלשון רש"י לעיל שם בד"ה לירד ולמכור שכתב אבל לעשות ולאכול ולטול כאריס שפיר דמי הרי משמע שמותר לו לאכול אם אח"כ לא יטול יותר מאריס ומ"ש רש"י שם בד"ה שמין כאריס, אם יבאו הבעלים יטלו קרקעות ופירות כאריס דמשמע מתחלה לא היה נוטל דאם מתחלה אכל הכל א"כ אח"כ צריך להחזיר המותר ולא יטול, יש לומר שלשון זה קאי על השבח בקרקע גופא, אבל פירות שאכל אה"נ שצריך להחזיר המותר ולא יטול, וגם קושיא השני' מתורצת בזה, וכן קושיא הרביעית אמאי מוקמינן אפוטרופוס, כיון שגם קרוב לא יטול יותר יש נמי לתרץ בדרך זה דכיון שבארנו מתחלה נוטל הכל ורק אח"כ צריך להחזיר, א"כ לפעמים יבא מזה הפסד לבעלים, כשלא יהיה לו במה לשלם לבעלים המותר ומשו"ה מהדרינן יותר אחר אפוטרופוס, וכן מה שהקשו מההיא דמוציא הוצאות, י"ל נמי דפרכת

הש"ס לא קאי על נטושים, דלמה אין נוטל יותר מאריס, אלא הקושיא יהיה על שבויים, דאמרינן דזריז ונשכר, ואפ"ה נוטל כאריס, ע"ז פריך דמ"ש מהמוציא הוצאות ובשלמא לשי' התוס' דבשבוי כיון דסמיך דעתו אין נוטל כאריס, צריך לומר בהכרח דפרכת הש"ס הוא רק על נטושים, דעל שבויים לא מצי קאי התירוץ דדמיא לקטנה, אבל לשי' רש"י דגם שבויין דמיא לקטנה, וגם בזה נוטל כאריס יתפרש שפיר קושית הש"ס ופרוקו על שבויין, ובנטושים אה"נ שאין יורד כ"א לטול כאריס ודו"ק ועיין ברש"י ד"ה הא לא דמיא שכתב נכסי שבויין, הרי להדיא שפירש דהקושיא והתירוץ קאי על שבויין והיינו כמ"ש סעיף ו' **במחבר** ואין מורידין קרוב לנכסי קטן כו' מפני שהקטן אינו יכול למחות בכדי לברר הדין איזה קטן א"י למחות נביא הסוגיא דב"מ ד"מ מקור האי דינא, והכי איתא התם אמר ר"ה אין מורידין קרוב לנכסי קטן כו' אמר רבא ש"מ מדרב הונא אין מחזיקין בנכסי קטן ואפי' הגדיל ופרש"י מדאמר ר"ה דקרוב אין מורידין הא נכרי מורידין מכלל דאין מחזיקין, ובתוס' שם הקשו על רש"י דהיכי מוכח מדר"ה דאין מחזיקין דלמא אי טעין שני חזקה מועיל והא דמורידין נכרי משום דליכא למיחש למידי דע"כ כיון שמורידין א"כ יש לו דעת לומר הבא עדים שלקחת מאבי והכי נמי יש בו לדעת ולמחות בסוף כל שלשה וכ"ת דהא פשיטא דאינו יודע למחות בסוף ג' אע"פ שהוא נזכר לשאול עדי מכירה כו' ע"ש מה שפירשו, ודברי התוס' קשים להולמם וגם קשה מה הוכחה הוא מדמורידין א"כ יש לו דעת לתבוע, דשמא אין לקטן דעת גם לתבוע וכ"ש למחות, והא דמורידין משום דנסמוך ע"ז שלאחר שיגדל יגידו לו אחרים השהיתו של אביו ואז יתבונן לתבוע ומוכח שפיר דאין מחזיקין דאי מחזיקין א"כ מה יועיל דלאחר שיגדיל ותבע אם זה כבר החזיק, וי"ל דכוונת התוס' ה בדרך ממ"נ דמדרב הונא אין ראי', שמא מצי קטן לתבוע וגם למחות, ולהכי מורידין נכרי משום דאין חשש כיון דודאי ימחה, וכ"ת דהא פשיטא לן מסברא שקטן לא יוכל לתבוע וכ"ש למחות א"כ בלא רב הונא נמי ידעינן שאין מחזיקין, ואפי' תימא לחלק מסברא בין מחאה לתביעה, ובמחאה פשיטא לן גם מסברא דלא ידע ועל התביעה לא פשיטא לן מסברא מ"מ כיון דזה נדע עכ"פ שעל המחאה אין לו דעת, א"כ ממילא ידעינן שאין מחזיקין, דטעם חזקה הוא משום שלא מחה, ואם לא ידע למחויי ודאי שאין מחזיקין, וגם בלא רב הונא ידעינן זה, וממ"נ אם לא ס"ל לחלק מסברא בין תביעה למחאה, א"כ גם מרב הינא אין ראי' דשמא יש לו דעת גם למחות, ואי דזה פשיטא מסברא שאין יודע למחות, א"כ לא אצטריך כלל לדרב הונא דמן הסברא הזאת גופא נדע שאין מחזיקין, זהו כוונת קושיתם במ"ש וכ"ת, ותי' דבלא רב הונא הו"א שיש לו דעת גם למחות, ורק כולן שאמר רב הונא דאין מורידין קרוב מכלל

שלא ידע למחויי, דאי מצי למחות גם קרוב מורידין, ותירוצם בזה אינו בדרך השגה על פרש"י אלא מיישבים פרש"י, ואכן בשמ"ק ובמהר"ם שי"ף שם הקשו דאכתי מה יישבו בזה, דלפמ"ש התוס' בסוה"ד דבקרוב לא יעלה על דעתו לתבוע משום דסבור שאומר אמת א"כ אכתי לא מוכח מדר"ה דאין מחזיקין, דשמא מחזיקין ולהכי מורידין משום דמצי גם למחות ואין חשש, והא דאין מורידין קרוב משום דבקרוב לא ימחה דיעלה בדעתו שיאמר אמת, אבל בנכרי ימחה, ונ"ל דהנה אף אם נאמר דקטן ידע לתבוע וגם למחות לא כל קטן שוה בזה שודאי תינוק בן חודש או שנה לא ידע כלל לתבוע ובע"כ שבקטן גופא יש גבול, דבקטנותו ממש לא ידע מאומה, ורק אח"כ כשהגדיל מעט יש סברא לומר דידע לתבוע ולמחות, וא"כ יש להבין דהא רב הונא סתום לומר דמורידין נכרי לנכסי קטן, ומשמע שאפי' לקטן בן שנה ג"כ נוכל להוריד, דסמכינן דידע לתבוע כשיגדיל, ומאין ידע זאת, כיון דבשעה שירד זה לנכסיו היה קטן ממש עוד, וד"ל דבמשך ימי קטטתו ישמע מאחרים שיגידו לו שהיתה של אביו, ויתעורר לתבוע ולמחות כשיגיע לימי הבינה לתבוע ולפ"ז אף אי נימא שבקטנותו יש לו ג"כ דעת לתבוע ולמחות, אכן כח המחאה לא יבוא באופן אחד דאם מת אביו בשעה שהגיע כבר לימי הבינה למחות בזה יבוא לו המחאה מכח עצמו בלא עזרת תחרזה דכיון שידע למחויי כ"ש שיוכל להבין ששדה זו של אביו הוא למעצמו יתעורר לתבוע ולמחות אכן במקום אביו בעודו בן חודש ושנה, אז תבא המחאה מכח עזרת אחרים שיזכירוהו שהיתה של אביו ואז יתעורר גם הוא לתבוע ולמחות, ומעתה נוכל לומר דסברת התוס' שחילקו בין קרוב לנכרי, דבקרוב לא יתעורר לתבוע דסבור שאומר אמת, היינו דוקא בקטן כזה שאביו מת בעודו בן חודש דתביעתו ומחאתו לא יוכל לבוא כ"א ע"י עזרת אחרים שיזכירוהו בזה שפיר יש לחלק דבנכרי אם יזכירוהו שהיתה של אביו יתעורר לתבוע ובקרוב סבור שאומר אמת ובודאי לחלקו בא ולא יועיל בזה ההזכרה שאחרים יזכירוהו, דהא לא יוכל לידע כ"א שהיתה של אביו אבל בפרטיות החלוקה לא יוכלו לידע ולהכי כיון שמצאוהו מוחזק בנכסיו יסבור שבודאי הגיע לחלקו אבל היכי דמת אביו בשעה שהבן כבר הגיע מעצמו לימי הבינה למחות, וכיון שיש לו דעת למחות מעצמו ודאי שיש לו דעת להתבונן אם נפל זה לחלקו, ובזה אפי' בקרוב נמי יוכל למחות, ולא שייך לחלק בזה בין קרוב לנכרי, ולפ"ז א"ש, דהש"ס הוכיח שפיר מדרב הונא דקטן לא ידע כלל למחות מדסתים ואומר שאין מורידין קרוב לנכסי קטן ואפי' בקטן כזה שמחאתו יוכל לבא גם בלא עזרת אחרים ג"כ אין מורידין, ומכלל דקטן לא ידע כלל למחות, והכא לא שייך כלל לחלק בין קרוב לנכרי ולומר דבנכרי ידע למחויי ובקרוב יסבור שחלקו נפל, דאם אך בנכרי ידע למחויי

בעצמו, ידע למחות גם בקרוב ולהתבונן אם נפל זה לחלקו כיון דמיירי נמי בקטן כזה שיוכל למחות מעצמו, ולא שייך כלל לחלק בין קרוב לנכרי, ומדקאמר דבקרוב לא יוכל למחות מכלל דבנכרי נמי לא ימחה, ומשום דבקטן כ"ז שלא הגדיל ממש לא ידע למחויי, ושפיר הוכיח הש"ס מדר"ה דאין מחזיקין, וכיון שהוכיח הש"ס מדר"ה דקטן לא ידע כלל למחות בקטנותו, וא"כ בע"כ האי דמורידין קרוב, היינו משום דסמכינן דאח"כ כשיגדיל יזכירוהו אחרים לתבוע, וע"ז רצו התוס' להקשות דכיון שהזכרת אחרים מועיל שיתעורר לתבוע מהנכרי, המחזיק עדי מכירה גם בקרוב נימא הכא, וע"ז תי' דלא דמי קרוב לנכרי פי' דכיון דמעצמו לא יתעורר למחות ורק שהמחאה תבוא מכח עזרת אחרים בזה יש לחלק בין קרוב לנכרי, וא"ש חילוקם, אכן היינו דוקא לאחר שכבר הוכיח מדרב הונא דקטן לא ידע מעצמו כלל לתבוע ולמחות, וא"כ התביעה אינה באה כ"א בעזרת אחרים, בזה שפיר חלקו התוס' דבקרוב לא יועיל גם הזכרת אחרים, משום דאחרים לא יזכירוהו אם נפל בחלקו כיון שגם הם עצמם לא יוכלון לידע בפרטיות החלוקה ומיושב מאד קושית השמ"ק שהקשה דא"כ מה הוכיחו מדר"ה דאין מחזיקין דשמא מחזיקין ואפ"ה אין מורידין קרוב משום דבקרוב שאני, דאי נימא דמחזיקין וקטן יוכל למחות מעצמו, בזה לא שייך כלל לחלק בין קרוב לנכרי דכל היכי דהמחאה באה מכח עצמו גם בקרוב יוכל למחות וכנ"ל, וז"ב.

### סימן רפט

סעיף א' **במחבר** מי שהניח יתומים מקצתן גדולים ומקצתן קטנים כו' ומ"ש מקצתן גדולים מפני שאם היו כולם קטנים למה יחלוקו כ"כ המ"מ ה"י מהל' נחלות ועיי"ל דאם היו כולן קטנים, אין משגיחין כלל על דעתם ורצונם, דאטו קטנים יש להם רצון ודעת שהם רוצים ואינם רוצים ואין משגיחין על דעתם כלל, ופשוט שאין מחאת הקטנים בענין זה כלום שאין דעתם כלל, ובע"כ דמקצתן גדולים והגדולים שם שרצו לחלוק, ולפמ"ש אין מקום לכל דברי התוס' בקדושין דמ"ב בד"ה יתומים ע"ש.

## הלכות אפוטרופוס

### סימן רצ

סעיף י"ד **במחבר** האפוטרופסין תורמין ומעשרין נכסי יתומים כדי להאכילן שאין מאכילין את היתומים דבר האסור כו', דין זה מקורו בברייתא דגיטין דנ"ב דאיתא שם כלשון הרמב"ם ומחבר אפוטרופסין תורמין כו' כדי להאכילן אבל לא כדי להניח, והנה במשנה שם הכי איתא יתומים שסמכו אצל בעה"ב או שמינה אביהן אפוטרופס חייבין לעשר, והשנוי שבין המשנה לברייתא, דברייתא נקטה אפוטרופסין סתם וכוללת כל

האפוטרופסין, ובמשנה פרט להו, יתומים שסמכו כו' או שמינה אביהם, ובמשנה גופא יש לדקדק דכיון דפרט להאפוטרופסין, למה לא חשבה נמי אפוטרופס שמינהו ב"ד, והנה רש"י פי' דמה שנקטה המשנה יתומים שסמכו רבותא קמ"ל דאע"ג שלא נתמנה ע"ז לא מאביהם ולא מב"ד אלא שסמכו בעצמם אפ"ה הוה כאפוטרופס ע"ש, ומשמע מפירושו דהתנא אשמעונין דיתומים שסמכו מעצמם הוה דינו כאפוטרופס ולפ"ז יש לתמוה על הרמב"ם והמחבר שהשמיטו דין זה דיתומים שסמכו לגמרי, ולא כתבו רק דין הברייתא אפוטרופסין תורמין ומעשירין להאכיל ולא להניח ובמ"מ סוף הלכות נחלות הניח בתימה לדברי הרמב"ם על השמטה זו, ותימה בעיני שמפרשי השו"ע לא נתעוררו על השמטה הזאת ולענ"ד נראה ליישב דהרמב"ם קשה לו על פרש"י, דאי נימא דהתנא בא לאשמעונין חדוש זה דיתומים שסמכו הוה דינם כאפוטרופס, א"כ למה תפס דבריו דוקא לענין מעשר ולמה לא השוה אותם לכל דיני אפוטרופס בנכסי יתומים וכמ"ש המחבר לקמן סעי' כ"ד יתומים שסמכו כו' יש לו דין אפוטרופס לכל דבר, ועוד אי עיקר החדוש של התנא, דאע"ג שלא נתמנה הוה כאפוטרופס א"כ היכי קתני בתר הכי או שמינה להן אביהם, הא זה פשיטא דאפוטרופס שנתמנה יש לו דין אפוטרופס, ומה חדוש אשמעי' התנא בזה ועוד דמלשון דמתני' חייב לעשר ולא קתני תורמין ומעשרין כדתני בברייתא, משמע דהחדוש הוא מה שחייב לעשר, ואי כפרש"י דאשמעי' שיש לו יכולת לעשר הול"ל יתומין שסמכו מעשרין, וכמו שנקיט בברייתא תורמין ומעשרין לא זכר רק שיש לו יכולת לעשר ולא חיוב ומ"ש מתני' דנקיט חיוב, ומחמת כל אלה מיאן הרמב"ם בפרש"י וס"ל דזה אין חדוש ולא הוצרך התנא לאשמעי' דיתומים הוה דינו כאפוטרופס דפשיטא שאפוטרופס גמור הוא, וגם אילו היה תני אפוטרופסין סתם הוה נמי ידעינן ביתומים שסמכו, דפשוט הוא שאין דינם חלוק משארי אפוטרופסין, וכמו לענין שארי דיני אפוטרופסין דנקיט בברייתא, נקיט אפיטרופסין סתם ולא פירש יתומים שסמכו בפני עצמם, אלא העיקר מה שהתנא אשמעינן לא שהאפוטרופס יש לו יכולת לעשר כ"א דעל האפוטרופסין יש חיוב לעשר ואסורים להאכיל ליתומים טבל, דאע"ג דקיי"ל שקטן אוכל דבר איסור אין ב"ד מצווין להפרישו, מ"מ למיספא להו ודאי דאסור, וכיון שהיתומים הם תחת רשותם לכן אם היו נותנים להם לאכול טבל הוה כמאכילן בידים, וזהו ודאי אסור, ומש"ה פירש התנא יתומים שסמכו ומינהו אבי יתומים להדיא, והשמיט לאפוטרופס שמינה ב"ד, או שהול"ל סתם אפוטרופסין והוה ידעינן כולהו, היינו משום דאורחא דמלתא שב"ד ממנין אדם שיהא עשיר גדול דטפי נכסי' וכמבואר בשו"ע כאן, ואיש כזה ודאי לא יטפל בעצמו להאכיל ולהלביש

ליתומים קטנים אלא שהוא רק הממונה והמפקח רק על ההוצאות וקצבת המזונות, לכן לא שייך למיתני גבי' חיוב לעשר, משום דמסתמא לא הוה מאכיל בידים, ואם אחרין מאכילין אותם אין עליו החיוב להפרישם ונהי דכשהוא מאכיל בידים גם הוא חייב לעשר אבל התנא דבר ההוה קתני, אבל אבי יתומים דרכו למנות קרוב שלו שיטפל בהם משום אהבה ואחבה שביניהם ויהיה במקום אביהם לכל דבר אף להאכילם ולהלבישם וכ"ש יתומים שסמכו מעצמם אצל בעה"ב דודאי שהבעה"ב קירב אותם מפני שיאכילם וישקם ומשו"ה שייך עלייהו החיוב לעשר דהוה כמאכילן בידים, ועמ"ש המהר"ם שי"ף, ומשו"ה רק תנא דמתני' דלא נקיט כ"א הדין דתורמין להאכיל דייק לפרש כשני סוגי האפוטרופסין הללו והשמיט מינהו ב"ד, דאצלו לא שייך כ"כ הדין דחייב לעשר משום דלאו אורחא שיאכיל בעצמו ליתומים אבל אם גם הוא מאכיל בעצמו פשיטא שגם הוא חייב לעשר, והתנא רק אורחא דמלתא ודבר ההוה ורגיל נקיט, משא"כ בברייתא דתני תורמי להאכיל ולא להניח, שבדין זה דלא להניח שוויין כולהו, וגם מינהו ב"ד אין לו יכולת ע"ז וכמ"ש הרשב"א בגיטין שם סתום ותני אפוטרופסין סתם משום דדין זה שוויא בכולהו ולפ"ז מיושב שפיר דברי הרמב"ם למדייק בדבריו, דבמ"ש הטעם שאין מאכילין את היתומים דבר האסור הורה לנו דהכוונה במ"ש תורמין ומעשרין, לא הוה הכוונה שיש רשות ויכולת לאפוטרופס לעשר, אלא שיש חיוב ע"ז מפני שאין מאכילין דבר האסור והיינו חדושיו דמתני', ומפורש בדבר בדבריו זה החדוש שאשמעינן התנא, רק משום שכתב נמי דאין תורמין להניח שדין זה שוה בכל האפוטרופסין ואפי' במינהו ב"ד, משו"ה לא פי' נמי יתומין שסמכו, דכיון דכולל כל האפוטרופסין א"ד לפרט ונקיט אפוטרופסין סתם, דדוקא היכי שאין כולל כל סוגי אפוטרופסין אז צריך לפרט באיזה נוהג זה הדין, אבל אם הדין הוא בכל סוגי אפוטרופסין א"צ לפרטו ונקיט סתם אפוטרופסין וכתנא דברייתא דנקיט נמי אפוטרופסין סתם משום דבדין זה דלהניח שוה בכל אפוטרופסין, משו"ה אפי' בדין דתורמין לא מחלק בינייהו כיון דבאמת גם במינהו ב"ד מחויב לעשר אם מאכילין רק שאפ"ה אם לא מיירי כ"א בדין דתורמין להאכיל לבד, נקיט דבר ההוה, והשמיט מינהו ב"ד, אבל היכי שנקיט נמי דין דלהניח שזה שוה בכל האפוטרופסין לא חש לפרש אפי' בתורמין ולכן נגרר הרמב"ם אחר לשון הברייתא ממ"ש וז"ב כשמש. סעיף ט"ו **במחבר** האפוטרופסין עושין לקטנים לולב וסוכה וציצית כו' בברייתא בגיטין איתא ועושין להם לולב מערבה סוכה כו' וכל הפוסקים הרי"ף ורמב"ם והרא"ש ומחבר השמיטו ערבה וצריך טעמא, ונ"ל ליישב דהנה מלשון הברייתא דנקיטה ערבה קשה לי עמ"ש בס' בכורי יעקב הובא במשנה ברורה

או"ח סי' תרס"ד דאע"ג דקיי"ל דלמצות ערבה אין יוצאין בערבה שבלולב אפי' כשאגדה שתי פעמים, מתחלה לצורך לולב ואח"כ לצורך מצות ערבה, אכן היינו דוקא כל זמן שהוא אגודה בלולב עם שארי מינים אבל אם התיר אגדו של לולב לאחר נטילה ונטל הערבה בפני עצמה פשיטא שיוצא בה ע"ש, וקשה לי ע"ז מברייתא הזאת דכיון שיוצאין גם בערבה שבלולב, וכיון דנקט לוקחין לולב בע"כ שהוא עם הערבה, א"כ למה רשאין האפוטרופסין להפסיד ממון של יתומים בחנם ליקח להם ערבה אחרת לצורך מצוות ערבה חוץ מהערבה של הלולב הא אפשר דלאחר שיצאו בלולב יתירו האגודה ויקחו הערבה מן הלולב לצורך ערבה, ואולי באמת זהו טעם של הפוסקים דהשמיטו ערבה דכיון דיוצאין בערבה שבלולב אינם רשאים להפסיד ממון יתומים בכדי, ואכן שוב ראיתי דיש ליישב, דלשון הברייתא ועושין "להם" לולב וערבה לשין רבים שיש יתומים הרבה, ובלולב פשוט שא"צ לקנות כ"א לולב אחד לצורך כולם ולאחר שיצא בו האחד יטלנו השני, וכמו שאביהם קיים א"ד לקנות כלל כ"א יוצאין בלולב של אביהם וכמ"ש התוס' בערכין והרש"ל באו"ח סי' תרנ"ז כ"ש שהאפוטרופס אין רשאי לקנות יותר מלולב אחד, ולצורך ערבה פשוט שצריכין כל אחד ערבה מיוחדה לחבוט, ואין חובטין בערבה שכבר נעשה מצותה בה עי"ז שחבטה אחר מקודם ומשו"ה יכול האפיטרופס ליקח להם ערבה דאי"א לוקח הערבה שבלולב כיון שבלולב אין כ"א ערבה אחת ולצורך מצות ערבה הלא צריכים כל אחד ערבה מיוחדת, ומ"ש לוקחין להם ערבה, י הערבה היתירה על הערבה שבלולב, ועכ"פ יהי' מכאן אי' דאין לחבוט בערבה שכבר נתחבטה מעיקרא ע"י אחר, לפ"ז יוחזר הקושיא על הפוסקים שהשמיטו ערבה, ומכח זה נראה דגרסא משובשת הוא בברייתא, דבתוספתא ב"ב פ"ח ובתרומות מקור הדין לא הוזכר באמת ערבה כלל, ומשו"ה השמיטוה הפוסקים ודו"ק.

**שם** באותו סעיף במחבר ומי שנשחטה כו' ב"ד פוסקין עליו צדקה עיין בקצוה"ח ס"ק ג' שהביא קושית הר"ן על הרמב"ם מסוגיא דכתובות דמ"ח דקאמר התם מאי ולא דבר אחר רב חסדא אמר זה תכשיט רב יוסף אמר זה צדקה מ"ד תכשיט כ"ש צדקה ומ"ד צדקה אבל תכשיט יבהינן לה דלא ניחא לו דתינוול, והא קיי"ל כמ"ד זה תכשיט וא"כ כ"ש צדקה דלא פוסקין, וא"כ איך פסק הרמב"ם כאן דפוסקין צדקה בנשתטה ע"ש, ונ"ל דטעמו של הרמב"ם הוא עפמ"ש בשמ"ק לכתובות שם שני פירושים בהא דמ"ד תכשיט וכו' וז"ל ויש לפרש דאמתניתא קיימא וה"ק מ"ד תכשיט לא יבהינן כ"ש צדקה שאין לנו לעשות צדקה מנכסיו מ"ד צדקה אבל תכשיט יבהינן משום דלא ניחא לו שתינוול כו' ויש לפרש איפכא דאמלתא דמר עוקבא קאי וה"ק מ"ד תכשיט יהבינן כ"ש

צדקה דיבהינן דמצוה היא וניחא ליה דניעבד מצוה בממונו, ומ"ד צדקה דוקא צדקה הוא דיהבינן אבל תכשיט לא כלומר לא יהבינן דניחא לו דתנוול כדי שלא תבא לידי ע"ש שכתב דכן פירשו גם תלמידי רבינו יונה, והנה לפי' זה תכשיט הוא דלא יהבינן אבל צדקה יהבינן, ועיין ברמב"ם פי"ג מאישות שפוסק דתכשיט לא יהבינן בהלך הבעל למדה"י, א"כ מוכח דמפרש כפי' בתרא דתכשיט גרע מצדקה, ולכן שפיר פסק כאן דפוסקין צדקה דלפירושו הרי מוכח דצדקה פוסקין משום דבאמת צדקה עדיף מתכשיט ודו"ק.

סעיף ט"ז **בהג"ה** וי"א דהואיל ואינו נשבע צריך ליתן חשבון, ומלשונו נראה להדיא דזה בזה תלוי דאם צריך לישבע על הספק א"כ א"צ ליתן חשבון דמה יתן ומה יוסיף החשבון דסוף כל סוף מחויב לישבע אבל באינו צריך לישבע מספק אז מחויב ליתן חשבון בפרוטרוט דשמא מתוך החשבון יבוא עליו בטענה ודאי, וקשיא לי על דבריו מלשון רש"י דגיטין דנ"ב על מה שאמרו התם וצריך לחשב עמו באחרונה פרש"י דכשיגדלו יחשב עמהם וישבע שלא נשאר בידו כלום ע"ש הרי שכתב שצריך שניהם חשבון וגם שבועה ועיינתי בתשובת מהר"ם פדואה גופא שממנו מקור הדין ומצאתי שהרגיש בלשון רש"י דהתם וכתב ליישב שמ"ש רש"י יחשב לישבע אין הכוונה שיחשב ויברר לפניהם החשבון בדיוק וגם יאמת עור ע"י השבועה, אלא הכוונה דלפניהם א"צ לברר החשבון כיון דנשבע אלא יעשה החשבון בינו לבין עצמו וישבע לו שזה הוא הנשאר לפניהם ואז יקרא זה חשבון גם להם אם כי הם לא ידעו בירור החשבון בכ"ז יסמכו על השבועה, וה"ק חשבון היינו שבועה ע"ש וזה דוחק וצ"ע.

**שם** במחבר וכן אם אבד שום דבר מנכסי היתומים נשבע שבועת השומרים, והנה בדין זה יש לכאורה סתירה בדברי התוס', דבב"ק דל"ט בתוד"ה דאי' אמרת בסוה"ד כתבו וז"ל ונראה דאפי' נאבד דבר משל היתומים שלא ישבע כו', ויש בזה שינוי הלשון ממה שאמרו בגיטין דנ"ב בתוד"ה הלכה כאבא שאול, דשם כתבו אבל כל כמה דלא ידעינן אם נאבד כלום אין ראוי להשביעו על דבר זה בלא טענה ע"ש ויש נ"מ לדינא בין שינוי הלשונות, דאילו למה שכתבו בגיטין, כל כמה דלא ידעינן אם נאבד משמע דדוקא כשספק אם נאבד ואלא משום דבשותפין ואריסין נשבעין גם שלא בטענה מפני התקנה, ובאפוטרופס פטרוהו בכה"ג שכל השבועה אינה אלא משום התקנה, משום דאתי לאמנועי, אבל אי מחויב שבועה דאורייתא כגון שודאי נאבד ממנו חפץ ידוע, צריכים לישבע לכו"ע, ואילו מלשונם שכתבו בב"ק דאפי' נאבד ודאי שלא ישבע הרי להדיא שאפי' משבועת התורה נמי פטרוהו לאפוטרופס, והנה זה לשון הטור כאן אין

לחייבו שבועה שלא פשת כל כמה דלא ידעינן אם נאבד ליתומים דבר וכו' עכ"ל וכתב ע"ז הפרישה ודאי אם ידוע שנגנב מידו דבר חייב לישבע שמא פשע בה עד שנגנב ע"י פשיעתו דכבר נתבאר דאפוטרופס חייב לישבע שבועת שומרים אבל היכי דלא ידעינן שנגנב מידו דבר אין להשביעו מספק, וכן משמע נמי מלשון המחבר שכתב וכן אם אבד כו' חייב דכשודאי אבד מיהא חייב, וזהו כדברי התוס' בגיטין, ופלא גדול ששום אחד מן הפוסקים לא זכרו שבב"ק כתבו התוס' מפורש דאפי' בודאי נאבד אין להשביעו, וגם על מפרשי הש"ס אני תמה מאוד שלא הרגישו על שינוי הלשונות בין דבורי התוס' שזהו גם נ"מ גדולה לדינא כמ"ש הן אמנם שמצד גודל התמוה יש לי ליישב דבורי התוס' וממילא גם לדברי הפוסקים, דמה שכתבו בב"ק היינו רק אליבא דרבנן דאבא שאול דאמר להדיא אדם מבריח עצמו מן השבועה, ולדידי' אפי' משבועת התירה נמי פטור, ומשו"ה כתבו דאפי' בדידעינן ודאי שנאבד ומחויב שבועה דאורייתא כדין שומר נמי פטור, אכן בגיטין נמי כתבו אליבא דכו"ע ואפי' לאבא שאול נמי ואע"ג דאיהו סובר דאין אדם מבריח עצמו מן השבועה אפ"ה כתבו התוס' דהיינו דוקא בטענת ודאי הוא דסובר אבא שאול הכי, אבל כל כמה דלא ידעינן אם נאבד סבר אבא שאול נמי דאין אדם רוצה שישביעוהו על כך בחנם, וכה"ג כתב המהרש"א בגיטין דרבנן ואבא שאול לא פליגי אלא בטענת ודאי אבל בטענת שמא גם לאבא שאול אין שביעין ע"ש, ולפ"ז מיושב דברי הטור והמחבר דאליבא דידן ד סזין כאבא שאול כתבו שפיר בדידעינן ודאי צריך לישבע ורק כל כמה דלא ידעינן ודאי שנאבד א"צ לישבע אפי' לדידיה ולא זכרו מה שכתבו התוס' בב"ק דאפי' בידעינן ודאי נמי א"צ לישבע משום דלא כתבו הכי כ"א לרבנן דאבא שאול ולא קיי"ל כוותייהו, ואע"ג דאליבא דאמת מיושב דבריהם, אבל תימה רבה על ששום אחד מן הפוסקים והמפרשים לא הרגישו כלל בסתירת דבורי התוספות הללו ולא זכרו כלל לחלק בזה.

סעיף י"ט **במחבר** אבל אם לא היתה טענה או כפירה והודאה כשיעור זה אם טוענין אותו ודאי נשבע היסת, ומשמע להדיא דבטעונו ספק א"צ לישבע בפחות משתי כסף, וזהו דלא כמ"ש הט"ז לעיל בסי' צ"ג דבשבועת ספק לא בעינן שיעור דב' כסף ע"ש ועמ"ש בחדושנו שם.

סעיף כ"ד **במחבר** יתומים שסמכו אצל בעה"ב כו' יש לו דין אפוטרופס לכל דבר והרמב"ם השמיט להך דינא דיתומים שסמכו ועמ"ש לעיל בסי' זה ליישב.

סעיף כ"ו **בהג"ה** מי שמינה אפוטרופס לבניו הגדולים יכולים לומר אין אנו צריכים אפוטרופס אא"כ יש בו משום מצוה לקיים דברי המה, בכתובות דס"ט הביא בשמ"ק

בשם הרמ"ה דבגדולים אתא כח הירושה ומבטל את השלישיות ולא משגיחין על צוואת האב דהוה מתנה ע"מ שכתוב בתורה, וכן דקדקתי מלשון רש"י שם בד"ה הא מני שכתב דבקטנותם אין נותנים להם כ"א שקל כמו שצוה האב, ומשמע הא בגדלותם נותן להם כמה שירצו אפי' כשצוה האב אל תתנו אלא שקל, והיינו נמי מטעם הרמ"ה דהירושה מבטל את השלישית ולזה תימה על הרמ"א שלא זכר כלל מזה ועמ"ש לעיל סי' רנ"ג מזה.

## הלכות פקדון

### סימן רצא

סעיף א' **שו"ח** פטור כו' ואינו חייב כ"א בפשיעה ויש לחקור או שומר חייב גם בהיזק שאינו ניכר ומדברי התוס' נראה להוכיח דשומר דינו כמזיק בעלמא ומיפטר בהיזק שאינו ניכר, דבב"ק דמ"ה דפלוגתא דר' יעקב ורבנן בהחזירו שומר לבית בעליו אם מוחזר דרבנן סברי אם החזירו לבעליו משנגמר דינו אין מוחזר ור' יעקב אומר אף משנגמר דינו מוחזר מסיק הש"ס דבגומרין דינו של שור שלא בפניו קמיפלגי, ורבנן סברי אין גומרין דינו אלא בפניו דאמרי לי' אי אהדרתיה ניהליה הוה מעריקני לי' לאגמא השתא אתפסתי' לתוראי בידא דלא יכילנא לאשתעויי דינא כו' ופרש"י דאתפסתי' בידים שמסרו לב"ד לדונו אסקילה ולכך א"י לומר הרי שלך לפניך לפי שהתפיסו בידים, ובתוס' שם הקשו על רש"י וז"ל וקשה לפירושו דאם זה ההיזק לא הוה היזק ניכר אפי' אתפסי' בידים לא יתחייב, ואם הוא ניכר אפי' תפסו ב"ד מאליהן לא יפטר כו' ע"ש, הרי להדיא בדברי התוס' דאי לא הוה היזק ניכר פטור אפי' שומר דהא התם בשומר קא מיירי, אלא דלא מסתבר לומר הכי דאיך שייך לדמות שומר למזיק דעלמא, דאע"ג דבמזיק קיי"ל היזק שאינו ניכר לאו שמי' היזק, אבל גבי שומר כיון דקיבל שמירתו עליו יש לומר דאפי' כשנתקלקל בהיזק שאינו ניכר מחמת פשיעתו חייב נמי ויש עוד להביא ראיה דשומר חייב גם בהיזק שאינו ניכר מהא דקתני בב"מ דנ"ח לשמור התינוקות ופרש"י שהיו מגדלים אותם לשמור כדי שלא יטמאו והנה אם טימא טהרות של חבירו אפי' במזיד קיי"ל דפטור מטעם דהוי היזק שאינו ניכר ואפ"ה בשומר חייב, הרי להדיא ששומר חייב אפי' בהיזק שאינו ניכר, אלא דראי' הזאת יש לדחות דשאני התם דקיבל לשמור מן הטומאה דעיקר קבלת השמירה היה על זה לשמור התינוקות מטומאה והרי קיבל בפירוש את השמירה גם מהיזק שאינו ניכר ובכה"ג פשיטא דחייב דכל אדם יכול להתחייב כפי רצונו, אבל בסתם שומר אפשר שאינו מחויב לשמור מהיזק שאינו ניכר וכסברת התוס', ונראה להוכיח דסתם שומר פטור בהיזק שאינו נו ניכר מסוגיא דב"ק שהבאתי מדקאמר בטעמא דרבנן דמשו"ה לא מצי אמר הרי שלך לפניך משום דא"ל אי

אהדרתיה ניהלי הוה מעריקנא לי' לאגמא השתא אתפסתי' כו', ובין לפרש"י דהחיוב הוה בזה משום דאתפסתי' בידים, ובין לפי' התוס' דמה שע"י פשיעתו נפל לב"ד הוה זה היזק ניכר מה שהוא לפנינו ביד ב"ד עכ"פ עיקר החיוב הוא על פשיעה השני' דלא הצילו מיד ב"ד, אבל על פשיעה הראשונה שלא שמר השומר ועל ידי זה נגח ונתחייב מיתת ב"ד, על זה אינו חייב לכו"ע ובודאי דמצי א"ל הרי שלך לפניך והיינו משום דהוי היזק שאינו ניכר, ואי נימא דשומר חייב גם בהיזק שאינו ניכר למה להש"ס טעמא דאתפסתי' לתוראי תיפוק לי' דחייב על נגיחה הראשונה אע"כ דגם שימר מצי אמר הרי שלך לפניך בהיזק שאינו ניכר, ורק התם חייב משום דהוי היזק ניכר מה שהוא ביד ב"ד וכסברת התוס', והנה הישׁ"ש פ' הגוזל סי' כ' כתב לחלק בין שומר לגזלן והכי הוא דעת הרמב"ם דפסק בפ"ג מהלכות גזילה כסתם מתני' בשור היוצא ליסקל דגזלן אומר הרי שלך. לפניך ובשומר פסק כת"ק דר' יעקב ע"ש, ומזה הבינו האחרונים דסברת הרמב"ם והישׁ"ש הוא לחלק, בין שומר לגזלן, והשומר חייב אפי' בהיזק שאינו ניכר, ועמ"ש בזה השער המשפט לעיל סי' ס"ו, אבל תמהני מאוד איך העלו כוונה זרה כ"כ בדבריהם, דהא למה שכתבתי דראי' מוכרחת יש מסוגיא דב"ק דגם שומר מצי אמר הש"ל מדלא מחייב אפשיעה ראשונה דנגיחה, וסברת חילוק הרמב"ם בין שומר לגזלן נ"ל ברור עפמ"ש השמ"ק בב"ק שם בשם הראב"ד וז"ל אלא הכא בהא קמיפלגי רבנן סברי פושע הוא בשמירתו בשעת גמר דינו חוץ מן הפשיעה שפסע בשמירה הראשונה דאמר לי' אי לא אתפסתי' ניהלי' הוה מעריק לאגמא קודם שנגמר דינו ולא היו גומרים את דינו ואת נמי מיבעי לך למיעבד הכי הלכך כיון שפשע בגמר דינו כשנגמר הדין לשומר נגמר כי הוא הביא עליו האיסור, משא"כ בחמץ בפסח כי הגזילה אחת היא ובשעת הגזילה ראוי היה להשבון וכל שהוא בהיתר אין בו אלא גזילה הראשונה וכשבא זמן האיסור כיון שלא בא כאן גזילה אחרת והאיסור ממילא בא עליו וכו', אבל חמץ כדקאי קאי עכ"ל, והסבר הדברים דגזלן אין עליו חיוב אלא על תחלת גזילתו וכל שלא נשתנה בשינוי הניכר הרי מחזיר לו כעין שגזל, ואע"פ שנשתנה בהיזק ניכר ע"י פשיעתו שתפסו ב"ד זה אינו כלום, כי הוא לא קיבל עליו שמירת הדבר ההוא, אשר ע"כ אף דתפיסת ב"ד היה כמו היזק ניכר מ"מ איננו מפסידו בידים אלא פשיעה בשמירה הוא, והוא לא קיבל עליו שמירה משא"כ שימר דאע"ג שעיקר חיובו בא לו ע"י פשיעה הראשונה שנגח מ"מ לא כלתה שמירתו, ועדיין שומר הוא על הפקדון, הרי להדיא דעיקר החיוב הוא רק מפני שבשומר. לא כלתה שמירתו וחייב על פשיעה השני' משום דהוה היזק ניכר, אבל על פשיעה הראשונה פטור לכו"ע משום דהוה היזק שאינו ניכר וגם שומר פטור

מזה, וברור שהכי הוא כוונת הרמב"ם והיש"ש במה שמחלקו בין שומר לגזלן, אבל לא מפני ששומר חייב גם בהיזק שאינו ניכר כמו שהבינו האחרונים, ועיין במג"א או"ח סי' תמ"ג שנסתפק שם במשכן חמץ לאחד ועבר עליו הפסח אי מצי א"ל הש"ל והחק יעקב הביא בשם תשובת שער אפרים דסמיך על מה דמחלק היש"ש בין שומר לגזלן דבשומר לא מצי א"ל הש"ל, והשיג עליו דהיש"ש לא קאמר כ"א מטעם הזה דהוה מעריקנא לאגמא ע"ש, יפה כיון בזה אם כי לא הזכיר לכל מה שכתבנו, אבל בעיקר הדין יפה כיון דחילוק היש"ש לחייב בשומר הוא, רק על פשיעה השניה ולא מטעם היזק שאינו ניכר ואם נאמר דגם זה הוה פשיעה מה שלא מכר את החמץ חייב הנפקד מטעם זה גופא שפשע ולא מכר החמץ ועמ"ש בתשובת חת"ס חאו"ח סי' ק"ה מזה, והנה בס' שער המשפט שם הוכיח מדברי התוס' דב"ק דנ"ו שכתבו דשומר חייב בהכחשה דהדר ובהרקיבו מקצתן, וגזלן פטור, דגזלן לאו שומר הוא, ורצה מזה להוכיח שגם לענין היזק שאינו ניכר חלוק דין שומר מגזלן, אבל באמת מהתם אין ראי' דבהכחשה דהדר כיון דהפחת ניכר ואפ"ה בגזלן כיון דלא קבל עליו שמירה מצי א"ל הש"ל, אבל שומר כיון שקבל שמירה עליו חייב בעד ההפסד זה גופא שהוכחשה או שהרקיבו, אבל בהיזק שאינו ניכר למאי דקיי"ל דלאו שמיה היזק, א"כ ליכא בזה שום היזק ולכן אפי' בשומר מצי אמר הש"ל, והנה בקצוה"ח כ כאן הביא דברי הרמב"ן והריטב"א מה שכתבו לחלק בין גזלן דמשלם כשעת הגזילה ובין שומר דמשלם כשעת הפשיעה, ועמ"ש בדרך רחוק, וברור אצלי דכוונתם הוא נמי כמו שכתבתי, דגזלן אינו חייב כ"א על גזילתו הראשונה, אבל מה שהוכחש והוזל בינתיים אין עליו שום חיוב, דלא קיבל עליו השמירה ולכן אינו חייב כ"א כשעת הגזילה, משא"כ שומר דקבל עליו לשמור מן ההפסד חייב גם על ההיזק שנעשה בינתיים וז"ב.

סעיף ב' **במחבר** ואפי' לא קיבל בפירוש אלא שא"ל הנח לפני הוה שומר חנם, לקמן בסעיף ה' העליתי דדוקא באם החפץ הניתן לשמירה הוא שלא בבית הבעלים דכיון שהבעלים סלקו שמירתם חייב השומר אפי' באמירה, משא"כ בבית בעלים לא מהני הנח לפני ושם הארכתי.

סעיף ה' **במחבר** ויש מי שאומר שהשומר הזה מיד כשקבל עליו לשמור כו' חייב אע"פ שלא משך כו' ומפני שדין זה צריך ביאור אמרתי להאריך ולברר כיד ה' הטובה עלי, הנה במשנה ב"ק דמ"ט גנב ברשות בעלים כו' היה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים פטור הגביהו או הוציאו מרשות בעלים ומת חייב נתנו לבכורית בנו או לב"ח לשו"ח לשומר שכר כו' והיה מושכו ומת ברשות הבעלים פטור הגביהו מה שהוציאו מרשות

בעלים חייב, ורש"י ותוס' פירשו דחייב דקתני במתניתין על הגנב קאי, פי' דמתחייב הגנב במשיכת שוחד משום דשלחו הוא, ובשמ"ק שם הביא בשם הראב"ד שהקשה על פירושם, דהאיך אפשר לומר שתהא משיכת השומר כמשיכת הגנב לקנות אותה הגנב באותה משיכה ולהתחייב, דלא מבעי למ"ד המגביה מציאה לחבירו דלא קנה ודאי דלא קנה אלא אפילו למ"ד המגביה מציאה לחברו קנה הכא לא קנה דהתם שאני שמתכוין לזכותו למי שהגביה עבורו אבל הכא שומר כי מגביה לו לא לזכותו לגנב הוא מגביה אלא לשמרה בעלמא ע"ש. והנה הראב"ד ז"ל הבין דלפי' התוס' משום הכי חייב הגנב משום דהשומר מגביה בשבילו, ולהכי שפיר מקשה, ואנן חלילה להם לחשוב כן ומה שכתבו דהגנב חייב במשיכת השומר, אין זה משים דהשומר הזה הגביה עבור הגנב, דודאי השומר לא הגביה. כ"א לשמירה בעלמא, ובזה גופא חייב הגנב, דזה עצמו הוה הקנין של הגנב וכמ"ש הרר"י הובא בשטמ"ק דכיון שהגנב מסרה לשומר והועילו מעשיו של הגנב שנכנס החפץ לתוך רשותו מדמתחייב השומר בשמירה להגנב, א"כ ע"י זה גופא הכניסה הגנב לתוך רשותו, ואין מקום תו לקושית הראב"ד, ואין להקשות דא"כ מה מקשו התוס' אח"כ ואין שליח לדבר עבירה, הא חיוב דגנב לא הוה משום דהשומר היה שלוחו לזכות עבורו, דיש לומר נהי דהקנין לא היה לצורך הגנב, מ"מ חיוב קבלת השמירה גופא היתה זה בשליחות הגנב שהוא שלוחו לעשות קנין בדבר הגנוב, ואי נימא דבכה"ג אמרינן נמי דאין שליח לדבר עבירה לא היה יכל להעשות שומר על זה, הרי הוא שיטת רש"י ותוספות אמנם ברמב"ם פ"ב מהלכות גניבה כתב וז"ל הגונב ברשות הבעלים הואיל והגניבה עדיין ברשותם פטור מכפל ואם הגביה את הגנבה נתחייב משום גונב אעפ"י שלא הוציאה מרשות בעלים וכו' נתנו שם בבית בעל' לבכור' בנו או לשומר חנם והיה מושכו זה שניתן לו ומת פטור השומר הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב השומר מפני שעדיין לא הוציאו מרשות בעלים עכ"ל, והנה זה פשוט דהרמב"ם לא יפרש כפי' רש"י ותוס' אלא יפרש דחייב דקתני במתניתין הוא לבעלים הראשונים, דכן נראה מלשונו שכתב הטעם דלהכי חייב השומר מפני שעדיין לא הוציאו הגנב מרשות בעלים, הרי דנתן טעם דלהכי חייב לבעלים הראשונים ולא לגנב משום דאכתי לא הוי שלו. אלא דביסוד החיוב שנתחייב השומר לבעלים הראשונים הבינו הראב"ד והמ"מ והלח"מ שם דהוה משום גנב פי' דמיירי שהשומר ידע שהוא גנוב, ולכן מיקרי השומר גנב כאילו הוא עצמו גנב מהבעלים, וחייב דקתני, היינו נמי כפל כדין גנב ממש, ולהכי השיג הראב"ד עליו דא"כ מאי פשיט בב"ק משנה זאת דבעינן משיכה בשומרים כיון דחיוב דמתניתין מטעם גנב הוא ולא מטעם שומר, ולענ"ד נראה

דשלא כדת השיג גם בכאן על הרמב"ם, דהא כל עיקר ההכרח שהכריח להראב"ד ומ"מ לפרש בכונת הרמב"ם דחיוב דשומר לבעלים הראשונים הוה מטעם גנב, משום דחיוב אחר ליכא משומר לבעלים הראשונים, דבשלמא משומר לגנב יש חיוב שמירה, אבל לגבי בעלים ראשונים לא שייך חיוב שמירה כיון דהים לא מסרוהו לשומר, ומחמת זה חשבו דבע"כ החיוב הוה מטעם גנב אכן באמת מזה אין ראי' דשפיר נוכל לפרש דחיוב דשומר לבעלים הראשונים הוה נמי מטעם שומר, ואע"ג דהים לא מסרוהו אפ"ה חייב להם למאי דקיי"ל בב"מ דל"ה כר' יוסי דאין אדם עושה סחורה בפרתו של חברו אלא תחזור פרה לבעלים הראשונים, ושיטת הרמב"ן להדיא הכי הוא וז"ל הגביה השומר חייב לבעלים הראשונים כדרך שהוא חייב לבעלים ראשונים אם היה שומר שלהם כעין ששנינו תחזור פרה לבעלים הראשונים עכ"ל, ופשט הדבר שגם הרמב"ם יפרש כן, ולבד שלא קשה על סברתם הזאת אלא אדרבה לשיטת התוס' יקשה, דלפירושם דהשומר חייב בשמירה לגנב יקשה מדר' יוסי דתחזור פרה לבעלים ראשונים, ובע"כ לחלק דהכא שאני כיון שהגנב רוצה לקנותה ולגונבה וע"י חיוב השמירה שנתחייב השומר להגנב קונה אותה הגנב א"כ הוה הגנב בעלים של החפץ מעתה ולא מיקרי עושה סחורה בפרתו של חברו כיון שעל ידי קנין זה עצמו הוה שלו והחיוב' והגנבה יבואו שניהם כאחת אלא שזה דחוק קצת, דהא בשעת מסירת השמירה דלא הוה אכתי של גנב חל חיוב השמירה לבעלים ראשונים דאיך יוכל השומר להתחייב לגנב כיון שאינה שלו עדיין ולשיטת הרמב"ם והרמב"ן אתי שפיר דאה"נ כיון שבעת קבלת השמירה לא הוה אכתי של גנב נתחייב לבעלים וכדינא דר' יוסי, ואזדא כל ההשגות שהשיגו על הרמב"ם והמעיין בלשון הרמב"ם ישפוט מישרים שהכי הוא כוונתו דאי כהבנת הראב"ד והמ"מ דהחיוב הוא משום גנב הא בבבא ראשונה דמיירי בגנב עצמו הזכיר בהדיא דהחיוב הוא משום גנב, ובבא השניה כתב סתם חיוב השומר, דאי נימא דהחיוב הוה משום גנב כ"ש דהו"ל להזכיר כן בהדיא דלא נטעה לפרש כפירוש הרמב"ן, א"ו דכוונתו כן הוא באמת דהחיוב הוה משום שומר וכדינא דר' יוסי וזה אמת ויציב בעז"ה.

**ומה** שהכריח לרמב"ם ורמב"ן ז"ל להיות נאיד מפרש"י ותוס', בפשוטו י"ל דדחיק להם מה שכתבתי, דכיון שבעת המסירה אכתי הוה של בעלים הראשונים דהא הגנב לא הוציאוה מרשותם, וא"כ איך יעשה הגנב סחורה בפרתו של חבירו, ועוד דלפרש"י ותוס' הוה קשה איך יוכל להיות שליח לגנב הא אין שליח לדבר עבירה ולא ניחא להו לחלק כחילוק התוס', וכל זה הוא לפי הפשוט אכן ע"ד הפלפול יש לומר דלשיטתייהו אזלי, ואגב יתברר לנו הדין דמשיכה בשומרים, הן מלשון רש"י בב"ק שם משמע דהבעיא

דמיבעי לן התם אי תקנו משיכה בשומרים היינו שלא יתחייב בשמירה כ"א מהשומרים כדינו כ"א לאחר המשיכה או שמא בקבלת השמירה לחוד סגי וכן פירש נמי הרמב"ם בפיה"מ שם, אכן התוס' יפרשו פי' אחר, דזה לא מיבעיא לן אי משעת משיכה או משעת מלאכה לענין חיוב אונסין, דזה פשיטא דלענין חיוב אונסין הוא משעת משיכה, אלא הבעיא הוא לענין חזרה, ומשמע שהם מפרשים דהא דמיבעי' התם בש"ס אי תקנו משיכה, אין הכוונה אי בעינן משיכה או שאפי' בלא משיכה סגי, אלא הכוונה אי סגי במשיכה או דילמא שאפי' משיכה אינו מועלת, ולהכי פירשו שלא נוכל לומר דאחיוב אונסין קא מיבעי, דהא זה פשיטא דמשעת משיכה חייב באונסיה, אלא הבעיא הוא לענין חזרה אם מועלת משיכה שגם הבעלים לא יוכלו עוד לחזור, ואע"ג דבמקח וממכר מועלת משיכה שלא יוכלו שוב לחזור יש לומר דבשומר כיון שלא ירצה לזכות בגוף החפץ לא מהני בהו משיכה וכמ"ש הנמוק"י בב"מ פ' השואל כזה, ופשיט הבעיא מדקתני דחייב הגנב במשיכת השומר ש"מ דמשיכה גמורה היא שאין יכול שוב לחזור, שאם היה יכול לחזור לא הי' מתחייב במשיכתו, פי' לדבריהם, דכיון שיכול לחזור איך יכול הגנב להתחייב במשיכת השומר, יחזור ולא יתחייב אלא ודאי דלא מצי תו לחזור, זהו תוכן כוונת התוס' והרי מצינו גם בזה מחלוקת הרמב"ם עם תוס'.

**והנה** הא דרמב"ם מפרש בעיא זאת לענין חיוב אונסין ולא לענין חזרה כפי' התוס', דלפירושו במתני' דהא דקתני חייב בנתנו לבכורות בנו האי חייב קאי אשומר ולא אגנב, לא יוכל לפרש דבעיא הוא לענין חזרה, דא"כ מאי פשיט ממתני', הא לא מוכרח כלל, בשלמא לפי' התוס' דחייב דקתני היינו אגנב, שפיר הוכיחו מדחייב הגנב במשיכת שומר מכלל דלא יכול שוב לחזור אבל לפי' הרמב"ם לא מוכח כלל דין דחזרה ונוכל לומר דלענין חזרה לא מהני משיכה, ויישבתי בזה קושיית הלח"מ פ"ב מהל' שכירות דכתב שם הרמב"ם וז"ל כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים עכ"ל, והקשה הלח"מ מנ"ל להטור לפרש כוונת הרמב"ם דהמשיכה הוא לענין חיוב אונסין הא הרמב"ם לא כתב אלא כלשון הגמ' ונוכל נמי לפרשו דלענין חזרה הוא, ולמה שכתבתי א"ש דלפי' הרמב"ם במתני' מוכרח הוא לפרש דהבעיא הוא לענין חיוב אונסין, ועוד בפיה"מ שם כתב להדיא דלענין חיוב אונסין הוא, ואדרבה אני תמה להיפך דבשו"ע לקמן סי' ש"ז הביא המחבר דעת הרמב"ם דגם לענין חזרה מהני משיכה, ומנ"ל לומר כן, דכיון שהרמב"ם מוכרח לפרש הדין דהכא לענין חיוב אונסין, מנ"ל דגם לענין חזרה מהני, אכן הא קשיא לי על התוס' מי הכריח אותם לפרש דהבעיא הוא לענין חזרה, ואמאי לא ניחא להו בפרש"י ורמב"ם, ועוד קשה לי תמי' עצומה דבב"ק שם כתבו התוס'

דלענין חיוב אונסין בעינן משיכה, ואילו בב"מ דצ"ט כתבו להדיא דלענין חיוב אונסין בקבלת השמירה סגי ולא בעינן כלל משיכה, והביאו ראי' ממתני' דב"מ דפ"ה דהנח לפני הוה שומר חנם, שוב ראיתי בפלפולא חריפתא שעל הרא"ש בפ' השואל שתמה שגם הרא"ש סותר את עצמו מב"ק לב"מ, דבב"ק כתב דלא מחייב באונסין כ"א ע"י משיכה, ובב"מ ס"ל דבקבלת השמירה סגי, ומה שנ"ל בישוב הדברים, דהטעם מה שכתבו בב"מ דלענין חיוב אונסין לא בעינן קנין היינו משום דכיון שהבעלים סלקו עצמן מן השמירה מחויב בשמירה מיד, וכמ"ש הרא"ש טעם זה וכן הוא לקמן סי' ש"ז, ואמנם טעם זה לא שייך כ"א במקום שאותו הדבר הניתן לשמירה אינו ברשות בעלים אבל כשהדבר הניתן לשמור אכתי ברשות בעלים הוא עומד, לא שייך לומר דהבעלים סלקו עצמן מן השמירה, וכמ"ש הנתיבות לקמן סי' ש"מ דברשות בעלים לא מיקרי סלוק הבעלים, וא"כ בכה"ג ודאי דבעינן קנין, ולפ"ז א"ש דבסוגיא דב"ק פשיט לבעיא הזאת ממתני' נתנו לבכורת בנו או לבעל חובו לשומר חנם או לש"ש כו' הי' מושכו ומת ברשות בעלים פטור מאי לאו שומר וש"מ תקנו משיכה בשומרין, ומשו"ה אין לפרש בעיא דהתם דתקנו משיכה דהיינו אי בעינן כלל משיכה, דאי נפרש כן א"כ בע"כ דמן התורה לא בעינן שום קנין ומיבעי אם חכמים תקנו עכ"פ משיכה, וא"כ מאי פשיט ממתני' דמת ברשות בעלים פטור וש"מ דבעינן משיכה הא התם ברשות בעלים עדיין ומה"ת נמי בעינן משיכה, אבל בשארי שומרים דנסתלקו הבעלים איה"נ שגם מדרבנן לא בעינן שום קנין, לבך הוכרחו התוס' לפרש דהבעיא הוא רק לענין אי מועלת משיכה גם לחזרה, ומעתה אין סתירה בדבריהם, דמה שכתבו בב"ק דזה פשיטא דבעינן משיכה גם לענין חיוב, היינו משום דהתם מיירי בשמירה שהיא עדיין ברשות בעלים, אבל בב"מ דלא מיירי ברשות בעלים שפיר כתבו דלא בעינן משיכה כלל, ולבד שאין סתירה בדבריהם אדרבה מדפירשו לבעיא דב"ק לענין חזרה אי מועלת משיכה, מוכרחים היו לפרש דלענין חיוב בשארי שומרים לא בעינן כלל משיכה, דהא בב"ק מביא הש"ס נמי ראיה מדר' אליעזר דאמר כדרך שתקנו כו', ואי נימא דלענין חיוב לא בעינן משיכה, ודברי ר' אליעזר לחזרה הוא דקאמר, שפיר הביא התם ראי' מדר' אליעזר דמהני המשיכה גם לענין חזרה, אבל אי אמרינן דר' אליעזר דהתם היינו נמי לענין חיוב אונסין, ולזה אפשר דלענין חזרה סובר דלא מהני א"כ בב"ק דבע"כ מיירי לענין חזרה מאי מייתי מדר' אליעזר דלמא לר' אליעזר לענין חזרה לא מהני כלל אע"כ דלענין חיוב לא בעינן שום קנין ודר' אליעזר לענין חזרה הוא דאמר, וגם הראי' שהביאו התוס' בב"מ ממתני' דהנח לפני, מזה מוכח כדברינו דהתם מיירי בשמירה שאינו ברשות בעלים, דהא הנח לפני לא שייך כ"א היכא שהדבר

אינו ברשות בעלים וכמ"ש הפנ"י בב"ק שם ע"ש ועל דרך זה יתפרש גם דברי הרא"ש בב"ק כתב הדין משומר ברשות בעלים ובב"מ משומר שאינו ברשות בעלים ואין שום סתירה לפ"ז וז"ב.

**ואמנם** לפמ"ש יוחזר הקושיא על הרמב"ם, דהא הוא מפרש הבעיא לענין חיוב אונסין ולדבריו צ"ל דמן התורה לא בעינן שום קנין כיון שמסלק עצמו מן השמירה, דאי גם מהתורה צריך קנין, לא שייך למיבעי אם חכמים תקנו, וא"כ מאי פשיט ממתני' דנתן לבכורות בנו, הא התם גם מהתורה צריך קנין כיון דאכתי הוה ברשות בעלים, וי"ל דהרמב"ם יסבור שודאי מן התורה נמי צריך קנין בשומרים, ולא סבירא לי' סברת הרא"ש כיון שסלקו בעלים עצמן מן השמירה יתחייב השומר, והא דמבעי בב"ק אי תקנו משיכה לא בעי על עצם הדבר אי בעינן קנין או לא דזה פשיטא שצריך קנין, אלא הכי מבעי אם גם קנין משיכה מהני או שמא בעינן קנין אחר, ומשום דמשיכה הוה קנין רק מתקנת חכמים דמה"ת מעות או חלופין קונה ורק במקח וממכר תקנו נמי משיכה מטעם דנשרפו חטיך ולכך מיבעי לי' אם גם בשומרין תקנו שיועיל נמי קנין משיכה או כיון דבשומרין לא שייך הטעם דנשרפו חטיך לא מועיל משיכה רק קנין אחר, ופשוט דגם משיכה מהני כדקתני או שהוציאו מרשות בעלים חייב אבל כל הבעיא הוא רק לענין חיוב אונסין, וגם הך דכשם שתקנו משיכה בשומרין דב"מ נמי הכי יתפרש דהתקנה היתה שגם משיכה יועיל לענין חיוב אונסין, אלא דלפ"ז יוחזר הקושיא על תוס' דהא עיקר ההכרח שגרם להם לפרש דהבעיא דב"ק לענין חזרה הוא, משום דלענין חיוב ליכא למימר דא"כ מאי פשיט וכנ"ל, והא יש לפרש כפי' הרמב"ם דהבעיא הוא אם מועיל משיכה ואכתי לעלין חיוב אונסין וי"ל דהתוס' לשיטתייהו אי"א להם לפרש כהרמב"ם דהנה במס' ע"ז דע"ד כתבו התוס' דהא דמשיכה הוה רק תקנתא דרבנן היינו דוקא במקח וממכר דיש נמי כסף אבל במתנה ומציאה דליכא כסף הוה נמי משיכה מן האורה, מש"ה לא יוכלו לפרש הבעיא אם מועיל קנין משיכה כיון דמשיכה הוא מן התורה ומה שייך למיבעי אי תקנו חכמים שיועיל הא לדידהו אדרבה כאן משיכה מועלת מן התורה, ולהכי אם הבעיא יהיה לענין חיוב אונסין בע"כ דהכי תתפרש אם צריך כלל קנין ומשום דמן התורה בסלוק בעלים מן השמירה סגי והכי נמי אי"א לפרש דא"כ מאי פשיט מברשות בעלים דליכא סלוק ובע"כ דרק לענין חזרה הוה הבעיא, וכל זה הוא לשי' התוס', אכן הרמב"ן ז"ל הובא דבריו בשמ"ק פ' הזהב סובר שגם היכא דליכא מעות אין מועיל משיכה וכן משמע דעת הרמב"ם בפ"ג מהל' שכירות כמו שהבין המ"מ שם וכן הבין בס' מעייני החכמה ב"מ דצ"ט בדעת הרמב"ם, וא"כ יוכלו לפרש דהבעיא הוא אי מועלת קנין משיכה וכמ"ש,

הכלל דבעיא זאת דתקנו משיכה בשומרים יש לפרשה בשלשה אופנים, א' אי בעינן קנין כלל או דשמא בלא קנין סגי, ב' קנין בעינן ומספקינן אי מהני קנין משיכה, ג' אי מהני משיכה לענין חזרה, והרמב"ם מפרש כאופן השני, וכן מוכח לשון הש"ס, דאי כפי' התוס' מאי בעי דוקא על קנין משיכה יותר משאר קנינים, והכי הול"ל אי תקנו קנין בשומרים, והתוס' לא יוכלו לפרש כאופן הזה משום דלשיטתם משיכה בכה"ג הוה מהתורה וגם כאופן הב' לא יוכלו לפרש דא"כ לא שייך הפשיטות ובע"כ כאופן הג', וכיון שזכינו לדין יובן לנו גם טעם חילוק פירושם בפשט דמתני' דב"ק, דבאמת פשט הסוגיא מוכח כפירוש הרמב"ם דחייב דקתני במתני' אשומר קאי ולא אגנב, וגם פירוש הבעיא נכון הוא יותר כפי' הרמב"ם וכמ"ש לעיל, ועוד דלפי' התוס' בע"כ דהפשיטות הוא מסיפא דקתני חייב הגנב ובגמרא לא הביא כלל הסיפא אלא הרישא דהיה מושכו ולא הוציאה פטור, אכן התוס' דלשיטתייהו אי"א לפרש הבעיא רק לענין חזרה לא יוכלו לפרש כפי' הרמב"ם ורמב"ן דחייב דנקיט אשומר, דא"כ לא הוה פשיט מידי ומוכרחים לפרש דחייב דקתני היינו אגנב, משא"כ הרמב"ם דיוכל לפרש גם לענין חיוב אונסין אין צריך לדחוק עצמו כפי' התוס', ויפרש פי' המרווח ביותר דחייב דקתני היינו אשומר, מסקנת הדברים היוצאים לדינא דיש נ"מ בדין חיוב שמירה כשהדבר הוא עוד בבית בעלים גם התוס' והרא"ש מודים דבעינן קנין מן התורה, ולענין חזרה לשיטת התוס' מועיל משיכה דלא מצו לחזור תו, ולשיטת הרמב"ם לא מוכח כלל ויש לומר דלא מהני משיכה ודו"ק היטב.

**שם** במחבר ובמקום שמשיכה קונה, עיין בקצוה"ח שהקשה דא"כ בהא דאמרו ס"פ הזהב דאתי קרא למעוטי שטרות משומרין, למה קרא ע"ז תיפוק לי' דבעי משיכה ובמקום שמשיכה קונה ואילו בשטרות משיכה לא קונה ע"ש. ולמ"ש בדיבור דלעיל בשם הרא"ש דמה"ת א"צ קנין בשומרין דכיון דהבעלים נסתלקו ע"י דבורו משו"ה נתחייב השומר והא דבעינן משיכה בשומרין אינו כ"א מתקנתא דרבנן וכמ"ש כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרין לק"מ קושית הקצוה"ח ושפיר בעינן קרא כיון דמה"ת א"צ לקנין, אלא דלעיל העליתי לפרש דמה דקאמר תקנו משיכה בשומר לאו גוף הקנין הוא, וזה ודאי שגם מה"ת בעינן קנין, ורק דרבנן תקנו שאפי' משיכה דאינו כ"א קנין דרבנן ואפ"ה מהני, א"כ לפ"ז יש מקום לקושיתו. סעיף ו' **במחבר** מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו והניחם במחיצה של קנים כו' ונגנבו משם כו' וכל שתחלתו וסופו באונס חייב, זהו עובדא דש"ס ב"מ דמ"ב ופוסק כמ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב והנה זה לשון התוס' בב"מ דל"ו בד"ה אין רצוני בסוה"ד ואפי' למ"ד

תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור הכא חייב דהתם בצריפא דאורבנא אין האונס ראוי להיות נארע כו', אבל הכא אגלאי מילתא שאותו הבל היה מסוכן יותר כו' ע"ש, כוונת התוס' דלמה שכתבו בכל הדיבור שם דאפי' מאן דס"ל דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, היינו נמי דוקא כשהאונס בא ע"י הפשיעה, וא"כ מאן דס"ל פעור, אפי' בכה"ג דהאונס בא מחמת הפשיעה נמי פטור, וא"כ יקשה מאי דאמר אביי שם בפשע בה ויצתה לאגם ומתה כדרכה דאפי' למ"ד פטיר הכא חייב משום דהבלא דאגמא קטלה, הא בע"כ שטעם דהבלא לא חשיב כפושע גמור, דאי הוה כפושע א"כ מאי קאמר פשע ויצתה לאגם, דמשמע מזה דעיקר החיוב הוא משום דפשע בשמירתה ויצתה מעצמה שאינה שמורה מגנבי, הא אפי' הוליכה בעצמו לאגם דלא פשע לענין גנבי נמי חייב, אלא ודאי דטעם דהבלא דאגמא אין חשוב לפושע, ורק נחשב הוא לאונס בא מחמת פשיעה, וא"כ מאי קאמר דאפי' למאן דפטר הכא חייב לא למאן דפטר אפי' בכה"ג דאונס בא מחמת הפשיעה נמי פטור, ולזה כתבו התוס' שבאמת אם מתה לדרכה באגם הוה אונס, דלא היה לו לחשב שהבלא דאגמא ימית הבהמה, ואין זה נחשב כ"א לאונס בא מאמת הפשיעה, ואפ"ה לא דמו לצריפא דאורבנא דהתם כיון דגם בצריפא הוה נטירותא מעליא לענין גנב, ואין עלול לביאת גנבים יותר מאילו היה טומנם בקרקע, אלא דאמרינן אילו שמרם בקרקע אפשר שבמקום הזה לא תפשו הגנבים והיתה נצלת מאונס הגנבים וא"כ התם לא הוה הפשיעה סבת האונס, לומר שע"י הפשיעה בא האונס, היינו שהיא גרמה להגנב, כיון שגם בצריפא משומרת כמו בקרקע ואלא דהפשיעה היא סבה שלא תנצל מן האונס, אבל באגם שאיגלאי מלתא דההבל דאגם מסוכן, א"כ הוה הפשיעה סבת האונס ממש דהפשיעה הולידה האונס, וזה דקאמר אביי דאפי' למאן דפטר היינו דוקא במקום שהפשיעה לא היתה כ"א סבת חסרון ההצלה, אבל במקום שהפשיעה היתה סבת האונס כו"ע מחייבי, והיינו נמי כוונת התוס' במ"ש דהתם לא הוה האונס ראוי לבוא פי' שגם עתה שהטמינה בצריפא אין אונס דגנבי ראוי לבוא יותר מאילו לא פשע והיה מטמינם בקרקע, אבל הכא דההבל מסוכן, וא"כ הפשיעה הוה סבת מיתתה וכו"ע מחייבי, ולא פליגי כ"א בצריפא, דמ"ד דחייב ס"ל דאפי' במקום שהפשיעה אינה סבת האונס כ"א סבת ההצלה וכגון בצריפא נמי חייב, ומאן דפטר ס"ל דבכה"ג דצריפא פטור, ואין מחייב כ"א ביציאה לאגם, דהפשיעה היא סבת מיתתה, אבל היכא דאין האונס תלוי כלל בפשיעה שגם סבת מניעת ההצלה לא בא מחמת הפשיעה כו"ע מודו דפטור, וגם דברי רש"י ב"מ שם בד"ה הכא פטור יתפרש כן, דז"ל שם אבל הכא איכא למימר שבפשיעה מתה שאם היתה בבית לא מתה ויציאתה לאגם הוא פשיעת מיתתה עכ"ל, ורבים הבינו

מדבריו שס"ל דהכא הוה פושע ממש דהבלא נחשב כפושע, ואמנם א"א לומר כן דא"כ מאי איריא פשע אפי' הוליכה לאגם נמי אלא ברור שכוונתו כחו שכתבתי, דהיציאה לאגם הוה פשיעת מיתתה, פי' שזהו סיבת מיתתה, ובכה"ג כו"ע מחייבי שאפי' מאן דפוטר היינו במקום שהפשיעה אינה סבה לביאת האונס, כ"א שלא תנצל מן האונס אבל היכי שהפשיעה הוה סבת ביאת האונס כו"ע מחייבי, ועוי"ל בכוונת חילוק התוס' דבצריפא דאורבנא אי"א להחליט ולומר לודאי דאם הטמינה בקרקע לא היה בא האונס דגניבה, דהא גם עתה היה משומרת כמו בקרקע נענין גנבי ואפ"ה שקלוה הגנבים כמו כן י"ל שגם אם היו בקרקע היו הגנבים שקלוה, ואין זה כ"א ספק לומר שמא בקרקע לא היו נוטלים הגנבים, וכיון שאין כ"א ספק אם בח האונס מחמת הפשיעה להכי פטור, אבל הכא דמיד שבאת שם התחיל החולי הרי איגלאי מלתא דודאי ע"י שינוי האויר מתה, והיכי דודאי בא האונס מחמת הפשיעה כו"ע מודי דחייב, וכ"ז לענ"ד נכון בכוונת התוס', והוא יסוד גדול לדיני תבו"ב.

סעיף כ"ג **במחבר** באחד שהפקיד מעות אצל חבירו ונתנם השומר לאמו, ובש"ס ב"מ דמ"ב הביא עובדא הזאת וקאמר עלה נימא לאומיה זיל שלום אמרה לא אמר לי דלאו דידי' נינהו, והראשונים נתקשו בזה דמ"מ תתחייב דחפא' הן של בנה פשעה נגדו במה שלא קברתן בקרקע, והרא"ש תי' דסברה דמעות של הוצאה הם ומשו"ה לא הטמינם בקרקע, וקשה לי כיון שגם מעות של בן שמזדהרת בהו טפי לא תטמינם בקרקע כ"א היכי שתדע שאינם מעות של הוצאה אבל מעות של הוצאה לא תקברם, א"כ אכתי פשע הבן במה שלא אמר לה שאינם מעות של הוצאה ונהי דבזה שלא אמר לה דלאו דידיה נינהו לא פשע דסבור הוה בכ"ש דכי סבורה דדידי נינהו תזדהר טפי, אבל אכתי פשע במה שלא אמר לה שאינם מעות של הוצאה, וכ"ת שזה א"צ להודיעה דאפי' מספק שמא אינם מעות של הוצאה היה לה לקוברם, א"כ פשעה האם, ונ"ל ליישב דהנה בלא"ה תמוה מאוד מה דקאמר כ"ש דכי אמינא דדידי נינהו מזדהרא בהו טפי, דאפי' אם ידעה דדידי' הם מאי עבדה בזה, שתטמינם בקרקע, וגם של אחרים נמי מחויבת לקוברם, וא"כ מה שייך מזדהרא טפי כיון דחד שמירה הוה בשניהם, ונ"ל דהנה זה ודאי אשר אם האם היתה אוחזת המעות בידה ממש לא לזוז ידה מהם, ששמירה כזאת היא מעולה ביותר מכל השמירות, גם משמירא קרקע, כי מידה ודאי שלא יוכלו לגנוב, ולהכי בכוונה לא אמר לה שאינם של עסק, דאילו הוה ידעה שאינם של עסק, וא"כ יהי' מוכח כך זמן רב שזה אין באפשר שתנקטם בידה ושתהא הולכת תמיד עם המעות, שלא תסיח דעתה מהם אף רגע, ובהכרח הוא שתקברם, אכן השתא שסבורה שמעות של עסק הם

המונחות רק לשעה, וזמן מועט תתרצה נמי לנקטה בידה ולא להסיח דעתה מהם, ולפ"ז מה דאמר דכי אמינא דדידי הוה מזדהרא טפי, אין הכוונה שהיתה מטמינם בקרקע שע"ז באמת לא שייך לשון טפי, כיון דגם של אחרים חייבת נמי לקוברן, אלא הכוונה דהויא מנקטה בידה ממש, וזהו תשובה גם לזה שלא הודיעה שאינם של עסק, כי מצי אמר לטובה כוונתי בזה שלא הודעתיה מזה, דכיון שסבורה שלעסק הם עומדים, ולזמן מועט תנקוט בידה שזהו שמירה מעולה יותר מן הקרקע, וזה מסתבר בפשט הסוגיא, והנה הרמב"ן הביא ראיה מסוגיא הזאת שגם מעות שלהם היה מטמינם בקרקע דאי ס"ד שמעות של עצמם לא היו מטמינים בקרקע, א"כ היכי קאמרי דהוה מזדהרא טפי, הרי אין להם שמירה אלא בקרקע ואין לומר מזדהרא בהו שתנקיט בידה דזה לא יוכל לעלות על דעתו שתהא אמו הולכת כל שעה עם המעות ולמ"ש אין ראיה די"ל דמעות של עצמם לא היו נוהגים כלל לקוברם, ומה דקאמר דמזדהרא טפי היינו לנקיט בידה ומשום דסבורה דשל עסק הוא ורק לשעה והי' בידה תתרצה לנקטם גם בידה וא"ש.

**שם** במחבר ואמרו חכמים אין השומר חייב לשלם כו', שכל המפקיד על דעת בניו וב"ב הוא מפקיד כו', ולכאורה תמוה הא טעם זה לא מהני כ"א לענין שלא יוכלו הבעלים לומר אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר, שבלא טעם זה היה מתחייב השומר אפי' בדברים כאלו שאילו שמרם בעצמו היה פטור, ובזה מהני טעם דע"ד ב"ב הוא מפקיד, שלא נתחייבנו בדבר שאילו שמרן בעצמו היה פטור, אבל לפוטרו כ"כ אפי' מדבר ששמרן בעצמו היה חייב ע"ז לא מהני טעם דע"ד אשתו וכמו כו', וכמ"ש כל הראשונים בסוגיא דשומר שמסר לשומר וכן' פרש"י שם, וא"כ הכא אילו שמרן בעצמו כך ולא הטמינם בקרקע היה חייב מה יועיל טעם זה לפוטרו, ונראה שע"כ לא אמרינן התם דשומר שכר שמסר לשו"ח ונגנב בבית השו"ח דחייב הש"ש כיון שכבר נתחייב בשמירת הגניבה, היינו דוקא התם די"ל דהגניבה באה מסיבת רפיון השמירה שלא טרח כ"כ לשומרן מגניבה מפני שלא נתחייב ע"ז, ולהכי הש"ש שנתחייב ע"ז משעת משיכה חייב, אבל הכא מה שהאם לא הטמינה בקרקע אין זה מחמת עצלות ורפיון שמירה כ"א לטובה כוונתה שחשבה שמעות הנצרך לעסק הוא וכמ"ש הרא"ש ולהכי אין לחייב גם לשומר הראשון ע"ז ודו"ק. שם במחבר ותשבע אמו שהחביאה אותם ונגנבו ויפטרו שניהם, והרא"ש הקשה אמאי לא משביעינן אותה דלא אמר לה דלאו דידיה נינהו שזה עיקר הפטור ותי' משום דטענת שמא הוא ע"ש, ולא זכיתי להבין דבריו דממ"נ אי אמרינן שהבעלים יוכלו להשביעה כאילו היא שומר שלהם, א"כ מאי הוה דטענת שמא הוא הא כל שבועת השומרים טענת שמא היא, ואלא שאמרינן דהאם לאו שומר דבעלים

היא רק שומר דבן ולזה לא יוכלו הבעלים להשביעה כ"א אותן השבועות שהבן היה משביעה כיון דמכחו הם באים, וא"כ אפי' היו טוענים הבעלים טענת ברי נמי לא יוכלו להשביעה, כיון דהם רק מכח הבן אתי', והבן ודאי שלא יכל להשביעה שלא אמר לה, כיון דהוא מודה לדבריה ונ"ל ליישב קושיתו, דהנה קושיא כזאת תהיה לכאורה להיפך על הבן, דהמחבר כתב דהבן א"צ לישבע כ"א שמעות הללו מסרן לאמו, וא"צ לישבע שלא אמר לה, דע"ז מהימנינן ליה בלא שבועה, ולשיטת ר"ת בתוס' שם דאם פשעה האם מחוייב הבן לשלם, א"כ אמאי מהימן בלא שבועה, הא י"ל שבמתכווין אמר כן שלא אמר לה, דאם היה אומר שאמר לה דלאו דידיה הוא, וא"כ פשעה האם בזה שלא קברתן, והבן חייב לשלם, ובמתכוון אומר שלא אמר לה, ובע"כ דצ"ל שאה"נ דלא מהימן בלא שבועה, וכשמשתבע הבן דמסרן לאמו, היינו כפי אותן הפרטים שאמר בפני ב"ד, היינו שלא אמר לה, והש"ס וכן המחבר לא הוצרכו להזכיר פרטי השבועה, רק מזכירים כלל השבועה שצריך לישבע שמסרן לאמו, ובודאי שבשבועתו יפרט אופן מסירתו איך היה, והיינו שבשעת מסירתו לא אמר לה דלאו דיליה, וכיוון שהבן כבר נשבע ע"ז שלא אמר לה משו"ה פטירה האם לישבע תו ע"ז ומתורץ קושיית הרא"ש, ויתורץ נמי בזה דברי התוס' שם בד"ה כל שכתבו וז"ל אומר ר"ת אם פשעה האם חייב הבן לשלם כו' ולכך תשבע האם דאותבינהו בקרטליתא שלא פשעה ע"כ, ונתחבטו כלם בלשון ולכך, דהא כ"ש אם הבן היה פטור שצריכה האם לישבע, ועיין בנה"מ מ"ש בזה, ולי קשה עוד, דלפי הבנת המפרשים שהתוס' מכוונים לתרץ בזה למה צריכה האם לישבע כלל, לא הוה להו למימר כ"א ולכך צריכה לישבע שלא פשעה, ושפת יתר הוא מה שהזכירו גם נוסח שבועתה דאותבינהו בקרטלותא ולהנ"ל א"ש שבאמת לא נתכוונו כלל לתרץ למה צריכה האם לישבע, דזה ודאי לא תלוי בזה שהבן נתחייב בפשיעתה, דכ"ש הוא דאם הבן היה פטור לגמרי שהאם צריכה לישבע, ורק נתכוונו לתרץ קושית הרא"ש, למה לא תשבע כ"א דאותבינהו בקרטליתא ולא תשבע נמי שלא אמר לה דזהו עיקר הפטור, והוא דלפמ"ש התוס' דהבן חייב בפשיעת אמו לא קשיא כלל קושית הרא"ש, דבשלמא אם הבן היה פטור מפשיעת האם, וא"כ אפי' אמר לה שלאו דידיה נינהו נמי אין מוטל על הבן חיוב לשלם ובאופן זה אם הבן נשבע שמסרן לאמו א"צ לישבע שלא אמר לה, כיון דאין זה מעיקרי הפטור לגבי דידיה, דאפי' אמר לה נמי פטור, ולמה נשביע אותו בחנם וכיון שהבן לא נשבע ע"ז ודאי שהאם צריכה לישבע גם שלא אמר לה וכקושיית הרא"ש, אבל לפמ"ש ר"ת שהבן חייב בפשיעת האם, וא"כ טענתו שלא אמר לה, הוא מעיקרי שבועת הבן ג"כ דאם היה אומר לה והיא בשעה היה הבן חייב לשלם,

ובודאי כשישבע הבן שמסרתן לאמו שצריך ג"כ לפרט פרטי המסירה, שלא אמר לה, או אפי' אם לא יפרוט מסתמא אין אנו חוששין ג"כ לרמאות, דע"ד ב"ד אנו משביעין, וזה תלוי בפלוגתת הרמב"ם עם הרא"ש לעיל בסי' קל"ח גבי שבועה שיש לי בה ע"ש, וכיון דזה שלא אמר לה ידעינן משבועת הבן, להכי אין צריכה האם לישבע כ"א הך שבועה דאותבינהו בקרטליתא, וזמ"ש התוס' ולכך צריכה לישבע שאותבינהו בקרטליתא פי' ושעור דבריהם, דלכך כיון שהבן מחוייב בפשיעת אמו אתי שפיר מ"ש בש"ס דהאם א"צ לישבע כ"א השבועה דאותבינהו לחוד, ולא השבועה שלא אמר לה, ואם תדקדק בלשון התוס' משמע ממש כמה שכתבתי.

**שם** בש"ך ס"ק ל"ה ובכה"ג אפי' היו המעות של בן כו' וא"כ הוה פשיעה לגבי בן ע"ש, הלא כתב להדיא שהאם חייבת לגבי בנה, וכ"כ התוס' שם בסוגיא להדיא שאם לגבי בנה חייבת, והמפרשים הקשו כיון דהבן מחוייב לעשות רצונה ואילו הוה אמרה אשקיין מיא מחוייב בכבודה, א"כ הוה שאילה בבעלים, ומ"ש משתלא ואומנא וכן הרב לתלמידיו בב"מ דצ"ז ולקמן סי' שמ"ו דהוה שאילה בבעלים כיון דלא מצי לאשתמוטי ומחוייבים לעשות מה שיבקשום, וכ"ש בן לגבי אמו דשעבודו הוה מה"ת, וא"כ כיון שהיא סברה שהיא שלו לא נתחייבה כלל דהוה שמירה בבעלים, ועיין בהגהות אמ"ב כאן מ"ש בזה, ואפשר לומר דשאילה בבעלים לא שייך כ"א במקום שהשעבוד של הבעלים בא מרצונו כגון בכל הנך דלעיל בשתלא ואוינא שמרצונם נשתעבדו לעשות מלאכת אנשי העיר, וכן ברב לתלמידו שמרצונו הכניס עצמו בכלל השעבוד ללמוד עמו, וכן באשה לבעלה הוה נמי מרצון עצמם שנתרצית להנשא ולהכניס עצמו לשעבוד, אבל בבן לגבי אב שלא הכניס עצמו מרצונו, ורק התורה הטילה עליו החיוב והשעבוד, לא שייך לומר בכה"ג שאילה בבעלים, דהבעלים לא נשתעבדו כלל, ועוי"ל שדוקא האם לגבי בנה חייבת, משום דכל זמן שהאב חי אינו משועבד כן לעשות לה תמיד, דשמא בעת שתצוה היא לעשות לה איזה דבר עבורה יצוהו אז גם האב שיעשה עבורו, דאז מחוייב לעסוק בכבוד אבא ולהניח כבוד אמו, ואפי' כשהיא מגורשת נמי הברירה בידו וכמבואר ביו"ד סי' ר"מ, וא"כ אינו משועבד לה תדיר, להכי לא נקרא בבעלים, אבל האב שפשע בשל בן אה"נ דפטור מטעם שמירה בבעלים, והיינו דדייק הש"ס הכא דאשלמינהו לאימי' דאילו לאב הי' פטור.

**שם** בט"ז הביא מה שנשאל באחד שנתן לחבירו חפץ למכור בחנותו וקצץ לו שכרו ואח"כ הלך המקבל מן החנות ונאבד החפץ וטען חנווני המקבל בשעה שהלכתי מן החנות אמרתי לך שתשמור חנותי ואמרת הן, והנותן כופר שלא קיבל שמירה טען

המקבל לפי דבריך אתה מודה שלא שמרת כלל וכיון שלפי טענתי אתה שו"ח שלי נמצאת חייב בפשיעה וכיון שאני מוחזק אני נשבע ואפטור והשבתי דהמקבל חייב דאף לפי דבריו פטור הנותן אע"ג דהוה שו"ח מ"מ הוה שמירה בבעלים כו' כי באותה שעה שקיבל עליו להיות שו"ח היה כבר משועבד לו המקבל שהוא ש"ש שלו כו' משו"ה הוה שמירה בבעלים כו' ע"ש, וחזינן דהט"ז סובר דמה שהש"ש מחוייב בגניבה ואבידה עושהו לדין שמירה בבעלים, אע"ג דטרחות הגוף אין מוטל עליו ובס' נח"י השיג עליו דזהו נגד הש"ס דב"מ דל"ה דהבעלים משלמים לשוכר אע"ג דהשוכר חייב בגניבה ואכן לעיל בסי' ע"ב סעיף ג' הארכנו ליישב דברי הט"ז ע"ש.

סעיף כ"ו **במחבר** שומר שמסר לשומר חייב כו' דא"ל את מהימנית לי בשבועה בש"ס ב"מ דל"ו פליגי בזה אמוראי אביי קאמר דטעם דשומר שמסר לשומר חייב הוא משום דאמר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ולטעם זה אפי' כי איכא עדים שנאנסה חייב, ורבא היכר דהטעם הוא משום דאמר את מהימנת לי בשבועה היאך נא מהימן לי, ולטעם זה כי איכא עדים שנאנסה דלא צריך שבועה כלל פטור, וכמו שמסיים המחבר דבדאיכא עדים פטור, ומלשון המחבר משמע דבדאיכא עדים פטור בכל אונם, אפי' באונס דלא בא מחמת הפשיעה, ולענ"ד דין זה במחלוקת שנויה, ולהרמב"ם ועוד מגדולי הפוסקים אינו פטור אפי' בכה"ג דאיכא עדים כ"א באונס דמתה כדרכה פטור משום ומלאך המות מה לי הכא ומה לי התם ואין האונס בא מחמת הפשיעה אבל בשארי אונסין חייב אפי' באיכא עדים, וכמו שאבאר בזה טעמם וסברתם, דהנה התוס' בב"מ שם בד"ה אנת מהימנית כו' הביאו פי' הר"ח שפסק כאביי מטעם דאין רצוני והתוס' הקשו עליו ופסקו דלא כהר"ח אלא כרבא דהיכא דאיכא עדים פטור, ועיין ברא"ש שהקשה נמי על פי' הר"ח ע"ש, ולולא דמסתפינא הייתי אומר כוונה חדשה בדברי רבא ושבזה יתיישבו דברי הר"ח, דהנה התוס' וסייעתו הבינו בדברי רבא כפי' הרי"ף ורמב"ם, דמפני שאמר הטעם דאת מהימנת לי בשבועה מכלל דלא ס"ל לרבא טעם דאין רצונו כלל שיחשב לפשיעה מטעם זה, דאל"ה למה הוצרך לטעם דאנת מהימן, ולפ"ז שפיר הקשו עליו דהא ממתני' דגיטין דלא ישלחנו ביד אחר מוכח דאמרי' אין רצוני, ואכן באמת אפשר לפרש דגם רבא ס"ל טעם דאין רצוני דהוי פשיעה בשביל זה ומחייבינן בעד זה כפשטא דמתני' דגיטין, והא דאמר הטעם דאת מהימנת, בא להוסיף בזה עוד טעם של חיוב דלטעם דאין רצוני, שהוא מטעם דתחלתו בפשיעה א"כ אינו חייב כ"א באונס שהוא בא מחמת הפשיעה, אבל באונס שאינו בא מחמת הפשיעה וכגון במתה כדרכה לרבא דס"ל מלאך המת מל"ה ומל"ה היה פטור מטעם זה, ולזה הוצרך רבא להוסיף בע"כ טעם

אחר דאת מהימן, שמטעם זה חייב נמי אפי' במקום שהאונס לא בא מחמת הפשיעה, ושני הטעמים צריכין, דלטעם דאין רצוני היה פטור במקום דאין האונס בא מחמת הפשיעה ולכן חייב התם מטעם דאנת מהימן, ולטעם דאת מהימן לחוד היה מהימן היכי שיש עדים או שהשוכר בעצמו היה יכל לישבע, לכך הוצרך לטעם דאין רצוני, ואכן בהצטרף שני הטעמים חייב בכל גוונא, רק היכא דיש שני המעלות יחד שהשוכר בעצמו יכל לישבע וגם האונס בא מחמת הפשיעה וכמתני' דישבע השוכר אז פטור, ואפשר להסביר נמי דלישנא דר' יוחנן דאמר סתמא דשומר שמסר לשומר חייב, דחקו לרבא להוסיף טעם דאת מהימן, דאי לטעם דאין רצוני דאין חייב כ"א באונס בא מחמת הפשיעה, לא הו"ל לסתום ולומר חייב, אלא הכי הול"ל שומר שמסר לשומר פשיעה הוא וממילא הוה ידעינן לחייבו במקום שהאונס בא מחמת הפשיעה הזאת, כדין כל פשיעה דעלמא, ומדסתם ואמר חייב, משמע שאפי' באונס דלא בא מחמת הפשיעה נמי חייב, לזה הוכרח להוסיף נמי טעם דאת מהימן, ולפ"ז דברי אביי בכלל דברי רבא הם אלא שרבא עוד בא להוסיף ולהחמיר נמי מטעם אחר, וכזה הוה נמי כוונת הר"ח שפוסק טעם דאין רציני, לא לאביי הוא, אלא כרבא נמי, ואדרבה פוסק דוקא כרבא דחייב למי שטעם דאת מהימן וכן הביא הר"ח להדיא פסק דרבא, ואיוצר שזה על קושיות התוס' והראשונים שהקשו על פי' הר"ח, ומאד תמוה לפי' התוס' איך אפשר לומר דהר"ח ס"ל כטעם ואין בצום כאביי הא בפירושו הביא להדיא לפסק דרבא אע"כ כמ"ש דרבא ס"ל שני הטעמים והר"ח פוסק כרבא

**אלא** דלפמ"ש שגם רבא ס"ל טעם דאין רצוני א"כ יקשה מאי דקאמר לבא התם לדידכו דמתניתו אין רצוני איכא למיתב לדידי אאמונאהאנס אנת מהימן ליכא לאותובי כלל, דמשמע להדיא שרבא לא ס טעם באין רצוני, אכן באמת לבד שלא יקשה על צוסונם להתם אדהבם סיום גדולה יהיה לי משם שבאמת תמוה מאוד הסוגיא דמה השיב רבא דר' חמי ור' אבא אוה רק לטעם דתבים, הא מ"מ מוכח דכיון דמקשו הכא דהם אשרו צאתיי, ואת זה הל יבקש אביי להוכיח דר' אמי ור' אצא זשותם סבירי ואם נימא דרבא אין חושש לזה דיוכל לפלוג עליהם למה לו להאריך כ"כ, בקצרה הול"ל מאי מותבת לי מר' אמי ור"א אנא פליגנא, ועל מדוכה זו ישבו הראשונים הרמב"ן והר"ן והרשב"א וכולם בסגנון אחד פירשו, דרבא הכח משני ודאי שר' אמי ור"א כוותי ס"ל דאמרינן מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם היינו משום דהם לא יפרשו לטעם דאין רצוני דהוה רק כפשיעה שבאופן זה היינו צריכים שהאונס שאח"כ יהי' בא מחמת הפשיעה, אלא ס"ל דטעם דאין רצוני הוה כשונה מדעת בעה"ב דנקרא גזלן, ומשו"ה בכל אופן

חייב אפי' באונס שהיה ראוי לבוא בבית שומר ראשון וכמ"ש התוס' שם בד"ה אין רצוני לפרש כן וכו' וכיון שכן לא מצי לשנויי מלאך המות מל"ה ומל"ה דהא אפי' באופן זה חייב, אכן גם תירוץ הזה אין נוח לי דלפ"ז אכתי למה הוצרך להאריך ולומר לדידכו כו' ולדידי דאמינא כו' בקצרה הו"ל לומר דנחשב כגזלן וטעם דאין רצוני, אלא הוא הדבר אשר אמרתי לעיל דודאי גם רבא ס"ל טעם דאין רצוני, ובזה יתפרש הסוגיא היטב שרבא השיב לאביי דודאי כו"ע כוותי ס"ל דאמרינן מלאך המות מה לי הכא ומל"ה וגם ר' אבא בר ממל שהקשה ממתני' לא היה טעי בזה לומר שהיכי דמתה כדרכה ותקרי אונס בא מחמת הפשיעה, לא הוי מפרשי שע"י טעם דאין רצוני לא הוה כ"א פשיעה ודאי שלא היה מקשה כלל ממתני' לר' יוחנן שכיון דמתני' מיירי במתה כדרכה פטור שפיר מטעם דמלאך המות מל"ה ומל"ה, ורק עיקר קושיתם משום דמפרשי דלטעם דאין רצוני הוה כגזלן, וא"כ עיקר הקושיא הוא רק לדידכו דמתניתו רק טעם דאין רצוני לחוד יש שפיר מקום לטעות ולומר דהוה כגזלן דאי לא הוי כ"א פושע ואין חייב אלא באונס הבא ע"י הפשיעה לא הו"ל לר' יוחנן לסתום ולומר חייב סתמא, ומדסתם לומר חייב מכלל דהפי' דאין רצוני נחשב כגזלן, ואמנם כל זה הוא לדידכו דמתניתו טעם זה לחוד אבל לדידי דאמינא גם טעם דאת מהימן ליכא לאתותי כלל, דלא יוכל לטעות ולומר שמטעם אין רצוני הוה כגזלן דא"כ לא הייתי מוסיף להצריך הטעם דאת מהימן כיין שגם לטעם דאין רצוני חייב בכל האונסין, דכל עיקר ההוספה שהוצרכתי להוסיף טעם זה, בכדי לחייב נמי במקום שהאונס לא בא מחמת הפשיעה מכמ"ש, ואי נימא דמטעם אין רצוני הוה כגזלן לא הוצרכתי להוספה הזאת, תע"כ שטעם דאין רצוני הוה רק כפשיעה וא"כ ליכא לאותובי כלל ממתני' דודאי במתני' פטור כיון דיש שם שני המעלות, דמטעם גזלן ליכא לחיובא, ומטעם פשיעה נמי א"א לחייבו, כיון דמתה כדרכה ואין האונס בא מחמת הפשיעה, וגם ר' אבא בר ממל לא הוה טעי כלל להקשות לדידי והיינו דרבא דחי לאביי לבד שלא קשה עלי ממה שהבאת נהפוך הוא גמולך ישוב בראשך, שמקושיתם יהיה קושיי' להבנתך בטעם דאין רצוני שהוא מטעם פשיעה, והא ר' אבא בר ממל לא ס"ל כוותיך דהוה פשיעה לא הוי מקשו מידי, וזה כפתור ופרח בפי' הסוגיא בעז"ה ואם כי לפי"ז יהיה מוכח דר' אבא ור"א לא ס"ל כרבא בטעם דאין רצוני ובטעם דאת מהימן דאי הוו ס"ל כרבא לא היו מקשים, אכן בזה לא היה חושש רבא כיון דהנך טעמים קבל מרבותיו ואין חושש אם גם הם לא ס"ל כוותי' דעיקר קושית אביי הי' רק על טעם דמלאך המות מל"ה ומל"ה, שזה חידש רבא מסברא דנפשי' ולכן הוה קשה לו דמנ"ל להמציא סברא אשר האמוראים נחלקו ע"ז אבל אם בטעם דאת מהימן וין רצוני לא סבירא להו

כוותי' אין חושש כלל ודו"ק כי נחמד הוא. ויש לי עוד להוכיח מראיות נכונות שגם הרמב"ם יפרש כמ"ש שגם רבא ס"ל טעם דאין רצוני דז"ל הרמב"ם בפ"ד מהלכות שאלה אם מסרן לאחד מקרוביו שאין סמוכים על שולחנו ואצ"ל אם מסרן לאחר ה"ז פושע וחייב לשלם אא"כ הביא השומר השני ראיה שלא פשע כמו שביארנו עכ"ל, ומ"ש הרי זה כפושע תמוה מאוד לכאורה הא התוס' בב"מ שם כתבו דמאי דאיכא בין טעם דאביי דאין רצוני בין טעם דרבא ד"ת מהימן שלטעם אביי הוה פושע בגוף השמירה וחייב לשלם עכ"פ האונסין שבאו מתיך הפשיעה, ולא מהני גם אם באו עדים שנאנסה, דאפ"ה חייב מטעם תהלתו בפשיעה וסופו באונס ולרבא דלא ס"ל טעם דאין רצוני לא נחשב כפשיעה, וכי איכא עדים שנאנסה פטור, וא"כ הרמב"ם שפוסק בפ"ז מהלכות שכירות כטעם דרבא איך אמר כאן דהוה פושע הא לטעם דרבא לא הוה פושע אלא ברור הדבר שהרמב"ם יפרש שגם רבא ס"ל טעם דאין רצוני ושפיר הוה פושע מטעם זה, ואלא דלפ"ז יקשה על סיום דברי הרמב"ם שכתב וחייב לשלם אא"כ הביא עדים שנאנסה ואם הבית עדים נפטר הא כיון דס"ל דהוה פושע א"כ אפי' הבא עדים מאי הוה, דאכתי יתחייב מטעם תחלתו בפשיעה ומצאתי שהמח"א בהלכות שומרים כתב באמת שדברי הרמב"ם בהלכה זאת סותרים זא"ז תוכ"ד דכיון דפושע הוא מאי מועיל שהביא עדים, ואמנם גם בזה נראה ברור שהרמב"ם עצמו מיישב זאת במה שמסיים אא"כ הביא כו' כמו שביארנו והיינו מה שביאר בפר"א מהלכות שכירות הלכה ח' וז"ל שם, ואם הביא השומר השני ראיה כו' ה"ז פטור כיצד ש"ש שנתן הבהמה השמורה אצלו לשו"ח אם הביא השומר עדים שמתה כדרכה ה"ז פטור וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, וגם שם תמוה לכאורה האריכות שהאריך לבאר האונס איזה אונס היה, ולמה לא כתב בקיצור, אם הביא עדים שנאנסה, ויהיה איזה אונס שיהי' אלא משום דס"ל שומר שמסר לשומר פושע הוא וא"כ לאו בכל אונס פטור, דדוקא באונס דמתה כדרכה וכיוצא בזה שאין האונס בא מחמת הפשיעה הוא דפטור אבל בשארי אונסין שיש לתלות שמחמת הפשיעה בא חייב, ולהכי הוכרח שם להאריך ולבאר איזה אונם היה שם, כגון שמתה כדרכה וכל כיו"ב, וזהו מ"ש בהלכות שאלה כמו שביארנו, והוא כמו שביאר שם בהלכות שכירות, דדוקא באונס דמתה פטור וא"כ מ"ש בהלכות שאלה, דאם הביא עדים שנאנסה פטור, מיירי נמי באונס כזה שאין בא מחמת הפשיעה וכמו שביאר בהלכות שכירות ולפ"ז צ"ל דמ"ש עוד הרמב"ם בפר"א משכירות עבר השומר ומסר כו' אם הביא ראי' שנאנס פטור היינו נמי אונס דמתה כדרכה, ואע"ג דסתום היינו דסמיך על מ"ש אח"כ בהלכה הסמוכה לבאר איזה אונס, וז"ב למעיין ברמב"ם גופא, ונוכל ליישב בזה קושית המ"ל בפי"א מהל'

שכירות, ובכדי להבין קושיתו מוכרח אני להעתיק לשון הרמב"ם שם בהלכה ד' וז"ל אין השואל רשאי להשאיל כו' שיאמר לו זה אין רצוני כו' עבר השומר ומסר לשני ה"ז חייב לשלם כו' אא"כ הביא עדים שנאנסה, ואח"כ כתב הדין ברגיל להפקיד אצלו דפטור והוא שלא מיעט בשמירתו ואם מיעט ה"ז כפושע, ובהלכה ה' כתב דאם הביא ראיה שנאנס כיצד כו' דמתה כדרכה ע"ש היטב, והבין המ"ל דמ"ש הרמב"ם בהלכה ה' דאם הביא עדים פטור קאי זה רק על הבבא השניה בהלכה ד' והיינו על רגיל להפקיד ומיעט בשמירתו, דאפ"ה פטור כשהביא עדים, דאי על בבא הראשונה באין רגיל להפקיד, מה בא להודיענו בזה דפטור בהביא עדים, הסבר הדברים דבשלמא אי קאי על בבא השניה ברגיל ומיעט בשמירתו, דהו"א דגם עדים שנאנסה לא מהני כיון דפושע הוא אשמועינן הרמב"ם דאפ"ה מהני עדים כיון דהאונס הוא דמתה כדרכה, אבל אי קאי על הרישא באין רגיל דלא הוה פושע בזה שמסר לשומר אחר, וא"כ פשיטא דעדים שנאנסה מהני, ולזה קשיא להמ"ל כיון דבע"כ אסיפא קאי ברגיל להפקיד, א"כ מאי איריא עדים אפי' שבועה שמתה כדרכה נמי מהני דהא לא מצי למימר לא מהימן לי כיון דמיירי ברגיל להפקיד אצלו ע"ש, ולמ"ש בע"כ דהאי הלכה ה' קאי גם על בבא דרישא באין רגיל להפקיד, דהא אפי' עיקר שומר שמסר לשומר נמי הוי פושע, וכמ"ש להדיא בהלכות פקדון, וגם בזה בעינן שהאונס והיה דוקא דמתה כדרכה ושאר אונס לא מהני וטובא אשמועינן הרמב"ם, דהא דכתב דהביא עדים מהני, היינו שמתה כדרכה דוקא, וכיון שקאי גם על הרישא לא מצי למינקט דשבועה מהני, כיון דאין רגיל גבי' ומצי למימר לא מהימן לי בשבועה ודוקא עדים ודו"ק, ומכל האמור תמה אני מאוד על המחבר כאן שהעתיק לשון הרמב"ם בהלכה ד' דשומר שמסר לשומר פטור אם הביא עדים שנאנסה, ולא כתב מ"ש הרמב"ם בהלכה ה' לברר דהיינו דוקא באונס דמתה כדרכה ולפי העתקת המחבר משמע דבכל אונס פטור והיינו דלא הזכיר כלל דשומר שמסר לשומר הוה פושע וס"ל דלטעם דרבא לא ס"ל כלל טעם דאין רצוני ולא הוה פושע, ומשו"ה פטור בכל האונסין, אכן באמת הרמב"ם שכתב להדיא דמקרי פושע, הוכרח לבאר שדוקא באונס דמתה כדרכה וכיו"ב פטור אבל בשארי אונסין חייב, והמחבר יסבור כשיטת הרי"ף והרא"ש שאכתוב בסמוך דלא ס"ל טעם דאין רצוני כלל ועמ"ש עוד בדבור הסמוך עוד ראיה נכונה דהרמב"ם ס"ל טעם דאין רצוני גם לרבא ודו"ק כי כל זה ברור

**במחבר** לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד כו' הרי השומר הראשון פטור, והוא שלא ימעיט בשמירתו כו' והוא מדברי הרמב"ם דאפי' ברגיל להפקיד אצלו דלא שייך טעם דאת מהימן היאך לא מהימן אפ"ה אם מועט בשמירתו חייב, וטעמו דמדייק כן מלשון

הש"ס ב"מ שם דאמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב לא מיבעי שו"ש שמסר לשו"ח דגרועי גרעה כו' דקשה ל"ל לאהדורי ולמימר בהלכתא האי לא מיבעי, ונראה מזה דהיכי דגרועי גרעה לשמירתו חייב בלא טעם דלא מהימן לי ומשום דהוה פושע שמסרה לשו"ח שאין מוסר נפשו כ"כ לשמור, וזהו מקור הרמב"ם וכמ"ש הב"ח כאן, והנה הרי"ף והרא"ש פליגי על הרמב"ם בזה וס"ל דברגיל להפקיד פטור אפי' בגרועי גרעה כיון שמסר לבן דעת, וכפי הנראה מדברי הרא"ש שטעמו הוא דהא אמרי' לעיל שם דלטעמי' דרב דפטור בשומר שמסר לשומר אפי' בגרועי גרעה נמי פטור מטעם שמסרה לבן דעת הרי חזינן דהחילוק בין חיוב לפטור תלוי רק בדין דשומר שמסר לשומר לחוד וכל היכא דליכא לחייבו מטעם שמסר לשומר אחר גם מטעם דגרועי גרעה אין לחייבו כיון שמסרה לבן דעת ולכאורה הוא טענה חזקה על סברת הרמב"ם, ונ"ל ליישב סברת הרמב"ם דהנה באמת רב עצמו לא אמר דאפי' בגרועי גרעה נמי פטור מטעם שמסר לבן דעת, אלא אביי הוא דאמר כן לטעמא דרב, ומנ"ל באמת לומר כן דרב פוטר אפי' בכה"ג נמי, וצ"ל דלסברת אביי דהטעם דמאן דמחייב שומר שמסר לשומר הוה מטעם דאין רצוני והיה סובר נמי דרב דפוטר, היינו מטעם שומר שמסר לשומר, ומשום דלית לי' טעם דאין רצוני, ובע"כ דהוי משום כיון שמסר לבן דעת לא יוכל לומר אין רצוני וכיון שכן שפיר אמר אביי דלטעם דרב אפי' בגרועי גרעה נמי פטור מטעם זה גופא, דכמו שלטעם דמסרה לבן דעת לא חיישינן תו לקפידת דאין רצוני, ה"נ לא נחוש גם לקפידה דגרועי גרעה דהא לר"י דלא ס"ל טעם דלא מהימן לי גם סברת וקפידת דאין רצוני ג"כ משום חשש גרעון בשמירה מפני שיש בני אדם שפגיעתם יפה זה מזה ואין המקרים הרעים פוגעים בהם כשאר בני אדם וכמ"ש בשמ"ק, ולהכי אביי לנפשי' שהבין דרב דפוטר היינו מטעם דס"ל שומר שמסר לשומר פטור ולא ס"ל קפידת דאין רצוני, ה"נ דלית לי' קפידה דגרועי גרעה, וכ"ז הוא רק לסברת אביי בטעם דרב, אבל אליבא דאמת הא אמר רב חסדא דההיא דרב לאו בפירוש איתמר אלא מכלנא, ורב דפוטר היינו משום דרגיל להפקיד אצלו היה ואה"נ דרב אית לי' נמי דשומר שמסר לשומר חייב. וא"כ אליבא דאמת לא ידעינן כלל דטעם שמסר לבן דעת מילתא היא, שכדאי הוא לדחות קפידה דגרועי גרעה, ושפיר אמרינן דקפידה דגרועי גרעה מלתא היא ופושע הוא אע"ג דמסרו לבן דעת, ומיושב דעת הרמב"ם, כן יש ליישב בזה קושית רעק"א על רבא דס"ל דגרועי פושע הוא ומנ"ל לפלוג על רב. בזה ע"ש, וכמ"ש גם רב סובר כן אליבא דאמת, ואלא דאכתי קשה דהא לפמ"ש דמאן דלא ס"ל קפידה דאין רצוני לא ס"ל נמי קפידה דגרועי גרעה, וא"כ השתא דפסקינן לגמרי כרבא דהא דשומר שמסר לשומר חייב מטעם

דאנת מהימן הוא ולא ממעט אין דציי, בע"כ שגם לגרועי גרעה לא חיישינן, ויוחזר הקושית על הרמב"ם דפוסק כרבא ואפ"ה פוסק דגרועי גרעה הוה פושע, וכ"ש לפמ"ש לעיל דמלישנא דרבא גופא משמע דס"ל דגרועי גרעה פושע הוא, ואמנם מזה יהיה ראיה נכונה לפמ"ש לעיל בדבור הסמוך דגם רבא ס"ל נמי טעם דאין רצוני והרי הוא גם דעת הרמב"ם ע"ש באריכות, וכיון שס"ל קפידה דאין רצוני, סבירא לי' נמי קפידה דגרועי גרעה, ולפ"ז הרי"א והרא"ש עם הרמב"ם לשיטתייהו אזלי דלשיטת הרמב"ם דשומר שמסר לשומר הוה פושע מטעם דאין רצוני וכמ"ש לעיל, ולא ס"ל דמשום שמסר לבן דעת לא קפיד ע"ז להכי כמו שהברא דבן דעת אין דוחה סברת אין רצוני כ"ש שלא ידחה סברא דגרועי גרעה דבזה יש קפידה יותר גדולה, כיון דבודאי גרע לשמירתו ולהכי פוסק דאם מועט שמירתו הוה פושע, אכן הרי"ף והרא"ש שס"ל דלרבא לא ס"ל כלל טעם דאין רצוני, ובע"כ מטעם שמסר לבן דעת אין מקפיד, אע"ג דיש אנשים שפגיעתם רעה ביותר ויש חשש דגרועי אפ"ה אין מקפיד, כמו כן אין מקפיד נמי היכי דגרועי ממש וכמ"ש אביי לטעם דרב, ולהכי ס"ל דאפי' אם מיעט שמירתו נמי פטור ברגיל להפקיד ועמ"ש לעיל וז"ב, אלא דלפמ"ש תמוה מאוד דעת המחבר שכתב נמי דהיכי שמיעט שמירתו פושע הוא, והא איהו בע"כ לא ס"ל כהרמב"ם דשומר שמסר לשומר פושע הוא, מדכתב אח"כ דאם הביא עדים שנאנס פטור ולא פירש דהיינו דוקא באונס שמתה כדרכה, וכמ"ש הרמב"ם ואי דס"ל דהוה פושע אפי' כי איכא עדים מאי הוה אע"כ דהמחבר לא ס"ל כהרמב"ם וכמ"ש לעיל בארוכה וכיון דס"ל דאין חושש לקפידה דאין רצוני ה"נ לא ניחוש לקפידה דגרועי גרעה, ואפשר לומר שס"ל דלקפידה דאין רצוני דהוה ספק שמא יוגרע עי"ז השמירה שמא הוא אדם רע אין חושש אבל בגרוניי גרעה דודאי גרע שמירתו הוה פושע, ולא מהני הטעם דמסר לבן דעת לדחות קפידה הזאת וצ"ע בדעת המחבר, ואמנם עיין בב"י לקמן סי' ש"ה שכתב דהא דקרי לו פושע לאו לחייבו בתשלומין הוא ע"ש ולפ"ז א"ש.

**שם** בש"ך ס"ק מ"ד הביא דברי הנמוק"י דהיכי שאינו יודע השומר אם מתה מחמת מלאכה פטור ע"ש שהרבה להשיג ע"ז, והנה במשנה דב"מ דל"ה דקתני ישבע השוכר שמתה כדרכה, כתב השמ"ק בשם הרמב"ן דאם לא היה השוכר בשעה שמתה ואינו יודע אם כדרכה מתה ישבע שאינו יודע ויפטר דהו"ל כאומר א"י אם הלויתני והראב"ד ס"ל דחייב מטעם דהו"ל כא"י אם פרעתיך. וקשה טובא הא מחוייב שבועה וא"י לישבע ואמאי לא דיינינן בזה לומר דמחוייב שבועה ואיל"מ, דגם הראב"ד לא אתי עליה לחייבו כ"א מטעם דא"י אם פרעתיך ואמאי לא חייבו מטעם מחוייב שבועה ואיל"מ וכשיטת

התה"ד בסי' של"ג דאם אינו יודע אם מתה כדרכה חייב מתוך שא"י לישבע, והיה נראה לכאורה דטעמם הוי משום דאין התובע טוען טענת ברי ולא אמרינן בזה מתוך, ואע"ג דעיקר שבועת השומרים אינה באה כ"א על ספק אפ"ה כיון דחדוש הוא אין לך אלא חדושו דמחויב לישבע אבל לא לחייבו בתשלומין במקום שא"י לישבע וכמ"ש הפנ"י בב"מ דצ"ז להוכיח כן מן הש"ס, וכזה י"ל גם דעת הנמוק"י המובא בש"ך דס"ל דהיכי דחינו יודע אם מתה מחמת מלאכה פטור והש"ך השיג עליו ובדברנו י"ל דס"ל נמי דבשומרין לא אמרינן מתוך שאיל"מ וכשיטת הרמב"ן והראב"ד, אכן שוב חזרתי דבשיטת הרמב"ן ודאי דא"א לומר כן, דהשיץ הביא בשם הרמב"ן דהיכי דהשומר אינו יכל לישבע משלם, הרי להדיא שגם בשומרין ס"ל נמי דאמרי' מתוך, וגם זולת זה לא ניחא לי בתי' הזה כיון שהרבה פוסקים ס"ל להדיא שגם בשומרין אמרינן מתוך, עיין בש"ך כחן ולקמן בסי' ש"ז ובקצוה"ח סי' ש"מ מזה, ודוחק לומר דהראב"ד ורמב"ן יפלגו עם כל הנך פוסקים, ולכך נ"ל ליישב סתירת הרמב"ן, דהנה בש"ס התם אמרינן דמשעת מיתה קנה ושבועה כדי להפיס דעתו, ובטעם הדבר יש שכתבו דהשבועה אינה כ"א מדרבנן עפי"מ שהקשה הרא"ש בריש ב"מ אמאי ישבע השוכר התם הא השואל הו"ל עד המסייע וי"ל שאין הפרה לפנינו דצריך השואל לישבע שאינה ברשותו והו"ל עד הצריך שבועה שאינו עד ע"ש, וכיון דשבועה שאינה ברשותו אינו אלא דרבנן, א"כ מה"ת אין לחייבו שבועה דמה"ת נקרא עד המסייע שפוטר, ויש שכתבו טעמים אחרים, עכ"פ איך שיהיה טעם הדבר זהו מפורש בש"ס דהשבועה אינה כ"א להפיס דעתו דאינה אלא מדרבנן, ולהכי לא דיינינן בו מתוך שאיל"מ דבשבועה דרבנן לא אמרי' כן, וגדולה מזה כתב בתשובת שמן רוקח סי' פ"ג דכיון דהשבועה אינה כ"א להפיס, היכי דאפשר להפיס אפשר, והיכא דלא אפשר לא מחייבינן בזה תשלומין, וא"כ הקשה ע"ז דהא דוקא לרבנן אמרי' דמשעת מיתה קנה אבל לר' יוסי דקי"ל כוותי' ס"ל דקונה בשבועה וא"כ השבועה הוא העיקר ע"ש, נעלם ממנו מ"ש השמ"ק דמדקאמר מי סברת דמשעת מיתה כו' משמע שגם לר' יוסי אמרינן דהשבועה אינה כ"א להפיס ע"ש, ובזה מיושב סתירת הרמב"ן, דהתם במתני' דהשבועה אינה כ"א מדרבנן וכטעם הנ"ל, ס"ל דאם א"י שמתה כדרכה נשבע שא"י ופטור אבל בהדין שהביא הש"ך משמו, דהתם ליכא הך טעמו והשבועה הוה מה"ת כשבועת השומרין, להכי ס"ל שפיר דחייב לשלם אם א"י לישבע.

**שם** במחבר ואם יש עדים ששמר השני כו' עמ"ש לעיל בסמוך.

**שם** בש"ך ס"ק מ"ו ואם יש עדים משמע אפי' מיעט בשמירתו כו' עמ"ש לעיל בסמוך.

**שם** בקצוה"ח ס"ק י"ד הביא דברי הריטב"א שהקשה גבי שוכר פרה והשאילה לאחר דישבע השוכר שמתה כדרכה והקשה דמאי מהני שבועת השוכר מ"מ הוי ספק שמא שלח בו השואל יד, דאטו לא זזה ידו ממנו ושמא שלח בו יד להשתמש ע"ש, והנה גם רעק"א בחדושיו הקשה כן להוסיף עוד דאע"ג דהרשב"א העלה שגם בשלח בו יד ודאי ג"כ לא מחייב השוכר כיון שלא עפ"י דבורו נעשה, דדוקא היכי שעצם השמירה לא שמרה כראוי, החיוב על השומר כאלו היה אצלו ולא שמרה, אבל אם השמירה כראוי היתה אלא ששלח בו יד, מה שייך זה לשוכר, אכן הרא"ש בסוגיא דשומר שמסר לשומר הביא דחייב השומר בשליחות יד דשני, וא"כ קשה מתני', ובחבורנו לב"מ כתבתי ליישב דהרא"ש לא קאמר דהשומר חייב בשליחות יד דשני אלא בשו"ח שמסר לש"ש דלשניהם אין רשות להשתמש בפקדון ואם נשתמש הוה שליח יד, להכי חייב, אבל במתני' דהשוכר פרה והשאילה דמיירי בשוכר ושואל שלשניהם יש רשות להשתמש א"כ איזה שליחות יד שייך בזה כיון שיש להם רשות להשתמש ועיין בפ"ת לקמן סי' ש"ז מ"ש בזה, אלא דבקצוה"ח הביא בשם הריטב"א להיפך, דגם במתני' הקשה אמאי לא חיישי' שמא שלח יד, אכן למ"ש בדבור הקודם בשם הנמוק"י דבמתני' אם טוען איני יודע נשבע שאינו יודע כיון דהתובע טוען שמא, גם זה אתי שפיר דכיון שאינו יודע אם שלח יד פטור מספק ודו"ק.

סעיף כ"ח **במחבר** המפקיד אצל חבירו בחנם כו' אם שאל השומר את הבעלים כו' השומר פטור מכלום וטעם הדבר דבבעלים פטור כתב הש"ך לעיל סי' ס"ו ס"ק קכ"ו דבבעלים לא הוה שומר כ"א כאינש דעלמא ע"ש ולטעם זה היה נראה דגם שבועת השומרים אינו חייב כיון דלא היה שומר הלל, ואיפשט ספיקו של הקצוה"ח כאן אלא דעיקר יסודו של הש"ך לא נהירא דמש"ס מוכח דאפי' בבעניים מיקרי שומר וכמי שבארנו בארוכה לעיל בסי' ס"ו, וגם סם הארכנו ליישב דברי הרמב"ם דסובר דפשיעה הוי כמזיק ע"ש.

**סימן רצב**

סעיף א' **במחבר** ואם שלח בו יד אפי' אינו מכוון לגוזלו כו', ויש לבאר מהו שליחות יד ומהו דנה הא מ"ש המחבר כאן ואם שלח בו יד בע"כ כשהגביהו א"מ לחסרו, דאי שלא ע"מ לחארו הא כתב אח"כ האינו חייב מטעה הנדבה וכיון שע"מ לחסרו א"ב מה איכא בין זה לגזילה, והנה הרמב"ן כתב דהפ"מ ביניהם כן הוא דהיכי שמכוון לשלם דמים בעד מה שרוצה לחסר הוי שולח יד, וכשרוצה ניטול בלא דמים גזילה מיקרי, ואכן מדברי התוס' נ"ל להוכיח שסוברים חילוק יותר, דבב"מ דמ"א בתוד"ה שנטלה ע"מ

לגוזלה כתבו וז"ל והיינו חסרון שהכל גוזל ונועל לצורך עצמו ע"כ, ומשמע מדבריהם שגם בגזילה בעינן שיהיה בה חסרון למ"ד שליחות יד צריכה חסרון דדוקא כשמתכוון לגזול את בולה דאיכא חסרון היינו במה שנוטלה כולה, אבל כשאין מכוין כ"א לגזול מקצתה, דלא שייך הך סברא אינו חייב עד שיהיה בה חסרון, ויש לתמוה מנ"ל זה לתוס' הא לח מצינו פלוגתא דצריכה חסרון כ"א בשליחות יד אבל לא שמענו שיפלגו הכי בגזילה ובע"כ צ"ל דהתוס' מפרשים דשליחות יד היינו נמי בגזילה, ורק כשמתכוון לגזול את כולה גזילה הוא דמתקרי, וכשאינו מכיון כ"א ליטול מקצתה קרי שליחות יד דלפ"ז פלוגתתם בשליחות יד היינו נמי בגזילה ואפ"ה בעינן חסרון ורק כשמתכוון לגזול את כולה לא בעינן חסרון, משום דזהו גופא החסרון שנוטל כולה וכסברת התוס', וזהו דלא כשיטת הרמב"ן דאילו לרמב"ן יש נ"מ בין שליחות יד לגזילה דגזילה היינו כשנוטל כולה או מקצתה ואין מכוון לשלם להבעלים, והשולח היינו כשמתכוון לשלם בעד החסרון ובין גזילה ובין שליחות יד איתא בין בכולה בין במקצתה, ואפי' כשאינו מתכוון כ"א ליטול המקצת אפ"ה אם אינו מכוון לשלם בעד זה גזילה, הוא דמקרי ולא בעינן בזה חסרון, ורק כשמשך אדעתו שיגזול מקצתה חייב באונסין בכולה אע"ג דלא חסרה ודוקא כשמתכוין לשלם בזה הוא דבעינן חסרון ואילו לשיטת התוס' משמע דשליחות יד היינו נמי בלא דמים אלא הכול מקרי גזילה ובמקצתה מיקרי שליחות יד, ואין להקשות דכיון דשליחות יד היינו נמי בלא דמים א"כ מה חדוש שחדשה תורה בפקדון לחייב בשליחות יד הא גזילה בלא דמים חייב נמי בכל מקום, וי"ל דהיינו החדוש שבגזל מקצת הפקדון יתחייב בכולה, וכפי' התוס' משמע נמי מפי' הר"ן המובא בשמ"ק שם ואכן בשיטת רש"י אפשר להוכיח דסובר כהרמב"ן דהנה במשנה דב"מ דמ"ג, בד"ה החושב לשלוח יד בפקדון כתב וז"ל חמר בפני עדים אטול פקדונו של פלוני לעצמי עכ"ל, ולכאורה תמוה למה דייק שאומר ליטול כל הפקדון ולא מקצתו, והיה נראה לכאורה משום דקשיא לי' לרש"י דהא ממשנה זאת מצינן למיגמר מינה דשליחות יד א"צ חסרון מדמחייבי ב"ש על מחשבה דליכא חסרון אכתי, וגם ב"ה לא פליגי כ"א משום דמחשבה לא הוה כמעשה אבל אי לא"ה הוי מחייבי על מחשבה אע"ג דליכא חסרון, וא"כ בשמעתי' דלעיל התם דשקיל וטרי אי שליחות יד צריכה חסרון אמאי לא הוכיח ממשנה זאת דא"צ חסרון, ואין לומר כיון דלב"ש משוו מחשבה כמעשה, משו"ה מה שחישב לשלוח יד ולחסר מקצת הוי זה כמו שחוסר ממש, דא"כ שליחות בלא חסרון היכי משכחת לה לדידיה, הא כשהגביהו ע"מ לחסר יש בזהו מחשבה עכ"פ, אע"כ שלענין זה לא אמרי' דהמחשבה הוה ממש כמעשה ולמחשבי' כאילו כבר חוסר, והן אמנם דבשמ"ק כתב דשליחות יד

בלא חסרון היינו שלא חושב לחסר ולא זכיתי להבין זאת, דאי כשהגביה לא הוה נחו מחשבה לחסר, למה נקרא שולח יד בזה כיון שלא היה שום מחשבה לחסרה וליטול לעצמה, ונראה דלהכי תיקן רש"י לפרש באופן שלא נוכל למיגמר מינה דאי"צ חסרון והיינו שחושב לעיל אם כולה דוקא ובכה"ג לא בעינן חסרון, דזהו גופא החסרון שנוטלה כולה לצורך עצמו וכמ"ש התוס' שהבאתי שדוקא בשליחות יד במקצת בעינן חסרון ולא בכולה, וזמ"ש רש"י דבמשנה מיירי בחושב ליטול כל הפקדון ומשו"ה חייב גם על המחשבה אבל בשליחות יד במקצת אה"נ דלא מחייב על מחשבה לחוד ומטעם דליכא חסרון, אמנם אכתי אין נוח לי לפרש כן, דלמ"ש רש"י דמחשבה לחוד בלא"ה אין מועיל כ"א אמידה דוקא, א"כ שפיר י"ל דלב"ש דמשוו דבור למעשה לענין עצם השליחות יד, הות"ד דהוה כמעשה לענין זה דמיחשב כמעשה ממש וכאילו כבר חוסר, ושניחות יד בלא חסרון היינו כשהגביה ע"מ לחסור ולא דובר כלום וא"כ יוחזר הקושיא על רש"י דהא אכתי הו"מ נמי לפרש בשליחות וד במקצת ואפ"ה לא מצינן למיגמר מינה דשליחות יד א"צ חסרון דזהו גופא הוה החסרון מה שאמר לחסר וא"כ אכתי למה פי' בשולח יד בכולה, אכן מזה נ"ל להוכיח דשיטת רש"י הוא כהרמב"ן, דהנה הקשיתי בד"ה לשיטת התוס' דגם שליחות יד הוא בלא דמים א"כ מה חדוש שחידשה תורה בפקדון לחייב שולח יד הא דכ"מ חייב כשגוזר בלא דמים דבשלמא לשיטת הרמב"ן היינו החדוש שחייב אפי' כשמתכוון לשלם, אבל לשיטת התוס' קשה, וכתבתי לתרץ דהיינו החדוש שבגזל מקצת יתחייב בכולה דאילו בגזל דעלמא אין חייב כ"א באותו מקצת שגזל ובפקדון אם שלח יד לגזול מקצת חייב בכולה, והנה ברש"י בע"כ א"א לפרש שזהו החדוש דהא בב"מ דמ"ג בד"ה ניחא לי' דלהוי בסיס פרש"י והוי כנוטל ומניח דהוי שואל על כל החבות, ובשמ"ק הוכיח מכאן דשיטת רש"י הוא שבאמת אין חייב בכולה כ"א דוקא באופן זה שעל המותר יהיה שואל, והיכי דלא שייך לומר דהוי שואל על המותר כגון בשמן וכדומה אה"נ שאינו חייב כ"א בהך מקצת שנטל וכמ"ש בסמוך בארוכה מזה, וכיון דאימתי הוא חייב בכולה כ"א כשהוא שואל על המותר. אין זה שום חדוש מה שחייב בכולו, דבמקצת שנטל חייב מטעם שולח יד ובמותר חייב מטעם שואל, וא"כ בע"כ דהחדוש הוא מה שחייב אפי' אם מכוון לשלם דמים והיינו כשי' הרמב"ן ודו"ק בזה כי ראיה נכונה היא, וא"ש מה שפירשו התם דמיירי בכולה להורות דאפי' בכולה הוה נמי שולח יד וחייב במחשבה ולהוציא משיטת התוס' דשולח יד היינו דוקא במקצת ובכולה הוה גזילה, ולדידהו דינא דמתני' דב"ש מחייבי על המחשבה לא יהי' כ"א בשולח יד במקצת, דאילו בכולה הוה גזל ודאי שלא יחייבו ב"ש במחשבה

גרידא בגזילה, דדוקא בשולח יד הוא דגלי קרא דעל כל דבר לחייב על המחשבה נמי, ולהכי בא רש"י לפרש דמיירי נמי בכולה ואפי' בכה"ג הוה שולח יד להוציא משיטת התוס' ודו"ק.

**שם** במחבר דשליחות יד אינה צריכה חסרון כו' אלא מפני שהוא שואל שלא מדעת דהוה כגזלן נ"ב דהנך תרי דינים זה בזה תלוי דמ"ד דשואל שלא מדעת הוה גזלן בע"כ שיסבור דשליחות יד אינה צריכה חסרון, דאי אמרת צריכה חסרון למה לן לחייבו בבעלי חיים וכן בכלים משום שליחות יד תיפוק לי' דהוי שואל, דהא בבע"ח וכן בכלים א"א שיבוא החסרון כ"א ע"י פחת תשמישן שיש לו הנאה מן הפחת, דאי בשפיחתן בלא שום הנאת תשמישן אין בזה דררא דשליחות יד כ"א חיוב דמזיק וכמ"ש הנמוק"י בב"מ דמ"א להוכיח כן מהא דקתני התם הניח מקלו ותרמילו עליה חייב וכיון דאוקמינן התם דהכישה דנקיט היינו שהכחישה דהוי חסרון למה הוצרך שיניח מקלו ותרמילו עליה אע"כ משום דבעינן שיקבל הנאה מן החסרון, וכיון שהחסרון א"א לבא כ"א ע"י פחת תשמיש, וא"כ למה לן לחייבו משום שליחות יד תיפוק לי' דהוי שואל מחמת תשמיש ובשלמא למ"ד שואל שלא מדעת לאו גזלן הוא ניחא, דמשום שליחות יד גזלו הות דמיקרי ואע"ג דחיוב אונסין יש גם בשואל מ"מ יש נ"מ טובא בזה דנקרא גזלן דאי אינו אלא שואל אז כשיחזירה אפי' למקום שאינו מקומה נמי הוה חזרה, ואי גזלן הוא בעינן דוקא שיחזירנה למקומה ממש וכמ"ש בשמ"ק מאוקימתא דרב ששת שטלטנם להביא גוזלות וס"ל שואל שלא מדעת גזלן הוא ומדהוצרך לסיים גזלן הוא מכלל דאי שואל הוא לא בעינו שיחזירנה למקומה ממש, וכן אי שואל הנה לא באופן דעת בעלים והוצרך הכתוב לחייבו משום שליחות יש לומר דמשום זה גזלן הוה ובעינן דעת בעלים, אבל למ"ד דשותג שלא מדעת נמי גזלן הוא, א"כ אי אמינא דצריכה חסרון ל"ל לחייבו משום שליחות יד, תיפוק לי' דהוי שואל כיון דהחסרון א"א לבוא כ"א ע"י תשמיש, אע"כ דעובר דשליחות יד א"צ חסרון והוצרך לחייבו משום שליחות יד, כ"ז שלא נשתמש בהם עדיין שא"א לחייבו משום שואל ומאן דס"ל צריכה חסרון אפשר נמי דיסבור דשואל שלא מדעת לא הוי גזלן, והוצרך קרא דשליחות יד שוקרי גזלן, אכן לפמ"ש יש להבין כוונת רש"י שם בד"ה והא לא חסרה שכתב וז"ל ואי קשיא דילמא הא דהניח מקלו חייב לאו משום שליחות יד הוא אלא משום שואל שלא מדעת, אבל שליחות יד אה"נ דבעי חסרון עכ"ל, וכפי הנראה דמה שכתב דיתחייב משום שואל שלא מדעת היינו משום דסובר דשואל שלא מדעת גזלן הוא אבל קשה דא"כ לא יתיישב מה שסיים רש"י דשליחות יד צריכה חסרון כיון דאין ממה להוכיח, הא למ"ד שואל שלא מדעת גזלן הוי א"צ לשום

הוכחה ואין מקום לכאורה לקושית רש"י, דאי נימא שהחיוב הוא משום שואל שלא מדעת דהוה גזלן אי ודאי שא"צ חסרון וא"כ שום הוכחה דמקרא גופא מוכח כן, ואיך לדחות שבאמת ס"ל דצריך חסרון וקרא דשליחות יד אתא לחייב במקום כזה שהחסרון בא בלא הנאת שימוש, וכגון בהגביה חבית ע"מ לטול מקצתה, דהחסרון בא בהנאה ואפ"ה לא הוי שואל דליכא בזה הנאת שמוש, חדא דרש"י עצמו בב"מ דמ"ד בד"ה ניחא לו כתב דהתם נמי הוי מטעם דהוה שואל על כל החביות ע"ש, ועוד הא בקרא דשליחות יד האמורה בש"ש לא הוזכר שם כ"א שור ושה, ובבע"ח ודאי שההנאה לא תוכל לבא כ"א ע"י שימוש במלאכה, וא"כ חיוב זה ל"ל ותיפוק לי' מטעם דשואל שלא מדעת דהוה גזלן אלא לאו דא"צ חסרון, וצ"ל דמ"ש רש"י דיתחייב משום שואל לא נתכוון למ"ד דהוי גזלן אלא אפי' למ"ד שואל הוי נמי קשה לפי אוקימתת הש"ס התם דמיירי בעודן עליו דבשלמא אי הוה מיירי שכבר נטל המקבל דזה הוה כמו חזרה, דאז למ"ד שואל הוה אין לחייבו דלא בעינן דעת בעלים, ואע"ג דקיי"ל הכל צריכין דעת בעלים, כבר תי' המפרשים דהיינו דוקא בשואל מדעת דכיון שמתחלה לקחה מדעת מחויב להחזיר מדעת אבל בשואל שלא מדעת כיון דלקיחתו היתה רק בדעת עצמו, מהני החזרה נמי לדעת עצמו, אבל כיון דמיירי בעודן עליו אפי' למ"ד לאו גזלן הוי מחייב באונסים, וא"כ שפיר הקשה רש"י דמי אמר שהחיוב הוא משום שליחות יד, דלמא משום שואל שלא מדעת ולא שמעינן כלל דא"צ חסרון וכשתדקדק בלשון רש"י תראה שלא הזכיר כלל שואל שלא מדעת גזלן הוא, ולא נתכוון כלל להקשות למ"ד זה דהוה גזלן, ועיין בפנ"י מש"ש כעין זה על רש"י ותלה שיטת רש"י בשיטת בעה"מ ע"ש ולמ"ש למ"ד גזלן הוא בע"כ דא"צ חסרון דמוכח כן מקרא וכנ"ל ועיין עוד מה שאכתוב בסמוך מזה.

**שם** במחבר אלא מפני שהוא שואל שלא מדעת דהוי כגזלן עיין בהגהות אמ"ב שנסתפק אם היה שוה בשעת שליחות יד דינר ובשעה שנאנס היה שוה ב' דינרין אם נפטר בדינר אחד כדין גזלן שאינו משלם אלא כשעת הגזילה ע"ש, ואשתמיטתי' הדבר המפורש בטור כאן וז"ל דין השולח יד בפקדון הוה כשאר גזלן אלא שאינו משלם כשעת הגזילה, ונוסחא זאת מדויקת היא כמ"ש הט"ז, הרי להדיא דלענין זה אין דינו שוה לגזלן אלא משלם כשעת האונס, ועיין בחדושנו לעיל סי' רצ"א ובנה"מ שם, ועיין בש"ך ס"ק ו' אם כי לא הגיה בטור כהט"ז בכ"ז גם לפי דבריו נמי משלם כשעת התשלומין לא כשעת השליחות יד.

סעיף ב' **במחבר** אבל אם הגביה את הכיס ליטול ממנו דינר וכיוצא בדברים שאינם גוף אחד ה"ז ספק כו' אבעיא דרב אשי הוא בב"מ שם ומשום די"ל דבשלמא דבר שהכל גוף

אחד כגון חבית יין או דבש שמגביהו ליטול ממנו מקצת ניחא לי' דתיהוי כולה חבית בסיס למה שיטול ממנה שלא יחמיץ דיין אינו משתמר אלא בכלי מלא ונעשה שואל על כל החבית אבל אם היה הפקדון כיס מלא דינרים אין דינר זה שנוטל נשתמר מהאחר או דלמא גם בזה נראה כיס מלא, יותר נראה ומשתמר יותר וכל המפרשים תפסו על הרמב"ם והמחבר בזה דמשמט בש"ס דהך בעיא חינה ב"ש למ"ד צריכה חסרון, אבל לדידן דפסקי האשהבים והמחבר אהא חסרון אנן נ"מ בזה, וא"כ למה הביא זה המחבר הא פסק דאינו צריך חסרון, ונ"ל ליישב דהנה בש"ס שם קאמר רבא לא תאמר שליחות יד בשו"ת וש"ש ותיתי משואל, ופרש"י ששואל חייב באונסין משום שכל הנאה שלו ושולח יד נמי כל הנאה שלו ע"ש, והנה למה שכתבתי לעיל בסמוך דבבעלי חיים לא תוכל לבוא החסרון כ"א ע"י הנאת השימוש בו, דבלא הנאה אין נחשב כ"א כמזיק דעלמא ע"ש, ולפ"ז כל שליחות יד שיש בו חסרון, היינו בע"כ שנשתמש בו, א"כ א"צ למ"ש רש"י דטעם דרבא משום דילף שליחות יד הדין שואל, אלא כוונת רבא במה שאמר ותיתי משואל היינו דכל שולח יד א"א שלא יהיה בזה שאלה וא"כ למה לן לחייבו מטעם שליחות יד תיפוק לי' דהוה שואל, ובע"כ דקרא קאתי לאשמעינן שא"צ חסרון דהתם לא הוי אכתי שואל עלייהו אלא דאפ"ה מוכרחים אנו לפרש"י בדברים שלאו בע"ח וכגון בחבית יין ושמן דשלח בה יד ליטול מקצת דבזה הוי שולח יד בלא שום תשמיש דלא הוה שואל ממש, וצריך לפרש"י דאכתי למה הוצרך דנילף מדין שואל, אכן בעיקר סברא דרבא לפי טעם רש"י צ"ע דאיך נוכל למילף מדין שואל, הא בשואל אע"ג שגוף החפץ צריך לחזור לבעלים ונמצא שאין לו הנאה כ"א במקצת, אפ"ה כיון דההנאה הזאת א"א להיות כ"א ע"י שימוש שישתמש בכל החפץ מחייב על כולו, אבל אם נוטל מקצת השמן א"צ למותר השמן ואמאי חייב בכולו, דלפמ"ש לעיל על שליחות יד דש"ש דמיירי בשור ושה דהוו בע"ח לא צריכינן כלל למילף מדין שואל דשולח יד גופא שואל הוה, ורק שטעם זה לא יוצרך כ"א בשליחות יד דשו"ח וכגון בחבית יין ושמן וא"כ דין זה א"א כלל למילף משואל, ונ"ל דרש"י לשיטתו מיושב מאוד, דבב"מ דמ"ד ע"א בד"ה ניחא לי' דתיהוי בסיס כתב שם רש"י בסוה"ד והוה כנוטל ומניח דהוי שואל על כל החבית ע"ש ותמוה מאוד דלמה הוצרך לסיים דהוה כמו שואל על כל החבית, הא כיון דהוי כנוטל א"כ חייב על כל המותר משום שליחות יד וכדין כל שולח יד במקצת דחייב על כולו, ומצאתי בשטמ"ק שם שעמד בזה ופי' שדעת רש"י דבאמת אין חייב משום שליחות יד על כלו כ"א דוקא בכה"ג שיהא שואל על כל המותר, והיכי דלא שייך שיהא שואל על כל המותר כגון בשמן וכדומה, אה"נ שאינו חייב על כלו עי"ש, ולכאורה תמוה מאד דעת

רש"י דמנ"ל להוציא חידוש גדול כזה, ואמנם לפמ"ש צדק מאד דדברי רבא הללו הכריח אותו לפרש כן, דקאמר דתרי קראי דשליחות יד אייתר ותיתי משואל, ובשלמא בבעלי חיים הוה שואל ממש אבל בלאו בע"ח בע"כ דהפירוש הוא דתיתי מדין שואל לא נוכל למילף כ"א ביין וכדומה דהוה שואל על כלו כיון דניחא לו דליהוי בסיס, אבל בשמן וכדומה שא"צ כלל המותר, באמת אין חייב בכלו, דלא דמי לשואל דהתם משתמש בכלו משו"ה חייב על כלו וזה ברור ולפ"ז יהיה הדין דאמר שמואל דניחא דליהוי בסיס גם אליבא דמ"ד דא"צ חסרון, דנהי דלדידיה א"צ שיחסור המקצת ואפי' אם לא החסיר כיון שנטל ע"מ להחסיר הוה כמאן דחסר, מ"מ אי לאו משום טעמא דבסיס אין חייב בהמותר דמה יוכל להועיל דהוה כמו שחסר, דסוף סוף אם אין לו הנאה בהמותר א"א שיתחייב בכלו, כיון דלא הוי דומיא דשואל, ודוקא משום טעם דניחא לו דליהוי בסיס מתחייב בכלו כיון שיש לו הנאה גם מן המותר ואין להקשות דלפ"ז שגם למ"ד א"צ חסרון אין חייב כ"א דוקא ביין, וביין חייב נמי למ"ד צריכה חסרון כדאמר התם, וא"כ במאי פליגי, דיש לומר דביין ודאי שאין נ"מ בפלוגתתם, והנ"מ יהיה בבעלי חיים דלמ"ד א"צ חסרון חייב גם בנטל ע"מ להשתמש, אע"ג דלא נשתמש עדיין דהוה כמאן דנשתמש וחייב בכלו ולמ"ד צריכה חסרון אין חייב עד שיחסיר דהתם אין שייך הסברא דהוה כנוטל ומניח, וגם בשמן יש נ"מ על המקצת שחשב לטול דלמ"ד א"צ חסרון נהי שאין חייב בכלו מטעם שאין לו הנאה בהמותר, מ"מ בהך מקצת גופא חייב כיון דהוי כמו שנטלה, ולמ"ד צריכה חסרון גם בזה אין חייב עד שיטול, ולפמ"ש מיושב דעת הרמב"ם והמחבר דמזכירים גם לבעיא הזאת דרב אשי אע"ג דסברי א"צ חסרון, והרי"ף ורא"ש באמת השמיטוה מטעם זה, ועיין במ"מ שכתב שדברי שמואל הוי אפי' למ"ד צריכה חסרון, וא"כ גם בעיא דרב אשי הוי אליבי' ע"ש, והיינו כמו שכתבנו דכיון דשליחות יד משואל ילפינן לא נוכל לחייבו בכלו כ"א דוקא במקום שיש לו הנאה גם מן המותר וע"כ לא פליגי כ"א דלמ"ד א"צ חסרון א"צ ליטול המקצת, ומ"ד צריכה חסרון צריך ליטלה, אבל בזה כו"ע יודו שצריך שיגיעו הנאה מן המותר, וא"כ בעיא דרב אשי בארנקי אי הוה שואל על המותר, שייך גם למ"ד א"צ חסרון, שוב ראיתי בנתיבות כאן שהביא נמי השמ"ק והמ"מ הנ"ל לתרץ הרמב"ם אלא שהקשה דא"ם במאי פליגי ולמ"ש לעיל לק"מ דיפלגו בבעלי חיים או בשמן בהך מקצת שנטל.

**ולפ**"ז יצא לנו פלוגתא חדשה בין רמב"ם ורש"י וגם הרי"ף והרא"ש דרי"ף ורא"ש סוברים שאפי' בשמן וכדומה שאין לו הנאה מן המותר ג"כ חייב בכלו לכ"א כדאית לי', למ"ד צריכה חסרון היינו דוקא בנטל ולמ"ד א"צ חסרון אפי' בלא נטלו ולרש"י ורמב"ם אין

חייב כ"א על המקצת שנטל או שחישב ליטול ולא על המותר, אלא שבאמת תמוה שיטת הרי"ף דכיון דשליחות יד מדין שואל ילפינן וא"כ איך נחייבו במקום שאין לו הנאה מן המותר ונ"ל ברור שהם לא יפרשו כרש"י דשליחות יד יליף מדין שואל אלא יפרשו כפר"א, דלא תאמר שליחות יד כ"א בשואל והוה יליף שולח יד בשואל בש"ש ושו"ח משולח יד דשואל והילפותא הוא לא מדין דשואל דחייב אונסין דזה שפיר מצי לדחות דלא דמו משום דהתם הוה הנאה בכולו וכנ"ל, אלא משליחות יד דשואל דהשתא דכתיבי שליחות יד בשו"ח וש"ש וכתיב וכי ישאל וא"ו מוסיף על ענין ראשון כמאן דכתיבי תלתא קראי ע"ז פריך דלכתוב בשואל לחוד, וכיון דהילפותא הוא משליחות יד דשואל יש לומר דגם בשליחות יד דשואל נמי לא מיירי שיש לו הנאה מן המותר, והרמב"ם יפרש כפרש"י דבשואל כתיב שליחות יד ובע"כ דהילפותא הוא מדין חיוב אונסין דשואל ולא הוה אלא בכה"ג שיש לו הנאה בכולו, אלא דלפמ"ש דעיקר החיוב בכולו הוי מטעם דניחא דליהוי בסיס וא"כ לא שייך זה אלא בלא נטל המקצת אבל אם נטל המקצת שא"צ עוד להמותר מהיכי תיתי שיתחייב ומצאתי בנה"מ שהעיר בזה ואפשר לומר דאה"נ שאם נטל ממש אין חייב כ"א בהמקצת שנטל, והא דקאמר הש"ס התם לא נטל כו' אלא כיון שהגביה ליטול אע"פ שלא נטלה דמשמע מזה דבנטל כ"ש דחייב בכולו היינו דנטל לאחר זמן ומתחלה הגביה ע"מ שיטול לאח"ז שלא הוצרך לו עוד היין לשעה ועוד אותו זמן ניחא לו שיהי' היין בחבית להשתמר ופי' הגמ' כן לא נטל ממש פי' לא בעינן דוקא שהאונס יבא אחר הנטילה, אלא אפי' אם עדיין לא נטלה כיון דהוה כשואל מכבר ור"ש בנטלה פי' שהאונס אירע בהמותר אחר הנטילה דחייב כיון דהוה שואל מכבר, אבל בנטל תיכף כששלח בו יד היינו שלא נתכוון מתחלה שהיין ישתמר בה איזה שעה בזה הוה הנטילה חסרון, ואין חייב כ"א בהמקצת שנטל וזה נכון, הדרן לדינא דבשמן הוי פלוגתת הראשונים דלרי"ף ורא"ש חייב אפי' בכולו כשנטל מקצת, ולרש"י ורמב"ם אין חייב כ"א במקצת שנטל, וגם ביין הוי הפלוגתא דלרמב"ם דהחיוב הוא מדין דשואל אין חייב כ"א דוקא כשלא נטל המקצת תיכף, רק מתחלה שלח בה יד ע"מ לטול לאח"ז המקצת, אבל כשנטל תיכף המקצת אין חייב בכולו, ולרי"ף גם באופן זה יתחייב וז"ב אלא דצ"ע בדעת המחבר שמשמע מדבריו שבנטל חייב בכל אופן ואפי' כשנטלה תיכף ועיין בנה"מ מ"ש.

סעיף ג' **במחבר** בד"א בחבית של יין כו' עיין בדבור דלעיל שהעליתי דדין זה במחלוקת תלוי ולרי"ף ורא"ש גם בשאר פירות חייב בכולו.

סעיף ד' **במחבר** אמר שרוצה לשלוח יד בפקדון כו' כבר נתעורר הב"ח על הסתירה הגדולה שברש"י דמשנה זאת בשני מקומות בב"מ וקדושין, החושב להלוה יד בפקדון כו' ובב"מ פרש"י דהאי החושב, היינו דוקא אחר בפני עדים ובקידושין פי' דהוה"ד מחשבה נמי מהני, וה' עזרני לומר בזה דבר אמת, דהנה ראה זה פלא חילופי הגרסאות מב"מ לקדושין, דבב"מ כשהביא ע"ז הברייתא דעל כל דבר פשע אמרו ב"ה לב"ש והלא כבר נאמר אם לא שלא ידו א"כ מה ת"ל על כל דבר פשט שיפול אין לי אלא הוא אמר לשלוחו מנין ולגרסא הזאת האי שיכול דברי ב"ה הם אבל לב"ש לא מחייבי באומר לשלוח לשלוח יד בו אכן בקדושין הגרסא אחרת, אמרו ב"ש לב"ה א"ל מה ת"ל על כל דבר פשע שיכול אין אלא הוא אמר לשלוחו מנין ולגרסא זאת וב"ש אומרים האי שיכול, מפורש שגם ב"ש מחייבי באומר לשלוח יעיין במקנה ובש"ש שם, שהרגישו נמי בזה שהגרסאות חלוקות, ואע"ג דיקשה לפ"ז היכי מצינן לומר שב"ש מחייבי באומר לשלוח הא ב"ש סברי דאין שליח לדבר עבירה אפי' בשליחות יד וכדקאמר שם הניחא לב"ה אלא לב"ש מאי ע"ש, יש לומר דהא דמחייבי ב"ש באומר לשלוחו לאו משום מעשה השלוח דהוה כמעשה עצמו, ומטעם שליחות הוא, אבל משום מעשה עצמו הוא דמחייב, דכיון דלב"ש אמירה הוי כמעשה חייב נמי לשלוחו מטעם מעשה המשלח גופא, דהוא עביד המעשה בזה, ורבותא קמ"ל דאפי' לא חשב לשלוח יד בעצמו אלא אמר לשלוחו שישלח יד גם האמירה הזאת חשוב כמעשה ועיין במקנה ורש"ש שם, וא"כ תרווייהו ב"ש וב"ה מחייבי באומר לשליח אלא דיש נ"מ בטעם החיוב, לב"ה הוי טעם שליחות, וס"ל דבשליחות יד יש שלוח לדבר עבירה, ולב"ש הוי החיוב מטעם מעשה עצמו, ולפ"ז הסוגיות חלוקות, דסוגיא דב"מ סבירא דלב"ש לא מחייב כלל באומר לשלוח, לא מצד שליחות ולא מצד מעשה עצמו, מצד שליחות א"א לחייבו דהא ס"ל אין שלוח לד"ע אפי' בשליחות יד, ומטעם מעשה עצמו נמי אין לחייבו, דאע"ג דב"ש סברו דאמירה הוה כמעשה היינו באומר שישלח יד בעצמו, אבל באומר לשליח שישלח יד אמירה כזו לא הוי כמעשה, וסוגיא דקדושין ס"ל דגם לב"ש חייב באומר לשלוח, עכ"פ מטעם אמירה, דגם בזה אמרינן דאמירה הוי כמעשה אלא דאכתי הסוגיא דקדושין צריכה ביאור, דלפמ"ש דהאי שיכול דברי ב"ש הם, קשה דלמה הוצרכו ב"ש כלל לסיים האי שיכול ולומר דקרא דעל כל דבר פשע לרבות שלוח אתי, הא לב"ש ניחא בלא"ה האי קרא דאשמועינן דמחשבה הוה כמעשה ועיקר דינו דב"ש מקרא דעל כל דבר פשע יליף, ומנ"ל לרבות שליח, וצ"ל שגם לב"ש קשה, דאילו הם מחייבי אפי' על מחשבה גרידא, וקרא דעל כל דבר פשע משמע שעכ"פ דיבור מיהא בעינן, ולזה מתרצי ב"ש

לנפשייהו דהאי דבור דקרא לחיובי שלוח אתי, שאפי' אמירה כזאת שיאמר לשלוח שישלח יד נמי הוה כמעשה, אבל בחושב לשלוח יד בעצמו אה"נ דגם במחשבה לחוד מחייב, ומעתה בוא וראה כמה מדוקדקים דברי רש"י דלגרסת סוגיא דב"ק דב"ש לא מחייבי באומר לשלוחו וקרא דעל כל דבר למחשבת עצמו הא דאתא, בע"כ מוכרחים לפרש דהאי החושב, היינו אמירה ודבור דלא נוכל לפרש דבמחשבה לחוד נמי, דהא בקרא דבר כתיב, ומשמע שעכ"פ דבור מיהא בעינן, אבל לגרסא דקדושין דב"ש יליף מקרא דעל כל דבר לרבות שלוח, לפ"ז בע"כ דבחושב לשלוח יד בעצמו אפי' במחשבה לחוד נמי מחייב, דאל"ה אלא קרא דדבר להצריך אמירה ודבור הוא דאתא, א"כ לרבות שלוח מנ"ל, ולהכי פרש"י שם דבמחשבה גרידא נמי חייב ואין ספק שזהו האמת ברש"י. **ולאחר** כל האמור, אולי נצדיק בזה גם לרבינו הסמ"ע במ"ש בס"ק י' וז"ל ובפרישה כתבתי דנראה דהיינו דוקא כשלא ידע השלוח שהוא של אחרים או שאינו בר חיובא או שאין לו לשלם דאל"כ הא קיי"ל דאין שליח לדבר עבירה עכ"ל והכל תפסו עליו בזה דאשתמיטתי' ש"ס ערוך דבשליחות יד רבי קרי דיש שלוח לד"ע ועמ"ש הש"ך ולמ"ש י"ל דהא דרבי רחמנא לחייב על מעשה השלוח בשליחות יד לאו מדין שליחות הוא, אלא משום מעשה עצמו, דגלי קרא דעל כל דבר דבשליחות יד חשוב דבור כמעשה וא"כ מה שאמר לשלוח שישלח יד חשוב כמעשה כאילו המשלח גופא שלח יד, וכפי הגרסא דב"מ דב"ש סברי דדוקא באומר שישלח יד בעצמו חשיבה האמירה כמעשה, אבל באומר לשלוח לא חשוב כמעשה, ובזה פליגי ב"ה וסברי דאפי' אמירה לשלוח חשוב נמי כמעשה, ולגרסא זאת גם לב"ה דמחייב באומר לשליח לא מצד שליחות הוא כ"א מחמת מעשה עצמו, ואולי היינו טעמא נמי דרמב"ם פ"ז ממעילה שכתב שלא מצינו בכל התורה שליח לד"ע אלא במעילה ובלבד שלא יתערב איסור אח"כ עמו, וכולם הקשו עליו והרי גם בשליחות יד אמרי' נמי דיש שליח לד"ע, וי"ל דסובר נמי דהא דריבתא בשליחות יד לאו מדין שליחות הוא אלא דרבי רחמנא מעל כל דבר דדיבור חשיב כמעשה וממילא מה שאמר לשלוח חשיב כאילו שלח יד בעצמו, ומשום מעשה עצמו הוא דחייב, ולזה שפיר קשיא ליה לסמ"ע כיון דבכ"מ קיי"ל דאשלד"ע ובדבר עבירה חייב השליח דלא היה לו לשמוע להמשלח, ונהי דבשליחות יד אמרי' דהמשלח חייב נמי, אבל למה יפטור השליח, בשלמא אי הוה נימא דהא דרבתה תורה בשליחו"י לחייב המשלח משום שליחות הוא, דאמרי' שלוחו כמותו, אז הוה שפיר פטור השליח משום דחשיב עשייתו כמו שהמשלח עשה זה ולא הוא, אבל כיין דלאו משום שליחות הוא אלא מצד מעשה עצמו, ונמצא דשניהם עבדו בזה מעשה, המשלח באמירתו דחשיב

כמעשה והשליח במעשה ממש, וא"כ למה יפטור השליח ולא נימא דלא היה לו לשמוע להמשלח כמו בכ"מ דמשו"ה אמרי' אשלד"ע והוכרח ליישב דמיירי כגון שהשליח לא ידע וכו', ומה שקשה לפ"ז בש"ס דעביד לשליחות יד ומעילה ב' כתובים דיש שלד"ע, ולמ"ש דלאו משום שליחות הוא מאי ב' כתובים איכא בזה, עיין במוהרי"ט הובא בקצוה"ח דפי' נמי כדרך הזה דלאו מדין שליחות הוא, ואם כי לא זו הדרך אשר כתבתי, בכ"ז גם לפי דרכו יקשה מאי ב' כתובים וע"ש מה שתי', ובזה יתורץ גם לפי דרכנו, ואמנם בעיקר דברי הסמ"ע שכתב לדבר פשוט דבלא ידע השליח שדבר עבירה הוא חייב המשלח, לאו פסקא הוא לכו"ע ועמ"ש לקמן בסי' שמ"ח מזה, ובחדושנו לב"ק דל"ב ודט"א ודו"ק.

**שם** בש"ך סק"ד העלה דאם אין למשלח לשלם חייב השליח, ואינו מובן הא שליחות יד לא שייך כ"א בשומר ששלח יד בפקדון, בזה חדשה תורה שמגביה ע"מ לשלוח יד גם במקצת דחייב כולו אבל באדם דעלמא שאינו שומר אין שייך לחייבו כ"א אהך מקצת שנטל, וא"כ איך שייך כלל לחייב השלוח, ואפשר שזהו נמי כוונת הסמ"ע במ"ש שהשלוח אינו בר חיובא דהיינו כגון שאין השליח נמי שומר בזה דאז אין השליח בר חיובא מטעם שליחות יד וחייב המשלח, ושוב מצאתי בקצוה"ח שהרגיש בזה וצ"ע.

סעיף ה' **בש"ך** ס"ק ו' דטעינה ועיבור לחוד הוה שינוי עמ"ש בחדושנו לקמן סי' שס"ב מזה.

סעיף ז' **בהג"ה** אם בא בעל הפקדון ואמר תן לי פקדוני כו' והלה מעכב חייב להחזיר הריוח מכאן ולהבא וכש"ך הביא בשם הרש"ל דאפי' תבעו לדין וא"ל תן לי פקדוני כי יש לי ריוח ברור ומברר דבריו וזה מעכבו פטור דמבטל כיסו לא הוה אלא גרמא ועיין בש"ך שסומך על דברי הירושלמי דפ' המקבל ע"ש ולענ"ד בכה"ג שמברר שיש לו ריוח ברור אינו דומה למבטל כיס אלא למבטל שדה חבירו דחייב, דעיקר הטעם דמבטל כיס פטור היינו משום דמי יימר דאיכא רווחא אבל במברר שיש לו ריוח ברור אינו דומה למבטל כיס כלל ודמיא למבעל שדה דחייב גם להירושלמי וכמו שהארכנו בזה לקמן בסי' שס"ג ע"ש כי שם מקומו וכן לעיל בסי' ר"ז בחדושנו שם.

סעיף ט"ו **במחבר** לא ערבה עם פירותיו אע"פ שחסרים ומתמעטים לא יגע בהם כו' דין זה צריך ביאור כי זהו דינא דמתני' בב"מ דל"ח המפקיד פירות אצל חבירו אפי' הן אבודין לא יגע בהן ובטעם הדבר פליגי בה אמוראי רב כהנא אומר משום דאדם רוצה בקב שלו מט' קבין של חבירו, ורב נחמן בר יצחק אמר חיישינן שמא עשאן המפקיד תרומה ומעשר על מקום אחר וקאמר עזה רבב"ח א"ר יוחנן מחלוקת בכדי חסרונן אבל יותר

מכדי חסרונן ד"ה מוכרן בב"ד מיתיבי לפיכך בעה"ב עושה אותן תו"מ אל מקום אחר וליחוש דילמא הוו להו יותר מכדי חסרונן וזבנינהו וקא אכל טבלים, ומשני יותר מכדי חסרונן לא שכיח ואי משתכחי מאי מזבנינן להו וליחוש שמא עשאן בעה"ב תו"מ כי מזבנינן נמי לכהנים בדמי תרומה ופריך ולרנב"י נמי נזבלינן לכהנים בהא פליגי דרבב"ח סבר יתר מכדי חסרונן לא שכיח וכי משתכח לקמי' הוא דהוה יותר מכ"ח אי עביד להו בע"ב תו"מ מקמי דהוה יותר מכ"ח משכח שכיחי ולאלתר הוו להו וחיישינן שמא יעשה ע"ש בסוגיא, ובמהר"ם שי"ף שם הקשה דלמסקנא דאמרינן דלשמא עשאן לא חיישינן דע"ז יש תקנה למכור לכהנים ורק החשש הוא שמא יעשה אח"כ תרומה ומעשר א"כ למה אמר ר"ל טעמא דשמא עשאן הול"ל שמא יעשה ע"ש, ונ"ל ליישב דהנה בחבורנו לב"מ שם הוכחתי בעצה הזאת דלזבנינהו לכהנים לא שייך כ"א בחסרון יותר מכדי חסרונן, אבל בשהחסרון הוא בכדי חסרונן לא שייך עצה הזאת דהא ההפסד יהיה יותר מן הריוח, דכשמוכרם לכהנים מוכרם בזול הרבה ע"ש שהוכחתי זה מן הש"ס, ולהכי לעיל דנותן טעם על כדי חסרונן קאמר טעם דשמא עשאן, אלא דאכתי יש להבין למה הוצרך לתרי טעמי דשמא עשאן ושמא יעשה, נהי דבטעם דשמא עשאן לחוד אין מספיק ביותר מכדי חסרונן אבל טעמא דשמא יעשה לחוד מספיק דטעם זה יספיק גם לכדי חסרונן, וי"ל דבשמא יעשה לחוד ודאי לא יספיק דהיה קשה מאי חזית לאסור המכירה משום חשש דשמא יעשה אע"ג דעי"ז יבואו הבעלים לידי הפסד אדרבה היה להם לתקן שהבעה"ב יהא אסור לתרום מהם והנפקד יהא רשאי למוכרם בכדי להציל מן ההפסד לזה הוכרח לטעם דשמא עשאן קודם הפקדון, וכיון שכבר נאסר המכירה מטעם שמא עשאן, להכי אסור למכור אפי' ביותר מכדי חסרונן מטעם דשמא יעשה ושפיר צריכי שני הטעמים, ואלא דלפמ"ש התוד"ה מזבנינן דרב נחמן יש לו נמי טעמא דרב כהנא דרוצה בקב שלו א"כ אכתי למה הוצרך לטעם דמשמא עשאן דבטעם דרוצה בקב ושמא יעשה היה מספיק, דהוכרחו לתקן איסור המכירה מטעם דרוצה בקב שלו, וטעם דשמא יעשה יהיה ליותר מכדי חסרוני, ואכן גם זה לא קשה, דאכתי הוצרך לטעם דשמא עשאן בפירות שאינן של מפקיד וידוע שלקחן דבזה לא שייך טעם דרוצה בשלו, כיון שאינן משדהו והיה מותר למוכרן וכמ"ש רש"י הטעם דעמל בהן משמע דדוקא בפירות שדהו שעמל בהן יש לו נחותא בהם אבל בפירות הלקוחין לא שייך טעם דרוצה בשלו כיון שאינן משדהו, ולטעם דשמא עשאן אסור למכור בכל אופי. ונמצא לפ"ז דלר"נ יש ג' טעמים א) שמא עשאן ב) שמא יעשה ג) דרוצה בקב שלו, וכולם הוצרכו טעם דשמא עשאן ורוצה בקב שלו, הוצרכו לענין עיקר התקנה דאסרוה למכור ולא תקנו להיפך שלא

יעשה תרומה ומעשרות, לזה הוצרכו לטעם דרוצה בקב שלו. ומפני שטעם זה לא שייך כ"א בפירות משדהו עצמו ולא בלקוחין, הוכרח נמי לטעם דשמא עשאן, שאפי' בלקוחין נמי אסור וטעם דשמא עשאן לחוד לא יספיק אכתי לפירות שאין בהם דין תרומה לזה איצטריך נמי לטעם דרוצה בקב שלו, ושני אלו הטעמים אכתי אין מספיק כ"א לבכדי חסרון, אבל לטעם דשמא יעשה אסור גם ביותר מכדי חסרונן ולפ"ז השתא לדידן דליכא טעם דתרומה, אפ"ה בכדי חסרונן אסורין למוכרן מטעם דרוצה בשלו, אבל ביותר מכדי חסרונן או בפירות לקוחין שרי למכור לדידן אפי' בכדי חסרונן והנה במחבר כאן פסק דבכדי חסרונן לא יגע בהן וביותר מכדי חסרונן מוכרן בב"ד, ולא חילק כלל בין פירות שלו לפירות לקוחין, והנה בזה שפסק דביותר מכדי חסרונן מוכרן, אע"ג דרב נחמן בר יצחק פליג על ר' יוחנן, וצריכין לפסוק כר' יוחנן, לא קשה לי ע"ז, דהא עיקר טעם דר"נ ביותר מכדי חסרונן הוא משום שמא יעשה תרומה ומעשר, וזה לא שייך השתא לדידן דליכא דין תרומה דאורייתא דלא מחמרינן גבי' לחוש מספיקא שמא יעשה ולא נשאר כ"א טעם דרוצה בקב שלו, שזה אין שייך כ"א בכדי חסרונן כדקאמר התם בש"ס ואפי' על הרמב"ם שכתב בפ"ז משאלה טעם דשמא עשאן, ואפ"ה פוסק דהיינו דוקא בכדי חסרונן י"ל ג"כ דהוא יסבור כשיטת הראשונים שס"ל דלמסקנא דהתם דידעינן העצה כי מזבנינן לכהנים, גם ר"נ מודה ביותר מכדי חסרונן ולא פליג עם ר' יוחנן כלל וכקושית התוס' שם וכן ס"ל להרבה ראשונים כמבואר בשמ"ק ע"ש וכזה י"ל ג"כ בטעם הרי"ף דפוסק כר' יוחנן והרא"ש תמה עליו דלא ידע למה פסק כר"י נגד ר"נ, ולמ"ש א"ש דס"ל ג"כ דלמסקנא לא פליגי כלל וגם ר"נ מודה ביותר מכדי חסרונן, אלא דהא קשיא לי טובא לדידן השתא דלא שייך טעם דתרומה ואיסור המכירה הוא רק מטעם דשמא רוצה דלפ"ז לא שייך כ"א בפירות שהיו משדו שלו ולא בלקוחין וכמו שהוכחתי לעיל מן הש"ס לחלק בזה, דאל"ה למה הוצרך ר"נ לטעם דשמא עשאן, וא"כ למה לא הוזכר מזה בשום פוסק לחלק דבפירות לקוחין מותר למכור, ולדינא היה נ"ל נכון כמ"ש דבפירות לקוחין מותר למכור השתא לדידן, והיינו אפי' לשיטת הרי"ף והרמב"ם דפסקו כת"ק דמתני' דאסור למכור בכדי חסרונן, ובכ"ז בפירות לקוחין גם לדידהו מותר לדידן.

**ואכן** אליבא דאמת נראה העיקר כשיטת הרא"ש דפוסק כרשב"ג במתני' שם דסובר מוכרן בב"ד וא"כ בכל אופן מותר למוכרם וכמו שאבאר, דהנה בש"ס שם מביא ברייתא המפקיד פירות אצל חבירו והרקיבו יין והחמיץ שמן והבאיש כו' ה"ז לא יגע בהן דברי ר"מ וחכ"א עושה להם תקנה ומוכרן בב"ד, ופריך התם במאי פליגי, ומוקי דפליגי אי חששו להפסד מועט ע"ש, והראשונים הקשו דמאי פריך במאי פליגי ולא ניחא לי'

לאוקמי כטעם דמתני' דאדם רוצה בקב שלו, ואם כי תי' דאדם רוצה לא שייך הכא כיון שכבר הבאים והחמיץ ונפסד לגמרי לא שייך לומר דניחא בשלו, וטעם דשמא עשאן תרומה ומעשר נמי לא שייך וכמ"ש הראשונים עיין עליהם בשמ"ק ובר"ן, אכן מלשון רש"י משמע דגם בכה"ג שייך לומר דניחא בשלו, דז"ל רש"י בד"ה במאי פליגי מאחר דביותר מכדי חסרונן גם ר"מ מודה א"כ במאי פליגי ע"כ, ומשמע דלדעת המקשה דלעיל פליגי גם ביותר מכדי חסרונן היה ניחא בטעמי סברתם והו"א דטעם דר"מ הוא משום דרוצה בקב שלו אפי' ביותר מכדי חסרונן נמי, ואי נימא כסברת הראשונים דכיון שהופסד לגמרי לא שייך לומר דניחא בשלו, א"כ אפי' לדעת המקשה דפליגי נמי ביותר מכדי חסרונן, קשה דבמאי פליגי, ולהכי נראה דרש"י ס"ל שגם בזה שייך לומר דניחא בשלו ואפ"ה לא ניחא לו לומר דפליגי בטעמי דמתני' דא"כ הול"ל והני תנאי כהני תנאי כדאמר הכי בכ"מ דאיכא כה"ג ומדלא קאמר הכי ודאי דקים להו להש"ס דפלוגתא דר"מ וחכמים אין דומה לפלוגתת רשב"ג ותנ"ק דמתני' וגם המקשה דמותיב מברייתא הזאת לר' יוחנן היה סובר שאין זה דומה לפלוגתא דמתני', וס"ל דהכא פליגי אפי' ביותר מכדי חסרונן וכפשטא דמלתא דרוצה בקב שלו מט' קבין של חבירו, ולא סבירא ליה דגוזמא קאמר, אחד מתשעה ורבנן ס"ל דביותר מכדי חסרונן מותר למכור, ולהכי קאמר לדבר פשוט מאי לאו אפי' יותר מכדי חסרונן ומאין פשיטא ליה כ"כ דמירי אפי' ביותר מכדי חסרונן ומי עדיפא ממתני' דאוקימנא בכדי חסרונן אלא משום דפשיטא היה לו דהני תנאי דברייתא לא ס"ל חמש כתנאי דמתני' מדלא קאמר הני תנאי כהני תנאי מכלל דפליגי אפי' ביותר מכדי חסרונן, וא"כ טעם פלוגתתם הוי ממש כטעמא דמתני' דפליגי בטעם דאדם רוצה ומ"מ לא הוה ממש כתנאי דמתני', דבמתני' פליגי בכדי חסרונן, ובריייתא אפי' ביותר מכדי חסרונן, ולא היה קשה כלל במאי פליגי לסברת המקשה, ורק לבתר דמשני דביותר מכדי חסרונן גם ר"מ מודה, פריך הגמ' שפיר במאי פליגי, דלא נוכל לומר דפליגי כטעם דמתני' א"כ הוי הני תנאי ממש כתנאי דמתני', ואמאי לא קאמר והני תנאי כהני תנאי, וזהו מ"ש רש"י לתלות דהקושיא במאי פליגי היינו דוקא לדעת התרצן דפליגי בכדי חסרונן דוקא, דאילו לדעת המקשה דפליגי נמי ביותר מכדי חסרונן היה ניחא לו דטעמם כטעם דמתני' ואפ"ה לא הוה ממש הני תנאי, ומשני דפלוגתא דברייתא לא שייך כלל לפלוגתא דמתני', דבמתני' פליגי אם מותר למכור, וחכמים דס"ל לא יגע, היינו שאסור למכור, ואינם האי לא יגע דקאמר ר' מאיר בברייתא, פירושו שאינו מחויב לטרוח, אבל אם רוצה מעצמו לטרוח ולמוכרם שרי אלא דחז"ל לא חייבוהו לטרוח בזה דלהפסד מועט לא חששו להטריח את הנפקד, ורק ביותר מכדי

חסרונן דהוה הפסד מרובה חששו חז"ל להטיל עליו טורח המכירה, וחכמים דברייתא סברו שאפי' בהפסד מועט חששו חז"ל לחייבו בטורח המכירה, ומדוקדק מאוד לפ"ז לשון לא חששו, שמשמע לא חששו להטריחו, וז"ב בכוונת רש"י, ולפמ"ש מוכרחים לומר דר"מ ורבנן דברייתא שניהם ס"ל כרשב"ג דמתני' דמותר למכור אפי' בכדי חסרונן ולית לי' טעם דאדם רוצה בקב שלו, ולהכי שפיר פליגי אם חייבוהו הכא לטרוח, אבל אם היה רוצה לטפל היה מותר למוכרם, דאילו לרבנן דמתני' אפי' אם רוצה אסור נמי למוכרן מטעם דרוצה בשלו, ונהי דביין והחמיץ שמן והבאיש היה מקום לומר כסברת הרמב"ן ור"ן לעיל דלא שייך לומר בהם דניחא בשלו כיון שנפסד לגמרי, ואפי' לרבנן דמתני' נמי מותר, אכן הלא בברייתא קתני נמי פירות והרקיבו ובזה לרבנן דמתני' אסור למכור, וא"כ איך יפלגו הכא בברייתא אם חייבוהו למכור, דמשמע דאם רוצה מותר, אלא ודאי דתנאי דברייתא ס"ל כרשב"ג דמתני', והנה ראיתי בשטמ"ק שאיזה ראשונים רצו נמי לפרש דפלוגתא דתנאי דברייתא, היינו אי מחויב למוכרם אלא שדחו זה מטעם דפירות והרקיבו דבזה אסור למכור, ולמ"ש גם מזה לא איריא, דס"ל כרשב"ג דמתני' ברור שזהו דעת רש"י, ולפ"ז צ"ל דהלכה כרשב"ג דמתני' כיון דתנאי דברייתא כוותי' ס"ל, ועיין בראש"ש שם שהכריח כרשב"ג מטעמים אחרים, אבל כולם השיגו על טעמי הרא"ש, ולמ"ש ההכרח לפסוק כרשב"ג כיון דתנאי כוותי' ס"ל ושיטת רש"י כפי מה שבארנו היא הברורה ביותר, דלשיטת הרי"ף קשה טובא וכמ"ש הרא"ש, ושיטת בעה"מ נמי תמוה כמ"ש הרמב"ן דלכל השיטות אין עולה יפה פי' הסוגיא, ולמ"ש בכוונת רש"י מיושב הכל כהוגן עיין היטב בדברי הראשונים ותמצא כן ודו"ק.

**סימן רצג**

סעיף א' **במחבר** ואם הפקידו אצלו לזמן אינו יכול להכריחו לקבלו תוך הזמן, והריטב"א הקשה מ"ש מפועל דיכול לחזור בחצי יום, לענ"ד לא דמי לפועל דעובד בגופו עבודת עבד ושייך גבי' הטעם ולא עבדים לעבדים, אבל שומר שאינו עושה מלאכה בגופו רק משום עי' השגחתו לא הוי זה בגדר עבודת עבד, ועוד דהטעם דלי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים אין שייך כ"א בפועל שאינו עושה עמו דרך חסד שנשכר לו למלאכתו, וזהו בגדר עבד, אבל מה שייך בשומר שמשמרו בחנם דרך חסד בעלמא לומר בזה שהוא עבד, ועולם חסד יבנה ובכה"ג עבד ה' הוא דמיקרי וטעם זה ניחא יותר, דלתי' הראשון שכתבתי יקשה דהא פועל דיכול לחזור אפי' כשנשכר לו למלאכת השמירה אע"ג דאין זה עבודת עבד, אבל לתי' השני ניחא, מיהו הרמ"א לקמן סי' של"ג כתב דאפי' מלמד או סופר דמלאכת שמים הוא שייך הטעם דעבדים לעבדים, אמנם הקצוה"ח שם הביא בשם

חו"י דמלאכת שמים שרי ע"ש, והנה אם המפקיד מכר החפץ לאחר אי הוה נמי שומר של לוקח עד אותו זמן שקבל השמירה עיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל סי' ש"מ מזה.

**סימן רצד**

סעיף א' **במחבר** תבעו בפקדון וכפר בו מיד נעשה עליו גזלן ופסול לעדות, בד"א שיש עדים שבשעת שכפר בו הי' ברשותו, הכי מוקמי' התם בש"ס ואמנם ראה זה פלא דבש"ס ב"מ ד"ה אהא דאמר רב חסדא הכופר בפקדון פסול לעדות פרש"י דמאי אשתמוטי שייך ואם אבד יטעון שאבד ויפטר ע"ש, הרי שאפי' בדלא אתו סהדי דנקיט בידו בשעת מעשה נמי פסול משום דלא שייך משתמיט, והאמת דברי רש"י תמוה דלפי סברא זאת א"כ בדרמי ב"ח דאמר דמשתמיט עד דמשכח לגנב הא בע"כ לאו להשמטה מכוון, דאי מהשמטה יטעון שאבד, ועוד דכי פריך התם מרמי ב"ח ומוקי בש"ס גופא דמיירי בדאתו סהדי דנקיט בידו ונ"ל ליישב דבלא"ה קשה סברת רש"י, דאיך אמר יטעון שאבד הא אם בזה יודה שבאמת הופקד בידו ונעשה שימר רק שנאבד ממנו

חייב שבועת השומרים **משא"כ** אם יטעון להד"מ ולא נעשה שומר מעולם פטור משבועת השומרון, וצ"ל דרש"י לשיטתו בב"ק דק"ז דבפקדון שיכול להעיז גם כופר הכל חייב וא"כ גם כשיטעון להד"מ הא חייב שבועה, ולכן נוח לו טפי לטעון שאבד שבזה אין חבירו מכיר בשקרו מלטעון להד"מ שחבירו מכיר בשקרו והוה העזה גדולה ומדטעין הכי מכלל דדעתו למיגזל ולאו לאשתמוטי, אכן כל זה הוא אי אמרי' עירוב פרשיות, וכי הוא זה אמלוה קאי, אז אמרינן דגם כופר הכל חייב בפקדון אבל בדרמי ב"ח דלא ס"ל עירוב פרשיות, דהא ס"ל דד' שומרין צריכין כפירה במקצת, וכי הוא זה אשומר חנם קאי וממילא לדידי' גם בפקדון פטור כופר הכל ולכן ליכא למימר לדידי' דיטעון שאבד, דבטענה הזאת יהיה חייב שבועה ונהי דס"ל לרמב"ח דלא מחייב שבועה כ"א בכפירה במקצת, וכפירה לא הוה כ"א בכופר ממש כגון שטוען להד"מ, וא"כ אם יטעון שאבד גם על השני', לא יהיה בזה כפירה ובלא"ה יהיה פטור משבועה, אכן בזה י"ל דרש"י יסביר כמ"ש התוס' לשיטת ר"ת, דמ"מ חייב בנאנסה שבועת המשנה, ואי"ל דכיון שעל הפרה שטען אבד נשבע שבועת המשנה, א"כ בההיא דלהד"מ ישבע ע"י גלגול די"ל דרש"י יסבור כר"ת דאין מגלגלין אלא בדבר הדומה אבל על טענת להד"מ אין מגלגלין, ועוי"ל כמ"ש בס' מעיני החכמה דהא דלרמב"ח בעינן כפירה במקצת היינו דוקא על שבועת השומרים, אבל שבועה שאינו ברשותו נשבע דלא גרע משילם ולא מצינו מאן דפליג ארב הונא ולכן ניחא לו טפי לטעון להד"מ שיהא פטור משום שבועה, משא"כ כשיטעון נאבד יהא חייב שבועה שאינו ברשותו, וגם ע"י גלגול ישבע שנאנסה, ובטענת להד"מ

יפטר מכל ולהכי לדידי' מוכרחים לאוקמי דהכופר בפקדון פסול דוקא בדאתו סהדי, אבל לדידן דס"ל עירוב פרשיות איה"נ דבכל גוונא פסול דלא שייך אשתמוטי, דא"כ יטעון שאבד, והא דכתב רש"י בב"מ ד"ד דכופר בפקדון פסול משום דאתו סהדי דנקיט בידו היינו נמי משום דכל הסוגיא דהתם אזלא אליבא דר' חייא דיליף במה הצד, ור' חייא ס"ל בסנהדרין ד"ה ע"א דלא אמרי' עירוב פרשיות כמ"ש שם רש"י בד"ה דן יחידי, וכיון שכן לא מצי לטעון שאבד וכנ"ל ולפ"ז צ"ע מ"ש המחבר בדאתו עדים דלפמ"ש לדידן בכל גווני פסול ודו"ק.

**סימן רצה**

סעיף ב' **בהג"ה** שילם ולא רצה לישבע כו' קנה כל שבח דאתי מעלמא כו', ושבח דיוקרא הוה שבח דממילא וקנה השומר כ"כ הסמ"ע והש"ך, ואמנם כ"כ תוס' בב"מ דל"ה פ"א והוכיחו זה מההוא עובדא דכופרי דאזל ר"נ ואגבי' לאפדני' לסוף אשתכח כיפי ואיוקור אמר ר"ר הדרא כיפי למרייהו והדר אפדנא למרה וש"ז הקשה לי' רבא ממשנה דשילם ולא רצה לישבע כקנה השומר השבח דכפל, וכתבו התוס' דמזה מוכח בע"כ דאקרא הוה שבחא דממילא דאל"ה מאי מותיב רבא משילם ולא רצה לישבע, הא התם הכפל שבחא דממילא הוא ובהדיא קאמר התם דשבחא דמגופא לא אקני ע"ש, אכן באשר הרבה ראשונים ס"ל דיוקר הוה שבחא דמגופא, לכן אפשר לפרש דהקושיא דרבא בא ע"ז שהכיפי בעצמם חוזרים למרייהו והא ממתני' מוכח דהיכי דשילם מקנה לו גופא דפרה משעת מסירה, ואגופא דכיפי פריך ולא איוקרא, דהיוקר ודאי שצריך לחזור כיון דהוה כשבחא דגופא ולא מקנה והיה מקום ליישב בזה מה שהקשה הרשב"א דמאי פריך רבא ממתני' הא התם שילם עפ"י הודאתו, משא"כ בעובדא הזאת מתחלה אמר לא ידענא היכי אותבינהו ורצה היה לפטור, רק נתחייב עפ"י טענתו ועפ"י פסק ב"ד, ולא מצינו בכה"ג דמקנה לו כפילא, דדוקא כשמתחייב בהודאתו אמרו במתני' דמקנה לו ולא בכה"ג שרצה לפטור ע"ש ולפמ"ש י"ל שדעת המקשה היה דהא דבעינן במתני' שיתחייב בהודאתו היינו לענין שמקנה לו כפל, אבל לענין שיהא גוף הפרה שלו, אפי' בכה"ג נמי ומשני התם לא אטרחי', פי' ואפי' בגוף הדבר לחוד נמי לא מקנה לו היכי דלא בא החיוב מעצמו, ואפשר דמשו"ה לא ניחא להו לתוס' לפרש כן, דמלשון הש"ס אשתכח כיפי ואיוקר משמע שעל גוף הכיפי לא הי' שום סכסוך ומרצון הטוב היה נמי ניחא לו להחזיר הכיפי ולוקח האפדנא, שכל אחד ניחא בשלו, ורק הקפידה היה על היוקרא, דזה השומר תבע המקרא, וכל השקלא וטריא קאי על השבחא דיוקרא, ולזה שפיר הוכיחו דיוקרא הוה כשבחא דממילא, דאל"ה מאי ס"ד דמקשה דהוה של

שומר ועוד י"ל בדעת התוס' דמדפריך ממתני' דשילם דהתם בא השבח ע"י רצון המפקיד שמקנה לו בשעת מסירה ומשמע דאי לא הוה ידענא דינא דמתני' דנעשה כאומר לו בשעת מסירה לא הוה קשה עובדא דכיפי, ואי נימא דפרכת הש"ס הוא על גוף דכיפי א"כ אפי' בלא דינא דמתני' נמי קשה אמאי יוחזרו הכיפי כיון דשילם כבר קנה הכיפי ע"י התשלומין, דהא התם לא מיירי בנגנבה משומר דנימא שבשעת התשלומין לא היה ברשות המפקיד שיכול להקנות, ובנאבדה מיירי התם דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא, וא"כ אפי' בלא דינא דמתני' הו"מ לאקשויי כיון דשילם כבר קנה הכיפי ואין לומר משום דבמעות לחוד לא קנה וכמ"ש התוס' בר"פ המפקיד האי טעמא, דבמתני' דמיירי בנגנבו ולא היו בבית שומר בשעת תשלומין שפיר כתבו דבמעות אין קונה אבל הכא הא אשתכחו כיפי אח"כ, ונמצאו שהיו בביתו בשעת התשלומין, אלא שלא ידעו מהם וא"כ ליקני ע"י חצירו אע"ג דלא ידע כיון ששילם וגם אפי' במתני' צ"ע כוונת התוס' דאמאי באמת אין קונה במעות לחוד הא במלתא דלא שכיחי קונה מעות קנין גמור וכמבואר בב"מ דמ"ו יש דמים שהן כחלופין דדמי שור בפרה קונה במעות כיון דלא שכיחא, והכא נמי דשלים לו באפדיא הוה ממש כדמי שור בפרה. וא"כ אפי' בלא דינא דמתני' דנעשה כאומר לו בשעת מסירה נמי הוי קשה אגוף הכיפי, ומדפריך דוקא ממתני' דשלים מכלל דגוף הכיפי לא היה איכפת לו להחזיר ורק הקפידה הוא על היוקר שבא עוד קודם תשלומין, והוכרח לאקשויי ממתני', דכיון דתנן שילם שנעשה כהקנה לו גוף הפרה בשעת מסירה א"כ אפי' היוקר שבא קודם תשלומין נמי היה של שומר, ולזה שפיר כתבו התוס' להוכיח דיוקרא הוה כשבחא דממילא, דאל"ה לא הי' מקשה מידי ומתוך מה שיישבנו דעת התוס' קשה לי לעמוד על דעת הריטב"א שפי' דבאמת יוקרא הוה שבחא דמגופא, ואפ"ה רבא שפיר מקשה משום דמיירי התם בנתייקר אחר התשלומין, וע"כ לא אמרי' שבאו דמגופא לא מקנה היינו השבח שבא קודם התשלומין אבל מה שבא אחר התשלומין שכבר נגמר קנינו הוה של שומר אפי' בשבח דמגופא, הובא דבריו בקצוה"ח כאן ע"ש, אבל לפמ"ש תמוהים דבריו דאי בשבח הבא אחר תשלומין מיירי התם מאי הוצרך לפרוך ממתני' דשילם, הא אפי' בלא דינא דמתני' נמי הו"מ לפרוך אמאי לא הוה השבח שלו כיון דקנה הכיפי בתשלומין וכי נתייקרו ברשותו הוא דאייקר, דבשלמא אי הוה מיירי בשבח שקודם תשלומין דעדיין לא היה כאן שום הוכחה לקנין, ורק מכח תקנת חכמים דאמרינן דנעשה כאומר לו בשעת מסירה, והיינו דוקא מכח דינא דמתני', ובלא מתני' לא נדע דין זה אבל אי בשבח הבא אחר תשלומין מאי הוצרך מכח מתני' אטו לא ידעינן דכל היכי ששילם והדבר מונח בחצירו שקונה, וכי

אייקר אח"כ ברשותו אייקר, ועיין בפר"ח מוכח נמי שהקנין הוא ע"י תשלומין וברשותו הוא דאייקר וצ"ע דעת הריטב"א ואכן שוב ראיתי דהריטב"א לשיטתו א"ש דהנה בש"ס קאמר התם שאני דשומא בטעות הוה דקא הוה כיפי מעיקרא זהו גרסת רש"י והר"ח והרמב"ם וריטב"א לא גרסי דהא הוי "מעיקרא" ויסוד פלוגתתם כפי מה שלמדתי מלשון הריטב"א המובא בשמ"ק כן הוא, דרש"י ור"ח ס"ל דדוקא משום דהוה כיפי מעיקרא ולא הוה שומא כלל, אבל אי נאבדו הכיפי ולא היו ברשותו הוה קנה הכיפי שפיר, ואע"ג דמשעת מסירי לא אקני ליה הכיפי כיון דאטרחי לב"ד מ"מ קונה השתא בשעת התשלומין וכיון דזה קונה הכיפי, ממילא לא נחזיר גם האפדנא כיון דעצם השומא לא היה בטעות, וזה קונה נמי הכיפי מהיכי תיתי נימא שיחזיר האפדנא אכן הרמב"ם והריטב"א ס"ל דבתשלומין ששילם השתא א"א לו לקנות כיון דהמפקיד כסבור שאינו ברשותו שנגנבו או שנאבדו ואין דעתו להקנות, ונמצא שזה אין לו שום קנין בהכיפי, דבשעת התחלת השמירה ודאי לא הקנה לו כיון שאטרחיה לבי"ד, ובשעת תשלומין נמי לא הקנה לו, ולהכי נהי דמצד עצם השמירה לא הדרא, מ"מ כיון שזה לא קנה הכיפי דינא הוא דכי אשכחינהו דניהדרו למרייהו, וכיון דהדרי הכיפי לא סגיא דלא יחזיר לו האפדנא, דהא לא נשום לו האפדנא כ"א בעד הכיפי, וכשיוחזרו הכיפי בע"כ שיוחזר האפדנא, וזהו פי' התרצן דקאמר דשומא בטעות, פי' הטעות לא הוה מחמת שהכיפי היו ברשותו, כ"א מחמת שהשומא לא היתה רק בשביל הכיפי, וכשיחזיר לו הכיפי בהכרח שיוחזר האפדנא, ע"ש שזה כוונתם ומפרש גם דעת המקשה לפירושו, ומזה נתיישב דברי הריטב"א שמפרש דהתם מיירי ביוקרא שבא אחר התשלומין, והקשיתי דא"כ מאי פריך רבא מכח מתני' דשילם דנעשה כאמר לו בשעת מסירה ותיפוק דברשותו נתייקר וכמ"ש הר"ת להדיא, והיינו משום דלשיטתו אזיל דס"ל דבתשלומין דהשתא א"א לקנות כיון שאין דעת המקנה להקנות, ובע"כ דדעת המקשה הוא אמאי לא נימא דמקנה בשעת מסירה, והוכרח להקשות דוקא מכח מתני', והר"ח לשיטתו שס"ל דבתשלומין דהשתא נמי יכול לקנות ודו"ק. ס"ק ח' הביא מ"ש המ"מ דאם יש עדים שפשע אם בש"ך אמרו אנו משלמים או ששלמו בלא כפיית בי"ד זכה בכפל. והנה הריטב"א מביא שבדין זה יש מחלוקת בין ש"ס דידן לש"ס ירושלמי, דבב"מ דל"ה אמר ר"פ שו"ח שאמר פשעתי מקנה לו כפילא, מיגו דבעי פטר נפשיה בגניבה ואבידה כו' שואל שאמר כו' במאי הו"ל למיפטר נפשיה, הלא מוכח מכאן להדיא דדוקא היכי שיש לו מיגו דבעי פטר נפשיה הוא דמקנה לו שבחא, אבל היכי שיש עדים שנגנבה בפשיעה לא קנה שבחא כיון דלא מצי פטר נפשיה ודמי לשואל דלא קנה שבחא, אלא שהביא בשם הירושלמי

להיפך, דגרסינן התם היה שם עדים שנגנבה בפשיעה ה"ז בכלל שילם ולא רצה לישבע, וכיון שהירושלמי חולק עם הש"ס דידן פוסק כש"ס דידן דבמקום שיש עדים לא קנה שבחא ע"ש ובשמ"ק ובנמו"י, ולענ"ד נראה דאפשר לומר דלא פליגי השסו"ן כלל, דהא בסוגיא דהתם קאמר ללישנא קמא דר"פ ודאי לא הוי תיובתא ופרש"י שגם ר"פ לא אמר דבשואל לא קנה שבחא כ"א באומר הריני משלם. אבל בשילם מודה ר"פ דגם השואל קנה שבחא, והרי לישנא קמא סובר דבשואל ליכא מיגו, דלא שייך לומר דמצי פטר נפשיה במתה מחמת מלאכה דלא שכיח, יאפ"ה בשילם קנה כפילא, הרי להדיא גם בש"ס דילן, דהא דבעינן מיגו דפטר נפשיה היינו דוקא באומר הריני משלם, אבל בשילם קנה אע"ג דלית לו מיגו, ומה דקאמר הירושלמי דמקנה כפילא גם בים עדים, היינו בשילם וכדקאמר הרי זה בכלל שילם, ובשילם גר ש"ס דילן יסבור דקנה, ונמצא לפ"ז דהיכי שיש עדים שנגכני בפשיעה, באומר הריני משלם לא קנה ובשילם ממש קנה לשני התלמודין, ואע"ג דבש"ס דילן היינו דוקא לגירסת רש"י דגורס ללישנא קמא לא הוה תיובתא, אבל לגירסת הר"ח דללישנא קמא הוה תיובתא ס"ל דגם בשילם ממש נמי לא קנה כפילא היכא דלית ליה מיגו, מ"מ גם בזה נראה העיקר כגרסת רש"י, דהא הטעם מה שמיאנו התוס' בפרש"י משום דכיון דר"פ מפרש טעמא משום לא שכיח, והאי טעמא שייך אפי' בשילם ע"ש, ומשמע שהתוס' הבינו דהטעם דמקנה לו שבחא הוא משום דניחא לו להיות בטוח בקרן וכמ"ש רש"י ואפי' בשיל ממש נמי הוי טעם זה, ולא שייך זה כ"א היכי דיש לו מיגו, אבל בשואל דלית ליה מיגו והוא בטוח בלא"ה בקרן לא מקנה לו שבחא, אכן באמת נראה דבשילם ממש מקנה לו שבחא בלא טעם דרוצה להיות בטוח בקרן, ורק מטעם ניחותא דלא אטרחיה לבי דינא, ולא הוצרך לטעם דרוצה להיות בטוח בקרן כ"א באומר הריני משלם דליכא התם טעם דלא אטרחי' דהא גם עתה יוכל היות שלא ישלם לו מעצמו ויטריחו לבי דינא, ומשו"ה הוצרך לטעם זה, דעכ"פ כיון שאמר הריני משלם ולא יוכל עוד לחזור, הרי בטוח הוא מן הקרן, ומחמת נחותא זאת מקנה לו שבחא, אבל בשילם ממש לא הוצרך לטעם זה, ואפי' היכי דאין לו מיגו דפטר נפשי' כגון בשואל, דבטוח בקרן בלא"ה, אפ"ה מקנה כפילא משום נחותא דלא אטרחי' לבי"ד, ומכל זה נראה ברור דהיכי דשילם ממש מקנה לו כפילא בכל אופן, אפי' היכי שיש עדים שנגנבה בפשיעה דבטוח הוא בקרן אפ"ה כיון דלא אטרחי' לב"ד מקנה לו וכגרסת רש"י והירושלמי וקושית התוס' מיושב בעז"ה.

**ומזה** עמדנו על ברור הדברים שכתבו התוס' ד"ה אלא, דאע"ג דאומר הריני משלם מהני, מ"מ היכי דנשבע תחלה בעינן שילם ממש אפי' לרבא דס"ל שאין זה חסרון במה

שאטרחי' כבר בשבועה, וטעמא בעי דא"כ אפי' אמר הריני משלם נמי, ולפמ"ש דיש שני טעמים להקנאת הכפל א) משום דרוצה להיות בטוח בקרן ב) משום דלא אטרחי' לבי"ד, ובאומר הריני משלם דלא שייך טעם דלא אטרחי' התם יהיה ההקנאה מטעם דבטוח בקרן, דכל זמן דלא אמר הריני משלם יכל לפטור נפשיה, ועתה שכבר אמר הריני משלם דאין יכל לחזור בטוח הוא בקרן, וא"כ לא שייך זה כ"א כשאומר הריני משלם קודם שנשבע, דבאופן זה הוי אמירתו הריני משלם, קבלת הדין ממש, מטעם דין שומרים, ופטור עי"ז משבועת השומרים, שפיר אין יכל לחזור, אבל היכי דנשבע כבר ונפטר ע"ו השבועה מכל חיובי השומרים שהיה עליו, ואם אומר כעת הריני משלם הוי כמו שרוצה לתת מתנה דבודאי יכל לחזור, וכיון שכן ליכא הכא שום אחד מהטעמים המועילים להקנאת השבח, טעם דבטוח לא שייך, דגם עתה אינו בטוח דיכל לחזור, וטעם דלא אטרחי' נמי לא שייך, דמי יודע אולי יטריחו עוד לבא לבי"ד, ובלא ב"ד שיכפוהו לשלם לא ישלם ולהכי לא מקנה לו שבחא, משא"כ כששילם ממש הרי יש עכ"פ טעם דלא אטרחי' ושפיר מקנה לו כפילא וכ"ז ברור לענ"ד.

**שם** ברמ"א שילם ולא רצה לח הזכיר הדין כ"א בשילם למפקיד גופא, והשמיט הדין דשילם לבנים וגם המחבר והרא"ש והטור לא זכרו מזה, וכלם תמהו על ההשמטה הזאת מה שאיתא להדיא בש"ס, ונראה ליישב, דהנה ברש"י שם בד"ה שילם לבנים כתב, מתו הבעלים ונגנבה כו', והמ"מ בפ"ח מהלכות שאלה הביא בשם הרשב"א דהא דפרש"י במתו הבעלים ואח"כ נגנבה, היינו דאם נגנבה בחיי האב ושילם השומר לבניו פשיטא דקנה שבחא, דלפי הטעם דקאמר השתא דהקנאת השבת משום ניחותא דהשתא היכי שחושב שהשבח היה ראוי לו לעצמו אפ"ה מקנה לו השבח משום ניחותא, כ"ש היכי דמת אחר הגניבה דהשבח היה שייך לבנים, ודאי דמקנה לו משום ניחותא, ירק הבעיא הוא היכי שמתו הבעלים ואח"כ נגנבה דבעת ההקנאה לא היו הבעלים בעולם והבנים הם המקנים. ע"ז קא מיבעי אם גם אצלם שייך טעם דניחותא ע"ש שזה כוונתו, אם כי אין זה לשונו ממש, ולפ"ז עיקר הבעיא דשילם לבנים לא שייך כ"א ללישנא בתרא דרבא, דההקנאה הוי סמוך לגניבה דאילו ללישנא קמא דההקנאה הוי בעת המסירה, שאז היו הבעלים עצמם המקנים, לא שייך למיבעי דפשיטא דקנה הכפל, ואע"ג דלעיל שם בסוגיא כתב רש"י שגם ללישנא בתרא צ"ל דנעשה כאומר לו בשעת מסירה שסמוך לגניבה יקנה וא"כ גם ללישנא בתרא הבעלים הם המקנים, מ"מ א"א לומר דמחמת הקנאת הבעלים יקנה, דמה בכך דהבעלים אמרו לו כן בשעת משיכה, מ"מ כיון דבשעת חלות הקנין דהיינו סמוך לגניבה כבר מתו הבעלים ופסק כח המקנה, והוה כאומר

משוך וקנה לאחר שלשים ומת המקנה קודם שלשים דבטל הקנין, ובע"כ דההקנאה הוא ללשון זה מחמת הקנאת הבעלים, ושפיר שייך הבעיא, והנה למ"ש לעיל בשם רש"י טעם אחר להקנאת הכפל משום שרוצה להיות בטוח בקרן, ולטעם זה נוכל לפרש הבעיא גם ללישנא קמא, היכי שמתו הבעלים, ונמצא דההקנאה מהקרן לא יגיע לו לעצמו כ"א לבניו אם האב רוצה גם בתקנות בניו וניחא לו שיהיו בטוחים בקרן, או דילמא עבור הנאת בניו אין דואג ואדעתא דהכי שימות הוא לא הקנה הכפל וכמ"ש בתוס' ד"ה שאל לפי' הריב"ן ועיין במהרש"א ומהר"ם, והנה מתחלה תמהתי מי הכריח לרש"י לעיל לתת טעם זה להקנאת הכפל, הא בש"ס לא הוזכר כ"א טעם דניחותא, ואכן אפשר שזה דחק לרש"י משום דלטעם דניחותא הבעיא דשילם לבנים רק ללישנא בתרא דללישנא קמא לא שייך למיבעי כיון דהמקנים היו הבעלים הראשונים, והם קבלו בעצמם ההנאה דניחותא ופשיטא דמקנה להו, וזה היה נראה דוחק לרש"י דבעיא הזאת לא יהי' דומה לשארי בעיות דסוגיין, דהוי לשתי הלשונות לזה הוכרח למצא טעם אחר להקנאת הכפל, ויהי' שייך הבעיא גם ללישנא קמא עכ"פ לטעם הזה, ודוחק הוא דיותר טוב לדחוק דהבעיא הוא רק ללישנא בתרא מלומר טעם חדש שלא הוזכר בש"ס, ובזה מיושב דעת הרא"ש והמחבר וגם הטור שלא הביא הבעיא דשילם לבנים, דלמ"ש א"ש דהם יפרשו כפשוטו של הש"ס, ולא ס"ל טעם דרש"י שלא הוזכר בש"ס ולפ"ז עיקר הבעיא הוא ללישנא בתרא וללישנא קמא ליכא למיבעי כנ"ל, ולהכי הרא"ש לשיטתו דפוסק דוקא כלישנא קמא כמו שהוכיח בר"פ המפקיד, להכי לא הזכיר הבעיא וגם בטעם הרמב"ם ומחבר שלא הביא הבעיא אפשר לומר נמי משום שפוסק כלישנא קמא, ועיין במ"מ פ"ח מהלכות שאלה, ואמנם שבתי וראיתי שטעם רש"י מוכרח מן הש"ס דקאמר ר"פ דהקנאת השבח הוא מטעם מיגו דפטר נפשי' וכל היכי דלא מצי פטר נפשי' כגון בשואל לא מקנה לו כפילא, והיינו בע"כ כטעם רש"י דהקנאת הכפל הוא משום שרוצה להיות בטוח בקרן, ומשו"ה היכי דלא מצי פטר נפשי' דבטוח הוא בקרן בלא"ה, לא מקנה לו כפילא דאילו לטעם המוזכר בש"ס משום ניחותא והנאה דאית לו מן השומר, אפי' היכי דלא מצי פטר נפשי' נמי הו"ל להקנות השבח משום ניחותא, ואלא דמה שקשה לי לשיטת רש"י דכיון דעיקר הטעם הוא משום דרוצה להיות בטוח בקרן וא"כ מה הועיל בפירושו דמיירי הכא שנגנבה אחר מיתת הבעלים דאכתי מה שייך למיבעי ומה צד ספק יש בזה, דכיון דקודם הגניבה בא לרשות יורשין, וא"כ אפי' אי לא ניחא להו בניחותא דאבוהון, אפ"ה ליהוו כאילו אמר הבן גופא שעה אחת קודם לגניבתה שיקנה, דהא גם אצלם שייך הטעם שרוצים להיות בטוח בקרן, ונ"ל דרש"י לשיטתו שם דאפי' ללישנא בתרא דרבא נעשה

כאומר לו בשעה שמסרה לו לכשתגנב תהא קנוי' לך שעה אחת סמוך לגניבה, הרי דעיקר התקנה לא הוי כ"א בעת המסירה דאז שייך לומר דנעשה כאומר לו באותה שעה, אבל אשעה אחת קודם גניבה לא שייך כלל לומר נעשה כאומר לו כן באותה שעה, שהרי לא נתבררה למפקיד אותה השעה ואין לו שם עסק עם הנפקד באותו זמן כדי שנאמר דהו"ל כאילו אמר כן וכמ"ש הפנ"י לדחות דברי המהרש"א שכתב דלא כרש"י ע"ש, וכיון שכן לא שייך תקנת חכמים לגבי בנים, כיון דבדידהו ליכא שעת מסירה ומשו"ה עיקר הבעיא בבנים אי אמרינן דבנים גופייהו ניחא להו במה דעבד אבוהון, ואע"ג שהקנין אין חל כ"א סמוך לגניבה וכבר קדמו רשות היורשין, אפ"ה כיון שהבנים ניחא להו במה דעבד אבוהון מהני מסירה דאבוהון, או דילמא לא ניחא לבנים בניחותא דאבוהון, ולזה אע"ג דעל דעת כן מסרה לו שיקנה סמוך לגניבה לא מהני מסירתו כיון דבעת חלות הקנין כבר בא לרשות הבנים וא"ש דעת רש"י. והנה מכל האמור יש לנו לפשוט ספיקו של רע"א בחדושיו, בשומר אבידה ונגנבה ממנו, דלא היה שם כלל מעשה המסירה מיד הבעלים, אלא דבעצמותו נעשה שומר ולא היה שום התעסקות הבעלים עם השומר כלל, אי קנה כפילא כששילם, דכיון דחזינן בכולה סוגיא דבעינן ניחותא, וא"כ בשומר אבידה דלא היה להם ניחותא זע"ז י"ל דלא קנה ע"ש שצדדי הספק שנים הם א) כיון דלא היה שם מסירה מיד בעלים, אי נימא דהמסירה גרם, או השעה שנעשה שומר גרם אע"ג דלא היה מסירה. ב) כיון דליכא טעם דניחותא, ולמ"ש שני הספקות נפשטים מן הסוגיא, דזה ודאי שעיקר התקנה לא הוי כ"א אשעת מסירה, דאז שייך לומר דנעשה כאומר לו, אבל במקום שאין לו שום עסק עם הנפקד כדי שנאמר דהו"ל כאומר לו וכמו באבידה, לא שייך לומר נעשה, דאלת"ה מאי קא מיבעי כלל בשילם לבנים, נהי דלא ניתא להו בניחותא דאבוהון, תיפוק לי' דהו"ל כאילו הבנים עצמן אמרו כן קודם גניבה, אלא ודאי דכל היכי דליכא מסירה מיד הבעלים לא אמרינן נעשה כאומר לו, ובאבידה נמי פשיטא דלא קנה כיון דלא הוי מסירה, וטעם דניחותא בע"כ לומר שאין זה עיקר טעם התקנה וכמ"ש הפנ"י דהא במפקיד גופא לא חלקו חכמים בתקנתן אי יש לו קורת רוח או לא, ובע"כ דעיקר התקנה הוא משום דבטוח בקרן, וטעם זה לא הוה כ"א בעת המסירה, ובאבידה לא שייך כן ופשיטא דלא קנה ואכן בריטב"א מפרש הבעיא מטעם הקנאת הבנים אם הבנים מקנים כעת משהגיע לרשותם, ומשמע דאע"ג דלא היה מסירה מ"מ כיון שנעשה מעתה השומר שלהם ובשעה שנעשה שומר בא ההקנאה, וא"כ גם באבידה נמי מועיל, ובחבורנו לב"מ הוכחתי דגם התוס' ס"ל כהריטב"א בזה דעיקר ההקנאה הוה בעת שנעשה שומר ולא בשעת מסירה ודו"ק.

**שם** בהג"ה אבל לא שכח דמגופה, נראה פשוט דהיינו שבחא דמגופה דבא קודם תשלומין, אבל הבא אחר תשלומין הוי שלו כיון שכבר נגמר קנינו וכמ"ש הריטב"א גבי עובדא דכיפי, ובזה מיושב דעת הראב"ד דס"ל דשבח דיוקרא לא הוי של שומר כ"א לאחר ששילם, ומשום דס"ל דיוקרא הוי כשבחא דגופה, ויש בזה כדי להאריך אלא מפני שמצאתי שקדמני בזה הקצוה"ח קצרתי.

**שם** בש"ך ס"ק י' הביא לדברי הרמב"ם פ"ח מהל' שאלה דגוף הפרה חוזרת לבעלים וע"ש מה שתמה ע"ז. והנה בר"פ המפקיד בהא דאמר רבא דנעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך מעכשיו פריך עלה הש"ס א"ה אפי' גיזותי' וולדותי' נמי, והפנ"י הקשה דטפי הו"ל לאקשויי שאפי' גוף הפרה אין משלם לו אלא כמו שמסרה, וא"כ מסר לו עגל ונעשה שור בשעת גניבה לא ישלם אלא דמי עגל כמו שמסרה שהרי מאותה שעה מקנה לו ומה שגדל אח"כ ברשותו נתגדל ע"ש, והי' נראה לכאורה שזה גרם לרמב"ם לפסוק דגוף הפרה חוזרת לבעלים, והיינו משום דלא מקשה כ"א אגיזות וולדות מכלל דגוף הפרה אה"נ שמחוייב להחזירה כמו שהיא עתה, אכן מאד תמוהים דברי הרמב"ם דממ"נ אם יפרש דמיירי שהקנה לו גוף הפרה ממש, א"כ אמאי צריך להחזירה אח"כ כיון שכבר היא שלו או משעת משיכה או סמוך לגניבתה, ואי דלא הקנה לו כ"א הפרה לכפילא א"כ אפי' גיזות וולדות אמאי שלו, ומאי מקשה א"ה גיזות וולדות, ועוד דא"א לאוקמי שלא הקנה לו כ"א הפרה לכפילא, דהא בגיטין מיבעי לן אי מצי למקני בהמה לקנס ופרה לכפילא וכבר האריכו המפרשים בזה ועמ"ש בקצוה"ח ונתיבות, והי' נ"ל ליישב דעתו דהנה כתבתי דהטעם מה שהכריח לתרצן לאוקמי שהקנה לו גוף הפרה ממש, ולא פרה לכפילא, משום דזה בעיא הוא בגיטין אי מהני בכה"ג, וצדדי הבעיא הוא אי דמי לדקל לפירותיו דמהני או דילמא דקל לפירות עבידי דאתי, אבל הכא מי יימר דמיגנבה ואי מיגנבה דילמא מודה ומיפטר, ולפ"ז לא שייך הבעיא כ"א בבהמה לקנס אבל בבהמה ליוקרא י"ל דדומה שפיר לדקל לפירות, דהוה נמי עבידי דאתי, ואפי' אם תאמר שזה לא הוי נמי עבידי כל כך, מ"מ רק חד מי יימר הוא דאיכא בזה היינו מי יימר דתתייקר, ובחד מי יימר מהני, וכפי הנראה מהמפרשים דיוקרא הוה עבידי דאתי כמו בפירות דקל וכמ"ש בחי' רעק"א, וכיון שכן נוכל לומר דעיקר הדין אם פרה לכפילא מהני או לא, היה תלוי בזה, דאם נימא דהכא כשהקנה לו הכפל מקנה לו גם שבח דיוקרא, אז מהני הקנין גם על הכפל, וכמו בהקנה מעות ומטלטלין בחלופין שכתב המרדכי דמהני אע"ג דמטבע אין נקנה בחליפין, מ"מ כיון שמהני הקנין למטלטלין מהני גם למעות הובא בסמ"ע לעיל סי' ר"ג ואכן אי נימא שלא הקנה לו כ"א הכפל לחוד ולא

היוקרא לא חל הקנין על הכפל, דלא דמי לדקל לפירות וכנ"ל, ומעתה י"ל שפיר דמשו"ה הוכרח התרצן לאוקמי בהקנה לו גוף הפרה, ולא הפרה לכפילא, דהיינו משום דבתחלה היינו סוברים דהבעלים לא הקנו כ"א הכפל לחוד ולא היוקר, אע"ג דהוי נמי שבח דממילא, די"ל דלא הקנה לו כ"א שבח כזה שבא ע"י הגנבה ושהגנבה גרם וכמ"ש סברא זאת בחי' רע"א, וכיון דהבעלים לא הקנו לשומר כ"א הכפל מוכרח היה לאוקמי דגוף הפרה הקנה לו דפרה לכפילא לחוד לא מהני ומיבעי לן בגיטין, אכן לפום מאי דמסיק אח"כ לחלק בין שבחא דגופא לממילא וס"ל דכל שבחא דממילא הקנה לו, ויוקרא דהוה נמי שבח דממילא וכמ"ש התוס' שם דל"ה בד"ה ואותביני' ודאי שגם זה הקנה לו, וכיון שהשומר קונה היוקר עם הכפל בבת אחת שפיר נוכל לומר דלא הקנה לו כ"א הפרה לכפילא וליוקרא, ומגו דחל הקנין על היוקרא חל נמי על הכפל, ונמצא לפ"ז דאליבא דאמת דכל שבחא דממילא מקנה לו, שוב א"צ לומר דמקנה לו גוף הפרה ממש, ושפיר נוכל לומר דלא הקנה כ"א הפרה לכפל וא"ש דעת הרמב"ם דס"ל דגוף הפרה חוזרת לבעליה היינו משום דאליבא דאמת מתפרש שפיר דלא הקנה לו כ"א הפרה לכפלה, ועצם הפרה לא הקנה להכי חייב להחזירה, והנה אם כי מה שכתבתי היה נראה נכון בדעת הרמב"ם בכ"ז כשאני לעצמי לא נ"ל כלל שהרמב"ם יסבור דין זה, דגוף הפרה יהיה חוזר לבעלים, דהא בהלכה ג' שם כתב וז"ל כיצד הפקיד ד' סאין אצל חבירו והרי הן שווין סלע ונגנבו או שאבדו ואמר הריני משלם כו' ואח"כ נמצאו והרי הן שווין ד' סלעים הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע עכ"ל, הרי כתב להדיא דרק ישלם הסלע בעד הקרן, ואי נימא דס"ל דגוף הדבר יחזיר לבעלים הכי הול"ל דיחזיר הדבר לבעלים והבעלים ישלמו בעד היוקרא לשומר, ובע"כ שגם הרמב"ם ס"ל דהקנה לו גוף הפרה ממש, והא דכתב חוזרת לבעליה היא וגזותיה, הנכון כמ"ש הש"ך משום דהכא לא שילם עדיין והשומר אין מקפיד בכך, ואי דלפי"ז ישאר קושית הפנ"י דלעיל, נ"ל ליישב, דהנה ברש"י שם בד"ה מאי פסקא כתב ואין דעתו להקנות הוולדות, ויש להבין למה לא הזכיר הגיזות דנקט בש"ס ברישא, ונראה דבדקדוק כתב כן, דלעיל שם ברש"י ד"ה נעשה כתב הטעם שהקנה הכפל, משום דאומדן דעת הוא דניחא לבעלים שיהא בטוח בקרן ע"מ שיהא ספק כפל העתיד לבוא של שומר, ומשמע מלשונו שרק ספק ריוח הקנה לו ולא ודאי ריוח, ולפי"ז יקשה דמאי פריך מאי פסקא לחלק בין כפל לגיזות וולדות, הא בין כפל לגיזות טעמא רבה אית בהו לחלק, דכפל שהוא ספק ריוח מקנה משא"כ הגיזות דודאי אתי לא מקנה, לזה דקדק רש"י לפרש שאה"נ דמגיזות לא קשיא, רק הקושיא הוא מוולדות דהוה נמי ספק ריוח, דמי יימר דתתעבר ואם תתעבר שמא תפיל הולד, וא"ש

דמסיים רק הוולדות, משום דעיקר הקושיא הוא מזה, ובזה מיושב קושית הפנ"י דמאי מקשה מגיזות הא טפי הו"ל לאקשויי שגם גוף הפרה אין משלם אלא כמו שמסרה, ומסר עגל ונעשה שור אין משלם אלא עגל כמו שמסרה, דלמ"ש א"ש דשבח כזה שבודאי יבא כמו עגל ונעשה שור דהוה ודאי שיתגדל ויעשה שור, זה היה פשיטא לש"ס דלא הקנה לו כלל וכאילו התנה חוץ משבח כזה ורק מוולדות דהוה נמי ספק ריוח קא קשה להש"ס דיהי' של שומר, ומשנה דנעשה כאומר חוץ כו' פי' שגם זה לא הקנה משום דהוה שבחא דמגופא.

**שם** בהג"ה שילם ולא רצה לישבע, ועיקר הטעם הוא משום דכיון ששילם מרצונו ולא אטרחי' לב"ד משו"ה מקנה לו השבח והנה בתוס' ב"מ שם הקשו ע"ז מב"ק דלרבא בנשבע ואח"כ שילם דקנה הכפל אע"ג דאטרחי' לב"ד, ונ"ל ליישב דהתם הוה הטורח מה שטרחו לב"ד למעליותא לענין הקנאת הכפל דעיקר טעם דהקנאת הכפל הוא משום דהמפקיד יודל שהנפקד יוכל לפטור עצמו ע"י שבועה, ולכן בניחותא שבטוח הוא בקרן מקנה לו הכפל וכפרש"י בריש פרקין וא"כ אם מקנה לו הכפל מספק שמא יפטור כ"ש כשנשבע וכבר נפטר אם אח"כ רוצה לשלם, ודאי שהניחותא יותר גדולה וראויה להקנאת הכפל, ובכה"ג אפי' אם אטרחי' נמי מקנה לו, מטעם דבטוח הוא בקרן, דטעם דבטוח לחוד נמי סגי להקנאת הכפל וכמ"ש לעיל שלא הוצרך לטעם דלא אטרחי' כ"א במקום שבלא"ה בטוח בקרן, וכגון בשואל שאין לו מיגו לפטור עצמו, בזה אמרינן דשילם מיהא מהני מטעם דלא אטרחי', אבל היכי שרק ע"י הודאתו בטוח הוא בקרן, אז אפי' אטרחי' נמי, דמצד ניחותא דבטחון הקרן מקנה, וא"כ התם בב"ק דהניחותא דקרן יהי' יותר גדול עי"ז שנשבע, כ"ש דמקנה לו כפל אע"פ דאטרחי' אבל הכא דלא נתחייב בהודאתו ואדרבה רצה לפטור א"כ משום ניחותא דהודאה א"א להקנות הכפל, וכיון דאטרחי' נמי ליכא שום צד להקנאת הכפל וז"ב.

**סימן רצו**

סעיף א' **במחבר** שאין אומרים מיגו לא פטורי משבועה עיין בט"ז שכתב הטעם משום דכל היכי דאפשר לברורי לא סמכינן אשום דבר, ומחוייב לברוחי, ועמ"ש בחי' לעיל בסי' פ"ב בכללי המיגו מזה.

**שם** בהג"ה וי"א דאמרי' מיגו לאפטורי משבועה אלא שאין זה מיגו טוב כו' וכפי המבואר כאן דמיגו דהעזה כו"ע סברי דלא אמרי' לפטורי משבועה, אכן בחדושנו לעיל שם הוכחתי דעת התוס' שאפי' מיגו דהעזה נמי, דהכי מוכח ממ"ש בכתובות דפ"ז דלמה

בפוגמת צריכה שבועה ולא מהימנה במיגו דלא היתה פוגמת אע"ג דאם היתה פוגמת היתה מעיזה ע"ש בזה.

סעיף ה' **במחבר** מתנה שומר חנם להיות פטור כו' בש"ס דב"מ דצ"ד פריך והא מתנה עמשכ"ב הוא ומ"ש מהאומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כו' ומשני שאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשי' וכתב רש"י וז"ל, והאי לאו מתנה עמשכ"ב הוא אלא שאמר לו אי אפשי להיות שומר שלך אלא בכך ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך וכי משיך כבר פי' על מנת כו' אבל המקדש את האשה מכי אמר לה הרי את מקודשת איתקדשה וכי אמר לה על מנת מתנה עמשכ"ב דאין אישות לחצאין עכ"ל, והראשונים הבינו בכוונת רש"י דמחלק הכי דבשומר הוה התנאי קודם החיוב ולהכי כשבא החיוב אח"כ אדעתא דתנאי קמא הוא, אבל בקדושין החיוב בא קודם ולא מהני שוב התנאי ועיין בתוס' כתובות דף נ"ו ובשמ"ק לב"מ ובהגהות חו"י שעל האלפסי שכולם הבינו כן ולמדו מזה איפוא דין חדש דאם התנה עמה התנאי קודם הקדושין ולאחר זמן קדשה על תנאי ההוא דלא הוה מתנה עמשכ"ב ומהני לכו"ע ואפי' בתנאי דעונה ע"ש בהגהות חו"י הנ"ל, ואם כי הדבר נפתח בגדולים, לענ"ד א"א כלל לפרש כן ברש"י, דאי כדבריהם דכל עיקר הטעם בקדושין דלא מהני הוא משום דהחיוב בא קודם, א"כ למה לו לרש"י לומר הטעם דאין אישות לחצאין, להכי נ"ל ברור דכוונת רש"י לחלק בין דין תנאי השומר דלא אמרי' בו אין שומר לחצאין דכיון דבלא"ה דיני השמירות חלוקין זה מזה להכי לא הוי מיקרי מתנה עמשכ"ב, דיכול לשעבד עצמו בדיני שמירה הפחותה, וכיון דהתנאי הוה קודם החיוב וגם אח"כ כשנעשה שומר אין שייך נמי אין שומר לחצאין דאטו כל השומרים שווים בדיניהם, אבל בקידושי אשה דדינה שוה בכל הנשים להכי אפי' כשהתנאי הוה מקודם הקדושין נמי לא מהני, דסוף סוף כי מקדש לה בתר הכי ותפסו קידושין תפסי בכל הדינים דאין אישות לחצאין, ומ"ש רש"י מכי אמר לה הרי את מקודשת איתקדשה משום דהעל מנת שאין לך כו' אמר לה בתר הקידושין, אלא הכי פירושו דכי אמר לה הרי את מקודשת איתקדשה לה ותפסי בה כל דיני הקדושין, ולהכי כי אמר לה ע"מ שאין כו' אפי' מקודם נמי לא מהני דאין אישות לחצאין וא"ל דא"כ למה הוצרך רש"י להזכיר גבי שומר משום דלא נחית לשמירה עד דמשיך, יאמר משום דהתם אין שייך לומר דאין שומר לחצאין, דודאי הוצרך לזה, דבשלמא כשהתנאי היה קודם פסיקת השכר או הבטחת השאלה, בזה אמרי' דמעיקרא לא שיעבד נפשי' וכי פוסק אח"כ לקבל שכר בשמירתו, אדעתא דלא להתחייב בשמירתו משום השכר וכתנאי קמא, אבל כשפוסק עמו בתחלה השכר או שהבטיחו להשאיל

ואח"כ מתנה עמו שלא יתחייב כדינו, היה עלינו לומר דכיון שכבר פסק השכר ונעשה ש"ש חל עליו חיובא דש"ש ולא מהני שוב תנאי דאח"כ, ובאמת במתני' מתנה שומר שכר קתני, דמשמע שכבר היה פסיקת השכר עד שנעשה ש"ש ואפ"ה מהני התנאי, להכי הוסיף רש"י לומר דכיון דבדבורו לא נחית לשמירה ובדבורו לא נעשה שומר כלל, א"כ אפי' כשפסק תחלה השכר ואח"כ אמר, נמי הוה התנאי קודם החיוב, דהחיוב לא יבא כ"א לאחר המשיכה, וזה נ"ל ברור ברש"י, וג"ז אין להקשות לרש"י דלמה לי' טעם המשיכה, דהא בלא"ה בכל הפסיקות בהכרח שהתנאי יהי' קודם הפסיקה, ובע"כ הכי מוכרח להתנות, ע"מ שלא אתחייב בשמירת ש"ש הריני נוטל השכר ונכנס לשמירה, דאי אמר להיפך הריני נכנס לשמירה ע"מ שלא אתחייב א"כ הוה בטל התנאי בלא"ה, משום דמעשה קודם לתנאי, וכעין זה הקשו התוס' שם על רש"י, ונ"ל דסברת רש"י כן הוא, דבכה"ג אין ענין כלל להא דבעינן תנאי קודם למעשה ואפי' כשהתנה להיפך נמי מהני, דכל עיקר הטעם דבעינן תנאי קודם למעשה מבואר ברש"י קדושין דס"א משום דלא אתי תנאי דבתרה ומבטל למתנה דקדמי', וא"כ לא שייך זה כ"א כשהבטיחו מעצמו לתת איזה דבר לחבירו, דבזה אמרינן דתיכף משהבטיח לתת הוה זה מתנה, ולא יכל שוב התנאי לבטל ההבטחה הקודמת, משא"כ גבי קדושין ושומר, דהבעל או השומר לא הבטיחו כלום מעצמם, ורק זכות התורה הוא לתת לאשתו שאר וכסות, וגבי שומר להתחייב בדיני השמירה, ולהכי אפי' תנאי דאח"כ מהני נמי דלא שייך כאן לומר דלא אתי התנאי ומבטל ההבטחה הקודמת, כיון שלא הבטיח כלום מעצמו, וא"כ מצד עצם התנאי יכל להיות כאן התנאי לבסוף, ולהכי הוצרך רש"י לטעם דמשיכה דלטעם זה הוי בכל אופן התנאי קודם, דכל אימת שהיה התנאי הוי הכל קודם החיוב דחיובו לח הוה עד דמשיך ודו"ק, ומיושב בזה נמי שפיר קושית התוס' מעל רש"י, דתיפוק ליה בקדושין נמי משום דתנאי קודם למעשה בעינן ולמ"ש א"ש, ועיין עוד בס' מג"ש על כתובות שכתב דתנאים הללו לא מקרי כלל תנאי דנצריך בהו משפטי התנאים דתנאי מיקרי כגון שאומר אם תעשה לי כך אתן לך כך וכך, אבל הכא לא הוה תנאי רק שמתנה שלא יתחייב מה שראוי להיות חייב למגרע זכותם ודמיא למוכר שדה ע"מ שלא יתחייב באחריות שאין זה תנאי רק שפוטר עצמו ממה שראוי להתחייב ולשון על מנת הוא לשון המורגל בכל דבר שאדם עושה אדעתא דהכי אע"פ שאינו תנאי ע"ש.

**סימן רצט**

סעיף א' **בהג"ה** ואם הפקיד אצל שנים הוה כהלוה לשנים, עיין בקצוה"ח מה שהקשה ע"ז מב"ק ועמ"ש בחדושנו לעיל סי' ע"ז בארוכה.

**סימן ש**

סעיף א' **במחבר** והשאר יהא מונח אצלו, ובהג"ה וי"א דיהא מונח ביד ב"ד עמ"ש בחדושנו לעיל סי' ע"ו להוכיח כהמחבר.

סעיף ב' **במחבר** וכן אם הפקידו אצלו שני כלים א' גדול ואחד קטן כו' בכרך אחד נותן הקטן לאחד ודמי הקטן לשני כו', מבואר במשנה דל"ז בב"מ, והמפרשים הקשו איך אמר בדין זה דנותן הקטן לאחד הא הו"ל טענו חטין והודה לו בשעורין דפטור אפי' משעורים, וכמו דאמרי' בס"פ המניח בניזק אומר גדול הזיק ומזיק אומר קטן הזיק דלא שקיל אפי' הקטן שאמר המזיק, ואיני רואה בזה שום קושיא, דהא הכא בע"כ עיקר טענה וכפירה בין שני המפקידים ולא בין המפקיד ונפקד, דהנפקד הא מודה בחיובו, ועוד דאי הטענה היה עם הנפקד, בלא"ה קשה דאיך אומר שאינו נותן כ"א מנה לזה ולזה, הא הו"ל מודה במקצת וטוען אינו יודע על השאר דאמרינן מתשאיל"מ, אע"כ דהטענה וכפירה הוא בין שני המפקידים וכ"כ נמי בשמ"ק שם, וא"כ לא שייך הכא לפטרו מטעם טענו חטין והודה בשעורין, דלנפקד לא הודו כלום, והמפקידים בינם לבין עצמם הוה כל אחד תובע לחברו ונתבע מחבירו, וא"כ מה שייך הכא לפטרם מטעם זה, וגדולה מזה נ"ל דאפי' אם הטענה וכפירה היה בזה עם הנפקד, לא שייך נמי כאן לפטור הנ"ל דטעם הפטור לשיטת הרמ"ה דהוה מטעם משטה, או לשיטת הרא"ש דהוה מטעם הודאה, ולשני אלו הטעמים בעינן עכ"פ שהנתבע לא יחזיק בהודאת השעורים, דאם גם עתה מחזיק הנתבע בהודאת השעורין לא שייכי טעמים הללו, דהא לטעם דמשטה בעינן שיטעון שהיה משטה, ואי לא טעין משטה הייתי לא אמר כלום וכמ"ש הראב"ד הובא בש"ך לעיל סי' פ"ח, כ"ש כשהנתבע עומד בשעורים, וגם לטעם דהודאה נמי לא יפטור כ"א במקום שהנתבע חוזר מהודאת השעורים, אבל אם מחזיק בהודאתו הרי גם הוא מודה ששעורים חייב עכ"פ דאפי' ביש עדים שחייב לו שעורים חייב לטעם זה, דלא אלים הודאתו לבטל העדיות העדים, וא"כ כ"ש כשיודע בעצמו ומודה שחייב לו שעורים וכמ"ש רבינו ירוחם בצ"נ הובא בש"ך שם סקי"ז, דלטעם דהודאה אם נתבע מחזיק בטענתו ואומר שעורים יש לך בידי חייב בשעורים ע"ש, כ"ש הכא דהנפקד שיודע בעצמו שחייב להם את הקטן ואינו רוצה כלל לפטור עצמו ואיך נפטרנו עי"ז, ואפי' לטעם דמחילה, לבד שהש"ך דחה אותו טעם לגמרי ע"ש, עוד אפשר לומר שהתוס' לא כתבו לטעם זה כ"א בטענו חטין, דהתם אין שייך לומר דמשום דרצה להרויח טען בחטין ולא בשעורין, דמי הכריחו שלא לטעון כ"א חטין לבד, הא יכול לטעון גם חטין גם שעורין, ומדלא טען שעורין מסתמא מחל, אבל כשלא יוכל לטעון ששני הכלים הם שלו ומוכרח לטעון רק אחת, אין ראי' לומר

מדלא טעין כ"א הגדולה מכלל שמחל על הקטנה, דהא י"ל דמשום דרצה להרוויח טען כן ועיין ברא"ש ס"פ המניח ובש"ך שם סקט"ז.

**סימן שא**

סעיף א' **במחבר** וכן פטורים אף מפשיעה עמ"ש מזה בחדושנו לעיל סי' ס"ו סעי' א' בארוכה.

**שם** במחבר וכל אלו חוץ מן הקדש פטורים אפי' משבועה שאינו ברשותו, ולפ"ז יש לעיין מאי פריך בב"מ דנ"ז מהא דנשבעין לגזברין, הא בהקדש באמת נשבעין שבועה שאינו ברשותו וא"כ נימא דהא דנשבעין היינו שאינו ברשותו ועמ"ש בחדושנו בסי' ס"ו שם דבהקדש לא שייך כלל שבועה דאינו ברשותו.

**שם** בש"ך ס"ק ד' וכ"כ הרא"ש פ' המפקיד דלמ"ד אין רצוני הוה פשיעה ולדידן אפי' פשיעה לא הווי, מיהו לעיל בסי' רצ"א הוכחתי שגם לדידן אמרי' טעם דאין רצוני ע"ש.

**שם** בהג"ה השואל בית ונשרף פטור דהו"ל קרקעות עמ"ש לקמן סי' ש"מ.

סעיף ד' **במחבר** כל אלו אם קנו מידם כו' ובקצוה"ח הקשה בהקדש מה צורך לקנין הא אמירה נמי הוי כמסירה עמ"ש בחדושנו לעיל סי' רנ"ה ליישב. $$(ציור בספר)$$

## הלכות שומר שכר

**סימן שג**

סעיף א' **בהג"ה** י"א אדם ששולח שום דבר לחבירו להוליכו ובתוך כך שלח לו דורון הוה ש"ש, והמחבר לא הביא דין זה מכלל דאינו סובר כן ובחדושנו לעיל סי' ע"ב סעיף ג' הוכחתי בראיות דבכה"ג דמתחלה לא ירד אדעתא דשכירות לא הוה ש"ש ע"ש.

סעיף ב' **במחבר** וי"א שאפי' שמר כראוי כו' או נם בעידנא דניים אינשי ונגנבו כו' חייב, פי' דהיינו דניים באונס שתקפתו תנומה ואפ"ה חייב לדיעה זו משום דס"ל דבגניבה חייב אפי' כשהגניבה היתה ע"י אונס גמור, ואפשר דלהכי נקט המחבר לשון קנה ובש"ס קאמר נא" פורתא" דנם משמע שתקפתו התנומה שלא ברצונו וכמ"ש ויאחזו תנומה, וגנא משמע שברצונו גנא, וכ"כ הפרישה דניים דקאמר הכא היינו באונס דאל"ה אין כאן פלוגתא דלכו"ע חייב לדידן דקיי"ל כר"ח ורבה בר רב הונא ובדברנו מיושב קושית הנתיבות בס"ק א' ע"ש וק"ל והנה בקצוה"ח כתב דאפי' לרבה דפטר בפ' הפועלים לא פטר כ"א בסבה כזאת דאמר התם שנפלה למים אבל בגניבה אפי' לרבה דחשיב לו אונס נמי חייב דכל גניבה קרובה לאונס ואפ"ה חייב ע"ש, ואין להקשות דא"כ מאי פריך התם לרבה מהא דותפול שבא ומהייתי ביום אכלני חורב גו' ותידד שנתי מעיני, דמשמע מזה שאם נם או הלך חייב, לישני דהא דבנם והלך חייב היינו בגניבה אבל

ע"י סבה אחרת אה"נ דבנם והלך פטור, דמלשון הברייתות אלו הן אונסין ששומר שכר פטור עליהן משמע דליכא שום אונס אחר למיפטרי' בנם והלך, וכן מלשון הברייתא השני', עד מתי ש"ש חייב, דמשמע נמי שאין שום אונס שיכול למיפטר אם לא שמר כעין שמירה דהייתי ביום, ולרבה הא בכל האונסין זולת גניבה פטור אפי' בנם והלך בעידנא דניימי ואזלי אינשי ולסד הוכרח לתרץ בחזני מתא ומיושב קושית הנתיבות בס"ק ב' על הקצוה"ח ודו"ק.

סעיף ג' **ש"ש** פטור מאונסין ועיין בש"ך אם הפסיד שכרו ועמ"ש בחדושנו לעיל בסי' ס"ו מזה.

**שם** בהג"ה אם לא היה יכל להציל עיין בנה"מ דבש"ש כל שלא הגיע האונס לגופו של חפץ רק לגופו של שומר הוי כפשיעה, אכן ברש"י ב"מ דצ"ג להכי יהבי ונהי דלאו פשיעה כו' משמע משום דס"ל דלא הוי אונס אבל אם הי' זה אונס הי' פטור אע"ג דבגוף השומר ולא בגוף החפץ הוא והרשב"א מפרש באמת שטעמם דס"ל דבעיא אונס בחפץ ולא בשומר.

סעיף ט' **במחבר** רועה שטען הצלתי ע"י רועים בשכר נשבע ונוטל מה שטען כו', לא הזכיר כאן כ"א שצריך לישבע מה שהוציא אבל לישבע שלא היה יכל להשיג כ"א בשכר ובחנם לא היה יכל להשיג, לא הזכיר המחבר, אכן בשמ"ק לב"מ דצ"ג איתא בהדיא דגם ע"ז צריך לישבע שלא היה יכל להשיג כ"א בשכר ובהכי ניחא מה ששו"ח פטור מלשכור, ובאמת אינו מובן, כיון דהדר ושקיל השכר מבעה"ב מאי איכא בין שו"ח לש"ש, ומ"ש מהוכר הגנב דאפי' שו"ח עושה דין אע"ג דהתם יהיה לו עוד טירחא עד שיוציא מהגנב די"ל דכיון דאח"כ כשבא ליטול מבעה"ב צריך הוא לישבע שלא היה יכל להשיג כ"א בשכר, ועל שו"ח לא הטילו חיוב זה שיהיה מוכרח לישבע אם אין רוצה בזה וק"ל.

סעיף י' **בש"ך** סק"י וכל שומר מחויב לישבע שיודע בברור שנאנסה עיין לעיל סי' רצ"א מ"ש שם בשם כמה ראשונים דלא כוותי'.

**סימן שד**

סעיף א' **במחבר** העביר חבית ממקום למקום בשכר ונשברה כו', ומשמע דהחיוב הוא מדין ש"ש וכיון דשבירה אינו חשוב אונס גמור אלא כגניבה ואבידה משו"ה שומר שכר חייב ושו"ח פטור, וצריך ביאור דנהי דמדין שומר אין לחייבו, אבל אכתי נחייבו מדין אדם המזיק והתוס' בב"מ שם ובב"ק דכ"ז כתבו באמת להוכיח מכאן דגם אדם המזיק אינו חייב דכעין גניבה דאי אדם המזיק חייב גם בנתקל א"כ מ"ט פטור שומר חנם בדין

זה דמעביר חבית נהי דפטור מטעם שמירה אכתי לחייב מטעם אדם המזיק, אכן דברי התוס' כיון דאדם מועד לעולם למה פטר באונס דכעין גניבה, ומהכא אין ראי', חדא די"ל דהכא במעביר לא מיקרי אדם המזיק משום דאיהו לא שברה בידים או בגופו רק שנפלה לארץ ונחבטה ונשתברה וא"כ קרקע עולם הוא שהזיקתו ורק משום שלא נזהר בשמירתה הוא דקמחייב ולכך קמדמינן לשומר חנם או לשומר שכר אבל אינו ענין כלל לאדם המזיק בגופו או בידים וכ"כ להדיא השמ"ק בשם הראב"ד בב"ק, ועוד דאפי' אי נימא דגם בכה"ג דמעביר מיקרי אדם המזיק אפ"ה איכא לחלק בין אדם המזיק כשאינו שומר למזיק כשהוא שומר וכמו שחילק הריב"א הובא בשמ"ק בב"ק ספ"ב בסוגיא דנפל מן הגג דכיון דהוה שומר לא שייך בו דין אדם המזיק שהרי עליו מוטל להתעסק בדבר זה ולכך אינו חייב כ"א בפשיעה אבל אדם דעלמא מה לו להתעסק כלל בדבר כיון שאינו מוטל עליו לכך חייב בכעין גניבה, אבל שומר כיון שמתעסק בזה לטובת הניזק לאו אדם המזיק הוא ויש להם רק דין שומר אם שומר חנם או שומר שכר, ומנא להו לתוס' להניח ליסוד דמעביר הוה אדם המזיק ושומר חייב נמי מטעם אדם המזיק ובדברנו היה מיושב נמי קושית התוס' בב"ק דל"ח בתוד"ה אמר רבה, דעל אוקימתת רבה דהא דמחייב ר' יהודה היינו במתכוין להורידה ונשברה מעצמה, הקשו התוס' והא ר' יהודה אית לי' בפ' האומנין גבי מעביר חבית ממקום למקום דנתקל לאו פושע הוא, ולמ"ש הדבר מופרך מעיקרו דהתם לא הוה אדם המזיק, ועוד כיון דשומר הוא לא דמי לאדם המזיק וכמ"ש ורק התוס' לשיטתייהו דמעביר הוה אדם המזיק וגם לא מחלקינן בין שומר לאדם המדק לזה לשיטתם שפיר הקשו, אבל אין דבריהם מוכרחים וכמ"ש ועיין היטב במ"ש מזה בארוכה לקמן סי' ש"ו.

**סימן שה**

סעיף ו' **במחבר** האומר לחבירו שמור לי ואשמור לך הוה שמירה בבעלים כו' הכי הוא שיטת רש"י דאינו שמירה בבעלים כ"א בשמור לי ואשמור לך דז"ל בב"מ דפ"א בד"ה שמירה בבעלים, אשמור לי ואשמור לך קאי ששניהם זה במלאכתו של זה, אבל השאילני ואשאילך כו' אין כאן בעלים של חפץ במלאכתו של שומר עכ"ל, הרי להדיא שאפי' בהשאילני ואשאילך נמי לא חשיב שמירה בבעלים וטעמו פשוט ומבואר דבבעלים לא הוה כ"א כשגוף הבעלים שאולים נמי במלאכתו, וידוע שיטת הרמב"ם בפ"ו מהל' שכירות דס"ל בכל הני בבי דהוי שמירה בבעלים, אפי' בשמור לי ואשאילך והשאילני ואשמור לך נמי, והנה בהשאילני ואשאילך י"ל דהוה נמי עמו במלאכתו לשמור לו כליו השאולים בידו וכמ"ש כאן הטור, וקצת ראי' יש לזה נמי מן הירושלמי

דפ' השואל הלכה ג' השאילני פרתך ואני נשאל לך וכמ"ש המראה פנים שם ע"ש אכן בבבא דשמור לי ואשאילך והשאילני ואשמור לך כבר השיגו הטור אמאי הוה שמירה בבעלים, ומ"ש הב"י דהרמב"ם ס"ל דלאו בעלים ממש בעינן, אלא כל שכליו של אדם במלאכת חבירו הוה נמי כאלו הוא עצמו במלאכתו, כבר הרגיש בעצמו שזה אין מספיק אכתי בהשאילני ואשמור לך דאין המשאיל עם השואל כלל לא הוא ולא כליו, וכן מ"ש הט"ז כאן דסברת הרמב"ם לאו משום דכליו הוי כאילו הוא עצמו, אלא משום דבשמור לי ואשאילך הוי הוא עצמו ממש שאול, כיון שמשועבד ליתן לו בשאלה, ואפי' אם לא יתן לו בידים מ"מ חייב הוא להראות לו להיכן מונח ולא ימחא לו ליקחנו ע"ש, ולא זכיתי להבין דבריו דא"כ כל השאלות שבעולם יהי' שאילה בבעלים כיון דהבעלים נותנין לשואל בידים החפץ או לפחות מראים לו היכן מונח, והרי מטריחים בזה לטובת השואל, ועוד דהא תינח כשקיבל זה תחלה חפץ הנשמר דאמרינן כיון שנשתעבד גופו להמציא לו כלי הנשאל הוי כבעלים עמו אבל כשזה השאיל לו מקודם חפצו, דכבר עשה חיובו ונסתלק שעבודו, וכשנכנס אח"כ זה לשמירה אין בעלים עמו שוב וצ"ע. $$(ציור בספר)$$

## הלכות אומנים

### סימן שו

סעיף א' **במחבר** וכולם שאמרו לו טול את שלך כו' הוה שומר חנם, והנה זה לשון רש"י בב"מ ד"פ בד"ה וכולן שאמרו טול את שלך שכבר גמרתיו כו' שאיני מעכבו עוד על שכרו הרי הוא מעתה שו"ח עכ"ל, ומשמע מלשונו דמה שאמר טול את שלך, לא לסלק עצמו משמירה נתכוין, אלא שגילה דעתו שאינו רוצה לתפסו על שכרו ואם ירצה יכול ליטול את שלו והוא ימתין לו המעות וכ"כ שם להדיא בדפ"א ד"ה קמ"ל, ולפ"ז צריך ביאור מה שדייק רש"י בתחלתו שכבר גמרתיו, ובסופו הרי הוא מעתה שומר חנם, דלשון זה משמע, שדוקא באומר לו כן לאחר גמר מלאכה, מהני רק לענין שלא יהיה מעתה שומר שכר, אבל במשך ימי האומנות הוה מיהא ש"ש אע"ג שגילה דעתו מתחלה ובעת קבלת האומנות אמר לו שלא ירצה לעכבו על שכרו ולכשיכלה אומנותו יכל ליטול את שלו, לא מהני זה לפוטרו, וקצת תמוה דכיון דעיקר טעמא דהוה ש"ש אפי' בימי האומנות היינו משום דתפיס אאגרא וכדמסיק בסוגיא וא"כ כי גילה דעתו שאינו רוצה לעכבו כלל למה יתחייב כדין ש"ש, וי"ל דבמשך ימי האומנות יש עוד טעמא אחרינא לחייבו כש"ש, משום דמשתכר בה ואית לי' הנאה והוה כמו שוכר דהוה נמי ש"ש מהאי טעמא, ובש"ס דקאמר לטעם דתפיס, היינו למ"ד שוכר כשו"ח, דלדידי' לא מהני טעם דמשתכר,

דהא שוכר נמי להנאתו הוא אצלו ואפ"ה הוי כשו"ח, אבל למ"ד שוכר כש"ש דמי מוכח להיפוך, דלא בעינן כלל לטעם דתפיס, ובטעם דמשתכר לחוד נמי הוה ש"ש, דהא בשוכר ליכא טעם דתפיס וכמ"ש בתוד"ה דקא תפיס, ואפ"ה הוי ש"ש, וכיון דבמשך ימי האומנות איכא טעם דמשתכר, משו"ה לא מהני אמירתו טול את שלך לפטרו אבל לאחר שכלו ימי האומנות שאין משתכר בה שוב, ולא נשאר כ"א טעם דתפיס אאגרי' כי א"ל טול את שלך וגלי דעתו שאין מעכבו על שכרו מהני זה לפוטרו, וא"ל דכיון דבמשך האומנות נשתכר בה וקיבל הנאה, בההיא הנאה יהי' ש"ש אפי' לאחר האומנות עד שיגיע ליד בעלים, ואפי' לאחר שכלו ימי האומנות לא יועיל נמי טול את שלך לפוטרו, כיון דאין טעם החיוב משום דתפיס אאגרי' די"ל כיון שכבר הודיע לבעלים שכלו ימי האומנות פסקה חיוב שמירתו, דאפי' נושא שכר ממש, כששכרו לזמן וכלה הזמן לא הוה תו ש"ש, אפי' כשהוא בביתו של שומר עוד וכמ"ש לקמן סי' שמ"ג, וה"נ דקיבל הדבר לאומנתו הוה כקצרו זמן שלא יהיה בידו כ"א משך ימי האומנות, וכשכלה ימי האומנות כלתה שמירתו, וכן משמע בסוגיא דהתם וברש"י, וממילא דכשאומר אח"כ טול את שלך וגילה שאינו מעכבו עוד על שכירתו מהני זה לפוטרו משני החיובים כאחת, דכיון שהודיעו זה פסקה הנאה קמייתא, וגם טעמא דתפיס לא שייך עוד, ולפ"ז שפיר דייק רש"י דאמירה דטול את שלך לא מהני כ"א כשאומר לו הכי לאחר שכבר גמר, ולא מהני כ"א לפוטרו שמעתה לא יהיה עוד ש"ש, אבל אם בתחלת הקבלה גילה לו זה, לא מהני לפטרו מחיוב דתוך ימי אימנות, משום דבזה הוי נמי טעמא אחרינא לחיובא ודו"ק.

**והנה** בטור כאן לא כתב כ"א טעמא דמשתכר, וטעמא דתפיס אאגרי' לא הזכיר כלל, ועיין בס' מחנה אפרים הלכות שומרין סי' מ"א שנסתפק אם ס"ל להטור טעם דתפיס נמי, או לא בעינן כלל שוב לטעם דתפיס ונ"מ להיכי דהקדים לו שכרו, אי נימא דתרתי בעינן שמשתכר ותפיס, בהקדים לא הוה ש"ש כיון דליכא טעם דתפיס ע"ש, ולמ"ש דטעם דטול את שלך לא מהני לסתור כ"א טעם דתפיס, וא"כ הטור וכל הפוסקים שהביאו הדין דכשא"ל טול את שלך דהוה שו"ח, בע"כ דס"ל טעם דתפיס, דאי לא ס"ל כ"א טעמא דמשתכר, א"כ מה מועיל אמירתו דטול את שלך לסתור טעם חיוב דמשתכר, ומה ענין הם זה לזה, ומזה שלא הזכיר הטור טעם דתפיס אין ראי' דלא ס"ל טעם זה, די"ל כיון שטעם זה מפורש בש"ס, ולא הוצרך להזכירו, ורק אשמעינן דטעמא דמשתכר איתא למי למסקנא דקי"ל דשוכר כש"ש דמי, ונ"מ לענין שלא יועיל לפטור במשך ימי האומנות וכנ"ל, ואמנם לאחר העיון יש לדחות ראי' זו, דמה שכתבתי דטול את שלך

לא מהני כ"א לסתור טעם דתפיס, היינו דוקא כשיפריש דהכוונה באומרו טול את שלך לא נתכוין לסלק עצמו מן השמירה, כ"א להודיעו שאינו תופסו עוד על שכרו וכפירש"י דלעיל, אכן אי נימא דהכוונה דמסלק עצמו לגמרי מן השמירה, אז מועיל זה לדחות אפי' טעם דמשתכר, דנהי דבתחלה היה לו הנאה, מ"מ כשהודיעו שכבר כלתה שמירתו ואינו רוצה עוד לשומרו, ודאי דמהני זה לפטור, והנה מתוס' ב"מ דמ"ט ד"ה אלא מוכח להדיא דמפרשי דטול את שלך הוי סילוק לגמרי מן השמירה, שהקשו שם דמ"ש התם כשאומר לו שקול זוזך דאפי' שו"ח לא הוה, ומ"ש מטול את שלך דקאמר הכא דשו"ח מיהא הוי ע"ש מה שתי', ואי נימא דמפרש כפירש"י דטול את שלך לא הוי סילוק משמירה, לא הוה מקשו מידי, דהכא תלינן דלא לסלק משמירה נתכוין רק שהודיעו שאינו רוצה לעכב החפץ בעד המעות, ואם ירצה יכול ליטול את שלו, והוא ימתין לו המעות, אבל אם הבעה"ב מרוצה מרצונו להניח אצלו, ישמרנו ברצונו הטוב, ומשו"ה הוה שפיר שו"ח, משא"כ בההיא דב"מ דמ"ט כיון שהודיעו שחזר בו, בודאי כשירצה ליטול את שלו יטלנו ולמה היה לו לומר שקול זוזך אלא ודאי דלסלק עצמו מן השמירה נתכוין, ובש"ך כאן מיישב באמת כן לקושיית התוס' ועיין בנה"מ מ"ש, ומדהקשו התוס' והוכרחו לדחוק בתירוצם, מכלל דס"ל דטול את שלך דהכא הוה נמי סילוק השמירה לגמרי, וא"כ י"ל שגם הטור וסייעתו הכי סברי כתוס', ושפיר מהני טול את שלך לסתור גם טעם דמשתכר, ואמנם עכ"פ זה ודאי דלרש"י וכן להרמ"ה שמביא הש"ך כאן, דטול את שלך לא הוה סילוק השמירה, כ"א גלוי דעתא שאינו מעכבו לתופסו על השכר, דס"ל נמי טעם דתפיס, דאל"ה יקשה ממתניתין דטול את שלך מהני לפוטרו וכנ"ל, ובס' מח"א שם הוכיח דרש"י לא ס"ל רק טעם דתפס לחוד ולא טעם דמשתכר כלל ע"ש, ואמנם בעיקר הדבר מה שמשמע מהמח"א דאי נימא דהטור ס"ל טעם דתפיס נמי, שאז כשהקדים לו שכרו לא הוה תו ש"ש, דמטעם דמשתכר לחוד לא יהי' ש"ש, תמוה זה מאד, דהא בשוכר ליכא כ"א טעם דמשתכר לחוד, דטעם דתפיס לא שייך התם וכמ"ש התוס', ואפ"ה הוי ש"ש, ואע"ג דהתוס' שם בד"ה הא גמרתיו כתבו נמי דתרתי בעינן משתכר ותפיס, היינו בע"כ לאוקימתא קמייתא דשוכר הוי כשו"ח, ומשתכר לחוד אין מועיל כלל, אבל לאוקימתא בתרייתא דשוכר כש"ש ודאי דמטעם דמשתכר לחוד נמי הוה ש"ש כמו בשוכר ועמ"ש מהר"ם לובלין שם, ולכן נ"ל ברור דלהטור דכתב טעם דמשתכר, אפי' אי נימא דס"ל נמי לטעם דתפיס פשוט הדבר דבשהקדים לו שכרו הוה ש"ש מטעם דמשתכר לחוד, דגם מטעם אחד מהטעמים נמי הוה ש"ש, ולא מהני טעם דתפס כ"א לאחר שכלו ימי האומנות דאז כלתה הנאת השכירות קמייתא דהוה כמו

שקיבל לזמן קצוב עד שיכלה האומנות וכמ"ש לעיל דאז הוי מיהא ש"ש מטעם דתפס ודו"ק בכ"ז.

סעיף ב' **במחבר** שאין האומן קונה בשבח כלי, והנה השמ"ק בב"ק דצ"ט כתב וז"ל אומן קונה בשבח כני כלו דקונה ואפי' כל שבחו וכשקלקלו לאחר שהשביחו נמי, לפי שאין דעתו של אומן להשביח לצורך בעל הכלי לחייב את עצמו בתשלומי נזקו, וכן דעתו ג"כ להשביחו לעצמו ולקנות בו כנגד שכרו אעפ"י שלא קלקלו, אבל לכו"ע כשלא קלקלו אינו קונה כל שבחו שלדעת שיהא של בעל הכלי הוא מתקנו ומשביחו עכ"ל המתבאר מדברים הללו דכוונת אומן קונה בשבח כלי מתפרש לשני סוגים, כנגד שכרו הוא דקונה לו לנפשי', ומשמע נמי דקונה בזה קנין גמור ודלא כמ"ש הקצוה"ח ונה"מ דאינו קונה כ"א לשעבוד, וכמו קנין שיש לאדם במשכון, וגם רש"י בב"ק שם כתב דכשמחזירו לו והוי כמוכרו לו, והרי להדיא דכ"ז שלא החזירו הרי הוא שלו בקנין גמור, אכן בשבח היתר על שכרו אינו קונה לנפשי' כ"א לצורך בעה"ב הוא דקונה ורק על תנאי זה הוא קונה עבורו שלא יתחייב בתשלומי נזקו, ונ"ל פשוט דאפי' למ"ש הרא"ש בתשובה דגם למ"ד אומן קונה בשב"כ אינו קונה כ"א השבח שיש בו ממשות כגון שנתן לו כלי לציירה בסימנים אינו קונה דהיינו דוקא בשבח שכנגד שכרו, דהקנין הוא בזה שקונה אותו לעצמו, בזה אמרינן שפיר דכיון דאין ממשות בשבח אין מקום לתפוס הקנין, משא"כ בשבח היתר על שכרו ואנו דנין לענין נזקין אם לחייב להאומן גם בנזקי השבח בזה אין נ"מ אם יש בו ממש או אין ממש בשבח, ובכל אופן פטור מלשלם את נזקי השבח כיון דבזה לא יבא הפטור מטעם דהשבח הוה של האומן דנימא שלא קנה אותו כיון שאין בו ממש, דבלא"ה נמי לא קנה לעצמו שבח היתר על השכר, והפטור בזה יבא מטעם דהוה כהתנה עם בעה"ב שלא יתחייב בתשלומי נזקו, א"כ אפי' בכה"ג שאין ממש בשבח נמי פטור, דמה לי שאין תופס קנין בשבח זה, כיון דלאו מטעם קנין הוא דפטור וזה ברור, ולפ"ז מה צדקו דברי הרא"ש בתשובה כלל מ"ב סי' ו' וז"ל ששאלת הנותן טבלא לאומן לצייר בה ציורים ששוחקין עליה באיסקונדרא ואסרה על בעלים לאחר שציירה קודם שפרע לו שכרו אם יש כח בידו לאסרה, תשובה כיון דקיי"ל דאין אומן קונה בשב"כ הרי אין לו בגוף כלום אלא שכר הוא דמחייב בעל הכלי ואין לו כח לאסור הכלי ואפי' אם היה האומן קונה בשב"כ היינו היכא שיש ממשות בהשבח כו' אבל הכא לא עשה האומן אלא שציירה בסימנין ואין בזה ממש וכו' עכ"ל וכבר הרבו האחרונים להשיב על זה שדבריו הם נגד הסוגיא דב"ק שם דמוכיח הש"ס מנותן צמר לצבע דאומן קינה, הרי שגם הצבע קנה, ועיין בקצוה"ח ונה"מ כאן מה שטרחו ליישב, ועדיין דבריהם דחוקים

למעיין, אכן למה שכתבתי מה צדקו דבריו דהא התם בב"ק לענין נזקין דייניגן, ובריייתא דנותן למר לצבע דמוכיח מינה נמי לענין נזקין מיירי כדתני והקדיחו יורה, ולענין זה ודאי שאפי' בצבע שאין בו ממש אינו משלם בנזקי השבח, דבזה אין הטעם משום קנין אלא משום דהוה כהתנה עמו שלא יתחייב לו בתשלומי נזקו, אבל בהך דתשובת הרא"ש דדן אם יכל לאוסרה דלענין זה בעינן שיהי' השבח שלו ממש, דאל"ה לא יכל לאוסרה, ולכן שפיר יש לומר דכיון דבצבע אין בו ממש ואין על מה לתפוס חלות הקנין לא הוה זה של האומן אפי' בשבח דכנגד שכרו ודו"ק כי זה נכון בעזה"י.

**והנה** בב"מ דקי"ב ברש"י ד"ה אומן קונה בשבח כלי כתב וז"ל וכשמחזירו לו הוה כמוכר לו עכ"ל, וכן בב"י שם ברש"י ד"ה אמאי עובר הא זבוני קא מזבין לי' ניהלי' ולו שכירות הוא ע"ש, ומלשונו משמע דסבירא לי' דהאומן יש ל קנין ממש בשבח עד דכשמחזירו הוה כמוכר לו, ודלא כשיטת הראשונים דסברי שאינו קונה כ"א לשעבוד, ולפ"ז צריכין הבעלים קנין כשמחזיר להם השבח ועיין בנתיבות כאן דהקנין הוא מטעם כסף ואם פרע לו השכירות הרי קנהו מאתו בכסף השכירות ובכה"ג דלא שייך החשש דשמא נשרפו חטיך בעלי' הוה כסף קונה לכו"ע ע"ש, אכן זה מספקא לי באם שילם לו בעה"ב את השכר קודם שעשה האומן את השבח אי קנה השבח ע"י כסף כיון דבשעת מעשה היה השבח דבר שלא בא לעולם עוד או שמא כיון דהאי דהכא לא דמי נשאר דשלב"ל דהכא אין יכול האומן אח"כ כשיבוא לעולם לעכב את השבח לעצמו ואם ירצה בעה"ב לסלק לו את המעות יכול לסלקו ואין צרין דעת האומן וכמ"ש בקצוה"ח כאן, משו"ה אפשר דדמי למוכר לאחר שלשים יום דקונה בכסף דמעיקרא ואפי' בשנתאכלו המעות וכמ"ש התוס' ולמוק"י בפ"ק דב"מ ולעיל בסי' רצ"א, ויותר מסתבר להיפך דכיון דבשעת חלות הקנין לא היה יכול לחול, גם אח"כ לא יקנה בכסף הזה ולא דמי למוכר לאחר שלשים יום שגם בשעת מעשה יכל לחול וצ"ע,

**אלא** דצריך ביאור דלמה שכתבנו דהאומן קונה בזה קנין ממש וכשלו הוא, א"כ היכי מצי בעה"ב לסלק האומן בדמי השכירות דהוא פחות משוויו של השבח בע"כ דאומן, ואי משום דכבר קנה בעה"ב בפסיקה שפסק לו, הא הו"ל דשלב"ל, ומ"ש מאומנין שנשתתפו שכל מלאכה שיעשו יהא הריוח לשותפות דלא מהני משום דהוה דשלב"ל וכמבואר לעיל סי' קע"ו ואפי' החולקים ע"ז וסברי דמהני התנאי הזה שהתנו ביניהם, היינו משום דאמרינן דאגב דבעי לקנות מקנה ג"כ וכמבואר בשו"ע שם, והכא לא שייך זה, ועיין בקצוה"ח שנדחק הרבה בישוב קושיא הזאת, ולי נראה פשוט, דהא כל היכי דהלוקח סמיך דעתו על הקנייה הזאת מהני אפי' בדבר שלב"ל נמי וכמבואר להדיא

בב"מ דט"ז ע"ב וברמ"א לעיל סי' ר"ט דאמר התם הכא סמיך דעתי' ע"ש, וה"נ בודאי שהלוקח הוא בעה"ב סמיך דעתו על זה שבודאי יקיים האומן את הפסיקה שפסק עמו, ול"ד כלל לאומנין שנשתתפו דהתם הלא יש ביד האומן לעכב שכר מלאכתו לעצמו ולבטל את הפסיקה שהתנה לחלוק עם חבירו, משו"ה לא סמיך דעתו של חבירו דמימר אמר שמא יחזור ויבטל את הפסיקה משא"כ הכא דהשבח הוא על החפץ של בעה"ב כגון נתן לו עצים ותיקן לעשות כלי דלא יוכל להפריד את השבח לבדו מעל החפץ וליקחנו, ובאם שירצה ליקח את השבח לעצמו בע"כ שיהא מוכרח לגזול גם את העצים שנתן לו בעה"ב, ולכן בכה"ג ודאי שבעה"ב סמיך דעתו שהאומן בע"כ בהכרח ימסור לו, דלגזול ודאי לא ירצה דכל אדם לאו בחזקת גזלנים הם, ואין ברירה אחרת לפני האומן כ"א לקיים את הפסיקה שהתנה עם בעה"ב ולמסור לו הכלי עם השבח כיון דאי"א לחלק ולהפריד את השבח מגוף הכלי ודאי שלא יגזול משל בעה"ב ובהכרח למסרו לבעה"ב, ובכה"ג דסמיך דעתי' שפיר מהני הפסיקה מדין אפי' בדבר שלא בא לעולם ודו"ק כי זה ברור בעזה"י.

**והנה** הפנ"י בגיטין דכ"ג בהא דתנן התם הכל כשרין לכתוב את הגט אפי' חש"ו הקשה דלמ"ד אומן קונה בשב"כ והאומן הא צריך להקנות לבעה"ב והני הא לא ידעי לאקנוויי, וגם הנתיבות הביא לקושיא זאת ונ"ל דלק"מ דאטו עצם גוף הנייר נשבח מה שנכתב הגט עליו, אדרבה עצם הנייר עוד נתקלקל ע"י הכתיבה, דמעיקרא כשהיה נייר חלק היה עומד ראוי לכתוב עליו לכל הצריך ועתה לא יוצרך עוד למלאכה לגבי אחרים כ"א לגבי בעל שהוא צריך לו, אבל לאדם אחר ליכא בזה שום שבחא ולא שייך לומר כי האומן יקנה זה כיון דלגבי' ליכא שום שבח ואין לו מה שיקנה וז"ב ועמ"ש לקמן סי' של"ט.

**שם** בש"ך ס"ק ג' הביא דמ"ש הטור לקמן סי' של"ט דבקבלנות אינו עובר בבל תלין היינו דוקא בשכרו לביטשי ביטשי במעתא, הא לא"ה יש בקבלן משום בל תלין ע"ש, אמת שכן משמע מרש"י ותוס' ב"ק דצ"ט בד"ה דחגרי' לביטשי כו' דשכיר יום הוא ולא קבלן, ובתוס' השיגוהו דמ"מ הוה קבלן ולא שכיר יום ע"ש, הרי שדברי שניהם נלמד דמ"מ בקבלן אינו עובר, אלא דדברי רש"י צריך ביאור וגם מה שהוסיף בב"מ דקי"ב דשכרו בין ישבית בין לא ישביח, א"כ אכתי היכא דמשביח לא יעבור בבל תלין, וגם צריך להבין את החילוק שבין שכיר יום לקבלן לענין זה עיין בחדושנו לקמן סי' של"ט ששם מקומו.

סעיף ד' **במחבר** בהמה לטבח וניבלה בשכר חייב כו' בחנם אם היהי טבח מומחה פטור ר בב"ק דצ"ט אמר ר' יוחנן טבח אומן שקלקל חייב ואפי' היא אומן כטבחי דצפורי

ופריך הש"ס מר' יוחנן אר' יוחנן ומשני ל"ק כאן בחנם כאן בשכר כי הא דאמר ר' זירא הרוצה שיתחייב לו טבח יקדים לו דינר, והנה בלישנא דר' זירא דאמר יקדים לו דינר מבואר בשמ"ק בשם הרמ"ה דיקדים דקאמר דוקא הוא משום דלא מסר לו אלא לשחוט בלחוד וזימנין דלא צריך לא למשיכה ולא להגבהה ועוד דלא ניחא לי' למושכה ולהגביהה כי היכי דלא תיקום ברשותי' לכל מילי הלכך אי אקדים לו דינר משתעבד אע"ג דלא משך דהא לאו לאוקמא ברשותי' לנטורא קא בעי אלא למיעבד לי' עבידתא בעלמא דקא משעבד נפשי' והוי כשכיר בעלמא דמשתעבד בדמים עכ"ל, הרי דהרמ"ה גילה לנו דהחיוב בטבח אומן שקילקל לא הוה מטעם מזיק דאי מטעם מזיק לא בעי שום שעבוד וקנין אלא החיוב הוא משום שעבוד שמשעבד נפשי' לעשות את המלאכה הזאת בלא קלקול, ולהכי מצריך ר' זירא דיקדים לו דוקא כי היכי דלישעביד נפשי' עי"ז, ומה שהוצרך ר' זירא לזה ולא חייבו באמת מטעם מזיק ואפי' בלא הקדים לו דינר נמי, יש לומר משום דהוה היזק שאינו ניכר וכמו שהקשה באמת כן הרמב"ן, משו"ה פי' ר' זירא דבהקדים לו דינר מיירי וחיובו הוא מטעם שעבוד ולא מטעם מזיק ולהכי חייב אע"ג דהוה היזק שאינו ניכר דכיון שנשתעבד לעשות לו מלאכה הזאת בלא קלקול ובשלימות חייב מטעם שומר, ואפי' לדעת הש"ך דפוטר גם בשומר בהיזק שאינו ניכר, הכא חייב דכיון דנשתעבד על מלאכה הזאת ביחוד לעשותה בשלימות הרי הוא כאילו קיבל בפירוש שיתחייב בהפסד וקלקול השחיטה שיהיה במלאכה הזאת דודאי חייב ולא דמי לשומר דאינו מתחייב לשמור ביחוד מהיזק שאינו ניכר להכי י"ל דעל היזק שאינו ניכר לא קיבל שמירה אבל הטבח שנשתעבד לשמור השחיטה הזאת שלא יהיה בה שום פסול הרי קיבל עליו לשומרה מהיזק זה ביחוד, ועיין מה שכתבנו בחדושנו לעיל סי' רצ"א וגם עיין מ"ש בס' יה"ת מזה, וא"כ יהיה מכאן לכאורה קושיא גדולה על הרמב"ן שהקשה דלמה מחייב ר' יוחנן בטבח אומן הא הוי היזק שאינו ניכר, והא לפמ"ש ר' זירא מפרש דר' יוחנן בהקדים לו דינר מיירי וחיובו הוה מטעם שעבוד, ומטעם מזיק באמת אין לחייבו משום דהוה היזק שאינו ניכר, ור' זירא עצמו מיישב לקושית הרמב"ן, וכן מה שתי' הרמב"ן דהכא הוה זה היזק ניכר, דכיון שלא שחט כראוי השחיטה עצמה הוי ההיזק שאין זו שחיטה אלא כמתיז ראשה בסייף והרי ניכר הוא און חי לשחוט ע"ש, הא מדר' זירא מוכח דלא אמרינן כסברת תירוצו דאי כהרמב"ן דהיזק ניכר הוא בכה"ג, למה לן להקדים דינר ותיפוק לי דחייב מטעם מזיק ואפי' בלא דינר נמי.

**והנה** זה מבואר עכ"פ להדיא מן הש"ס דבעינן דוקא שיקדים לו את השכר, וא"כ יש לתמוה על כל הפוסקים שלא הזכירו כלל לתנאי הזה וסתמו לומר דבשכר חייב ויותר תמוה מה שכתבו הטור והרמ"א כיון דאותן הטבחים שנוטלים הכרכשאות שומרי שכר הם ואם קלקלו חייבין כיון דשקילו אגרא, הא שכר דכרכשאות לא בא אלא בסוף אנן לא בעינן שיקדים לו את השכר ומשום דמטעם מזיק אין לחייבו כמה שביארנו כדאמר ר' זירא להדיא, והנ"ל בזה דהנה עיקר דברי ר' זירא דמצריך דוקא שיקדים לו את השכר ומשום דמטעם מזיק אין לחייבו, תמוה מאד דהא לעיל שם בסוגיא זאת גופא קאמר שמואל טבח אומן שקלקל חייב מזיק הוא פושע הוא, הרי להדיא דשמואל חייבו מטעם מזיק, ואע"ג דקאמר נמי פושע הוא בע"כ דעיקר החיוב הוא מטעם מזיק דאל"כ בחנם אמאי חייב דנהי דשומר חנם חייב בפשיעה, מ"מ הכא דלא משך עדיין א"א לחייבו מטעם שומר דשומר אינו מתחייב בשמירה כ"א משעת משיכה ובע"כ דמטעם מזיק הוא והא דקאמר נמי פושע הוא, היינו דבטעם מזיק לחוד לא סגי דאכתי הו"א דההיזק הזה קרוב לאונס הוא, דפטור בו אדם המזיק וכמבואר בתוס' ר"פ המניח ובב"מ ס"פ האומנין דבאונס דכעין גניבה פטור אדם המזיק, לזה קמ"ל פושע הוא, פי' דההיזק הוה קרוב לפשיעה דחייב בו אדם המזיק, אבל חיובו הוא מטעם אדם המזיק, ויישבתי בזה מה שהקשה בשמ"ק למה לו לשמואל לומר תרתי, מזיק הוא פושע הוא ע"ש, ולפמ"ש מבואר דאשמועינן בזה דיסוד החיוב הוא משום דהוי קרוב לפשיעה דאל"ה לא הי' חייב גם מטעם מזיק וא"כ קשה על ר' זירא בתרתי, דפטר בחנם ולא מחייב כ"א בשכר, וגם מצריך שיקדים המעות דוקא, ואמאי לא מחייב אפי' בחנם לגמרי ומטעם מזיק וכדשמואל, והנה הקושיא הזאת מצד עצמה היה מקום ליישב עפמ"ש התוס' ר"פ המניח דאונס דכעין גניבה פטור אדם המזיק והוכיחו זה מדברי ר' יהודה דקאמר שומר חנם ישבע נושא שכר משלם, והשתא מדפטר שומר חנם ולא מחייב מטעם אדם המזיק ש"מ דבאונס דכעין גניבה פטור אדם המזיק ומדמה ר' יהודה נתקל לגניבה וכן מברייתא דהכא דפוטר טבח אומן בחנם ומחייב בשכר והיינו נמי משום דקלקול דשחיטה דמיא לאונס דגניבה ומתחלה סובר המקשה דדמיא לאונס דאבידה להכי שומר חנם נמי חייב מטעם אדם המזיק, ומסיק דקלקול זה דומה לאונס דגניבה ואין לחייבו מטעם אדם המזיק ולפי"ז א"ש דברי ר' זירא דשמואל דאומר להדיא מזיק הוא פושע הוא, וכיון שזה הקלקול דשחיטה אליבי' דומה לקלקול דפשיעה שפיר חייב מטעם מזיק ואפי' בחנם ור' יוחנן ור' זירא סברי דקלקול זה דומה לאונס דגניבה ומטעם מזיק אין לחייבו ורק משום שסובר כמ"ש בשם הרמ"ה משו"ה אינו חייב עד שיקדים לו את המעות דוקא

דבלא"ה לא משתעבד, אלא דאכתי אין מיושב סברת ר' יהודה דב"מ וכן ברייתא דהכא דמחייבי בשכר אע"ג דלא הקדים לו המעות הא מטעם שמירה אין לחייבו אפי' לשומר שכר כיון דלא משך ולא ניחא לו לקנות דזהו עיקר טעם דר' זירא דמצריך דוקא לקדימת המעות דליהוי כשכיר דמשתעבד בדמים וכנ"ל וכן פסקי השו"ע תמוהים אכתי דלפום מאי דפסקינן שדוקא שומר שכר חייב ושומר חנם פטור מכלל דס"ל שאין החיוב מטעם מזיק דאי מטעם מזיק לא שייך לפלוגי בין בחנם לבשכר דאפי' בחנם נמי חייב, אלא ודאי שסבירא לו שקלקול זה דמיא לאונס דגניבה שקרוב לאונס ובלא"ה נמי בע"כ צ"ל דלא קי"ל כשמואל דקלקול דשחיטה ידמה לפשיעה, דהא טעמא דשמואל הוא משום דמדמה לה לנתקל פושע כדאמר להדיא ואנן הא קי"ל דנתקל לאו פושע הוא כמבואר לקמן סי' תי"ב, וכיון שבע"כ הקלקול דשחיטה דמיא לאונס דגניבה ואין לחייבו מטעם מזיק וגם מטעם שומר אין לחייבו כיון דלא ניחא לו למושכה, וא"כ אמאי לא הצריכו לתנאי דהקדמת המעות כמו שמצריך ר' זירא, ועל הטור יש לומר דלשיטתו דפוסק כתוס' ורא"ש דשומרין לא בעי משיכה להתחייב באונסין ולהכי שפיר חייב מטעם שומר שכר דחיובו בגניבה דלענין שיהא שומר שכר לא בעינן להקדמת המעות, אבל השו"ע שבכמה מקומות הביא לדעת הרמב"ם דבעינן משיכה בשומרים וכמבואר לעיל סי' רצ"א ולקמן סי' שי"ז, לדידיה יקשה למה לא מצריך תנאי הזה שיקדים המעות.

**אכן** שוב התבוננתי שיש מקום לחייב גם לדידן מטעם מזיק ואפ"ה דוקא לשומר שכר ולא לשו"ח, דהנה אף שרבים הבינו בכוונת התוס' ר"פ המניח במה שכתבו דאונס דכעין גניבה פטור בו אדם המזיק דהיינו אפי' בשומר שכר, והא דמחייב ר' יהודה בשכר, היינו מטעם שמירה, אכן לבבי לא כן ידמה בכוונת התוס' דאיך יעלה כלל על הדעת לומר כן דשומר שכר שמחוייב לשמור מהיזק דגניבה ואם נגנב על ידי אחרים חייב, וכשהוא בעצמו יעשה היזק כזה שהוא כעין גניבה, יפטר, והא זה פשוט שאין ההיזק בא ע"י עצמו יש לחייבו יותר מאילו קרה סיבה כזאת ע"י אחרים, והראי' דהא שומר חנם פטור מאבידה כשלא שמרו ונאבד ואפ"ה אם הוא עצמו עשה היזק דכעין אבידה חייב, וא"כ שומר שכר שחייב נמי בגניבה ממש, כ"ש כשהוא עצמו עושה היזק דכעין גניבה דחייב, ועמ"ש לעיל סי' ד"ש, ועוד דהא טעם החילוק של התוס' לפטור בהיזק דכעין גניבה, היינו משום דאונס כזה לא הוה לי' למירמא אנפשיה אונס כזה, וא"כ למה יפטר כשהוא בעצמו עשה היזק כזה, ולזה נ"ל לנכון דמה שכתבו התוס' דבאונס דכעין גניבה פטור אדם המזיק, היינו דוקא בשומר חנם אבל שומר שכר חייב ודאי מטעם מזיק, ולפ"ז הא דמחייב ר' יהודה בב"מ לשומר שכר שהעביר חבית ונתקל דהיינו נמי מטעם

מזיק ולא מטעם שומר ואפ"ה שומר חנם פטור, דאילו הי' מזיק גמור היה שומר חנם נמי חייב, אבל מזיק כזה דכעין גניבה שקרוב הוא לאונס שומר חנם פטור דהאי כדיני' והאי כדיני' שומר חנם דפטור בגניבה דלא הו"ל למירמי' אנפשי' אונס כזה אפי' כשהזיק הוא בעצמו בכעין זה נמי פטור, אבל שומר שכר דבגניבה ממש יתחייב כ"ש דחייב כשהוא עצמו עשה היזק כזה, וא"ש מה שלא הצריך ר' יהודה להקדים את המעות כיון דאין חיובו משום שכיר דלבעינן שישתעבד בדמים, אלא החיוב הוא מטעם מזיק, ושומר שכר מיקרי אפי' כשלא הקדים לו את המעות דבשלמא אם נצרך שישתעבד ע"י הדמים, והדמים יעשו קנין בעינן דוקא שיקדים לו את המעות, אבל הכא דלא בעינן רק שיהי' עליו דין דשומר שכר ואם אך תנאי השמירה היה ע"מ שישלם לו שומר שכר מיקרי אפי' כשלא הקדים לו נמי חייב שפיר מטעם מזיק, וראי' לדברינו דחיוב דשומר שכר מטעם מזיק הוא ממה שאמרו בב"ק שם אי אמר מזיק הוא הו"א דוקא בשכר חייב ולא בחנם, ועיין פירש"י, וקשה מאד להלום זאת, דהיכן מצינו במזיק שיהא חילוק בין בחנם לבשכר ולדברינו מבואר, דזהו הכוונה, אי אמר מזיק הוא הו"א דקלקול זה אינו דומה כ"א לאונס דכעין גניבה ושזה דוקא בשומר שכר חייב דשומר חנם פטור במזיק כזה, משו"ה אשמעי' דפושע הוא, פי' שההיזק דומה לפשיעה ואפי' בחנם חייב, וגם פסק השו"ע מיושב לפי"ז, דבאמת חייב דטבח מטעם מזיק הוא, ולהכי לא הזכירו לתנאי דקדימת המעות ואפ"ה פטרינן בחנם משום דקי"ל דקלקול דשחיטה דמיא לאונס דכעין גניבה, דרק שומר שכר חייב ולא שומר חנם, ולענין דליהוי שומר שכר לא בעינן הקדמת המעות וכמו שביארנו לעיל, אלא דלפ"ז חוזר וניעור הקושי' בסוגיא גופא דאמאי מצרכו ר' יוחנן ור' זירא להקדמת המעות כיון שאפי' לסברת ר' יוחנן דקלקול דשחיטה הוי כעין אונס דגניבה, היה יכול נמי לחייב לשומר שכר מטעם מזיק, והנה בישוב הסוגיא היה נראה לתרץ, באופן אחר, דלעיל הבאתי קושיית הרמב"ן למה מחייבינן לטבח אומן הא הוה היזק שאינו ניכר, וכבר כתבתי דקושיתו אין שייך כ"א כשנאמר דחיובו הוא מטעם מזיק, אבל אי נימא דהחיוב הוא מטעם שעבוד, ודאי שחייב אפי' בהיזק כזה שאינו ניכר, כיון שעיקר הקלקול שבזה אינו ניכר, וכשנשתעבד לשמור לו שלא יבא לידי קלקול הזה הרי הוא כאילו התחייב עצמו בפירוש לשמור את הבהמה מקלקול הזה ולפ"ז א"ש הסוגיא, דשמואל שאומר דינו אליבא דר' מאיר, וכדאמר בהדי' אנא אמינא אליבא דר' מאיר, ור' מאיר לשיטתו דסובר כחזקי' גיטין דנ"ג דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק, משו"ה שפיר קאמר דחייב מטעם מזיק ולא איכפת לן במה שאינו ניכר משא"כ ר' יוחנן דסובר בגיטין שם דהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק, לא מצי לחייבו מטעם מזיק

כיון דהיזק שאינו ניכר הוא, ובע"כ דחיובו מטעם שעבוד, משו"ה הצריך דוקא שיקדים לו את המעות, והיינו מה דקאמר התם בתירוץ דר' יוחנן וכי הא דאמר ר' זירא הרוצה שיתחייב לו טבא יקדים לו דינר דאינו מובן לאיזה צורך יביא מר' זירא, ולפמ"ש ניחא, דבמה שמשני הש"ס כיון בשכר הו"א שאם אך הבטיח לתת לו שכר נמי סגי אע"ג דלא הקדים לו המעות, וזה אי"א לר' יוחנן דמחייב רק מטעם שעבוד, לזה מסיים כי הא דר' זירא, פי' דבשכר דקאמר היינו כגון דר' זירא שיקדים לו המעות דוקא ודו"ק. ומיושב נמי בזה מה שהקשו התוס' בב"מ על לשון הברייתא דקאמר' בהמה לטבח וניבלה חייב מפני שהוא כנושא שכר ולסברת המקשה דסובר לחייב גם בחנם מאי נתינת טעם דמפני שהוא כנושא שכר דקתני, ועוד מאי ס"ד דמקשה דמחייב גם בחנם ע"ש, ולמ"ש לא עלה כלל על דעת המקשה לחייב גם בחנם, וגם המקשה היה סובר דבחנם פטור משום דהוה כעין גניבה דפטור מטעם מזיק, אלא דמקשה מלשון הש"ס דמסיק בדר' יוחנן כאן בשכר וכי הא דר' זירא היינו שמצריך דוקא להקדמת המעות, ובלא הקדים פטור אע"ג שהבטיח לו שכר, ע"ז פריך מברייתא דקתני מפני שהוא כנושא שכר דלשון זה משמע שאכתי לא קיבל את השכר והרי הוא חייב כמו שנושא שכר, פי' כאילו כבר קיבלם, וע"ז משני אימא מפני שהוא נושא שכר פי' שכבר קבלם וחיובו מטעם שעבוד ואתי שפיר הסוגיא.

**ואמנם** אף שהסוגיא מיושב בדרך הזה, אכן אכתי דברי השו"ע צריכין עיון, דלדידן דפסקינן דהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק לא נוכל לחייב מטעם מזיק ובע"כ דהחיוב הוא מטעם שעבוד, ואמאי לא הצריכו להקדים את המעות, ולכן בכדי להשוות סוגיית הש"ס עם פסק השו"ע, וגם ליישב שברת רמב"ן אשר בתחלת דברינו הקשינו עליו מהך דר' זירא, נראה דודאי סברת רמב"ן צודקת היא דקלקול דשחיטה הוה היזק הניכר, והא דמצרכו ר' יוחנן ור' זירא להקדמת המעות י"ל דס"ל דקלקול דשחיטה אפי' כאונס דגניבה נמי לא הוי אלא כאונס גמור, וא"כ גם לשומר שכר א"א לחייבו מטעם מזיק, דדוקא אונס שהוא כעין גניבה דכיון דעל גניבה ממש חייב שומר שכר, חייב נמי מטעם מזיק, אבל באונס גמור פטור מטעם מזיק, להכי מצרכי דוקא להקדמת המעות דליחייב מיהא מטעם שעבוד, ומעתה מתורץ הכל דלסברת ר' יוחנן ור' זירא דקלקול דשחיטה הוה אונס גמור, ובע"כ דחיובו הוה מטעם שעבוד, משו"ה הצריכו להקדמת המעות, אכן אנן לא ס"ל בזה כר' יוחנן אלא כפשטא דברייתא דמפני שהוא כנושא שכר היינו שהבטיח לו את השכר, דל"ל לשבש הברייתא ולמיתני מפני והוא נושא שכר, וא"כ מוכח דקלקול השחיטה הוי מיהא כאונס וגבה דשפיר נוכל לחייבו מטעם אדם המזיק

אע"ג דלא הקדים לו את המעות, ומשו"ה לא הזכיר בשום דוכתא תנאי זה דקדימת המעות, והיוצא מכל מה שכתבנו דכל היכי דלא הקדים המעות חייב מטעם מזיק, דדוקא בהיזק הניכר כגון קלקול שחיטה וכרמב"ן אבל בהיזק שאינו ניכר כגון בטבח שנותק הסירכא דהוה אינו ניכר לכו"ע וכמ"ש הנתיבות, או אפי' בשחיטה גופא כשעשה היזק כזה שהוא רק מן החומרא דלא שייך לומר דהוה כאילו התיז את ראשה וכמ"ש בקצוה"ח לא נוכל לחייבו כ"א כשהקדים לו את המעות דאז חייב מיהא מטעם שעבוד וכנ"ל ודו"ק. ובעיקר התירוץ של הרמב"ן דכיון שלא שחט כראוי השחיטה עצמה היא ההיזק שאין זה שחיטה אלא כמתיז ראשה בסייף והרי ניכר בין חי לשחוט, העיר ע"ז בס' ים התלמוד דאכתי לא הועיל כלום דמ"מ נפטר מחמת דשייך בו כדי שיודיעו, וכמו דאמרי' בגיטין אי אמרי' היזק שאינו ניכר שמי' היזק דפטור בשוגג כדי שיודיעו, וההו"ד כאן שבאמת אינו ניכר הפסול לעין רק על ידי זה שאומר ששהה שעל ידי זה הוי היזק ניכר, אבל אכתי נפטרו בכדי שיודיעו ע"ש, ואפשר לומר דהכא מיירי שקלקל את השחיטה בפני עדים שהיו בשעת מעשה וראו ששהה בשחיטה, וא"כ לא שייך החשש דשלא יודיעו, ולכאורה היה אפשר להוכיח דבע"כ בהכי מיירי ששהה בפני עדים דאל"ה א"כ למה יתחייב כלל הא לא הפסידו כלל דכיון דאין עד אחד נאמן באיסורין לאסור את המותר ולא מהימן כלל במה שאומר שנתנבלה בשחיטה, וכיון דהבהמה אינה נאסרת כלל עפ"י דבורו ונמצא ממילא דלא הפסידו כלום ואין על מה לחייבו, אע"כ דמיירי הכא שהעדים ראו את זה ששהה בשחיטה, אלא דבאמת לאו הוכחה הוא כלל דכיון דאתחזק איסור שאינו זבוחה, א"כ לאו על העדאת העד אנו אוסרים דבאמת עד אחד לאו כלום הוא לענין איסור, אבל גם היתר עדיין ליכא, דהא תינח כשהעד מעיד שנשחטה כהוגן אנו סומכים על עדותו להתירה, וגם בזה כמה דיו נשפכו למה באמת מהימן עד אחד להוציא מחזקה כאשר הקשה ההגהות אשרי בגיטין, ועיין בתוס' ורא"ש פ"ק דגיטין אבל כשהעד אומר שנפסלה בשחיטה, לאו אעדותו סמכינן, אלא משום דליכא מי שמתירה ומוציאה מחזקת איסור, מ"מ הכא בסוגיא דב"ק דלא נחית כ"א לאשמועי' הדין אי פושע הוא השוחט שקלקל שפיר יש לומר גם בלא ראי' דמיירי בכה"ג שעדים ראו ששהה בשחיטה, ואשמועי' דבכה"ג האומן חייב דלא שייך בכה"ג החשש בכדי שיודיעו, אבל באמת היכי דליכא עדים שפיר י"ל דפטור באמת מטעם דכדי שיודיעו ודו"ק, ועוי"ל והוא העיקר עפמ"ש התוס' ב"ק ד"ק בד"ה טימא דבדיין שהוא חכם ובעל הוראה לא חיישינן ובודאי יודיענו ע"ש, וא"כ לפ"ז כ"ש בשוחט דצריך להיות ירא שמים מרבים

דלא חיישינן שמא לא יודיעו, דבודאי לא יכשיל את חבירו במאכלות אסורות בנבילה גמורה מפני הפסד ממונו ודו"ק.

סעיף ו' **במחבר** המראה דינר לשולחני וא"ל יפה הוא ונמצא רע, כתב המרדכי פ' הגוזל קמא דמראה דינר לשולחני אינו חייב אלא כשהוא נחסר מחמת רעתו והוא אומר שהוא טוב, אבל אם נמחה צורתו והוא אומר שהוא טוב פטור דהא אי שף מטבע של חבירו בידים נמי פטור, ולא עדיף מה שהזיקו בדבורו מאלו הזיקו בידים ע"ש, ותמה אנכי על המרדכי, דהא מה דפוטר רבה בשף מטבע של חבירו, היינו דסובר דלא דייניגן דינא דגרמי, ומשו"ה אין לחייבו בשף מטבע, דהיזק גמור און בזה כיון דלא חסרי', וגרמי לא דאין, אבל למאן דדאין דינא דגרמי ודאי דחייב בשף מטבע, דנהי דלא חסרי' מידי ואין בזה היזק ממש, מ"מ כיון דסוף סוף אפחתי' מכספא וגרס לו היזק, חייב מצד דינא דגרמי, והכי מפורש לקמן סי' שפ"ו דשף מטבע חייב, והיינו משום דקיי"ל כמאן דדאין דד"ג ע"ש ובבה"נ, וא"כ מה מדמה המרדכי דין דמראה דינר לשף דינר, הא מאן דמחייב במראה דינר לשולחני היינו דוקא אליבא דר"מ דדאין דד"ג וכמבואר בב"ק ד"ק, ולמאן דסובר דינא דגרמי באמת חייב גם בשף המי, אכן שוב עיינתי במרדכי גופא וראיתי שכתב דרבה דפוטר בשף מטבע אפי' לר"מ דמחייב בדינא דגרמי אפ"ה פוטר בשף מטבע, וכטעמו שכתב שם דגרמי לא הוי כ"א כשבא לו ההיזק באותו ממון גופא, אבל הכא אותו המטבע גופא לא הוזק כלל, וההיזק הוא מה שצריך להוציא על תיקון הצורה, ונמצא דע"י ממון זה בא לו ההיזק לממון אחר, והוה כמו שצריך לתת לרופא לרפאות הבהמה דפטור אפי' לר"מ, ולכן לשיטתו שפיר מקשה דא"כ במראה דינר וא"ל רע הא נמי אפשר לאומן לתקן את הצורה ובכה"ג פטור לכו"ע, אפי' לר"מ דלא עדיף משף בידים, משא"כ לשיטת הרי"ף וכל הפוסקים דלמאן דדאין דד"ג חייב גם בשף ורבה דפוטר היינו משום דלא ס"ל דד"ג, א"כ לדידן חייב גם בשף גם במראה דינר, ומשו"ה השמיטו הפוסקים דינא דמרדכי משום דלדידן דפסקינן דד"ג חייב גם בלא חסר נמי, ועיין בנה"מ שנדחק לתת טעם שהפוסקים לא זכרו דין דמרדכי ולמ"ש פשוט וברור הוא דלדידן לא קי"ל הכי וז"ב.

**שם** במחבר, ואם בחנם ראהו פטור והוא שיהי' בקי כו', מלשון זה משמע דבכל אופן שנמצא הטעות, הן כשהטעות הי' רק בצורת המטבע והן בעצם המטבע שנמצא כסף סיגים, בכל אופן פטור הבקי, אכן היש"ש בב"ק פ' הגוזל תמה על כל הפוסקים דהא בש"ס דב"ק דצ"ט קאמר כי תניא אומן פטור כגון דנכו ואיסור דלא צריכי למיגמר אלא במאי טעו בסיכתא חדתא דהאי שעתא נפק מתותי סיכתא ופרש"י שנפסל המטבע

והעמידו צורה אחרת שעדיין לא היו בקיאין בה, הרי שדוקא כשהטעות הי' בסיכתא חדתא הוא דפטור, אבל לא כשנמצא החסרון בעצם המטבע, וא"כ למה לא הזכירו הפוסקים חלוק זה דדוקא בכה"ג פטור, ונ"ל פשוט דמה שאמר דטעו בסיכתא חדתא לא לאשמועי' שדוקא כשהטעות הי' בסכתא פטור אבל כשהחסרון היה בעצם המטבע שנמצא רע והכסף היה לסגים דחייב, דא"כ מאי פריך על ר' חייא דאמר זיל חלפי' ומ"ש דנכו ואיסור דפטורי, הא י"ל דהטעות דר' חייא הי' בעצם הדינר שנמצא בו סיגים, ובכה"ג גם דנכו ואיסור חייבי, אלא ודאי דדנכו ואיסור כיון דלא צריכי למיגמר פטורים אפי' כשטעו בעצם הדינר, ומה דקאמר התם דטעו בסיכתא חדתא הוא להורות דהם אומנים גדולים כזו דלא שכיחי למיעטי בעצם הדינר ורק בסכתא חדתא, אבל בודאי אפי' טעו בעצם הד הדינר נמי פטורים, וחילוק זה לא הוזכר כ"א על גודל בקיאותם דלא שכיחי לעטי כ"א בזה אבל אם בכ"ז אירע להם שטעו גם בעצם טיב המטבע נמי פטורים. **שם** במחבר ואם אינו בקי חייב לשלם כו' והוא שיאמר לשולחני עליך אני סומך כו' לא הזכיר המחבר דין זה דצריך שיאמר עלך קא סמיכנא כ"א באינו בקי, ומשמע דבקי פטור אפי' כשא"ל עלך קא סמיכנא נמי פטור כיון דבקי ומומחה הוא, וכ"כ הש"ך בכוונת הרי"ף ע"ש מיהו נראה דדין זה במחלוקת תניא, דבב"ק ד"ק בעובדא דאחוי דינר לר"א, כתבו שם התוס' דצ"ל דאכתי היה צריך למיגמר, דאי לא הוה צריך למיגמר לא הווי מחויב כדמשמע גבי ר' חייא ע"ש אכן בהגהות אשר"י בשם רבינו יואל כתב דבאמת גם ר"א הוה מומחה דלא צריך למיגמר ואפ"ה חייב משום דא"ל חזי דעלך קא סמיכנא, ולא דמי לר' חייא דהתם דלא אמר לו חזי דעלך קא סמיכנא פטור כשלא צריך למיגמר, הרי להדיא דלההג"א אפי' מומחה חייב בדא"ל עלך קא סמיכנא, ולתוס' מומחה פטור בכל אופן אפי' בדא"ל עלך סמיכנא, ולכן הוכיחו לפרש דר"א לא הי' מומחה וצריך למיגמר, דאי לא צריך למיגמר היה פטור אפי' בדא"ל עלך סמיכנא ודו"ק.

## הלכות שוכר

### סימן שז

סעיף ב' **במחבר** יכולין המשכיר והשוכר לחזור עד שימשוך כו', כן הבין הב"י בדעת הרמב"ם שגם לענין חזרה מהני משיכה, ותמי' לי טובא מנ"ל זה דנהי דזה ודאי שהרמב"ם ס"ל דבעי' משיכה לענין חיוב אונסין, ובלא משיכה לא מתחייב, זהו אמת בדעת הרמב"ם כמ"ש בפיה"מ ב"ק דע"ח, אבל לומר דמשיכה מהני גם לענין חזרה מנ"ל, הא לפמ"ש התוס' בב"ק שם דלענין חיוב אונסין בעי משיכה, ואפ"ה לענין חזרה מיבעי, הרי דיש מקום לומר דלענין חזרה לא תיהני משיכה אע"ג דכל מקח נקנה במשיכה,

י"ל דהתם שאני דבעי לקנות גוף החפץ, משא"כ בשומר דלא בעי לקנות גוף החפץ לא תיהני משיכה וכמ"ש הנמו"י פ' השואל סברא זאת, אלא דלפי' התוס' בב"ק דחייב דנקט התם במתני' קאי אגנב, מיפשיט לן שגם לענין חזרה מהני משיכה, דמדמחייב הגנב במשיכת שומר מכלל דלא מצי לחזור, דאי מצי לחזור, יחזור ולא יתחייב וכ"ז הוא לפי' התוס', אבל לפי' הרמב"ם דחייב דנקט אשומר קאי דמחייב לבעלים, א"כ לא מוכח מידי לענין חזרה, ומנ"ל לומר שגם לענין חזרה מהני משיכה, ועמ"ש לעיל סי' רצ"א פלפול ארוך בזה.

סעיף ה' **במחבר** השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה כו' תחזור פרה לבעלים הראשונים, פלוגתא דת"ק ור' יוסי הוא במשנה דב"מ דל"ה ופסקינן כר' יוסי, ועיין בפ"ת בשם הריטב"א והשבו"י למה נקט האי דינא דוקא בשוכר ולא בשו"ח, והנה בפנ"י העלה דהא דס"ל לרבנן דהשואל משלם לשוכר ולא לבעלים הראשונים, היינו דוקא בכה"ג שמתה הבהמה וכבר נפקע שם בעלים ממנה, אבל בשומר חנם שמסר לשוכר ונגנבה או נאבדה אח"כ, גם רבנן מודו דהשוכר משלם לבעלים הראשונים דכיון דהבהמה היא בעין, ואם יוכר הגנב תחזור פרה לבעלים א"כ השתא נמי שמשלם השוכר חליפי הפרה המעות חוזרים לבעלים הראשונים, ונסתייע ממתני' דנקיט דינו בשוכר ושואל ושביק למפקיד דאירי בו לעיל מיני' בריש פרק המפקיד, דהו"מ למיתני הך דינא במפקיד אצל חבירו והשכירה לאחר ונגנבו דשייך בו נמי האי פלוגתא דר' יוסי ורבנן, דהא אפי' למסקנא דמשעת מיתה קנה, ה"נ משעת גניבה קנה ע"ש, והנה דבריו נפלאו איך למד להביא ראי' לדינו החדש מדיוקא דמתני', הא גם לדבריו יקשה, נהי דבשומר חנם לשוכר א"א לאוקמי משום דחיוב של שוכר הוא גניבה ואבידה, ובכה"ג גם רבנן יודו דלבעלים הראשונים משלם, מטעם דהבהמה בעין, אכתי ינקוט התנא במפקיד כמו ברישא, ולינקוט הכי במפקיד אצל חבירו והשאילה לאחר ומתה, ובשו"ח ושואל שפיר הו"מ למינקט גם לפי דבריו, אע"כ שבשו"ח א"א כלל למינקט ולא מטעמי', אלא מטעם דבשו"ח שמסר לשוכר או לשואל לא שייך כלל הפלוגתא דר' יוסי ורבנן, דבכה"ג ודאי שהשומר חנם עצמו חייב לשלם, דממ"נ אם לא נתנו לו הבעלים רשות להשאיל או להשכיר, וכין דהשו"ח עצמו אין לו רשות להשתמש בפקדון ואם השכירו או השאילו לאחר בלא רשות, הוה שולח יד בפקדון וחייב באונסין כמ"ש הריטב"א בחדושיו והב"י לקמן סי' שמ"ב, ואי בנתנו לו בעלים רשות להשאיל ולהשכיר, הרי תו לא הוה שומר חנם, והא היתר תשמיש מחייב באונסין, וכ"ש כשנתן לו רשות ליקח שכר בעד התשמיש, וגם הפנ"י עצמו הרגיש בזה, ולהכי מוכרח התנא למינקט דינו

בשוכר, דיש לו בלא"ה רשות להשתמש לעצמו, שוב ראיתי שעיקר קושית הפנ"י כבר הקדימו בשמ"ק, לינקט בשו"ת, ותי' דמיירי מתני' בלא נתנו לו רשות, שדוקא לר' יוחנן מוקמי' התם בנתנו רשות אכל אליבא דהילכתא דטעם דאין רצוני הוי רק לכתחילה, אבל בדיעבד לא חשיב כפושע לחייבו, מיירי מתני' כפשטה בלא נתנו רשות, ולהכי אם השאיל והשכיר הוה שולח יד בפקדון וכדברנו לעיל, ובזה מיושב מ"ש הסמ"ע בס"ק ה' דהשאילה לאחר היינו כשעבר על צווי חכמים, ובש"ך השיג עליו וכתב דמיירי כשנתן לו רשות להשאיל לכשירצה וכדמוקי בש"ס הכי, ולדברנו צדקו דברי הסמ"ע, דהא דמוקי בש"ס בשנתנו לו רשות היינו לר' יוחנן דסובר דמטעם אין רצוני שיהי' פקדוני ביד אחר דין פושע יש לו ומתחייב בתשלומין, אבל למה דקיי"ל דאף דאסור להשאיל שלא מדעת הבעלים אינו נחשב משום זה פושע להתחייב בתשלומין ושפיר יכולים לומר דמיירי אף בשעבר והשאיל שלא מדעת בעלים וכמ"ש וכ"כ נמי בהגהות אמ"ב

**אלא** דאכתי יקשה דלינקט תנא בשו"ח שמסר לשו"ש ונגנבה אח"כ דהכא ליכא שום חיוב על השו"ח עצמו, ושפיר שייך פלוגתא דר' יוסי ורבנן, אלא לאו כסברת הפנ"י דהיכי שהיא בעין גם רבנן מודו והנה גם בזה דינו נסתר בראיה וסברא, בראי', דהא התוס' בב"ק די"א בד"ה לא מיבעי כתבו וז"ל, ומיהו ש"ש כי משלם לבעלים כדאמרינן בהמפקיד דהלכה כר' יוסי עכ"ל הרי להדיא שגם בשו"ח לש"ש דוקא לר' יוסי הוא דאמרי' דמחזיר לבעלים הראשונים ומשמע דלרבנן אפי' בכה"ג ס"ל דישלם לשו"ח, וגם עיקר הסברא שכתב בפ"י דהיכי דהבהמה בעין ואם הוכר הגנב היה מחזיר הפרה לבעלים, א"כ השתא דהשומר שכר משלם, הוי חליפי הפרה, ולבעלים צריך לשלם, ומשום דמצי א"ל פרתי גבך, ולא נהירא כלל, דנ"ל ברור דתשלומי השומרים לא הוי חליפי הפרה כמו תשלומי הגנב והגזלן, דבגנב וגזלן שהחיוב יבא מצד ההפסד שהפסיד לו פרה, ומעשה הלקיחה גורם החיוב הוה שפיר התשלומין חליפי הפרה, אבל חיובי השומרים לא בא בעד ההפסד שמתה הפרה או נגנבה, דמעשה ההפסד אין מביא לידי חיוב, כיון שהשומר לא עשה בידים שום מעשה להפסידו, הלקיחה מבית בעלים היה ברשות, וההפסד בא ממילא, זרק החיוב יבוא בשביל שעבוד קבלת השמירה והנאת השומר, ומשו"ה נחלק חיובו למדריגות, שו"ח שאין לו הנאה פטור בכל וש"ש שיש לו הנאה קצת נתוסף שעבודו וחיובו בגניבה ושואל שכל הנאה שלו חייב בכל, וכיון דכל עיקר חיוב השומרים הוא לא בשביל הפרה כ"א בעד הנאת השומר הטילה עליו התורה שעבוד כזה, וא"כ לא יוכל להתחייב כ"א לאותו האיש שנשתעבד בשמירה אליו, אבל לבעלים הראשונים שלא נשתעבד אצלם בשמירה כלל לרבנן, אין לחייבו להחזיר

לבעלים, דהשומר בעצמו ודאי שאין לו שום שייכות עם הבעלים, ולתבוע מהנפקד מטעם פרתי גבך נמי אין שייך, אחרי שהמעות לא הוה חליפי הפרה כ"א בשביל קבלת השמירה ולא יוכל לומר פרתי גבך, ולכן איני רואה בזה שום חילוק בין הבהמה קיימת למתה הבהמה, דבחיוב תשלומי הגנב, שהתשלומין בא בשביל עצם הפרה שהפסיד, ודאי שמחוייב להחזיר לבעלים הראשונים, ומטעם דנהי דגוף הפרה אינה בעולם, מ"מ אם ישלם לנפקד יכול הבעלים לטעון פרתו גבך, הרי לנו דהיכי שהתשלומין הוא חליפי הפרה, אין חילוק בין הפרה בעין או לא, ובשומרים שחיובם הוא בעד קבלת השמירה, ולא מצי לומר פרחי גבך, ודאי דהוה של נפקד, כיון דלדידי' נתחייב בשמירה, ואין שום יסוד לחלוק הפנ"י ובעיקר הדקדוק דא"כ הו"מ למיתני בשו"ח שמסר לש"ש, אם היה לנו רשות לזוז מדברי התוס' היה אפשר לדייק מכאן ממש להיפך מן הפנ"י וכמ"ש השבו"י דבכה"ג דהשומר חנם נותן מכיסו לש"ש לשמור שמירה מעולה ביותר, וגם ר' יוסי מודה דיחזיר לשומר, דזה מיקרי עושה סחורה בממון עצמו, אלא דהתוס' דב"ק לא ס"ל כן ודו"ק.

**שם** בש"ך ס"ק ד' והשוכר פטור לשלם למשכיר כיון שנשבע שמתה כדרכה, ובחדושי רעק"א הקשה דמאי מהני שבועת השוכר, מ"מ הוי ספק שמא שלח בו השואל יד, דאטו לא זזה ידו ממנו ושמא שלח בו יד להשתמש, ובחדושנו לעיל סי' רצ"א כתבתי זה לתרץ, כן בפלוגתת הרמב"ן והראב"ד היכי שאינו דע השוכר שמתה כדרכה או נשבע שאינו יודע ונפטר, או אמרי' בו מתוך שאיל"מ, הארכתי שם בסי' רצ"א ע"ש היטב.

**סימן שט**

סעיף ב' **בהג"ה** וכן אם שכרה להוליכה למקום אחד והוליכה למקום אחר, ואויר הדרך משונה מבמקום אחר כו' ועיין בסמ"ע שפי' דדוקא שהוא ידוע שהוא משונה כו', בעיקר פירושו כתב כן התוס' ב"מ דע"ח בד"ה כגון שמתה מחמת אויר דמיירי דוקא בידוע, אלא דבזה שינה הוא מפי' התוס', דהסמ"ע מפרש דמשו"ה בעינן דוקא בידוע שאויר משונה דהוה סופו בפשיעה, משום דתחלתו לא הוה בפשיעה דהא היה לו רשות להוליכה באגם, אכן זה לשון התוס' כגון שמתה מחמת אויר פי' שידוע שאותו יום הי' אויר משונה בהרים, יותר מבקעה או איפכא משלג או ממטר והוי תחלתו וסופו בפשיעה עכ"ל, הרי שכתבו להדיא דגם בזה הוי תחלתו בפשיעה, אלא דלפ"ז דברי התוס' צריכים ביאור דכיון דחשיב הכא תחלתו בפשיעה, א"כ למה הוצרכו לפרש בידוע שאויר משונה ולא מפרשי נמי באין ידוע ואפ"ה חייב, דכיון דאיכא למיתלי דאוירא דהר יעשה שינוי הוה אונס בא מחמת הפשיעה וכמו בב"מ דל"ו גבי פשע ויצאת לאגם, דאע"ג דאין ידוע

בבירור דאוירא דאגמא משונה אפ"ה חייב כיון דפשע מתחלתה, דאי בידוע שאוירא דאגמא משונה מיירי התם לא הוה פטר רבא התם מטעם דמלאך המות מה לי הכא ומל"ה, הא פשיטא די"ל שבמקום אחר לא היתה מתה ורק האגמא דאוירו משונה גרם מיתתה, אע"כ דבאין ידוע מיירי התם ואפ"ה חייב, דכיון דיש מקום במה למיתלי נחשב כאלו האונס בא מחמת הפשיעה, וא"כ אמאי לא ניחא לתוס' לאוקמי גם למתני' הכא, וי"ל דאי באין ידוע וחיובו מחמת תחלתו בפשיעה וסופו באונס, א"כ יקשה ממתני' למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור, הן אמנם דקושי' הזאת אפשר ליישב דהא בע"כ שיטת התוס' דאפי' מאן דפטר תחלתו בפשיעה וסופו באונס גבי צריפא דאורבני מודה הכא דחייב ומשום דלא דמי זה לצריפא דאורבני וכמו שנבאר, דהנה בתוס' שם בד"ה הוחמה הביאו לפי' הרב אלפסי, דמ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב לא הוצרך לטעם דאוירא דאגמא קטלה דדוקא מ"ד פטור בצריפא דאורבני סמיך לחייב בפשע ויצאת לאגם מטעם דהבלא דאגמא קטלה, והתוס' דחו ראייתו וכתבו דאפי' מ"ד בצריפא דאורבני חייב נמי הוצרך לטעם דהבלא דאגמא קטלה ע"ש, ואין להקשות דא"כ במאי פליגי, די"ל דמ"ד בצריפא דאורבני תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור סובר דהבלא דאגמא נחשב כפשיעה גמורה וסופו נמי בפשיעה ומשו"ה מודה דחייב וכמ"ש רש"י בב"מ דל"ו בד"ה הכא פטור וז"ל אבל הכא איכא למימר שבפשיעה מתה שאם היתה בבית לא מתה ויציאתה לאגם היא פשיעת מיתתה עכ"ל, הרי דמפרש דהבלא דאגמא נחשב כפשיעה גמורה ואמנם אם כי המפרשים הבינו כן דהכי הוא דעת רש"י, אכן כבר דחיתי זה בחדושנו לעיל סי' רצ"א דא"א לומר דהבלא דאגמא נחשב לפשיעה ממש, מדקאמר התם פשע ויצאת לאגם, דמשמע דמשום שפשע ביציאתה, היינו שלא נעלה כראוי ופשע לענין גנבי, הוא דמחייב, ותיפוק לי' דאפי' לא פשע לענין גנבי וכגון דהוליכה השומר בעצמו לאגם נמי חייב, כיון דזה גופא פשיעה הוא, וכ"כ הרא"ש שם, ואפ"ה אין להקשות דלסברת התוס' דגם מ"ד חייב סמך אטעמא דהבלא דאגמא, א"כ במאי פליגי, די"ל דודאי שברן דיציאה לאגם לא פליגי ולשניהם חייב משום טעמא דהבלא דאגמא קטלה ורק עיקר פלוגתתם הוא בצריפא דאורבני, דיש נ"מ בין אונס שע"י פשיעה האמור בצריפא, לענין אונס שע"י הפשיעה וגבי יצאה לאגם דבצריפא גם השתא שהניחם בצריפא הוי נטירותא לענין גנבי, כמו שהיו טמונים בקרקע, דגם הכא אין הלול לביאת גנבים, כמו בהטמינם בקרקע, ורק דאמרינן אילו שמרם בקרקע אפשר שבמקום הזה לא חפשו הגנבים והיתה נצלת מאונס, ולפ"ז התם לח הוי הפשיעה סבת האונס לומר שע"י שפשע בא האונס, כיון שגם הצריפא משומרת כמו בקרקע,

אלא הפשיעה הוא סבה שלא ינצל מן האונס אבל גבי הבלא דאגמא, שמיד שבאה לשם התחילה החולי, ואיגלאי מילתא דההבל דאגמא מסוכן הוא, א"כ הוי הפשיעה סבת האונס ממש דהפשיעה הולידה האונס, והיינו דקאמר אביי התם דאפי' מאן דפטר, היינו דוקא בצריפא, דהפשיעה לא היתה כ"א סבת מניעת ההצלה, אבל במקום שהפשיעה היא סבת מיתתה כו"ע מחייבי, והיינו נמי כוונת רש"י במ"ש שהיציאה לאגם הוי פשיעת מיתתה פי' שזוהי סבת מיתתה, ועמ"ש לעיל סי' רצ"א להוכיח כן באריכות ולפ"ז לא פליגי כ"א בצריפא, דמ"ד חייב ס"ל אפי' במקום שהפשיעה אינה סבת האונס כ"א סבת מניעת ההצלה וכגון בצריפא נמי חייב ומאן דפטר ס"ל דבכה"ג דצריפא פטור, ואין מחייב כ"א ביציאה לאגם דהפשיעה הוא סבת מיתתה, אבל היכי דאין האונס תלוי כלל בפשיעה שגם סבת מניעת ההצלה לא בא מחמת הפשיעה כו"ע מודו דפטירי, ושפיר כתבו התוס' דאפי' מ"ד חייב סמך נמי אטעמא דהבלא דאגמא קטלה, דאי לאו האי טעמא אין האונס תלוי כלל בפשיעה דאפי' במקום אחר לא היתה נצולה מן האונס ובכה"ג גם לדידי' פטור אע"כ דגם הוא סמך אהאי טעמא, ואה"נ דטעמא דהבלא מספיק גם למ"ד פטור, כיון שע"י טעם זה בא האונס ממש ע"י הפשיעה והכא לא פליגי כלל, ורק פלוגתתם הוא בצריפא, ועמ"ש לעיל סי' רצ"א באופן אחר ליישב הנ"מ בין צריפא להך דהבלא, וא"כ י"ל דגם בזה נמי פליגי, ולפ"ז אכתי יקשה למה הוכרחו התוס' לפרש דמיירי בידוע שאויר משונה, דהא אפי' באינו ידוע נמי לא יקשה מהכא למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור, כיון דהכא גם הוא מודה דחייב, בכ"ז י"ל דהוכרחו התוס' לזה משים דאי באין ידוע נמי תלינן דשינוי האויר גרם א"כ יקשה מכאן לרבא דסובר מלאך המות מה לי הכא ומל"ה, ולא ס"ל למיתלי בשינוי אויר מספיקא, וגם קיי"ל כרבא, לזה מפרשי התוס' דבידוע מיירי וגם סופו הוי בפשיעה וחייב לכו"ע אפי' לרבא, ואמנם מלשון רש"י שם שכתב הואיל ושינה יכול לומר לא מאה זו כו', משמע דבאין ידוע מיירי וחייב משום דתלינן לומר שמתה ע"י האויר המשונה, ואפ"ה לא קשיא ממתני' לרבא, די"ל דע"כ לא קאמר רבא מלאך המות מל"ה ומל"ה כ"א במצב שוה כמו מהר להר או מבקעה לבקעה, ומשום דאין מצוי להשתנות האויר ממקום למקום, אבל מהר לבקעה כיון דמסתמא אין אוירם שוה, להכי אפי' במתה כדרכה נמי תלינן לרבא דאוירא דהר קטלה מפני שאינה רגילה באויר הר וכמו שפירש"י, וכיון שהתנה עמו להוליכה בבקעה, היינו משום דבעה"ב יודע בטבע בהמתו שאינה למודה באויר הר, ולכן אפי' לרבא חייב בכה"ג אפי' באינו ידוע, ולפמ"ש דברי הסמ"ע שכתב הכא באויר שידוע

שהוא משונה לאו אליבא דכו"ע הוא, דרש"י חולק וסובר שאפי' באינו ידוע נמי חייב וכמ"ש.

**והנה** דין זה דמתה הבהמה ע"י אויר משונה הוא אוקימתא דבי ר' ינאי בש"ס שם, ואמנם רבה מוקי שם דהא דנקיט ברישא דמתני' בהתנה להוליכה בהר והוליכה בבקעה חייב, מיירי כגון שמתה ע"י נחש וגם בזה משמע מדברי התוס' דהיינו דוקא בידוע שיש שם נחש, וכמו בשנוי אויר דבעינן ידוע שאויר משונה דבאוד"ה ר' יוסי הקשו על אוקמתת רבה דהכישה נחש אמאי נקט לדידי' הר ובקעה דה"נ הו"מ למינקט בקעה ובקעה אם ידוע שנמצא שם נחשים היום באותה בקעה ששינה להוליכה שם דלא שייך האי קלקול להשתנות מהר לבקעה טפי מבקעה לבקעה ותי' דרבה לטעמי' דאית לי' תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כו' וא"ש מה דנקיט הר ובקעה משום דהשתא הוה תחלתו בפשיעה לענין הוחמה והוחלקה אבל אם שינה מבקעה לבקעה היה פטור דליכא תחלתו בפשיעה ע"ש, וכלל תירוצם דלאינך אמוראי דמוקי התם במתה ע"י אויר או א"י אובצנא דס"ל אפשר כמ"ד תחלתו בפשיעה וס"ב פטור מוקמינן בידוע שהיה אויר משונה דהוה סופו בפשיעה אבל לרבה לא נוקי בידוע שהי' שם נחשים, דאפי' באינו ידוע דלא הוה סופו בפשיעה נמי חייב לדידי' דס"ל חבוס"ב חייב, ומשמע להדיא מדבריהם כבאינו ידוע שיש שם נחשים דוקא לרבה חייב משום תחלתו בפשיעה, אבל למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור, פטור באינו ידוע, וקצת מגומגם הוא זה, דלמה יהי' פטור, הא היכי דאיכא למיתלי חייב לכו"ע וכמ"ש אבייב"מ דל"ו אפי' למ"ד פטור הכא חייב משים דאמרי' דהבלא דאגמא קטלה, ואפי' לרבא דפליג התם וס"ל להיפוך היינו דוקא במתה כדרכה, ובזה ס"ל מלאך המות מה לי הכא ומל"ה משום דאין תילין סבת מיתתה ע"י שינוי אויר משום דאין רגיל האויר להשתנות ממקום למקום, אבל במתה ע"י נחש, הרי ראינו שמלאך המות היה בשם ואילו לא שינה להוליכה למקום אחר לא היתה מתה ע"י סבה הזאת, דאטו בכל מקום מצוי נחשים, וא"כ יש לתמוה עמ"ש התוס' דדוקא לרבה חייב באינו ידוע, הא לכו"ע נמי דינא הכא דבסופו באונס דכה"ג כו"ע מודו דחייב, ובשלמא לאמוראי דלעיל דהסבה היתה שמתה ע"י אויר, הוכרח התוס' לפרש דמיירי בידוע ומשום סופו בפשיעה, דאי באיני ידוע וסופו באונס, א"כ לרבא דס"ל דלא תלינן בשינוי אויר יקשה מתני' וכמ"ש לעיל, אבל לאוקימתא דרבה דהכישה נחש, אפי' לרבא נמי יש לתלות זה בשינוי מקום, וא"כ לכו"ע נמי חייב אפי' באינו ידוע ודאי ומהתוס' משמע דמדמו סבת נחש לסבת מתה מאויר, וכמו דהתם אמרי' לרבא דלא תלינן ומלאך המות מל"ה ומל"ה ה"נ בכה"ג שמתה ע"י נחש, והוא

מגומגם, דבכה"ג לא שייך סברת רבא, כיון שחזינן שמלאך המות היה שם וכנ"ל, ולולי התוס' היה נ"ל לומר דבכה"ג אפי' לרבא חייב גם באינו ידוע וכ"ש לשיטת רש"י שס"ל גם לאוקימתא דלעיל חייב נמי באינו ידוע ודו"ק.

סעיף ד' **במחבר** ואם היתה השדה מעלות מעלות שניהם חייבין כו', רש"י ותוס' פליגי בטעמא דהא מילתא, רש"י פי' משום דהוה ספק מכח מי נשברה, והתוס' דחו פי' זה וכתבו דאי משום הא לא היו חייבין דלא קי"ל כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין, ועיין בסמ"ע שהביא דהע"ש פי' נמי משום ספק כרש"י והוא דחה זה ע"ש, ונ"ל ליישב פרש"י והע"ש, דכיון שבדבר מועט שעיוות המנהיג וכולה נמי להשבר, א"כ גם המנהיג פשע במה שעיוות הדרבן ולהכי אם מספקא לן ע"י כח מי בא גמר ההיזק נמי אין לפוטרו מספיקא, דכיון דפשע במה שעיוות ובפשיעתו היתה יכולה נמי להשבר, הו"ל כאילו נתחייב ודאי, דמשעת פשיעה נחשב כבר חיוב, אלא דאם ידוע לנו שגמר ההיזק בא ע"י אחר, הי' נפטר זה מחיובו, והשתא שמספקא לן מי עשה הוי כאינו יודע אם פרעתיך דחייב מספיקא, וראי' לזה דכל היכי דפשע נחשב לחיוב ודאי לענין לחייבו ממון בכל הספיקות שיפלו בזה, מהא דקי"ל דכל דתחלתו בפשיעה וסופו באונס דחייב שהיינו דוקא כשהאונס בא מחמת הפשיעה וכמו בההיא דצריפא דאורבני דתלינן שאם לא פשע להניחם בצריפא אלא היה מטמינם בקרקע כדין כספים לא היה בא האונס דגניבה, והנה גם שם לא נוכל להחליט לדבר ברור דאם לא פשע לא היה בא האונס דכיון שגם הצריפא הוה ודאי שמירה מעולה לענין גנבי כמו קרקע דאל"ה לא היה נחשב לסופו באונס, ואפ"ה גנבוה גנבי, וא"כ י"ל שגם אם היו טמונים בקרקע שמצאוה שם הגנבים, ואין זה כ"א בגדר ספק שנתלה מספיקא דשמא אם לא פשע לא היה בא האונס, וכן הוא לשון התוס' ב"מ דל"ו דאפשר אם לא פשע מתחלה לא היה נארע אונס של גניבה, וגם בב"מ דע"ח בתוד"ה הוחמה כתבו דלא מחייב אלא באונס שיש לתלות שאם לא פשע אפשר שלא היה בא האונס, הרי דרק בדרך אפשר ותלייה מספק מחייבינן, וא"כ גם שם יקשה כזה, כיון שלא נדע בבירור דהאונס בא מסבת הפשיעה, איך נחייבו מספיקא, דשמא לא בא מחמת התביעה כלל והמע"ה, אע"כ דכיון דפשע מתחלה נחשב כבר חיוב משעת פשיעה, וכל ספק שיפול בו שוב דייניגן בו כדין א"י אם פרעתיך, והמעיין בלשון רש"י ונמוק"י יוכח כי כנים דברי, וראי' ברורה לדברי ממ"ש הרמב"ם בפ"ב משאלה דשותפין ששאלו ונשאלו הבעלים לאחד ה"ז ספק פשיעה בבעלים לפיכך אם מתה פטור ואם פשע חייב ע"כ, וגם שם תמוה למה יתחייב מספק, אע"כ כמ"ש דכיון שפשע אין לפוטרו כ"א בידיעה ברורה, ועיין במ"מ שם שאפשר שלזה נתכוין

ועמ"ש לקמן בסי' שמ"ו, שוב ראיתי בנמוק"י סוף ב"ק בדין שוכר חמור לרכוב כמעט להדיא כדברי וזה ברור.

**ובזה** יתיישב פסק הרמב"ם בפ"ו מהלכות חובל חמשה שהניחו חמש חבילות על הבהמה ולא מתה ובא האחרון והניח חבילה ומתה אם היתה מהלכת באותם החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה אז האחרון חייב, ואם מתחלתה לא היתה מהלכת האחרון פטור ואם אינו ידוע כולם משלמים בשוה ע"כ, הרי מבואר להדיא דס"ל כרש"י דשנים שהזיקו ואין ידוע ע"י מי נגמרה היזק משלמין שניהם, וגם ברמב"ם יקשה כקושית התוס' למה חייבין כלל, הא כל אחד יכול לומר אני לא הזקתי והיכי מוציאין ממון מספיקא, והקצוה"ח לקמן סי' שפ"ג הרגיש בקושיא זאת ולא כתב שום תירוץ ע"ז, ולמ"ש ניחא דהא ודאי שגם בחמשה חבילות הראשונות יש בהם כדי להמית באיזה גרם כל דהוא, דאל"כ לא היה נחשב זה לספיקא, אלא ודאי ע"י האחרון בא, אע"כ דגם בחבילות הראשונות יש בהם כדי להמית בעיוות מעט, וא"כ גם הראשונים פשעו בזה שהניחו עליה משא כזה שע"י גרם כל דהוא תמות הבהמה, ואחרי שפשעו ודאי אין נפטרים שוב בספיקא דהוי כא"י אם פרעתיך וכנ"ל.

**סימן שי**

סעיף א' **במחבר** השוכר את הבהמה כו' או נלקחה לעבודת המלך אע"פ שאין סופה לחזור אם נלקחה דרך הליכה כו' עיין בסמ"ע ס"ק ב', והנה בש"ס ב"מ דע"ח פליגי רב ושמואל, רב סובר דהא דתנא במתני' דבשנעשית אנגריא אומר לו הרי שלך לפניך, היינו דוקא באנגריא חוזרת אבל אנגריא שאינה חוזרת חייב להעמיד לו חמור ושמואל אמר בין אנגריא חוזרת בין שאינה חוזרת אם בדרך הליכה ניטלה אומר הש"ל, ואם לאו בדרך הליכתה ניטלה חייב להעמיד לו חמור, והנה במ"ש רב אבל אנגריא שאינה חוזרת חייב להעמיד חמור פי' רש"י דאנגריא שאינה חוזרת הו"ל כמתה או נשברה, אע"ג דמרש"י שם בסמוך משמע שמפרש דאנגריא שאינה חוזרת, לא הוה הכוונה דאינה חוזרת לעולם, דהא בדברי שמואל דקאמר דאפי' באנגריא שאינה חוזרת אם בדרך הליכה ניטלה אומר לו הש"ל, ולפרש"י שם משום דכשיפגע חמור אחר יחזירנו לו, ואי אינה חוזרת דקאמר הוה הכוונה דאינה חוזרת לעולם, מה נ"מ אם בדרך הליכה או לא, כיון דס"ס לא יחזירנו, אע"פ דרש"י מפרש דאינה חוזרת לאו לעולם, כ"א עד שיפגע חמור, וא"כ מ"ט דרב דס"ל דאנגריא שאינה חוזרת, הו"ל כמתה או נשברה הא לא דמי למתה, דהתם כיון שאינה חוזרת לעולם מפסיד כל שכרו, אבל הכא באנגריא כיון דסופה לחזור ויוכל להשתמש בה אח"כ, ובשביל איחור הזמן אין מפסיד המשכיר, כמו בהבריקה

דג"כ מתאחר במלאכתו וכמ"ש התוס', ולכן נ"ל דמ"ש רש"י דכשיפגע חמור יחזירנו לו, היינו כשהשופר הולך אחריה ואז יחזירנו לידו כשיפגעו חמור אחר, אבל כשאין השוכר הולך אחר הבהמה, מעצמם לא יחזירו לעולם או אפי' כשיחזירו, יהי' זה בשעה שיזדמן לפני שלוחי המלך דרך להכא לשוב למקום בעל הבהמה ואז יביאוה עמם, אבל לילך לכתחלה בכדי להשיבה זה לא יעשו, וא"כ הבהמה לא נצרך עוד להם כיון שפגעו בהמה אחרת מ"מ לא ורצו לטרוח ולהשיבה, וזהו עיקר הפירוש בין אנגריא חוזרת או אינה חוזרת, דחוזרת היינו שיטרחו להשיבה כשיפגעו חמור אחר, ואינה חוזרת היינו שמעצמם לא יטרחו להחזירה עד שיזדמן לפניהם דרך לכאן, ובהא פליגי רב ושמואל דרב ס"ל דבאנגריא חוזרת כיון דמעצמם יחזירו להם בתוך ימי השכירות ויהיה בידו עוד להשתמש, אין חייב להעמיד לו חמור אחר, דדמיא להבריקה, ובאינה חוזרת מעצמה, דמיא למתה, כיון דלא יוכל השוכר להשתמש בה עוד, דאף משיחזירוה כשיזדמן להם דרך, בין כה יעבור זמן השכירות, ולא מפליג בין דרך הליכה או לא, דאפי' בדרך הליכה, היינו שיש לו לשוכר נמי לילך בזה הדרך, אפ"ה מחוייב להעמיד לו חמור, דעד שיפגע חמור אחר אין לו במה להשתמש, ושמואל ס"ל דכיון דבדרך הליכה ניטלה מחוייב השוכר לשכור חמור עד שיפגע, כיון דאף מזלו גרם, זהו המתבאר לרש"י, ולפי' הר"ח המובא בתוס' שם דמפרש פי' אחר באם בדרך הליכה ניטלה, נוכל לפרש אינה חוזרת כפשוטו דלאו מעצמה אינה חוזרת, אלא אינה חוזרת כלל לעולם ואפי' כשהשוכר הולך אחריה נמי אין מחזירין לו, ואפ"ה לא דמיא למתה וכמ"ש בתוס' משום דהכא מוכח דמזלא דידי' גרם, והוצרכתי להאריך בזה מפני שראיתי להסמ"ע כאן שכתב דלתוס' הוי אינה חוזרת לעולם או במשך השכירו' ולרש"י אינה חוזרת עד שיפגע חמור, אבל במשך השכירות יוחזר לו עכ"פ ע"ש, וצ"ל דהיינו דוקא כשבדרך הליכתה ניטלה וגם השוכר הולך עמה, דאז יחזירו לו כשיפגעו חמור אחר, אבל אם אין השוכר עמה אינה חוזרת גם לרש"י, דאלת"ה מ"ט דרב דס"ל דבאינה חוזרת הו"ל כמתה וכנ"ל, ומסמ"ע לא משמע כן, אלא לרש"י בכל אופן חוזרת במשך קצר וזה אינו וכמ"ש.

**שם** בנתיבות ס"ק ב' הקשה על מ"ש הסמ"ע דאנגריא שאינה חוזרת היינו אינה חוזרת כלל, והא אינה חוזרת לעולם הוה בכלל נשבה האמור במתני' דחייב להעמיד לו חמור ע"ש, לא דמי לנשבה דהכא מוכח דמזלא דידי' גרם ומחמת מהלך הדרך נעשה האונס שעל עוברי דרכים נגזרה וכ"כ להדי' בשמ"ק בשם הכ"ח וכן להדי' בתוס' ב"מ שם כדברי הסמ"ע.

**שם** במחבר מתה הבהמה או נשברה כו' אם אמר לו כו' חייב להעמיד לו בהמה אחרת ואם לא העמיד יש לשוכר למכור הבהמה וליקח בה בהמה אחרת והנה זה לשון רש"י במתני' דב"מ דע"ח חייב המשכיר למכור כו' ולהוסיף מעות העמיד לו חמור כו' שהרי חמור זה שיעבד לו או יחזיר לו שכרו עכ"ל, והטור כאן למד מדברי רש"י הללו דמי ששכר חמור ומת בחצי הדרך ואם אין המשכיר מוצא לשכור אחר כ"א ביוקר גדול וירצה המשכיר לחזור מן השכירות ולהחזיר לו שכרו דרשאי לעשות כן, דהא כ"כ רש"י להדיא או יחזיר שכרו, והטור השיג ע"ז דכיון שחמור זה מיהא שיעבד לו למה יכול לחזור ע"ש ובמפרשי הטור שטרחו הרבה ליישב, ונ"ל ליישב, דהנה בב"מ דע"ט איתא אמר רבה בר רב הונא אמר רב השוכר את החמור לרכוב ומת בחצי הדרך נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומות, ופריך הש"ס ה"ד אם יש בדמיה ליקח יקח ל"צ בשאין בדמיה ליקח אם יש בדמיה לשכור ישכור רב לטעמי' דאמר רב לא מכלינן קרנא, ופרש"י כי תנן במתני' חייב להעמיד לו חמור היכי דמתה בבית הבעלים דמוסיף ולוקח חמור ולא כליא קרנא אבל למוכרה ולהוציא הדמים לשכור אחרת לא ע"ש, ומדברי רש"י הללו יש להבין דעת רש"י במשנה שם שכתב וז"ל חייב המשכיר למכור העור והנבילה לכלבים ולהוסיף מעות ולהעמיד לו חמור אחר או ישכור לו אחר בדמי נבילה שהרי חמור זה שיעבד לו או יחזיר לו שכרו עכ"ל, והרא"ש שם הקשה עליו דממ"ש שהרי זמור זה שעבדו לו, מכלל דמירי דא"ל חמור זה, ומדכתב ולהוסיף מעות להעמיד לו חמור אחר משמע דמירי בחמור סתם, דאי בחמור זה הא לא משועבד לו להוסיף על דמי החמור ע"ש, ואמנם בכאן מיישב זה רש"י, דבאמת אין מחויב להוסיף לו, רק שזה עכ"פ מחויב הוא לשכור לו בדמי החמור שמת, דע"כ לא אמרינן כיון דאין מחויב לשכור משום טעמא דכלוי קרנא, היינו כשהחמור מת בחצי הדרך ואין הבעלים עמו להוסיף על המעות ולקנות חמור, אבל בשמת בבית הבעלים הרי הברירה בידו, דאם לא ירצה לכלות קרנו הרי יוכל להוסיף על המעות ולקנות אחר, ואם אין רוצה להוסיף מחויב עכ"פ למכור בדמי הנבילה, כיון שזה מחויב מן הדין דהא חמור זה שעבד לו, ואלא דאם אין הבעלים פה, חיישינן לכלוי קרנא, אבל כשהבעלים עצמם פה, ואם איהו לא חש, אנן מי חיישינן, וא"כ מה שצריך להוסיף, הכוונה לאו דמחויב מדינא להוסיף, אלא דכשלא ירצה לכלות קרנו ולשכור חמור בדמי הנבילה, מחויב להוסיף, אבל אם מרוצה יותר למכור הנבילה ולשכור בדמיה, פשיטא דאין כופין הבעלים להוסיף, כיון דלא שיעבד לו רק חמור זה, ונפקא מינה כגון בכשאין בדמי הנבילה גם לשכור חמור לכל הדרך שאין הבעלים מחויבין להוסיף כלל, דיותר מחמור זה לא שיעבד לו, וזה היה נראה נכון

בכוונת רש"י, אלא שלשון רש"י דדף ע"ט לא משמע כן, דאי כמ"ש דהחלוק הוא דכיון שהבעלים בכאן הברירה בידו להוסיף ולקנות או לשכור, א"כ למה דייק לכתוב דמתני' מיירי בעודה בבית בעלים, אפי' כשהחמור הוא בדרך אלא שהבעלים מחמרים אחריה נמי הכי הוא דינא, ועוד מאי פריך התם בסמוך על רב מהא דיבש האילן דילקח בו קרקע והוא אוכל פירות אע"ג דכליא קרנא לכי יחזיר ביובל, הא שאני התם דבעלים בפנינו ואין למצא תקנה אחרת, אבל טעמא דרב הוא, דשמא אם היו בעלים בכאן היו מוסיפים דמים, ולכן נ"ל כוונת רש"י באופן אחר דהנה לכאורה אין מקום לקושית הרא"ש דבמה נשתעבד המשכיר להוסיף כיון דחמור זה אמר לו, הא מלשין רש"י במשנה שהבאתי בזה משמע להדיא דאה"נ שאין מחויב דוקא להוסיף, ואם רצה להחזיר לו שכרו ולחזור בו הרשות בידו, רק שאם אינו רוצה להחזיר שכרו מחויב להעמיד לו חמור, וא"כ מה מקום לקושית הרא"ש במה נשתעבד להוסיף, דאה"נ שאם רצה שלא להוסיף הרשות בידו, כיון שלא נשתעבד לו, רק שאז צריך להחזיר שכרו, וצ"ל דעיקר קושית הרא"ש הוא ממה שצריך להחזיר שכרו, דכיון שאינו מחויב כלל להוסיף, א"כ אפי' כשלא ירצה להוסיף נמי א"צ להפסיד שכרו אחרי שיותר מחמור זה לא שיעבד לו, ואם אין בדמי הנבילה לקנות או לשכור חמור אחר, הלא מחויב השוכר לשלם שכרו הראוי לו עד כאן, ולמה צריך המשכיר להחזיר השכר, ואמנם ישוב קושיא זאת יתרץ לנו רש"י במה שכתב דמתני' מיירי בעודה בבית בעלים, והוא עפ"י מה שחקר בשמ"ק בשם תלמיד הר"ף דאם השכיר חמור לחבירו והחמור עודנו בבית הבעלים וקודם שהתחילו במלאכה אי יכול לחזור כיון שלא נגמר עוד הקנין קודם שהתחילו במלאכה, וגם משיכה לא שייכא בביתו של משכיר ע"ש שהביא ראי' דאין יכול לחזור, ובטעם הדבר נ"ל דכיון שהבטיחו זה לזה וסמכו זה על זה בההוא הנאה משעבדו נפשייהו כאילו קנו בקנין גמור, ונמצינו למדים דהיכי שהחמור עוד בבית בעלים, קנין ממש לא הוי הכא, ועיקר הקנין הוא רק משום סמיכת דעת, ולפ"ז שפיר נוכל לומר דע"כ לא סמיך המשכיר על השוכר שלא יחזור כ"א במקום שהשוכר יוכל ליהנות משכירותו, או מהחמור בעצמו, או שיקנה וישכור לו חמור אחר במקומו, בכה"ג סמיך דעת המשכיר דהשוכר ודאי לא ירצה לחזור, אבל כשאין בנבילה די לקנות או לשכור חמור אחר, שצריך השוכר לטרוח ולשכיר אחר ממעות שלו, ועוד דלשיטת רש"י בב"מ דק"ג גבי בית זה, שצריך השוכר לשלם השכירות אפי' מה שלא דר בו וכמ"ש הריטב"א בשמו וכ"כ בתשובת מיימוני לס' משפטים סי' כ"ז בשם רש"י, י"ל דגם הכא כשמת החמור צריך השוכר להפסיד השכר בעד כל הדרך, והא דאמר הכא נותן לו שכרו של חצי הדרך, היינו כשיש בדמים לשכור, ורק

משום דלא מכלינן קרנא לא שכרינן, להכי לפחות מנכה לו משכרו, אבל כשאין במה לשכור הוה פסידא דשוכר לגמרי דמזלו גרם ושלו הופסד ועמ"ש לקמן סי' שי"ב מזה, וא"כ אדעתא דהכי לא סמיך המשכיר מתחלה שיתרצה השוכר להפסיד שכרו וממילא שבכה"ג יכול השוכר לחזור ולתבוע שכירותו, ורק שהברירה הוא ביד המשכיר, אם ירצה מעצמו להוסיף מעות ולקנות חמור, ואפ"ה ירצה השוכר לחזור מצד שימצא כעת בזול יותר, אין יכל לחזור, דאדעת מחיר הזה נתרצה מתחלה וסמיך המשכיר שלא יחזור ומועיל הקנין, אבל אם המשכיר אינו רוצה להוסיף מעות ולקנות חמור מתבטל הקנין לגמרי ומחויב להחזיר שכרו, דאדעתא דלהפסיד שכרו לא סמיך דעתו מתחלה ומה מאד מכוונים דברי רש"י לפי"ז, דודאי אם החמור אינו בבית בעלים וכבר יצא מרשותו לרשות שוכר, דהוי קנין גמור, לית מאן דסובר דהמשכיר יוצרך להוסיף על מעותיו כיון דלא שעבד לו כ"א חמור זה, ואם אין בנבילה כדי לקנות או לשכור חמור אחר הפסד השוכר הוא, וגם השוכר א"צ לחזור לו, משא"כ במתני' דמיירי בעודה בבית בעלים, דהקנין אינו אלא משום סמיכת דעת, ואדעתא דיפסיד שכרו לא סמיך מתחלה, ובזה נהי דהברירה ביד המשכיר אם ירצה שלא להוסיף, כיון דלא נשתעבד, אבל עכ"פ הקנין מתבטל לגמרי וצריך לחזור שכרו, ולפ"ז מיושב דעת רש"י גם מקושית הטור שלמד מדברי רש"י דמתני' דיכול המשכיר לחזור, וע"ז הקשה כיון דחמור זה שיעבד לו למה יכל לחזור, דלענ"ד נראה דע"כ לא קאמר רש"י התם דיכל לחזור, היינו בגוונא שהחמור עוד בבית בעלים, וקנין גמור ליכא כ"א מצד סמיכת דעת, ושפיר י"ל דגם השוכר מצדו לא סמיך על המשכיר, כ"א כל זמן שהחמור עצמו חי הוא, או אפי' כשמת ויכל לשכור אחר במקח הזול, דבכה"ג סמיך עליו שבודאי יקיים הבטחתו, אבל שיתרצה גם להוסיף ולשכור חמור אחר ביוקר גדול ע"ז לא סמיך דעת השוכר גם מתחלה, ולהכי שפיר יכל המשכיר לחזור, אבל אם החמור מת בחצי הדרך שכבר התחיל במלאכה ונקנה בקנין גמור פשיטא שגם רש"י מודה דאין המשכיר יכל שוב לחזור, ומחויב לשכור לו בדמי הנבילה אפי' ביוקר גדול כיון דשיעבד לו חמור זה, ומיושב מאד דעת רש"י דאילו לכל הישובים שכתבו הב"י והב"ח כאן קשה דכיון דהקנין מתבטל לאחר מיתה כמ"ש הב"י, א"כ מ"ש דהמשכיר יכל לחזור כשלא ישיג כ"א ביוקר, ולא נימא דגם השוכר יחזור כשישיג עתה בזול, וזה לא אשתמיט שום אחד מהפוסקים לומר דגם השוכר יכל לחזור מחמת זולא, ולמ"ש מיושב מאד, דלגבי השוכר שאצלו לא נתחדש שום שינוי דעתא מרצונו הראשון שהיה בשעת השכירות, דגם מתחלה נתרצה למחיר כזה, משו"ה אין יכל שוב לחזור מחמת זולא, דסמיך דעת המשכיר עליו שלא יחזור מחמת זולא, אבל

כשהמשכיר רוצה לחזור מצד יוקר גדול דלגבי הכי לא סמיך דעת השוכר מתחלה להכי שפיר יכל לחזור, ודוק כי כל זה נלענ"ד נכון ודרך חדש אשר לא זכרו המפרשים.

סעיף ב' **במחבר** ואם אין בדמיו לא ליקח ולא לשכור נותן לו שכרו של חצי הדרך, יעמ"ש בדבור דלעיל ולקמן בסי' שי"ב דלרש"י דס"ל גבי בית שנפל דצריך לשלם לו השכר שכבר דר, גם הכא צריך לשלם כל השכירות כשאין בדמיו לשכור, והא דאמר רב בב"מ דע"ט דנותן לו שכר חצי הדרך משום דיש בדמיו לשכור וכדמוקי התם, והמחבר שפוסק כאן דאפי' כשאין בדמיו לשכור אין נותן לו כ"א חצי הדרך, היינו משום דס"ל גם גבי בית שא"נ לשלם כ"א בעד שכירות שדר בו וכמבואר בדבור דלעיל.

סעיף ג' **בקצוה"ח** הביא תשובת חוות יאיר שהקשה על הירושלמי דמבטל כיסו של חבירו פטור, דמ"ש מהדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאם החצר עשוי לשכר חייב הדר לתת לבעה"ב שכרו ע"ש, והמעיין בירושלמי גופא ימצא דלק"מ, דהכי איתא בירושלמי פ' איזה נשך ה"ג מבטל שדה חבירו חייב מבטל כיסו של חבירו פטור חנותו וספינתו מהו ופי' שם הפנ"מ דמבטל כיסו דאינו אלא ספק ריוח דמי יימר דהוה רוחא פטור, ובמבטל שדה דהריוח היה ודאי הוי כמאבד בידים וחייב ובחנות וספינה מיבעי להו ע"ש, ולזה אין מקום לקושיתם מהדר בחצר חבירו, דהתם הריוח היה ברור ודאי ממש לשדה דבאמת חייב, ועמ"ש לקמן בסי' שכ"ח וסי' של"ג בביאור הירושלמי.

**סימן שיא**

סעיף ב' **במחבר** אם א"ל ספינה זו כו' ושכרה השוכר להוליך בה יין סתם כו' עמ"ש בחדושנו לקמן סי' שי"ב.

**סימן שיב**

סעיף ח' **במחבר** אם שכרו לזמן קצוב כיון שכלה הזמן יכל להוציא מיד כו' מיהו מרש"י דב"מ דק"א שכתב וז"ל להודיע כו' כלו ימי השכירות בימות הגשמים אינו יכל להוציאו כו' ע"כ משמע להדיא דס"ל שאפי' בקבע לו זמן נמי צריך להודיעו ל' יום, ומפני שכל הפוסקים חולקים על רש"י אפשר לומר דגם רש"י לא קאמר דבקבע לו זמן בעי הודעה כ"א כשהקביעות זמן בא מצד השוכר דהשוכר הקפיד לקבוע הזמן, ומצד המשכיר לא ראינו קפידא בזה, להכי מצי אמר השוכר סבור הייתי דלכשארצה להרחיב הזמן אח"כ ודאי לא תקפיד, אבל כשהמשכיר הקפיד לקבוע זמן, בזה אין סברא באמת להצריכו הודעה אחרת כיון שכבר הודיעו מקודם שעל זמן יותר מאוחר לא ירצה להשכירו ואין לך הודעה גדולה מזה.

סעיף ט"ו **במחבר** הזכיר לו חדשים ושנה כו' הרי חדש העיבור של משכיר שהקרקע בחזקת בעלים עומדת, פסק כרב נחמן בב"מ דק"א דסובר כן, ובשמ"ק שם הקשה דאיך

יפלוג ר"נ על מתני' דקתני יחלוקו, ותי' דרב נחמן יסבור דמתניתין הוא כסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק חולקין ור"נ ס"ל כרבנן דהמע"ה ע"ש, ואמנם לפ"ז יקשה מכאן לפרשב"ם בתוס' ב"מ ד"ק ע"א דרק בקיימא באגם סבירא לי' לסומכוס דיחלוקו משום דלא הוי מוחזק גמור כ"א חזקת מרא קמא, אבל במוחזק גמור גם סומכוס מודה דהמע"ה, והא הכא הוה מוחזק גמור ואפ"ה ס"ל דיחלוקו, ואפשר לומר דהכא נמי כיון דהשתא משתמש השוכר לקרקע הזאת, אלא דקרקע עומדת אפ"ה בחזקת בעלים הראשונים, וא"כ לא הוה חזקת הבעלים כ"א כחזקת מרא קמא ולא כמוחזק ממש, כיון דבאמת הוא ברשות השוכר כעת וכן משמע מן הש"ך לעיל סי' פ"ב בכללי המיגו דחזקת בעלים הוי חזקת מרא קמא.

**שם** במחבר שהקרקע בחזקת בעלים עומדת, ולטעם זה משמע שדוקא בקרקע הוי למשכיר כלו, אבל במטלטלין כגון שהשכיר לו סוס באופן כזה ונתעברה השנה, והמשכיר היה בא בסוף חדש לערער, היה כלו לשוכר משום דמוחזק הוא בגוף הדבר והוה תפיסה קודם שנולד הספק, אלא שראיתי בשמ"ק שכתב דמטלטלין יהיה הדין תלוי בין בא באמצע או בסוף החדש ע"ש, ולענ"ד אינו נראה וכמו שאבאר, דהנה זה לשון רש"י שם ור"נ אומר קרקע בחז"ב עומדת ואפי' בא בסוף החדש כלו למשכיר שהספק לא עכשיו נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו כו' עכ"ל, ויש תמוה טובא דלטעם שאמר ר"נ דקרקע בחז"ב הוא, ואין מועיל תפיסה בזה, דאפי' כשהשוכר תפוס לא מהני תפיסתו משום דבחזקת בעלים עומדת ונחשב כאילו בעה"ב מוחזק, א"כ לאיזה צורך פרש"י דהספק שדינן אתחלת החודש, דאפי' אם הספק נולד בסוף החדש נמי למשכיר כיון דתפיסת השוכר לא הוי תפיסה, ואמנם ביאור דברי רש"י, דטעם דקרקע בחז"ב לרוד לא מהני הכא, דהא לא על גוף הקרקע אנו דנין בזה דיהא שייך לומר בזה קרקע בחז"ב, עיקר הסכסוך כאן על פירות הקרקע הוא דהיינו שכירות הבית, השוכר רוצה לאכול הפירות עוד חדש והמשכיר טוען ששלו הוא, ובפירות הא מהני תפיסה, ולכן אם הספק היה נולד רק בסוף החדש, אז באמת מהני תפיסת השוכר כיון שבדין תפס ובהיתר קודם שנולד הספק, להכי הוסיף רש"י דהספק לא עכשיו נולד כ"א בתחלת החדש, וא"כ השוכר כשתפס הפירות, לאחר שנולד הספק תפס, ואחר שנולד הספק לא מהני תפיסה וכמ"ש התוס' ב"מ ד"ו בד"ה פוטר, ולפי"ז עיקר טעם דר"נ משום דהספק לא עכשיו נולד רק בתחלת החדש, רק שהוצרך נמי לטעם דקרקע בחז"ב, משום דע"כ לא אמרינן דלאחר שנולד הספק לא מהני תפיסה כ"א דומיא דהתם בתפיסת כהן בכור דעד עתה לא היה תפוס בשום דבר, ועיקר תפיסתו יבוא לאחר לידת הספק,

משא"כ בכה"ג דבגוף החפץ תפוס הוא ועומד קודם לידת הספק, היה מהני תפיסת הפירות של אותו הדבר אע"ג דתפיסת הפירות הוא לאחר לידת הספק כיון שבגוף הדבר תפוס הוא מכבר נאמן הוא להחזיקו לצורך תשמישו עוד חדש אחד, ואילו היה הדבר הזה במטלטלין כגון שהשכיר לו סוס באופן כזה, הדין היה עם השוכר, דנהי דהספק נולד בתחלת החדש הי"ג וכשמשתמש בו השוכר הוי אחר לידת הספק, אפ"ה כיון דס"ס תפוס ועומד הוא בגוף הדבר בהיתר, מהני לו תפיסה הזאת שלא להוציא מידו גם הפירות, משא"כ הכא דהסכסוך הוא בשכירת קרקע ותפיסת הגוף לא מהני כלל כיון שקרקע בחז"ב עומדת והוה כמו שמשכיר תפוס בגוף הקרקע, ובשכירות הקרקע לחוד לא מהני משום דהוה אחרי שנולד הספק נמצא דשני הטעמים צריכי, דבטעם דרש"י לחוד לא מהני כיון שמוחזק הוא בגוף הקרקע בהיתר, ואם השוכר היה נקרא תפוס בקרקע היה מהני תפיסת וגם בפירות דלאחר מכאן, והוצרך שפיר לטעם דנחז"ב עומדת, ולא מיקרי השוכר תפוס בגוף הקרקע כלל וטעם דקרקע בחז"ב לחוד כ"ש דלא שייך הכא, דאטו אנן על גוף הקרקע דיינינן, לא דיינינן כ"א על השכירות ובשכירות הוה מהני תפיסה אי לא מטעם דרש"י דהוה לאחר לידת הספק וזה נכון.

**ובדברינו** אלה יש לתרץ הקושיא המפורסמת שהרעיש הש"ך בס' תקפו כהן על הרא"ש דריש ב"מ שהביא ראי' דתפיסת שמא לאחר שנולד הספק לא מהני, מהך דהכא דס"ל לר"נ והכי קיי"ל דאפי' בא בסוף החדש כולו למשכיר ואע"ג דספיקא הוא אי תפוס לשון אחרון או לשון ראשון, והשוכר תפיס ועומד ש"מ דתפיסה לא מהני בספיקא עכ"ל הרא"ש, והקשה הש"ך ע"ז וכן בתפארת שמואל שם הא טעמו של ר"נ לאו משום דהו"ל תפיסת ספק אלא הטעם כמבואר בגמ' משום דקרקע בחז"ב עומדת ולא הוה תפוס כלל, אבל אם היה מקרי תפוס אפשר דאפי' בספק נמי מהני, ואכן למ"ש דעיקר טעמו של ר"נ לא הוי משום דקרקע בחז"ב, אלא עיקר טעמו הוא משום דהתפיסה הוה לאחר שנולד הספק, ותפיסת שמא לא מהני גם בכה"ג, ורק שלא נימא הא תפוס בגוף הקרקע עוד קודם שנולד הספק, ע"ז קאמר לטעם דקרקע בחז"ב א"כ הוה ממש כראיות הרא"ש, ולפלא על הש"ך שנדחק לפרש דטעם דר"נ לא הוה משום תפיסה מדקאמר קרקע בחז"ב, הא לפמ"ש א"ש, והוצרך שפיר לשני הטעמים וכן מוכח להדיא מפרש"י דטעמו הוי משום תפיסה אחר שנולד הספק וכנ"ל, ורק שי"ל דהש"ך לשטתו א"א לו לפרש כמ"ש דטעם דקרקע בחז"ב יוצרך בכדי שלא יהא נקרא תפוס בגוף הקרקע, דהא בעצם הדין מאימתי נקרא לידת הספק בכה"ג, מחלוקת הפוסקים הוא דעת רש"י ורשב"ם הוא דלידת הספק מיקרי בעת שנוגע לנו, לענין דין הנדון, כגון הכא הוי זה בתחלת חדש

הי"ג, אבל קודם חדש הי"ג אין כאן שום ספק, באשר שאכתי אין נוגע זה לשום דין דהא על י"ב חדש ודאי הוה של שיכר ושמא יצא אח"כ לגמרי מן הבית מעצמו ולא יבא כלל לידי ספק ואמנם הרבה פוסקים ס"ל דלידת הספק הוה תיכף כשאמר שני הלשונות ואף שלא עשה עדיין שום קנין ואין עוד שום דין עליו, מ"מ תיכף באמירתו נולד הספק, וכן הוא דעת הש"ך לעיל סי' ס"ו, ולפי"ז א"א לומר דטעם דר"נ הוא משום דתפיסת ספק לא מהני ורק במטלטלין היה מועיל בכה"ג משום דתפוס הוא בגוף הדבר שבא לידו עוד קודם לידת הספק ולהכי הוצרך לטעם דקרקע בחז"ב, והא לשיטתו דהספק נולד תיכף בעת האמירה, א"כ גם גוף הדבר בא לידו אחר לידת הספק ואפי' במטלטלין נמי לא מהני התפיסה, וא"כ ל"ל לטעם דקרקע בחז"ב, וכ"ש למ"ש הנתיבות בכללי התפיסה ס"ק ט"ו להוכיח שגם הרא"ש עצמו סובר כהש"ך, משו"ה הוצרך הש"ך לפרש דעיקר הטעם לא הוה משום תפיסה, רק משים דקרקע בחז"ב, ואע"ג דעל השכירות אנו דנין ולא על גוף הקרקע, ס"ל נמי שגם בשכירות לא מהני התפיסה מטעם זה דלא הוה כתפוס ששכירות קרקע נחשב נמי כגוף הקרקע ולהכי שפיר מקשה על הרא"ש אלא דאכתי נהי דהש"ך מצד עצמו ולשיטתו הוכרח לפרש כן, אבל מה שהוכיח כן הנתיבות שגם הרא"ש יסבור כהש"ך א"א לומר כן דהא בב"מ שם כתב הרא"ש להדיא דהספק נולד מתחלת החדש, הרי להדיא דלא כהש"ך וא"כ להרא"ש שפיר נוכל לפרש דטעמו דר"נ משום דלא מהני תפיסה, ואין צורך לדחוקי דשכירות קרקע הוה כקרקע וכשי' רש"י, וממילא שפיר נסתייע הרא"ש מזה דתפיסת ספק לאחר שנולד הספק לא מהני, וכן מה דאיתא בב"מ דק"י דאם קדים ואכיל הפירי לר"נ צריך להחזיר, נמי מזה הטעם הוא, דבפירות לא מהני התפיסה משום דהוה לאחר לידת הספק, ובגוף הקרקע לא מיקרי מוחזק כיון דבחז"ב עומדת וכנ"ל.

**ולפמ"ש** יתבאר לנו טעם פלוגתא דר"נ ושמואל, דאילו לשי' הש"ך ופירושו בגמ' דטעם דר"נ הוא רק משום קרקע בחז"ב יש לתמוה דא"כ מהו סברת שמואל דפליג עליו, ואטו לית לי' לשמואל הדין דקרקע בחז"ב, וצריך לדחוק דבזה יפלגו, דשמואל ס"ל כיון דהסכסוך הוא על השכירות ולא על גוף הקרקע אין זה ענין לקרקע בחז"ב ומהני תפיסה בזה, ור"נ יסבור דשכירות קרקע נמי הוה כקרקע ולא מהני תפיסה, וכ"מ בשמ"ק שזה טעם פלוגתתם, ואמנם לפמ"ש מרווח ביותר דשמואל סובר דהספק אין מתחיל כ"א משעת התביעה שיתבע אותו לדין, ולהכי אם לא בא עד אמצע או סוף חדש מיקרי תפש קידם לידת הספק דמהני התפיסה, ודוקא כשבא לתבוע בתחלת החדש הוה כלו למשכיר דהוה תפיסה לאחר לידת הספק ור"נ סובר דהספק אתחלת חדש שדינן

וכפרש"י, ולכן לעולם הוה אחר לידת הספק, ומצאתי סיוע לדברי בשמ"ק בשם תלמיד הר"ף שהקשה על מה דמתרץ בגמ' לשמואל התם טעמא מאי משום דתפיס ה"נ תפיס, הא הוי תפיסה לאחר שנולד הספק ותפיסה כזה לא מהני, ותי' דאימת הוי ספק כשבא לדין לפנינו וכבר היה תפוס ע"כ, הרי להדיא דטעם דשמואל משום דס"ל דהספק נולד בשעת התביעה, ועוי"ל דגם שמואל ס"ל כר"נ דלידת הספק מתחלת החדש הוא ויפלגו בזה, דהנה הרא"ש פוסק גבי מאה מעי איסתרא דתפיסה מהני, והקשה הש"ך ע"ז הא הרא"ש עצמו ס"ל דתפיסת ספק לא מהני כדמוכח מתקפי כהן, ותי' שני תירוצים, א) דהתם הוה קודם לידת הספק משא"כ בתקפו כהן הוי לאחר לידת הספק ב) עפמ"ש הרמב"ן דתפיסה ברשות מהני לעולם, ובתקפו כהן הוה שלא ברשות ע"ש, ומשמע דלרמב"ן מהני תפיסה ברשות אתי' לאחר לידת הספק, ולתי' הראשון לא מהני אחר לידת הספק, וא"כ י"ל דבסברות הללו פליגי ר"נ ושמואל, ר"נ ס"ל לתרץ ההיא דתקפו כהן משום דהוה לאחר לידת הספק ולא מהני אפי' ברשות, וכיון דהספק נולד בתחלת החדש, והתפיסה הוא לאחר לידת הספק משו"ה לא מהני, ושמואל יסבור כסברת הרמב"ן דתפיסה ברשות מהני לעולם אפי' לאחר לידת הספק, ומשו"ה נהי דסובר נמי שהספק נולד מתחלת החדש, מ"מ כ"ז שלא תבע המשכיר הרי דר ברשות המשכיר דידע ושתק ומהני תפיסתו, משא"כ לאחר התביעה דמעתה הוי תו שלא ברשות ולא יכל שוב לתפוס. הדרן לדברינו דלעיל דלפרש"י והרא"ש יהיה עיקר טעמו דר"נ משום דהתפיסה לא מהני אלא שהוצרך נמי לטעם דקרקע בחז"ב, משום דבלא טעם זה היה מהני תפיסתו כיון דבגוף הדבר מוחזק ותפוס עוד קודם לידת הספק, ולפ"ז יהיה עיקר הפלוגתא בין שמואל לר"נ דוקא בקרקע, משא"כ במטלטלין הוי לשוכר אפי' לר"נ, והיינו מ"ש הרא"ש שדוקא בקרקע קיי"ל כר"נ אבל במטלטלין כשמואל פסקינן דמהני התפיסה, ולא רצה לומר שבמטלטלין הוה דלא כר"נ, דהא לפמ"ש גם ר"נ יודה במטלטלין, אלא כוונתו שדין דר"נ כפי האמור בתלמוד דהכל למשכיר, לא שייך כ"א בקרקע אבל במטלטלין שייך דינא דשמואל דמהני התפיסה, ואה"נ שגם לר"נ הוה הכי, ובבא בתחלת החדש דהוה למשכיר אפי' במטלטלין היינו משום דאין מניחו לתפוס יותר, אבל אם היה מניחו לתפוס הוה מהני התפיסה, אע"ג דהוה לאחר לידת הספק כיון שמוחזק הוא בגוף הדבר בהיתר וכנ"ל.

**שם** בהג"ה אבל מי ששכר מלמד לבנו כו' א"צ לשלם חדש העיבור עמ"ש בדבור דלעיל שאולי יש ללמוד מהתם לדין זה

סעיף י"ז **בהג"ה** נשרף הבית דינו כנפל כו' עיין בשמ"ע והנתיבות כתב לחלק בין בית לחמור ופועל ע"ש, ולענ"ד נראה שאין חילוק ביניהם כלל וכמו שאבאר, דהנה בב"מ דע"ט גבי ספינה קאמר ר' נתן דאם נתן לא יטול ופרש"י דאפי' נתן כולו נמי לא יטול כלום ואפי' שכר חצי הדרך שלא עבר, וכן פי' לקמן התם הב לי חמרא ואנא מייתי ספינתא, ואמאי לא יתן כל השכר, הרי להדיא דס"ל לרש"י דאפי' שכר חצי הדרך שלא הלך ג"כ לא יטול, וגדולה מזה ס"ל לרש"י בב"מ דק"ג גבי בית דכשהשכיר לו בית זה ונפל דצריך השוכר לשלם כל השכירות אפי' מה שלא דר בו, ואפי' לא נתן צריך ליתן, דכן מוכח מדפי' שם הטעם דמזלו דשוכר גרם, ולטעם זה אפי' לא נתן צריך ליתן, וכן הבין הריטב"א מלשון רש"י וכמש"ש בשמ"ק, ולכאורה קשה טובא דהא בספינה זה ויין סתם אמרי' התם דאפי' נתן כבר צריך להחזירו משום דשוכר מצי לקיים תנאו ובבית זה נמי השוכר מצי לקיים תנאו דא"ל אנא הא קאימנא, והמשכיר לא מצי לקיים תנאו, וא"כ איך כתב רש"י דפסידא דשוכר הוא גבי בית, ואחרי החפוש מצאתי קושי' זאת בתשובת מיימוני לס' משפטים סי' כ"ז ותי' דלא דמי, דהכא יפה כח האומר סתם כיון שחבירו פירש זה והוא אומר סתם אבל כאן איכא למימר מזלו גרם ע"ש אלא דאכתי קשה דהא לעיל גבי חמור שמת בחצי הדרך אמרינן דאין נותן לו כ"א שכר בעד חצי הדרך אבל לא יותר, ואמאי לא נימא גם התם דמזלו דשוכר גרם ושיהא מחויב לתת לו כל השכר, ומ"ש ממשכיר לו בית זה ונפל וכפי הנראה שבתשובת מיימוני הנ"ל הרגיש בזה וכתב דיש סברות הרבה לחלק בין בית לחמור שמת בחצי הדרך, ולא פי' שם החלוק וכמ"ש הנה"מ, ולולי דמסתפינא הייתי אומר שבאמת אין חלוק ביניהם כלל, והא דאמרי' גבי חמור דנותן לו רק שכר חצי הדרך, היינו משום דלרב מרא דהאי מימרא מיירי כשיש בדמי הנבילה לשכור, ורק משום דלא מכלינן קרנא לא שכרינן, וכיון שבאמת יש בדמיו לשכור, הרי לא הופסד כל השכר, ומן הדין היה משועבד חמור זה לשכור אחר בדמיו, ורק משום דלא מכלינן קרנא, להכי לפחות מנכה לו משכרו, אבל כשאין בדמי הנבילה לשכור בהופסד לגמרי הוה פסידא דשוכר לגמרי ושלו הופסד דמזלו גרם, ועמ"ש לעיל בסי' ש"י, ופפ"ז אין חילוק בין בית לחמור, דגם בחמור כשהופסד לגמרי פסידא דשוכר, וזה היה נ"ל נכון לשיטת רש"י ואע"ג דהפוסקים פסקו סתמא דא"צ לשלם כ"א בשביל חצי הדרך ואפי' כשאין בדמי הנבילה לקנות, היינו לדידן דקיו"ל גם בבית זה שא"צ לשלם כ"א בעד העבר, אבל לשיטת רש"י דס"ל גבי בית דמזלו דשוכר גרם, גם בחמור יסבור הכי כשאין במה לשכור, אלא דמדברי הראשונים לא משמע לפרש הכא ברש"י, ועיין היטב בסמ"ע לקמן סי' שכ"א בנידון תשובת מוהר"ם פדואה שכתב בעובדא דידי'

דעל השכירות דלהבא בחזרה קאי, והד"מ הקשה עליו מתשובת מיימוני הנ"ל דגבי בית שנשרף צריך לשלם כל השכירות, וכתב הסמ"ע דאפשר גבי בית לא שייך חזרה כיון שנשרף הבית ואין לו מה להחזיר, אלא דקשה מהא דאיתא בש"ס גבי חמור שמת בדרך דאין משלם כ"א בעד הדרך שכבר הלך ולא בלהבא אע"ג דהכא נמי א"א לחזור ע"ש, ולמ"ש לא קשה מחמור, דהכא כיון שיש בדמיו לשכור ולא הופסד יותר להכי אין נפסד השוכר וגבי בית דהופסד לגמרי פסידא דשוכר, וגם בחמור היכי שאין בדמיו לשכור פסידא דשוכר כיון שא"א בחזרה ומיושב דעת מוהר"ם פדואה ועיין בתשו' חת"ס סי' קס"א מ"ש בזה ואכ"מ יותר.

**סימן שיג**

סעיף ב' **במחבר** שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים, ועיין בש"ך שהביא גם דעת התוס' בב"מ כן, ולכאורה יש להוכיח בדעת התוס' להיפוך, דבגיטין דף ע"ז ע"ב בד"ה מה שקנתה אשה הקשו דהא אמרי' במתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות ותי' דהתם מיירי בשאלה שהשאיל הבעל החצר לאשה דלא אלימא שאלה כמתנה ע"ש, ומאד תמוה דא"כ מאי מסיק דמגורשת מטעם חצירה, מאי מהני בזה גיטה וחצרה כיון דהחצר הוא הגוף של הבעל ולא הקנה לה כ"א לשאלה, א"כ לא נפיק הגט מרשות בעל עדיין, ובע"כ צ"ל דתוס' סברי דחצר השכור קונה לשוכר ולא למשכיר אע"ג דהגוף שלו, משום דעיקר הקנין הוא למי שיש ההשתמשות בחצר, ואפי' ממשכיר גופא נמי קונה השוכר, ולכן התם נמי כיון דהשאיל לה מקום קונה האשה אפי' מבעל גופא, ובכדי ליישב שני דבורי התוס' דגיטין ודב"מ שלא יסתרו זא"ז נ"ל עפמ"ש בחבורי לגיטין שם בטעמו של הרמב"ם דקונה למשכיר משום דהוה כאילו פירש ואמר שלא השכיר לו החצר כ"א לתשמישין הנצרכים אבל הזכות מדברים אחרים כגון לענין קנייה לא השכיר לו דהשתמשות החצר השכיר לו ולא גוף החצר ולפיכך לענין קנייה הוא של משכיר ולפ"ז מיושב שפיר דהתם בב"מ גבי הזבל של בעה"ב דמיירי שהשכיר לו החצר להשתמשות שפיר כתבו התוס' דהוי לענין זכייה למשכיר משא"כ בגיטין דעיקר שאילת החצר לא הי' כ"א בכדי שתוכל לקנות הגט וכמבואר בסוגיא שם ובכה"ג הוה ודאי חצר של אשה לענין זכייה דהעיקר השאילה רק אדעתא דהכי וז"ב.

**והנה** בקצוה"ח כאן הוכיח דהחצר קונה להשוכר וכשי' רש"י מהא דפריך הש"ס בגיטין שם חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה וכלו' שמשו"ה לא תקנה האשה את הגט, ומה פריך הא מ"מ גוף החצר שלה, וא"כ נהי דיש לבעל קנין פירות מ"מ גוף החצר של האשה ולמה לא תקנה, א"ו דהחצר קונה לשוכר ע"ש, ולענ"ד מהתם לא מוכח מידי,

דודאי במציאה או בשארי זכיות הבאים מעלמא אה"נ דהמשכיר קונה, אבל התם שרוצה האשה לקנות הגט מיד הבעל גופא, ובגט הא כתיב ונתי, ומפרשינן דהיינו נתינה מרשות לרשות, ובעינן שהגט יוצא מרשות בעל לרשות אשה, וכשהחצר הוא של בעל אפי' לפירות לבד, לא יצא עוד מרשות בעל, ואפי' גבי ממון נמי, אפי' לדעת הרמב"ם דקונה למשכיר, היינו נמי בדבר הבא מעלמא, אבל כשבא לזכות ע"י החצר משוכר גופא אה"נ דלא קנה, דכיון דלשוכר נמי יש לו רשות ההשתמשות, לא מיקרי נתינה מרשות לרשות דלא יצא עוד מרשות השוכר, ואחר כותבים מצאתי במח"א הלכות חצר שכ"כ דבמתנה ומכירה לא קנה, ואמנם אפי' לסברת המבי"ט דחולק וסובר דקנה המשכיר אפי' משוכר גופא, י"ל דהיינו דוקא במכירה ומתנה וסובר דלא בעינן התם כ"א שחפץ הנקנה יהי' ברשות הקונה, ולכן כיון דשל משכיר הוה החצר משו"ה קונה שפיר אע"ג דשל שוכר נמי הוה, אבל בגט דכתיב ונתן, דהיינו מרשות לרשות א"כ ודאי בעינן שיצא מרשות הבעל, וכיון שהחצר שלו לפירות לא יצא עוד מרשות הבעל, והכי משמע להדיא לשון רש"י שם שכ' דאכתי לא נפיק מרשות בעל ע"ש וז"ב, ועי"ל דהא טעמו של רמב"ם דסובר דקונה למשכיר משום דהוי כאילו פירש ואמר שלא השכיר לו החצר כ"א לתשמישים הצריכים לו אבל הזכות שהיה לו מדברים אחרים כגון לענין זכייה לא השכיר לו, ולפיכך הוא שלו וא"כ י"ל דהרמב"ם לא קאמר זה כ"א כשהמשכיר השכיר לו מדעתו אמרי' שלא השכיר לו כ"א מה שצריך השוכר למלאכתו ותשמישו ושארי הזכותים שייר לעצמו, אבל זכות של בעל בנכסי אשתו לאו מכח אשתו בא לו אלא חכמים נתנו לו זכות הזה, אמרי' דנתנו לו כל הזכותים שיש בחצר, והחצר עצמו נתנו לו ולא תשמישיו ובלא"ה נמי הלא מבואר בתשובת דברי ריבות סי' שכ"ו דהרמב"ם לא אמר כ"א בחצר אשר איננו לעיקר תשמישו ולפיכך לא קנה לגמרי כ"א תשמישיו אבל לא שיזכה לו החצר אבל בבית שעיקר תשמישו בה הקנה לו לגמרי, ולכן בבית גם הרמב"ם מודה דהשוכר קונה, וא"כ שפיר מקשה הש"ס בגיטין דהא במתני' דנקט התם הזורק לביתה או לחצרה ושפיר מקשה הש"ס עכ"פ מביתה דבזה כו"ע מודו דקונה לשוכר ולא למשכיר, ואע"ג דלשון הש"ס שם חצירה מה שקנתה כו' משמע דפריך מחצרה, היינו משום דתפיס לשון הקנין וקנין דבית נמי מטעם חצרה, ולכן קרי לקנין זה חצירה והש"ס לשון הקנין קא תפיס אבל הקושיא הוא מביתה, ודו"ק.

**ועיין** עוד במ"מ פ"ו משכירות שהוכיח כשיטת הרמב"ם מהא דב"מ דק"ב דפריך התם אילימא בחצר דאגירא לשוכר ותורי דשוכר אמאי הוי לבעה"ב, ולדעת רש"י דחצר השכורה קונה לשוכר, א"כ מאי פריך דוקא בכה"ג דתרתי למעליותא, חצר דשוכר ותורי

דשוכר, הא אפי' בתורי דמעלמא נמי הוה לשוכר, כיון דהחצר מושכר לו, אע"כ כדעת הרמב"ם דלענין זכות הקנין הוה דמשכיר ומשו"ה לא פריך כ"א דוקא בכה"ג דהוה גם תורי דשוכר ע"ש, והנה אף אי משום הא לא מוכח עוד, דגם לרש"י ניחא די"ל דהאי ותורי דשוכר דקאמר, הוה פירושו, או תורי דשוכר ומכל אחד בפני עצמו מקשה, דאי אגיר לשוכר אפי' בתורי דמעלמא אמאי הוה לבעה"ב, ואי בתורי דשוכר אפי' בלא אגיר לשוכר וחצר דמשכיר הוה, אפ"ה הוי לשוכר, דאע"ג דכל המציאות קונה המשכיר, אבל גללים דשוכר לא הוי עלייהו שם מציאה כלל, דכיון שהוא בעצמו דר שם לא יפקירם ולא דמי לגללים דמעלמא דהוי הפקר, או משום דלתורי דשוכר משתעבד החצר וכמ"ש בשמ"ק, אלא דהפרכא השני' צריכה ביאור, מה דפריך התם ואי דלא אוגיר החצר ותורי דמשכיר פשיטא, אם גם כאן נפרש דאו או קתני ואז יהיה פירוש הפירכא דבחצר דלא אוגיר אפי' בתורי דמעלמא פשיטא, ואיך פשיטא לו זה, הא היא גופא אשמועי' דהחצר קונה שלא מדעתו וכדמשני אח"כ ואי תפרש דמשניהם ביחד קא מקשה דלא אוגיר וגם תורי דמשכיר, והיה ניחא מה דפריך פשיטא, אלא דלזה לא אתי שפיר מה שפרש"י על ותורי דמשכיר, דמשום דלא אוגיר לו מסתמא הוה תורי דמשכיר, משמע מזה שרצה לתרץ למה בעינן תרווייהו וע"ז יתרץ שבאמת לא בעינן תרווייהו, רק משום דמיירי בלא אוגיר נקיט נמי תורי דמשכיר, דדבר ההווה ושכיח הוא, והא לפמ"ש א"א לומר דמצד דלא אוגיר לחוד קא פריך ולכן נ"ל כוונת רש"י דבאמת גם קושי' השני' הוי רק מצד אחד, רק לא מצד דלא אוגיר לחוד, דבזה לא הוה פריך פשיטא וכנ"ל, אלא מצד דתורי דמשכיר לחוד, דאי תורי דמשכיר אפי' בחצר דשוכר נמי פשיטא דהוה לבעה"ב וגם מצד הסברא שכתבנו לעיל, דנהי דסתם גללים אפקורי להו, היינו אדם מעלמא שאין לו דריסת הרגל בחצר, וגם צריך אח"כ לטרוח ולפנות הגללים ואין חשוב זה לטרוח, אבל המשכיר גופא דא"צ לפנותם דימתין עד שיכלו ימי השכירות, מסתבר שאין מפקיר הגללים, וגם לפמ"ש התוס' שם דמיירי שגם המשכיר יש לו פתח לחצר וגם הוא יש לו דריסת הרגל, וא"כ ודאי דלא יפקירם, דהא יש לו רשות ליכנס וליקחם, וכמו בשוכר לדעת הרמב"ם דהוה נמי טעמו משו"ה, וכיון שהפירכא תוכל להיות גש מצד זה לחוד, לוה קשיא לרש"י דלאיזה צורך נקיט נמי בחצר דלא אוגיר כיון דגם בחצר דאוגיר הו"מ לאקשויי, וע"ז יתרץ דמשום דהוצרך למינקט בתורי דמשכיר, להכי נקיט נמי בדלא אוגיר, דאי בדאוגיר אין הוה שם להמצא תורי דמשכיר, אבל באמת אם השכיר החצר ותורי דמשכיר ג"כ פשיטא, רק דבר ההווה ושכיח נקט, וז"ב בכוונת רש"י, והיינו דלא

כהרמ"ך המובא בשמ"ק דבחצר המושכר אפי' בתורי דמשכיר נמי הוה לשוכר, ולע"ד לא משמע כן מפרש"י.

**ונהי** שיושבנו הסוגיא גם לפרש"י, בכ"ז פשט הסוגיא מוכח יותר כדעת הרמב"ם, דלשיטת רש"י יקשה, חדא קושיית המ"מ שם דמאי משנה הש"ס בלשון לומר דמיירי בחצר דמשכיר ולא אמר כדפתח, לעולם בדלא אגיר ותורי דמשכיר ע"ש ובלח"מ, ועוד דלשי' רש"י הוה עיקר הצריכותא דמיירי בחצר שלא השכיר, וקמ"ל דאע"ג דשלא מדעתו הוא אפ"ה קנה, וא"כ הכי הול"ל וקמ"ל כדר' יוסי ב"ח, ומדלא אמר קמ"ל, רק מסייע לי', משמע שאין זה עיקר הצריכותא אלא דממילא ילפי' מינה סיוע לדר' יוסי ב"ח, וג"ז אין נראה לי לומר דחילו דהרמב"ם יהי' מסתימת פרכת הש"ס ותורי דמשכיר, דמשמע שדוקא בתורי דשוכר הוה לשוכר אבל בתורי דמעלמא הוה למשכיר אפי' בדאגירא לשוכר, ולא ניחא לו לפרש דאו או קאמר וכהוכחת המ"מ ואדמסייע לו מרישא יפרוך מסיפא דאמר אי בחצר דלא אגירא לשוכר ותורי דמשכיר פשיטא, אמאי לא אמר אפי' בדאגירא לשוכר נמי, דלפי דעת הרמב"ם אפי' בדאגירא לשוכר נמי קנוי למשכיר ופשיטא וכקושית הלח"מ שם, ולכן נ"ל כוונה אחרת לפי' הרמב"ם, דהנה הראב"ד השיג על הרמב"ם מההיא דר"ג וזקנים ששכרו את מקומן, וכן מדין דשוכר את מקומו, דמכל אלה מבואר דשכירת החצר קנוי לשוכר לענין קנייה, וכשאני לעצמי לא אדע מזה שום קושיא על הרמב"ם, לפמ"ש לעיל דכששיכר החצר לתשמיש אז אמרי' דמן הסתם לא השכיר לו כ"א תשמישי החצר, אבל זכות החצר לענין קנייה שזה אין נוגע לתשמיש החצר לא השכיר לו מסתמא, וא"כ לא שייך זה כ"א כשהשכירות היתה לצורך תשמיש, משא"כ היכי דעיקר השכירות לא היתה לשום תשמיש רק לצורך הקנין, כמו בעובדא דר"ג, דעיקר שכירת החצר לא היתה כ"א לתכלית זאת שעי"ז יקנה המונח בתוכו, והמשכיר כשהשכיר לו לתכלית זאת הוה כהתנה בפירוש שמקנה לו זכות הקנין ופשיטא דמהני, וסברא זאת ברורה מאד, ולפ"ז שני סוגי שכירת החצר יש, דהיכי דמשכיר לו לגמרי גם על זכות הקנין, אז אין למשכיר חלק בו, והשוכר קונה הכל, ואי כשהשכירו לתשמישין סתם הוה לשוכר לענין תשמישין ולמשכיר לענין זכות הקנייה ובכה"ג מיקרי נמי חצר דמשכיר, כיון שגם למשכיר יש זכות אכתי בחצר, ומעתה א"ש הסוגיא, דגם הרמב"ם יפרש דאו או קתני, ואי בדאוגיר לשוכר, כלומר שהשכיר לו לגמרי ופירש עמו שגם זכות הקנייה יהא שלו, אמאי הוה לבעה"ב, אפי' בתורי דמעלמא, דבכה"ג הוי המציאה לשוכר אפי' להרמב"ם, ובתורי דשוכר אפי' בלא אגיר נמי הווי לשוכר, כיוון שאין זה הפקר כלל וכמ"ש, וכן קושי' השני' תפרש הכא,

ומשני לעולם בחצר דמשכיר, כלומר דמיירי בחצר כזה שנקרא גם חצר דמשכיר, והיינו שיש גם למשכיר חלק וזכות בו, וכגון שהשכיר לו בסתמא על כל תשמישי החצר, דבזה אשמועי' דאע"ג שבאמת החצר מושכר לשוכר, אפ"ה אמרי' דזכות הקנייה שייר לעצמי (וניחא דלא נקיט התם לעולם לעולם דאוגיר וכדפתא ברישא, דלשון זה משמע) והוא קונה הזבל, וממילא יהיה מזה סייעתא לדר' יוסי ב"ח, אבל עיקר הרבותא דהמשכיר קונה אע"ג שהשכירה לאחר, אפ"ה אמרי' דזכות הקנייה שייר לעצמו, וניחא דלא נקיט התם לעולם דאוגיר וכדפתח ברישא, דלשון זה משמע דאוגיר לו לגמרי גם זכות הקנייה, להכי קאמר בחצר דמשכיר, לומר דמשכירו באופן כזה עד שיקרא גם חצר דמשכיר, דהיינו דלדידי' נמי יש חלק בו וכנ"ל והכל על מקומו לפ"ז ודוק היטב:

שם **בסמ"ע** ס"ק ה' הביא בשם רש"י והטור דקונה לשוכר ועמ"ש בדבור דלעיל אם בתורי דמשכיר נמי הוה לשוכר לדעה זאת.

**סימן שטז**

סעיף א' **במחבר** המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר משכיר כו' והוא שלא יהי' מנין בני בית האחד יותר כו', דין זה למד הרמב"ם ממ"ש בש"ס ב"מ דע"ט ע"ב גבי ספינה לא צריכא דפרקא בגווה, ופי' התוס' שמכר הסחורה לאחרים ואותם אחרים רוצים להוליכה בספינה ולפרוע השכר לבעל הספינה ע"ש, וכמו התם בספינה יכל השוכר להשכיר לאחרים ספינה ששכר הוא ה"נ גבי בית יכל השוכר להשכיר לאחר שאנשי ביתו כמנין אנשי בית הראשון, והראב"ד השיגו וז"ל יש בדורנו אומרים כן שיש בני אדם שמחריבין הבית בדירתם ע"כ, ולכאורה י"ל דהרמב"ם והראב"ד לא פליגי כלל, דהכי הוא סיום דברי הרמב"ם שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין שאומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, אבל בקרקע או בספינה שהרי בעליה עמה אין אומרים כן ע"כ, הרי דמשמע לכאורה דגם הרמב"ם לא התיר כ"א במקום שבעל החצר עמו וידור עמו בבית, והתם לא שייך טענת הראב"ד דשמא יחריב ויקלקל הבית אחרי שהבעלים עמו וישמרוה, וכמו דלא חיישינן התם לקלקול הספינה מהאי טעמא, אבל אם אין המשכיר בבית עמו, אע"ג דקרקע הוא ולא שייך החשש דשמא יבריח, מ"מ אכתי איכא למיחש לשמא יקלקלה וכטענת הראב"ד, גם הרמב"ם מודה שאסור לשכור לאחרים, ולפ"ז מה שסיים הרמב"ם שהרי בעליה עמו קאי זה על תרווייהו, על קרקע וספינה שהזכיר, דגם דקרקע בעינן נמי שיהא בעליה עמה לשמרה מחשש קלקול, והרמב"ם וראב"ד לא פליגי, דמה שהתיר הרמב"ם היינו בבעליה עמה וישמרוה גם מקלקול, והראב"ד שאוסר היינו באין משכיר עמו, ואע"ג

דחשש הברחה לא שייך כאן אכתי מצי אמר אין רצוני שיהא ביד אחר מחשש שמא יקלקלה ויחריבה, ואין להקשות דהא הרמב"ם עצמו כתב דיש חולקין עליו שאין יכל להשכירו לאחר הרי הוא עצמו הודה שיש חולקין עליו, ובע"כ דטעם החולקין משום דלא דמי לספינה דבספינה בעליה עמה, ובבית אין בעליה עמה וכמ"ש המ"מ בטעמם ע"ש, מכלל דהרמב"ם התיר אפי' באין בעליה עמה, די"ל שאין מזה הכרח דשפיר י"ל דהרמב"ם רק בבעליה עמה התיר, וטעם החולקין הוא, דהא הרמב"ם עצמו מסברא לא היה מתיר זה, ולחלק בין שוכר בית לשוכר מטלטלין, דאסור מטעם דאין רצוני, ורק משום ההוכחה מספינה דחקו לחלק ביניהם, ואמנם הוכחה הזאת אינה כ"א כאשר נפרש דהתם מיירי שהשוכר הראשון השכיר הספינה לשוכר אחר, אכן בשמ"ק שם כתב דהתם מיירי שבעל הספינה חזר והשכירה לשני וא"כ אין מהתם שום ראי' דהשוכר יכל להשכיר, וכן דחה בשמ"ק להוכחת הרמב"ם, וכיון דמהתם אין ראי' מנ"ל לחלק בין קרקע למטלטלין לענין דין דאין רציני, וי"ל דזהו דעת החולקים דמפרשו דהתם מיירי שבעל הספינה השכיר לשני, משו"ה סתמו דבריהם לאסור דהשוכר אין רשאי להשכיר בכל אופן ואפי' במקום שבעליה עמה, דגם הרמב"ם רק מחמת ראי' הזאת התיר, וכיון דראי' זאת אינה מנ"ל להתיר, כן היה אפשר לומר, אלא דכל הפוסקים המ"מ והסמ"ע כאן הבינו דהרמב"ם חולק עם הראב"ד, ואפי' בשאין בעליה עמו התיר בקרקע, דבקרקע אין שייך טעם דאין רצוני משום דא"א להבריח, ולדבריהם צ"ל דמ"ש הרמב"ם בסיום דבריו שהרי בעליה עמה לא קאי זה כ"א על ספינה, דבזה מצרכי' לטעם דבעליה עמה, דאל"ה, יוכל להבריחה אבל בקרקע בלאו ה"ט נמי אין אומר אין רצוני כיון דלא יכל להבריחה ועל טענת הראב"ד מחשש קילקול תרצו בדבריהם, המ"מ כתב דלא חיישינן להכי משום דבקרקע אין היזיקו מצוי, והסמ"ע כתב משום דיכל להראות לו כל פרטי בידו ויתנה עמו להחזיר לו בשלימות ע"ש, ומסתבר כדבריהם, דאי כמ"ש דאין מתיר הרמב"ם כ"א כשבעלה עמה לשומרה, ובכה"ג אפי' במטלטלין נמי שרי שהבעלים עמו וא"כ מאי האי דמחלק הרמב"ם בין קרקע למטלטלין, הא אין חילוק ביניהם, דבאין הבעלים עמו אפי' בקרקע אסור, ובבעלים עמו אפי' במטלטלין שרי אע"כ דקרקע אפי' אין בעלים עמו שרי משום דהכי לא שייך חשש דהברחה, ועוד דגם זה אי מסתבר דהיש חולקים שהביא הרמב"ם יחלקו אפי' בבעלים עמה ואע"ג דראי' מספינה אינה וכמ"ש, מ"מ גם מן הסברא נכון להתיר בכה"ג דאפי' במטלטלין נמי פשיטא דשרו בכה"ג דמאיזה חשש יכל לטעון שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, אחרי שגם הבעלים

עצמן יהיה עם חפצו, אלא ודאי שהחולקים לא אסרו כ"א כשאין בעליה עמה, והרמב"ם שהתיר אפי' בכה"ג נמי התיר וכהסכמת הפוסקים בזה ודו"ק.

**סימן שיז**

סעיף א' **במחבר** ואפי' ביום אחרון של השנה על המשכיר להביא ראי', ואם דוקא בסוף היום עביד דפרע או אפי' בתחלת היום נחלקו הפוסקים בזה, הרמב"ם סובר דדוקא בסוף היום אמרי' דפרע, ולכן לא משכחת להאי דינא דשוכר נאמן כ"ז שלא הביא המשכיר ראי' כשתבעו אחר כלות היום שהיה שהות ביד השוכר לפרוע בכלות היום, אבל אם תבעו בכלות היום, והוא אומר שפרעו קודם סוף היום לא מהימן דהווי כתוך זמנו דהא דאמרי' עביד אינש דמשלם ביום זמנו היינו בסוף היום, אכן מלשון רש"י בב"מ דק"ב בד"ה ל"צ שתבעו ביום דמישלם זמניה, והוא אומר נתתיו בבקר, משמע להדיא מפירושו דמה דאמרי' דעביד דפרע ביום זמנו לאו דוקא בסוף היום אלא אפי' בתחלת היום וכ"ה דעת הטור ומחבר לעיל סי' ע"ח, ועמ"ש בחדושנו שם דבר נכון ליישב דבריהם. סעיף ב' **בהג"ה** י"א דאם הוא לאחר זמן השכירות כו' השוכר נאמן במיגו ועמ"ש הש"ך סק"ו דבמיגו מהימן ובחדושנו לעיל סי' ק"ן הארכנו בזה.

## הלכות חכירה וקבלנות

**סימן שכ**

סעיף ה' **במחבר** אם נוהגין שהמוכר שדה סתם נוטל חלקו באילנות יש לו חלק בהם אפי' אם הוסיף בעל השדה בחלק החוכר וא"י לומר הוספתי בחלקך כדי שלא תקח האילנות והוא מן הש"ס ב"מ ק"ג ע"ב ל"צ דכו"ע יהבי בתילתא ואז איהו ויהבי ברבעא מהו דתימא דא"ל האי דבצרי לך אדעתא דלא יהבינא באילנות קמ"ל דאיבעי לפרושי, ומשמע דאע"כ דליכא למיתלי בשום דבר במה דבצר לי' אפ"ה לא בעינן נמי דאדעתא דלא יהבינא באילנות, אהא תלינן דבצר לי' מרצונו לשם מתנה בעלמא, וקשה לי דמ"ש מהא דב"מ בפ' הפועלים דקאמר התם מהו דתימא אדעתא דקא מקדמתו ומחשכיתו קא טפינא לכו אאגריי מ"ל דמצי אמרי אדעתא דעבידנן לך עבידתא שפירתא, ומשמע שדוקא משום דיש לתלות שיתרון השכר ניתן להם לו עבידתא שפירתא, אבל במקום שאין במה לתלות תלינן בע"כ כמו שאמר בעה"ב ולא אמרי' דלמתנה מכווין ונ"ל דהתם נמי לאו דווקא קאמר משום דיש במה לתלות דאפי' אם לא היה במה לתלות ג"כ לא מצי בעה"ב לשנות מן המנהג משום ההוספה הזאת, אלא תלינן דמרצונו נתן ההוספה בחנם בלא שום מטרה, וראי' לזה דאי תימא שדוקא משום טענת הפועלים דההוספה ניתן לצורך אחר כי היכי דליעביד עבידתא שפירתא א"כ היינו צריכים לדעת בברור אם

באמת עבדו עבידתא שפירתא, דכה"ג פריך הש"ס ב"מ דע"ז וניחזי עבידתייהו, אע"כ דהחלוק ביניהם דהתם דבעה"ב לא הבטיח להם שכר כ"כ, והפועלים מעצמם יבקשו יותר משום דטוענים דעבדו עבידתא שפירתא להכי ודאי צריכים למידע אם באמת עבדו כמו שאמרו, אבל בריש פ' הפועלים דהבעה"ב קצב להם השכר, רק עתה רוצה לשנות ממנהג המדינה ולומר להם שבשביל שיקדמו ויחשכו. לא מהימן, והפועלים אינם צריכים כלל לברר אם עשו עבידתא שפירתא, כיון שאפי' אם באמת לא עשו שום יתרון נמי אין יכל בעה"ב לגרוע מקצבתו וכמו דמוכח להדיא מדין אשר לפנינו דאפי' אם אין לפועל במה לתלות אפ"ה אין נאמן הבעה"ב לשנות ממנהג, ורק התם לרווחא דמילתא קאמרי שהפועלים יש להם טענה דעבד עבידתא שפירתא ועמ"ש לקמן סי' של"א מזה:

**סימן שכא**

סעיף א' **בסמ"ע** סק"ו במ"ש בנידון תשובת מוהר"ם שכתב בעובדא דידי' דעל השכירות דלהבא בחזקה קאי והד"מ הקשה עליו מתשובת מיימוני דגבי בית שנשרף צריך לשלם כל השכירות, וכתב הסמ"ע דאפשר גבי בית לא שייך חזרה כיון שנשרף הבית ואין לו מה להחזיר, אלא דקשה מהא דאיתא בש"ס גבי חמור שמת בחצי הדרך דאין משלם כ"א בעד הדרך שכבר הלך ולא בלהבא אע"ג דהכא נמי א"א לחזור ע"ש ובחדושנו לעיל סי' שי"ב כתבנו ליישב דגבי חמור כיון שיש בדמיו לשכור ולא הופסד יותר להכי אין נפסד השוכר וגבי בית דהופסד לגמרי פסידא דשוכר, וגם בחמור היכי שאין בדמיו לשכור פסידא דשוכר כיון שא"א בחזרה ומיושב דעת מוהר"ם ועמ"ש בארוכה:

**סימן שכו**

סעיף א' **המקבל** שדה מחבירו לזרעה שומשמין וזרעה חטים כו' אין לו לעיו אלא תרעומור, ופי' שאינו מנכה לו מה דלא הכחיש לארעא, ודייק לכתוב דין זה בקבלנות, וכן פירש"י ב"מ דק"ד ע"ב דקביל ארעא קבלנות היתה, והיינו משום דסברי כשיטת הרמב"ן שדוקא בקבלנות מתוך שהיה יכול לכופו לזורעה שומשמין ולא היה לו לזה לזורעה אלא שומשמין וכיון ששינה ידו על התחתונה, אבל בחוכר מנכה לו דמי כחשא דארעא ועיין בשמ"ק שם:

שם **במחבר** ועשתה חטין ששווין כמו שהיתה ראויה לעשות מהשומשמין, וברש"י שם בד"ה ועבדה חטין כשומשמין הצליח זריעתו ואף החטין הוקרו, דייק לפרש דההצלחה בא מחמת יוקר השער, דאי משום דהצליחו בגדולן לא היה צריך הש"ס לטעם דניחא לו דליכחוש ארעא דבלא"ה הדין עם בעל השדה דמצי אמר אי הוה זרעת שומשמין הוה

נמי מצליחין בגדולן והי' לו יותר מן הרגיל אע"כ דמיירי דהסבה בא בשביל שהוקרו החטין וא"כ רק החטין גרמו לזה:

**סימן שכח**

סעיף א' **בהג"ה** ואפי' לא כתב כמאן דכתב דמי, ועיין בסמ"ע שפי' הטעם לזה, דכיוון שרגילין לכתוב כל המקבל סתם על דעת הנהוג מקבל, ומשמע דהיינו במקומות שכולם נהגו לכתוב ואחד לא כתב אמרינן שעל דעת הנהוג מקבל אבל אם לא נהיגי לכתוב כלל לא אמרי' כמאן דכתיב וליחייב, אכן הרשב"א כתב דטעמו דכך כותב, לא שכותב לו באמת אלא שחיוב כאילו כתבו ואפי' במקומות שלא כתבו מעולם לשון זה נמי חייב כאילו כתבו ע"ש בשמ"ק בשם הרשב"א, ובטעמא דהאי מלתא י"ל דהחיוב בא מטעם ערב, כיון דקיבל לחרוש ולעבוד בשדה חבירו וזה סמך על דבריו חייב מטעם ערבות וכמ"ש הריטב"א בב"מ דע"ג גבי ההוא דיהב לימזבן לו חמרא ועוי"ל דהחיוב הוא משים מבטל כיסו של חבירו ומטעם מזיק מתחייב ואע"ג דמבטל כיסו פטור, דגרמא אין חייב כ"א בהיזק ממש, ולא במונע ריוח, בכה"ג דהריוח היה בא ודאי חייב וכמפורש בירושלמי ב"מ פ' המקבל דיליף ממשנה זאת דהמבטל שדה של חבירו חייב, דדוקא מבטל כיסו פטור משום דמי יימר דהוי רווחא בלא"ה, אבל לא בשדה, אלא דלפ"ז אין מבורר לי מאי דאמר בש"ס שם דר' מאיר היה דורש לשון הדיוט, הא אפי' אם לא היה בזה שום לשון ואפי' דהדיוט ולא התנה עמו כלל דאם יוביר ישלם נמי ראוי להתחייב, דלמ"ש דהחיוב הוא מטעם ערובות או גרמי אפי' כשלא התנה עמו שום תנאי נמי חייב כמו בעובדא דההוא דיהיב למיזבן לו חמרא ופשע ולא זבין דלהריטב"א דחייב מטעם ערבות מחייב אפי' בלא התנה נמי וכמ"ש להדיא בשמ"ק, והן אמנם דהירושלמי מצד עצמו אתי שפיר, דהירושלמי לא הביא כלל הסוגיא דר"א דורש לשון הדיוט, ורק על המשנה דנקיט המקבל שדה והובירה חייב שכך כותב, כתב הירושלמי דהדא אמרת מבטל שדה חבירו חייב כו', והמשנה אה"נ שיכולין לפרש שפיר דהחיוב הוה מטעם גרמי ואפי' בלא התנה נמי, והלשון דכך כותב מפרשינן דדייניגן בזה למיעבד עובדא כאילו כתבו, אכן לפום ש"ס דילן בטעמא דר"מ משום דדור לשון הדיוט, משמע דהחיוב הוא מטעם הלשון ולא מטעם מזיק אלא די"ל דהכוונה במ השאמרו דר"מ דריש לשון הדיוט, שאין החיוב בא משום הלשון משום שהתנה עמו כך, אלא שמלשון הכתב מביא ראיה שבאמת חייב בכך, מדנהגו ההדיוטות לכתוב הכי מכלל דחייב לו לשלם במיטבא, אבל אה"נ שעצם החיוב בא מטעם מזיק ואפי' לא כתבו נמי, ובע"כ צ"ל הכי לדעת הרשב"א ורב האי גאון שכתבו להדיא דאפי' לא נכתב מעולם נמי דינא הכי דחייב לשלם,

וכדבריי משמע בשמ"ק שם על מה שפריך הש"ס טעמא דכתב איתא התם וז"ל תימא מנ"ל הא אדרבה אית לן למימר אע"ג דלא כתב לי' כמאן דכתב דמי כדפירשתי לעיל ומהאי טעמא קאמר ר' יוחנן דשומטו מע"ג בניו דכמאן דכתב לו דמי, י"ל דאע"ג דההיא דלעיל הוה כמאן דכתב לו דהכי משמע מדקאמר ר"מ דורש לשון הדיוט, ומייתי ראי' שכך כתב לו להביא ראי' ממנו שיש לו לשלם במיטבא כו' עכ"ל, הרי להדיא כדבריי דאין הכתיבה והלשון עושה החיוב, אלא מתוך הכתב מוכח שחייב לשלם ודו"ק, והנה בב"י כאן הביא בשם תלמידי הרשב"א שהבינו דעיקר החיוב הוא מטעם הכתיבה אבל מדינא פטור משום דהוה כמבטל כיסו של חבירו, אכן מהירושלמי שהבאתי מוכח שלא כדבריהם, ובשגם שהרשב"א ורה"ג הכי סברי פשיטא שהכי נקטינן ועמ"ש בדבור הסמוך:

סעיף ב' **במחבר** וגם התנה עמו אם אוביר ולא אעביד אשלם אלף זוז ה"ז אסמכתא ואינו חייב כו' ומשמע דהא דחייב כשלא גזים לשלם אלף זוז אלא התנה אם אוביר ולא אעביד אשלם בשויה, היינו משום דכיון דלא גזים לא הוי אסמכתא, וכן מוכח בש"ס דב"מ דפריך ולרבא מ"ש מאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דחייב ומשני התם לא גזים הכא גזים, וקשה לי דלמה שהעליתי בדבור דלעיל דהחיוב דמתני' לאו מכח התנאי הוא, אלא מטעם מזיק, א"כ אין שייך זה לכלל אסמכתא, וי"ל דהיינו באמת מה דמשני התם לא גזים לשלם יותר מן ההפסד, ועל מה שהפסידו אין אנו צריכין כלל לתנאי, אבל התם דגזים יותר ממה שהפסידו ואתה רוצה לחייבו מכח התנאי, דטעם דמזיק א"א לחייבו יותר ממה שהזיקו, והתנאי הוה אסמכתא, והכי יש לכוון נמי בלשון רש"י שם בד"ה לא גזים ע"ש, ולפ"ז אין ללמוד מכאן דכל תנאי דלא גזים לא הווי אסמכתא, דשפיר י"ל דמטעם התנאי אין לחייבו אפי' בלא גזים דכל תנאי הווי אסמכתא, דכל תנאי דאי הוא, ודאי הווי אסמכתא ומה דחייב במתני' לשלם מה שהפסידו, לאו מכח התנאי הוא אבל במקום שלא הפסידו ואתה רוצה לחייבו משום התנאי אפי' בלא גזים נמי אין לחייבו דאסמכתא הוא, והכי מפורש בשמ"ק בשם רה"ג ור"ח דאפי' בלא גזים הווה אסמכתא ואין ללמוד מהכא, והיינו נמי מה שכתב רש"י בסנהדרין דכ"ג דהיכי דמי אסמכתא כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא והתוס' כתבו דט"ס הוא ברש"י דהא במיטבא לא הווה אסמכתא כיון דלא גזים, ולמ"ש א"ש דודאי אסמכתא הווה אפי' בכה"ג דלא גזים והא דחייב הכא מטעם מזיק ולא מטעם התנאי ועמ"ש לעיל סי' ר"ז מ"ש בבאור הרש"י דסנהדרין ואמנם להבנת התוס' דהתם דהחיוב בזה מטעם דתנאי הוא דהא ילפי' מהכא דבלא גזים לא הווה אסמכתא ובע"כ דס"ל דמטעם מזיק אין לחייבו כיון דאינו

אלא גרמא והוה כמבטל כיסו של חבירו, ולא ס"ל לחלק כהירושלמי שהבאתי בדבור דלעיל, דבשדה כיון דהריוח ברור דמיא למזיק בידים ומיושב לפ"ז דברי הקצוה"ח לקמן סי' של"ג ע"ש, ושם הרביתי להשיג עליו מירושלמי הזה דמחלק בין שדה למבטל כיסו, ובשבזה נדחה כל דברי הקצוה"ח, ואמנם למ"ש כעת מוכח דהתוס' לא ס"ל לחלק כהירושלמי, אלא דלפ"ז יוחזר קושית הקצוה"ח על התוס' דהאומנין, ואנכי העליתי ליישב עפ"י הירושלמי, ולמ"ש משמע דתוס' לא ס"ל כירושלמי, ומ"ש התוס' שם דאפי' בלא כתב כמאן דכתב דמי צריכים אפוא לפרש כמ"ש הסמ"ע שהבאנו בדבור דלעיל דכיון דרובם נהיגי למכתב אדעתא דמנהגא קבל ועיקר החיוב הוה משום תנאי, ודו"ק:

## הלכות שכירות פועלים

### סימן שלא

סעיף א' **במחבר** השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים כו' אינו יכל לכופו אפי' הוסיף על שכרן, והטעם איתא בש"ס דהפועלים מצו אמרי הא דטפת לן אאגרא כי היכי דעבדינן לך עבידתא שפירתא, ובסמ"ע הוסיף דאומרים וכן עשינו, והט"ז הקשה אמאי לא פריך הכי וניחזי עבידתייהו דבכה"ג פריך בפ' האומנין דע"ו ומשני התם דא"א למיחזי וה"נ ניחזי עבידתייהו אי הווה טפי משאר פועלים ע"ש ואפשר לומר דהכא אין תביעת הפועלים כלל על אודות יתרון המעות שהבטיח להם, וגם הפועלים אינם רוצים ליקח מאתו היתרון, כיון דלדבריהם ניתן היתרון בשביל לעבוד עבידתא טובה, ובאשר שבאמת לא עשו את המלאכה שפירתא יותר. ממילא אין מבקשים היתרון, ודלא כמ"ש הסמ"ע דהפועלים אומרים וכן עשינו ומבקשים את היתרון, דודאי אי שענו הכא לא הוו מהימני, והיינו צריכים לראות עבידתייהו רק והכא גם הפועלים אינם מבקשים היתרון ומודים שלא עשו מלאכה טובה ביותר, אלא עיקר הסכסוך שביניהם הוא על זמן השכירות, דלדברי בעה"ב דההוספה הוה בכדי דליקדמו וליחשכו ולכן ירצו לכופם שישלימו לו הזמן, ולטענת הפועלים ההוספה לא ניתן כ"א לעשות עבידתא שפירתא, ואין יכל לכופם להשכים ולהעריב, אבל זה פשיטא שאם לא ניכר שעשו עבידתא שפירתא שאין נוטלים היתרון, ולהכי לא שייך כאן לפרוך וניחזי עבידתייהו, כיון שאין באין כלל לבקש היתרון ואדרבה הבעה"ב תובע מהם, אבל בפ' האומנין דעיקר הסכסוך הוא שהפועלים מבקשים היתרון, ע"ז פריך שפיר וניחזי עבידתייהו, שודאי אין להם ליטול יותר משאר פועלים כ"ז שאינם מבררים שעבידתייהו שוה יותר, ובדברנו מיושב נמי קושית הקצוה"ח שהבאנו בדבור דלעיל על התה"ד ע"ש:

סעיף ב' **במחבר** מקום שנהגו לזון יזון, עיין בקצוה"ח שהביא לתה"ד סי' שכ"ג בשכר פועל ופסק לו עשרה זהובים לילך למקום פלוני ומנהג שוכרים שפוסקים שכירות חוץ מן הוצאות הדרך והשליח אמר קודם שדעתו שיתן לו ההוצאה חוץ מן השכירות והמשלח טוען שלכך פסק עמו שכר הרבה שלא הי' ראוי ליתן אפי' שבעה זהובים רק מפני שלא יתן לו ההוצאות, ופסק בתה"ד דבכה"ג דמים מודיעין, והקצוה"ח הקשה מהא דאמרי' כאן גבי פועלים דאפי' טפא להו על אגרייהו לא מצי בעה"ב למימר אדעתא להשכים הוסיף להם ולמ"ש בדבור דלעיל אין מקום לקושייתו, ועתה נבוא עוד ליישב, דבש"ס נאמר דמשו"ה לא יכל בעה"ב לכופם להשכים ולהעריב אפי' בטפא להו על אגרייהו משום דהפועלים מצו אמרי הא דטפת לן אאגרא אדעתא דעבדינן עבידתא שפירתא ומשמע דדוקא משום דיש לתלות שיתרון השכר ניתן להם בכדי שיעבדו מלאכה טובה, אבל במקום שאין לפועלים במה לתלות, בע"כ דתלינן דהיתרון ניתן כמו שאמר בעה"ב, ולפ"ז מיושב קושית הקצוה"ח דדוקא הכא שלטענת הפועלים יש לתלות יתרון השכר בצורך אחר ממה שאמר בעה"ב, אבל בנידון דתה"ד דלא שייך לתלות אדעתא דעבידתא שפירתא, כיון דלא למלאכה נשכר לו, וגם לדברי השליח אין במה לתלות היתרון, לזה שפיר פסק דתלינן דלשם הוצאות הדרך ניתן, דבמתנה לא תלינן כמו שמוכח כאן ובשלמא אם גם לדברי השליח יש לתלות היתרון באיזה צורך, ורק שמחולקים עם בעה"ב לצורך מה ניתן, בזה הוי הדין עם הפועלים, אבל אם לדברי הפועלים, אין כלל במה לתלות, ודאי דתלינן כמו שאמר בעה"ב, ועמ"ש לעיל בסי' ש"כ, ועוד דהא התה"ד עצמו בנה היסוד על מ"ש התוס' בב"ק דמ"ו דהיכי דאיכא חזקת ממון דמסייע להדמים כו"ע ס"ל דאמרינן הדמים מודיעין ונ"ד נמי איכא חזקת ממון דמסייע לבעה"ב שהוא מוחזק והדמים ג"כ מודיעים לו, א"כ מאי מקשה הקצוה"ח מהך דהכא, דבעה"ב רוצה להוציא מפועלים שיעבדו עמו בקדמייתא ובחשכתא, דבכה"ג שהדמים סותרים להחזקה לא אמרי' הדמים ראיה, ואין לומר משום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, א"כ הבעה"ב מוחזק עדיין במעותיו, דהא אין תביעתם על כסף השכירות, וגם לדברת בעה"ב לא בא לנכות לו משכירותו רק שירצה שיעבוד עמו יותר, ועל זה הוה הפועל מוחזק בגופו, ולולי דברי התה"ד היה נ"ל לקיים דינו אבל לא מטעמי' דדמים מודיעין, דאפי' למאן דלא ס"ל הדמים מודיעין נמי א"ש, דע"כ לא שייך הפלוגתא אי דמים מודיעין כ"א היכי שירצה לעיולי בזביני מידי אחרינא דלא זבין לי' בפירוש, כגון גבי צמד ובקר שהמוכר לא אמר כ"א צמד והלוקח ירצה לעייל גם הבקר, או כגון הכא שהבעה"ב ירצה לעייל בתנאי השכירות גם עבודת הקדמייתא וחשכתא, אבל בעובדא

דתה"ד שבעצם השכירות לא זה בא להוסיף ולא זה לגרוע, רק שמסופקים אנו על יתרון המעות שנתן בעה"ב לשליח, אם למתנה ניתנו או לצורך ההוצאה ניתנו, ופשיטא דכל היכי דאיכא למיתלי דלאו לשם מתנה ניתנו אמרינן הכי דאין אדם רגיל ליתן במתנה ודו"ק:

שם **במחבר** הכל כמנהג המדינה עמ"ש לעיל בחדושנו סי' כ"ד:

סעיף ג' **במחבר** השוכר את הפועל כו' עמ"ש בסמוך בסי' של"ב:

**סימן שלב**

סעיף א' **בהג"ה** וי"א אם כל הפועלים נשכרים רק בארבע נותן הבעה"ב ארבע כו', ועיין בסמ"ע שכתב דגם הרי"ף והרא"ש סוברים כן דאם כל הפועלים נשכרים בארבע דצריך בעה"ב לתת ארבע אע"ג דהוא אמר לשליח לשכור בשלש וגילה דעתו שאינו רוצה ליתן יותר מג' ע"ש, ובס' מעיני החכמה הקשה דלכאורה הוא נגד השכל אחרי שפירש בעה"ב שאינו רוצה ליתן רק שלשה אפי' נשכרים כלם בארבע מאי הוה, מ"מ הוא לא רצה ליתן רק תלתא, ואטו אם יאמר בעה"ב לפועל בתלתא והפועל יודע שכולם נשכרים בארבע יעבוד עבודתו, ובע"כ יתן לו ארבע, זה דבר שאין הדעת מחייבו ע"ש, ובמחכ"ת לא חרב זה לזה, דודאי כשאמר לפועל עצמו בתלתא א"צ ליתן יותר, דמה לנו שכל הפועלים נשכרים בארבע, הוא לא נתרצה לזה ופירש עמי שאינו רוצה ליתן רק תלתא, וגם הפועל סביר וקביל, והשתא כשאמר בעה"ב בארבע והשליח אמר בג' דאמרינן דא"צ ליתן יותר מג' ואפי' בדשוי עבידתייהו ד' משום דסביר וקביל וכמ"ש הרא"ש בפ' האומנין, כ"ש כשגם בעה"ב לא נתרצה ליתן יותר מג' והפועלים נתרצו לזה, אבל הכא דבעה"ב עצמו לא אמר לפועל מידי, ורק לשלוחו אמר בג', וכיון דהשליח שינה נמי בשליחותו נתבטל השליחות לגמרי וכמו שלא התנה עמו כלל דמי, והיכי דירד בסתמא ודאי דצריך למיתן ד' כיון דעבידתייהו שויא הכי, וכמ"ש הרי"ף והרא"ש להדיא לסברא הזאת, דכיון דשינה נתבטל השליחות וע"ש, ומ"ש שם שכן דעת הב"י דאין בעה"ב צריך ליתן ותר מג' אפי' אם פועלים נשכרים בד' ורק אם נשכרים בד' השליח צריך ליתן להם ד' ומפסיד מכיסו, תמיהני אפוא מצא זה בב"י, הב"י לא כתב כן דמפסיד השליח כ"א כשאמר השליח שכרכם עלי, דבזה אפי' שויא עבידתייהו ד' פסידא דפועל הוא, אבל כשאמר בעה"ב, פשיטא דפסידא דבעה"ב הוא לדעת כל הפוסקים ע"ש ותמצא כן:

שם **במחבר** היה במדינה מי שנשכר בג' ומי שנשכר בד' אינו נותן להם אלא ג', ובלח"מ פ"ט מהלכות שכירות הקשה על דברי הרי"ף ורמב"ם בזה, כיון דאיכא דמיתגר בד' ואיכא בג' הו"ל לומר משמנין ביניהן כדאיתא פ' הפועלים דפ"ז וכן פסק הרמב"ם

לעיל סי' של"א, והי' להם ליטול הממוצע ג' וחצי ע"ש, מיהו נ"ל דהתם דוקא משום דאמר כאחד וכשנים מבני העיר הוי דינא הכי, אבל הכא דהוה כאילו עביד סתמא וכמ"ש בדבור דלעיל, אמרינן דדעתא אתרעא זילא, שוב מצאתי כן בפלפול חריפתא בפ' הפועלים:

סעיף ג' **במחבר** אמר בעה"ב בשלשה והלך השליח וא"ל בד' ואמרו הריני כמו שאמר בעה"ב אין דעתם אלא שיתן בעה"ב יתר על ארבעה כו' ובש"ס ר"פ האומנין הכי פשיטא א"ל בעה"ב בג' והשליח א"ל בד' ואמרו כמ"ש בעה"ב דעתייהו אעילויא אלא אי אמר בעה"ב בד' והשליח א"ל בג' ואמרו כמ"ש בעה"ב דעתייהו אעילוייא אלא אי אמר בעה"ב בד' והשליח א"ל בג' ואמרו כמ"ש בעה"ב מאי אדיבורא דידי' סמכי דא"ל מהימנת לן דהכי אמר בעה"ב או דילמא אדיבורא דבעה"ב סמני, וברש"י שם דעתייהו אעילויא כו' לא לפחות מקצבתו של זה אמרו אלא להוסיף וכך אתרו מהימנת לן דהכי אמר כו' נראה מדבריו דמפרש דדעתייהו אעילויא ומהימנת, חד סברא הוא, ועיקר כוונת הפועלים בזה שאמרו כמו שאמר בעה"ב, היינו דמהימני לשליח שהכא אמר, והא דאמר בש"ס דעתייהו אעילויא אין לפרש דדעתייהו שמא הוסיף הבעה"ב עוד יותר ממה שאמר השליח שאז יתרצו כמו שאמר בעה"ב דוקא, וכמ"ש המחבר, דהא אמרינן דיאמינו לשליח, אלא פירוש דעתייהו אעילויא הוא כמ"ש מהרש"א, דהכא הא מיירי דשארי פועלין מתגרין בג', וכיון שאמר השליח ד' הוסיף על שאר פועלין, והיינו מהימני לן דהכא אמר בעה"ב להוסיף על שאר פועלין, ולפ"ז פשיטא דכוונת הפועלים להאמין לשליח, ואמנם התוס' לא ניחא להו בפי' זה, דא"כ מאי האיבעיא בבעיא דאח"כ באמר בעה"ב ד' ואמר השליח בג' אי אדיבורא דידי' סמיך, או מהימנת לן, הא פשיטא לן מעיקרא דכוונת הפועלים באומרם כמו שאמר בעה"ב היינו דמהימנת לן, ומשו"ה יפרשו דדעתייהו אעילויא ומהימנת לן, שני סברות הם, ואי דעתייהו אעילויא אז אמרינן שאין מאמינים בשליח, אלא יחששו שמא אמר בעה"ב עוד יותר וכפי' המחבר, ולכן בדין הראשון פשיטא להו דבין לסברא דדעתייהו אעילויא ובין לטעמא דמהימני הדין אחד, ורק בדין השני מיבעיא להו ועיין במהרש"א שם, וליישב דעת רש"י נראה, דבדין הראשון דמיירי שהשליח הוסיף על שאר הפועלין, לכן אין סברא לומר דכוונתם שמא הוסיף בעה"ב עוד יותר, ולכן מסתבר יותר לומר דכוונתם של הפועלים באומרם כמ"ש בעה"ב, דמהימני לשליח, אבל בדין השני שלא הוסיף השליח שפיר יש לומר שיחששו שמא הוסיף הבעה"ב, והתם יפרש גם רש"י דעתייהו אעילויא שמא הוסיף הבעה"ב,

והמחבר דכתב גם בדין הראשון דכוונתם שמא יתן הבעה"ב יותר, הוא מכיון לשיטת התוס' ודו"ק:

**סימן שלג**

סעיף א' **במחבר** השוכר את הפועלים והטעו את בעה"ב או בעה"ב הטעה אותן אין להם זע"ז אלא תרעומות, ופירש"י דאמר להן משכירו עצמכם לאחרים, כו' ותביעת ממון ליכא דהא דברים בעלמא נינהו ע"כ, וקשה לפמש"כ רש"י שיכולין להשכיר עצמן לאחרים, א"כ אפי' לא הוה דברים בעלמא היה נמי פטור, דכן מוכח עמ"ש בסיפא דבהלכו חייב, וכתבו התוס' דהחיוב דהלכו היינו משום דסתמא דמילתא כיון שכבר הלכו לא ימצא עוד להשכיר עצמן, ומשמע שאם יכולין להשכיר את עצמן פטור אפי' בהלכו וכ"כ כל הראשונים דאם מוצאים להשכיר פטור אפי' בהלכו, והלכו הא הוה קנין אצל פועלים, דשכירות פועלים נקנה בהתחיל מלאכה וכמ"ש הרמב"ן והמ"מ ונמו"י, וא"כ תמוה מ"ש רש"י דהפטור הוא משום דהוה רק תביעת דברים, הא אפי' אם היה קנין גמור פטור נמי בכה"ג שיכולין להשכיר לאחרים, ונ"ל כוונת רש"י משום דבהך דרישא משכחינן נמי דפטור אפי' בלא יכולין להשכיר, וכגון שגם מקודם ששכרן לא היו מוצאים נמי להשתכר, ומטעם דינא דגרמי אין לחייב אפי' בכה"ג דנהי שלא ימצאון עתה להשכיר, מ"מ כיון שגם מעיקרא לא הוה מוצאין נמי להשתכר, סוף סוף לא גרם להם הפסד, והא דכתב רש"י טעם הפטור משום דאמר להן תשכרו עצמכם לאחרים, היינו משום דגם כשמצאו להשכיר עצמן מקודם נמי פטור, ובאופן זה אין פטור כ"א כשגם עתה ימצאון להשכיר, דאל"ה חייב מטעם דינא דגרמי שגרם להן להפסיד שכרן שהיו יכולין להשיג מקודם, ומשום דריהטא דברייתא משמע כה"ג מדנקיט אין להם זע"ז אלא תרעומות, ומשמע הא תרעומות מיהא יש להו, בע"כ דמיירי כשיכלו להשכיר עצמן מקודם, ועכשיו הוי הפטור, משום דאמר להו תשכרו עצמכם לאחרים, דבזה תרעומות מיהא אית להו בעד הטורח להשיג עבודה, או בעד שנוי דעתא, אבל אי גם מקודם לא יכלו להשכיר עצמן דבזה פטור בכל האופנים, אפי' אם לא יוכלו להשכיר עצמן כעת, גם תרעומות אין להם, דמאיזה צד יהי' להם תרעומות, וכ"כ הרא"ש להדיא דבכה"ג גם תרעומות אין להם, ומדנקיט בברייתא דתרעומות מיהא אית להו מכלל דבעי לאשמועי' בכה"ג שיכלו להשכיר עצמן מקודם, להכי נקט רש"י הטעם דפטור משום דאמר להן תשכירו עצמכם לאחרים, אבל באמת פטור אפי' בלא טעם זה, כגון במקום שלא יכלו להשכיר עצמן מקודם, ואפי' תרעומות אין להם בכה"ג, והברייתא אשמועי' דלפעמים יש להם תרעומות לפחות, אבל ודאי דהפטור ממון הוה אפי' בכה"ג שלא

יוכלו להשכיר עצמן כעת, וא"כ שפיר הוצרך רש"י לטעם דלא הוה רק תביעת דברים, דאי היה השכירות ע"י קנין היה חייב כשלא יוכלו למצא להשכיר אע"ג שגם מקודם לא היו יכולים נמי להשכיר, דמ"מ כיון שנתחייב להם ע"י קנין קנו שכרם וחייב להן לשלם אע"ג שלא הפסידם כלל, דבשלמא כשלא נתחייב בקנין דטעם החיוב הוא משום דינא דגרמי שגרם להם הפסד, בזה שפיר אמינא דאפי' כשלא ימצאו עתה להשכיר, כיון דגם מעיקרא נמי לא מצאו להשכיר לא גרים להם שום הפסד אבל אם ההתחייבות היה ע"י קנין והפועלים קנו שכרן, אין שייך לפטור כ"א כשיוכלו להשכיר עצמן כעת אבל אם עתה אינם מוצאים להשכיר אין סברא אפי' כשגם מעיקרא נמי לא מצאו להשכיר ודו"ק כי זה ברור:

**וע"ד** החידוד נראה באופן אחר, דהנה אם יש בדין דלפנינו משום חסרון אמנה מבואר בסמ"ע כיון דזה תלוי בפלוגתת הרז"ה ורמב"ן המובא לעיל סי' ר"ד, דלשי' הרז"ה דסובר דבתרי תרעי ליכא משום חסרון אמנה, ה"נ ליכא בזה משום חסרון אמנה, דודאי הכא נמי איכא תרי תרעי, דבחנם לא יחזור הבעה"ב ומסתמא ימצא פועלים בזול, ולהרמב"ן וסייעתו שגם בתרי תרעי יש משום מחוסרי אמנה, ה"נ הוה מיהא ממחוסרי אמנה מי שחוזר, וכתב הסמ"ע דלשיטה זו אין מדוקדק מה דקאמר הגמ' אין להם אלא תרעומות דמשמע דזולת התרעומות אין שום נדנוד איסור ורשאי גם לכתחלה לחזור, וצ"ל דהא דקאמר אלא תרעומות לא בא למעט אלא שתביעת ממון ליכא, אבל איסורא מיהא איכא, והנה המעיין ברז"ה מקור הפלוגתא שבינו עם הרמב"ן, דהרז"ה מביא ראי' מהא דב"מ דע"ב דאמר התם אימור דאמר ר"ש בחד תרעי בתרי תרעי מי אמר, וכמו דלגבי מי שפרע אמרי' דבתרי תרעי אין מי שפרע, ה"נ לענין מחוסר אמנה הוה הדין כן, והרמב"ן דוחה טענתו וס"ל דגם במי שפרע לא מפלגינן בזה ובגמ' דב"מ הוה הכוונה משום דכיון דקנה הסחורה ע"מ ליקח לאחר זמן ולהכי ודאי דאתרעא זילא פסיק וכמ"ש בחדושנו לעיל סי' של"א ולעיל סי' כ"ד באריכות, ושם הוכחתי דגם דעת רש"י כרמב"ן שגם בתרי תרעי יש משום חסרון אמנה, והיינו כוונת רש"י מה שמסיים ותביעת ממון ליכא, דהיה קשה לו קושית הסמ"ע למה אמר אין להם אלא תרעומות, הא איסורא נמי איכא משום חסרון אמנה, ע"ז תי' דתביעת ממון ליכא, כלומר שאינו בא למעט כ"א דתביעת ממון ליכא, דהא דברים בעלמא הוא, אבל איסורא מיהא איכא, וכמו בכל קנין דברים דדוקא תביעת ממון ליכא אבל משום חסרון אמנה איכא וה"נ דכוותה:

שם **במחבר** בד"א כשלא הלכו כו', ובתוס' ב"מ שם הקשו דלמאי דקיי"ל דדיינינן דינא דגרמי א"כ אמאי לא יתן להם כפועל בטל אפי' ללא הלכו, ותי' דהלכו לאו דוקא, ואם

לא ימצאו להשכיר עצמן אה"נ דמשלם להם אפי' בלא הלכו ע"ש, והנה בקצוה"ח כאן הקשה דמה בכך שנתבטלו על ידו הא דינא דגרמי הוה דוקא במקום שמפסיד חבירו ע"י גרמתו, אבל מקום שהיה יכל להרויח וגורם לו בגרמתו שאינו מרויח פטור, דהא קי"ל המבטל כיסו של חבירו פטור וכן נועל חנותו של חבירו פטור וא"כ אפי' מצאו אמש מקום להשתכר והיום לא מצאו נמי אין בו משום מזיק כיון דאינו אלא כנועל חנותו וע"ש שהביא ראי' לדבריו מתשובת מהר"ם ב"ר ברוך שכתב להדיא דבמניעת הריוח לא שייך גרמי ויסודו נמי מהירושלמי דמבטל ביסו של חבירו דפטור ע"ש, ולבי אומר לי דהקצוה"ח לא ראה בירושלמי גופא דשם מפורש ממש להיפוך, דזה לשון הירושלמי בפ' איזהו נשך ה"ג ובפ' המקבל הדא אמרת המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומות, המבטל שדה חבירו חייב לשפות לו, המבטל ספינת חבירו וחנות חבירו מהו עכ"ל, הרי להדיא דהירושלמי מחלק בהנך תלתא דינים ובמבטל כיסו פשיטא לו דפטור, ובמבטל שדה חבירו פשיטא דחייב ובמבטל ספינתו וחנותו מיבעי' לי', וטעמא דכולהו מבואר בפנ"מ שם דמבטל כיסו כיון שאינו אלא גרם ספק ריוח דמי יימר דהוה רוחא להכי פטור לשלם, ואמנם במבטל שדה כיון דבשדה הריוח מצוי הוא וידוע והוה כמאבד נכסי חבירו בידים משו"ה פשיטא דחייב לשלם ובספינה וחנות מספקא להו מי אמרינן הואיל ועשויין להשתכר ומצוי בהן הריוח כשדה דמיין, או דילמא הואיל וגם ההפסד מצוי בהן ביותר מן השדה, למבטל כיסו דמיא, דג"כ אינו ידוע אם היה מרויח בסחורתו שקנה ע"ש, ולפ"ז לבד שלא יקשה מהירושלמי דמבטל כיס אדרבה משם יהיה ראי' עצומה לחייב בעה"ב בשכירות הפועלים דהא ע"כ לא פטר הירושלמי כ"א למבטל כיסו משום דכיון דלסחורה הוא מי יימר דאיכא רווחא אבל בשדה פשיטא לו דחייב משום דמצוי בהן הריוח, ובודאי דשכירת פועלים לשדה דמיא, דכיון דמיירי שהיו יכולים להשכיר עצמן א"כ מצוי בהן הריוח ובכה"ג חייב אפי' במונע רווחו, דהוה כמאבד בידים וכמו בשדה וזה ברור, ומוהר"ם ב"ר ברוך שפיר הוכיח מהירושלמי דבמניעת הריוח לא דיינינן דינא דגרמי, והיינו בגוונא דמבטל כיסו דלא הוה ריוח ודאי, אבל בודאי ריוח כמו בשכירות פועלים, גם הוא יסבור דחייב, דהוה כמאבד בידים, והנה בקצוה"ח סי' ש' הביא עוד בשם החו"י להקשות על הירושלמי דמבטל כיסו מהא דקייל דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו דחייב ולמה לא נימא דהוה מבטל כיסו, ולמ"ש לק"מ דחצר דקיימת לאגרא דומה ממש למבטל שדה דבאמת חייב גם לירושלמי, מה שקשה ע"ז ממה ששנינו בב"מ דק"ג המקבל שדה והובירה חייב שכך כותב לו אם אוביר כו' ומשמע דטעמא דכותב לו, תיפוק דמדינא חייב כיון דהוה כמאבד בידים ואין זה

דומה למבטל כיסו עמ"ש לעיל בסי' שכ"ח דבאמת חייב התם מטעם מזיק ולא מטעם הכתיבה ע"ש, ועוי"ל בישוב קושית הקצוה"ח, דע"כ לא אמרינן דמבטל כיסו פטור כ"א במקום שלא הבטיח לו מאומה ורק מטעם מזיק דייניגן בזה שפיר אמרינן דמזיק לא הוה במניעת הריוח, אבל הכא דהבטיח לפועלים והם סמכו עליו, חייב מטעם ערבות וכמ"ש כן הריטב"א בב"מ דע"ג גבי ההוא דיהיב זוזא למזבן לו חמרא וז"ל דהכא אע"פ שלא קיבל עליו תשלומין כלל כיון שנתן לו מעותיו לקנות בהן סחורה ואלמלא הוא היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחר אלא שזה הבטיחו וסמך עליו ונתן לו מעותיו ע"ד כן הוא חייב לשלם לו כל מה שהפסיד בהבטחתו דבההוא הנאה דסמיך עליו משתעבד לו מדין ערב וזהו ענין דין פועלים דלקמן שחייב לשלם מה שהפסיד עכ"ל, הרי להדיא דטעמא דפועלין מטעם ערב ולק"מ קושית הקצוה"ח:

שם **בהג"ה** משך ב"ה כלי אומנות כו', ועיין בט"ז שכתב הוה"ד אם לא משך רק שנתנה לחצירו של בעה"ב קנאה הבעה"ב ע"ש, ובחדושנו בסמוך בסעיף ו' הוכחתי דהיינו כשנתן לרשות בעה"ב לצורך קנין, אבל אם הניחו בדרך מקרה ברשותו לא קנה ע"ש

שם **במחבר** אם ביקר בע"ה מלאכתו ובערב כו', מפרש לסיירוהו מאורתא דקאמר בש"ס דקאי על בעה"ב ורש"י ותוס' פירשוה אפועלים ועמ"ש לקמן סי' של"ד:

סעיף ה' **בהג"ה** ואם חזר בעה"ב וקבלן כו' בקדושין די"ז אמרי' גבי עבד עברי חלה שלש ועבד שלש אינו חייב להשלים, והרא"ש בהאומנין הקשה ע"ז דמ"ט אינו חייב להשלים, דמ"ש מפועל דמבואר כאן דכל אונסא ששניהם אין יודעים שדרך האונס לבא הוה פסידא דפועל, והעלה לחלק דדוקא כשחלה שלש ועבד שלש כיון שאחר חליו קבלו בעה"ב למלאכתו ולא אמר לנכות לו מה שחלה מסתמא מחל לו, אבל היכי דהחולי הוא בסוף זמנו אין הוכחה שמחל לו וצריך להשלים ע"ש, ובש"ך דחה לחלוקו של הרא"ש, ולענ"ד לבד שחלוקו של הרא"ש מוכרח מכח קושיתו העצומה, והכי נמי משמע לדייק מלשון הברייתא דחלה שלש ועבד שלש, דנקיטה חלה ברישא, ויש לדייק שדוקא בכה"ג הוא דאינו חייב להשלים הא עבד שלש וחלה שלש חייב:

נ"ל עוד להמציא טעם נכון בדרך מושכל לחלוקו, והוא עפמ"ש המקנה בטעם שחלקו דוקא בין חלה שלש ליותר מהלש דעבדים הרי הוקשו לקרקע ואפי' עבד עברי דינו כקרקע כמבואר לעיל סי' צ"ה, א"כ כמו בקרקע קיי"ל דאין להם אונאה עד פלגא דוקא, הא יותר מפלגא יש אונאה גם לקרקע, ה"נ בעבדים אמרי' הכא, ולכן בחלה שלש דנתאנה רק בפלגא אין מחויב להשלים, כיון דבשיעור זה אין אונאה לעבדים ולא הוי מכירה בטעות דנימא דאילו הוה ידע מזמן המכירה שיחלה זמן מה לא היה שוה כ"כ

דמה בכך הא אין אונאה לעבדים, אבל כל שחלה יותר משלש מחויב להשלים דבכה"ג הוה אונאה ואמרי' אילו היה ידע מראש שיחלה זמן כזה לא היה שוה כ"כ ע"ש, ולפי"ז יצא לנו טעם נכון לחלוקו של הרא"ש, דהנה זה ודאי כשקונה עבד על ששה שנים שאין שוויו כל השנים דומין זה לזה, ושנה הראשונה שוויו פחות מבכולם, ובכל שנה יתוסף שוויו עד ששנה אחרונה שוויו יותר מכל השנים, דרך משל כשקנה העבד על ששת השנים בעד מאה דינרים ונתן לו כל המעות בתחלה, ונמצא לפ"ז דבעד שנה השנייה נתן לו המעות שנה קודם הזמן, ובעד שנה השלישית הקדים לו המעות שנתיים קודם הזמן, וכן לבל השנים עד שלשנה הששית הקדים לשלם לו כחמשה שנים קודם הזמן, והמתנת המעות הרי שוה כסה הוא כמבואר בריש מכות אומדין אותו כמה אדם רוצה ליתן כ, א"כ כאן כשמקדים המעות על ששה שנים קודם בע"כ שבשנים האחרונות השווי של העבד יותר, כ"א נותן בעד השנה הששית חמשה שנים קודם, בודאי המתנת המעות שוה איזה סך, והחינוך מצוה מ"ד כתב כן להדיא דבע"כ השנים האחרונות שוות יותר, וא"כ בשלמא אי נימא דהא דאמרי' חלה שלש אינו חייב להשלים, היינו דוקא שנים הראשונות, הויא בזה האונאה פחות מפלגא, ושנים האחרונות שווים יותר, וכיון שבפחות מפלגא אין אונאה לעבדים משוה אינו חייב להשלים, אבל כשחלה בשנים האחרונות ושווים יותר משלש שנים הראשונות הרי האונאה בזה יתר ופלגא, שבכה"ג יש אונאה גם לעבדיה, וא"כ למה אין חייב להשלים, אע"כ כחלוקו של הרא"ש דברייתא דוקא נקיט חלה שלש ועבר שלש, היינו שחלה שלש שנים הראשונות שבכה"ג אין חייב להשלים כסברת המקנה ודוק היטב כי מושכל הוא, והנה במקנה הקשה נמי קושיית הרא"ש מ"ש בחלה העבד מפועל וכתב לחלק דלא דמי דהכא מיירי ששכרו על משך זמן או להשלים המלאכה, אבל התם שקונה אותו סתם לגופא ע"ש, ולפלא שלא זכר שקושיתו כבר נפתח בגדולים הרא"ש והריטב"א, ותירצו הוא תי' הריטב"א כמ"ש כאן בש"ך, והנה בש"ך כאן דחה לחלוק הרא"ש ממ"ש הרמב"ם והסמ"ג חלה בין שחלה שנה אחר שנה או שחלה מקוטעים אם הכל פחות כו' אין חייב להשלים ומדלא כתבו כלשון הברייתא חלה שלש ועבד שלש משמע דסברי דאין חילוק בין חלה נתחלה או לבסוף ע"ש, אין מכאן שום ראי' דשפיר י"ל דגם הרא"ש סובר דחלה מקוטעים נמי אין חייב להשלים, דגם נחלה שלש מקוטעים נמי משכחת דלא יהי' בזה יתר מפלגא, נגון שחלה שנה ראשונה ועבד בשני' ושוב חלה בשלישית ועבד רביעית ושוב חלה בחמשית ועבד ששית דבכה"ג הוי פחות מפלגא ואותן שנים שחלה, אבל דוקא בראשונה חלה, ורק אי נימא להוכיח דהרמב"ם אינו סובר כהרא"ש, לא מכא הוכחת הש"ך אלא ממ"ש

הרמב"ם דחלה ארבע אין מחוייב להשלים ובחלה וארבע הרי איכא יותר מפלגא, ובע"כ דאינו סובר טעמו וחלוקו של הרא"ש ודוק:

סעיף ו' **בש"ך** ס"ק ל"ד הביא קושית רבינו ברוך דאי חבילה היינו כלי אומנות א"כ היכי מצו לחזור, וכיו"ב הקשה בשמ"ק על ר"ת שכתב בב"מ דמ"ח דאין פועל יכול לחזור מכי משך בעה"ב כלי אומנתו, א"כ היכי מצו הכא לחזור והא מוקמינן לה בבאה חבילה לידו ונ"ל ליישב דר"ת לא אמר דמהני כ"א כשמשכו אדעתא דהכא לקנות הפועל ע"י משיכה הזאת, אבל מה דמוקמינן הכא בבאת חבילה לידו דמשמע שבדרך מקרה בא לידו, דכן משמע לשון שבאת חבילה, דהיינו באת בדרך מקרה, דאל"ה הכי הוול"ג כגון שנתן חבילה לידו, וכן פרש"י שכן דרך האומנים מביאים כלי אומנתם לבעה"ב, אבל לא הפועל נתן זה לשם קנין, וגם לא בעה"ב נתכוון לזה, וא"כ מאי קנין שייך בזה כיון דלא נתכוונו כלל לקנין, והא דמהני לענין דיכול לשכור עליהם, לאו משום קנין הוא דנימא דמנה את החבילה להשתלם ממנה, אלא משום דבעה"ב מוחזק בממון הפועל ואין הפועל צריך לתת מכיסו, יכל לשכור עליהם והיינו דאיכא בין באה חבילה לידו לאין חבילה בידו, דבאין חבילה בידו א"כ כשישכור זה פועלים יוצרך הפועל הראשון להוסיף מכיסו וזה אין מחויב, ובחבילה ביד בעה"ב כיון שא"צ לבקש מהפועל שיתן מכיסו יכל להשכיר, וכמו בהתחילו במלאכה דמחלקינן בהכי לר' דוסא דס"ל יד פועל על התחתונה, היינו דוקא לנכות משכירתו במה שעשו כבר וישנו בידו, אבל מכיסם כלל כלל לא, וה"נ דכוותי', אבל לא מטעם קנין הוא, אבל היכי שמשך החבילה לשם קנין מהני נמי לענין חזרה ומיושב בזה מה שהקשו התוס' בקדושין ד"ח דמאי מהני כשבאת חבילה לידו נימא מנה אין כאן משכון אין כאן ע"ש, דלפמ"ש דהחבילה לא ניתן כלל לשם משכון ואפ"ה מהני מטעם מוחזק, פשיטא שאין זה ענין כלל לדין דמשכון, ובזה ניחא נמי מה שהקשו התוס' בב"מ שם על אוקימתא הזאת דבאת חבילה לידו א"כ פשיטא ומאי קמ"ל, ואכן כ"ז הוא להבנתם בפירוש חבילה דהוא משכון וס"ל שדוקא בניתן ביד בעה"ב לשם משכון לצורך לאומן דכשיחזור ישתלם הבעה"ב מנה וכמ"ש מהר"ם שם, ולשיטתם שפיר הקשו דמאי קמ"ל פשיטא דכיון שהשליח הקנה לו והבעה"ב עשה קנין לצורך זה דיכול להשכיר עליהם, ואמנם למ"ש דאפי' כשלא נתן לו כלל לצורך משכון להשתלם מזה אלא שבמקרה בא לידו מממון של פועלים נמי מהני ולאו מטעם קנין אלא משום מוחזק הוא ואין הפועלים צריכים לתת מכיסם, וכן משמע נמי מלשון הרמב"ם ומחבר ואם הי' להם ממון תח"י דמשמע שבמקרה הי', וא"כ טובא אשמועי' דאע"ג דלא מסרו בידו לצורך תשלומין אפ"ה יכל לשכור על זה ודוק:

**סימן שלד**

סעיף א' **בהג"ה** מיהו יש חולקין כו' ובנתיבות הקשה מ"ש מהא דלעיל סי' שי"ב בנפל בית דאינו חייב לשלם כו' ועמ"ש לעיל שם ליישב:

סעיף ב' **בהג"ה** שכר פועלים לחפור שדהו ובא מטר בלילה כו' אם לא ראו הקרקע פסידא דבעה"ב דהו"ל להודיעם, והנה בש"ס דב"מ גבי באו פועלים ומצאו שדה כשהיא לחה פרש"י נמי כטעם הרמ"א דכיון דהפועלים לא סיירוה מאורתא עליו היה לתת לב לדבר להודיען, ובסמוך שם גבי פקא רש"י טעם אחר דכיון דלא סיירוה אמרי פועלים מי יימר דלההוא ארעא אגרתן, והמפרשים האריכו בזה וכתבו דבריפקא שאני דבזה על בעה"ב לידע טבע שדהו והיינו דלא כמ"ש התוס', ואפשר לומר בפשוטו דבדין הראשון דהפועלים מצאו השדה לחה והיתה לחה גם מקודם שפסקו ביניהם, ומסתמא בעה"ב יודע בטבע שדהו והפועלים דלא סיירוה לא ידעו כלל מהסבה הזאת, ולהכי כיון שבעה"ב ידע בסבה והפועלים לא ידעו הוה שפיר פסידא דבעה"ב, אבל בהך דריפקא דהסבה נתהווה משום שבא מטר אחר הפסיקה, וכיון שהסבה נתהווה אח"כ ובשעת הפסיקה לא ידע גם בעה"ב כמו הפועל שיבוא מיטרא, והיכי ששניהם לא ידעו חזר הדין להיות פסידא דפועל להכי הוכרח רש"י לטעם אחר משום דמצו אמרי מי יימר דלההוא שדה אגרתן, ואע"ג שגם בדין הראשון כתב רש"י שמא ירדו גשמים, דהסבה בא אחר הפסיקה, ואפ"ה כתב דפסידא דבעה"ב, י"ל דדייק רש"י התם לכתוב דירדו גשמים בלילה, וא"כ נהי דבעת הפסיקה לא ידע מזה מ"מ כיון דבעה"ב ידע מסתמא תיכף כשירד הגשם, וא"כ אכתי הו"ל להודיעם בבוקר שלא יבואו וכמ"ש כאן הרמ"א דטעם החיוב משום הכי הוא, אבל בריפקא מיירי שהגשם בא בשעה שבאו לעבודה ולא ידע הבעה"ב יותר מפועלים להכי אי לאו טעמא דמי יימר דלההוא שדה אגרתן היה פסידא דפועלים וק"ל:

סעיף ב' **בהג"ה** מי ששכר שליח להוליך אגרת וקרהו אסון בדרך מפסיד שכר שליחותו ומשום דלא הרויח מידי לבעלים ועיין בסמ"ע ומה שהקשה ע"ז מההיא דב"מ דנ"ח דקאמר התם נהי דשלומי לא משלמי אגרייהו מיהא ליפסיד ופרש"י שהרי נשתעבדו לשמור מגניבה וא"כ הכא דנאנס ולא נשתעבד ע"ז למה יתחייב עמ"ש ליישב בחדושנו לעיל סי' ס"ו סעיף א', דהתם הרויח לבעלים בשליחותן שא"צ ליתן שקלים אחרים, אבל הכא דלא הריוח מידי מפסיד שכרו אפי' באונס, ועמ"ש:

**סימן שלח**

סעיף ב' **במחבר** ואם נתרצה הפועל ליטול בשכרו ואח"כ חזר אין שומעין ועיין בש"ך שרמז לסתירת דברי המחבר מהכא דלעיל סי' ע"ב סעיף כ"ו במי ביש בידו משכון

מחבירו ודוחקו לפדותו וא"ל הלוה יהא המשכון שלך לא קני דדחויי מדחי לי' ואע"ג דהתם נמי המשכון ברשותו של מלוה, עמ"ש לעיל בחדושנו בסי' ע"ב ליישב בטו"ט:

**סימן שלז**

סעיף א' **בש"ך** הביא הש"ס בכרם רעך ולא הקדש, והנה בתוס' ב"מ דפ"ז הקשו דלמה לי קרא דרעך ע"ז הא כבר מוכח מדכתיב גבי בהמה לא תחסום שור בדישו ואמרי' דישו שלך ולא של הקדש ופועל ילפינן מבהמה ע"ש, אכן קושייתם הוא רק לפום מה שכתבו שם מקודם דסלקא דעתך כי היכי דשרי רחמנא איסור גזל שאוכל משל חבירו ה"נ הו"א דשרי בשל הקדש, דלפ"ז מיעוטא דרעך למעוטי אכילת הקדש גמור אתא, וע"ז שפיר הקשו דל"ל קרא, תיפוק לי' מקרא דדישו גבי בהמה, אכן לולי דבריהם הקודמים אין מקום לקושייתם, דהראשונים הקשו ל"ל קרא למוסרי להקדש והלא יש בו מעילה מה"ת, ותירצו דקרא אתא שלא נימא דהגזבר מחויב לפדות קצת מן הענבים כדי שיאכל הפועל, או כגון שהתנה שלא יחול עלו הקדש אלא בדמיו, וכההיא שאמרו בונין בחול ואח"כ מקדישין, עיין על דבריהם בשמ"ק, ולפי"ז אין מקום לקושית התוס' דמקרא דדישו לא ידעינן כ"א דאסור לאכול הקדש ממש ד הא התם בבהמה מיירי ובבהמה לא שייך איסור מעילה, וקרא דרעך אשמועי' שאפי' בהתנה שלא יחול ההקדש אלא בדמיו נמי אסור לאכול, ולפ"ז צ"ל דמה דילפינן התם מקרא דדישו היינו רק אבהמה, אבל בפועלים לא צריכין קרא להכי, כיון דבלא קרא פשיטא דאסור לאכול בשל הקדש, והתוס' שכתבו דקרא דדישו קאי נמי אפועלים היינו לשיטתם התם, דהו"א דכמו דנדחה איסור גזל נדחה נמי איסור הקדש, אבל באמת דבריהם דחוקים דמה ראי' הוא איסורא מממונא, דכמו דממונא נדחה ה"נ איסורא, הא בכ"מ מחלקינן בין איסור לממון, וראי' ברורה לדברנו דעל דבר האסור לא צריך קרא למעוטי ממ"ש בב"מ דצ"ב דאם שכרו לעשות בנטע רבעי אינו אוכל ואם לא הודיעו הבעה"ב פודה ומאכילו דמיחזי כמקח טעות, אבל מה"ת אינו אוכל דאיסורא לא זכי לי' רחמנא הרי להדיא דדבר איסור לא זכי לי' רחמנא, ובלא קרא ידעינן דאסור דהא בנטע רבעי ליכא קרא להכי ואפ"ה אסור, ואי כסברת התוס' דקרא איצטריך שלא נימא דכי היכי דשרי איסור גזל שרי נמי איסור אחר, א"כ בנטע רבעי דליכא קרא מנ"ל דאיסורא לא זכי לי' רחמנא, אע"כ כמ"ש דדבר פשוט הוא דאיסורא לא זכי לי' רחמנא ולא ילפינן כלל מגזל דממונא הוא, והנה בשמ"ק לב"מ דצ"ב הקשה דכיון דאיסורא לא וכי לי' א"כ למה לי רעך למעוטי הקדש ע"ש, ופלא הוא הא השמ"ק עצמו כתב בדפ"ז דרעך למעוטי שהגזבר לא יוצרך לפדות קצת, או כגון שהתנה מתחלה שלא יחול ההקדש וכנ"ל:

שם **במחבר** ואסור לחסמו שלא יאכל, עיין בבה"ג בסמ"ע ומדאמרו בש"ס מה נפשך אם חסמת פטור אף פועל אם חסמת פטור ומדקתני פטור משמע דאיסורא מיהא איכא ע"ש, ומשמע מדבריהם שרק איסורא בעלמא יש בזה, ורק מדיוקא ילפי' לה ותימה רבה הא זהו מצות עשה מפורשת, כי תבא בכרם ואכלת, ומ"ע הזאת על בעה"ב הוא להניח לפועל לאכול וכל העובר ע"ז ולא הניח שכירו לאכול בטל עשה זו, וכמ"ש החינוך מצוה תקע"ו וברמב"ם פי"ג משכירות, ומה דדרשינן שם בב"מ מכנפשך דפטור היינו שלא נימא דגם לאו דלא תחסום יש בו, דיליף ק"ו מבהמה וכפרש"י להדיא, אבל עשה ודאי מבטל, ועיין בב"ח כאן שנדחק מאד מאין למד הרמ"ה דאיסורא איכא, ולמ"ש הרי זה מ"ע מפורשת, שוב ראיתי ליישב דברי הב"ח דשפיר תמה על הרמ"ה, דהא יש להוכיח דהרמ"ה יסבור ע"כ דפסוק דכי תבא בכרם רעך לאו למצות עשה על בעה"ב הוא דאתא אלא לנתינת רשות לפועל אתא לומר שאין באכילת הפועל משום גזל, דהנה בדין חיוב תשלומין כשמונע לפועל לאכול אי חייב בעה"ב לשלם לו שיעור אכילתו, יש בזה מחלוקת הרמב"ם והרמ"ה, דהרמב"ם לא הזכיר חיוב תשלומין על בעה"ב, והוכיחו המפרשים שים מזה דס"ל דא"צ לשלם, דאל"ה היה לו לפרש, והטור מביא דעת הרמ"ה דצריך לשלם, ורמ"א כאן מביא דעת הרמ"ה לפסק הלכה, ובטעם פלוגתתם נ"ל ברור דהרמב"ם לשיטתו אזיל דמדסובר דקרא דכי תבא הוה מ"ע, ומנה זה במנין המצות, בע"כ יסבור דפטור מתשלומין, דאל"ה יקשה טובא בסוגיא דב"מ, ל"ל קרא דכנפשך לפטור חסימת פועל אי לפטורא ממלקות, הא לא צריך קרא, כיון דלאו דלא תחסום באדם לא כתיב, ורק דנוכל למילף בק"ו מבהמה ודאי קיי"ל דאין עונשין מן הדין, ואי למעוטי מאיסורא, הא לשיטת הרמב"ם באמת איכא איסורא, ומבטל מ"ע בזה, אע"כ דלפטור מתשלומין קאתא, דהו"א דכמו בבהמה אמרי' התם בחוסם את הפרה שמשלם ד' קבין, ואפי' מאן דפליג התם, היינו משום דלוקה ואינו משלם, אבל באדם דאינו לוקה, לכו"ע חייב לשלם, ע"ז אשמעי' קרא דכנפשך לפטור, ועיין במ"ל פ"ב מהל' מאכלות אסורות ובשארי מפרשים, דנדחקו בקושיא זאת, קרא דכנפשך למאי אתא, ולמ"ש מיושב שפיר, והרמ"ה יסבור דקרא דכי תבא לאו למ"ע אחת וא"כ קרא דכנפשך אתא למעוטי גם מאיסור דבאדם אפי' איסור ליכא מה"ת, וממילא ליכא מיעוטי לפטור מתשלומין, ולהכי ס"ל דחייב בתשלומין כבהמה, דכל זמן דליכא מעוטי לפטור ילפי' בא"ו מבהמה, וכיון שכן שפיר אמה הב"ח דמנ"ל לרמ"ה לאיסורא איכא, כיון דלשיטתו מוכח בע"כ דמה"ת ליכא שום איסור, דהא ע"כ קרא דכנפשך או לפטור מתשלומין או מאיסורא ממעט, דממלקות לא צריכי למעוטי וכמ"ש, וכיון דס"ל דבתשלומין חייב,

בע"כ דכנפשך מאיסורא ממעט וא"כ מאין הוכיח דאיסורא דרבנן מיהא איכא, וא"ש נמי דברי הסמ"ע ובה"ג שדקדקו מלשון פטור דברייתא, דאיסורא דרבנן איכא והיינו דלרמ"ה בע"כ ליכא איסור מה"ת ורק איסור בעלמא מדרבנן, ומדיוקא דברייתא יליף מקתני פטור מכלל דאיסורא איכא, ואמנם, אפ"ה נ"ל ליישב קושית הב"ח ולומר דמ"ש הרמ"ה דאיסורא איכא היינו מה"ת ביטול מצות עשה, דגם הוא מצי לסבור דקרא דכי תבא לעשה על בעה"ב אתא וכרמב"ם, ולא יקשה אפ"ה דקרא דכנפשך למאי אתא, דשפיר י"ל דכנפשך אתא למעוטי ממלקות, ואע"ג דאין עונשין מן הדין, י"ל דס"ל כסברת המ"מ ברפ"ב ממאכלות אסורות דהיכי דאיכא עשה בלא"ה, שפיר מצי למילף העונש מן הדין וע"ש, וה"נ כיון דאיכא עשה דכי תבא הו"א דנתחייב מלקות מק"ו דבהמה, להכי איצטריך קרא דכנפשך לפטור ממלקות, וממילא מחייב שפיר בתשלומין, כיון דכנפשך לפטור ממלקות אתא וליכא מעוטי לתשלומין, אכן הרמב"ן לשיטתו דלא ס"ל כסברת המ"מ וכמ"ש המ"ל שם בסוה"ד דהרמב"ם חולק ע"ז וס"ל שאפי' בכה"ג אין עונשין מה"ד, וא"כ ליכא למימר דכנפשך לפטור ממלקות כיון דבלא"ה אין מלקות, ולפטור מאיסור נמי ח"א דהא באמת איכא איסור ביטול מ"ע, ובע"כ דלפטור מתשלומין אתא, ולהכי ס"ל דפטור מתשלומין ודוק:

סעיף ב' **במחבר** בד"א שאוכל כשהוא עושה כו' בשעת גמר מלאכה, ומשמע הא בשעת מלאכה אין רשאי לאכול, ובמשנה דב"מ הכי איתא וכולם לא אמרו אלא בשעת מלאכה, משמע דבשעת מלאכה כ"ז שהוא עושה מותר לאכול, ועיין בטור שהשיג ממשנה זאת על הרמב"ם, ומחבר דכתב דאינו רשאי לאכול כ"א בשעת גמר מלאכה ועד שיגמור עבודתו אסור לאכול, הא טן המשנה מוכח דבשעת מלאכה כ"ש דאוכל, מיהו בירושלמי הוה הגירסא אלא בשעת גמר מלאכה וכלשון הרמב"ם וברור דמשו"ה פוסק הרמב"ם כן כיון דבירושלמי מפורש כן, ומשנה דידן אפשר נמי לפרש דבשעת מלאכה דנקיט היינו בשעת גמר מלאכה ועיין בנמוק"י ובמראה הפנים שם:

סעיף ג' **במחבר** ובדבר שיש בו חיוב אחר כגון חטים העומדים לעשות פת שחייב בחלה כו' וכתב הסמ"ע ס"ק י"ג דהא דכתב הרמב"ם והמחבר דחטין העומדין לעשות פת שחייבת בחלה לא הוה גמר מלאכה עד שיגעו לחיוב חלה, היינו דוקא בחטין דסתמו לפת ורגיל הוא לכך משא"כ בשעורין וכוסמין וש"ש שסתמא אין רגיל לעשות ממנו פת אלא לעשות מהן משקה ולהאכילן לבהמתו לא בעינן גמר חיוב לחלה, ומשנגמרו למעשר אסור לאכול ממנו שוב, והשיג על הע"ש שהשוה שעורין לחטין ע"ש, והט"ז כתב דפלוגתא דסמ"ע והע"ש תלוי בפלוגתת רש"י ותוס' בב"מ ד"צ דהכי איתא התם

ת"ר פירות הדשות בתרומה ומעשר אינו עובר משום לא תחסום, ופרש"י דסתם דייש שאמרה תורה לא הוה תרומה ומעשר שאין רגילות לתת תרומה ומעשר אלא אחר המרוח, ובתוס' הקשו ע"ז דכיון דתלוי ברגיל א"כ אפי' תולין מתוקנים לא יעבור דאין רגילים להיות מתוקנין קודם מירוח אלא טעמא משום דכתיב דישו דמשמע הראוי לו ומעשר ממון גבוה הוא, ולפי סברת התוס' דלא איכפת לן בדייש הרגיל ולא תליא מילתא כלל ברגיל ואינו רגיל א"ש דברי הע"ש, דאפי' בשעורין נמי דלאו רגיל לפת אפ"ה כיון דתבואה הוא בעינן שיעור של תבואה דהיינו חיוב חלה, אלא כיון דלפירש"י תליא כרגילות והיינו בדברי הסמ"ע יש להחמיר, שלא יאכל הפועל במידי שאין דרך בעה"ב לעשות פת ע"ש, ולענ"ד אפי' לרש"י צדקו דברי הע"ש דגם לרש"י לא תליא ברגילות וכמו שאבאר מדבאמת קושית התוס' חזקה על רש"י דאי ברגילות תליא א"כ אפי' חולין מתוקנים נמי, ונ"ל ליישב שיטת רש"י דודאי אין לומר דאפי' בדבר היתר יסבור רש"י דאינו עובר משום דלאו דייש הרגיל, דא"כ בברייתא התם דקתני עובר ומוקי לה כר' יהודא דמחין הדיוט, ומאי מהני זה, והא סוף סוף לאו דייש הרגיל הוא ודוחק גדול לומר כהמהרש"א דלפום אוקימתא הזאת חזר רש"י מסברתו דלאו דייש הרגיל, ועוד דלטעם התורה שהקפידה שלא לחסום הבהמה בדישתה, משום דחזיא ומצטערי, וכמבואר בש"ס שם איזה סברא הוא לפטור בדייש שאינו רגיל, כיון סא מצד עצמה ראוי ומותרת להבהמה, וכי בשביל שדשה כשהיא מתוקנה יהא רשאי לחסמה, והא הכא דרשינן טעמא דקרא וכמ"ש המפרשים, ולטעם התורה אין נ"מ בין דייש רגיל לאינו רגיל, אלא פשיטא דגם לרש"י הוה טעם דתרומה ומעשר משום דדבר איסור הוא להאכיל לבהמה וכמ"ש התוס', רק שהוצרך גם לסברא דדייש הרגיל, משום דלכאורה תמוה מאד טעם ההיתר לחסמה בתרומה ומעשר, דכיון דאסור להאכילה לבהמתו איסורא לא זכי לי' רחמנא, והא הקדש דאיסורו חמור מתרומה ואפ"ה מצרכינן לעיל קרא דרעך למעוטי הקדש הא אי לאו קרא דרעך הו"א דגם בהקדש אסור לחסמה, ובטעם הדבר י"ל דבלאו מיעוטא הו"א שפיר דאפי' בדבר איסור אסור לחסמה, דאע"ג דאסור להאכיל לבהמתו דבר האסור כגון הקדש ותרומה היינו להאכילה בידים, אבל גבי דישה דהבהמה אוכלת מעצמה וכי מחויב להפרישה, אתמה ע"ז, ועוד דאפשר לומר דמה שאסרה התורה להאכיל לבהמתו תרומה היינו שלא בשעת דישה אבל בשעת דישה דחזייא ומצערא לא אסרה התורה כלל, ובשעת דישה נדחה איסור הקדש וכמ"ש התוס' שם דפ"ז ד"ה רעך, ויהיה הטעם איך שיהי' עכ"פ זה ידעינן דאפי' בהקדש לא שרינן לחסמה אי לאו מיעוטא דרעך, וא"כ גבי תרומה ומעשר דליכא קרא מנ"ל דרשאי לחסמה, ואמאי לא אמרינן

כיון דסתמה התורה ללאו דחסימה ולא פי' מיעוטא לתרומה כמו דממעט גבי הקדש מכלל דאפי' בתרומה אסור, לזה כתב רש"י סברתו דדייש הרגיל פי' דמסתימת התורה אין ראי' כיון דלא דייש הרגיל לא הוצרכה התורה למעוטי בהדיא, דבשלמא גבי הקדש, דמצד עצם התבואה דייש הרגיל הוא, הוצרך קרא למעוטי, אבל גבי תרומה ומעשר דלאו דייש הרגיל הוא להקדימו בשבולין לא הוצרך למעוטי, ולהכי אין ראי' מסתימת התורה לאסור בתרומה ומעשר, דודאי דנימא דכיון דדבר איסור הוא לפני הבהמה, לא זכתה לה התורה ורשאי לחסמה, והאי דלא מיעטה בהדיא משום דבדייש כזה לא מיירי התורה, ומיושב קושית התוס', דא"כ אפי' חולין שאינם מתוקנים נמי, דודאי בדבר היתר לא שרינן מטעם דלאו דישו הרגיל, ורק עיקר ההיתר משום דדבר איסור לא זכה לי', ולפ"ז גם לרש"י לא תליא כלל ברגילות, וגם למ"ש מהרש"א דלבסוף חזר בו רש"י עכ"פ לכו"ע גם לרש"י לא תליא כלל ברגילות, ולפ"ז הדין עם הע"ש גם לרש"י ואין מקום להחמיר כהסמ"ע, לפום מה שתלו הט"ז פלוגתא דסמ"ע והע"ש בפלוגתות רש"י ותוס', רק בעיקר מה שדמה הט"ז פלוגתתם ופלוגתת רש"י ותוס', לא אדע דהא בדין דסמ"ע עיקר הדין תלוי ברגילות דבאמת כיון שכבר נגמרה מלאכתן למעשר לא הי' רשאי שוב לאכול בשום תבואה דדומיא דדיש בעינן שלא נגמר מלאכתו למעשר אבל כשנגמר מלאכתו למעשר לאו דומיא דדיש הוא, דאפ"ה אמרינן דבחטין שנסחנו ונעשו מהם קמח והן ראויין מעתה לחלה דפועל אוכל בהן עד שיוגמר חייבן נחלה, והיינו כיון דחטים טחונים לקמח הרגילות הוא לעשות מהן פת, ולהכי בתר הרגילות אזלינן ואוכל עד שיגיע לחיוב חלה וכיון שעיקר הדין דחיוב חלה הוא משום דבתר הרגילות אזלינן י"ל שפיר דבשעורים וש"ש דאין עומדים לפת, שוב הדר דינו לעוקרו דמשגמר מלאכתו למעשר אבל בדין דהכא מאן מוכח דאזלינן בתר הרגילות בלל, והיינו דגם רש"י ותוס' ס"ל דבדין דהכא לא תליא כלל ברגילות, ורק בדין דחלה ומעשר, דהתם גלי התורה מקרא דדיש שני דינים לאכילת פועל דדבר שרגיל למעשר לחוד תלי במעשר ודבר שרגיל לפת שיעורו משנתחייב בחלה, הרי התורה גלתה להשגיח על הרגילות, ולפ"ז בדין דסמ"ע הצדק עם הסמ"ע לכו"ע ואפי' לסברת התוס' ודלא כהט"ז.

**והנה** בעיקר היסוד שהנחנו דלרש"י משום הכי הוצרך לטעם בתרומה משום דיש הרגיל משום דבתרומה לא כתוב מיעוטא כמו בהקדש והוא דגם בתרומה אסור לחסמה דאיסור דתרומה נדחה בפועל להכי הוצרך להוסיף טעם דאין דישו הרגיל להכי לא הוצרכה התורה למעט צריך זה ביאור, דהתוס' כתבו שם וז"ל ונראה דטעמא דתרומה משום דכתוב דישו הראוי לו ומעשר ממון גבוה הוא ותרומה נמי אסור לישראל ליתן לבהמתו

כו' עכ"ל ומשמע לכאורה דבתרומה לא הוי הטעם משום דלאו דישו הראוי כבמעשר אלא משום דאסור להאכילה ותמוה לפרש כן, דהא הבהמה עצמה אינה מוזהרת על האיסור, ורק הוא אסור להאכילה בידים אבל גבי דישה דבהמה עצמה אוכלת אטו יהא חייב להפרישה וכמ"ש, ועוד דהא התוס' גופי' לעיל דפ"ז שם ד"ה רעך כתבו דאי לאו קרא דרעך הו"א דנדחה איסור הקדש וא"כ בתרומה דליכא מיעוט אמאי לא ידחה איסור תרומה וצ"ל דכוונת התוס' הוא דבתרומה נמי משום דלאו דישו הראוי דכיון שאסרה תורה להאכיל לבהמה תרומה משו"ה מיקרי זה דישו שאין ראוי לבהמה והתורה אמרה דישו דראוי לבהמה דע"כ האי דישו אבהמה קאי ולפ"ז נדחה היסוד מה שכתבתי ברש"י דהא לפמ"ש באמת גם בתרומה איכא מיעוטא דדישו משמע הראוי לו ותרומה לאו דיש הראוי ומפורש אמרו במעילה דדישו אתא למעוטי וכמ"ש התוס' שם וא"כ אכתי למה הוצרך רש"י לטעם דלאו דישו הרגיל, אכן באמת רש"י לשיטתו מפרש במעילה דלאו מדישו ממעט כ"א מרעך ע"ש במתני', ואע"ג דבגמ' הביא לקרא דדישו סובר רש"י דלא מדישו ממעטינן אלא משום דכולה פרשה בחולין כתיב מדיליף מרעך וכפרש"י להדיא שם ד"ה דישו ומה שדחקו לזה נראה פשוט דקושית השמ"ק בב"מ שם הכריחו לזה דבשמ"ק הקשה כיון דממעטינן מדישו א"כ ל"ל קרא דרעך למעוטי הקדש תיפוק לי' דלאו דישו הראוי, ועוד דאיך נמעט מעשר מדישו שלו ולא של גבוה, הא דישו אבהמה קאי, להכי סובר רש"י דבאמת דישו לא אתא למעט שום דבר ואפי' בבהמה נמי, דלא תדוש בחסימה אמר רחמנא ועיקר המיעוט הוא מרעך, ובתרומה לא מצרכינן כלל למעוטי כיון דלאו דיש הרגיל וא"כ אדרבה הי' מכאן ראוי' נכונה למ"ש בטעם רש"י ואפ"ה לשיטת התוס' דמדישו ממעטינן י"ל נמי קושית השמ"ק דאי לאו קרא דרעך מדישו לא הוה ממעטינן של גבוה משום דדישו אבעה"ב קאי ולא אבהמה רק השתא דילפינן מרעך אסמכינן נמי אקרא דדישו, וניחא לש"ס להביא קרא דדישו דמיירי בשור גופי' היוצא ממ"ש דלשי' רש"י בכל דישה האסורה צריך מיעוטא להתיר החסימה וכמו בהקדש אבל בלא מיעוטא אמרינן דאיסורא זכי רחמנא לבד בתרומה דל"צ למעוטי כיון דלאו דיש הרגיל ולתוס' גם בתרומה ומעשר איכא מיעוטא דדישו והאי לאו דישו הראוי ואכתי צ"ע לרש"י ממ"ש בב"מ דצ"ב גבי נטע רבעי איסורא לא זכי ואע"ג דהתם ליכא מעוטי והוי דיש הרגיל, אכן מצאתי בשמ"ק שכתב דבאמת גם גבי נטע רבעי ממעט מקרא ועמ"ש לעיל בסעי' א' ויש להביא ראי' למ"ש בכוונת רש"י דבב"מ שם פריך לר' יהודא והא בעי חומה ופרש"י והיכי אתי לאו דלא תחסום ודחי לאו דלא תוכל, ומכאן ראי' למ"ש דאיסורא לא זכי רחמנא ואע"ג דמיעוטא לא כתיב הכא כמו בהקדש, הכא לא

צריך למעט כיון דלאו דיש הרגיל הוא וכמ"ש בכוונת רש"י ומיושב בזה קושית התוס' שם ד"ה כאן במעשר ע"ש, אלא דהתוס' לשיטתם דהשיגו גם לעיל על רש"י וכמ"ש:

סעיף י"ג **במחבר** אסור לפועל למוץ הענבים, ונלמד זה מקרא דאכלת ולא מוצץ, קצת מפרשים העירו בזה דאע"ג דבכ"מ הוה שתי' בכלל אכילה הכא הוה גזה"כ דלא הוה בכלל אכילה, וזה איני לענ"ד דאפי' הוה בכלל אכילה נמי אסור דטעמא רבה איתא בזה שאסור למוץ ולא מגזה"כ, דשתי' לא הוה הכא בכלל אכילה וכמבואר בראשונים בתרי טעמי, טעם אחד כיון שאינו אוכל הקליפות אלא מוצץ היין וזורק את הקליפה מכלל דאינו תאב לזה ואוכלם אכילה גסה שנית אפי' כשהוא תאב להם אסרה עליו תורה משום שלא יפסיד יותר מן הענבים לבעל הכרם וע"כ צותה התורה שיאכל גם הקליפה, ובזה אפשר לדחות דברי התוס' שם דפ"ז ע"ב בד"ה שבעך שכתבו דאי לאו דכתוב שבעך למעט אכילה גסה הוה ממעטינן מואכלת אכילה גסה ולא הוה דרשינן ואכלת ולא מוצץ ע"ש, ולמ"ש אין זה מוכרח דאפי' אי לא כתיב כ"א ואכלת לחוד הוה ילפינן מיני' ולא מוצץ, דהוה מפרשינן דאיסור דמוצץ הוא מטעם הראשון משום דהוה אכילה גסה וממילא הוה ידעינן נמי דאסור לאכול אכילה גסה דהא טעמא דמוצץ משום הכי ואי דרשינן ואכלת ולא מוצץ הוה ידעינן נמי איסור דאכילה גסה והשתא דכתי' שבעך לאכילה גסה מפרשינן טעמא דמוצץ משום הפסד:

סעיף ט"ו **במחבר** פיעל שאמר לב"ה תן לאשתי ובניי כו' או שאמר הריני נוטל מעט מזה שנטלתי לאכול לאשתי ובניי אין שומעין לו והטעם הוא בש"ס דפועל משל שמים הוא אוכל ולדידי' זכי רחמנא לאשתו ובניו לא, ומלשון המחבר הריני נוטל מזה שנטלתי כו' מוכח להדיא דאפי' מכי מטי לידו דפועל וזכי בו הפועל נמי אסור ליתן לאשתו ובניו מיהו בטור הביא י"א דהאיסור הוא דוקא היכי דלא מטי עדיין ליד פועל אבל מכי מטי לידו יכול ליתן לאשתו ובניו אפי' אי משל שמים הוא אוכל, והנה זה לשון רש"י בב"מ דצ"ב בד"ה לדידי' זכי לי' רחמנא בצדקה וכ"ז דלא מטי לידו ולא זכי לי' כו' ע"כ, ומלשון דרש"י משמע דסובר נמי כהי"א דבמטי לידי' מותר ליתן לאשתו, ומהגהות הגר"א משמע דהי"א שבטור הוא דעת רש"י דהתם ולענ"ד קשה לומר דרש"י יסבור גם אליבא דאמת כן, דהא שם ע"ב בד"ה אלא א"א משלו ובד"ה משל שמים כתב להדיא שאינה של פועל עד שיתננה לתוך פי' ובכדי שלא יסתרו דברי רש"י אהדדי נ"ל, דהנה כוונת הבעיא דמשלו או משל שמים יש לפרשו בשני פנים א' אם הזכי' שזכתה תורה לפועל לאכול הוא בתורת שכר על פעולתו והיינו משלו או בתור מתנה וגמ"ח כשארי מתנות עניים והיינו משל שמים, אבל זה פשיטא דאפי' אי נימא דבתור צדקה הוא,

יש לו הרשות לעשות בזה כחפצו וכמו שאמרו מתנות עניים ומתנות כהונה דהוי נמי משל שמים ואפ"ה משזכה בהן יכול לעשות בהן מה שירצה ולתתם למי שירצה והנ"מ הוא רק בזה דאי נימא דמשלו הוא אוכל בתורת הוספת שכר יכול הפועל ליתנם אפי' קודם דמטא לידו דא"צ לזכות בהן וכיון שהתחיל במלאכה נקנה לו השכר והתוספת ואי בתורת צדקה הוא קודם שיזכה אין לו לפועל שום וזכות בהן אבל בדמטא לידו וזכה בהם הרי הם שלו לכל מילי כמו כל מתנות עניים, ב) אי משל שמים הוא ולא זכתה לו תורה כ"א מה שיכנס לתוך פיו ולא השוה זכות הפועל לזכות שארי עניים במתנותיהם שיכולין לעשות בהם כחפצם אבל בפועל לא זכתה לו כ"א מה שיכניס לתוך פיו דאע"ג דעיקר קפידת התורה בזה הוא לטובת הפועל מ"מ חשה התורה שיהי' בזה נמי איזה תועלת גם לבעה"ב ואם הפועל יאכל יזדרז במלאכתו יותר ולהכי לא זכתה לו כ"א מה שיכניס לתוך פיו ולא לתת לצורך אחר כלל ולפ"ז א"ש דברי רש"י דהכא לפום מאי דמפרש הש"ס דנ"מ לפועל שאמר תנו לאשתי ובניו, דלשון זה משמע שאומר לבעה"ב ליתן לאשתו ולא קאמר לפועל שירצה בעצמו לתת לאשתו משמע מזה דסתמא דש"ס סברי השתא דבאמת הפועל עצמו כשמטא לידו יכול ליתן גם לאשתו, ובע"כ דסברי דאפי' אי משל שמים הוא יכול לעשות בה כחפצו ומשום דדמי לשארי מתנות עניים והיינו דדייק רש"י בד"ה משל שמים, לכתוב כשאר מתנות עניים, לומר דדינו הוה כשאר מתנות, דאע"ג דבתורת מתנה הם אפ"ה משיגיע לידם יכול הזוכה לעשות בה כחפצו, והנ"מ הוא רק בזה, דאי משלו ובתורת תוספת שכר הוה אפילו בדלא מטא לידו נמי יכול ליתן, ואי משל שמים לדידי' זכי רחמנא, פי' דוקא בדמטא לידו ולא דם, ושפיר דייק רש"י לפרש דקודם דמטא לידו אין יכול יתן, דאיה"נ לפום פירוש הש"ס דהשתא בע"כ לפרש כן, אבל בסוף הסוגיא דפשיט ממתני' דאינו קוצץ ע"י עבדו ושפחתו הקטנים בע"כ לומר דאי משל שמים אין לו לפועל שום זכיה קודם שיתנו לתוך פיו ורחמנא לא זכתה לו כ"א מה שיכניס לפיו, דאי נימא דמשמטא לידו דעבד זכה בהן ושיהיה רשאי לעשות בה כחפצו כמו שארי מתנות עניים, היה יכול שפיר האדון ליקצץ, דמשמטא לידו דעבד וזכה בהן, זכה בו רבו נמי דמה שקנה עבד קנה רבו ושל האדון הוי ואמאי אין יכול לקצוץ, אע"כ דרחמנא לא זכתה לפועל כ"א מה שיתן לתוך פיו דבכה"ג לא קנה רבו כיון שגם העבד לא קנה כלל וכמבואר בקדושין דכ"ג ובתוס' שם, ושפיר דייק רש"י לכתוב התם דאפי' של פועל אינה עד שיתנה לתוך פיו, דממתני' ודאי דמוכח כן, ולפ"ז למסקנא דקיי"ל כתנא דמתני' דאינו קוצץ, דודאי דאפי' משמטא לידו אין יכול ליתנה לאחר לכו"ע, דרחמנא לא זכי לו כ"א מה שיתן לפיו ובדברנו מיושב מ"ש הש"ג

כאן דמ"ש משאר מתנות עניים דיכול ליתנן לאחר, ולמ"ש א"ש דהכא משה התורה גם לתועלת בעה"ב ולא זכתה לו כ"א מה שיתן לתוך פיו בכדי שגם לבעה"ב יהיה תועלת בזה וכמ"ש בב"י בשם המפרשים, אלא דלפ"ז צ"ע למה מוקי פלוגתת המשנה וברייתא דמר סבר משלו ומ"ס משל שמים הא יכול לאוקמי דכו"ע משל שמים, ומר סבר דרחמנא זכי לו כשאר מתנות עניים דמשזכה בהן יכול ליתנן למי שירצה ולהכי ס"ל דקוצץ ומ"ס דרחמנא לא זכי לו כ"א מה שיתן לתוך פיו, ומדלא מוקי הכי מכלל דאי משל שמים, אפי' אי נימא דרחמנא זכי לו לכל מילי אין האדון יכול לקצוץ, ודוקא כשמגיע לו בתורת שכר בזה אמרינן דכמו דאגרייהו של אדון כן נמי אכילתו דידי' אבל אם האכילה הוא בתורת מתנה אין לאדון חלק בו ואין יכול לקצוץ, אלא דאין מסתבר לומר כן דמאיזה סברא נימא שלא יקנה הארון, ויותר נראה דלא מסתבר לש"ס לומר דפליגי באופן הזכוי שזכתה לו תורה, וניחא לאוקמי יותר דפליגי רק בזה אי אמרי' דבמתנה הוא או תוספת שכר ודו"ק:

שם **במחבר** אפי' נזיר שהי' עושה בענבים כו' ובסמ"ע כתב הטעם שכתבו על נזיר בלשון אפי' דלא תימא כיון דידע בעה"ב שהוא נזיר ולא יאכל הו"ל כאילו התנה עמו שיתן לאשתו ובניו קמ"ל דאפ"ה אין שומעין ע"ש, ובזה מיושב קושית התוס' בב"מ דצ"ב דעל מה דפריך הש"ס שם מברייתא דנזיר שאמר תנו לאשתי כו' אין שומעין ואי אמרת משלו הוא אוכל אמאי אין שומעין והקשו בתוס' אלא מאי משל אמים א"כ אמאי נקיט נזיר כו' ולדברי הסמ"ע אתי שפיר, דשפיר נקיט נזיר לרבותא באפי' בנזיר דידע בעה"ב שלא יאכל אפ"ה אין שומעין ובודאי שזהו טעם הרמב"ם ומחבר שכתבו דבנזיר הוא רבותא דקושית התוס' דחקתם לזה, וסברת התוס' אמנם י"ל משום דבסוגיא דהתם מוכח לכאורה להיפך דבנזיר פשיט יותר דאין שומעין משום לך לך אמרי' וקנסוהו לו כמ"ש רש"י וכמו שהקשה הש"ך כאן על המחבר אכן גם מזה לא איריא דבדרישה כבר מישבו לקושיא זאת ע"ש:

**ודע** דברמב"ם פי"ב משכירות כתב דמי שלקח יתר על אכילתו ונותן לאחרים ה"ז עובר בלאו דואל כליך, והקשו ליו דבש"ס ב"מ דצ"ב פריך נמי מברייתא מניין דפועל שאמר תנו לאשתו ובניו דאין שומעין לו שנא' ואל כליך לא תתן, ומוקי לה נמי בנזיר ואי כהרמב"ם דדוקא אם נוטל יתר מכדי אכילתו עובר בלאו א"כ למה דחק לאוקמי בנזיר לוקי דמיירי ביותר מכדי אכילתו אע"כ דאפי' בכדי אכילתו נמי עובר ואכן למה שנכתוב בסמוך דהרמב"ם רבותא נקיט דאפי' ביותר מכדי אכילתו נמי לא עבר כ"א בלא דואל כליך ולא בלאו דלא תגזול, אבל לא נתכוון הרמב"ם כלל לומר דדוקא ביותר

מכדי אכילתו עובר ולמעוטי בכדי אכילה דאינו עובר דהא בהדיא כתב שם בדין י"ג או שאמר הריני נותן מעט מזה שנטלתי לאכול לאשתי. אין שומעין לו הרי שאפי' משיעור אכילתו אוסר הרמב"ם אלא ודאי דהרמב"ם אשמועינן דאפי' ביותר מכדי אכילתו נמי אין עובר כ"א בואל כליך לחוד ולא בלא תגזול וכמש"ש מלתא בטעמא וא"ש והנה בס' מעיני החכמה הקשה עוד על הרמב"ם שכתב דאין לוקין על לאוין הללו שאם אכל חייב לשלם ומ"ש מהא דקיי"ל דחובל הכאה שאין בה שוה פרוטה דלוקה אף דבשו"פ ממונא משלם ולא לקי מ"מ בהכאה בפחות משו"פ לקי, וא"כ אמאי לא לקי כלל אלאוין הללו הא משכחת מלקות בנתן לאשתו פחות משו"פ דלא ניתן לתשלומין וילקה ע"ז ע"ש ואמנם לפום חורפי' לא הרגיש בשבשתא ששיבש בזה, דבלאו דחובל דאזהרת הלאו אינו משום אזהרת ממון חבירו כ"א מחמת קפידת עצם החבלה וממילא אפי' בחבלה שאינה שו"פ נמי שייך אזהרה הזאת דמ"מ עשה חבלה וע"ז קפדה התורה רק דכשיש בחבלה שו"פ דאית בה נמי היזק ממון ושתי רשעות אי אפשר למידן גלתה התורה לעשות בו רשעה דממון אבל כשאין בחבלה שו"פ בהשבה דממון אינה בפחות מפרוטה והלאו דחבלה יש גם בזה ואין כאן אלא רשעה אחת להכי לוקה לפחות משום החבלה משא"כ אזהרת הלאו דואל כליך דעיקר האזהרה הוא משום חסרון ממון חבירו וכיון דבממון בעינן שיעור פרוטה כמו באיסורין אחרים שיעור כזית וכדומה א"כ כשחסר לו פחות מפרוטה דהוה פחות מכשיעור לא קעבר כלל הלאו וכמו בנבילה פחות מכזית דנהי דאיסורין דאורייתא יש בכאן כמו בכל פחות מכשיעור אבל הלאו ליכא בפחות מכשיעור והגע בעצמך גזל או אונאה בפחות מפרוטה שאין מחויב בהשבון האם נאמר דמחויב מלקות בזה אע"כ דטעמא הוה דבפחות מפרוטה ליכא גם הלאו כיון דהלאו הוא אזהרת ממון חבירו על פחות מפרוטה לא קאי האזהרה כי התורה לא תחייב אלא בדבר שבממון ופחות מפרוטה לא ממון הוא וכמ"ש החנוך מצוה רכ"ט ושפיר כתב הרמב"ם דאין לוקין כלל דמ"מ אי יש בזה שו"פ הוה לאו הניתן לתשלומין ואי אין שו"פ לא עבר הלאו מעיקרו ועמ"ש לעיל סי' רכ"ז:

סעיף י"ז **במחבר** פועל שהיה עושה הוא ובניו כו' והתנה עם בעה"ב שלא יאכלו כו' אם הם גדולים לא יאכלו. והא דיכול לקצוץ עבור הגדולים משום דבני מחילה הם ומחלו והנה במנ"ח מצוה תקע"ו הניח בצע"ג לדין זה, דהא מחילה לא שייך כ"א אחר שזכה אבל בדבר שלא זכה בו עדיין לא שייך מחילה וכמ"ש לעיל סי' ר"ט דבדבר שלא בא לעולם לא מהני מחילה, והכא דהפועל אינו זוכה כ"א משיתן לפיו וקודם לזה אינו שלו א"כ הוי זה דשלב"ל, ומצד עצם התנאי ודאי דלא מהני דהוי מתנה עמשכ"ב דתנאו כטל

לר"מ דסתם מתני' כוותי' ע"ש ועוד כמה מפרשים הקשו כן והנה לשיטת הר"ן כתובותד דפ"ג דבדאורייתא מהני סילק א"כ י"ל הכא דהוה מטעם שילוק דמהני אפי' בדשלב"ל, אלא אפי' לשיטת התוס' שם דסלוק לא מהני כ"א בדרבנן, דטעמא דרב כהנא הוא כדרבא דכיון דלטובתו נאקנה יכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים, והיינו דוקא בדרבנן אבל בדאורייתא לא מהני גם הסילוק בדשלב"ל כמי יש ליישב, דאין הכוונה שמתנה פמו למחול לו כעת בשעת הקציצה, דודאי השתא לא מהני המחילה אחרי שהפועל לא זכה בזה עדיין, אלא שמתנה עמו שימחול לו אח"כ כשיגיע החיוב וירצה לאכול שימחול לו אכילתו, ותנאי כה"ג מהני אפי' כשמתנה קודם שזכה וכמ"ש הרא"ש (ב"ב דס"ג) גבי בן לוי שאמר ע"מ שמעשר ראשון שלו, דאם אדם אומר לחבירו שדי מכורה לך ע"מ שתתן לי סאה חטים מהיוצא מן השדה שנה שנה ודאי תנאו קיים ע"ש והא דלא מהני דשלב"ל היינו במכירה ומתנה אבל בתנאי ודאי לא שייך דשלב"ל וכ"כ בשמ"ק שם וכ"כ הטור לעיל (סי' ר"ט) וכ"כ הרשב"א בחי' לקדושין דטעמא דר' יהודה וסובר ע"מ שאין לך שאר וכסות דמהני, דאין זה מטעם התנאי ולא מצד שמחלה עתה, אלא דהוה כאומר ע"מ שתמחלי אח"כ ע"ש, ובחבורי לב"מ דנ"ב הארכתי להוכיח דבכה"ג מהני אפי' לר"מ והא דלר"מ לא מהני בע"מ שאין לך שאר וכסות היינו משום דלדידי' הוי הכוונה שאין לו דין דשאר וכסות דעוקר דבר מה"ת, ולהכי לא מהני, אבל כשמתנה שימחול לו כשיגיע החיוב מהני לכו"ע ומיושב גם כאן, ועיין היטב בחדושנו שם בארוכה:

סעיף י"ח **במחבר** האוכל בשעה שאין לו לאכול וכן אם הוליך בידו כו' או שנתן לאחרים עובר בלא תעשה, לא הזכיר איזה ל"ת עובר והנה בש"ס (ב"מ דפ"ז ע"ב) דריש כרם רעך ולא כרם נכרי ופריך היניחא למ"ד גזל עכו"ם אסור איצטריך קרא למישרי פועל אלא למ"ד גזל עכו"ם שרי אמאי איצטריך קרא למישרי פועל, השתא גזל שרי פועל מיבעי, ורש"י בד"ה גזל עכו"ם כתב, פלוגתא הוא בפרק הגוזל ומאכיל, והתוס' השיגו ע"ז הא התם פליגי רק בהפקעת הלואה אבל גזילה ממש מודו כו"ע דאסור ע"ש וליישב דעת רש"י נראה דאי נימא כהבנת התוס' דאיסורא וואל כליך האמור בפועל מיירי באופן שהוא גזל גמור, וכגון שלאחר שאכל די שבעו ירצה הפועל ליקח גם לכליו להביא לביתו, א"כ יש לשאול דלמה לו קרא דואל כליך, תיפוק מלא תגזול, וכאשר שאל באמת כן החינוך (מצוה תקע"ז) ע"ש, ודוחק לומר כיון דפועל הו"א דשרי, דאטו בשביל שעובד אצלו יקח כל הכרם ובלא קרא הוא נמי מסברא דלא התירה התורה כ"א אכילת די שבעו וכיו"ב, וקשה על מה דאמרינן דבכרם של עכו"ם מותר גם לתת לתוך כליו, ואי נימא דהיינו לאחר שכבר אוכל די שבעו וא"כ יוכל ליקח גם כל הכרם וזה לא מסתבר

כלל וג"ז אין לומר דקרא אתא לאשמעינן לעבור בל"ת יתירא דואל כליך, הא ברמב"ם לא נזכר כלל מל"ת דלא תגזול ועמ"ש הסמ"ע כאן בס"ק ל"ח ולכן נ"ל דבאמת היכי שכבר אכל כדי שביעה ואח"כ רוצה ליקח גם לביתו מעט ע"ז לא אתי קרא דואל כליך כיון שזהו גזל ממש ולא איצטריך קרא גבי פועל לאסור דהתורה לא התירה לפועל כ"א לאכול כדי שביעה ולאחר שאכל כדי שביעתו הרי הוא כשאר אדם בעלמא דאסור לו ליטול עוד, ואם נטל הוה גזל ממש רק איסורא דואל כליך אתא למקום שאין רוצה ליטול יותר מכשיעור אלא שאותו השיעור הנצרך לאכילתו רוצה הוא להביאו לביתו או ליתן לאשתו ובניו דהו"א כיון דבעצמו מותר לו לאכול יכול להביא גם לביתו ולאכול שם את חלקו או גם ליתן לאשתו ובניו ע"ז אתא קרא לאפור, דדוקא בשעת עשיית המלאכה הוא דשרי לאכול בכרם גופא ולא להביא לביתו וכן איתא בב"מ דצ"ב פועל שאמר תנו לאשתי ובניי אין שומעין שנא' ואל כליך לא תתן, הרי להדיא וקרא זה מיירי בכה"ג שרוצה ליתן חלקו לבניו ולפמ"ש דל"ת דואל כליך לא מיירי בגזל ממש א"כ יקשה להיפך דמאי קאמר היניחא למ"ד גזל עכו"ם אסור צריך קרא למישרי פועל והא הך מ"ד אסר אלא גזל ממש אבל דבר שלא הוה גזל ממש וכגון הפקעת הלואתו שרי בעכו"ם וה"נ דלא הוה גזל ממש ודומה להפקעת הלואה למה צריך קרא למישרי בפועל והא אפי' וזל בכה"ג שאינו גזל גמור שרי דכל אדם ולזה השכיל רש"י לפרש דהר פלוגתא הוא בהגוזל ומאכיל דשם פלוגי נמי בהפקעת הלואה ומאן דאסר אפי' בהפקעת הלואה נמי אוסר ומשו"ה הוצרך קרי למישרי גבי פועל ולא מצי לפרש דהך פלוגתא הוה בגוזל ממש דלדידהו בהפקעת הלואה שאין גזל ממש שרי וא"כ למה הוצרך קרא למישרי בפועל כיון שגם בפועל לא מיירי בגזל ממש וא"ש דברי רש"י והי' מקום ליישב בזה קושית הלח"מ בפי"ב משכירות עמ"ש הרמב"ם אין הפועלים אוכלין משל הקדש שנא' בכרם רעך והקשה הא למ"ד דגזל עכו"ם אסור מה"ת מבואר בב"מ שם דדרשינן רעך ולא עכו"ם דבעכו"ם יותר לתת גם לתוך כליו וא"כ הרמב"ם שפסק בפי"ו מגזילה דגזל עכו"ם אסור מה"ת אתא רעך למעוטי עכו"ם ולמה כתב הרמב"ם דרעך למעוטי הקדש אתא ע"ש ולמ"ש דהאיסור שבכאן לאו גזל ממש א"ש דהא בלא"ה כבר הקשו על הרמב"ם פי"ו מגזילה שכתב דאסור לגזול ולעשוק את העכו"ם, הא בקרא לא תעשוק את רעך כתיב ומשמע ולא עכו"ם ועוד הא הפקעת הלואה מותר ועושק היינו הפקעת הלואתו וכתב הכ"מ דהרמב"ם יסבור כדעת רש"י דהפקעת הלואה מותר מן התורה והכא רק איסורא בעלמא קאמר ולהכי לא הזכיר שעובר בל"ת ורק באיסורא מדרבנן הוא אבל מה"ת שרי במקום שאין גזל גמור ע"ש, ולפ"ז לא מצי הרמב"ם לאוקמי דרעך למעוטי

עכו"ם אתא פי' דבשל עכו"ם מותר לתת לתוך כליו כיון דקרא דואל כליך לא מיירי בגזל ממש, ובדבר שאין גזל ממש שרי אפי' במקום שלא הוה פועל דהא הפקעת הלואה שרי כיון דלא הוה גזל ממש, וא"כ פועל מיבעי ולא הוצרך קרא למישרי גבי פועל ובע"כ קרא למעוטי הקדש ודו"ק:

**ואמנם** בעיקר הדבר שכתבתי דאיסורא דואל כליך היינו כשירצה ליקח לביתו שיעור אכילתו או לתת לאחר במקומו אבל אם לקח יתר מכדי אכילתו הרי הוא עובר בלא תגזול ולא צריך קרא להכי לא משמע כן ברמב"ם דז"ל הרמב"ם שם וכן אם הוליך בידו לביתו או שלקח יתר על אכילתו עובר בל"ת שנא' ואל כליך לא תתן עכ"ל הרי דגם ביותר מכדי אכילתו אין עובר כ"א משום ואל כליך ונהי דאכתי נוכל לפרש שאם אכל כדי שביעתו ואח"כ הולך ליקח עוד יותר מעט בכדי להביא לביתו דכיון דבשעת הלקיחה הוי באיסור הוה גזל גמור, והכא מיירי שלקח לכתחילה כדי שיעור יתר מאכילתו בפעם אחת באשר שסבור הי' שכל זה צריך הוא לאכילתו ואח"כ נותר מעט ואותו המותר רוצה ליקח לתוך ביתו וכיון דהלקיחה הי' בהיתר שסבור הי' שכל כך צריך הוא לאכילתו אין עובר בלא תגזול דגזל ממש ליד הוה כ"א כשהלקיחה הי' באיסור לשם גזל כעין ויגזול את החנית וכמ"ש ברמב"ם גופא בפ"א מגזילה והיינו דדייק הרמב"ם בלשונו שלקח יתר מכדי אכילתו ולא כתב שאחר שאכל בשיעור לקח עוד מעט, משום דבאופן הזה דלקיחה היתה באיסור אסור משום גזל ממש ועובר בלא תגזול ולא הוצרך לאשמעינן הכא ביחוד גבי פועל ומה דאשמעינן גבי פועל היינו אפי' אם מתחילה כשלקח לצורך אכילתו לא צמצם שיעורו ולקח יתר מעט דלא תגזול לא שייך בכה"ג כיון דלקיחה בהיתר היתה ואפ"ה אסור משום ואל כליך כן הי' אפשר לדחוקי אלא שבמנ"ח ראיתי דמפרש דלרמב"ם ליכא לא תגזול בכל אופן, והנה אפי' אם נאמר שדוחק לפרש כן, אלא דאיסור דואל כליך הוא בכל אופן אפי' כשלקח יתר מכדי אכילתו אפ"ה יש ליישב דברי הרמב"ם ורש"י בדרך שכתבתי, דבאמת יש להבין למה לא יעבור בלאו דגזל במקום שהתורה לא זכתה לו והסמ"ע כאן כתב באמת דעובר בלא תגזול, וצ"ל כמ"ש המנ"ח מצוה תקע"ז בשם התוס' דביצה די"ב דכל שיש היתר בפירוש כגון גבי אוכל נפש ביו"ט ותורה אסרה לגבוה מלכם ולא לגבוה אינו עובר בלאו כ"א בעשה דלא אמרי' בכה"ג אהדרי' קרא לאותו איסור כיון דהתורה התירה בפירוש וא"כ ה"נ דגבי פועל התירה התורה מפורש גזל מואכלת וגו' וכמ"ש התוס' בב"מ ד"ה רעך א"כ מה דאסרה תורה הייינו ואל כליך אינו רק לאו זה, ולא אהדרה קרא לאיסורא קמא ללאו בגזל ע"ש, ועכ"פ לפי תרוצו אין כאן איסור גזל ממש רק איסורא דואל כליך וא"כ הרמב"ם דס"ל דב וקום שאין גזל ממש

מותר בשל עכו"ם אפי' שלא בפועל, כ"ש פועל דשרי בשל עכו"ם היכי שאין גזל ממש, וע"כ קרא דרעך למעוטי הקדש אתא וגם בדעת רש"י י"ל כן שגם הוא סובר כהרמב"ם דאין כאן כ"א איסורא דואל כליך ולא גזל ממש, דלא אהדרה קרא לאיסורא קמא, ולהכי לא מצי לפרש דפלוגתא שמביא בב"מ שהבאתי היינו פלוגתא דמיירי בגזל גמור דא"כ יקשה דמאי קאמר הניחא למ"ד גזל עכו"ם אסור אתא קרא למישרי ואמאי צריך קרא גם לדידי' הא איהו לא אסר כ"א גזל ממש אבל בהפקעת הלואה דקליש איסורא מותר, וה"נ גבי פועל כיון דקליש גבי' איסור גזל הוה לדידי כהפקעת הלואה וקרא למה לי והוכרח לפרש דפלוגתא הוא בהגוזל ומאכיל דמאן דאוסר אפי' בהפקעת הלואה אוסר אע"ג דקליש איסורו ושפיר איצטריך קרא למישרי גבי פועל ודו"ק:

**סימן שלח**

סעיף ב **במחבר** כל המונע הבהמה מלאכול כו' לוקה והנה במנ"ח מצוה תקע"ז נסתפק כשרש בטבל אי עובר משום בל תחסום או לא, וצדדי הספק למ"ש הרמב"ם פ"ג ממעשר דטבל מותר להאכיל לבהמה ארעי ולא קבע והאי אכילת קבע או ארעי הוא ע"ש, והי' נראה להביא ראי' דבב"מ דפ"ט ע"ב פרות המרכסות בתבואה והרשות בתרומה ומעשר אינו עובר משום לא תחסום, וכתב רש"י דטעמא דמרכסות אינו עובר משום דכבר נגמר מלאכתן וקשה דתיפוק לי' כיון דכבר נתמרחו בכרי והוקבעו למעשר הוי בזה משום איסור טבל והוי דומה לתרומה ומעשר דהוה נמי משום איסורא אלא לו דאכילת ארעי הוא ואינו רשאי לחסמה אלא דיש לדחות דמשו"ה לא נקיט טעמא משום איסור טבל לאשמעינן דאפי' אם כבר עישר התבואה וניתקנו דמשוה איסור זה ליכא אפ"ה אינו עובר משום דהוה לאחר גמר מלאכה ואדרבה מרש"י דהתם נ"ל ראי' להיפך דהנה בדפ"ז ע"א פי' רש"י ותוס' דדבר הראוי לחלה כגון תבואה לא מיקרי גמר מלאכה עד שיגיע לחיוב חלה הבאתיו בחדושנו לעיל סי' הקודם והקשו הראשונים מרש"י דהכא דלהכי אינו עובר במרכסואח בתבואה משום דנגמר למעשר, ואמאי הא לא הגיע לחלה ותי' הרמב"ן דמ"ש רש"י כאן כוונתו ג"כ כיון שמירח והוקבע למעשר הכי הוא טבל גמור ואסור להאכיל לבהמה ומשום איסור טבל נגע בו ע"ש, הרי להדיא נלמד מתורת הרמב"ן דבטבל מותר לחסמה דלאו דישו הוא, ואע"ג דבשמ"ק הביא בשם הרשב"א שמגמגם על תי' הרמב"ן דא"כ מ"ש דנקט המרכסות הכי הול"ל בטבל ותו"מ אין עובר עכ"פ בעיקר הדין גם הוא מסכים דבטבל מותר לחסמה וממילא נפשט ספיקו של המנ"ח ודו"ק:

סעיף ד' **במחבר** שכר בהמה וחסמה לוקה ומשלם כו' שמשעת משיכה נתחייב במזונותי' ואינו חייב מלקות עד שידוש עיין בש"ך סק"ב שהקשה על המחבר מה הוצרך

לטעם זה דאין שני החיובים באים כאחת והא בזה"ז שאין דין מלקות נוהג לא נצרך לזה למה דקיי"ל חייבי מלקות שוגגין חייבין אלמא דגבי קלב"מ בעינן היכא דלוקה ממש ע"ש ואפשר ליישב דבלא"ה קשה למה כתב לגמרי בזה דלוקה והא האידנא אין מלקות נוהג וכמו שהקשה הש"ך גופא בשם הב"י, ותירוצו דחוק, ונ"ל עפמ"ש הרלב"ה בתשובה בשם הר"י בי רב דהא דאין נוהג מלקות האידנא היינו משום דבעינן ב"ד סמוכים, והיינו דוקא לכפותו וללקותו, דב"ד שאינם סמוכים אין להם הרשות לכפות אבל אם בא מעצמו ומבקש להלקותו מלקות דאוריתא מלקינן אפי' בזה"ז ואפי' בלא עדים והתראה ע"ש, וא"כ שייך מלקות גם בזה"ז גם לענין קלב"מ ושתיר כתב המחבר דין זה גם בזה"ז היכי דבא מרצונו ומבקש להלקותו דאפ"ה חייב לשלם ודו"ק ועמ"ש מזה לעיל בסי' א':

**סימן שלט**

סעיף א' **במחבר** אבל על שכר קרקע יש מי שאומר שאינו עובר, בטור כתב הטעם בשם הרמ"ה דבפ' המקבל אמרי' אין לי אלא שכר אדם מנין לרבות בהמה וכלים ת"ל בארצך כל שבארצך ע"ש ושכר קרקע לא מיקרי כל שבארצך אלא ארצך ממש, והנה בגוף הדין אי בית מיקרי כמחובר ממש או כתלוש ולבסוף חברו לענין איסור בל תלין כתבו הש"ך וקצוה"ח דתלוי זה בפלוגתא דרמב"ם וטור לעיל סי צ"ה בתלוש ולבסוף חברו לענין שבועה ע"ש, וגם אנכי הארכתי בזה בסי' ע"ח סעיף ד' וסי' צ"ה, אכן לענ"ד הי' נראה דאפי' להטור דס"ל לגבי שבועה דבית כקרקע הוה לענין בל תלין יודה גם הוא דכתלוש דמי דמצד הסברא הי' נראה דבית יצא מכלל מטלטל כיון דס"ס השתא מחובר הוא ובכ"ז לכלל קרקע ממש נמי לא בא דהא עכ"פ תלוש הי' מקודם, ולהכי ניחזי אנן על מה הוה הקפידה אם הקפידה בהא דממעטינן קרקע הוה משום דבעינן מטלטל ממש בזה בית לא חשיב כמטלטל ואם הקפידה הוא רק שלא יהי' קרקע גם בית לא הוה כקרקע ממש, וא"כ גבי שומרים דממעטינן קרקע מכלל ופרט, דבעינן כעין הפרט שיהא דבר המטלטל, וכיון דהקפידא הוא על מטלטל ובעינן מטלטל סברא הוא דבית נמי ממעטינן מכלל לפרט כיון דאינה מטלטלת ולא הוה כעין הפרט כסף וכלים, משא"כ הכא לגבי לא א דממעטינן קרקע מכל אשר בארצך, וארצך ממש ממועט אבל בית דלא הוי ארצך ממש לא ממעטינן ולעיל בסי' צ"ה כתבתי ליישב בסברא זו קושית הש"ך על הטור מההיא דחולין דמשמע התם דבית הוה כתלוש לענין עבודה זרה, ומשום דהתם נמי ממעטינן מקרא דאלוהיהם על ההרים ולא ההרים אלוהיהם, וא"כ דוקא הרים ממש ממועט, אבל בית דלא הוה כהרים והוה אפיסת יד אדם פשיטא דהוה כתלוש ע"ש

שהארכתי, ושפיר כתבו האחרונים להחמיר בזה דלענ"ד לית בזה שום פלוגתא ועובר לכו"ע בשכירת בתים על בל תלין:

סעיף ג' **במחבר** איזהו מנו שכיר יום כו' ואם לא הי' יכול ליתן לו בזמנו מחמת איסור שבת שוב אינו עובר עליו דכיון דאידחא אידחי כ"כ החנוך מצוה תקפ"ח ודלא כס' מ"ה שנסתפק בזה:

סעיף ו' **במחבר** שקבלנות הוא כשכירות לפורעו בזמנו, הש"ך לעיל סי' ש"ו סק"ג הביא דמ"ש המחבר דקבלנות עובר נמי בבל תלין היינו דוקא בשכרו לביטשי ביטשי במעתא הא לא"ה חלוק דין קבלן משכיר ובקבלן אינו עובר בבל תלין ע"ש, אמת הוא שכן משמע מרש"י ותוס' דצ"ט בד"ה דאגרי' לביטשי כתב רש"י דשכיר יום הוא ולא קבלן ובתוס' השיגיהו דמ"מ הוה קבלן ע"ש עכ"פ מדברי שניהם נלמד דבקבלן אינו עובר. אלא דדברי רש"י הזאת צריכה ביאור, וגם מה שהוסיף בב"מ דקי"ב דשכרו בין ישביח בין לא ישביח צריך ביאור דאכתי היכי דמשביח לא יעבור בבל תלין וגם צריך להבין החילוק שבין שכיר יום לקבלן לענין זה והנ"ל בישוב דברי רש"י דדוקא כשמתנה עמו על כל השבח כאחד יש לומר דהשבח קונה לעצמו, אבל אם אין מתנה עמו על כל השבח רק על כל פעולה ופעולה בפני עצמו לא שייך לומר דהאומן יקנה בשבח דאכתי ליכא שבחא דכל פעולה כשהיא בפני עצמה אינה משבחת כלל ורק לבסוף כשיצטרפו כל הפעולות אז נגמר השבח וברוב המלאכות ימצא אשר קודם גמר כל הפעולה, עוד הדבר מקולקל, כגון מי שישכור לתפור לו בגד בתנאי כזה, בעד מלאכת החתיכה כך וכך ובעד תפירת כל חלק כו"כ אע"ג שבכל אחת מהפעולות הרי הוא קבלן האם שייך בזה לומר שיקנה האומן בשבח כלי דהא כל פעולה כשהיא בפני עצמה, עוד קלקול יש בה שמקלקל את הסחורה ורק לבסוף כשיגמר כל הבגד רק אז ימצא את השבח, וא"כ איך שייך לומר שיקנה את השבח כיון דהתנאי הי' על כל פעולה בפני עצמה ואז ליכא עוד שום שבחא וכדומה ברוב המלאכות הוה הכי דטרם גמר כל הפעולות ליכא שום שבחא וזהו גופא החילוק שבין שכיר יום לקבלן לענין קונה בשבח כלי דבשכיר יום כיון דאין זה התנאי על כל השבח בפעם אחת וכל זמן דלא נגמר הפעולה אין כאן שבח אכתי דנימא שהאומן יקנה והיינו נמי כוונת רש"י דכיון ששכרו לכל ביטשי וביטשי ועל כל אחת הוה תנאי בפני עצמו הוה כשכיר יום כלומר כמו בשכיר יום לא אמרינן דיקנה בשבח משום דלא נגמר כל המלאכה ה"נ בכה"ג דג"כ לא נגמרה הפעולה לא שייך לומר דיקנה בשבחא כיון דרוב פעמים ליכא שבחא בכה"ג כלל, ואף אי משכחת דאשבח מעט מכל וכל בישששא ובכל ביטשא נתוסף השבח נמי לא שייך שיקנה לשבח וימכור אותו כיון

דאין מסוים שבח דכל ביטשא לבדה לא שייך מכירה בכה"ג וכיון דשכירת פועלים הוא רק על שני האופנים או שכר פעולה או כמכירה שימכור לו את השבח בעד אלו הדמים והכא דלא שייך מכירה כיון דאין מסוים כל שבח המועט איך וכמה נשבח ובכל אחד הוה תנאי בפני עצמו א"כ בע"כ דבכה"ג הוה שכר פעולה ולהכי עובר בבל תלין משא"כ קבלן גמור כיון דאיכא שבחא קונה בשבח כלי וכשחזר לבעה"ב הוה כחוזר ומוכרו לו וכמ"ש רש"י שם ועל מכירה לא שייך בל תלין ודו"ק:

**ועיין** בקצוה"ח שהביא בשם תשובת הרא"ן ששון על אחד שצוה לסופר שיכתוב לו כתובה והסופר כתבה וחתמה אם עובר בבל תלין וכתב דאינו עובר ע"ש בטעמו דהכא קנה בשבח כלי והוה כמכירה, טעם הזה אינו מבין דאטו גוף הנייר נשבח בכתיבת הכתובה עליו אדרבה עצם הנייר עוד נתקלקל ע"י הכתיבה דמעיקרא כשהי' חלק הי' עומד לכתוב עליו לכל הצריך ועתה לא יוצלח עוד למלאכה לגבי אחרים, כ"א לגבי בעל הזה שהוא צריך לו, אבל לאדם אחר ליכא בזה שום שבחא ולא שייך כלל לומר שהאומן קנה זה כיון שאין בזה שום שבח, וראי' לזה דבכתיבה על הנייר לא שייך אומן קינה בשבח כלי ממשנה דגיטין דכ"ג הכל כשרין לכתוב את הגט אפי' חש"ו ואי בכה"ג אומן קונה בשבח כלי והחש"ו קנה הגט היכי מצו תי להקנות לבעל הא לאו בני אקנויי הם וכמו שהקשה הפנ"י באמת אע"כ דבכתיבה על הנייר לא שייך דקונה בשבח כיון דלגבי אחרים ליכא שבחא ועמ"ש לעיל בסי' ש"ו ולכן היכי דהנייר הי' של הבעל ולא שכר לסופר כ"א על הכתיבה ודאי דעובר בבל תלין אלא אפי' אם הנייר של בעל נמי לא שייך מכירה בזה דהמעות שהושוה עמו ודאי לא בעד הנייר לחוד, דמה שוה הוא ובודאי דעיקר השכר הוא בעד טרחת הכתיבה וכיון דלא שייך קונה בשבח פשוט דעובר בבל תלין כן נלע"ד:

סעיף ו **במחבר** האומר לשליחו צא שכור פועלים כו' אין אחד מהם עובר בבל תלין, הנה דין זה ברייתא הוא בב"מ דק"י ע"ב, אלא דבברייתא נאמרה בשינוי לשון האומר "לחבירו" ולא האומר "לשלוחו" כמוזכר במחבר, ולולי דברי הפוסקים הייתי אומר דלשון הברייתא מדויק יותר דהמפרשים הקשו למה לא אמרינן בזה שליחו כמותו לענין שיעבור המשלח וללשון הברייתא א"ש דלשון שליחות הוה משמע ששלחו לשם כך, ולשון חבירו משמע שלא שלחו לשם כך, אלא אם יזדמן לו במקרה במקום פלוני דרך אצלם ושכרם ודכוותה דייק במס' קדושין דנ"ט, ודוקא בכה"ג דנקט בברייתא האומר לחבירו דלא שלא מתחילה לשם כך לא סמכא דעתא דבעה"ב עליו שישכור לו הפועלים משו"ה לא ידע לצמצם במעותיו שיהיו פנוים לצורך תשלומי הפועלים, וזבין עוסקי

אחריתא שנצרך לו המעות על העיסקא, ולהכי אפי' אם יש בידו מעות אינו עובר דיכול להוציאם לצורך עסקא אחריתא דזבין, אבל בשלא שליחו ממש דסמכא דעתא שודאי ישכור הפועלים אה"נ דעובר בכל תלין דכיון דידע וסמוך דעתא הו"נ להיות הכסף שבידו מוכן לצורך תשלום הפועלים ואם רוצה כעת להוציאם לצורך עסקא אחריתא אסור ועובר בבל תלין, ומהא דקאמר בב"מ שם דיהודא בר מרימר אמר לשמעי' זול אגיר לי' פועלין אין להוכיח כ"כ דאפי' בשליח ממש אינו עובר, די"ל דשמעי' לא הוי כשליח ממש אלא כשכירו ולקיטו ושליח ממש לא הוה כ"א כשימנה אותו לשליח ויאמר לו הוי שליח לדבר זה וכמ"ש לעיל בסי' ש"ו ולכך נהי דהכא הוה ודאי סמיך דעתו דיהודה שישכור לו הפועלים, מ"מ א"א למחייבו כיון דלאו שלוחא הוא כלל, אלא דדעת הפוסקים אינו כן ואפי' בשליח ממש כתבו דאינו עובר וכמ"ש המחבר האומר לשליחו, ובטעם הפוסקים כתב בס' רביד הזהב דכמו דדרשינן קרא דאתך לענין כמה דברים בב"מ דקי"ב ה"נ דרשינן בו נמי אתך ולא שליח ומשו"ה לא אמרינן בזה שלוחו כמותו ודו"ק:

$$(ציור בספר)$$

## הלכות שאלה

### סימן שמ

סעיף א' **בסמ"ע** סק"א הביא דברי הע"ש דהשואל בית מחבירו ונשרף שלא מחמת השואל פטור ומשמע דאם מחמת השואל חייב, וע"ז השיג הסמ"ע דהא הע"ש גופא כתב דאין דין שומרים בקרקעות ע"ש, אולי כוונת הע"ש דאם כי בקרקעות ממש ודאי דאין דין שומרין אבל בבית דהוה תלוש ולבסוף חברו הוה כתלוש לענין זה ונוהג בו דין שומרים ובד"מ מבואר להדיא דבית חשיב כתלוש לענין שומרים כמ"ש הש"ך לעיל סי' צ"ה ואפי' אם הע"ש גופא כשהוא לעצמו סובר דבית חשיב כמחובר מ"מ אפשר שכתב זה אליבא דפוסקים דס"ל דחשיב כתלוש:

שם **במחבר** שאם שינה ועשה בה מלאכה אחרת כו' אפי' קלה ממנה תלינן דמחמת אותה מלאכה ששינה כו' ועיין בסמ"ע שפירש דהיינו דוקא שיש ענין לתלות המיתה מחמת השנוי הזה שנוכל לתלות דמחמת השינוי מתה ע"ש, ובט"ז השיג עליו דהא המ"מ יליף דין זה מעובדא דב"מ דצ"ו ההוא גברא דשאיל נרגא מחברי' ואיתבר ואתא לקמי' דרבא א"ל זיל אייתי סהדי דלא שנית בה ואפטר ומשמע שום שינוי בעולם ואפי' אינו גורם המיתה ע"ש, ולענ"ד מסתבר יותר כהסמ"ע דעיקר דין של המ"מ מה שלמד מהתם דאפי' למלאכה קלה נמי הוה שינוי הוא תמוה והראשונים לא פרשו הכי וז"ל

הריטב"א התם אייתי ראי' דלא שנית בה כלומר שלא פשעת בה ושלא שנית להכביד במלאכתו ואיפטר עכ"ל, וכן בשמ"ק שם בשם תוס' שאנץ וז"ל זיל אייתי ראי' דלא שנית תימה ל"ל. סהדי להימני' בשבועה כו' ונראה מתוך כך שפל דברים המתקלקלים מחמת מלאכה לא מיפטר אלא בסהדי שלא שינה כו' משום דאין שום דבר רגיל להתקלקל מחמת מלאכה אא"כ מכביד עליהן יותר מן הראוי וקפשע עכ"ל, ועוד שם בשם הר' יהונתן דלא שנית כלומר שלא היית חוטב עצים על גבי אבנים שאם נדחה ידו בגרזן לכרות העץ ונגע באבנים ומ"ה נשבר אין פשיעה גדולה מזו ע"כ, הרי מדברי כולם נלמד דבעינן שיכביד המלאכה שיהא ענין לתלות דמחמת זה השינוי באה המיתה ומיהו דברי המ"מ אפשר לתרץ דלפעמים מלאכה קלה יכולה להזיק יותר מכבידה דלא בקלות וכבידות המלאכה תלוי' מיתה, יש מלאכה כבידה שאינה מזקת וקלה ממנה המזקת, ולכן שפיר כתב המ"מ דאם אך יש ענין לתלות המיתה בשינוי הזה יהי' המלאכה כבידה או אפי' קלה חייב אבל שיהא חייב אפי' אין שם שייכות לתלות המיתה בשינוי הזה כהט"ז זה נגד כל הני ראשונים ודו"ק:

סעיף ב' **בש"ך** ס"ק ה' וכ"כ הרשב"א כו' עמ"ש בדבור הסמוך דהרשב"א לא ס"ל כהרמב"ן:

**שם** בסמ"ע ס"ק ז' דאמרי' כחישתה תחילת מיתתה ומשמע דבהוזל משלם כמו ששוה עתה ועמ"ש לקמן בסי' שמ"א מזה:

סעיף ג' **בהג"ה** אבל המשאיל לחבירו שונרא לרדוף עכברים כו' בש"ס דב"מ דצ"ז הובא שתי לשונות לשון אחד אם העכברים אכלוה לשונרא ומספקא אי הוה כמתה מחמת מלאכה או לא, וזהו שמביא הרמ"א כאן והאיכא דאמרי דהשונרא אכול עכברי טובא חבול ומת ועיין בסמ"ע שהקשה למה לא מביא לדין זה נמי ע"ש והנה בש"ס לא הוזכרה בבעי' השני' דטעם הפטור משום דמתה מחמת מלאכה כמו שמזכיר ללשון רש"י והיינו ודאי משום דבכה"ג לא הוה הפטור באמת משום מתה מחמת מלאכה אלא משום דהו"ל שלא תאכל ואונס הזה לא קביל עלי' וכ"כ הב"ח ע"ש וכן נ"ל להוכיח מהרשב"א דהן בעיקר הפטור דמתה מחמת מלאכה כבר קיהו בה הראשונים למה יפטור בזה, מי גרע ממתה כדרכה דלא אתא מחמת השואל, מתה מחמת מלאכת השואל לא כ"ש דחייב ותי' הרמב"ן דשואל לא קביל עליו כ"א האונסין דלא באו מחמת פשיעת משאיל אבל דאתו מחמת פשיעה דמשאיל לא קביל, והכא המשאיל פשע דמידע ידע דלמלאכה קא בעי לה והו"ל לעיוני אם בת מלאכה היא או לא, וכיון דלא עיין איהו דאפסיד אנפשי' ע"ש, והרשב"א תי' דכיון דהדרך ליכחש מחמת מלאכה ומידע ידע דעבידא לכחושי בשרה,

ואפ"ה לא שם לי' מעיקרא בכחשא, וכיון דלא קפיד בכחשה אף במתה כולה לא קפיד דמה לי קטלה כולה או פלגא הובא דבריהם בשמ"ק ועיין בש"ך ס"ק ה' דלאחר שהביא דברי הרמב"ן כתב וכ"כ הרשב"א, ולא אדע הא בהדיא כתב הרשב"א טעם אחר, ולטעם הרשב"א א"א לפרש דאכלה עכברי טובא הוה מתה מחמת מלאכה דהא הכא לא שייך סברתו, דסברתו לא שייך כ"א בשאלה לעשות מלאכה, דע"י מקצת מלאכה הוכחשה, וע"י הרבה מתה משא"כ היכי דמתה ע"י רוב אכילה לא שייך דע"י מקצת הוכחשה אלא אדרבה אם לא אכלה כ"א מקצת לא היתה כחש כלל, ועוד היתה משובחת וא"כ ליכא ראי' דלא קפיד, וא"כ למה יפטור באכילה טובא, וזה קושיא גדולה על הרשב"א, אע"כ דס"ל דבאמת הא דפטור באכלה טובא לאו משום מתה מחמת מלאכה הוא אלא משום דהו"ל שלא תאכל ופשטה מעצמה וז"ב בדעת הרשב"א, ולפ"ז א"ש דברי הרמ"א דלא זכר כאן לדין דאכ טובא, דפטור זה לאו משום מתה מחמת מלאכה והרמ"א נקט הכא רק פטור דמחמת מלאכה, וא"כ הפוסקים לא הבינו כן בפטור דאכלה טובא, מ"מ על הרמ"א לא יקשה תו אם יסבור כהרשב"א דודאי מפרש הכי ובב"ח כתב דגם הרא"ש מפרש כן ובשגם שהוכחתי דמש"ס גופא מוכח כן מדלא הזכיר בזה טעם דמתה מחמת מלאכה כמו שהזכיר ללשון ראשון ודו"ק:

**שם** בהג"ה אבל אם לא הרגיש מיד לא יוכל לישבע כו' ולכך חייב כמ"ש הש"ך דמתוך שאיל"מ ועיין בקצוה"ח ולעיל בסי' רצ"א הארכנו בזה ע"ש:

סעיף ד' **במחבר** השואל בהמה חייב כו' במנ"ח מצוה נ"ט נסתפק היכי שהמשאיל נהנה ג"כ בפחות מפרוטה אם השואל חייב באונסין מי אמרינן כיון דיש הנאה גם למשאיל ולא הוה כל הנאה של שואל אין חייב באונסין או שמא דהנאת פחות מפרוטה לא מיקרי הנאה ע"ש שנאמר בספק, ומה דמספקא להמנ"ח פשיטא לקצוה"ח כאן סק"ה דכיון דכללא דשואל שיהא כל הנאה שלו אם השואל נתן להמשאיל אפי' פחות משו"פ תו לא חלה עליו דין שואל כיון שגם המשאיל נהנה קצת ע"ש ובחדושנו לעיל סי' ע"ב שהארכנו בזה:

**שם** בהג"ה וי"א דלא בעינן משיכה אלא מיד שנסתלקו הבעלים עמ"ש לעיל בסי' רצ"א מזה:

סעיף ח' **במחבר** ואם א"ל השואל שלחה לי ביד בנך או ביד עבדך וכו' שלוחך כו' חייב. תמהו הראשונים כיון דהמשאיל שלחו ע"י שלוחו שהוא כמותו למה יתחייב והא הוה שאילה לבעלים, ולכאורה אינו מובן תמיהתם דאם נימא דמה ששלח ע"י שלוחו הוה כאילו המשאיל עצמו הוליכה א"כ בלאו האי טעמא דשאילה בבעלים הו"ל לפטור,

דהא לא נפיק אכתי מרשותו דמשאיל כיון דהוא עצמו מוליכה וכדפריך בב"מ שם דצ"ט על עבדו, והא יד עבדו כיד רבו, ולא נפיק מרשותי' דמשאיל, והוכרח שמואל לתרוצי דמיירי בעבד עברי דלא קנה גופו, אבל אכתי מטעם שלוח יהא נחשב כאילו הוא עדיין ברשות בעלים, דעבד עברי לא גרע משלוח דעלמא, ועדיפא הו"ל להקשות דהא אין כאן שאילה כלל כ"ז שהוא ביד השליח, ולמה להו להקשות מטעם שאילה בבעלים, וי"ל דמשו"ה הקשו הראשונים מטעם שאילה בבעלים, דבזה יפטור אפי' לאחר שיגיע כבר ליד השואל כיון דבתחילת השאילה הי' בעליו עמו, ואמנם בעיקר הקושיא אפשר לומר דנהי דבעשיית שלוח לא בעינן עדים וקנין מ"מ זה בעינן שימנה אותו לשליח ויאמר לו הוי שלוח לדבר זה, אבל אם שלח סתמא ע"י אחד ולא מינה אותו שיהא שליח לא הוה שליח כלל להחשב כמותו, ועיין לעיל סי' קכ"א ובנה"מ סק"ד, ולזה י"ל דשלוחו דקאמר הכא לאו שלוחו ממש הוא שמינה אותו בתור שלוח אלא שכירו ולקיטו או אדם אחר מעלמא דלא מיקרי כלל כשליח שיהא תחתיו דמשאיל, והשואל אפ"ה חייב כיון שע"י מצותו ובקשתו עשה המשאיל כן, דהוא ביקש כן שבאם יזדמן לפניו ע"י מי לשלוח שישלח לו, וכמו דשלוחו דשואל דנקיט, דבע"כ הכי יתפרש דלאו שלוחו ממש וכדאיתא בנמוק"י, והנה בס' מ"ה ראיתי שרצה ליישב קושיא הזאת וכן קושית התו' ב"מ דצ"ט בד"ה באומר הכישה דהקשו נמי כיון דשליח ע"י עבדו הוה שאילה בבעלים עפמ"ש שם בש"ס דצ"ז ע"א איגלאי מלתא דלמיסר טעינה הוא דנפיק, ובהג"א הביא בשם ראבי"ה ללמוד מזה דאם השואל רצה לעשות לעלות על הסוס ותפס המשאיל אכתגרייך דהיינו כסא או ספסל בשעה שהוא עולה על הסוס דאין זה שאילה בבעלים, שאין כוונתו של משאיל להנאת שואל אלא להנאת סוסו מתכוון שלא יגלוד עורו כשהוא עולה ע"כ, וה"נ י"ל גם כאן כיון שנותנו לעבדו או לשלוחו שיזכה בהן השואל, א"כ מתחייב באונסין מיד שיצא מרשותו והו"ל תועלת המשאיל שיתחייב באונסין קודם שיהא לשואל הנאה, לכן לא הוה שאילה בבעלים ע"ש, ובמחכ"ה דברי שגגה הם, דהכא לא הוי שום הנאה למשאיל במה שיתן ע"י עבדו, דהא ס"ס השואל רוצה הוא להביאה לביתו, ואם לא ישלחנה המשאיל ע"י שלוחו ישלח גם השואל שליח או הוא עצמו יבא לקחתה ואז כ"ש שיתחייב השואל באונסין, ולא דמי להההיא דהג"א דהתם אם לא יתפוס המשאיל הכסא, השואל לא יהדר אח"ז, אלא יעלה על הסוס בלא זה, דלא איכפת לי' בהגלדת עור הסוס, ולשואל אין הנאה מזה, ובע"כ רק טובת המשאיל לחוד הוא, משא"כ הכא הוי להיפך דהשואל מוכרח הוא להביא מיד הפרה לביתו למלאכתה הוא צריך, ואם לא ע"י שלוח דמשאיל, יהי' מוכרח הוא לשלוח אחרי', ונמצא דלמשאיל אין הנאה, דס"ס

יהי' אחריות דאונסין משיצאה הפרה מביתו אף ע"י שליח דשואל, וכל ההנאה אינה אלא לשואל, דאינו מוצא בנקל שליח, ושפיר הוי שליח בבעלים, לולי התי' שכתבו התו' והראשונים דשליח דהכא כיון שהשואל אמר למשאיל שישלח ע"י שליח לא נחשב כלל כשלוח דמשאיל אלא כשלוח דשואל שמזכה לשואל על ידם וכמ"ש הראב"ד, או כתי' הר"ן דהכא לאו מטעם שליחות אלא מטעם ערבות חייב באחריות דהמשאיל הוציא בהמתו למסרה לאותו האיש ע"י מצות השואל והוה כערב הלכך לא שייך כאן פטור דבעלים ודו"ק:

סעיף ז' **במחבר** א"ל השואל הכישה במקל והיא תבא מאלי' כו' אין השואל חייב עד שתכנס לרשותה זהו לשי' לעיל בסעיף ד' דלענין חיוב מזונות אינו חייב עד שימשוך וכשיטת הרמב"ם, ועיין בש"ך שתמה על הרמ"א דלעיל בסעי' ד' הגיה שם הרמ"א די"א דלא בעינן משיכה אלא מיד שנסתלקו הבעלים וכדעת הרא"ש, וכאן סתם כדעת המחבר ולמה לא הביא כאן נמי דעת הרא"ש דחולק ונ"ל ליישב בטוב טעם עפמ"ש התוס' ב"מ דצ"ט ע"א בד"ה כך תקנו דשומר חנם וש"ש חייבים בדיני חיובם מיד כשנסתלקו הבעלים ולא בעינן משיכה ושואל בעי משיכה דוקא ובגוף הדין דפסקו דשואל מדאורייתא נמי לא קנה אלא במשיכה ראיתי בבאור הגר"א שעל הרא"ש שם דתו' לשיטתייהו אזלי לעיל שם בד"ה אמר שמואל דפסקו כשמואל דהכישה במקל לא מהני, וא"כ כ"ש דסלוק השמירה לחוד לא מהני ע"ש, אלא דאכתי קשה טובא טעם הדבר לחלק בין שו"ח וש"ש לשואל, ובשו"ח וש"ש לא בעינן משיכה, דלכאורה מוזר החילוק הזה והלא אדרבה כיון דשואל כל הנאה שלו כ"ש שיתחייב מכי סלקו הבעלים משמירה, ונ"ל טעם נכון לחלק זה דבשלמא חיובא דשו"ח, דהיינו פשיעה וכן חיוב דש"ש דהיינו גניבה החיובים הללו תלוים ברצון ויכולת השומר דאם ירצה לא יפשע בשמירתו ולהכי שפיר אמרי' דמיד שנסתלקו הבעלים מן השמירה ודאי דעל השומר מוטל לשומרה ולא יניח ממון חבירו לאיבוד, וכן מחויב לשומרה מגניבה, אבל חיוב דשואל דהיינו אונסין שאין זה תלוי כלל ברצון ויכולת השומר דאפי' אם ירצה לשומרם כראוי לא יוכל לשומרם מאונס, ובשואל גופא הוה עיקר חיובו משום דכיון דלזמן השואלה הוה כל הנאה שלו אמרינן דכשלו הוי ושלו הוא דאתניסה, וכמבואר בחדושנו לקמן סי' שמ"ו ולהכי כל זמן שלא משך ליכא לחייבו באונסין דלא שייך הכא לחייבו משעת סילוק השמירה כיון דהחיוב לאו משום שפשע בשמירה הוא וזה נכון, ולמ"ש מיושב מאוד דברי הרמ"א שלא הגיה כאן כלום, דהרמ"א בחר להכריע כן כסברת התו', דאע"ג דס"ל לתו' נמי דמשעה שנסתלקו הבעלים חייב השומר כסברת הרא"ש אפ"ה

בהא יפלגו על הרא"ש, דהרא"ש סובר כן לענין חיוב אונסין דשואל נמי, והתו' סוברים דא"א לחיובי משום הכי כ"א בדבר שביד השומר לשמור ולעשות וכמו בשו"ח וש"ש, אבל באונסין דשואל לא מחייב כ"א במשיכה ובדרך זה המסתבר טובא הלך גם הרמ"א, ולהכי בסעיף ד' דשם מזכיר המחבר רק חיוב דמזונות ולא חיוב אונסין, ולענין חיוב מזונות שתלוי ברצון השואל, בזה דין שואל שוה לשו"ח וש"ש, ולכן הכריע הרמ"א שם כדעת הרא"ש דמיד שנסתלק חייב דדבר מסתבר הוא דכיון שהבעלים נסתלקו ממנה שמחויב השומר להאכילה, דמי יאכילנה אם לא הוא, אבל כאן דמיירי רק לענין חיוב אונסין שפיר הכריע הרמ"א כהמחבר ולא הביא לדעת הרא"ש כלל, משום דבזה מסתבר דברי המחבר דסלוק שמירה לא מהני לענין זה וכסברת התו' דהתו' הוו כמכריעים בין הרמב"ם להרא"ש הרמב"ם ס"ל שבשום דבר לא מהני סלוק שמירה והרא"ש סובר דבכל דבר מהני סלוק ואפי' לענין חיוב אונסים נמי, והתו' הם כמכריעים דלענין חיובא דשו"ח וש"ש ומזונות חייב משעת סלוק, ולענין חיוב אונסין משעת משיכה דוקא, ובעקבות התו' הלך גם הרמ"א ודו"ק:

**סימן שמא**

סעיף ד' **במחבר** חשבו שהוא של אביהם וטבחוה ואכלוה כו' ואם הניח להן אביהן נכסים משלמין כו' לא הזכיר המחבר דחייבים לשלם כשהניח להם אחריות כ"א אטבחוה ואכלוה, אבל אם מתה מעצמה פטורים אפי' כשהניח להן אחריות, ואמנם דכן מוכח בש"ס דכתובות דל"ד ע"ב דהכי איתא התם אמר ר"פ היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור ומשום דהו"א דמשעת שאילה אתחייב באונסי' וקדים חיוב הממון לחיוב דמיתה בעבור שחילל השבת קמ"ל דכיון דכל מה דאיתא הדרא בעינא ההיא שעתא דטבח קא גזול לה ובאים כאחת ואמרינן קלב"מ, ותו אמר התם אמר רבא הניח להן אביהן פרה שאולה כו' מתה אין חייבין באונסי כסבורין של אביהן וטבחוה כו' הניח להן אביהן אחריות נכסים חייבין לשלם איכא דמתני לה אריש כלו' על דין דמתה, ופרש"י להאי הניח אביהן אחריות נכסים ואמרינן דאפי' במתה חייבין לשלם בכה"ג כשהניח להן אחריות נכסים דאשתעבוד נכסים דאבוהון מחיים משעת שאולה ואיכא דמתני לה אסיפא היכא דטבחוה דאם הניח להן אחריות נכסים משלמין תשלומי מעליא ולא בזול מאן דמתני אריש כ"ש אסיפא כשטבחוה ופליגא דר"פ דאמר משעת ההיא שעתא דטבח הוא דאתא חיובא ולא משעת שאלה, ומאן דמתני לה אסיפא אבל אריש לא, ואם מתה לא מחייבי לשלומי ולא אמרי' אשתעבוד נכסי דאבוהון משעת שאלה והיינו דר"פ דאמר לעיל לא אמרי' משעת שאלה רמי עלי' תשלומין אלא משעת אונסין,

הרי הוא הצעת הסוגיא ופירושה לשי' רש"י ע"ש, והיינו ממש כהמחבר דודאי קיי"ל כמאן דמתני לה אסיפא דוקא דלשון זה אתיא גם לר"פ, ואולי ללישנא דמתני לה אריש צ"ל דלא כר"פ, והיינו דפסק המחבר דבמתה אין חייבין אפי' כשהניח אביהן אחריות נכסים, ודוקא בטבחוה הוא דחייבין בכה"ג שהניח להן נכסים והיינו כר"פ, אכן ידוע שהרמב"ם פ"א משאלה פוסק שגם במתה מעצמה חייבין בהניח נכסים, וכבר הקשו עליו המפרשים דפסק דלא כר"פ, ועיין בכ"מ שם שתי' דהרמב"ם אינו גורס בגמ' ופליגא דר"פ, ונראה בטעמו משום דבאמת מהענין דר"פ דמיירי לענין קלב"מ לדין זה, הא יש לומר שגם ר"פ מודה דלענין חיוב היתומים חייבין לשלם גם במתה כשהניח להן אחריות נכסים, דע"כ לא קאמר ר"פ דלא אמרינן משעת שאלה חייב באונסין היינו שאינו נגמר חיוב התשלומין כ"א עד שעת טביחה, אבל באמת דאח"כ כשטבחה הוה מחויב למפרע, ולכן גבי אחריות מיקרי שהאב הי' מחויב כיון דבשעה שקיבל השמירה נתחייב לשלם אם יאבד אח"כ, והא דאמרינן קלב"מ, היינו משום דלענין קלב"מ בעינן שגמר החיוב יהי' מעיקרא וכל זמן שלא נגמר החיוב לא מיקרי בר חיוב דמעיקרא לענין שלא נאמר קלב"מ, ושפיר מיושב דעת הרמב"ם דמוחק הגרסא ופליגא דר"פ, אכן באמת א"א לומר כן דהא בסוגיא דהתם גופא מוכח דאפי' כשלא נגמר עוד החיוב, אלא שנתחייב לשלם כשיאבד מיקרי בר חיוב גם לענין קלב"מ דהכי אמרינן התם הי' גדי גנוב לו בחול וטבחה בשבת חייב ואמאי חייב נימא נמי התם כיון דגמר החיוב הוה כשטבח, ונמצא דשני החיובים באים כאחד בשעת הטביחה אע"כ כיון דבשעה שגנב מחויב הוא בתשלומין מיקרי בר חיוב מעיקרא, אע"ג דחיוב דשעת הגניבה לא היתה כ"א על תנאי לכשתאבד, דהא כל זמן שהיא בעולם אין עליו חיוב לשלם רק מחויב להחזיר החפץ, ומה שמחויב להחזיר החפץ ודאי שלא נקרא זה בר חיוב, וכמו שהוכחתי בחיבורי לכתובות מהא דגנב וטבח בשבת דפטור מטעם קלב"מ ואמאי לא נימא כיון דבשעה שגנב הי' החפץ בעין ומחויב להחזירו אפי' כשגנב בשבת, דבדבר בעין לא אמרי' קלב"מ וכמבואר בסנהדרין, אלא ודאי שמה שמחויב להחזיר החפץ לא מיקרי זה חיוב לענין שלא נימא אח"כ קלב"מ, דדוקא היכא דמחויב בתשלומין מיקרי חיוב לענין זה אע"כ שעיקר החיוב בההיא דגנב בחול הוה משום דמחויב בתשלומין לכשתאבד, והרי לנו שאע"ג דלא נגמר החיוב מיקרי נמי בר חיוב, וא"כ ה"נ גבי שאולה אם אך נימא דחיוב תשלומין יש עליו משעת שאלה לא הו"ל למימר קלב"מ ומדאמר ר"פ קלב"מ בזה, מכלל דבשעת שאולה אין עליו שום חיוב ורק החיוב בא אח"כ כשטבחה ואפי' התחלת החיוב לא הי' מקודם, וא"כ לר"פ ודאי פטור לשלם במתה אפי' אם הניח נכסים, ומאן דמחייב בע"כ דפליגי

אר"פ ויוחזר אפוא הקושיא על הרמב"ם מה דפוסק דגם במתה חייב לשלם, חדא דהוא דלא כר"פ ועוד הא איהו גופא בפ"ג מהלכות גניבה פוסק לדר"פ לענין קלב"מ, ונראה כמ"ש בשמ"ק הובא כאן בקצוה"ח דודאי הרמב"ם לא יגרום ופליגא דר"פ ויסבור דבדין זה גם ר"פ מודה דחייב לשלם, רק לא מטעם הכ"מ כ"א מטעמא אחרינא דבאמת סובר ר"פ דהתחלת החיוב בא משעת שאלה רק שלא יצא לפועל עד שיאבד מן העולם ולהכי בהניח נכסים חייב כיון שמחויב הוא מחיים, אכן כ"ז הוא רק במתה כדרכה דהוה הכל החיוב הראשון דמשעת שאלה, משא"כ בטבחה דכיון דטבחה גזול להו ונתבטל חיוב הראשון דמשעת שאלה והוה חיוב חדש, וכיון דהחיוב החדש הי' בשבת פטור דהחיוב הראשון הרי נתבטל ובחיוב השני אמרינן קלב"מ ע"ש, ודומה לזה הוא בב"מ דצ"ט שכרה בבעלים ושאלה שלא בבעלים אתיא שאלה שלא בבעלים ומפקעה חיוב הראשון כן נ"ל נכון בכוונת הרמב"ם ומעתה יהי' פירוש הש"ס דכתובות כן סד"א דמשעת שאלה נתחייב באונסין קמ"ל פי' לא דקמ"ל דליכא חיוב משעת שאלה, דהא זה ודאי שגם לר"פ יש חיוב משעת שאלה אלא דקמ"ל שהחיוב נתבטל עתה דס"ד דהחיוב הראשון קאי וקמ"ל דנתבטל ודו"ק:

**ואמינא** עוד להוסיף בזה דרש"י ורמב"ם לשיטתייהו אזלי בפירוש דלעיל דהנה שם בדברי ר"פ דהיתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת דפטור הי' הגרסא דאם אין גניבה אין טביחה ומכירה ורש"י מוחק ההיא דאם אין גניבה כו' כיון דשואל בלא"ה פטור מכפל דאין כפל אלא בגנב כו' והקשיתי שם דהא כיון דברשותא דמרא קיימא א"כ הא יוכל עתה לגונבה ע"י שטבח אותה דהטביחה גופא הוה קנין משום שינוי מעשה ומה לי אם תחלה בשאלה בא לידו הרי בטביחה זו גונבה עתה ונתחייב כפל, וכתבתי שזהו סברת רש"י דכיון דמעיקרא בשאילה בא לידו, אפי' כשגנבה, אח"כ לא נעקר החיוב של שאילה כיון שגם על שאילה מחויב באונסין, ואין על מה לחול חיוב דגניבה, כיון דכבר מחויב ועומד מטעם שואל, ולא נתבטל עי"ז חיוב הראשון, והתשלומין הוא על החיוב הראשון דקדים שהוא שואל דלא שייך כפל, וא"כ כיון דרש"י סובר דחיוב דגניבה לא מבטל חיוב דשאילה, ממילא א"א לומר דר"פ סובר דבאמת יש התחלת חיוב מעיקרא משעת שאילה ואפ"ה אמרי' קלב"מ מטעם דעתה כשטבח נתבטל החיוב כיון דאיהו סובר שהחיוב אינו מתבטל, ובע"כ דר"פ סובר שאין שום חיוב בתשלומין משעת שאילה וממילא מוכרחים לומר דמאן דמחייב לשלם במתה בהניח נכסים פליג אדר"פ, ושפיר גרס בגמ' ופליגא דר"פ. אכן הרמב"ם גורס התם אם אין גניבה אין טביחה ומכירה ומוכח מזה שסובר דגניבה דבתר הכי מבטל לשאלה דמעיקרא וכמ"ש הש"ך כאן, א"כ יוכל

לסבור דבאמת יש חיוב תשלומין גם משעת שאולה, והא דאמרינן קלב"מ היינו משום דאותו חיוב נתבטל אבל היכי דלא נתבטל יש התחלת חיוב משעת מעיקרא וגם ר"פ מודה בהניח נכסים שחייב לשלם, וזה נכון, ולפ"ז יצא לנו מחלוקת חדשה דלשי' רש"י מוכרחים לומר דר"פ סובר שאין התחלת חיוב משעת שאלה, ולרמב"ם יש התחלת חיוב גם משעת שאלה, ונ"מ לענין כמה דברים כגון אם מיקרי זה כא"י אם פרעתיך או כא"י אם נתחייבתי וכמ"ש הנמוק"י והש"ך לעיל סי' רצ"א ועוד לענין הוזלה אח"כ ומתה דלרש"י אין משלם כ"א כמו ששוה בשעת הוצאה מן העולם כיון שרק עתה הוא החיוב, ולרמב"ם משלם כמו שהיתה שוה בשעת שאילה כיון דהחיוב הוא מעיקרא והנה במחבר לעיל סי' ש"מ מבואר דבנכחשה ומתה מחויב לשלם כמו שהיתה שוה בשעת שאילה, ופי' שם הסמ"ע משום דהכחשה הוא תחילת מיתה, משמע דבהוזל משלם כמו ששוה עתה והוא כרש"י, אכן גם ברמב"ם כתוב בזה הלשון ולכאורה לשי' הרמב"ם הוה צריך לשלם כדמעיקרא:

סעיף ו' **בהג"ה** ואפי' החזירו למשאיל כו' ועיין בנה"מ ס"ק י"ב מה שהקשה על הסמ"ע דהא כשאמר בטובתך לדעת הרי"ף ורמב"ם הוא שאול לעולם ע"ש, ולענ"ד אין כאן תמי' כלל דלרש"י עצם לשון דבטובו משמע לעולם וע"ז א"צ לשום קנין, ועיקר הקנין כי אתא היינו רק להכי להיכי דאהדרי' שיכול לחזור וליקחו, אבל לפי' הרי"ף דבעצם הלשון דבטובתך אין משמע כלל לעולם וכמ"ש הרא"ש שם, ורק משום הקנין היתר אמרי' דלטפויי אתא שיהא שאול לעולם וא"כ די לן לטפויי כשלא החזיר למשאיל שיהא שאול לעולם אבל כי החזיר מנ"ל לומר שיכול שוב לחזור ולקחתו ועמ"ש לעיל ס"ס קצ"ה:

סעיף ח' **במחבר** האומר לחבירו השאילני שוקת סתם ונפל חוזר בונה כו' א"ל השאילני מקום שוקת כו' והוא שלקח ממנו בקנין ע"ז, פי' רק אסיפא לחוד קאי דכי אמר לו השאילני מקום השוקת דבעי לזכות בכולה ארעא לחפור בה כמה גרגותני בעינן קנין ולא סגי בקנין החזקה שהחזיק בקרקע בחפירה הראשונה כ"א להההוא גרגותא לחוד ולא לזכות בכולה ארעי לחפור בה כמה חפירות, ולהכי בעינן קנין מיוחד, אבל ברישא לענין עצם השוקת לא בעי קנין מיוחד מן הבעלים ורק קנין שעשה בקרקע, שטר או חזקה מהני והכי מפורש בשמ"ק ב"מ דק"ג שמכוון גם לרש"י שם ד"ה קנו מיני' באופן זה:

**סימן שמג**

סעיף ב' **במחבר** שומר שכר לזמן כיון שכלה זמנו כלתה שמירתו ואפי' הוא עדיין בביתו אינו עלי' אלא שו"ח נ"ב דהיינו אם בתחלת השמירה לקח מבית בעלים לשמרו בבית השומר בזה שפיר אמרינן דלא יסולק עדיין עד שיגיעו לרשות בעלים, אבל כשהשמירה

הי' בבית בעלים כגון ששכר הפועל לשמור בביתו משכלה הזמן שוב אפי' שו"ח לא הוי ועמ"ש לעיל בסי' ס"ו מזה:

**והנה** בשמ"ק ב"מ דפ"א הביא בשם הריטב"א דש"ש בעלמא שיש בו זמן והגיע זמנו הוה ש"ש עליו עד שיאמר לבעלים טול את שלך וכמו גבי אומן דבעינן שיאמר גמרתיו ע"ש, הובא כאן בקצוה"ח, ולא נהירא דמסתבר לומר דכיון שהגיע הזמן כלתה שמירתו וכמו גבי שואל דכלתה שאילתו מעצמו כמבואר כאן דבשואל כלתה שאילתו ממילא, ולאומן לא דמי דהא דבעינן באומן שיאמר גמרתיו, היינו משום דבלא זה לא ידעו הבעלים שגמר אומנתו ושכלה הזמן, אבל בדבר שיש לו זמן קבוע לא בעינן שיאמר לו ולכשיגיע הזמן ממילא כלתה שמירתו, וכן משמע מלשון רש"י ב"מ שם בד"ה הא גמרתיו, דאמירתו גמרתיו בעינן בכדי להודיע לבעלים שכלו ומי האומנות, וכן בב"י כאן למד ש"ש משואל דבכלה הזמן כלה שמירתו ע"ש:

**סימן שמד**

סעיף ב' **במחבר** כשמשלם השומר שמין לו השברים כו' ובסמ"ע סק"ד כתב דילפינן לה מדכתיב והמת יהי' לו וקי"ל לו לניזק, ואינו מובן דהא מקרא דהמת יהי' לו ילפינן למזיק אבל בשומר קרא אחרינא כתוב עד הטריפה לא ישלם ודרשי' עד הטריפה הא טריפה עצמה לא ישלם וכמבואר בב"ק ד"י ועביד התם צריכותא למה הוצרך לכתוב בשומר ולא יליף ממזיק ע"ש, והנה בס' ים התלמוד הקשה לשי' הרמב"ם דחיוב דשומרין הוא משעת משיכה, וא"כ היכי ס"ד דלא לכתוב קרא גבי שומר ונילף ממזיק הא לא דמי כלל, דבשלמא מזיק דבא החיוב בשעת ההיזק ולכך אין המזיק מטפל עצמו בנבילה, ולא חייבתו תורה כלל רק עד כדי השלמת ההיזק למה ששוה הנבילה, משא"כ גבי שומר דהחיוב הוא משעת משיכה והי' עליו חוב לשלם לבעלים או הבהמה כולה אם היא בעינה או ממון דמי שויה וכי יעלה על הדעת לסלק לבע"ח בנבילה כיון שחיוב זה בא עליו קודם ההיזק ע"ש, ולכאורה יש להוסיף מיא וקמחא ולחזק קושיתו דכדבריו ממש כתבו התו' ב"ק די"א בד"ה אין שמין דמשו"ה אין שמין לגנב ולגזלן וכן שואל משום דקנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים וכן השואל קנאו משעה שהוציא מרשות בעלים אבל מזיק לא נתחייב אלא כמו שהזיק ע"ש הרי להדיא כחילוק הגאון בעל יה"ת, אכן באמת מן התוס' הללו יהי' מיושב גם כאן, דהא התוס' שם הביאו לן הירושלמי דבגנב וגזלן כתיבי קראי ע"ז דאין שמין בגנב ילפינן מקרא דחייב שנים ישלם ובגזלן מקרא דאשר גזל, וא"כ קשה טובא למה לן קראי ותיפוק דסברא הוא דכיון שקנו זה מיד כשהוציאו מבית בעלים ודאי שצריכים לשלם בכסף ממש ומצאתי שהשמ"ק הקשה

כן ותי' דאי לאו קראי לא הוה אמינא הכא אלא העיקר משום דכתיבי קראי וכיון דאית לן קראי אז תלינן טעמא משום דקנו ע"ש, הרי להדיא דבלא קרא מפורש מסברא לא הוה אמינא דעל הגנב והשומר לטפל בנבילה, ומיושב גם כאן דכל זמן דליכא קרא הוה שפיר ס"ד למילף דגם בשומר הבעלים מטפלים בנבילה, ואכן שוב התבוננתי דשפיר הקשה דבאמת יש להבין דברי השמ"ק דהכל טעמא מאי כיון דקנו, הסברא הוא דצריך לשלם דמי מעליא ולמה צריך קרא בגנב וגזלן, וצ"ל משום דבלא קרא הוה ילפינן זה מקרא דטריפה לא ישלם שנא' בשומר דנמי קני משעה שמשהה ואפ"ה גלי בי' קרא דבעלים מכפלים בנבילה הוה"ד גבי גנב וגזלן נמי, ולכן איצטריך קרא גבי גנב וגזלן דלא נילף זה משומר, וא"כ היינו דוקא לבתר דכתיב קרא דטרפה לא ישלם, אבל כשאנו דנין בב"ק על עיקר קרא דטריפה לא ישלם גופא דלא לכתוב ונילף לגבי' ממזיק, ע"ז שפיר הקשה דהא מן הסברא הוה מחלקינן בין מזיק לשומר והיכי ס"ד לדמותם להדדי ודו"ק כי זה ברור:

**סימן שמה**

סעיף א' **במחבר** המשאיל אומר שאולה מתה כו' מתוך שאינו יכול לישבע משלם, הטעם הזה פשוט ומבואר בש"ס דב"מ דצ"ז דפריך ממשנה זאת לימא תהוי תיובתא דרב נחמן דסובר ברי ושמא לאו ברי עדיף, ומשני דמיירי בשיש עסק שמועה ביניהן בתוך שאיל"מ אלא דבפנ"י שם כתב דבר חדש, דלר"נ הוה באמת עיקר החיוב בכאן משום ברי ושמא ברי עדיף דא"א לומר דטעמא דר"נ הוא משום מתוך שאיל"מ דהא ר"נ לית לי' הדין דמתוך שאיל"מ וכמ"ש בתוס' דר"נ עבד עובדא בשניהם חשודים דיחלוקו, אע"כ עיקר החיוב הוא משום ברי ושמא, ואפ"ה הוצרך הש"ס התם לטעם דעסק שבועה דברי ושמא לא מהני לר"נ כ"א בהצטרפות איזה חזקה עם הברי וכמ"ש ר"נ בכתובות די"ב ע"כ לא אמר ר"ג ברי עדיף כ"א התם דאיכא חזקה דגופא אבל היכי דליכא חזקה מודה, והנה ביש עסק שבועה דהיינו מודה במקצת איכא חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו לסייע למעלת הברי, דליכא למימר דחזקה זאת נסתרת ע"י חזקת הנתבע, דאין אדם מעיז פניו, דהא במודה במקצת אמרינן דמשתמיט ולא להעזה מכוון, ולכך הוכרח לאוקמי כשיש עסק שבועה, דבזה איכא חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו לסייע למעלת הברי, אבל באין עסק שבועה דהיינו בכופר הכל ליכא חזקה דאין אדם תובע משום דחזקה דאין אדם מעיז סותר אותה ולא נשאר כ"א ברי לחוד דזה לא מהני והיסוד להחידוש הזה בנה על דברי רש"י ופי' התם בד"ה חייב לשלם דברי ושמא ברי עדיף, ולכאורה קשה הא מוקי לה בגמ' בטעמא אחרינא משום דיש עסק שבועה, א"ו דבאמת גם לר"נ הוה עיקר

החיוב משום ברי ושמא הארכתי בבאור והסבר דברי הפנ"י בכדי להבליט מה דקשה לי על דבריו, דלענ"ד יש לפקפק בזה חדא דלבתר דמשכח בה עסק שבועה מסיים הש"ס הטעם דמתוך שאיל"מ ולדבריו למה הוצרך לסיים זה כיון דאין הטעם משו"ה, ואפי' אם הי' יכול לישבע לא הי' מהני לפטור ע"י שבועה כיון דאיכא ברי וחזקה דמהני להוציא ולא הו"ל להש"ס לומר רק כשיש עסק שבועה, אבל לא לסיים דמתוך שאיל"מ הוא, ועוד דאפי' לטעם דעסק שבועה לא הוצרך כלל, הא ר"נ גופא הוא דסובר בשבועות ד"מ דגם בכופר הכל שייך אשתמוטי דמה"ט מחייב שבועה גם בכופ"ה משום דלא אמרי' חזקה אין אדם מעיז, אלא אמרי' דלאשתמוטי מכוון, וא"כ אפי' כשאין עסק שבועה וכופר בכל ממש הוא, נמי איכא חזקה דאין אדם תובע, ואינה נסתרת כלל ע"י חזקה דאין אדם מעיז, וכנראה מלשונו שם שהוא עצמו הרגיש בזה ורצה לתקן משום דבכופר הכל לא שייך כ"כ אשתמוטי כמו במודה במקצת ע"ש, והנה א"כ אמנם כ"כ התוס' בשבועות שם דהקשו דא"כ מודה מקצת יפטר במיגו דבעי כפר הכל כיון דגם בכופ"ה אמרי' אשתמוטי ותי' דאפ"ה לא שייך כל כך לאשתמיט בכופ"ה כמו במודה מקצת ואין זה מיגו ע"ש, אכן מהתוס' הזה אין ראי' לנדון דהכא דלענין לבטל המיגו כתבו התוס' שפיר דלא הוה מיגו בהכי דאע"ג דגם בכופ"ה עביד לאשתמוטי, אפ"ה אין נוח לו להשתמט מכל התביעה, ויותר נוח לו להודות במקצת ולהשתמיט מן המותר, אבל לענין לסתור החזקה דאין אדם תובע, פשיטא שאפי' כופ"ה גמור אין סותר כיון דגם בו אמרי' דאין מעיז ועביד לאשתמוטי גם בכולו דאל"ה לא הי' מחייב שבועה בכופ"ה ובהדיא איתא שם דמחייב שבועה בכופ"ה מ"ט חזקה דאין אדם תובע כו' ופריך והא חזקה דאין אדם מעיז ומשני אשתמוטי קא משתמיט הרי להדיא שגם בכופ"ה נשארת חזקה דאין אדם תובע בתקפה, ואינה נסתרת ע"י חזקה דאין אדם מעיז, הן אמת דקושיא הזאת לא הי' גדולה בעיני כ"כ די"ל דרש"י לשיטתו ב"מ ד"ג ע"ב דס"ל דכופ"ה לא שייך אשתמוטי, והך סוגיא דשבועות יישבתי לעיל בסי' ע"ה וסי' פ"ז לשיטת רש"י בכמה אנפי, אבל קושיא אחריתא עוד תעמוד לנגדו דלשי' רש"י ב"ק דפ"ז דחזקה דאין מעיז לא שייך כ"א במקום שעשה לו טובה שהלוהו, אבל בפקדון שלא עשה לו טובה אדם מעיז וחייב אפי' בכופ"ה, וא"כ בפקדון לעולם איכא בתקפה החזקה דאין אדם תובע, ונימא התם ברי ושמא ברי עדיף כיון דחזקה דאין אדם תובע מסייע למעלת הברי ובהדיא שנינו בב"ק דקי"ח גזלתני הפקדתני א"ל אם גזל או הפקיד פטור, הרי שאפי' בפקדון לא אמרי' ברי עדיף, ועוד דבכל טענות שמא לא שייך כ"כ אין אדם מעיז, כיון שאינו כופר כלל וטוען האמת שאינו יודע ואכתי נאמר בכ"מ דברי עדיף כיון דליכא חזקה דאין

אדם מעיז לסתור חזקת דאין תובע כו', ומכל הלין נ"ל דחזקה שאין אדם תובע אינה מצטרפת כלל למעלת הברי ואע"ג דשארי החזקות מצטרפות, אבל הך חזקה לא משום דשני המעלות הללו הכל ענין אחד, דע"י חזקה דאין אדם תובע תתעדף טענת הברי, דאי לאו הך חזקה לא הי' מעלת הברי מעלה טובה, כי מה לנו לטענתו אחרי שיש לומר שיטען מה שאין לו, וא"כ החזקה הזאת עושה לטענת הברי טענה מעליא ואין כאן כ"א הברי לחוד ודמיא למ"ש הנו"ב מ"ק חאה"ע סי' מ"ג להשיג על הפנ"י שכתב דבעגונא יש שני חזקות לאיסור חזקת חיים וחזקת א"א, והשיג הנו"ב דשני אלו החזקות נחשבות כחדא דאחת רק לחבירתה משבחת ע"ש, וה"נ דכוותי', ול"ד לכל החזקות דמצטרפות בהדי ברי משום דענינים מחולקים הם, זהו הנלע"ד לפקפק בדברי הגאון ובשגם שאין הכרח לומר כדבריו דקושית התוס' כבר יישבו התוס' גופייהו ומה שדייק מרש"י הודה מעצמו שדרך רש"י לפרש כפשוטה אף שלא אליבא דהלכתא, וניחא לו לפרש אליבא דר"ה ור"י בחדא פרה ומשום ברי עדיף דפשוטה טפי ודו"ק:

**סימן שמו**

סעיף א' **במחבר** אפי' נגנב או נאבד בפשועה פטור כו', מה שהקשו מדין זה על הרמב"ם דסובר פשיעה הוי כמזיק יישבנו זה בארוכה בחדושנו לעיל סי' ס"ו סעי' מ':

סעיף ג' **במחבר** אלא מזמין ומכין עצמו ללכת חשוב עמו במלאכתו אבל באמירה בעלמא לא הוי שאלה בבעלים דין זה דבעי דוקא הזמנה הוכיחו התוס' בר"פ השואל דעל מ"ש שם בש"ס פרה במשיכה ובעלים באמירה הקשו התוס' דהא לקמן אמרי' שתלא טבחא ואומנא כולהו בעידן עבדתייהו הוי שאילה בבעלים, הרי שדוקא עידן עבדתייהו בעינן וע"ז תי' דלאו דוקא עבדתייהו אלא כשמזמין עצמו ללכת חשיב עידן עבדתייהו ע"ש ואמנם הוכחה הזאת לכאורה יש לפקפק בה דלפרש"י שם שכל הנהו שתלי טבחי כו' דוקא למאן דעסיק בעבודתי' בלחוד הוא דהוי שאילה בבעלים ולא לכל העיר, דלמי שאינו עוסק במלאכה לא הוי כלל שאילה בבעלים, וכ"ה דעת הרמב"ם בפ"ב משאלה אין מקום לקושית התוס', דהא י"ל דלהכי בעינן התם עידן עבדתייהו, בכדי שיהי' מבורר לפחות דלמאן דעסיק הוי שאילה בבעלים, ובלא זה לא הוי שאילה בבעלים לכולם דסברת הרמב"ם כתב הנה"מ כאן שבשותפין אמרי' ברירה שבשעה שהשותף הזה צריך לי' הוי כשלו לגמרי, וממילא הכא כשהאחר צריך לעבודתו הוה כשכור לו כולו לזמן ההוא ולהכי לא הוה כשאול לאחר ע"ש ולפ"ז ממילא בשעה שאין עובד לא הוה משועבד כלל להשואל דשמא יוצרך לו אחר למלאכה באותה שעה ואז יהי' משועבד כולו להעובד, ולהכי בנשתעבד לכל העיר בעינן בשעת עבדתייהו, אבל בנשתעבד לאיש

אחד י"ל דבאמירה לחוד נמי משתעבד ואם אמנם על התוס' גופא אפשר לומר דיסברו כשיטת הראב"ד המובא בשמ"ק שם דאפי' לאחר שאינו עוסק עמו במלאכתו הוי שאילה בבעלים ולהכי שפיר מקשו, והוכיחו מזה ממילא דבאמירה לחוד לא סגי, אבל לדינא מנ"ל לומר כן בהחלט, כיון דלרש"י ורמב"ם אין מוכרח כן, ולכן נראה דאע"ג דלרש"י ורמב"ם לא קשה מההיא דשתלא אפ"ה בעיקר הדין שכתבו התוס' דבאמירה לחוד לא משתעבד כ"א כשיזמין לעשות העסק, בזה גם הם מודים, ונהי דמקושיא דשתלא לא מוכרח הכי לשיטתם, מ"מ אכתי מוכרח מראי' השני שהביאו התוס' דלעיל אמרינן דאיגלאי מלתא דבההיא בעתא שכרא שתי, ואי אמרת דבאמירה לחוד הוי שעבוד א"כ מאי הוה דשכרא הי' שותה, הא משתעבד בשעת אמירה אלא לאו דמשעת אמירה לחוד לכו"ע לא משעבד, וגם התוס' גופא צ"ל דעיקר ראיתם סמכו על ראי' זאת ולא על ההיא שתלא, דאפי' לשיטתם אין ראי' כ"כ מההיא דשתלא לחלק בין אמירה להזמנה, דהא יש לתרץ כמ"ש הרמ"ה המובא בטור כאן לחלק, דבקבע לו זמן לעבידתי' לא הוי שאילה בבעלים באמירה כ"ז שלא התחיל לעשותה ודוקא כשלא קבע לו זמן ואימת שירצה השואל נמצא שעתה הוא שאול למלאכתו אע"פ שלא עשה, וא"כ י"ל דהא דבעינן התם עידן עבדתייהו מיירי שקבע לו זמן והא דאמרי' בר"פ השואל דבאמירה לחוד סגי, היינו בלא קבע לו זמן ומנ"ל לתוס' לחלק בין אמירה להזמנה אע"כ דעיקר החילוק בין אמירה להזמנה מוכח רק מההיא דלעיל דהא התם בע"כ מיירי שלא קבע לו זמן, מדאמר התם לסוף איגלאי מלתא דשתי שכרא ולא עסק באפייה בעת ההיא, ומלשון הש"ס משמע דמתחלה סברו דהי' עוסק במלאכתם בשעת מעשה, דהא איכסיף ר"פ דחייבי', ומשום דסבורים הי' שעסק במלאכתו בשעת חיוב השמירה, עד שנגלה להם אח"כ ע"י החקירה שלא עסק במלאכתו, ואי בקבע לו זמן מיוחד מיירי הא ידעו מעצמם דלא הי' זה שעת מלאכה, אע"כ דהתם מיירי בלא קבע לו זמן, ואי אמרת דבכה"ג באמירה לחוד משתעבד, מאי הוה כי שתי שכרא הא מ"מ נשתעבד להו באמירה, אע"כ כחילוק התוס' דבאמירה לחוד לא נשתעבד בשום אופן אפי' בלא קבע ורק בהזמין למלאכתו משתעבד, וכיון שעיקר הראי' הוא מגמ' הזאת גם לרש"י ורמב"ם צ"ל כן, ומה מאוד אתמה על הט"ז כאן שהשיג על הסמ"ע במ"ש דאף הרא"ש שחילק בין אמירה להזמנה יסבור נמי כחילוק הרמ"ה בין קבע לו זמן ללא קבע, והשיג הט"ז דא"כ מנ"ל לרא"ש לחלק בין הזמנה לאמירה דשמא באמירה בלא הזמנה נמי מועיל, והקושיא משתלא דבעינן בעידן עבדתייהו יתורץ כחילוק הרמ"ה דמיירי שקצב לו זמן ידוע ע"ש, ולע"ד הצדק עם הסמ"ע

דהא אכתי מההיא דהאומנין מוכח ודאי לחלק ולומר דבאמירה לחוד לא מהני אע"ג שלא קבע לו זמן ודו"ק:

סעיף ד' **בהג"ה** וכן אם תפס לו השחענגרב כו' עמ"ש לעיל סי' ש"מ:

סעיף ו' **בהג"ה** ויש חולקין ואומרים דשלוחו כמותו עמ"ש מזה לעיל סי' ש"מ:

סעיף ט' **במחבר** אשה ששאלה פרה לצורך נכסי מלוג ונשאל בעל הפרה לבעלה לא הוה שאילה בבעלים דק"פ לא כקה"ג ואם נשאל לאשה גופא לנכסים אחרים שאין לבעל רשות בהן מסופק בשמ"ק אי נימא כיון דגוף שלה פשיטא דהוה שאילה גמורה, ויש סברא גם להיפך דאשה פשיטא דלא הוה שאלה דאפי' תימא דק"פ לאו כקה"ג כיון שהפירות של בעל פשיטא דאין האשה המהנה ולא הנהנות ולא שייך בה שואלת ולא משאילה ע"ש ואמנם לענ"ד נראה דלא מיבעי התם כ"א בתרי גופי אבל בחד גופא כה"ג שהפרה והבעלים שאולים להאשה פשיטא דהוי כבעלים וגם בבעל שאלה הפרה לצורך עצמו ונשאלו בעלים לבעל לצורך נכסי מלוג נמי לא מיבעי כיון דחד גוטא הוי הכל לבעל ופשיטא דהוי בבעלים ע"ש ועמ"ש לקמן סעי' י"ז עוד מזה:

סעיף י' **במחבר** לעשות בה פחות משו"פ, ורש"י פי' בעיא דפחות מפרוטה לענין חיוב אונסין ולאו לענין שאלה בבעלים ואינו מבורר לו הספק שראוי ליפול בזה ולפטור השואל כשלא יהנה מהבהמה שיעור פרוטה, דהא חיובא של שואל אינו משום הנאה ורק משום דכיון שהחפץ לו לעשות בו מלאכה שכל הנאת המלאכה של שואל, ממילא נחשבת הבהמה כשלו במשך זמן השאילה, אחרי שכל ההנאה הוא של שואל ולא לבעלים דאין לומר דחיובא דשואל הוא משום ההנאה שנהנה מן השאילה והנאה הזאת הוא שכר על חיוב שמירתו, דא"כ לא הי' צריך להיות כ"א ש"ש לחייבו בגניבה ואבידה, דהיכי דההחיוב הוא משום השכר הוי רק ש"ש, ואטו ש"ש שיקח שכר רב יתחייב באונסין משום הכי, ועמ"ש בחדושנו לעיל סי' ע"ב בארוכה מזה, דהעיקר דפחות מפרוטה לא רגילי אינשי למישל ואנן כדשיילה אינשי בעינן ע"ש, ובהכי ניחא מה שהקשו המפר' דאי דוקא פרוטה בעינן א"כ בב"מ דנ"ה דחשיב המשנה חמש פרוטות הן למה לא חשבה נמי הך דהכא שאין שאלה בפחות מפרוטה, ולמ"ש ניחא דהתם לא נקט התנא כ"א אותן הדברים דבעינן בהו פרוטה מצד השיעור דפחות מפרוטה לא הוי שיעור ממון ואין ראוי להתחייב אבל פרוטה דשאלה לאו משום השיעור הוא משום דבעינן דוקא הנאה פרוטה אלא משום דסתמא דקרא מיירי בשאילה הרגילה למישל, והיינו לתשמיש פרוטה, ומשו"ה לא חשבה התם ובלא"ה דמ"ש בחבורנו לב"מ שם בשם השמ"ק דכוונת התנא דאשמועי' החמש פרוטות, לאו לאשמועינן דפחות מפרוטה לא מהני, אה פשיטא

אלא אשמועי' דגם בפרוטה הוי סגי ומשום דבכל הני פרוטות דחשיב התם הי' מקום לומר דגם בפרוטה לא סגי, לזה אשמעי' דפרוטה מיהא סגי ועמש"ש, וכיון שפן אין מקום לקושיתם דליחשיב נמי שאילה בפרוטה דהא בשאילה פשיטא דבפרוטה סגי והספק הוא דשמא פחות מפרוטה נמי סגי, אבל בפרוטה פשיטא דסגי וכמו שמוכח מהא דמיבעי אח"כ בסוגיא שם שתי פרות בפרוטה דמשמע דפרה אחת בפרוטה פשיטא דמהני, וא"כ עיקר החדוש בזה מה שבעינן פרוטה ולא סגי בפחות, וזה לא נחית התנא דהתם לאשמעינן:

סעיף י"א **במחבר** וכן השותפים ששאלו, ורש"י בגמ' מפרש שותפים ששאלו לחרוש קרקע של שותפות, כוונתו בזה דלשיטתו אזיל דלעיל בר"ס זה הוכחתי דרש"י ס"ל דכל אחד מהשותפין בשעה שהשתמש בדבר של שותפות הו"ל כולו כדידי', ומה"ט ס"ל דשחלא וטבחא לא הוה בבעלים כ"א למאן דעסיק בעבודתי' ולא לכל השותפין וכסברת הר"ן בנדרים ר"פ השותפין, ולהכי ה"נ אם כל אחד עושה מלאכה שלו ודאי כל אחד הי' דינו בפני עצמו וזה שעושה ומתה תחת ידו פטור אם נשאל לו והשני חייב, ולהכי דייק דהכא מיירי בע"כ ששאלו לחרוש בקרקע של שותפות דהמלאכה הוי לצורך שניהם וק"ל:

**שם** במחבר הרי זה ספק אם הוא שאלה בבעלים כו' לפיכך אם מתה אינו משלם כו' ואם פשע יש מחייבין כו' ועיין בסמ"ע דהטעם משום דס"ל דפושע הוי כמזיק בידים, הוצרך לזה משום דבלא זה קשה כיון דקיי"ל פשיעה בבעלים פטור, למה יתחייב בספק פשיעה בבעלים, ולכן תי' המ"מ דהרמב"ם לשי' דס"ל דפושע הוה כמזיק ולכן חייב אפי' בספק ע"ש ואכתי אין זה מספיק, דהא ס"ס אחר שפטרה התורה פשיעה בבעלים למה יתחייב בספק, ואכן למה שהעליתי לעיל בסי' ס"ו לחלק דהא דאמרי' פשיעה בבעלים פטור היינו רק כשפשע בשמירה וכמו שדייק לשון הרמב"ם אפי' נגנב או נאבד בפשיעה, ופשיעה כזה לא הוה כמזיק גם להרמב"ם וכל היכי דהרמב"ם נקט לשון פשיעה סתם מיירי שפשע בגוף החפץ לעשות בו היזק בידים וההיא פשיעה דקרי לה הרמב"ם מזיק א"כ מיושב מאוד דברי הרמב"ם, דבאמת פשיעה בשמירה פטור גם בכל שותפין, כיון דודאי בבעלים פטור אין לחייבו מספק בשל שותפין, ופשע דמחייב הכא, היינו שעשה היזק בגוף החפץ, כגון שאינו יודע אנה הניחם או שמסר לשומר אחר ומיעט בשמירתה דפשיעה כזה לא מיבעי כלל להש"ס, ופשיטא דחייב אפי' בשל שותפין כיון דמזיק גמור הוא ועיין היטב מ"ש לעיל בסי' ס"ו ועוי"ל דאפי' בפשע בשמירה נמי חייב מספק למה שכתבנו לעיל סי' ס"ט בטעם דרש"י דס"ל התם דאי דוכתא דמחזקי גונדרי

תרווייהו משלמי, ופרש"י משום דהוה ספק מי עשה, וידוע קושית התוס' בב"מ ד"פ דמספק הו"ל לפטור תרווייהו דהמע"ה וכתבתי לתרץ דכל היכי דפשע ודאי הוה חיובו ברור משעת הפשיעה ואי"א שוב לפוטרו כ"א בראי' ברורה ולא מספק דהו"ל כספק אם פרעתיך דחייב מספיקא משום דיש לו חזקת חיוב, וכל היכי דפשע הוה נמי חזקת חיוב, והוכחתי שם שגם הרמב"ם בפ"ו מחובל ס"ל כרש"י ע"ש, והיינו שכתב הכא דאם מתה בלא פשיעה דלא אתחזק חיובו פטור מספק אבל אם פשע דאתחזיק חיובו ודאי ה"ל כא"י אם פרעתיך וחייב מספיקא, והוא כעין סברת המ"מ שכתב נמי שא"א לפוטרו כ"א בראי' ברורה, אלא שקשה למה הוצרך לטעם דפושע מזיק הוא אפי' אם לא הי' מזיק יכולים נמי לחייבו מטעם שכתבתי ודו"ק ועיין מ"ש עוד לקמן סי' שפ"ג לתרץ קושית הקצוה"ח, שוב מצאתי כדבריי בנמוק"י סוף ב"ק דאם שכר חמור לרכוב ונתנה לשלוחו וא"י אם מתה מחמת מלאכה דחייב דכיון שמסר לשליח פשע בה והוה אח"כ כא"י אם פרעתיך הרי להדיא כדבריי ודו"ק:

סעיף י"ב **במחבר** מלמד תינוקת והנוטע כו' אם השאיל או השכיר לאחד מאלו שהוא עוסק במלאכתם כו' מלשון זה משמע שדוקא למאן דעסיק בעבדתי' הוה שאילה בבעלים ולא לכל העיר, אכן דעת הראב"ד דאפי' למי שאינו עוסק במלאכתו נמי הוה בבעלים ועמ"ש בר"ס זה:

סעיף י"ג **במחבר** הרב השונה לתלמידיו כו', לכאורה נראה פשוט, דהאב שפשע במלאכת הבן פטור לעולם משום דהבן מחויב תמיד לעשות מלאכת האב ומ"ש מתלמיד לרב או מאשה לבעלה דהוי בבעלים מה"ט ואכן בב"מ דמ"ב בעובדא דמסרה לאימי' קאמר נימא לאימי' זילי שלימי משמע דהאם חייבת לגבי בנה ועמ"ש בחדושנו לעיל סי' רצ"א לחלק בין אב לאם שאינו מחויב לפעמים לעשות מלאכתה משו"ה לא חשיבה בבעלים אבל אב לבנו ודאי דפטור ע"ש:

סעיף ט"ז **במחבר** בעל בנכסי מלוג של אשתו אפי' פשע בהם כו' שהרי עמו במלאכתו, בש"ס בב"מ דצ"ו מיבעי לרמב"ח בעל בנכסי אשתו שואל או שוכר הוה וקאמר רבא לפום חורפא שבשתא מ"נ אי שואל הוה שאילה בבעלים הוא כו' והקשה בס' מ"ה דהא יש נ"מ כגון אם פרה זו היתה לאשה בשותפות עם אחר ולמאי דאמרי כולו בעליו בעינן א"כ הכא לאו כולו בעליו הוא ע"ש, ונ"ל דממ"נ היכי מיירי אם השותף הזה של האשה לא הלוה חלקו ג"כ לבעל, א"כ לא הוה הבעל שואל כ"א בחצי של האשה וכיון שהאשה עמו במלאכתו הוה כולו בעליו, דע"כ לא אמרי' התם דשאל מן השותפין ונשאל אחד מהן דלאו כולו בעליו הוא היינו בדשאל כל הפרה של שני השותפין, דהשאילה הוה

בכולו והבעלים לא הוה בכל השאילה, אבל אם לא שאל כ"א החלק של שותף אחד לחוד, וזה השותף גופא נשאל לו ג"כ פשיטא דמיקרי בבעלים כיון דהוה בעלים בכל השאילה ואי מיירי הכא נמי באופן זה שהשותף לא השאיל חלקו פשיטא דהוה בבעלים כיון דהוה בכל השאילה וכ"ת דאכתי יהי' נ"מ אם השותף השאיל חלקו נמי לבעל ומעתה הוה השאילה בכולו, ובעליו לא הוה כ"א בחצי היינו בחלק האשה ולאו כולו בעלים הוא, אכן באמת ג"ז י"ל דהא השותף הזה שהי' מעיקרא בשותפות עם האשה, השתא כשנשאת לבעל, והבעל זכה לפירות בכל מה שיש לאשה הוה השותף שותפו של בעל ג"כ לפירות, וכיון דהוה שותפי של בעל, ובשותף ששאל מחבירו הוה שאילה בבעלים אפי' בשעה שאין עוסק במלאכתו כמבואר בשו"ע כאן וא"כ הוה בבעלים בכל השאילה, בחלק האשה מצד שהיא אשתו, ובחלק השותף מצד שהוא שותף, ואין לומר דכיון שהבעל אין לו כ"א קנין פירות בפרה הזאת, לא מחשיב השותף רק כבעלים בנכסי האשה שיש לה קנין הגוף ולא כשותף של בעל שאין לו כ"א פירות וכמו לעיל אשה ששאלה ונשאל לבעל דלא מחשיב כבעלים משום דהוה רק קנין פירות, וה"נ כיון דשותף הזה אינו לבעל כ"א לקנין פירותיו לא מחשיב כבעלים, דבאמת לא דמי לדעיל דע"כ לא מיבעי לעיל כ"א כשהיו שני גופים מחולקים שאילת הבהמה לאשה ושאילת הבעלים ורק שתרצה לומר דמשום שהבעל יש לו קנין פירות יהא חשוב כאילו שאילת הבהמה הוה נמי לבעל, בזה מיבעי לי' אם הקנין פירות משוי זה כגוף אחד, אבל בכה"ג דהכא דשאילת הבהמה והבעלים הוי לגוף אחד לבעל רק שאנו דנין על ההנאה אם נחשב הנאה גם לבעל משאילת הבעלים דהוא השותף, אחרי שאינו עוסק במלאכת הבעל כ"א בענין כזה שאין לו אלא פירות בזה פשיטא דנחשב כהנאה כיון דס"ס יש לבעל הנאה מעסק השותף, ומי גרע הנאת עסק בפירותיו מהנאה דאשקיין מיא דהוה בבעלים וכבר הוכחתי לעיל בסי' זה דבגוף אחד לא מיבעי לן, וכ"ש דא"ש לסברת השמ"ק שכתב דלהכי לא מיבעי בש"ס באשה ששאלה לצורך נכסי מלוג ונשאלו הבעלים לצורך נכסי' שיש לה לבדה, משום דבשאילה בבעלים רק בתר ההנאה דייקינן דהוא השואל והמשאיל, ולכן בכה"ג פשיטא דלא הוה שאילה בבעלים, כיון שהפירות של הבעל פשיטא דאין האשה הנהנית ולא שייך בה שואלת ומשאלת ע"ש, ובזה י"ל דלהכי לא מיבעי להיפך בשאל הבעל פרה לצורך עצמו ונשאלו הבעלים ג"כ לצורך נכסי מלוג אי הוה כבעלים או לא, אלא ודאי דבכה"ג פשיטא דהוי בבעלים משום דהוה בגוף אחד, ועוד דמשום דלענין בבעלים בתר הנאת פירי אזלינן וכסברת השמ"ק, וגדולה מזו מוכח בסוגיא דב"מ דאפי' אם שאילת הפרה והבעלים שניהם הי' רק לקנין פירות לחוד כיון דבגוה אחד הוא הוה

שאילה בבעלים, דקאמר אגרא פרה מעלמא והדר נסבא ואליבא דרבנן לא תיבעי דודאי שאילה בבעלים, וקשה לכאורה הא הפרה אינה של האשה לגמרי רק שכורה היא אצלה ואין לה בה כ"א קנין פירות וא"כ מאי מהני שנשאלת עמה דהא אין זה בעלים, אלא ודאי משום דעכ"פ שאילת הפרה והבעלים לאחד הוה שאילה בבעלים אע"ג דלא הוי כ"א לפרות, ורק בתרי גופי בזה הוא דאמרי' לעיל דלא מהני קנין פירות לאשוויי דליהוי כגוף אחד, ואפי' אם נימא דלא כסברתי וגם בכה"ג תליא בפלוגתא דקנין פירות נמי לק"מ, דמרא דשמעתא דדין זה הוא רבא, ורבא הא ס"ל קנין פירות ככה"ג וכמ"ש התוס' בגיטין דמ"ח ולדידי' הוה בכל אופן שאילה בבעלים ולק"מ:

סעיף י"ז **במחבר** אשה ששאלה ואח"כ נשאת הבעל כלוקח כו' יש כאן מקום דקדוק דבש"ס הרי איתא בעי רמב"ח בעל בנכסי אשתו שואל או שוכר הוי, והקשה רכא מאי נ"מ אי שואל או שוכר הא הוי בבעלים, ומוקי לה דנ"מ כגון דאגרא פרה מעלמא והדר נסבה ואליבא דר' יוסי דאמר תחזור פרה לבעלים ראשונים כו' ועלה מסיק רבא דבעל לאו שומר ולא שוכר אלא לוקח, וכיון דבש"ס מוקי לה בשכרה פרה למה שינו הרמב"ם והמחבר לכתוב הדין בשאלה פרה ולא בשכירות כלשון הש"ס, וראה זה פלא ובטור העתיק באמת כלשון הש"ס שפרה פרה ועיין בדרישה מ"ש בזה, ובכדי להבין זה וגם לבאר דברי הרמ"א והש"ך כאן נביא לדברי התוס' בב"מ שם דעל מ"ש רבא בעל לוקח הוה כתבו התוס' דמ"מ שו"ח מיהא הוה וחייב בפשיעה ע"כ ואע"ג דפשיעה בבעלים הוא ומאי נ"מ אם חייבת י"ל נמי דנ"מ כגון היכי דאגרא פרה מעלמא ונסבה ואליבא דר' יוסי דצריך לבעלים הראשונים, וא"כ לא הוה בבעלים וכמ"ש בש"ס דלר' יוסי לא הוה בבעלים ואמנם הרא"ש שם כתב דאה"נ התם לגבי בעל לא נ"מ מידי בדין זה דבלא"ה פטור מטעם בבעלים, רק הנ"מ יהי' לענין לוקח בעלמא והש"ך כאן תמה מאוד על הרא"ש דהא להדיא מבואר בש"ס דלר' יוסי לא הוה בבעלים וא"כ לגבי בעל יש ג"כ נ"מ, וכן משמע מלשון התוס' שהבאתי כהש"ך, דגם הבעל חייב בפשיעה, ונ"ל לתרץ דעת הרא"ש דלשיטתו אזיל, והנה בטעם דר' יוסי דס"ל תחזור פרה לבעלים ראשונים, נחלקו בזה התוס' והרא"ש בב"מ דל"ה התוס' ס"ל הטעם משום דמצי לומר לו דל אנת ושבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל והרא"ש כתב הטעם דהשוכר כהשאיל הפרה לחבירו הוה זה בשליחות המשכיר וכאילו המשכיר השאיל ע"ש, הסבר הדברים מאיזה טעם נימא הכי דהוה כשלוחו היינו דכיון דיש למשכיר ריוח מזה שהעדיף שמירתו למוסרו לשואל אנן סהדי דניחא לי' למשכיר בזה בכדי שיהי' לו גם אחריות אונסין, ונהי דאפי' בכה"ג שעלויי עלייה לשמירתו אי טענו הבעלים דלא ניחא להו בכך, טענתם טענה

וחייב השומר, וכמו דקיי"ל שאפי' שו"ח שמסר לש"ש חייב, וטעם דא"ל אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, היינו כשטען להדיא הכי, אבל מסתמא אמרי' דניחא לו בזה וא"כ לטעם זה לא שייך הך סברא ב"א בשוכר שהשאיל דעלויי עלייה ואמרי' דמסתמא ניחא לבעלים והוה כשליח הבעלים, אבל היכי שאין זוכה להבעלים, וכגון בשוכר שהשכיר לאחר, וכ"ש היכי דגרעה עוד לשמירתו למסור לשו"ח, בזה אין לומר דהוה כשלוחו, דודאי מסתבר לובר להיפך דהבעלים לא יתרצו ע"ז למסור הפרה לאחר וכפי הכלל דאין רצוני כו' ולפ"ז א"ש דברי הרא"ש דמה דאמרי' בסוגיא דהכא דלר' יוסי הוה דין של הבעל עם הבעלים, היינו לפי הס"ד דבעל שואל הוה, ואנן סהדי דניחא לו לבעלים הראשונים בזה שהבעל יזכה בתשמישן הפרה, ושפיר הוה האשה כשלוח של בעלים הראשונים, אבל לבתר דמסיק הש"ס דבעל לוקח הוה ואינו חייב כ"א כשו"ח בזה גם ר' יוסי מודה דלא הוי שליח של בעלים הראשונים, כיון דהם לא היו מרוצים לזה, ואע"ג שאינם יכולים למחות ע"ז אם תרצה האשה למסור לבעל, ומשום דכל המפקיד על דעת שתמסור לבעל נמי הוא מפקיד, אבל גם רצון אין לו ע"ז שנוכל לומר דהאשה הוא כשלוחו, וכ"כ בפלפולא חריפתא שם דמטעם דכל המפקיד לא נחשב כשליח, וכיון דאינה כשליח הבעלים גם לר' יוסי הדין דבעל רק עם האשה בלבד ואין לו שום שייכות עם בעלים הראשונים, ולהכי שפיר כתב הרא"ש דלגבי בעל אין נ"מ בזה דבכל אופן פטור מטעם דבעלים, כיון דאין לו עסק רק עם אשתו דהוי בבעלים וניחא בזה לשון הש"ס דאגרא פרה, ולא קאמר דשאלה פרה משום דבלא"ה לא הי' מחייב לר' יוסי אפי' אי נימא דבעל שואל הוה דאכתי אין לו שום ריוח, דמעיקרא נמי היתה חייבת באונסין, אבל באגרא פרה דבאשה אין חייבת באונסין, ובעלה אי שואל הוה חייב להכי אמרינן דהוה כשליח של בעלים, וכ"ז הוא לשי' הרא"ש דטעם דר' יוסי הוה משום דשליחותייהו עבדינן אבל לטעם התוס' משום דדל אנת ושבועתך אין נ"מ בין עלויי עלייה לגרועי גרעה לשמירתו, כיון דהמשכיר מרוצה כעת לתבוע מן השומר השני דהא בע"כ שעתה בשעת התביעה ודאי מרוצים הבעלים לקבל השבועה משומר השני, דאם אינם מרוצים בלא"ה לא שייך זה לסברת התוס', וכיון שהבעלים מרוצים לקבל מן השומר השני הלא בידם שלא לקבל השבועה מן הראשון ולומר לו דל אנת, דבשלמא לשי' הרא"ש דלא תלוי כלל ברצון הבעלים כעת בשעת התביעה, ורק ברצונם בעת השאלה, אם הי' זה מרצונם הוה השומר כשליח הבעלים, וכיון שלא ידענו אז דעת הבעלים ומאומדנא דנפשינו אמרי' דבדבר שיש להם ריוח מסתמא ניחא להם אבל לא בדבר שיגיע להם הפסד אכן לשי' התוס' דתלוי זה ברצונם דהאידנא לתבוע מהראשון, או מהשני, א"כ כשירצו עתה לפטור

לראשון ולתבוע משני יכולים הם בכל עת שירצו לעשות כן, וממילא דלשיטתם הוה בכל אופן דין דבעל עם הבעלים הראשונים להכי שפיר כתבו דנ"מ גם לגבי בעל כגון היכי דאגרה, והנה הש"ך במוסגר רצה גם הוא לחלק בין שוכר שהשאיל לשוכר שמסר לשו"ח אלא שכתב דדוחק הוא, אמנם זה ודאי דלטעם התוס' דוחק הוא, אבל לטעם הרא"ש אדרבה מסתבר שפיר לומר כן וא"ש הכל, והשתא דזכינו לדין יתבאר לנו השינוי שבין לשון הרמב"ם ומחבר שכתבו לדין זה בשאלה לבין לשון הטור שהעתיק כלשון הש"ש שכרה פרה כו', וכבר כתבנו שדעת הרמב"ם צריך באור למה שינה מלשון הש"ס ולמ"ש ניחא דלשיטתם אזלי דהנה לעיל בסי' ש"ז כתב המחבר בשם הרמב"ם פ"ג משכירות דשוכר פרה והשאילה לאחר תחזור לבעלים הראשונים ובטור מסיים הכי, שאפי' אם המשכיר יודע שמתה כדרכה נמי תחזור לבעלים הראשונים והרמב"ם דלא מסיים הכי מכלל דס"ל דבמקום שהמשכיר עצמו יודע לא אמרינן דתחזור לבעלים הראשונים ואמרתי דפליגי בסברת התוס' והרא"ש הנ"ל דלטעם התוס' דדל אנת ושבועתך לא שייך זה כ"א במקום שאין המשכיר יודע אבל במקום שהמשכיר יודע שמתה וליכא שום שבועה לא שייך לומר דל אנא ושבועתך, וכ"ה להדיא בתוס' ב"מ דל"ה דאי המשכיר עצמו יודע לא אמרי' תחזור לבעלים, משא"כ לסברת הרא"ש אפי' בכה"ג נמי שייך לומר דתחזור לבעלים וא"כ הרמב"ם ומחבר יסברו כשי' התוס' ולהכי לא סיימו שאפי' במקום שהמשכיר יודע נמי אמרי' הכי, והטור דסובר כשי' הרא"ש משו"ה סיים שאפי' במקום שהמשכיר יודע נמי אמרי' הכי, ולפ"ז יובן לנו גם טעם פלוגתתם כאן, דהטור שסובר כהרא"ש דטעם דר' הוה משום דכשלוחו הוא וטעם זה לא שייך כ"א בשוכר שהשאיל דיש לו ריוח והוה כשלוחו אבל בשואל שהשאיל דליכא שום ריח לבעלים הראשונים כיון דגם שומר הראשון חייב באונסין, אמרינן מסתמא דלא ניחא להו ש שמסור לאחר ולא הוה כשלוחו ולכן אם האשה שאלה הפרה מתחלה אין לבעלה שום דו"ד עם בעלים הראשונים כיון דאינה כשלוחם ורק עם אשתו יש לו דו"ד ולאשתו פטור מטעם בבעלים, ולאו מטעם דלוקח הוא והטור דרצה להשמיענו דבעל לוקח מוכרח הוא להשמיענו בשכרה פרה, דבזה הוה הפטור מטעם דלוקח הוא, וגם בבעלים לא הוה ע"י טעם דלוקח דאילו לא הי' כלוקח אלא כשואל לא הי' כלל בבעלים דמשום דעלייה לשמירתו הי' דינו דבעל עם הבעלים הראשונים ורק מטעם דלוקח הוא מזה נמשך הסברא דלא הוה בבעלים ואין חייב לבעלים הראשונים, וגם פטור הבעלים לאשה הוה נמי מטעם זה, אבל הרמב"ם ומחבר דס"ל כשי' התוס' ולדידהו אין נ"מ בין עלויי עלייה לגרועי גרעה להכי שינו לכתחילה לכפוב שאלה פרה לאשמעינן דאפי' בכה"ג לא הוה בבעלים ופטור

מטעם לוקח ודו"ק היטב, והנה על מה שכתב המחבר דהבעל פטור מפני שהוא כלוקח הגיה הרמ"א אבל לא מיפטר מטעם שמירה בבעלים דהא אין החפץ שלה רק שאול בידה כו' ולמ"ש לאו מטעם הכי הוא, אלא משום דהכא לא הוה כלל בבעלים לדעת המחבר, דאם הי' חיוב על הבעלים לבעלים הראשונים הי' חייב ולא לאשה, ואצלם אינו בבעלים, ועיקר הפטור הוה מטעם שהוא כלוקח ואין עליו שום דין שומר כלל וכמ"ש בשמ"ק דאם לוקח הוא אין עליו שום חיוב אפי' בפשיעה, אבל אם הי' עליו איזה חיוב לא הי' נפטר מטעם בבעלים דלבעלים הראשונים הי' חייב וכמ"ש התוס' בב"מ דסבירא להו דאפי' אי לוקח הוא נמי יש עליו חיוב פשיעה ושפיר צריך לשלם לבעלים הראשונים ועמ"ש הסמ"ע ולדברנו הכל ניחא ועיין היטב מ"ש לעיל בסי' ע"ב סעי' ג' מזה:

**שם** בהג"ה דלא מיקרי שאלה בבעלים אלא בבעל החפץ עצמו עמ"ש לעיל בסי' ע"ב סעי' ג' מזה:

סעיף א' **במחבר** הזיק שורו של שואל לשורו של משאיל אפי' אם הוא תם משלם נזק שלם כו' דמסתמא צריך לשומרו שלא יוזק כו', הנה נזק שלם הזה דינו חלוק דפלגא מחויב מדין מזיק, דשורו הוא שהזיק ואידך פלגא מחויב מדין שומר, דלשומר דעלמא שלא קיבל עליו שמירה לא הי' מחויב כ"א ח"נ כדין שור תם שהזיק ורק כיון דשורו הזיק להשור שקיבל עליו שמירה מחויב גם מדין שומר, ודיניהם חלוקים, דפלגא נזקא שמחויב מדין מזיק זכה הניזק בשור גופא למאי דקיי"ל כר"ע דאמר שותפי נינהו ואם הקדשו מוקדש ומכרו מכור, משא"כ הפלגא שמחויב מדין שומר אין לו בגוף השור כלום ורק חוב בעלמא הוא על השומר לשלם, אבל בהיות כן קשה לכאורה על הרמב"ם ומחבר שלא פירשו כן דמ"נ הוה מטעם שומר וח"נ מטעם מזיק כיון דדיניהם חלוק, וכן קשה בש"ס דב"ק די"ג ע"ב בברייתא דנקט כשהזיק חב המזיק להביא שו"ח והשואל כו' שהזיקה בהמה ברשותן תם משלם ח"נ ומועד נ"ש, ופריך ה"ד אילימא כו' אלא דאזקי' תורא דשואל לתורא דמשאיל לימא לי' אילו איתזק מעלמא בעית לשלומי כולה השתא דאזקי' תורא דידך פלגא נזקא הוא דמשלמת לי' כו' ע"ש, ומאי פריך הא שפיר מצי הברייתא קאי בכגון דאזיק תורא דשואל והא דקתני בתם ח"נ, היינו לא דאינו מחויב לשלם רק ח"נ, אלא דלאותו ח"נ הוה שותף ולעולם מדין שומר חייב לשלם הכל, וחוב בעלמא הוא עליו המותר מח"נ, ולכאורה הי' אפשר להוכיח מזה שיטת הרמב"ם דגם לר"ע דסובר שותפו נינהו לא זכה הניזק בגוף השור להיות כשותף כ"א לאחר העמדה בדין אבל קודם העמדה בדין לא הוה עוד שותף ומשו"ה לא מצי לשנויי דהא דקתני ח"נ הוא רק מטעם מזיק ונ"מ דהוה שותף, ואולי הרמב"ם לשיטתו דסובר דגם לר"ע דסובר

שותפי נינהו לא זכה הניזק בגוף השור להיות כשותף כ"א לאחר העמדה בדין אבל קודם העמדה בדין לא הוה עוד שותף, ומשו"ה לא חילק ביניהם דהא קודם העמדה בדין אינו עוד כשותף, אלא דגם זה אינו דהא הטעם דקודם העמדה בדין לא זכה בשור היינו דלמא מודה ומיפטר לגמרי דהא פ"נ הוה קנסא וא"כ לא שייך זה כ"א במזיק בעלמא אבל במזיק שהוא גם שומר לא שייך זה דגם אם מודה לא מיפטר דאכתי חייב מטעם שומר, ועוד דבזה"ז בלא"ה לא שייך מודה ומפטר, כיון דליכא ב"ד, בכה ג ראוי שיהא שותף גם קודם העמדה בדין, אלא שגם ובזה יש לדון דגם בכה"ג לא הוה שותף קודם העמדה בדין דמטעם מזיק מועיל ההודאה לפטור ואף שודאי חייב מטעם שומר מ"מ על החיוב שהוא מצד שומר לא שייך לומר דיהי' שותף שזה לא נאמר כ"א בתם דמגופו משלם וחיובו דמגופו אינו כ"א כשהוא מטעם מזיק, ובקושיא על הברייתא נ"ל ליישב דא"א לומר דבברייתא דהתם לא תני כ"א הפלגא שהוא מטעם מזיק שבזה יש חידוש דנעשה השותף אבל החצי דמחויב מטעם שומר לא צריך למיתני דא"כ אמאי תני התם מועד משלם נזק שלם הא במועד דמשלם מן העלייה ליכא החדוש דנעשה שותף וא"כ אמאי צריך זה למיתני וכמו שלא תני הברייתא לפלגא האחרינא שבתם כיון שהחיוב הוה משום שומר ואינו כ"א כמו חוב בעלמא ואין בזה שום חידוש, ה"נ לא הוה צריך למיתני גם מועד, ואין לומר דגם במועד איכא נ"מ דאם החיוב הוא מזיק צריך לשלם ממיטב משא"כ אם מצד שומר אינו כ"א כחוב דעלמא דהא בב"ק ד"ה קאמר דכל הכ"ד אבות כולם כאבות לענין מיטב והרי שומרים הן בכלל הכ"ד אבות, וגם מטעם שומר צריך לשלם ממיטב, וראה זה פלא במפה"י כתבו באמת דגם במועד אם החיוב יהי' מטעם שומר א"צ לשלם ממיטב ואיני מבין דבריהם האם נעלם מהם הסוגיא המפורשת דכולם כאבות לשלם ממיטב וכיון שכן הרי גם במועד אין שום נ"מ אי מטעם מזיק או שומר ואפ"ה תני לה ה"נ הו"מ למיתני גם בתם שצריך לשלם נ"ש מצד שומר אע"ג דבאותו ח"נ אין בו שום חידוש, ומדלא תני לה מכלל דסובר תנא דברייתא דבאמת אין מחויב לשלם יותר מח"נ ואפ"ה שפיר מקשה בש"ס ע"ז ודו"ק:

$$(ציור בספר)$$

## הלכות גניבה

### סימן שמח

סעיף א' **בסמ"ע** סק"א דכמו שח"ש לענין חלב כו' עמ"ש לעיל בסי' ו' באריכות: **שם** במחבר או כדי לצערו הכל אסור עיין בקצוה"ח שהביא שם השמ"ק וז"ל יש מפרשים דאיירי שהוא אינו רוצה לעכב הגניבה בידו אלא גונב כדי לצערו ולא נראה כו', ולכך

צ"ל דמיירי דודאי בדעתו לעכב הגניבה בידו אלא שאינו גונב בשביל שום הנאה רק כדי לצערו ע"ש, ולכאורה הי' נראה להכריע כדעה האחרונה דנוטל כדי לעכב בידו דאי כדעה הראשונה ילקה ע"ז הלאו ואע"ג דבגניבה ממש פטור ממלקות היינו משום דהלאו ניתן לתשלומין, אבל בגונב ע"מ למיקט דלא שייך ניתן לתשלומין דהא התורה לא אסרה מחמת חסרון ממון חבירו דהא הוא אינו רוצה בממון אחרים דבדעתו להשיבו אח"כ, ואפ"ה אסרה תורה א"כ לא הוי נ"ל, וא"כ למה לא ילקה ע"ז ומדאפ"ה לא לקי מכלל דבאמת היכי דדעתו להשיבו אינו עובר כלל, אלא דמיירי שגונבו ליקח לעצמו שעושה זאת בכדי לצערו, ולפ"ז גם בלאו הזה יש בו חסרון ממון חבירו ונ"ל ומשום הכי לא לקי, אלא דבקצוה"ח הביאו בשם הרמב"ם דס"ל דאפי' אם דעתו להשיבו נמי הוה ע"מ למיקט, וא"כ לשי' הרמב"ם יוחזר הקושיא אמאי אין לוקין, אכן באמת ג"ז א"ש, דהרמב"ם לשיטתו דסובר דע"מ למיקט אינו איסור תורה כלל וא"כ בלא"ה לא שייך מלקות, ומה שקשה על הרמב"ם מסוגיא דב"מ ר"פ א"נ דיליף זה מקרא וא"כ הוה דאורייתא עיין בלח"מ פ"א מגניבה מ"ש ליישב:

סעיף ה' **במחבר** תשלומי גניבה כו' עיין בפ"ת שהביא בשם הש"ג דמהא דאיתא ב"ק דע"ח דהאומר הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו מצי גנב פטר נפכי' בכבש כו' יש ללמוד מזה דהגונב דבר מחבירו שאותו דבר הי' שאול ביד הנגנב ונתפשר הנגנב עם השואל לו בדבר מועט דאינו חייב הגנב לשלם לו רק כפי מה שנתפשר, וכן במל"מ רצה ללמוד מהגמ' הנ"ל דמי שגנב אתרוג מחבירו שקנה אותו בדמים יקרים מפני חשיבותו מצי גנב פטר נפשי' בנתינת אתרוג אחר כשר לצאת ידי חובה אף שאינו חשוב כמו האחר ע"ש, ולענ"ד יש לפקפק הרבה בדין זה דהא בשמ"ק שם הביא בשם הראב"ד והרשב"א דהא דמצי גנב פטר נפשי' בכבש היינו דוקא כשאבד ממנו שלא יהא אחריות הגנב חמור משל נודר אבל אם אכלו הרי נהנה מן ההקדש שור וקרקע מיהא משלם להקדש, וכ"ש אם ישנו בעין ע"ש, ונ"ל להוכיח כדבריהם מן הסוגיא דב"מ דנ"ז ע"ב דבמה שאמרו שם אין אונאה להקדש מוקי לה ר"ח דאין אונאה היינו דין אונאה בע"כ דהא דמחלק התם במשנה בין קדשים שחייב באחריותן לאינו חייב באחריותן, ובחייב באחריותן יש בהם יתפרש בע"כ דהיינו דין אונאה שפחות משתות יהי' מחילה בקדשים כאלו, וקשה מ"ט דר"ש בזה כיון דבהקדש הוה הדין דאפי' פחות מכדי אונאה חוזר וא"כ למה יפסיד הקדש בשביל שחייב באחריותו ונאמר בזה דעת שתות הוה מחילה, ובשלמא אי מפרשינן כאוקימתא השני' שאין דין אונאה להקדש אפי ביתר משתות אין קושיא כלל דהכא גזה"כ הוא, אבל ביש להם אחריות צריך להחזיר האונאה, אבל אי

אמרינן שפחות מכדי אונאה נמי חוזר אין טעם כלל לחלק בין חייב באחריותן לאין חייב באחריותן ואכן ל"נ דטעמא רבה יש לחלק ביניהם, דבאין בה אחריות דהפסד האונאה הוא להקדש, להכי אפי' פחות מכדי אונאה חוזר דהא טעמא דבהדיוט אינו חוזר בפחות משתות הוה משום דמחול, ובהקדש לא שייך מחילה וכמ"ש הראשונים דמאן מחל משו"ה אפי' משהו נמי חוזר, אבל ביש בה אחריות וכשמכר לקרבן הזה במומו הרי מחויבים הבעלים להביא קרבן אחר כמותו לצאת ידי נדרם, ואם ע"י האונאה הזאת אין בהמעות כדי קרבן אחר יוסיפו הבעלים מכיסם, נמצא דהפסד האונאה הוא לבעלים ולא להקדש, ולגבי הבעלים הא שייך מחילה, משו"ה סובר ר"ש דבפחות משתות אין חוזר, דאמרי' דהבעלים מחלוהו, אלא דקשה לפ"ז שפיר התם במתני' בטעם דר"ש משום דכיון שאם נגנב או נאבד חייב באחריותו של אחיו קרינא בו ולמה הוצרך לזה ותיפוק לי' דהא חייב השתא גופא באחריות האונאה וההפסד של בעלים ולמה לי' טעמא דכיון דאם נגנב הי' חייב בה, וי"ל משום דבאמת משכחינן לפעמים שאפי' בקדשים שחייב באחריותן לא יהי' אחריות הפסד האונאה על הבעלים וכגון שהקרבן הי' שור גדול ובעלים יכולים לפטור עצמם גם בשור קטן או בכבש כיון דלא קבע נדרו, ואפי' לאחר ניכוי הפסד האונאה יש במעות כדי לקנות כבש או עוף, נמצא שהפסד האונאה אין על אחריות הבעלים, והשתא אין שום חיוב, ואפ"ה קרי לי' קדשים שחייב באחריותן משום דהי' יכול להתחייב אם נגנב או נאבד, ואליבא דאמת דקיי"ל דלא כאוקמתא דר"ח, והא דהקדש אין להם אונאה היינו כפשוטו ואפי' ביתר משתות נמי, דלפ"ז בקדשים שחייב באחריותן לר"ש דיש אונאה דין חלוק בין מקום שהפסד האונאה הוה לבעלים, או שאין ההפסד לבעלים, ובכל אופן יש אונאה דכיון דבאחריות גניבה הי' חייב של אחיו קרינא בו אבל לאוקמתא דר"ח דבהקדש אפי' פחות מכדי אונאה נמי חוזר ולדידי' אין סברא לומר שמשום שהבעלים היו מחויבים באחריות גניבה יפסידו ההקדש וכקושיא דלעיל לדידי' בע"כ נפרש דחייב באחריותן דקאמר ר"ש היינו שחייב השתא באחריות האונאה גופא וכגון שהקרבן הנודר הי' הכחוש מן העופות שאין גרוע מטה ממנו, וכיון שמחויב ליקח קרבן אחר בע"כ שהבעלים ישלימו מכיסם שיעור האונאה, דבלא זה לא יכול לקיים נדרו, ונמצא שההפסד הוא לבעלים ממש, להכי יכולים למחול ורש"י שפי' אליבא דאמת נקט מילתא ופסיקא באפי' במקום שאחריות האונאה לא נגוע זה לבעלים אפ"ה כיון דאם הי' חייב של אחיו קרינן בו וז"ב אלא דיש להקשות דלפמ"ש דאליבא דאמת אפי' אף השתא אין הפסד לבעלים דאפי' לאחר ניכוי האונאה יש די במעות לקנות קרבן לקיים נדרו, אפ"ה צריך המאנה לחזות שאונאה, א"כ אמאי לא יהי' דינו שוה

לגנב שור דמצי פטר נפשי' בכבש, ובע"כ כשי' הראב"ד דדוקא כשאבד הוא דאמרי' הרי חבל אם אכלו הרי נהנה מן ההקדש שור וקרן מיהא משלם להקדש, ולכן התם נמי כיון דהלוקח מקבל הנאת שור גדול צריך לשלם בשלימותו, והנה בהגהות הרש"ש בב"מ שם העלה לדבר פשוט דאם יש בה די מעות לקנות קרבן לקיים הנדר גם ר"ש מודה שא"צ הלוקח להחזיר האונאה, וכההיא דב"ק ובמחכ"ת אשתמיטתי' מ"ש הראב"ד והרשב"א ולמ"ש מוכח כן מרש"י דב"מ, דלדעתו דאינו צריך להחזיר האונאה כ"א במקום שא"א לקנות קרבן אחר א"כ ל"ל לרש"י לומר משום חיוב גניבה תיפוק לי' שהשתא גופא חייב להוסיף ולקנות קרבן אחר אע"כ שרש"י קאמר באופן שא"צ עתה להוסיף וכגון שיש די מעות לקיום הנדר ואפ"ה מחזיר האונאה הרי להדיא שאפי' בכה"ג צריך הלוקח להחזיר האונאה וז"ב, ולפמ"ש א"כ במקום שהגנב נהנה מן החפץ, או שישנו אכתי בעין ודאי שמחויב לשלם כמה שהי' שוה אע"ג שהנגנב השוה עם הבעלים וכמ"ש:

סעיף ח' **בהג"ה** מיהו אם השליח אינו בר חיובא כו' עיין בקצוה"ח סק"ג מה שהביא בשם רש"י באם שלח לגנוב אדעתא דידי' ודחברי' אי קונה משום מיגו ומה שהקשה ע"ז דהא אפי' בהגביהו שניהם בע"כ שנבוא לעזרת המיגו ע"ש, בחבורי לב"מ ד"ח הארכתי להשיגו עלי' ועיין לעיל בסי' ק"ה מ"ש בזה משם תדרשנו:

**שם** בהג"ה י"א דהמשלח חייב וטעמו דלא שייך כאן לומר דסבור המשלח שלא ישמע לו, ועמ"ש הש"ך להוכיח מהנמוק"י דאפי' בשוגג דלא שייך סברא דדברי הרב ודברי התלמיד אפ"ה אין שליח ע"ש ולענ"ד נראה להוכיח שגם דעת הרמב"ם ותוס' כן, וכן מוכח גם מן הש"ס, דהנה בש"ס דב"ק דע"א מוקי למתני' דגנב וטבח ביוה"פ דחייב דו"ה בטובח ע"י אחר ופריך וכי זה חוטא וזה מתחייב אמר רבא שאני הכא דכתי' וטבחו או מכרו מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר דבי ר"י תנא או לרבות השליח דבי חזקי' תנא לרבות השליח ע"ש, ובס' הפלאה דקדק למה הקדים הש"ס הא דרבא לתנאי דברייתא הללו ונ"ל דהנה בשמ"ק בכתו' הקשה למה לא משני על פרכת הש"ס דכי זה חוטא וזה מתחייב דמירי דשליח שוגג הוא שסבור שהוא של הגנב ובכה"ג יש שליח לד"ע כיון דלא שייך בזה סברא דדברי הרב ודברי התלמיד כו', ויותר יש לתמוה דבע"כ מירי בכה"ג שסבור שהוא שלו דאל"ה נימא בשוחט לע"ז דלצעורי קא מכוון ושחיטה ראוי' היא אע"כ דהשליח סבור דשל גנב הוא ולא שייך לומר לצעורי בעלים קא מכוון, וכמ"ש התוס' התם וכיון דבע"כ בשליח שוגג הוא בזה וסבור של גנב הוא יש שליח לד"ע נמי ואין לומר דאכתי לא סמך דעת המשלח משום דסבור שלא ישמע לו לשחוט בשבת, ונהי דשוגג הוא על הגניבה אבל אכתי מזיד הוא על השבת, דהא מירי התם

שהמשלח לא צוהו שישחוט לו בשבת דוקא אלא שהשליח שחט בשבת על דעת עצמו וכמו שהוכחתי בחדושנו שם, אע"כ דאפי' בשוגג נמי אין שליח ובטעם הדבר י"ל כמ"ש הריטב"א בקדושין דמ"ב דטעם דאין שליח לד"ע הוא לאו משום סברא דדברי הרב אלא דינא דאורייתא הוא דבדבר עבירה לא יכול להיות שליח, ומשו"ה בשוגג נמי אין שליח אע"ג דליכא שם הטעם דדברי מי שומעין ע"ש שהוכיח כן מסוגיא דב"מ ולמ"ש גם מסוגיא דב"ק יש להוכיח כן דהא התם בע"כ שוגג הוא ואפ"ה פריך וכי זה חוטא וזה מתחייב, והנה בחבורנו לב"מ ד"ו הוכחתי דגם התוס' סוברים כהריטב"א ממ"ש התוס' שם ד"ח דשותפין שגנבו קאמר התם היינו שהגביהו שניהם ודלא כרש"י שפי' דמיירי באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו ואי נימא דטעם דאין שלד"ע הוא מכח הסברא דדברי הרב א"כ לא שייך זה בדבר כזה שראה שהשליח חשוד בכך בגונב גם בשביל עצמו, מהיכי תיתי ימנע עצמו מלגנוב גם בשביל חבירו וכמ"ש הרמ"א לקמן סי' שפ"ח דאם השליח הוחזק בכך יש שלד"ע דכיון דמוחזק בכך לא שייך לומר שסבור הי' שלא ישמע אליו, אלא ודאי דהתוס' סוברים דדינא דאורייתא הוא שבעבירה לא חלה השליחות שוב ראיתי בנו"ב מהדו"ק חאה"ע הוכיח נמי מתוס' דב"מ ד"י ע"ב שדינא דאורייתא הוא ע"ש, אלא שנתעורר להביא מ"ש התוס' שהביאו שם הטעם דדברי הרב וגם מ"ש שם דבשוגג יש שליח, משמע להדיא דלא ס"ל דדינא דאורייתא הוא, אכן הוא עצמו תי' זאת דע"כ לא הזכירו התוס' טעם דדברי הרב כ"א למ"ד ג' כתובים הבאים כאחד אין מלמדין דלדידי' לא נוכל למילף משחוטי חוץ ולדידי' יליף מסברא ואליבי' כתבו התוס' התם דבשוגג יש שליח אבל למ"ד דב' כתובים מלמדים לא הוה כלל מסברא אלא דינא דאורייתא הוא דאין שלד"ע דיליף משחוטי חוץ ע"ש, ולפ"ז רבא דס"ל בקדושין דמ"ג דב' כתובים מלמדין דלדידי' הוה דאורייתא ואין חלוק בין שוגג למזיד, להכי משני דטבחו או מכרו ולא משני משום דשוגג הוא דלדידי' אפי' בשוגג אין שלד"ע, וא"ש נמי מה שהקדים דברי רבא ולתנאי דברייתא משום דבלאו רבא לא הי' צריך כלל לשום תירוץ כיון דבע"כ התם בשוגג מיירי ובפרט תנא דבי ר' ישמעאל דס"ל דב' כתובים אין מלמדין בקדושין שם שבע"כ לדידי' מן הסברא הוא דאין שלד"ע ושפיר יש חלוק בין שוגג למזיד, אע"כ דאינהו אליבא דרבא מתרצי דלמאן דס"ל מלמדין ודינא דאורייתא הוא שאז יש לתרץ כתירוצם ולכך הקדים דברי רבא לומר שרק אליבי' מתרצי כלומר למאן דסובר כוותי' ולפ"ז מכל הסוגיא מוכח דבשוגג נמי אשלד"ע:

**והנה** הקצוה"ח הביא ראי' דאפי' היכי דלא ידע נמי אין שלד"ע מהא דאמרי' בב"ק (דל"ב) מתיב רבא הוסיף לו רצועה אחת ומת ה"ז גולה על ידו והא הכא דבשוגג קרוב למזיד

הוא דאיבעי אסוקי אדעתי' דמייתי אינשי בחדא רציעה וקתני ה"ז גולה אמר רב שימי מנהרדעי דטעי במנינא טפח לי' בסנדלא א"ל אטו הוא מצי והתניא גדול שבדיינים קורא והשני מונה והשלישי אומר הכהו אלא אמר רב שימי מנהרדעי דטעי דיינא גופא ע"ש, ואי נימא דהיכא דשליח לא ידע שלוחו כמותו הוא אפי' לדבר עבירה, א"כ שליח ב"ד אמאי גולה כיון דאינו אלא שליח ב"ד והב"ד הוא דמשלחו כו' אלא ודאי דאפי' בשוגג נמי אין שלד"ע ע"ש שכתב שראי' ברורה הוא, ולענ"ד יש לפקפק בזה, והא הב"ד לא עשאוהו שליח כ"א ללקות כדינו ל"ט מלקות ואם זה הוסיף לו רצועה הלא על הרצועה הנוספת אינו שליח דידהו, ולא דמי למעילה שהביא הקצוה"ח דאע"ג דהמשלח לא ידע הוה נמי שלוחו, דהתם עכ"פ הלא צוהו המשלח לעשות הפעולה הזאת אלא שלא ידע שיש איסור בזה ועל האיסור היא דלא ידע אבל הפעולה צווהו לעשות, משא"כ הכא דהב"ד המשלחים לא שלחו אותו ללקות יותר מל"ט, ואם השליח הוסיף אין זה שליח ב"ד ברצועה הנוספת, ואע"ג שאינו מכה עד שאחד מדיינים אומר לו הכה מ"מ אינו שליח של דיין זה ולא מצד אמירתו הוא עושה אלא הוא שליח של כל השלשה דיינים שמינוהו למלאת פסק דינם ועל דעתם הוא עושה והם לא מינוהו על הרצועה הנוספת ונמצא שזה עושה כן מעצמו עפ"י טעות, תדע שכן ריא דהא כבר כתבו האחרונים דאע"ג דאין שלד"ע היינו דוקא כשהוא שלוחו בחנם אבל אם נוטל שכר בעד השליחות דאז הוה דינו כפועל וכמ"ש הש"ך לעיל (סי' ק"ה) יש שליח גם לדבר עבירה משום דהוה יד פועל כיד רבו, ובחבורי לקדושין רפ"ב הארכתי בזה, וא"כ אכתי מה הועיל הקצוה"ח בתירצו דמשו"ה אין מחויב הב"ד המשלחים משום דאין שלד"ע אפי' בשוגג, הא שליח זה הממונה מב"ד ודאי שאינו שליח בחנם כ"א ממונה תמידיי למלאות כל צורכי ב"ד, ובודאי שבא על שכרו כאחד ממשרתי הקהלה ובכה"ג הא אפי' לדבר עבירה יש שליח אע"כ דהתם לאו שליח ב"ד הוא על הרצועה הנוספת:

**והנה** אע"ג שמן הש"ס גופא אין להוכיח דאפי' בשוגג אין שלד"ע וכמ"ש, מ"מ מן הרמב"ם בדין זה יש להוכיח להיפך דבשוגג יש שליח דהרמב"ם (פט"ז מסנהדרין) השמיט כל אוקמתת הש"ס וכתב סתם ואם הוסיף רצועה אחת השליח חייב, ובשמ"ק תמה ע"ז איך סתם דבריו ולא כתב דמיירי בטעה דיינא כאוקמתת הש"ס, ולמ"ש מיושב דהא כבר זכרתי להקשות למה באמת חייב המכה והא אינו אלא שליח ב"ד והשליח לא ידע כלל ובכה"ג הרי יש שלד"ע והי' ראוי הדיי להתחייב ולא השליח, אמנם נראה ליישב דהנה בס' שר"י הביא בשם האחרונים דמחלוקת הפוסקים שנמצא בדין זה היכא דשליח לא ידע שהוא עבירה אם יש שליח בכה"ג תלוי זה בפלוגתא דרב סמא ורבינא בפ"ק

דב"מ דטעמא דבחצר יש שליח לד"ע דלרב סמא דאמר דאף היכא דשליח לאו בר חיובא אמרי' אין שלד"ע היכי דאי בעי עביד אי בעי לא עביד אף דבזה אין שייך הטעם דדברי הרב כו' דהא שליח לאו בר חיובא הוא א"כ ע"כ דסובר דהא דאין שלד"ע הוא משום דילפינן ממעילה ושליחת יד וכמ"ש הש"ך וא"כ הוה"ד דהיכא דלא ידע השליח אף דלא שייך הטעם דדברי הרב וכו' פטור המשלח מטעם דאין שלד"ע, אבל רבינא דס"ל דהיכא דשליח לאו בר חיובא לא אמרינן דאין שלד"ע ע"כ דאינו סובר הטעם משום דילפינן ממעילה דא"כ תקשי אמאי לא נימא דאין שלד"ע אף היכא דשליח לאו בר חיובא, ובע"כ דהטעם לדידי' הוא משום דאמרי' דברי הרב וכו', ומשו"ה סובר מדהיכא דשליח לאו בר חיובא דלא שייך טעם זה אמרי' דיש שלד"ע ומודו התוס' דלרב סמא גם כשהשליח שוגג אין שלד"ע ע ונמצא דהסוברים דאף בכה"ג דלא ידע אמרי' אין שלד"ע הוא משום דסברי כרב סמא והפוסקים דבכה"ג יש שלד"ע הוא משום דסוברים דהלכה כרבינא והרמב"ם מבואר שם דפוסק נמי כרבינא ע"ש, והנה ידוע מה שהוכיח הנו"ב (מהדו"ק חאה"ע סי' ע"ה) דרבא בע"כ כרב סמא ס"ל ע"ש, וגם הא כתבתי לעיל להוכיח דרבא סובר דגם בשוגג אין שלד"ע, ולפ"ז מיושב דברי הרמב"ם במה שלא זכר הדין דטעה דיינא דלדידי' לא יצויר כלל שיהי' חיוב מלקות בכה"ג דטעה דיינא, לא לדיינא ולא שליח דהא קינח בסוגיא שם דכל השקלא וטריא קאי אליבא דרבא שהוא הי' המקשה ממתני' דהוסיף רצועה ואליבא דסובר כרב סמא שפיר מחייבינן לשליח גלות בטעה דיינא דהא לדידי' אין שליח אפי' בכה"ג דלא ידע השליח וכיון שאין שליח שפיר חייב השליח אכן הרמב"ם לשיטתו' דפוסק כרבינא א"כ לשליח אי"א לחייבו דהא לדידי' בכה"ג דלא ידע השליח יש שליח וכיון דיש שליח ראוי המשלח להתחייב ולא השליח והמשלח דהוא הב"ד נמי פטור דאין לחייבם גלות כמ"ש הנתיבות כאן דלענין מיתת ב"ד ודאי דאין חייבין ע"י שליח שוגג דלא אשתמיט תנא לומר דחייבין מיתה על דבורו להשליח לחלל שבת ע"ש, וממילא דלשיטת הרמב"ם לא יצויר שיהי' חיוב מיתה בטעה דיינא לא לשליח ולא לב"ד ולא משכחת לדידי' כ"א בהוסיף השליח מדעתו רצועה עכ"פ מבואר דלרמב"ם בלא ידע השליח יש שליח אלא דיש לדחות דמשו"ה לא הזכיר בטעה דיינא דבסוגיא דהתם לא הוצרך לאוקמי בטעה דיינא כ"א ללישנא קמא דסובר התם דבשוגג קרוב למזיד לא סגי בגלות ולזה בלא טעה דיינא הוה נמי קרוב למזיד ולכן הוכרח לאוקמי בדטעה דיינא, משא"כ ללישנא בתרא דחייב גלות אפי' בקרוב למזיד נמי א"כ גם הוסיף רצועה מעצמו נמי חייב אפי' בלא טעה דיינא וא"כ הרמב"ם פוסק כלישנא בתרא משו"ה לא הזכיר בדטעה דיינא, ושוב ראיתי בהגהות מל"מ שתי' כן

אלא שהקשה דאכתי למה לא ביאר נמי הרמב"ם הך דינא דטעה דיינא דנמי חויב גלות השליח ע"ש, אלא דג"ז י"ל דלא הוצרך לזה דהא מן הסוגיא מוכח דבטעה דיינא יותר פשוט לחייב גלות מבהוסיף מדעתו דלישנא קמא דבהוסיף מדעתו פטור אפ"ה בטעה דיינא חייב, וא"כ מוזכר הרמב"ם דגם בהוסיף מדעתו חייב כ"ש בטעה דיינא דהוה שוגג גמור וחייב לשתי הלשונות:

**סימן שמט**

סעיף ב' **במחבר** אשת ראובן כו' צריך לישבע שאינם ברשותו ושלא שלח יד כו', עיין לעיל סי' צ"ו סעיף י' הביא הרמ"א בשם תשובות הרא"ש דאם הבעל מודה שבאו הכלים שתובעים לרשותו חייב לישבע גם שלא פשע בהן וטעמו משום דאע"ג דהבעל לא שאל הכלים הללו ואין עליו דין שואל להתחייב באונסין מ"מ הואיל וידע שאשתו הכניסה לביתו קיבל בשמירתו כשו"ח וכ"כ התומים והמחבר דלא הזכיר כאן משבועה דלא פשע, היינו משום דלשיטתו אזיל שהקשה בבדק הבית על הרא"ש דלמה צריך לישבע שלא פשע מאחר שאינו שומר כי פשע מאי הוה, ואפ"ה חייב דלא שלח יד, דאם שלח יד חייב אעפ"י שאינו שומר דשואל שלא מדעת גזלן, ועיין בסמ"ע כאן שכתב בדעת המחבר דגם שלא פשע חייב נמי לישבע וכבר תפסו רבים עליו דכתב כן משום דלא ראה דבריו בבד"ה:

סעיף ג' **במחבר** קטן שגנב כו' פטור אף לאחר שיגדיל עיין בט"ז שהקשה מב"ק (דצ"ח) הוה עובדא וכפייה רפרם לרב אשי ואגבי ביה כי כשורא לצלמא, ופרש"י ששרף שטר בילדות' ואגבי' מיני' השתא כשהגדיל רב אשי ע"ש, ונ"ל דאפריך מרפרם שגבה מר"א כשהגדיל מסייעת רב אשי, אם באמש הי' חייב מדינא לשלם כפי' בעד ההיזק שעשה בקטנותו, א"כ למה הוצרך רפרם לכופו, כפי' זו לאיש כרב אשי למה, וכי חשיד הוא רב אשי לסרב על פסק ב"ד, אלא ודאי דהיינו טעמא, דודאי מדינא פטור גם לאחר שיגדיל על ההיזק שעשה בקטנותו ומשו"ה לא שילם רב אשי מעצמו, וגם רצה לסרב על מה שרפרם רצה לגבות ממנו מאיזה טעם שהי' לו, וא"כ הלא מוכח מהתם ההיפך דבאמת גם לאחר שיגדיל פטור, ורפרם שכפה לגבותו הי' זה לא מדינא כ"א מאיזה טעם, ואפי' אי רפרם סובר הכי לדינא מ"מ כרב אשי הי' לו לפסוק, ורב אשי ודאי סובר דפטור דאל"ה לא הי' מסרב, מיהו בשמ"ק שם פי' דלא רב אשי בעצמו שרף אלא כה"ג בא לפני רב אשי ורצה לפטור לאותו האדם השורף שטרות של חבירו דלא לשלם אלא דמי ניירא בעלמא משום דס"ל דלא דיינינן דד"ג ורפרם כפייה לרב אשי שיחייב רב אשי להשורף

לשלם לניזק ככשורא לצלמא ע"ש ולפ"ז לא מיירי התם כלל בדין דקטן שהזיק בילדותו ולא מוכח מידי מהתם וק"ל:

**סימן שנ**

סעיף א' **במחבר** גנב חלבו של חבירו ואכלו משלם דמי חלבו, ובסמ"ע כתב דלא אמרי' קלב"מ כו' ע"ש, ועיין מ"ש לעיל סי' א' וסי' של"ח ליישב למה הוצרך לזה לדידן דאין דנין דין מלקות בזה"ז:

**והנה** הטור כתב וז"ל עשה שלוח לשחוט בשבת והשליח שחט בשבת כתב הרמב"ם ז"ל שהוא חייב עכ"ל, ומלשון זה משמע שעשאו שלוח בפירוש על שחיטת שבת, וכבר העיר המ"ל דמלשון הרמב"ם גופא (ס"ג מגניבה) שכתב וז"ל עשה שליח לשחוט לו והלך השליח ושחט בשבת הרי הגנב חייב בתשלומי דו"ה שהרי זה הגנב לא עשה עון מיתת ב"ד וכו' עכ"ל, ומדקדוק לשונו נראה שדוקא אם עשאו שליח סתם לשחוט והשליח שחט בשבת, אז הוא דחייב הגנב בדו"ה אבל אם עשאו שליח בפירוש לשחוט בשבת פטור מדו"ה וטעמא משום דמה שנתחייב הגנב בשחיטת השליח חדוש הוא, ואין לך בו אלא חדושו דוקא כשלא נצטרף איסור אחר בהדי' כ"ש במ"ל, והנה בס' ים התלמוד השיב על המ"ל מסוגיא דב"ק דמוקי לה התם דע"א בטובח ע"י אחר, ולדברי המ"ל בע"כ איירי התם כשלא צוהו הגנב לשחטו דוקא בשבת, דאל"כ אין שלד"ע אפי בטביחה לשיטת הרמב"ם מנ"ל כיון דנתערב בו איסור אחר ובע"כ דמיירי שהגנב צוהו לשחוט סתם והשליח מעצמו שחט בשבת, וא"כ מאי פריך הש"ס התם למ"ד מעשה שבת דרבנן מ"ט דרבנן דפטרי, הא נהי דמעשה שבת אינו אלא דרבנן מ"מ כיון דהשלוח שינה מדעת משלחו, דהרי עכ"פ מדרבנן אסור הוא ושינה בשליחות וא"כ השליחות בטל ולכך פטרי רבנן דהוה כאילו אחר שחטו ולא שלוחו, אבל לר' מאיר דסובר במזיד יאכל ולא שינה כלל מדעת משלחו דהא למוצ"ש מותר באכילה ולכך חייב אלא ודאי שמכאן ראי' לשיטת הטור דאפי' בעשאו שליח לשחוט בשבת נמי יש שליח בטביחה וסיים בזה סתירה גדולה להבנת המ"ל ע"ש, ולענ"ד לא סתירה גדולה אפי' סתירה כל דהוא אינו מוצא בזה, דפשוטו י"ל שהמשלח הרשה לשחוט בפירוש אף שחיטה שאינה ראוי' ואמר לו בפירוש בין לתקון בין לעיות דאין כאן משום שנוי שליחות ולא מצי תו לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, ועוי"ל דמיירי שא"ל לשחוט באיזה זמן שירצה הן בחול והן בשבת, ואע"ג שנתן לו רשות גם על שבת, מ"מ כיון שהשליחות אינו ביחוד על ענין עבירה דוקא לא הוה זה בכלל אין שלד"ע, ואמינא עוד להסביר טעם הדבר עפמ"ש הסמ"פ לעיל (סי' קפ"ב) בטעם דאין שלד"ע משום דהמשלח לא סמיך דעתו

שיאמר סבור הייתי שלא ישמע לי, וא"כ לא שייך זה כ"א במקום שעושה אותו שליח על דבר עבירה ביחוד דבאופן זה לא יוכל השלוח לעשות שליחותו כ"א בדרך עבירה וי"ל דהמשלח לא סמיך דעתו כלל שיגיע למבוקשו דמימר אמר ודאי שיחזור השלוח מהבטחתי ולא יעשה דבר עבירה, אבל במקום שלשלוח יש שני דרכים דרך היתר ודרך איסור בזה שפיר סמיך המשלח דעתו שיגיע אל מבוקשו, דאם לא יתרצה השליח לעבור עבירה הרי יש לפניו גם דרך היתר ובכה"ג הוה שלוח ולכן כשאמר לו שישחוט מתי שירצה הן בחול והן בשבת שפיר סמיך המשלח דעתו דאם לא ירצה לשחוט בשבת הרי הברירה בידו לשחוט גם בחול בדרך היתר ושפיר יש שלוח בכה"ג, הן אמנם בפירוש הסברא דדברי הרב כו' איפלגו רבוותא והש"ך לקמן (סי' שפ"ח) השיג על הרמ"א שכתב דאם השלוח הוחזק בכך יש שליח לד"ע, דהש"ך סובר שאפי' בהוחזק לכך נמי אין שלוח, והא הכא לא שייך לומר דסבור הייתי שלא ישמע לי כיון דהוחזק כך ובודאי יעשה, אע"כ דהש"ך יפרש דהטעם דדברי הרב כו' היינו שהי' לו לעשות כדברי הרב ולא כדברי התלמיד, ואחרי שלא ישמע לדברי הרב הוה שליחות באיסור ולא יוכל להיות שליח, ופירוש דאין שלד"ע דאינו יכול לעשות שליח בדבר עבירה משום דיותר צריך לשמוע לדברי הרב, ובחדושנו לעיל (סי' קפ"ב) הוכחנו שבפלוגתת הסמ"ע והש"ך מפלגו נמי רש"י ותוס' ע"ש, מ"מ היינו דוקא כשעשאו שליח ביחוד על דבר עבירה אבל כשנתן לו רשות לעשות כמו שירצה הן בחול והן בשבת אין זה תחת סוג דאין שלד"ע וזה ברור, ואפשר עוד דמ"ש הטור שעשאו שלוח לשחוט בשבת, לא נתכוון בזה שעשהו על שבת ביחוד דבזה גם הטור מודה דאין שליח כיון דאיסור אחר מעורב בו אלא כוונתו שנתן לו רשות לשחוט גם בשבת אם ירצה דמשו"ה כששחט בשבת לא הוה כשינה מדעת המשלח אחרי שהרשהו ע"י, ושליח לדבר עבירה נמי לא מיקרי כיון דלא עשהו שליח לד"ע ביחוד, וכדאי לבחור בפירוש זה בדברי הטור יען שכתב זה בשם הרמב"ם וברמב"ם עצמו לא נזכר כלשון הטור, ובע"כ מוכרח שהיכא שיש איסור אחר מעורב לא יכול להיות שליח כמ"ש הרמב"ם במעילה שהביא המ"ל, אלא ודאי כמ"ש, ובזה אין שום סתירה בין הרמב"ם לטור דכוונת הרמב"ם הוא שלא עשהו ביחוד על שבת והשליח מעצמו הוא דשחט בשבת וה"נ תפרש כוונת הטור ודו"ק:

**שם** בקצוה"ח סק"ב כתב דבקנס אף שהודה בפני ב"ד אחד ואח"כ בא לפני ב"ד אחר והביא עדים חייב כיון שבאו עדים קודם שהודה לפני ב"ד השני דחייב ועל קושית אחיו דמה בכך שכפר בב"ד אחר כיון דכבר הודה ואיפטר בב"ד קמא כתב ליישב דמצינו כה"ג לר"מ דס"ל עדים זוממין קנסא ואם העידו קדים בב"ד ואמרו הוזמנו בב"ד פלוני

פטורין וכיון דהוזמנו כבר בב"ד עפ"י עדים כשרים והיכא דבאו עדים ואח"כ מודה ודאי חייב אליבא דכו"ע וא"כ היכי משכחת מודה בקנס בעדים זוממין ע"ש היטב, לא אבין מה ענין זה לעדי חיוב הקנס דכאשר זמם, הא משכחינן דאפי' אם הוזמו העדים ועדותו בטילה לגבי מי שרצו לחייבו ואפ"ה קנס דכאשר זמם אינם מחויבים כלל וכגון אם העדים היו קרובים לבעלי דינים וקיבלום עליהם, דבדיני ממונות מהני קבלה, ואפ"ה לענין לשלם הקנס דכאשר זמם אינם מחויבים משום דאינם בגדר עדים כיון דמה"ת פסולים הם רק מחמת קבלה אין להם דין זוממין, ולפ"ז במה שהעידו המזימין לומר שביום פלוני עמנו הייתם, נהי דהעדים הוזמו ועדותן בטילה, אבל לענין חיוב דכאשר זמם לא ניכר מהגדתו כלום דדלמא פסולים היו העדים או הדיינין, וכאשר באו אח"כ הנידון לתבוע קנס דכאשר זמם והעדים הודו מעצמן שהם והדיינין היו כשרים באופן שמחויבים לשלם הקנס מיקרי הודה מעצמו ממש כיון דעל חיוב דכאשר זמם לא העידו המזימין כלל, וא"כ מה ענין הוא לבאו עדים ואח"כ הודה. דהתם מיירי שהעדים בנוגע לענין חיוב הקנס, אבל הכא המזימין בשעה שהזימום לא העידו מאומה בנוגע לחיוב הקנס ושפיר הוה הודאתן מודה עצמו ממש:

**סימן שנא**

סעיף א' **במחבר** אבל הגונב כיס בשבת והגביהו ברשות הבעלים חייב שהרי נתחייב באיסור גניבה קודם בש"ס דכתובות (דל"א) פריך מברייתא זאת על ר' אבין דאמר הזורק חץ מתחלת ארבע לסוף ארבע וקרע שיראין בהליכתו פטור שעקירה צורך הנחה היא, ופי' הלכך אע"ג דחיוב ממון מקמי הנחה אתיא לה פטור הואיל ובין עקירה והנחה אתיא לי' מיתה ותשלומין באין כאחד שעקירה צורך הנחה היא ומההיא שעתא אתחלא לה מלאכה, ולמה לא אמרינן נמי בברייתא הגבהה צורך הוצאה ומשני דהב"ע כשעמד ומחלק שם בין עומד לכתף או לפוש, והרמב"ם (פ"ג מגניבה) כתב הדין כפשוטו הגונב כיס בשבת חייב, והקשה המ"מ הא בש"ס מוקמינן דוקא כשעמד חייב ולמה השמיט הרמב"ם לבאר חילוק הזה ע"ש מה שתירץ, ולענ"ד נראה דבאמת קשיא לי על עיקר הקושיא דפריך רב ביבי מברייתא זאת דגונב כיס על ר' אבין דאמר הזורק חץ, דכמו דהתם אמרי' עקירה צורך הנחה, ה"נ נימא עקירה צורך הנחה, הא סכינא חריפא מפסיק ביניהם, דבזורק ברה"ר האיסור כבר הותחל תיכף משזרק אלא שלא נגמר שיעורו לסקילה עד שיגיע לסוף ארבע, אבל פשיטא שגם קודם שיגיע לשיעור יש בו איסור דאורייתא כדין חצי שיעור שאסור מה"ת גם לענין שבת וכמו שהוכיח הפמ"ג (סי' ש"א) מדברי הטור ע"ש, ובפתיחה להלכות שבת, אבל במי שעוקר חפץ מן הבית ע"מ להוציא

לרה"ר, נהי דכשמוציאו אח"כ גרמה לו עקירה הראשונה להתחייב, אבל כל זמן שלא הוציאו עוד ואוחזו בבית, פשיטא שלא הותחל עוד בעקירתו איסור שבת וכמ"ש התפא"י בחדושיו שאחר פרק ראשון דשבת, דהתורה לא אסרה רק בצירוף העקירה וההנחה שניהם יחדיו כמו צמר ופשתים בשר בחלב דמי נימא שכל אחד בפני עצמו הוה חצי שיעור, וכ"ז הוא בעקירה מן הבית, או גם במעביר פחות מד' אמות ברה"ר לית בי' משום חצי שיעור לאסור, דיש לומר כיון בלא העביר ד' אמות שלימות אין כאן מלאכה כלל, וגם בזה כתב החת"ס לאסור וכמ"ש בתשובה (או"ח סי' ס') וז"ל והא דאמרי' ריש פירקין דהתירו לטלטל פחות מד"א משום דאי לא שרית לי' אתי לאתויי ד' אמות משמע משום פסידא לחוד לא התירו התם היינו לטלטל ברה"ר פחות מד"א שזה איסור חמור שהוא חצי שיעור מאיסור דאורייתא משו"ה אי לאו דחששו שיביא ד' אמות לא התירו לו עכ"ל, ואכן בזה כתב הפמ"ג בפתיחה להלכות שבת דבמעביר ליכא איסורא, אבל בזורק גם הוא ס"ל דאסור כמ"ש להדיא שם ע"ש, ולפמ"ש יש להבין מה פריך רב ביבי מההיא דגונב כיס הא יש לחלק דבדינא דר' אבין דמיירי בזורק שכבר הותחל האיסור שבת ונמצא שכבר קרע השיראין לאחר שכבר הותחל האיסור שפיר י"ל דפטור וכדין קוצר ומעמר שצריכין נמי שיעור, ואין ספק שכל ממון שנתחייב משעה שהתחיל לקצור עד גמר השיעור נידון, כמתחייב בנפשו וכמ"ש בשמ"ק אבל בברייתא דגונב כיס דבשעה שהגבוה כבר נתחייב בתשלומין וטרם הותחל איסור שבת, ודאי שאין לפוטרו, ואכן י"ל דהסוגיא הקודמת שם הביא לרב ביבי להקשות כן, דהא לעיל שם פריך מדר' אבין על ההיא דר' חסדא דאוכל חלב, ולמה לא נימא דהגבהה צורך הוצאה, והתם גבי אכילת חלב ודאי שאינו שייך ההגבהה לאיסור אכילתו ואפ"ה קא מקשה מההיא דהזורק, הרי דמשמע לי' לדמות זה לזה, ולסברתו פריך גם רב ביבי מברייתא דהגונב, דכ"ש הוא אכילת חלב, דס"ס אגידה הוא העקירה לגבי ההנחה, ואילו גבי חלב לא אגידא כלל ההגבהה לאיסור האכילה, ואמנם כל זה הוא לסברת המקשה, אבל אליבא דדינא נלע"ד דברינו נכונים לחלק בין גונב כיס להההיא דהזורק וכמ"ש הרא"ה בשמ"ק ליישב קושית התוס' מההיא דב"ק וכתב שרק לסברת המקשן הוא דרצה לדמות הגבהה דתרומה לזורק בשבת יש לחלק בין טעם דגחון ואכיל או לא מצי לאהדורה, אבל באמת אינו דומה דלענין תרומה לא שייך הגבהה לאיסור אכילה כלל, אבל בשבת בשעת זריקה מתחיל החיוב ע"ש, ולפ"ז אליבא דאמת אין צריכין לדחוק ברייתא דגונב כים ולחלק בין עומד לפוש או לכתף, ודברי הרמב"ם מבוארים היטב בלי גמגום:

**שם** בהג"ה בכל ענין פטור מלשלם, וטעמייהו כתב הסמ"ע והש"ך דאע"ג דחיוב ממון בא אח"כ מ"מ כיון דמיד שהוציא חייב מיתה ולא פקע מיני' האיסור ותו לא חל עליו חיוב ממון, דקדימת חיוב דממון לחיוב דמיתה הוא דלא אמרי' קלב"מ אבל בקדימת חיוב מיתה אמרי' קלב"מ, ופלא בעיני על הסמ"ע והש"ך שכתבו זה בפשיטות ובקיצור גדול, והנני מוצא מחלוקת גדולה נגדם בסברא זאת, הנה כסברתם אמנם מבואר בשמ"ק לב"ק (ד"ע ע"ב) והביאו ראי' לזה מהא דאמרי' ב"ק (דכ"ב ע"ב) כגון שהצית בגופו של עבד ופטור אגדיש אעפ"י שנשרף אחר מיתת העבד הרי למדנו דאם חיוב מיתה בא קודם ההיזק אמרינן שפיר קלב"מ ופטור, אכן בתוס' (ב"ק ד"ע) (ובגיטין דע"ט) מבואר להדיא דהיכי דחיוב מיתה קדים נמי לא אמרי' קלב"מ, ובעינן ששני החיובים יבואו כאחת ממש דוקא, דמוקים מתני' דהתם גנב ומכר בשבת פטור פטור, מוקי הש"ס באומר זרוק לחצירו ותקני לי גנבותך כמאן כר"ע דאמר קליטה כמו שהונחה והקשו התוס' דלר"ע מי ניחא והא לענין שבת מחייב אפי' למעלה מן המחיצות ולענין קנין עד דנפיל לתוך המחיצות ע"ש, ולדברי הסמ"ע והש"ך לא הוו מקשו מידי דאכתי חיוב מיתה קדים, ובע"כ דתוס' סברי דאפי' בכה"ג דחיוב מיתה קדים לא אמרי' קלב"מ, והקצוה"ח כאן הביא להקשות על הסמ"ע ממשנה דערכין דיוצא ליהרג, ואשתמטתי' שכתבו וכלשונו הובא בשמ"ק בשם הרשב"א ואכן בישוב הדברים כבר הארכנו בחבורנו לב"ק ולגיטין וקצת לעיל בסי' א' ע"ש היטב וא"צ לכפול הדברים:

$$(ציור בספר)$$

**סימן שנג**

סעיף א' **במחבר** כגון שגנב טלה ונעשה איל קנאה בשינוי השם כו' ומשלם כמו שהיתה שוה בשעת הגניבה ולא כן כתב רש"י ב"ק (דס"ה ע"ב) דעל דברי ר' אלעי דאמר גנב טלה ונעשה איל כו' נעשה שינוי בידו וקנאו טבח ומכר שלו הוא טובח, ופירש"י וז"ל נעשה שינוי בידו וקנאו להא מילתא דאם טבח שלו קא טבח וכו' אבל קרן היכי דאשבח כי השתא משלם עכ"ל, הרי להדיא דלענין תשלומין משלם כי השתא ולכאורה הי' אפשר לומר דלא פליגי רש"י עם המחבר, דמ"ש רש"י דקרן כי השתא משלם היינו בדטבחה דדמי לחבריה ושתייה דמשלם כי השתא, והמחבר מיירי שעודנה בעין ביד הגנב ואתה רוצה לחייבו על שעת הגניבה ודמה לאיתבר ממילא דמשלם כדמעיקרא, אכן א"כ הו"ל למחבר לפרש דבטבחו ואיבדו משלם כהשתא, ועוד הא עיקר דין דר' אלעי מיירי בכה"ג שטבח וכדאמר התם וא"כ הו"ל למחבר למינקט יותר דין המוזכר בש"ס ובע"כ דסובר דאפי' בטבח משלם נמי כדמעיקרא ולא דמי לתברה ושתייה, דהתם ליכא שינוי אבל

הכא דקנייה בשנוי נימא דברשותו הושבח, וכמו שהקשו באמת השמ"ק ופנ"י על רש"י, ונ"ל ליישב דסברת רש"י כן הוא דהנה השבח של טלה ונעשה איל היינו שהגדיל, והשבח הזה לא בא בפעם אחת רק יושבח מעט מעט מיום ליום ואמנם השינוי הוא דוקא כשהגדיל ממש דאז ניכר השינוי אבל קודם שהגדיל לגמרי אף שהשביח מ"מ השינוי לא ניכר עוד, ולפ"ז כל השבח שהשביח בא קודם השינוי להכי משלם כי השתא, משא"כ לענין טבח ומכר דטובח לאחר שבא השינוי הוה שפיר שלו טובח, ובהכי ניחא נמי מה שהקשה בשמ"ק על רש"י דהא הכא אי איתא בעיני' איתא לא הדרא למרא, אלא מצי לסלוקי בדמים משום דנעשה השינוי וקנאו וא"כ למה צריך לשלם קרן כי השתא ולמ"ש ניחא השתא כיון דכבר נעשה שינוי ודאי שא"צ להחזירה בעיני' אבל השבח הרי בא קודם השינוי וברשותו של בעה"ב הוא דאשבח וצ"ע:

**והנה** הפנ"י הקשה נמי על רש"י אמאי לא קנה הגזלן את השבח ע"י שינוי, דהא אפי' למאן דסובר דשנוי כה"ג שנעשה ממילא ולא ע"י מעשה הגזלן לא קנה, היינו שאינו קונה את גוף הבהמה, אבל מ"מ השבח גופא ודאי דגזלן הוא דהא קי"ל כר' יהודה דשבח שע"ג גזילה אע"ג דאתא ממילא כגון פרה ונתעברה אצלו רחל ונטענה אצלו אפ"ה נוטל הגזלן הגיזות והולדות אפי' הם בעין משום דקנה בשנוי אע"ג דלגבי בהמה גופא לא מיקרי שנוי מ"מ לגבי השנוי גופא מועיל, וא"כ ה"נ בטלה ונעשה איל אמאי יש לו לשלם כהשתא ולא אמרי' דשבח שע"ג גזילה כזה הוה דגזלן ע"ש, ואולי יש לחלק ביניהם דפרה ונתעברה אצלו משו"ה נוטל הגזלן את הולדות, לא משום דקנה אותם בשטי, דבאמת שנוי כה"ג הבא ממילא לא הוה שנוי אפי' לגבי הולד, אלא משו"ה נוטל הגזלן משום דולד לא גזל אלא פרה ריקנית ובביתו הוא דנתעברה, משא"כ בגזל טלה ונעשה איל דגוף זה גזל ממנו והשנוי לאו כלום הוא משו"ה משלם כדהשתא ובהכי ניחא נמי מה דקשה לכאורה דהכא אמרי' דשנוי דלידה הוי שנוי עכ"פ לגבי הולד גופא, דהא הולד של גזלן הוא, ואילו במס' ע"ז מוכח דשנוי דלידה לא הוה שנוי אפי' לגבי ולד וכדאמר התם דמ"ז הכי השתא התם מעיקרא בהמה והשתא בהמה דשא הוא ואחיד באפה, הרי להדיא דגם לגבי ולדגופא לא חשיב לידה כשנוי ועמ"ש לעיל סי' רע"ח, ולמ"ש י"ל דהכא לאו מטעם דקנה בשנוי הוא דנוטל את הולד, אלא משום דולד לא גזל כלל, ופשיטא דאין חיוב השבה בזה כיון שאין כאן גזילה מעיקרו, משא"כ בע"ז דמיירי התם דגם מעיקרא הי' ולד ואתה רוצה להכשירו למזבח משום שנוי דלידה, בזה אמרי' דשנוי דלידה לא הוה שטי ולפ"ז נדחה הראי' שהביא הקצוה"ח לקמן (סי' שנ"ד) מהכא לשי' הרמב"ם, והיינו נמי מה דתני במתני' דר"פ הגוזל בגזל פרה מעוברת וילדה

דמשלם פרה העומדת לילד, דמשמע דכל השבח שנשבח הולד בגידולו מן שעת הגזילה עד לידה הכל לנגזל, ועד רגע אחרונה סמוך ללידה הכל לנגזל ואילו בבבא שאחרי' גזל פרה ונתעברה אצלו משלם כשעת הגזילה, ועמ"ש בסי' שנ"ד מזה והיינו משום דכיון שברישא דגזלה מעוברת והרי גזל גם פרה גם ולד, וא"כ חיוב השבה יש כאן על ולד נמי אלא שאתה רוצה לפטור מחמת שנוי דגידול ולידת הולד, וזה אמרי' דשנוי כה"ג ג לא הוה שם שנוי, משא"כ בגזל פרה ריקנית ונתעברה כיון שאין כאן גזילה מעיקרו על הולד משו"ה הולד של גזלן ועמ"ש לקמן סי' שנ"ד:

סעיף ב' **במחבר** נתיאשו הבעלים מהגניבה אינו קונה, הטור מסיק בזה וז"ל ונראה לא"א הרא"ש ז"ל כיון דרבא מספקא לי' אי קני דאורייתא או דרבנן נהי דלא קיי"ל כוותי' בהא דמספקא לי' אי קני דאורייתא אלא כעולא ור' יוחנן דסברי לא קנה מ"מ אם קידש בו אשה צריכה גט מספק דשמא קונה מדרבנן עכ"ל, והנה מה שכתב דקי"ל כעולא ופשיטא לו דעולא סובר דיאוש לא קנה, לענ"ד יש לפקפק בזה דבעיקר הוא מחלוקת הר"ח ור"י בתוס' ב"ק (דס"ז) דר"ת סובר דבכ"מ סובר עולא דיאוש קנה ורק בקרבן פסול מטעם מצוה הבאה בעבירה והר"י הקשה עליו מכמה מקומות ומסיק דעולא סובר בכ"מ דיאוש לא קנה, וא"כ מי אנכי להכריע ביניהם בכ"ז לענ"ד קושיות הר"י יש ליישבם קושיא הראשונה דא"כ כי מקשה אביי לרבה בב"ק שם מקרבנו ולא הגזול דלמא בקרבנו מודה רבה אפשר ליישב עפמ"ש התוס' (סוכה ד"ט) למה לי קרא למעט סוכה גזילה תיפוק לי' מטעם מהב"ע הרי נלמוד משם דעל מצוה הבאה בעבירה לא צריכא קרא למעט, ויליף זה מקרא דתני ה' שונא גזל בעולה דסברא הוא וכמ"ש הר"ן שם מטעם דאין קטיגור נעשה סניגור, וא"כ א"ש דבשלמא בההיא דעולא דקרא דוהבאתם את הגזול דיליף מיני' אין מיותר שם קרא דגזול, רק הנביא יתאונן שיבואו קרבנות גזולים דלית להו תקנתא דומיא דפסח, וע"ז נותן עולא הטעם דמפני מה הוא באמת כן דגזול אין לו תקנה, משום מהב"ע אבל בברייתא דקרבנו דבעי למילף מייתור דקרא א"כ אין שייך לומר דהיתור בא למהב"ע דע"ז א"צ קרא:

**ועוד** נראה עפמ"ש בס' מנ"ח מצוה (שע"ה) לחלק בענין מצוה הבאה בעבירה דיש שני סוגי מצוות עשר, א) שהוא חיוב אקרקפתא דגברא, כגון תפילין ואתרוג ומצוה כזו אם מקיים אותה עושה בזה רצון הבורא ואם מבטל את המצוה ביטל המצוה ועושה נגד רצונו ית', ויש מצוות שאינן חיוב לעשותן, וכגון ציצית דהתורה לא חייבהו ללבוש בגד ד' כנפות, אך אם הוא מביא עצמו לידי חיוב שבכיון לובש ארבע כנפות כדי לקיים מצות ציצית, זה דרך הטוב והישר, אבל אם אינו מקיים אינו עובר על רצונו אלא שאין

מקיים המצוה, והנה הא דמהב"ע אינו יוצא, הטעם דהקב"ה אינו רוצה בכך ולא לרצון לפניו דקטיגור יעשה סניגור, ומשום זה שייך שפיר לומר דלא יצא ידי מצוה, כי זה אין רצון הבורא וא"כ לא קיים המצוה וזה שייך רק במצוה חיובית כיון דלא יצא ידי חובת המצוה, ממילא לא יעשה המצוה ולא יבטל המצוה, כי זה בזה תלוי, אבל במצוה שאינה חיובית אם הם באים בעבירה אמת דלא קיים רצון הבורא כי אין זה רצונו, אבל מ"מ לא ביטל המצוה רק דלא קיים והו"ל כמו שאינו לובש בגד ד' כנפות כלל, דלא נוכל לדון אותו כאילו ביטל המצוה אלא הוה כמו שלא לבש כלל דהו"ל לא ביטל ולא קיים, לכן במצוות הקרבנות יש בה שני סוגים יש סוג שאדם מביא עצמו לידי חיוב כגון נדרים ונדבות ויש שהם חיוביים, ולמ"ש אין שייך לפסול מטעם מהב"ע כ"א בקרבן חיובי, אבל בנדר ונדבה לא שייך לפסול, דנהי דאין זה רצון הבורא היכא שבאה בעבירה, מ"מ בביטל לא נוכל לחשבו והוה כמו שלא נדר כלל, ומעתה לק"מ קושית הר"י דקרא דעולא דמיירי בכל הקרבנות וגם בקרבנות חיוביים, שייך שפיר למיפסל משום מהב"ע אבל קרא דקרבנו האמור בעולה שאינו בא אלא בנדר ונדבה שם לא שייך למיפסלה מטעם מהב"ע:

**קושיא** השני' שהקשה הר"י מהא דגיטין (דנ"ה) דבעי רבא כי אוקמוה רבנן ברשותי' משעת גניבה או משעת הקדישה ומאי נ"מ לגיזותי' וולדותי' ואליבא דעולא בעי לה התם ואי בעלמא קני הא ע"כ משעת יאוש גיזותי' וולדות דידי' נינהו ע"ש, גם קושיא זאת נ"ל ליישב, דהנה גם רש"י בגיטין פי' כפיר"ת רק בקצת שנוי דז"ל רש"י שם יאוש לא קני לענין הקרבה דלא מיקרי קרבנו עכ"ל, נתכוון בזה נמי לתרץ קושית הר"י דהא עולא סובר בב"ק דיאוש קני ולזה דייק לתרץ דאה"נ לכל מילי יאוש קונה מה"ת ורק לענין הקרבה לא מועיל דגזיה"כ הוא שיהא קרבן שלו ולא שיהא בא לידו בגזל מחמת קנין יאוש, ואלא שבזה נאיד מפור"ת, דר"ת פי' דהפסול שבקרבן הוא מטעם מהב"ע, ורש"י מפרש משום דגזיה"כ הוא דבעינן קרבנו דוקא, והטעם דמיאן רש"י מלפרש כר"ת וי"ל משום דפריך הגמ' התם בגיטין לעולא דיאוש לא קני כרת מאי עבידתי', ואי נימא דמטעם מהב"ע הוא הפסול, א"כ מאי פריך, הא מדאורייתא כשר להקרבה ג"כ, וטעם דמהב"ע לא יוכל להועיל כ"א שיוצרך להביא קרבן אחר ואין קרבן זה עולה לרצון מטעם דאין קטיגור ועשה סניגור וכדכתב הר"ן פ' לולב הגזול, אכל למיפטרי' עוד מכרת מטעם זה, אין שום סברא להקל עליו עוד, ועוד דעיקר הדין דמהב"ע הוא רק דרבנן כמ"ש התוס' (סוכה ד"ט) ולכן פרש"י דהטעם דלא מהני לענין הקרבה הוא משום דלא מיקרי קרבנו וגזה"כ הוא דקרבן בעינן שיהא שלו ולא שיהי' קנוי לו ביאוש דמטעם מהב"ע

אין לומר דא"כ אמאי בעי למיפטרי' מכרת כיון דמדאורייתא קרבן כשר הוא, ולפ"ז צ"ל דהא דמשני הש"ס התם כרת מדבריהם והוא דרבנן אוקמוה ברשותו, אין פירושו דרבנן אמרו בזה דיאוש יקנה דאכתי מה יועיל כיון דבא הקנין ע"י יאוש לא מיקרי קרבנו, ועוד הא גם מדאורייתא קונה יאוש ומה שייך אוקמוה ברשותי' אלא צריך לומר דרבנן אוקמוה ברשותי' שיהא נחשב כאילו הי' מתחלה שלו ולא והי' מעולם של בעלים או כאילו הבעלים מוכרים אותו ברצו כעת ויש כח בידם ע"ז מטעם הפקר ב"ד והפקירו את הזכות שהי' להבעלים ע"ז ונתנוהו לגזלן ועשאוהו כאילו מתחלה הי' שלו, ולכן מיקרי קרבנו וחייב כרת, ובזה יש רב לתרץ קושית התוס' דלמ"ש דהא דאוקמוה רבנן ברשותו אין הכוונה דיאוש יקנה דהא בכה"ג לא מהני, ורק דעקרוהו כח הבעלים מן הקרבן ועשאוהו כאילו מתחלה הי' של הגזלן, וא"כ ודאי אפי' בלא יאוש שעדיין לא נתיאשו הבעלים נמי הוא של הגזלן כיון שאין אנו צריכים בזה כלל לקנין יאוש, וע"ז קאמר דרק משעה שהקדישה אוקמוה, אבל לא משעת גניבה בכדי שלא והא חוטא נשכר, אבל היכי דייאש איה"נ דקנה הוולדות והגיזות ביאוש, ובלא"ה מוכרחים אנו לומר דהא דאוקמוה ברשותי' הוא אפי' אם לא נתיאשו הבעלים וידעינן דלא מייאש דהא הטעם שתקנו זאת למיקם ברשות גזלן משום שלא יהי' כהנים עצבין וכמו שאוכיח בסמוך, ובדין הוא ודאי בחטאת הגזולה שתקנו שמכפרת הוא אפי' בדידעינן דלא מייאש דלטעם ושלא יהי' הכהנים עצבין אין נ"מ ואפי' בדלא אייאש נמי שייך סברא זאת ובע"כ דאוקמוה ברשותי' אפי' בדלא אייאש, וע"ז קאמר דהוא רק משעה שהקדישה, אבל באמת אם הבעלים נתיאשו קונה הוולדות והגיזות מטעם יאוש וזה נכון ואין להקשות על דברי אלו ממ"ש הרמב"ם, (פי"ח מהלכות מעשה הקרבנות הי"ד) דרק אחר שנתיאש חייב כרת ולא קודם יאוש, דהיינו משום דהרמב"ם לשיטתו שפוסק (פ"ה מהל' איסורי המזבח) כר' יהודה דדבר תורה מכפרת מטעם יאוש, וכיון דעיקר הכרת הוא מן התורה מטעם יאוש, משו"ה דוקא אחר יאוש ולא קודם אבל לעולא דסובר דיאוש לא מהני לענין הקרבה א"כ לא נוכל לומר דרבנן אמרו דיאוש קונה כיון דזה לא מהני לענין שיהא נחשב קרבנו, ובע"כ דעקרו לגמרי כח הבעלים הראשונים, וממילא אפי' בלפני יאוש אוקמוה ברשותו, ולפ"ז צ"ל השתא דהא דלעולא מכפרת בלא נודעה מן התורה מכפרת כיון דאוקמוה ברשותו נחשב שלו ממש, לכן ממילא מכפר אף מן התורה וכמו שמחייב כרת עי"ז משום דכיון דרבנן אוקמוה שיהא שלו נחשב מן התורה כשלו ומחויב כרת, כן נמי מכפרת מן התורה והא דאמר עולא מכפרת כדי שלא יהי' כהנים עצבין אין זה הטעם דמשו"ה מכפרת, רק בא לתת טעם מה ראו חכמים לאוקמי

ברשותו ונותן הטעם דשלא יהיו כהנים עצבים, ומשום זה אוקמוה ברשותי', אבל איה"נ דהשתא דאוקמוה ברשותי' מכפר גם מן התורה, ומעיקרא בסוגיא קודם שמסיק האי סברא דאוקמוה, היינו סבורים דין התורה אינו מכפר ורק רבנן אמרו שיהא מכפר, פי' שא"צ להביא קרבן אחר מטעם דשלא יהי' כהנים עצבים וא"כ הוה הטעם דשלא יהי' עצבים טעם לזה דמכפרת, אבל לבתר דמסיק הטעם דאוקמוה ברשותו מכפר גם מה"ת, והטעם דשלא יהי' עצבון הוה רק טעם למה רצו חכמים להעמידו ברשותו, ועיין ברש"י שם בד"ה אוקמוה וז"ל ומחייב כרת אם ישחטנה בחוץ כי היכי דמוקמי ברשותו לענין כפרה ע"כ, הרי להדיא דהא דמכפר הוה מטעם דאוקמוה ברשותו וכדכתיבנא, ועיקר הטעם דראו חכמים למיקם ברשותו הוא משום שלא יהיו עצבים וכיון דאוקמוה ברשותו לענין כפרה, משו"ה מחייב נמי כרת כיון דשלו הוא לגמרי ובחבורנו לגיטין שם הארבנו הרבה יותר בזה משם תדרשנו, וכיון שזכינו לדין ליישב שיטת ר"ת מקושית הר"י ממילא נשאר לפני תמוה מ"ש הטור למלתא דפסוקא דלעולא יאוש לא קני והא לשיטת ר"ת ורש"י קונה ודו"ק

**וכן** במה שכתב הטור בסוף דאם קידש אשה צריכה גט מספק גם בזה העתקתו אינה מובנת, דלשון הרא"ש גופא אינו כן ובפ' מרובה כתב וז"ל ואם קידש אשה בגזל דידי' אחר יאוש צריכה גט דרבה סבר דלכל הפחות קנה מדרבנן אבל מדאורייתא קי"ל דיאוש לא קני עכ"ל, והרי לשון הרא"ש דודאי קנה מדרבנן וצריכה גט ודאי מיהו בקושיא הזאת מצאתי שכבר קדמונר הב"ח ועמ"ש ליישב רק אנכי על דברי הרא"ש גופא באתי בזה לבאר, דלבד שדבריו קשים אהדדי וסותרים מ"ש הוא עצמו בקדושין (די"ג) וז"ל דדוקא בגזל דידה מהני בשדיך אבל בגזל דעלמא אע"ג דשדיך לא הוה קדושין אא"כ קדשה בו לבתר דקניא ביאוש בעלים דהוה כדידי' עכ"ל, ומשמע מלשונו דמקדש בגזל לאחר יאוש גרידא הוה קדושין מן התורה ואע"ג דיאוש גרידא לא קני מ"מ בקדושין מהני משום דהוה יאוש בידו דידי' ושינוי רשות ביד האשה וכמ"ש המ"מ (פ"ה מאישות) ואילו בב"ק כתב שגם בקדושין לא מהני אלא מדרבנן, ולבד הסתירה הזאת עוד כתבו האחרונים שדבריו מרפסין איגרי כאשר ראו כן תמהו המהרש"ל ביש"ש והדרישה ומגיני שלמה דהא אפי' אם יאוש לא קנה בעלמא הא בקדושין איכא יאוש ושינוי רשות ולענ"ד נראה דשינוי רשות דקדושין לא מהני דקדושין בעינן כסף דידי' של בעל ובשעה שנתן הכסף לידה אכתי לאו דידי' הוא ואע"ג דמשבאה לידו קנאתו מ"מ בתר דידי' אזלינן דכסף דנותן בעינן והוא לא קנה עדיין בשעה שנתן לידה ודלא כסברת המ"מ שכתב דכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה דמה סברא היא זו, היא שפיר קנתה ע"י שנוי רשות, אבל בידו

אכתי לא הי' שנוי רשות ולא קנה עדיין ולאו ממונא דידי' הוא, וכיו"ב כתב הריטב"א (בקדושין דנ"ז) גבי מקדש בערלה וז"ל ואע"ג דחולה שאין בו סכנה מותר באיסורין שלא כדרך הנאתן מ"מ אסור הוא למוכרם לחולה זו וליטול דמים ממנה וכו' וכיון שכן לא חשיב ממונא כלל ואפי' היא חולה שראוי' ליהנות בהם אינה מקודשת דלאו ממונא יהיב לה עכ"ל הרי כהויא שאע"ג דלאשה חשוב ממון שחם דיבי דהוא לא נתן כלום לא מהני וה"נ דכוותה אע"ג דהאשה קנאתו ע"י שנוי רשות, מ"מ כיון דהבעל לא קנה עדיין דמצא דלאו תנא דבעל הוא, ומ"ש הרא"ש בקדושין דאם קדשה לבתר התא ביאוש דהוה כדידי' אין זה שום סתירה למדייק ברנריון שדייק לכתוב לבתר דקניא ביאוש ולא כתב סתם לבתר יאוש ואי נימא דשנוי רשות דאשה מהני א"כ מאי האי דכתב לבתר דקניא ביאוש הא לעולם קניא ע"י יאוש ושנוי רשות והכי הול"ל אם קדשה לבתר יאוש דהוה כדידי', אלא מדדייק לכתוב לבתר דקניא ביאוש מזה גופא מוכח דשינוי רשות דאשה לא מהני ולא מהני כ"א כשהי' עם היאוש דבר המועיל לקנין כגון שנוי השם או שנוי מעשה, או דמיירו התם בגזל כזה שגזל אדם אחר ונתנם לו דכבר הי' שנוי רשות ביד המקדש, והכא מיירי בגזל כזה שהוא בעצמו גזל דאכתי לא הי' שנוי רשות ומשו"ה לא מהני מדאורייתא, וגם תירוץ הזה אפשר לכיון בדיוק דברי הרא"ש בב"ק שדייק לכתוב ואם קידש אשה בגזל דידי' ואם נתכוון ואתי לאפוקי גזל דעלמא הכי הול"ל אם קידש אשה בגזל דעלמא כמו שכתב בקדושין אלא כוונתו דהכא מיירי בגזל דידי' כלומר מה שהוא עצמו גזלן וכיון דליכא אכתי שנוי רשות משו"ה אינו מועיל כ"א מדרבנן משא"כ בקדושין התם דמיירי בגזל דעלמא כלומר מה שהאחרים גזלו ונתנו לידו דהוה שנוי רשות נמי ביד הגזלן ומשו"ה מהני מדאורייתא וזה נכון, ועפ"ז יש לתרץ מ"ש הרמב"ם (פ"י מהל' איכות) המקדש את האשה בגזל או בגניבה ובחמס וניאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר ביאוש הכו מקודשת עכ"ל והלח"מ הקשה במ"ש הרמב"ם "ונודע" שקנה אותו ביאוש והא פסק (פ"ה מהל' כלים) דסתם גניבה הוה יאוש בעלים, ועוד אם כוונת הרמב"ם דבעינן שנודע שנתיאשו הבעלים משום דבסתם לא הוה יאוש בעלים הול"ל ונודע שנתיאשו ומאי האי דקאמר ונודע שקנה ביאוש ולמ"ש נכון מאוד משום דיאוש לחוד לא קנה ושינוי רשות דקדושין נמי אינו מועיל כנ"ל, אלא בעינן שיהי' עם היאוש שנוי השם או שנוי מעשה, ולזה כתב ונודע שקנה אותו ביאוש כלו' שהי' באופן כזה שמועיל היאוש לקנין וכגון בשנוי השם או שנוי מעשה ועיין היטב מה שכתבנו בחבורנו לב"מ דנ"ו ובקדושין דנ"ג:

**והנה** אף שזה הי' נראה נכון בטעמו של הרא"ש דבקדושין לא קנה הבעל משום שנוי רשות דהאשה ומשום דלבעל אכתי לא הי' שנוי רשות, ורק מפני שהמ"מ כתב דע"י שנוי רשות דהאשה קונה אותה, ויש לי לתרץ דבריו של המ"מ דהוא סובר כהר"ן בקדושין דאם קדשה בחליפין איסורי הנאה כיון דלדידה שריא דמקודשת ואע"ג דלאו ממון של בעל הם דלדידי' אסור, מ"מ כיון דהאשה מותרת ליהנות מזה והוא המציא לה הנאה זו מקודשת בשכר הנאה שהמציא לה וכמ"ש הנתיבות לעיל (סי' שמ"ח) ע"ש, ואם כי הריטב"א שהבאתי אינו סובר כן אלא דכיון דלדידי' אסור ליהנות אינה מקודשת דלאו ממון דבעל הוא, מ"מ המ"מ יסבור כהר"ן, והיינו שכתב כיון שהיא קנתה פי' דהיא קנתה את החפץ שקבלה וקנאתו בשנוי רשות, אף הוא קונה אותה כלו' להאשה, ועוד אפשר לומר דהכוונה דהגזלן קונה את הגזילה גופא ע"י שנוי רשות דהאשה דהוה בזה הקנין והשנוי רשות באים כאחת ושפיר הוה שלו וכמ"ש הרשב"א בב"ק שם דמה דאמרי' דהגנב והגזלן הקדישן משום יאוש ושנוי השם מעיקרא חולין והשתא הקדש והקשה הרשב"א דהיכי חייל הקדישו כיון דיאוש לחוד לא קנה ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, ותי' משום דע"י הקדש הוה שנוי השם והקדישו וקנייתו באים כאחת, לכן לא ניחא ליישב דברי הרא"ש באופן שכתבתי אחרי שכל הנהו ראשונים שהבאתי הם נגדו, אלא נ"ל מטעם אחר סובר הרא"ש דבקדושין לא חשיב שנוי רשות וכמ"ש הבית מאיר (אה"ע סי' כ"א) דשנוי רשות ליד האשה לא מיקרי שנוי רשות משום דשם רטרהי עליה ועל כל מה שיש לה זכעין מ"ש (ב"ק ע"ו) מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן ע"ש ואם כי מתחלה הייתי כמתפלא על דבריו דהא התוס' שם כתבו דאע"ג דהוה הקדש כשם בעלים ולא מיקרי מסרה, מ"מ שנוי רשות חשוב דאל"כ יקשה מהא דאמרי' בב"ק קרבנו ולא הגזול וכי הקדישו לאחר יאוש קנה, ובע"כ דהוה מטעם יאוש ושנוי רשות, דליכא למימר מטעם שנוי השם דאכתי לא אסיק אדעתא טעמא דשנוי השם ע"ש, אכן בשמ"ק ראיתי ישוב אחר וז"ל דודאי לפי מאי דסברינן לעיל דהקדש חשיב שנוי רשות לא ידעינן האי מסקנא דהכא דטעמא דמתני' הוא משום דשינוי בעליו עליו, ולפי מסקנא דהכא ודאי ואמר לעיל משום שנוי השם עכ"ל, הרי להדיא דלמסקנא אין חילוק בין שנוי רשות למסירה, וכמו דמכירה לא הוי מטעם זה, גם שנוי רשות לא הוה מטעם זה, ומעתה מיושב דעת הרא"ש דלהכי לא חשיב זה כשנוי רשות משום דשם בעלה עליה וכסברת הב"מ ודו"ק, והנה המהרש"ל ביש"ש הוכיח דהרמב"ם סובר נמי כהרא"ש דיאוש קונה בגזילה, ובחדושנו לעיל סי' רנ"ט כתבתי ראיה לדבריו ע"ש:

סעיף ג' **במחבר** אם יש עם היאוש שנוי רשות בין שנתיאשו ואח"כ מכר בין שנתיאשו אחר שמכר כו', ועיין בש"ך שהקשה על דעה זו דס"ל דשנוי רשות ואח"כ יאוש נמי קנה מהא דב"מ (דף כ"ב) דפריך התם על אביי דסובר ישל"מ לא הוה יאוש מברייתא דהגנב והגזלן שנטלו מזה ונתנו לזה כו' בשלמא גזלן חזו ומייאש אלא גנב מי קא חזו דמייאש, ולשיטת הרמב"ם דשנוי רשות ואח"כ יאוש נמי קנה מאי פריך הא י"ל כיון דאיכא התם נמי שנוי רשות, ולכן אע"ג דבשעת נתינה לזה הוה אכתי יאוש שלא מדעת, מ"מ אח"כ כשנתודע הוה עכ"פ שנוי רשות ואח"כ יאוש דמהני נמי, אע"כ דהא בהא תליא ולאביי דיאוש של"מ לא מהני מטעם דבאיסורא אתי לידו, ממילא נמי דשנוי רשות ואח"כ יאוש לא מהני מהאי טעמא ע"ש, ונ"ל דהנה אם כי הרבה מפרשים הבינו בדעת הרמב"ם דס"ל בכל אופן דשנוי רשות מהני אפי' אם אח"כ נתיאש ובאיסורא אתי לידו, וכתבו הטעם דס"ל דשנוי רשות עצמו הוה קנין בצירוף יאוש וכמ"ש בקצוה"ח לקמן (סי' שס"ב), אנן לי' נראה דגם הרמב"ם לא פליג היכי דבאיסורא אתי לידו דיועיל היאוש אפי' בצירוף השנוי. רשות אלא הרמב"ם ס"ל לחלק כמ"ש הב"י לקמן (סי' שס"ט) דע"כ לא מיקרי באיסורא אתי לידו כ"א היכי שהלוקח ידע שגנובה או גזולה היא אבל אם בשעה שנתנוה לידו לא ידע שגזולה היתה לא מיקרי זה באיסורא אתי ליד המקבל ע"ש, והכי איתא להדיא בלשון הרמב"ם (פ"ה מגזילה) וז"ל נטלו מוכסין תמורו ונתנו לו אחרת ה"ז שלו כו' וחזקתה שנתיאשו הבעלים ממנה ואינו יודע בודאי שהיא גזילה עכ"ל הרי דייק בלשונו ובטעם היתירו משום דאינו יודע שהיא גזולה אבל אם ידע שגזולה היא, איה"נ שגם הרמב"ם מודה דלא מהני היאוש שבא אחר שינוי הרשות משום דבאיסרא אתי לידו, ולפ"ז א"ש בסוגיא דב"מ דקאמר התם הגנב שנטל מזה ונתן לזה, דלשון זה מיותר, אלא דבא להורות דמיירי התם דבנטילה מזה והנתינה לזה היתה כאחת ובמעמד אחד והמקבל ראה גם את הנטילה איך שנטל ממנו ונתן לידו, וכיון שכן דמיירי התם שהמקבל ידע שגזולה היא גם הרמב"ם ס"ל דלא מהני היאוש שיבוא אח"כ, ובעינן דוקא דהיאוש יבוא קודם ולהכי שפיר הקשה לאביי ח"ב, ועיין בסמ"ע לקמן (סי' שס"א) שהשיג על הב"י וס"ל דאפי בידע מקודם שגזולה היא ג"כ מיקרי שינוי רשות ע"ש, ולבד שלשון הרמב"ם עצמו משמע כהב"י וכנ"ל גם הראיה שהבאתי לזה מלשון הש"ס דהתם, דאלת"ה יקשה קושית הש"ך ודו"ק. וגם מה שהקשו על הרמב"ם דהא קיי"ל רב ור"י הלכה כר"י, ור"י הא סובר בב"ק (דף קט"ו) דשנוי רשות ואח"כ יאוש לא קנה, וקושיא זאת הוא רק לפי הבנתם ברמב"ם דסובר בכל אופן דשנוי רשות מהני אפי' אם אח"כ

נתיאש ובאיסורא אתי, אכן למ"ש א"ש דפלוגתא דרב ור"י הוא בכה"ג שידע שגניבה הוא ובכה"ג הוא דסובר ר"י דלא קנה ודו"ק:

**סימן שנד**

סעיף א' **במחבר** כגון כבשה שהיתה מעוברת בשעת גניבה וילדה וכו'. הנה במשנה דר"פ הגוזל נחלקו בדין זה רש"י והרא"ש, הרא"ש סובר דגם הפרה גופא א"צ להחזיר דע"י שנוי דלידה קונה לגוף הפרה נמי, והרמ"א כתב כאן בשם הרא"ש וי"א דאפי' שבח הבא מאליה הוא של גנב, ומשמע לכאורה דרק השבח הוא דקונה ולא לגוף הפרה, וזה תמוה דבהדיא כתב הרא"ש דע"י שנוי דלידה קונה לגוף הפרה נמי דמעיקרא גופא מעליא והשתא גופא סריקא ואין שנוי גדול מזה ע"ש, וגם כוונת הרמ"א בע"כ יתפרש הכי דלא השבח בלבד אלא גוף הפרה נמי א"צ להחזיר, ושיטת רש"י דכיון דבגוף הפרה לא נעשה שנוי מחויב להחזירה והיינו מ"ש רש"י במשנה שם והעודף ששוה, דרק הולד וגיזה הוא דקונה אבל לא לגוף הפרה, וזהו כדעת הרמב"ן דסובר נמי הכי, והנה בעודף הזה גופא יש לחקור אם מה שגדל הולד והגיזה אצל הגזלן כגון שגזל פרה מעוברת בחדשים הראשונים לעיבורה בשעת שהי' הולד קטן שלא הגיע זמן לידה עוד ונגמר אצל הגזלן וילדה, וכן רחל טעונה בעוד שהגיזה היתה קטנה ונתגדל אצל הגזלן וגזזה ונמצא דמשעת גזילה עד זמן שבא השנוי דהיינו הלידה והגיזה, נתגדלו הולד והגיזה גופא, העודף הזה למי, מי אמרינן כיון דולדות וגיזה קונה בשנוי א"צ לשלם כ"א כמו שהיו שווים בשעת הגזילה, או שמא כיון דהשנוי הוא לא בגדילת הולד והגיזה, רק הלידה והגיזה גופא הוא השנוי, ולכן כל מה שנתגדל הולד והגיזה עד הלידה הכל של נגזל הוא דעדיין ליכא כאן שנוי וברשותו הוא דאשבח, ואכן מלשון המשנה ר"פ גזל פרה מעוברת וילדה דנקיט משלם פרה העומדת לילד ולא נקיט בבא זו משלם כשעת הגזילה כמו דתני בסיפא משמע דאע"פ שבשעת גזילה אינה עומדת לילד ולגזוז אפ"ה משלם דמי פרה העומדת לילד, דהיינו ברגע האחרונה סמוך ללידה, דכל השבח שהושבח הולד והגיזה משעת גזילה עד שעת ללידה הכל לנגזל הוא, דגידול הולד והגיזה אין זה שנוי, גוף הבהמה ודאי דלא אשתנה ולכן ברשותו של נגזל הוא דאשבח, דאלת"ה אלא דשבח הולד משעת הגזילה עד שעת הלידה נמי דגזלן הוא, הכי הול"ל למינקט במתני' גם בצבא זאת משלם כשעת הגזילה ומדנקיט גזל פרה מעוברת וילדה משלם דמי פרה העומדת לילד מכלל דבאמת כל שבח ובולד ובגיזה מן הגזילה עד לידה הכל צריך להחזיר לנגזל, וכן יש לדייק נמי מלשון רש"י שכתב והעודף ששוה עכשיו הולד והגיזה יותר שלו הוא ולשון מעכשיו שכתב צריך ביאור והכי הול"ל והעודף ששבח

הולד והגיזה יותר שלו הוא, ולמ"ש א"ש דגם בעודף זה ששוה הולד והגיזה לאו הכל שלו, דמה שהועדף משעת גזילה עד שעת לידה צריך להחזיר, ורק העודף מה ששוה עכשיו לאחר הלידה דיותר שוה הולד כשיצא לאויר העולם מששוה העובר במעי פרה דשמא ימות בלידתו ושבח דלידה גופא הוא דהוה שלו אבל שבח של עצם הולד מה שהועדף והושבח משעת גזילה עד שעת לידה צריך להחזיר ולהכי דייק לכתוב העודף ששוה עכשיו, דהיינו לאחר הלידה וז"ב, ובהיות כן תמה אנכי מאוד על הסמ"ע לקמן (סי' שס"ב סקט"ז) שכתב להדיא ההיפך דאם גזלה בתחלה או באמצע עיבורה אינו משלך כל כך כמו שהבהמה שוה בעת שהיא עומדת לילד דהיינו גמר עיבורה אלא הכל לפי שומת שויה בשעת גזילה ממש ע"ש, ותימה רבה הא במשנה קתני להדיא דמשלם פרה העומדת לילד דהיינו גמר עיבורה וכמ"ש, וגם לשון רש"י הכי משמע להדיא ומנ"ל להסמ"ע לחדש דינו להיפך, והנה סברא ובטעם הסמ"ע אפשר לומר דס"ל דגידול של הולד וגיזה מה שנתגדלו משעת גזילה עד שעת לידה וגיזה זה גופא הוה נמי שנוי בלא הלידה והגיזה וכמו גזל טלה ונעשה איל דהוה שנוי וס"ל לסמ"ע דלא בעינן שנוי גמור כגון גיזה ולידה אלא מה שנתוסף הגיזה ואלול העיבור נמי הוי שנוי קצת, והן אמנם מצאתי לו תנא דמסייע בזה והוא בתוד"ה ר' עקיבא (ב"מ דמ"ג ע"ב) דמוכח התם דסברי דהגדיל הגיזה הוה שנוי וכמ"ש בהגהות חכ"מ שם וכ"כ בחדושי הרשב"א בשם הר"ח ע"ש, ושוב ראיתי בב"ק (דצ"ה ע"א) בתוס' שכתבו דהשבח עד הלידה הוה דגזלן, ובהגהות הגר"א הגיה דצ"ל לנגזל, ולמ"ש הגר"א הגרסא הנכונה בתוס' לגזלן כיון דסברי דגידול הולד הוה שנוי עמ"ש, ושוב ראיתי שכדברי הסמ"ע מפורש ברא"ש וכטעם שכתבתי מטעם דדומה לטלה ונעשה איל ע"ש, ובזה ניחא נמי מ"ש הסמ"ע ע שם וז"ל דהוה ד אפי' לא נשתנה כגון גזלה מעוברת ועודה מעוברת או גזלה טעונה ועודה טעונה בחזרתה דהוה נמי של גזלן עכ"ל, ובנתיבות שם תמה מאוד דהא אפי' נתפטמה מאליה דינו כהוקרה דהוא לא נגזל ע"ש, ולמ"ש א"ש דהסמ"ע סובר דגם בזה יש שנוי קצת דמה שהוגדל העיבור ונתוסף הגיזה הוה שנוי וכ"כ להדיא בפרישה לקמן (סי' שס"ג) דשנוי קצת מיהא בעינן ואין להעלות כלל על הדעת דס"ל לסמ"ע בלא שנוי כלל קונה ועמ"ש בחבורנו לב"מ שם, אכן מלשון מתני' דידן לא משמע כהסמ"ע וכמ"ש ועמ"ש מזה לעיל (סי' רע"ח) וסי' שנ"ג ע"ש היטב:

**שם** בקצוה"ח ונראה להביא ראיה להרמב"ם מהא דאמרו בע"ז כו', עמ"ש בסי' הקודם לדחות ראיתו:

סעיף ה' **במחבר** אינם יכולים להקדיש לא הגנב ולא הגזלן ולא הבעלים והואדינא דר' יוחנן דשניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו יש לבאר אם אמרי' כמו שאינו יכול להקדיש דבר שאינו שלו והוה"ד דאינו יכול לחלל מע"ש ותרם רבעי שאינו שלו או, חילול לא דמי להקדש ויכול לחלל גם דבר שאינו שלו, והנה בדין זה נחלקו הרמב"ם עם התוס', דבתוס' ב"ק (דס"ט ע"א) בד"ה והצנועין כתבו דצ"ל דהצנועין קאי על שאר שני שבוע דאי אשביעית כיון שהיו זוכין מן ההפקר לא היו יכולים הצנועים לחלל ע"ש, הרי מוכח מדבריהם להדיא דדבר שאינו שלו אינו יכול לחלל, וכ"כ להדיא בקדושין דנ"ו אין יכול לחלל מע"ש שביד חבירו וגם התורי"ד שם כתבו כן, אכן שיטת הרמב"ם הוא דצנועין בשביעית הוה, וא"כ מוכח דסובר בע"כ דיכול לחלל גם דבר שאינו שלו, והא הלוקטים זכו במה שלקטו כיון דשביעית הפקר הוא ואפ"ה יכולים הצנועים לחלל ולכאורה הי' אפשר לדחות ולומר דגם הרמב"ם ס"ל דלח"ל דבר שאינו שלו אינו יכול ורק התם בצנועין מטעם זכות שליחות הוא דמנו לחלל, ודוקא לשי' הרמב"ם דבשביעית קאי היא הנותנת דיכולים לזכות ולחלל עבור הלוקטים, ויבואר עפמ"ש התוס' (ב"ק דס"ח) דלמה לא יוכל לחלל כרם רבעי של חבירו כיון דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא מדעתו, ובקדושין דנ"ו הובא תי' על קושיא זאת דזכייה הוא מטעם שליחות וכל מילי דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוי, וא"כ הא תינח בשאר שני שבוע דלא זכו בהם לא מצו גם הבעלים להיעשות שלוחם אבל בשביעית דהפקר הוא וכיון דהזוכה זכה מן ההפקר ויכול לחללו, משו"ה גם הבעלים יכולים לחללו מדין זכין לאדם שלא בפניו, ושוב ראיתי בתוס' רעק"א על משניות (פ"ה ממע"ה) שרצה ליישב כעין זה לקושית הרמב"ן על הרמב"ם היאך פסק כהך דצנועין והא קיי"ל דגזל ולא נתיאשו הבעלים אינם יכולים להקדישו, ותי' דהכא משום זכות הוא ע"ש שהעלה כן לדבר נכון, ולענ"ד יש לפקפק בזה הרבה דהנה בלא"ה קשה טובא לשי' הרמב"ם דהך דצנועין קאי בשביעית א"כ איך קאמר אביי שם, דהוי אמינא דצנועין אית להו לר' דוסא ומה בגנב עבדו תקנתא וכו', אמאי קרי לי' גנב כיון דבשביעית קיימא שאז הוי הפקר לכל, וכבר ישב על מדוכה זאת הפנ"י ונשאר בתימה, ולכן נ"ל דרך אחרת בזה דהנה התוס' לא כתבו לדבר ברור ששביעית נוהג בכרם רבעי רק כתבו בלשון אי שביעית נוהג כדמשמע כו' ע"ש, דלשון זה משמע דספוקי מספקא להו בדין זה, והראיה שהביאו אינה ראיה כלל כמ"ש מהר"ם בפירושו דהכי קאמר רשב"ג בשביעית שכל פירות חולין הם הפקר לכל ויסברו העולם שגם כרם זה חולין ולא ידעון שהוא כרם רבעי ויאכלו בלא פדיון לכך מציינין אותו אבל לעולם אימא לך שאין שביעית נוהג

בו אלא שהעולם יסברו שהוא חולין וע"ש שכתב באמת שאין זה ראיה רק משמעות בעלמא, ומדלא הביאו התוס' ראי' אחרת מכלל דמקור אחר אין לדין זה להורות שיהי' נוהג שביעית בכרם רבעי דהו"ל למיתי ראיה ברורה ולא ללמוד מסוגיא זאת שאין מהתם ראיה מכרחת רק משמעות בעלמא ולכן אף בראיה קלה אפשר להכריע הכף להיפך דאין שביעית נוהג בכרם רבעי וכ"ש שלענ"ד לי ראיות נכונות על זה, חדא דיש להוכיח כן מרמב"ם גופי', דהנה מקור הספק שמאיזה צד יש להסתפק בכרם רבעי אם נוהג בו שביעית הוא מחמת דכרם רבעי ממון גבוה והוא כהקדש, ובהקדש גופא מספקא לו נמי כדאיתא בתוס' (מנחות דפ"ד) לחד תירוצא דשדך ונזירך בא למעט הקדש, ולישנא קמא סובר דלא בא למעט הקדש ע"ש, או הספק הוא דלכם האמור בשביעית בא למעט עכו"ם והקדש או לא, וכאשר נדע הדין בהקדש אז ממילא ידעינן נמי הדין דכרם רבעי, דספק אחר אין בכרם רבעי זולת מה שדומה להקדש, והנה מן הרמב"ם אפשר להוכיח דס"ל דלכם בא למעט הקדש, דידוע שיטת הרמב"ם (פ"ד מהלכות שמיטה) דעכו"ם שקנה קרקע בא"י אין נוהג בזה קדושת שביעית, ואף שהמבי"ט ומהרי"ט והכו"פ הרגישו בזה מאוד על הרמב"ם, מ"מ איהו הלא סובר כן, והב"י ואחריו הגאון מלבי"ם ז"ל בפ' בהר כתבו מקור לזה מדכתיב והיתה שבת הארץ לכם למעוטי עכו"ם וכיון שנדע דסובר דדיש עכו"ם פוטר ממילא שגם בהקדש אין נוהג דנמעט נמי מלכם ולא הקדש, וכ"ה במנ"ח מצוה ש"ל דזה בזה תליא וכמו שממעט עכו"ם ממעט נמי הקדש, וכיון שידעינן שלרמב"ם בהקדש אינו נוהג ה"ה לכרם רבעי נמי כיון שגם הוא ממון גבוה ומיקרי הקדש, ואפי' אם נחלק בין כרם רבעי להקדש נ"ל מסוגיא דב"ק גופא ראיות ע"ז שאין שביעית בכרם רבעי, חדא דמאי אמר אביי דהו"א דר' דוסא לית לי' דצנועין דבעניים עבדו תקנתא ולא בגנב וא"כ בע"כ קסבר דהך דצנועין מיירי בשאר שני שבוע דמשביעית לא הוה גנב, וא"כ יקשה מנ"ל באמת לאביי להוכיח מזה דדינא דצנועין הוא מן הדין ולא מצד התקנה, דאי מצד התקנה לא היה ר' דוסא סובר כוותייהו ודלמא הצנועין מיירי בשביעית שאז לא הוה גנב ושפיר ר' דוסא אית לי' דצנועין והכל מצד התקנה, אלא ודאי מוכח שגם בשביעית לא הוה הפקר ובכ"מ הוה גנב ואי"ל דאכתי אמאי הוה גנב דהא הם אינם יודעים שזה כרם רבעי ויסברו דחולין גמורים הם שהפקר הוא בשביעית, י"ל דהא הפנ"י הכריח כבע"כ הצנועין היו מציינין ג"כ ואח"כ היו מחללים, א"כ ידוע שזה כרם רבעי ושפיר הוה גנב, ונדחה בזה דברי מהר"ם לובלין שהבאתי לעיל, ועוד נ"ל להביא ראיה, דהנה הש"ס הקשה ממתני' דצנועין רק על ר' יוחנן דס"ל שגם דבר שאינו ברשותו אינו יכול להקדיש, הא לשיטת הרמב"ם דהך דצנועין מיירי דוקא בשביעית

א"כ אי נימא דהוה הפקר והוא של הזוכה ואינו לבעלים הראשונים עוד, א"כ הוה לגבי בעלים הראשונים אינו שלו עדיפא הו"ל לאקשויי דאיך יכולים לחלל הא הוה אינו שלו, וקושיא הזאת יהי' לאו דוקא לר' יוחנן אלא אליבא דכו"ע דבאינו שלו כו"ע מודים דא"י להקדיש, ועוד דמאי משני כל המתלקט אמרי, דבשלמא אי הקושיא הוא מאינו ברשותו שייך שפיר תי' הזה דכל המתלקט דעכשיו הוא החילול ברשותו אבל לשי' הרמב"ם דהקושיא הוא מאינו שלו מאי מהני אם מחלל במחובר כיון שאינו שלו והוה הפקר, א"ו שגם בשביעית גופא לא הוה הפקר לשיטת הרמב"ם וכנ"ל, ואחרי שהוכחנו בשיטת הרמב"ם דסובר שאין שביעית נוהג בכ"ר ממילא יפלו הקושיות שהקשו עליו, קושית התוס' היאך יכלו לחלל ודאי דלא קשה, דהא לדידי' גם בשביעית לא הוה הפקר, וקושיא השני' היאך הרי אביי להזוכים גנב נמי יתורץ, דהא איה"נ דהוה גנב אפי' בשביעית, וממילא יוסתר תי' רעק"א דלהכי ס"ל דהצנועים יכולים לחלל הוא מטעם זכות דכיון שהוא הפקר והם בעצמם יכולים לחלל מצו לעשווי שליח, דלפמ"ש שגם בשביעית לא הוה הפקר א"כ גם הזוכים עצמם אינם יכולים לחלל דגזל הוא בידם והדרן לדינא דמסקינן דלא מצו לעשווי שליח:

**ומעתה** נשאר לנו עוד לתרץ קושית הרמב"ן על סתירת דברי הרמב"ם אהדדי דפוסק כר' יוחנן וכצנועין ואמנם ג"ז י"ל דלכאורה יש לעיין בעיקר היסוד שהנחת דהרמב"ם יסבור שאין שביעית בכ"ר, דהא מלשון הרמב"ם לא משמע הכי, דז"ל הרמב"ם (פ"ט ממע"ש) מי שהיה לו כ"ר בשנת השמיטה דיד הכל שוה צריך לציינו בקוזזות אדמה כדי שיכירו בו וכו' והצנועין מניחין את המעות בשנת השמיטה ומחללין וכו' עכ"ל, הרי שכתב דבשמיטה יד הכל שוה וס"ל שדוקא בשביעית עבדינן תקנתא משום שאז הכל בשוה ובא לזכות בהיתר משא"כ בשאר שני שבוע שבא לזכות באיסור לא עבדינן תקנתא, הרי לכאורה להדיא שבשביעית הוה הפקר, אכן שוב התבוננתי דאין ראיה מזה די"ל שבאמת אין נוהג כ"ר בשביעית ולא הוה הפקר בשביעית ואפ"ה ראוי לעשות תקנה משום שכל הפירות של חולין הם הפקר והעולם יסברו שאין זה כ"ר ובאים לזכות בהיתר וכמ"ש המהר"ם לובלין ואע"ג שלעיל כתבתי בדברי אביי דלהכי קרי להזוכים גנב אפי' בשביעית משום שהצנועים היו מציינים שדותיהם ג"כ וידעו שהוא כ"ר ובאו לזכות באיסור, י"ל בזה דנהי דאביי ודאי ס"ל כן דהיו מציינים ג"כ ושפיר קרי להו גנב, אכן הרמב"ם רצה להיות נאיד מסברת אביי משום דבירושלמי איתא להדיא להיפך דז"ל הירושלמי (פ"ה ממע"ש) ויציינו פי' דפריך אמאי היה להצנועים לחלל טוב יותר היה להם לציין ולא לחלל, ומשני אם היו מציינים היאך נקראים צנועים, דלשון צנועים לא

שייך ע"ז כמ"ש בפנ"מ שם הטעם, ויסבור הרמב"ם נמי כהירושלמי שלא היו מציינים וממילא באים לזכות בהיתר, ובזה ממילא יתורץ דברי הרמב"ם מקושית הרמב"ן דבאמת יסבור כר' יוחנן בכל מילי והא דצנועין יכלו לחלל היינו מצד התקנה וכמ"ש התוס' בב"ק שם דכל עיקר הטעם שהוכיח אביי דאי"א לומר מצד התקנה הוא רק מחמת דא"כ מנ"ל לר' יוחנן דר' דיסא אית לי' דצנועין, וכ"ז הוא רק לשיטת אביי דהצנועין לא היו מציינין והי' בא לזכות בגניבה להכי יש טעם לחלק ולומר דהתם לא עביד תקנתא, משא"כ לשיטת הרמב"ם שסובר דצנועין לא היו מציינין א"כ לא בא לזכות בהיתר שסובר שזה פירות חילין ושייך גם בהו תקנתא ונוכל לומר דבאמת הוה החילול מצד התקנה ואפ"ה ר' דוסא אית לי' דצנועין, אמנם אכתי מלשון שכ' הרמב"ם דלהכי היו מציינין בשביעית שיכירו בו ולא יאכלו עד שיפדו, משמע מלשון זה שהקפידה הוא רק שלא יאכלו בו בלא פדיון, ולפמ"ש ששביעית אינו נוהג בכ"ר א"כ הוה הקפידה שלא יבואו לזכות, י"ל דתרתי קאמר הרמב"ם שיכירו בו, היינו שלא יבואו לזכות, ואפי' מי שירצה לזכות בגזל עכ"פ ידע שהוא כ"ר ולא ירצה לאכול בלא פדיון וכן נראה מלשון הרמב"ם שכתב הך דיכירו בו ולא יבואו לזכות לשני ענינים חולקים וכמו שניכר בפנים ואי נימא שהקפידה הוא רק שלא יאכל לא היה לו לחלק לשני ענינים ואי"ל דהא הרמב"ם סובר דלמי שבא לזכות בגזל לא עבדינן תקנתא י"ל דתקנה לכתחלה לא מתקנינן אבל עיקר התקנה כאן כדי שיכירו בו וממילא נכוון נמי לתקן אפי' למי שירצה לגזול וג"ז אי"ל דכיון דבבא דלא יאכלו בלא פדיון מיירי היכא שבא לזכות בגזל א"כ מאי מהני פדייה דהא אפי' אם יפדו הזוכין לא הוי פדיון שאין זה שלהם ומזה י"ל בע"כ כפי' הכ"מ שהרמב"ם סובר דבאמת אדם מחלל אפילו דבר שאינו שלו ואע"ג דבהקדש לא מצי להקדיש, הקדם לא דמי לחילול ודלא כסברת התוס' בב"ק שהכריח דלמסקנת הסוגיא בע"כ מחלקינן בין חילול להקדש ודו"ק בכ"ז:

**שם** במחבר אפי' יש להם עדי גניבה כו', ואין להקשות כיון דסופו שיבואו עדים להעיד ויוציא הגזילה מתח"י וא"כ אמאי לא חשיב כאילו בידו דמ"ש מפקדון שאינו רוצה לכפור ומ"ש הכא שאינו יכול לכפור, די"ל דמי יימר שיזדקקו להם ב"ד ומשו"ה לא נוכל לחשבו כבידו ועמ"ש לעיל סי' ל"ז וסי' פ"ז:

**סימן שנו**

סעיף ג' **במחבר** נתייאשו הבעלים כו' בין שנתיאשו אחר שמכר כו' וסובר רשות ואח"כ יאוש נמי קני, ומה שקשה ע"ז הא רב ור"י הלכה כר"י ור"י הא ס"ל (ב"ק קט"ו) דשנוי רשות ואח"כ יאוש לא קני עמ"ש לעיל סי' שנ"ג:

**סימן שנח**

סעיף ג' **במחבר** מותר ליקח מן האריס כו' הנה בתוס' ב"מ דכ"א ד"ה מר זוטרא כתבו שאין לומר דלהכי אכל רב אשי משום דסמיך שיתרצה מרי בר איסק בשידע דהלכה כאביי ואע"ג דהשתא ניחא לו מעיקרא לא ניחא לן ע"ש, ומשמע להדיא מדבריהם דאפי' במקום שיודע בודאי שבעה"ב לא יקפיד כשידע אפ"ה אסור ליטול כל זמן שלא נתוודע לבעלים, ועיין בש"ך כאן מ"ש על דברי התוס', ולכאורה לא משמע כן דעת הרמב"ם, אלא דאם אך ידעינן שכשיתוודע לא יקפיד אין בו משום גזל אפי' קודם שנודע ואין זה ענין לדין דיאוש של"מ, ואמנם בכדי לבאר דעת הרמב"ם צריך אני להאריך, דהנה בקדושין דנ"ב גבי ההוא דקדיש בפרוזמא דשיכבא אתא בעה"ב וא"ל אמאי לא אייתית מהאי חריפא אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה אבל הכא משום כסופא, וכלשון הש"ס כתב הרמב"ם (פ"ה מאישות) דאע"ג שבעה"ב א"ל למה לא נתת לה הדבר הטוב אינה מקודשת דמחמת כסופא הוא דאמר וכ"ה בריב"ף שם ובשו"ע (אה"ע סי' כ"ח), והנה בתורי"ד הקשה על הרי"ף ורמב"ם למה להו הטעם דמחמת כסופא כיון דאנן קיי"ל דיאוש של"מ לא הוי יאוש תיפוק לי' דלמפרע לא הוי קדושין משום דלא אמרינן מדמחיל השתא מחיל למפרע, ועיין בב"ש שם ס"ק מ"ד שהקשה כן על רש"י בקדושין שכתב שם וז"ל אבל הכא משום כסופא אבל למפרע לא, והשיג הב"ש דאיך יפרש הסוגיא דמיירי בקדושין דלמפרע דא"כ ל"ל הטעם משום כסופא תיפוק מטעם ישל"מ א"ו שהסוגיא איירי בקדושין דמכאן ולהבא ע"ש, אכן דברי הב"ש קשים להולמם דהא הסוגיא דהתם אליבא דרבא קיימא ואיהו ס"ל באמת דישל"מ הוה יאוש ולדידי' מוכרחים אנו לטעם דכסופא וצדקו דברי רש"י שהוא אינו בא לפסוק הלכה כ"א לפרש הסוגיא וכיון דסוגיא לרבא אזיל הוצרך לטעם דכסופא, אכן קושית הר"י הזקן על הרי"ף ורמב"ם שכתבו ג"כ לטעם דכסופא הוה קושיא אלימתא דלדידן דקיי"ל כאביי בלא טעם דכסופא נמי לא הוי קדושין, ונ"ל ליישב עפמ"ש הרמב"ם שם דאם קדשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד כגון חמרה או אגוז ה"ז מקודשת מספק והמל"מ והפרישה סי' כ"ח כתבו דהקדושי ספק הוה רק משום דדבר מועט הוא ובמקומו לא שוה פרוטה ואפ"ה מקודשת מספק שמא שו"פ במדי, הא אם היה שוה פרוטה הוה קדושי ודאי, הרי ידעינן מזה שכשידעינן בודאי שאין בעה"ב מקפיד אין בזה משום גזל ומותר לכל אחד ליקח זה וכמ"ש המחבר להדיא לקמן סי' שנ"ט סעיף א', או משום הפקר וכסברת הנו"ב מהדו"ק אה"ע סי' כ"ח או מטעם מתנה כדעת הא"מ סי' כ"ח, ולפ"ז אפי' באם לא ידעינן אכתי דעת בעה"ב אם מקפיד בזה או לא ואח"כ נודע לנו שלא יקפוד ג"כ מותר ואין בו משום גזל אחרי

שנתברר שגם בשעת הלקיחה לא היה בו דין ממון והגע עצמך אם אחד לקח חפץ חבירו ואח"כ נודע לנו שהחפץ הופקר מקודם לקיחתו, האם יהי' בזה חשש גזל משום שלא ידע הלוקח ואין זה ענין כלל ליאוש של"מ דהא התם היאוש בא מכח הנפילה וכל זמן שלא ידע שנפל הרי הוא מקפיד ע"ז ורוצה שיהיה ברשותו אלא שאתה רוצה לומר אילו היה יודע שנפל הי' מתיאש בזה ס"ל דלא מהני כיון דבשעה שמצאו לא נדע עוד ולא נתייאש ואתי לידו באיסורא דהא בשעה שמצאו אכתי הי' ממון מעליא, אבל הכא איגלאי השתא דגם למפרע לא הי' בו דין ממון וא"כ בהיתר גמור בא לידו, וכ"ש לפמ"ש לעיל סי' רנ"ט בפלוגתא דאביי ורבא דבדבר שידעינן שבודאי יתייאש לבסוף גם אביי מודה דמהני היאוש דכיון שכבר נפל החפץ ולא יבוא עוד לידי בעלים הופקע מרשותו תיכף ולא פליגי כ"א בדבר שסתמו להתייאש אבל אין זה ודאי שיתיאש ע"ש שהארכתי בזה, דלפ"ז אפי' ביאוש בדבר שודאי יתייאש הוה יאוש מהשתא, כ"ש כשיתגלה ויבורר אח"כ שלא היה בו דין ממון כלל, ולפ"ז יהי' כוונת הש"ס דקדושין דקאמר שלא מהני כלך אצל יפות כ"א בתרומה אבל הכא משום כסופא אומר כן דבתרומה כיון שעומדת לתרום לא תלינן רצון בעה"ב מחמת איזה סבה שנתחדשה אחר ההרמה, אלא אמרינן דגלי דעתו בזה שמעיקרא לא הי' מקפיד ולכן מהני ההרמה, משא"כ הכא תלינן דמה שניחא לו כעת מחמת כסופא הוא וא"כ רק השתא הוא דניחא אבל מעיקרא הקפיד ולא מהני, ומיושב דעת הרי"ף ורמב"ם דמצרכי לטעם דכסופא, דאם לא הי' לפנינו איזה סבה במה לתלות דניחותא דידי' בא כעת אז היינו אומרים שמדנתרצה כעת מכלל דאין מקפיד כלל ע"ז דאל"ה מה הכריחו למחול כעת, ובכה"ג היה הקדושין אפי' לאביי כיון דהוברר דלא הי' בזה דין ממון גם למפרע ואין זה ענין כלל לישל"מ, רק מחמת טעם דכסופא אנו אומרים שרצונו נתחדש כעת מחמת כסופא ומעיקרא הי' בו דין ממון ולא מהני לאביי, וא"כ שפיר הוצרכו לטעם דכסופא אפי' לדידן, ומיושב בזה נמי קושית הב"ח (אה"ע ס' כ"ח) על סוגיא זאת וז"ל יש לתמוה דהלא קיי"ל אפי' שואל שלא מדעת גזלן ואע"ג דהדרא בעיני' כ"ש האי דשקל לנפשי' וקידש בו את האשה דבשעה שקידשה ואמר לה הרי את מקודשת היתה גזילה בידו ומאי מהני אח"כ גילוי דעת דבעה"ב דניחא לו למפרע דקידשה בשלו, דאי איתא דמהני גלוי דעת אמאי קאמר לעיל ש"מ קידשה בגזל מקודשת ולא מפליג דבגלוי דעת דניחא לו למפרע דמקודשת עכ"ל, ולמ"ש א"ש דבגזל ה"ט דלא מהני מה שמגלה דעתו אח"כ משום דתלינן שהגלוי דעת דלבסוף בא מחמת איזה סבה, או מחמת כסופא או מחמת איזה טובה שעשה לו ונמצא דבשעה שקידשה הי' גזל ולא מהני, אבל כשאין אנו מוצאים שום סבה לתלות רצונו

ואז בע"כ שנאמר דרצונו בא מחמת שלא יקפיד כלל איה"נ שגם בגזל גמור היה מהני כיון דאיגלאי מלתא דלאו מידי גזל ממנו ורק דבר שכבר הפקיר גזל ממנו ומעיקרא בהיתירא אתי לידו, אלא דאכתי יש להבין דהנה בסוגיא דב"מ מקשה על אביי מברייתא דתורם שלא מדעת תרומתו תרומה ואמאי הא בעידנא דתרם לא ידע, ולפמ"ש אין שום קושיא לכאורה, דבדין דאמר אביי גבי ישל"מ דבלא הנפילה לא היה מתייאש וא"כ כיון דבשעה שמצאה לא ידע עוד מהנפילה הוה באיסורא אתי לידו, אבל בתרומה שאין במה לתלות וכיון שגילו דעתם שאינם מקפידים ע"ז, גם מעיקרא לא היה בזה שום איסור וכנ"ל, ואמנם י"ל בזה כמ"ש הש"ך כאן ליישב לפי דרכו דלענין תרומה ידיעה ממש בעינן ע"ש, ותי' הזה יהי' גם לדברנו, ויש עוד כמה אנפי לתרץ כמ"ש בשמ"ק, ולבד שלא יקשה על דברנו מסוגיא זאת, אדרבה נ"ל שמסוגיא זאת מוכח סברתי, ומהתם יהי' מקור הרמב"ם דדבר שאין מקפיד מותר ליקח והמפרשים לא הערו מקורו וגם הנו"ב תמה מאיזה מקור ידע הרמב"ם כן, ולענ"ד מסוגיא זאת הוא מוכרח, דהנה רבה תרגמה בדשוי שליח אלא שא"ל לתרום סתם והשליח תרם מן היפות, ויקשה דאכתי מאי מתרץ ומאי מהני דשווי' שליח כיון דלא א"ל לתרום מן היפות והשליח כי תרם מן היפות אכתי דמי לישל"מ כיון דבעידנא דתרם לא ידע שיתרצה, ולשי' הרמב"ם א א"ש, דבשלמא לס"ד דלא שוויה שלית והבעה"ב לא ידע מעצם ההרמה, להכי אע"ג דחזינן דהשתא ניחא לו, מ"מ כיון דבתרומה ידיעה בעינן והוא לא ידע, אבל השתא דמשני בדשוי שליח וידע מן ההרמה אלא דלא ידע אם מן היפות וכיון דהשתא ניחא ואין מקפיד ע"ז הרי איגלאי דלכתחלה נמי אין מקפיד ע"ז משום מצוה ובהיתר תרם ואפי' לאביי מהני ובזה יישבתי קושית התוס' בקדושין שהקשו דמאי מייתי התם מדאביי והא לאביי בעינן דוקא דשוויה שליח והכא דאיירי בלא שוה שליח מאי מייתי מדאביי, ולפמ"ש יבואר דהא דבעינן הכא שליחות אין זה מחמת חשש גזל דלחשש גזל כיון דחזינן דלא קפיד אין בזה חשש גזל, ורק משום דבתרומה בעינן ידיעה, וא"כ בקידושין דלא קפדינן כ"א אחשש גזל לא בעינן שישויה שליח ובגלוי מלתא שאין מקפיד סגי, ולכאורה הי' נראה דהתוס' התם אזלי לשיטתייהו בב"מ דמשמע מדבריהם דס"ל שאעפ"י שידוע שבעה"ב לא יקפיד כשיתוודע כל שלא ידע מזה אסור לאכול, ולכן הוכרחו התם לומר שמיירי בשוי שליח דאל"ה יש בו חשש גזל ועמ"ש כאן הש"ך, ולפ"ז לכאורה מחלוקת רחוקה בין הרמב"ם ותוס', דאילו בדבר שידוע שלא יקפיד כמו ההיא דב"מ דידע רב אשי שמרי לא יקפיד, להרמב"ם מותר לכתחלה ליטול כמ"ש כן להדיא, ולא עוד אלא אפי' בדבר כזה שבעת הלקיחה מסופקים היינו בדעת הבעה"ב אם יקפיד או לא ואח"כ איגלאי

מלתא שלא הקפיד ג"כ מותר כמו שהוכחתי מספק הרמב"ם דסוגיא דקדושין דכיון שאיגלאי שלא הקפיד הרי לא היה בזה דין ממון גם למפרע, ואילו התוס' סוברים שאפי' בדבר שידעינן גם בעת הלקיחה שכיתוודע לא יקפיד אסור נמי ליקח, אכן באמת אפשר לומר שבדינא דרמב"ם גם התוס' יודו דמהני ואפי' בספק נמי, ורק בב"מ שאני, דהא עיקר הטעם דבאין מקפיד מותר ליטלה היינו משום דאמרינן כבעה"ב סילק נפשי' מזה והפקיר וכמו שהסביר הנו"ב, ולכן בשלמא בתרומה אמרי' שפיר שאין חושש הבעה"ב שיתרמו בלא ידיעתו כיון שעומדת לתרום, וכן נמי בעובדא דסרסיא בקדושין אי לאו מטעם כסופא היינו אומרים שאין חושש הבעה"ב אם יחלוק בלי ידיעתו וכיון שבעה"ב אין חושש לזה הרי מעיקרא לא הי' בזה חשש גזל, אבל בעובדא דמרי בר איסק אף אי נימא שיתרצה כשידע שאכל רב אשי, היינו משום ניחא לו שרב אשי אכל ודוקא משום כבודו דרב אשי וחביבות הת"ח אבל לאדם אחר לא הי' רוצה שיאכל, וא"כ לא סילק עצמו החפץ וכיון שמן החפץ לא נסתלק עוד רשות בעלים לא נוכ לומר שכבר הופקר, וא"כ בשעה שאכל הי' בו דין ממון בעלים ושפיר דומה ליאוש של"מ, משא"כ בדין דרמב"ם שמיירי בדבר כזה שידעינן שלא יקפיד ע"ז לשום אדם וא"כ סילק נפשו מדבר זה ואין בו חשש גזל מעיקרא ודו"ק בכ"ז:

## הלכות גזילה

### סימן שנט

סעיף א' **בסמ"ע** אסור לעשוק דגם לא תעשוק את רעך כתיב. ולכאורה א"צ ראיה לזה דהא לאו דלא תגזול קאי אעושק שכר שכיר כדמוקי הש"ס ר"פ איזהו נשך ועמ"ש בסמוך בס"ס זה:

**שם** בסמ"ע סק"ב דחצי שיעור הוא איסור דאורייתא כמו שאסור באיסורין ח"ש, ולהדיא דבממון בעי' שיעור כמו בכל האיסורין ופחות מפרוטה הוי חצי שיעור, ועמ"ש בחדושנו לעיל סי' ו' דמחלוקת גדולה יש בזה אי פחות מפרוטה הוי חצי שיעור או מטעם מחילה ע"ש היטב:

סעיף ז' **במחבר** החוטף משכון מיד, הלוה שלא ברשות ב"ד ה"ז גזלן, וכיון בסמ"ע שכתב שפסול לעדות ולשבועה, והש"ך הוכיח אם כי גזלן הוא לעני שעומד ברשותו לחיוב אונסין אבל לעדות ושבועה לא מיפסל בהכי ומשום דמורו היתירא דרשאי לחטוף ונ"ל להביא ראיה להסמ"ע מסוגיא דב"מ דקט"ז ההוא גברא דחבל סכינא דאשכבתא מחברי' אתא לקמי' דאביי א"ל זיל אהדר דהו"ל כלי אוכל נפש ותא קום בדינא עליו רבא אמר לא צריך למיקם בדינא, עלה ויכול לטעון עד כדי דמיהן, ופריך ואביי לית לי' האי סברא

מ"ש מהני עיזי דאכלי חושלי בנהרדעא אתא מארי דחושלא ותפיס להו וקא טעין טובא אמר אבוה דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהן ומשני התם לאו מידי דעבדא לאושלי ולאוגורי הוא הכא מידי דעביד לאושלי ולאוגורי הוא דשלח רב הונא בר אבין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחין הם בידי אינו נאמן ופריך ורבא לית לי' האי סברא והא אפיק זוגא דסרבלא כו' ומשני אמר לך רבא האי נמי כיון דמיפגמא קפדי אינשי ולא מושלי, ויש לתמוה טובא דמאי אמר אביי קום בדינא עליו וגם רבא למה לי' לשנוי כיון דמפגמא קפדי אינשי ולא מושלי, הא אפי' אם היו נמי דברים העשויים להשאיל נמי נאמן החוטף לומר לקוחים הם בידי, דהא כתב הרמב"ם ומבואר לעיל סי' ע"ג דהא דנאמן בעה"ב לומר שאולים הם אצלך בדברים העשויים להשאיל, היינו דוקא כשטוען באמת השאלתים לך אבל אם טוען גנובים או גזולים הם אצלך אינו נאמן אפי' במגו דהשאלתים דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אפי' במגו ע"ש, ולפ"ז בהך עובדא נמי דבעה"ב טוען שאינו חייב כלום להחוטף, ולדבריו הוי החוטף גזלן גמור וטוען שגזלו ממנו, וא"כ כי יטעון החוטף שלקח ממנו יהי' נאמן אפי' בדברים עשויים להשאיל, דהא אחזוקי אינש בגזלו לא מחזקינן וא"כ איכא מגו מעליא להחוטף כיון שבעה"ב טוען גזולים ואכתי להימן לומר ולטעון כדי חובו במגו דלקוחים וצ"ל דכיון דגם לדברי החוטף שמגיע לו ממון הוה נמי גזלן במה שחטף דהא אסור לחטוף בעצמו ואם חטף הוי גזלן, וכיון שגם לדבריו הוי גזלן משו"ה מהימן נמי בעה"ב לומר שחטף במגו ואין זה אחזוקי אינש בגזלן כיון דלא הבעה"ב הוא דמחזיק אותו בגזלן אלא שהוא עצמו מחזיק עצמו בגזלן, ולכן בדברים העשויים להשאיל מהימן בעה"ב לומר שחטף במגו דהשאלתים וא"ש, ואכן כ"ז ניחא לשי' הסמ"ע דהחוטף משכון הוי גזלן גמור אבל לשי' הש"ך דפסול לא הוה, וא"כ לדברי החוטף שחטף בעד חובו לא נעשה פסול, אבל לדברי בעה"ב שאין מגיע לו שום חוב וחטף בגזילה הוה גזלן גמור ולא מהימן ע"ז לאחזוקי להוא גברא בגזלן אפי' בדברים העשויין להשאיל דאית לי' מגו דהשאלתים, ואכתי יקשה למה לא מהימן דחוטף אפי' בדברים העשויין להשאיל, אע"כ כהסמ"ע ודו"ק כי ראיה מחודדה היא, ובזה נדחה נמי מ"ש השעה"מ לעיל סי' ד' דהיכי שכופר לו חובו רשות בידו למשכונו בעצמו כדי שיהא נאמן במגו דלא תפסתי והוא דאסור למשכנו בעצמו היינו היכי שיכול למשכנו עפ"י ב"ד אבל במקום דלא יוכל לגבות עפ"י ב"ד רשאי לתפוס בעצמו ובחדושנו לעיל שם דחיתי ראיתן, וכעת ראיתו דנדחה נמי מסוגיא זאת שהבאתי דלדבריו לא הוה החוטף שום גזלן כיון שבעה"ב כופר לו החוב ולדברי בעה"ב נעשה החוטף בזה גזלן גמור ולא מהימן לאחזוקי בגזלן אפי' במגו אע"כ דאפי' לדברי

החוטף עצמו נעשה גזלן דאסור לחטוף בעצמו אפי' במקום שבעה"ב כופר וא"כ הוא בעצמו עושה עצמו גזלן ולכן שפיר מהימן בעה"ב במגו ודו"ק, ואלא דיש לדחות ראיה זאת די"ל דהא דאינו נאמן לאחזוקי אינש בגנב היינו אם הטוען אינו מודה כלל בחטיפה אלא טוען שלקוחים הם אבל אם מודה שחטף ורק שלדבריו בהיתר חטף בשביל חובו המגיע, בכה"ג לא שייך לומר דבמה שטוען בעה"ב שחטף מחזיק לחבירו בגזלן דהא בעצם החטיפה אינם מחולקים כלל והחוטף עצמו מודה שחטף וכיון שהורה היתר דחוטף בשביל חובו ממילא לא נעשה פסול כלל אפי' לדברי התובע, וגם כשיצא חייב לבסוף אפ"ה כיון דבשעת חטיפה היה לו הוראת היתר אין נעשה פסול כלל וכההיא דאמרי' בריש ב"מ דתופס בשביל ספק מלוה ישינה וזה ברור ועיין היטב מ"ש בחדושנו לעיל סי' ד' ושם העליתי דלשבועה לא מפסיל ולעדות פסול ע"ש מלתא בטעמא בדברים צודקים:

סעיף ז' **במחבר** איזהו גזלן הלוקח ממון האדם בחזקה, ופירש הסמ"ע דלאו דלא תגזול משמע בכה"ג כדכתיב ויגזול את החנית מיד המצרי, וקשה טובא בשלמא אם איסור גזילה הוה נפקינן מלא תגזול הוי שייך הכי, אבל באמת הא מסקינן בר"פ איזהו נשך דלאו דלא תגזול אעושק שכר שכיר קאי, וגזל גופא מרבית ואונאה נפיק וא"כ בגזל גופא לא כתיב כלל לשון גזל ועיין במ"מ (פ"א מהל' גזילה) שהרגיש בזה, ומפרשי הרמב"ם נתקשו עוד שם בפ"א מגזילה חשב הרמב"ם לאו דלא תגזול דקאי על גזל והוא נגד ש"ס הנ"ל, וביותר יקשה דבפי"א מהלכות שכירות כתב גבי עשק דעובר נמי משום לא תגזול, ואיך הרכיב ללאו זה אתרי רכשי, בגזל ובשכיר ועיין בלח"מ פ"א מגזילה, והנ"ל ליישב, דהנה לבד כל הקושיות הללו יש להקשות טובא על שיטת הרמב"ם דאיך יפרש הסוגיא (ב"מ דס"א) אלא לאו בגזל למה לי לכובש שכר שכיר כובש ש"ש בהדיא כתיב לא תעשוק ומשני לעבור בב' לאוין, ובתוס' שם הקשו דלוקמי בגזל גופא ולעבור בב' לאוין ותי' משום דלא לקי אגזל ע"ש, ולפ"ז צ"ל דהתוס' ס"ל דארבית ואונאה לקי דאל"ה מאי פריך הש"ס דלוקמי ארבית ואונאה כיון דגם בהם לא מלקינן אע"כ דסברי דארבית לאונאה מלקינן ולא מיקרי זה לאו הניתק לתשלומין אע"ג דחייב לשלומי מדינא אפ"ה כיון דהתורה לא ניתקה בהדיא כמו שניתקה בגזל והשיב את הגזילה לא מיקרי זה לאו הניתק וידוע שיטת הרמב"ם שסובר דכל לאו הניתן לתשלומין אע"ג דלא ניתקה התורה בהדיא כמו בגזל נמי און לוקין וכלל כולם בחדא, רבית אונאה וכובש ש"ש דהוה לאו הניתק, וא"כ לדידי' צ"ל בע"כ שאפי' היכי דלא שייך מלקות אפ"ה שייך נמי לאוקמי בב' לאוין ולענין גודל האיסור שעובר בכמה אזהרות, ויקשה אפוא קושית

התוס' אמאי לא מוקי אגזל גופא ולעבור בב' לאוין ועיין מ"ש המפרשים, והנ"ל ליישב כל אלו הסתירות. דבשמ"ק בב"מ הביא בשם הריטב"א וז"ל לעבור בב' לאוין פי' משום לא תעשוק ומשום לא תגזול וכ"ש דגזלן ממש הוא בכלל וה"ג בגמרא ולוקמי אגזל ומאן דגרים ולוקמי ארבית ואונאה טועה הוא דהא ודאי שייך טפי גזל בעשק מאידך עכ"ל, ולכאורה א"א להלום וגרסא זאת דאי פרכינן ולוקי אגזל א"כ מאי משני בש"ס דבענינא דשכיר כתיב והא ודאי דשייך טפי לאו דגזל אגזל גופא מאעושק שכר שכיר, דבשלמא לגרסא דידן דהקושיא הוא דלוקי ארבית ואונאה משני שפיר דבענינא דשכיר כתיב ושייך טפי אשכיר מברבית אבל אם הקושיא הוא דלוקי אגזל לא יתיישב תי' הש"ס, אכן ודאי דהפירוש לגרסא זאת כן הוא, דהנה אפי' לפום מאי דמוקי דבכובש ש"ש קאי, אגזל גופא קאי ודאי ולעבור בב' לאוין וכקושית התוס' דלא מפקינן לאו דלא תגזול מפשוטו, אלא דס"ל להש"ס דקאי נמי אכובש ש"ש ומשני משום דבענינא דשכיר כתיב פי' לאו משום ואינו ענין על גזל מוקמינן אותו על שכיר, אלא משום דלאו דנא הגזול קאי בענינא דשכיר ונכתב נמי בוא"ו החבור משמע דקאי אשכיר נמי אבל אגזל פשיטא דקאי, ולפ"ז אין מקום לקושית התוס' דלוקי אגזל, הא זה פשיטא דאגזל ודאי קאי אלא דמשני דקאי על כובש ש"ש נמי ומוכח דלפ"ז קאי לאו דלא תגזול אשניהם אגזל וכובש ש"ש, והיינו ממש כשיטת הרמב"ם, ואחרי שהריטב"א העיד דכל מאן דלא גריס כגרסא זאת טועה הוא, מנ"ל לעשות לרמב"ם כטועה ופשיטא שגם הוא יגרוס כן וסרו כל הקושיות הללו וז"ב, ואין להקשות דהא בגמ' משמע דהלאו דלא תגזול מיותר ולא הוצרך אגזל ומשום דנדע גזל מרבית ואונאה ולגרסא זאת בע"כ דלאו משום דמיותר הוא, די"ל דבס"ד הי' סובר הש"ס דכל היכי דלא מלקינן לא שייך לאוקמי בתרי לאוי ולהכי כיון דאיסור דגזל ידעינן מרבית ואונאה לא הוצרך לאו זה אגזל אבל לבתר דמשני דקאי אכובש ש"ש ולעבור בב' לאוין ולשי' הרמב"ם שגם בכובש ש"ש לא לקי משום דהוי לאו הניתן לתשלומין ואפ"ה מוקמינן בב' לאוין משום חומר האיסור א"כ מצי קאי זה ודאי על גזל עצמו ולעבור בב' לאוין, וגם הראב"ד כתב דקאי גם אגזל וי"ל נמי דסובר כרמב"ם:

**אלא** דאכתי צריך ביאור דלפמ"ש דהרמב"ם סובר דלאו דלא תגזול קאי אגזל גופא נמי ולעבור בב' לאוין א"כ בגזל גופא יש שני לאוין לאו דרבית ואונאה ולאו דלא תגזול, דשני לאוין הללו הם מחמת חסרון ממון חבירו וא"כ הו"ל לרמב"ם למיחשב בגזל צד האיסור דחסרון ממון בתרי לאוי והוא לא חשב כ"א אחד, עיין בפ"א מגזילה ובמחבר כאן סעיף י"ב שחשבו בגזל ג' לאוין, לא תגזול לא תחמוד ולא תתאוה, ולפמ"ש בלא תגזול גופא

דהיינו צד האיסור לחסר ממון חבירו הוי תרי, ואפשר לומר דלא חשיב כ"א סוגי האיסור וסוגי האיסור אינם כ"א ג' דלאו דרבית ולא תגזול שניהם מסוג אחד הם מצד חסרון ממון חבירו, ולא תחמוד ולא תתאוה סוגים מיוחדים הם, דחמוד היינו כשהפציר ולקח מחבירו ותאוה הוא בלב תיכף שחשב בלבו עובר בלא תתאוה ודלא כהסמ"ג ג שחושב חמוד ותאוה באיסור אחד ועיין במנ"ח מצוה ל"ח. ועוי"ל דהרמב"ם לא ימנה כ"א הלאוין דכתיבי מפורש אבל לאו דרבית דאתיא בגזל במה הצד לא מנה, ומיושב בזה גם מה שחשב הרמב"ם במנין הל"ת דרבית ולא חשיב גבי לוה אלא תרי לאוי לא תשיך, ולאחיך לא תשיך, והא בב"מ שם אמרי' דבלאו דלא תשיך יש תרי לאוין דנשך ודתרבית משום דכתיב נשך נשך וכפרש"י ותוס', ולמ"ש א"ש דאע"ג דלענין איסורא יש בו תרי לאוי מ"מ כיון דמפורש לא כתיב רק מן יתורא דנשך לא מנה אותם ודו"ק:

סעיף ט' **במחבר** הכופה את חבירו למכור את שלו ונותן לו דמיו אסור אבל אין לו דין גזלן לפסול מדאורייתא כו' ופי' דליפסל לעדות ולשבועה אינו פסול מדאורייתא משום דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע אבל הלאו דלא תחמוד עובר וכמבואר בסעיף שאח"ז, ועיין בסמ"ע שהשיג על הע"ש שכתב דגם הלאו אינו עובר ואינו אלא איסור דרבנן בעלמא ע"ש, והנה הראב"ד בפ"א מגזילה השיג על הרמב"ם שכתב נמי כהמחבר דעובר בלא תעשה ולמה לא הזכיר דהיינו דוקא בדלא אמר רוצה אני וכאוקמתא דש"ס (ב"ק דס"ב), ואולי ה"ט דע"ש דסובר נמי כהראב"ד דכיון דלא הוזכר בזה התנאי דלא אמר רוצה אני משו"ה כתב דאינו עובר מה"ת, ובעיקר קושית הראב"ד עיין בחדושנו לעיל סי' ר"ה שהארכתי בזה:

סעיף י"ב **במחבר** ואם גזל עובר בשלשה לאוין, עמ"ש בדבור הקודם מזה:

**סימן שס**

סעיף ו' **במחבר** או שגזל צמר כו' או לבנו, עיין בש"ך שכתב דטעות סופר הוא במחבר דהא בש"ס מסיק דליבון לא הוה שינוי והמחבר עצמו כתב ביו"ד (סי' של"ג) לענין ראשית הגז דלבון לא הוה שינוי ע"ש, והנה בשמ"ק לב"ק שם הביא בשם כמה ראשונים דמחלקי בין גזילה לראשית הגז דבגזילה הוה לבון לחוד נמי שינוי אע"ג דבראשית הגז לא הוה שינוי בלא גפרית ולא דמי גזילה לראשית הגז אע"פ שבש"ס ב"ק התם הוקשו זה לזה ע"ש, ונ"ל דכחלוקם מבואר בירושלמי דב"ק שם דמקשה התם נמי את הורמינהו הזה מליבון דראשית הגז אליבון דגזילה כמו שמקשה בש"ס שלנו ומשני קל הוא שהקילו חכמים בגזילה פי' דבגזילה משום תקנת השבים הקילו לומר דאפי' לבון הוי נמי שינוי, ומסתבר שעל הירושלמי הזה סמכו כל הנהו הראשונים לחלק בין גזילה

לראשית הגז, עכ"פ זה מבואר להדיא בדבריהם לחלק הכי ושפיר קיימין דברי המחבר דביו"ד גבי ראשית הגז פסק דלבון לא הוי שינוי, ואפ"ה כאן לגבי גזילה פסק שפיר דהוי שינוי דמתאים ממש להירושלמי והראשונים הנזכרים ובחנם מחק הש"ך והגיה בדברי המחבר, וכל דברי הש"ך ך מסולקים דלפמ"ש אין שום טעות במחבר ודו"ק:

**שם** במחבר או עשאו לבדים וכו' וזהו כאוקמתת הש"ס שם בצמר נמטי דאינו חוזר לברייתו, והנה הרמב"ם (פ"ב מגזילה) כתב דגזל צמר טווי ועשה ממנו בגדים קנה דלא הוי שינוי החוזר ותמהו עליו המפרשים שזהו נגד סוגיית הש"ס דצמר טווי הוי שינוי החוזר ולא קנה אלא בנמטי דהיינו לבדים דוקא, ונ"ל פשוט דכדברי הרמב"ם מפורש להדיא בשמ"ק בשם המאירי דבצמר ועשאן בגדים אע"פ שאפשר לסותרו ולהיות חוטין כבתחלה אפ"ה לא מיקרי זה שינוי החוזר דפנים חדשות באו לכאן שכבר נפסד צורת החוטין כשהיו בבגד ע"ש, וכן נראה דעת תוס' דבסוגיא שם חשיב לר' שמעון בן יהודה בתוך התנאים דסברי שינוי במקומו עומד ולא קנה, מדאמר צבעו מצטרף, והקשו התוס' דהא בטוואו וארגו מודה, דלא פליג אלא בצבעו, ואי נימא דתוס' סברי דצמר טווי כשארגו בבגד הוי שינוי החוזר, א"כ אין מקום לקושיתם דמנ"ל לומר מדלא הזכיר רשב"י כ"א צבעו מכלל ובסוואו וארגו מודה, הא אפשר לומר דבטוואו וארגו נמי פליג אלא דזה לא הוצרך לי' למיתני, דפשיטא דכיון דהוי שינוי החוזר דלא קני ונקט צבעו לרבותא דאע"ג דבלא צפון אי אפשר להעבירו והו"א דלא מיקרי שינוי החוזר וקמ"ל דאפ"ה מצטרף משום דאפי' שינוי החוזר בכה"ג ג שאינו חוזר מעצמו כ"א ע"י צפון נמי לא קני ומאי מקשו, ובע"כ דתוס' סברי נמי כרמב"ם דאריגה לא הוה שינוי החוזר ואין להקשות דהא בש"ס שם קאמר להדיא בצמר טווי דשינוי החוזר הוא, וכמו שהקשה הלח"מ על הרמב"ם שם ע"ש, די"ל דהיינו דוקא לשנויי דאביי דהי' מוכרח לדחוק כן בכדי לתרץ פרכת הורמינהו, אבל לבתר דמשני רב אשי בשנויי אחרינא אין צורך תו לדחוק בזה ושפיר אמרי' דזה לא מיקרי שינוי החוזר, וג"ז אין להקשות דלפ"ז למה מוקי בצמר ועשאן בגדים נמטי דוקא דהיינו לבדים דקאמר המחבר לוקי בבגדים ממש דהוה נמי שינוי שאין חוזר די"ל דבלא נמטי הוה קשה למה הוצרך כלל המשנה למיתני צמר ועשאו בגדים תיפוק לי' דליבון הוי שינוי, דהא במשנה קתני סתמא צמר ולא מיירי בצמר טוה ואי"א לעשותן בגדים בלא ליבון וא"כ משעת ליבון הוא דקנה ומוכרח הי' לאוקמי כנמטי דליכא בהו ליבון, אבל בצמר טווי איה"נ דאריגה בבגד הוה שינוי גמור, שוב מצאתי בפרישה קצת כעין זה בישוב דברי הרמב"ם ונהניתי שכוונתי לדעתו:

סעיף ח' **במחבר** גזל דקל מחובר וקצצו לא קנה, מה שקשה בזה מאי הוצרך לומר דלא קנה משום דלא הוי שינוי גמור, הא פשיטא דשינוי לא מהני לגזלן אלא כשהשינוי בא לאחר שבאת הגזילה לידו אבל אילו הרג בהמת חבירו ונטלה אח"כ לגוזלה פשיטא דהוה מחייבינן לו אהריגה כדין מזיק והיינו דנין בו כמו שגזל נבלת חבירו ולא הוה קני לה כלל דהא לא שני בה מידי אחר הגזילה וא"כ הכא בגזל דקל דמחובר לקרקע ואינו נגזל וקציצת הדקל קדמה בע"כ לגזילה וא"כ אפילו הוה כאן שינוי גמור לא שייך בזה קנין ועמ"ש לקמן בסי' שע"א מזה:

**סימן שסא**

סעיף א' **במחבר** יאוש לחוד לא קנה, והטעם מבואר בסוגיא דב"ק דס"ה משום דבאיסורא אתי לידו, ונסתפקתי אם הגזלן לא עשה הקנין קודם יאוש רק שהטיל אימה ופחד על הבעלים עד שנתיאשו ואחר היאוש עשה קנין ובזה אתי לידו דגזלן אחר יאוש אי קנה הגזלן או דלמא כיון שהוא היה הגורם להיאוש לא קנה, ולכאורה בכה"ג ודאי דקנה כיון דהטעם דגזלן לא קנה משום דבאיסורא אתי לידו וכבר נתחייב בהשבה אבל בכה"ג דגזילה בא לידו אחר יאוש ולא נתחייב בהשבתה אע"ג דהוא גרם לזה אין חייב כ"א מטעם גרמי, ובעיקר הדין כתב כן נמי הנתיבות בסמוך בשם הרמב"ן, ולענ"ד להרמב"ן יהי' הדין להיפך וכמו שנבאר, הנה עיקר דין דרמב"ן נאמר ליישב קושית הראשונים בסוגיא דב"מ דכ"ו דאמרו שם לקחה קודם יאוש ע"מ לגוזלה עובר משום לא תגזול ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה הוא דיהיב, וכל הראשונים הקשו הא לאו דגזילה ניתק לעשה וא"כ למה אינו מתוקן בחזרה, וע"ז תי' הרמב"ן דאע"ג דלאו דגזל ניתק לעשה התם דין דאבידה פתיך בו ואבידה לאחר יאוש נקנית לגמרי ופטור אפי' מחזרת דמים וא"ת תיהוי כאבידה דאתא לידו קודם יאוש, ליתא דכי אמרי' הכי ה"מ שנטלה ע"מ להחזירה דנעשה שומר של בעלים והו"ל כאילו הוא ברשות בעלים לגמרי ומשו"ה יאוש הבא אח"כ אין יכול להפקיע מהם אבידה שהיא ברשותם אבל הכא כיון שעינו לגזלה נטלה לא נעשה שומר של בעלים וכשנתיאשו הבעלים לא היתה עומדת ברשותם כלל ולפיכך יאוש מפקיע מהם דהו"ל כאילו נתיאשו הבעלים קודם שבא ליד המוצא ע"ש, והר"ן השיג עליו דהא בב"ק דס"ה מפלגינן בין גזילה לאבידה משום דגזילה באיסורא אתי לידו משא"כ אבידה, וא"כ גם התם בב"מ באיסורא אתי לידו שנטלה בתחלה ע"מ לגזילה, וכבר כתבתי בחדושנו לעיל סי' קס"ג להליץ בעד הרמב"ן, דהכי הוא הצעת הסוגיא דב"ק יאוש אמרי רבנן דניקני מיהו לא ידעינן דאורייתא או דרבנן אי דאורייתא מידי דהוה אמוצא אבידה מוצא אבידה לאו כיון דמיאש מרא קני או"ד לא דמי לאבידה

דכי אתא לידו בהיתירא אתי אבל האי דבאיסורא אתי לידו לא קני ע"ש, הרי להדיא דטעם דבאיסורא אתי לא מהני כ"א לענין שמשו"ה לא נוכל למילף מאבידה וכיון דיאוש בגזילה לא כתיב ורק דנילף מאבידה, ע"ז מהני טעם דבאיסורא דכיון דלא דמי לאבידה לא ילפינן זה מאבידה אבל באבידה גופא דיאוש דידה יליף מקרא אפי' כי אתא באיסורא נמי קני דכיון דיאוש הוה קנין מה איכא בין איסורא להיתירא, ולפ"ז בההיא דב"מ דמיירי באבידה ממש דיאוש דידה מקרא יליף להכי אע"ג דמכוון לגזול ובאיסורא אתי לידו נמי מהני, ואין להקשות ע"ז ממ"ש בסוגיא דב"ק או דלמא לא דמי לאבידה דבהיתירא אתי לידו אבל בגזילה באיסורא אתי לידו, הרי להדיא דבגזילה מסתבר עוד יותר לומר דלא קני מטעם דבאיסורא מבאבידה, אכן באמת מה שאמרו בב"ק באיסורא אתי לידו לא הוה פירושו כטעם דבאיסורא אתי שנאמר בב"מ לגבי אבידה וטעם דגבי גזילה לא שייך כלל באבידה, וכן להיפך טעם שאמרו באבידה לא שייך בגזילה דמ"ש בב"מ באיסורא אתי לידו גבי אבידה שנטלו קודם יאוש אין לפרשו דהטעם הוא משום דלקיחתו היתה באיסור, דאדרבה כיון דאבידה היא ויש בה נמי סימן הרי מחויב ליטלה, אלא הכוונה דבאיסורא היינו שלקחה קודם יאוש שהוא בשעת איסורא שאסור לקנות בה עדיין והיינו טעמא דלא מהני היאוש דכיון שכבר נתחייב בהשבה והוי כשומר של בעלים וידו כיד בעלים וברשות בעלים לא מהני היאוש, ולטעם זה יש חסרון בעצם היאוש כיון דהוה ברשות בעלים דלא מהני היאוש ומשו"ה אפי' באבידה ממש נמי לא קנה אחרי שיש חסרון בעצם היאוש, ואמנם טעם זה לא שייך כ"א גבי אבידה דלקח ע"מ להשיבה ונעשה שומר של בעלים, אבל גבי גזלן א"א לפרש נמי דהאי באיסורא שאמרו לגבי' דהוה נמי מטעם זה, דהא בגזילה מיירי שמתחלה לקחה ע"מ לגנוזלה לעצמו ולא להשיבה לבעלים ולא נעשה שומר כלל, אלא הכוונה דבאיסורא אתי, היינו כיון שתחלת לקיחתו באיסור הוא שנוטלה בגזילה, ואע"ג שבעצם היאוש אין חסרון כיון דלא הוה שומר כלל וא"כ מאי איכפת לן אם באיסורא אתי, לזה צריך לומר כיון דיאוש לא כתוב בגזילה אלא שנרצה למילף מאבידה, ולענין לעשות דחייה מהני סברא דבאיסורא דמשו"ה לא דמי לאבידה ולא שייך זה כ"א בגזילה דיאוש לא כתיב גבי' והרי ביארנו שני כוונות במה שאמרו באיסורא אתי, וטעם דאבידה לא שייך בגזילה וכן להיפך, ולפ"ז מה מאוד יוצדקו דברי הרמב"ן שבדינא דהתם שהגביה האבידה ע"מ לגנוזלה דפתיך בו גזילה ואבידה כאחת ודאי דקונה ביאוש, דהא התם לא שייך שום אחד מן הטעמים דבאיסורא אתי לא של אבידה ולא של גזילה דאמרי' בב"ק טעם דאבידה היינו שנעשה שומר לא שייך כיון דלעצמה לקחה ולא להשיבה וטעם דגזילה נמי לא שייך כיון דבאמת אבידה היא ויאוש

דידה ילפי' מקרא וא"כ אפי' לקחה באיסור מאי הוה וז"ב, וכשנעמוד על תכן הדברים נמצא נ"מ גדולה לדינא בין שני הטעמים הללו, דלטעם הרמב"ן דבכה"ג לא הוה יאוש שום קנין הרי מחויב להחזיר את גוף החפץ כיון דהגוף הוי של בעלים, ולשי' התוס' דבעצם היאוש אין חסרון ורק חיוב השבה יש בזה משום שחיובו לא נפקע ע"י היאוש, הרי עצם החפץ קונה ורק שיש עליו איוב דמים אבל גוף החפץ אין מחויב להחזיר, וגם יהי' עוד נ"מ לכמה חלוקי דינים ועמ"ש לעיל סי' רס"ז, ולפמ"ש הספק שהבאתי בזה במחלוקת שנוי בשיטת הרמב"ן ותוס', דלשי' התוס' דמטעם דנתחייב בהשבה הוא דלא קני יאוש בגזלן, וא"כ בכה"ג דלא שייך טעם זה כיון דבא לידו אחר יאוש שפיר י"ל דגם הגזלן קונה ביאוש אבל לשי' הרמב"ן דטעם דאבידה משום דלא מהני יאוש דהוה כברשות בעלים, ובגזילה הוה רק הטעם משום דעי"ז לא דמי לאבידה, ולזה י"ל נמי שאפי' בכה"ג שבא ליד הגזלן אחר יאוש מ"מ כיון שהגזילה גרם שיבוא היאוש לא קנה ג"כ דהא אכתי לא דמי לאבידה, דבאבידה בא היאוש מעצמו בלא כפייה ואונס והכא הגזלן גופא גרם את היאוש ודו"ק, ויתר דברי הנתיבות יתבאר בעז"ה לקמן סי' שס"ח, ועמ"ש לעיל (סי' רנ"ט) להוכיח דרמב"ם סובר דיאוש קונה בגזילה:

**שם** בקצוה"ח הביא לדברי התוס' (ב"ק דס"ו) דיאוש אינו מטעם הפקר, דאי משום הפקר א"כ כי נמי באיסורא אתי לידו מ"ט לא קנה, והקשו ע"ז מהא דאמרי' בגיטין נתיאשתי מפלוני עבדי דלא בעי גט שחרור הרי דהוי כהפקר, ובקצוה"ח הקשה עוד דלשי' רש"י שהוא מתורת הפקר א"כ תיקשי קושית התוס' דבאיסורא אתי לידו מ"ט לא קנה בתורת הפקר, ולענ"ד נראה ליישב גם קושית התוס' גם קושית הקצוה"ח בחדא מחתא דלא דמי כלל להההיא דגיטין, דהכא שאינו אומר בפיו שמתיאש רק מאומדנא ידעינן דמייאש, בכה"ג הוא דאמרי' דיאוש אינו דומה להפקר אבל היכי שאומר בפיו לשון נתיאשתי, זהו גופא לשון הפקר ולאו מטעם דיאוש הוה כהפקר אלא משום דלשון זה דנתיאשתי הוי לשון הפקר גמור, דיכול להפקיר באיזה לשון שיהי' בו משמעות לשון הפקר וכמה לשונות איכא שהם משמעות לשון הפקר, ומה יומתק לפ"ז לשון רש"י בגיטין שם בד"ה נתיאשתי שכתב, לשון הפקר הוא, ולעיל שם בכמה מקומות כתב יאוש הוה כהפקר ולא כתב "לשון" הפקר דאתא לאשמועינן שהיאוש הזה אינו רק מטעם הפקר וכמו כל יאוש דמהני מטעם הפקר, אלא דהאי יאוש הוי הפקר ממש שהפקירו בלשון יאוש, ועמ"ש בחבורנו לגיטין ד"מ באריכות, ובזה מיושב קושית התוס' וקצוה"ח דיאוש דמיירי בב"ק שהוא מטעם דסתם גזילה הוי יאוש בעלים אבל לא שאומר בפירוש דמתיאש, וזה אינו

כהפקר ממש, ובגיטין שם דמיירי כשאומר נתיאשתי מפלוני עבדי אין זה מטעם הפקר אלא הפקר ממש הוא וזה ברור:

סעיף ה' **במחבר** לא הוה שינוי אא"כ מכרו או נתנו כו', וברמ"א דאם נטלו בע"כ לא מיקרי שנוי רשות, נראה שבדין זה אי מיקרי שנוי רשות כשנטלו בע"כ הוא מחלוקת התנאים בש"ס, דבב"ק דקי"ד במשנה נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר כו' הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשים, ובגמרא הביא ברייתא תנא אם נטל מחזיר לבעלים הראשונים קסבר יאוש כדי לא קנה כו', ורעק"א בגהש"ס הקשה דלפרש"י שם במשנה שכתב וז"ל הרי אלו שלו דסתמא נתיאשו הבעלים וקננהו היאך בשנוי רשות עכ"ל, וכיון דלפירושו הוה שנוי רשות נמי א"כ היאך אמר תנא דברייתא קסבר יאוש כדי לא קנה, הא הוה יאוש ושנוי רשות אע"כ ולא חשיב שנוי רשות משום דהוה בע"כ, ובזה גופא פליגי תנא דמשנה ותנא דברייתא אי מיקרי שנוי רשות בכה"ג שנטל בע"א דלתנא דמשנה הוה שנוי רשות גם בכה"ג ולתנא דברייתא לא חשיב שנוי רשות בכה"ג שנטל בע"כ, ומה שהקשה בגהש"ס דלפ"ז איך קאמר בש"ס התם איכא דאמרי אם בא להחזיר מחזיר לבעלים הראשונים מ"ט יאוש כדי קנה, הא י"ל דס"ל כתנא דמתני' דמקרי שנוי רשות, לא קשה מידי דאפ"ה קאמר ע"ז יאוש כדי כיון דהשנוי רשות אינו גמור ולכן אע"ג דסובר כמתני' דאפ"ה מהני לקנין השנוי רשות הזה, בכ"ז כיון דאין זה שנוי רשות גמור קרי ליי' יאוש כדי כלו' שאין בזה שנוי רשות גמור, וכיו"ב מוזכר בשמ"ק בשם המאירי ע"ש:

**ועוי"ל** כמ"ש הרשב"א בחדושיו דמה דקאמר התם יאוש כדי, לאו יאוש כדי ממש אלא לומר אע"פ שלא היה ביד גזלן וקודם שיבוא ליד זה אלא יאוש כדי קנה לגמרי ביד זה משום דהו"ל יאוש בידא דמוכס ושנוי רשות בידא דהאי וא"צ שתהא יד לוקח באמצע ע"ש, וברור שגם רש"י יפרש כן, מיהו מדברי הפוסקים לא משמע הכי דבדין זה יהי' מחלוקת התנאים דא"כ מה מקום למחלוקת הפוסקים, ולכן אלבייהו אפשר ליישב ולפרש דתנא דברייתא לא פליג כלל על תנא דמשנה אלא לפרש אתא ויבואר עפמ"ש בשמ"ק שם דבעל החמור הזה כשנוטל מן המוכס אינו מתכוון לקנות בחמור של מוכס כ"א מה שכנגד חמורו אבל אם החמור של מוכס שוה יותר מחמורו, במותר הזה אין מכוון לקנות וא"כ למותר הזה אין שנוי רשות, ונמצא דמה שנגב חמורו יש לו שינוי רשות ונגד המותר אין שינוי רשות, ולפ"ז שפיר י"ל דמתני' מיירי בליכא מותר וכנגד החמור הו"ל שפיר שנוי רשות ובריייתא מיירי בדאיכא מותר ונגד המותר ליכא כ"א יאוש גרידא, וכזה יפרשו הפוסקים, אבל ברש"י ודאי דא"א לפרש הכי דהא בסמוך התם

פרש"י דברייתא פליגא על מתני' ואי נפרש הכי לא פליגי כלל, ולרש"י בע"כ דפליגי אי נטלה בע"כ חשיב שנוי רשות ודו"ק:

**שם** בסמ"ע סק"ח הביא דאפי' אם ידע הלוקח שגזולה היא אפ"ה מקרי שנוי רשות ודלא כב"י דס"ל דבכה"ג לא הוי שנוי רשות, ובחדושנו לעיל סי' שנ"ג הוכחתי כב"י ע"ש **שם** בנתיבות סק"ב הקשה מלקמן סי' שס"ח ועמש"ש לישב

**סימן שסב**

סעיף א' **במחבר** הגזילה שלא נשתנית כו' אע"פ שנתיאשו הבעלים כו' והנה הרש"ל ביה"ש הוכיח דרמב"ם סובר דיאוש קונה בגזילה, ובחדושנו לעיל סי' רנ"ט הבאתי ראיה ברורה לזה ע"ש:

סעיף ג' **במחבר** מכרה הגזלן או נתן במתנה כו', עיין בקצוה"ח שכתב בדעת הרמב"ם דס"ל שנוי רשות ואח"כ יאוש קנה ואע"ג דבאיסורא אתי לידו ע"ש, ולעיל בסי' שנ"ג כתבתי להשיב ע"ז והוכחתי שגם דעת הרמב"ם דהיכי דבאיסורא אתא לא מהני אלא דס"ל דשנוי רשות כשלא ידע הלוקח שגזולה היא לא מקרי באיסורא ע"ש, שהוכחתי זה מן הש"ס:

סעיף זה **בסמ"ע** ס"ק ט"ו כתב דאם גזל בתחלת או באמצע עיבורה אינו משלם כ"כ כמו שהבהמה שוה בגמר לידה לעיל בסי' שנ"ד הוכחתי ממשנה ומרש"י דר"פ הגוזל קמא דבכה"ג משלם כל השבח שנתוסף הולד עד הלידה ודלא כהסמ"ע ע"ש:

סעיף ח' **בסמ"ע** סקי"ז כתב דאפי' אין בה שנוי כלל כגון שגזלה מעוברת והחזירה מעוברת דמשלם העודף ע"ש, ולעיל בחדושנו סי' שנ"ד כתבתי דמ"ש הסמ"ע שאין בה שנוי כלל כוונתו דשנוי גמור לא הוה אבל מ"מ שנוי קצת מיהא הוה אבל אם אין בו שום שנוי ודאי ולא קנה וכ"ה להדיא בפרישה (סי' שס"ג) ומיושב קושית הנתיבות כאן על הסמ"ע דכוונת הסמ"ע שגזלה כשהיא מעוברת והחזירה עודה מעוברת שנוי קצת מיהא הוה זה בגודל העיבור ועיין בפרישה, וכן משמע מתוס' (ב"מ דס"ג) והגדיל הגיזה הוה שנוי וכמ"ש בהגהת חכ"מ שם וא"ש דעת הסמ"ע:

**סימן שסג**

סעיף א' **במחבר** או שגזל עבדים והזקינו כו', והטעם פירשו בתוס' ב"ק דצ"ז משום דהוה בקרקע דאין נגזלת, וקשה לי מכאן על מ"ש התוס' (ב"מ דס"א), דהא דקרקע אין נגזלת לאו מקרא יליף אלא מסברא משום דא"א להזיזה ממקומה אבל עבדים דניידי אע"ג דהוקשו לקרקעות עובר שפיר בלא תגזול ע"ש, והא בכל הסוגיא דב"ק שם מוכח דאי עבדי כמקרקעי דמי אין נגזלים כמו קרקע, הן אמנם דבב"מ (דס"ה ע"א) כתבו התוס' דמשו"ה הוצרך הש"ס לומר גבי התוקף עבדו דפטור משום דלא נסתרי' עבדי' דהיינו

משום דמיירי דלא נחת אדעתא דגזלנותא אבל אי נחת אדעתא דגזלנותא איה"נ דפטור בלא"ה משום דעבדים נגזלים ולכן פטור מלשלם בעד המלאכה כמו בגזל מטלטלין ועשה בהם מלאכה, אכן למ"ש התוס' בב"ק דאפי' נחת בתורת גזלניתא לא נפסק מרשותו דמרא דהוה כקרקע וכן מוכח כל הסוגיא דאי כקרקע דמי אין נגזלים נמי כמו קרקע, וזהו דלא כתוס' ב"מ שהבאתי דסברי דאפי' אי כקרקע דמי דכל מילי מ"מ לענין גזילה לא דמי לקרקע, ושמא צריך לומר דדוקא לענין איסור דלא תגזול כתבו כן התוס' דבעבדים יעבור על לא תגזול אע"ג דבקרקע אינו עובר אבל לענין קנין כמו דבקרקע אין מועיל בהם שום קנין של הגזלן ולעולם ברשות בעלים עומדת, ה"נ בעבדים וכ"כ הפנ"י לפי דרכו שם ועמ"ש לקמן סי' שע"א מזה:

**שם** בש"ך סק"ב וגם בדעת הרמב"ם נלע"ד דא"א לומר כו' עמ"ש לעיל סי' ר"ב בדעת הרמב"ם בזה:

שם **במחבר** או נפסלה מליקרב כו' ופרש"י במשנה דב"ק שם שנפסלה מע"ג המזבח במום שאינו ניכר כדוקין שבעין, והב"ח הגיה שם אע"פ שניכר כדוקין שבעין, ויפה עשה בהג"ה זו דודאי לטעם דרש"י שכתב שם בדבור הסמך דפטור משום דכל בהמות לאו למזבח קיימי, יש לפוטרו אפילו במום הניכר, וכן קאמר להדיא בש"ס שם וצ"ח בצורם אזנו של בהמתו חבירו דפטור מטעם זה אע"ג דצורם מום הניכר הוא, וא"כ מדכתב רש"י טעם זה גם במשנה מכלל דסובר במשנה דבהמת חולין מיירי ופטור מטעם דכל בהמות לא קיימי למזבח וא"כ יקשה למה כתב דוקא במום שאינו ניכר, אע"כ כהגהת הב"ח דהכי צ"ל אעפ"י שניכר, ולפ"ז צ"ל דלרש"י לאו דוקא נפסל מאליה אלא אפי' הטיל בה מום בידים נמי פטור ודלא כמו שדייקו התוס' שם דצ"ח ד"ה הצורם, דהא לטעם זה דרש"י משום דכל בהמות לאו למזבח קיימי בע"כ דסובר דגם במתני' מיירי בבהמת חולין הא פטרינן אפי' בעושה היזק בידים כמו צורם אוזן, אלא דהתוס' מחלקים דבמתני' שאני משום דהתם בבהמה קדושה מיירי, אבל לרש"י דמפרש דגם במשנה בבהמת חולין מיירי בע"כ דלא מחלק בין נפסלה מאליה להטיל בה מום בידים דאפי' בידים נמי פטור ודו"ק היטב:

**ודע** דהתוס' שם הקשו על הא דאמר רבה הצורם אזנו של בהמת חבירו דפטור, והא במתני' שנינו גזל בהמה ונפסלה מע"ג המזבח אומר הרי שלך לפניך ומשמע דוקא נפסלה אבל הטיל בה מום בידים חייב ע"ש, ואין לחלק דבמתני' כיון דמיירי בגזל בהמה וגזלן השבה מעליא בעי למיעבד וכדמחלק רבה גופא התם גבי הזורק לים וה"מ דאדייה אדויי אבל שקלי' בידים מיגזל גזלי' והשבה בעי למיעבד, דהתם כיון דהדבר הוא מוטל

בים ודאי דלאו השבה הוא ולכן גזלן דבעי למיעבד השבה אינו יוצא בה, משא"כ הכא דבהמה בעין ומצא למיעבד בה השבה דמה שנפגמה ע"י מום זה אינו מבטל ההשבה ורק דאפ"ה אם בידים עשה ההיזק חייב מיהא מטעם מזיק, ובנפסלה מאליה פטור, דמטעם מזיק אין לחייבו כיון שנעשה מאליו ולאו איהו קמזיק, ומטעם גזלו נמי אין לחייבו כיון דבהמה בעין ומצי למיעבד בה השבה דגם השבה עם מום כזה השבה מקרי, ולזה שפיר הקשו מצורם אזן פרה בידים לחייב מיהא מטעם מזיק כמו במתני' ותי' דהכא דבהמת חולין מיירי ונמצא דלא הזיקו מידי ואין לחייבו גם מטעם מזיק, ואם שזה פשוט הוצרכתי לכתבו מפני שמצאתי בס' יה"ת שמיישב באמת לקושית תוס' בדרך זה דהא עיקר החדוש דרבה דפטור אע"ג דכל בהמות לאו לגבי מזבח ון קיימא והשתא הוא נמי שוה השור כשאר שוורים וכמ"ש הר"ן וא"כ מה אשמעי' רבה בזה הא ודאי פטור כיון שלא הפסידו מידי, וצ"ל דאע"ג דצריך לטפל לחזור אחר בהמה אחרת לקרבן ואשמעי' דאפ"ה פטור דזה אינו אלא גרמא, ולזה במשנה דמיירי בגזל בהמה ונפסלה שפיר חייב אף על הטפול דבעי' השבה מעליא ע"ש, ובמחכ"ת אין לדבריו שום הבנה דמה שייך לחייבו מטעם גזלן על הטפול הא מה שגזל דהיינו הבהמה אותה משיב, ואע"ג דנפסלה עי"ז מע"ג המזבח, עי"ז אין מבוטל תורת השבה כיון דבגוף הבהמה אין שום חסרון מצי אמר הש"ל ויוצא ידי השבה ואפילו בהרקיב מקצתו ונפחת גוף הדבר כ"ז שלא נפחת לגמרי יוצא ידי השבה וכמ"ש התוס' ב"ק דנ"ו, ועל הפסד הטפול לאו מטעם גזלן הוא דאפשר לחייבו כ"א מטעם מזיק ושפר פטור כיון דאינו אלא גרמא, אבל מה ענין לחייבו על הטפול יותר בגזלן כיון דכל עיקר הוא מטעם השבה והשבה קיים שפיר גם בבהמה כזה שנפסלה מע"ג המזבח וזה ברור:

**שם** בש"ך סק"ז הביא פסק מוהרש"ל דאין אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך רק גבי גזלן ולא גבי שומר, והש"ך השיג עליו ועמ"ש על סי' רצ"א באריכות מזה:

סעיף ו' **במחבר** הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאמר לו צא ולא יצא כו', עיין בב"ח כאן שטרח למצוא מקור לדין זה דכשמיחה בעה"ב וא"ל צא דחייב הדר להעלות לו שכר, ולענ"ד יש מקור מפורש לזה, דבב"ק (ד"כ ע"ב) מביא הש"ס דר' אבהו הוכיח דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ממשנה דמעילה נטל אבן או קורה של הקדש והניחה ע"פ ארובה חייב הדר תחתיה להעלות שכר להקדש ואע"ג דשלא מדעת הקדש עשה, ודחי דהתם שאני דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי' כלו' דדעת שכינה איכא כן פרש"י והתוס' הקשו ע"ז דהא שלא מדעתו לאו דוקא אלא אורחא דמלתא נקט וה"ה מדעתו אלא נראה כהדיוט מדעת כלו' דדעת שכינה איכא שלא יהנה

אדם בלא מעילה ע"ש, ובשמ"ק שם הביא בזה שני פרושים בדעת התוס', הפי' האחד הוא דע"כ לא נאמר זה נהנה וזה לא חסר פטור אלא היכא שלא מיחו בו הבעלים בפירוש שלא ידור בתוכו אבל היכא דהבעלים מיחו בפירוש הרי הוא מחויב לשלם ולכך הקדש שלא מדעת הוה כהדיוט מדעת משום דדעת השכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה והוה כאילו מיחה בפירוש, הפי' השני דהא דאמרינן כהדיוט מדעת דמי, רצה לומר דהוה כאילו התנה עמו ע"מ שישלם את השכר והך דכמדעת דמי קאי על הדר, ורצה לומר כאילו הדר נתרצה ליתן את השכר דכיון דהתורה חייבתו במעילה הוה כאילו בהדיוט הי' מתנה בפירוש וזה נתרצה ליתן את השכר דדיני התורה גופא הם התנאי ע"ש שזה כוונתם, ויש נ"מ לדינא בין שני הפרושים, דלפי' הראשון הרי מוכח להדיא מכאן כדברי המחבר דאע"ג דהדר בחצר חבירו של"מ א"צ להעלות לו שכר היינו דוקא כשלא מיחה בפירוש אבל היכי דמיחו בו הבעלים לכתחלה ואמרו לו צא מחויב לשלם, משא"כ לפי' השני לא מוכח האי דינא ונוכל לומר דאפי' כשמיחה בו נמי פטור, דמה בכך שמיחה בו כיון דס"ס לא חסר מידי פטור, וברור אצלי שזהו המקור לדברי המחבר מפני שמפרש כפי' הראשון, אלא שתימה על המחבר שסתם לפסוק כן ולא זכר דעת החולקים שהוא הרשב"א בשם הר"ח דלא ס"ל לדין זה ומשו"ה פי' כפי' השני בכוונת התוס' ונ"ל להביא ראי' כפי' השני, דהנה התורה מיעטה להקדיש מאונאה מקרא דאחיו ולא הקדש (ב"מ דנ"ו) ולכאורה אינו מובן הא הגזבר אינו אלא שליח ובשליח שנתאנה הא בטלה החלוקה והמכירה לגמרי וכמבואר בקדושין (דמ"ב ע"ב) אבל שווי' שליח אמר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, והא התם דבחלוקת קרקע מיירי וקרקע אתמעט מדין אונאה ואפ"ה בשליח שנתאנה בטלה החלוקה מטעם דלתקוני שדרתיך ולא לעוותי וא"כ בהקדש נמי לא נימא הכי נהי דאתמעטו מדין אונאה עכ"פ לבטיל המקח מטעם דלתקוני שדרתיך ולא לעוותי, ואכן למ"ש יתיישב דבהדיוט גופא כשהתנה השליח בין לתיקון בין לעיוות בתר תנאי אזלינן ולכן בהקדש נמי שהגזבר שליח דרחמנא הוא על תנאי משפטי התורה ירד לשליחותי, דבהקדש שאין שם מי שיתנה, דיני התורה עצמם הם התנאי וכיון שלדין התורה אין אונאה בהקדש הוי כאילו התנה שגם אם יעוות השליח יהי' מעשיו קיימין, דהא בהקדש אי"א כ"א ע"י שליח ואפ"ה אמרה התורה דאין אונאה הוה כאילו התנה שאם יתאנה השליח נמי דיהיו מעשיו קיימין, והרי מוכח כפי' השני דלפי' הראשון לא שייך האי תירוצא, הוא הדבר אשר אמרתי דמקור לדברי המחבר מצינו בזה, אבל אכתי תימה שלא זכר דעת החולקים שהוא הרשב"א בשם הר"ח ובשגם

שהבאתי ראיה להוכיח כן, וראיתי אמנם להגאון רד"ט ממינסק שהעיד בשם רבו הגר"ח מוולאזין ז"ל שבאמת לא פסקינן כהמחבר בזה ואולי מטעם שכתבתי ודו"ק:

**שם** ברמ"א א"צ להעלות לו שכר אע"פ שהוציא את בעה"ב בע"כ מן הבית כו', וקשה טובא כיון שהוציאו בע"כ אין מחאה גדולה מזה, והיכי שמיחה שא"ל צא ולא יצא הרי הביא המחבר דחייב ליתן לו כל שכרו אפי' בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר כמ"ש הסמ"ע ס"ק י"ד, ואי סובר הרמ"א דהמרדכי חולק עם המחבר א"כ הו"ל להביא בלשון ויש חולקין ואילו מלשון הרמ"א משמע דלא פליגי, ובאמת רחוקים הדעות הללו זה מזה וצ"ע:

**שם** במחבר ואם החצר עשויה לשכור אע"פ שאין דרך זה לשכור צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון, זהו שיטת גדולי הראשונים הרי"ף ורמב"ם ורמ"ה דסברי דחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר נמי חייב, ואמנם התוס' ב"ק ד"כ כתבו בפשיטות דפטור, ובכאן הרבו הרועים להשיב על שיטת הרי"ף ורמב"ם, והרשב"א והנמוק"י והרא"ש הכריעו כשיטת התוס' מטעמים הללו חדא דכיון שזה הדר אינו נהנה מזה א"כ הוה זה כמו סגר את הבית ולא דר בתוכו כלל דבזה ודאי הדין פשוט דאינו מחויב לשלם כלל דאינו אלא גרמא ודמי למקבל שדה והובירה דלא מחייבינן התם כ"א משום דדרשינן לשון הדיוט הא לא"ה הי' פטור מטעם דאינו אלא גרמא כמבואר בב"מ דק"ד, ועוד דבב"ק שם הביא מר' יהודה דאמר בבית ועלייה של שנים שנפלו אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב ודחי שאני התם משום שחרוריתא דאשיתא, וא"כ היאך מסיק ר' יהודה, למילתי' במתני' שם אלא בונה את העלייה ויושב בבית עד שיתן לו את יציאותיו, והיינו משום שאז הוא לא נהנה כיון שעלייתו מזומנת לפניו, ולשי' הרי"ף מה בכך שלא נהנה הא עכ"פ משום זה חסר משום שחרוריתא דאשיתא א"כ הוה תו זה חסר וזה לא נהנה דמחייבי בו הרי"ף ורמב"ם ומדר' יהודה שמעי' דפטור ע"ש בדבריהם, ולענ"ד אין בטענותיהם כדאי לסתור שיטת כל הנהו רבוותי, דמה דפשיטא להו דאם סגר את הבית ולא דר בו כלל דפטור, לענ"ד בזה גופא יהי' הדין להיפך דלדידן דקיי"ל דיינינן דינא דגרמי ודאי דצריך לשלם בעד ההיזק שגרם לבעה"ב ע"י סגירת הבית, ויש להביא ראי' ע"ז מן התוספות גופייהו שבמס' (ב"מ דע"ז) בד"ה אין להם זע"ז אלא תרעומות שהקשו דלמאי דקיי"ל דינא דגרמי א"כ אמאי לא יתן להם כפועל בטל אפי' לא הלכו ותי' דהלכו לאו דוקא ואם לא ימצאו להשכיר עצמן איה"נ דמשלם להם אפי' בלא הלכו ע"ש, ולפ"ז ה"נ דמיא ממש להך דפועלים שביטל אותן ממלאכתן וצריך לשלם, והן אמנם דבקצוה"ח לעיל

(סי' ש"ג) סק"ב דחה לדברי התוס' דמה בכך שנתבטל על ידו הא גרמי לא הוי אלא במקום שמפסיד את חבירו מן הקרן ע"י גרמתו אבל מקום שהיה יכול להרויח וגרם לו בגרמתו שאינו מרויח פטור דהא קי"ל המבטל כיסו של חבירו פטור וכן נועל חנותו של חבירו פטור, וא"כ אפי' אם הפועלים מצאו אמש מקום להשתכר והיום נמי לא מצאו אין בו משום מזיק כיון שאינו אלא כנועל חנותו ועיין שם מה שהביא ראי' לדבריו מתשובת מוהר"ם בר ברוך שכתב להדיא דבמניעת הריוח לא שייך דינא דגרמי ויסודו נמי מירושלמי דמבטל כיסו של חבירו פטור ע"ש, ואם כי הדבר נפתח בגדולים שגם הרשב"א והנמוק"י בב"ק שם הביאו לירושלמי הזה להוכיח. מיני' דבסוגר ביתו לא שייך דינא דגרמי, דכ"ז האמת יורה דרכו דמי שמעיין בירושלמי גופא ימצא מפורש ההיפך, דז"ל הירושלמי (פ' איזהו נשך ה"ג) ובריש פ' המקבל, הדא אמרת המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומות המבטל שדה חבירו חייב לשפות לו, המבטל ספינת וחנות חבירו מהו עכ"ל, הרי להדיא דהירושלמי מחלק בהנך תלתא דינים, ובמבטל חנותו וספינתו מיבעי לי', וטעמא דכולהו מבואר בפ"מ שם דמבטל כיסו כיון שאינו אלא גרם ספק ריוח דמי יימר דהוי רווחא משו"ה פטור לשלם, ואמנם במבטל שדה כיון דבשדה הריוח מצוי הוא וידוע והוה כמאבד נכסי חבירו בידים משו"ה פשיטא דחייב לשלם, ובספינה וחנות מספקא לי' מי אמרי' דהואיל ועשויין להשתכר ומצוי בהן הריוח כשדה דמיין או דלמא הואיל וגם ההפסד מצוי בהם ביותר מן השדה למבטל כיסו דמי דג"כ אינו ידוע אם הי' מרויח בסחורה שקנה ע"ש, ולפ"ז לבד שלא יקשה מירושלמי דמבטל כיסו אדרבה משם יהי' ראיה עצומה לחייב י"ר במי שסוגר בית חבירו ובעל הבית בשכירת פועלים, דהא ע"כ לא פטר הירושלמי כ"א במבטל כיסו משום דכיון דלסחורה הוא מי יימר דאיכא רווחא אבל בשדה הרי פשיטא לי' דחייב משום דמצוי בהן הריוח, ובודאי דחצר דקיימא לאגרא דמי ממש למבטל שדה, ושכירת פועלים נמי לשדה דמי דכיון דמיירי שהיו יכולים להשכיר עצמן א"כ מצוי בהן הריוח ובכה"ג חייב אפי' במונע רווחו דהוה כמאבד בידים וכמו בשדה, ומוהר"ם בר ברוך שפיר הוכיח מהירושלמי דמניעת הריוח לא דיינינן דינא דגרמי והיינו במבטל כיסו דלא הוי ריוח ודאי אבל בודאי ריוח כמו בשכירת פועלים ובית גם הוא יסבור דחייב והוה כמאבד בידים, ועיין בקצוה"ח לעיל (סי' ש') שהביא בשם החו"י להקשות על הירושלמי דמבטל כיסו מהא דקי"ל הדר בחצר חבירו שלא מדעתו דחייב, ולמה לא נימא דהוה כמבטל כיסו ע"ש, ולמ"ש לק"מ דחצר דקיימא לאגרא דומה ממש למבטל שדה דבאמת חייב גם לירושלמי ואפי' כשזה לא נהנה נמי וכשי' הרי"ף ורמב"ם, ויותר יש לי להפליא על התוס'

גופייהו דהם עצמם כתבו לחייב בפועלים, הרי דסברי דבמניעת ריוח ברור כהאי חייב משום דינא דגרמי ואין בו משום מבטל כיסו, ואילו בזה סברי דבסוגר ביתו דפטור ומה שהביאו הרשב"א ונמוק"י ראיה דבסוגר ביתו פטור משום דדמי למקבל שדה והובירה, לכאורה זהו אמנם ראיה חזקה לדבריהם, דהא במתני' דב"מ דק"ג נאמר דהמקבל שדה והובי ה חייב שכך כותב נו אנא כו' ומשמע דטעמא דכותב לו הא לא"ה לא, ואילו למ"ש תיפוק דמדינא חייב כיון דהוה כמאבד בידים ואין זה דומה למבטל כיסו של חבירו ואפי' למ"ש התוס' שם וכל הפוסקים דלאו דוקא כותב אלא אפי' לא כתב כמאן דכתב דמי, הוה נמי עיקר החיוב מטעם הכתיבה, דהא הסמ"ע לעיל סי' שכ"ח ח פי' הטעם דאמרי' כן דלא כתב כמאן דכתב דמי דכיון דרגילין לכתוב כן כל המקבל סתם על דעת הנהוג מקבל ע"ש, ומשמע דבמקום דלא נהיגי כלל לכתוב פטור, ואמאי לחייב מיהא מטעם מזיק וכסברת הירושלמי, וביותר תמוה דבירושלמי גופא פ' המקבל כתב דהך טעמא דכך כותב, לא שכותב באמת אלא שחייב כאילו כתבו ואפי' במקומות שלא כתבו מעולם ללשון זה נמי חייב כאילו כתבו, והך שכך כותב דקאמר במתני' פי' דדיינינן בזה למיעבד עובדא כאילו כתבו ע"ש, ולפ"ז א"ש דבאמת לא חייב מטעם הכתיבה אלא מטעם מזיק וע"ש בשמ"ק פ' המקבל שהביא גם שם רה"ג כדברי הרשב"א והיינו דלא כמו שהבין הסמ"ע דלהכי מרי' לא כתב כמאן דכתב דמי משום דרובן כתבי וכנ"ל בל במקום דלא נהיגי ליכתב פטור אלא ודאי דאפי' באתרא דלא כתבי כלל נמי חייב ודו"ק, ולכאורה יש לעיין דלפמ"ש א"כ מאי אמר בהמקבל דר' מאיר הי' דורש לשון הדיוט הא אפי' אם לא הי' בזה שום לשון ואפי' דהדיוט ולא התנה עמו כלל דאם יוביר ישלם נמי ראוי להתחייב, דלמ"ש דהחיוב הוא מטעם גרמי אפי' כשלא התנה עמו שום תנאי נמי חייב, והן אמנם דהירושלמי מצד עצמו א"ש דהירושלמי לא הביא כלל הסוגיא דר' מאיר דורש לשון הדיוט ורק על המשנה דנקיט המקבל שדה והובירה חייב שכך כותב כתב הירושלמי דהדא אמרת מבטל שדה חבירו חייב וכו' והמשנה איה"נ שיכולים כרש שפיר דהחיוב הוא מטעם גרמי ואפי' בלא התנה נמי, הלשון דכך כותב מפרשינן דדיינינן בזה למיעבד עובדא כאילו תבו, אכן לש"ס דילן דטעמא דר"מ משים דדורש לשין הדיוט משמע דהחיוב הוא מטעם הלשון ולא מטעם מזיק, אלא די"ל דהכוונה במה שאמרו דר"מ דורש לשון הדיוט שאין החיוב בא משום הלשון משום שהתנה עמו כך, אלא שמלשון הכתוב מביא ראיה שבאמת חייב בכך מדנהגו הדיוטות לכתוב הכי מכלל דחיוב לשלם לו במיטבא אבל איה"נ שעצם החיוב בא מטעם מזיק ואפי' לא כתבו נמי ובע"כ צ"ל הכי לדעת הרשב"א וכה"ג שכתבו להדיא דאפי' לא נכתב מעולם נמי

דינא הכי דחייב לשלם, וכדברי משמע בשמ"ק שם על מה דפריך הש"ס טעמא דכתבה איתא התם וז"ל תימה מנ"ל הא אדרבה אית לן למימר אע"ג דלא כתב לי' כמאן דכתב דמי כדפירשתי לעיל ומה"ט קאמר ר' יוחנן דשומטו מע"ג בניו דכמאן דכתיב לי' דמי, י"ל דאע"ג דההיא דלעיל הוה כמאן דכתיב לי' דהכי משמע מדקאמר דר"מ דורש לשון הדיוט ומייתי ראיה שכך כותב לו להביא ראיה ממנו שיש לו לשלם במיטבא כו' עכ"ל, הרי להדיא כדברי דאין הכתיבה והלשון עושה החיוב א"א מתוך הכתב מוכח שחייב לשלם, והרי בררנו דטענתם שטענו על הרי"ף מפני שדמי לסוגר ביתו ולהוביר שדה לאו כלום הוא ושבאמת שם גופא חייב, וביותר יש לי לתמוה על התוס' והרשב"א מדידהו אדידהו דאיך פסקו כאן בפשיטות דפטור מצד דדמיא לסוגר ביתו ולהוביר זשדה, בשעה שהם עצמם כתבו להיפך, דהראשון שיצא לדון ולחייב מטעם גרמי בכה"ג, המה התוס' דפרק האומנין, ומה שהוכיחו מהוביר שדה, הלא הרשב"א גופא כתב שם דלאו מטעם הכתיבה חייב, אם לא שנאמר דהכא רק תלמידי הרשב"א הוא דכתבו כן להוכיח מהוביר שדה, ותלמידי הרשב"א הבינו באמת דעיקר החיוב הוא מטעם הכתיבה, אבל מדינא פטור משום דהוה כמבטל כיסו של חבירו הובא דבריהם בב"י לעיל (סי' שכ"ח) אכן לדינא כבר הוכחתי מירושלמי דלא כוותייהו, ואף שברשב"א דחיק לתרץ את הירושלמי אבל עכ"פ אין מכאן תפיסה על הרי"ף ורמב"ם שלא רצו לדחוק עצמם בפי' הירושלמי כדוחק הרשב"א וטענתם השנוי' מסוגיא דב"ק נמי אינה הוכחה, דהא הרי"ף ורמב"ם לא קאמרי כ"א בחצר דקיימא לאגרא דבכה"ג הפסיד להם לכל השכירות ושפיר כתבו דחייב דחע"ג דהוא לא נהנה, מ"מ לבעה"ב הרי הפסידו וחייב מדינא דגרמי, אבל בנידון דהתם שכירות הבית לא הפסידו כלל דבעה"ב מעצמו לא הי' בונה את הבית, ורק מה שהפסידו הוא רק מעט השחרורית דאשייתא וא"כ מה שייך לשלם בזה מטעם גרמי כל דמי השכירות, ואע"ג שהתוס' כתבו דהיכא שיש חסרון מועט דשחרורית מגלגלין עליו את הכל, לא כתבו הכי כ"א בגברא דעביד למיגר דהתם הוה החיוב מטעם הנאה ומדינא ולכן אע"ג שהחסרון אינו אלא במקצת אפ"ה חייב לשלם בעד כל ההנאה משא"כ התם דלא נהנה כלום כיון שבנה גם העליה ונמצא דמצד הנאה אין לחייבו כלל, ורק מטעם גרמי הוה החיוב פשיטא שא"צ לשלם לו כ"א כפי מה שחסרו, אבל התם דלא חסרו כלל דבלא"ה לא הי' בונה בית נמצא דאין שום טעם לחייבו לא מצד ההנאה ולא מצד החסרון ודמיא לחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דלית דין ולית דיין דפטור כמבואר בש"ס גופא ואע"ג דמה שהזיקו בשחרוריתא ודאי דחייב לשלם, לא חש למיתני דאנו דנין רק על ההפסד של השכירות ולא על השחרוריתא דזהו היזק

בידים ופשיטא דחייב לשלם ואין זה תפיסה על הרי"ף ורמב"ם שלא חשו לפרש זה כמו דלא קשה על הש"ס גופא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דנקיט דפטור אע"ג דעל השחרוריתא חייב נמי התם אלא דלא חש לפרש דמלתא דפשיטא הוא ואין אנו דנין בזה רק על השכירות, ה"נ הרי"ף כתב כן, ואף אמנם הרמ"א בסמוך הביא שני דיעות בזה בלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר אם מגלגלין עליו מטעם שחרוריתא, מ"מ י"ל דאפי' להיש חולקין שהביא הרמ"א דמגלגלין עליו את הכל, היינו בחצר בנוי שבעה"ב עצמו בנה אותו אלא דלא קיימא לאגרא, בזה אולי יש מקום לחייבו, הן מצד ההפסד, דאע"ג דהשתא לא קיימא לאגרא, אולי במשך הזמן ימצא שוכרין עליו וגם הוא יתרצה להשכירו, וגם מצד ההנאה, דאע"ג דלא עביד למיגר מ"מ השתא סוף סוף הוא דר בחצר זה ונהנה ממנו, ואע"ג שמוצא גם חצר אחר לדור בו בחנם י"ל שהחצר הזה ניחא לו ביותר, משא"כ בנידון דהתם דאין לחייבו משום טעם, דטעם דהפסד ודאי שלא שייך כיון שאם לא בנאו בעל העליה לא הי' בעה"ב בונה אותו כלל, וגם לא מצד ההנאה כיון שיושב בבית בתור כפייה עד שישלם לו יציאותיו ואלולי זה לא הי' דר שם כלל, וגם היש חולקין מודו דפטור, ועל הרמ"א תמה אנכי למה הוצרך להביא ממרחוק לחמו מרבינו ירוחם שהביא לדיעות הללו, הא פלוגתא דרבוותא מפורשת קמן בזה, והרשב"א וסייעתו הלא להדיא אמרי דמחויב לשלם בעד כל ההפסד אפי' בנידון דידן כ"ש בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר בעלמא דיש סברא יותר לחייבו וכמ"ש, ועוי"ל בנידון דידן ולפמ"ש דעיקר טעם הרי"ף ורמב"ם לחייבו הוא משום דהוה כאילו גרס את ביתו, ואכן התם מצד זה אין לחייבו דודאי שרי לכתחלה לסגור את הבית עד שית לו יציאותיו וא"כ מצד הסגירה א"א לחייבו ורק עיקר החשש הוא מה שזה נהנה, וא"כ י"ל דזה ניחא גם לבעה"ב שיכנס לדור בתוכה ולא לנועלה ולהיות בית ריקן מדיורים, דביתא מיתבא יתיב, ובהכי מתיישב גם קושית התוס' סוף ב"מ בד"ה ויושב בבית, שהקשו למה אמרי' דלא נהנה השוכר הא נהנה שא"צ לעלות בעליה, ולמ"ש א"ש דניחא לבעה"ב יותר שזה ידור בבית ויהנה מלהניחה ריקם, ודומה כאילו בעה"ב מקבל שכר בעד הנאת בעל העליה, והוא דביתא מיתבא יתיב, ואחרי שסתרנו כל הטענות של החולקים ממילא נשאר פסק של הרי"ף ורמב"ם ורא"ש באין ערעור, ולא רק כשזה דר בחצר דחייב אלא אפי' גירש חברו מחצירו והגר בפניו וגם הוא לא דר בו נמי חייב כמו שהוכחתי מהירושלמי, וזהו כשיטת הרמ"ה המובא ברא"ש, והן אמנם דהרא"ש הוסיף לכתוב עוד ואין משלם אלא כשעת הגזילה וכ"ה בחי' הרשב"א שסתם וקיי"ל דכל הגזלנים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה, ונראה מדבריהם שהרגישו בעצמם

דהראיות שהביאו חלושות הנה ואין לסמוך עליהם לכן רצו להתבצר תחת ראיה הזאת מדקי"ל דכל הגזלנים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה, וה"נ כיון שמחזיר לו הבית כשעת הגזילה לא מתחייב ביותר מזה, אכן על הראיה הזאת הרעישו כבר כל הפוסקים שזה אינו דהא מה דקי"ל דכל הגזלנים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה אינו אלא בגזלת מטלטלין אבל בקרקע ליתא להך דינא והגזלן מחויב לשלם בעד כל הפירות שאכל כל זמן שהיתה אצלו, וכ"כ להדיא הרמב"ם (פ"ט מגזילה) שהגזלן או הלוקח מן הגזלן מחזיר הפירות שאכל כל זמן שהיתה אצלם ועכ"פ זה ודאי דבקרקע לא שייך האי דינא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה וכן פסק בשו"ע לקמן (סי' שע"א) וא"כ הך דכל הגזלנים וכו' אינו ענין להך דדר בחצר, ומיהו בחדושנו לקמן סי' שע"א הצדקנו את הרשב"א בנוגע להך ראיה וזהו הראיה היחידה שסמכו עליה הרשב"א והרא"ש והנמוק"י ובאמת ראיה חזקה היא ועמש"ש:

**שם** ברמ"א מיהו אם לא היה דר בו אלא שגזלו ממנו פטור לשלם כו', מלשון הרמ"א משמע דבא לפרושי מה שסתם המחבר ואין זה כחולק על המחבר מדלא כתב בלשון וי"א, אלא כוונתו דבא לפרש שגם המחבר דמחייב אינו מחייב אלא בדר בו, מיהו בדבור דלעיל הוכחתי דהמחבר שהביא בזה דעת הרי"ף ורמב"ם דסברי שאפי' בלא דר בו נמי חייב ע"ש:

סעיף ז' **במחבר** י"א דכשאין החצר עומד לשכר דאמרי' דא"צ להעלות לו שכר אם חסרו אפי' דבר מועט כגון שהי' הבית חדשה וזה חסרו במה שהכחירו כו', והנה בש"ס דב"ק (דכ"א ע"א) אמר רב סחורא אמר ר"ה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר משום שנא' ושאיה יוכת שער ר"י אומר ביתא מיתבא יתיב וכו' ומשמע דדוקא משום דבעל חצר נהנה במקצת מן השוכר משו"ה הוא דפטור הא לא"ה כשאין לבעל החצר שום טובה מדירתו של השוכר חייב, ולזה תמהו על הרמב"ם (פ"ג מהל' גזילה) ועל המחבר כאן שפסקו הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר והשמיטו הטעמים הנאמרים בש"ס שאיה או ביתא מיתבא יתיב, ובפשוטו י"ל עפמ"ש בשמ"ק וז"ל דהא כולה סוגיין מוכח דכל שזה לא חסר פטור אפי' היכי דלא שייך הנהו טעמי, כההיא דמקיף את חבירו וההיא דנטל אבן או קורה דהוה דייקינן מינה לעלמא דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו דחייב, הא למ"ד פטור אף זה הי' פטור, ור' יוחנן נמי לא אשגח בי' בר' אבהו דאמרה משמי' דשמואל ואמרי טעמא משום דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי, הא הדיוט דכוותה אעפ"י שנהנה בשוה פרוטה פטור ואע"ג דבעל אבן או קורה לא מתהני בכלום עי"ז, ותי' בשם רבינו ישעיה דאמוראי נינהו ואליבא דרב הונא

ע"ש, וא"כ אין תימה על הרמב"ם ומחבר שבחרו לפסיק כההוא אמורא דסובר דפטור בכל אופן אפי' כשלא מתהני מידי מאחר שכולה סוגיין דלעיל אזלא כוותי' מכלל דכן העיקר, והנה בשמ"ק שם תי' אחר על הקושיא הנזכרת דהא עכ"פ חזינן דיש הפסד קצת בבתים מחמת דריסת רגל הדיורים וע"ז משני רב סחורא דכנגד זה ההפסד יש לבעל החצר הנאה שמציל אותו משאיה או ביתא מיתבא יתיב ע"ש, ולפ"ז מיושב נמי דעת הרמב"ם ומחבר כיון דתועלת זה דשאיה בעינן שיהיה זה הנאה נגד ההפסד דדריסת לדיורין וחזר הדבר לזה נהנה וזה אין חסר, והנה הנמוק"י פי' דהא דמצרכינן לטעמא דשאיה כו' אע"ג דזה נהנה וזה לא חסר פטור משום דהא איכא חסר דאיכא שחרוריתא דאשייתא וכנגד זה ההפסד צריך תועלת אחר כנגדו והוא דשאיה כו', והלח"מ הקשה עליו דא"כ איך כתב המ"מ בשם המפרשים ופסקו המחבר כאן דאם חסר הבית בכל שהוא כגון שהיה חדש והשחיר הכתלים שמגלגלין עליו את הכל, והא כנגד שחרות הכתלים הוה הך הנאה דשאיה, ותו דהא בגמ' שם הקשו מהא דאמר רב יהודה אף זה הדר בחצר חבירו צריך להעלות לו שכר ומשני שאני התם משום שחרוריתא דאשייתא, ולמ"ש הנמוק"י אין כאן תירוץ דשאייה מהני כנגד זה ע"ש, והנה אם כי מה שהקשה מהמ"מ ודאי דשפיר מוכח דהמ"מ אינו סובר כהנמוק"י וכן יש להוכיח מכל הפוסקים דנקטו לדינא דבבית חדש שהזיקו בשחרוריתא דאשייתא חייב לשלם וא"כ בע"כ דלית להו הך דנמוק"י ובודאי שהם יפרשו כמ"ש בשם השמ"ק דגם בית ישן דליכא משום שחרוריתא דאשייתא נמי איכא קצת הפסד בדריסת הדיורים אלא דלא מיקרי הפסד גמור כמו שחרוריתא דאשייתא עד שעי"ז יתחייב לשלם בכולו משום דכנגד הפסד זה לחוד איכא הך הנאה דשאיה ויצא הפסדו בשכרו, ורק בבית חדש דאיכא הני תרתי חסרונות, שחרוריתא ודריסת הדיורים ולעומת שתי החסרונות יחד אינו שוה הנאה דשאיה ושפיר מקרי חסרון וחייב, אכן מה שהקשה על הנמוק"י מהש"ס דפריך לעיל מר' יהודה לק"מ, דסברת הנמוק"י לא קאמר כ"א במקום שזה נכנס לבית שהבעלים מעצמן בנו אותו והבית הי' עומד מקודם ואי לא נכנס זה הדר היה הבית פנוי בלא דיורים והגיע הפסד דשאיה, אבל התם שבעל העליה בנה בית ובעה"ב לא רצה לבנותה ממילא אין מהנה כלל בדירתו דאם לא היה בנוי הבית מעיקרו כ"ש דלא הי' שייך כלל ושאיה יוכת שער, נמצא דנגד החסרון דשחרוריתא אין מקבל שום הנאה וזה נכון:

**ועיין** בקצוה"ח סק"ה שהקשה על דין זה מהא דאמרו בב"ק שם ההוא גברא דבנה אפדנא אקילקלתא דיתמי אגבה ר"נ לאפדנא מיני' לימא קסבר ר"נ הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ההוא מעיקרא קרמנאי הוו דיירי בי' ויהבי ליתמי

דבר מועט, ותיפוק לי' דיש חסרון מועט דשחרוריתא דמשמע שבנה בית חדש ע"ש, וראיתי מי שתי' ע"ז דנגד הפסד דשחרוריתא דאשייתא מהנהו בתועלת דמציל אותו משאיה וביתא מיתבא יתיב, ואכן הדברים הללו טעות הם, הן אמנם דהראשונים כתבו טעם זה וכמ"ש לעיל בשם השמ"ק דמשו"ה נצרך לטעם דשאיה בכדי להציל אותו מהפסד דשחרוריתא, אכן הם לא כתבו כן כ"א בבית ישן דשחרוריתא ליכא התם כיון דכבר נשתחרו ע"י הבעלים, ואף אם יש אינו אלא מעט ורק הפסד קצת יש שם בדריסת הדיורים, ונגד הפסד מועט הזה שוה הנאת הצלת משאיה, משא"כ בבית חדש דאיכא שם שני ההזיקות גם יחד, שחרוריתא דאשייתא ודריסת הדיורים, בזה אין שוה ההנאה המועטה דהצלה משאיה לעומת הפסד הרב מאלו שני ההזיקות, ואף אם הי' מקום לומר שגם בבית חדש נמי שוה ההנאה הזאת לעומת ההפסד, אכתי לא יועיל בענין זה, דלא שייך זה כ"א בבית חדש שבנה בעה"ב מעצמו, משא"כ הכא בנידון זה דהבעלים הם היתמי לא היו בונים אותו כלל וא"כ מה מהנהו זה שמציל אותו משאיה, הא אם לא היה הבית בנוי כלל כ"ש דלא הי' חרב ע"י שאיה ונמצא דלא מהנהו מידי וכמ"ש לעיל, ואכן בעיקר קושיא זאת נעלם מהם שכבר קדמום הרשב"א הובא בשמ"ק וכתב לתרץ דקושטא דמלתא קאמר אבל בודאי בלאו ה"ט דקרמנאי הו"ל לחייבו משום שחרוריתא דאשייתא ע"ש:

**שם** ברמ"א ויש חולקין כן הוא שיטת הרשב"א ונמוק"י ובדבור הקודם הבאתי הראיה שהביאו ע"ז מדברי ר' יהודא דאמר אלא עליון בונה הבית והעליה כו' וסתרתי ראי' זאת ע"ש:

סעיף ח' **במחבר** י"א הא דאמרי' דכשהחצר אינו עומד לשכר א"צ להעלות לו שכר דוקא שלא גילה הדר בדעתו שרצונו ליתן שכר כו' אבל אם גילה בדעתו צריך ליתן, דין זה מקורו מדברי התוס' ב"ק שם בד"ה טעמא דעמד ניקף וכו' שכתבו וז"ל וי"ל שאני עמד ניקף דגלי דעתו דניחא לי' בהוצאה ולא דמי לדר בחצר חבירו דלא גלי דעתו אלא בחנם עכ"ל, ודין זה של תוס' דהיכא דגלי דעתו דניחא לו בהוצאה חייב הובא בהגה"ה שם וכאן בשו"ע לפסק הלכה, מיהו הרש"ל ביש"ש השיג על התוס' ועיקר ראיתו הוא משום דקשה על דברי התוס' מסוגיא דהתם אמר אבא מרי משמי' דרב הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר והשוכר בית מראובן מעלה שכר לשמעון ופריך עלה תרתי, רצה לומר דהוי תרתי דסתרי אהדדי, ומשני הא דקיימא לאגרא והא דלא קיימא לאגרא, ואם איתא לדברי התוס' דבגילוי דעת דניחא לו בהוצאה תליא מלתא א"כ מאי קא פריך תרתי הא בשוכר בית מראובן גלי אדעתו דניחא לו בהוצאה וא"כ אפי' בלא

קיימא לאגרא יתחייב לשלם ואמאי מוקי לה הש"ס בקיימא לאגרא דוקא, ואין לתרץ דהתם משום דלא גלי אדעתו דניחא לו למיתב שכר רק לראובן אבל לשמעון לא גלי כלל, דלמ"ש התוס' דבגילוי דעת דניחא לו בהוצאה תליא מלתא א"כ מה לי גלי דעתו לראובן או לשמעון ס"ס הא חזינן דניחא לו בהוצאה ע"ש, והנה מ"ש דאין לתרץ כן באמת הוא התירוץ האמיתיי לקושיא זאת, דקושיא זאת כבר הקדימו להקשות בשמ"ק ומחלק דהתם שאני דלשמעון לא גלי דעתו ועיין בפרישה כאן שהכריח דבע"כ צריך לחלק ולומר דגלוי דעת של זה לא מהני לזה ולא מהני גלוי דעת אא"כ היו מגלה דעתו לבעה"ב עצמו, שהרי בחצר דלא קיימא לאגרא אע"ג דעביד למיגר אפ"ה אינו נותן לו כלום, אע"ג דודאי אם לא הי' זה מניחו לדור בחצירו לא הי' שוכר חצר מגברא אחרינא שהרי עביד למיגר וא"כ אין לך גלוי דעת גדול מזה ואפ"ה כיון שלא גילה דעתו לשכור מבעל החצר זה אם לא יניחנו לדור בחנם לא מקרי גילוי דעת, והיה"ד נמי כאן אע"פ ששכר בחזקת שהוא שלו דעתו לשכור אפ"ה כיון שלא גילה דעתו מזה אין כאן גלוי דעת ע"ש, ובחנם השיג על תוס' מכח קושיא זאת ודו"ק:

סעיף י' **ברמ"א** ודוקא ששמעון או שלוחיו בכאן והיו משתדלין להשכירו כו' הנה הביא בזה הרמ"א בלי חולק באם אין בעה"ב בעיר ולא הניח משתדל להשכירו לא הוא ולא שלוחו הו"ל כמו חצר דלא קיימא לאגרא כלל אע"ג דאם הי' בעלים הכא הוו מוגרי, השתא כיון שאין מניח שום אדם להשכירו הו"ל כמו חצר דלא קיימא לאגרא כלל ואף אם ירד בה השוכר אדעתא דשכירות מ"מ א"צ ליתן לו שכר משום דעכ"פ הבעלים אינם מוגרים אותם ע"ש, והגאון בעל יה"ת הקשה ע"ז מהא דאמרי' (ב"ב דכ"ט) מאן מסהיד אבתים שיבבי כו' רבא אומר כגון דאתו בי תרי ואמרי אנן אגרינן מיני' ודיירינן בו ביממא וליליא, ופריך הש"ס הני נוגעים בעדות דאי לא אמרי הכי אמרינן להו זילו שלימו אגר ביתא להאי ומשני ל"צ כגון דנקיטו אגר ביתא ואמרי' למאן ניתבי' ע"ש, ומאי מקשה הש"ס והא נוגעים הם הא אינם נונגים כלל דאף אם ימצא הבית של המערער נמי אינם חייבים לשלם להמערער מידי דהרי עכ"פ לא צוה להשכיר בית זה וגם הוא לא הי' משתדל להשכיר וא"כ תו הו"ל כמו חצר דלא קיימא לאגרא דפטור אף אם ירד אדעתא דשכירות כמ"ש הרמ"א כאן ע"ש שהתפאר שזהו קושיא גדולה ועצומה על הרמ"א, ובראותי את כל זה תמה אני על שניהם גם על רבינו הרמ"א גם על הגאון בעל יה"ת למה הוצרך להביא ממרחק לחמו להקשות על הרמ"א מההיא דב"ב, הא הו"מ להקשות מהך סוגיא דב"ק שם דמפורש דלא כוותי' דקאמר התם דכששכר החצר מראובן ונמצא של שמעון מעלה שכר לשמעון, הרי דאע"ג דלא הי' שמעון בכאן לא הוא ולא שלוחו אפ"ה

צריך להעלות לו שכר ואילו לדברי הרמ"א למה צריך להעלות שכר לשמעון הא כיון דלא הי' כאן לא הוא ולא שלוחו חשיב כלא קיימא לאגרא, אכן באמת כדמעיינינן שפיר לא ישאר בזה גם קושיא כל דהוא דמקור הדין הוא בשלטי גבורים פ"ב דב"ק וז"ל בהגה"א איתא דפסק ראבי"ה אע"ג דאילו הוו בעלים הכא הוו מוגרי לי' כיון דליתנייהו הכא לא הוא ולא שלוחו ולא שום משתדל להשכירו הדר בו פטור דהוה כמו דלא קיימא לאגרא וכו' עכ"ל, ומן ההעתקה הזאת הבין הרמ"א דקיימא לאגרא לא נוכל דקיימא לאגרא לא נוכל לחשבו כ"א כשנראה מצד המשכיר דחושב להשכירו ומשתדל בזה בעצמו או ע"י שלוחו אבל אם מצד המשכיר עצמו לא נראה שים השתדלות להשכירו לא הוא בעצמו וגם לא ע"י שלוחו אע"ג שמצד השוכר נראה שמשתדל לשוכרו אפ"ה לא קיימא לאגרא חשיב, ועפ"ז כתב כן כאן וז"ל ודוקא ששמעון או שלוחו בכאן והיו משתדלין להשכירו אבל אם אינו בעיר כו' הוה כחצר דלא קיימא לאגרא ואע"ג ששכרו מראובן א"צ ליתן לשמעון כלום, אכן לענ"ד נראה דמ"ש ראבי"ה דכיון דליתנהו הבעלים הכא לא היא ולא שלוחו חשיב כלא קיימא לאגרא היינו דוקא כשנכנס הדר לחצר חבירו מעצמו ולא שכרו משום אדם דמצד השוכר לא נראה בזה שום אות דחפץ לשוכרו ובכה"ג כשגם מצד המשכיר לא ניכר שום אות דמשתדל להשכירו חשוב שפיר כלא קיימא לאגרא כיון דלא היה בזה שום אות על שכירות משום צד לא מצד המשכיר וגם לא מצד השוכר דלשכירות הוא עומד, משא"כ אם הדר נכנס לחצר זה בשכירות ששכרו משום אדם יהי' מאיזה אדם שיהי' כיון שעכ"פ שוכר ובתור שוכר נכנס לתוכו א"כ זהו גופא האות היותר מוכיח דחצר זה קיימא לאגרא דאל"ה לא הי' שוכרו אלא נכנס לתוכו בחנם, ועוד כיון דגילה דעתי דניחא לו בשכירות מחויב לשלם וכההיא דר' יוסי דאם עמד ניקף וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, ולכן בכה"ג אפי' אם לא הי' כאן לא הוא ולא שלוחו אפ"ה חשוב כקיימא לאגרא מצד השוכר וכל היכא דניכר בזה השתדלות של שכירות, או מצד השוכר אי מצד דמשכיר כקיימא לאגרא הוה, וז"ל ההג"א והגהת מיימוני שמהם מקור הדין והשוכר בית מראובן והוא קאי לאגרא ונמצא של שמעון מעלה שכר לשמעון ונ"ל דאם אין אדם משתדל בו לא לשוכרו ולא להשכירו אע"פ שאילו היו בעלים הכא היו משכירים אותו כיון שאין הוא ולא שלוחו הכא הדר בו פטור דהיה כאילו לא קאי לאגרא עכ"ל, הרי להדיא שכתבו דהאי דינא איני כ"א כשאין משתדל לא לשוכרו וגם לא להשכירו משא"כ באם השתדל לשוכרו ובשכירות נכנס לתוכו הוה כקיימא לאגרא אע"ג שמצד המשכיר לא היה שום השתדלות, דהשתדלות דשוכר לחוד נמי סגי, ולא קשה תו לא מן הש"ס דב"ק וגם לא מב"ב, דכיון דבש"ס מיירי שבשכירות נכנס לתוכו

ואע"ג ששכרו מאיש אחר שאינו בעל הבית, מ"מ בתור שוכר ירד לתוכו ולא בחנם חשיב שפיר כדקיימא לאגרא אע"ג שהבעלים האמיתיים לא ידעו מזה, והוא הדבר אשר אמרתי כי הרמ"א העתיק רק סוף דברי ראבי"ה ולכן הבינו דבעינן שמצד הבעלים דוקא יהיה ההשתדלות להשכיר, אכן לפי מה שהעתקתי אני לכל דבריו מראשו עד סופו יראה שכתב להדיא דההשתדלות שמצד השוכר נמי סגי, וקרוב לשער שהרמ"א סמך על הש"ג שלא העתיק כ"א תחלת דברי ראבי"ה והגהת מיימוני, ולא הזכיר דהשתדלות שמצד השוכר נמי סגי, אבל אכתי בסוף דבריו הזכיר זה הש"ג מדעת עצמו, דנתעורר שם להקשות על דברי ראבי"ה מההיא דב"ק ותי' מעצמו כדברי ראבי"ה וז"ל ואין להקשות לראבי"ה מהאי דשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון דאע"פ דדר בו שלא ברשות שמעון מעלה שכר לשמעון דהתם ראובן שמשכירו חשיב משתדל של שמעון עכ"ל, הרי שגם הוא הודה דלא בעינן השתדלות הבעלים דוקא אלא אם הי' בכאן השתדלות להשכיר יהי' מאיזה צד שיהי' די בזה, ואם כי גם על הש"ג יקשה טובא מה שלא העתיק דברי ראבי"ה בשלימות כמו שכתובים בהגה"א והגה"מ, דאילו העתיק בשלימות לא הי' מקום לקושיתו ולתירוצו אחרי שבדבריהם מפורש דהשתדלות שמצד השוכר סגי ג"כ, בכ"ז לדינא מודה גם הוא דלאו דוקא השתדלות המשכיר בעינן, אכן לפי לשון הרמ"א אפשר להבין שדוקא השתדלות שמצד הבעלים עצמם או שלוחם בעי' וזהו לענ"ד נגד הסוגיות דב"ק וב"ב, ואולי מקום הניחו לי בזה מן השמים להעמיד הדין על מקומו האמיתי, ועיין בקצוה"ח סק"ו מה שהקשה על הש"ג הנ"ל, ולמ"ש אין מקום כלל לקשיתו **(*)**:

סעיף י"א **במחבר** מי שהיה לו צמר וסמנים שרויין כו' וכתב הסמ"ע אבל אם לא היו הסמנים שרויין אלא גזל צבע כמו שהי' והוא שתקן ודקקן ושרינהו קנאה בשינוי, ועיין בפנ"י בב"ק דק"א שנתקשה הרבה דמ"מ השתא נמי כשגזל סמנין שרויין אמאי לא נימא דקנה בשנוי דצביעה ואע"ג דאיכא לאוקמי בצבע שיכול להעבירו ע"י צפון דהו"ל שנוי החוזר, היינו לענין הצמר אבל לענין הצבע גופא ודאי הוה שנוי גמור, שנוי הגוף ושנוי השם, והצביעה גופא אינה חוזרת לברייתה כלל וכדאמרי' להדיא בגמרא שם צפון עיבורי מיעבר השבה לא עביד וא"כ אף אם יש שבח המנין ע"ג צמר מהיכי תיתי נימא דסגי לו באותה השבה כיון דקניא בשנוי בשעת הצביעה ודמי מעליא בעי שלומי, וצ"ל דבכה"ג לא מקרי שנוי, ולא ידעתי למצוא טעם לזה ע"ש, ובעיני נראה הטעם פשוט דלענין הצבע אין כאן שנוי כלל דגוף הצבע הא לא נשתנה כלל ודומה רק כמו שהניחו במקום אחר וכ"כ בס' מרכבת המשנה שעל הרמב"ם וק"ל:

**סימן שסד**
סעיף ח' **במחבר** שהרי לא הוחזק גזלן בעבדים, עמ"ש לעיל סי' צ"ב וסי' פ"ז:

**סימן שסה**
סעיף ב' **במחבר** אינו נותן אלא מנה, עמ"ש לעיל בסי' ע"ו וסי' ש"ו:

**סימן שסז**
סעיף א' **במחבר** אבל אם נשבע כו' חייב לרדוף אחר הבעלים, ובסמ"ע סק"ד כתב דאפי' לא נשבע נמי מחויב מן הדין להביא אחריו למקום שהוא ורק מפני תקנת השבים הוא דפטור ע"ש, ולענ"ד מחלוקת הוא בש"ס אם מחויב להביא לידו או לא, דבמשנה (ב"ק ק"ג) איתא דהגוזל את חבירו ונשבע צריך לילך אחריו אפי' למדי, ובגמ' פריך נשבע אין לא נשבע לא מני לא ר' טרפון ולא ר' עקיבא דתניא גזל אחד מה' ואינו יודע איזה מהן כו' מניח גזילה ביניהם ומסתלק דברי ר"ט ר"ע אומר כו' עד שישלם גזילה לכ"א מנ אי ר"ט אע"ג דאשתבע אמר מניה כו' ומסתלק אי ר"ע אע"ג דלא אשתבע אמר עד שישלם לכ"א ע"ש, ולכאורה יש להבין מאי פריך הא התם הבעלים שם במקום הגזילה ואין אנו דנין כלל אם צריך להוליכו ורק התם הוה הספק מי הם הבעלים, וא"כ י"ל דע"כ לא קאמר ר' טרפון מניח גזילה ומסתלק כ"א התם דהבעלים שם משו"ה סגי כשמניח לפניו אבל אם הבעלים במדי אפשר שגם ר"ט מודה דמחויב להוליך, וכן משמע מלשון רש"י ד"ה מניח דטעמא דר"ט הוא משום דהבעלים שם, וגם מדר"ע נמי לא קשה די"ל שדוקא היכא דמספקא לן מי הם הבעלים הוא דסובר דמשלם גזילה לכל אחד, דהא ודאי דלבעלים צריך להחזיר וכיון דמספקא לן מי הם צריך לשלם מספיקא לכל אחד, אבל במתני' דידעינן לבעלים ורק אנו דנין אם צריך להוליך אחריו אפשר שגם ר"ע מודה דא"צ להוליך אחריו וסגי במניח בב"ד והנגזל יבוא ויטלנו, וצ"ל דזה בזה תלוי דעיקר השקלא וטריא שבש"ס שם באיזה אופן הוא דמקיים למצוה דהשבת גזילה אם אמרי' דבעי' דוקא שישיבנו ליד הנגזל וכל כמה דלא מטי לידו לא יצא ידי חובת השבה, או דאמרי' שאינו מחויב כ"א להסתלק מן הגזילה ולהוציאה מתחת ידו ואם הוא עושה כן שמראה לכל שמצדו אין עכוב עוד והוא רוצה להשיבו סגי אע"ג דלא מטא עדיין לידו של נגזל, והש"ס מדייק מלשון המשנה לחלק בזה בין נשבע ללא נשבע, דבנשבע דכתיב בהדיא לאשר הוא לו יתננו אינו יוצא כ"א כשימסרנו לנגזל גופא, אכן בלא נשבע דלא כתיב כ"א והשיב את הגזילה סתם ולא דייק לפרש דיתננו לנגזל עצמו, סגי גם כשמניח הגזילה ומראה שמצדו אין עיכוב עוד להשיבה ויוצא בזה ידי חיוב השבה ושוב הנגזל צריך לחזר אחר גזילתו, והיינו דפריך דהא ר"ט ור"ע לא מחלקי בהכי דמדסובר ר"ט דאפי' כשנשבע מניח גזילה לפניהם ומסתלק, מכלל דסובר שאפי' בנשבע אינו מחויב

ליתנה ליד הנגזל אלא דסגי במניח לפניהם ומסתלק ממנה, וממילא שגם אין מחויב להוליכה למדי דממ"נ אי סובר דמחויב ליתנה לידו א"כ לא הי' סגי במניח לפניהם, דבזה שמניח לפניהם אינו מועיל כ"א שמראה שמצדו אין עיכוב וכיון דבכ"ז מהני זה הרי לא בעינן לדידי' דיתננה ליד הנגזל אלא שיסתלק מן הגזילה נמי סגי, ממילא א"צ להוליכה למדי נמי, וכיון דתנא דמתני' סובר דבנשבע מחויב להוליך אחריו למדי הרי דסובר שאינו יוצא ידי חובת השבה עד דמטי לידו א"כ דלא כר"ט הוא דגם התם בדינא דר"ט לא תסגי במניח כיון דס"ס לא מטא ליד הבעלים ממש, ולהיפך לר"ע דסובר דאפי' בלא נשבע לא סגי במניח אלא דבעי' דוקא להשיבה לידו א"כ הוה"ד בדינא דמתני' היה מחויב לדידי' להוליכה למדי ולא סגי במניח כיון דאין זה אלא שמראה שמסתלק מן הגזילה וזה לא מהני לדידי' ובעי' דוקא להשיבה לנגזל גופא ושפיר פריך דזה בזה תלוי אם לא בעינן כ"א שהגזלן יסתלק ומחמת זה אין מחויב להוליכה למדי א"כ גם בספק דר"ע סגי כשמניח לפניהם ומראה לכל שהוא מסתלק ממנה, ואי בעינן דיחזירנה לנגזל גופא הוה"ד במתני' מחויב להוליכה למדי ולמוסרה לנגזל, ומסיק לתרץ דחילוק של המשנה אמת דבנשבע בעי' דוקא השבה ליד הנגזל, ובלא נשבע סגי במסתלק, ובזה ניחא מה שהקשה הפנ"י שם בלשון רש"י ד"ה עבוד רבנן וכו' תיקון רבנן דניתבי' לשליח ב"ד עכ"ל, והא בב"מ דל"ז פרש"י דלר"ט דקאמר דמניח גזילה ביניהם היינו שא"צ להוציא כלל מתחת ידו ע"ש, ולמ"ש ניחא מאוד דבב"ק דמסקי' דהיכי דאשתבע הוא דקאמר ושבזה לא סגי גם לר"ט במניח ובעי' שישיבנה ליד הנגזל גופא, אלא דסובר דעשו רבנן תקנתא מפני תקנת השבים דלא יוציא הוצאה מרובה להוליכה

*) פה מקום אחי לבקש מחילה ברבים מעצמות הקדושים של רבינו הרמ"א אשר בחבורי לב"ח הבאתי דבריו, ופלטה קולמסי בטויים שאינן לפי כבוד קדושתו, הנני מתחרט ומבקש מחילה. למדי, א"כ התקנה לא הועילה כ"א שלא לחיובו להוליכה אבל עכ"פ מתחת ידו מחויב להוציא את הגזילה דבמה שמניחה תחת ידו ומראה שמצדו אין מעצור להשיבה לא סגי בנשבע, משא"כ בב"מ שם דלא מוקי לר"ט בנשבע ומיירי קודם שבועה ולכן דייק רש"י לכתוב התם דהאי מסתלק סילוק הדין הוא והגזילה יניח בידו עד שיבוא אליהו, דבלא נשבע ודאי דא"צ כ"א להסתלק מן הדין, וזה יכול להראות במה שמניח לפני ב"ד ומראה שמצדו אין מעצור להשיבה ושוב יקחנה להניחה תחת ידו עד שיתברר ודו"ק כי זה ברור:

סעיף ג' **במחבר** החזיר לו כל הגזילה כו' חוץ מפחות שוה פרוטה א"צ להוליך אחריו, ובב"ק דק"ד הקשו התוס' אמאי איצטריך המשנה למתני הך בבא דבפחות משו"פ א"צ

להוליך הא כיון דברישא תנן הגוזל שו"פ צריך להוליך משמע אבל פחות א ע"ש, והנ"ל ללמוד מזה דין חדש דכבר הבאתי בחבורי זה בכמה מקומות מחלוקת הראשונים בטעם דבעי' פרוטה בכל דבר שבממון יש מהם שכתבו משום דבעי' שיעור גם בממון כמו בשארי איסורים. דבעי' כוית וכדומה. לכל השיעורים והלל"מ הוא דבעי' שיעור פרוטה כמו כל השיעורים שניתנו מסיני, וטעם זה כתב גם המ"מ והסמ"ע לעיל סי' שנ"ז, ויש שכתבו דהטעם הוא משום דעד פרוטה מחיל אינש, והנה במנ"ח מצוה ק"ל לאחר שהביא שני הטעמים הללו כתב דנ"מ ביניהם לענין צירוף דאי אמרי' מטעם דבעי' שיעור, אי גזל פחות משו"פ מאחד היום ולמחר עוד פחות משו"פ מצטרף ואפי' לזמן מרובה, דשיעור דצירוף בכדי אכילת פרס אינו אלא במידי דאכילה, אבל בגזילה אפי' לזמן מרובה הוי צירוף כמו במעילה, הן שעבר על הלאו והן שחייב בהשבה, דלמה לא, אבל אם אמרי' מטעם מחילה א"כ צריכה להיות הגזילה שוה פרוטה בפעם אחת, אבל אם גזל פחות מפרוטה ממילא מחל לו ובכל חצי פרוטה הוה מחילה א"כ אין מצטרף לפרוטה כלל ע"ש. ולפ"ז י"ל דבבא זו אשמעי' דדוקא כשאין בידו גזילה כ"א פחות מפרוטה הוא דאינו חייב בהשבה אבל אם אח"כ נצטרף לזה עוד עד פרוטה הוא דחייב בהשבה, ומרישא לחוד הו"א שדוקא כשגזל פרוטה בפעם אחת הוא דחייב אבל ע"י צירוף לא, משו"ה תני שוב הסיפא לדייק שדוקא כשלא נשאר בידו כ"א פחות מפרוטה ממש ושגם ע"י צירוף ליכא פרוטה הוא דפטור אבל אם ע"י צירוף איכא פרוטה מצטרף, ומה שהתוס' לא נוח להו בתי' זה היינו משום דהם סברי דהטעם משום מחילה וכמו שהוכחתי לעיל סי' ו' ע"ש:

שם **במחבר** ואע"פ שהנגזל קיימת אין חוששין שמא תתיקר ונמצא הנשאר שו"פ, בעיא הוא בש"ס אי חוששין לשמא תתיקר, ובחבורי לב"ק שם הקשיתי למה חששו רק לשמא תייקר ולא חששו שמא שו"פ במדי וכדאמרי' גבי קדושין כה"ג בקידשה בתמרי אע"פ שכור תמרים בדינר מקודשת מספיקא דחיישי' שמא שו"פ במדי וכמבואר בקדושין די"ג, ומכ"ש הכא דמעיקרא ודאי הי' ע"ז שם גזל כיון דהוה שוה פרוטה ודאי, ומזה הי' אפשר להוכיח כסברת הר"ן בקדושין שם דהטעם דחיישינן לזה בקדושין משום דכיון דהאשה נתרצית לקבל זה בקדושיה הוה כאילו אמרה לדידי שוה פרוטה וכדאמרי' הכי לגבי פדיון הבן בקדושין ד"ט, אלא דאפ"ה בעי' שיהיה שוה פרוטה במקום אחר משום דהיכי שאינו שוה פרוטה בשום מקום לא מקרי כסף ולא מצית אמרה לדידי שוה דאין בכחה לעשות ממון לדבר שאינו ממון כלל, רק כל שהוא ממון באיזה מקום אלא דבמקום שעמדה אינו ממון בזה מצית אמרה לדידי שוה ע"ש שזהו הסבר דבריו, ולפ"ז

לא שייך זה כ"א בקדושין שהאשה קבלה זה מרצונה משא"כ הכא בגזילה לא שייך הטעם דלדידי שוה, דאילו לדברי המפרשים שסוברים דהטעם הוא כיון שבמדי יש עליו שם ממון חשיב ממון שתתקדש ע"ז אפי' בלא טעם דלדידי שוה, א"כ הכא בגזילה למה לא יועיל טעם זה לאחשובי ממון, ונ"ל ליישב דבגזל לא שייך החשש דשמא שו"פ במדי, דהא הטעם דגזל פחות מפרוטה אינו חייב בהשבה הוה משום דפחות מפרוטה מחיל אינש, וסברא זאת שייכא אפי' כי שוה פרוטה במדי נמי דס"ס כיון דבמקומו לא חשיב זה לגבי' מחיל, וא"כ מה דמיון זה לקדושין דהתם לא קפדינן כ"א שיהי' על דבר הזה שם ממון ולכן אמרי' שפיר כיון דבמדי יש ע"ז שם ממון חשיב ממון לענין קדושין אבל לגבי גזל נהי דיש ע"ז שם ממון מ"מ ממון כהאי שבמקומו אינו שו"פ מחיל אינש וכיון דמחל אינו חייב בהשבה, והגע עצמך אם גם בממון ממש אם היינו יודעים שבודאי מחל, נמי לא הי' חייב בהשבה, אלא דבממון גמור אמרי' מסתמא לא מחל אינש אבל פחות משו"פ במקומו ידעי' שמסתמא בודאי מחל ולכן אע"ג דשם ממון הוה מ"ז אם ידעי' שבמדי שוה פרוטה אפ"ה אינו חייב בהשבה דממון כהאי מחל אינש, ואפ"ה לשמא תייקר חיישינן שפיר דכיון שתתייקר ויהי' שו"פ במקומו לא מחל כיון שיכול להתייקר ולעמוד על פרוטה במקומו:

**אלא** דאכתי צריך ביאור דהנה בטעם הדבר מה דבעי' פרוטה דוקא בכל עניני ממון כתבתי בדבור הקודם שני טעמים משום מחילה ומשום דבעי' שיעור ע"ש, והנה לטעם דמחילה פשוט דלא שייך החשש דשמא שו"פ במדי דס"ס כיון דבמקומו לא שוה פרוטה אמרי' דמחול, ואכן לטעם דבעי' שיעור למה לא נימא כיון דבמדי יש ע"ז שם ממון הוה שיעור חשוב אפי' בכל מקום וכמו דלגבי קדושין אמרי' הכי, ולכאורה יש להוכיח נמי מסוגיין דטעם זה עיקר דאי לטעם דמחילה מה שייך החשש דשמא תייקר הא תיכף מחל והו"ל של הגזלן וברשותו הוא דאייקר א"ו דלאו מטעם מחילה ורק משום דבעינן שיעור ופחות מכשיעור אין עליו מצוה להשיב, מ"מ עכ"פ הו"ל של נגזל כמו כל גזילה דאתייקר דהוא של הנגזל, אכן באמת לאו ראיה היא די"ל אפי' לטעם דמחילה נמי כל מידי דאפשר שתתייקר לא מחיל דמהיכי תיתי ימחול כיון דאפשר להתייקר ותעמוד על פרוטה וכמ"ש וכ"כ השמ"ק להדיא בשם תוס' שאנ"ץ וז"ל חיישי' שמא תייקר וכי אמרי' פחות משו"פ למחילה ניתנה במידי דמצי לאוקורי לא מחל כיון שיכול להוקיר ולעמוד על שו"פ עכ"ל, ועיין במנ"ח שם שכתב דנ"מ בין שני הטעמים הוא דלטעם דמחילה אם נתייקר ברשותו של גזלן הוא דאתייקר כיון דמיד מחל ע"ש, ולמ"ש זה אינו ואע"ג ג דמחל אינש בפחות מפרוטה היינו דבר שאין יכול להתייקר אבל דבר שיכול להתייקר לא

מחל וזה ברור, ואע"ג שבדבור הקודם הוכחתי ממשנה זאת דסובר הטעם משום שיעור דאל"ה יקשה קושית התוס' דמזה אין להוכיח באשר כבר נאמרו תירוצים אחרים בישוב קושית התוס' וי"ל שפיר כאינך תירוצי ואין להוכיח מזה, וכן מוכח מהש"ס דסנהדרין דהטעם משום מחילה וכמו שהארכתי בזה לעיל בסי' ו' והמ"מ וסייעתו דסברי מטעם שיעור, אפשר דיסברו כטעם הר"ן בזה דהחשש דשמא שו"פ במדי הוא מטעם דהוה כאמרה לדידי שוה וא"כ אינו שייך בגזילה כל עיקר וכמ"ש:

**סימן שסח**

סעיף א' **במחבר** אבל המציל מיד לסטים ישראל הרי אלו שלו, והנה בנתיבות לעיל (סי' שס"א) הקשה היאך מצאנו ידנו ורגלנו בדין זה והא קי"ל דיאוש כדי לא קנה רק יאוש ושנוי רשות, וכמבואר לעיל שם דלא הוה שנוי רשות אא"כ מכר לו הגזלן מדעתו אבל אם מכרו בטעות ובע"כ לא מקרי שנוי רשות וכמ"ש הרמ"א שם בשם הרשב"א וא"כ אמאי קנה לי' כאן זה המציל, הא המציל מן הלסטים קאמר דמשמע בע"כ וא"כ אין כאן שנוי רשות כלל רק יאוש לחודא ויאוש לחוד לא קנה ע"ש, והנה אם כי דין המוזכר במחבר כאן הוא משנה בב"ק, בכ"ז על המשנה גופא ודאי דלא נתכוון להקשות דהא תנא דמתני' סובר דאפי' שנוי רשות כהאי דבע"כ נמי הוי שנוי רשות, דהא זה פשוט דכמו דהלוקח נוטל מגזלן בע"כ דגזלן דלא מהני הוה"ד בגזלן שנותן בע"כ דלוקח דלא מהני נמי דהא טעם הדבר דאם נטל מן הגזלן בע"כ דגזלן דלא יחשיב שנוי רשות משום דאין הגזלן מכוון להקנות לו בזה וממילא לא קנה הלוקח ונמצא דלא הוה שנוי רשות, ולפי טעם זה כ"ש אם הלוקח לקח בע"כ דידי' ולא נתכוון לקנות דאין זה שנוי רשות, דכשם שבעינן בקנין דעת המקנה כ"ש דבעינן דעת הקונה וכ"כ בתוס' ב"ק דס"ז ע"ב דה"ט דברייתא דפליגא על מתני' וסובר דאם נטל מחזיר לבעלים ראשונים משום דכיון דהמוכס נתן לו בע"כ דלוקח ולא לקח זה מדעתו משו"ה לא הוה שנוי רשות ע"ש, וא"כ לתנא דמתני' שסובר דבנתן לו המוכס שלא מדעתו דלוקח דהוה שלו וכפרש"י שם דקנה ביאוש ושנוי רשות ועיין בחדושנו לעיל סי' שס"א שכתבתי להוכיח דתנא דמתני' פליג עם הברייתא דסובר דאפי' יאוש כזה דהוה בע"כ דלוקח נמי הוי יאוש, לפ"ז שפיר קאמר האי תנא במצילין מן הלסטים דאע"ג דהוה בע"כ דנותן אפ"ה הוה שלו דהוה שנוי רשות, וצ"ל דקושיתו הוא אליבא דידן דפסקי' דשנוי רשות דבע"כ לא הוי שנוי רשות וכתנא דברייתא ואפ"ה פסקי' כאן דהמציל מן הלסטים הרי אלו שלו, ולזה שפיר הקשה דהא דהוה בע"כ אין כאן שנוי רשות כלל, ובזה קושיתו עצומה אכן מה שתי' והעלה לחלק דדוקא כשנתיאש אחר שבא ליד הגזלן הוא דלא קנה ביאוש לחוד ומטעם שכבר

נתחייב הגזלן בהשבה אבל אם ראה אנס בא כנגדו והמטלטלים מונחים עדיין לפניו ונתיאשו וכיון שנתיאש קודם שבא לידו קנה המחזיק בזה קנין גמור ע"י היאוש לחוד דכיון דבשעה שבא היאוש עדיין לא נתחייב הגזלן בהשבה ע"ש שכ"כ ע"ש הרמב"ן, ובחדושנו שם הוכחתי דהרמב"ן סובר ממש ההיפך ורק דין זה במחלוקת תלוי בין תוס' ורמב"ן ע"ש, מיהו כט"ז כאן פי' מכח קושיא זאת דהכא מיירי באמת שהציל בדרך פיוס ומרצון הגזלן ע"ש:

**סימן שסט**

סעיף ה' **במחבר** נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת הרי אלו שלו כו' וחזקתה שנתיאשו הבעלים ואינו יודע בודאי שזו גזולה כו', עיין בסמ"ע שטרח לתת טעם לזה הוצרך הרמב"ם לכתוב דמיירי שאינו יודע שזו גזולה כיון דאיכא בזה יאוש ושנוי רשות למה לא יקנה בכל אופן ותמה על הרמ"א שלא כתב כאן שלדעת י"א שהזכיר לעיל בסי' שס"א דאפי' ידע הלוקח שהיא גזולה אפ"ה היא שלו ע"ש, ושמא יבואר עפמ"ש השמ"ק בב"ק שם דהלוקח לא נתכוון לקנות בחמור של מוכס כ"א כנגד השווי של חמור שלו, אבל אם החמור של מוכס שוה יותר, במותר הזה אין מתכוון לקנות וא"כ למותר הזה אין לו שנוי רשות ולכו"ע לא קנה ומשו"ה הוסיף הרמב"ן הטעם דאינו יודע בודאי שהיא גזולה דבלא טעם זה לא הי' מהני במיתר, וכיון שמסתמא נקיט הרי שלו אפי' כשחמור של מוכס שוה יותר ובמותר ליכא שנוי רשות משו"ה הוצרך לטעם שאינו יודע שגזולה היא:

**סימן שע**

סעיף ב' **במחבר** המשחקים בקוביא כו' וגזל מדבריהם הוא, ובסמ"ע דלמאן דפוסק כרמב"ח דיש בו משום אסמכתא הוי גזל גמור ע"ש, ובחדושנו לעיל סי' ר"ז כתבתי דמשחק בקוביא אין בו משום אסמכתא ע"ש:

$$(ציור בספר)$$

**סימן שעא**

סעיף א' **במחבר** קרקע אינה נגזלת, נ"ב דדברים המחוברים לקרקע כגון בתים ואילנות לא דמו לקרקע בזה ושפיר נגזלים ואע"ג דלענין כמה דברים אמרי' דדמו לקרקע, מ"מ לענין גזילה לא דמו לקרקע, וראיה ברורה לזה מהא דאמרי' (ב"ק דצ"ו) גזל דקלא וקטלי' לא קנה מ"ט מעיקרא דקלא מקרי והשתא דקלי, ואי נימא דמחובר לקרקע הוה נמי כקרקע דאין נגזל א"כ מה שיאטי' לקנותו אפי' הוה שנוי גמור דהא שנוי לא מהני אלא בנשתנות הגזילה לאחר שבאת לידו אבל אילו הרג בהמת חבירו ונטלה אח"כ לגוזלה פשיטא דהוה מחייבי' לו אהריגה כדין מזיק והיינו דנין בו כמו שגזל בהמת חבירו ולא

הוה קני לה כלל דהא לא שני בה מידי אחר הגזילה, ואי נימא דמחובר לקרקע אין נגזל א"כ הדקל הזה בעודו במחובר אין נגזל וקציצת הדקל קדמה בע"כ לגזילה וא"כ אפי' היה כאן שנוי מה שייך לקנותו אע"כ דדברים המחוברים לקרקע נגזלים שפיר, וגם דין זה נכון בטעמו עפמ"ש התוס' ב"מ דס"א דהא דקרקע אינה נגזלת אינה מן המקרא אלא סברא הוא משום דא"א להזיזה ממקומה אבל עבדי דניידי אע"ג דהוקשו לקרקעות יעבור שפיר בלא תגזול, ולפ"ז י"ל דגם דברים המחוברים לקרקע כיון דאפשר לקוצצו ולהזיזו ממקומו משו"ה אפי' בעודו במחובר נגזל שפיר ולא דמי לקרקע שא"א להזיזה בשום אופן:

**ובזה** נתיישב לי קושיא עצומה, דהנה בדין דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר לא הוזכר בש"ס הדין ונחלקו הפוסקים בזה התוס' והרא"ש והרשב"א סברו דפטור כיון שלא נהנה דאפי' גירש חבירו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא, והרא"ש הוסיף עוד בזה ואין משלם אלא כשעת הגזילה, ונראה מדבריו דרוצה להביא ראיה לפטור את הדר מתשלומי שכירות מדקי"ל כל הנגזלים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה, וה"נ כיון שמחזיר לו הבית כשעת הגזילה לא מתחייב ביותר מזה, אכן כבר הרעישו כל הפוסקים ע"ז שזה אינו דהא מה דקי"ל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה אינו אלא בגזלת מטלטלין אבל בקרקע ליתא להך דינא והגזלן מחויב לשלם בעד כל הפירות שאכל כ"ז שהיתה אצלו, ולמ"ש ניחא דדוקא קרקע ממש אינו נגזל אבל במשתמש בבית חבירו נגזל שפיר, ודר בחצר חבירו היינו בבית של חבירו דאילו משתמש בקרקע החצר לא שייך לשין דר אלא משתמש בחצר ולשון דירה לא משמע אלא בבית, ומשו"ה שפיר נסתייע בדין זה מהא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, וכן יש ליישב בזה קושית הנתיבות לעיל סי' שס"ג שהקשה על הסמ"ע סק"ח ע"ש, מיהו דעת הפוסקים אינו כן אלא אפי בית הוה כקרקע לענין זה, ואכן אפ"ה באילן י"ל דגם הם מודים שאין דינו כקרקע דיש לחלק בין בית שאינו עומד לסתור ולהזיזו ממקומה משא"כ אילן עומד הוא לסתרו ולקצצי ולכן דומה יותר למטלטלין ועמ"ש לעיל סי' שס"ג לסתור כל טענות של הרשב"א ורא"ש שטענו נגד שי' הרי"ף ורמב"ם דמחייבי בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, אכן ראי' זאת מהא דכל הגזלנים ראיה חזקה ואין להשיב עליה מתוך דברנו שם ודו"ק:

**סימן שעב**

סעיף א' **במחבר** גזל קרקע כו' שאכל פירותיה כשבעל השדה גובה כו' דמי פירות שאכל גובה מנכסים בני חורין מפני שהוא כמע"פ כו', והטעם הוא מפני שאינן קצובין ולא

ידע הלוקח להזהר ומזה העלה המהרש"א בב"מ די"ד דאם גזל פירות גמורים באמת יכול הנגזל לגבות גם הפירות ממשעבדי כיון שהי' קצוב, ודברי המחבר דכתב אינו גובה פירות ממשעבדי מיירי בגזל פירות שאינם גמורין ואין ידוע קצבתן, אכן לענ"ד ז"א כאשר נדקדק בלשון רש"י שם בד"ה מפני תיקון העולם שכתב וז"ל שאם אתה אומר יטרפנה לקוחות על כך אין לך אדם שלוקח שדה מחבירו דהא אין לך אדם שאין חוב זה מוטל עליו ודבר שאין לו קצבה הוא ואכילת פירות ושבח קרקעות נמי דבר שאין ידוע הוא ואין הלקוחות יודעין להזהר בכך עכ"ל, הרי שהזכיר שני טעמים על התיקון העולם, במזון האשה מטעם שאינו קצוב, ובפירות מטעם שאינו ידוע, והא דאין מספיק טעם שאין קצוב גם על פירות, היינו משום דבפירות אפי' אם הי' הדבר קצוב וכגון אם גזל שדה מלאה פירות גמורים וכשבא הנגזל אח"כ לגבות הפירות אפ"ה אינו גובה ממשעבדי וכדמוקי רבא שם בגמ' להך ברייתא כשגזל שדה מלאה פירות ובא נגזל לגבות, אע"ג ג דבכה"ג הוה דבר קצוב ואפ"ה אינו גובה ובע"כ דהכא הוה טעם אחר משים שאינו ידוע וכשיצא הקול על השדה שגזלה אין יוצא הקול על הפירות וכמ"ש כאן בסמ"ע ובש"ך, וזה דלא כמהרש"א, ולבד דסתמא דש"ס גזל שדה מלאה פירות מיירי אפי' היכי שהפירות היו גמורים ואפ"ה אינו גובה, ולמהרש"א בע"כ לאוקמי דהש"ס מיירי בגזל פירות שאינם גמורים, ולשון מלאה פירות לא משמע הכי, עוד לשון רש"י שזכרנו הוא דלא כוותי' שבאמת כתב על פירות טעם אחר, מפני שאין ידוע, וטעם זה שייך אפי' בפירות גמורים, ומה שדחק למהרש"א לומר כן היינו מחמת שהוקשה לו דל"ל לרבא לאוקמי הברייתא דמיירי כשנגזל בא לגבות, ולא מתרץ בקיצור דשפיר איירי בלוקח מגזלן כדס"ד מעיקרא ואיירי שהגזלן מכר לו עם הפירות גמורים ואח"כ בא הנגזל וטורפה מלוקח וע"כ חוזר הלוקח שפיר אמוכר ואין כאן שום רבית שהרי שילם הלוקח בעד פירות גמורים ע"ש, ובאמת גם מזה לא איריא די"ל דאי כשהגזלן מכר לו עם פירות גמורים וא"כ כשכתב לו שטר המכירה הי' ידוע לעדים כמה מעות קיבל מאתו גם בעד הפירות והוה דבר ידוע ושפיר הי' לי לטרוף גם ממשועבדים אפי' הפירות, ומדקתני דפירות אין גובה כ"א מבנ"ח מכלל דלא מיירי שמכר לו שדה עם פירות, ומוקי לה דוקא בנגזל שבא לגבות ובנגזל שפיר י"ל דאע"ג דגזל ממנו שדה מלאה פירות מ"מ לא יצא הקול כ"א על השדה ולא על הפירות, דמי יכול הי' לידע איזה שדה היתה מלאה או ריקנית, משא"כ כשמוכר לו שדה מלאה הרי העדים ידעו מזה שמכר לו וקיבל דמים גם בעד הפירות והם יפקיעו קלא ולא גרע זה מעמד בדין דקאמר התם שגובה ממשעבדי מטעם זה ודו"ק:

**סימן שעג**

סעיף א' **במחבר** גזל שדה ומכרה כו' נוטל ההוצאה מבעל השדה, וברמ"א הביא מחלוקת בזה אם גזלה משובחת והכסיפה אם צריך נמי הנגזל לשלם השבח, והנה דעת התוס' נראה לכאורה דאפי' בכה"ג צריך נמי הנגזל לשלם, דבב"מ די"ד איתמר המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו רב אמר אמר יש לו מעות ויש לו שבא וכתב רש"י וז"ל וא"א הנגזל יתן השבח שהרי השיבו קרקע משובחת כעין שגזלה שדה משובחת והכסיפה ביד הגזלן ע"ש, הרי דרש"י סובר דגזלה משובחת א"צ הנגזל לשלם או השבח, אכן התוס' מיאן בפרש"י ומוקי לה דמיירי בגזלה ריקנית מכלל דסברי דאפי' בגזלה משובחת נמי צריך הנגזל לשלם היציאה ללוקח כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות, אחרי שהלוקח השביחה משלו, וכיון שכן א"כ גזלה ריקנית נמי וכ"כ הרשב"א ומהר"ש דאפי' בגזלה משובחת נמי צריך הנגזל לשלם, מיהו י"ל דמתוס' אין ראיה די"ל דמשו"ה מיאנו לפרש כפרש"י דהא טעמא דשמואל דפליג התם וסובר שבח אין לו מפרש התם בש"ס דהואיל שהמכירה לא היתה מכירה דמכר קרקע שאין שלו ונמצא דהמעות הלואה וכשמשלם יותר ממה שנטל מיחזי כרבית, והתוס' סברי דבכה"ג שגזלה משובחת לא שייך מיחזי כרבית כיון שאינו נוטל יותר רק מה שהוציא על השבח, ועוד דהגזלן הי' מחויב בלא"ה לשלם מה שהכסיף ונמצא דלא הלוקח מקבל יותר ולא הגזלן נותן מעות יתבים ולא שייך חשש דרבית וגם שמואל לא יפלוג בכה"ג, ולכן פירשו דמיירי שגזלה ריקנות ולענין שבח היתר על הוצאה:

שם **במחבר** והקרן עם שאר השבח נוטל מהגזלן, ועיין בסמ"ע סק"ד דאפי' לא כתב אחריות ככתוב דמי דקי"ל אחריות ט"ס, קיצר בזה במקום שראוי להאריך דלענ"ד מחלוקת גדולה יש בזה, דהנה הרמב"ם (פ"ט מגזילה) כתב כלשון המחבר והקרן עם השבח נוטל מהגזלן, וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל א"א כשקיבל עליו אחריות ע"כ, וכל המפרשים צווחו ע"ז שזהו נגד הש"ס דמסקי' בב"מ די"ד אחריות ט"ס בין בקרן בין בשבח, ובכדי ליישב דברי הראב"ד נקדים לבאר דברי רש"י בב"מ שם בהא דאמר רב המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו יש לו מעות ויש לו שבח וכתב רש"י וא"ת הנגזל יתן השבח, ופי' דמיירי שגזל קרקע משובחת והכסיפה הגזלן והתוס' פי' דמיירי נמי שגזלה ריקנית ואפ"ה א"צ הנגזל ליתן השבח ע"ש הבאתיו בדבור הקודם, ומן התימה בזה מי דחק לרש"י לפרש בכה"ג ולא פי' נמי בגזלה רקנית, וע"ק דלקמן התם ברש"י ד"ה בגוזל ונגזל כתב רש"י לשני האופנים גם יחד, או שגזלה והכסיפה או שגזלה רקנית, ולעיל שם בד"ה יש לו שבח, לא הזכיר מאופן השני שגזלה רקנית, ולכן נ"ל דבר

חדש בזה דלעיל סי' קט"ו גבי בע"ח שטרף מלוקח הוכחתי שם מחלוקת רש"י ותוס' במקום שהדין הוא דבע"ח טורף השבח היותר על היציאה מן הלוקח אף אי לא מסיק אלא שיעור ארעא בלבד וכגון שעשאו אפותיקו דאז הוה הדין דבע"ח נוטל כל השבח מטעם דארעאו אשבח, אם יכול לגבות מן המוכר השבח היתר, וצדדי הספק שבזה דאע"ג דקי"ל אחריות ט"ס י"ל דהיינו דוקא היכי שהלוקח פורע בזה חובו של מוכר, אבל בכה"ג שהמוכר אין מחויב כלל לשלם לבע"ח אע"ג דבע"ח נוטלה מטעם דארעאו אשבח פטור, או שמא כיון שמחמת המוכר וסנתו בא לידי הפסד מחייב לשלם, והוכחתי שם שדעת רש"י הוא דהמוכר א"צ לשלם כ"א במקום שמסיק בו גם כשיעור השבח, וכיון שעי"ז פורע את חובו לכן מחויב לשלם לו אבל היכי דלא מסיק אלא שיעור ארעא נהי דהשבח שייך לבע"ח מטעם דהוה כאילו שדהו נשבח, מ"מ מה ענין זה להמוכר שישלם לו עבור זה, דהא המוכר לא קיבל אחריות כ"א מה שיגבה עבורו, וז"ל רש"י (ב"מ ט"ו ע"א) בד"ה נוטל השבח דא"ל פרעתי חובך ע"כ, הרי שדוקא באופן זה חייב המוכר לשלם, ואמנם התוס' ס"ל שאפי' בכה"ג מחויב המוכר לשלם כיון דמ"מ ע"י שהוא חייב גוף הקרקע לבע"ח בסבתו בא גם השבח לידי גבייה והרי הוא באילו מחמתו גובה וחייב לשלם ע"ש שהארכתי בזה, ולפ"ז נוכל לומר דגם הכא בנגזל יפלגו בזה, ולשי' רש"י אע"ג דאחריות ט"ס גם בשבח, מ"מ אין מקבל עליו אחריות כ"א על דבר שהוא בעצמו הי' מחויב לשלם וכגון שגזלה משובחת והכסיפה, שהגזלן היה מחויב להחזירה משובחת כמו שגזלה והשתא דהנגזל טורף השדה מן הלוקח ולוקח משלם בזה את חוב הגזלן באופן זה מחויב הגזלן לשלם ללוקח אפי' בלא פירש. כיון דאחריות ט"ס, אבל בגזלה ריקנות ולוקח השביאה נהי דנגזל טורפה מן הלוקח עם השבח מטעם דארעאו אשבח, מ"מ אגזלן אין מחויב לשלם זה ללוקח דאחריות כזה לא קיבל אנפשי' אם לא כשפירש בהדיא דמקבל על עצמו לשלם השבח, ולהכי בתחלת הסוגיא דמיירי עדיין גם בלא פירש, לא מצי רש"י לפרש שמיירי בגזלה ריקנית, דלשיטתו באופן זה אין מחויב כלל לשלם השבח, ובע"כ מוכרח הי' לפרש דוקא באופן שגזלה משובחת, אבל לבסוף דמסקינן דמיירי בדפירש והיכי דפירש בהדיא דמקבל עליו לשלם השבח אז אפי' במקום שגזלה ריקנות נמי חייב ולהכי הביא אח"כ לשני הטעמים יחד, וכ"ז הוא לשי' רש"י אבל התוס' לשיטתייהו דאפי' במקום שאין משלם את חובו נמי מחויב לשלם ולהכי מצו לאוקמי גם בס"ד דמיירי בגזלה ריקנית, ולפ"ז א"ש גם דברי הראב"ד שהבאנו דיסבור כשי' רש"י דמן הסתם אין מקבל אחריות כ"א היכי שנפטר עי"ז מלשלם כגון בגזלה משובחת אבל במקום שאין נפטר עי"ז אין מקבל לאחריות מן הסתם אם לא כשפירש

בהדיא, ולהכי כיון שהרמב"ם הביא דנוטל שאר השבח מן הגזלן ובגזלה ריקנית מיירי דהא והשביח הלוקח קאמר, ולא נקיט נמי דהגזלן הכסיפה ואח"כ השביחה הלוקח וכיון דגזלה ריקנית קאמר הרמב"ם להכי ציין הראב"ד שדוקא בדפירש הוה הדין כן אבל מן הסתם אין חייב לשלם בכה"ג וכנ"ל:

ועוי"ל בכוונת הראב"ד דלשיטתו אזיל בזה, דהנה בעיקר הפלוגתא שבין רב ושמואל שם בדין דמעות יש לו שבת אין לו פי' כל הראשונים דמיירי בשלא כתב אחריות ואע"ג דלפ"ז יקשה דא"כ לשמואל דלית לי' אחריות ט"ס אמאי אית לו אפי' מעות, תי' כולם כתי' התוס' דכי אמר שמואל אחריות לאו ט"ס, במקח וממכר, ה"מ בשטרפה בע"ח וכו' אבל אם נמצאת שדה שאינה שלו הו"ל זוזי הלואה גבי', אכן הראב"ד ז"ל כתב על דבריהם הובא בשמ"ק וז"ל א"א אני איני אומר כן כי זה הטעם אינו כלום שהרי לא הי' יודע שאינה שלו ואדעתא דארעא נחית ועביד איניש דזבין ארעא ליומי' לדעת שמואל, אלא הטעם דדברי רב ושמואל מיירי בשכתב לו אחריות סתם, דרב סבר אחריות התם אף על השבח ושמואל אומר על השבח לא כדאמר שמואל אימליך וכתוב שבחא כלו' אעפ"י שצוה לכתוב אחריות צריך להמלך על השבח עכ"ל, ולפ"ז מיושב בפשיטות, דכל הראשונים שיפרשו דפלוגתת רב ושמואל מיירי בלא כתב אחריות ואפי' בכה"ג נמי ס"ל לרב דיש לו גם השבח, וכיון שהופסק בש"ס כוותי' דרב ממילא פסקו שאפי' בלא קבלה אחריות נמי יש לו שבח, אבל הראב"ד לשיטתו דפלוגתת רב ושמואל מיירי בכתבו אחריות א"כ שפיר י"ל דאפי' רב דס"ל יש לו שבח היינו דוקא בקיבל עליו אחריות אלא שלא הזכיר מפורש גם על השבח, בזה ס"ל נמי דהקבלה הוא גם על השבח אבל בשלא קיבל שום אחריות גם רב מודה דשבח אין לו, וא"כ גם פסק דפוסק כרב יהיה נמי בכה"ג שקיבל עליו אחריות אבל בלא קיבל אחריות כו"ע מודו דשבח אין לו, ואע"ג דגם בזה פוסק הש"ס דאחריות ט"ס ואי לא כתבו ככתבו דמי, י"ל דהיינו דוקא על הקרן אבל על השבח כו"ע מודו דאחריות לאו ט"ס וכמ"ש המ"מ שם בפ"ט מגזילה ועכ"פ הראב"ד לשיטתו דעיקר דינא דרב ושמואל מיירי בקיבל אחריות דודאי שגם פסק הש"ס כן הוא וכנ"ל, והוא אשר אמרתי בתחלת דברנו דהסמ"ע שסתם כאן דאפי' בשבח נמי אחריות ט"ס קיצר בזה, דהראב"ד הלא כתב להדיא דדוקא בקיבל אחריות, ולמ"ש בתי' הראשון גם רש"י סובר נמי כן כהראב"ד:

שם **ברמ"א** וי"א דאם קבל אחריות בהדיא כו', עיין בסמ"ע סק"ו וז"ל אית לי' קרקע דאז לא מיחזי כרבית מה שגובה בקרקע כ"א כשגובה מעות בעין כעין שנתן לו כו' ע"ש, ומשמע מלשונו דלא שרי כ"א כשמגבהו קרקע דוקא וכן משמע נמי מלשון רש"י בב"מ

דט"ו בד"ה הב"ע כשיש לו קרקע פרש"י כיון שמגבהו קרקע ולא מעות דהשתא לא מיחזי כרבית, משמע נמי דלא שרי כ"א כשמשלם בקרקע יטעם החילוק בין מעות לקרקע, דאם מחזיר לו במעות כיון דזוזי יהיב וזוזי שקיל מיחזי כרבית אבל כשמחזיר בקרקע ולא במעות מזומן לא מיחזי כרבית וכעין שאמרו ב"מ דס"ב אי אית לי' חמרא פירא קא שקיל מיני' ואי לא משקל זוזי מיני' מיחזי כרבית, ואם כי גם הרא"ש ונמוק"י פי' כרש"י וסמ"ע דההיתר הוא מפני שמחזיר קרקע ולא מעות מזומן אכן בער אנכי מלהבין דבריהם הקדושים חדא דא"צ אמאי בעינן קרקע דוקא ואפי' אם משלם בפירא דהוי מטלטלי נמי יהא מיחה כיון דלא שקיל זוזי ולא מיחזי כרבית וכמ"ש בש"ס שהבאתי גבי חמרא דאפי' אי שקיל פירי לא מיחזי תו כרבית, ועוד דלשון הש"ס הוא הב"ע דיש לו קרקע, ולא קאמר הב"ע דמשלם קרקע משמע דרק ביש לו קפדינן ולא על התשלומין ואם אך יש לו קרקע אז אפי' משלם במעות נמי מותר, ועוד דמאי פריך בש"ס התם וכי מותר ללוות סאה בסאה במקום שיש לו קרקע הא גם הכא לא הותר כשיש לו, רק דוקא כשמשלם בקרקע, ומכל אלה נראה דעיקר קפידת הש"ס הוא לא על התשלומין ורק שיהי' לו קרקע ואם אך יש לו קרקע אפי' כשמשלם במעות נמי מותר, וטעמו של דבר נראה כמ"ש הראב"ד והריטב"א דכיון דיש לו קרקע לגזלן ששעבד הקרקע לאחריות השבח הו"ל כאילו מכרו לו באותו שבח משעה ראשונה ותו לא מיחזי כרבית וכ"ה דעת הריטב"א שאפי' פרעו גזלן במעות הרי הוא כאילו חוזר ולוקחו מן הלוקח וצ"ע להבין דעת רש"י וסמ"ע בזה:

**סימן שעד**

סעיף ב' **במחבר** לקחה הגזלן כו' וחזר ומכרה לאחר כו' וברמ"א ויש חולקין כו', ועיין בסמ"ע סק"ד דדעה הראשונה ס"ל דאי קנאו כדי למיקם בהמנותי' ולהעמידה ביד לוקח ראשון לא הי' מוכרה לאחר וכיון שמכרה לאחר אפי' לאחר שקנאה מהגזלן נמי לא קנה תו לוקח ראשון, והחולקין סברי דמיד שקנאה מהנגזל זכה בה הראשון ושוב לא מצי לבטל זכותו במה שחזר ומכרה לאחר ע"ש, ולכאורה צ"ע דהחולקין הללו הוא דעת רש"י כמו שהביא הטור ע"ש, ורש"י הא סובר להיפך, דבב"מ דט"ו קאמר הש"ס תרי טעמי ע"ז דאמרי' דלאוקמי קמי לוקח קא בעי, טעם אחד דלא ליקרי' גזלנא וטעם שני דניחא לו דליקו בהמנותי' וקאמר מאי בינייהו דמית לוקח ופרש"י דמית אחר שלקחה, ובתוס' השיגו דהא מיד שקנה הגזלן זכה בו לוקח ואטו משום דמית לי' בתר הכי פקע כחו ע"ש, הרי לכאורה רק התוס' ס"ל סברא זאת דמיד שזכה בו לוקח לא מצי תו לבטל, ורש"י סובר דלא אמרי' דקנה מיד, וזהו ההיפך ממ"ש הטור כאן ע"ש רש"י, אכן לאחר

העיון א"ש דבדף ט"ז בד"ה זבנה כו' לאוקמי קמי לוקח קא בעי פרש"י דהיינו שזבנה קודם שלקח מן הבעלים ע"ש, ומשמע דאי אחר שלקח מן הבעלים מכרה לאיש אחר אין בכך כלום ומטעם זה דכיון דמיד שקנה אותה זכה הלוקח ואח"כ לא יפקע כחו, הרי שרש"י סובר באמת כמ"ש הטור, וזהו ההיפך ממ"ש בד"ה דמית, ומצאתי בפנ"י שהרגיש בסתירה הזאת, ונ"ל דרש"י בד"ה הא מית כתב וז"ל הלכך לא נתכוון לזה אלא להעמידה בחייו ולא לאחר מותו כו' ע"ש, הרי בעצמו תיקן קושית תוס', דהן התוס' הבינו דמשו"ה פרש"י בד"ה דמית, אחר שלקחה, היינו משום דבאמת לא נגמר הזכייה של לוקח מיד כשלקחה, ולהכי השיגוהו דהא מיד זכה, אכן באמת שזה גם רש"י סובר דקנין של לוקח הוה מיד אלא שסובר דהקנין לא הוי קנין עולמיי, שמקנהו לגמרי אלא דלא נתכוון להקנותו רק כ"ז שיחי' ולא לאחר מותו, דכיון דכל עיקר הקנין הוא כדי שלא יחרפנו א"כ לא נתכוון להעמידה בידו אלא בחייו ולא לאחר מותו ולהכי כיון דמית לוקח אפי' בתר הלקיחה, הי' סבור שיוכל להוציאה מידו כיון דמתחלה לא הקנהו כ"א לכל ימי חייו בלבד, אבל לימי חייו קונה מיד כשקנה הגזלן, וא"ש מ"ש גבי זבנה אורתה דהיינו קודם שלקח דאי לאחר שלקח שוב לא יועיל דכבר זכה הלוקח דכל מה שזכה זכה תיכף וק"ל:

## הלכות נזיקין

### סימן שעח

סעיף ח' **במחבר** אבל בע"ש בין השמשות פטור מפני שרץ ברשות לכאורה משמע שדוקא בין השמשות יש לו הרשות לרוץ בכדי לגמור עסקיו להכין צורכי שבת, כי היום פנה ומיד יקדש שבת ולא יהי' לו שהות לעשותם אבל בע"ש קודם חשיכה שיש עדיין שהות הרבה מן היום אין לו רשות לרוץ אפי' לצורך עסקי שבת, וכן משמע מלשון הרמב"ם שכתב דרץ ברשות כדי שלא תכנס שבת והוא אינו פנוי, מיהו בשמ"ק לב"ק דל"ב כתב דהא דקאמר איסי בע"ש בין השמשות לרבותא קאמר אפי' בין השמשות דכל המלאכות עשויות כבר ואין דרך שוב להתעסק בצרכי שבת דכמעט כל המלאכות אסורות שוב, אפ"ה פטור משום די"ל דרץ לצורך מצות קבלת שבת, וכ"ש כשרץ בע"ש קודם בין השמשות בשעה שמותר להתעסק בצרכי שבת דפטור ע"ש, לפ"ז מוכח דלאו דוקא כשרץ לצורך עסקי מלאכות שבת דשרי כמ"ש הסמ"ע אלא אפי' לצורך מצוה אחרת נמי שרי, דהא בין השמשות אין צורך עוד לעסקי שבת ואפ"ה פטור משום דרץ למצוות קבלת שבת, ועיין בפ"ת בשם חו"י במי שהיה רץ לקידוש לבנה ומפני מרוצתו עשה היזק והעלה שחייב דדוקא בין השמשות יש לו הרשות לרוץ משום דזמנו מועט

ע"ש, ולמ"ש דכ"ש כשרץ ביום דפטור איך מקום עוד לדבריו והוה כשרץ לאיזה מצוה שהוא מיקרי רץ ברשות ופטור לדיעה זו ודו"ק:

**סימן שעט**

סעיף ב' **במחבר** הי' בעל קורה ראשון כו' ואם עמד בעל הקורה לנוח כו' חייב ואם הזהיר לבעל חבית וא"ל עמוד פטיר, זהו מדברי הש"ס ב"ק דל"א הא קמ"ל דאע"ג שעמד לפוש כי אמר לו לבעל חבית עמוד פטור, והרא"ש שם הקשה דמאי רבותא הוא דכיון דאמר לו עמוד פשיטא דפטור וכי לכתחלה ישבר חביתו כדי שיפרענו זה ע"ש, והפנ"י השיג ע"ז עפמ"ש שם דל"ב דההיא דאם עמד בעל קורה איירי דרמי כשלדא, וא"כ הרי זה דומה לממלא רשות הרבים כולה חביות דאמרי' התם דמשבר בידים וכמבואר כאן במחבר, וא"כ ה"נ ברמיא כשלדא רשות לבעל החבית לשבור קורתו של. זה בידים כיון שהלה עושה שלא ברשות ולא מטרחינן לי' לעמוד דאל"כ כל אדם יניח תקלותיו ברה"ר ואומר לכל העוברים עמודו, א"ו דלא שייך לומר כן שאין רשות לאדם למנוע העוברים ליילך כדרכם, וכיון שכן הוא שרשות לבעל החבית לשבר הקורה בידים מכ"ש שרשאי ליילך כדרכו ואם יוזק ישלם הלה שיותר יש ליזהר שלא יזיק משלא יוזק וא"כ הכא שרשאי להזיק מכ"ש שא"צ לחוש אם יוזק וכו' ע"ש, ולא יכולתי להבין דבריו בזה דהא בממלא רה"ר חביות גופא אע"ג דודאי הוא דרשאי לשבר אפ"ה אסיקנא בש"ס שם דאם הוזק פטור בעל החבית משום דאיהו דאזיק אנפשי' ולדברי הפנ"י אמאי לא נימא גם התם כיון דרשות בידו לשבר החביות בידים מכ"ש שאם הוזק שצריך לשלם, אע"כ דאף שרשות בידו לשבר בידים מ"מ לעשות היזק בנפשו בידים בכדי שיפרענו, זה אין לו רשות ואם עשה כזה איהו דאזיק אנפשי', וא"כ כ"ש הכא שזה הזהיר לו לעמוד ולא דמי זה למה שכתב דיותר יש לו לאדם לשמור שלא יזיק משלא יוזק, דהתם כשההיזק בא מחמת חסרון הזהירות בזה אמרי' דיותר מחויב לשמור שלא יזיק אבל היכא דברי היזיקא והולך וגורם היזק לנפשו לאחר שהזהירו השני ע"ז, בזה הוא הסברא להיפך דלהזיק לאותו האיש ששינה ומילא הדרך יש לו רשות ע"ז אבל לגרום היזק בידים לעצמו איהו דאזיק אנפשי' דאין לחייב בשום אופן על היזק כזה שעשה האדם לנפשי' בידים, ולא אדע איך כתב הפנ"י דבר כזה שהוא נגד המפורש בש"ס, וזולת זה לא אדע מה מקשה על הרא"ש, דאפי' אם הי' הדין כדברי הפנ"י דהיכא דיש לו רשות לשבר מכ"ש שא"צ לחוש אם יוזק, אפ"ה על הרא"ש לק"מ דהא הרא"ש סובר דאפי' בממלא רה"ר כולה חביות אין לו רשות גם לשבר ואם שיבר חייב, ורק רב הוא דסובר הכי בש"ס שם דבממלא פטור המשבר, אבל הרי"ף והרא"ש פסקו דאין טעם זה מספיק לפטור, אלא טעם דלפי שאין אדם עשוי

להתבונן בדרכים הוא דמהני לפטור אבל טעם דממלא אין מספיק לחייב המשבר נמי ע"ש, והכי מוכח גם דברי התוס' דאפי' ברמי כשלדא אפ"ה אם אמר לו לעמוד ולא עמד פטור דאין לו רשות לשבור חביתו לכתחלה בכדי שיפרענו זה, דבב"ק שם דל"ב בתוד"ה ואם עמד כתבו וז"ל אבל כי הוי כשלדא לא פשע בעל חבית דלא ידע כשעומד כשלדא אע"פ שגוף האדם רואה כשעמד מה שעמד כשלדא אין רואה עכ"ל. הרי דטרחו לאוקמי דבעל החבית לא פשע ולא ידע שעומד כשלדא משו"ה חייב לשלם בעד החביות אבל אילו היה יודע שעומד כשלדא ופושע הי' פטור ודלא כהפנ"י שסובר דאפי' לכתחלה יש לו לפשוע בזה והלה מחויב לשלם ועמ"ש בדבור הסמוך:

סעיף ג' **במחבר** ואם עמד בעל החבית פטור, וקשה אמאי פטור הא יכול לומר לבעל קורה הי' לך לסגויי באידך גיסא שלא תזיקנו, וכ"ש הוא מדין דלעיל בסעיף ב' דאם עמד בעל הקורה חייב ומוקי לה בש"ס דמיירי דפסקי' כשלדא ומשמע הא לא פסקי' כשלדא מצי א"ל בעל הקורה הי' לך ליזהר שלא תיזק לסוגיי באידך גיסא, וא"כ כ"ש דיכול הכא לומר בעל חבית דהי' לך לסוניי באידך גיסא שלא תזיקני דיותר יש לו לאדם לשמור שלא יזיק משלא יוזק, ומצאתי קושיא זאת בשמ"ק ותי' בשם הריב"א דלא דמי דודאי לענין שמירה אין אדם מתבונן לשמור ביתו כ"כ שלא יוזק, וכן במהלך ברה"ר אינו נזהר, כ"כ להתבונן בדרך שלא יוזק כמו שלא יזיק אבל באדם הנושא חבית היא נזהר יותר של יוזק מבעל הקורה שלא יזיקוהו ע"ש, ומכאן נמי נדחים דברי הפנ"י שהבאתי בדבור הקודם שרצה לחייב נמי באדם הנושא חבית ומטעם דיותר נצריך ליזהר שלא יזיק כו' ע"ש שדחיתי דבריו, ומדברי הריב"א הוה נמי תיובתא לדבריו דבכה"ג לא אמרי' סברא דיותר וכו':

**סימן שפ**

סעיף ג' **בש"ך** סק"ב הקשה על הטור דכתב אפי' בחייבי כריתות פטור נמי מתשלומין דהא לא אמרי' קלב"מ אלא בחייבי מיתות ב"ד ע"ש, ובחדושנו לעיל סי' פ"ז סעיף כ"ה הבאתי דעת התוס' דאפי' בחייבי כריתות אמרי' קלב"מ:

**סימן שפא**

סעיף א' **במחבר** חמשה שישבו על הכסא ולא נשבר ובא אחרון וכו'. בש"ס דב"ק ד"י איתא הכי והא איכא הא דתניא ה' שישבו על ספסל אחד ולא שברוהו ובא אחד וישב עליו ושברו האחרון חייב ואמר ר"פ כגון פפא בר אבא כו' ע"ש, והמפרשים הקשו על הרמב"ם ומחבר שלא הזכירו לזה דבעי' דוקא כגון פפא בר אבא, ונ"ל דהנה בתוס' שם הביא שני פירושים בהא דפפא בר אבא, פרשב"ם דנקט פפא בר אבא לפי שלסתם בני אדם הוא שאול לכל הבא מאליו לישב כיסתם ספסל עשוי לכך והוי כמתה מחמת

מלאכה, אבל פפא בר אבא שהוא משונה וכבד משאר בני אדם סתמא אין שאול לו, ור"ת מפרש דנקט פפא בר אבא משום דקאמר במסקנא דכחו כגופו דמי ודוקא פפא בר אבא שהוא אדם כבד ומתוך כובדו מונעו לעמוד אבל שאר בנ"א שאין כבדין כ"כ ואין סמיכתן מעכב מלעמוד אינהו נמי פשעו שלא עמדו וכולן חייבין ע"ש, ולשני הפירושים הללו יקשה מאוד במה שהביא להא דר"פ בלשון הקושיא, והנכון בזה כמ"ש המפרשים דר"פ בקושיתו הוצרך לזה דאלת"ה א"כ יקשה בקושיתו דאס"ד דמיירי ברייתא בבני אדם שווים שע"י אחד מהם לבד לא הוה נשבר הספסל וגם ע"י האחרון לבד נמי לא הי' נשבר, א"כ מאי הוה ס"ד דר"פ לחייב את האחרון יותר מכולם ולימא להו אי לאו אתון בדידי לחוד לא הוה מיתבר כדמקשה הש"ס התם, ומכח הכרח קושיא זאת בע"כ צ"ל דר"פ בקושיתו הי' סובר דע"י האחרון לחוד נמי הי' נשבר מפני שהי' שמן וכבד טפי מכולם ולכך לא מצי תו לטעון אי לאו אתון בדידי לחוד לא הי' נשבר כיון שעל ידו לחוד נמי הי' נשבר, אלא דאפ"ה קרי לו התם הכשרתי במקצת נזקו דכיון שלא עמדו אלו החמשה הקודמים דודאי שגם הם סייעו בשבירתו כיון דנתוסף המעשה עוד על ידיהם. והיינו דאמר כגון פפא בר אבא כלו' שכדאי לבדו לשבור ולכך לא יוכל לומר דהי' לכם לעמוד כשישבתי, דאף אם עמדו מ"מ הי' מוחבר בדידי' לחוד, ופריך הש"ס עליו היכי דמי כו' ומשני ל"צ דבלאו איהו הוה מיתבר בתרי שעי כו' והשתא תו לא צריכא לאוקמתא דכגון פפא בר אבא, דמיירי שפיר בבני אדם שווין וגם ע"י האחרון לבד לא הי' נשבר ומ"מ חייב הוא לבדו כיון דבהדי דסמיך בהו תברי ור"ל שלא הי' בהם פנאי לעמוד וקמ"ל דכחו כגופו, וזהו הפירוש היותר נכון וגם המרדכי בב"ב פ' הספינה פי' כן, וגם הרמב"ם ודאי שמפרש כן ומשו"ה לא הביא האוקמתא דכגון פפא בר אבא כיון דלפירוש הזה לא קיימא כן למסקנא:

**סימן שפב**

סעיף א' **במחבר** ובזמן הזה אין מגבין אותן כו' ובשמ"ק לב"ק דצ"ב וז"ל ולענין פסק כתב המאירי בשם גדולי הפוסקים שדבר זה ממון הוא ולא קנס כו' וכן יראה לדעתי שדנין אותה בחו"ל כו' עכ"ל:

**סימן שפג**

סעיף ב' **במחבר** דחפו לעליון כו' אם הי' יכול לשומטו, ובסמ"ע סק"ו כתב וז"ל פי' לשמט העליון מהתחתון בנחת ולא הי' לו לדוחפו בכח עד שמחמתו מת אבל ברישא דהשמיט השור שלו ניתן לו רשות להצילו וא"צ לדקדק אף שהיה יכול להשמט העליון בנחת עכ"ל, ובדבריו מיושב מה שהקשה בהגהות מוהרי"ל יאליש (ב"ק דכ"ח) דקאמר שם בגמ' מאי לאו במועד דליכא פסידא, והקשה הא גם במועד איכא פסידא לבעל

השור שיצטרך לשלם נזק שלם, ולדברי הסמ"ע א"ש דבכדי להציל את בעל השור לא הי' רשאי לשמוט בבהלה כ"כ באפין שהעליון יפול וימות ומיבעי לי' לעיוני ולשמטו בנחת באופן שלא יפול וימות, דכי יעלה על הדעת שרוצה להצילו מספק הפסד שמא ימות את השור התחתון ויתחייב נזק שלם ויעשה בזה הפסד ודאי לבעל השור שימית את שורו, ובשלמא אם חשש להפסד שלו לא הטילו עליו לעשות במתינות ולהשגיח מה שנעשה עם העליון, הוא בעבידתי' טריד להציל את שלו אבל אי משום פסידא דעליון פשיטא שהי' לו להיות מתון ולשומטו בנחת שלא יגיע מזה היזק ודאי לבעל השור העליון שרוצה להצילו:

סעיף ד' **במחבר** ה' שהניחו ה' חבילות כו' ואם אין ידוע כולם משלמים בשוה, ובקצוה"ח הביא להקשות למה חייבין הא כל אחד יכול לומר אני לא הזקתי וכי מוציאין ממון מספיקא ע"ש, ובחדושנו לעיל סי' ש"ט הארכנו ליישב זה ע"ש:

**סימן שפד**

סעיף א' **במחבר** או שרק ונע והזיק בכחו וניעו כו' והם תולדות של אדם כו', והנה בב"ק ד"ג במה דפריך אלא אכיחו וניעו ה"ד אי בהדי דאזלי מזקי כחו הוא ופרש"י כחו גופו והיינו אדם גופא וחייב, ומלשונו משמע דאין זה תולדה דאדם אלא אדם גופא ודלא כמ"ש כאן דהיינו תולדה דאדם, אכן באמת אי"א לפרש כן בכוונת רש"י, דאי כיחו וניעו הוה אדם גופא א"כ לא משכחת תולדות למבעה לרב דסובר מבעה זה אדם, ובמתני' הא מבעה נמי בכלל האבות ומכלל דאיכא תולדות וכ"כ הפנ"י שם דמטעם זה א"א לומר דהיינו אב, וברי"ף מפורש דהם תולדה דאדם, ובע"כ שגם כוונת רש"י כן הוא דרק לענין החיוב דמיא זה לגופו אבל הוה תולדה וק"ל:

שם **במחבר** אבל אם רק הרוק והניח על הארץ ואח"כ נתקל מהם אדם ה"ז חייב משום בורו כו' מלשון נתקל מהם שכתב המחבר משמע שבהם רק הוחלק ונתקל אבל ההיזק בא ע"י הקרקע שנחבט בה והכי דייקי נמי התוס' בב"ק ד"ה ודכ"ח מלשון הוחלקו ונתקל, דלא בהם עצמו הוזק, ואפ"ה אין להקשות על המחבר דא"כ למה חייב לגמרי כיון דקרקע עולם הזיקת ובור שלו אינו אלא גרמא, דלדידן דקיי"ל כשמואל דבור שחייבה עליו תורה כ"ש לחבטו א"כ כל בור הוה חיובו רק משום דהוא גרם וההיזק בא ע"י קרקע עולם, מיהו על רש"י בב"ק ד"ג ע"ב בד"ה אי בתר דנייחי כתב נמי וז"ל אחר נוח הרוק לארץ הזיקו שהוחלק אדם בהם ע"כ, הרי שגם רש"י מפרש לבור דמתני' דמיירי שרק הוחלק בכחו וניעו ולא שהוזק בהם, והתם א"א לפרש הכי דא"כ פטור לגמרי לרב דסובר להבלו ולא לחבטו, וגם בתוד"ה אבנו סכינו הקשו דאמאי חייב לרב ומשני משום

דחבטא הוי דידי' שהוזק בעצם התקלה ע"ש, וצ"ל דגם ברש"י הוה הכוונה דמיירי שהוזק בעצם הכחו וניעו, והוחלק בהם שכתב הכוונה לפרש דמיירי בע"כ שגם ההחלקה בא ע"י המים נמי שבהם הוחלק וגם הוזק דאי הוחלק בדבר אחר והוזק בהם א"כ הוי פטור לגמרי דגזה"כ הוא בבור ונפל שמה שור, דנפל מעצמו ולא כשהוחלק ע"י דבר אחר ונפל וכמ"ש התוס' בב"ק דנ"ד ע"ב וכן בד"ה לאתויי בור המתגלגל דאם חפר בור ובא אחר ודחף כו' אין סברא שיתחייב בעל הבור ועכ"פ לא עדיף משור שדחף חבירו לבור דאין חייב בעל הבית בכל ההיזק, ולכן הוכרח לפרש דבע"כ שגם ההחלקה נמי הי' ע"י תקלה זאת גופא והכל בא ע"י תקלתו וסבתו, ולפ"ז מ"ש רש"י והוחלק בהם, לא למעוטי ההיזק אתא שדוקא הוחלק ולא הוזק אלא לאוסופי בא שהי' נמי ההחלקה עי"ז אבל ההיזק ודאי שהוזק בהן גופא וזה ברור, ובשמ"ק ראיתי שהקשה באמת למה חייב בזה לרב דסובר חבטה קרקע עולם ולמ"ש מיושב דודאי מיירי שבאמת ההיזק הי' ע"י התקלה ולא על הקרקע וכמ"ש, וגם במחבר צריכין לפרש נמי דההחלקה ודאי שהי' ע"י הכיחו וניעו, וההיזק גם אם בא ע"י קרקע עולם חייב לדידן ודו"ק:

**סימן שפה**

סעיף א' **במחבר** המזיק את חבירו היזק שאינו ניכר כגון שעירב יי"נ ביינו כו' הן רש"י (ב"ק ד"ד) כתב דמנסך ליכא למימר שעירבו ביי"נ דא"כ לא אפסדי' מידי דהא מצי למוכרו חוץ מיי"נ שבו, ואפשר דרש"י לא פליג אמחבר דבאמת סברא זאת דמשום דמצי למוכרו לא חשיב הפסד אי"א לומר כ"א לרב דסובר דמנסך היינו מנסך ממש אבל לשמואל דסובר דמנסך היינו מערב ולדידי' בע"כ דגם מערב אע"ג שיש לוקחין אפ"ה זה גופא חשיב הפסד מה שאינו יכול למכור לכל ומוכר בזול, וכמו מדמע תרומה בחולין דחשיב הפסד אע"ג דיכול למכרו לכהנים מ"מ חשיב הפסד כיון שמוכרח למכרו בזול, ורש"י שפי' בב"ק דא"א לומר מערב קאי זה אליבא דרב וכמו שהוכחנו שם אבל לדידן דקי"ל כשמואל דמנסך היינו מערב בע"כ שגם זה חשיב הפסד ושפיר כתב המחבר שעירב יין נסך, אכן מרש"י הלא מוכח להדיא דאם עירב יי"נ ביין כשר אינו נאסר כל התערובות ומשו"ה לא חשיב זה הפסד, ובמחבר הי' אפשר נמי לפרש דמה שחייב, היינו על ההפסד הזה שצריך למוכרו בזול אבל גוף היין לא נאסר אבל ברמב"ם הלא מפורש דאם עירב טפת יין נסך בתוך יינו אסר עליו הכל, וביותר יקשה דהא רש"י גופא בפרק בתרא דע"ז פסק דכולו אסור, וכבר הקשה הש"ג על רש"י דב"ק שפי' דאינו נאסר כל התערובות ע"ש, ולכן נ"ל ברור ליישב דהנה בגיטין דנ"ב ברש"י ד"ה מערב כתב דאסרו כילו בהנאה ע"ש, הלא ברש"י גופא סותר לכאורה דבריו מה שפי' בב"ק,

ובאמת אין בזה שום סתירה דהא מ"ד דיין ביין אינו בטל כולו אסור בהנאה, אינו אלא דרבנן ומשום חומרא דיי"נ אבל מה"ת אפי' נפל רוב יין נסך במיעוט יין כשר כיון שאינו נהנה מגוף האיסור מותר למוכרו חוץ מדמי יי"נ ואין כאן נהנה, ולפ"ז בב"ק דאבות קא חשיב התם ואבות אינם אלא מה דכתיבי באורייתא בהדיא שפיר כתב רש"י דאב לא הוה כ"א כשנסכו ממש דאילו נתערב יי"נ מצי למוכרו דודאי דבר טובה הכין דרשאי למוכרו, משא"כ בגיטין דמיירי לענין דינא אם חייב לשלם בהיזק כזה שפיר כתב דאסור כולו דודאי רבנן אסרו התערובות וממילא חייב לשלם, ומשו"ה לדידן דקיי"ל כולן אסור איה"נ דאפי' כשערבו חייב בכולו:

שם **בש"ך** סק"א האריך להוכיח דהרמב"ם סובר דקנסא מקנסא ילפינן ע"ש, ונ"ל להביא ראיה דהרמב"ם סובר הכי מדבריו בפ"ז מהלכות חובל ומזיק שפסק דהעושה מלאכה בפרת חטאת אינו פטור בדיני אדם כ"א בהכניסה לרבקה שתניק ותידוש, והראב"ד השיג עליו מסוגיא דגיטין דנ"ג דפריך התם העושה מלאכה בפרת חטאת פטור בדיני אדם כו' ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמי' היזק בדיני אדם נמי לחייב ומשני פרה שהכניסה לרבקה ע"מ שתינוק ומשו"ה אי"א לחייבו דמצי אמר לטובה כוונתי ע"ש, ומשמע דלמ"ד לא שמי' היזק ניחא מה שפטור מדיני אדם ולא איצטריך לאוקמי לדידי' בשהכניסה לרבקה שתינוק ותידוש וא"כ לדידן דקי"ל לאו שמי' היזק למה הוצרך הרמב"ם לאוקמי בהכניסה לרבקה שתינוק ע"ש, ואכן אי נימא דרמב"ם סובר קנסא מקנסא ילפינן א"ש, דהנה המהרש"א בגיטין שם הקשה דמה ענין קושיא מפרת חטאת דפטור למ"ד שמי' היזק דוקא, הא גם למ"ד היזק שאינו ניכר לאו שמי' היזק נמי קשה דלחייב מיהא מטעם שלא יהא כ"ח הולך ומטמא, כמו מטמא ומדמע דמתני' דהתם דקתני בהו במזיד חייב מה"ט, ואמנם י"ל דמשו"ה לא פריך למ"ד לא שמי' היזק משום דלא פסיקא להקשות אליבי' דשמא סובר קנסא מקנסא ילפינן והיכי דקנוס קנוס והיכי דלא קנוס לא קנוס ולא שייך לחייבו מטעם שלא יהא כו' כיון דהכא לא מצינו שקנסו, ומחטמא ומדמע לא ילפינן דקנסא מקנסא לא ילפינן, אבל אי הוה פשיטא לן דסובר קנסא מקנסא ילפינן איה"נ דהוה קשה מכאן גם למ"ד לא שמי' היזק, ולפ"ז מוכח מהכא דרמב"ם סובר דילפי' קנסא מקנסא, א"כ לשיטתו חייב בעושה מלאכה בפרת חטאת במזיד, דאע"ג דהיזק שא"נ לא שמו' היזק מ"מ חייב מטעם שלא יהא כו' דילפינן ממטמא ומדמע והוכרח לפרש דהא דפטור היינו דוקא בהכניסה לרבקה וזה ברור:

**סימן שפו**

**בש"ך** סק"ז הוכיח דבשף מטבע של חבירו דפטור דהיינו דוקא בדלא אגבהיה אבל אגבי' בידים מגזל גזלי' השבה בעי למיעבד והשבה כזאת דנפחתה לאו השבה מעליא הוא וכן העלה הקצוה"ח לשי' הרמ"א כאן דבפחות כיון דנעשה שנוי בידו דמעיקרא מטבע והשתא נסכא לא מצי א"ל הרי שלך לפניך ולכן היכי דאגבהי' חייב ע"ש, ובמחכ"ת משניהם נעלמו דברי הרשב"א המובא בשמ"ק (ב"ק דצ"ח) וז"ל ולדידי קשה לי הא אמרי' לעיל זוזי ועבבדינהו נסכא קני ובששף אותו ומחייה בקרנסו הרי בטל צורתו ונעשה נסכא וזוזי הוא דאינו חוזר וי"ל דהתם דמתכוון לגזול בדעבדינהו נסכא קונהו בשנוי אבל הכא נראה שאינו מכוון לגזול אלא לחסר וכל שאינו מחסר בגופו ממש כמו שפייה לא מיקרי חסרון ואע"ג דמשעה דאגבי' מיגזל גזלי' לענין חיוב השבתו אם זרקו לים או אבדו מ"מ כל שעיקר כוונתו אינו לגזול אלא לחסר והכא לא חסרו כלום עכ"ל, ביאור דבריו דבין שנוטלו לצורך עצמו בין שנוטלו ע"מ לחסר מיקרי גזלן אבל כיון דמחייה בקורנסו אין חשוב חסרון בגוף הדבר וא"כ לא מקרי שלקחו ע"מ לחסרו וא"כ, אמאי תחייבו משום גזלן אטו אם אחד יגביה חפץ חבירו ולא יתכוון לא לגוזלו ולא לחסרו יהי' נחשב כגזלן, ובשלמא בזרקו לים אע"ג דהתם נמי בגוף החפץ אין שום היזק דמה"ט הא לא הוה כ"א גרמא מ"מ הרי חסרו מן הבעלים כיון שזרקו לים, ונהי דמטעם מזיק אין לחייבו כיון שבגוף הדבר אין היזק אבל הא עכ"פ חסרו מן הבעלים שמתחלה הי' החפץ ברשותם ועתה אינו נעשה גזלן ושפיר נחייבנו מטעם גזלן משא"כ בשף מטבע שבגוף הדבר אין שום היזק וגם מרשות הבעלים לא חסרו, מאיזה טעם נחייבו, לא גזלן ולא מזיק איכא הכא, ויהי' איך שיהי' כוונת הרשב"א עכ"פ שפתיו ברור מללו שאפי' בדאגבהי' נמי פטור ודלא כש"ך וקצוה"ח:

שם **בש"ך** ס"ק י"ב הביא בשם התוס' דגיטין דהא דמחייב רשב"ג מזיק שעבודו של חבירו הוא באפותיקו מפורש ע"ש, תמה אני מאוד ע"ז דהא בתוס' שם מפורש דרק לת"ק דמתני' התם שסובר מזיק שעבודו פטור הוא דמיירי התם באפותיקו מפורש דוקא אבל לרשב"ג דסובר חייב מיירי באמת באפותיקו סתם, דז"ל התוס' דמיירי באפותיקו מפורש דלא גבי משאר נכסים דאל"ה אמאי פטור הרי עדיין חייב לו חובו ע"ש, הרי להדיא דלא הוכיחו כ"א למ"ד פטור, וגם הדין עמם דלמ"ד חייב וא"א להוכיח וכמו שהארכנו בחדושנו לעיל סי' קי"ז דגם בעיקר הוכחת התוס' למ"ד פטור פקפקנו שם הרבה אבל למ"ד חייב ודאי דאין שום הוכחה דמפורש מיירי ע"ש היטב:

סעיף ג' **במחבר** וכן הזורק כלי שלו מראש הגג והיו תחתיו וכרים וכסתות כו' חייב המסלק, וכתב בסמ"ע דמשו"ה דייק בזרק כלי שלו, דדוקא בכה"ג חייב המסלק בכולו אבל אם זרק כלי. של חבירו מראש הגג ס"ל לרמב"ם דהזורק והמסלק משלמין דמי הכלי יחד כל אחד חצי הנזק, והנה הראב"ד כתב על דברי הרמב"ם שסובר דהזורק נמי חייב שמעולם לא ראה שיבוש כזה ע"ש בפ"ז מחובל ומזיק, ובאמת כל מפרשי הרמב"ם נלאו ליישב, ולפי עניות דעתי נראה בפשוטו דרמב"ם סובר דמה שאמר בש"ס ב"ק דכ"ו בטעם פטור דהזורק משום דפסוקי מיפסק גירי' היינו דמחמת טעם זה לא הוי כמזיק בידים דהרי בידים זרקו ויהי' חייב גם לרבה דסובר גרמא פטור, אבל כיון דפסוקי מפסיק גירי' אינו חשוב כמזיק בידים אבל עכ"פ מידי גרם ודאי דלא נפיק דס"ס אלמלא הוא שזרק לא הי' נשבר ע"י סילוק הכרים, ונהי דבלא סלוק הכרים לא הי' נשבר ג"כ מ"מ נוכל לחשוב עי"ז ששניהם עשו הגרם היזק כיון שבמעשה האחד בלא השני לא הי' בא ההיזק הוה כשניהם עשו לגרם ההיזק ואפ"ה קאמר רבה דפטור דלטעמי' אזל דגרמא פטור לדידי', אבל לדידן נהי דמטעם מזיק אין לחייבו מ"מ מחייבינן אותו ע"י הגרם וכיון ששניהם גרמו חייבין שניהם, ולכן פסק הרמב"ם דבאמת שניהם חייבין וזה נכון בעזה"י:

שם **בקצוה"ח** סק"י כתב וז"ל כתב המרדכי אמר ר' יקר הזורק מטבע של חבירו לים פטור וכו' אפי' לר"מ דדאין דינא דגרמי נמי פטור אע"ג דגורם ליתן שכר להעלותן מן הים דדמי למכה בהמת חבירו דמשלם נזק ואם רפאה אינו משלם לו אע"ג דגורם ליתן לו שכר הרופא וכו' ויש לחלק בין נזקי גופו לנזקי ממונו שבמזיק לגופו יש לו ליתן לרופא הזיקו שע"כ יש לו ליתן לרופא מה שחייב לשלם רפוי לבד מן הנזק דאפחתי' מכספא אבל כשמזיק לממונו ומחמת אותו ממון נפסד ממון אחר כגון חובל בהמה דמחמת הבהמה נפסד ממון אחר שיש לו ליתן לרופא משו"ה פטור, וה"נ בזורק מטבע לים דמחמת ממון מפסיד ממון אחר בכה"ג מודה ר"מ עכ"ל המרדכי והקשה בקצוה"ח ע"ז מש"ס דב"ק די"א תניא אחרים אומרים מנין שעל בעל הבור להעלות שור חבירו ת"ל כו' האי טורח נבילה ה"ד אילימא דבבירא שויא זוזא ואגודה שויא ארבעה כי טרח בדנפשי' טרח ופרש"י ריוח דנפשי' קא עביד דשיים לי' לניזק בדמי יתירא ולמה לי קרא דוהמת יהי' לו, ומסיק ל"צ דבבירא שויא זוזא ואגודה נמי שויא זוזא, ואמאי פריך כי טרח בדנפשי' טרח, הא אי לאו קרא דוהמת הוה שיים לי' לניזק בארבעה כדשויא אגודה דכיון דיכול להוציאה מן הבור אע"ג דיצטרך להוציא אין המזיק חייב בשביל ההוצאה ומשו"ה צריך קרא דוהמת לאשמועי' דהמזיק חייב להעלותו מן הבור ע"ש, ונ"ל

דמ"ש המרדכי דדוחף מטבע לים וכן בעד רפוי הבהמה א"צ לשלם היינו דוקא כשעצם הדבר לא הוזק ולא נפחת בפחתי' דלא הדר והדבר הוא בעין כבראשונה אלא שצריך להוציא הוצאה עד שתשוב לקדמותו, אבל בהוצאה מיהא חשוב לבראשונה ולא יהא ניכר בה שום היזק בכה"ג דוקא הוא דפטור דכיון שעצם הדבר לא נשתנה ויכול להשיבה לבראשונה וההוצאה הוא דחשיב רק כגרמא ופטור, משא"כ היכא שעצם הדבר הוזק והופחת בפחת כזה דלא הדר עוד באופן שיצא מתורת גרמא בנזקין אלא דהוה היזק ממש, בכה"ג פשיטא שגם היזק הוצאת ההעלאה נחשבת כהיזק דאיך יוכל להיות אחרת שלא לחשוב הוצאת ההעלאה להיזק כיון ששמין ההיזק כפי שעומד עתה למכור ושמין כמה יתן לוקח בעדה עתה, ובודאי שהלוקח יחשוב מה שצריך לו להוציא ההוצאות על ההעלאה ויפחות מהדמים בעד זה, וכן נמי ברפי הבהמה אם ניזוקה הבהמה בהיזיקא דלא הדרה לקדמותה, בודאי שצריך לחשוב ולצרף להיזק גם את הוצאות הרפוי שהרי צריך לישום ההיזק כמה יתן הלוקח בעדה עתה, ובודאי שהלוקח יפחות מדמי שויה מה שצריך להוציא הוצאות על רפואתה, ומה שאמרו דא"צ לשלם הרפוי של בהמה היינו במקום שהבהמה לא הוזקה בפחת דלא הדר וע"י הוצאת הרפוי תשוב לבראשונה, וא"כ בכה"ג שבעד עצם ההיזק א"צ שום שומא ואין כאן אלא הוצאת הרפוי בלבד, בודאי שא"צ לשלם בבהמה רפוי' וכן הוצאת ההעלאה בכה"ג שבעצם לא הוזקה הבהמה ורק ע"י ההעלה מן הבור תשוב לקדמותה, וכיון שנזק אין כאן רק הוצאת ההעלאה ודאי שא"צ לשלם באמת בעד ההעלאה שאין נחשב כ"א כגרמא ואפי' לר"מ פטור, אבל אם שע"י נפילתה לבור הוזקה גם הבהמה בכה"ג פשיטא דגם בעד הוצאות ההעלאה צריך לשלם ומיושב קושית קצוה"ח מסוגיא דב"ק דמיירי שהבהמה הוזקה ובכה"ג ודאי פשיטא שצריך לשלם שגם ההעלאה מצטרפת להיזק ולא צריכא קרא לזה, וכדבריי ממש מבואר בהגהת מרדכי פ' הגוזל מה שהביא זה הקצוה"ח גופא וז"ל כתב הר' אליהו כשאדם מזיק דבר של חבירו כגון שורף שטרותיו דמזיק החוב עצמו וכן נתיאש ולא גדרה וכו' וכן מראה דינר לשולחני דעל ידו קיבל הדינר שאינו יוצא וכיו"ב נקרא דינא דגרמי אבל אם הדבר בעין אע"פ שצריך לתת משלו כדי להעמידה כבראשונה ושאינו שוה עתה כבראשונה וכן כל דבר שאינו מחוסר גוף הדבר אלא שצריך להוציא כדי להשיבו לקדמותו הוא נקרא גרמא עכ"ל, הרי להדיא דעיקר החילוק הוא רק אם יש חסרון בגוף הדבר או לא, ובמקום שיש חסרון בגוף הדבר צריך לשלם גם בעד ההעלאה, והנה בקצוה"ח כתב עוד וז"ל וגם אין לחלק ולומר דכיון דבעל הבור עשה קצת נזק וצריך שומא כמה הי' הנזק ושומא אין לך אלא מקומו ושעתו ובבור אינו שוה כ"כ אבל בדוחף

מטבע לים דליכא נזק וא"צ שומא כלל משו"ה פטור, דא"כ ברפוי דבהמה במקום נזק נמי נימא הכי אע"כ דאין שמין אלא הנזק ומה שיש לו תקנה ע"י הוצאה אין נחשב בכלל השומא וא"כ בבור נמי נימא הכי והדרא קושיא לדוכתא עכ"ל, ומה שהקשה ארפוי דבהמה ממקום נזק לק"מ עפ"י דברי התוס' (ב"ק דל"ג) ד"ה לפוטרו שכתבו וז"ל ורפוי ושבת הוה בכלל נזק כו' שאם ירצה בעליו לא ירפאוהו אלא ימכרהו מיד וכו' ע"ש, ולפ"ז ל"ק קושית הקצוה"ח דהא כששמוהו כמה הי' שוה מתחלה וכמה הוא שוה עכשיו יש בכלל זה הוצאות הרפוי ומה ישלם לו עוד והרי יוכל לקנות בדמיו שור כמו שהי' לו, אבל בדוחף שורו לבור הרי בבורו אינו שוה כ"כ כמו ששוה אגודא ואם לא ישלם לו בעד הוצאת ההעלאה נמצא דמפסיד בזה ולכן צריך לשלם לו ודו"ק היטב בזה:

סעיף ד **במחבר** הזורק כלים מראש הגג ואין תחתיו כרים וכסתות ובעודם באויר בא אחר ושברם במקל הזורק חייב והמשבר פטור דחשבינן לי' כשבור משעה שזרקו, זהו מימרא דרבא (ב"ק דכ"ו) דאמר זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו פטור, ופי' דהמשבר פטור, ובתחלת העיון הי' קשה לי למה סתם רבה לומר דהמשבר פטור ולא תלי זה בפלוגתא דר' יהודה בן בתירא דהתם, וכמו דאמר רבה גופי' בסמוך לענין זרק תינוק דלריב"ב הא האחרון חייב מפני שקירב מיתתו ולמה לא נימא גם בזרק כלי דאחרון חייב לריב"ב מפני שקירב מיתתו ושבירתו, ומצאתי אח"כ במפרשי הים שהביאו להקשות כן בשם המוהרי"ג, ונ"ל דלק"מ דבשל מא בזרק תינוק גבי מיתה, לא בא העונש של מיתה בכדי לשלם ההפסד שהפסיד ליורשין בהריגתו של זה, אלא המיתה באה לכפרה בשביל שאיבד אדם חי מן העולם וכל זמן שהאדם חי אע"ג דידעינן בו שסופו למות מיד כמו התם, מ"מ כ"ז שלא מת לגמרי אכתי חי הוא מיקרי וההורגו ראוי לכפרה, ומשו"ה שפיר חייב מקרב מיתתו משא"כ בתשלומי נזקין דהתשלומין הוא בא בכדי לשלם שווי ההפסד ולכן דוקא כשהזיקו דבר שיש לו שווי הוא דחייב אבל אם הכלי עומדת להשבר מיד אע"ג דאכתי שלימה היא, מ"מ כיון שעומדת להשבר אין לה עוד שום שווי וממילא אין לו על מה להתחייב לשלם, דדוקא שאדם שבר עושה מצוה היא, שפיר חייב על כל רגע שקירב מיתתו, דבכל רגע יכול לעשות איזה מצוה, משא"כ כלי שעומדת להשבר אין לה עוד שום שווי, וראיה ברורה לזה מסוגיא שם גבי כופר אמר דלר' ישמעאל בנו של ריוב"ב דאמר דמי מזיק פטור אע"ג דהשור ודאי בסקילה לריב"ב כיון דקירב מיתתו מ"מ כופר פטור מטעם דאין לו תו דמים ושווי דכיון דכופר דמי ניזק וכשהניזק אין לו שווי פטור הרי להדיא החילוק הזה דלענין חיוב מיתה מחשבינן לי' לחי שיהא השור מחויב מיתה, אבל לענין דמים לא שוה כלום וזה ברור מאוד, ומיושב

בזה נמי מה שהקשה הרמב"ן במלחמות היאך אמר רבה התם זרק תינוק ושור קיבלו בקרניו דלר' ישמעאל בנו של ריוב"ב חייב כופר ואי אמרת דבתר מעיקרא אזלינן וכמו בזרק כלי פטור המשברו משום דמנא תבירא תבר וכשבור חשיב לו כן ה"נ נימא דגברא קטילא קטיל והזורק הרגו ואמאי חייב השני, ולדברנו מיושב דלענין חיוב מיתה חשבינן לי' כחי לגמרי כיון דאכתי יש לו חיות והשני שהפסיד לו החיות ראוי לחיוב מיתה משא"כ לענין תשלומי ההיזק אין שוה כלום ולא הזיקו מידי, ודע דבנתיבות לעיל סי' רס"א כתב וז"ל והא דאמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו חייב ולא אמרי' דאבידה מדעת הוי הפקר מיירי במקום שיש מצילין ע"ש, ודבריו נפלאו הא להדיא קאמר רבה דהמשבר פטור וכמבואר כאן ואי על הזורק קאמר בזורק לא שייך למיפטרי' מטעם אבידה מדעת דהא איהו גופי' עביד לה לאבידה מדעת ובודאי דמפרש להא דרבה כשבעל הכלי גופא זרקו ועשאו אבידה מדעת אבל המשבר הא באמת פטור, ואין לומר בכוונתו דמשום דמסיים התם דהפטור הוא משום דמנא תבירא תביר הא לא"ה הי' חייב וע"ז מקשה דאכתי אמאי חייב אפי' בלא האי טעמא הא כיון דבעל הכלי זרקו הוי זה אבידה מדעת וכמו שהקשה זה הרא"ש וע"ז תי' דמיירי במקום שיש מצילין דאע"ג דיש מצילין לא הוי מנא תבירא נמי, וכפי' הנראה ששגגה פלטה קולמסו ודו"ק:

**והנה** לעיל בסעיף ג' בזורק כלי תחת כרים וכסתות דייקו הרמב"ם ומחבר לפרש דמיירי בבעל כלי שזרק כלי שלו והכא לא פי' כך ומיירי באדם אחר שזרק כלי של חבירו, וברש"י בסוגיא דב"ק שם פי' להיפך, בהך דין דרבה בזרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו פי' דמיירי שבעל כלי זרקו, ובדין השני דזרק ע"ג כרים וכסתות פי' דמיירי שאדם אחר זרקו ע"ש, וטעמו דרמב"ם ומחבר מבואר דלעיל בסעיף ג' מוכרח הי' לפרש בכלי שלו דאל"ה הוו משלמין בין שניהם וכמ"ש הסמ"ע דהכי סובר הרמב"ם, והכא מפרשי דמיירי כשאדם אחר זרקו דאי כשבעל הכלי גופא זרקו מן הגג בלא כרים וכסתות א"כ אבידה מדעתי היא ולמה להו לפטור להמשבר מטעם דמנא תבירא תבר תיפוק משום דכבר נתיאשו הבעלים מזה, וכאשר הקשה הרא"ש כן על רש"י דפי' כאן דמיירי בבעל הכלי ע"ש, וגם הרש"ל ביש"ש השיג מטעם זה את פרש"י, ובכדי להנצל מקושיא זאת פי' דהכא מיירי כשאיש אחר זרקו וא"ש שיטת הרמב"ם ומחבר, והנ"ל ליישב שי' רש"י דהוכיח כן מלשון רבה דאמר פטור סתם, והא ניחא בדין דזרק ע"ג כרים וכסתות דנקט סתם פטור דהיינו משום דבאמת שניהם פטירי התם לרבה, הזורק והמסלק, דגם המסלק פטור לדידי' דסובר גרמא בנזקין פטור, ולזה ניחא מה שרבה אומר סתם פטור, אבל בדין זה דזרק מן הגג ובא אחר ושברו, הא דעת רש"י (ב"ק די"ז) כהרמב"ם דרק המשבר

פטור אבל הזורק חייב, אכן הא הראב"ד חולק ע"ז וסובר דשניהם פטירי, דהזורק פטור משום דשמא הי' נשבר, והמשבר כיון דאמדוהו להשבר גבי דידי' וכמנא תבירא חשיב, וא"כ הי' קשה לו לרש"י לשיטתו דזורק חייב א"כ לא הו"ל לרבה לסתום ולומר פטור, דאפשר לטעות ולפרש דשניהם פטירי וכדעת הראב"ד, אלא הכי הול"ל פטור המשבר, ולהכי הוכרח רש"י לפרש דמיירי שבעל הכלי זרקו ומשו"ה אין לנו ולזורק מאומה וניחא מה שסתם לומר פטור, אלא דאכתי יש להבין מנ"ל באמת לרש"י דחייב הזורק והוכרח לפרש דלהכי סתים משום דמיירי בבעל הכלי ואמאי לא ניחא לו בפי' הראב"ד דמדסתים רבה מכלל דבאמת שניהם פטירי, ובשמ"ק כתב דהכרח שלו הוא מאידך דרבה דקאמר דראשון פטור משום דזרק ע"ג כרים וכסתות ולא היו ראוים להשבר, מכלל דאילו זרק ע"ג קרקע חייב הראשון ע"ש, ולי נראה עוד דרש"י לשיטתו מוכרח לפרש כן דהנה בב"ק די"ז בעירבא אי בתר מעיקרא אזלינן או בתר בסוף ופשיט הש"ס מדרבה דהכא, ורש"י ז"ל פי' דהפשיטות הוא דבתר מעיקרא אזלינן, והרמב"ן במלחמות הבין דהפשיטות הוא מהא דהמשבר פטור ואי בתר בסוף אזלינן הי' ראוי המשבר להתחייב ולהכי הקשה על רש"י דמנ"ל להוכיח מזה דבתר מעיקרא הא אפי' אי בתר בסוף אזלי נמי המשבר פטור כיון דמנא תבירא תבר ואין לו דמים ומה יתחייב כיון שלא הזיקו מאומה, והוא באמת קושיא עצומה, ואמנם רש"י במתק לשונו תי' זאת דפי' לעיל שם בדף י"ז בדרבה פטור המשבר וחייב הזורק, ולכאורה אינו מובן לאיזה צורך פרש"י דחייב הזורק הא התם אין זה עיקר דינו של רבה ורק שהביאו לפשוט הבעיא והבעיא נפשטת נמי מדפוטר השני, וכ"ש דקשה דהא רש"י עצמו פי' בדף כ"ו דרבה מיירי שבעל הכלי זרקו וא"כ ליכא חיוב מזורק וא"כ הא דפי' דחייב הזורק לא מיירי זה בדינא דרבה גופא אלא בעלמא היכא, דאדם אחר זרקו וא"כ מה לו לרש"י התם לאשמעי' זה, אלא שבא בזה ליישב קושית הרמב"ן דלא מפטור דהמשבר הוא פשיטות הש"ס כהבנת הרמב"ן אלא מחיובא דזורק דאי בתר בסוף אזיל אין הזורק ראוי להתחייב, וכן מיושב בזה קושית הרא"ש שם דכיון שרש"י פי' דמיירי בבעל כלי שזרקו א"כ איך פשיט דבתר מעיקרא אזיל דלמא בתר בסוף ואפ"ה פטור המשבר משום דאבידה מדעת ע"ש, ולמ"ש א"ש דאיה"נ דהפשיטות הוא מחיוב דזורק ולא מפטור דהמשבר, וכיון דלשי' רש"י הפשיטות הוא דבתר מעיקרא אזיל ואי"א לפרש דהפשיטות הוא מפטור דמשבר כקושית הרמב"ן והרא"ש, ובע"כ דההוכחה הוא מחיוב דזורק, וא"כ מוכרח רש"י לפרש דהזורק חייב ודלא כהראב"ד, והא דרבה סותם לומר פטור הוכרח ממילא לפרש דמיירי בבעל כלי עצמו וזה ברור:

**והנה** האחרונים הרעישו שמצאו סתירה בדברי רש"י, דבדף כ"ו פי' דרבה מיירי בבעל כלי, ובדף י"ז פי' באדם אחר עיין במפרשים מ"ש בזה, ואנכי לא אראה בזה אפי' צל קושיא דאטו רש"י פי' התם בדי"ז דמיירי שזרק אדם אחר, מזה לא הזכיר שם כלום מי הי' הזורק, אלא שפי' שם פטור המשברו וחייב הזורק, ולא נתכוון לומר דדינא דרבה גופא מיירי שחייב הזורק, אלא רבה עצמו מיירי דוקא בבעל הכלי ומדדוקא בעל הכלי פטור מכלל דאדם אחר חייב הזורק, כמו שהדין הוא באמת לשי' רש"י אליבא דרבה ולא הזכיר שם חיובא דרבה, כ"א להורות דהפשיטות הוא רק מחיובא דזורק וכמ"ש וז"ב:

**ואחרי** שזכינו ליישב שי' רש"י מקושית הרמב"ן אומר עוד ליישבו מקושית הרא"ש שהקשה דאי כרש"י דמיירי שבעל כלי זרקו א"כ אבידה מדעת היא ולמה לו לפטור למשבר מטעם דמנא תבירא תבר תיפוק משום דכבר נתיאשו הבעלים, ולי נראה בפשוטו דודאי דבר זה רחוק הוא מן המציאות שהאדם יזרוק כלי שלו במתכוון אם ידע שתשבר ע"י זריקתו, ובע"כ הא דזרקה הוא רק מחמת ששכלו הטעתו, הוא סבור שהכלי חזקה היא כ"כ שתוכל ליפול מרום עשרה טפחים ולא תשבר וסבור שמרום גגו עד ארעא ליכא שיעור כזה עד שהכלי תשבר ובאמת אנן ידעי' שיש שיעור כזה שתוכל להשבר ולהכי אמדינן אותה שבודאי תשבר, אבל הזורק חשב שלא תשבר בשיעור נפילה כזאת ושכלו וחשבונו הטעתו וא"כ לא נתיאש כלל דחשב למצוא אותה שלימה, ובסברא הזאת אמרתי לישב מה שהקשה הרמב"ן על שי' רש"י דפשטינן מרבה דבתר מעיקרא אזיל דא"כ בדינא דזרק תינוק ובא אחר וקיבלו בסייף דהשני חייב משום שקירב מיתתו והראשון פטור ואי בתר מעיקרא אזיל ראשון הו"ל להתחייב והשני פטור, ולמ"ש ניחא דאם הזורק הי' זורקו במזיד שיודע הי' שימות עי"ז ומכוון להמיתו איה"נ דחייב הראשון אלא התם מיירי שהזורק לא מכוין להמית התינוק ואילו הי' יודע שעי"ז ימות התינוק לא הי' זורקו, רק ששכלו הטעתו, הוא חשב שמגע עד הקרקע אין בו שיעור גדול כ"כ עד שהתינוק ראוי למות ומיירי בלא התראה נמי וממיתה ודאי פטור, אלא אפי' מגלות נמי פטרינן משום דהוה קרוב למזיד ולא דמי להתכוון לזרוק שנים וזרק ארבע דחייב בגלות ללישנא קמא שברש"י שם אע"ג דהכא נמי שכלו הטעתו, דהתם לא הלך למקום שחשב אבל הכא דידע הי' שיפול על הקרקע א"כ הלך למקום שחשב ולא דמי אלא לנתכוון לזרוק שנים ונמצאו ארבע דבזה באמת פטור מגלות כיון שהלך למקום שחשב וגמר מחשבתו נחשב כקרוב למזיד ופטור מגלות, והנני לומד דבר זה ממה שהובא בשמ"ק שם בשם המאירי דהא דאמרי' בש"ס דנתכוון לזרוק שנים וזרק ארבע דפטור מד' דברים היינו דוקא בכה"ג שלא הלך למקום שחשב אבל בנתכוון לזרוק שתים ונמצאו ארבע

דגמר מחשבתו חייב נמי בד' דברים ע"ש, ומדמחייבינן אותו בד' דברים הרי חשבינן אותו לקרוב למזיד דבענין אחר אינו חייב בד' דברים וממילא פטור נמי מגלות כדין קרוב למזיד וזה נכון בעזה"י:

**ועוד** נ"ל בישוב קושיא זאת דלא דמי חיוב מיתה לחיוב תשלומי נזקין דתשלומי נזקין הוא בשביל שהפסיד אותו את החפץ שמעיקרא הי' שוה איזה סך ועכשיו כששיברו הרי הפסידו ולהכי בזרק הכלי מחייבי' לזורק אע"ג דאכתי לא נשבר, מ"מ כיון שאינו שוה כלום דאין לו עוד דמים אחרי שעומד מיד להשבר והרי הפסידו שוויו של הכלי שפיר ראוי להתחייב אע"ג דאכתי לא נשבר, משא"כ חיוב דמיתה שהוא בא לאדם לכפר בשביל שהרג את הנפש וכל זמן שחי הוא אע"ג דעומד למות אין עליו שום חיוב עדיין, ועוד איך אפשר להעלות על הדעת ולחייב את הראשון ון כ"ז שלא ידעינן בבירור שמת על ידו והא בסיכן את האדם מבואר הדין דחובשין את הרוצח ואם ימות אח"כ אז הורגין אותו אבל להורגו מיד כשסיכנו ודאי דאין רשאי, דאע"ג שסיכנו מ"מ יוכל היות שעוד יחי' ויתקיים דנהי דאנן אמדינן אותו למיתה מ"מ שמא לא היתה האומדנא יפה, וא"כ הכא שמת ע"י השני שקירב את מיתתו איך נוכל להרוג את הראשון דשמא לא הי' מת אם לא קיבלו השני בסוף ולנזקין לא דמי דהתם מחייבינן אותו שפיר דכיון דהתם הוא החיוב בשביל דאפחתי' מכספי' וכיון שאמדוהו להשבר שוב אין לו דמים וראוי להתחייב מיד דעכ"פ הפסידו שויו של הכלי, ועוד נ"ל ללמוד זה מק"ו דטריפה, דהא ודאי שתינוק הנזרק מצד יותו עדיף מאילו עשאו טרפה, והראיה דבטרפה השני פטור הכא חייב השני, ובתוס' שם כתבו דלא דמי לט רפה, וביאור הדבר דהכא אין אנו רואין בתינוק שום דבר שינוי בטבעו רק שאנן אמדינן אותו שבנפילה כזאת ימות ולהכי איך נוכל לחשוב אותו לכבר מת שיהא השני פטור דשמא האומדנא לא היתה יפה משא"כ בטרפה שאנו רואין חסרון באבריו ואשר בחסרון הזה אי"א בטבע לחיות והרי הדבר כודאי שלא יחיה ונחשב משו"ה לגברא קטילא, ובאם עשאו טרפה נמי לא אשכחן שנהרוג את הרוצח כ"ז שלא מת עדיין וכ"ש כאן שסיבנו שאין עליו שום חיוב מיתה אכתי וזה ברור, ולא הארכתי בזה כ"כ כ"א מפני שמאור עינינו הרמב"ן ז"ל נתקשה בזה, ובסברא הזאת קיימתי נמי דעת רש"י ז"ל שלא יקשה עליו קושית הראב"ד ז"ל שסובר בזרק כלי דשניהם פטירי, הראשון משום שמא לא אמדו יפה ולא הי' נשבר וכמו באמדוהו למיתה וחיה דפטור, דלפמ"ש אין בזה שום דמיון למיתה, דבמיתה ודאי כל זמן שלא מת אי"א כלל למחייבו, אבל בנזקין כיון שהכלי אין לה דמים דאחרי שאמדוהו

להשבר לא יקנה אותה עוד שום אדם וא"כ הרי הפסידו שויו של הכלי ומה לי שהפסידו ע"י שבירה או ע"י דבר אחר וזה פשוט:

**סימן שפז**

סעיף א' **במחבר** ומשלם הפחת לנוזק, עיין מה שכתבנו מזה בחדושנו לעיל סי' שמ"ד:

## הלכות מאבד ממון חבירו בידים

**סימן שפח**

סעיף ב' **במחבר** ואם נשא ונתן ביד אע"פ שהוא אנוס חייב לשלם שהמציל עצמו בממון וחבירו חייב כו', ומשמע מדברי הפוסקים בסימן זה דאיסורא ודאי דליכא במקום אונס, והשקלא וטריא הוא אי חייב לשלם כשהציל עצמו מן האונס בממון חבירו, וכן מוכח אמנם מדבר התוס' ב"ק (ד"ס ע"ב) דעל מה שאמרו התם בש"ס דמה שאמר דוד מי ישקני מים הכי קמיבעי לי' גדישין דשעורים דישראל הוו דמיטמרי בו פלשתים וקא מיבעי לי' אם רשאי להציל עצמו בממון חבירו, וכתבו התוס' דאיבעי לי' אם חייב לשלם כשהציל עצמו מפני פקוח נפש ולא רצו לפרש דהבעיא הי' אם רשאי לכתחלה לשרוף הגדיש ולהציל עצמו בממון חבירו משום שאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש, ופשיטא דרשאי להציל עצמו והבעיא הוא רק אם חייב לשלם ופשיטא ליה דאסור להציל עצמו בממון חבירו אדעתא דליפטר, אלא יציל עצמו וישלם, אכן מלשון רש"י שם בד"ה ויצילה שלא ישרפוה הואיל ואסור להציל בממון חבירו, מלשון זה משמע דגם ההצלה אסור, והציל שלא ישרפוה אע"ג דהי' פקוח נפש, ושוב ראיתי בפרשת דרכים דרוש דרך האתרים שכתב נמי דמרש"י מוכח דאסור להציל עצמו בממון חבירו אפי' במקום פקוח נפש וכתב דרש"י ותוס' פליגי בזה, אלא דקשה מאוד לומר ברש"י כן דהא אין לך דבר עומד בפני פקוח נפש ואיך ס"ד דרש"י יסבור דאסור, ועוד דלא אשתמיט שום אחד מהפוסקים להביא בשם רש"י חדוש גדול כזה, ולכן נ"ל לפרש כוונה אחרת ברש"י דהנה לפי' התוס' דדוד מיבעי לי' רק על התשלומי משמע לכאורה דהגדיש כבר הי' נשרף ובא לשאול על התשלומין אבל לפ"ז יקשה דהא בקרא כתוב ויתיצב בתוך החלקה ויצילה ומשמע דהציל שלא ישרפוה, ולפי' התוס' מאי ויצילה, וקאמר התם נמי בש"ס בשלמא למ"ד דהשאלה היתה למיקלי, היינו דכתיב ויתייצב כו' ויצילה ופרש"י ויצילה שלא ישרפוה כו', אבל לפי' התוס' דמיירי שכבר נשרף והשאלה לא היתה כ"א על התשלומין א"כ לדידהו קשה מאי ויצילה, וצ"ל בע"כ דגם לתוס' לא יתפרש בשכבר נשרף אלא דמיבעי לי' מהו למיקלינהו אדעתא דליפטר מתשלומין וכמש"כ הרא"ש להדיא, ופירוש לדבריו דקודם ששרף צריך הי' לפרש דאינו נוטל בתורת גזילה אלא שדעתו לשלם, ואי לא

פירש הכי קודם ששרף אלא נטלו אדעתא שלא לשלם אע"ג שלאח"כ שילם נקרא גזלן וכמ"ש הישו"ש ע"ש, ולפ"ז י"ל דהיינו ויצילה, פי' שהציל לניזק מהפסד ופירש בשעת הלקיחה דנוטלים זה ע"מ לשלם, ובזה הציל לניזק מן ההפסד וכעין מ"ש התוס' שם דס"א לפרש הכי לקרא דויצילה למשא טמון באש קא מיבעי דלא מעצם שרפת הגדיש הציל אלא שהציל מן ההפסד ע"ש, ובמהרש"א שם, וה"נ יתפרש כן, ולפ"ז י"ל דגם מ"ש רש"י ויצילה שלא ישרפוה, אין הכוונה שלא ישרפוה כלל, דזה יקשה טובא הא אין דבר שעומד בפני פקו"נ אלא הכוונה נמי שלא ישרפוה אדעתא דלא לשלם, ולפ"ז אין מחלוקת בין רש"י ותוס' ולשניהם עצם השרפה רשאי הי' דאין דבר עומד בפני פקו"נ ומלשון רש"י אין להוכיח להיפך דכמו דלתוס' יתפרש הכוונה דויצילה ה"נ אפשר לפרש גם ברש"י ודו"ק:

סעיף ח' **במחבר** אין משביעין את המוסר כו', והנה הישו"ש פ' הכונס הביא מ"ש הרא"ש בתשובה ביש עדים על המקצת שמסר דישבע המוסר על השאר מדר' חיא קמייתא, וכתב הרש"ל ע"ז דלא דק דהא מסור פסול לשבועה אלא דנין בזה כדין מחויב שבועה והוא חשוד דכשנגדו נשבע, ועמ"ש בזה בחדושנו לעיל סי' ע"ה ליישב דברי הרא"ש:

שם **בש"ך** ס"ק נ"א כתב דאע"ג דאמרי' דדינא דגרמי הוי קנסא לאו קנס גמור הוא דנימא בו מודה בקנס פטור ע"ש, והפנ"י בב"ק דצ"ח הביא ראיה להש"ך ממ"ש בש"ס שם גבי שורף שטר ה"ד אי דאיכא סהדי דידעי מאי הוה בשטרא ליכתבו לי' שטרא מעליא ואי דליכא סהדי אנן מנא ידעי' כלו' דלא איצטריך למימר דפטור ואמר רבא תהא במאמינו, ואי נימא דקנס דגרמי הוי קנס לענין שיפטר בהודאתו א"כ מאי קאמר רבא תהא במאמינו הא כיון דליכא עדים אע"ג דמאמינו הו"ל מודה בקנס ופטור ע"ש שכתב טראי' מכרחת היא, ולענ"ד דלבד שאינה ראיה מכרחת דהא לא הוה מודה כ"א לפי הגרסא המוזכרת לפנינו ברש"י דהאי במאמינו היינו במאמין בעל השטר להשורף שמודה שכך וכך היה כתוב, אמנם לגרסת הישו"ש במאמין השורף לבעל השטר, א"כ אין כאן מודה כל עיקר, ונראה להוכיח דבע"כ הגרסא הנכונה הוא כישו"ש דאי במאמין בעהש"ט להשורף דהוה בזה מודה, הא תינח לדינא דהש"ך דמיירי בדינא דגרמי י"ל כתי' הפנ"י דגרמי לא מיקרי קנס לענין שיפטור בהודאה, אבל אכתי מה נענה לקושיא גדולה מזה דהיכי משכחת שיצטרך קרא למעט שטרות מכפל, תיפוק לי' דאי"א בשום אופן לחייבו כפל, לממ"נ אם אפשר דאיכא עדים שיודעים מאי כתוב בשטר א"כ דכתבו לי' שטרא אחרינא ונמצא דלא גנב ממנו כלום, ואי דליכא עדים מנא ידעינן מה הי' כתוב בו כקושית הש"ס דב"ק, ובזה לא שייך לתרוצי במאמינו דהא בכפל הוה מודה בקנס

ופטור, וגם תי' הפנ"י ליתא בזה כיון דהוא קנס גמור מדאורייתא, וכבר הרבו בספרי האחרונים לדבר בזה, אע"כ דט"ס הוא ברש"י שם והגרסא הנכונה הוא במאמין השורף להבעהש"ט וא"כ אין בזה מודה כלל, דהשורף וכן הגנב הלא לא הודה כלל דעל עצם שרפת השטר יש עדים אלא שלא ידעי מה כתוב בו, ועל הסכום האמין לבעל השטר ונמצא דלא הי' בזה שום הודאה מצד החייב, ושוב עיינתי ברש"י שעל הרי"ף כתוב שם להדיא מאמין השורף לבעל השטר ודו"ק:

סעיף ט"ו **ברמ"א** מי ששלח שליא למסור אם השליא הוחזק חייב המשלחו כו' ועיין בש"ך, ובחדושנו לעיל סי' קפ"ב ובכמה מקומות הארכנו בזה:

## הלכות נזקי ממון

### סימן שפט

סעיף א' **במחבר** כל נפש חיה כו' שהזיקו חייבין הבעלים לשלם שנא' כי יגוף שור כו' אחד השור ואחד שאר בהמה כו' וכתב הסמ"ע משום דילפינן שור שור משבת, ודברי הסמ"ע הם נגד דברי הר"י, דבב"ק דנ"ה הקשו התוס' על מ"ש בש"ס שם מדכתיב בנפילת הבור ונפל שור או חמור ידעי' דאחד שור ואחד כל בהמה לנפילת הבור, והקשו התוס' דלמה לא ילפי' שור שור משבת, ובשמ"ק שם הביא בשם הר"י ליישב דמשו"ה לא יליף בזה שור שור משבת משום דאי יליף משבת לא הוה ילפי' אלא בעלי חיים, וא"כ נזקין ואבידה ותשלומי כפל דשייכי אפי' באינו בעלי חיים לא נוכל למילף משבת ומשו"ה איצטריך בהו רבויא, דלא ילפי' משבת כ"א חסימה ופריקה דנמי לא שייכי כ"א בבע"ח כמו בשבת ע"ש, הרי להדיא דלענין נזקין לא נוכל למילף משבת כיון דשייכא אפי' באינן בע"ח אלא דבתוספתא דב"ק פ' ל' יליף נמי דכי יגח שור האמור בנזקין דקרן דשור לאו דוקא וכל בהמה וחיה בכלל משבת והוא כהסמ"ע ודלא כהר"י, ואלא די"ל דמתוספתא אין ראיה משום דהתם מוכח להדיא שגם לנפילת הבור יליף נמי משבת, עיין פי' תוספתא זאת במראה הפנים שעל הירושלמי (פ"ה דב"ק) ותמצא כן, ולפ"ז הרי התוספתא לא חששה לסברת הר"י ולהכי ילפה נמי לשור של קרן משבת, והר"י קאי לשיטת הש"ס דילן דלנפילת הבור לא ילפי' משבת, ועליו יהיב טעמא דמשו"ה לא יליף משבת משום דשייכי נמי באינן בע"ח ונש"ם דילן גם שור דקרן לא נוכל למילף משבת מהא טעמא ולפ"ז ש"ם דילן יפלוג עם התוספתא בזה ויסבור דכל דבר דשייכי גם בשאינן בע"ח לא ילפי' משבת וכמו דלא יליף כנפילת הבור משבת, ושאיר דחיי הר"י לשי' הש"ס דילן, והנה גם בירושלמי שב"ק מוכח נמי דיליף שור שור משבת גם לנפילת הבור וסהתוספתא ע"ש וי"ל דהיינו טעמא דרש"י בחומש דפי' דנפילת הבור

משבת ילפינן והקשה עליו הרא"ם שזהו נגד סוגיא דב"ק שמפורש דילפי' מכסף ישיב, ואפשר דרש"י סמיך בפירושו על הירושלמי ותוספתא, אבל בכ"ז לא נהירא דהסמ"ע יפרש פי' שזהו נגד ש"ס דידן, ולכן נ"ל דבשור של קרן גם ש"ם דילן מודה דגמרי' משבת וכהסמ"ע ודוקא בנפילת הבור משום דכתיב שור או חמור, ואי משבת ילפי' לא היה צורך לכתוב כ"א שורי לבד ומדכתב גם חמור מכלל דלאו משבת ילפי' ומיושב קושית התיס' שהבאנו דמשו"ה לא יליף משבת משום דכתיב נמי חמור, משא"כ בשור של קרן דלא כתיב כ"א שור לבר פשיטא דמשבת ילפי' גם לש"ס דילן, דלא פליג כ"א בנפילת הבור משום דכתיב נמי חמור, וכן בכפל והשבת אבידה דכתיב נמי תרי מיעוטי שה וחמור ולכן בע"כ דלאו משבת ילפינן וזה ברור מאוד ובחבורנו לב"ק דנ"ה ודי"ז החרכנו:

סעיף ו' במחבר חמשה מעשים תמים יש בבהמה כו' הבהמה אינה מועדת לא ליגח ולא ליגוף ולא לישוק כו' משנה הוא בספ"ק דב"ק דט"ו ועמ"ש לקמן סי' שצ"א מזה:

סעיף ח' במחבר חמשה מינו חיה מועדין כו' לפיכך אם הזיקו או המיתו בנגיחה או בנשיכה ודריסה וכיו"ב חייב נזק שלם, והרמ"א הביח בשם הרא"ש והטור דחולקין ע"ז וסוברין דדוקא נחש מועד לכל מיני היזק אבל האחרים אינם מועדים אלא מה שדרכן בכך כגון ארי לדרוס וזאב לטרוף אבל לא איפכא, טעמי פלוגתתם בזה תלוי בפירוש דברי שמואל בזה דבמשנה ספ"ק דב"ק קאמר הזאב והארי כו' מועדין לעולם, ובגמ' קאמר שמואל ארי ברה"ר דרס ואכל פטור כיון דאורחי' בכך הו"ל שן ברה"ר ופטור, טרף ואכל חייב כיון דלאו אורחי' בכך הו"ל משונה וחייב נמי ברה"ר, ושיטת התוס' שם בדיה והנחש משמע דמפרשי דשמואל מפרש המשנה דחשבה הזאב והארי למועדין בתחלתן, על זה יפרש שמואל דהיינו דוקא בפי אורחי' דאז הוי תולדה דשן וחייב נזק שלם משא"כ בלאו אורחי' לא הוי מועדין, ואמנם רש"י פי' להדיא במשנה דמועדין בתחנתן בנשיכה ובכל מיני נזיקון ע"ש, ורמב"ם ומחבר מפרשי נמי כרש"י משו"ה כתבו דלכל מיני נזיקין הוו מ מועדין, והטור בשיטת התוס', וקשה לכאורה על הרמב"ם ורש"י דא"כ שמואל פליג על מתני' ואיך אפשר לומר כן וגם למה לא פסקו כשמואל, ונ"ל מקור לדברי הרמב"ם דסתמא דש"ס גופא לא פסיק כשמואל, דבב קד י"ז פריך הש"ס ס סיפא דקתני השן מועדת הבהמה מועדת מאי אבות ותולדות יש בזה ומשני קתני שן דחיה ושן דבהמה, וכבר הקשו הראשונים הא בפ"ק דקתני הזאב והארי ולמה שפי' שמואל דמיירי בכאורחי' דהיינו שן, הרי קתני שן דחיה בפ"ק ולמה הוצרך לתנויי עוד הפעם, וא"כ בע"כ לומר דהא דקתני התם הזאב והארי דהוו מועדין מתחלתן לא מיירי כלל בשן אלא מועדין הן לכל דבר ודלא כשמואל, וא"ש פסק הרמב"ם דמדשני סתמא דש"ס

תנא שן דחיה ושן דבהמה מכלל דהזאב והארי מועדין המה לכל דבר, דלשמואל חי"א לומר כתי' הזה ושמואל הוצרך לתי' אחר בכדי לתרץ הקושיא דרפ"ב, ואמנם על רש"י קשה כנ"ל דבמתני' מפרש דמועד לכל מיני נזקין ושמואל פי' דדוקא בדאורחי' ובלא אורחי' אינו משלם כ"א ח"נ, ולכן נ"ל לומר דדעת רש"י בזה דשמואל לא לפרושי ולא לאפלוגי טל מתני' כ"א דבר אחר לגמרי והוא דס"ל דיש נ"מ בין כוונתו של הטורף דאם הטורף מזיק לא ע"מ לאכול להנאתו אז הרי הוא מועד לכל מילי, דחיות הללו מועדים הם נהרוג בכל דבר הן בנשיכה והו בדריסה ובנגיחה ורק כשהחיה טורפת ואוכלת או רק אז, אמרי' דדרך הארי הוא והא אסרוף ולאכול ולא לדרום ואם דרם ואכל הרי הוא משונה, והיינו דוקא באכלה, משא"כ כשהזיקה והניחה הרי הוא מועד לכל מילי, וא"ש דבמשנה מיירי אם הזיקה ובזה הרי מועד לכל מיני נזיקין, ושמואל בא לפרש הדין באם החיה אכלה להנאתה ואז דוקא בטרפה חייב ולא בדרס, וקצת משמע כפי' זה בשמ"ק, ואמנם בדעת הרמב"ם מדלא הזכיר כלל לדברי שמואל מכלל דסובר דלא קי"ל כשמואל וכהמקור שהבאתי ודו"ק:

שם **במחבר** הבהמה אינה מועדת לא ליגח ולא לנשוך כו' והי' נ"ל לומר דהא דנשיכה הוה תולדה דקרן היינו דוקא בבהמה שאין לה ארס ואין טבעה לנשוך, וכשנושכות הוה זה משונה, משא"כ באותן חיות שיש להן ארס ואורחייהו לנשוך הוה גם נשיכה תולדה דשן ואע"ג שאין הנאה להיזיקה כיון דאורחייהו בכך דבשן לא בעינן שיהי' לה הנאה אלא אפי' בדבר שלא הגיע לה שום הנאה כיון שעשתה דבר שאורחה בכך הוי זה שן וכמ"ש המ"מ (פ"א מהלכות נזקי ממון ה"י) ובחדושנו לקמן סי' ש"צ הארכנו בזה, ומ"ש מנחש דהוי מועד לנשוך אע"ג דאין לה הנאה אלא משום דאורחי' בכך ובזה הי' מיושב קושית התוס' (ב"ק ד"ג) בד"ה ושן בהמות, דהש"ס הביא לראיה דושלח קאי נמי אשן מקרא דושן בהמות אשלח, והקשו התוס' דהא בספרי מפרש להאי קרא דושן בהמות אשלח בהמות שיש להן ארס כנחש ונושכות וממיתות דהוה נשיכה שהיא תולדה דקרן ע"ש, ולמ"ש ניחא דבבהמות שיש להן ארס הוה נשיכה נמי תולדה דשן, ושמא יש לחלק דנחש כיון שמטבעו יש ארס ודאי דמיקרי נשיכתו אורחי' בהכי, משא"כ התם בקרא דושן בהמות מיירי שבמקרה בדרך תוכחה וקללה ישנה הקב"ה את טבע הבהמות ליתן גם בהם ארס ושיהיו נושכים כנחש, וכיון שרק במקרה הוא הבא בדרך קללה לא שייך למיקרי אורחי' בהכי ודו"ק:

סעיף ט"ו **במחבר** ומיהו אם התיזה אבנים ברה"ר והלכו והזיקו ברה"י כו' חייב, ועיין בסמ"ע שאינו משלם כ"א ח"נ, ולקמן בסי' ש"צ הבאתי לחלק דהיינו דוקא כשהתיז אבן

והאבן הזיק לכלי שברה"י אינו חייב יותר מח"נ משום דהוה צרורות משא"כ בהתיז כלי מרה"ר ונתגלגלה לרה"י ושם נשברה חייב נזק שלם דכיון שנעשה מעשה בגופו של כלי הנשבר אזלינן בתר מעיקרא וכחו הוא ע"ש:

שם **במחבר** או עץ ארוך מקצתו ברה"ר ומקצתו ברשות הניזק ודרסה עליו ברה"ר ושיברה כלים ברשות הניזק חייב דין זה צריך ביאור לענ"ד, דכוונת המחבר הוא דשני דינים הללו התיז ברשות הרבים והזיק ברה"י ודין דעץ ארוך שניהם שווים, וכמו בדין הראשון אע"ג דהתיז ברה"ר אפ"ה כיון דההיזק נעשה ברה"י חייב, ה"נ בעץ ארוך דמ"ש, אכן לא כן כתב הרא"ש דבפ"ב דב"ק סי' ב' כתב, וז"ל ומסקינן דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דחייב כו' הכא לא אזלי' בתר מעיקרא אלא בתר המקום שנעשה בו ההיזק דגלי קרא ברגל וביער בשדה אחר והביעור הי' בחצר הניזק עכ"ל ואפ"ה ברפ"ק דב"ק סי' א' כתב בעץ ארוך דפטור ואמאי לא נימא נמי כיון שהביעור הי' ברה"י יתחייב כמו בהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דאזלינן בתר מקום הביעור, ועיין במפרשים שהרעישו על הרא"ש במה שחילק בין הנושאים הללו, אכן לענ"ד נראה שאותן שהקשו כזה לא עיינו בגוף דברי הרא"ש במקור הדין דעץ ארוך, דהרא"ש הביא זה בתור ישוב על מה שקשה לו על שיטת הרי"ף דנחית לטעמא דקרא ומפרש בריש בבא קמא דטעמא דשן ורגל דפטירי ברה"ר הוה משום דאורחי' הוא וכן הוא נמי שיטת הרמב"ם (פ"א מהלכות נזקי ממון) וז"ל הזיקה ברה"ר וכו' אם בשן ורגל הזיקה כדרכה ה"ז פטור מפני שיש לה רשות להלך כאן וכאן ודרך הבהמה להלך ולאכול כדרכה ולשבר בדרך הלוכה עכ"ל, וביאור הדברים דאם תחייב לשן ורגל גם ברה"ר במידי דאורחייהו א"כ בטלת לגמרי הזכות שיש לבעל הבהמות להניח בהמתו ברה"ר, ועל שיטה הזאת הקשה הרא"ש בפ"ק דלמה הוצרכו לפרש טעמא דשן ורגל דפטורי ברה"ר משים דאורחי' הוא תיפוק דקרא מפורש הכי ובער בשדה אחר ודרשי' ולא ברה"ר, וע"ז תירוץ דבא הרי"ף להשמיענו בזה שאם הי' עץ ארוך מונח מקצתו ברה"ר ומקצתו ברה"י ודרסה עליו ברה"ר ושברה ברה"י כלים כיון שדרכה לילך ולדרוס עליו פטורין ע"ש, הרי ששפתי הרא"ש ברור מללו דטעם הפטור בדף ארוך משום דכיון שהלכה ודרסה עליו כאורחי' דאין בזה שום שנוי לא מצד ההליכה, דברה"ר הי' זה שיש לה רשות להלך, ולא מצד הדריסה שלא היתה זה בכח כדרך המזיקים רק דרסה כאורחה ועי"ז בא ההיזק, משו"ה אע"ג דמקום ההיזק הי' ברה"י אפ"ה פטור, דכל עיקר שברה"י חייב הוא משום דאין לה רשות לילך שם משא"כ הכא דההיזק שברה"י בא ע"י דריסה שברה"ר שיש לה רשות שם שפיר פטור, וא"כ לא שייך זה כ"א בדרסה כאורחא משא"כ בהתיז ברה"ר והזיק ברה"י דבזה הי' בע"כ ההתזה

כך בכח עד שהזיק וזה הוא דבר דלאו אורחא דנהי דיש לה רשות לילך ולדרוס דרך הלוכה אבל להתיז בכח חזק כ"כ אין לה רשות וכמ"ש הרא"ש גופא להדיא וז"ל אעפ"י שאין דרכו של אדם להתבונן בדרכים היינו כשדורס על הכלי ומשברו בלי התבוננות אבל כולי האי אין לו להשתגע לדרוס בכח שיתיז הכלי ממקומו ויזיק דרך הלוכה עכ"ל, והוא הדבר אשר אמרתי דאותן שהקשו דברי הרא"ש דהתיז והזיק על הדין דדף ארוך לא עיינו בגוף דברי הרא"ש דלהמעיין היטב אין בזה מקום קושיא, והרא"ש עצמו חילק בין הנושאים, דבדף ארוך דההיזק בא ע"י דריסה כאורחא משו"ה פטור, אכן בהתיז דההיזק בא ע"י דריסה בכח וזה אין לה רשות ושפיר חייב, ושוב מצאתי שהיש"ש קדמני במקצת דברים, ופלא בעיני על הש"ג שכתב בפ"ק דב"ק שלכך השמיט הרי"ף לבעיא דהתיז והתיז משום דדעתו באמת ליפטר בזה כמו שהביא הרא"ש לדבריו בדין עץ ארוך משום דאורחי' הוא וא"כ ה"נ בהתיזה נמי פטור דאורחה לילך ברה"ר ע"ש, ואכן למ"ש לא קרב זה לזה דבדף ארוך היה הדריסה כאורחא, ובהתיז דהיתה בכח כדרך המשתגעים שאין לה ע"ז רשות ודאי דחייב, ומכל האמור תמוהים דברי המחבר דללשונו שכתב הוא רסה עליו ברה"ר דמשמע שדרסה כאורחא, הרי"ף הא פוטר בכה"ג וכמ"ש הרא"ש והש"ג דלעיל בשמו, ועוד דבע"כ דגם הרמב"ם סובר הכי דבדרסה כאורחא פטור דהא הוא סובר נמי דבדבר דכאורחא אי אפשר למחייב לרגל כיון דדרך הלוכו הוא, ואי יש לחייב בדף ארוך היינו דוקא בהתיזה בכח על הדף וכמ"ש ולכן מה שסתם המחבר דאפי' בדרסה על הדף כאורחא חייב נמי וגם הרמ"א לא הביא מי שחולק ע"ז, לענ"ד תמוה דלמ"ש הרי"ף ורמב"ם פליגו בזה:

סעיף י"ח **במחבר** ג' אבות נזיקין בשור כו' ונקראו אבות מפני שהם כתובים בפסוק כו', נ"ב דלאו דוקא הכתובים להדיא בפסוק אלא אפי' דברים שלא נכתבו להדיא רק שאפשר ללומדם במה הצד או ע"י מה מצינו הוו נמי אבות דככתובים מפורש דמי, ומיושב אצלי בזה לקושית העולם שהביאו כל המפרשים ברפ"ק דב"ק דמספקא להש"ס תולדותיהן כיוצא בהן או לאו כיו"ב, והקשו כולם פה אחד דמה מספקא לי' בזה הא ודאי דיש לפשוט ממתני' גופא דתולדותיהן כיו"ב דאי לאו כיו"ב א"כ מאי קאמר התנא במתני' דריש ב"ק לא הרי השור כהרי המבעה, פי' דלא לכתוב מבעה וניתי משור, הא אי לא הוי כתיב מבעה בהדיא הוי זה תולדה לפרש"י דאב הוה דוקא מה שכתוב בהדיא, ותולדותיהן הא לאו כיו"ב, וא"כ מאי הוצרך לומר דמשו"ה הוצרך לכתוב מבעה בהדיא משום דלא מצי למילף משור, הא אפי' אי הו"מ למילף משור נמי מוכרח לכותבו בפירוש בכדי שלא יהיה נקרא תולדה ואז הוצרך לומר דמשו"ה הוצרך לכתוב מבעה

בהדיא בכדי שלא יהי' נקרא תולדה ואז אמרי' בו דלאו כיוצא בהן, ולא ירדתי לסוף דעתו בזה דבעיני הדבר פשוט דמ"ש רש"י דכל דבר דלא כתיב בהדיא נקרא תולדה, היינו דלא כתיבה וגם לא נוכל למילף זה לא מקו"ח ולא במה הצד, משום דגריעה מדבר זה המפורש ועיקר החיוב הוא בזה רק מכח שהוא תולדה דאב, והיינו דדמיא במקצת דברים לאב וכגון נגיפה נשיכה דאמרי' בהו שהם תולדה דקרן. דבעצם ודאי שכח הזיקם קיל מקרן דמשו"ה קרי לי' תולדה וא"כ קו"ח ומה הצד לא שייך בהם כיון דקילו מאב ורק החיוב שבהם מצד שדומין מיהא במקצת לאב שלהם ולכן מספקינן בהם אי כיוצא בהן או לא, אבל מה שנרצה למילף מבעה משור ודאי שהילפותא לא הוה משום תולדה דהא אינו דומה כלל זה לזה דשור כוונתו להזיק ומבעה דהיינו שן יש הנאה להזיקה, אלא דהוי גמיר מקו"ח מה קרן שאין הנאה להיזיקה חייב שן שיש הנאה להיזיקה לא כ"ש, וכל דבר הלמד בקו"ח או במה הצד הוי ככתוב מפורש בתורה דכל דבר הלמד באחת מי"ג מדות הוי כנכתב מפורש, ולכן אפי' לא הי' נכתב פשיטא שדינו הי' כאב והוצרך לומר דלא הרי השור וכו' דלא מצית למילף מקו"ח אבל אי הו"מ למילף ודאי דדינו הוא כאב ממש כיון שלאו מכח תולדה ילפינן אותו רק מכח קו"ח וככתוב מפורש דאי, ועיין ברש"י (ב"ק ד"ג) בד"ה וזה אב לנזקין דאפי' דבר הנלמד מדיוקא דקרא נמי הוי אב:

סעיף י"ט **במחבר** כיצד שור האמור בתורה כו' או רבצה על כלים ושברתן, הנה ברש"י ריש ב"ק בד"ה רביצה כתב והלכה ורבצה עליהן כדי לשבח, הרי דהתנה תנאי דדוקא שרבצה כדי לשברן הוי תולדה דקרן אבל כשרבצה עליהם להנאתה וממילא שברתן לא הוה תולדה דקרן, ולפ"ז יש להבין למה לא הזכיר המחבר לתנאי זה, ונראה דבאמת קשה על רש"י והא הרא"ש בספ"ק דב"ק גבי כלבא דאכל אימרי רברבי כתב דכל מה דלאו אורחי' אע"ג דיש הנאה להיזיקה הוי תולדה דקרן ע"ש, וא"כ מה דייק רש"י ברביצה דכוונתה הי' כבי לשברן הא אפי' אם רבצה להנאתה נמי הוי תולדה דקרן כיון דלאו אורחא לרבוץ על כלים, ונ"ל דתנאי דכוונתו להזיק ודאי בעינן לגבי קרן דזהו התר והסימן העקריי של קרן וכדאמרינן בש"ס שם מ"ש קרן דכונתו להזיק, אלא דכל היכא דכוונתו להזיק אם ממילא יש הנאה להיזיקה נמי הוי קרן, והתם נמי גבי אימרא רברבי אע"ג דיש הנאה להזיקה מ"מ ודאי דכוונתו להזיק, דאי לא נתכוון להזיק להנאתו לא הי' עושה דבר משונה כזו ולאכול אמרא רברבי דלאו אורחא הוא כלל, אלא משום שכוונתו להזיק יצרו תקפו כ"כ לעשות דבר היוצא מהרגלו, והנה רבים הבינו דאם אך יש הנאה להיזיקה אז אין כוונתו להזיק ורק להנאתה תעשה כן, אבל זה אינו דודאי יש דברים שיש

הנאה להיזיקה ובכ"ז ודאי דכוונתה היתה להזיק ולא להנאתה, וכגון זה גופא בכלבי דאכל אימרא רברבי וכן כל דבר משונה שבודאי להנאתה לא היתה עושה דבר דלאו אורחא ובע"כ שכוונתה להזיק ואלא שממילא יש גם הנאה להיזיקה, ולפ"ז מיושב דברי רש"י במה שדייק דכוונתה היתה כדי לשברן דודאי שבלא זה לא הוה תולדה דקרן, ואיה"נ אי ממילא היתה לה הנאה מרביצה הזאת נמי הוה קרן, ורק בא להורות שתחלת הכוונה יהי' דוקא כדי לשברן משא"כ אם תחלת כוונת הרביצה היתה לצורך הנאתה אין זה קרן, דתנאי הראשיי שבקרן הוא כדי שיהי' כוונתו להזיק ועל ההנאה באמת לא משגחינן דגם אם יש הנאה כיון שתחלת הכוונה הי' כדי להזיק הוה קרן ודמיא ממש להנך דאימרי רברבי ואם כי הדבר פשוט וברור הארכתי בזה מפני שראיתי בתוס' (ב"ק דט"ו) על מה שאמרו שם בש"ס והשתא דאמר ר"פ פלגא נזקא ממונא הני כלבי דאכלי אימרא רברבי כו' וכתבו בתוד"ה והשתא וז"ל אבל למ"ד פ"נ קנסא הוי זה תולדה דקרן דתרווייהו משונים הם אע"ג דקרן כוונתו להזיק עכ"ל, הרי להדיא מדבריהם שהבינו דבאימרי רברבי הוי אין כוונתו להזיק ואפ"ה הוי תולדה דקרן משום דמשונה ותנאי דמשונה לחוד סגי לעשותה לתולדה דקרן אע"ג דאין כוונתו להזיק, והבינו כן מדהוי זה יש הנאה להיזיקה מכלל דודאי להנאתה עשתה כן ואין כוונתה להזיק אבל זהו דברים תמוהים מאוד לומר דאפי' כשאין כוונתה להזיק יהיה זה קרן דהא בכל הסוגיא מוכח דתנאי הראשיי של קרן שיהי' כוונתו להזיק וכמ"ש קרן שכוונתו להזיק וכן שם פריך מה לקרן שכוונתו להזיק, וגם הוכחת התוס' לזה שהבינו דיש הנאה להזיקו ואין כוונתו להזיק חד הוא הוא דמדיש הנאה מכלל שאין כוונתו להזיק אלא להנאה עשה כן, אין זה מוכח כלל ואין זה ענין זל"ז, דיש שכוונתו להזיק וממילא יש נמי הנאה להיזיקה, וגם בדברי רש"י שם רפ"ק דב"ק להדיא כן, דבד"ה בעיטה כתב וז"ל ואהכי הוה תולדה דקרן דכוונתה להזיק כי קרן ואין הנאה להזיקה כי קרן ואין הזיקה מצוי תדיר עכ"ל, הרי להדיא שחשיב כוונתו להזיק ויש הנאה להזיקה לשני ענינים, ואילו להבנת התוס' ענין אחד הוא דמפני שכוונתו להזיק מכלל דא הנאה להזיקה והיינו הך, ולפ"ז יהי' הדין דכלבא דאכל אימרא רברבי חייב ח"נ אפי' למ"ד פ"נ ממונא נמי ואע"ג דתוס' שם כתבו דלמ"ד זה לא מחייב כלל דמהי תיתי דלקרן לא דמי דקרן אורחי' הוא וזה משונה הוא ע"ש, ואמנם כ"ז הוא להבנתם דהתם הוה אין כוונתו להזיק, ולכן בשלמא למ"ד פלגא נזקא קנסא מיהא דמי לחד צד לקרן דבתרווייהו הוה משונה, אבל למ"ד פ"נ ממונא לא דמי בשום צד לקרן דהכא הוה יש הנאה להזיקה ומשונה ואילו קרן הוה אורחא וכוונתו להזיק, אבל למ"ש דגם התם הוה כוונתו להזיק מדעשה דבר המשונה כ"כ ודאי שכוונתו

להזיק א"כ אכתי דמי לקרן בחד צד דבשניהם הוה כוונתו להזיק ושפיר אתיא מקרן, היוצא לנו מזה פלוגתא דרבוותא דרש"י והרא"ש ונמוק"י סברי דיש הנאה להזיקה אין זה ענין אחד עם כוונתו להזיק, דמשכחת שיהי' כוונתו להזיק וגם שיהי' הנאה להיזק זה ולכן דייקו לכתוב בעובדא דכלבא דאכל אימרא רברבי להוכיח מהתם שרק ביש הנאה להזיקה חייב נמי מטעם קרן כל דבר המשונה אבל שיהא חייב אפי' אם אין כוונתו להזיק לא שמעת מינה דגם התם הוה כוונתו להזיק משא"כ התוס' דסברי דביש הנאה להזיקה הוה ודאי אין כוונתו להזיק דייקו לכתוב שגם אם אין כוונתו להזיק נמי שמעת מהתם דחייב מטעם קרן, וניחא דברי המחבר שלא הזכיר כאן התנאי דרבצה כדי לשברן משום דאזיל בשי' התוס' דסברי שאפי' אין כוונתו להזיק נמי חייב, ואין תלמיד כמוני מכריע, דלענ"ד רהיטת כל הסוגיא מוכחת יותר כרש"י וכמ"ש, וראה זה פלא דבסמוך התם ברש"י ד"ה הני אין הזיקן מצוי כתב וז"ל הלכך תולדה דקרן הם דאין הזיקו מצוי ואין הנאה להזיקו ומשלמי ח"נ כקרן עכ"ל, הרי דלא זכר באמת דבעי' ברביצה כוונתו להזיק, לכאורה מרש"י זה מוכח דסובר נמי כתוס' דאפי' אין כוונתו להזיק נמי הוי קרן, אבל אי"א לומר כן דהא ברש"י דלעיל כתב להדיא דרביצה הוא אם רבצה עליהן כדי לשברן, אלא דהאמת יורה דרכו דלעיל שם דחשיב הש"ס במה היא תולדה דקרן וכשרצה לסיים ולהראות במה היא חשובה לתולדה דקרן, חשיב כוונתו להזיק שזהו באמת התנאי הראשיי לקרן אבל לבתר הכי בסמוך דקאי התם לתרץ מפני מה לא הוה רביצה תולדה דרגל, דהש"ס רצה לומר דרביצה יהיה תולדה דרגל ויהי' חייב נ"ש, וע"ז בא לחלק דאינו דומה לרגל, לא שייך להזכיר התם כוונתו להזיק דאדרבה סברא דכוונתו להזיק הי' צריך לגרום חומרא ולשלם יותר ואיך אתה רוצה לפטרו מנזק שלם משו"ה ולהכי לא הזכיר התם, כ"א הדברים שעושים וגורמים הקולא שבקרן שמשו"ה אין משלם כ"א ח"נ והדברים שעושים הקולא הם אין הנאה להזיקה ואין הזיקו מצוי, אבל כוונתו להזיק אדרבה צריך לגרום חומרא, והכי מדויק לשון רש"י דהתם דמסיים שם אין הנאה ואין הדקה מצוי ומשלמי ח"נ כקרן, פ' דמשום דיש בה שני קולות הללו דאין הנאה ואין הזיקה מצוי יש בה נמי קולא זאת שאינה משלמה כ"א ח"נ וז"ב בעזה"י:

**סימן שצ**

סעיף א' **במחבר** בשליף שעליה כו' או במשוי שעליו, עיין בתוס' (רפ"ב דב"ק) ד"ה וחמור שהקשו למאי הוצרך למיתני זה הא נוכל לידע זה משליף שעליה ותי' כיון שאין משאו של חמור מהודק ורחוק הוא מן הגוף וסד"א דלא ליהוי כגופו ע"ש, ובזה יתיישב לי אידך קושיא של תוס' (די"ז ע"ב) בד"ה סד"א דאמאי לא תני התנא תולדות

בשן כמו ששנה ברגל ע"ש, ובזה ניחא דתולדות דשן היינו טינפה פירות או נתחככה בכותל להנאתה שעשתה ההיזק בגופה ממש כמו האב עצמו ולא איצטריך כלל למיתני דפשיטא הוא דחייב בהן כמו האב עצמו דמ"ש, משא"כ תולדות דרגל דהיינו הזיקה בשליף ובפרומביא שההיזק בא לא מגופו ממש ולכן הו"א דפטור דאינו דומה לאב שהזיקה בגופה לזה הוצרך לאשמעי' דאפ"ה גם בזה חייב, תדע דתולדות דרגל נמי קתני שני דברים הדומין זל"ז, בשליף שעליה וחמור במשאו שלכאורה לא הוה צריך למיתני תרווייהו הא נוכל לידע חמור במשאו משליף שעליה כקושית התוס' ואפ"ה תני לה משום דלא הוי ילפי' זה משליף משום דרחוק הוא מן הגוף, הרי דאע"ג דכבר תנא שליף שעליה דמינה ידעינן דאע"ג שלא מגופו קא מזיק חייב, אפ"ה איצטריך למיתני חמור במשאו נמי משום דרחוק הוא מעט יותר מן הגוף, כ"ש אי לא תנא כלל התולדות ודאי דהוה ס"ד דפטור כיון שלא בא מגופו וז"ב:

סעיף ב' **במחבר** כשכשה בזנבה כו', בלשון הש"ס (ב"ק די"ט) הכי איתא כשכשה באמתא מהו כו' או דלמא קרן כוונתו להזיק הא אין כוונתה להזיק לכאורה יש להקשות מכאן על מ"ש התוס' שם (דט"ו ע"ב) דכל היכי דמשונה אע"ג דאין כוונתו להזיק הוה נמי קרן הבאתיו בסימן הקודם וא"כ מאי הוי הכא כי אין כוונתו להזיק ס"ם כיון דלאו אורחי' הוא הוה קרן, וכ' תימא דהכא הוה כאורחי' א"כ מ"ט דתלי זה באין כוונתו להזיק כיון דזה אין נ"מ, והכי הול"ל או דלמא קרן משונה והכא הוה אורחי', ואכן מפי' הרא"ש שם למדתי יישוב לזה דהרא"ש כתב וז"ל או דלמא הכא אין כוונתו להזיק לא דמי לקרן הלכך הוי כרגל דכיון דאין כוונתו להזיק א"כ למה תעשה כשכוש זה אלא דאורחי' בכך עכ"ל, הרי דהוצרך לומר דאין כוונתו להזיק לא משום דמשו"ה לא דמי לקרן דזה אינו ואפי' באין כוונתו להזיק נמי י"ל דדמי לקרן, רק משום דכיון דאין כוונתו להזיק מוכח דאורחי' הוא דאל"ה למה תעשה כך, ועמ"ש בסי' הקודם דרוב הפוסקים חולקים בלא"ה על תוס' ודו"ק:

סעיף ג' **במחבר** כל תולדה כאב חוץ מח"נ צרורות, ודבר זה הלל"מ, ומשמע דסובר דההלכה הוא לח"נ, והנה בש"ס (רפ"ק דב"ק) קאמר דתולדותיהן לאו כיוצא בהן דקאמר ר"פ בחצי נזק צרורות הוא דהלכתא גמירי לה דממונא הוא, וכתב רש"י וז"ל בח"נ צרורות דקיי"ל דהלכתא גמירי לה למשה מסיני דממונא הוא ולא קנס ואע"ג דפ"נ של נגיחה הוי קנס האי פלגא נזקא הוי ממונא וכו' ע"ש, הרי שפי' דההלכתא הי' ע"ז דממונא הוא, וכבר הרעישו עליו הראשונים והאחרונים ובשמ"ק כתב שקושיא שאין עליו תירוץ הוא דהא התם אליבא דרב פפא קיימינן ואיהו הא סובר דגם פלגא נזקא דקרן הוי ממונא וא"כ

למה הוצרך ע"ז ההלכתא לח"נ צרורות, ולכן מחקו מן הש"ס דהלכתא גמירי דממונא הוא, ולא גרסי כ"א דהלכתא גמירי לה, ופי' דההלכתא איצטריך לחצי נזק, פי' שאינו משלם יותר מחצי נזק וגם בכוונת רש"י מפרשי דודאי ההלכה לא איצטריך אלא אחצי נזק, והא דכתב רש"י דממונא הוא בא ליתן טעם למה אינו נחשב תולדה דקרן מאחר שאינו משלם אלא ח"נ, ע"ז כתב דהיינו משום דממונא הוא וכדמסיק הש"ס שם האי פלגא נזקא ממונא הוא והלכך לאו תולדה דקרן הוא אלא דרגל, והא דמסיק רש"י אח"כ דמשו"ה הוי תולדה דרגל דמכח הרגל אתי, לפ"ז יהי' הכוונה כן דמשום דהוי ממונא, הוא נתינת טעם למה שאינו תולדה דקרן, אבל אכתי הא לרגל נמי לא דמי דרגל כולה נזק משלם וזה ח"נ, וא"כ הוה לה להיות תולדה בפני עצמה ואמאי קרי לה תולדה דרגל, ע"ז נותן טעם משום דמכח רגל קאתי, אכן לבד שתחלת לשין רש"י מ"ש דהלכתא גמירי דממונא ולא קנס משמע דההלכה בא דממונא ולא קנס, לענ"ד עוד אפשר להוכיח דרש"י לשיטתו בע"כ הוכרח לפרש כן דההלכה הוא רק לממונא לחוד ולא על ח"נ, דהא בב"ק די"ז ע"ב קאמר הש"ס אי כחו הוא כגופו כולה נזק בעי שלומי ואי לאו כגופו אפי' ח"נ נמי לא ומשני דלעולם כגופו דמי וח"נ צרורות הלכתא גמירי לה, ורש"י שם בד"ה ח"נ נמי לא פי' דהא לא מצינו כאורחא דמשלם ח"נ ומשמע מזה דאי הוה מצינו לפעמים שגם בדבר שאורחי' משלם ח"נ אע"ג דיש דברים נמי שמשלמים נזק שלם מ"מ כיון דיש נמי כאורחי' דאינו משלם כ"א ח"נ לא הוי קשה לן מצרורות דהוה סברא לומר דעכ"פ כיון שכחו הוא רק ח"נ הוא דמשלם, ורק עיקר הקושיא הוא משום דכאורחי' לא מצינו ח"נ, וא"כ יקשה לרב פפא דס"ל דפלגא נזקא ממונא הוא א"כ סובר דקרן נמי הוי אורחי' וכמ"ש התוס' בב"ק דט"ו ע"ב דלר"פ הוה קרן אורחי' והרי מצינו שגם באורחי' משלם ח"נ וא"כ לא איצטריך לר"פ ההלכתא לח"נ דהא ודאי שבלא ההלכתא הוה ידעי' נמי דח"נ הוא כיון דמצינן שגם בכאורחי' ח"נ ובע"כ דלר"פ ההלכה לממונא הוא דאתי, הן אמנם דראיה זאת יש לדחות די"ל דהא דאמרי' דלר"פ הוה ממונא משום דאורחי' הוא, אינו דומה לאורחא דשן ורגל דאורחא דשן ורגל הוה אורחי' ממש כיון שאורחי' ליילך לשוק ואם תמצא כלים דכך הלוכה ודאי שתזיק אותם, משא"כ לנגוח, אטו נוכל לומר שדרכם של כל שוורים לנגוח הא חזינן כמה וכמה שוורים שאינם נוגחים ורוב שוורים אינם נוגחים, אע"כ ה"פ דכל זמן שלא נגח השור לא אמרי' שדרכו לנגוח אלא דאם נגח אז אמרי' שאין זה דבר המשונה משום דיש בטבע השור גם לנגוח, ובזה פליגי דמ"ד קנסא סובר דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי ואין בטבעם כלל לנגוח ואם אירע שנגח עשה בזה דבר המשונה ויוצא מטבעו ומאן דאמר ממונא סובר לאו בחזקת שימור פירוש

שנמצא בטבע השור גם הטבע לנגוח ואם נגח לא הוה משונה אבל זה ודאי לא אמרינן דאורחי' הוא לנגוח כמו שאורחי' לילך בשוק ולשבור לים דרך הלוכו, ומיושב הלשון שאומר ר"פ לאו בחזקת שימור קיימי ולא אמר בחזקת לאו בימור קיימי משום דבאמת זה אינו דודאי שאינם עומדים בחזקת נגחנים וכל זמן שלא נגח לא מחזקינן לי' לנגחן רק דאם נגח לא אמרי' שעשה דבר המשונה, ויישבתי בזה קושית השמ"ק דלר"פ דאמר ממונא א"כ מאי חילוק יש בין קרן לשן ורגל דבשן ורגל לא חסה התורה ובפעם הראשון נמי משלם נ"ש, ולמה חסה בקרן ע"ש, ולמ"ש א"ש דבשן ורגל כיון דכל בהמה ודאי יוצאת בשוק ואין בה דעת שלא תשבור מה שתחת רגליה ובודאי תזיק והו"ל לאסוקי אדעתו, להכי חייב נ"ש, משא"כ בקרן דכל זמן שלא נגח לא הו"ל כ"כ לאסוקי אדעתו ולהכי חסה התורה עליו שלא ישלם כ"א ח"נ, וא"כ י"ל דכוונת רש"י הוא דלא מצינו באורחי' כהאי דהוה אורחי' ממש דמשלם ח"נ, וא"כ גם לר"פ איצטריך ההלכתא לח"נ דהא לא מצינו כאורחי' ממש כמו צרורות שהוא אורחי' כמו רגל שבא בדרך הלוכו דישלם ח"נ ואע"ג דבקרן משלם ח"נ היינו משום דלאו אורחי' ממש אלא דלא הוה משונה וכמ"ש וזה ברור מאוד ונדחה הראיה שכתבתי, מ"מ אכתי גם בלא ראיה מן החוץ נמי אין נוח לי לפרש ברש"י דההלכה הוא לממונא וכמ"ש, וא"כ עלינו לתרץ הקושיא כיון דהכא לר"פ קיימינן דסובר פ"נ ממונא ולמה איצטריך לפ"ז ההלכה לצרורות:

**ואמנם** אחר העיון והדיוק בדברי רש"י אפשר למצוא פתרון ילחדה סתומה זאת, והוא דבב"ק דס"ו טל מ"ש ר"פ פ"נ ממונא פרש"י דנ"מ דאי מודה ואח"כ באו עדים לא מיפטר, והמפרשים צווחו ע"ז מי הכריח לרש"י לפרש במודה ואח"כ באו עדים דבזהו הוי פלוגתא בב"ק דע"ה אי מיפטר ולא פי' במודה מעצמו ממש ולא באו עדים אח"כ דהוי נמי פטור, ומפני חומר הנושא נ"ל להסביר ולתת טעם בזה, דלפמ"ש דודאי שגם לר"פ שסובר דסתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימא, אין הפירוש שסתם שוורים הוחזקו לנגחנים דא"א לומר הכי דהא חזינן במציאות שאין הדבר כן ועוד דאי נימא שרובם עלולים לנגוח א"כ בדלא אייעד למה חסה התורה שלא לשלם כ"א ח"נ מ"ש אייעד מלא אייעד כיון דרוב שוורים הוחזק לנגוח הוי זה כמו אייעד, א"ו דבאמת רוב שוורים לא הוחזקו לנגוח אלא דאם נגח אז אמרי' שאין זה משונה וכמ"ש, והיינו דוקא בדלא אייעד אבל בדאייעד הוחזק נגחן, וכיון שגם לר"פ סתם לא הוי בחזקת נגחן א"כ לא נוכל לומר דמה שמשלם הוי זה ממון ממש דומה לנזקי שן ורגל כיון דאינו דומה להם דבשן ורגל הוחזק לכך ובזה לא הוחזק וכיון שאינו בחזקת נגחן לא הו"ל כ"כ לאסוקי אדעתו, אע"כ שגם לדידי' נדנוד קנס יש בזה, רק כיון שאינו משונה לגמרי וקצת הו"ל לאסוקי אדעתו

משו"ה לקנס ממש נמי לא דמי, ולהכי הכריע רש"י כן דלענין מודה מעצמו ממש כיון דהודאה גמורה היא וליכא למימר בזה דמשום ביעתותא דעדים הודה, דומה הוא לקנס ליפטר בהודאה אבל במודה ואח"כ באו עדים שבזה יש מקום לחייבו עפ"י דין מטעם הגדת העדים, ובשגם די"ל דמשום ביעתותא דעדים שהי' יודע שיש עדים ויבואו להעיד ומשו"ה אידי, ונהי דבקנס גמור גם בכה"ג נמי פטור, מ"מ פלגא נזקא שלא דמי לקנס ממש חייב בכה"ג, וגדולה מזה מצינו בשמ"ק שהביא בשם הראב"ד ז"ל שח"נ של תם משלם עפ"י עצמו ואינו דומה לשאר קנסות דאמרי' בו מודה ומפטר הרי דסובר שבח"נ לא אמרי' בו מודה ומפטר כל עיקר, ואם כי דבריו מרפסין איגרי ותמהו עליו מסוגיא דב"ק דט"ו דהקשה שם למ"ד קנסא ממה שאמרו המית שורי וכו' וכן בפ' דו"ה אי תם הוי מודינא ומפטרינא, ובשמ"ק המתיק את הדינין בזה וכתב ליישב ולחלק שבפלגא נזקא הב"ד אומרים לו שלם אלא שאין כופין אותו ובשארי קנסות אין אומרים לו שלם כלל ע"ש, עכ"פ ראינו שגם הראב"ד לא השוה קנס דח"נ לשאר קנסות, ובשמ"ק הביא שם עוד כמה נ"מ וחלוקים שבין קנס דא"נ לשארי קנסות, וא"כ אין תימה על רש"י שגם הוא נכנס בפשרה זה לחלק גם ברב פפא בין קנס דח"נ לשאר קנסות לענין זה שבשאר קנסות גם אם הודה ואח"כ באו עדים נמי פטור ואילו בפלגא נזקא חייב בכה"ג כשהודה ואח"כ באו עדים אבל במודה מעצמו ממש פטור בפלגא נזקא נמי, ולהכי דייק רש"י דנ"מ במודה ואח"כ באו עדים שלא מיפטר בהודאתו לר"פ אבל בלא באו עדים איה"נ שגם לר"פ פטור בהודאה, ויהי' איך שיהי' הטעם ברש"י עכ"פ זה שפתי רש"י ברור מללו דדוקא במודה ואח"כ באו עדים הוא דפטור לר"פ ומשמע דאילו במודה מעצמו ולא באו עדים אח"כ מהני ההודאה לפטור אפי' לר"פ וא"כ איצטריך שפיר ההלכה בח"נ צרורות דממונא ממש הוא כרגל עצמו ואפי' בהודה ולא באו עדים נמי חייב, ושמא דזהו גופא מה שהכריח ח לרש"י לחלק בזה לר"פ בין מודה מעצמו ולא באו עדים לבאו עדים אח"כ דמשום שלפני הי' הגרסא דהלכתא גמירי לה דממונא הוא כמו שהי' כתוב בכל הספרים קודם שמחקו דרק משום קושיא זאת הוא דמחקו זה וכמ"ש בשמ"ק, ולרש"י לא הי' ניחא לשבש הגרסא ולכן הי' קשה לו דבאמת למה הוצרך ההלכה ע"ז דממונא לר"פ, ומכח זה הוכרח לחלק דפלגא נזקא אם כי ממונא הוא לדידי' אבל לאו ממון ממש הוא ודוקא בבאו עדים אח"כ הוא דחשוב כממון אבל אם לא באו עדים מיפטר בהודאה גם לר"פ ושפיר איצטריך ההלכתא דצרורות הוי ממון גמור לחייב בהודאה לעולם אפי' אם לא באו עדים:

סעיף ה' **במחבר** ויש מי שאומר שהוה"ד לכח כחו, כן העלה הרא"ש (פ"ב דב"ק סי' ב') גבי בעיא דרב אשי דכח כחו לכו"ע ככחו דמי ע"ש, והנה בהגהות הרש"ש הביא ראיה לזה מלשון דמתני' ר"פ כיצד הרגל דרסה על הכלים כו' על הראשון משלם נזק שלם ועל האחרון משלם ח"נ ומדקתני על האחרון ולא קתני על השני משלם ח"נ מכלל דאפי' על כלי שלישי משלם ח"נ, דכוותי' דייק בפ"ג דגיטין דכ"ט מדקתני שליח אחרון ולא תני שליח שני מכלל דשליח דשליח נמי משוי שליח ע"ש שמיישב עוד בזה דזה אתא התנא לאשמעי' בבבא זאת ואין אנו צריכין לדברי הר"י שבתוד"ה דרסה ע"ש, אבל תמה אני על גאון זה איך העלים עיניו מכמה מקראות מפורשים וכמה מקומות שבתלמוד שמראים את ההיפך דגם להשני קרא אחרון וכמ"ש את לאה וילדיה אחרונים ואת רחל ויוסף אחרונים, הרי שקרא לאה וילדיה אחרונים אע"ג שרחל ויוסף אחרונים להם, וכן בפ' שמות והי' אם לא יאמינו לאות הראשין והאמינו להאחרון והי' אם לא יאמינו לשני האותות האלה וגו' הרי שקרא לאות השני אחרון אע"פ שבא אחריו אות המים, ובזוה"ק פ' משפטים על הכתוב ושנאה האיש האחרון דהאיש השני הו"ל למימר אלא כו' וכן בכל זימנין מקדמאה ואילך הכי איקרי אחרון זכו' מנ"ל מבית שני דמיקרי אחרון דכתיב גדול יהי' כבוד הבית האחרון מן הראשון דהא מקדמאה ואילך מיקרי אחרון, וכן עוד מכ"מ בתלמוד מוכח דגם לשני מקרי אחרון, ומההיא דגיטין אין ראיה כמ"ש הרשב"א בתשובה דדוקא היכי דקאמר מקודם ראשון שייך לכתוב על השני אחרון דאחרון הוא לעומת הראשון משא"כ בההיא דגיטין דלא קאמר התם ראשון לא שייך למיתני אחרון כ"א על האחרון ממש ולא על השני, ויותר יפלא שרש"ש עצמו בהגהותיו לנזיר דכ"א כתב נמי הכי וז"ל ומאי אחרון דקתני אמצעי ואיידי דתני ראשון תני אחרון וכו' ובגיטין וכו' משום דלא תני מקודם ראשון עכ"ל, ולפ"ז במתני' דתני על הראשון משלם נ"ש שפיר שייך למתני גם על השני לשון אחרון ואין להוכיח מזה כלל כשיטת הרא"ש ודו"ק: שם **ברמ"א** דרסה על הכלי ולא נשבר ונתגלגל למקום אחר כו' בש"ס ב"ק (דף י"ח) בעי רבא דרסה על הכלי ולא שברן ונתגלגל למקום אחר ושברו מהו בתר מעיקרא אזלי' וגופי' הוא או דלמא בתר תבר מנא אזלי' וצרורות נינהו תפשוט לי' מדרבה דאמר זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור דאמרי' מנא תבירא כו' וכתבו תוס' ונראה דאם זרק אבן או חץ ובא אחר ושברו דפשיטא דחייב ולא שייך כאן מנא תבירא תבר דאי' אזלי' נמי הכא בתר מעיקרא לא משכחת בצרורות ח"נ וסברא פשוטה הוא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עצמו עכ"ל, והחילוק שביניהם הוא משום דבזורק כלי עושה מעשה בגוף הכלי להכי חשבינן לי' כאילו שברו משא"כ בזורק אבן דעדיין לא עשה

שום מעשה בגוף הכלי, וכ"כ הב"ח לעיל סי' שפ"ו, והנה הרא"ש בפ"ק דב"ק סי' ב' כתב ומסקינן דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דחייב ואע"ג דגבי דרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר אסיקצא לעיל כרבה דבתר מעיקרא אזלינן הכא לא אזלי' בתר מעיקרא אלא בתר המקום שנעשה בו הנזק דגלי קרא ברגל ובער בשדה אחר והביעור הי' בחצר הניזק ע"ש, ולכאורה הי' נראה לדייק מלשון הרא"ש הללו דלא ס"ל כדברי התוס' לחלק בין זורק אבן לזורק הכלי עצמו דאם איתא דסובר כתוס' א"כ לא הוה מקשה מידי מהא דדרסה על הכלי על הדין דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דהא החילוק ביניהם פשוט דשאני התם דזורק הכלי גופה ובהא הוא דאזלי' בתר מעיקרא, משא"כ בהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דזרק הצרורות בזה לא אזלי' בתר מעיקרא דא"כ לא משכחת צרורות וכמ"ש התוס' אע"כ דלא ס"ל להרא"ש לחלק בזה וכן הבינו מדבריו הישי"ש שם סי' ד' ובקצוה"ח כאן דהרא"ש פליג בזה על תוס', אלא שנחלקו בזה הישי"ש וקצוה"ח, דהישי"ש הכריע אהנכה כתוס' וקצוה"ח רוצה לפסוק כרא"ש, ולענ"ד אי משום הא לא איריא ואין הכרח לומר דרא"ש פליג על סברת התוס' שהיא סברא אלמתא וברורה וכמ"ש התוס' דסברא פשוטה הוא דאל"ה לא משכחת צרורות, ואפ"ה שפיר קשיא לי' לרא"ש, דהא הדין דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י כולל שני דברים, א) שהתיז אבן ברה"ר והזיק לכלי שהי' עומד ברה"י, ב) שהתיז כלי שהיתה עומדת ברה"ר ומחמת כח הדריסה נתגלגלה לרה"י ונשברה שם, ובירושלמי (פ"ב דב"ק סוף הלכה א') מפורש בהתיז והזיק באופן כזה וכמו שאמר שם היתה טבלא מונחת ברה"ר דרסה עליה והתיזה והלכה ונשתברה ברה"י ע"ש, ועל שני האופנים מסיק בש"ס דחייב וא"כ שפיר יהי' קושית הרא"ש מהתיז והזיק באופן השני שהכלי עצמה שהתיז עליה ברה"ר הלכה ונשתברה ברה"י דבאופן זה עשה מעשה בגוף הכלי ודמיא ממש להא דרבה דזרק כלי ובא אחר ושברו ואפ"ה לא אזלי' בתר מעיקרא כמו בדין דרבה ושפיר הקשה, ובע"כ צריך לחלק כהרא"ש, אלא דלפמ"ש דהדין דהתיז ברה"ר והזיק ברה"י כולל שני דברים, לפ"ז מה שמסקינן התם דחייב החיוב בזה יכלול נמי שני דברים וחיובים שאינן שווים, דבאופן הראשון כשהתיז אבן והזיק לכלי שברה"י נהי דלענין עצם החיוב אזלינן בתר מקום שנעשה בו ההיזק וכמ"ש הרא"ש דגלי קרא ברגל ובער בשדה אחר ושפיר חייב ועמ"ש לעיל בסי' שפ"ט אבל אינו חייב יותר מח"נ כדין צרורות ברה"י דהכא לא שייך לומר דאזלי' בתר מעיקרא וההיזק בגופו נעשה כיון דבגוף הכלי הניזוק לא נעשה שום מעשה וכחלוקו של תוס' דבזורק אבן לא אזלי' בתר מעיקרא, משא"כ באופן השני דעצם הכלי כשהתיזה נתגלגלה לרה"י ושם נשברה כיון דנעשה מעשה בגופו של כלי הנשבר אזלי' בתר מעיקרא וכחו

הוא ולא צרורות דדמיא ממש לבעיא דרבא דדרסה על כלי וכדפשיט לה מההיא דרבה דזרק כלי ודו"ק:

**והנה** דברים מתמיהים טובא ראיתי בס' יה"ת בחדושיו לב"ק דכ"ב בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל אי אשו משום חציו או משום ממונו ופרש"י דאיכא בינייהו דהדליק בגחלת שאינה שלו, ובתוס' השיגוהו ע"ש, ופי' בס' הנ"ל כוונת רש"י עפ"י דברי התוס' שהבאנו בזה לחלק בההיא דרבה בין זורק כלי לזורק חץ, ולפ"ז י"ל דמ"ש רש"י א"ב דהדליק בגחלת שאינו שלו הכי קאמר כגון שהדליק את האש באופן שהאש הי' יכול להזיק ובא חבירו ולקח את האש והדליק את החצר, וא"כ לר' יוחנן דס"ל אשו משום חציו וכמו בזורק חץ לא אזלי' בתר מעיקרא ובתרא חייב ה"נ השני חייב אף דבלא השני הי' יכול גם אשו של ראשון לשרוף את החצר, מ"מ הא בזורק חץ אזלי' בתר בתרא, משא"כ לר"ל כיון דחיוב האש משים ממונו וכיון שהראשון לא שמר גחלתו אף שהאחר קירב את האש והדליקו, מ"מ הא קי"ל דבתר מעיקרא אזלי' בשור ובור ש הזיקו וחייב הראשון והשני פטור, וזהו כוונת רש"י א"ב כגון שהדליק בגחלת שאינה שלו היינו השני שתחלת עשיית הגחלת שי וכלו לשרוף בו את החצר אינו שלו, דלר' יוחנן חייב דחציו הם בחץ לא שייך לומר דבתר מעיקרא אזלי' וחייב השני, ולריש לקיש אף דס"ל אם הדליק בגחלת שאינו שלו נמי חייב היינו דוקא אם לקח משל חבירו אש והדליק בו את החצר אבל כאן שאפי' אם לא הי' זה קירב את האש הי' הבית או החצר יכול לשרוף ע"י מעשה הראשון לכך השני פטור דבתר מעיקרא אזלי' עכ"ד, וכפי הנראה מדבריו שהבין שהחילוק הוא כך, אם אשו משום חציו דהוה אדם המזיק, בזה מחלקי' התוס' בין זרק כלי דבתר מעיקרא אזלי' ובין זורק חץ דאזלי' בתר בסוף משא"כ אי נימא אשו משום ממונו דהוה כמו שורו שהזיק ובמעשה שורו אזלי' הכל בתר מעיקרא, ואמנם דברים הללו לא ניתנו להאמר דהא עיקר הוכחת התוס' דבזורק חץ לא אזלי' בתר מעיקרא משום דאלת"ה לא משכחת לדין דצרורות, דניזל בתר מעיקרא והוה רגל ע"ש בתוס' ולדבריו דבמעשה שורו לעולם בתר מעיקרא אזלי' יקשה קושית התוס' צרורות היכי משכחת ועוד דהא עיקר סברת החילוק שבין זורק כלי לזורק חץ משום דבזורק כלי הרי עביד מעשה בגוף דבר הניזוק משו"ה אזלי' בתר מעיקרא משא"כ בזורק חץ דבגוף דבר הניזוק לא עשה עוד שום מעשה משו"ה אין סברא לומר בתר מעיקרא ולחייב את הראשון וכמ"ש, ועיין מ"ש הט"ז כאן ולטעם זה לא אזלי' בתר מעיקרא כ"א כשההתחלה נעשה בגוף דבר הניזוק אבל אם בגוף דבר הניזוק לא נעשה שום התחלה אין סברא ליזל בתר מעיקרא לחייב את הראשון, וא"כ לסברא זה מה שייך לחלק בין אדם המזיק לשורו שהזיק, ונהפוך הוא

והלא דברים ק"ו השתא למ"ד אשו משום חציו דהוא אדם המזיק שבו מחייבינן יותר מבמעשה בהמתו ואפ"ה אמרי' דכיון דבגוף הניזק לא נעשה שום התחלה לא מחייבינן לראשון, כ"ש במעשה ממונו אם אך ממונו לא עשה התחלה בגוף דבר הניזוק דלא נחייב לראשון, והכא דבהתחלת הדליקה לא נעשה בגוף דבר הניזוק א"כ כי נימא דאשו היה משום ממונו וכאילו שורו שהזיק כ"ש דלא אזלי' הכא בתר מעיקרא דאטו למ"ד אשו משום ממונו הוי עדיף חיובו מלמ"ד אשו משום חציו, לחלוקו של התוס' כך הוא דכי הוי רק חץ לא אזלי' בתר מעיקרא ורק כי הוי בגוף דעדיף מחץ אזלי' בתר מעיקרא, אבל הכא למ"ד דסובר משום ממונו היינו שגם חציו לא הוה וגרע עוד מחציו דאילו בחץ הוה עכ"פ אדם המזיק ואילו הכא לא הוה רק חיוב ממונו כמו שורו וכיון שבחץ לא אזלי' בתר מעיקרא כ"ש במעשה שורו כשעשה מעשה חץ דהיינו שלא עשה שום מעשה בגוף הניזוק דפטור ולכן דברי היה"ת בזה שגבו ממנו:

**ועיין** בקצוה"ח כאן שכתב לחלק ממש ההיפך דלמ"ד אשו משום חציו אזלי' בתר מעיקרא מיהא לשי' הרא"ש דסובר גם בזרק חץ דאזלי' בתר מעיקרא, ולמ"ד אשו משום ממונו אזלי' לכו"ע בתר בסוף ע"ש וגם דבריו לכאורה תמוהים דגם להיפך אי"א לחלק בין משום חציו למשום ממונו דהא כל עיקר הטעם דמ"ד אזלי' בתר מעיקרא היינו משום דהאחרון מנא תבירא תבר וכמ"ש בש"ס (ב"ק דכ"ו) דכיון דבמעשה הראשון הי' מיתבר חשבינן אותה למנא תבירא ואין על מה לחייב לשני, וכיון שכן מה נ"מ מאיזה סבה הוא דנעשה מנא תבירא אם ממעשה חציו או ממעשה שורו ס"ס כיון דכבר עומד הבירה להשרף מפעולת הראשון אין על מה לחייב לשני, אכן לאחר העיון צדקו דבריו דהא הטעם הנאמר בש"ס מנא תבירא תבר אינו כ"א לפטור את השני, דהשני פטור משום דמנא תבירא תבר אבל בחיובו של ראשון לא הוזכר בש"ס כלל, לא על עיקר הדין חייב או פטור, וגם לא שום טעם, ודינו של הראשין תלוי רק בזה אי נימא דבתר מעיקרא אזלי' ונחשב כאילו נגמר ההיזק ובאותה שעה נעשה כל ההיזק חייב מיהא הראשון, ואי בתר בסוף אזלי' שניהם פטורים, הראשון משום שלא גמר את ההיזק והשני משום דמנא תבירא תבר, וכדבריו מוכח להדיא מרמב"ן שכתב דהא דמבעי ברפ"ב דב"ק למיפשט מדרבה היינו דבתר בסוף אזלי' מדקאמר זר דהשני פטור ולא אמר דהראשון חייב ש"מ דס"ל לרבה דהראשון ודאי פטור משום דבתר בסוף אזלי', רק דאפ"ה חשיב כמנא תבירא ופטור אף השני ע"ש שמביא ראיה לדבריו, ולפ"ז נהי דפטור דאחרון ודאי שאין שום נ"מ אם הפעולה הראשונה נעשה ע"י חציו או ע"י ממונו דס"ס כיון דבפעולת הראשון עומד הוא להשרף חשבינן אותו לכבר שרוף, והשני בית השרוף שרף אכן עכ"פ בחיובו

של הראשון שפיר איכא לחלק בזה דלמ"ד אשו משום חציו שפיר אמרי' דנעשה כאילו גמר ההיזק וכמ"ש הנמוק"י דבזורק חץ בע"כ דכל המעשה חשוב בשעה שזרק החץ והמעשה דמכאן ולהבא לא חשבינן כלל דאלת"ה הו"ל למיפטר דאנוס הוא על המעשה דמכאן ולהבא אבל למ"ד אשו משום ממונו והו"ל כממונו הזיק, בזה ודאי לא אזלי' בתר מעיקרא כמו דלא אזלי' בתר מעיקרא בחפר בור עשרה ובא אחר והשלימו לעשרים ואע"ג דהבור כרוי ועומד, הרי דבממונו לא אמרינן הכי ה"נ למ"ד אשו משום ממונו וזה ברור, מיהו בעיקר הדבר מ"ש הקצוה"ח דהרא"ש פליג על תוס' וסובר דגם בזרק חץ אזלי' בתר מעיקרא, אינו מודה לו וכמ"ש לעיל דגם הרא"ש מחלק בין זורק כלי לזורק חץ דבזורק חץ לא אזלינן בתר מעיקרא וכנ"ל:

סעיף ט' **במחבר** כגון סוס שצנף וחמור שנער כו' ותרנגול ששבר כלים ברוח כנפיו או שהושיט ראשו לאויר כלי ותקע בו ושברו כו' הרי דהשוה המחבר אם שבר ברוח כנפיו או ברוח פיו ושניהם הוו צרורות, ולכאורה מהירושלמי לא משמע כן דז"ל הירושלמי בפ"ב דב"ק סוף הלכה ב' הפורח ממקום למקום והזיק בגופו משלם נ"ש ברוח שבין כנפיו משלם חצי נזק סומכוס אומר נ"ש נפח בכליו ושברן משלם נ"ש עכ"ל, והפ"מ מפרש דהחילוק שבין נפח בכליו דלא הוה צרורות וברוח שבכנפיו דהוי צרורות, דדוקא רוח שבין כנפיו הוה צרורות אבל רוח הבא מפיו הוי זה גופו ממש ע"ש, והרי מוכח דהירושלמי מחלק ביניהן ודלא כהמחבר, ואין לומר דהמחבר סמיך על ש"ס דילן דמוכח דגם רוח הבא מפיו הוי נמי צרורות דהא בב"ק די"ח קאמר דבסוס שצנף וחמור שנער אינו משלם אלא ח"נ הרי דברות פיו הוה נמי צרורות ואפי' תרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי דקאמר דמשלם נ"ש היינו משום דאתי כסומכוס כדמוקי לה בש"ס התם אבל לדידן דקי"ל כרבנן אינו משלם אלא ח"נ אפי' בתרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי ושברן ברוח פיו וכהמחבר, דגם לש"ס דילן יקשה על המחבר, דבאמת לא נהירא פי' הפ"מ בירושלמי דהירושלמי מחלק בין שיבר בכנפיו לשיבר ברוח פיו, דלפ"ז צ"ל שיהי' בזה מחלוקת בין תלמודא דידן עם הירושלמי, דמש"ס דילן הא מוכח דאין לחלק בהכי וכמ"ש, ולכן נ"ל לפרש חילוק של הירושלמי באופן אחר, שלא יחלוק עם ש"ס דילן, דהנה בש"ס פריך על דין דתרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי והא משונה הוא ומשני דאית בי' ביזרני, ובשמ"ק שם מביא בשם כמה ראשונים דהשתא דמוקי דאית בה ביזרני א"צ תו לאוקמי דהא דמשלם נ"ש בתרנגול שהושיט ראשו דאתי כסומכוס אלא אפי' כרבנן אתיא דמה שנשבר ברוחו לא הוה זה צרורות אלא גופו ממש, ומה שבחמור שנער וסוס שצנף אינו משלם כ"א חצי נזק היינו משום דהתם לא הכניס ראשו בתוכו של כלי משו"ה לא הוה

אלא צרורות, משא"כ בההיא דרמי בר יחזקאל דמיירי שהתרנגול הכניס ראשו לתוך הכלי הוי זה גופו ממש ולא צרורות ע"ש, ועפ"י חילוק זה יתפרש הירושלמי ברוח שבין כנפיו אינו אלא צרורות, ונפח בכליו דקאמר היינו שהכניס ראשו לכלי ונפח שם, והכי משמע לישנא נפח בכליו ומשו"ה משלם נ"ש דהוי גופו ממש, ולולי דברי המחבר הי' נלע"ד כן להלכה לחלק בין הכניס ראשו הכלי ונפח דהוי גופו משלם נ"ש, ובין נפח בפה בעלמא כמו סוס שנער דאינו משלם אלא ח"נ דאי נימא לחלק כן הושוה ש"ס דילן עם הירושלמי באין מחלוקת, והמחבר כנראה פי' בירושלמי כהפ"מ לחלק בין רוח כנפיו לרוח פיו דברוח פיו הוה כגופו ולכן לא פסק הכי משום דזה מוכח מש"ס דילן דאין לחלק בזה ואפי' ברוח פיו נמי הוי צרורות כדמוכח מסוס שצנף דו"ק:

**ומתוך** הדברים יש לי לתמוה, קצת עמ"ש הב"י (יו"ד סי' קי"ג) להביא ראיה דניפוח הפה מועיל בבישולי עכו"ם דחשיב כגופו וז"ל וניפוח הפה חשיב כגופו כמו דמייתי מתרנגול שתקע בכלי זכוכית כו' ובודאי דכגופו דמי דאל"כ הוי קנסא כדפריך רבא (ב"ק די"ז ע"ב) ואי לאו כגופו ליפטרי' ומסיק דלעולם כגופו דמי ומן הדין כולי' נזק בעי שלומי אלא דח"נ צרורות הלכתא גמירי לן עכ"ל, וכפי הנראה שלא רצה להוכיח דזה הוה גופו ממש דהא מוכיח זה מצרוכות וא"כ למאי הביא מהא דתרנגול שתקע הא בהדיא מסיק רבא דכחו כגופו, ואי דרצה להביא דרוח הוה נמי ככחו, עדיפא הו"ל להביא מתרנגולים ששברו ברוח כנפיהם דאע"ג דלא נפח בפיו אפ"ה הוה זה כחו וחייב מדין צרורות וכ"ש בנפח בפיו דלהפמ"א בשם הירושלמי הוי גופו ממש, ואי"ל דרצה הוכיח דניפוח בפה אין זה כחו אלא גופו ממש ומייתי מתרנגול שתקע דמחייב נ"ש מכלל דהוה גופו ממש, חדא דהא הכא בהכניס ראשו לתוך הכלי דוקא הוא דמחייבינן נ"ש אבל בנפיחה בפה מעלמא לא מחייב באמת כ"א ח"נ כמו סוס שצנף, ועוד דא"כ ל"ל להביא מההיא דרבא דכחו הוה כגופו ויש ליישב ודו"ק, ובעיקר דינו הי' לו להב"י להביא ראיה מירושלמי מפורש בשבת פ"ב הבעיר וכבה בפיו חייב שתים הרי להדיא דהבערה בפיו חשוב כגופו:

סעיף י' **ברמ"א** זהו לשון הרמב"ם אבל אחרים כתבו כו' הרמ"א כאן תניא כמה חלוקים א' בהתיז דבר של בעלים חייב נזק שלם, ב' באם החוט של אחרים בעל החוט חייב ואם הזיק דרך זריקה בעל החוט חייב ג' חלקים, ג' ואם הזיק לאחר שנח בעל החוט חייב הכל, וכל החלוקים הללו נבנו רק על יסוד אחד שלענ"ד יש לפקפק בו הרבה וכמו שאבאר, דבב"ק די"ט כתב רש"י וז"ל אלא מתני' לא מיתוקמא אלא בדאדיי אדויי שזרק התרנגול הדליל ושיבר בזריקתו כלים וכו' ע"ש, ומלשון זה משמע דמיירי שהדליל לא

הי' קשור בעוף אלא שבפריחתו זרקו לדליל על הכלי וכן הוא בדין דאי הדליל הי' קשור לא הוי זה צרורות אלא גופו דכל דבר שהוא קשור לגוף הבהמה או העוף הוה כגופו כמו עגלה מושכת בקרון שם די"ז וכ"כ הישש"ש ברפ"ב דב"ק, אלא דא"כ קשה מ"ש רש"י מיד ואפי' קשרו אדם נמי לא משלם אלא ח"נ בעל התרנגול ואמאי כיון שקשרו א"כ הוה כגופו ונזק שלם צריך לשלומי, ושוב ראיתי בחדושי הרשב"א שם שמכח קושיא זאת דמ"ש מעגלה מושכת בקרון פי' באמת דהכא בדליל לאו משום צרורות חייב ח"נ אלא משום דהוה שינוי וחייב ח"נ כדין קרן ע"ש, אכן לרש"י שפי' להדיא דהחיוב הוא מטעם צרורות יקשה בקשרו מ"ט הוה צרורות ומ"ש מעגלה מושכת בקרון, ושמא י"ל דמיירי שניתר הקשר בשעת הזריקה, ועוי"ל והוא העיקר דבלא"ה יש להבין במ"ש רש"י שזרק הדליל ושיבר בזריקתו, דאין זה סברא דבדליל גופא יזרוק הכלי כיון דדליל היינו חוט או משיכה הנקשר, ודבר רך וקל כזה ודאי שאין בכחה לשבר, ובע"כ דהכי כוונתו דבאות דליל אדיינהו לצרורות על הכלים וכמו שפי' הרע"ב וכיון שכן אין זה דומה לעגלה מושכת בקרון דהתם העגלה גופא הוא שהזיקה וכיון שהיא קשורה לחמור ועובד מכחו הוי כגוף החמור, משא"כ כאן דהדליל גופא לא הזיק אלא שעל ידו זרק צרורות ואותן הצרורות הם שהזיקו והם הרי לא נקשרו לתרנגול, ומעתה ניחזי אנן, ראש דברי הרמ"א בזה כמאן, דהרמ"א כתב הי' חוט או משיכה קשורה ברגליה כו' זרקו ושבר בו משלם ח"נ ומלשון ושבר בו משמע דבדליל גופא הי' השבירה ולא שעל ידו אדייה לצרורות על הכלי, וא"כ דלא כמאן הוא, דלרשב"א ויש"ש בכה"ג שהחוט קשור לא הוה זה צרורות כל עיקר דגופו הוא כמו עגלה מושכת בקרון, ואפי' לרש"י נמי הא עכ"פ בכה"ג ששיבר בדליל גופא גם לרש"י הוה זה גופו, ואחרי שבארנו מה שיש לפקפק בראש דבריו של הרמ"ח נבאר עוד כי גם סוף דבריו וכל החלוקים שכתב תמוהים מאוד:

**והנה** במה שכתבתי לפרש הכוונה ברש"י זכיתי להציל לאותו צדיק מההשגה הגדולה שהשיגו עליו בתוס' ושארי ראשונים דאפי' בדאדייה אדויי שלא נתקל אדם בבורו ואי' א לחייבו מטעם בור, דאכתי לחייבו נזק שלם משום אשו דהוה כאבנו סכינו ומשאו שהניחם בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו בהדי דאזלי, דהאי תרנגול הוי כרוח מצויה ע"ש, ולמ"ש בכוונת רש"י אין זה דמיון לאבנו כו' דהתם הם גופא שהזיקו וכיון שתקלה שלו הזיק שפיר חייב בעל ה אבל הכא בע"כ שהדליל עצמו לא הזיק כלל דאין בכחו לשבר כלים ובע"כ דמיירי שהדליל העלה צרורות והם ששברו את הכלים וכמ"ש, או שע"י הדליל הפיל הכלי בכח במקום שעמדה וע"י כח ההפלה נשתברה או שגררה בחוט הקשור את הכלי ושברה בדרך הלוכה, וא"כ היכי אפשר לדמוי זה לאש, דבאש

עצם האש הוא שעשה את ההיזק אבל הכא שהדליל לא עשה ההיזק בגוף הדליל ורק שעל ידו נפלו צרורות או שנפלה ונשברה ובכן עצם השבירה בא ע"י דבר אחר ורק ע"י כח הדליל הוא בא, ודאי שאין זה אלא צרורות ואין לה שום דמיון לאש שמזיק בגופו וזה ברור, ובזה ניחא, מה שהקשה בשמ"ק על פרש"י מהא דמסיק בב"ק דכ"ב גבי כלב שנטל חררה בעל הגדיש משלם ח"נ פריך ולחייב בעל גחלת אלמא דבעל התקלה נמי חייב, ולמ"ש התם שאני דהגחלת גופא הוא שהזיק ולכן דמי שפיר לאש:

**והנה** קושית התוס' הזה על רש"י ודאי דיש ליישב כמו שכתבתי, אכן הרא"ש למד מדברי התוס' לא רק על הפרט בנוגע לסוגיא זאת דב"ק, אלא שהוסיף עוד לבאר על כל הכלל דצרורות וכתב דהא דצרורות משלם חצי נזק היינו בשהתיזה דבר הפקר אבל אם התיזה ממון שיש לו בעלים משלם נ"ש דצרורות אורחי' הוא והוי כאבנו סכינו ומשאו שהניחם בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו ע"ש, וג"ז יש לדחות בדרך שכתבנו דלא דמי כלל לאשו שהאש בעצמו הוא דמזיק והרוח הוא רק מקרב את האש אל דבר הניזוק אבל עיקר ההיזק עשה האש עצמו, ודכוותי' באבנו סכינו ומשאו האבן עצמו הוא שמזיק מפני כובדו וכן הסכין בחדודו והרוח אינו פועל כ"א לקרבם אל דבר הניזוק משא"כ בצרורות דהצרור עצמו אין בכחו להזיק כלל בלא כח ההתזה ונמצא כי עיקר ההיזק נעשה ע"י כח ההתזה אלא שעושה זה באמצעות הצרור ולכן אין זה בסוג אש כלל ואינו אלא כחו דהוי צרורות ולפ"ז ממילא אזדו כל חדושי הדינים שחידש הרא"ש לפי דרכו והן המה החדושים והחלוקים שהביא הרמ"א כאן דכל החלוקים הוכיח הרא"ש דבדליל שיש לו בעלים חייב אם הזיק דרך הלוכה משום אש דומיא דאבנו סכינו ומשאו שהניחם בראש גגו והזיקו והתרנגול הוי דומיא דרוח מצויה, ואחרי דכל אלו הדינים נבנו רק על יסוד דהוה דומיא דאש, ולמ"ש כיון דנפל היסוד דלא דמי כלל לאש ממילא איתרע כל הבנין ואין בעל החוט חייב כלל כנלע"ד לולי שהרמ"א לא פסק כן ומי ירים ראש נגדו:

**אלא** דלפ"ז יצא לנו חידוש גדול גם בדין דאבנו סכינו ומשאו דחייב ע"ז משום אש, דזה אינו אלא כשכובד האבן או חידודו של הסכין פעלו להזיק גם בלי כח של ההתזה ואלו היו נתקרב האבן אל הכלי גם בלי כח של ההתזה נמי הי' ניזוק שבכה"ג עצם האבן והסכין הם המזיקים ושפיר דמי לאש, משא"כ באופן כזה דאילו הי' נתקרב האבן והסכין אל הכלי בלי כח לא הי' ניזוק הכלי ורק שההיזק בא ע"י ההתזה, גם באבנו סכינו ומשאו פטור, דלא דמי לאש כיון דתקלה שלו לא הזיק כלל ורק הכח שבר בפעולת הרוח הוא שהזיק ועל פעולת הרוח אין לחייב לבעל התקלה, ואף שחידוש גדול הוא משום אחד מהפוסקים לא זכרוהו בכ"ז לולי דמסתפינא הייתי אומר כן להלכה כי ברור הוא בסברא,

וגם יש ראיה לשיטת רש"י דדליל לא הוה כאש מירושלמי פ"ב דב"ק דפריך על דין זה דקשרו אדם ואינו כעושה בור במקום זה ומזיק במקום אחר, הרי דסובר דהחיוב הוא משום בור ולא משום אש ועיין בתורי"ד מ"ש בזה ובחדושנו לקמן סי' תי"ח:

שם **ברמ"א** וכל זה בנקשר מאליו אבל אם קשרו אדם ברגל התרנגול אז הקושר חייב בכל ענין, גם בכאן קיצר הרמ"א ומפרשי השו"ע לבארו, דמקור הדין מימרא דרב הונא הוא (ב"ק די"ח), ורש"י פי' שם דהא דקשרו אדם חייב הקושר דהיינו דוקא בדקנייה בהגבהה ויש לו להאי דליל בעלים, ואכן התוס' הקשו עליו קושיא חזקה דלמה לו לפרש דקנייה הא אפי' לא אגבהיה ולא קנייה נמי הוי כבורו כיון דהוא קשרו, דכל תקלה ברה"ר בורו הוא אף אם לא זכה בו, וגם בשמ"ק הקשה כן על רש"י ותי' משום דמשתמע לי' דהא דמחייב רב הונא להקושר היינו אפי' כלים שהזיק כי ההוא דמתני' דהתם דקאמר ושבר בו את הכלים, ואי לא זכה בו הוה פטר בו את הכלים כדין בור שפטור על כלים, אבל כי קנייה וזכה בו בהגבהה חייב גם על כלים דמשורו למדנו דרב הונא כרב ס"ל דכולם משורו למדנו דתלמידו דרב הוה ע"ש, ותמה אני על השמ"ק היאך כתב דבר כזה על דעת רש"י הא רש"י ז"ל דייק לפרש התם דמיירי שנתקל בו אדם וכוונתו מובנה, דאילו כלים אין לחייבו אפי' אם קשרו משום דבור פטור על כלים, והנראה לי בכוונת רש"י דודאי אם הי' הדליל מונח במקום המוצנע שהתרנגול לא הי' יכול ליקחנו משם והאדם הניחו במקום התורפה חייב אפי' בלא אגבהי' וכמ"ש התוס' והביאו הרמ"א דכיון שהתרנגול לא הי' יכול לקחתו משם ורק במה שהאדם הניחו במקום התורפה מה נקל הי' להתרנגול ליקחנו, ודאי שהאדם חייב משום דהוא עשה את התקלה ורק דהתם מיירי שגם מתחלה הי' מונח במקום התורפה באופן שהתרנגול הי' יכול להיות נקשר בחוט מאליו גם אם לא קשרו האדם, ובכה"ג גם אם הי' קושרו האדם אין לחייבו משום עושה התקלה כיון שגם בלא קשירתו היתה באה התקלה ע"י תרנגול בעצמו אלא שאפ"ה אם הגביהו חייב משום דבור שלו הוא דאזיק ולא משום עושה התקלה ודו"ק כי זה נכון ברש"י:

סעיף י"א **במחבר** ואם החבל חדש ואין עיסה דבוקה בו משונה הוא כו', דין זה מקורו מסוגיית הש"ס ב"ק שם דמוקי לברייתא דתרנגולין שהיו מחטטין בחבל דלי דמשלם נזק שלם, דהיינו אחבל ופריך והא חבל משונה הוא ומשני דמאיס בלישה, והנה דבר תמוה חזינא הכא בס' יה"ת שהקשה דמאי פריך והא חבל משונה דלמא אתיא כר' טרפון דס"ל משונה קרן בחצר הניזק נזק שלם משלם ולכך חייב נ"ש ותי' דהא מחמת שן הוא דבעינן לחייבו על החבל והרי בשן כו"ע סברי דאכל אוכלין שאינן ראוין דהוא פטור ע"ש שמסיים כי זה ברור, ואני תמה אם יצאו דברים הללו מפיו דאטו אם אכל אוכלין שאינן

ראוים פטור, אנן אמרי' דאם אכל אוכלים שאינן ראוים נפקא מכלל שן והויא זה קרן וככל דבר המשונה דהוה קרן וחייב ח"נ כדין קרן תמה, והני אמרי' בב"ק דט"ז להדיא וכן חיה שדרסה ואכלה משלמת ח"נ דכיון דמשונה הוא דינו כקרן דאינה חייבת אלא ח"נ וכ"כ המחבר כאן דאם אין עיסה דבוקה בחבל דמשונה הוא חייב ח"נ ולר' טרפון בכה"ג משלמת נ"ש, דהכי מוכח להדיא מדברי התוס' שם בד"ה וכן חיה דהקשו דלמא אתיא כר' טרפון הרי להדיא דלר"ט באכלה דבר שאין ראוי חייב נ"ש, וא"כ גם בזה ודאי הוא דלר"ט חייב נ"ש אחבל אע"ג שמשונה הוא, אלא דחיובו לא הוה מטעם שן כ"א מטעם קרן והא דלא מוקי באמת כר' טרפון הוא משום קושיא דבסמוך שם והא נשבר דלי קתני וכמ"ש במהדו"ב המהרש"א, אבל באמת מכח קושיא דחבל משונה איה"נ דהו"מ לאוקמי כר"ט:

סעיף י"ב **במחבר** וכן אם נפלו והזיקו שעלייתן לראש הגג פשיעה ואעפ"י שנפילתן אונס כו' תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, מיהו היינו דוקא כשהיו הכלים רחוקים מן הכותל דהי' תחלתו בפשיעה מיהא לענין קפיצה אבל אם הכלים היו סמוכים לכותל ואינן ראוים להשבר ע"י קפיצה פטור בנפילה כיון דליכא כאן גם תחלתו בפשיעה וכמפורש בש"ס שם דדוקא בכה"ג חייב בנפילה וכמ"ש רמ"א בסמוך ואע"ג דכתב רמ"א בלשון וי"א בע"כ דלא לחלוק אלא לפרש דברי המחבר אתי וכן פי' הסמ"ע דהרמ"א מסיים מה שלא פי' המחבר ע"ש, מיהו אכתי יש ביה מקום עיון דאכתי משכחת שיהא חייב בנפילה גם בשהיו הכלים סמוכים לכותל דהא בש"ס אמר רב זביד פעמים שאפי' נפלו נמי חייב משכחת לה בכותל רעוע שבזה הוי פשיעה גם לענין נפילה ע"י נפילת הכותל הרי דבכותל רעוע לא בעינן שיהא הכלים רחוקים ואפי' בסמוכים לכותל נמי חייב כיון דבכאן יהוי פשיעה לענין הנפילה גופה, ואע"ג דהש"ס מקשי עלה סוף סוף לא נפיל הכותל ונפיל אינהו ואכתי תחלתו בפשיעה וס"ב היינו למ"ד תחלתו בפשיעה וס"ב פטור, אבל למ"ד חייב קאי שפיר הדין דבכותל רעוע חייב גם בשהיו סמוכים הכלים, וראיתי אמנם בישו"ש שהקשה באמת למה לא זכרו הפוסקים דלדידן חייב בכותל רעוע בכל אופן, וכתב תו בישו"ש דאין לומר דמשו"ה פטור אפי' לדידן משום דלא בא האונס מחמת הפשיעה דאפי' אם הי' הכותל ברי היה יכול שיפול הכלב והגדי ממנו דהכא הוי הפשיעה מה שלא סתר את הכותל וא"כ בא מחמת הפשיעה דאם היה סותר את הכותל לא היו עולים עליה הכלב והגדי ע"ש, ואכן י"ל בדעת הפוסקים דלמ"ש בב"ק ד"ה דהכותל והאילן דין בור יש להם וא"כ אכתי מאי תחלתו בפשיעה איכא דהא בור פטור על הכלים, והכא מיירי לענין שבירת כלים וכמ"ש המחבר ושברו את הכלים,

אלא דאכתי יש לדון בזה לפמ"ש התוס' (ב"ק ד"ו) דבור המתגלגל אי מזקי בשעת נפילה דמי יותר לאש ולכן אפשר לדון דבר כזה שהולד ומזיק כמו כותל חייב נמי על הכלים, וכ"כ הפמ"א, וח"כ אכתי הוה תחלתו בפשיעה גם לענין נפילה גופא בכותל רעוע והו"ל למחייבו אפי' בהי' הכלים סמוכים אם הכותל רעוע וצ"ע:

**סימן שצא**

סעיף א' **במחבר** שן הוא אב דושלח את בעירה דכתיב בקרא מוקמינן לה נמי כו', עיין בסמ"ע שהגיה במחבר דאב דשן לא מושלח ילפי' אלא מובער, ולזה הי' קשה לו תו מ"ש המחבר מלת אנחי' דהא ובער לשן לחוד אתא ע"ש, והיטב אשר דיבר בזה הט"ז דאשתמיטתי' סוגיא דב"ק דאמרי' שם בהדיא דמושלח משמע שן ומשמע רגל דכתיב משלחי כו' ומשמע שן דכתיב ושן בהמות אשלח ע"ש בט"ז, ואמנם גם הט"ז לא יצא עדיין חובת הביאור השלם דאכתי קשה דנהי דושלח משמע גם שן וגם רגל, מ"מ בלא ובער לא היינו יודעים אי מירי משן או מרגל ורק מדכתיב ובער ידעי' דשן חייב ודאי ואכתי עיקר ילפותא הוא מובער, אכן באמת נ"ל להוכיח מן הסוגיא ומרש"י דעל שן ודאי דקאי ושלח ואפי' אי לא הי' כתיב כ"א קרא דושלח לחוד הוה ידעי' נמי דמירי משן וכמו שאבאר, דבש"ס שם (ד"ג ע"א) האמר ושלח זו הרגל וכה"א משלחי רגל כו' טעמא דכתב רחמנא משלחי רגל השור והחמור הא לא"ה במאי מוקמת לה אי קרן כתיב אי שן כתיב איצטריך סד"א אידי ואידי אשן והא דמכליא קרנא והא דלא מכליא וברש"י ותוס' שם הרבו להקשות דהיכי מצי למימר אידי ואידי אשן והא דמכליא והא דלא מכליא לכתוב חד להיכא דלא מכליא וכ"ש היכא דכליא וכתבו דאי מחד קרא הו"א דאתי להיכא דמכליא ע"ש, ומשמע להדיא מרש"י דאפי' אי הוה כתיב ושלח לחוד הוה מוקמינן נמי למכליא קרנא דוקא, דאי משמעות דושלח הוה לא מכליא א"פ אכתי יקשה דלכתוב ושלא לחוד ולא היינו יכולים לטעות לאוקמי אמכליא, א"ו דגם ושלח לחוד הוה מוקמי' נמי דוקא למכליא ואע"ג ג דלעיל בדבור זה כתב רש"י גופא ושלח אתא לחיובי היכי דלא כליא קרנא, היינו רק השתא דכתיבי תרווייהו מסתבר לאוקמי ושלח ללא מכליא, אבל אי לא הוה כתיב אלא ושלח לחוד הוה מוקמי' למכליא קרנא דוקא, והנה הקושיא מורגשת מעצמה דא"כ מאי קאמר תו והשתא דאוקימנא ארגל שן דלא מכליא מנלן ומשני דומיא דרגל, ופרש"י דהא לא כתיב ובער, והא לשי' רש"י גופא דכי כתיב נמי ושילח לחוד מוקמי' לי' נמי למכליא דוקא א"כ ברגל גופא מנ"ל דלא מכליא נמי דאע"ג דלא כתיב בו ובער, הא ושלח לחוד נמי מוקמי' למכליא דוקא, והרבה דיו שפכו המפרשים בישוב קושיא זאת זה בכה וזה בכה, ונ"ל דרך חדש דהנה באמת בלא

קרא זה דובער נמצא עוד בקרא לשון הבערה לגבי שן כדכתיב ברישא דהאי קרא כי יבער איש שדה או כרם ובירושלמי יליף מזה לעיקר אב דשן, ולכן אי מוקמינן ושלח אשן הוה מפרשינן לי' במכליא קרנא דוקא משום דקאי אכי יבער דכתיב לעיל מיני' וכי יבער ודאי דמכליא קרנא משמע דמצער לגמרי, משא"כ לבתר הכי דמוקמי' לושלח ארגל דברגל לא מצינו לשון ביעור ודאי דמושלח לחוד לא נוכל לפרשו על מכליא, והיינו דכתב רש"י מה רגל לא שנא דהא לא כתיב בו וביער כלומר דלא כתיב בו לשון ביעור דבשלמא אי קאי ושילח אשן שפיר מוקמינן לו למכליא דוקא מדכתיב בו מיהא לשון ביעור דהיינו כי יבער אבל אי קאי ארגל דלא כתיב בו כלל לשון בעור לא מצינן לאוקמי במכליא דושלח לחוד משמע לא מכליא, ובזה מיושב מה שהקשה רעק"א בגהש"ס שם דמה קשיא להו לרש"י ותוס' הא בפשוטו ניחא, דושלח לחוד לא מצי למיכתב דלא היינו יודעים אי מיירי משן אי מרגל משו"ה כתיב ובער לאורוי דמיירי משן ע"ש ולמ"ש ניחא דאפי' אי לא כתיב כ"א ושילח לחוד הוה ידעינן נמי דמיירי משן מדכתיב ברישא דקרא כי יבער איש דהיינו שן כדיליף בירושלמי, ומזה נתיישב לי גם מה שהי' קשה לי על רש"י דמקשה קושיתו רק באוקמתא דאידי ואידי אשן, ולמה לא מקשה הכי נמי באוקמתא דאידי ואידי ארגל, דהיכי מצי למימר אידי ואידי ארגל הא דשלח שלוחו והא דאזלא ממילא, לכתוב ובער לחוד לאזלא ממילא דחייב והוה ידענא דכ"ש שלח שלוחי דהכא לא הו"מ לשנויי דאי כתיב ובער הו"א דאתא להיכא דשלח שלוחי דהא ודאי דמשמעות ובער לא שייך לאוקמי בשלח שלוחי וכדכתב רש"י אח"כ דשן דאזלא ממילא מנלן מדלא כתיב בו ושלח, הרי מוכח דמובער לחוד לא מצי לאוקמי בשלח שלוחי והכא לא שייך תירוצי שכתבתי באוקמתא דאידי ואידי אשן, אכן למ"ש ניחא דהכא לא הו"מ להקשות דלכתוב ובער לחוד דלא היינו יודעים במאי מיירי אי משן אי מרגל, ויותר הי' מסתבר לאוקמי' אשן מדכתיב כי יבער ברישא דקרא, לזה הוכרח לכתוב ושלח לאורויי דמיירי מרגל, ועוד דאי לא כתיב ושלח לא הוה ידעי' דמיירי מנזקי בהמה להכי הוכרח לכתוב ושילח את בעירה לאורויי דבנזקי שור מיירי, ומשו"ה לא קשיא לי' לרש"י כלל באוקמתא דאידי ואידי ארגל ודו"ק, והרי מבואר מכל הסוגיא ופרש"י דשן ודאי מושלח ילפי' ואפי' אי לא הוה כתיב כ"א ושלח לחוד הוי ידעי' מיני' דבע"כ אשן ולא ארגל קאי, והא דבברייתא תני ובער זה השן עכ"פ צ"ל לפי המסקנא וכמ"ש הט"ז וא"ש דברי המחבר בלא הגה ודו"ק היטב כי זה ברור:

שם **במחבר** ונהנית באכילתן כו' לפיכך כל הדומה לזה שמזיק בדבר שהיא נהנית היא תולדה דשן, מלשון המחבר משמע לכאורה דאב או חולדה דשן היינו דוקא אם המזיק

קיבל הנאה מדבר שהזיקה, אבל באמת זה אינו דאם אך נתכוונה ליהנות ולבסוף לא עלתה בידה וכגון שנתכוונה מתחלה לאכול ולא הספיקה לאכול עד שנפל מפיה נמי חייב מטעם שן אעפ"י שלא קיבלה שום הנאה וכמ"ש המ"מ פ"א מנזקי ממון, ומה דאמרי' בש"ס שן יש הנאה להזיקה לא על פרטי התולדות קאי זה כ"א על האב, וכוונתו דהאב של שן כמ"ש בתורה ובער בשדה היינו כשירדה לאכול בשדה חבירו וכוונתה לצורך הנאה ולא להזיק ולכן כל פעולה הנעשית לשם הנאה הוי שן ואף אם לבסוף לא עלתה חפצה בידה ליהנות אפ"ה כיון דכוונת ההיזק נעשה לשם הנאה ולא לשם היזק הוי זה שן, וראיה דהכוונה בש"ס כן הוא, דבריש ב"ק קאמר מכדי נשיכה תולדה דשן הוא ומשני לא שן יש הנאה להיזיקה, הא אין הנאה להיזיקה וקשה לכאורה הא הרא"ש והנמוק"י כתבו דגם אם יש הנאה להיזיקה חייב נמי בקרן וכמו שמוכח מהך דכלבא דאכל אימרי רברבי וכן כל דבר שאין דרכה לאכול וגם אנכי הוכחתי בסמוך דגם בכל תולדות דקרן חייב אפי' כשיש ממילא הנאה להזיקה, א"כ מאי פסיקא התם להש"ס דקרן אין הנאה להזיקה הא אפי' כשיש הנאה נמי חייב, אע"כ דהכוונה הוא כמ"ש דמ"ש קרן אין הנאה להזיקה לא על פרטי התולדות קאי זה כ"א על האב וכוונתו דהאב שהוא הנגיחה בקרן כוונתו אינו לשום הנאה כ"א להזיק, ה"נ כל דבר שכוונתו להזיק הוה תולדה ואפי' אם ממילא יש נמי הנאה לא גרע מחמת זה ודכויתה לגבי שן כל פעולה שנעשית מתחילה לשם הנאה אף אם לבסוף לא קיבלה הנאה מ"מ כיון שמתחילה נעשית לא לשם היזק כ"א לשם הנאה הוה שן וזה ברור ועמ"ש לעיל סי' שפ"ט:

סעיף ג' **במחבר** אכלה פת הוי אורחא, בש"ס דב"ק די"ט פריך ופת אורחי' הוא ורמינהו אכלה פת כו' משלם ח"נ מאי לאו בבהמה כו' ואבע"א לעולם בבהמה ובפתורא ופרש"י פת שעל השולחן דזה הוה שינוי דזה הוה שינוי לקפוץ ע"ג השולחן, ומזה הקשה בלחם משנה (פ"ג מהלכות נזקי ממון) על כל הפוסקים שסתמו לכתוב דפת בבהמה הוה אורחא ולא הזכירו החילוק דבפתורא הוה שינוי, ונ"ל ליישב דלהפוסקים לשיטתייהו א"ש, דשם בש"ס איתא בהמה ברה"ר הלכה ואכלה פטורה עמדה ואכלה חייבת ופריך מ"ש הלכה דאורחא הוא עמדה נמי אורחא הוא ואמר רבא בקופצת ופרש"י דקפיצה הוי שינוי ותולדה דקרן הוא וחייב דקאמר היינו ח"נ והרי"ף ורמב"ם כתבו דקופצת נמי משלם נ"ש והיינו כמ"ש הרא"ש לדעתם דסברי דקופצת לא הוי שינוי דכיון דאורחא למיכל אורחא נמי לקפוץ וכדאמרי' התם בעובדא דההוא ברחא דחזא ליפתא אפומא דדנא אכלה לליפתא ותברה לדנא חייבי' רבא אליפתא ואדנא נזק שלם מ"ט כיון דאורחי' למיכל אורחא נמי לסרוכי ולמיסלק וכמבואר נמי במחבר בסמוך סעיף ה', והראב"ד

כתב עוד בזה הלשון מאן דמפרש בקופצת משום שינוי וחצי נזק הוא דמשלם אין לו מוח בקדקדו דהא אמרי' בההוא ברחא כו' אורחא הוא לסרוכי והא נמי להא דמיא עכ"ל, מלבד עוד הרבה קושיות שהקשה בשמ"ק על רש"י ע"ש, והנה בדעת רש"י י"ל בפשיטות דמחלק בין עז לבהמה, דברחא פרש"י עז, ועזים דרכן לקפוץ אבל בבהמה לא הוה קפיצה אורחא אפי' כשרצונם לאכול, אלא דיש להבין מי דחק לרש"י ז"ל ליכנס בתגר זה עם כל הראשונים דלא מחלקי בהכי בין עז לבהמה, ונ"ל דרש"י לשיטתו הי' לו הכרח מן הש"ס לחלק כן דלגרסת רש"י שהבאתי ואבע"א לעולם בבהמה ובפתורה פי' דהא דקתני דבהמה שאכלה פת משלם ח"נ ואע"ג דבהמה אורחא בפת, היינו בפתורא שאין דרכה לקפוץ וליקח מעל השולחן, הרי להדיא בש"ס דבבהמה לא אמרי' דדרכה לקפוץ ולא אמרי' מדאורחא למיכל פת אורחא נמי לקפוץ על השולחן, א"ו דבבהמה אין דרכה בכך אפי' כשרצונה לאכול ולפ"ז לגרסת רש"י יש ברייתא מפורשת דבהמה שקפצה על השולחן ואכלה פת דדרכה בפת אונה משלמת כ"א ח"נ, הרי להדיא דבבהמה קפיצה הוי שינוי ולכן הוכרח לפרש בדברי רבא דקופצת היינו שינוי וחייבת ח"נ, ובכדי שלא יקשה מעובדא דברחא הוכרח לחלק בין עז לבהמה, אכן כל הפוסקים מחקו גרסת ובפתורא מטעם זה גופא שהוכיחו מעובדא דברחא דקפיצה לא הוי שינוי וגרסו "בפתותא" תחת בפתורא כלומר בפתותים שבמרק דזה הוי שינוי וכיון שאין להם הכרח מן הש"ס לא חלקו בין עז לבהמה וסברי דבבהמה נמי אמרי' מדדרכה לאכול דרכה לקפוץ, והשתא ניחא מה שהפוסקים השמיטו לחילוק של הש"ס דבפת שעל השולחן הוי שינוי כיון דכל הפוסקים הרי"ף ורמב"ם וראב"ד ורמב"ן והרא"ש לשיטתם דקפיצה לא הוי שינוי אפי' בבהמה ואין מחלקים בין עז לבהמה, בהכרח שמחקו לגרסת ובפתורא וא"כ לשיטתם לא נזכר כלל חילוק זה דקפיצה על השולחן הוי שינוי, ורק רש"י הוא יחידי בזה ולכן לא הזכירו לחלק בזה, מיהו באמת מצאתי לו חבר לרש"י והוא הרז"ה שמפרש נמי כרש"י דקפיצה על השולחן הוי שינוי וגם היש"ש מחלק נמי דבפת שעל השולחן אין הבהמה דרכה בכך וקופצת הוי שינוי לכן לענ"ד קשה להוציא ממון נזק שלם בבהמה שקפצה על השולחן נגד רש"י ורז"ה ויש"ש ודו"ק כי הדברים ברורים:

סעיף ו' **במחבר** ודוקא בפחת שפחתה מיתה כו' דין זה כתב הרא"ש על המשנה (ב"ק די"ט) אכלה כסות וכלים, וכרא"ש שם הקשה למה אמר תנא אכלה כסות וכלים משלם ח"נ ולא קתני אכלה בהמה מה שאין דרכה לאכול כגון כלב שאכל אימרא רברבי וחתול שאכלה תרנגולים דהוה רבותא טפי דאע"ג דאכילה גמורה היא ויש הנאה להיזיקה אפ"ה אין משלמין אלא ח"נ כמבואר בספ"ק דב"ק, ועוד קשה דבספ"ק דב"ק דט"ו דתני

חמשה תמין הבהמה אינה מועדת לא ליגח ולא ליגוף כו' ליתני ששה תמין הבהמה אינה מועדת לאכול בהמה גדולה כגון כלב שאכל אמרא רברבא, ומכח קושיות הללו העלה לחדש דין כזה ששום אחד מן הפוסקים לא זכרוהו ומפרש דהא דאמרינן כלב שאכל אמרא רברבי לא מגבינן בבבל לפי שמשונה הוא וח"נ קנסא הוא דמשלם, היינו פחת של המיתה אבל על האכילה של נבילה משלמת נ"ש וכו' שהאכילה אינו שנוי שכן דרכה לאכול נבילות אפי' של בהמות גדולות וסובר דאפי' כשתחלתו בשנוי הוא מ"מ האכילה שבאה ע"י שנוי שלפניה מאחר שבאכילה עצמה אין שנוי משלמין נ"ש וכו' ע"ש, ולענ"ד יש לפקפק בזה כיון דראיה אחרת לא הביא הרא"ש על חידוש דין זה זולת מה שנסתייע מכח קושיות הללו ובאמת יש ליישבם באופן אחר פשוט טפי, דבמשנה דדי"ט דנקט אכלה כסות וכלים משו"ה לא תנא כלב שאכל אמרא רברבי, דכוונת התנא הוא להראות את הדברים שאינם ראויות לאכילה מעצמותן שהמאכל גופי' אינו ראוי לאכילה, לכך לא תנא כלב שאכל אמרא רברבי דהמאכל בעצמו ראוי הוא לאכילה אלא שמשונה הוא מצד ההריגה שאין דרך כלב לטרוף כבשים גדולים, ותני כסות וכלים השינוי הוא במאכל גופא, ובמשנה ספ"ק דב"ק בהדי תמין לא יכול למיתני זה דאף שזה ודאי דעל דבר המשונה כזה אין משלם אלא ח"נ מ"מ לא כל דבר המשלם ח"נ הוא תולדה דקרן דתולדה דקרן לא הוה כ"א מה דדמי לאב לכל צד, כוונתו להזיק ואין הנאה להיזיקה כקרן אבל כלב שאכל אמרא רברבי כיון דיש הנאה להזקה, וסתמא דמלתא שגם להנאתה עשתה כן ולא נתכוונה להזיק לא נוכל לחשבו לתולדה דקרן, דלא דמי לאב בשום צד, אלא דאפ"ה רק ח"נ הוא דמשלם דכיון דמשונה הוא דמי לקרן לענין זה שתשלם ח"נ כקרן דכמו בקרן דאינה משלמת נ"ש משום דלאו אורחי' ולא הי' לו לאסוקי אדעתו לשמור בהמתו מהיזק כזה, וה"נ דכוותה כיון דמשונה הוא משלמת ח"נ, ולפ"ז לק"מ קושית הרא"ש דבשלמא אם כוונת התנא התם היתה לחשוב כל הדברים שמשלמים ח"נ יהי' מאיזה טעם שיהי', בודאי שהי' צריך לחשוב גם לזה דכלב שאכל אמרא רברבי, אכן באמת כוונת התנא התם לחשוב האב של קרן ותולדותיו וא"כ מה שייך למיתני כלב שאכל אמרא רברבי שאין זה תולדה דקרן רק דמי לקרן בחד צד דמשונה, ואם כי לא משמע כן דעתן של המפרשים שהם פי' דכל דבר המשונה הוה תולדה דקרן, וז"ל רש"י ב"ק ד"כ בד"ה וקופצת, ותולדה דקרן הוא ע"ש, אכן בע"כ צריך לפרש דלאו דוקא תולדה דקרן הוא אלא דדמי לקרן ועיין בתפארת ישראל דעל הנהו חמשה תמין כתב דהוה תולדה דקרן ואילו במשנה דאכלה כסות וכלים משלם ח"נ פי' משום דדמי לקרן ולא כתב דהוה תולדה דקרן וזהו ממש כדברנו ותירוץ שלי

נוח טפי מתי' הרא"ש דאילו לתי' של הרא"ש אכתי יקשה דליחשיב התם בהדי תמין אינה מועדת לאוכל דברים שאין ראוים לאכילה כגון כסות וכלים, ואילו למ"ש ניחא גם זה, דאע"ג דבזה אין הנאה להיזיקה, מ"מ כיון דס"ס אכילה היתה בזה לא דמי לנשיכה דהוי תולדה דקרן, דהתם לא אכלה כלל ובודאי שכוונתה אינה אלא להזיק שפיר הוה תולדה דקרן משא"כ באכילה לדברים שאינם ראוים לאכילה נהי דהוה זה שלא כדרך הנאתה מ"מ אכילה מיהא הוה בזה ואיכא למימר דלא נתכוונה להזיק ואכתי לא נוכל גם זה לחשבה לתולדה דקרן, חצי נזק ודאי דמשלמת כיון דמשונה הוא אבל לתולדה דקרן אי"א לחשבה כיון דלא ברירא לן דכוונתה להזיק כקרן והן אמת שגם להרא"ש יש לדחוק ולתרץ דמשו"ה לא תני אכילה שאין דרכה בהדי תמין משום דכיון דחשיב התם נשיכה, ואכילה שאין דרכה כלל הוי בכלל נשיכה ודוחק הוא, ותי' שלי נוח טפי, וכיון שעלה בידנו ליישב קושית הרא"ש באופן אחר מנ"ל לחדש דין כזה דאחרי שנפל היסוד איתרע כל הבנין ושוב ראיתי שהיש"ש השיג באמת על הרא"ש מפני שגם הוא יישב לקושיתו בדרך אחר לפי דרכו ע"ש היטב וזה ברור:

**ואכן** בין לתי' הרא"ש בין לתי' שלי אכתי יקשה, למה תני אכלה כסות וכלים מה שאין דרכה לאכול אפי' ע"י הדחק ליתני אכלה מה שאין דרכה לאכול כגון בהמה שאכלה בשר דהוי בגדר אכילה ואפ"ה אינו משלם כ"א ח"נ כדחשיב בברייתא (ב"ק די"ט) וי"ל דכוונת התנא להראות ולסיים דוגמא מאיזה דבר שאין ראוי לאכילה ולכן למינקט סתמא אכלה דברים שאינם ראוים לא מצי למיתני דרצה להראות דוגמא, וליתני לדוגמא כגון בהמה שאכלה בשר אין זה דבר שאין ראוי כ"א בבהמה אבל בחיה ראוי הוא, והתנא דחשיב אב דשן דכולל כל בהמה וחיה, הוכרח למיתני כסות וכלים דזה אין ראוי בכל בהמה וחיה נמי ודו"ק היטב, ואלולי תלמידי כמוני מכריע הי' נ"ל בזה להלכה דלא כהרא"ש ובשגם שחולק הוא בעיקר החידוש עם רש"י שפי' בב"ק שם גבי סתם דלתות חתורות הם דאל"ה הוה שינוי ובעל הכלב לא הי' משלם אלא אחרא חצי נזק, ולפי' הרא"ש מחייב אחרא נ"ש אף דתחלת חתירה היתה בשינוי ומחמת זה פי' הרא"ש שם פי' אחר דלא כרש"י ע"ש והנלע"ד כתבתי:

סעיף ז' **במחבר** ואם לקחה ברה"ר והלכה ואכלה ברשות הניזק יש מחייבין לשלם נזק שלם, ובטור כתב דין זה ע"ש הרמב"ם רק שבב"י כתב שלא מצא זה ברמב"ם ובספרים מדויקים מצא זה בשם הרמ"ה במקום רמב"ם, והנכון בזה כב"י רק שהוא כתב כן לפי שלא מצא זה ברמב"ם ואנכי בעניי מצאתי ברמב"ם ההיפך מדין "א, דבבעיא דמתגלגל מהו (ב"ק ד"כ) יש גרסאות חלוקות, רש"י גורס כגון דקיימא עמיר ברשות היחיד

וקא מתגלגל מרשות היחיד לרשות הרבים, וגרסת הרמב"ם הוא להיפך כגון דקיימא עמיר ברה"ר ומתגלגל מרה"ר לרה"י, וטעמו של הרמב"ם בזה כתבתי לקמן משום דהא הרמב"ם כתב בפ"א מנזקי ממון הטעם דשן ורגל פטורי ברה"ר משום דאורחא יש לבהמה רשות להלך שם, וביאר הדבר דאם תחייב לשן ורגל גם ברה"ר במידי דאורחייהו א"כ בטלת לגמרי הזכות שיש לבעל הבהמה להניח בהמתו ברה"ר, ולפ"ז אף אם עיקר ההיזק הי' ברה"י כגון שהבהמה עמדה ברה"ר במקום שיש לה רשות להלך פטור, ולפ"ז לשי' הרמב"ם דכה"ג דקיימא עמיר ברה"י ובהמה עמדה ברה"ר לא שייך למיבעי כלל דאפי' אם כל ההיזק הי' ברה"י גם העקירה וגם ההנחה נמי פטור כיון דבהמה עמדה ברה"ר מקום שיש לה רשות וכמ"ש בדבור הסמוך וכיון שכן איך אפשר לומר דדין זה מה שהובא כאן דאם לקחה ברה"ר והלכה ואכלה ברשות הניזק חייב נ"ש, הוא ע"ש הרמב"ם, דהא ברמב"ם מפורש ההיפך דבכה"ג שהבהמה לקחה ברה"ר פטור לגמרי אע"כ דדין זה לא מרמב"ם יצא, ובזה מיושב מה שהקשה הסמ"ע לקמן ס"ק במ"ש הרמב"ם שם דהדבר ספק והא הכא מבואר דאם לקחה ברה"ר ואכלה ברשות הניזק דחייב נ"ש, דלמ"ש דדין שהובא כאן לאו הרמב"ם חתים עלה לק"מ:

סעיף י"ב **במחבר** בהמה שהיתה עומדת ברשות הניזק ותלשה פירות מרה"ר ואכלתן ברשות הניזק וכו' וזהו בעיא דר' זירא דמתגלגל' כבר זכרתי בדבור הקודם דגרסאות חלוקות בבעיא זו, רש"י גריס כגון דקיימא עמיר ברה"י ומתגלגל מרה"י לרה"ר, וגרסת הרמב"ם הוא להיפך כגון דקיימא עמיר ברה"ר ומתגלגל מרה"ר לרה"י, וטעמו של הרמב"ם שמיאן בגי' רש"י משום דלשיטתו שכתב הטעם דשן ורגל פטירי ברה"ר משום דאורחי' הוא ויש לבהמה רשות להלך ברה"ר, וכלומר דאם תחייב לשן ורגל גם ברה"ר א"כ בטלת הזכות שיש לבעל הבהמה להניח בהמתו ברה"ר, ולפ"ז אפי' אם עיקר ההיזק הי' ברה"י כיון שהבהמה עמדה ברה"ר במקום שיש לה רשות להלוך פטור וכ"כ הרי"ף להדיא בדף ארוך שמקצתו ברה"ר ומקצתו ברה"י ודרסה הבהמה ברה"ר ושברה כלים שתחת הדף ברה"י דפטור, דהיינו נמי משום דסובר כהרמב"ם דדריש טעמא דקרא דשן ורגל דפטירי ברה"ר משום דאורחייהו הוא ויש להם רשות להלך ועמ"ש בחדושנו לעיל סי' שפ"ט, ולפ"ז לשי' הרמב"ם בכה"ג דקיימא עמיר ברה"י ובהמה ברה"ר לא שייך למיבעי כלל דאפי' אם כל ההיזק הי' ברה"י גם העקירה וגם ההנחה נמי פטור כיון דבהמה עמדה ברה"ר במקום שיש לה רשות, ועצם ההיזק נמי דבר כאורחה הוא דדרכה לאכול מן העמיר המונח לפניה ולכן פשיטא דפטור, ורק באופן השני דקיימא עמיר ברה"ר ובהמה ברשות הניזק הוא דמיבעי שפיר דבהמה עמדה במקום שאין לה רשות

ומיבעי אי בתר הנחה אזלי' וחייב או בתר עקירה ופטור, ואכן רש"י אינו סובר כהרי"ף בזה ושפיר מצי לגרוס דקיימא עמיר ברה"י ובהמה ברה"ר דגם בכה"ג שפיר מיבעי, ועפ"ז תבין דברי המחבר והגהת הרמ"א כאן דהמחבר הביא שיטת הרמב"ם ודייק לכתוב דבהמה עמדה ברשות הניזק, דאילו עמדה ברה"ר פטורה לדידי', ורמ"א שהביא והוא הדין אם הבהמה עמדה ברה"ר נמי, היינו שיטת רש"י, וגם הרא"ש שם דגרים כגי' רש"י דהיינו נמי משום דלא ס"ל כהרי"ף ורמב"ם וכמ"ש במס' עבו"ז ס"פ ר' ישמעאל, ואכן על הרי"ף דהשמיט לגמרי הבעיא הזאת דמתגלגל תמי' לי למה השמיטה ועיין בשה"ג שכתב דמשו"ה השמיטה משום דסובר דכאורחה פטור אפי' הזיקה ברה"י, ואכן זה אין מספיק כ"א מה שלא זכר צד הבעיא כגרסת רש"י דהי' עמיר ברה"י וגלגלה לרה"ר, אכן אכתי הי' להזכיר צד הבעיא דקיימא עמיר ברה"ר ובהמה ברשות הניזק וכגי' רמב"ם:

שם **במחבר** הרי הדבר ספק, ומשום דבעיא זאת סלקא בתיקו, והנה הש"ג הרבה להקשות בזה על הרמב"ם ורא"ש שכתבו דבעיא זו סלקא בתיקו הא האי דין דמיא ממש לבעיא דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דפשיטא להו לרמב"ם ורא"ש דחייב, והרא"ש כתב בטעמו דאפי' כי אזלת בהו בתר מעיקרא ותחלת הנזק הי' ברה"ר שהוא מקום פטור אפ"ה שאני נזקי שן ורגל דרחמנא גלי בהו ובער בשדה אחר דאזלי' בתר מקום שנעשה בו הנזק וכיון שמקום שנעשה בו הנזק הוא רה"י דהוא מקום חיוב חייב, וה"נ גבי שן שגם הוא דמי לרגל לענין מקום חיוב ומקום פטור דגם בו כתיב ובער בשדה אחר, פשיטא דאפי' לקחה ברה"ר וגלגלה לרה"י דחייב דהא במקום עשיית הנזק הוא מקום חיוב, ואם לקחה ברה"י וגלגלה לרה"ר פשיטא דפטור שהרי במקום פטור אכלה ואין כאן ובער בשדה אחר וא"כ איך כתבו דנשאר בתיקו ע"ש, ולענ"ד נראה דאין זה שום דמיון לבעיא דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דהתם זה ודאי דהעקירה היתה ברה"ר ודאי וההנחה דהוא ההיזק הי' ברה"י ודאי וצד הספק הוא אם אזלינן בתר מעיקרא דכיון שמשעת העקירה ידעינן שסופו להשבר ודאי ולכן חשבינן ההיזק משעת העקירה, או דלמא דכיון דההיזק נעשה ברה"י חייב, וע"ז פשיט הרא"ש דאע"ג דבכ"מ אזלי' בתר מעיקרא אבל בשן ורגל גלי קרא דאזלינן בתר מקום שנעשה ההיזק אבל הכא הוי צדדי הבעיא אי משגחינן על מקום הלקיחה ונחשב שההיזק נעשה ברה"י או על האכילה ונחשב שנעשה ברה"ר, וא"כ מה שייך כאן לומר דגלי קרא ובער בשדה אחר דאזלינן בתר מקום שנעשה בו ההיזק כיון דעל זה גופא אנו דנין איך ואפוא נחשוב מקום ההיזק אם מקום ההיזק נחשב מקום שנלקח משם והוי שפיר ובער בשדה אחר, או מקום ההיזק נחשב מקום האכילה וא"כ מה ענין זה להתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דהתם על זה אין ספק דההיזק

נעשה ברה"י ודאי אלא שאתה רוצה לפוטרו מטעם דהעקירה היתה ברה"ר ושמא בתר עקירה אזלינן כדקי"ל בכ"מ דבתר מעיקרא אזלינן, בזה שפיר כתב הרא"ש דפשיטא דבשן ורגל אזלינן בתר מקום ההיזק אבל הכא זהו גופא צד ספק שבבעיא, מקום ההיזק היכן הוא אם מקום הלקיחה הוא מקום ההיזק או מקום האכילה, וזה נשאר בתיקו, תדע דהכי הוא דאלת"ה אלא דדמיא זה לבעיא דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י א"כ אדמקשי על הרמב"ם והרא"ש, עדיפא הו"ל להקשות מדר' זירא גופא, הא בעיא דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י ר' ירמיה הוא דבעי לה מר' זירא ור' זירא השיב דאזלי' בתר מקום ההנחה וחייב וכדאמר ר' זירא הדרי בי ע"ש בב"ק די"ט, וח"כ מה מיבעי לר' זירא במתגלגל הא איהו גופי' סובר דאזלי' בתר מקום שנעשה בו ההיזק, אע"כ דלא דמי להתם משום דהתם במקום אין ספק, שזה ודאי דההתזה היתה ברה"ר והשבירה ברה"י, רק הספק הוא בזמן מאימתי חשבינן ההיזק אם משעת ההתזה על שם סופו כיון שסופו להשבר, אם משעת ההיזק ממש, ובזה הוא דפשיטא דחייב דגלי קרא דובער דהחיוב הוא דוקא כשניזק ברה"י וא"כ מה יועיל דאזלי' בתר שעת ההתזה כיון דההתזה הי' ברה"ר ואין זה בשדה אחר דכתב קרא, אבל הכא אין הספק בזמן דכל ההיזק נעשה ברגע אחד שאין בו תחלה וסוף והספק הוא על מקום ההיזק אם המקום שנלקח או המקום שנאכל חשיב מקום ההיזק וכיון דהספק הוא במקום לא שייך לומר בשדה אחר בעינן דאי אזלינן בתר מקום הלקיחה שפיר חשיב זה בשדה אחר, דזה נקר מקום ההיזק וזה ברור:

**שם** ברמ"א והוה"ד אם הבהמה עומדת ברה"ר ונטלה האוכל מרשות הניזק ואכלה ברה"ר דהוי הדבר ספק, הכי הוא שיטת רש"י דפי' דבעיא דמתגלגל הוא אי אזלי' בתר לקיחה או בתר אכילה, ואכן בתוס' שם השיגו ע"ז דמה שייך למיבעי בזה הא בב"ק דכ"ג פשיטא לי' לש"ס דאזלי' בתר אכילה ולא בתר לקיחה דאמרי' התם אי דאכלה בגדיש דעלמא הא בעי' ובער בשדה אחר וליכא אע"ג דהלקיחה היתה בחצר הניזק ע"ש בתוס' וגם הסמ"ע כאן ס"ק כ"ב ובבאה"ג הקשו כזה ע"ש, ודע דבב"ק דכ"ג בסוגיא דכלב שנטל חררא והדליק הגדיש פריך התם בש"ס ולחייב נמי בגחלת, וברש"י ד"ה ולחייב בסוה"ד כתב וז"ל וקס"ד דגחלת דחד וחררא וגדיש דחד, והרש"ל וב"ח הגיהו וקס"ד דחררא וגחלת דחד וגדיש דחד, וראיתי בשמ"ק שמקיים גרסא דידן ברש"י ואומר דכוונת רש"י הי' בזה ליישב קושית התוס' שהבאנו דלגרסא זו אתיא שפיר דמיירי דגחלת דחד וחררא וגדיש דחד והחררא היתה ברשות בעל הגחלת ונמצא דאף הלקיחה לא היתה ברשותו של הניזק, לכך פריך שפיר אי דאכלה בגדיש דעלמא פטור דבעי' ובער בשדה אחר משום דנמצא דהאכילה והלקיחה הכל היתה שלא ברשות הניזק, אבל

היכא דהלקיחה היתה ברשות הניזק שפיר קא מיבעי לן ע"ש, ומיושב קושית התוס', אכן דבר זה תמוה מאוד עד שכמעט לא ניתן להאמר דהא תינח אם הבעיא דמתגלגל לא הי' כ"א בצד זה היכא שהלקיחה היתה בחצר הניזק והאכילה היתה ברה"ר ולכן בשינוי הגרסא דגחלת לחד וחררא לחד מתקן בזה דלא נוכל לפשוט מכאן דבתר אכילה אזלי' כיון דגם הלקיחה היתה נמי ברה"ר, אכן הלא הבעיא הוי נמי להיפך היכא שהלקיחה היתה ברה"ר והאכילה בחצר הניזק, גם בזה מיבעי' התם אי בתר אכילה או בתר לקיחה אזלינן, וא"כ אכתי יש לפשוט בעיא דהתם מס מסוגיא דכלב שנטל חררא ולא נפרכת הש"ס דפריך הא בעי' ובער בשדה אחר וליכא, דזה באמת אי"א לפשוט לגרסת רש"י, אכן מאוקמתא דמוקים דאכלה בגדיש דבעל חררא, ולגרסת רש"י דגחלת לחד א"כ הרי הלתוחה היתי לא מרשות הניזק ואי נימא דבתר לקיחה אזלי' מה מועיל ואכנה ברשות בעל החררא דהוי רשות הניזק כיון דהלקיחה לא היתה ברשות הניזק אע"כ דבתר אכילה אזלי' ואכתי יש להקשות כקושית התוס' לא מפרכת הש"ס כ"א מאוקמתא, וכי תימא לחלק דאע"ג דהחררא הי' מונח ברשות של בעל הגחלת אעפ"כ הוי זה כחצירו ממש כיון שהכניס ברשות ומיקרי זה כאילו הלקיחה היתה בחצר הניזק ועכ"פ כרשות הרבים ודאי שאין זה ונמצא דגם האכילה וגם הלקיחה היתה ברשות הניזק וליכא למיפשט מינה מידי, אבל א"כ הדרא קושית התוס' לדוכתא דאכתי נפשוט ממה דפריך הש"ס הא בעינן ובער בשדה אחר כיון דהלקיחה חשיב כחצר הניזק, וממ"נ אי נסבור כיון דהחררא הי' מונח לא ברשותו ממש אלא ברשות בעל הגחלת לא חשיב זה לרשות הניזק א"כ יש לפשוט דבתר אכילה אזלי' מאוקמתא דש"ס דמוקי דאכלה בגדיש דבעל חררא, והא אכתי הלקיחה לא היתה מרשות הניזק, אע"כ דבתר אכילה אזלינן, ואי נימא דמה שמונח ברשות דבעל הגחלת חשיב כרשות הניזק כיון דנתן לבעל החררא רשות להכניס שם חררתו, אכתי יש לפשוט מפרכת הש"ס דהא בעינן ובער בשדה אחר ואי בתר לקיחה אזלת הא הלקיחה היתה בחצר הניזק אפי' לגרסת רש"י, ואכתי מה תיקן רש"י בגרסתו דגם לדבריו יקשה קושית התוס' כה או כה או מפרכת הש"ס או משנויי דש"ס וכדכתיבנא ולכאורה אין פותר בזה לדברי השמ"ק:

**הן** אמנם דלאחר העיון משכחנא פתרי לדבריו משום דאף שזה ודאי דבעיא דבש"ס אי בתר לקיחה או אכילה אזלי' הוא על שני הצדדים, אם הלקיחה היתה ברה"י והאכילה ברה"ר וגם להיפך כשהלקיחה ברה"ר והאכילה ברה"י וכמ"ש רש"י להדיא שם בסוגיא, מ"מ טעמי הספק שבשניהם אינו דומה דאם האכילה היתה ברה"ר והלקיחה בחצר הניזק הוי צד הספק כפשוטו דהא דבעינן ובער בשדה אחר אי בעינן שגמר ההיזק דהיינו

האכילה יהיה בשדה אחר או גם אם תחלת ההיזק הי' בשדה אחר סגי אע"ג שהגמר לא הי' שם, אכן בצד השני כשהאכילה היתה בחצר הניזק והלקיחה ברה"ר, שם אי"א לפרש דצד הספק הוא כפשוטו דשמא בעינן שגם הלקיחה יהי' בחצר הניזק ואל"ה לא מיקרי זה שדה אחר, דזה אין שום סברא לומר שאם האכילה היתה ברשות הניזק לא יהי' סגי בזה ולא מיקרי זה בשדה אחר דהסברא פשוטה כיון דאכלה ברשות הניזק ובער בשדה אחר קרינא בו, אלא דהתם צד הספק יתפרש באופן אחר עפמ"ש הרי"ף ורמב"ם דטעם דשן ורגל דפטירי ברה"ר משום דאורחייהו דבהמות להלוך ברה"ר, וביאור הדברים דאם תחייב לשן ורגל גם ברה"ר א"כ שקלת הזכות שיש לכל בהמה להלוך ברה"ר ולעשות דבר כאורחייהו דבהמות לעשות, ולכן זהו מה דמיבעי להש"ס דבשלמא אם גם הלקיחה היתה בחצר הניזק שאין רשות לבהמה ליכנס שם שפיר חייב, משא"כ אם הלקיחה היתה ברה"ר שיש רשות לבהמה לילך שם לכן אפי' אי ודאי שההיזק הי' ברה"ר נמי פטור כיון דאורחי' דבהמות בכך ולא עדיף מה שאכלה ברשות הניזק מאילו אכלה נמי ברה"ר דפטור משום דאורחייהו בכך וכי אכלה ברה"י מאי הוה ס"ס הלקיחה היתה במקום שהי' לה רשות לילך ואורחייהו בכך, וכיון שכן יהי' חילוק גדול בין שני הבעיות הללו דבצד הבעיא כשהלקיחה היתה ברשות הניזק והאכילה ברה"ר צ"ל דרשות הניזק ממש הוא דמיבעי לן, משא"כ אם הלקיחה היתה מחצר שאינו של שניהם אע"ג דכרשות הרבים לא נחשב מ"מ רשות הניזק נמי לא חשיב ופשיטא דפטור כיון דאין בזה שום צד רשות הניזק, אכן בצד השני דהאכילה היתה ברה"י והלקיחה ברה"ר דצ"ל נמי שדוקא לקיחה דרשות הרבים הוא דמיבעי, דכיון שיש לה רשות לילך שם משו"ה פטור אפי' כשההיזק הי' ברה"י משא"כ אם הלקיחה היתה מחצר שאינה של שניהם לא קא מיבעי לן, אבל פשיטא דחייב דכיון שההיזק הי' ברשות הניזק ועיקר הספק שיש ליפול בזה דשמא כיון שיש לה רשות אילן ולהיות שם הוי כאורחי' ופטור, וא"כ לא שייך זה כהא ברה"ר דוקא משא"כ ברשות שאינו של שניהם דאין לבהמה רשות להיות שם פשיטא דחייב, הרי לפנינו חילוק גדול בין שני צדדי הבעיא לענין חצר שאינו של שניהם, אם כי בשניהם לא מיבעי לן אלא ברה"ר דוקא ולא בחצר שאינו של שניהם אבל רחוקים הם זה מזה לגמרי, דבצד הראשון אם האכילה היתה ברה"ר ולהקוחה בחצר שאינו של שניהם פשיטא דפטור, ולהיפך כשהאכילה היתה ברה"י והלקיחה מחצר שאינו של שניהם פשיטא דחייב, ולפ"ז יתפרש דברי השמ"ק כהוגן דלגרסת רש"י שהגחלת לחד וחררא וגדיש לחד וכשהחררא היתה ברשות בעל הגחלת נהי דרשות הניזק לא הוה כיון דבעל החררא הוא הניזק ואין זה רשות שלו אבל רשות הרבים ודאי דלא הוה זה

דהכלב הא לא הי' לו רשות ליכנס לרשות בעל הגחלת אלא דהוה זה רשות שאינו של שניהם, ולפ"ז קושית התוס' דמקשו על רש"י דלמה לא פשיט מפרכת הש"ס דקאמר הא בעינן ובער בשדה אחר וליכא, ואי נימא דבתר לקיחה אזלי' הו"ל לחייבו, שפיר יתיישב בגרסת רש"י דמהכא ליכא למפשט, דדוקא לקיחה שברשות הניזק ממש הוא דמיבעי לן, אבל לגרסת רש"י דהוה זה רשות שאינו של שניהם וזה לא מיבעי לן כלל דפשיטא דפטור דכיון דהאכילה היתה ברה"ר והלקיחה ברשות שאינו של שניהם דאין בזה שום צד של רשות הניזק פשיטא דפטור וליכא למפשט מידי מהכא, ומיושב קושית תוס' וגם קושיתי שהקשיתי דא"כ שנחזיק רשות שאינו של שניהם לא כרשות הניזק ממש א"כ מצי למפשט מאוקמתא דמתוקמא דאכלה בגדיש דבעל חררא ואכתי מה מועיל זה כיון דהחררא היתה מונחת ברשות בעל הגחלת הוה הלקיחה לא מחצר הניזק ואכתי תפשוט לבעיא דבתר אכילה אזלינן, דאי גם לקיחה בעינן ברה"י אמאי חייב הכא דלקיחה היתה מרשות בעל הנחלת ולא ברשות הניזק ממש, דזה אינו דגם בעיא זה לא תפשוט מהכא דלא מיבעי לי' התם, כ"א כשהלקיחה הי' ברה"ר ממש ומשום דאורחייהו דבהמות לילך שם אבל בגוונא דמיירי הכא דהלקיחה היתה ברשות שאינו של שניהם והאכילה ברה"י לא קא מיבעי לן כלל ופשיטא דחייב כיון דהאכילה היתה ברשות הניזק ממש וגם הלקיחה היתה בחצר שאינו של שניהם דאין רשות לבהמה לילך שם א"כ מאיזה צד תפטרנו, וב"ה דסייעני עד כאן להציל את שיטת רש"י ודו"ק היטב כי עמוק עמוק הוא ובחבורי לב"ק הארכתי הרבה ואכ"מ יותר:

**סימן שצב**

סעיף א' **במחבר** כלב שנטל את החררא והלך לו לגדיש והוסיף הרמ"א של בעל החררא, והדין עמו, דהא קאמר דעל החררא משלם נזק שלם כדין שן ברשות הניזק ואי דחררא וגדיש הם לאו דחד, הרי אכל החררא בחצר דעלמא, לא של בעל החררא ואמאי חייב, הא בעינן ובער בשדה אחר, ברשות הניזק, ובע"כ דגדיש וחררא דחד הם, אבל לפ"ז נצרך לחלק הגחלת מן החררא דהא בע"כ דמיירי הכא דבעל גחלת הוא איש אחר, שאינו בעל הגדיש והחררא, מדמסיים המחבר בד"א כששמר בעל הגחלת את אשו כו' אבל אם לא שמר חייב גם בעל הגחלת כדמסיים, ואם הגחלת הוא נמי של בעל הגדיש והחררא א"כ מה שייך לחייב לבעל הגחלת, ולמי יתחייב והרי הכל שלו, ובע"כ דהגחלת הוא של אדם אחר שאינו בעל הגדיש, וכיון דחררא וגדיש דחד בע"כ שיחולק גם הגחלת מן החררא, חררא וגדיש דחד, וגחלת לחד, ואיך שייך לחלקם הא הגחלת הי' דבוק בחררא וא"כ איך משכחת דיהי' הגחלת והחררא של שני בני אדם, דהא מסתמא בעל החררא הוא

האופה את החררא בתנור שלו וא"כ הוא ממילא גם בעל הגחלת, ואכן משכחת ציור שיהי' גם של שני בני אדם וכגון שנתן חררתו לבית האופא לאפות וכ"כ בשמ"ק שם:

**סימן שצד**

סעיף א' **במחבר** בהמה שהוחלקה באבן או במימי רגליה כו' אינו משלם אלא מה שנהנית, ומשמע דדוקא בכה"ג שהוחלקה באבן או במי רגליה הוא דפטור לשלם מה שהזיקה משום דהנפילה היתה באונס, אבל אם נפלה מאליה בלא הוחלקה במימי רגליה דחשיב פשיעה ומשלמת מה שהזיקה, וכן נ"ל להוכיח מן הש"ס, דבב"ק דנ"ח על דין דמשנה דנפלה לגינה פריך הש"ס היכי נפיל ומוקי רב כהנא כשהוחלקה במימי רגליה, ורבא כשדחפה חבירתה, והגאון בעל פנים מאירות בחדושיו הקשה מאי פריך הש"ס היכי נפיל והא רש"י פי' במתני' נפלה לגינה באונס מגג בעלה הסמוך לגינת חבירו או שהיתה רשות הרבים גבוה מן הגינה ונפלה, א"כ מאי פריך היכי נפיל, דלמא מיירי בכה"ג, ואיני מבין קושיתו הא רש"י לא פי' כ"א לשון הנפילה, דלשון נפלה משמע ממקום גבוה לנמוך ועוד דבע"כ דנפלה ממקום גבוה מיירי מדמוקי לה שע"י החבט שקעתה להתבואה בקרקע, ואי לאו דהי' חוזק הנפילה מכח שנפלה ממקום גבוה לא היתה שוקעתן בקרקע, ולזה פי' דמיירי כשרשות הרבים גבוה מן הגינה או שנפלה מן הגג, אבל התם פריך הש"ס היכי הי' אופן הנפילה, אם ע"י פשיעה או אונס משום דפשיטא לו דאי נפלה מאליה בלא הוחלקה במי רגליה דחשיב פשיעה ומשלמת מה שהזיקה, ולזה פריך היכי נפל דתהא הנפילה אונס, ומוקי רב כהנא כשהוחלקה ורבא כשדחפתה חבירתה, והרי מוכח לפ"ז מן הש"ס דנפלה מעצמה הוי פשיעה וחייב דאל"ה אין מובן לפרכת הש"ס היכי נפל וכקושית הפמ"א וכ"ה להדיא בטור כאן ובשמ"ק דנפלה מעצמה משלם מה שהזיקה, ולפ"ז צ"ל דמה שמסיים המחבר אבל אם ירדה כדרכה משלמת מה שהזיקה, לאו דוקא ירדה כדרכה אלא הוה"ד אפי' נפלה כל שהנפילה לא היתה ע"י אונס, משלמת נמי מה שהזיקה וכ"כ התוס' דירדה לאו דוקא ע"ש, ואלא דלפ"ז יקשה א"כ אפי' נפלה באונס אמאי פטור הא תחלתו בפשיעה לענין נפלה מעצמה דכה"ג הקשו התוס' (ב"ק דנ"ז) לענין ירדה כדרכה, כיון דירדה כדרכה חייב א"כ נפלה באונס נמי יהא חייב מטעם תחלתו בפשיעה ולמה נקיט במשנה דוקא ירדה כדרכה, ועל קושיא זאת תי' התוס' דאורחא דמלתא נקיט ירדה כדרכה אבל באמת הוה"ד נפלה, ובשמ"ק תי' דמשו"ה נקיט במתני' ירדה כדרכה, דשם הפשיעה נקיט, ושם הפשיעה הוא ירדה כדרכה ע"ש, ושני תירוצים הללו אינם שייכים על קושיתי, דתי' דהשמ"ק ודאי לא שייך כ"א על קושית התוס' דהפשיעה הוא ירדה כדרכה, אבל

למה שכתבתי דהפשיעה הוא נמי נפלה דהיינו נפלה מעצמה בל אונס וא"כ למה תני ירדה, הא נפלה נמי חייב, ותי' התוס' משום דאורחא, נמי לא שייך דהתם כיון דלא מצי לאפלוגי אלא כשיכולה לירד כדרכה א"ש דאורחא דמלתא נקיט, אבל בקושיתי דלא משכחת כלל לנפלה שיהא פטור והיאך תני במתני' נפלה פטור, לא שייך תי' זה כלל, ונ"ל דמה שכתבתי דנפלה מעצמה בלא אונם חייב, בע"כ לאו מטעם פשיעה הוא דמה פשע בזה שהעביר הבהמות ברה"ר דכי אין לאדם רשות ע"ז להעביר בהמות ברה"ר, אלא החיוב הוא בזה משום דכיון דנפלה שלא באונס שלא דחפיה ולא הוחלקה אלא מעצמה קפצה, וכיון דמעצמה קפצה חייב לשלם על ההיזק שהזיק בהמתו כדין שן ורגל ברשות הניזק, וכ"כ הפרישה דה"ט דחייב בקפצה בלא אונם, וממילא דאינו חייב ה"א בקפצה מעצמה בלא אונס אבל בנפלה באונס אין לחייבו דאי"א לומר בזה תחלתו בפשיעה לענין נפלה מעצמה כיון דגם בזה לא מיקרי פושע, ומתוך דברנו נ"ל ראיה לשי' הראב"ד שחולק עם תוס' שהבאנו דמיירי מתניתין שאינה יכולה לירד כדרכה דאי ביכולה לירד כדרכה א"כ אפי' נפלה משלמת מה שהזיקה דתחלתו בפשיעה וסופו באונס הוא, ואמנם הראב"ד חולק ואומר שאעפ"י שיכולה לירד אם נפלה פטור ולא קרי לה תחלתו בפשיעה דכי יאחזנה בזנבה והובא בב"י כאן ע"ש, ושתי הדיעות הובח ברמ"א בסמוך, ומדברנו שהוכחנו דנפלה מעצמה לא חשיב פושע מטעם שיש רשות לכל אחד להעביר בהמתו ברה"ר, והיינו ממש כסברת הראב"ד שטען דמה פשע והלא יש לו רשות להעביר בהמותיו ברה"ר וכי יאחזנה בזנבה ודלא כסברת התוס' דחשבי פושע בזה שהעבירם ברה"ר, ואכן בסברת התוס' י"ל דדוקא במקום שיכול לירד כדרכו הוא דסברי התוס' דהוי פושע דאין לו להעביר בהמותיו גם ברה"ר במקום שיכולה לירד כדרכה לגינה של חבירו, משא"כ היכי שכדרכה אינה יכולה לירד ורק שקפצה ונפלה, בזה לא הוה פושע כיון דלאו דרכה הוא לקפוץ ולא הו"ל לאסוקי אדעתו, ולא קשה קושיתי מנפלה מעצמה דזה ודאי דלענין זה לא נחשב פושע ודו"ק כי זה נכון ועמ"ש עוד בסמוך:

שם **ברמ"א** אם העבירה אצל הגינה והי' אפשר לה לירד כו' ויש מי שחולק בזה, עמ"ש בדבור הקודם להוכיח דמסוגיית הש"ס מוכח יותר כהיש מי שחולק דהוא שי' הראב"ד:

סעיף ב' **במחבר** הוחלקה ונפלה ויצאה וחזרה לגינה כו', מימרא דר' יוחנן הוא (ב"ב דנ"ח) ואפי' כל היום כולו עד שתצא ותחזור לדעת, והנה הישׁ"ש והתו"ח הקשו דלשי' התוס' והוא דעה ראשונה שברמ"א בסעיף הקודם דמיירי כשאינה יכולה לירד כדרכה וא"כ איך חזרה לשם ע"ש שנדחקו לתרץ דמיירי שהלכה מצד אחר דרך פתחים ומתחלה

היתה הגינה סגורה ולא היה אפשר לה לירד, ולמ"ש בדבור הקודם דגם בנפלה מעצמה בלא אונס חייב נמי לשלם כל ההיזק א"כ י"ל דבפעם השני קפצה ונפלה מעצמה וכ"ש הוא דהשתא כשנפלה בפעם ראשונה מעצמה דחייב, כ"ש היכי דנפלה פעם שניה דנפילה זו ודאי פושע הוא משום דאמדה נפשה להתם וכל טצדקי דאית לה למיעבד עבדה הלכך הו"ל לאזהורי מינה דלא ליעברה בההוא אורחא עד שיאחז בה בכח או שינעל בפניהם כראוי ודו"ק:

סעיף ג' **במחבר** במעמיד בהמת חבירו כו' ורמ"א כתב דאפי' הפירות בידים דהוי כמזיק בידים, מיהו בתוס' (ב"ק דנ"ו) הוכיחו מכח זה גופא דכי היכן מצינו דשן יהא חייב ברה"ר אפי' במעמיד, ומזה הוכיחו דבע"כ דהחיוב בכאן הוא לא מטעם אדם המזיק אלא מטעם שן ובאמת פטור ברה"ר ע"ש:

סעיף ו' **במחבר** משערין אותו בששים ע"ג הקרקע, וברש"י (ב"ק דנ"ט) בששים עם הקרקע והכל בכלל ועיין בנמוק"י שם מ"ש הכוונה בזה:

**סימן שצה**

סעיף א' **במחבר** המשסה כלבו של חבירו בחבירו כו' ובעל הכלב חייב כו', וזהו מדברי הרמב"ם (פ"ב מנזקי ממון) והנה מדברי הרמב"ם הללו השיג הראב"ד את דברי הרמב"ם גופא בפ"ו מנזקי ממון שכתב הרמב"ם שם דשוורים שמשחקים בהו ומלמדין אותם ליגח זה את זה אינם מועדים זה לזה ואפי' המיתו את האדם אינם חייבים מיתה שנא' כי יגח ולא שיגיחוהו עכ"ל, והקשה הראב"ד מדידי' אדידי' דכיון דפסק כאן דהמשסה כלבו של חבירו בחבירו חייב בעל הכלב וא"כ היאך כתב התם דאינם מועדים זל"ז ע"ש, וגברא קא חזינא אבל תיובתא לא חזינא דהנה בתוס' (ב"ק דכ"ד) בד"ה המשסה הקשו דלמה חייב בעל הכלב ומ"ש משור האיצטדין דפטור ותי' דלא דמי לשור האיצטדין שהאדם נלחם עמו להורגו ע"ש, ופי' והשור הרג לאדם אחר שאין נלחם עמו דאי לאותו אדם שנלחם עמו א"כ למה לי קרא דכי יגח למיפטר לשור האיצטדין ממיתה ותיפוק דדמי לשיסהו בו בעצמו דפטור מטעם דכל המשנה ובא אחר ושינה בו דפטור וכמבואר בסוגיא שם בשיסה בו את הכלב, ובפרט דהכא הוא ודאי האדם המתחיל עמו להורגו פשיטא דהשור אנוס הוא למיעבד כל טצדקי בכדי להנצל מכל הקמים עליו להרגו ולא צריכא קרא לפטרו ממיתה, א"ו דקרא איצטריך היכא שהרג לאדם אחר שאינו נלחם עמו דאפ"ה פטור מקרא דכי יגח, הארכתי בזה ליישב דברי התוס' דמקשו משור האיצטדין דלכאורה אין מובן עיקר קושיתם אמאי לא דמי לשור האיצטדין וכי מה דמיון הוא לשור האיצטדין הא התם מיירי שהרג לאדם שלוחם עמו וכמ"ש הנמוק"י שם ודמי

לשיסה הכלב בעצמו דלא מיבעי לן כלל בזה בב"ק שם ופשיטא דפטור, ולא מיבעי הש"ס התם אלא במשסה על חבירו, וא"כ מה מקשו התוס' דלפשוט משור האיצטדין דמיירי בשיסה בו בעצמו, אכן למ"ש דעיקר דין דשור האיצטדין היינו כשהורג לאדם אחר דאי בהרג להלוחם עצמו לא צריכא קרא, ולכן שפיר מקשו התוס' דלפשוט משסה כלבו משור האיצטדין, והוכרחו לחלק ביניהם כחלוקם, ולפ"ז ממ"נ א"ש דברי הרמב"ם, אם גם הרמב"ם סובר כתוס' לחלק בין שור האיצטדין למשסה כלב ודאי דאין מקום לקושית הראב"ד, דבשוורים שמלמדין אותם לנגוח ולוחם עמו להורגו חשוב כאנוס ופטור לגמרי ואינן מועדין כלל כיון דהוה כאנוס, אבל כאן במשסה כלב פסק שפיר דחייב כיון דאינו אנוס, אלא אפי' אי נימא כסברת הראב"ד דשור האיצטדין דמי לשסוי, וכן יש להוכיח אמנם גם בדעת הרמב"ם ממ"ש בפ"י מנזקי ממון וז"ל המשסה כלב בחבירו והרגו אין הכלב נסקל כו' עכ"ל, הרי להדיא מבואר בדבריו דגם גבי משסה כלבו שאינו נלחם עמו להורגו נמי פטור ממיתה והיינו בע"כ משום דיליף לי' משור האיצטדין ולא ס"ל לחלק ביניהם כסברת התוס' דאיצטדין שאני משום דנלחם עמו להורגו, אפ"ה למה שכתבתי דבשור האיצטדין גופא היכא שנוגחין זה את זה, דהיינו להלוחם עמו, הוי הפטור מטעם דכל המשנה ובא אחר ושינה דדמיא לשיסה בו את הכלב, ודוקא היכי שהרג לאדם אחר שאינו לוחם עמו בזה הוא דאיצטריך לקרא דכי יגח, לפ"ז דברי הרמב"ם הם ממש כמסקנת הש"ס בסוגיא דמשסה שם בב"ק דמסקי' התם דהמשסה כלבו של חבירו בחבירו חייב שיסהו בעצמו פטור, והן הן דברי הרמב"ם מ"ש כאן דמשסה כלבו של חבירו בחבירו חייב, ומ"ש בפ"ר דאינם מועדים, הרי דייק לכתוב שם שוורים שמשחקים בהם ומלמדין אותם ליגח זא"ז אינם מועדין זה לזה, וזה לזה ודאי דפטורים דדמיא לשיסה הכלב בעצמו ופטור מטעם דכל המשנה ובא אחר ושינה בו, ומאן דמקשה על הרמב"ם בזה דומה בעיני כאילו מקשה על הש"ס גופא מ"ש כאן דמשסה כלבו של חבירו בחבירו דחייב, ושיסה בעצמו פטור, וכלום קושיא הוא משיסה בו על שיסה בחבירו אחרי שבש"ס גופא מפורש החילוק שביניהם, וכדברי הש"ס הם ממש לשון הרמב"ם ומאי מקשה הראב"ד:

**וגם** זה אין להקשות כיון דהוכחתי מדברי הרמב"ם דפ"י שסובר דמשסה הכלב דומה לשור האיצטדין א"כ מ"ט כתב בפ"ב דמשסה כלבו חייב הא בשור האיצטדין אפי' בחבירו נמי פטור דקושיא זאת קשה על הש"ס גופא דמסיק דמשסה כלבו בחבירו חייב, והא משנה מפורשת היא בשור האיצטדין דפטור וכקושית התוס', ואחרי שהרמב"ם אין מחלק כחילוק התוס' בין שור האיצטדין למשסה, א"כ ישאר הקושיא, וצ"ל בע"כ

דהרמב"ם יסבור כמ"ש הריטב"א המובא בנמוק"י לחלק בין מיתה לנזקין, דדוקא ממיתה פטור באיצטדין מקרא דכי יגח אבל מנזקין לא, ולפ"ז דברי הרמב"ם מכוונים ממש לסוגיית הש"ס, וכל דברי הרמב"ם בשלשה מקומות הללו מכוונים ממש, דבפ"י שמיירי התם לענין מיתה כתב שפיר המשסה כלבו בחבירו והרגו דפטור משום דסובר דגם משסה דומה לאיצטדין ופטור ממיתה, אכן בפ"ב דמיירי לענין נזקין כתב שפיר דמשסה בחבירו חייב וגם באיצטדין גופא נמי הכי הוא דחייב לענין נזקין, כללא דבמלתא דבש"ס הופסק תלתא דינים, לענין נזקין משסה כלבו בחבירו חייב ושיסה בעצמו פטור, ולענין מיתה פטור בשור האצטדין והוה"ד למשסה לשי' הרמב"ם, ואלו הג' דינים ממש הביאם הרמב"ם בפ"ב הביא הדין דמשסה כלבו בחבירו דחייב בנזקין, ובפ"ו שכתב אינם מועדים ליגח זא"ז, דהיינו משום דדמי לשיסה הכלב בעצמו ופטור אפי' לענין נזקין, ובפ"י הביא דמשסה כלבו בחבירו והרגו דפטור ממיתה, זהו דין דשור האיצטדין לשי' הרמב"ם דמשסה דומה לאיצטדין ולכן לענין מיתה פטור, וברור שזהו האמת ברמב"ם, והשגת הראב"ד וקושית המפרשים שגבו ממנו אחרי שדברי הרמב"ם מכוונים ממש כדברי הש"ס ועיין בס' מה"פ שעל הירושלמי וביש"ש שטרחו הרבה ליישב דברי הרמב"ם, ולמ"ש מיושב הכל והדברים אמיתיים בעז"ה ומקום הניחו לי להתגדר בהם:

**סימן שצו**

סעיף א' **במחבר** שור המועד וכן שן ורגל שהם מועדים מתחלתן די להם בשמירה פחותה כו' המחבר כתב בהחלט דאפי' בשן ורגל נמי סגי בשמירה פחותה, אכן לא כן הוא דעת התוס' דסברי דלא מיבעי בפעם הראשון אלא אפי' מועד דשן ורגל נמי לא סגי בשמירה פחותה, דבר"פ הכונס קאמר הש"ס מאן תנא דמועד סגי בשמירה פחותה ר' יהודה הוא, והקשו התוס' דר' יהודה הא דריש בפ' דו"ה ולא ישמרנו לזה ולא לאחר, פי' דלא ממעטינן מקרא דלא ישמרנו אלא מועד דקרן אבל מועד דשן ורגל לא סגי בשמירה פחותה ע"ש שזה כוונתם וכ"כ בשמ"ק בכוונתם, אלא דלכאורה יש לדחות הוכחת התוס' דהא לעיל שם אמרי' דלא אתי האי מיעוטא אלא למעט תם דלא נילף לה ממועד, נגיחה דתם מנגיחה דמועד וע"ז קאמר ולא ישמרנו לזה ולא לאחר כלו' דדוקא למועד ולא לתם, אבל לחלק בין מועד דקרן למועד דשן ורגל ע"ז לא קאי המיעוט דלזה ולא לאחר, ואדרבה כ"ש הוא השתא מועד דקרן דלא אתמעט בשמירתו סגי לי' בשמירה פחותה כ"ש מועד דשן ורגל דהתורה מיעטה בשמירתן דתסגי בשמירה פחותה, ושוב מצאתי שבשמ"ק כ"כ בשם הרא"ש, אלא דבכ"ז י"ל בכוונת התוס' דהנה המפרשים

הקשו להבין סברא דר' יהודה דמחמיר בתם טפי מבמועד וכי מה סברא הוא זה דתם לא סגי בשמירה פחותה ובמועד להזיק סגי לי' בשמירה פחותה, וכי בשביל שנעשה מועד להזיק יהי' נתמעט שמירתו והלא כלפי ליא אפכא מסתברא וכתבו לתרץ דהיא הנותנת הואיל דמועד מוחזק בנגחו ותורא נגחנא קלא אית לו לכך רבים בדלים ממנו ושמור הוא זה עיין בדבריהם, ולפ"ז הוה סברת התוס' דלא שייך זה כ"א בתם ונעשה מועד דכיון דהוחזק לנגחן ע"י שלש נגיחות בדלים ממנו, אבל בשן ורגל דנעשה מועד מתחלתו א"כ אפי' מועד שבו דמי לתמות דקרן דלא סגי בשמירה פחותה וזה ברור בכוונת התוס', הרי שהתוס' סברי דאפי' מועד דשן ורגל לא סגי בשמירה פחותה, כ"ש בפעם הראשון דלא סגי וזה דלא כהמחבר:

**והנה** לכאורה הי' אפשר להקשות נמי על המחבר דלמה יהא פטור בשן ורגל בפעם הראשון, דאפי' נימא דשן ורגל גופא סגי בשמירה פחותה אפי' בפעם הראשון וכסברת המחבר, אפ"ה אכתי נחייבנו בשן ורגל מטעם תחלתו בפשיעה לענין קרן דלא סגי לו בשמירה פחותה, ולכן כי הזיק תו בשן ורגל נמי דסגי בשמירה פחותה והוה אונס לחייב נמי וכיו"ב מקשי תוס' ב"ק דכ"ב דלחייב נזק שלם דתחלתו בפשיעה לגבי רגל דאורחי' וסופו באונס לגבי קרן וא"כ למה לא נימא הכי להיפך תחלתו בפשיעה לגבי קרן וסופו באונס לגבי רגל, ונ"ל דלא דמי דעל היזק דשן ורגל שייך לומר תחלתו בפשיעה כיון דאורחי' הוא ועליו לאסוקי אדעתי' שתזיק בהיזק זה, אבל לומר תחלתו בפשיעה לגבי קרן לא שייך כלל, דכיון דלאו אורחי' הוא וסתם שוורים בחזקת שימור הוא מדברים כאלו ומשו"ה לא הו"ל לאסוקי אדעתייהו שתעשה דבר משונה כזה ולא נוכל לחשבו לפשיעה שלא שמרה מדבר המשונה:

סעיף ב' **במחבר** אבל נפרצה ביום חייב דקלא אית לה למלתא ומסתמא ידע, ולכאורה קשה הא בב"ק דנ"ב לגבי בור פליגי בזה רב ושמואל אי סמוך על קלא ולרב דסובר התם בכדי שידע סובר דסמכינן אקלא דמסתמא שמע, אבל שמואל ור' יוחנן דס"ל דבעינן שיודיעוהו משום דאינו סומך אשמיעה לחוד וכפי' התוס' שם, וא"כ מ"ש הכא דגם מסתמא מחייבינן לו ושוב ראיתי שבפנ"י הרגיש בזה, אכן באמת לק"מ דהתם לגבי בור אין דרכו לחזור ולשאול מפי אחרים אם נפתח הבור דמה לו לחזור ולידע זה כיון שאין הדבר נוגע כ"א להיזק של אחרים והוא עצמו אין לו שום היזק בזה גם אם נפתח הבור וכיון שאין מחזר אחר זה לא אמרי' דמסתמא שמע, וגם אם שמע אינו סומך ע"ז, משא"כ הכא כיון דהצאן שלו עומדים בדיר ואם נפרץ הגדר יוכל גם הוא לבוא לידי היזק שהצאן ילכו משם ויאבדו או יוגנבו לכן דרכו לחזור ולשאול אם נפרץ הגדר, וכשחוזר אחר זה

בנקל ישמע וגם אם ישמע יסמוך ע"ז לילך ולראות אם אמת הדבר כי יחשוש לאבידת צאנו ולכן תלינן שבודאי ידע, וכעין זה ממש מבואר בגיטין ד"ד ובמס' ב"ב בתוס' שם דאילו לגבי גיטין אמרי' כיון דאיכא עולי רגלים משכח שכיחי ואע"ג דלגבי מחאה שלא בפניו אמרי' סתם יהודה וגליל כשעת חירום דמי ולא הוי מחאה, היינו משום שאין המחזיק דרכו לחזר אם עשו מחאה, אבל בגיטין מחזרת אחר עדי קיום ומצוין לקיימו ע"ש, וה"נ ממש דכוותה ודו"ק:

סעיף ג' **במחבר** הוציאוה לסטים הם חייבין כו' אבל פרצוה ולא הוציאוה הלסטים פטורין, והנה זה לשון התוס' ר"פ הכונס או שפרצוה לסטים ואיצטריך לאשמועי' דאפי' הלסטים פטורין כשלא הוציאוה עכ"ל, פי' הבעלים ודאי פטורים וכ"ש הוא מנפרצה בעצמה די"ל דהכותל לא היה בריא מדנפרצה מעצמה והבעלים פשעו שלא תקנוה לכותל ואפ"ה פטורים, וכ"ש בפרצוה לסטים שלא פשעו הבעלים כלום דפטורין אלא אשמועי' דאפי' הלסטים נמי פטורין וזה פשוט והוצרכתי לכותבו מפני שבעלי יה"ת ומפרשי הים במח"כ שגו בזה דהבינו דמ"ש התוס' שם דאלסטים קאי, היינו רק הלסטים ולא הבעלים, דבעלים חייבין בפרצוה לסטים כיון שנפרצה ביום, דדוקא בנפרצה בלילה פטורין אבל פרצוה לסטים דהוה ביום קלא איתא למלתא וחייבין הבעלים ע"ש שהאריכו בזה הרבה, אבל זה אינו דהא להדיא כתבו תוס' בלשון "דאפי" הלסטים פטורין ומלשון אפי' משמע דכ"ש הבעלים, והנה הם חידשו מדעתם דגם בפרצוה לסטים קאי נמי הפטור על הבעלים דוקא ולא על הלסטים דלסטים חייבין בפרצוהו ע"ש בטעמם, ובעלי מפרשי הים כתבו בזה להשיג על רש"י ותוס' בהא דפריך הש"ס התם אילימא בכותל בריא בדיני אדם נמי לחייב כו' ופי' שם דהאי לא קאי אלא על הכותל ולא על הבהמה דאי הבהמה הא תנן שם במתני' או שפרצוה לסטים פטור, והקשו לזה דא"כ נימא דפטור מדיני אדם קאי על הבהמה, ואכן עפ"י דברי בעל יה"ת א"ש דהא הם מפרשים דפרצוה לסטים דפטור קאי על הבעלים ושפיר אזיל קושית הש"ס גם לענין הבהמה, והכי פריך אי בכותל בריא אפי' בדיני אדם נמי יתחייב הפורץ דהא אם לא הי' פורצה הלא היתה הבהמה יכולה לצאת והוי מזיק בידים וממילא לא קשה ממתני' דאיה"נ דבמתני' נמי הלסטים חייבין ורק הבעלים הוא דפטורים ע"ש, וגם בזה שגו דאיך אפשר לפרש דהלסטים חייבין בפרצוה דהא בהדיא קתני הוציאוה לסטים חייבין, הרי שדוקא בהוציאוה ועשו בה קנין הוא דמחייבי אבל על הפרצה לחוד אין חייב הלסטים כלל:

סעיף ז' **במחבר** מסר שורו לה' בני אדם, הרמ"א ז"ל בתשובה הוכיח מכאן ששני שומרים שקבלו ביחד לשמור לא אמרי' דאחד ערב בעד חבירו דהא הכא אמרי' דאם סילק אחד עצמו מן השמירה הנשארים חייבין ולא מצינו שיחייבו לזה שנסתלק מטעם שנתערב בעד חבירו ובחדושנו לעיל סי' ע"ז דחיתי ראיה זאת ע"ש:

סעיף ט' **במחבר** מסרו השומר לשומר אחר והזיק חייב ששומר שמסר לשומר חייב, ולכאורה קשה למה לסיים הטעם דשומר שמסר לשומר חייב הא אפי' נימא בעלמא דפטור אינו פטור אלא ממה שהי' פטור מעיקרא כשהיתה בידו, אבל ממה שהי' חייב בעודה תחתיו מחייב נמי השתא ומצי בעלים לאשתעי דינא בהדי שומר ראשון ג"כ, דאיך מצינו לומר דנסתלק הראשון כיון שלא פטרו בעל הפקדון, וא"כ בנזקי הבהמה דמיירי הכא אם הי' תחת ידו דשומר ראשון הי' נמי חייב ולא נפטר מזה כשמסרו לשומר אחר, וקושיא כזאת ממש הקשה בשמ"ק על רש"י (ב"ק דנ"ו) דהכי איתא בש"ס התם מסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו ופריך ושומר קמא אפטר לגמרי לימא תיהוי תיובתא לרבא דאמר שומר שמסר לשומר חייב, וברש"י ד"ה אלא תחתיו דשומר כתב וז"ל והכי משמע מסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו ואזלי בעלים ומשתעי דינא בהדי שני והראשון מסתלק, והקשה נמי בשמ"ק דא"כ מאי פריך לימא תיהוי תיובתא דרבא דאמר שומר שמסר לשומר חייב הא אפי' למ"ד פטור נמי חייב בכה"ג דהי' חייב בעודה בידו ע"ש, ונ"ל ליישב דלכאורה קשה להיפך אפי' למ"ד שומר שמסר לשומר חייב מה שייך לחייבו הכא דהא הכא לא מיירי בהיזק שהבהמה הוזקה או נאבדה אלא מיירי בהיזק שהזיקה הבהמה לאחרים וא"כ מה איכפת להבעלים כשמסרו לשומר אחר ומה קפידה יש בזה, והכא לא שייך לחייבו לשני הטעמים דשומר שמסר לשומר בין לטעם דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר בין לטעם דאת מהימנת לי כמבואר בב"מ דל"ו ולעיל בסי' רצ"א, כיון דהפקדון של הבעלים גופא קיים אצל השומר, א"כ יקשה על סיום דברי המחבר ששומר שמסר לשומר חייב הא אפי' לדידי' אין שייך לחייב כ"א כשהבעלים תובעים הפקדון אבל לא כשהניזק תובע את ההיזק, ואמנם המ"מ כתב דהחיוב הוא בזה משום דהניזק יאמר לו מאחר ששנית דעת בעלים הראשונים ולא שמרת בעצמך א"כ הבהמה עדיין ברשותך קיימא וחייב אתה בנזקיה ע"ש, ובסמ"ע כאן ס"ק כ"א כ' דטעם החיוב הוא משום דא"ל אנת מהימנת ע"ש, וזה אינו דטעם דאנת מהימנת לא שייך כאן אלא החיוב הוא משום דכיון ששינה מדעת בעלים עדיין קיימא הבהמה ברשותו, ולפ"ז א"ש קושיתי הראשונה על המחבר במה דתלי זה לדין דשומר שמסר לשומר חייב דוקא, דלמ"ד חייב שפיר חייב השומר הראשון גם בנזקי הבהמה ומטעם שכתבתי שפשע השומר הראשון

וקיימא ברשותו, אבל למ"ד פטור ואין זה שום פשיעה במה שמסר לשומר אחר פשיטא שאין לחייב לשומר הראשון על נזקי הבהמה שהזיקה לאחרים וא"ש דברי המחבר ודו"ק כי זה נכון מאוד, ואמנם השמ"ק דהקשה על רש"י אפ"ה שפיר הקשה משום דמלשון רש"י שכתב ואזלי בעלים ומשתעי דינא בהדי שני מוכח להדיא דרש"י מפרש דמיירי התם שהבהמה גופא הוזקה ולא בהיזק שהזיקה הבהמה לאחרים והבעלים תובעים הנזק מן השומר, דאי בהיזק שהזיקה הבהמה לאחרים מהענין הבעלים לתבוע והא הניזק הוא התובע זה וא"כ הכי הול"ל ואזיל הניזק ומשתעי דינא בהדי שני, אע"כ דרש"י מפרש דמיירי שהוזקה הבהמה וכן פי' גם הרש"ל ביש"ש בדעת רש"י ע"ש ולכן שפיר הקשה בשמ"ק דא"כ גם מן השומר הראשון יש לו לתבוע אפי' למ"ד פטור כיון שלא פטר בעל הפקדון להשומר חייב הוא כמו שהיתה בעודה תחת ידו וא"ש:

**אלא** דאכתי צריך ביאור דבאמת מלשון רש"י אין להוכיח דבנזקי הבהמה שהוזקה היא מיירי, דשפיר י"ל דגם הוא מפרש דמיירי בהיזק שהזיקה הבהמה ואחרים ואפ"ה משכחת דהבעלים יתבעו בזה מן השומר ולא הניזק, די"ל דרש"י סובר כשי' הרמב"ם ומחבר כאן בסעיף הקודם דאפי' אם שמרוהו השומרים בשמירה מעולה השומרים פטורין ובעלים חייבין בנזק קרן, ולפ"ז הרי הניזק חוזר על הבעלים והבעלים אזלי שוב ומשתעי דינא בהדי שומר, ואפי' למ"ש הכ"מ בשם חכמי לוני"ל דהרמב"ם הודה להם שטעות סופר יש בדבריו ואם שמרוהו השומרים שמירה מעולה גם הבעלים פטורים ע"ש, אבל בשמרוהו שמירה פחותה ודאי דלבו"ע הכי הוא כשהשומר הוא שומר חנם דהשומר פטור דלדידי' בשמירה פחותה סגי כמבואר בב"ק (ס"פ דו"ה) והבעלים חייבין, דשור תם לא סגי לו בשמירה פחותה, וא"כ שפיר משכחת לה בשור תם שמסרוהו הבעלים לשו"ח דבכה"ג השומר פטור לגבי הניזק דלדידי' סגי בשמירה פחותה והבעלים מיהא חייבים לניזק כיון דשור תם לא סגי לדידי' בשמירה פחותה ושוב חוזרים הבעלים לאשתעי דינא בהדי שומר אם אמת הוא כדבריו דשמרו מיהא שמירה פחותה, דבלא שבועה לא מהימן ע"ז לגבי הבעלים כדין שומר דלא מהימן בלא שבועה, והיינו דקאמר הש"ס לימא דלא כרבא דאילו לרבא דשומר שמסר לשומר חייב אפי' באונסין ומטעם דמצי אמר לו אנת מהימנת לי כו' א"כ מצי לתבוע גם משומר ראשון ולמה אמרו דראשון אסתלק לגמרי, וגם קושית השמ"ק על רש"י וקושיתי על המחבר וסמ"ע ניחא בזה, דהא תינח אם השומר הי' חייב תשלומי ממון משום דשמירה כזאת לא סגי לפניו, ודאי דהוי יכול הבעלים לתבוע משומר וגם למ"ד שומר שמסר לשומר פטור כיון שאינו פטור אלא ממה שהי' פטור מעיקרא ושמירה כזו גם בעודה תחת ידו לא סגי, אבל לפמ"ש דהשומר

שומר חנם הוא דלדידי' סגי בשמירה פחותה, וא"כ אם נאמין לדברי השומר שבאמת שמרו שמורה פחותה אין בזה שום חיוב שוב על השומר, ורק עיקר תביעת הבעלים הוא משום דלא יאמין לו על תביעתו, ולכן בשלמא למ"ד שומר שמסר לשומר חייב שפיר יכול לתבוע גם משומר הראשון דמצי אמר לו היאך לא מהימן, אבל למ"ד פטור ולא ס"ל טעם דאנת לא מהימן כו' שפיר קאמר הש"ס דראשון אסתלק דהא תביעת ממון משומר אין בזה דנימא אילו הי' ביד הראשון הי' חייב, דודאי אם היה ביד הראשון הי' נמי פטור דלדידי' נמי הא סגי בשמירה פחותה, ורק מה שתובע משומר אינו אלא שבועה ולמ"ד דלא ס"ל אנת מהימנת הלא יכול גם השני לישבע ולכך פריך הש"ס למ"ד שומר שמסר לשומר חייב דוקא דלדידי' שפיר קשה למה אסתלק הראשין כיון דמצי א"ל אנת מהימנת, וממילא לא יחויב שומר הראשון לשלם גם ממון ממש דהא לישבע אינו יכול דמה יוכל לידע מה בבית שומר השני אם שמרו כלל ושמא לא שמרו אפי' בשמירה פחותה, ושומר שאינו יכול לישבע משלם, וכל זה הוא דוקא למ"ד שומר שמסר לשומר חייב יוכלו הבעלים לתבוע גם ממון משומר הראשון אבל למ"ד פטור ודאי דאסתלק הראשון לגמרי כיון דעיקר תביעתו הוא שבועה והשומר השני הלא יכול לישבע וגם לא מצי לומר לו אנת מהימן כיון דסובר שומר שמסר לשומר פטור הרי דאנת מהימן לאו כלום, ומדוקדק בזה לשון הש"ס דמקשה לרבא דשומר שמסר לשומר חייב וגם דברי המחבר ניחא מה שמסיים הטעם ושומר שמסר לשומר חייב וכן דברי הסמ"ע שכתב כאן לטעם דאנת מהימנת א"ש, דמעתה אין אנו צריכין עוד לדברי המ"מ דהחיוב הוא משום שפשע דלמ"ד שומר שמסר לשומר חייב ודאי דחייב, דכאן באמת הבעלים תובעים וכמ"ש וזה ברור:

**וארווחנא** ליישב בזה מה דקשה לי בש"ס שם דמקשה לרבא כדאמר לימא תיהוי תיובתא דרבא דאמר שומר שמסר לשומר חייב, ויש לדקדק דהא רבא לאו מרא דדין זה הוא, דבעיקר הדין דשומר שמסר לשומר חייב או פטור מחלוקת רב ור' יוחנן הוא ב"מ דל"ו ור' יוחנן הוא דסובר חייב, ואלא דבטעמו של ר' יוחנן פליגי אביי ורבא, אביי מפרש משום טעם דאין רצוני ורבא מפרש לטעמו משום אנת מהימן היאך לא מהימן וא"כ למה מקשה לרבא הא לר' יוחנן הוה צריך להקשות דאיהו מרא דדין זה, ואי למפרשי טעמו דר' יוחנן קא נקיט א"כ למה דוקא לרבא ולא לאביי, ולמ"ש דהכא הוה בע"כ הכוונה דמיירי בנזקי הבהמה שהזיקה לאחרים אבל הבהמה גופא לא הוזקה מידי, לזה לא מצי להקשות לטעמא דאביי דמה שייך הכא טעם דאין רצוני כיון שהפקדון קיים וא"כ הבעלים תביעת עצמו אין לו כלל על השומר ובעד היזק הניזק שהבעלים שלמו

אותו הלא יכולים הבעלים לחזור על שומר שני דמה לו אם השני או הראשון ישבע כיון דאביי לא ס"ל טעם דאנת מהימנת ושפיר קאמר הש"ס דראשון אש אסתלק, ורק לרבא דמפרש טעם דשומר שמסר לשומר חייב משום אנת מהימנת פריך שפיר דמאי קאמר דראשון אסתלק הא יכולים הבעלים לתבוע מן הראשון אפי' ממון כיון דאינו ידוע בעדים אם שמרו שמירה פחותה והשומר הרי צריך לישבע עי"ז, ולשימר השני מצי אמר היאך לא מהימן והראשון הלא אינו יכול לישבע וממילא מחויב לשלם גם ממון והדברים נכונים ועמוקים:

**סימן שצח**

סעיף ד' **במחבר** נפל לבור שבחצר והבאיש את מימיו אם הבאישם בשעת נפילה חייב כו' בש"ס (ב"ק דמ"ח) הכי איתא אלא אי איתמר הכי איתמר אמר רבא לא שנו אלא שהבאיש מגופו אבל הבאיש מריחו פטור גרמא בעלמא הוא, וא"כ יש להבין למה לא הזכיר זה המחבר, והנה ראיתי בר"ן שתמה בזה על הרי"ף שלא הביא זה בהלכותיו ותי' דלדידן דק י"ל דייניגן דינא דגרמי חייב אפי' בכה"ג, ותי' זה גופא שייך גם על המחבר, אלא דרש"ל ביש"ש תמה על הר"ן שנדחק בזה כ"כ למה לא ניחא לי' בפשוטו דהא הבאיש מכח סרחון ודאי דלא אתי מיד בשעת נפילה דזה אי"א אא"כ שהה בה, והיכי דשהה בה אפי' כי הזיק מגופו נמי פטור לדידן דקיי"ל כשמואל דכל תקלה בור הוא ולשמואל לא משכחת חיובא כ"א בהזיק בשעת נפילה דוקא ע"ש, ואמנם אי מכח זה אין תפיסה על הר"ן דמי פשיטא כ"כ דהבאיש מריחו אי"א בשעת נפילה כ"א בשהה, והא משכחת גם בשעת נפילה כגון כשהשור הי' לקוי ומוסרח ובשעת נפילה קלטה המים ריחו וסרחון של השור וכמ"ש בש"ג לשון הריא"ז להדיא דין זה דאם גם בשעת נפילה קלטה המים ריחו של השור המוסרח דפטור משום גרמא וא"כ אכתי הו"ל לרי"ף ומחבר להביא דין זה דרבא דכל שהזיק מריחו הוה גרמא ובע"כ כהר"ן דלא הביא דין זה משום דקיי"ל דדייניגן בכ"מ דינא דגרמי:

שש **במחבר** והמים חשובים ככלים ובור פטיר בנזקי כלים, כלשון זה נאמר גם בש"ס דמים חשובים ככלים ומוכח להדיא דלאו דוקא כלים פטור בבור אלא כל חפצים ואינו חייב אלא בנזקי בהמה בלבד, שור וחמור וקשה מכאן עמ"ש רש"י בב"ק ד"י דאם נפל בבור שק מלא תבואה חייב, והתוס' שם כתבו דלא דק דכל מילי דלאו בעלי חיים ממעטינן מחמור דבור ע"ש, אבל יותר הו"ל להקשות מרש"י גופא דהא בדין זה דמים כלים כתב רש"י גופא בב"ק שם מים כלים חפצים ככלים דלא חייב בבור אלא על נזקי בהמה ע"ש, והרי כתב רש"י בעצמו דכל חפצים כלים ולא חייב בור עליהם והיכי מחייב

התם בשק מלא תבואה, ובכדי להציל דעת רש"י שלא יכשל בשגיאה גדולה כזאת נלע"ד דהתוס' לא העתיקו לשון רש"י בדיוק כמו שהוא לפנינו וזה גרם להם לפלוט מפיהם מבטא כזה על מאור עינינו רש"י ז"ל לומר עליו שלא דק, ובאמת לשון רש"י כמו שהוא לפנינו אפשר למצוא עצה איך לתקן דבריו, הן התוס' העתיקו לשון רש"י וכן אם נפל בבור שק מלא תבואה, ואילו כלשון רש"י גופא כתוב וכ אם נפל חמור בבור ועליו שק מלא תבואה חייב, הרי שדייק לכתוב דמיירי דוקא כשנפל חמור עם שק שעליו ולמה הוצרך לזה, אמנם דייק זה בכדי להציל עצמו מקושית התוס' דבכה"ג דנפל חמור עם שק תבואה שעליו באמת חייב גם בור בנזקי כלים וכמו שנבאר, דהנה בירושלמי (ב"ק פ"ב) מבואר להדיא דלא אתמעט כלים אלא מבור של מיתה דהיינו בור עמוק י' טפחים דבדידי' מיעוטא אבל בבור של נזקין דהיינו בור עמוק ט' לא אתמעט וחייב גם על הכלים, והכי איתא התם כתיב כי יפתח איש בור וכי יכרה איש בור אחד בור של מיתה ואחד בור של נזקין א"ר יצחק אחד בור של מיתה ואחד בור של נזקין שניהם ממקרא אחד נתרבו כשאתה בא לבור של מיתה אתה אומר פטור על הכלים וכשאתה בא לבור של נזקין אתה אומר חייב בו על הכלים, וגם במכילתא פ' משפטים מבואר להדיא דסובר נמי דבור של נזקין חייב על הכלים ג"כ, ובש"ס דילן הרי אין מפורש ההיפך, א"כ לכאורה אין מקום תפיסה על רש"י די"ל דש"ס דילן נמי מחלק בין בור תשעה לבור עשרה, ובבור תשעה איה"נ דחייב על הכלים וכהירושלמי ומכילתא ואלא דזה אי"א לומר דנהי דבהדיא ליכא בש"ס דילן שחולק עם הירושלמי, מ"מ מכללא שמעי' דאין מחלק כהירושלמי בין בור תשעה לעשרה וכמו שהוכיח בחדושי הרשב"א ממה דאמרי' בפ' המניח ראשון חייב בנזקי שני כו' ולא מצינו בור שחייב את הכלים, ומשמע דכללא הוא לכל בור שלא מצינו שום בור ואפי' בור תשעה נמי שחייב בו הכלים, ואמנם בכדי שלא לעשות מחלוקת רחוקה בין הבבלי וירושלמי מצא רש"י ז"ל דרך הממוצע והפשר איך לקרב את הדיעות ביניהם, והוא דבירושלמי שם בהלכה שאח"ז איתא הכי ונפל שמה שור או חמור, שור ולא שור בכליו חמור ולא חמור בכליו שהי' בדין מה אם בור נזקין שפטור מן המיתה חייב על כלים בור של עשרה טפחים שחייב על המיתה אינו דין שיחייב את הכלים ת"ל ונפל שם שור או חמור שור ולא שור בכליו חמור ולא חמור בכליו, ופי' הפנ"מ בכוונת הירושלמי דמשו"ה איצטריך שני רבויים שור וחמור לפטור בשנפלו השור והחמור עם הכלים שעליהם, דאי לאו תרי מיעוטי הו"א דבק"ו אייתי לחייב על הכלים גם בבור של מיתה ואע"ג דממעט מקרא בבור של מיתה לפטור על הכלים אפ"ה הו"א דהא דממעטינן מקרא לפטור את הכלים בבור של מיתה, היינו דוקא

אם נפלו הכלים בפני עצמן אבל בכלים שע"ג בהמה ונפלו עמה לתוכה מיגו דחייב על הבהמה חייב נמי על הכלים אפי' בבור של מיתה מכח הק"ו, ואהני קרא ואהני ק"ו, קרא אהני בכלים שנפלו מעצמן וק"ו אהני בכלים שנפלו עם הבהמה משו"ה איצטריך למיעוט מיוחד לפטור גם בכלים שע"ג בהמה בבור של מיתה ע"פ היטב, וכדברי הירושלמי ממש מפורש גם במכלתא דלעיל ע"ש, והרי נלמוד מזה דבכלים שנפלו ביחד עם החמור יש סברא יותר לחייב משום מגו דחייב על הבהמה ואפי' למאי דממעטי' כלים בבור אפ"ה בכלים שע"ג החמור הו"א לחייב מגו דמחייב על החמור, ורק משום שיש מיעוט מיוחד גבי בור של מיתה לפטור אפי' בכה"ג, וכיון שכן אחרי שבש"ס דילן אינו מפורש להדיא שחולק עם הירושלמי ופוטר אפי' בבור של נזקין ורק מכללא שמעי' מדקאמר בלשונו דלא מצינו בור שחייב את הכלים וכנ"ל וא"כ די כשנאמר דהיינו דוקא כשנפלו כלים בפני עצמן אבל מנ"ל עוד לומר שאפי' בחמור וכלים שעל גבו דנמי פטור בבור של נזקין ולעשות מחלוקת בין התלמודין בלי הכר כלל לזה, דאם נימא דש"ס שלנו פוטר גם בנזקין בכלים בפני עצמן, לא וקשה תו מהא דלא מצינו בור שחייב את הכלים, דבסתמא מיירי בכלים שנפלו בפני עצמן ובהם איה"נ דפטור גם בנזקין אבל בכלים שע"ג החמור ודאי דגם לש"ס דילן חייב בבור תשעה, והיינו דדייק רש"י התם דנפל חמור ועליו שק תבואה דבכה"ג חייב בור תשעה אפי' על הכלים ודו"ק כי זה עצה נכונה מאיד בר ש"י, ובזה מיושב מאוד דברי רש"י (ב"ק כ"ו) דקאמר בש"ש דיליף כופר בר גל מנזקין דרגל ולפרוך מה לנזקין שכן ישנה באש, מטמון, מה לטמון שכן ישנו בבור, ופרש"י שכן ישנו בבור שאם הי' גדי טמון בשק או במרציף ונתגלגל ונפל לבור חייב, וכבר הרגיש במסורת הש"ס דהא בדף י' צייר רש"י ציור אחר היכי משכחת טמון בבור כגון חמור שנפל בבור ועליו שק מלא תבואה, ולמ"ש א"ש דבדף כ"ו לא הו"מ לצייר ציור דלעיל משום דעליו אינו חייב כ"א בבור ט' דהיינו בור של נזקין אבל בבור עשרה דעביד מיתה אינו חייב כלל באותו ציור ועמ"ש ולכן לא הו"מ לפרש התם דמיירי בחמור שעליו שק תבואה, דאכתי הו"מ למיגמר מטמון דבור עשרה דפטור ע"ז, ולמה לש"ס לחזור מלימוד דטמון ולומר דיליף מכלים הא גם מטמון הו"מ למילף ומבור עשרה, להכי צייר רש"י התם דטמון היינו שאם הי' גדי טמון שזה חייב אפי' בבור עשרה, ובדף י' צייר ציור דחמור ועליו תבואה להורות דבבור נזקין גם בזה חייב וזה ברור:

**סימן שצט**

סעיף א' **במחבר** פרה מעוברת שהזיקה כו' אפי' ליתא לפרה משתלמת כל ח"נ מהולד כו' פי' כגון שברחה ונאבדה שבזה אין הניזק צריך להפסיד דאפי' לר"ע דאמר הוחלט השור

ושותפים הם מ"מ כל כמה שלא הוחלט עפ"י ב"ד לאו בידו הוא לשומרו ולכן אין מפסיד כלום וגובה כל חצי נזקו משא"כ היכי שהבהמה מתה מעצמה גם ניזק צריך להפסיד חלקו דלא גרע מכיחש המזיק דהפחת הוא על שניהם וכ"כ הישׁ"ש פ"ה דב"ק, ופלא שסתמו הפוסקים ולא זכרו חילוק זה דהא כן מוכח ומוכרח מכל הסוגיא דב"ק דמ"ז, ובזה מיושב גם קושית התוס' שם בד"ה ליתא לפרה שכתבו וז"ל לדברי רבא לא אתיא מתני' כר' עקיבא דכיון דשותפי נינהו הא אמרי' אם כיחש המזיק וכו', פי' וה"נ כי ליתא לפרה אין לך כחש גדול מזה ויפסיד הניזק כפי חלקו ואמאי משתלם כל הנזק מן הולד, כן פי' בשמ"ק לכוונת התוס', ובתוי"ט הבין כוונה זרה בתוס' ע"שׁ, אכן בעיקר קושית התוס' אפשר ליישב בפשיטות עפמ"שׁ הישׁ"שׁ דהא דאמרי' דכיחש ההפסד גם על הניזק היינו דאתיא ממילא והוה"ד שבורה ומתה, אבל כשנאבדה הפרה ע"י שהבעלים לא שמרו פשיטא דהניזק אינו מחסיר כלום דמאי הו"ל למיעבד כיון דלאו ברשותו עוד עומד שיהי' יכול לשמרו ולכן לענין שמירה אין מחויב הניזק בשמירתו ע"שׁ, ולפ"ז שפיר יש לפרש דמתני' נמי כר' עקיבא אתיא וליתא לפרה דקאמר היינו שברחה ונאבדה שבזה אין הניזק חייב אבל היכא שמתה הפרה איה"נ שגם הניזק מפסיד וכמו שנוכיח בסמוך: שם **בסמ"ע** ס"ק ב' כגון אם הפרה אינה שוה כחצי הנזק כו', מזה יתיישב לי הרבה בסוגיא דב"ק דמ"ז דקאמר התם אבל אי פשיטא לן דהוי ולד בהדה כי נגחה משתלם כולה ח"נ מולד רבא לטעמי' דאמר פרה שהזיקה גובה מולדה מ"ט גופה הוא, ועיין במהר"שׁ שהקשה מנ"ל לומר דרבא לטעמי' הא י"ל דמ"שׁ רבא פרה שהזיקה גובה מולדה היינו רק רביע נזק אבל בעד חלק הפרה מנ"ל דמשלם לרבא ע"שׁ, ותמה אנכי על תמיהתו דאי רק בעד חלק הולד קאמר רבא דמשלם א"כ למה הוצרך לסיים הטעם משום דגופה הוא, תיפוק דהיא וולדה נגחו, ועוד דהא אפי' מביצת תרנגולת צריך נמי לשלם לפי ערך הנזק המגיע לפי חשבון על חלקה וכמ"שׁ בשמ"ק בשם כמה ראשונים, וא"כ מה מחלק בין ולד לביצה אע"כ דמ"שׁ רבא גובה מולדה היינו נמי בעד החלק המגיע על חשבון הפרה וכגון דליתא לפרה לגמרי או שאיתא גם לפרה אלא שאינה שוה חצי הנזק וכדברי הסמ"ע דבכה"ג גובין מולדה גם בעד חלק הפרה ושפיר קאמר רבא לטעמי' משום דולדה גופה הוא, והנה בפנ"י הקשה למ"שׁ התוס' דגם לר' ישמעאל הוא דאמרי' הכי דכי ליתא לפרה משתלם כולה ח"נ מן הולד אבל לר"ע דסובר שותפי נינהו גם הניזק שייך בהיזק דליתא לפרה דלא גרע מכיחש וא"כ בע"כ דדברי רבא יתפרש נמי הכי דוקא לר' ישמעאל, וזהו תימה שדברי רבא תתפרש דלא כהלכתא דקי"ל כר"ע ע"שׁ, ולמ"שׁ לק"מ דהא עיקר ההכרח שהכריחו לומר דרבא מיירי בדליתא לפרה הוא משום

דאי בדאיתא לפרה ואין גובה מולד כ"א בעד חלקו לא הי' צריך רבא לומר משום דגופה הוא דבעד חלקו לבד משלם לכו"ע משום דהיא וולדה נגחו וכו' וע"ז הוא דמקשה הפנ"י כיון דבע"כ בדליתא לפרה מיירי וא"כ לר"ע גם הניזק צריך לסבול ההיזק של אבידת הפרה, אכן למ"ש שפיר מיירי דברי רבא באיתא לפרה דליכא שום הפסד בזה ואפ"ה איצטריך רבא לטעם דגופה משום דמיירי בדלא שוה הפרה שיעור חצי נזק ונמצא דהולד צריך לשלם גם בעד חלק הפרה ושפיר הוצרך לטעם דגופה אפי' באיתא לפרה ואע"ג דמוקי רבא למתני' בליתא לפרה וע"ז קאמר רבא לטעמי' היינו דאינו מביא כ"א רבא לטעמי' דסובר דגופא נינהו וממילא דהוה"ד בליתא לפרה גובה מולד בעד חלק הפרה אבל בעיקר הדין מחולקים המשנה עם רבא דמתני' קאי לר' ישמעאל וא"צ הניזק לסבול מאומה בעד אבידת הפרה, ולכן אפי' כי ליתא לפרה נמי משתלם כולה ח"נ מן הולד, ולדברי רבא עצמו דקאי כהלכתא כר' עקיבא איה"נ דבדליתא לפרה גם הניזק מפסיד כפי חלקו באבידת הפרה, ואין זה דוחק דמתני' מיירי אפי' בליתא לפרה ומה שמסיק אח"כ רבא לטעמי' איירי בדאיתא לפרה דאינו מביא הולטעמי' כ"א דולדה גופה הוא אבל בדין הפסד הניזק באבידת הפרה ע"ז אינו מביא הולטעמי' דבזה ודאי מחולקים הם, והרי מבואר דהיכי דבהמה מתה מעצמה גם ניזק צריך להפסיד חלקו, ומ"ש המחבר אפי' בליתא לפרה משתלם כולה מהולד מיירי בע"כ כגון שברחה ונאבדה וכמ"ש:

שם **במחבר** מפני שהוא מגופה אבל תרנגולת כו', עי' בהגהות מוהרצ"ח בב"ק שם שהעיר דלמה בתמורה דל"ח ע"א אמרי' ולד בהמת טריפה מאוירא רבי וביצה מגופה דתרנגולת היא, וכאן אמרי' בהיפך דביצה פירשא בעלמא הוא וולד נקרא גופה ע"ש, ולק"מ דלענין איסור משגחינן על החיבור בגוף באיזה אופן הוא וכיון שביצה אגודה בגופה אסורה, וולד שלא אגיד בגוף הבהמה אין טעם לאסרו אבל לענין נזקין משגחינן על דבר שגורם ההיזק וולד מסייע להזיק משו"ה נחשב לענין זה כגוף הבהמה, אבל הביצה אינה מסייעת בהיזק והכי מפורש בשמ"ק, וגם מדברי רש"י בתמורה משמע לחלק בהכי ע"ש, וכ"ש רא"ש לפי' רבינו גרשום שם בתמורה דמה דאמרי' ולד מאוירא רבי היינו לאחר שנולד הולך וגדל מעצמו מאוירא בלא סיועת הבהמה משא"כ ביצה מגופה כלומר שכל גדולה הוא בגוף התרנגולת ולאחר שיצאה מגוף של תרנגולת אינה מתגדלת עוד וק"ל:

**והנה** בתשובת רעק"א נתקשה בסי' קע"ב כיון דאמרי' עובר ירך אמו הוא והיא וולדה נרבעו א"כ באשתו מעוברת איך רשאי לבוא עליה ונימא דהיא וולדה נבעלו והוא בא על בתו, ותי' דכיון דפחותה מבת שלש אין איסור ביאה ורק האיסור משום השחתת

זרעו ובמעוברת גם איסור זה ליתא ע"ש, ובמחכ"ת תי' זה אינו דהא כבר כתב הרא"ש בתשובה דכל הנהו שיעורים דבן י"ג נעשה בר מצוה ותינוקת בת י"ב, ובת שלש לביאה ובן תשע לזכר הוא ככל השיעורים שנאמרו הלכה למ"מ ועפ"ז העלה המנ"ח מצוה ק"צ דכיון שכל השיעורים לישראל נאמרו ולא לבן נח, א"כ בבן נח אם בא קטן פחות מבן תשע על הערוה פחותה מבת שלשה נמי חייב ע"ש, והא עריות גם לבן נח נאמרה א"כ היאך בן נח רשאי לבוא על אשתו מעוברת, ואמנם תמיהני על עיקר קושיתו דמה ענין זה להחשב ביאה, דמה שאמרינן היא וולדה נרבעו הכוונה כמו שכתבתי דלענין איסור אמרי' דכיון דהעובר יונק ומקבל חיותו מן האם וכיון שהאם נאסרה נאסר גם הולד, דדומה הולד לאחד משארי אברי הבהמה וכמו שכל איבריה נאסרו ע"י הרביעה ה"נ נאסר הולד למ"ד עובר ירך אמו דלדידי' חשוב הולד כאחד משארי אברים של הבהמה, והיינו מ"ש התוס' שהולד נהנה מרביעה כלומר שיש לו הנאה כחו לשארי אברים של בהמה המרגישים בהנאה זאת, אבל מה ענין זה לומר דהוי כבא על הולד, וגם מ"ש רש"י בתמורה דהוה הולד עצמו נרבע מתפרש נמי כמ"ש שמקבל הנאה כמו שנרבע הוא עצמו אבל ודאי שביאה ממש לא הוה דאיך יעלה על הדעת לחשוב דהוה כבא על הולד, דהא אינו חייב בביאה כ"א בהכנסת עטרה דוקא ואפי' נשיקת אבר לאו כלום הוא, ואפי' הלאו דקריבה לא שייך לגבי ולד כיון שאין מתקרב לולד כלל, אע"כ דהכוונה הוא דהולד נאסר כמו שנאסרו שארי אברי הבהמה כיון דגם הוא ירך אמו ואינו חשוב כגוף בפני עצמו וזה ברור:

שם **במחבר** אבל תרנגולת שהזיקה אינו גובה מביצתה כו', פי' שאינו גובה מהביצה בעד חלק התרנגולת אבל לפי ערך החשבון המגיע לחלק הביצה גובה גם מביצה וכמ"ש לעיל בשם השמ"ק:

סעיף ג' **במחבר** פטור אפי' משבועה, והנה שני טעמים נאמרו בזה בתוס' ר"פ הפרה, טעם אחד הביא הסמ"ע דבקנס לא שייך שבועה כיון דאפי' אם הי' מודה לא הי' מחויב ממון ונמצא דלאו מידי כפר, טעם ב' הביאו הש"ך משום דלא הו"ל למידע, והנה תי' הראשון שהביא הסמ"ע ע ליתא לשי' הראב"ד דסובר דבקנס דפלגא נזקא לא אמרי' מודה ומיפטר כיון דבעד ההיזק משלם הבאתיו לעיל סי' שפ"ט ולקמן סי' ת' ויש שכתבו שגם דעת הרמב"ם כן וכמ"ש הש"ך לקמן סי' ת' סקי"ג, וזכרתי זה כמה פעמים, וגם תי' השני שהביא הש"ך ליתא לשי' הרמב"ם שסובר דא היכי דלא הו"ל למידע אמרי' נמי מחויב שבועה ואיל"מ, וא"כ בניזק טוען ברי ומזיק שמא או שיש עדים על המקצת ישאר קושית התוס' אליבא דרמב"ם למה לא נימא לחייב שבועה מדר' חיא קמייתא דלא תהא

הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים ומתוך שאיל"מ, והן אמנם דהמהר"ש בב"ק ומפרשי הים כתבו דהכא לא שייך הך דר' חיא קמייתא כיון דעיקר דינו הוא שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים וא"כ בקנס לא שייך זה דהא בקנס אין הודאתו מחייב שבועה כלל דהא מודה בקנס פטור א"כ ממילא שוב ליתא להאי דינא דר' חיא גבי' ע"ש, גם זה ליתא לפמ"ש דהרמב"ם סובר דקנס דפלגא נזקא חייב בהודאתו וא"כ אם הודה במקצת צריך להתחייב שבועה, אכן באמת אי"א לפרש כן דהרמב"ם יסבור כהראב"ד דמפורש בדבריו בפ"ט מנזקי ממון דגם בקנס דח"נ פטור משבועה משום דאם מודה הי' מיפטר, הרי שסובר שגם בח"נ אם מודה מיפטר וממילא קיימא הי' הסמ"ע כאן ודו"ק:

**סימן ת**

סעיף א' **במחבר** שור שהי' רודף אחר שור אחר והוזק זה אומר שורך הזיק כו' המע"ה, וקשה לי מאי קאמר דהמע"ה ואם הניזק מוחזק על המזיק להביא ראיה ולמה לא מהימן המזיק לומר בסלע לקה דמגו דאי בעי הוה מודה ומיפטר, ושוב ראיתי שהפנ"י ב"ק דל"ה הקדימני בקושיא זאת, ואפשר לומר דהנה במ"ש המחבר אפי' ניזק טוען שמא ודאי דלא שייך קושיתי דנהימני' במגו דכיון שהוא טוען שמא לא שייך מגו די"ל שרוצה לטעון האמת ולכן אינו רוצה לשקר ולהודות לכתחלה בכדי לפטור וכיון שאינו יודע איך הי' המעשה טוען האמת שאינו יודע, ולא שייך מגו כ"א במקום שטוען ברי ואנן הוא דחשדינן אותו שמא משקר בטענתו בכה"ג שייך מגו דאם רצה לשקר הי' יכול לטעון טענה דעדיפא אבל היכא שטוען טענה אמיתיית אין לומר מגו דבעי לשקר ולטעון טענה דעדיפא דשמא אינו רוצה לשקר, אלא אפי' בברי וברי והמזיק אומר בפ' בסלע לקה אפ"ה י"ל בעיקר הדבר דלאו מגו הוא כלל ואפי' אם הי' מודה לא הי' מיפטר, די"ל דמיירי שע"ז יש עדים שראו שרדף אחריו אלא שלא ראו אם הזיקו או בסלע לקה ולכן אפי' אם יבוא ויודה מעצמו שהשור הזיקו, אין נחשב זה להודאה בקנס דאפי' בלא הודאתו צריך הב"ד מעצמו לדון כך דכיון שרדף אחריו מסתמא הזיקו דהא אפי' עכשיו כשהוא כופר וטוען ברי דלא כי אלא בסלע לקה הקשה בשמ"ק למה משגחינן על טענתו זאת לעשות הדבר כספק ולומר המס"ע ולמה לא אזלי' בתר אומדנא לומר דמסתמא השור הזיקו וכדאמרי' בב"ב דצ"ג גבי גמל האוחר בין הגמלים ותי' משום דאין האומדנא ברורה כ"כ משום דגם זה רגילות הוא כשהשור בורח שנופל ולוקה בסלע ע"ש, ומסתבר דהיינו דוקא כשניזק טוען ודאי שבסלע לקה ולהכחישו טענתו ע"י האומדנא הזאת שמסתמא השור הזיקו, זהו לא אמרי' משום דאין האומדנא ברורה כ"כ אבל כשאין מי שטוען כן ויבואו עדים ויאמרו שראו שרדף השור אחר חבירו ואף שלא ראו שהזיקו

יש לחייבו ע"י האומדנא הזאת, ואין להקשות ע"ז ממ"ש המחבר דאפי' כשהמזיק טוען שמא בסלע לקה נמי אמרי' המע"ה ולא מחייבינן אותו ע"י האומדנא, דהתם מיהא טוען ומערער דשמא בסלע לקה וכיון שיש מערער משו"ה לא סמכינן על האומדנא הזאת אבל כשאין מערער ועוד שהודה מעצמו שהשור הזיקו אין לחשוב זה להודאה ולפוטרו מקנס, כיון דע"ז יש עדים שראו שרדף ואין מערער לטעון ולהטיל ספק דשמא בסלע לקה דאין הב"ד מעצמם צריכים להטיל הספק הזה ולפוטרו, כן הי' מסתבר לי לומר אליבא דאמת אם הודה בעצמו דאין לפוטרו ואפי' אם נימא דכשהודה בעצמו הוי זה נמי הודאה לפוטרו, מ"מ כשבאמת לא הודה אלא שהוא טוען ברי שבסלע לקה ונימא דנאמינו במגו דבעי הודה, זה ודאי דלא אמרי' משום דהוא חושב טענה זאת דבסלע לקה לעדיפא וסבור דאם יודה ששורו הזיק בודאי לא יפטרנו הב"ד ע"י הודאתו, דלא יחשבו זה להודאה אלא יחייבו אותו עפ"י האומדנא ואף אם שבאמת אינו כן ולא אזלי' גם בכה"ג בתר אומדנא אף שאין מי שיכחיש אותו כיון שאין דין זה גלוי לכל, אפשר דהוא לא ידע הדין הזה, ודמי למ"ש הרא"ש בכתובות דפ"ח דאין אשה נאמנת לומר פרועה במגו דמחילה דאפשר שסבורה היתה שאם תמחול תצטרך לשלם הכל ואף שבאמת לדברי הפוסקים אינה צריכה לשלם כ"א מה שקיבלה, מ"מ לאו כו"ע דינא גמירי ע"ש, ומזה למדו האחרונים הביאה הכנה"ג בכללי המגו אות כ"ח דאין אומרים מגו בטענה שאפשר שלא ידע שטענה ההיא עדיפא ע"ש, וה"נ י"ל דהוא היה סבור שבאם יטעון ברי שבסלע אז לא יבטלו טענתו זאת עפ"י האומדנא משא"כ כשיודה ששורו הזיק לא יחשבו זה להודאה ולפוטרו, ואף אם שבאמת אינו כן כמ"ש בשם השמ"ק דהאומדנא דהכא אינו מוכיח כ"כ, מ"מ כו"ע לאו דינא גמירי לידע חילוק השמ"ק ואין תימה אם המזיק לא ידע מזה ולכן לפי טעותו הטענה שטוען עכשיו שבסלע לקה עדיפא מטענת הודאה ולכן אין זה מגו:

**אלא** דאכתי אין נוח תי' זה על המחבר כיון דלתי' זה צ"ל דמיירי שע"ז יש עדים שראו שרדף דאי גם על הרדיפה אין עדים א"כ אכתי להימנו במגו דאי בעי לא הודה על הרדיפה מעיקרו, ובע"כ דכשיש עדים על הרדיפה וא"כ הא תינח במשנה דב"ק חקור דהאי דינא שפיר י"ל דהמשנה מיירי בכה"ג, אבל על המחבר קשה לומר דמיירי בכה"ג דא"כ הו"ל לפרש זה דעל הרדיפה יש עדים, דהמחבר שפוסק ואחרון הוא צריך היה לפרש דמיירי בכה"ג ומדלא פי' מכלל דגם על הרדיפה אין עדים ואכתי יוחזר הקושיא דלמה לא מהימן במגו דהודה ומיפטר, ולכן נ"ל להוכיח מכאן כשי' הרמב"ם והראב"ד דסברי דקנס דפלגא נזקא חלוק משאר קנסות דכיון שמ"מ הזיקו וקרן הוא דמשלם

משו"ה לא אמרי' בו דמהני הודאתו כ"א לענין זה שלא נכוף אותו לשלם אבל אם תפס הניזק מעצמו אפי' בתר הודאה אין מוציאין מידו ולכן לא שייך כאן מגו דבעי מודה ומפטר, דלא ירצה לטעון כן דהא אם יתפוס יועיל תפיסתו, ורוצה לטעון טענה כזאת שלדעתו פטור לגמרי, ושוב מצאתי בשמ"ק ב"ק דל"ג שכתב בשם הראב"ד דלא מפטר כלל בהודאה בקנס זה וז"ל וגדולה מזה כתב הראב"ד לקמן בשילהי פירקין גב ואי לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק ואע"ג דקנסא הוא וליכא עדי נגיחה ומודה בקנס פטור, לא דמי האי קנסא לשאר קנסות דהכא קרנא ובי דינא כי מודה זיל שלים אמרי', ועמ"ש בס' הקודם ואין מקום תו לקושיתי, אלא דקשה לי ע"ז ממ"ש הרמב"ם פ"ט מנזקי ממון והמחבר כאן דאם טוען הניזק למזיק שקר אתה טוען שאין אתה יודע אלא אתה יודע ודאי ששורך הזיק חייב לישבע היסת שאינו יודע בד"א במועד אבל בתם פטור, וכתב הישׁ"ש דנאמן במגו דבעי מודה ומפטר, והא לדברי הרמב"ם אין כאן מגו דלא ירצה להודות כיון דאם יודה אז אם יתפסנו מהני תפיסתו וכמ"ש, לשמא י"ל דכוונתו לאו דוקא משום מגו כמ"ש הישׁ"ש, אלא משום דאין משביעין כ"א בטענה שאם הודה הי' מחויב עמו אבל בטענה הזאת שגם אם הודה הי' פטור אין משביעין ע"ז, ודוקא לענין שבועה הוא דכתב הרמב"ם כן דעל טענה כזאת אין להשביע אבל לפטור מממון ע"י מגו זאת ודאי שאין כאן מגו לשי' הרמב"ם וכמ"ש, והמעיין בלשון הרמב"ם יראה להדיא שלא זכר טעם מגו ומוכח כמ"ש, והישׁ"ש שלא כדת כתב בטעם הרמב"ם משום מגו וגם במחבר לא הוזכר טעם מגו, והנה הפנ"י דב"ק שם הביא לשיטת הרמב"ם וראב"ד דקנס דחצי נזק חלוק אלא שנסתפק אם הראב"ד הוא דסובר הכי או הרא"ה והביא משם הישׁ"ש שהוא הרא"ה רבינו אהרן הלוי וזה גרם לו שלא ראה כ"א מה שהביא המ"מ פ"ט מנזקי ממון שיטה זאת אבל אילו ראה במקורם דהשמ"ק בשני מקומות בדט"ו ודל"ג בב"ק הביא להדיא זה בשם הראב"ד וכ"כ הרשב"א ע"ש הראב"ד, לא הי' מסתפק, ועמ"ש בדבור הסמוך עוד מזה:

סעיף ב' **במחבר** היו שנים רודפין אחר אחד והרי עדים שאחד מהם הזיק ואינם יודעים איזה משניהם כו' שניהם פטורין, והנה זה לשון המאירי בשמ"ק ולא זו בלבד אלא אפי' היו שנים רודפים אחר אחד והוזק הנרדף שיש כאן מזיק בודאי כגון שנודע בודאי שע"י אחד מהם הוזק שאילו הודה אין כאן מודה בקנס אלא שלא נודע ע"י מי משניהם והוא תובע לזה ודוחהו אצל זה וכן תובע לזה ודוחהו אצל זה שניהם פטורים עכ"ל, וכן מיד בבבא השניה שבמשנה בששני השוורים של אחד מהם ואינו יודע אם הגדול או הקטן הזיק או התם או המועד הזיק שהוא הדין שהביא המחבר בסעיף דלאחריו, כתב נמי

בשמ"ק כיון שיש מזיק ודאי בשווריו של זה שאילו הודה אין כאן מודה בקנס ע"ש, ומ"ש בשני הבבות הללו שאילו הודה אין כאן מודה בקנס צריך טעם למה לא הוי מודה בקנס, ואפי בבא השני' שהוה"ד שהובא במחבר בסעיף שאח"ז שידוע ודאי שיש מזיק בשווריו נמי קשה דהא תינח אם היה דינם לשלם מן העליה אז הוה שפיר אמרי' כיון דיש מזיק ודאי הרי מחויב הבעה"ב לשלם עכ"פ, אבל הא בתם מיירי הכא שאינו משלם אלא מגופו וא"כ אפי' כשזה ידוע שמזיק ודאי יש בשווריו אפ"ה כיון דלא נודע מי הוא המזיק אי"א לגבות מספק מגופו של אחד מהם וכשהמזיק הודה בעצמו איזה שור הי' המזיק, למה לא נחשב כמודה בקנס, אלא שבזה י"ל דמודה בקנס לא מיקרי כ"א כשמודה בעצם החיוב ואשר בלי הודאתו לא היינו יודעים שיש כאן חיוב מעיקרו אבל אם החיוב נודע לנו גם בלי הודאתו כמו הכא דידוע לכל שאחד משווריו הזיק אלא שהפטור יוכל לבוא מצד אחר מפני שאי"א לבוא לידי תשלומין כ"ז שלא נודע בבירור איזה שור הזיק ולכן כשמודה ששור זה הזיק אין זה הודאה לפטור וכמו שהסביר כעין זה בתומים סי' פ"ח דמודה בקנס תנן ולא בתשלומין, אבל אכתי בבא ראשונה דמתני' שהוא דין זה דקיימי' הכא ששני שוורים של שני אנשים רדפו ולא נודע של מי דיש כאן ספק בעצם החיוב על כל אחד מן הבעלים וכשבא אחד ומודה למה לא יהא נחשב כמודה בקנס, וצ"ל בע"כ דכיון שגוף ההיזק נודע בלא הודאתו רק שלא נודע ממי לגבות ההיזק, ולכן כשמודה דשורו נגח הוי זה כהודאה בתשלומין ולא הודאה בגוף החיוב, דהודאה לפטור לא הוי כ"א שבלא הודאתו לא היינו יודעים שנעשה בזה מעשה הראוי לקנס ועמ"ש בחדושנו לעיל סי' פ"ח להסביר זה בטוב טעם, ובהכי ניחא נמי מה שהקשיתי בדבור הקודם דלמה לא פטור התם מטעם מודה בקנס, ולמ"ש בכל דינים הללו לא הוה כלל מודה בקנס כיון דספק בחיוב נולד לעדים גם בלי הודאתו וא"כ בספק חיוב נכנס עפ"י העדים והרי נולד ע"י העדים דין ממון המוטל בספק, ולכן כשהודה אח"כ ומברר הספק לא הוי הודאה לפוטרו כיון דנכנס בחיוב מכבר גם טרם שהודה אלא שאז הוי חיובו כדין ממון המוטל בספק ועכשיו בהודאתו נתברר החיוב, והודאה דחשובה לפוטרו היינו כשבלא הודאה לא היה עליו שום חיוב, והנה בקצוה"ח כאן כתב דבשוורים תמין כיון דמשלמין רק מגופם והתורה פטרן לגמרי לשלם משאר נכסיו ולכן בשני שוורים תמין ולא נודע מי הזיק הוי מודה בקנס ע"ש, ולמ"ש נדחים דבריו דהא קמו דברי השמ"ק דאפי' בשני שוורים של שני אנשים נמי לא הוי הודאה בקנס, ובין לטעמא דתומים משום דהוי הודאה בתשלומין ובין לטעמא דידי מטעם דבחיוב נכנס גם טרם שהודה, עכ"פ זה ודאי דבכל הנך דינים לא הוי זה הודאה בקנס ואפי' בשוורים של שני אנשים וכ"ש

בששניהם של איש אחד והספק הוא מי משניהם הי' המזיק ועמ"ש לעיל סי' פ"ח ליישב קושית קצוה"ח דהתם:

שם **במחבר** ואם היו של איש אחד חייב לשלם מגוף הפחות שבשניהם כו' לא נתברר לי למאי דקי"ל כר"ע דהוחלט השור א"כ אין על גוף הבעלים שום שעבוד חוב כ"א על גוף השור וא"כ אפי' בשניהם של איש אחד למה חייב, הא זיל הכא קא מדחי לי' וזיל הכא מדחי לי', ושמא י"ל דהא כל עיקר הטעם דלא משתלם מספיקא משום דמוחזק הוא בשורו ואין מוציאין מספיקא ממון וא"כ בכה"ג דשניהם של איש אחד הרי איבד חזקת ממונו כיון דממ"נ אחד מהם הזיק ולא אמרי' בכה"ג המע"ה כיון דלא נקרא תו מוחזק וצ"ע:

סעיף ג' **במחבר** היה אחד תם ואחד מועד הניזק אומר א מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק המע"ה, והקשו הראשונים אמאי לא מחויב שבועה והלא הוא מודה מקצת ותי' משום דטענו מועד והודה לו אם אין זה ממין הטענה כדמדמי לה בסוגיא דב"ק וטענו חטין והודה בשעורין, והרמב"ם בפ"ט מנזקי ממון כתב דבאמת חייב שבועה דאורייתא וכמו שמסיים המחבר כאן, ובכדי שלא יקשה עליו הא תם ומועד שני מינים הם תי' המ"מ והטור שכיון דמועד משלם מן העליה הרי כל נכסי המזיק נכנסים בתביעתו וגם שור התם בכללו וכשזה הודה לו שוב בתם נחשבה ההודאה ממין הטענה, אלא דהש"ך ואחרונים הקשו ע"ז דא"כ מאי פריך בסוגיא דב"ק הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק נימא תיהוי תיובתא ממתני' על רבה בר נתן דאמר טענו חטים והודה בשעורין פטור, והא לפמ"ש הוי זה ממין הטענה, והנה מה שהקשו מכאן י"ל דקושית הגמ' לא יהי' מאחד תם ואחד מועד אלא מאחד גדול ואחד קטן דתני במשנה שם, אלא דאכתי יקשה ממה דפריך הש"ס לבתר דקאמר גופא אמר רבה בר נתן ממתני' דהיו הנזקין שנים אחד תם ואחד מועד, והא התם לא פריך אלא מתם ומועד, דחילק זה לשני קושיות, מעיקרא הקשה מאחד גדול ואחד קטן, והא מתם ומועד לא קשה כלל, ונ"ל דגם זה יש ליישב דמ"ש המ"מ והטור דבתם ומועד הוי ממין הטענה היינו כשהי' הניזק רק אחד, וזה כשתובעו המועד הזיק נכנס בכלל תביעתו גם התם והוי שפיר ממין הטענה, משא"כ אם היו הנזקין שנים וזה ידוע שהמזיקין היו נמי שנים וגם התם הזיק, רק שזה תובעו מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן בכה"ג אפי' לדברי התובע אין נכנס שור התם בכלל התביעה שתובע בעד המועד דהא שור התם משועבד הוא בעד אותו היזק שהזיק הוא עצמו ולכן בכה"ג הוי ודאי דומה לחטין ושעורין ושפיר הקשה הש"ס מהכא לרבה בר נתן:

**והנה** זה לשון הרמב"ם ומחבר היו שני השוורים הרודפים אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק היה אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק לא היתה שם ראיה ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידין שאחד משני אלו הזיק משלם המזיק כמו שאומר ואם טען הניזק שאתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק נשבע שבועת התורה ומשלם כמו שהודה שהרי הודה במקצת היו הנזקין שנים אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן והמזיק אומר לא כי אלא קטן הזיק את הגדול וגדול את הקטן או שהיה אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן ומזיק אומר תם הזיק את הגדול ומועד את הקטן המע"ה לא היתה שם ראיה ברורה המזיק פטור למה זה דומה לזה טוען את חבירו חטים והודה בשעורין שהוא נשבע שבועת היסת ופטור אף מדמי שעורים כו' עכ"ל וכבר העירו המפרשים שדבריהם סותרים זא"ז דבבבא הראשונה כתבו דאם אין ראיה ברורה משלם כמו שאומר, ובבבא שני' בהניזקין שנים כתבו דהוי טענו חטים והודה בשעורין פטור אף על מה שאומר המזיק בעצמו, ולמ"ש כמה מדוקדקים דבריהם דבניזק אחד והסכסוך שביניהם שהמזיק אומר תם הזיק והניזק אומר מועד הזיק לא הוי זה טענו חטים והודה בשעורין, משום דלתביעת הניזק דמועד הזיק הרי כל נכסי המזיק נכנסים בכלל התביעה וגם שור התם בכלל וכשזה הודה לו בתם הוי שפיר ממין הטענה, ואף שהרמב"ם הזכיר בבבא זה גם גדול וקטן והתם לא שייך סברא זאת, מ"מ הא הראב"ד תיקן את זאת דמ"ש הרמב"ם דנשבע שבועה דאורייתא לא קאי באמת כ"א אתם ומועד, ובא' גדול ובא' קטן פטור באמת משבועה משום דהוי כטענו חטים והודה בשעורין, משא"כ בבא השני' דניזקין שנים התם אף לדברי הניזק אין שור התם נכנס בתביעתו על המועד, דעל שור התם יש לו תביעה מיוחדה עליו בעד ההיזק האחר שעשה ולכן הוי שפיר טענו חטין והודה בשעורין ודו"ק:

שם **בקצוה"ח** ס"ק א' וכשמודה הוי מרשיע עצמו, עמ"ש בריש סימן זה לדחות דבריו:

**סימן תא**

סעיף ב' **במחבר** ניזק שתפס בהמה שהזיקה כו' נעשה עליה שומר שכר כו' ואם יצאה והזיקה כו' והבעלים פטורים, ויש להבין למה דייק דוקא דהוי ש"ש הא אפי' אם הוא שו"ח נמי הבעלים פטורים כמבואר בש"ס פ' הכונס ולעיל סי' שצ"ז דמסר לשומר נכנס השומר תחתיו של בעלים, י"ל דנ"מ אם השומר שמר לשור שמירה פחותה ואפ"ה יצא והזיק דבשו"ח פטור השומר וחייבין הבעלים ובש"ש גם בזה חייב השומר כמבואר בב"ק

דמ"ה ולעיל סי' שצ"ז ולכן דייק דהוי ש"ש לומר דבכל אופן פטורים הבעלים אפי' אם גם השומר שמרו שמירה פחותה:

**ובטעם** דנעשה ש"ש עיין בש"ך לעיל סי' ע"ב סק"י שהוכיח דהטעם הוא משום דתפיס אחובו ולא מטעם דיכול לקדש בו את האשה, דהרי לר' ישמעאל דאמר בעלי חוב נינהו אינו יכול לקדש בו את האשה כדאמרי' בש"ס ר"פ דו"ה הקדישו ניזק איכא בינייהו דלר' ישמעאל אינו קדוש וכיון שאינו קדוש לדידי' ממילא אינו יכול לקדש האשה ובחדושי שם דחיתי ראיתו דמה שאמרו דהקדישו ניזק אינו קדוש לר' ישמעאל היינו כשהקדישו בעודנו השור ביד המזיק אבל כשכבר תפסו הניזק ובא לידו ודאי אף לר' ישמעאל יכול להקדישו דכיון שתפסו לגבות הרי קנה את השור לגמרי ע"ש שהארכנו בזה:

**בש"ך** סק"ז ולפ"ז אם הקדישו ניזק וכו' וכן אם מכרה עמ"ש מזה לקמן סימן ת"ז:

**סימן תג**

סעיף א' **במחבר** שמין השברים כו', עמ"ש בחדשונו לעיל סימן שמ"ד:

סעיף ג' **במחבר** על המזיק לטרוח כו', עמ"ש לעיל סי' שפ"ו

**סימן תו**

סעיף ג' **במחבר** אבל אם זכה בו הוא עצמו חייב, במנ"ח מצוה נ"א נשאר בצע"ג בטעם הדבר מה לי אם אחר זכה בו או הוא עצמו ע"ש, ונ"ל דאם נימא דהוא עצמו אם קדם וזכה נמי יפטור, לא משכחת חיוב לעולם דכל אחד יפקיר שורו ויזכה בו שוב אבל בזכה בו אחר אין לחוש שמא יפקירנו במתכוון דיחוס להפסיד שורו, ועיין במעדני מלך על הרא"ש (ב"ק די"ג) דתמה גם בזכה בו אחר למה פטור, הא כל אחד יפקיר שורו, ומ"ש ממ"ש התוס' (ב"ק דכ"ב) אשו משום ממונו כלומר חיוב ממונו שיש בו ולא שיהא הממון שלו דא"כ כל אחד יפקיר הגחלים וידליק גדישו של חבירו ע"ש, ולק"מ דגחלים ודאי לא יחוש להפקירם בכדי שיפטור מן ההיזק אבל שורו יחוש להפקירו, אבל אם נימא שגם בזכה בו עצמו פטור ודאי שאין אדם יבוא לידי חיוב דכל אחד יפקיר ויזכה בו שוב וזה ברור:

סעיף ד' **במחבר** נגח ואח"כ מכר או הוריש חייב, ויש לבאר היכי משכחת מכירה אחר הנגיחה דהנה בב"ק די"ג רבינא אמר למעוטי נגח ואח"כ הקדיש נגח ואח"כ הפקיר וכו' יתר על כן אמר ר"י אפי' נגח ואח"כ הקדיש נגח ואח"כ הפקיר פטור שנאמר והועד בבעליו וכו' עד שתהא מיתה והעמדה בדין שוים כאחד, ובס' יה"ת הרעיש מאוד ע"ז היכי משכחת לה דיקדיש או יפקיר לאחר הנגיחה, הא לא מיבעי לר"ע דסובר (ב"ק דל"ג) דשותפין נינהו א"כ ודאי דאינו יכול להקדישו דשותפין נינהו, אלא אפי' לר' ישמעאל דסובר בעלי חוב נינהו נמי א"י להקדישו כמבואר שם בסוגיא דר"פ המניח דרק מדרבנן

חל ההקדש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא לחולין בלא פדיון ומדאורייתא א"י להקדיש אפי' לר' ישמעאל, א"כ לא משכחת קרא דוהעיד בבעליו למעוטי נגח ואח"כ הקדיש נגח ואח"כ הפקיר דהא מדאורייתא אין חל ההקדש כלל ע"ש, ונ"ל דלשי' הרמב"ם (פ"ב מהל' נדרים) דהפקר הוי מטעם נדר וכן הופסק לעיל סי' רע"ג א"כ נהי נמי דהפקר אינו חל ואין רשות לשום אדם לזכות בו מ"מ הזכות שהי' עדיין לבעה"ב בזה נפקע עי"ז כיון דהוא מצדו אסור לחזור ועליו בעצמו אסור הוא ואין לו שום זכות בזה דבשלמא אם ההפקר הי' מחמת קנין, פי' הע"י מה שנפקע כח בעה"ב מן החפץ, עי"ז האחרים זוכין בו אז הי' שפיר הדין דבמקום שאין אחרים רשאים לזכות בזה ממילא הרי יש לבעה"ב חלק כמו שהיו, משא"כ לשי' הרמב"ם דמטעם נדר הוא א"כ הרי הוא מצדו אסור לחזור בזה וחלקו נפקע, ונהי נמי שאין אחרים רשאין לזכות, מ"מ חלק בעה"ב וזכותו ג"כ נפקע, וכן בהקדש מבואר דעת הרמב"ם (פכ"ב מהל' מכירה) והופסק בשו"ע לעיל סי' רי"ב דאפי' במקום שאין ההקדש חל כגון בדבר שלב"ל מ"מ חייב לקיים מטעם נדר, וה"נ כן דנהי דהקדש לא חל מטעם שאינו שלו מ"מ דבריו אינם בטלים והוא עצמו שהקדיש אסור עליו הדבר מטעם נדר וממילא חלקו נפקע, ומעתה א"ש דבפ' המניח כשאנו דנין אם חל ההקדש אמרי' שפיר שאינו מוקדש. משא"כ כאן שאנו דנין אם יש לו בעלים, פי' אם יש להבעה"ב הזכות כמו שהי' לו מקודם והוא נקרא עדיין בעלים ע"ז, בזה ודאי אמרינן שכיון שהקדיש והפקיר יצא לגמרי מרשותו ואינו נקרא עוד בעל החפץ, וחילוק זה נכון, ועיין בקצוה"ח לעיל סי' ט"ג שטרח למצוא מקור לדברי הרמב"ם שהפקר הוא מטעם נדר, ואפשר שמכאן יהי' מקורו ודו"ק:

**ונמצא** לפי"ז דדוקא הקדיש והפקיר מצינן לאשכוחי שיהי' אחר הנגיחה אבל מכירה אי"א לאשכוחי כלל דכיון דבמכירה נפקע שם בעלים רק ע"י הזכייה שהלוקח זוכה והכא כיון שאינו יכול למוכרו הרי אכתי שמו עליו, ויישבתי בזה מחלוקת רש"י ורמב"ם באם מכר לאחר הנגיחה ובמקום שיכול למכרו כגון במועד שאינו משועבד לניזק אם מיקרי שם בעלים עליו או לאו ובדעת רש"י בד"ה למעוטי נגח שדקדק לומר שיהא מיוחדים לאדם אחד לעולם משעת נגיחה עד שעת העמדה בדין כתבו הראשונים שדעתו הוא דאפי' במכירה נשתנו שם בעליו ופטור דדוקא בעינן שיהא מיוחד לאדם אחד, וכ"ה דעת הטור כאן, אכן דעת הרמב"ם פ"ט מנזקי ממון אינו כן שפי' דוקא בהקדיש והפקיר שנשאר כלל בלא בעלים אז פטור אבל במכר שיצא מרשות זה לרשות אחר לא קפדי' ע"ז וחייב, ואמרתי דלשיטתייהו אזלי, דבפ' המניח דל"ג בפלוגתא דר"ע ור' ישמעאל נחלקו הרמב"ם עם הטור אם גם לר"ע מכור לרדיא קודם העמדה בדין, דדעת הטור שדוקא לר'

ישמעאל מכרו מכור לרדיא אבל לר"ע דסובר שותפי נינהו אינו מכור כלל, משא"כ דעת הרמב"ם והמחבר שגם לר"ע מכרו מכור אלא שבעל חוב חוזר וגובה, ועיין בב"י לקמן סי' ת"ז שמפרש דפלוגתתם תליא בפי' הש"ס דקאמר הש"ס מכרו מכור לרדיא, והטור יפרש כפרש"י דלרדיא היינו העלאת שכר לניזק, ומשמע דדוקא לר' ישמעאל הדין כן אבל לר"ע אפי' לענין זה אינו מכור, אכן הרמב"ם סובר דגם לר"ע מכרו מכור לרדיא והוא מפרש פי' אחר בזה עיין במ"מ מ"ש בזה, עכ"פ הרי לפנינו פלוגתא בין רש"י ורמב"ם בזה דלרש"י לר"ע אין מכור כלל ולרמב"ם גם לר"ע מכרו מכור, ומעתה יובן גם פלוגתתם הנ"ל, דהנה באמת פשט הש"ס שאמרו שיהא מיתה והעמדה בדין שווין כאחד משמע כפרש"י, דלשון כאחד מורה שיהא ביד בעל אחד, אלא דמה שקשה ע"ז דאי נימא שגם מכירה משנה שם בעלים א"כ אמאי הזכיר הש"ס הקדיש והפקיר ולא הזכיר מכר דזהו רבותא וחידוש יותר, וכן ראיתי בשמ"ק שהוכיח מכאן כדעת הרמב"ם ע"ש. ואמנם הא תינח לשי' הרמב"ם דסובר שגם לר"ע מכרו מכור, א"כ באמת הי' יכול הש"ס לומר נגח ומכר כיון דגם המכירה מהני גם לר"ע, ומדלא הזכיר בש"ס מכר מכלל שבאמת מכירה אינו משנה כלל שם בעלים, משא"כ לשי' רש"י דלר"ע לא חל המכירה כלל א"כ לא הו"מ למימר נגח ומכר כיון דהמכירה אינו חל, בשלמא הקדיש והפקיר אע"ג דאינו חל מ"מ נפקע שם בעליו מטעם נדר, אבל במכירה לא שייך כן ולא מצינן כלל לאשכוחי שיהא יכול למכור אחר הנגיחה בתם ומשו"ה אין ראיה מדלא נקיט מכירה וממילא לא יפרש כפשטות הש"ס דבעינן שיהא מיתה והעמדה כאחד ממש, ואפי' מכירה משנה הרשות במקום שיכול למכור כגון במועד ודו"ק היטב:

**וכל** זה הארכתי מחמת שהיה"ת הרעיש על קושיא זאת, אכן בפשוטו יש ליישב דרבינא דהתם מיירי במועד ובמועד אין השור מוחלט כלל ולכו"ע יכול להפקיר ולהקדיש, הן אמת שבמפרשי הים שם הביאו כן בשם הראב"ד. וז"ל קושיתו הובא בשמ"ק בשם הראב"ד ור"י ותרצו דקרא אייירי במועד וכיון דנסקל לא שייך בזה חלטה בב"ד ואינו משועבד כלל עכ"ל. ולא אבין כלל דבריהם דלמה להו לטעם דכיון דנסקל לא שייך חלטה הא בלא"ה במועד אינו שעבודו כלל, ועוד מאי אירי במועד כיון דנסקל אטו תם אינו נסקל הא גם תם כשהמית אדם נסקל וכדאמרי' וכי מאחר דמתם קטלי' לי'. אכן עיינתי בשמ"ק הביא נמי קושיא זאת והתירוץ וז"ל ותימה לר"ע דאמר שותפי ויוחלט השור בב"ד ואם מכרו אינו מכור דאינו יכול להפקיעו א"כ הוה"ד לענין הפקר והקדש הוי מוחלט ואין בידו להפקירו לכך וי"ל דרבינא מיירי הכא במועד דכיון דנסקל לא שייך בו החלטה בב"ד עכ"ל, וגם דברים הללו אי"א בשום אופן להולמם כפשוטם,

דממ"נ במועד לא בעינן לטעם דנסקל ולטעם דנסקל לא בעינן מועד דהא תם נמי נסקל, ונראה ברור דלשון קצר דיבר בזה או שחסר איזה תיבות וכוונתו היינו משום דבש"ס אמר רבינא הדין דהקדיש והפקיר לענין תשלומי נזקין והביא עוד דברי ר' יהודה דאומר כן לענין מיתה דנגח ואח"כ הפקיר פטור, והקושיא תסוב על שניהם הן במיתה והן בנזקין דבתם לא מצי להפקיר, ותי' ע"ז דדברי רבינא דנזיקין איירי במועד דלא אמרי' בו הוחלט דדוקא בתם דמגופו משלם ס"ל הוחלט השור, ואמנם דברי ר' יהודה דמיירי במיתה אי"א לאוקמי דמיירי דוקא במועד. ע"ז תי' דהתם בלא"ה לא מצי לאקשויי דכיון דמיירי במיתה וא"כ השור בסקילה ולא שייך הוחלט בזה ואפי' בתם מצי מיירי וזה ברור בכוונתו ולא הארכתי בזה כ"א משום שבעלי מפרשי הים בב"ק דצ"א גבי שור תם שהמית והוזק הבינו הדברים כפשוטו דדוקא במועד הוא דנסקל ובנו דיק על יסוד זה ובמחכ"ת טעו בדבר פשוט:

**וכן** מה שהקשה עוד בגהש"ס בסוגיא דמכרו מכור לרדיא, נימא דמכור לגמרי דהא בעינן בשעת העמדה בדין בעלים הראשונים וכיון שמכר לאחרים וליכא בעלים הראשונים נפטר לגמרי מחיובו וכן מה דאיתא שם הקדישו מוקדש משום דר' אבהו הא כיון דהקדישו פקע חיובו לגמרי כמו נגח ואח"כ הקדיש ולא מצי טריף מהקדש ע"ש, תמה אני אם יצאו הדברים הללו ממאור עינינו רעק"א ז"ל דהא אמרי' התם כיון דהשור נחלט לניזק מיד בשעת נגיחה לא מצי תו המזיק למוכרו ולהקדישו דאין אדם מוכר ומקדיש דבר שאינו שלו ואין חל ההקדש והמכירה כלל וא"כ מה שייך למיפטרי' מההיזק מטעם דהוה נגח ואח"כ הקדיש ומכר כיון דאין ההקדש ומכירה חל כלל והוה כמו שלא מכר ולא הקדיש, ואי קשיא קשיא להיפך היכי משכחת לדין דנגח ואח"כ הקדיש כיון דאחר הנגיחה לעולם אין ההקדש חל ובאמת כבר נתקשו בזה הראשונים ותי' דמשכחת במועד דמשתלם מן העליה ואין השור חלוט כלל וכמ"ש לעיל, אבל בתם לא משכחת כלל דיקדיש וימכור אחר הנגיחה כיון דמגופו משלם והשור נחלט לניזק ואין ברשותו של מזיק להקדיש ולמכור ולכן שפיר קאמר התם דרק לרדיא הוא דמכור והקדישו אין מוקדש כ"א משום דר' אבהו וזה ברור:

שם **בקצוה"ח** סק"ב הקשה למאי דאיתא בכריתות דכ"ד דשור לאחר שנגמר דינו הוה הפקר א"כ מאי פריך בב"ק דצ"א וכי קדמו ודנוהו דיני נפשות מאי הוי ליהדר ולידייני' נמי דיני ממונות, והיכי מצי לדייני' אח"כ הא כיון דנעשה הפקר בין הנגיחה להעמדה בדין פטור לגמרי כמבואר כאן בשו"ע סעיף ג' דנגח ואח"כ הפקיר פטור דבעי' שיהא מיתה והעמדה בדין כאחד ע"ש. וקושיא הזאת הקשה נמי רעק"א בגהש"ס ב"ק דצ"א,

ובקצוה"ח כתב ליישב דבאיסורי הנאה לא מהני הפקירו כלל דלאו ברשותי' דמארי' קאי לאפקורי ולאקדושי ובעלים מיהא אית לי' וכמ"ש הריב"ש דזכיה יש באיסורי הנאה, ע"כ מקשה הש"ס התם שפיר דאע"ג דדנו אותו דיני נפשות מ"מ אם הפקירו אינו מופקר כיון דאסור בהנאה וא"כ ליהדר ולידיינו, והא דאמרי' בכריתות דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה, היינו דכיון שהוזמו עדיו הרי מעולם לא הי' מאיסורי הנאה, וכיון דבעלים הפקירו הרי הפקירו הפקר ע"ש, ותירוצו לא נהירא דמה דאמרי' דאיסורי הנאה לא ברשותו של בעלים הוא להפקיר, מסתבר דהיינו דוקא בהפקר כזה שהבעלים הם המפקירים, בזה אמרי' דלאו בעלים הם להפקירו והפקרן לאו כלום הוא, משא"כ בשור הנסקל, הבעלים עצמן לא הפקירו כלל, ורק ההפקר ממילא בא דכיון שנגמר דינו ממילא נתיאשו הבעלים וכו"ע מינא, ובהפקר הבא ממילא לא שייך כ"כ לומר דלאו בעלים הוא להפקירו. ולכן נ"ל תי' אחר דבכריתות שם לא נזכר כלל דהוה הפקר אלא ה"ק כל הקודם זכה בו, דבאמת לא הי' שם הפקר ורק שעי"ז שנגמר דינו לא נתיאשו הבעלים ממנו, וביאוש כזה לא יצא מרשות בעלים כלל אלא דהוה כמו שנתן רשות לכל מי שיבוא וירצה יוכל לבוא ולזכות, אבל כל זמן שלא זכה בו אחר אכת ברשות בעלים הראשון הוא וגם בהפקר גמור פליגי תנאי מאיזה שעה שייך לומר דמיקרי אין לבעלים רשות אם משעת הפקר או עד דאתי לרשות זוכה וכמבואר בנדרים דמ"ה ועמ"ש הפנ"י בגיטין דל"ט דגם אבא שאול ורבנן פליגי בזה, ולאבא שאול עד דאתי לרשות זוכה אכתי רשות בעלים הראשונים עליו ע"ש, אכן עכ"פ ביאוש כזה שאינו כהפקר ממש גם רבנן מודו דכ"ז שלא זכה בו אחר עדיין רשות בעלים עליו, ואין לתמוה דהא באומר נתיאשתי מפלוני עבדי א"צ גט שחרור למאי דאמרי' המפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור כמבואר בגיטין שם, הרי דביאוש יצא מרשות בעלים כמו בהפקר, התם שאני דמיירי שאומר להדיא נתיאשתי מעבדי, ולכן לאו מטעם יאוש הוא אלא מטעם הפקר. דלשון זה הוי לשון הפקר והי' הפקר גמור דהרי כמה לשונות של הפקר יש. ומה לי אם מפקיר בלשון יאוש, אבל כשאינו אומר בפיו כלום רק היאוש בא מכח אומדנא וכמו בכריתות דמשום שנגמר דינו אומדין דעתו שבודאי נתיאש, יאוש כזה אינו כהפקר ממש לענין שיוצא מרשות בעלים אלא דהוה כנתינת רשות לכל הרוצה שיבוא ויזכה אבל אכתי ברשות בעלים הוא ועמ"ש בחבורנו לגיטין להוכיח בראיות החילוק שבין יאוש בפה ליאוש מכח אומדנא. ולפ"ז לק"מ קושית רעק"א וקצוה"ח דודאי אין לפוטרו מחיוב הנזקין מטעם דהוה כנגח ואח"כ הפקיר דהא הפטור בזה הוה משום שאין לו בעלים בשעת העמדה בדין והכא הרי יש לו בעלים הראשונים עליו ושפיר פריך וניהדר ולידיינו

משא"כ בכריתות דלא אמרי' רק כל הקודם זכה ולענין זה שפיר אמרו דמשנגמר דינו ניתן לכ"א זכות שיוכל לזכות בו וזה נכון:

**סימן תז**

סעיף א' **במחבר** שור תם שהזיק אם מכרו כו' וברמ"א מכרו ניזק מכור. הנה בדין זה נחלקו תוס' עם הרמב"ם, התוס' ב"ק דל"ג ד"ה הקדישו כתבו דמכרו מזיק לר' ישמעאל מכור לרדיא ולר"ע אין מכור כלל, ודעת הרמב"ם כמבואר כאן דגם לר"ע קודם העמדה בדין מכרו מזיק מכור, דרמב"ם מפרש דקודם העמדה בדין גם לר"ע לא זכה בו והו"ל כבעל חוב. דכמו לר"י אינו אלא בע"ח משום דמצי לסלוקי בזוזי ולכן נחשב דהשור הוא של מזיק ה"נ לר"ע כיון דאי מודה מיפטר ונמצא דיכול לסלוקי מן השור, ומה לי אם יכול לסלוקי בזוזי או ע"י הודאה כיון דיכול לסלוקי הרי הוא עדיין של מזיק, והחילוק שבין ר"י לר"ע הוא רק אחר העמדה בדין דלר"י תמיד הוא בע"ח, ולר"ע אחר העמדה בדין זכה בגוף השור, כן הוא שיטת הרמב"ם, ולשי' תוס' הוי לר"ע הוחלט השור לניזק מיד לאחר ההיזק אפי' קודם העמדה בדין, והנה דברי המחב' שכ' דמכרו מזיק קודם העמדה בדין מכור הם דברי הרמב"ם, דאילו לשיטת תוס' אפי' קודם העמדה בדין נמי אינו מכור לר"ע דקיי"ל כוותי'. ומה שהגיה הרמ"א מכרו ניזק מכור הוה בע"כ לשי' תוס' דאילו לרמב"ם קודם העמדה בדין מכר ניזק אין מכור אפי' לר"ע וכמו לשי' תוס' לר"י כן הוא לרמב"ם גם אליבא דר"ע, וא"כ יש לתמוה על הרמ"א שלא כתב זה בלשון וי"א כיון דדבריו עם דברי המחבר הם שני דיעות חלוקות, ולכן הי' נ"ל דבאמת הרמ"א קאי נמי לשי' רמב"ם, ובמה שהוסיף וכשיתפסנו יקחנו הלוקח, תי' בעצמו לקושיא זאת דהא עיקר הטעם דסובר רמב"ם דקודם העמדה בדין הוה של מזיק אפי' לר"ע הוא משום דשמא מודה ומיפטר וא"כ לא שייך זה כ"א בזמן שיש ב"ד אבל בזה"ז דליכא ב"ד ולא משכחת דיודה ויפטר דהא מודה בקנס אינו פטור אלא כשהודה בפני ב"ד וכמבואר לעיל בסי' א' ממילא זכה הניזק בגוף השור, וא"כ שפיר מהני מכירת הניזק בתפס אח"כ אף להרמב"ם, וזהו מ"ש הרמ"א וכשיתפסנו יקחו דהתפיסה הוי כעמד בדין כיון דלא שייך מודה ומיפטר ועיין בסמ"ע שכתב וכשיתפסנו יקחו הלוקח היינו בזה"ז דאין דנין דיני קנסות מ"מ כיון שמהני תפיסה א"כ מהני מכירה אפי' קודם שתפס וזהו כעין שכתבתי:

**והנה** במנ"ח מצוה י"א רצה נמי ליישב כן אלא דשוב דחה זה דאי"א לומר כן דלשי' הרמב"ם יהי' בזמן הזה מהני מכרו ניזק כיון דלא משכחת מודה ומיפטר א"כ זוכה תיכף משעת נגיחה דא"כ אף בשעת שיש ב"ד נאמר דניזק זוכה תיכף ויהני מכירתו

ואי משום דאי בעי מודה ומיפטר הא דעת הרמב"ם וראב"ד דקנס דפלגא נזקא לא דמי לשאר קנס ואף אי מודה ומיפטר מהני בהו, נמי תפיסה של הניזק א"כ יהי' תמיד הדין כן דלעולם יהני, א"ו להרמב"ם לא זכה תיכף דלמא מודה ומיפטר ולא ס"ל הסברא כיון דיועיל תפיסה ע"ש, ולענ"ד אין בדחוי זה כדי לדחות לתירוץ הנכון דשפיר יש לחלק בין התפיסה דבזה"ז להתפיסה דבזמן ב"ד, דבזה"ז צריך לתפוס משום דליכא ב"ד מאן דדאין דיני קנסות ואי"א לגבות עפ"י כח ב"ד ובהכרח צריך לתפוס בעצמן אבל פטור על החיוב שנתחייב לו הניזק ודאי לא הוה דהפטור הוא ההודאה בב"ד דוקא ולכן כיון דנתחייב לו בודאי ולא נפטר מחיובו שפיר כי תפיס הניזק קם בדין שזכתה לו תורה לזכות בגוף השור וכיון דהתפיסה הוה כעמד בדין זכה בו הניזק למפרע דזכות שהי' לו בגוף השור לא ניטל ממנו, אלא שאין כח ביד ב"ד דהאידנא לגבותו אבל כי תפיס מעצמו הוחלט לו גוף השור למפרע, אכן בזמן שיש ב"ד והודה ונפטר, ונהי שסובר הרמב"ם דקנס דפלגא נזקא כיון שמכל מקום הזיקו יכול לתפוס אפי' לאחר שכבר נפטר וכמ"ש בשמ"ק בסוגיא זאת דזהו סברתו אכן עכ"פ כיון דמדין תורה כבר נפטר ע"י ההודאה שהודה ממילא אין לו לניזק על המזיק כ"א תביעת ממון בעד ההיזק אבל זה הזכות שזיכתה לו תורה בגוף השור ודאי שניטל ממנו ע"י הודאתו של מזיק ולא נשאר לו כ"א זכות שיש לו שיכול לתפוס ממנו בעד ההיזק אבל לא דוקא בגוף השור וכיון שמגוף השור ניטל הזכות ממילא לא מהני מכירת הניזק אחרי שלא נשאר לו שוב שום זכות בגוף השור ואין לו כ"א תביעת ממון בעלמא בעד ההיזק ולא עדיף משאר בעל חיב דעלמא וכי תפיס אח"כ להשור גופא מהני נמי תפיסתו כמו שתופס ממון אחר אבל שנימא דגם קודם שיתפוס יהני מכירתו למפרע זה ודאי שאינו כיון דע"י ההודאה אזיל החיוב מגוף השור, א"כ יש לחוש דלמא אתי לב"ד ומודה ומיפטר, ובהכי יש למצוא קצת ישוב על עיקר סברת הרמב"ם והראב"ד דסברי דפלגא נזקא יכול לתפוס גם לאחר ההודאה, וכבר הרעישו ע"ז דא"כ למאי מועיל הודאתו כיון דגם אח"כ מצי לתפוס, ועוד דהא בב"ק דט"ו מוכח דלמ"ד פ"נ קנסא מודה ומיפטר, וכן בפ' דו"ה קאמר אי תם הוה מודינא ומיפטרנא, ולמ"ש אפשר לתרץ דבריהם דהא באמת משונה קנס דפלגא נזקא מששר קנסות שאין בהם כ"א חיוב תשלומין והכא זיכתה לו תורה את גוף השור ולכן גם בזה מהני הודאה לפוטרו מאותו חיוב שחייבה תורה דהיינו מזכות בגופו של שור אבל אכתי נשאר החיוב של ממון, ולא דמי לשאר קנסות שאין בהם כ"א חיוב תשלומין וכי אתא אח"כ ההודאה ופוטרו הרי נפטר בזה מעיקר החיוב ולא מצי שוב לתפוס כיון שנפטר בהודאתו מן החיוב, משא"כ בקנס דפלגא נזקא דיש בזה זכות מיוחד בגופו של

שור ולכן כי אתי ההודאה ופיטרתו לא פטרתו כ"א מזכות הזה אבל שתפטור גם מעיקר החיוב, זה לא אמרינן דתהא כחה של הודאה גדול כ"כ לפטור גם מעיקר החיוב וגם מזכות המיוחד שזיכתה לו לניזק בגופו של שור, וההודאה אינה מועלת כ"א לפטור מזכות אחד דהיינו מזכות שבגוף השור, ונהי דב"ד לא יוכלו שוב לחייבו גם לשלם משאר דברים כיון דאשר ירשיעון אלקים בעינן לגבי קנס פרט למרשיע את עצמו, והכא שהרשיע עצמו לא יוכלו ב"ד לחייבו אבל לא נפטר נמי בהודאתו מעיקר החיוב ומצי לתפוס ואין להקשות על מה שכתבתי דבזמן שיש ב"ד מצי לתפוס רק שארי ממון אבל לא הזכות שיש לו בשור, ממ"ש התוס' בשם ר"ת (ב"ק דט"ו) דפלגא נזקא לא מצי לתפוס כ"א לגוף המזיק ולא לדבר אחר חדא דר"ת לא קאמר הכי כ"א בתפיסה דבזה"ז ומטעמא דקאמר התם דאל"כ יתפוס כל אשר לו כיון דלא דייניגן דיני קנסות ואי אפשר לדונו כמה מגיע לו בעד הזיקו, ולפ"ז בזמן שיש ב"ד דלא שייך טעם זה פשוט דיכול לתפוס גם שארי דברים ואפי' אי הוי אמרי' דגם אז אין רשאי לתפוס כ"א גופו של מזיק נמי אין מזה שום סתירה לדברי שכתבתי דאפי' אם תופס לגופו של מזיק אין זה מצד הזכות שיש לו בגופו דוקא אלא בשביל הממון שיחייב לו בעד ההיזק דתופסו ורק משעת תפיסה הוא שלו אבל קודם שתפסד אין לו שום זכות בגוף השור, דאותו זכות שזיכה לו התורה משעת הנזק אזיל ע"י הודאתו של מזיק ולכן אם הניזק מכרו קודם תפיסה אין במכירתו כלום וזה נכון:

**ועיין** בש"ך ובקצוה"ח כאן שהביא הישׁ"ש תמה על הרמב"ם מברייתא דתני מכרו מכור ומוקי לרדיא ומשמע דדוקא אליבא דר' ישמעאל הוא דמכרו מזיק מכור לרדיא אבל לר"ע דהלכתא כוותי' אפי' לרדיא אינו מכור, ואכן למ"ש לבד שמזה לא קשיא על הרמב"ם, אדרבה מזה יהי' סיוע ומקור לשיטתו וגם לר"ע קודם העמדה בדין מכרו מכור, דקודם העמדה בדין לא נחלקו כלל ר' ישמעאל ור"ע ועיקר פלוגתתם הוא דוקא לאחר העמדה בדין וכמבואר בדברינו והיינו דלא זכר בסוגיא דברייתא זו היא אליבא דר' ישמעאל דוקא ומדסתם משמע דדין זה דקודם העמדה בדין מכרו מכור לרדיא אתיא אליבא דכו"ע ואין מקום לקושיתם ולפ"ז הא דנקט בברייתא שחטו מה שעשה עשוי ואינו משלם פחת שפחתו מיתה, היינו נמי אפי' לר"ע, והיינו דלא נקיט הרמב"ם דמשלם פחת מיתה אע"ג דפוסק כר"ע משום דלדידי' נמי הוי דינא הכי, והנה הרמב"ם (פ"ד מנזקי ממון כתב דאם שאלו בחזקת תם ונמצא מועד אם הכיר בו שהוא נגחן הבעלים משלמים חצי נזק ושואל משלם ח"נ). והשיג הראב"ד דאין הדין כן אלא היכא דתפסו ב"ד, ותי' המ"מ דיש דרך לתרץ דברי הרמב"ם דסוגיית הגמרא אזלא אליבא דר' ישמעאל והרמב"ם פוסק

כר"ע ולדידי' אם יעריך לאגמא יצטרך לשלם ע"ש. וכ"ז הוא לפי הבנתו דלר"ע אפי' קודם העמדה בדין נמי הוחלט השור לשי' הרמב"ם, אכן למ"ש דקודם העמדה בדין לא פליגי ואפי' לר"ע א"צ לשלם בעד ההיזק שהזיק המזיק לשור אין מקום לתירוצו, וראי' מוכרחת הוא מדין דפחתו מיתה, דאילו לתרץ המ"מ דהמזיק צריך לשלם אם יעריך לאגמא א"כ הא דאמרי' התם דאם שחטו אינו משלם פחת מיתה הוא דוקא אליבא דר' ישמעאל, אבל לר"ע יצטרך לשלם, א"כ למה לא כתב הרמב"ם לדין זה דהמ"ק צריך לשלם פחת מיתה, אע"כ כמ"ש דס"ל לרמב"ם דגם אליבא דר"ע קודם גמר דין אם שחטו אינו משלם ההיזק, א"כ גם אם יעריך לאגמא לא ישלם, אלא דאפשר לומר וליישב דברי המ"מ דיש לחלק בין פחת דמיתה להיא דמעריך לאגמא, וראי' דהנה בש"ס (ב"ק דל"ג) שם קאמר מהו דתימא התם הוא דא"ל לא חסרתיך ולא מידי דא"ל זיקא בעלמא כו' משמע דפחת דשחיטה קיל ממזיק שעבודו ומטעמא דאינו אלא זיקא, וקשה דהא בסמוך התם מסיים הש"ס קמ"ל דהא הכא כמאן דחפר בה בורות שיחין ומערות דמי, ופרש"י שהרי השחיטה נראית ונכרת, ולפ"ז הוי פחת דשחיטה עדיפא אפי' משורף שטרו ודמיא לחופר בורות, ובשמ"ק הביא לקושיא זאת בשם הראב"ד ותי' דצריך למחוק מן הספרים כמאן דחפר בה בורות אלא ה"ג אבל כי חפר בורות שיחין כו' אימא לחייב קמ"ל, ורב הונא מסברא דנפשי' קאמר דלא דמי אבל לא שהוכיח כן מברייתא ע"ש, ולפ"ז מברייתא באמת אין ראיה לחופר בורות, דהכא בפחת שחיטה גרע משום דאינו אלא זיקא וגרע נמי משורף שטרו וכ"ש מחופר בורות, ונ"ל ברור שבגרסא זאת בחר הרמב"ם ומשו"ה ניחא הסתירה שמצא הלח"מ בדבריו דהא הרמב"ם פוסק בפ"ז מחובל ומזיק דשורף שטרות של חבירו חייב וא"כ כ"ש שהי' לו לחייב בפחת שפחתו מיתה דעדיף משורף שטר ודמי לחופר בורות ואפ"ה פוסק בפ"ז דפטור בפחת שפחתו מיתה, ולמ"ש ניחא מאוד דבאמת פחת שחיטה גרע אפי' משורף ולכן אע"ג שבשורף חייב, בפחת מיתה פטור משום דאינו אלא זיקא בעלמא וזה ברור, ומיושב דברי המ"מ דהרמב"ם מחייב במעריך לאגמא והקשיתי דמ"ש מפחת שחיטה ומיתה, ולמ"ש א"ש דפחת מיתה דאינו אלא זיקא דשקלי' משו"ה פוטר אבל במעריך לאגמא מסיים שפיר מטעם גרמי:

**ואין** להקשות על הרמב"ם מהא דמוקי בש"ס התם ברייתא דשיקח מזיק נותן לו כשעת הנזק מני ר' ישמעאל דאמר בע"ח הוא, ולשי' הרמב"ם הא לא פליגי כלל קודם העמדה בדין ואפי' לר"ע אינו אלא כבע"ח וא"כ מאי קאמר דר' ישמעאל הוא הא בשיבח קודם העמדה בדין מיירי התם ואפ"ה לר"ע נמי אינו אלא בע"ח, די"ל דלאחר שעמד בדין נעשה שותף למפרע, וכיון דהתשלומין הוא כעת לאחר העמדה בדין לכן לר"ע בשיבח מעצמו

צריך ליקח חלק גם בשבח דאיגלאי השתא דנעשה שותף למפרע, ואילו התשלומין היו נמי קודם העמדה בדין אז גם לר"ע לא הי' צריך ליקח חלק בשבח דכל הפעולות שנעשו קודם גמר דין גם לר"ע לא חשבינן אותו לשותף אלא ב"ח, אבל לאחר גמר דין נעשה שותף למפרע:

**והנה** כמו הדין שבמכירה כך הדין דהקדש דלר"ע כשהקדישו ניזק מוקדש לשי' התוס' אפי' קודם העמדה בדין וכדאמר בש"ס להדיא הקדישו ניזק איכא בינייהו, ובשמ"ק תקשה אמאי לר"ע קדוש הא אמר ר' יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו וכאן נמי הא אין השור ברשותו של ניזק דיהא יכול להקדישו וא"כ אף דהוא שלו לר"ע מ"מ אינו ברשותו ע"ש. ולכאורה קושיתו צריכה ביאור הא בפקדון שיש לו ביד אחר יכול להקדיש וכמ"ש התוס' (ב"ק ד"ע) דדוקא אמטלטלי דגזלי' אין כותבין וכיון דלר"ע הוחלט השור הרי דומה כמו השור בפקדון הוא אצל המזיק, ונ"ל דכיון דפלגא נזקא הוא קנסא ואי אתי לב"ד ומודה מיפטר משו"ה גם לר"ע אינו בהחלט שלו מיד קודם העמדה בדין, ובאמת דה"ט דרמב"ם שא"י להקדיש גם לר"ע קודם העמדה בדין ולכן אפי' לשיטת התוס' דיכול להקדישו קודם העמדה בדין בע"כ דאין ההקדש נגמר מיד אלא דמיתלא תלי עד לאחר גמרדין וכמ"ש לעיל וכיון שגם לר"ע אינו עוד בהחלט של נזק משו"ה לא דמי כ"א לפקדון דכפרי' דלא מצי להקדיש משום דתלוי עוד בפקדון וה"נ תלוי עוד בהעמדת הדין ושפיר הקשה דאין חל ההקדש, ואף אם קושיתו של השמ"ק טרחנו להעמידה אבל תירוצו תמוה יותר וז"ל וי"ל דלאחר שגבאו ובא ברשותו ול קיבל הדמים לר"ע אנו רואין כאילו מעיקרא כשהקדישו היה כבר בא ברשותו וכן בגזל אם הקדישו הנגזל ואח"כ העמיד הגזלן בדין והוציאו מידו בב"ד ה"נ דקדוש והא דאר"י דאינו קדוש הוא היכי שלא הוציאו בב"ד הרא"ש והרמ"ה עכ"ל, ודבר זה חידוש גדול אשר לא שערוה הפוסקים דמכולם משמע דהוה בזה כל דין דשלב"ל דאף בבא לעולם אינו קדוש ולדברי השמ"ק אם בא לרשותו הו"ל הקדש למפרע. ולישנא דר"י גופא דאומר שניהם אי להקדיש משמע שא"י להקדיש ואם הקדיש אין חל ההקדש ולדברי השמ"ק הא שפיר חל ההקדש לכי יגבנו אח"כ. ולי נראה דהא דאמרי' דכל שהוא ביד חבירו א"י להקדיש היינו דוקא אם זה שמוחזק בה אין רוצה להחזירה ומסרב מלהחזירו כמו גזלן דאינו רוצה להחזיר אבל אם זה אין מסרב כלל ואין לו שום טענה וערעור כלל אין מעכב מה שהוא ביד אחרים ואם כי לא משמע כן מדברי הפוסקים בכ"ז נ"ל נכון וא"כ לק"מ מהכא די"ל דהמזיק אין לו שום ערעור

ואין מסרב להחזיר ואח"ז רב שכתבתי זה מצאתי בשמ"ק ריש פ' שור שנגח דו"ה שכ"כ בעיקר הדין דבמקום שאין מסרב יכול להקדיש:

**והנה** בתוס' שם בסוגיא הקשו דאמאי אינו קדוש אפי' לר' ישמעאל דאמר בעלי חוב נינהו למ"ד בפ' כל שעה למפרע גובה ובס' יה"ת דחה לקושיתם עפמ"ש בזבחים די"ב דמתקיף לי' ר"א לבן בתירא פסח כשר היכי משכחת אי דאפרשי' דיחו. מעיקרא הוא דבצפרא לא חזי למידי ע"ש הרי מבואר דכל שאין ראוי להקרבה בשעת ההקדש הוה דחוי מעיקרא ואינו הקדש כלל, ולפ"ז לק"מ קושית התוס' דה"ק הש"ס הקדישו ניזק א"ב היינו שהקדישו קדושת הגוף וא"כ לר"ע דסובר שותפין נינהו לא נדחה מעולם מהקרבה דהרי תיכף משהקדישו יכול להקריבו דשלו הוא משא"כ לר' ישמעאל אינו קדוש אף דאמרי' למפרע הוא גובה משום דהואיל ובשעה שהקדישו לא חזיא להקרבה דהרי יכול היה המזיק לסלקו בזוזי וא"כ אף שכעת לא סילקו בזוזי. ומעשה שלו למפרע מ"מ אינו קדוש הואיל ואידחי אידחי ע"ש. ודבריו לא נהירא בעיני כלל דא"כ גם לר"ע מי ניחא הא כיון דתם הוא ואי מודה מיפטר, ובע"כ דלר"ע נמי אי"א להקריבו מיד דשמא בתר הכי יודה המזיק ונמצא ההקדש נעקר מעיקרו והקריב חולין לעזרה. ובע"כ דההקדש מיתלא תלי עד לאחר העמדה בדין ואי לא הודה המזיק אז לגמר ההקדש ויכול להקריבו, וכ"כ בשמ"ק לענין אם נהנה אחד מן ההקדש דלענין קרבן מעילה מיתלא תלי ע"ש. ומ"ש התוס' שם בע"ב דהשתא מיהא הא לא הודה, אין כוונתם דמשו"ה נגמר ההקדש מיד, דז"א דבודאי כיון דאם הודה לבסוף נעקר ההקדש מעיקרו, פשוט דבין כה וכה ההקדש מיתלא אלי, רק בלא טעם דהשתא מיהא הא לא הודה, לא הי' מועיל ההקדש שהקדיש מהשתא אם נתרצה הניזק אח"כ לקבל מעות כיון דבשעה שהקדישו לא הי' שלו וכמו דלר' ישמעאל לא מהני ההקדש דמעתה אם אח"כ נתרצה הניזק לקבל מעות כיון דבשעה שהקדיש לא הוה שלו, וע"ז כתבו התוס' דלר"ע לא הוה הכי ואע"ג דגם לדידי' לא נגמר ההקדש דדלמא מודה ומיפטר אפ"ה כ"ז שלא הודה נחשב דידי' לענין דאם אח"כ לא הודה חל ההקדש למפרע ואין לו רשות עוד לקבל מעות אבל פשיטא דכל זמן שלא נגמר הדין לא נגמר גם ההקדש ומיתלא תלי על לאחר העמדה בדין וא"כ גם לר"ע הוי נדחה ואין ראוי להקרבה בשעה שהקדישו. וגם בעיקר הדבר מה שחשיב זה לדיחוי מעיקרא. לא נהירא מכמה טעמים חדא דדיחוי לא שייך כ"א בדבר שההקדש חל אלא שנדחה מהקרבה אבל הכא הא עיקר ההקדש אין חל כ"א לבסוף לכשיתברר שהשור נשאר לפני הניזק ועד הזמן ההוא לא חל ההקדש מעיקרו, וא"כ מה דיחוי שייך בזה הא עד שיתברר שהוא של ניזק לא חל ההקדש ומיד כשחל ההקדש הרי מיד ראוי

להקרבה ולא נדחה מעולם לאחר שהוקדש ומה שאינו ראוי להקרבה קודם היינו משום דגם ההקדש לא חל עדיין ועיין בתוס', זבחים שם תר אה שגם עוד מכמה טעמים לא שייך הכא בכה"ג לומר דין דנדחה ודו"ק:

סעיף ב' **במחבר** שחטו מזיק גובה מבשרו וברמ"א וי"א דצריך לשלם פחת שחיטה ובלח"מ כתב שהרמב"ם דסובר דא"צ לשלם פחת שחיטה סותר דברי עצמו ועמ"ש בדבור הקודם ליישב:

**סימן תי**

סעיף ו' **במחבר** אבל אם הפקיר רשותו וברו כו' ה"ז פטור דין זה כתבו התוס' (ב"ק דכ"ח) דבכה"ג דהפקיר רשותו וברו פטור לכו"ע דלא דמי לחופר בור ברשותו והפקיר רשותו ולא ברו דחייב כיון דאיהו בעל הבור א"כ עליו רמיא למלויי וגם לבור ברה"ר לא דמי אע"ג דג"כ אינו בעל הבור מ"מ הכרייה או הפתיחה היתה באיסור והיא הביאה לו החיוב, אבל הכא שהחפירה לא היתה באיסור וגם אינו בעל הבור פשיטא דפטור ע"ש, אכן לא כן כתב רש"י (ב"ק ד"נ) בד"ה בעל התקלה וי"ל אבל ברשותו אעפ"י שהעקיר פטור כדפרישית האי' דנקט ולא הפקיר ברו דאם הפקיר אף ברו הו"ל בור ברה"ר עכ"ל. ומדכתב דהפקיר רשותו וברו הוה בור ברה"ר משמע דחייב לכו"ע וכן הבינו התוס' ברש"י דסובר דחייב לכו"ע, ודברי רש"י הללו צריכים ביאור דלבד שבתוס' השיגו ע"ז וכמ"ש עוד דברי רש"י עצמו מרישא לסיפא סותרים זא"ז דכיון שכתב אבל ברשותו אע"פ שהפקיר רשותו פטור כדפרישית והיינו ע"כ כדפי' התם לעיל משום דמצי אמר כי אפקרינהו לאו לאחיובי בהיזיקו, וא"כ איך חזר וכתב דבהפקיר נמי ברו הו"ל בור ברה"ר ומשמע מזה דחייב לכו"ע ואפילו לר' ישמעאל, ואמאי הא ה"נ שייך האי טעמא דכי אפקרינהו לאו לאחיובי בהזיקו, ועיין בפנ"י שהרגיש נמי בזה, והנ"ל ליישב דעת רש"י דהא דמהני האי טעמא דכי אפקרינהו לאו לאחיובי בהזיקו לפטור לבעל החצר, היינו דוקא כשהפקיר רק רשותו ולא ברו, דבזה אי"א לחייבו מטעם שכיון שהפקיר היינו כעשאו כלא ברשות וחייב על ההפקר גופא כיון דעצם הבור לא הפקיר ונמצא דלא עשה שום איסור בשעה שהפקיר, אלא דעיקר החיוב מה שיש לחייבו בהפקיר רשותו משום דהשתא לא מצי תו לומר תורך ברשותי מאי בעי, בזה צדק טעם רש"י דאכתי סובר ר' ישמעאל דמצי אמר אדעתא דאתחייב בהזיקו לא הפקרתי, משא"כ בהפקיר רשותו וברו דבזה הוי החיוב מטעם שעשה האיסור במה שהפקיר תקלה, ונהי דכריית הבור הי' ברשותו אבל ההפקר שהפקיר תו לתקלה הוי שלא ברשות ודמי כמו שחופר ממש ברה"ר דחייב משום דחפר באיסור, ה"נ הוה ההפקר באיסור שלא ברשות ולכן

בזה אין שייך לומר דכי אפקרי' אדעתא דלא לחיובי דמי מצי אמר הכי בשעה שעשה איסור בהפקר זה ושלא ברשות הי' וכמעט שמפורש הוא בתוס' ב"ק (ד"ו ע"ב) בד"ה מה לבור וז"ל דאפי' עשאו ברשות ואח"כ הפקיר כיון שהפקיר היינו שלא ברשות עכ"ל הרי להדיא דההפקר גופא הוי שלא ברשות ובע"כ שהתוס' כתבו כן לשי' רש"י דאילו לדידהו הא סבירא להו דפטור בהפקיר רשותו ובורו, ולפ"ז מיושב דברי רש"י גם מהשגת התוס' וגם מקושית הפנ"י שהזכרתי בזה וצ"ע שלא הזכירו הפוסקים שי' רש"י אחר שדבריו מובנים בטעמם כמ"ש:

סעיף ו' **במחבר** החופר בור ברה"ר כו' ומסר להם ככויון בש"ס לא נאמר בברייתא כ"א חפר ופתח ומסר לרבים ומשמע מסירת הבור, והוספה הזאת שזכר המחבר דמסירת הכיסוי לקוח הוא מדברי הרא"ש שם שכתב וז"ל חפר ופתח ומסר לרבים דלוי פטור ואכן הישׁ"ש דחה לדברי הרא"ש דאי בשמסר להם דליו וקבלו למה צריך למסור לרבים דוקא הא אפי' במסר לחבירו לבד נמי פטור כמבואר בש"ס שם דצ"א וראשון מאימת מיפטר משימסור לו דליו, ומכלל דבמסר לצורך רבים אפי' בלא מסירת כסוי נמי סגי וכ"ה לקמן בסעיף כ"ב החליט לדינא כן דלצורך רבים אפי' בלא מסירת כסוי נמי פט ר ע"ש, וקושיתו עצומה, ונ"ל ליישב דהנה גבי מסירה לחבירו דקאמר משימסור דליו פרש"י שם דדליו היינו כסוי הבור, וכתב הרשב"א דהזקיקו לפרש כן דהיינו כסויו ולא ניחא לו לפרש דהיינו הדלי לישאב בו מים דהכי מתפרש יותר לשון דליו, משורש דלי דאי הדלי לדלות בו לא מהני מסירה נמי ואדרבה עוד מיגרע גרע דמיחזי כעין שלוחו לדלות מן המים ע"ש. הרי דלשון דליו מתפרש בשני פרושים, לשון דלי ולשון כסוי, ובכן לק"מ קושית הישׁ"ש, דהתם במסר לחבירו דלא הי' בזה צורך רבים, דייק רש"י לפרש דדוקא מסירת הכסוי הוא דמהני לפטור לראשון, ודליו דקאמר התם היינו כסוי. אבל מסיר הדלי לא מהני, ומ"ש הרא"ש כאן שימסר לו דליו יש לפרש דהיינו הדלי לשאוב בו, ואע"ג דבמסר לחבירו לא מהני זה הכא דלצורך רבים נעשה סגי אפי' במסירת הדלי, דדוקא במסר לחבירו הוא דלא מהני מסירת הדלי משום דמיחזי כעין שלוחו וכטעמו של הרשב"א משא"כ במסר לרבים דלא שייך לומר שכולם שלוחים הם עבורו, ובודאי דמסירת הדלי הוה סילוק להורות שהוא מסולק מן הבור משו"ה מהני, וזה הי' נראה נכון, אלא דלפ"ז יקשה טובא לשון המחבר ודבריו מהופכים ממש ממה שכתבתי, דהכא כשמדבר בחופר בור לצורך רבים כתב ומסר להם כסויו, הרי שמפרש כאן דדליו דקאמר הרא"ש היינו כסויו, ולקמן בסעיף כ"ה גבי מסירה לחבירו כתב ומשמסר דליו לשני לדלות ממנו נפטר הראשון, הרי שכתב ממש ההיפך ממ"ש בשם הרשב"א, ובמסירה

לחבירו כתב דוקא דדליו היינו הדלי לדלות ולא הכסוי. ולכן נ"ל ליישב קושית הישׁ"ש באופן אחר שלא נצטרך לחלק בין פירוש דליו שכתב הרא"ש הכא לפירוש דליו המוזכר לקמן גבי מסר לחבירו, ושעפ"ז יתורצו גם דברי המחבר, והוא שבשמ"ק בשם הרא"ה כתב לדייק דדוקא גבי שותפין הוא דמהני מסירת דליו דכיון ששותפים הם בלא"ה כי מסר לו דליו הוה כמו שהרשהו בכולו, אבל באינש אחרינא שאינו שותפו אפי' מסר לו דליו לא מהני כלל עד שיקבל עליו שמירתו ע"ש, ולפ"ז לק"מ קושיתו דהכא כיון דלצורך הרבים מהני מסירת דליו אפי' כשאינם שותפים, דלא מהני זה כשאין בזה משום צורך הרבים וזה ברור, ולפ"ז מיושב דברי המחבר דלרבותא כתב כן, דאילו במסירה לרבים לא מהני מסירת הדלי לשאוב, דכל זמן שלא מסר להם את הכסוי לא מינכר עוד הסילוק שמסלק מעצמו השמירה ומוסרה להם כיון דהכסוי עוד ורת ידו משא"כ בשותפין אפי' כי לא מסר לו כ"א הדלי נמי מהני כיון שבלא"ה שותף בזה ואין נצרך כ"א לגלוי דעת דהרשהו בכולו וה סגי במסירת הדלי נמי, וא"ש בזה דברי המחבר לפי פי' של הרא"ה ונכון הוא:

סעיף ט' **במחבר** הבונה סמוך לרה"ר רשאי לחפור לצורך היסוד אפי' להרחיבו לצד רה"ר. היינו להרחיב החפירה לרה"ר וכ"כ הטור להדיא וז"ל ואפי' הרחיב החפירה לתוך רה"ר אם הוזק בו אחר פטור כיון דעבד ברשות עכ"ל, הרי שפי' דארווח ארווחי האמור בש"ס הוה הכוונה שהרחיב החפירה, והאי ארווח דקאמר קאי על החפירה, וא"כ שפיר דייק דבלאושין פטור אפי' בכה"ג, ואכן הרש"ל ביש"ש כתב ע"ז שטעות גמור טעה הטור בפי' הסוגיא דאיך אפשר לפרש הכי דהא בהדיא תני' בפ' הבית והעלייה כל המקלקל אפי' ברשות ב"ד חייבין אם הזיקו, אלא הכוונה דארווח דקאמר התם לא קאי על החפירה אלא הכוונה דהקצה מקום מרשותו לרה"ר דבכה"ג דוקא פטור בלאושין ע"ש, ואין הדברים כדאים לומר על רבינו הטור שטעה טעות גמור, דקושיתו כבר הקדימו הרשב"א ותי' דאע"ג שבאמת כל המקלקלים אפי' ברשות ב"ד אם הזיקו חייבין, מ"מ חפירת לאושין הוא יותר תיקון העולם ויישוב המדינה וכולהו מדינה ניחא להו בהכי דכולהו צריכי להכי ע"ש. ועיין בשמ"ק בשם הרא"ה כתב להדיא הפירוש דארווח דהיינו שהרחיב החפירה לרה"ר, וא"כ על כל הנהו תלתא עמודי ההוראה הרשב"א והטור והרא"ה אי"א לומר שכולם טעו ובודאי הדין עמם דאפי' בהרחיב החפירה נמי פטור:

סעיף י"ג **במחבר** חפר אחד שמונה ובא חבירו וחפר עוד שפה שניהם חייבין, דין זה למדו התוס' (ב"ק דנ"א) מדין השני המבואר במחבר בסעיף י"ד חפר עשרה וזה השלימו לכ'. וז"ל אבל ראשון ח' וזה ט' כולם חייבין בנזקין כמו זה י' וזה כ' עכ"ל. ולכאורה

לא דמי כלל דבזה י' וזה כ' הרי עביד גם האחרון שיעור מיתה, שגם חפירה שלו מה שחפר הוא בלא הצטרפות חפירה של ראשון נמי ראוי להמית ולכן אע"ג דלא מהני מידי דהא גם בלא חפירתו ראוי להמית בחפירה של ראשון, מ"מ כיון שגם הוא עשה בור שלם, מיקרי נמי בעל הבור, אבל בזה א' וזה ט', בטפח של שני לא הי' ראוי לנזיקין בלא צירוף חפירה של ראשון, דטפח אחד ודאי שאין בו כדי להזיק ונמצא דהשני לא עשה כלום, ולבד שלא אהני מידי על חפירה של ראשון עוד גם בחפירה שלו לא עשה שיעור שראוי לנזקין ולמה יהא חייב, ומה דמיון הוא זה להההיא דזה חופר עשרה וזה עשרים, דהתם מיהא עשה גם השני בור שלם. והן אמנם דהתוס' שם בדבור הסמוך כתבו דלאו דוקא השלימו לכ' אלא הוה"ל לי"א נמי, הרי דהתם נמי כי השלימו לי"א נמצא נמי דלא עשה כלום, לא אהני על חפירה של ראשון ולא עשה שיעור בור לעצמו ואפ"ה חייב, ולפ"ז שפיר יש דמיון מזה ח' וזה ט' לזה י' וזה י"א, אבל התם גופא יקשה מנ"ל באמת לתוס' לומר כן דהוה"ד לי"א, דלמא דוקא זה י' וזה כ' כדתני בברייתא דהרבה יש לחלק ביניהם כמ"ש, ועוד דהא גדולי המפרשים כתבו דמ"ש התוס' דה"ה לי"א היינו רק לפי הס"ד דפריך אהאי ברייתא דזה י' וזה כ' מברייתא דסויד וכייד. דהתם מה שהשני סייד וכייד לא עשה נמי בעצמו שיעור מיתה ואפ"ה חייב על ההוספה. ולפ"ז הוה"ד זה י' וזה י"א נמי כולם חייבין דדמי לסייד וכייד, אבל לפי האמת דמשני דהך ברייתא דסייד וכייד איירי שמתחלה לא סי' בו הבל למיתה וזה קצרו ועביד בו שיעור מיתה, משו"ה האחרון חייב, אבל אם הי' בו מתחלה הבל למיתה שאף זה קצרו והוסיף בו הבל פטור, אם לא כשהוסיף הבל כשיעור בור אחריתא, וא"כ יקשה דלמה בחופר בור ח' וזה ט' חייב השני נמי והא הוא לא עשה מידי, והיא קושיא גדולה מאוד למאן דדייק היטב, ונ"ל דבאמת גם בזה גופא יש להבין בזה י' וזה כ' למה יהי' חייב גם. השני ונהי דגם הוא עשה שיעור בור שיש בה כדי להמית, מ"מ השתא שחפר הראשון כשיעור מיתה, מה עשה זה השני שיתחייב ומה סברא יש בזה, וצ"ל דהטעם הוא דכיון שכל מה שהבור עמוק יותר, ההבל שבו הוא יותר כדמוכח בסוגיא שם ונמצא דעי"ז שהעמיק הבור הוסיף הבל אפי' בעשרה טפחים של הראשון נמי ולכך חייב גם השני מפני שהוא חידש הבל גם בראשונים, ולכן טעם זה גם בזה חופר ח' וזה ט' ע"י שהעמיק את הבור הוסיף הבל גם בחפירה של הראשון וממילא שגם הוא חייב, ולפ"ז הי' נ"ל דמ"ש התוס' דא' י' ואחד י"א דהשני נמי חייב נמי אליבא דאמת דדמיא ממש לזה ח' וזה ט' דהתם נמי לא בא חיוב של השני כ"א על מה שהוסיף הבל בחפירה ראשונה והוה"ד כשזה י' וזה י"א יש לחייבו על מה שהוסיף הבל בחפירה הראשונה, ודלא כהיש"ש שפוסק בזה

י' וזה י"א ואפי' י"ט נמי לא מחייב כ"א עד שישלימה לכ' דוקא ובפחות מעשרים אין לחייב לשני משום שלא עשה כלום ע"ש, ולמ"ש זה אינו דמ"מ הוסיף הבל גם בחפירה הראשונה ויש לחייבו ע"ז כמו בזה חופר ח' וזה ט', ואי כהיש"ש דהחיוב הוא משום שעשה שיעור מיתה דוקא א"כ למה יחויב האחרון ח' וזה ט' א"ו כמו שכתבנו, ומלשון הטור ומחבר כאן בסעיף הסמוך שכתבו אחד חופר בור עשרה ובא חבירו והשלימו לעשרים כולם חייבין אין להוכיח שדוקא בכה"ג חייב גם השני, הא בזה י' וזה י"א אין חייב כ"א הראשון לבד דאל"ה הו"ל לאשמעינן רבותא שאפי' בזה י' וזה י"א נמי השני חייב, דהא כזה קשה גם על הברייתא גופא דקתני זה י' וזה כ', ולפי' התוס' דה"ה לי"א נמי, א"כ למה לא קתני רבותא יותר גדולה בזה י' וזה י"א. וצ"ל להיפך דבזה עשרים הוה רבותא יותר וכמ"שו התו"ח דהא דקתני כולם חייבין לאשמועינן דאפי' הראשן חייב ולא אמרינן השני סילק מעשה הראשון ולהכי נקט השלימה לכ' דאפי' השלימה לכ' דעביד השני שיעור מיתה בפני עצמו אפ"ה לא אמרי' דסילוק מעשה ראשון וכולם חייבין, וכ"כ המהר"ש דבזה עשרים הוה רבותא כ"ש בזה י' וזה י"א ע"ש, ועפ"ז יתפרש נמי דברי הטור ומחבר דמ"ש זה עשרה וזה כ' לא באו לאפוקי י"א, אלא לרבותא דראשון כתבו הכ' דאפי' בזה עשרה וזה עשרים דהשני תרווייהו עבד, דעשה שיעור מיתה בפני עצמו וגם הוסיף הבל בחפירה הראשונה והו"א דאסתלק מעשה ראשון ואינו חייב אלא השני, לזה ישמיענו דאפ"ה הראשון נמי חייב אבל השני פשיטא שחייב אפי' בזה י' וזה י"א. וכפי' הברייתא כן נמי יפורש דברי הטור ומחבר, כן הי' נ"ל ברור זולת דמצאתי סיוע להרש"ל גם לאחד מן הראשונים בשמ"ק בשם הרא"ה וז"ל אחד חופר בור תשעה ובא אחר והשלימה לעשרה פי' והוה"ד חופר בור שמונה ובא אחר והשלימה לתשעה אחרון בלבד חייב בנזקין אבל בחופר. עשרה ובא אחר והוסיף ב' או ג' טפחים לא עבד ולא כלום וקמא חייב דעבד בי' שיעור בין למיתה בין לנזקין אבל ודאי החופר בור עשרה ובא אחר והשלימה לעשרים כולם חייבין עכ"ל. הרי להדיא כהיש"ש דבזה י' וזה י"א לא מחייבין לשני אלא דבלא"ה דברי הרא"ה הללו שגבו ממני במ"ש זה חופר שמונה וזה תשעה דאחרון לבד חייב בנזקין וזה לא שמענו בכולה סוגיא לא בש"ס ולא בשום אחד מהפוסקים דאחרון לבד יהא חייב, דלא פטרינן לקמא כ"א כשהשני חידש בבור והוציאו מנזקין למיתה כגון זה תשעה וזה עשרה משו"ה כל הבור נקראת על שמו של זה המחדש וחייב רק הוא לבד, אבל בזה שמונה וזה תשעה דלמיתה לא עביד גם השני ולנזקין גם הראשון עבד ולמה יפטר הראשון שעשה עיקר ההיזק ודו"ק. ושוב נ"ל להצדיק את הצדיק היש"ש, דמסתבר דמ"ש התוס' זה י' וזה י"א דחייבין דהיינו דוקא לפום הס"ד

אבל למסקנא פטור וכמ"ש בשם המפרשים, ומה שהקשיתי דמ"ש מזה ח' וזה ט' י"ל בפשיטות דבזה י' דהראשון עביד שיעור מיתה אי"א לחשוב מעשה השני כ"א כשעשה גם הוא שיעור מיתה דכיון שפעולתו דומה לפעולה דראשון חייב נמי, משא"כ כשלא הוסיף כ"א טפח או שנים לא עביד כלום ופטור. דאין חשוב כלום מעשה השני נגד מעשה הראשון דעביד שיעור מיתה והשני לא עשה כמוהו, משא"כ בזה ח' וזה ט' כיון דנזקין לא בעי שיעור וכמ"ש המ"מ דנזקין אפי' כל שהוא נמי וכת"ק דתוספתא וכן פסק המחבר לעיל סעיף י' ולהלן סעיף י"ח נמצא דאפי' כשהשני לא הוסיף כ"א כל שהוא דחשיב נמי כאלו עשה שיעור נזקין, ודומה למעשה דראשון ומשו"ה גם השני חייב, משא"כ כשזה חפר י' שיעור מיתה אין לחייב לשני כ"א כשעשה גם הוא שיעור מיתה וז"ב. ולפ"ז לדינא נראה כהיש"ש, ומתוס' שכתבו דזה י' וזה י"א חייב אין ראיה להיפך דרק לס"ד כתבו כן וכמ"ש ודו"ק:

סעיף י"ד **במחבר** החופר בור עשרה ובא אחר והשלימו לכ', ואם השלימו לי"א התוס' סברי דחייב והיש"ש פוסק דפטור ובסעיף הקודם הוכחתי כוותי':

סעיף י"ח **במחבר** עשה תל גבוה ברה"ר ונחבטה בו הבהמה כו'. הרי שפי' דנחבט בתל גופא, ואמנם השכיל בזה ליישב הסתירות הגדולות שיש בדין זה בדברי הרא"ש והטור וכמו שנבאר, דהנה (בב"ק דכ"ח ע"ב) אמר ר"א לא שנו אלא שנתקל באבן ונישוף באבן אבל נתקל בקרקע ונישוף באבן פטור, וכתבו התוס' שם ואפי' שמואל מודה הכא דפטר כדפטר נתקל בבור ונפל לאחורי הבור וכו' ע"ש. וכבר הרגישו והרעישו המפרשים על סתירת דבורי התוס', דהכא כתבו דנתקל באבן ונישוף בקרקע פטור אפי' לשמואל משום דאזלי' בתר חבטא וחבטא קרקע עולם הוא דאזיקתו. ואילו בב"ק ד"נ בד"ה לשמואל כתבו התוס' דמשו"ה נתקל בגובה ונחבט בקרקע חייב משום דגורם ההיזק הוא העיקר וכיון דנתקל בגובה שלו הרי הוא שגורם להיזק ולהכי אפי' כי נחבט בקרקע שאינו שלו נמי חייב. ולדבריהם דהתם צ"ל דגם בנתקל באבן ונישוף בקרקע חייב, וגם הראיה שהביאו התוס' מנתקל בבור ונפל לאחורי הבור ג"ז לאו ראי' היא למ"ש התם דהתם שאני דקול הכורה נמי גרים ונמצא דגם בתקלה לא הי' עושה כל הגרם אבל כשהוא עושה כל התקלה והגרם חייב אע"ג שההיזק לא בא ע"י קרקע שלו, ועיין במפרשים שכולם נשארו בלא פותר לסתירה הגדולה הו הן אמנם דעל התוס' אפשר לדחוק וליישב דמ"ש בדכ"ח הוי רק לתי' הראשון שבתוס' ד"נ דרק לתי' הב' חידשו לדין זה דהיכי דעשה כל התקלה חייב אפי' אם ההיזק בא ע"י קרקע שאינה שלו. אכן לתי' הראשון לא חלקו בזה ומשמע דס"ל דכל היכי דההיזק בא ע"י קרקע של אחר פטור אפי' עושה כל הגרם,

ושפיר י"ל דמ"ש בדכ"ח הוי נמי לתי' הראשון דד"נ אבל אכתי על הרא"ש שבדבריו הם להלכה ודאי דקשה טובא. דבפ' המניח כתב כדברי התוס' דשם לפטור בנתקל באבן ונישוף בקרקע, ואילו בפ' הפרה כתב לתי' הב' שבתוס' שם לחייב בעשה כל התקלה אף שאין החבט שלו כלל, ונמצא דלדבריו שבפ' הפרה הו"ל לחיובי בנתקל באבן ונישוף בקרקע, וא"כ דבריו סותרים אהדדי ועיין במע"מ שם, הן אמנם שעל דברי הטור שהביא נמי לשני דינים הללו, דכאן כתב וז"ל עשה תל גבוה עשרה ברה"ר ועלה עליו שור ונפל לארץ ומת חייב עכ"ל, הרי שפוסק דנתקל בגובה ונחבט בקרקע חייב, ואילו לקמן בסי' תי"א פסק דנתקל באבן ונישוף בקרקע פטור, ושני פסקים הללו סתרי אהדדי, אפ"ה לא קשה לי די"ל י"ש הטור כאן ונפל לארץ ומת, לא בארץ שבקרקע עולם רחוק מכותל התל, אלא שבנפלו למטה לארץ נחבט בכותל הגובה בתחתיתו סמוך לארץ, דבזה הי' גם השבט בתל שלו, ואל תתמה על תי' הזה דלמדתי להבין זה מדברי המחבר אשר לפנינו, דדייק לכתוב כאן עשה תל גבוה ונחבטה עבו' הבהמה, וכן בסעיף שאח"ז כתב נמי אינו חייב על מיתת בהמה בבור או על חבטתה שבתל" הרי שפי' בהדיא דגם החבט הי' בתל, וברור אצלו דמשו"ה נאיד המחבר לפרש פי' זה נגד כל הראשונים שהבינו דמ"ש בש"ס דנתקל בגובה חייב דרך התקלה היתה בגובה אבל החבט היתה בקרקע עולם, משום שהרגיש בסתירת הדברים דכיון דפסקינן דנתקל באבן ונישוף בקרקע דפטור, הרי דאזלי' בתר חבטא, וא"כ למה יתחייב בנתקל בתל ונפל לארץ, ומשו"ה תיקן לפרש דהך דנתקל בתל מיירי באמת שגם נחבט באותו תל בתחתיתו סמוך לארץ וא"כ הכל בא ע"י בור שלו גם התקלה וגם החבט ושפיר חייב, וגם דברי הטור מתפרשים כן, רק מה שהטור סתם בלשונו בא המחבר ופירשו בכדי להסיר מכשול שלא לטעות בדבריו כאשר טעו כמה מהמפרשים האחרונים שלא דייקו כל צרכם בעמק הדברים וצווחו ככרוכיא שדברי הטור סותרים זא"ז. אכן על הרא"ש שכתב להדיא בפ' הפרה דבנתקל בגובה הוי החבט בקרקע עולם אלא דאפ"ה חייב משום שעשה כל התקלה, וא"כ מ"ש דפסק בנתקל באבן ונישוף בקרקע דפטור, הא נמי עשה כל התקלה לדבריו ודאי דסתרי אהדדי וכמ"ש:

**ולכן** נ"ל ליישב בדרך אחר שבזה יתיישבו גם דברי הרא"ש וגם דברי התוס', והא עפמ"ש התוס' מיד בדבור זה וז"ל ואע"ג דבהניח אבן עפ"י הבור ובא שור ונתקל בה ונפל לבור מחייבינן בפ' הפרה שם יש לחלק כיון שיש שם תקלה על הבור עכ"ל. הרי דאע"ג דכתבו הכא דנישוף באבן ונתקל בקרקע פטור, ומשום דאזלינן בתר חבט, אפ"ה מהניח אבן עפ"י הבור ונתקל בה ונפל לבור לא קשיא להו למה חייב התם, אע"ג דהחבט הוי נמי

בקרקע עולם, ומשום דלא דמי לנתקל באבן ונישוף בקרקע דעל הקרקע אין שם תקלה, אבל בנפל לבור הוה על הבור נמי יש שם תקלה, ולחילוק הזה ודאי די"ל בריוח שגם בעשה תל ברה"ר גבוה עשרה, דעל הקרקע דלמטה, תחתית התל הוי נמי שם תקלה דמה לי חפר בור ועשה המחיצות בעמק הארץ דתחתית הבור הוי נמי קרקע עולם, אפ"ה כיון דע"י החפירה נעשה תחתית הקרקע עמוק עד שיש בה כדי להמית מיקרי שם תקלה על הבור, ומה לי כי עביד תל גבוה ברה"ר דע"י התל נעשית המקום שסביבו מקום תקלה שיש בה כדי להמית, ולא דמי לנישוף באב ונתקל בקרקע דעל הקרקע לא נעשית שם תקלה כלל דגוף הקרקע לא נעשה שום תקלה בעצמו, אבל בעביד בתל גבוה מן הארץ גם הקרקע שסביבו מיקרי שם תקלה דמגובה הכותל עד תחתית הקרקע הרי יש בה כדי להמית הנופל וזה ברור. ולפ"ז י"ל דמ"ש התוס' בפ' הפרה דאזלי' בתר גורם התקלה אע"ג דנחבט בקרקע עולם, לא כתבו הכי כ"א בנתקל בגובה הכותל וגם בהניח אבן ע"פ הבור ונפל לבור דכיון דשם תקלה יש על הבור או על הקרקע שסביבות התל בזה הוא דאזלי' בתר עושה התקלה וכיון דהוא גרם כל התקלה חייב ואין לפוטרו משום דנחבט בקרקע עולם דעל הקרקע יש נמי שם תקלה, משא"כ היכא דעל הקרקע אין שם תקלה כלל בזה אין לחייבו בעד גרם ההיזק לחוד. ולפ"ז אין שום סתירה לא בתוס' לא ברא"ש, דבפ' המניח דמיירי בנתקל באבן ונישוף בקרקע דעל הקרקע אין שם תקלה כלל. פסקי שפיר דפטור דדמיא לנתקל בבור ונפל לאחורי הבור דהתם נמי כיון דעל הקרקע שאחורי הבור אין שם תקלה אין מחייב אפי' כשעשה כל הגורם בעצמו, ואין צריכים לחלק ולומר דשאני התם בנתקל בבור משום דגם גורם לתקלה לא הוי כולו דהא קול הכורה נמי גרם, דלא הוצרכו לזה דאפי' אי הי' שם כל הגורם נמי כמו בנתקל באבן הוי פטור דכיון דהחבט הי' ע"י קרקע עולם כזה שאין עליה שם תקלה לא מחייבינן על הגרם לחוד אפי' כשעשה כל הגרם, אכן בפ' הפרה דמיירי התם בדין דנתקל בתל ונחבט בקרקע וע"ז הוא דמקשה התם מנתקל בבור ונפל לאחורי הבור, וע"ז שפיר כתבו דמשו"ה חייב על מעשה הגורם משום דהוא עשה כל מעשה הגורם, דהתם אין לפוטרו מטעם דנחבט בקרקע עולם כיון דהקרקע נמי שם תקלה עליה, ואע"ג דגם התם לא הוצרכו לחילוק הזה, דבנתקל בבור ונפל לאחורי הבור הוי רק חצי גורם, דהא אפי' אם הי' עושה כל הגורם הי' נמי פטור התם כיון דנחבט בקרקע עולם שאין עליה שם תקלה, ולא דמי לנתקל בגובה ונחבט בקרקע, דהתם הוי גם על הקרקע שם תקלה, וא"כ גם בחילוק הזה היו יכולים התוס' ליישב הקושיא מנתקל בבור ונפל לאחורי הבור משום דהתם אין שם תקלה על הקרקע שאחורי הבור והכא הוי שם תקלה גם בקרקע שסביבות התל, אלא

דתוס' רבותא והאמת משני דבאמת חלוקים בתרווייהו דבנתקל בבור ונפל לאחורי הבור יש שתי חסרונות, דנחבט בקרקע עולם שאין עליהם שם תקלה וגם לא היה כל הגורם, וגם קול הכורה גרם, ואילו בנתקל בתל ונחבט בקרקע הוה שני המעלות, דהי' כל הגורם וגם החבט יהי' בקרקע שיצא עליה שם תקלה, ולפ"ז יהיו מתאימים בד בבד כל חלוקי המקומות באין שום סתירה, בנתקל בבור ונפל לאחורי הבור דפטור, משום דיש בו תרתי לגריעותא. לא עשה כל הגורם וגם החבט הי' בקרקע שאין עליה שם תקלה, בנתקל באבן ונישוף בקרקע נמי פטור אע"ג דהכא עשה כל הגורם, משום חסרון השני, דהחבט הי' בקרקע שאין עליה שם תקלה, ורק בנתקל בתל ונחבט בקרקע, וגם בהניח אבן ע"פ הבור ונתקל בו ונפל לבור, דכיון דיש בהם תרתי למעליותא, כל הגורם וגם החבט הי' בקרקע כזה שיצא עליה שם תקלה בזה הוא דחייב. והבט וראה בפ' הפרה בתוס' שם בסוה"ד שסיימו וז"ל ולפ"ז א"ש הא דנתקל באבן ונפל לבור דחייב אע"ג דהאי בור לאו איהו כרייה עכ"ל. הרי דמדמי נתקל בתל להההיא דנתקל באבן ונפל לבור, ובנתקל באבן ונפל לבור, הא דברי התוס' בפ' המניח מפורשים דהתם שאני משום דיצא שם תקלה על הבור, ומדמי בפ' הפרה גם נתקל בתל זה מכלל דגם בנתקל בתל מיקרי יצא שם תקלה על הקרקע והא לך אות ומופת ברור על אמתת תירוצי, ולענ"ד כוונה אמיתית הוא בתוס' ורא"ש ומקום מן השמים הניחו לי להתגדר ליישב הסתירות שבזה:

**ואין** להקשות דלמ"ש דבתל, גבוה הוי הקרקע שסביבו נמי שם תקלה ודמיא לנתקל באבן ונפל לבור של אחרים, הא לפי סברא זו יש לחשוב הקרקע שסביבות התל לקרקע הבור שחפר הוא בעצמו, דהא גם הכא ע"י שעשה התל בגובה נעשית הקרקע שבתחתיתו למקום סכנה. ואי נימא הכי אז אין מקום לכל קושיות התוס', לא מנתקל בבור ונפל לאחורי הבור וגם לא מנתקל באבן ונפל לבור. דהא במקום שהחבט היו בקרקע בורו לית מאן דפליג דחייב, דזהו עיקר דינו דשמואל דסובר דחיובא דבור משום חבטא אע"ג דקרקע עולם הוא דחבטתו, כיון דהבור נעשית על ידו מיקרי גם החבט שלו וכמו במשנה דנתקל במים וניזק בקרקע דחייב משום דקרקע שתחת המים דמי לקרקע הבור די"ל דדוקא הקרקע שתחתית הבור ממש היינו הקרקע שכנגד המחיצות הוא דהוי קרקע הבור כמו הכא הקרקע שתחת המים, המים דומה לחלל הבור והקרקע שבתחתיתו הוא קרקע שתחת הבור, אבל בעושה תל הרי למטה תחת הגובה לא הי' ההיזק ורק בסביבות התל ובצדו, וסביבות המחיצה לא נחשב כקרקע הבור שחפר הוא, דדוקא קרקע שכנגד החלל ממש הוא דחשוב קרקע הבור, ולא מה שבצדו, ולכן קרקע הבור ממש ודאי דלא הוה אבל שם תקלה מיקרי נמי גם על הקרקע שבצד המחיצות,

אע"ג שאין נחשב כקרקע בורו דחפר הוא מ"מ דמיא לנתקל באבן ונפל לבור של אחרים אע"ג דודאי האי בור לאו איהו כרייה, אפ"ה שם תקלה מיקרי ודו"ק היטב כי כל האחרונים לא ירדו לעמק הדברים ולכן לא מצאו פתרונים לכל הסתירות שבזה, ולענ"ד הדברים נכונים כמ"ש, ומיהו לדינא הי' נראה דנישוף באבן ונחבט בקרקע דחייב, דהכי מפורש בירושלמי פ' המניח וגם פשטות הש"ס דידן מדמחייב בנתקל בתל ונחבט בקרקע וגם בהניח אבן עפ"י הבור ונפל לבור משמע דאזלי' בתר הגורם ולא אדע מי הכריח לתוס' לומר דבנישוף באבן ונחבט בקרקע דפטור ולסבול כל הני שנויי דחיקי ודו"ק:

סעיף כ"א **במחבר** נפלו כלים בבור והוזקו כו' פטור, עמ"ש בחדושנו לעיל סי' שצ"ח להוכיח מהירושלמי ותוספתא, דבבור תשעה חייב לפעמים על הכלים נמי וכגון דנפל חמור עם כלים שעליו מגו דחייב על החמור חייב נמי על הכלים ע"ש שהארכתי בזה:

שם **במחבר** שנא' שור ולא אדם כו' בירושלמי יליף למעט אדם בבור מדכתיב והמת יהי' לו יצא אדם שאין המת שלו, דאסור בהנאה, ושור ולא אדם לא הוצרך כ"א על עבד דמותר בהנאה, ונ"ל ראיה מכרחת דגם ש"ס דילן סובר כן דבב"ק דנ"ד ע"א דיליף לכל דבר דחייב בבור מקרא דכסף ישיב לבעליו כל דאית לי' בעלים ופריך א"ה אפי' כלים ואדם נמי דאית להו בעלים, ואי נימא דשור ולא אדם קאי למעט אדם בן חורין, א"כ מאי פריך מאדם הא בן חורין לית לי' בעלים אע"כ דדרשא דשור ולא אדם לא קאי כ"א לפטור עבד ואמה דאית להו בעלים, ונראה עוד להוכיח דבמשנה שם דנ"ב נפל לתוכו בן או בת עבד או אמה פטור, וברש"י ד"ה בן או בת כתב וז"ל כלומר אע"ג דקטנים הם וכו' אפ"ה פטור מגזה"כ שור ולא אדם חמור ולא כלים עכ"ל, ויש לדקדק מה שהביא רש"י כאן נמי לדרשא דחמור ולא כלים, דהא אינו מדבר כאן כ" למעט בן ובת וא"כ לא הו"ל להביא כ"א המיעוט דשור ולא אדם ואמנם יש להפליא מה גדלה חכמת רש"י ז"ל שבזה בא לתקן מי שקשה הא תונח בן ובת איצטריך לאשמעינן משום דלא נינו כיון דקטנים הם חייב עליהם, משו"ה איצטריך דאפ"ה ממעטי להו מגזה"כ, אבל אכתי עבד ואמה מה איצטריך לאשמעי', וטכ פשיטא דממעטינן להו, ועיין בתוי"ט שעמד בזה, לזה בעכ לתרץ דגם בהם איצטריך לאשמעי' דהו"א כיון דהכתוב חייב חמור כי נפל לבור, ועבד או אמה נמי חמרא מיקרו וכדאמרי' ב' דמ"ט לגבי דמי וולדות דאע"ג דשור פטור בדמי וולדות מ' בנגח לשפחה ויצאו ילדיה חייב דחמרתא מעברתא בעלמא הוא דאזקי, הרי דעבד ואמה חמור הוא דמיקרו ולכן הו"א לחייב מקרא דחמור האמור לגבי בור, ועיין בתוס' שם שנתקשו הרבי אליבא דאמת למה פטור על עבד ואמה ולמה לא נימא באמת

כשחייב עליהם מקרא דחמור ע"ש וע"ז בא רש"י לתרץ דלעל בור יש הכרח למעוטינהו מקרא דשור ולא אדם, והוא דהא באמת יקשה למה לו קרא דשור ולא אדם למעט אדם כשנפל לבו ותיפוק לי' מקרא דוהמת יהי' לו מי שהמת שלו יצא אדם שאם בהנאה ואין המת שלו וכדיליף באמת בירושלמי מקרא זה למעוט אדם, ותי' הראשונים דהמיעוט זה דשור ולא אדם לא איצטריך כ"א לעבד ואמה שאין אסורים בהנאה, וכיו"ב כתבו גם התוס' (ב"ק ד"י) דשור ולא אדם איצטריך רק למעט עבד ואמה, והיינו מ"ש רש"י דאימעטי מגזה"כ שור ולא אדם חמור ולא כלים וסיים נמי לדרשא דחמור משום דאי לא דרשא דחמור ולא כלים לא קיימא דרשא דשור ולא אדם על עבד, ויבואר עפמ"ש ב"ו דנ"ג מאי חזית דוהמת יהי' לו דשור קאי על בעלים מטפלים בנבילה והמת יהי' לו דבור למי שהמת שלו איפוך אנא מסתבר פטור גבי בור הואיל ופטר בו את הכלים, הרי להדיא דאי לי דרשא דחמור לפטור את הכלים לא הוה מוקמינן והמת יהי' דבור למי שהמת שלו, וממילא דשור ולא אדם לא הוה אתי כ"ו למעוטי אדם בן חורין ולא עבד, ורק השתא דחמור ולא כלים כתיב ממילא ידעי' דוהמת יהי' לו דבור קאי למי שהמת שלו וא"כ בע"כ דשור ולא אדם לפטור עבד ואמה אתי, דאי לאדם בן חורין ידעינן זה מן והמת יהי' לו, ולזה הי' מוכרח רש"י ז"ל להביא גם דרשא דחמור ולא כלים דאי לא הא לא קיימא נמי דרשא דשור ולא אדם על עבד ואמה, וזה כפתור ופרח ברש"י וממוצא הדברים עכ"פ מוכח דגם ש"ס דילן וירושלמי וגם רש"י ותוס' ילפי' לפטור אדם בבור מקרא דוהמת יהי' לו, וצ"ע על המחבר שהביא לקרא דשור ולא אדם:

סעיף כ"ד **במחבר** התליע מתוכו ונפלו בו שוורים אעפ"י שהגמלים מצויין שם והרי הוא פושע לגמלים הואיל ומחמת שהתליע נפלו בו השוורים פטור, ובתוס' (ב"ק דנ"ב) הקשו דאמאי לא אמרי' בזה תחלתו בפשיעה לגבי גמלים וסופו באונס לענין התלעה ע"ש מה שתי' ובעל המאור תירץ דבבור לא אמרי' תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב דהרי מצינו שהתורה חסה והקילה בשמירתה לענין כלים שפטור בבור, א"כ הוה"ד לענין תחלתו בפשיעה וסופו באונס דפטור ע"ש, ואמנם הרעישו על בעל המאור מסוגיא דב"ק ד"י דקאמר בברייתא חומר בשור מבבור שהשור משלם את הכופר משא"כ בבור, ולדברי בעה"מ אמאי לא חשיב הש"ס גם לחומרא זאת שיש בשור יותר מבבור, דבשור תבו"ב חייב ובבור פטור, ונ"ל ליישב דלק"מ עפמ"ש הרשב"א להוכיח דהאי שור דחשיב התם בברייתא היינו קרן ולא שן ורגל מדקאמר חומר בשור שמשלם הכופר, ואילו ברגל פלוגתא דאביי ורבא הוא בפ' דו"ה ע"ש, הרי דדבר שתלוי בפלוגתא לא חשיב התם בהדי חומר, וא"כ גם תחלתו בפשיעה וסופו באונס לגבי בור הוי נמי פלוגתא דר' יהודה ורבנן,

דהא עיקר טעמא דבעל המאור דבור פטור תחלתו בפשיעה וס"ב הוה משום דהקילה תורה בשמירתה לפטור בו את הכלים, וממילא דלר' יהודה דמחייב גם על נזקי כלים בבור דגם תחלתו בפשיעה ס"ב חייב ולכן לא שייך למיתני ע"ז משא"כ בבור דפטור כיון דפלוגתא הוא ולר' יהודה חייב גם בזה:

**ועוי"ל** דבלא"ה פריך הש"ס התם דליתני נמי חומר בשור מבבור שהשור חייב בו את הכלים משא"כ בבור ומשני לי' הא מני ר' יהודה דמחייב על נזקי כלים בבור אי ר' יהודה אימא סיפא כו' אלא לעולם רבנן ותנא ושייר וכו' ואבע"א לעולם ר' יהודה הוא וכו' וכיון שכן מה שייך להקשות דליתני חומר בשור שתח תו בפשיעה וס"ב חייב כיון דדין זה הוי תולדה ממה שמחייב על נזקי כלים, וחומרא זאת גופא דחייב על נזקי כלים לא קתני, איך שייך למיתני לחומרא האחרת המסתעפת מכח הך חומרא, ובשגם דאותן תירוצים שנאמרו בש"ס על נזקי כלים גופא יש בהם די לתרץ נמי הך דתחלתו בפשיעה וס"ב, דלא מיבעי למאי דמשני ר' יהודה הוא ודאי דלק"מ דהא לר' יהודה דמחייב על נזקי כלים בבור ממילא לדידי' חייב בור גם על תחלתו בפשיעה וס"ב וכמ"ש, ואפי' למאי דמשני תנא ושייר נמי ניחא, דהך תחלתו בפשיעה וס"ב נכלל בכלל הפטור דכלים וכי היכי דשייר נזקי כלים גופא שייר נמי תחלתו בפשיעה וס"ב דהוי בכלל זה ודו"ק כי זה ברור:

**ומה** שהתוס' מיאנו בתירוצו של בעל המאור ונדחקו לתי' אחרים, היינו משום דאפשר להוכיח דהם סברי דאפי' בבור נמי אמרינן תחלתו בפשיעה וס"ב חייב דהנה בב"ק דמ"ח אמר רבא הכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות וחפר בה בורות שיחין ומערות בעל השור חייב בנזקי חצר ובעל חצר חייב בנזקי בור אע"ג דאמר מר כי יכרה איש בור ולא שור בור הכא כיון דאית לי' להאיך למלויי כמאן דכרייה דמי, ובתוד"ה אע"ג דאמר איש בור כו' כלומר ומתוך כך הי' לנו לפטור בעל החצר וא"ת כ"ש דאי לא ממעטי' שור שהי' ראוי לפטור בעל החצר דהו"ל למירמי חיובא אבעל השור עכ"ל, ואין להקשות היאך אפשר לחייב לבעל השור הא מתחלה כשכרה את הבור הא כרה ברשות היחיד דאין רשות ליכנס שם, ואי משום דאח"כ הפקיר בעל החצר רשותו, הא נמי פשיטא דע"ז אין לחייבו דכי הי' צריך לאסוקי אדעתי' שיפקיר את חצירו ומהיכי תיתי לאסוקי אדעתי' ע"ז. די"ל דהחיוב הוא באמת על תחלת החפירה ואע"ג שאכתי לא הפקיר חצירו בכ"ז בר חיובא הוא אנזקי בעל החצר גופא שיש לו רשות בחצירו והו"ל לאסוקי אדעתי' שמא יפול בהמתו דבעל החצר גופא לתוך בורו. וכיון שכבר נתחייב על חפירת הבור כי הפקיר תו נמי בעל החצר את חצירו ונכנסו שם בהמות דעלמא ונפלו לתוך הבור

חייב נמי' דהתקלה הוה שלו משעת חפירה, וזה מוכרח. דאלת"ה אלא כי חפר קודם שהפקיר זה את חצירו אין לחייב להחפור בנזקי בהמות דאתו מעלמא ומשום דמצי אמר לא הי' לי לאסוקי אדעתי שיפקיר זה את רשותו, א"כ כי הפקיר בעל החצר את רשותו טרם שנודע לו מן הספירה היו צריכים שניהם להיות פקורים דלבעל החצר אי"א לחייבו משום דלא מלייה, דהא לא נודם שיש חפירה ברשותו, ולתופר נמי לא תחייבו משום דבשעת החפירה לא הפקיר עוד בעל החצר את רשותו ולא הי' רשות לבהמות מעלמא ליכנס שם, וא"כ אמאן תרמי חיוב זה ולא אשתמיט שום אחד מהפוסקים לומר דבכה"ג שניהם פטורים ועיין בר"ן ב"ק דמ"ט וביש"ש סי' כ"א אלא ודאי דטענתו דחופר לאו כלום הוא דאפי' כי חפר קודם שהפקיר, בר חיוב הוא מיהא בנזקי בעל החצר גופא ולכן הוה התקלה שלו וכל זמן שלבעל החצר לא נודע מהבור ודאי שכל החיוב מוטל על החופר דהוי תחלתו בפשיעה לגבי בעל חצר וסופו באונס לגבי נזקין דעלמא וכה"ג חייב החופר ונא מיעטו תורה מטעם ולא שור בור, והרי לפ"ז מוכח מהתוס' דסברי דאמרי' תחלתו בפשיעה וס"ב חייב גם בבור ומשו"ה הוכרחו התם בהתליע לבקש תי' אחר:

סעיף כ"ה **במחבר** ומשמסר דליו לשני לדלות ממנו כו', עמ"ש לעיל סעיף ז':

סעיף כ"ו **במחבר** כסהו הראשון ובא השני ומצאו מגולה כו' ועד אימתי יהי' השני חייב לבדו עד שידע ראשון שהבור מגולה כו'. עיין בפנ"י בחדושיו לב"ק דנ"ב שחקר אי לא בא השני וראהו מגולה או בבור של יחיד לגמרי שכסהו כראוי ונמצא מגולה אי יהבינן לי' נמי כל' הני שיעורים, או דלמא שדוקא בכה"ג אמרי' דיהבינן לי' שיעורא לראשון כיון שהניזק אין מפסיד בכך אלא שהדין בין ראשון לשני, בזה אמרי' שפיר דיותר יש לחייב לזה שיודע בגילוי, שהוא פושע גמור, משנתחייב לזה שלא ידע עדיין בגילוי, אבל כל היכי דלא שייך למירמי חיובא אאידך לעולם חייב בעל הבור אף אם לא ידע שנתגלה, דעלי' דידי' רמיא תמיד לילך אל הבור ולראות אם עומד בכסויו עדיין, והא דכתיב ולא יכסנו דמשמע אם כסהו פטור, היינו כל זמן שעומד בכיסוי דהא גופא חידוש הוא דסגי בכסוי, מיהו היכא שחזר ונתגלה אפי' באונס י"ל דחייב כיון שתחלת הכרייה היתה בפשיעה ע"ש שטרם למצוא ראיה מן הפוסקים או הראשונים ולא מצא. אכן אנכי מצאתי לאחד מגדולי הראשונים מדבר הוא הרי"ן מיג"ש הובא בשמ"ק וז"ל מאן דאמר בכדי שידע הוא מחייב את הראשון שידע מעצמו כשיבקר אותו לראות אם נשאר מכוסה כמו שהניחו או נתגלה ויכסה אותו שנית ואם נתעכב מלבקרו לדעת רב חייב והאומר בכדי שיודיעוהו ס"ל שמעת שכיסה אין מחויב לבקר אותו ולראות אם נתגלה או לאו אבל בחזקת מכוסה ישאר אצלו כמו שהניחו ואין עליו אשם במה שלא ביקר ואינו חייב

בכסויו אא"כ נזדמן שהודיעוהו אחרי שכבר נתגלה אז אם נתעכב מלחזור ולכסותו יהי' חייב עכ"ל. הרי מדבריו למדנו הרבה בנוגע לחקירה של הפנ"י למדנו דלרב אפי' בכה"ג שבא השני וראהו מגולה נמי אין נותנין שיעור כלום ואפי' כשלא הי' לו שהות לידע חייב נמי מטעם שלא ביקר וכסברת הפנ"י דלא מהני מה שכסהו אלא חייב לבקר. וכ"ש בבור של יחיד דאין נותנין שום שיעור, ואפי' כסהו ונתגלה באונס חייב מטעם דהי' לו לבקרו, ולמדנו נמי דלר' יוחנן אפי' בבור יחיד נמי נותנין השיעור מדאמר דטעם דר' יוחנן הוא דכיון דכסהו כראוי עומד בחזקת מכוסה עד שיודיעוהו שנתגלה, אבל כל זמן שלא הודיעוהו אין עליו חיוב לבקרו וטעם זה דבחזקת מכוסה עומד שייך אפי' בבור של יחיד דאל"ה אלא דהחילוק הוא דהכא משום שאין הניזק מפסיד מאומה כיון שיגבה מן השני משו"ה נותנין לו השיעור, א"כ הו"ל להזכיר רק טעם זה ולא טעם דבחזקת מכוסה, ומדמזכיר טעם דמכוסה מכלל דחילוק זה שכתב הפנ"י לא ס"ל, והרי למדנו מזה דבעיקר דין שחקר הפנ"י נחלקו רב ור' יוחנן וגם למדנו שאין לחלק בין בא השני ומצאו מגולה לבור של יחיד כחילוק הפנ"י הרי עכ"פ יש לנו הוכחה מאחד המיוחד שבראשונים דלא ס"ל טעם החילוק של הפנ"י ודו"ק בזה:

סעיף ל"ה **במחבר** אם דחפו אשה ויצאו ילדיה האדם לבדו חייב הכל ושור ובור פטורים, מימרא דרבא הוא בב"ק דנ"ג שור ואדם שדחפו לבור לענין נזקין כולן חייבין לענין ד' דברים ודמי ולדות אדם חייב ושור ובור פטורין, והקשה הרשב"א ממנ"פ במאי מיירי רבא התם אי מיירי שדחפו בכוונה הא רבא גופא סובר בב"ק דמ"ג דשור בכוונה חייב אפילו בדמי וולדות דבכוונה תליא מילתא, וא"כ האיך אמר דשור פטור מדמי ולדות, ואי מיירי שלא בכוונה, א"כ האיך אמר דחייב בכופר הא רבא ס"ל התם כרבה דכל שאין השור בסקילה אין הבעלים משלמין כופר ע"ש מה שתי' בדוחק:

**ול"נ** ליישב דהנה רש"י בד"ה אדם ובור פטורין פי' דמשו"ה אדם פטור מן הכופר משום דבר קטלא הוא וקים לי' בדרבה מיני', וכבר הקשו ע"ז המפרשים כמה תמיהות חדא הא בכופר לא שייך קלב"מ כמ"ש התוס' ריש ב"ק ד"ד, ועוד דפטור דאדם אכופר הא ילפינן מהקרא דעליו ב"ק דכ"ו ובחבורנו לב"ק ד"ו כתבתי ליישב דמ"ש רש"י הכא דהפטור מטעם קלב"מ לא קאי זה על כופר, ורק משום דכל היכא דלא משלם בתורת כופר משלם מיהא בתורת דמים וכמ"ש בב"ק דמ"ג, ולזה כתב רש"י דאדם אפילו בתורת דמים פטור משום דקלב"מ, ועל תורת דמים ודאי דבעינן לטעם קלב"מ, דבזה לא שייך לא קרא דעליו דלא קאי כ"א על כופר, וגם מיירי הכא בשור שלא בכוונה ופטור שפיר מדמי וולדות, ומה דקאמר דחייב בכופר, היינו דמים הוא חייב, כיון דבכוונה אית בו

כופר, שלא בכוונה משלם דמים, דהכי מבואר להדיא בב"ק דמ"ג דלרבא חייב דמים שלא בכוונה. וגם הלשון דכופר לא קשיא דה"נ אמרי' לעיל שם כל שחייב בבן חורין חייב בעבד בין בכופר בין במיתה, ופריך הש"ס כופר בעבד מי איכא ומשני לא דמים, הרי דאע"ג דקתני כופר מוקי הש"ס בדמים, וה"נ דכוותה לענין שור כיון דבכוונה חייב כופר שלא בכוונה משלם דמים, משא"כ אדם ובור כיון דליתנהו בכופר כלל לכך פטורין לגמרי אפילו מדמים וזה ברור:

**ובדברינו** היה אפשר לכאורה ליישב קושית התוס' שם שהקשו ש למה אמרינן דלענין כופר ושלשים של עבד שור חייב והא שור פטור ממית' כיון שהוא ואדם דחפו ואין כאן כי יכה כל נפש דהוה כמו הכהו בי' מקלות וכו' ולמ"ש דהכא חייב בתורת דמים, א"כ לכאורה אין מקום לקושיתם, דאיה"נ דבתורת כופר לא מחייבי כיון דאין השור בסקילה ורק בתורת דמים חייב. אבל באמת זה אינו דדוקא שלא בכוונה אמרינן הכי כיון דבכוונה משלם כופר שלא בכוונה מיהא משלם דמים אבל היכא שגם בכוונה ליכא כופר גם דמים נמי לא מחייב. וסברא זאת מוברחת היא, כהשמ"ק כתב שם דהא דאמרינן לענין כופר השור חייב צ"ל דמת בהבלו של מעלה בפי הבור דאלת"ה אלא שמת בחבטה כשהגיע לקרקע הבור או גם בהבל של מטה למה מחויב כופר, דהא השור לא מצי לדוחפו כ"א עד פי הבור ואם מת אח"כ הוה זה דדומיא בדרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר דמיבעי' לי' לרבא ב"ק די"ז דלמא בתר בסוף אזלינן וצרורות נינהו. וא"כ ה"נ אי בתר בסוף אזלינן הוה זה צרורות ובצרורות הא קיימ"ל דלא משלם כופר כדאמרינן בב"ק דמ"ד ואכתי צרורות נינהו, ופרש"י התם דאין כופר כתוב אלא בנגיחה דהוה גופו עיי"ש. ולכאורה קשה דאכתי יתחייב מיהא בתורת דמים דבתורת דמים שזהו בשביל ההיזק גם צרורות נמי חייב, וכמו בשנת בכוונה אע"ג דכופר אין משלם מ"מ בתורת דמים משלם, אע"כ דלא אמרינן הכי כ"א לגבי שלא בכוונה, דכיון דבכונה מחייב בכופר שלא בכוונה חייב דמים, אבל הכא אי נימא דצרורות נינהו הרי פטור לגמרי מכופר וא"כ ממילא אפילו דמים אין לו, ודמיא למה דאמרינן שם דמ"ג גבי עבד עפ"י עצמו כיון דליכא קנס בשום ענין עפ"י עצמו ליכא דמים, אף דשלא בכוונה נמי ליכא קנס לרבה ומ"מ סובר דאיכא דמים, היינו משום דהתם דכוונה מיהא איכא קנס ולכן שלא בכוונה חייב בתורת דמים, אבל עפ"י עצמו דליכא קנס בשום ענין ליכא נמי דמים, וה"נ דכוותה כיון דצרורות פטור לגמרי מכופר ליתא נמי בתורת דמים וזה ברור וא"כ לפי מה שדימו התוס' להכהו עשרה בני אדם בעשרה מקלות, אפ"י היה בכוונה נמי היה פטור ממיתה ומכופר, וא"כ ממילא אפ"י דמים אין לו שלא בכוונה ושפיר הקשו:

סעיף ל"ז **בקצוה"ח** סק"ד הביא רש"י דב"ק דכ"ו דכתב פטורא דאדם מטעם קלב"מ והקשה דהא בגמ' אימעט לה התם מקרא דעליו, ותימה רבה על תמיהתו שלא ראה מה שפרש"י באותה סוגיא גופא שהביא מינה דבש"ס התם גבי ויהא חייב אדם בכופר פרש"י במזיד ולא אתרי בי' ומשמע דאילו במזיד ואתרי בי' לא הוה ס"ד דמקשה לפרוך שיהא חייב אפילו בלא קרא דעליו דפשיטא דפטור מטעם קלב"מ ודבריו מכוונים ממש להההיא דפ' הפרה דמיירי התם היכי שחייב מיתה ובכה"ג פטור מטעם קלב"מ. ואין להקשות דאפילו בלא אתרי בו' נמי אכתי ליפטר מטעם תנא דבי חזקי' דלא מחלק בין שוגג למזיד, די"ל דאכתי שייך פרכת הש"ס למאן דלא דריש תנא דבי חזקי' והא חייב לדידי' במזיד ולא אתרי בי' וכ"כ הרשב"א, ועוי"ל בסברת רש"י עפמ"ש התוס' ב"ק ד"ד דבכופר לא אמרי' קלב"מ ובחדושנו שם כתבתי בסברתם דהיינו משום דכופרא כפרה ואין בזה משום שתי רשויות אלא כמיתה ארוכתא, דשניהם המיתה והכופר כפרה אחת ארוכתא הם, ונהי דמשמע דרש"י פליג ע"ז מדמוקי במזיד ולא אתרי בי', ומשמע דבאתרי בי' ודאי דפטור מטעם קלב"מ, מ"מ די שנימא דרש"י פליג על התוס' כ"א במזיד ואתרי בי' דכיון דיש בזה כפרה דמיתה סגי אבל לומר שאפי' בלא אתרי בי' דליכא חיוב מיתה יפטרנו נמי מכפרה בזה גם רש"י מודה דבמידי דכפרה אין סברא לפוטרו בלא כפרה לגמרי ולכן אע"ג דבכ"מ במידי דממונא פטרינן נמי אפי' במזיד ולא אתרי בי' מטעם תנא דבי חזקי', אכן במידי דכפרה אין סברא לפוטרו בלא כפרה כלל אם לא מקרא דעליו, דע"ז איצטריך קרא דעליו להורות דאפי' היכא דלא אתרי בי' נמי פטור, אבל ב"א קרא מיוחד ומטעם תנא דבי חזקי' לא הו"א הכי ולכאורה אכתי קשה דהא ידוע שיטת רש"י בב"מ דצ"א דכל היכא דאמרי' קלב"מ חיובא בידי שמים מיהא איכא ואי תפס לא מפקינן מיני' א"כ אכתי הו"מ לפרש הכא דמיירי אפי' במזיד ממש ואע"ג דקלב"מ אפ"ה איצטרך קרא דעליו לומר שאפי' חיוב בי"ד נמי ליכא, וי"ל דלשון הש"ס ויהא חייב בכופר ליכא לפרושו כ"א שיהא חייב בב"ד. עוי"ל עפמ"ש הרש"ל בישש פ' הכונס בהא דמהני תפיסה בקלב"מ, היינו באמת במזיד ולא אתרי בי' דכיון דלא נתקיים בו שום עונש וגם העונש החמור לא נתקיים בזה דיו הוא דמהני תפיסה, דהא חייב הוא ולא נתקיים בו שום עונש משא"כ במזיד ואתרי כיון דנתקיים בו העונש החמור לא נתחייב כלל בתשלומין דסגי בעונש החמור, ואי תפס מפקי' מיני' ע"ש, ולפי"ז דהכרח הי' לרש"י לפרש במזיד ולא אתרי דאי באתרי אפי' חיוב בי"ד ליכא, ומרש"י ז"ל יהיה ראיה לקילוקו של הרש"ל, ובזה מיושב קושית הטורי אבן, הביאו הקצוה"ח כאן, עמ"ש רש"י דכל היכי דקלב"מ אי תפס לא מפקינן מיני', א"כ איך אמרי' בסנהדרין דפ"ז דיני נפשות

בפלוגתא דרבי ורבנן דתניא ונתת נפש תחת נפש ממון דברי רבי ומיירי במתכוון להרוג את זה והרג את זה דלרבי מחייב ממון ולרבנן חייב מיתה ופטור מתשלומין, ופרש"י דנ"מ דאי תפסו יורשין דהרוג ממונא דהורג ופטר לו האי זקן ממרא וקידש בו האשה מקודשת לרבי ולרבנן אינה מקודשת ואי אתי אינש אחרינא וקידשה מקודשת לשני, הרי חיוב כרת בדבר עכ"ל, והשתא לשי' רש"י בב"מ הא לרבנן נמי אי תפסו היורשין לא מפקינן מינייהו, אם כן גם לרבנן מקודשת, ולמ"ש הרש"ל, ניחא דהיכי דיש באמת חיוב מיתה אין חייב כלל בתשלומין ואי תפס מפקינן ולהכי לרבנן דמחיוב מיתה ודאי דאי תפס מפקינן, ועוי"ל בישוב קצוה"ח דבחבורנו לב"ק ד"י הוכחתי דגם רש"י סובר באמת דמקרא דעליו ממעטא כופר והא דמפרש מטעם קלב"מ היינו לומר שאפי' בתורת דמים פטור, וע"ז כתב הטעם קלב"מ, וראי' ברורה דרש"י סובר דפטור דכופר לא הוה משום קלב"מ ממ"ש רש"י ב"ק דמ"ג בד"ה אבל אש לא משלם כופר חדא שאין כופר באש ועוד דקלב"מ ע"ש, ולמה לו שני הטעמים, אע"כ דטעם דכופר הוה מקרא דעליו, וטעם הדמים הוה משום קלב"מ ואין מקום לפי' לקושית הקצוה"ח, וכן איפרש גם דכ"ו, דודאי דקושית הש"ס ויהיה חייב בכופר לאו דוקא כופר בלחוד דהא אפי' בתורת דמים נמי פטור אדם, וא"כ קושיתו הוה דיתחייב בכופר או היכי דלא שייך כופר ליחייב עכ"פ בתורת דמים, ולכן משום תורת דמים פי' דהיינו במזיד ולא אתרי ואילו באתרי ודאי פטור מטעם קלב"מ, אבל משום כופר לחוד הו"מ לפרש נמי באתרי בו דבכופר לא שייך קלב"מ ועמ"ש בדבור דלעיל:

סעיף מ' **במחבר** תולדות הבור אבנו סכינו ומשאו וכו' ברש"י דב"ק ד"ו ע"א גבי אבנו סכינו ומשאו היינו בור כתב בסוה"ד דהא נמי תחלת עשייתו לנזק דהו"ל לאסוקי אדעתא דסופו ליפול ברוח מצוי' וכשאני לעצמי היה ניחא לי, דהא זה ודאי עשייתו לנזק אינו אלא בתר דנייחא ונעשה בור, אבל בהיזק שהזיקו דרך הלוכם לא משמע תחלת עשייתו לנזק בהליכה וכמ"ש בשמ"ק, ויש לדקדק דא"כ מטעם זה אש נמי הו"ל תחלת עשייתו לנזק ואמאי אמרי' שם ד"י ע"א חומר בבור מבאש שתחלת עשייתו לנזק וכשאני לעצמי היה ניחא לי. וזה מוכרח נמי מסוגיא גופא דאלת"ה א"כ מאי פריך התם אי בהדי דאזלא קמזקא היינו אש, והא לא דמי לאש, דאש אין תחלת עשייתו לנזק ואבנו סכינו וכו' הוה תחלת עשייתו לנזק, אלא לאו דלס"ד דבהדי דאזלי מזקי לא הוה גם באבנו סכינו ומשאו תחלת עשייתו לנזק, ולפי"ז גם מ"ש רש"י דהני הוי תחלת עשייתו לנזק משום דהו"ל לאסוקי אדעתא, כוונתו נמי דלבתר דנייחא הוה תחלת עשייתו לנזק, ומ"ש הטעם דהו"ל לאסוקי אדעתא, היינו דבלא זה לא היה מקום לחייבו כלל ולא מיקרי עשייתו

כלל ורק משום דהו"ל לאסוקי אדעתא מיקרי זה עשייתו כאלו הוא עשה ההיזק אבל מאימתי חשבינן זה לתחלת עשייתו לנזק רק לבתר דנייחא. כן פרשתי כוונת רש"י אלא דשוב ראיתי בהגהות הרש"ש שגם הוא נתעורר להקשות מ"ש גבי אש דלא הוי תחלת עשייתו לנזק, וכתב דלולי פרש"י היה נראה לו לפרש דתחלת עשייתו לנזק אינו אלא בתר דנייחא, הרי שהבין דכוונת רש"י הוא שאפי' בדרך הלוכו נמי חייב תחלת עשייתו לנזק ע"ש, ולא אדע איפה מוכרח הוא ברש"י, ואכן אפי' להבנתו דרש"י סובר שגם בדרך הלוכו נמי הוה תחלת עשייתו לנזק נמי לא קשה מאש. דהא כבר כללו הראשונים כלל גדול והובא בשמ"ק דתחלת עשייתו לנזק לא כל דבר שמונח במקום שמגיע נזק קרי זה תחלת עשייתו לנזק אלא דוקא דבר שאין רשות בני אדם להניחו שם והנזק מצוי לו משם, זהו דמיקרי תחלת עשייתו לנזק, אבל דבר שהיה לו רשות להניחו לא, ולפי' לא דמי אש לאבנו וכו'. דהא בראש גגו אין דרך בני אדם להניחם שם מפני שהמק מצוי משם ואינו מקום הצנעה כלל, ומשו"ה מיד כשהניחם בראש גגו מיקרי זה עשייתו לנזק משא"ה באש הרי היה לו רשות להדליק האש ברשותו, ולכן אע"ג שהזיקו מצוי, אכן תחלת עשייתו לנזק לא הוי כיון דברשות עשה ודו"ק:

**סימן תיא**

שם **במחבר** לפטור בו ממיתת אדם ונזקו כלים כמו בור. והנה הרא"ש בפ"ק דב"ק ד"ו כתב וז"ל ויש מן הגדולים שכתבו דאותן דינין דילפינן כאן ע"י מה הצד אינם חייבין אלא מה שחייבין בשניהם, א"כ אבנו סכינו ומשאו וכו' פטירי מנזקי כלים כבור ומטמון כמו אש כיון דאתי במה הצד מינייהו, ולי נראה דכל דין בור יש להם בין לקולא בין לחומרא וכו' בין אפקירנהו בין לא אפקירנהו, לשמואל דאמר כולם מבורו למדנו ע"ש, והרש"ל ביש"ש סי' ח' הרבה להשיב על הרא"ש במה שכתב דלשמואל אפי' בדלא אפקרינהו דין בור גמור יש להם. ויסוד השגתו הוא דאם כן מאי מתמיהים התוס' שם ד"ג ע"ב בד"ה משורו למדנו גבי אבנו הכינו ומשאו שלא הפקירן לרב דאמר כולם משורו למדנו וא"ת היכי יגמר משור מה לשור שכן בעלי חיים, ומפרש רשב"ם דאתי משור ובור במה הצד, ותימה א"כ לפטור בהן כלים ע"כ, ומאי תמוה הוא זה, הלא מסתמא דכמו דלשמואל דאמר מבורו למדנו דין בור גמור יש לו ה"נ לרב דיליף משור דין שור גמור יש לו ואע"ג דאתיא במה הצד, וא"כ מאי מתמיהים התוס' לשיטת הרא"ש, אע"כ דלשמואל אע"ג שמבורו למדנו מ"מ כיון שמבור לאוד לא מצינן למילף וצריכין אנו למה הצד, והבינן להו גם הקולא שבצד השני, וה"נ לרב דמשורו למדנו כיון דצריכין אנו למה הצד דבור והבי' גם הקולא שבבור, ושפיר הקשו התוס' דליפטר בהו את הכלים, וקושיא

זו הקשה נמי בספר פלפולא חריפתא, ולמה שכתבתי בדבור הסמוך דסברא הוא לדמות כל התקלות לבור כשיש לה שום דמיון לבור אע"ג שיש לה דמיון לשארי נזקין ג"כ ע"ש מילתא בטעמא, א"כ לא קשיא מידי קושית הרש"ל, דדוקא בתקלות שמדמין לבור הוא דאמרי' הכי דנותנין לו כל דין בור משום דסברא הוא לדמות כל תקלות לבור, ולכן אע"ג שצריכין למה הצד להסיר הפרכא שיש מה שלא דמי לבור, מ"מ לאחר שהוסר הפרכא חוזר שוב דינו להיות כבור גמור בין לקולא בין לחומרא אחרי שבאמת תקלה הוא ודומה לבור, מה הצד לא בעינן כ"א להסיר את הפרכא, ומשו"ה לשמואל דאמר מבורו למדנו שפיר כתב הרא"ש דדין בור גמור יש לו, משא"כ לרב שיליף משור שבאמת אין שום דמיון אבנו סכינא ומשאו, שהוא תקלה לשור שהוא בעלי חיים, ובעינן למה הצד לעיקר החיוב להשוותו לשור, ולכן כאן שבעצם אין לזה שום דמיון לשור ורק ע"י מה הצד אפשר לחייבו מדין שור, מפני שגם בזה יש צדדי החיוב שיש בשור, וכאן מה הצד לא בא להסיר הפרכא כ"א לבנות עיקר החיוב, ולכן ודאי שנותנין ביה דיני שני הצדדים ואין חייבין אלא מה שחייב בשניהם, ולכן שפיר הקשו התוס' דלרב דיליף משור ובור א"כ ליפטרו בהו כלים, דשור גמור ודאי לא הוי כיון שאין לו שום דמיון בעצמותו לשור. ועיין היטב מ"ש בדבור הסמוך ותבין גם את זה וזה ברור:

**ועוד** טען הישׁ"ש להשיג על הרא"ש דבכל האיקומתות שבש"ס התם מוקי לה מדאפקרינהו ולשיטת הרא"ש אפי' בדלא אפקרינהו דין בור גמור יש להם גם לענין הקל שבבור לפטור בו את הכלים, דא"כ שאין חילוק בין אפקרינהו ללא אפקרינהו א"כ למה מוקי בכל הני אוקימתות דוקא בדאפקרינהו, אע"כ בדאפקרינהו דוקא הוי בור אבל בדלא אפקרינהו אינו כל כך שם בור עליו ואדרבה שם ממונו עליו אפי' לשמואל שלומד מבורו ומדמה יותר לבור מלשור, מ"מ כה"ג שצריך למה הצד ליכא מאן דפליג דיהבינן להו הקל מאחר שאינו כ"כ דומה לבור ע"ש. ולכאורה י"ל דניחא להש"ס לאוקמי אליבא דכו"ע בין לרב בין לשמואל, ולא הוי מצי לאוקמי בדלא אפקרינהו, דלרב לא הוי תו בור, אלא דזה אינו לפי דברי התוס' דלא גרסינן התם כלל אי לרב דאמר משורו למדנו היינו שור, משום דבזה הוה פשיטא דלרב איצטריך להצד השוה, דמשור לחוד ודאי דלא מצי למיגמר משום דהוה מצי למיפרך מה לשור שכן בעלי חיים, ובודאי איצטריך להצד השוה למיגמר משור ובור וכמ"ש התוס' ב"ק ד"ג ע"ב, וכיון שכן דלרב כבר ניחא, ועיקר הקושיא התם הוא רק אליבא דשמואל לחוד, א"כ לדידהו אין חילוק בין אפקרי' ללא אפקרי' דבתרווייהו הוי בור,. וא"כ אמאי מוקי דוקא דאפקרינהו, וי"ל דגם אליבא דשמואל מוכרח לאוקמי דאפקרינהו דוקא, דאי לא אפקרי' אכתי לא הוצרך לצד השוה

דליכא למיפרך בזה דלא דמי לבור משום דכח אחר מעורב או משום דמעשיו גרמו דאכתי נחייבו משום דלא סלקי' בתר דנייח, דכיון דממונו הוא הו"ל לסלוקי ומה בכך דמתחלה נעשה בור ע"י כא אחר הא אח"כ נמי ממונו הוא ויש לחייבו משום דלא סילק הזיקו, ולפ"ז אין להוכיח מהתם נגד הרא"ש, דהרא"ש יפרש דמשו"ה לא מוקי בדלא אפקרינהו משום דאז חייב מטעם דלא סלקי. ותמה אנכי מאד על הרש"ל שהשיג על הרא"ש בשעה שיש ואפשר לפרש כמ"ש. ונ"ל דה"ט דרש"ל דלא ניחא לי' בתרוצו זה משום דא"כ יקשה מאוקימתא דפותקין ביבותיהן וכו' אעפ"י שברשות חייבין לשלם, והא התם א"א לחייבו משום דלא חלקי' דהא ברשות הוא, וא"כ למה מוקי התם בדאפקרינהו דוקא, ובע"כ כטעמו של הרש"ל, אלא דאפ"ה אין מזה תפיסה על הרא"ש די"ל דמשום אוקימתות הראשונות דאבנו סכינו, ובור המתגלגל דמוכרח לאוקמי באפקרינהו, נקיט אגב גררא גם באוקימתא זאת ולעולם באוקימתא זאת אע"ג דלא אפקרינהו ושפיר קם דין של הרא"ש דכל דין בור יש להם, ומיושב בזה מה שלא הביא הרי"ף לכל הני אוקימתות ועיין ברא"ש שזכר זה ולדבריו גופא ניחא כיון דכל דין בור יש לכל הנהו תקלות א"כ אין נפ"מ בדינא, דבשלמא אם היה דינם בקל שבשניהם היה צריך להביא ולחלק כל אחד מהיכן יצא דינו אבל עתה אין שום נ"מ ודו"ק הוטב:

סעיף חמ **במחבר** אם גלגלו בהלוכם וכו' ובעל התקלה החצי וכו' דין זה הוא אוקימתא דב"ק ד"ו, דהצד השוה אתי לרבות בור המתגלגל, והנה בש"ס היה שם גרסא דפריך ע"ז אי בהדי דאזלי קא מזקא כחו הוא, ומה צורך להצד השוה, ורש"י ותוס' מחקו להאי גרסא, וטעמא דאין לחייבו לבעל התקלה משום כחו דהיינו אדם המזיק, אלא משום דחשיב כרוח מצויה והוי אשו ע"ש בתוס', וכבר הקשו המפרשים דאכתי למה מחקו לגמרי והול"ל אי בהדי דאזלי קא מזקי היינו אש, ועיין בדבריהם שיש מהם שנשארו בקושיא, ויש שנדחקו ליישב בדחוקים גדולים, ונ"ל ברור דאע"ג דדמיא לאש, מ"מ מידי בור ודאי דלא נפקא, דהא משעת שהונחה נעשית בור, שראוי היה להזיק במקומו, ועוד דגם לאחר שהונח הוי נמי בור, ולכן אין סברא לומר שבדרך הלוכו יתעקר שם דבור מיני'. וגדולה מזו כתבו התוס' שם בד"ה היינו בור לגבי כותל ואילן דאע"ג דבשעת נפילה ראוי לדמותו לאש, אפ"ה כיון דלאחר נפילה הוי בור ולכן גם בשעת נפילה מדמינן זה לבור, כ"ש הכא דגם קודם שנתגלגל ולאחר שהונחה הוי בור, ודאי הוא שגם בשעת נפילה מדמינן לבור, ועוד דגם בכחות ההיזק יש לה דמיון לבור וחלוקה היא מאש, דמה בור תחלת עשייתו לנזק אף זה הוה תחלת עשייתו לנזק, דמשעה שהונחה ראויה היתה להזיק, משא"כ באש דאינה תחלת עשייתו לנזק ולכן מחמת כל אלו יש לה ודאי דמיון

לבור. ועיין מ"ש בפ"ח שעל הרא"ש בסברא הוא לדמות כל תקלות לבור כשיש לה שום דמיון לבור אע"ג שיש לה דמיון לשארי נזיקין ג"כ אלא דאפ"ה מבור לחודי' א"א זה למילף דמצי למיפרך מה לבור שכן מעשיו גרמא משו"ה בעינן להוכיח מאש, דאע"ג דכח אחר מעורב בו נמי חייב, ולזה לא מצי להקשות אי בהדי דאזלא קא מזקי היינו אש וכלומר דא"כ מה איצטריך להצד השוה, דזה פשיטא שלאש לחודי' לא דמי, דחלוק מאש בזה שאש אין תחלת עשייתו לנזק ואיכא למיפרך מה לאש שכן אין תחלת עשייתו לנזק, ואע"ג דלעיל התם גבי אבנו סכינו ומשאו דקאמר נמי אי בהדי דאזלי קמזקי היינו אש ולא פריך מה לאש שכן אין תחלתו עשייתו לנזק, באמת גם התם נתקשה בזה בשמ"ק אמאי לא פריך הכי, ותי' דגם אבנו סכינו ומשאו לא הוי תחלת עשייתו לנזק דלא נייחא עוד, ותחלת עשייתו לנזק לא חשוב אלא משעה שהונח, ולפ"ז כאן דהיה מונח מכבר ובשעה שהונחה היתה תחלת עשייתו לנזק, ודאי דאיכא למיפרך הכי, ופשיטא דמאש לחודי' א"א למילף, ומ"ש התוס' דהוה אש, כוונתם דאש הוה יוכיח נמי, אבל לאש לאודי' ודאי דלא דמי גם מצד דאיכא למיפרך וחלוק הוא מאש, וגם מצד שבאמת דמי לבור, דגם מעיקרא וגם לבסוף הוה בור ולכן גם בדרך נפילה דמי לבור וכמ"ש, ולכן פשוט דלא הו"מ למיפרך אי בהדי דאזלי קמזקי היינו אש:

**ובדברינו** אלו עלה בידינו להציל את רבינו המהרש"א מדברי כמה מהמפרשים שכתבו עליו ששגגה פלטה קולמסו, דלאחר שהביא את דברי התוס' וגם את דברי הרא"ש שם שכתבו שאם הזיק דרך הלוכו מחייב כל אחד חצי נזק. הקשה המהרש"א כיון דבעל הבהמה חייב דרך הלוכו דהוי רגל דחיובו היינו בחצר הניזק ובעל התקלה דחייב היינו מטעם בור דחיובו אינו אלא ברה"ר ע"ש שדחק ליישב, וע"ז הרעישו המפרשים דמה קאמר, דהא בור לא הוי אלא בתר דנייח אבל אם הזיקה דרך הלוכה חייב בעל התקלה מטעם אש, וכ"פ התוס' בהדיא שבעל התקלה אין לחייבו מטעם אדה המזיק אלא משום דחשוב כרוח מצויה והוה התקלה מטעם אש ואפי' אפקרי' חייב כמ"ש התוס' וממונך גבי אש לאו דוקא, ואכן לפמ"ש דמ"ש התוס' דהיינו אש, היינו שאש הוי יוכיח לבור אבל עיקר חיובו הוי משום בור, יתיישבו דברי המהרש"א ואפי' אי נימא דממה הצד יליף מאש ובור נמי אינו חייב כ"א ברה"ר דומיא דבור לשי' התוס' שכתבו ב"ק ד"ג דכל היכי דילפי ממה הצד נותנין עליו קולי שניהן, וכיון דמשור ובור ילפי פטור על הכלים כמו בור ע"ש, וה"נ פטור ברה"י כמו בור ודו"ק היטב כי כ"ז ברור בעזהש"י:

**סימן תיב**

סעיף ב' **במחבר** ומיהא אם בשעה ששיברם כו' דאיהו דאזיק אנפשי' עמ"ש לעיל סי' שע"ט

**סימן תיד**

סעיף ב' **בהג"ה** וי"א דלאחר שהזיק כל הקודם זכה. דין זה תמוה כיון דהניח ברשות למה יהא כל הקודם זכה, נהי דחייב לשלם ההיזק אבל למה עוד יהיה הפקר לכל, ונראה בטעם הטור שהביאו חילוק זה, דהנה במשנה דב"ק ד"ל המוציא תבנו וקשו לרה"ר והוזק בהן אחר חייב בנזקו, וקאמר עלה בש"ס לימא מתניתין דלא כר' יהודא דאמר בשעת הוצאת זבלים אדם מוציא זבלו וכו' שע"מ כן הנחיל יהושע וכו' ומשני אפי' תימא ר' יהודה מודה ר"י שאם הזיק משלם מה שהזיק, ובתוס' שם הקשו היכי מוקי לה כר' יהודה והא במתני' קתני כל הקודם זכה, ותי' דכל הקודם בה לאחר שלשים יום זכה ע"ש. ועיין בפ"י שהקשה א"כ לא משני הש"ס ג"כ דמתני' אתיא כר' יהודה והא דקתני חייב בנזקו מיירי נמי לאחר שלשים ע"ש, ונראה שגם הראשונים אשו לקושיא זאת, דבשמ"ק כשהביאו לקושית התוס' תי' באופן אחר, דהא דאמרי' כל הקודם זכה היינו לאחר שהזיקו ולא מחלק בין קודם שלשים לאחר שלשים בין קודם היזק לאחר היזק. וגם הטור והגה"מ כתבו כן והיינו מה שהביא הרמ"א כאן לחלק ולומר דלאחר שהזיק כל הקודם זכה. ובלי ספק דמשו"ה נאדו מתי' התוס', משום דהיה קשה להו נמי קושית הפ"י, דאי כחלוק התוס' בין קודם שלשים לאחר שלשים גם הש"ס הו"מ לחלק כן. וזהו שגרם להטור וסייעתו לפסוק דין זה התמוה דלאחר שהזיק כל הקודם זכה. אכן לענ"ד אי משום הא אין הכרח להיות נאיד מתי' התוס' דקושית הפ"י יש ליישב בפשיטות, דהא המשנה הזאת עם הרישא דידה דהיינו משנה דלעיל דהשופך מים לרה"ר חייב, הכל משנה אחת הם וכמ"ש השמ"ק, והתם הא הקשה הש"ס לעיל תרתי למה לן ואוקמינן חדא בימות החמה וחדא בימות הגשמים, והיינו דמתניתין דהשופך מיירי בימות הגשמים שאע"ג שברשות חייב לשלם וכדמסיים שם בברייתא וכל אלו שברשות אם הזיקו חייבין לשלם, ולזה לא רצה הש"ס לשנויי דמה דנקיט במשנה חייב לשלם מיירי דוקא לאחר שלשים, משום דאז הוי תו שלא ברשות, דהא בהדיא מוקמינן לעיל דאפי' ברשות נמי חייב וזה ברור. ואין להקשות דהא בסמוך התם בשנויי דרב נחמן מוקי באמת דהך מתני' מיירי שלא בשעת הוצאת זבלים, דהיינו שלא ברשות, והיכי מוקי הכי, הא מוקמינן לרישא דמתני' בשופך ברשות, דרש"י תיקן זה, דבמשנה בד"ה כל המקלקלין ברה"ר פרש"י שני פרושים במאי פליגי רשב"ג ות"ק ע"ש. והוצרך לזה לשני האוקימתות שבש"ס, דלתי' הראשון דמתני' מיירי בשעת הוצאת זבלים א"כ

ברשות קא עביד אליבא דכו"ע א"כ במאי פליגי ת"ק ורשב"ג. לכן הוצרך לפרש פי' הראשון דפליגי אם זכה בגוף, דלת"ק לא זכה בגוף, ולרשב"ג זכה בגוף, ולאוקימתא דרב נחמן דמתני' שלא בשעת הוצאת זבלים דלכו"ע קנסו גופו, הילכך צ"ל דפליגי בהניח ברשות ולרשב"ג חייב. ולפי"ז י"ל דלתי' דרב נחמן י"ל דרישא דמתני' דאפי' ברשות חייב אתיא כרשב"ג דסובר הכי, אבל לר' יהודה אפי' כרשות פטור, וכ"ז הוא לתי' דרב נחמן, אבל לתי' הראשון דלכו"ע ברשות קא עביד, וא"כ רישא דמתני' אליבא דכו"ע ואפ"ה חייב אם הזיק ברשות, משו"ה לא מצי לשנויי דהא דקתני חייב, היינו לאחר שלשים דוקא וכדכתיבנא ודו"ק היטב כי ז"ב:

**סימן תטז**

סעיף א' **במחבר** הכותל והאילן שנפלו לרה"ר וכו' עיין ברא"ש פ"ק דב"ק שכתב דנסתפקו התוס' אם הזיקו בשעת נפילה אי יהבינן להו דין אש או דין בור, והוא הכריע שכל דין בור יש להם ולא דמי לאבנו סכינו ומשאו דנפלו מן הגג והזיקו ברוח מצויה דהנך לעשו אש ע"י כח אחר, אבל כותל ואילן מחמת ריעותא נפלו מעצמן וכו' לכך יש להם דין בור, ואי משום דהולכין ומזיקין משא"כ בבור, לא גריעי מחמת זה וכ"ש דיש לחייבו יותר וכו' ע"ש, ותמה עליו בפילפולא חריפתא דא"כ יש לדמותו נמי לאש, ואי משום דאין כח אחר מעורב בו, כ"ש דיש לחייבו יותר, ומאי דחשבי להו התוס' שם בד"ה דכח אחר מעורב בו הוי חומרא, לא משום כח אחר, אלא מה שע"י כן מזיק בהליכתו, ומכיון דהני נמי מזיקין בהליכתן לא גריעי משום שאין כח אחר מעורב בהן ע"ש, והני אם כי זה ודאי שהחומרא בכח אחר אינו אלא משום שעי"ז הולך ומזיק אבל בעצם הוה זה קילא נגדר דבר שהולך ומזיק מעצמו בלא כח אחר, והרי מבואר להדיא בחדושי הרשב"א בסוגיא שם, רק מה שחשוב כותל ואילן שהזיקו בשעת נפילה ג"כ לסוג תקלה שהולך ומזיק, זה אינו, דהולך ומזיק, אינו נקרא, כי אם כשיוכל לילך ולהזיק בלי שיעור וגבול כגון בעלי חיים שהולכין ומזיקין ואין שיעור לגבול הלוכם, וכן אש שהרוח יוכל לישא ההיזק גם מרחק רב באופן שאין הניזק בא למקום ההיזק אלא המזיק רודף להניזק בכל מקום שעומד, וזה עיקר החומרא בדרכו לילך ולהזיק כי דבר שאין דרכו לילך להזיק צריך הניזק לבוא למזיק והמזיק עומד אל מקומו, רק שהניזק מתקרב אליו, ודבר שדרכו לילך הוא להיפך, הניזק על מקומו עומד והמזיק מתקרב אליו, ולכן כותל ואילן שיש שיעור וגבול לנפילתן ויותר מהגבול אינם יכולים לילך, וסוף סוף הניזק צריך לבוא אל המקום הזה, וא"כ לא נוכל לחשוב זה לדבר שדרכו לילך ולהזיק, ובור ממש הוא, וכבור אריכתא הוא מלמעלה עד מקום שיוכלו ליפול מעצמן, וכן מוכח

מהדיא מהסוגיא דפריך עלה מה לשור שכן דרכו לילך ולהזיק, מכלל דכותל ואילן לא מיקרי דרכו לילך ולהזיק, ודו"ק היטב כי זה ברור בעזה"י:

**סימן תיח**

סעיף א' **במחבר** אש הוא אב דכתיב כי תצא אש. כן פרש"י במתני' ריש ב"ק. הבער כי קצא אש, בשמ"ק הביא ע"ש ר"ת דהקרא דהבער הוא קרא דכי יבער איש שדה וכרם, ורש"י לא ניחא לי' בפר"ח דאי מקרא זה דכי יבער, א"כ היינו היזק בידים, דהכי משמע כי יבער איש דהיינו בידים. וזה א"א לומר דהבער דמתני' מיירי אם הבעיר בידים, חדא דא"כ היינו אדם המזיק ממש. ולרב דאמר מבעה זה אדם כבר תני לי' אדם, ולשמואל מבעה זו שן הא קאמרי' לדידי' דבנזקי אדם לא מיירי מתצו' ועוד דא"כ לשון דמתני' גופא יקשה, למה נקט הבער, מבעיר הו"ל למיתני דמשמע בידים, לזה פרש"י דודאי הבעד דמתני' הוא בשנעשה ממילא והאב שלו הוא מקרא דכי תצא דאמרי' ב"ק דכ"ב תצא מעצמה, ולזה נתכוון גם המחבר וק"ל:

שם **במחבר** לפיכך כל הדומה לו שהוא ממונו והולך ומזיק הוא תולדתו ויש לו דין אש, ומ"ש המחבר כל שהולך ומזיק, היינו אבנו סכינו ומשאו, שהניחן בראש גגו ונפלו והזיקו בדרך הלוכן חייב משום אש כמבואר בב"ק ד"ו, ואכן בחדושנו לעיל סי' קנ"ה הוכחתי דהיינו דוקא כשכובד האבן או חדודו של הסכין פעלו להזיק גם בלי כח ההתזה ואולי היה נתקרב האבן אל הכלי גם בלי כח ההתזה היה נשבר מפני כובדו, שבכה"ג עצם האבן והסכין הם המזיקים ושפיר דמי לאש דהוא בעצמו המזיק, והרוח אינו אלא מקרב האש אל דבר הניזק, משא"כ באופן שזה דאילו היה נתקרב האבן והסכין בלי כח ההתזה לא היה ניזק הכלי, ורק שההיזק בא ע"י כח ההתזה, גם באבנו וסכינו פטור, דלא דחי לאש, כיון דתקלה של בעלים לא הזיק כלל ורק הכח שבא בפעולת הרוח הוא המזיק ועל פעולת הרוח אין לחייב לבעל התקלה, ולא דמי לאש דהאש גופא הוא שהזיק ועמ"ש לעיל סי' קנ"ה בארוכה וגם בסי' ש"צ ע"ש שהבאתי זה בשם השמ"ק:

סעיף ט' **בש"ך** סק"ד הביא לקושית המ"מ מהא דלעיל סי' קנ"ה והביא גם לדברי הב"י, ועמ"ש בחדושנו לעיל בסי' קנ"ה לבאר דהש"ך לא כיון יפה בכונת הב"י ע"ש:

סעיף י"א **במחבר** הכופף קומתו וכו' לפני הדליקה כפפה במקום שתוכל הדליקה לבא ברוח מצויה חייב. ובזה לא הוי חיובו משום אש אלא משום אדם המזיק כיון דבידים הבעיר כ"כ רש"י להדיא בב"ק דנ"ו בד"ה ברוא מצויה הרי בידים הבעיר ע"ש, וניחא בזה מה שהקשו התוס' על רש"י בב"ק דכ"ב דפי' התם דלמ"ד אשו משום ממונו אם הדליק בגחלת שאינו שלו פטור, והקשו ע"ז א"צ אמאי חייב הכא הכופף הא הדליק בגחלת

שאינו שלו, אכן פרש"י דהכופף חייב משום מזיק בידים אין מקום לקושייתם דאפילו ריש לקיש דסובר בעלמא אשו משום ממונו ואם הזיק בגחלת שאינה שלו פטור, במזיק בידים יודה גם הוא דחייב בכל אופן בין שהגחלת שלו או אפילו אינה שלו.

סעיף י' **במחבר** השולח את הבעירה ביד חש"ו פטור בדיני אדם וכו' בד"א כשמסר לו גחלת וכו' אבל מסר לו שלהבת חייב. זהו דעת ריש לקיש משמי' דחזקי' בב"ק דכ"ב, ור' יוחנן סובר התם דאפי' במסר לו שלהבת פטור, ובטעם דר' יוחנן נחלקו רש"י ותוס' שם רש"י פי' דר' יוחנן לטעמי' דאמר אשו משום חציו והנה חציו דחרש הן. ובתוס' כתבו ואין לומר דטעמי' משום דסובר אשו משום חציו דהא מסיק התם דאית ליה נמי משום ממונו, ופי' טעם אחר ע"ש, ולכאורה דברי התוס' תמוהים דנהי דאית לי' נמי משום ממונו, מ"מ היינו דוקא אם האש הולך מעצמו למזיק, דבזה יש לחייבו לבעל האש משום ממונו, אבל הכא דהחרש הוא דמדליק וא"כ איך נחייב לבעל האש משום ממונו כיון דאיש אחר היה המזיק, והגע בעצמך אחד שעשה היזק בממונו של אחר פשיטא דהמזיק חייב ולא בעל הממון, ולא דמי לכלב אחר שנטל את הגחלת והדליק בו דבעל הגחלת מתחייב בשלא שומר את גחלתו כדפריך התם ולתחייב בעל הגחלת, דשאני כלב שאין לו דעת כלל ולכך כיון דדרכו ליטול חררה עם הגחלת, תו חשיב כרוח מצויה והוי כחציו דבעל גחלת, אבל חרש דאית לו דעת וכוונה, דהא כשר נמי לכתוב את הגט כשגדול עומד על גביו כדאמרי' בגיטין דכ"ג, וא"כ צריך לחשוב למעשה החרש כאילו נטל בכוונה והדליק בו דבכה"ג ודאי דפטור בעל הממון, ואולי שזהו באמת דעת רש"י במה שמסיים והכא חציו דחרש הן, כלומר נהי דודאי דאית לי' נמי משום ממונו, מ"מ הכא דחרש עביד בכוונה היזק בממונו של זה אין לחייבו לבעל הממון וכ"כ הפנ"י בדעתו, ונראה דרש"י ותוס' לשיטתייהו אזלי דעיקר פלוגתייהו דאשו משום חציו דפרש"י דמדליק בגחלת שאינו שלו פטור לריש לקיש דסובר משום ממונו, והתוס' השיגוהו ע"ז מההיא דכופף קומתו לפני הדליקה דחייב הכופף אע"ג דהגחלת אינו שלו, ואי נימא דהא דחייב בעל הממון היינו דוקא כשהדליקה הלכה בעצמה אבל אם אדם הדליק בכוונה בממונו של זה חייב המדליק אין מקום לקושיתם, דהתם פשיטא דהכופף חייב כיון שהדליק בכוונה, וכאשר באמת כתבתי בסמוך בשם השמ"ק דהכי הוא סברת רש"י דלא חש לקושיית התוס' מכופף קומתו. ואכן עכ"פ מדהקשו התוס' מכופף, הרי דסברו דלמ"ד משום ממונו, אפי' כשאדם אחר מדליק בכוונה באשו של זה נמי היה צריך בעל הממון לשלם ולא העושה את התקלה, וא"כ כ"ש הכא בחרש שאין דעתו שלימה שאין לפטור לבעל הממון שהחרש עשה התקלה, ולכן לשיטתם לא

יוכלו לפרש דמשו"ה מחייב ר' יוחנן משום דחציו דחרש הוא, משא"כ רש"י לשיטתו דלא קשה לו מכופף קומתו, והיינו משום דסובר דהיכא דאדם עושה תקלה בממונו של אחר מחייבינן לעושה התקלה, הוה"ד הכא נמי לגבי חרש כיון שיש לו קצת כוונה עדיף מכלב שהדליק בגחלת חבירו וא"א לחייבו לבעל הממון כיון דסוף סוף חציו דחרש הם, והיינו מה שכתב דר' יוחנן לטעמי' דאשו משום חציו הוה וחציו דחרש הם:

**ואם** כי זה היה נראה נכון אכן מה שעומד לנגדי הוא, דהלא התוס' גופייהו כתבו להיפך בב"ק ד"ו בד"ה לאתויי. דהיכא דעושה התקלה הוא בר דעה מחייבינן לו ולא בעל הממון והוכיחו זה וז"ל תדע דאם הדליק אש ובא אחר ושרף טלית חבירו או חפר בור ובא אחר ודחף שור חבירו לתוכו אין סברא שיתחייב בעל הבור או בעל האש וכו' עכ"ל, ונהי דמהך דהכא לא קשה אכתי דאין זה סתירה כ"כ, משום די"ל דהתוס' מחלקי' בין אדם בעל דעה גמורה לחרש שאין בעל דעה גמור, וסברי דחרש דמי לכלב שהדליק בגחלת שאינו שלו דמחייבו לבעל הממון, ויש יסוד להוכיח כן גם מתוך הסוגיא דהתם, דאלת"ה אלא דחרש דמי לבר דעת ואמרי' דמדעתא דנפשי' עבידן א"כ מה פריך התם אלא למ"ד אשו משום ממונו אילו מסר שורו לחש"ו ה"נ דלא מחייב. ומה דמיון הוא למסר שורו, הא התם השור קא עביד להיזק והחרש אינו עושה מאומה כ"א מה שלא שמרו כראוי משא"כ גבי אש דהחרש הוא דעושה בעצמו את הדליקה, ובכה"ג ודאי דיש לפטור לבעל הממון, אע"כ דפעולה דחרש לאו כלום הוא כיון דלאו בר דעה גמורה הוא, ולכן דמיא בזה לבהמה שהדליקה בגחלת של חבירו דמחייבינן לבעל הממון, ומכאן הוא באמת תיובתא גדולה לשיטת רש"י לא שנימא דרש"י סובר דבזה גופא הוא דפליגי ר' יוחנן ור"ל וגם המקשה והתרצן שם, דהמקשה סובר דפעולה דחרש לאו כלום הוא, והתרצן משני דחרש דמי לבר דעה דשייך לומר בו צוותא דחרש קא גרים לר' יוחנן, ור"ל סובר אליבא דאמת דבחרש לא שייך לומר צוותא דידי' קא גרים כיון דלאו בר דעה גמורה הוא, וזה נראה ברור דהכי הוא סברת התרצן, דלשון צוותא דחרש קא גרים לא משמע כפי' התוס' משום דלא ברי היזיקא הוא דפטור, רק צוותא דחרש קא פטר לי' דהיינו משום דחציו הוא, וכאילו בעל דעה גמורה עושה היזק בממון חבירו, ואפ"ה על שיטת התוס' אין תפיסה מזה אם מחלקי בין חרש לבר דעה, דלא ניחא להו לעשות מחלוקת בין המקשה והתרצן וגם מחלוקת חדשה בין ר"י ור"ל, דאין זה ענין לפלוגתייהו אם אשו משום חציו או משום ממונו, ולכן מהך דהכא לא קשה על מה שכתבו בדף ו' להדיא דבר דעה שעושה תקלה אין מחייבין לבעל הממון, אבל אכתי הא דמקשו מהכופף קומתו, והא התם לאו בחרש אלא באדם בר דעת מיירי ופשיטא דיש לחייבו

לעושה התקלה אע"ג שעושה ההיזק בממון חבירו כפי מה שכתבו הם גופייהו בד"ו, וא"כ מאי מקשו על רש"י, ובדבריהם בזה הם סתירה גמורה למה שכתבו בד"ו וצע"ג ליישב הסתירה הזאת, ואפשר ליישב דמ"ש התוס' בד"ו דהיכא דאדם אחר עושה פעולת ההיזק בכוונה אין לחייב לבעל הגחלת, ואין זה שייך כ"א למ"ד אשו משום חציו, וכיון דבכה"ג לאו חציו דבעל הגחלת הוא שעושה את ההיזק כ"א אדם אחר שהדליק בכוונה משו"ה ליכא משום מה לחייב לבעל הגחלת, כיון דחיוב דאשו הוא משום חציו והכא לאו חציו דידי דעבדי ההיזק, משא"כ למ"ד אשו משום ממונו אפ"ה בכה"ג חייב בעל הגחלת כיון דעכ"פ בממונו נעשה ההיזק, וזהו החיוב שחייבתו התורה משום ממונו, ואי נימא כן היה מיושב כל הסתירות, דמה שהקשו על רש"י מההיא דכופף קומתו דחייב הכופף ולריש לקיש דסובר משום ממונו היה ראוי לחייב לבעל הגחלת, ואע"ג דהכופף עשה בכוונה להזיק, מ"מ למ"ד אשו משום ממונו ראוי לחייב לבעל הממון ולא לעושה התקלה, ומה שכתבו בד"ו דעושה התקלה חייב, היינו שכתבו כן אליבא דדינא דקיי"ל כר' יוחנן דאשו משום חציו, ולדידי' אי"א לחייב לבעל הגחלת כשאדם אחר הדליק בכוונה כיון דלאו חציו הם:

**וגם** מה שכתבו הכא אפי בדכ"ב לר"י נמי ראוי לחייב לבעל הגחלת, אע"ג דחציו דחרש הוא, היינו משום דבזה מחלקים בין חרש לבר דעת גמור, וסברי דדעת דחרש לאו כלום הוא וכלב שנטל הגחלת דמי וכמ"ש. ולפ"ז היו מיושבים כל דברי התוס' על מכונם באין שום סתירה בדבריהם, וגם הקושיא שהקשיתי מן הש"ס דב"ק דכ"ב דמאי פריך אילו מסר שורו לחש"ו ה"נ דלא מחייב, הא סכינא מפסקי ביניייהו, דבשור כולה היזיקא עביד השור, והחרש כ"א מונע את השמירה, ואילו באש צוותא דחרש קא עביד וחציו שלו הם, ומה שכתבתי גם בזה ניחא, דפריך הכי לריש לקיש דסובר אשו משום ממונו ולדידי' יש באמת לחייב לבעל הממון אפי' אם אדם אחר עושה את ההיזק, והתירוץ הזה היה נראה לי נכון וברור, ומתאים מאוד למדקדק היטב בסוגיא הזאת, דהרי משמע דרק למ"ד אשו משום חציו אמרי' צוותא וחציו דחרש הם אבל למ"ד אשו משום ממונו אפי' בכה"ג יש לחייב לבעל הממון, אלא דאכתי אין נוח לי תי' הזה דהא התוס' בדף י' לא רק באש כתבו כן דעושה התקלה חייב אלא בבור נמי כתבו דאם אדם אחר דחף לבור של זה דחייב הדוחף ע"ש, והא בבור ודאי ליכא משום חציו ועיקר החיוב משום דהוי בור דידי' ודמיא למ"ד אשו משום ממונו דהחיוב הוי משום דתקלה שלו עשה ההיזק, ואפ"ה כתבו התוס' שגם בזה חייב הדוחף ולא בעל התקלה, ולפ"ז בהכרח דגם למ"ד

אשו משום ממונו נמי יש לחייב לעושה ההיזק ולא לבעל התקלה, וא"כ אכתי תוחזר הקושיא, מה שהקשו מכופף קומתו ודו"ק היטב בכל זה כי כמה דינים יבורר מזה:

סעיף י"ג **במחבר** אבל אם הדליק בתוך של חבירו או אפי' בתוך שלו וכו' בש"ס ב"ק דס"א איתא הכי אמר רב כהנא מחלוקת במדליק בתוך שלו וכו' אבל במדליק בתוך של חבירו ד"ה משלם מה שבתוכו ופרש"י משום דבשל חבירו אין לו רשות והוה כמאבד בידים, ופי' וא"כ אין חיובו מטעם אש אלא מטעם אדם המזיק, אבל יש להבין לפי"ז דלמ"ד אשו משום חציו, א"כ במדליק בתוך שלו נמי הוה כאדם המזיק ולמה פליגי רבנן, ודוחק לומר דסברי כריש לקיש דאשו משום ממונו ודלא כהלכתא, וביותר יש לתמוה על הרמב"ם דפוסק כמ"ד אשו משום חציו, ואפ"ה מחלק בין הדליק בתוך שלו להדליק בתוך של חבירו, והא למ"ד אשו משום חציו לא משכחת שיפטור טמון כ"א בכלו לו חציו וכמבואר בסוגיא דב"ק דכ"א. ובטור ובשו"ע כאן פסקו באמת אפי' אם מדליק בתוך שלו נמי חייב היכא דלא כלו חציו, אבל על הרמב"ם קשה, ועיין מ"ש המ"מ שם פי"ד מהלכות נזקי ממון הט"ו להעיר ג"כ שפסק הרמב"ם נגד הסוגיא דב"ק, ונראה ליישב דהנה בב"ק דכ"ג בסוגיא דאשו משום חציו קאמר שם דמאן דאית לי' משום חציו אית לי' נמי משום ממונו, וגדולי הראשונים נטו בזה מפרש"י ותוס' שפירשו דהיכא דאיכא משום חציו חייב נמי אפי' היכי דלאו ממונו הוא, ואפי' היכי דליכא משום חציו מחויב מיהא משום ממונו, אלא פירשו דתרווייהו בעינן דאפי' היכא דאיכא חציו אין מחויב רק היכא דאיכא נמי ממונו אבל היכי דאינו ממונו לית בו נמי משום חציו, ועיין בשמ"ק שם ותמצא שגדולי הראשונים מפרשי הכי, ויש ליתן טעם לדבריהם משום דבאמת אין זה חציו גמורים, דרוב פעמים הרוח הוא שמוליך האש ולא מעשה אדם, ורק חיוב האדם בא ע"י פשיעתו שפשע בזה להדליק ולא להזהר שלא יוליך הרוח. וכ"כ השמ"ק הטעם למה הוצרך ר' יוחנן לומר טעם באשו יותר מבשאר נזיקין והלא גם הוא כתוב בפסוק כמו שארי נזיקין ותי' לפי דלפעמים שאין האש מזיק כ"א הרוח שהוליכתו ואלולי הרוח לא היה מזיק א"כ אינו מעשה האדם כ"א מעשה הרוח והאדם הוא כגורם ועיקר החיוב הוה משום הגרם, וכיון דלאו פעולת האדם ממש הוא, משו"ה היכי דלא הוה ממונו מודה ר' יוחנן דלית בו משום חציו, רק היכי דהוה ממונו, בהא הוא דסובר ר"י דמצטרף לזה גם חיוב דחציו ולפ"ז נראה דלא רק שלא יקשה על הרמב"ם מסוגיא דב"ק דכ"ג, אלא מהתם הוה ראיה לדבריו דאין לחלק בין היכי דכלו חציו להיכי דלא כלו חציו, דאלת"ה א"כ כי פריך הש"ס התם וכי מאחר דגם מ"ד משום חציו אית לו נמי משום ממונו מאי בינייהו ומשני נפ"מ לענין ד' דברים ע"ש, ולמה הוצרך לזה

ולא קאמר נפ"מ לענין טמון גופא, דלמ"ד משום מ לא מחייב כ"א במדליק בשל חבירי, ולמ"ד משום חציו מחייב נן אפי' במדליק בשלו, ועיין בשמ"ק שנתקשה באמת הרבה בזה, ולפמ"ש יבואר דמדלא קאמר הש"ס חילוק זה מכלל דאליבא דאמת לא מחלקינן בזה, דע"כ לא קאמר התם דלמ"ד משום חציו טמון באש לא משכחת לה, היינו למאי דלס"ד מעיקרא כמ"ד משום חציו לא בעי כלל שיהיה ממונו, וא"כ בע"כ דסובר דהוה חציו גמורים כמו אדם המזיק, לכך שפיר קאמר דגם טמון חייב, דבאדם המזיק לא חילק הכתוב כלל בתשלומי נזקו, אבל לפום מאי דמסקינן דמ"ד משום חציו אית לו נמי משום ממונו מתחייב משום חציו כ"א היכי דהוה ממונו, תו לא קשיא מטמון כלל, כיון דאינו חייב כ"א בהצטרפות ממונו, ובממון הוה שפיר גזיה"כ דפטור בטמון וכמ"ש התוס' שם דמצינו כמה חילוקים שהקילה התורה בנזקי ממון, וא"ש שיטת הרמב"ם דמפרש נמי כפי' הנהו ראשונים דמשום חציו לחוד אינו חייב משום שלא הוה חציו גמורים והחיוב הוא רק משום הצטרפות הממון, ולכן הוה דינם ממש כמו ממונו שהזיק לענין טמון, ובזה יש נמי ליישב קושית השמ"ק על רש"י ב"ק דס"ב ד"ה מאי הוי לך גבי דאזקתי וז"ל ולא דמי למשאיל מקום לחבירו כו' דמבעיר לא הוה כמזיק בידים ע"ש, ובשמ"ק דחה לפירושו דהא אמרי' אשו משום חציו, ומשמע דהוה כמזיק בידים, ולמ"ש א"ש, דלא מיבעי לשי' הרמב"ם דסובר דמשום חציו אין לחייבו כלל כ"א בהצטרפות דהוה ממונו ומהטעם שכתבתי דלא הוה חציו ופעולת האדם ודאי דלק"מ, ואפי' לשיטת רש"י ותוס' דסוברים דמשום חציו לחוד מחייבינן, בע"כ צ"ל דלא הוה חציו גמורים משום דגם הרוח מסייעו ולכן לא חייב כ"א בפושע ולא כמזיק בידים, ואין להקשות דהא בדף ס"א ע"ב גבי מדליק בשל חבירו פרש"י גופא דהוה כמאבד בידים, דהא התם דייק לפרש הטעם כיון דמדליק בשל חבירו שאין לו רשות ומשו"ה הוה כמאבד בידים, ודוקא כשהדליק בשל חבירי הוא די"ל כן דמה הוה לך גבי' להדליק בשל חבירו אבל אם הדליק בחצר שלו לבשל תבשילו והדליקה הלכה ושרפה לחפץ חבירו נמי לא חשוב מזיק בידים, וכן נראה דעת הרמב"ם וכמ"ש הש"ך כאן:

סעיף י"ז **במחבר** שאע"פ שאש ממונו הוא הרי הוא כמו שהזיק בחציו פוסק כר' יוחנן דאשו משום חציו. מיהא נראה דהיינו דוקא בשלהבת אבל בגחלת גם ר' יוחנן מודה דאשו משום ממונו, דהא בש"ס שם אמר לר' יוחנן מ"ט לא אמר כר"ל אמר לך ממונא אית בו ממשא הא לית בו ממשא, ומשמע דדוקא באש כזה שאין בו ממשא דהיינו שלהבת הוא דפליגי אבל באש דיש בו ממשא כמו גחלת גם לר' יוחנן הוה משום ממונו, וזה פרשתי כוונת רש"י שם בד"ה אשו כתיב השולח את הבערה, ומה בעי זה ולהנ"ל

א"ש, דבשמ"ק כתב גבי השולח הבערה ביד חש"ו דלשון הבערה משמע שלהבת ולא גחלת, והיינו מ"ש רש"י אשו השולח את הבערה, דהיינו שלהבת, בזה הוא דפליגי, משא"כ בגחלת לא פליגי וזה ברור ודלא כמ"ש בשמ"ק דכיון שאנו מוצאים אש דלית בו ממשא א"כ כל אש חייב משום ממונו ודו"ק:

**סימן תיט**

סעיף א' **במחבר** גובין מהמקרקע המעולה שבנכסי המזיק וכו' ואם הניזק רוצה בינונית דעת הרא"ש בב"ק ד"ח דאין יכול לכופו וליקח בינונית או זיבורית, אם המזיק אינו רוצה, ובחדושנו לעיל סי' ק"ב הוכחתי דמן הסוגיא דהתם, ופרש"י לא משמע הכי דהא שייך לפרוך, א"כ הורעת כוחן של נזיקין, וכב"ח לא שייך לפרוך א"כ הורעת כוחן בזיבורית שהרי באמת לא זכתה תורה אלא בזיבורית ורבנן תקינו בבינונית אבל בנזיקין איכא למיפרך וכ"ה להדיא בשמ"ק דבנזיקין אין יכול הניזק לכופו ע"ש שהארכתי בזה:

$$(ציור בספר)$$

## הלכות חובל בחבירו

**סימן תכ**

סעיף ט"ז **במחבר** צער כיצד כו' וכתב הר"י בתוס' ב"ק דפ"ה דבצער שיש בו רושם משלם יותר מבצער שאין בו רושם ע"ש. ומהרש"ל בישש האריך לדחות דין זה ע"ש. ולענ"ד נראה ראי' לדברי התוס' מירושלמי דפ' החובל דאיתא שם הכי בעי ר' ירמיה קטע ידו וחזר קטע ידו מלמעלה מהו שישלם צער של שעה ראשונה ע"ש. פי' היכי דקטע ידו בשני פעמים ולא אמדוהו בפעם ראשונה אם צריך לשלם צער של הפגם ראשונה ולכאורה מאוד תמוה הבעיא, דהא בצער ליכא דבר קצוב כמה לשלם, ורק לפי ערך הצער ואפי' לפי אומד המוזכר בש"ס כמה היה רוצה ליתן בין סם לסייף, אטו כל הסייפין שווין, אם הרגו בסייף חד וחלק אז הצער מועט, ואם בסכין פגום שצערו מרובה ודאי צריך לתת לו צער יותר דגם הניזק עצמו היה נותן להנצל מזה יותר מכפי שהיה נותן להצלה מסייף שאין צערו גדול כ"כ, ובהדיא איתא במתני' דר"פ החובל אומדין כמה אדם כזה רוצה להיות מצטער כך, הרי דבהדיא שאין הצער שוה בכל האנשים וגם בכל המקרים רק לפי ערך האדם אם ענוג הוא או לא ולפי ערך גודל הצער וא"כ מה שייך למיבעי היכי שקטע את ידו בשתי פעמים אם אמרינן שכבר מחויב וצריך לתת לו גם צער הראשון או כיון שאמדינן ביחד א"צ לתת כ"א צער אחד, הא אפי' אם עצם המעשה היה בפעם אחת שקטע את ידו בשתי פעמים כאחת בלי הפסק, ודאי נמי הדבר שצריך לשלם לו בעד צערו המרובה ביותר, אכן לדברי התוס' א"ש דיש נ"מ גדולה, דהא בפעם

הראשון כשקטע ידו מלמטה היה בזה צער שיש עמו חבורה והיה חייב לשלם לבד הכאב גם בעד הרושם שעשה אותי, ועתה כשקטע כל היד מלמעלה הרי הרושם התחתון לא נוכל לחשבו כפגם כיון ששילם לו בעד כל היד א"כ מוכרח הדבר ליטול ממנו כל היד, ואי נימא דאמדינן הכל ביחד כעת אז נהי דנחשוב בחשבון גם צער הראשון לא נחשב כ"א צער הכאב, וכאילו לקח לו היד בפעם אחת ע"י שני קטועים שאז ודאי דלא משלם כ"א צער אחד גדול, ולא צער עם רושם בעד השניה ולא צער הרושם דכיון שמשלם לו בעד כל היד הרי היד נטולה לגמרי ולא שייך לשלם בעד הרושם, משא"כ אם נימא דכיון שבעת מעשה היה זה צמר שיש בו רושם ונתחייב גם בעד הרושם כבר זכה בו ומחויב לשלם הכל, וזה אין לומר דלו יחויב עתה בעד הרושם השני של כל היד כיון שבלא"ה היה רושם, דודאי לא דמי גנאי הרושם מחבורה לנטילת כל היד, וא"כ יהיה מכאן ראיה נכונה לשיטת הר"י ודו"ק ועיי"ש עוד לקמן מזה:

**ואע"ג** שבתוי"ט מקשה על סברת התוס' דהא צער הרושם הוא בושת ולא צער, י"ל דבושת שמין אותו מה שבעת מעשה היה לו בושת הכפיות פנים שנכסף בעת מעשה, ואעפ"כ צער יש לו מה שיודע שישאר לו רושם, ובלא"ה איני יודע את תמיהתו הא בושת בעיא דלא איפשטא הוא אי משום זילותא אי משום פגם המשפחה כמבואר התם ולטעמים הללו ודאי שלא נכנס זה בתוך הצער ודו"ק:

סעיף י"ז **במחבר** כיצד משערין את השבת כו' ואם חסר אבר כגון שקטע ידו נותן לו דמי ידו שהוא הנזק ושבת רואין אותו כאילו הוא שומר קשואין, בש"ס ב"ק דפ"ה הכי איתא בברייתא שבת רואין אותו כאילו הוא שומר קשואין וא"ת לקתה מדת הדין דכי מיתפח האי גברא לאו אגרא דשומר קשואין הוא שקיל אלא דלי דוולא ושקיל אגרא א"נ אזיל בשליחא ושקיל אגרא מדת הדין לא לקתה שכבר נתן לו דמי ידו. וברש"י ד"ה לקתה מדת הדין כתב וז"ל כלומר לא שילם לו כל צורכו דהא כי מתפח האי גברא מחולי זה שנקטה "רגלו" כו' עכ"ל. ומהרש"ל הגיה "ידו" במקום רגל וכתב שטעות סופר הוא ברש"י, והיינו דלפי הגרסא הכתובה ברש"י צ"ל דיפרש דכי מתפח הוה פירושו כשישיב לבריאותו מחולי זה, וא"כ אי אפשר לו לגרום "ידו" גבי דלי דוולא, דהא בלא יד אי"א למידול דוולא, ובע"כ לגרוס רגלו, אכן המהרש"ל כתב שאי"א לפרש כפירוש זה אלא כפירוש התוס', דכי מתפח, היינו קודם כשהיה ברי, ולפ"ז צריך לגרום "ידו" גבי דלי דוולא "רגל" גבי שליחות כמובן:

**ומה** שהכריח לתוס' לפרש כן וגם להרש"ל בדברי רש"י דאי יפרש דאי מתפח הכוונה כשישוב מחולי זה ואז נמי ראוי למידוול דוולא א"כ מאי משני מדת הדין לא לקתה

שכבר נתן לו דמי ידו, הא גם מעיקרא ידעינן שנתן לו דמי ידו, ואפ"ה קשיא לן שגם לאחר הקטע ראוי הוא למלאכה הזאת, אכן לבד שברש"י בע"כ אי"א לפרש כפי' התוס', דהא רש"י כתב להדיא כי מתפח מחולי זה, הרי דמפרש לשון כי מתפח כשישוב ברי מן אותו המחלה, ובגיטין די"ב פרש"י להדיא כן, ואפי' אם נדחוק ונמחוק גם זה מלשון רש"י, גם או לא צפנה ארוכה, דהא גם לפי' של התוס' קשה דאכתי באמת טעמא מאי לא משלם כיון שבאמת ראוי הוא גם עתה למלאכה הזאת וכמו שהקשה המהרש"א ז"ל, והקושיא שהוקשה להם דא"כ מאי משני הש"ס י"ל בזה דרש"י סובר כשיטת הרמ"ה המובא בשמ"ר דבענין השבת לא משגחינן ע"ז שהוא יכול עתה לעשות איזה מלאכה, כ"א דוקא ממלאכה שהיה יכול לעשותה כאחת עם מלאכת האבר שאבד, כיצד קטע את ידו ונותן לו דמי ידו ושבת אם תאמר שיתן לו דמי מלאכה הראויה לידו השניה אי"א לומר כן שהרי כשהיה עושה מלאכה בידו שאבדה לא היה יכול לעשות מלאכה אחרת בידו השניה, ונמצאת מלאכת ידו השניה בכלל דמי ידו שאבדה וכבר נתן לו דמי ידו, אלא נותנין לו דמי מלאכת עינו שהיה יכול לעשותה עם מלאכת ידו שאבדה ג"כ, וזו היא שמירת קשואין, וסברא נכונה היא מאוד, דכיון ששילם לו בעד ידו, הרי נחשבת כאילו יד האבודה עושה מלאכה, וכשהוא עושה מלאכה לא יכול עם היד השניה ג"כ לעשות מלאכתו, ונהי דביד השניה בעצם יכול לעשות מלאכה טובה מ"מ אנו צריכים לדון כאילו יד האבודה עושה ג"כ, ולכן לא נוכל לשלם כ"א בעד מלאכה הזה שהיה יכול לעשות גם עם ידו הראשונה, וזהו מ"ש רש"י שכבר נתן לו דמי ידו, ולכשיתרפא נמי אינו ראוי למלאכה כזאת, פי' כיון שנתן לו דמי ידו אנו צריכין לחשוב כאילו יד הזה עסוקה באיזה מלאכה, ואז אינו ראוי לעשות גם ברגלו למידל דוולא, דאין אדם עושה שתי מלאכות כאחת בידו וברגליו למידל דוולא, ואע"ג שכתבו התוס' דאם היה אומן נוקב מרגליות צריך לעשות לו השבת כמו בעד נוקב מרגליות, ואע"ג דכשהיה עושה מלאכה ברגליו בעת מעשה לא היה יכול לנקוב מרגליות, י"ל דגם רש"י יודה לדין זה, דהכא שאני דכיון שהיה אומן א"כ גם בעד הנזק לא שילם לו בעד כל הרגל, כיון שלא הפסיד לו כ"כ, דגם בלא רגליו ראוי הוא למלאכתו זאת, להכי אין השבת בכלל דמי ידו כיון שלא נתן לו כל דמי היד ואין להקשות דא"כ בדלי דוולא נמי נימא הכי דאם נקטעה רגלו לא ישלם לו בעד כל הרגל כיון שאכתי ראוי הוא למידל דוולא ולא ישלם לו יותר כ"א עד שיעור דדלי דוולא, ובשבת נימא דישלם לו או"ה, כדלי דוולא, דהתם כיון שאין זה אומנות תדירא לא נוכל לומר שישכור למידל דוולא, דאין אדם קונהו לשם כך, ולהכי כשנישם היזיקו היה לו לשלם בעד כל הרגל עד שיער שומר הפתח, משא"כ

הכא כיון שהוא אומנות תדירי י"ל דאיה"נ מתחילה לא שילם לו כל היזיקו ודלא כמ"ש הרא"ש דהא דבעבד נוקב מרגליות שיימינן לי' היינו כשנקטעה ידו דאז צריך לשלם יותר, משא"כ לגרוע מן השיעור דנישום כעבדא עי"ז אין מסתבר ע"ש, אלא רש"י סובר לדבר מסתבר שאפי' לענין גרועי שיימינן הכי, והוכחת הרא"ש אינה הוכחה דאפי' אם ירצה למכור עצמו יוכל למכור לנוקב מרגליות כיון שגם זה הוא ענין תדירי, כן י"ל דרש"י לא סבירא לי' כאידך דינא דצריך לשלם לו השבת כנוקב מרגליות ודו"ק:

סעיף כ"ה **במחבר** חירשו נותן לו דמי כולו ובתוס' ב"ק שם הקשו דמשמע הכא דחרש אין לו שום שווי מדנותן דמי כולו ובפ"ק דערכין תנן חש"ו נידרין ונערכין וכו', ונ"ל פשוט וברור שקושית התוס' אינו אלא מנידרין דהיינו דמי עלו, דבזה משגחינן על שווי העבד כפי שהוא שוה למכור, משו"ה בחירשו אם נימא דאין לו שום שווי א"כ למה נידר, אבל מנערכין לא קשה כלום דלענין ערכין אין תלוי כלל בשווי כ"א לפי שניו ואפי' אם אינו שוה כלום למכירה אפ"ה נערך ונותן כפי שניו, ושוב מצאתי בשמ"ק בריש מסכת ערכין דעל מ"ש התוס' התם דמשמע דאית לי' דמים לחרש, ציין השמ"ק דהיינו מדקתני נידרין ע"ש, והיינו דמהך דקתני נערכין לא מוכח מידי דאפי' כשאין דמים לחרש נמי נערך וז"ב. ואם כי זה פשוט לא הוצרכתי להאריך כ"א בכדי ליישב קושית המפרשים שהקשו ע"ז שסיימו התוס' דחרש שאינו בר אומנות אין לו שום שווי, מהא דקא' הש"ס בגיטין דמ"ג ע"א לענין מכרו רבו לקנס ת"ש ילידי בית כו' ואי' ס"ד עבד שמכרו רבו לקנס מכיר מי איכא עבדא דלא מזדבן לקנס, ולדברי התוס' מאי קושיא הא שפיר משכחת לה בחרש שאינו בר אומנות דלא שוה מידי ולא מזדבן לקנסא וכמ"ש התוס' בפ' החובל דבחרש שאינו בר אומנות אף אם חבל בו פטור, וא"כ שפיר משכחת לה בכה"ג. ולמ"ש אין מקום לקושיא זאת דיש לחלק ולומר דמ"ש התוס' דחבל לחרש פטור היינו מדמי דחבלה דכיון דזה ישולם לפי ערך ההיזק שהזיקו כמה היה יפה תחילה וכמה הוא שוה עכשיו, ולכן שפיר אמרינן דחרש אין לו שום שווי למוכרו, וממילא אם חבל בו פטור מלשלם בעד החבלה, משא"כ כשהרג לעבד ולענין תשלומי הקנס דשלשים של עבד כיון דשם לא העריכה התורה את הקנס כנגד שווי העבד, ורק בין שוה מנה בין שוה פרוטה משלם שלשים שקלים, ולכן דומה ממש לדין דערכין, דאפי' כשאין העבד שוה כלום נמי חייב לשלם כיון דאין קנס זה ישולם לפי השווי וז"ב ולפ"ז א"ש דהנה רש"י בגיטין שם דייק לפרש בעבד שמכרו רבו לקנס, דהיינו לקנס דשלשים שקלים, ובחבורנו שם הוכחתי דרש"י מוכרח לפרש כן מכמה טעמים חדא דסובר כשיטת רוב הפוסקים דכל הני חמשה דברים דחבלה כולה ממונא הם ולא קנסא, וכיון שלא מכרו

אלא לקנס ולא לשאר דברים בע"כ דמיירי בקנס דשלשים שקלים, דבחבלה ליכא קנס, ואפי' לשיטת הפוסקים דחמשה דברים נמי הוה קנסא, אכתי בע"כ דלא מכרו לחבלה, דהא הפנ"י בגיטין כתב לחלק בין קנס דל' שקלים להנהו חמשה דברים דחבלה דאע"ג ששניהם לרבו מ"מ חילוק יש ביניהם שגזה"כ הוא, התירה זכתה מתחלה הקנס לאדון, אבל החמשה דברים הם ממון שחייבים לעבד ואף הרב עצמו צריך לשלם בכל עבד כנעני, רק הוא זוכה מטעם שכל מה שקנה עבד קנה רבו ע"ש. ולפ"ז לא יוכל הרב למוכרו כל לחבלה כיון דאין לו עוד שום זכות בזה דרק כשיקבלם העבד אז הוא זוכה מאת העבד, אבל כ"ז שלא זכה בו העבד אין לו מה למכור דבשלמא קנס דל' שקלים דהתורה זכתה מתחלה לאדון ויש לו זכות לכשיגחנו יקבל הקנס, יוכל למכור את הזכות לאחרים, אבל איך ימכור החבלה כיון דהוא לא זכה בהם כ"א לאחר שיקבלם העבד וכשמכור לאחרים והעבד לא יקבלם, ממילא שגם הרב אין לו מה למכור ועמש"ש באריכות להכריח דבע"כ כפרש"י דבקנס דשלשים שקלים מיירי התם ובקנס זה ודאי דגם לחרש צריך לשלם וכמ"ש:

סעיף כ"ו **במחבר** סימא עינו ולא אמדוהו קטע ידו ולא אמדוהו כו'. בש"ס דב"ק דפ"ה הוא בעיא בזה, מי אמרינן כיון דלא אמדוהו בחד אומדנא סגי ויהיב לו דמי כולו או דלמא חדא חדא אמדינן ויהבינן נפקא מינה דבעי למיתב לו צער ובושת דכל חדא וחדא, לכאורה משמע דזה לא מיבעי אם צריך לשלם כלל צער ובושת, דפעם אחת ודאי צריך לשלם רפוי צער ובושת, ורק הבעיא אם צריך לשלם בעד כל נזק ונזק בפני עצמו או כיון דלא אמדוהו א"צ לשלם כ"א פעם אחת ואע"ג דמתחלה אמר בגמרא מי אמרי' כיון דלא אמדוהו בחד אומדנא סגי ויהיב לו דמי כולו. ומלשון זה משמע דרק בדמי כולו לחוד סגי היינו שמשלם בעד כל האדם את שוויו, ובעד הצער ורפוי ובושת אינו משלם כלל, די"ל דדמי כולו דקאמר היינו נמי הצער והבשת בהדיא רק שנתן לו בעד נזק אחד, דאפי' הטור שכתב כדעת התוס' דצריך לשלם בעד כל פעם רק האומדנא הוא בפעם אחת כתב נמי רק הלשון דמי כולו, והתם בע"ש הוה נזק ושבת בהדיא וכמ"ש כאן בפרישה, וכן היה מקום לפרש גם דברי הש"ס כן ולפ"ז לא היה מקום לשום קושית התוס' בד"ה נהי, קושיא הראשונה ודאי ליתא דמה שהקשו על רפוי למה פשיטא לי' שיהא בכלל דמי כולו, וכוונתם בזה דהא צריך לרפואות, היינו משום דהתם יש לו באמת צער ובושת מיוחד מכל נזק, אבל ברפוי מה שייך למיבעי דהא זה איו משלם לו לעצמו, ורק לרופא צריך לשלם, וכיון דלא נתרפא בינתים הרי גם מחמת הנזק הראשון צריך לו לרפאות כל חולשת גופו עד שישוב לאיתנו, ומהיכי תיתי יתן לו רפוי גם בעד הנזק השני בפני

עצמו ואפשר לכוון זה במ"ש רש"י בטעם על רפוי שהרי לא מטרפא בינתים, היינו כמה שכתבתי דלהכא לא מיבעי בריפוי דפמ"נ אם המחלה מנזק הראשון הוסר ועתה נעשה חולה, ודאי שהיה צריך לרפאותו עוד הפעם ואי לא נתרפא הרי צריך לרפאותו גם מחמת נזק הראשון ומה שייך למיבעי וכן קושיא השניה דמ"ש מקיטע ידו שאע"פ שמשלם היזק מ"מ צריך לשלם גם בעד הצער והבושת התם, דאי שישלם פעם אחת צער ובושת וכן הכא פעם אחת ודאי שישלם, רק הבעיא הוא אם צריך לשלם בעד כל חדא וחדא דשמא כיון שלא אמדוהו עדיין מובלע הצער והבושת של חבלות כולם בצער ובושת אחד אבל לפטור לגמרי בלי צער ובושת זה לא עלה על הדעת, וכן קושיא השלישית דאטו אם חבל בחרש יפטר י"ל דאיה"נ דודאי חייב לשלם, והכא לא זה קמיבעי וכן הקושיא האחרונה דא"כ ירויח הא הכא הטעם רק מחמת דלא אמדוהו ואיה"נ דירוויח לפעמים, כן היה נ"ל לפרש בדעת רש"י וגם הרמב"ם דמפרש כרש"י לדעת הראב"ד, י"ל נמי כזה, זולת שהתוס' ושארי מפרשים ראשונים לא הבינו כן בדעת רש"י והרמב"ם. אלא מפרשים בכוונת רש"י שיפטור לגמרי מתשלומי רפוי צער ובושת כיון שנתן לו דמי כולו ונ"ל סעד לפירושם ברש"י דאי"א לפרש כמו שכתבתי אני, דא"כ למה להו למיבעי שגם אח"כ חירשו ונתן לו דמי כולו, הו"ל למיבעי סימא עינו וקטע ידו ולא אמדוהו אי משלם פעם אחת צער ובושת או לא, אלא ודאי משום דנתן לו דמי כולו קא גרים לפטור ולא משום דלא אמדוהו, וכיון שהפטור הוא משום דנתן לו דמי כולו ממילא דפטור לגמרי אפי' בפעם הראשונה ושפיר קא מקשו התוס':

**והנה** בירושלמי פ' החובל איתא הכי ר' ירמיה בעי קטע ידו וחזר וקטע מלמעלה אם משלם צער ראשונה ובמה"פ הביא מזה ראיה לפרש"י דהבעיא הוא אם משלם כלל צער השני דאילו לפי' התוס' זה לא מיבעי דודאי צריך לשלם בעד שני הפעמים אלא שצריך למישם כאחת, ואילו בירושלמי בעי להדיא אם משלם כלל צער השני, ונ"ל דלבד שלא יקשה מזה לשי' התוס' אלא יהיה עוד ראיה לדבריהם מן הירושלמי הזה, דהא כבר כתבתי לעיל בסי' זה לתמוה על בעיית הירושלמי כיון דצער אינו דבר קצוב ורק הכל לפי רוב הצער דלפי השומא המוזכרת בש"ס דאומדים כמה אדם כזה רוצה ליתן שלא להצטער כך, א"כ ודאי כל שהצער גדול ביותר יתן יותר בכדי להנצל וזה יטול מן המזיק, וכן מדויק הלשון במתני' אומדין כמה אדם כזה רוצה להיות מצטער שכך הרי דהכל לפי רוב הצער וא"כ מאי מיבעי אי כל זמן שלא אמדוהו נחשב זה כנזק אחד או דכיון ששני פעמים ציערו יתן לו בעד הצער הראשון ג"כ, הא אפי' אי בנזק אחד ממש היה קוטע את ידו בשתי פעמים כאחת, היה צריך ג"כ לחשוב גודל כאב הצער מפעם הראשון, כיון

שאינו דומה צער הקיטוע מפעם אחת לשתי פעמים וכ"ש עתה שהזיקו בשני פעמים בהפסק בינתים שנוכל עוד לחשבו לשני היזיקות מיוחדות, והעליתי דזה ודאי שצער הכאב אין נ"מ בהך בעיא, דאפי' אי נחשוב זאת להיזק אחד צריך נמי לחשוב באומד את הצער הראשון, רק דלענין זה יהיה הנ"מ בין אי נחשוב זאת להיזק אחד או לשני היזיקות, דהא כתבו התוס' שם דבצער שיש בו רושם צריך לשלם זולת הכאב גם צער הרושם והנה מתחלה כשקטע ידו מלמטה היה זה רושם ועתה כשקטע כל היד מלמעלה אזיל רושם הראשון וליכא אלא הרושם העליון, ואי נחשוב להיזק אחד צריך לשלם בעד צער גדול אחד דגודל הכאב נחשוב גם עתה ונחשוב זאת כאילו היה הקטיעה בצער גדול מאוד, משא"כ אי נימא דכיון שמתחלה שקטע ידו מלמטה זכה כבר בצער עם הרושם, עתה כשקטע צריך לשלם לו עוד הפעם בעד רושם השני עיין בחדושנו בריש הסימן שהעליתי מזה ראיה לתירוץ הריש"ם וא"כ לק"מ מהירושלמי על התוס', דגם הירושלמי מודה שצריך לשלם שני פעמים צער ורק מיבעי לי' כיון דעתה ליכא אלא רושם אחד אם צריך לשלם בעד הראשון ג"כ, אבל בהך בעיא דש"ס דילן דמיירי בשני מיני היזיקות, דקטע ידו וסימא עינו והרושם נשאר מן שניהם ודאי דצריך לשלם בעד שניהם ואדרבה עוד יהיה ראיה מן הירושלמי דאם כהבנת המה"פ דמבעי לי' אם צריך כלל לשלם א"כ מ"ש דמיבעי לי' להירושלמי בכה"ג היכי שקטע את היד בשני פעמים ולא מיבעי לי' בגוונא דש"ס דילן. ועוד מ"ש דמיבעי לי' רק על הצער ולא על הבושת, א"ו דבזה לא קא מיבעי דצריך לשלם צער ובושת בעד הפעם הראשון ג"כ, ולא מיבעי לי' כ"א באופן שאבר אחד ממש עשה היזיקו בפעם אחת דרושם לא נשאר כ"א אחד, אם צריך לשלם אבל בלא"ה ודאי צריך לשלם ומוכח כתוס' ודו"ק כי זה נכון מאוד בעזה"י:

**אכן** בדעת רש"י נראה שסברתו כן הוא, שהיכי דנתן לו דמי כולו כמאן דקטלי' דמי וכיון שחשבינן אותו כאילו מת ובמת א"צ לא לרפאותו ולא לשלם בושתו וצערו, וכי עתה דחי הוא יהא חמור ביותר, ועוד דדמי לעבד ובעבד פטור מכל כיון שהוא שלו, וה"נ היכא ששילם לו בעד כולו, ואילו היה זה בפעם אחת קוטע ידו וסימא עיניו עד שחירשו אז ודאי שאין צריך לשלם יותר מדמי כולו, אלא דקא מיבעי לי' היכא שעשה כן בהפסקות ולא אמדוהו בינתים אי אמרי' דנחשב זאת כמיתה ארוכתא, או שמא כבר זכה ואין לפטור החייב מכבר, ומה שהוסיף רש"י גבי רפוי משום דלא נתרפא בינתים, כוונתו דאילו נתרפא היינו שהוציא משלו על הוצאת הרופא ודאי דצריך להחזיר לו דהוא גרם לו ההפסד, ורק כיון שלא הוציא משלו ואח"כ כשחירשו דהוה נפטר ואין עליו עוד חיוב לרפאותו, ובזה יתיישב נמי קושית התוס' דמ"ש למה יהא רפוי בכלל

דמי כולו ודאי דצריך להיות כך דכיון ששילם לו בעד כולו מה לו עוד לשלם, וכן מ"ש מקיטע ידו, דהתם שאני כיון שלא שילם לו בעד כולו להכי אע"ג ששילם לו בעד הנזק צריך לרפאותו ולשלם צערו ובושתו, משא"כ כששילם דמי כולו, וכן מה שהקשו אטו אם חבל חרש יפטר, ודאי דהתם חייב כיון שלא שילם לו בעד כולו וז"ב בעז"ה:

**היוצא** מזה דלסברת רש"י היכי ששילם לו בעד כולו פטור מכל וכמו בעבד דתנן החובל בעב"כ שלו פטור מכלום ואפי' מרפוי וסברת התוס' דנהי ששילם לו בעד כולו, היינו שילם לו בעד הפסד מלאכתו שהיה יכול להרוויח ולא בעד חיותו, ומשו"ה צריך לרפאותו ובושתו וצערו ודו"ק בכ"ז:

סעיף ל"ד **במחבר** נשבה בו הרוח והגביה בגדיו ונראה ערום ובא אחר והוסיף בהפשטתו חייב, דין זה אוקימתא דר"פ הוא בב"ק דפ"ה דהכי איתא התם אמר מר ביישו ערום חייב ערום בר בושת הוא אמר רב פפא מאי ערום דאתא זיקא כרכינהו למאניה ואתא הוא דלינהו טפי וביישיה, והיינו שכתב המחבר כאן ולולי מסתפינא מרבותינו הפוסקים הייתי מפרש פי' אחר בכוונת רש"י שלא הי' מוכרח דין זה דבאמת קשה טובא דלפרש"י דאם הוא ערום פטור אפי' כשביישו בכל מיני ביוש, א"כ למה הוצרך ר"פ לאוקמי דאתא הוא ודלינהו טפי, דלפ"ז היה הביוש בזה עי"ז שדלה לו טפי, הו"ל לאוקמי שביישו בשאר מיני ביוש ועוד דתיבת "וביישוה" מיותר לגמרי, כיון דזה גופא הוי הבושת מה שדלה לו טפי, א"כ לא הול"ל כ"א ואתא הוא ודלה לו טפי, לכן נ"ל דלפרש"י לא קאי האי ואתא הוא מדלנהו טפי על המבייש, אלא על המתבייש, וה"פ דאתא זיקא וכרכינהו למאניה ואתא הוא כלומר האדם הזה עצמו, ודלנהו טפי שאם לא היה כרך הזיקא למאניה אז היה מקפיד לילך ערום רק מחמת שבלא"ה הזיקא כרך למאניה וסוף סוף ערום הוא במקצת בע"כ שלא כרצונו משו"ה לא הקפיד עוד ודלנהו בעצמו טפי "וביישו" כלומר שאח"כ בא אדם אחר וביישו בשארי מיני ביוש דחייב ואע"ג דהאדם בעצמו כרך נמי למאניה, והרי לא הקפיד לילך ערום, מ"מ לא מיקרי בשביל זה אינו מקפיד, כיון דבלא הזיקא לא היה כורך גם הוא והוצרך לומר דאתא הוא ודלנהו טפי משום דאם הוא בעצמו לא היה מוסיף מאומה רק מה שהזיקא כרך אותו אז מלתא דפשיטא הוא דאם אחר מביישו בשאר מיני ביוש שחייב ולא נוכל לפטרו מטעם דאינו מקפיד לילך ערום דמה יעשה עם הרוח ובאמת מקפיד הוא ולהכי קאמר דגם הוא כרך אותו ודלנהו טפי וק"ל:

**סימן תכא**

סעיף ו' **במחבר** אבל אם הוא מסרב בו ואינו רוצה לצאת י"א שיש לו רשות אפי' לחבול בו כדי להוציאו, כתב דין זה בלשון י"א דס"ל דהואיל דהרמב"ם לא סיים דאם מסבר מותר לחבלו מכלל דלא ס"ל לרמב"ם דמותר להכותו, והנה בתומים לעיל סי' ד' הקשה על המחבר דכתב שם דאם רואה שלו ביד חבירו שגזלו כו' אם האחר עומד כנגדו יכול להכותו, הרי סתם וכתב דרשאי להכותו ולא כתב בלשון וי"א, וכתבתי לחלק דהתם מיירי בגזילה שבא לביתו כדי לגזלו או שראה את חפצו בידו ורוצה להוציא הגזילה או שלא להניחו לגזול בכה"ג רשאי גם להכותו, משא"כ הכא דעיקר הקפידה הוא רק מחמת שנכנס בלא רשות אבל אין זה נוגע להפסד ממון בכה"ג סובר הרמב"ם דאינו רשאי להכותו ומשו"ה כתב זה בלשון וי"א ושם הארכנו, ולהדיא כתב המחבר בסמוך סעיף י"ג במקום שצריך להציל עצמו מחבירו רשאי גם להכותו ואפי' אם רק לאפרושו מאיסורא רשאי נמי להכותו, וא"כ לעיל התם כשחבירו רוצה לגזלו פשיטא דרשאי להציל עצמו ולאפרושו לגזלן מאיסורא דרשאי נמי להכותו:

**סימן תכג**

סעיף א' **במחבר** ואם מת הבעל נותן ליורשיו. הנה בב"ק דמ"ב בהא דפריך התם גרושה נמי תפלוג בדמי וולדות, פרש"י דמיירי כשגירשה אחר החבלה, ופי' בשמ"ק כוונתו דאי כשגירשה קודם חבלה כיון דבשעת חבלה לא היה לה בעל אינו מחויב כלל בדמי וולדות, ומה פריך גרושה נמי תפלוג אחרי שאין מחויב כלל בכה"ג, דדוקא בעל האשה זוכה בדמי וולדות ע"ש שכן פי' כמה ראשונים ברש"י, ולפ"ז באלמנה נמי כשנתאלמנה קודם חבלה אין מחויב בדמי וולדות כיון דלא היה בשעת חבלה אכן מדלא הזכירו הפוסקים מזה נראה דדוקא לס"ד דש"ס סבר הכי ולא למסקנא וכן מוכח למעיין בדברי הראשונים דכתבו כן רק דהכי הי' ס"ד דמקשה ע"ש עכ"פ ממוצא הדברים אפשר לדחות דברי הגהות הרש"ש שם דבש"ס הביא הברייתא הכה את האשה ויצאו ילדיה נותן נזק וצער לאשה ודמי וולדות לבעל אין הבעל נותן ליורשיו אין האשה נותנת ליורשיה ומוקי לה רבה דמיירי בגרושה, ופריך גרושה נמי תפליג בדמי וולדות אמר ר"פ התורה זכתה דמי וולדות לבעל אפי' בא עליה בזנות, והקשה רעק"א בגהש"ס דאפי' אי לא מוקי בגרושה נמי יקשה הרישא דברייתא דאין בעל נותן ליורשיו דתפלוג בדמי וולדות, דמ"ש אלמנה מגרושה לענין זה, ותי' בהגהות הרש"ש דהא דפריך גרושה נמי תפלוג בדמי ולדות, מיירי כשגירשה קודם חבלה דבכה"ג דוקא פריך דגם היא תשקול חלק כיון דלא זכה אכתי הבעל בחבלה, ומה דאמרי' אין הבעל נותן ליורשיו מיירי כשמת אחר החבלה, ובכה"ג כיון דמשעת חבלה זכה בהם בעל פשיטא דאין להאשה שום חלק

ע"ש, ודבריו הם נגד דברי רש"י שם דפי' דמיירי כשגירשה אחר חבלה. ואם כי הרגיש בזה הרש"ש ותיקן דרק לענין נזק וצער פרש"י כן, אבל הא דמקשה הש"ס גרושה נמי תפלוג מיירי דוקא כשגירשה קודם חבלה ע"ש, ולבד הדוחק הגדול שבזה עוד דבריו הם נגד הרבה ראשונים בעיקר הדין, דלפמ"ש בשם הראשונים בכוונת רש"י דבס"ד ודאי היה סובר דבגירשה קודם חבלה אין מחויב כלל בדמי ולדות, ואכן לי נראה ליישב קושית רעק"א עפמ"ש במה"פ של הירושלמי בפ' הפרה וזה לשונו איכא למידק הא דפריך גרושה נמי תפלוג לפי הס"ד הו"נ למיפרך תשקול לכולי' וברב פפא נמי איכא למידק דקאמר אפי' בא עליה בזנות, זנות מאן דכר שמי' לא הו"ל למימר אלא התורה זכתה לבעל כדכתיב, אלא דה"פ דקס"ד דגרושה דקאמר שנתגרשה מזה וניסת לאחר דאל"כ מאי קמ"ל בגרושה פשיטא דאין הבעל יורשה אלא ודאי כשנשאת לאחר והו"א דכשנשאה זה זכה בדמי נזקה קמ"ל דלא, משום דהחבלה היה מקודם שישבה תחתיו, והשתא פריך א"ה בגרושה נמי תפלוג וכלומר נהי דמן הסברא דהבעל הזה לא מצי למישקל כוליה דלאו בעל ההריון הוא, והאשה נמי לא תשקול כוליה דבעל האשה כתיב וקס"ד דלבעל האשה שיושבת תחתיו בעינן וא"כ תפלוג עם בעל זה בדמי ולדות ויורשיה עם יורשיו כו' ועלה קאמר ר"פ לא כדס"ד אלא הכל לבעל ההריון תדע דמבעל דרשינן אפי' בא עליה בזנות, וא"כ מדלא קפיד אלא שראוי לקרותו בעל ואפי' בא עליה בזנות ולא בעלה הוא אפ"ה זכתה התורה לו אלמא לבעל הריון הכל הוא ואין לאחר שום חלק בהם ע"ש שהוכיח כן מן הירושלמי דבס"ד היה סובר דבנתגרשה ונשאת לאחר בעלה זה השני זוכה במחצית דמי ולדות, ולפ"ז למאי דמשני בגרושה כל הברייתא מיירי כשגירשה ונישאת לאחר, ומה שאמר בברייתא דנותן דמי ולדות לבעל, היינו לבעל השני שיושבת תחתי' אין הבעל נותן ליורשיו, היינו נמי ליורשי בעל השני וע"ז פריך דלמה נותן כל הדמי ולדות לבעל השני או ליורשיו. תפלוג נמי עמו או עם יורשיו, ולפ"ז אין מקום עוד לקושית רעק"א, דהאי עיקר הקושיא הוא משום שגירשה ונשאת לאחר, אבל בלא התירוץ דגירשה ונשאת לאחר פשיטא דהכל מגיע לבעל ראשון או ליורשיו ואין לאשה חלק בו כיון דהבעל הראשון הוא בעל ההריון, וגם הבעל שיושבת תחתי' פשיטא דבזה אין לאשה חלק, ולפום מאי דמשני דגירשה ונשאת לאחר, לפ"ז הקושיא באמת על שני הבבות דברייתא דלמה קתני דנותן לבעל אין בעל נותן ליורשיו כל הדמי ולדות, תפליג איהי נמי עמו בעודו קיים או עם יורשיו כשאין זה הבעל שני קיים ודו"ק:

**סימן תכד**

סעיף ב' **במחבר** החובל בחבירו בשבת פטור מתשלומין הנה זה לשון הרמב"ם פ"ח משבת ה"ח כן החובל בחי שיש לו עור חייב משום מפרק והוא שיהיה צריך לדם אבל אם נתכוון להזיק בלבד פטור מפני שהוא מקלקל כו' בד"א בחובל בהמה כו' אבל בחובל בחבירו אעפ"י שנתכוון להזיק חייב מפני נחת רוחו שהרי נתקררה דעתו ושככה חמתו והרי הוא כמתקן ואע"פ שא"צ לדם חייב עכ"ל. ומלשון זה משמע דהרמב"ם מחלק בין אדם לבהמה בדין דחובל דחובל באדם מחויב מיתה אע"פ שא"צ לדם דאכתי נקרא מתקן דעביד נ"ר ליוצרו משא"כ בחובל בהמה הו"ל מקלקל ופטור ממיתה אא"כ צריך לדם, וכן הבין הפנ"י בכתובות דל"ה בדעת הרמב"ם, ולכן הקשה עליו מהא דאמר התם מכה בהמה ישלמנה ומכה אדם יומת ה"ד אילימא דלא אתרו בו מכה אדם אמאי יומת אלא פשיטא דאתרו בו ואי בשבת מכה בהמה ישלמנה, ולשיטת הרמב"ם אכתי בבהמה גופא איכא לאיפלוגי בשבת, דהיכא שצריך לדם חייב מיתה ופטור מתשלומין, והא דכתיב מכה בהמה ישלמנה אפי' בשבת ובדאתרו בו דאכתי פטור ממיתה באין צריך לדם ומשו"ה ישלמנה משא"כ באדם דהו"ל מתקן אפי' א"צ לדם ע"ש, והנה נתפלאתי על הגאון ז"ל, הא דין דרמב"ם ליכא כ"א בחובל בבהמה ולא המיתה, דבזה הוה מקלקל גמור כשאין צריך לדם משא"כ בהמית את הבהמה הוי מתקן שתיקנה להוציאה מידי אבר מן החי וכמבואר בפסחים דע"ג שאפי' בניבל הבהמה בשבת חייב משום דתיקנה מידי אמה"ח, וא"כ התם דמיירי בחבל לבהמה והמיתה דומיא דמכה אדם יומת, שוב ליכא לאפלוגי בבהמה בשבת, שוב ראיתי שאפשר יש מקום לאפלוגי בבהמה, והיא דהא במכה אדם דיומת לא בעינן שימות מיד אחר ההכאה, דאפי' כשמת מתוך אותה ההכאה לאחר ימים נמי חייב מיתה, דדוקא גבי גלות בעינן שימות מיד ומשום דאשכחן כמה קולות שהקילו לגבי גלות וכמ"ש התוס' כתובות דל"ג ע"ב, אבל גבי מיתה במזיד, לא בעינן שימות מיד, וא"כ אכתי י"ל דקראי דמכה אדם יומת ומכה בהמה מיירי כשלא מתו מיד אחר ההכאה, כגון שהכה בשבת ומתו מתוך החבלה ביום ראשון שלאחריו דבאדם חייב מיתה ובבהמה יש לאיפלוגי בין צריך לדם לא"צ לדם דבא"צ לדם הו"ל מקלקל דלא שייך לומר בזה שתיקן להוציא מידי אבר מן החי כיון דבשבת לא מתה עוד והיתה מפרכסת ולא תיקן עוד מידי אבר מה"ח, ואכתי י"ל דקרא דמכה בהמה ישלמנה מיירי בדאתרו בו ואפ"ה ישלמנה כיון דהו"ל מקלקל:

**ואכן** באמת לק"מ כי לאחר העיון מוכרח שהרמב"ם אינו מחלק כלל בין אדם לבהמה בחובל, דלכאורה דברי הרמב"ם סותרים דברי עצמו, דבפי"ב דשבת גבי מבעיר כתב

בזה"ל המבעיר כל שהוא חייב והוא שיהיה צריך לאפר אבל אם הבעיר דרך השחתה פטור מפני שהוא מקלקל והמבעיר גדישו של חבירו או השורף דירתו חייב אע"פ שהוא משחית מפני שכוונתו להנקם משונאו והרי נתקררה דעתו כו' עכ"ל, הרי להדיא שאפי' בממון ולא באדם נמי אמרי' שדרך נקמה הוא עושה, ואינו מחלק התם כלל בין ממון לאדם, כ"א מחלק בין מבעיר סתם שבזה בעי' צריך לאפרו ובין מבעיר גדישו, ולכן נ"ל ברור, דודאי במבעיר. כל שהוא לא שייך לומר דדרך נקמה הוא, דהניזק לא יצטער כלל בהיזק משהו שעשה לו, ולכן לא הוי מתקן והיינו מה דפתח המבעיר "כל שהוא" חייב והוא דצריך לאפרו אבל המבעיר "גדיש" דהוא הפסד גדול ודאי שי"ל דדרך נקמה הוא וחייב אפי' בא"צ לאפרו. ובחובל נמי דמחלק בפ"ח בין אדם לבהמה, היינו משום דהתם מיירי בחבלה מועטה שהוציא ממנה כגרוגרת דם, שבזה לא שייך לומר דרך נקמה דמה יצטער בעל הבהמה כשהוציא ממנה מעט דם, ולהכי לא הוה מתקן ובעינן צריך לדם, משא"כ באדם שייך לומר דרך נקמה גם כשיוצא ממנה דם, וכ"ז החובל חבלה מועטה כשעור דמחייב לענין שבת אבל היכא שהורגה לגמרי ע"י החבלה פשיטא שגם בבהמה הוי מתקן דשייך לומר דרך נקמה הוא וכמו גבי מבעיר, לפ"ז לק"מ קושית הפנ"י דהא התם מיירי במכה בהמה והורגה דומיא דמכה אדם יומת, ובכה"ג ליכא חלוק בין אדם לבהמה, וגם בבהמה לא בעינן צריך לדם, וזהו ביאור אמיתי ברמב"ם:

**ועוד** נ"ל ליישב פסקי הרמב"ם וממילא יתיישב נמי קושית הפנ"י, דמה שמחלק הרמב"ם גבי חובל בין אדם לבהמה, ורק משום דלענין חיוב שבת חייב נמי בחובל לבהמת עצמו, שבזה לא שייך כלל דרך נקמה ולכן הוי מקלקל, משא"כ בחובל באדם דמיירי בחבירו, אמרי' דדרך נקמה הוא ואיה"נ בחובל בהמה של חבירו דאמרי' נמי דדרך נקמה וכמ"ש להדיא גבי מבעיר "אעפ"י שמשחיתה" הרי שאע"פ שמתכוון להזיק אמרי' דמתקן הוא אצל יצרו, ומה שמחלק בין בהמה לאדם, היינו משום דחובל בבהמה דמיירי התם, מיירי בבהמה של עצמו, וכחובל באדם היינו בחבירו, ובדרך זה יתפרש נמי חלוקו גבי מבעיר, המבעיר כל שהוא חייב והוא דצריך לאפרו, היינו במבעיר דבר של עצמו דלא שייך דרך נקמה, אבל השורף גדיש של "חבירו" חייב אע"פ שא"צ לאפרו וכן משמע להדיא מן המ"מ שם דבהמת חבירו חייב אעפ"י שא"צ לדם, וא"כ מכה בהמה דמיירי בבהמת חבירו הוה מתקן וליכא לאפלוגי, ואפי' אי נימא דדוחק לפרש כן כוונת הרמב"ם מדדייק לכתוב בחלוקו בין מכוון להזיק דמשמע מלשונו שאם אך מכוון להזיק ולא דרך נקמה הוה מקלקל, מ"מ זה פשוט שבין אדם לבהמה ליכא שום חלוק, וגם באדם נמי דינא הכי, שאם אינו מכוון דרך נקמה שלא חשבינן אותו למתקן ומה שדייק לחלק בין אדם

לבהמה היינו משום דבבהמה דרך לחבלה דרך השחתה נמי לא בדרך נקמה ואין דרך לחבול באדם דרך השחתה אלא סתם חובל באדם הוי דרך נקמה, אבל זה ברור שאין חלוק בין אדם לבהמה בדין זה, ותרווייהו שווים דאם דרך השחתה בשניהם הוי מקלקל ואי דרך נקמה בשניהם הוי מתקן, ולפ"ז בסוגיא דכתובות דמיירי דרך נקמה, דאל"ה גם בו הוי מקלקל וכמ"ש התפא"י בכלכלת שבת ע"ש, וא"כ גם מכה בהמה מיירי כן בדרך נקמה, וגם בה הוי מתקן וחייב כמו באדם וליכא לפלוגי וכל זה ברור:

סעיף ד' **במחבר** מי שחציו עבד וחציו בן חורין שהכהו אדם או נגחו שור, הנה הרמב"ם פ"ד מהל' חובל ומזיק כתב דנגחו שור ביום של רבו לרבו, והשיגו הראב"ד דהא זה הדין אינו כ"א למשנה ראשונה דעובד את רבו יום אחד וא"ע יום אחד, אבל למשנה אחרונה דכופין את רבו לעשותו בן חורין הוה כמעוכב גט שחרור, ולמאי נ"מ כתב הרמב"ם ובאמת כל המפרשים כתבו כהראב"ד דמ"ש בגיטין דמ"ב דנגחו שור יום של רבו לרבו הוא דוקא למשנה ראשונה וכהראב"ד וכ"כ התוס' שם והנה מלבד שהרמב"ם סובר בודאי דגם למשנה אחרונה לא הוי כמשוחרר ומעוכב גט שחרור. ולהיפך הוא סובר דלמשנה אחרונה עוד מיגרע גרע צד החירות כיון שאינו ניכר כלל, ולמשנה ראשונה דעובד לעצמו יום אחד הרי צד חירות שבו מינכר וכמו שמוכח ממ"ש בפ"ב מהל' קרבן פסח ובפ"ב מחגיגה דלמשנה ראשונה יאכל משל עצמו, שמאחר שצד חירות שבו ניכר לעצמו שהרי עובד את עצמו יום אחד, משו"ה צד חירות שבו נמי ניגרר אחריו ואוכל מיהא משל עצמו, אבל למשנה אחרונה שלא עשו לו תקנה לעבוד עצמו יום אחד אין צד חירות ניכר הלכך אין צד עבדות נגרר ומשו"ה לא יאכל לא משל רבו ולא משל עצמו, ולהדיא כתב כן הרמב"ם בפיה"מ בפסחים ובחגיגה וז"ל לא יאכל משל רבו ומשל עצמו לפי כי עוד יתבאר לך כי הוא לא יניח עבד חציו בן חורין וחציו עבד ולפיכך לא יאכל ממנו בשום פנים עד שיעשה בן חורין ומה שאמר בכאן לא יאכל משל רבו דמשמע הא משל עצמו אוכל זהו דעת האומר מניחין עבד חציו בן חורין עכ"ל, הרי להדיא דאדרבה למשנה ראשונה אוכל משל עצמו וכיון שיום אחד הוא בן חורין גמור וניכר צד חירותו, נמשך גם צד עבדות אחריו, משא"כ למשנה אחרונה דאעפ"י שכופין את רבו לשחררו כל זמן שלא שחררו עבד גמור הוה לכל מילי, וזהו ההיפך מסוגיא דגיטין, והיינו שהסוגיות דפסחים וחגיגה מוכח כהרמב"ם ולכן סובר הרמב"ם דסוגיא דגיטין דחויה היא ורק לפום שיטתו של הפשטן השיב כן וכמו שהאריכו מפרשי הרמב"ם בזה, ולי יש עוד להוסיף על דבריהם דשיטת הרמב"ם מוכרחת היא מגמר סברא מגמרא דהא התוס' גופייהו בגיטין הרגישו מסוגיא דהתם דאזל ואקנייה לבנו קטן דמוכח משם דלא הוי

כמשוחרר גמור ודאי הוי כבן חורין גם עוד טרם שכפו את הרב לשחרר, א"כ מה הרויח בזה דאקנייה לבנו קטן, הא מכי משחרריה לפלגיה מיד זכה העבד בעצמו והוי מעוכב גט שחרור, ומ"ש התוס' דשמא הקנה לבנו קודם ששחררו חברו, המעיין בסוגיא שם יראה להדיא שאינו כן אלא דמיירי שהקנה לו אח"כ, חדא דקאמר התם קם חד מינייהו ושחררו לפלגי' כו' אזל אקנייה לבנו קטן, הרי פשטות הסוגיא מוכח דמעיקרא שחרור זה לפלגי' ובתר הכי הקנה השני לבנו, ועוד דבע"כ מוכח שהקנה לו אח"כ, דאי הקנה לו קודם לא היו קונסין אותו דהא לא עשה כלום, אע"כ דהקנה לו אח"כ וא"כ מוכח להדיא מסוגיא ההיא דגם למשנה אחרונה לא היו כמעוכב גט שחרור אלא דכ"ז שלא נתן לו רבו שטר שחרור אכתי עבד הוא וגם מן הסברא דבר מתמיה הוא לומר דלמשנה אחרונה הוה מעשה ידיו שלו, דמה בכך דב"ד כופין מ"מ כל עוד שלא כפוהו למה יפסיד רבו מעשה ידיו, אטו יש בזה שום תיקון להפקיע מעשה ידיו אפי' קודם השחרור, והכי כל התקנה הוא משום דלא תהו בראה, וכיון שב"ד כופין לשחרר שוב אין חשש דלא תהו בראה, ומאיזה צד יפסיד תיכף, ומפני הנהו טעמו סובר הרמב"ם דהסוגיא דגיטין דחויה הוא ורק לשיטתו של הפשטן השיב. ומ"ש אם אירעו זה ביום של רבו, אע"ג שזה ודאי אינו כ"א למשנה ראשונה דאיכא יום של רבו ויום של עצמו אבל למשנה אחרונה אין כאן חלוקת ימים וכו' וי"ל שתפס לשון הש"ס ונ"מ גם למשנה אחרונה כמ"ש התוס' כגון עבד של קטן דלאו בני כפייה נינהו וכמ"ש המ"מ ועוד נ"ל בישוב הרמב"ם ומתוך כך יתבאר גם דין השני שכתב המחבר בסעיף שאח"ז, דבגיטין שם פריך על הדין דנגחן שור יום של רבו לרבו מברייתא דהמית איש חציו עבד וחציו ב"ח נותן חצי קנס לרבו כו' ואמאי ה"נ לימא יום של רבו לרבו והנה בתוד"ה מאי לאו הקשו דלמה לא מתרץ דברייתא מיירי למשנה אחרונה דליכא גבי' חלוקת ימים משו"ה נותן חצי קנס לרבו, וההיא דנגחו שור הוא למ"ר דאיכא גבי' חלוקת ימים, ולכאורה הי' אפשר ליישב תמיהתם עפמ"ש התוס' בחגיגה ד"ד דע"כ לא אמרי' למשנה אחרונה דהוה כמשוחרר היינו בעוד העבד קיים ועומד לשחרור, אבל היכי שמת העבד איגלאי מלתא דאינו עומד לשחרור ובכה"ג חשיב כעבד גמור כמו למשנה ראשונה ע"ש, ולפ"ז הכא בהמית העבד אין חלוק בין משנה ראשונה לאחרונה אכן באמת זה אינו דנהי שבכה"ג דמת העבד אח"כ אינו חשוב כמשוחרר דאיגלאי מלתא דאינו עומד לשחרור, ולכן לענין חיוב ראיה דמיירי התם בחגיגה שפיר פטור דכיון שאינו חשוב כמשוחרר יש לו אדון אחר קרינא בו, אבל איך אפשר לומר הכא דביום של רבו הוי לרבו, הא חלוקת ימים נמי אין כאן, דחלוקת הימים הוא מצד התקנה, דמין הדין צריכים היו שניהם להיות בשותפות, ורק

שמפני הפסד של האדון דלא ניחא לו להיות שותף עם העבד, תקנו שיעבוד לזה יום אחד ולזה יום אחד וכמ"ש במשנה תקנתם את רבו, דמשמע שאינו כ"א מן התקנה, ולכן הכא דנהי דאינו חשוב כמשוחרר אבל זה ודאי שהתקנה דחלוקת הימים נמי לא היה בכאן דשמא יחיה ולא ימות, וכיון שכן ודאי הוא הדין דלמשנה אחרונה צריך לשלם חצי קנס לרבו ושפיר הקשו דלמה לא משני הכא, אלא דאכתי צ"ע התם בסמוך בבעיא דמעוכב גט שחרור אי יש לו קנס ופשוט מברייתא דהמית, דמדנותן חצי קנס לרבו מכלל דאכתי אדון מיקרי והא לענין זה שפיר יש לחלק כסברת התוס' דבהמית הוא דמיקרי שפיר אדון כיון דמת בתר הכי איגלאי מילתא דאינו עומד לשחרור, ושפיר קרי אדון אפי' למשנה אחרונה, משא"כ מעוכב גט שחרור, כיון דשחררו ממש, לא מיקרי שוב אדון וי"ל דהבעיא דמעוכב גט שחרור אי יש לו קנס מיירי נמי בכה"ג שהשור המיתו והיכי שהשור לא המיתו רק הזיקו, באמת לא מיבעי לן כלל, ופשיטא שאינו נותן קנס לרבו דכיון שעומד לשחרור הרי הוא כמשוחרר מיד, ורק היכי שהמיתו קודם ששחררו. בזה הוא דמיבעי לן דכיון דאיגלאי מילתא לבסוף דלא יקבל גט שחרור משו"ה חשוב כעבד, וכן משמע מלשון הגמרא דנקיט לקרא דכסף שלשים שקלים, שדין זה הוא דוקא בהמית לעבד, דבהזיקו אינו משלם כ"א נזק:

**וע"ז** שפיר קא פשוט מברייתא דהמית מי שחציו עבד דמיירי נמי בהמית, ולפ"ז מ"ש המחבר בסעיף שלאחריו דמי שמעוכב גט שחרור אם חבלו בו פטורים משום דהוא בעיא דלא איפשטא, מיירי דוקא כשחבלו בו ומת, אבל היכי שרק הזיקו צריך ליתן לעבד, אלא דהפוסקים לא הזכירו מזה אכן לאחר העיון אין נח לי תי' הזה, חדא דמסתבר לי דמה שחלקו התוס' בין מחיים לאחר מיתה, לא חלקו כן כ"א בחצי עבד וחצי ב"ח, דבעצם לא נעשה בו אכתי שום מעשה שחרור, ורק מצד הדין שכופין את רבו לשחררו נרצה לחשבו כמשוחרר לשחרור, בזה הוא דמחלקינן לומר דדוקא מחיים שעומד הוא לשחרור וכל העומד לשחרור חשבינן אותו למשוחרר גם קודם הכפייה אבל כשמת העבד דלא שייך בו שוב כפייה, ואיגלאי מילתא דאינו עומד לשחרור לא חשוב כמשוחרר, משא"כ במעוכב גט שחרור כגון מקדיש ומפקיר וכדומה, דמעשה השחרור כבר נעשה בו אלא שגט השחרור לא נמסר לידי, חשוב שפיר כמשוחרר אפי' כשמת ולא הספיקו למסור לו הגט שחרור, דהכי לאו משום שעומד לשחרור הוא דחשבינן אותו משוחרר אלא משום דמשוחרר באמת, ולבד שמצד הסברא נראה כן, עוד ראיה מוכרחת יש לזה מן הסוגיא דאלת"ה אלא שגם במעוכב גט שחרור מחלקינן בין מחיים לאחר מיתה, א"כ מאי פשוט התם לבעיא דמעוכב גט שחרור מהפיל שינו וסימא עינו דנותן

לו דמי עינו הא שאני התם כיון שלא המיתו רק חבל בו ועומד הוא להשתחרר למ"ד צריך גט שחרור דעבד עודנו בחיים, משו"ה נותן לו דמי עינו מדלא מקרי תו אדון כיון שעומד להשתחרר, משא"כ בבעיא דמעוכב ג"ש דמיירי שהמיתו להעבד ואינו עומד להשתחרר, אפשר דחשוב כעבד ומאי פשוט מחבלא לקטלא, אע"כ דבמעוכב ג"ש לא מחלקינן בין מחיים לאחר מיתה, ולפ"ז יוחזר קושיתי דמה פשיט מחציו עבד למעוכב ג"ש נהי דגם אי נימא דבעיא דמעוכב ג"ש לא מיבעי רק בקנס דל' שקלים דמיירי בהמית ולא בחבלה, אכתי אין לפשיט זה מברייתא דהמית חציו עבד כיון דבחציו עבד מחלקינן בין מחיים לאחר מיתה ובמעוכב ג"ש לא מחלקינן:

**ומה** שנ"ל ברור בישוב התוס', או שהתוס' לא היה להם כלל הגרסא בבעיא במעוכב ג"ש אלא לגרסתם הי' הבעיא בחצי עבד, וכ"כ להדיא בחגיגה ד"ד ע"א כשהעתיקו הבעיא דגיטין, העתיקו שהבעיא היה בחצי עבד ע"ש ואפי' אי נימא שהגרסא שלהם היה ג"כ במעוכב ג"ש, אבל הם יפרשו דמעוכב הוא ג"ש לא ע"י מקדיש ומפקיר כפרש"י, אלא דמיירי במעוכב ג"ש מצד שהוא חצי עבד וחב"ח וכמו שפירשו לבעיא השני' דמעוכב ג"ש אי אוכל תרומה דמיירי רק שמעוכב מצד חצי עבד ולא מצד הפקר וכמ"ש להדיא בתוד"ה מעוכב ג"ש, ה"נ יפרשו גם לבעיא ראשונה דקנס דלא מיירי כ"א במעוכב מצד חצי עבד ולכן שפיר פשיט לה מברייתא דהמית עבד ומיירי נמי בחצי עבד וז"ב. והנה ז"ל התוס' דחגיגה שם בד"ה לא לצרכה, אך קשה דהכא משמע בחציו עבד לפי משנה אחרונה חייב כו' ואילו בגיטין דמ"ב מיבעי מי שחציו עבד אם יש לו הנס כו' ע"ש, ובמסורת הש"ס ציין ע"ז שהתוס' לא העתיקו על נכון הסוגיא דגיטין דהא בגיטין במעוכב ג"ש הוא דמבעי לי' ולא בחצי עבד ע"ש. ולמ"ש הדבר ברור שהתוס' יפה העתיקו בדיוק גדול דהבעיא הוא במעוכב ג"ש בחציו עבד ולא במעוכב ג"ש מחמת הפקר והקדש וכמ"ש ומתוך מ"ש יתיישב לנו דברי הרמב"ם שכתב דנגחו שור לעבד אם אירע זה ביום של רבו לרבו, ולמ"ש ניחא מאוד דלק"מ קושית הראב"ד, דהא כל עיקר הכרח התוס' ושארי ראשונים דלמשנה אחרונה לא אמרי' הכי הוא משום דבגיטין פשוט לבעיא דמעוכב ג"ש מברייתא דהמית חצי עבד וחב"ח וכיון דמדמי לה למעוכב ג"ש, כמו דבמעוכב ג"ש הוי מעשה ידיו שלו, ה"נ בחצי עבד וחב"ח, וכ"ז הוא רק למה שהבינו דבעיא דמעוכב ג"ש הוא כפרש"י שמעוכב ע"י הפקר והקדש דבזה ודאי שמעשה ידיו לעבד כיון שכבר הופקע בעבודו של אדון ע"י ההפקר, אבל למ"ש דבעיא אינו כ"א שמעוכב מצד שהוא חצי עבד א"כ אין ראיה שוב דבחצי עבד נמי אמרי' דמעשה ידיו שלו, דשפיר י"ל דבזה נמי הוה מעשה ידיו של אדון ולא דמי כלל למעוכב

גט שחרור מצד הפקר וז"ב, אלא שצ"ע על התוס' דהם עצמם כתבו בגיטין דבעיא השני' דתרומה אינה כ"א בחצי עבד, וגם מוכרח לומר דבעיא ראשונה דקנס נמי כן לסברתם בחגיגה וכמ"ש, וא"כ מה הוכיחו דמעשה ידיו שלו מפני שמדמי לה למעוכב ג"ש הא לא מדמינן כלל, אם לא שנימא שיפרשו רק בעיא השניה בחצי עבד ובעיא הראשונה דקנס במעוכב ע"י הפקר ועוי"ל דשיטות חלוקות הם בתוס' דבחגיגה שם כשמחלקים בין מחיים לאחר מיתה הביאו שבכריתות די"א מתרץ התוס' לקושיא זאת באופן אחר, והנה לסברת התוס' בחגיגה דמחלקו בין מחיים לאחר מיתה, דלפ"ז צריך לפרש בע"כ הך בעיא דמעוכב ג"ש דגיטין, דהיינו שמעוכב ג"ש מפני שהוא חצי עבד, דאי במעוכב ע"י הפקר יקשה קושית דלעיל דמאי פשיט לבעיא מהמית חציו עבד ומהפיל שינו הא אפשר לחלק ביניהם כחלוק התוס'. ובע"כ דמיירי במעוכב ג"ש מפני שהוא חצי עבד ולזה איה"נ שאין מוכרח לומר דבחצי עבד היו מעשה ידיו לעצמו ומ"ש התוס' שם להוכיח דמעשה ידיו לרבו לה למעוכב ג"ש קאי לסברת התוס' שבכריתות דלא מחלקו בין מחיים לאחר מיתה דלפ"ז יתפרש הבעיא דמעוכב ג"ש כפשוטו דמעוכב ע"י הפקר, וכשפשוט להשיב מחצי עבד מוכח שפיר דחציו עבד דמי למעוכב ג"ש דמעשה ידיו לעצמו, וניחא נמי סתירת התוס' מחגיגה לערכין ד"ב דבחגיגה העתיקו בעיא דגיטין בחצי עבד ואילו בערכין העתיקו במעוכב ג"ש כמו שהעיר המסוה"שו ולמ"ש א"ש שדוקא בחגיגה דנחתו התם התוס' לחלק בין מחיים לאחר מיתה דלפ"ז יקשה קושיתי דמאי פשיט מחציו עבד ובהכרח שגם הבעיא הוא בחצי עבד משא"כ בערכין דלא נחתו לחלק בזה וקאי לסברת התוס' שבכריתות דמתרצו לה באופן אחר, וממילא תתפרש הבעיא דמעוכב ג"ש כפשוטו שמעוכב ע"י הפקר ודו"ק היטב כי כ"ז נכון ומקום הניחו לי ליישב דברי התוס' על מכונם:

סעיף א' **במחבר** מי שיצא לחירות ועדיין לא הגיע ג"ש כו' בדבור דלעיל הוכחתי דדין זה הוא דוקא שהמיתו לעבד ע"י חבלה אבל היכי שהזיקוהו ועודנו בחיים משלם לעבד ע"ש מילתא בטענא, ובאיזה אופן הוה מעוכב גט שחרור אם שהוא חציו עבד או בהקדש והפקר הבאתי בזה מחלוקת רש"י ותוס' ע"ש:

סעיף ט' **בהג"ה** מוכרת בטוה"נ ומשלמת לנחבל, ובש"ס פריך ותיבין לכתובתה בטוה"נ ומשני דכל לגבי בעלה מחלה והקשו הרמב"ן והריטב"א דהא בשעבודא דר"נ לא מהני מחילה, הנה באמת לפמ"ש השמ"ק בכתובות די"ט למה במוכר שט"ח יכול למחול הא איכא בזה שעבודא דר"נ דנהי דמכירת שטרות אינו אלא דרבנן אבל כיון דהמכירה אינו חל א"ב המוכר מחויב להחזיר המעות שלוקח וא"כ נשתעבד הלוה ללוקח מדר"נ ולמה

יכול למחול ותי' דהיכי דאיכא מכר מיגרע גרע דלא ע"ד שעבוד נתן הלוקח המעות כ"א ע"א מכירה והמכירה אינו חל ול"ד להלואה דמתחלה ע"ד שעבוד נתן ולפ"ז י"ל גם בההיא דד"ק דכיון דמכרה הכתובה לנחבל וע"ד מכילה נתרצו שניהם נסתלק השעבוד אלא דיש לחלק ועמ"ש מזה לעיל בפי' פ"ו בארוסה:

**סימן תכז**

סעיף א' **במחבר** מ"ע לעשות מעקה לגגו בפ"ת שהביא לדברי המח"א דאם שכר לשליח מכו"ס בשכר לעשות מעקה דבשכר הו"ל עבד וידו כיד רבו ועמ"ש בזה באריכות לעיל בספרי זה סי' קפ"ב ועוד בכמה מקומות:

בריך רחמנא דסייעני עד כאן

$$(ציור בספר)$$

## פסקי בעל הבתים

### הלכות הרשאה

**סימן קלא**

א) אם אוסר לחבירו ערבת לי בתורת ערבות קבלנות ואין אני רוצה לטרוח לגבות מן הלוה והלה אומר לא הייתי אלא ערב סתם ויש נכסים ללוה ותגבה מן הלוה עצמו פטור הערב משבועה שלא הי' אלא ערב סתם דלא חשוב כפירת ממון כיון שיכול לגבות מן הלוה עצמו ודלא כשעה"ב סעיף ב

**סימן קלב**

א) אע"ג דקטן שערב לאחרים אינו חייב לשלם, אבל מי שערב לקטן שפיר נתחייב, ודלא כקצוה"ח שדוקא לקטנה נעשה ערב ולא לקטן. סעיף א

**סימן קלג**

א) חזקת קטן במטלטלין יש מקום לומר דהוה חזקה ודלא כהקצוה"ח שהחליט דלא שייך גבי קטן חזקה דכל מה שת"י הוא שלו. סעיף א ב) הא דאמרי' קטן לאו בר טענתא הוא, אין הכוונה משום דלא ידע למיטען כהבנת הנתיבות, אלא דאפי' אי טעין לפנינו נמי לאו כלום הוא, דכיון דמעשה קטן לאו כלום הוא וא"כ כי טעין ואמר שקנה הרי הוא מודה שלא קנה כלום. שם ג) היכי שהפקיד אצל חבירו בשטר מהימן לומר החזרתי בשבועה במיגו דנאנסו, אבל אם אמר לו אל תחזיר אלא בעדים אינו נאמן לומר החזרתיו אפי' כי אית לי' מיגו, דהיכי שהתרה לו להדיא אל תחזיר גרע מאומדנא דשטרך בידי מה בעי ודלא כהתומים. סעיף ב ד) באמר לו אל תחזיר אלא בעדים נאמן במיגו לטעון לקוח ודלא כהדרישה ושעה"מ, דלקוח לא הוה כחזרה ואין זה נגד התנאי דהתנאי לא היה

כ"א צל החזרה. שם ה) הא דאמרינן דאינו נאמן לטעון גנובים או גזולים ממני החפצים הללו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אפי' במיגו, היינו כשהנתבע אינו מודה כלל שחטף אלא טוען לקוחים הם בידי, אבל אם גם הנתבע מודה שחטף ורק שמורה לו היתר שחטף זה לתופסם בעד חובו המגיע לו, בכה"ג לא שייך לומר דבמה שטען התובע שחבירו חטף מחזיק אותו בגזלן, דכיון שלדבריו חטף משום חוב לא נעשה פסול כלל, ואף אם בסוף יצא חייב בדינו אפ"ה כיון דבשעת חטיפה היה לו הוראת היתר לא נעשה פסול כלל, סעיף ו

**סימן קלד**

א) אומן לעולם אינו נאמן לטעון לקוח אפי' כשלא ראו הכלי ביד האומן דאית לו מיגו אפ"ה אין נאמן. אבל בטענת החזרתי גם אומן נאמן. סעיף א

**סימן קלה**

א) בבהמה וחיה גם חזקת שלש שנים לא מהני לשי' הרמ"ה ודלא כהש"ך דכו"ע סברי דחזקת ג"ש מהני ואין חולק ע"ז. סעיף א

**סימן קלו**

א) כובסת שאבדה סדין ונתנה לו הכובסת תחת שלו מדין אחר ואינו ידוע של מי הוא ועי"ז היה מונח ימים רבים אצלו עד זמן שאי אפשר לבני אדם שלא יחקור אחר שלו ודאי מתייאש ממנו והכובסת סילקה אותו מאחרים כהט"ז, ומה שדחה הקצוה"ח טעם דכבר סילקה בדמים דאפי' אם באמת סילקה אותו כיון שהסדין נמצא בצין חוזרת לבעלים וכההיא דב"מ אשתכח כיפי הדרי למארי לק"מ דדוקא התם דבאמת לא נאבדו הכיפי מעיקרא הוא דאמרי' דשומא בטעות היתה. אבל אילו באמת נאבדו אע"ג דנמצאו לבסוף לאו שומא בטעות הוא, ולפ"ז בנ"ד דבאמת נתחלף הסדין ולא היה אצל הכובסת מהני שפיר הסילוק, ואפי' לשי' הרמב"ם דאפי' אם נאבדו באמת נמי שומא בטעות הוא היינו דולא כשומת ב"ד דלא מרצון בעל הכיפי נמכרה אבל במקום שבעל החפץ נתרצה למכור והוה אירה גמורה לא הדרא דשומא הדרא אמרי' ולא מכירה, וזולת זה הא מטלטלי שאפשר לקנות כמותן בנקל לא אמרי' שומא הדרא כלל ודוקא בכיפי שאי"א לבנות כמותן אמרי' שומא הדרא. סעיף ב

**סימן קלח**

א) אפי' דבר שאינו ראוי לקנין, כגון ישיבה בצד החפץ, אפ"ה חשוב מוחזק בזה, כששניהם שווים, ואין אחד מוחזק יותר מחבירו, כגון ששניהם יושבים בצד הערימה, חשיבי שניהם מוחזקים לענין שנפסוק בזה יחלוקו. משא"כ כשאחד רוכב ואחד מנהיג דהמנהיג הוה ודאי לפני הב"ד שעשה קנין דההנהגה עצמה הוא הקנין והרוכב ספק

הוא אם עשה קנין אחר, בכה"ג סברא הוא דאין הרוכב חשוב אפי' מוחזק לגבי המנהיג.
סעיף א
ב) שיטת הרמב"ם והמחבר דאפי' מוחזק לא בעינן למפסק יחלוקו רק אם אחד מוחזק יותר אז לא דיינינן יחלוקו אבל כשניהם שווים אפי' כשאין מוחזק נמי דיינינ' יחלוקו. שם
ג) שנים אדוקים בטלית, על מה שתפוסים בידם אינם צריכים לישבע כ"א ע"י גלגול, ורק על השאר מחויבים לישבע. סעיף ג
ד) בשותק ולבסוף צווח נמי לא מהני שוב ראיה בעדים כהש"ך. סעיף ג

**סימן קלט**

א) כללא דקיי"ל הלכה כשמואל בדינא אינו כ"א כשפליגו בעצם הדין אבל היכי שבדינא לא פליגי, וכגון בההיא דגיטין בבור הקרוב לאמה דמדינא כל דאלים גבר רק כדרכי שלום הוא דפליגי אם כך תקנו מפני דרכי שלום או כך תקנו אין זה ענין להך כללא.
סעיף א

**סימן קמ**

א) היכי דדלי לי' המערער צנא דפירי לאלתר הוה חזקה אע"ג דאיכא ריעותא דלא נזהר בשטרו, משום דהא דאמרי, עד תלת שנין אדם מזדהר בשטרו, היינו משום דבפחות מג"ש אין אדם מקפיד ולכן מוכרח הוא לשמור שטרו משום דאינו בטוח עדיין שלא ימחה דשמא הא דלא מיחה עד עתה משום דאינו מקפידי אבל בכה"ג דדלי לי' צנא דפירי בטוח הוא מיד שבודאי כיון דבעצמו נתן לו הצנא דפירי מכלל דלא ימחה עוד. וכיון דבטוח הוא מיד שלא ימחה אינו נזהר בשטרו מיד ולכן אפי' לאלתר לא הוה ריעותא במה שאין לו שטר. והיינו טעמא נמי דחפר בורות דהוה חזקה מיד, דכיון דאין שום אדם סובל לראות שמקלקלים קרקעו ומסתמא אינו חושב עוד למחות, סעיף ז
ב) בבתים דלא קיימא לאגרא, לא מהני גם חזקה דשלש שנים, דכיון דהמערער לא חסר לא חשש למחות אפי' יותר מג"ש, ולכן לא הוה חזקה אפי' בג' שנים משום דאנא ריעותא דהיה לו ליזהר בשטרו אפי' יותר מגיש דעליו הי' לחשוש שמא לא חשו הבעלים לערער עד השתא משום שאין קיימא לאגרא ואינו נפסד, וצריך הי' להזהר בשטרו גם יותר מנ"ש ומדלא נזהר לא הוה חזקה.
ג) אפי' במקום שמערער השתמש נמי במקוש זה שהחזיק אפ"ה הוה חזקה ולא מצי אמר משו"ה לא מחיתי משום דהשתמשתי בשוה עמו. דיש חזקה גם לשיתוף סעיף ח
ד) נוגע בעדות לא מיקרי כ"א שההנאא הוא בשעת קבלת העדות אבל היכי דהשתא אינו נוגע אעפ"י שאם יתעשר יהנה בעדותו כשר, דעל ספק הנאה לא יעיד עכשיו.

**סימן קמא**
א) אכלה ערלה שביעית ה"ז חזקה, דכיון שהאוכל ידע שדבר עבירה הוא ואפ"ה אכלה חשובה אכילה וכהרמב"ם. סעיף יא)

**סימן קמב**
א) במקום עדים לא מהני מיגו דהפה שאמר. סעיף א

**סימן קמג**
א) בחזקה דשלש שנים, אם בתחלת השלש שנים היה המערער במקום שאין יכול למחות ולבסוף במקום שיכול למחות הוה חזקה. ואם בתחלה הי' עמו במקום שיכול למחות ולבסוף במקום שלא יוכל למחות לא הוה חזקה. סעיף א
ב) אם טוען המערער שלא היה עם המחזיק במדינה ומשו"ה לא מיחה על המחזיק להביא ראיה שהיה עמו במדינה, דכיון דאינה חזקה עד שיהא עמו במדינה, נמצא דהספק הוא בגוף החזקה דהמחזיק מחויב לברר אכילתו. ודלא כהקצוה"ח שהחלים דבכה"ג שהמערער טוען שלא היה עמו במדינה לא הוה הספק בגוף החזקה. סעיף ב

**סימן קמד**
א) אם המחזיק יש לו עדים או שטר מכירה מהמוכר מהני חזקתו אע"ג שאין ידוע אם המוכר דר בה יום אחד, ודלא כהסמ"ע שסובר דבעי' גמי עדים שהמוכר דר בה יום אחד. סעיף א

**סימן קמה**
א) אם אין להמחזיק עדי חזקה אלא שהמערער מודה שאכלה שלש שנים הוה חזקה אע"ג שאין לו שטר, דכיון שאכלה בשופי שלש שנים לא הי' לו ליזהר יותר בשטרו אעפ"י שאין לו צדי חזקה ודלא כהשעה"מ דסובר דכל שאין לו עדי חזקה צריך ליזהר בשטרו גם יותר משלש שנים, דשמא לא יודה לו המערער. סעיף ג

**סימן קמו**
א) אם ידוע שהמערער מיחה אע"ג שהמחזיק לא שמע כלל אין מועיל שוב חזקתו אפי' כשהחזיק ג"ש שלימות ודין זה מוסכם אליבא דכו"ע ודלא כשעה"מ שדין זה במחלוקת שנוי' והרמב"ן ורשב"א ז"ל חולקים ע"ז. סעיף ג
ב) אם צדי המחאה בעצמם אינם לפנינו להעיד רק עדים אחרים מעידין שעדי המחאה אמרו לפניהם לא מהני דהוה עד מפי עד. סעיף ה
ג) אם המערער אינו ידוע לו בעצמו דהשדה שלו הירא כ"א מהמחזיק שאומר דזבנה מיני', אפ"ה יכול להוציא מידו ולא אמרי' בזה הפה שאסר הוא שהתיר כדברי כמה פוסקים. סעיף ה

ד) היכי שניתן אדם מעות לשם מקח, רק מספק שמא רצא מידו, בההוא הוא דאמרי' דנתן לשם פקדון, ולכן אם לא יתקיים המקח אמרי' דיוכל לגבות ואמרי' דלשם פקדון נתן ואין בזה מתנה כלל, אע"ג דלא הודיע למקבל שנותן לו לשם פקדון, דמה הו"ל לאודועי אחרי שדעתו הי, לשם מקח לגמרי, אבל במקום שלשם פקח ודאי לא נתן וליכא לספוקי כ"א או לשם מתנה או פקדון, בהא אמרי' דמדאין רגיל להפקיד באופן כזה שלא בידיעה, ודאי דלשם מתנה נתנו. שם סעיף יח

**סימן קמח**

א) יכול לומר אי שתקת שתוק ואי לאו מהדרנא שטרו למארייהו אפי' במקום שרק להמחזיר יש הנאה ולכשנגד אין שום ריוח ודלא כרש"י דסובר דאם לצד שכנגד אין שום ריוח מצי לומר לכי תהדר. סעיף ב

**סימן קמט**

א) אע"ג דהמחזיק בשל קרובים אין לו חזקה דמצי והמערער לומר שמחמת אהבת הקרוב לא חש למחות, מ"מ אם מיחה פעם אחת, צריך למחות שוב בסוף כל שלש ואינו נאמן תו לומר דלא חשש למחות מפני הקורבה וכהמוהרי"ט ודלא כקצוה"ח שהשיג עליו. סעיף ג

ב) מה שירשו אחים מאביהם יחד הם כשותפים ואין מחזיקין וע"ז ואפי' אין כיס אחד לכולם וכהרשב"א, ומה שהביא השעה"מ ראיה מב"ב דהאחים אינם כשותפים ומחזיקין זע"ז, ראיה זו אינה כמ"ש בפנים. סעיף ז

ג) מה דאמרי' דשותפין אין מחזיקין היינו כשהמחזיק רוצה לזכות ע"י חזקה הבא מכח שלא מיחה דבזה אמרי' דבקרוב ושותף לא חש למחות, אבל היכי שבא להחזיק מכח מוחזק, מצד החזקה שמה שתח"י אדם הוא שלו בזה אין לחלק בין קרוב לאינו קרוב. שם

ד) חפר בורות לא הוה חזקה לגופה של קרקע, אבל לענין החפירות גופייהו הוה חזקה ואין המערער יכול לסותמן. סעיף ט

ה) מי שהחזיק בנכסי אשת איש, אם טוען דמיגה דידה זבנה לא הוה חזקה כ"א עד שיאכל שלש שנים לאחר מות בעלה אבל אם טוען דמיד הבעל קא זבין לא סגי בזה ובעינן נמי שיאכל מקצת גם בחיי הבעל והתחיל לאכול בחייו דלעולם בעינן שיתחיל לאכול בחיי המוכר שמכר לו דאל"ה הוה כחזקה שאין עמה טענה. סעיף י

ו) ישראל הבא מכח עכו"ם דלא הוה חזקה אין הטעם משום דירא למחות גם לישראל שבא מכחו כמ"ש הסמ"ע אלא כיון דלא אתי אלא מחמת עכו"ם וסתם עכו"ם אנס היא ולכן הוה זה כחזקה שאין עמה טענה. סעיף טו

ז) ביאור מחלוקת הרמב"ם וראב"ד בדין דאין מחזיקין בנכסי קטן. סעיף יט

**סימן קנג**

א) בשאר נזקי שכנים לא הוה חזקה כ"א היכי דאתברר דהמערער ראה וידע מההיזק, ונהי דכי ידע מהיזק לאלתר הוה חזקה, אבל בעינן שיתברר לנו שכבר ידע, ורק בהיזק דסתימת חלון הוה חזקה אפי' כי לא אתברר שידע המערער דמסתמא נתברר לו הזיקו מיד וכהסמ"ע. סעיף ב

ב) שותפים שבאים לחלוק שדה, ואחד מהם מבקש שיתן לו חלק זה בלא גורל, והשני מבקש להעלות לו דמים בשביל זה, הדין כך. אם קפידת השותף שירצה דוקא בחלק זה בא ע"י טענה כזו שרוב בני אדם דרכם לשלם דמים בשביל הנאה כזאת, וכגון שיש לו שדה על המצר, אז מצי הלה לומר כיון שבאמת שוה לפניך יותר בשביל הנאה הזאת לא ארצה לתת לך הנאה הזאת חנם אין כסף כמו שלאחר החלוקה אם אך הגיע השדה לחלקי הייתי יכול ליקח ממך הרבה דמים עבורה. כן גם עתה לא ניתן לך זכות הגורל בחנם, אבל במקום שאין לחבירו שדה על המצר ורק רוצה בשדה הזאת בלי טעם וטענה ולא הוא ולא רוב בני אדם היו משלמים ממון בשביל הנאה הזאת, וכיון שאין הנאה הזאת שוה כסף לרוב בני אדם, לא יכול הלה להעלות לו בלא טענה וטעם רק כאילו בא להפסיד לחבירו שלא יקבל מה שירצה וזהו מדת סדום, וכל כיוצא בזה, ועיין בפנים שלש חלוקות היכי אמרי' בכה"ג כופין על מדת סדום. סעיף ח

ג) בכל נזקי שכנים יש שני דברים, א) שבתשמיש הזה מזיק לבעל החצר, כגון בהוצאת זיז מזיקו בהיזק ראיה, ובמרזב מזיקו בהורדת השופכין לחצירו, ב) שקונה בגוף החצר כשיעור הנצרך לקיום הזיז וחמרזב באופן שבעל החצר אסור לבנות שוב במקום הזה ולסתור הזיז וחמרזב, והנה כל זמן שאין בעל החצר נצרך למקום הזיז, כגון שאין לו עוד צורך לבנות שם, ולא בא לערער כ"א מפני שלא ירצה לסבול היזק דשופכין או היזק ראיה, בזה אין אנו צריכין לשום טענה מהמחזיק, ואף אם בא להחזיק חזקה שאין עמה שום טענה כ"א אתה ראית ושתקת ומחלת לי חזקתו הוה חזקה מעליא, דלכל היזק מחילה. משא"כ אם המערער רוצה לבנות בחצירו במקום הזיז, בזה לא מהני חזקת המחזיק כ"א כשבא בטענה שקנה ממנו הזכות, אבל בלא טענה לא מצי בעל הזיז לעכב עליו כיון ידלקנות בחצירו של זה בעינן קנין ומחילה בלא קנין לא סגי. סעיף טז

**סימן קנד**

א) בחלון נגד חלון אע"ג דאיסורא הוא לפתוח חלון נגד חלון וכל דבר שיש בו משום איסורא, לא מהני גם מחילה, דאפי' בששניהם רוצים לא מהני, אפ"ה איכא למ"ד דמהני בו חזקה, משום דכיון דלאו דבר ברור הוא שיסתכלו מזה לזה דאפשר לדחוק עצמם שלא יסתכלו וכיון דאינו אלא ספק לא היה ביכולתם לבטל המחילה מספק. משא"כ

בפתח נגד פתח דלא סגי שלא להסתכל משו"ה לא מהני חזקה כיון דודאי יש איסור לא מהני המחילה, וכל זה הוא דלא כהסמ"ע שכתב דבפתח נגד פתח מהני מחילה גמורה או שטר וקנין, דזה אינו כיון דיש איסור אפי' מחילה גמורה לא מהני. סעיף ג

ב) היו לו שני פתחים של שני אמות לא יוכל לשנות ולעשות פתח אחד של ארבע אמות ודלא כהט"ז והש"ך שחולקים ע"ז וכתבו שהב"י טעה בדין זה. סעיף ה

ג) לא יפתח אדם חלון לחצר חבירו אפי' בגבוה מארבע אמות ואף בכותל שבחצר נמי ודלא כהנתיבות שכתב דבכותל שבחצר שרי גבוה יותר מד' אמות, כיון דבלא שרשיפא לא חזי ולא שכיחי להעמיד שרשיפא בחצר, וזה אינו כמ"ש בפנים. סעיף ו

**סימן קנה**

א) כל הרחקות שחייבו חז"ל להרחיק משדה ורשות חבירו. אם ראו ממנו שמחל ודאי כגון שסייע אותו לעשות כן או שאמר לו בהדיא לעשות הוה חזקה מיד, אבל אם לא סייעו בהדי' רק ראה ושתק לא הוה חזקה בפחות משלשים יום, דעד תלתין יומין לא מוכח שמחל, ומצי אמר ידעתי ולא מחיתי שסבור הייתי דלשאלה בעלמא עביד הכי לא לקביעותא. סעיף לה

ב) כל חזקות נזקין אינו מועיל כ"א כשהיו בו הוכחת המחילה באותה שעה שהמחזיק עשה מעשה חזקתו וכגון דמסייעו בבנינו או שא"ל לעשות או שראהו בעשה בצדו, אכן אם בשעת העשייה לא ידע עוד המערער אע"ג דאח"כ כשידע שזה כבר עשה שתק ולא מיחה לא מהני חזקתו של זה וכפי הטעם שביארתי בפנים. שם

**סימן קנו**

א) טענת אינו יכול לישון מקול הנכנסים לא הוה טענה כ"א כשאנשים זרים יוצאים ונכנסים דרך חצירו ומהם יוצא קול ההמולה משא"כ אם הקול יבוא מדירי החצר גופא כיון שיש להם הרשות להיות בחצר ממילא יש להם לעשות כל המלאכות שירצו, ואפי' אם הקול יוצא מאנשים זרים רק שאינם נכנסים בחצר הניזק אלא שהם עושים קול רעש בביתם והקול יגיע גם לחצר האחרת אינו יכול בעל החצר השני לעכב עליהם דבחצירם ובביתם שלהם רשאים לעשות מה שירצו. סעיף ב

ב) טענת רבוי הדרך אינו שייך כ"א ביום, אבל בלילה בעת שישן על מטתו ואין לו צורך להלוך בחצר אינו יכול לעכב מטענת רבוי הדרך.

**סימן קנז**

א) אם אחד בנה כותל והשני נהנה בבנינו אעפ"י שלא עשה שום היכר דניחא לו חייב ליתן לו כפי מה שנהנה. ואין זה ענין לזה נהנה וזה לא חסר דפטור, דלא אמרו כן כ"א בדר בחצר חבירו שזה אין נהנה כ"א מתשמיש החצר אבל גוף החצר נשאר לבעה"ב,

אבל הכא בשותף שבנה הכותל על חלק של שניהם, מיד שגילה דעתו שניחא לו זכה מיד בחצי הכותל דחצירו זכתה לו, וכיון דקנה בגוף הכותל חייב אעפ"י שלא חסר השני. סעיף י

ב) מיד שאמר זה ליתן חצי ההוצאה מחויב לשלם וזכה בחצי הכותל ודלא כהגהות מוהרי"ש שכתב דלא זכה בכותל עד שיפרע ממש ובגילוי דעתא שחפץ לשלם לא סגי. שם

**סימן קנח**

א) גדר שתי רוחות ועמד הניקף וגדר רוח ג' א"צ לשלם כלום ודלא כהב"י שמחייב בהוצאת שתי הכתלים וגם בכותל רביעית. סעיף ו

ב) היכי דניקף גלי דעתו דניחא לו בהוצאה חייב אפי' אם זה נהנה וזה לא חסר ודלא כהרש"ל שפוסק דזה נהנה וזה לא חסר לעולם פטור אפי' היכי דגלי דעתו דניחא לי'. שם

ג) היכי דחייב בגילוי דעת בעינן שהגילוי דעת יהי' דוקא לבעה"ב עצמו, אבל גילוי דעת לאחר לא מהני כלל וכמ"ש בפנים. שם

**סימן קסב**

א) בחצירות ובמקומות ביהכ"נ הוה רבוי הדרך טענה ולא דמי למבוי דאין רבוי הדרך טענה דבסבוי אין לבעלים קנין וזכות עצמיי בעצם המבוי ורק שהוא רשות לכולם לפתוח בו פתחי חצרותיהם, משא"כ בחצירות שאין זכות השותפין בחצר מחמת הבתים בלבד אלא מחמת עצמה של חצר שזכו בה. משו"ה גם רבוי הדרך טענה ודברי הרמ"א דמדמה חצירות למבוי בדין זה שכמו במבוי אין רבוי הדרך טענה ה"נ בחצירות צ"ע. סעיף ו

**סימן קסג**

א) יאוש בחוב מהני וכהמוהרי"ק ולא כהחכ"צ שחולק. סעיף ג

**סימן קסד**

א) הא דחשבינן לדר בחצר חבירו נהנה, היינו דאם לא הוא היה דר הבעה"ב בתוכה, אבל היכי שבעה"ב עצמו אין רשאי לדור בתוכה, ובהכרח לנועלה, וכגון באם בעל העלייה בנה הבית דנועלין עד שיתן לו יציאותיו, ואם זה לא ידור בתוכה תעמוד נעולה בכה"ג לא חשיב הדר בתוכה נהנה בחנם דניחא לבעה"ב שידור בתוכה בכדי שלא תעמוד ריקם ומרוויח הנאה דביתא מיתבא יתיב הוה כמקבל שכר בעד דירת ביתו. סעיף ה

**סימן קסז**

א) הא דבעינן בקנין אויר שיהא סופו לנוח, לאו משום דבעיון הנחה ע"ג קרקע החצר, אלא משום דבעינן שיהא משתמר בתוך החצר וכשאין סופו לנוח מיפרח מתוך החצר לא הוי משתמר וממילא בדבר כזה שגם בעודנו מונח באויר הוה משתמר וכגון בירק הנוטה

על אויר החצר קונה אעפ"י שאין סופו לנוח בקרקע החצר ודלא כהתומים ונתיבות דבכ"ג נמי לא קני מטעם אין סופו לנוח. סעיף א

**סימן קעא**

א) אם התובע אומר גוד או אגוד לא איכפת לן בנתבע אם אין לו מעות במה למיגד, דאי לית לי' יניח לתובע לגוד ואפי' בתובע עשיר ונתבע עני אמרי' גוד או אגוד כהרי"ף מיהו היינו דוקא כשהתובע עשיר ויכול למיגד במעות מזומן משא"כ אם גם התובע לית לו זוזי למיגד אלא שירצה לחוב אדמיו בכה"ג לא אמרינן גוד או אגוד כיון דגם איגוד נסור ליכא וטענת התובע חלושה היא. סעיף ו

ב) שני אנשים שותפים ואין המקום עשוי לשכור לאחרים שוכנים שנה שנה, אבל באיש ואשה לא אמרי' שוכנים שנה שנה אלא תמיד האשה נדחת. סעיף ח

**סימן קעה**

א) שצד לומר דבבתים אשר החצירות מופסקים זה מזו. ע"י גדר גמור ואין להם שום פתח מזה לזה דלא הוה כלי בר מצר דבר מצד לא הוה כ"א שרשויות שניהם מעורבות ע"י פתח. סעיף נג

## הלכות שותפים

**סימן קעו**

א) שותפים שנשתתפו בדבר ששני הצדדים הם מחוסר קנין כגון בשניהם הוה דשלב"ל או שאינו ברשותם, בזו מהני השותפות בלא קנין נמי, ובדבור בעלמא, דאגב דבעי לקנות מקנה ג"כ, ואי לא גמר ומקנה הדשלב"ל שלו לא מצי קנה הדשלב"ל של חבירו, אבל אם נשתתפו כדבר שחל הקנין לא שייך סברא זאת ולכן כשנשתתפו לזה יין ולזה דבש לא חל השותפות כ"א בקנין, ודלא כהחת"ס שכ' דלמ"ז סברא דאגב דבעי לקנות גמר ומקני דכ"ש שחל הקנין בדבור גרידא. סעיף ג

**סימן קעז**

א) אם השותף חלה מחמת שאכל מאכלים רעים מיקרי חלה מחמת פשיעה. סעיף ב

## הלכות שלוחין

**סימן קפב**

א) בישראל מומר יש פנים לומר דיש שליח לדבר עבירה. סעיף א

ב) אפי' במקום דאיתא מינו דזכי לנפשי' לא אמרינן יש שליח לד"ע ודלא כמ"ש המפרשים דע"י מיגו יוכל לזכות לחבירו אפי' בדבר עבירה. שם

ג) אם שכר השליח בשכר לעשות העבירה יש שליח לדבר עבירה דהוי כעבדו ופועלו. שם

ד) אם המשלח לא הקפיד שיעשה השליחות בעבירה דוקא לא בטל מעשה השליחות אף כשעשה בעבירה. שם
ה) גם בדבר המשלח לא התנה בפירוש עם השליח שיעשה כן אלא דסתמא דמלתא כך הוא כגון לקנות קרקע באחריות והשליח קנה שלא באחריות מיקרי עובר על דעת משלחו והמקח בטל. סעיף ב
ו) יש מקום להסתפק דשליח בשכר אפי' אם טעה וקנה ביוקר לא מצי המשלח לומר אדעתא דהכי לא עשיתיך שליח. סעיף ג ז) בירור הדין בא"ל לשליח מכור לי שדה ולא פירש ומכר השליח לשנים בשני שטרות אי מכרו בטל. סעיף יא

**סימן קפג**

א) היה השער קצוב והוסיפו לשליח למי שייך ההוספה, יבואר הדין בזה בארוכה. סעיף ו

**סימן קפח**

א) אם לחומרא יש שליח לעכו"ם מחלוקת רש"י ותוס' הוא. סעיף א

## הלכות מקח וממכר

**סימן קפט**

א) אם הנפקד עצמו לוקח החפץ המופקד בידו קונה לו רשותו ודלא כהט"ז שכתב דרשות הנפקד שהחפץ מונח בו הוה רשות המפקיד ולא קנה הנפקד ע"י רשותו, ודוקא אם המוכר המפקיד מכר לאדם מעלמא בזה אמרי' דאם הלוקח הכניס כליו לבית הנפקד לא קנה דהוי ככליו של לוקח ברשות מוכר דלא קנה ואע"ג דהרשות באמת אינו לא של מוכר ולא של לוקח אלא של נפקד וכליו של לוקח ברשות שאינו של שניהם אמרי' דקני, בזה סובר הרשב"ם דכיון שהנפקד השאיל המקום למוכר להניח בו חפציו נמצא דחשוב מקום של מוכר וככליו של לוקח ברשות מוכר דפי, אבל בנפקד גופא שלקח מהמוכר לית מאן דסובר דלא יוכל לקנות ע"י רשותו דאע"ג דהמקום היה שאול למפקיד מ"מ מיד שנתרצה למכור לנפקד כלתה שמירתו ונעשה רשות של נפקד ושפיר קנה ע"י רשותו. סעיף א

**סימן קצ**

א) יבואר שיטת הרמב"ם דאע"ג דבמלוה לא מצי לקדש האשה מ"מ במכר מהני מלוה. סעיף א
ב) כל היכי דקונה בכסף לאו דוקא כסף בעין אלא אם כתב שטר אדמי' מהני כמו כסף בעין. שם

ג) במכר לא בעינן ממון דנותן דוקא ואף אם גזל הכסף וקנה בהם נמי מהני ודלא כשעה"מ דמדמי מכר לקדושין דלא מהני גזל. שם
ד) הנאה דקבלת אדם חשוב, חשובה כמו כלי ומהני גם לחליפין אע"ג דבעינן כלי, ובזה נחלקו הרשב"א והרמב"ן כמבואר בפנים. סעיף ו
ה) אם הלוקח קנה קרקע בכסף ונתן רק מקצת הדמים אפי' נתרצה המוכר לא מהני לקנות כל הקרקע דפרעון הקרקע הוא דקונה וכיון שלא פרע כולו לא קנה אלא בעד המעות שנתן ודלא כהסמ"ע דאם נתרצה המוכר קנה כולו. סעיף י.

**סימן קצא**

א) אין טורפין ממשעבדי ואפי' ממוכר גופא אם אין המוכר מודה ע"י שטר כזה שיכול להזדייף. סעיף א

**סימן קצב**

א) אע"ג דנעל הבית לא הוה קנין בנכסי הגר לשי' הרשב"ם מ"מ פתח הדלתות הוה קנין דאינו דומה לנעל דהוה כמבריח ארי אבל בפתח דלא שייך הכי, שפיר הוה קנין. סעיף ב
ב) נעל דלא הוה קנין אינו כ"א בנכסי הגר, אבל בבית שיש לו בעלים הוה קנין, דטעם דנעל לא הוה קנין משום דדומה למשיב אבידה דאין זה אלא מצוה לשמור בית חבירו וכל ישראל מצווין להציל ממון חבירו מן ההיזק ומשו"ה אין זה קרוי חזקה, וא"כ לא שייך זה אלא בנכסי הגר דהפקר הם בלא בעלים ואם לא מנעלים הוא יהי' אבוד כל מה שבבית משו"ה יש חיוב עליו להציל שלא יהי' אבוד, אבל בית שיש לו בעלים מה חיוב שייך על אדם מן השוק לנועלם הא כיון דיש לו בעלים ודאי דהבעלים עצמם ינצלו כשימצאו צורך לזה וכיון שאין זה מצוה ולא שייך בזה מבריח ארי ודאי שדרך חזקה הוא והוה קנין. שם
ג) מסירת המפתח ונעל הוה קנין אפי' בנכסי הגר. שם
ד) ראה אמת המים בא להזיק קרקע ונתן צרור ומגעה, לרשב"ם לא הוה חזקה גם בהחזיק בפני המוכר ובנכסי הגר דלאו מצוה הוא, ולהרמ"ה בכה"ג דהחזיק בפני המוכר דלאו מצוה הוא הוה חזקה. שם

**סימן קצד**

א) קנין אודיתא לא מהני כ"א כשמודה שעצם הדבר של הקונה היה אבל אם ההודאה אינו כ"א על הקנין אבל מתחלה לא היה הדבר של הקונה לא מהני אודיתא, ולכן במכירת חמץ אם כתב מודה אני שמכרתי בקנין גמור לא מהני, ובלא"ה בדבר איסור לא שייך אודיתא דאטו ע"י שקר יבוטל האיסור ודלא כקצוה"ח שכ' דגם במת"ס מהני אודיתא.

**סימן קצה**

א) הא דמטבע אין נעשה חליפין היינו דוקא כשהקפיד על המנין ועל החשבון דבזה י"ל דדעתו אצורתא וצורתא עבידא דבטלה אבל כשלקח דגרים באומד וא"ל אלו חליפין חפץ השני דבזה כיון דלא הקפיד לידע החשבון לא שייך לומר דדעתו אצורתא ושפיר מהני וכשי' הרמב"ם בפיה"מ, מיהו דין זה אינו כ"א כשאמר בלשון חליפין אלו חליפי חפץ פלוני דבכה"ג אין בזה דין אונאה ואפי' כשי כשימצא פחות או יותר הגיעו בזה שפיר אמרי' דאין דעתו אצורתא. אבל אם א"ל מכור לי בלשון מכירה ויש בזה דין אונאה א"כ בע"כ צריך להמצא בזה כשווי החפץ ואם לא נמצא יוסיף לו מביתו א"כ ודאי אמינא שדעתו הי' אצורתא דוקא ומה שלא הקפיד על החשבון סמך בזה שיוסיף לו מביתו.

סעיף ב

ב) בהמה לא מיקרי כלי ואין קונין בה וכשיטת רש"י דהא עיקר סברת ר"ת דבהמה מיקרי כלי בשביל ההשתמשות שאפשר להשתמש בהם, מיהו הא קיי"ל דמטבע לא מיקרי כלי אע"ג שאפשר להשתמש בה ולתלותו בצואר בנו הרי חזינן שלא חשבינן כלי בשביל ההשתמשות. שם

ג) קנין שע"י חוב כל הנעשה דמים הוא דמיקרי כיון דכסף חייב לו. שם

ד) משיכה לא מהני כ"א להתחייב באונסי חפץ הנמשך אבל שיהא חפץ נקנה ג"כ לאידך דאם משך חפץ אחד יהא נקנה אידך ממילא בכ"מ שהוא, זה לא אמרי', מיהו היינו דוקא כשהחליף עמו חפץ זה על חפץ אחר שאינו ידוע דבזה אמרינן כיון דהחפץ השני לא נקנה עוד לגמרי למוכר להכי אם נגנבו או נאבדו חייב לתת לו חפץ אחר אבל כשהחליף עמו על חפץ הידוע, נהי שאינו ברשות המוכר מ"מ חפץ אחר נ"ב אין חייב לתת לו מטעם שלא נתחייב לתת לו כ"א זה החפץ הידוע. אלא דהטור הביאו הרמ"א פסקו להיפך דכשהחליף על דבר שאינו ידוע ותלוי קנין זה בדבר הידוע וכיון שעל אותו חפץ השני שלא משכו עוד השני לא קנה אותו, ממילא שגם זה המושך לא קנה נמי חפצו הנמשך כיון שתלוי הקנין זה בזה. שם

ה) ע"י זה דיכול לנתק החפץ ולהביאו לידו, לא חשיב זה כאילו כבר בא לידו, אלא שעי"ז נוכל לבטל רק יד התופס ולומר דכיון שיכולים לנתק מידו הוה כמו שאינו תופס בזה. ומשו"ה לגבי קנין דלא בעינן דוקא שהסודר יבוא לרשות המקנה או לידו ולא בעינן כ"א שיעשה מעשה הקנין בסודר עד שיקנה אותו וכיון שאוחז בסודר קצת וגם יכול לנתק השאר הרי קנין הגבהה יש כאן למעלה הקנין כבר נגמר אלא משום דכל זמן שהסודר הוא ביד הקונה ואין מועיל מעשה הקנין של זה דאין יכול לקנות מה שביד חבירו ולהכי

נצרך לנו לבטל תפיסת יד הקונה, בזה אמרי', שפיר כיון דיכול להביאו אצלו ולנתקו מיד התופס הוה כאילו אין מונח ביד התופס אלא כמונח במקום הראוי לקנין ומהני מעלה הקנין של המנתק, אבל גבי גט דבעינן שהגט יגיע לידה וע"ז לא יוכל להועיל סברא דיכול לנתקו לחשוב כאילו כבר ברשותה, ומשו"ה לא מהני גם ביד בעל ומשיחה ביד האשה אע"ג שיכולה לנתק. סעיד ד

ו) קנין יד הוה מטעם רשות ולא כרש"י דיד גופא הוה מטעם הגבהה כמ"ש בכתובות. שם ז) קנין סודר כפי הנהוג אצלנו שאינו נוטלו לסודר כ"א לצורך קנין ולא לחלוטין בתורת שווי, לאו דין מוסכם הוא דמהני ולכמה ראשונים סוברים שצריך שיטלנו לסודר דוקא ע"מ לזכות בו לחלוטין ואם נוטלו ע"מ כן ואח"כ מחזירו מרצונו שפיר דמי, אבל ליטלו לצורך קנין לחוד לא מהני. שם

ח) חליפין דשוה בשוה מטעם כסף הוא ומהני אפי' במקום שמתורת חליפין לא מהני כגון בפירי ומטבע, מיהו רש"י ותוס' יפלגו בזה. שם

ט) הנותן מתנה לחבירו ומסרו לידו ואח"כ אמר איזה תנאי במתנה לא מהני אפי' אם הוא תוכ"ד אין בתנאי זה כלום, מיהו אם לא מסר עוד המתנה ליד המקבל. רק שעשה קנין, אעפ"י שקנה אותה מ"ם תוכ"ד יכול לחזור ולהטיל בו תנאי. סעיף ז

י) שאלה ושכירות אינם נקנים בקנין סודר. סעיף ט

יא) הא דמהני סודר של עדים לגבי קנין אע"ג דבעינן סודר שלו, היינו מטעם שליחות ולא כמ"ש הקצוה"ח דהוה מדין עבד כנעני. סעיף יא

יב) אין שליח לדבר עבירה לא שייך כ"א בשליח ממש, אבל בזכייה שהוא מטעם שליח מהני אפי' בדבר עבירה. שם

**סימן קצו**

א) עבד כנעני נקנה בחליפין אבל לא קונה עצמו מיד האדון בחליפין, מיהו דוקא בחליפין כאלו שבאים רק לחזק את הקנין ואינו נותן הסודר לחלוטין, או גם כשנותן לחלוטין ואין הסודר שוה פרוטה, אבל כשיש בו שו"פ ונותנו לחלוטין מהני מיהא מתורת כסף. סעיף א

ב) בעבדים מועיל גם קנין קרקע דהיינו כסף וגם קנין מטלטלין דהוה משיכה.

ג) עשה העבד מלאכה כזו לרבו שאינה בשמוש גופו אם כי אינה החזקה לשי' הרא"ש, מיהו היינו דוקא אם אינו ניכר שמלאכת אדונו הוא עושה כגון שתפר לו בגד וכיו"ב. ושמא שבגד שלו גופא תופר ולא של אדון, אבל אם ניכר שמלאכת אדון הוא עושה כגון שהאדון הולך למרחץ והעבד הולך עמו ביחד ומוביל כליו בכה"ג הוה חזקה. סעיף ד

**סימן קצז**

א) הא דאמרי דמסירה עדיף ממשיכה ואינו קונה במשיכה לבהמה לשי' רש"י. היינו דוקא משיכה כזאת שאינו מושכה כ"א לצורך קנין אבל לא שיקחנה לחלוטין אל ביתו, אבל היכי שמושכה ולוקחה להביאה לביתו לחלוטין משיכה כזאת עדיפא עוד ממסירה, סעיף א

ב) שלשה סוגי רכוב יש זה למעלה מזה רכוב לחודי', שהבהמה לא עקרה יד ורגל ולא זזה ממקומה רק שהרוכב יושב עלי' ותפוס בה וברוכב כזה לא נמצא שום מעלה זולת מה שתפוס בה, למעלה מזה רכוב במקום מנהיג, שאע"ג דבהמה הולכת ע"י כח המנהיג מ"מ ודאי דאזלא נמי פורתא מחמת הרוכב דכשהבהמה מרגשת שאדם רוכב עליה היא מהלכת נ"כ, וברכוב זה נתוסף מעלה מה שהבהמה אזלא קצת מחמתי' ורק כמנהיג ממש לא חשיב כיון שבלתי סיוע הרוכב ג"כ הוה אזלא ע"י כח המנהיג. וא"כ לא הועיל כלום בסיועו, למעלה מזה רכוב במקום שהבהמה הולכת רק מחמתו ואין אחר מנהיג עמו, ואי"ל שבאופן זה יצא מסוג רכוב ובא לכלל מנהיג דמ"ש הוא ממנהיג כיון שהבהמה הולכת רק על ידו דמ"ש מהנהיגה בקול, די"ל דשאני ושאני דמנהיג לא מיקרי כ"א כשעשה איזה פעולה בכדי שתלך והנהיגה בקול נמי הוה מעולה שלו, אבל הכא שאין הרוכב עושה שום פעולה בעצמו ורק הבהמה מחמת שתרגיש שאחד רכוב עליה מהלכת לא נוכל לקרותו בשם מנהיג והכל מסוג רכוב הוא, והדין כן הוא, רכב והבהמה עמדה על מקומה לכו"ע לא קנה, והיכי דאזלא מחמתי' להרא"ש והטור גם בזה לא קנה. ולרי"ף ורמב"ם קונה בכה"ג, ולשי' הריצב"ש קונה להרי"ף גם ברכוב ובהמה עמדה במקומה דקנין רכוב אין זה מטעם משיכה כ"א במה שיושב עליה והבהמה תפוסה בין רגליו, זה עצמו הוה כקנין. סעיף ג

ג) רכוב קניא ברה"ר אע"ג דהקנין מטעם משיכה הוא ומשיכה לא קנה ברה"ר, מ"מ הטעם דמשיכה לא קנה ברה"ר משום דלאו אורחא למשוך ברה"ר כדי שלא יפסיקוהו עוברי דרכים ולא כהרשב"ם דהטעם הוא משום דבעי' שימשוך לרשותו, ולכן בכה"ג דרכוב הוא וליכא חשש דיפסקוהו, שפיר קונה גם ברה"ר. סעיף ה

**סימן קצח**

א) הא דאמרי' דמעות אין קונה היינו דוקא במעות מזומן אבל בשוה כסף קונה קנין גמור גם לדין, דבשוה כסף הוה מלתא דלא שכיחא ולא גזרו רבנן. סעיף א

ב) למ"ד מעות קונה מה"ת לא בא למעט דשום קנין אחר זולת מעות אין קונה, אלא בא למעט כ"א משיכה ושארי קנינים שלא הכניס עוד לרשותו דלא קנו אבל יד וחצר קנו, ודלא כהקצוה"ח דסובר דלמ"ד זה לא קנה בשום קנין זולת מעות. שם

ג) למ"ד ד"ת מעות קונה אע"ג דחז"ל עקרו לקנין זה ותקנו משיכה. היינו דאם בא לחזור יכול לחזור אבל כ"ז שלא חזר הוה קנין גמור גם מדרבנן, משום דעלינו להעמיד לכ"א על חזקת כשרות דודאי לא יחזור ויקבל מי שפרע, מיהו היינו דוקא לר' יוחנן דסובר מה"ת מעות קונה, והמי שפרע ניתן כדי שלא יחזור אבל לר"ל דמעות אינו קונה, והמי שפרע היא רק לחייבו שיעשה קנין א"כ כ"ז שלא עשה קנין גמור אכתי לא קנה, ונ"מ דלר' יוחנן אם קידש הלוקח בהחפץ הוה קדושין גם מדרבנן, דכ"ז שלא חזר קנינו קנין גם מדרבנן ולר"ל אינה מקודשת. שם ד) בקנין הגבהה אי בעינן שיעשה הקונה פעולת ההגבהה היינו שיגביה החפץ יותר ממה שהיה מונח בתחלה ואפי' אם החפץ מונח ע"ג מקום גבוה ג' טפחים אפ"ה אם לא הגביה יותר לא קנה דנהי דלבוד לא שייך בכה"ג כיון דבלא"ה מונח ע"ג מקום גבוה נ"ט אפ"ה גם פעולת ומעשה הגבהה ליכא, או דלמא הא דבעי' ג"ט לרש"י וטפח לר"ת היינו כשהחפץ מונח ע"ג קרקע ובכדי שיצא מתורת לבוד אבל כשהי' מונח מתחלה ע"ג מקום גבוה ונטלו הקונה בידו אעפ"י שלא הגביהו יותר מכפי שהי' מתחלה נמי סגי מחלוקת הראשונים בזה. ומסתבר דבעינן פעולת הגבהה דוקא ואפ"ה בגט לא בעינן שתגביה האשה דוקא למעלה או הבעל בשעה שקונה הקלף א"צ שיגביה דוקא, וכן באתרוג משום דהתם כיון שתופסים ביד הוה הקנין מטעם יד וביד א"צ להגבהה. סעיף ב ה) הא דלוקח יכול לחזור כשלא משך אפי' אם בא לחזור לאחר שנשרף כשאין החפץ שוב בעולם נמי מצי לחזור. אכן בצל המאור סובר שדוקא קודם שנשרף יכול לחזור אבל לאח"כ כיון שאין החפץ עוד בעולם א"י שוב לחזור. סעיף ה ו) במקום דליכא למיחש לדליקה קונה שפיר במעות ול"א לא פלוג רבנן ודלא כהש"ך. שם

**סימן קצט**

א) אם הלוקח לא נתן על המקח כ"א מקצת מעות דלא שייך החשש דנשרפו חטיך דהא המוכר טרח ומציל כיון שלא קבל כל המעות בכה"ג קונה שפיר במעות קנין גמור ודלא כהנתיבות. סעיף ג

ב) אם לא קנה מחבירו כ"א חלק מהחמץ וחלק נשאר עבור המוכר י"ל נמי דבכה"ג קונה קנין גמור, דהא המוכר יטרח להציל בשביל חלקו. שם

ג) גם בהקדש וצדקה בעינן לקנין מעות דוקא ולא קני מטעם אמירה לגבוה, דלא שייך אמירה לגבוה כ"א אם מכוון להקדיש אבל באומר למכור דבר להקדש כיון שאין כוונתו להקדיש לא הוה אמירה כמסירה.

**סימן ר**

א) גם למ"ד קרקע אין נקנה בחצר, היינו קרקע ממש אבל דבר שעומד ליתלש מן הקרקע או תלוש ולבסוף חיברו נקנה שפיר בתורת חצר. סעיף א

ב) במכר ומתנה בעינן שהחצר יהיה בשומר לדעת המוכר לכו"ע ודלא כהקצוה"ח שכתב דבמתנה ומכירה לא בעינן משתמר משום כיון דאין שום אדם יכול לזכות בו כ"א מדעת המקנה נמצא שהוא משתמר ממילא משאר בני אדם כיון שאין שום אדם יכול לזכות בו בלי דעת המוכר. שם

ג) חצר משתמר לא מיקרי כ"א כשעומד בתוך החצר אבל עומד חוצו לא. שם

ד) צדדתי לדון דבמכר לא מהני קנין ד' אמות מטעמים המוזכרים בפנים בארוכה. שם

ה) הא דקיי"ל כליו של אדם קונים, אפי' כלי שאין לה תוך כגון מחצלת נמי קנה. שם

ו) לאו דוקא כלי אלא אפי' היה לאחד ערימה של פירות ונפל דבר הפקר לתוך הערימה קונה לו הערימה כמו כלי, שם

ז) אפי' לשיטת רש"י דאויר כלי אינו קונה היינו דוקא באויר כלי למעלה ממחיצות, אבל אם הגיע לאויר מחיצות אצ"ג שלא הגיע עוד לשולי הכלי מהני לקנין, וגם לא בעינן שכל החפץ יהי' מונח בכלי אלא אם קצה האחד נגע בשולי הכלי ושאר ארכו של חפץ עומד באויר קונה נמי. שם ח) הא דקיי"ל חצירו קונה לאדם שלא מדעתו היינו דוקא בחצר כזה שאיתרבאי מתורת שליחות ולכן דייניגן בו כדין שליח גמור שיקנה בלא כוונת הבעלים דזכין לאדם שלא בפניו אבל בחצר שהוא מתורת יד דייניגן בו כשארי קניגים דיד משיכה והגבהה דבעינן דוקא כוונה. סעיף ח

**סימן רא**

א) אם כי מדינא כסף אין קונה קנין גמור מ"מ כיון שנהגו הסוחרים לקנות על ידו קונה שוב קנין גמור לא מדין כסף כ"א מדין דסטומתא, וגם מדין כסף אפשר שיקנה כיון דלא שייך בכה"ג שנתן רק מקצת דמים החשש דשמא יאמר נשרפו חטיך דהא המוכר טרח ומציל כיון שלא קבל כל הטעות. סעיף א

**סימן רב**

א) הא דחידש הש"ך בשם המרדכי דחצר אינו קונה כ"א כשהי' כבר חצירו ואח"כ הכניס המטלטלין לתוכו משא"כ במקום דחצירו ומתנתו באים כאחד, היינו דוקא במטלטלין שיש להם בעלים והקונה צריך לעשות בזה שתי פעולות להוציאן מרשות המקנה וגם להכניסן לרשותו, ולכן בשלמא אם החצר הי' שלו מקודם הרי בהכנסת המטלטלין לרשותו עושה שני הפעולות כאחת דבלקיחה שלקחן ממקום שהונחו שם הוציאן מרשות המקנה ובהכנסתן לחצירו הביאם לרשותו, אבל אם היו המטלטלים

מונחים מקודם בחצר א"כ נהי דעכשיו מונחים ברשות הקונה כיון דהוא קנה החצר אבל מי הוציאן מרשות מקנה אחרי שמונחים עתה כמו שהיו מונחים מקודם ולא נעשה בהם שום פעולה לצורך הוצאתן מרשות בעלים, וכ"ז הוא במטלטלים שיש להם בעלים והקונה צריך להוציאן מרשות המקנה אבל בדבר הפקר שא"צ כ"א להכניסן לרשותו מהני אפי' כשמונחים מקודם בחצר הזה. סעיף ב

ב) קנה מחבירו בהמה וכלים לא קנה הכלים במשיכת הבהמה כיון שאין משיכתן שוה. דבהמה הולכת מעצמה והכלים צריכים בגרירה, אכן אם הבהמה כפותה וגם הבהמה צריך לגרור קונה הכלים במשיכת הבהמה כיון דמשיכתן שוות. שם

ג) אפי' מאן דסובר דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא היינו להוציא מחזקת בעלים, אבל היכי דליכא חזקת ממון וכגון בדבר הפקר מהני קנין דרבנן אף לדאורייתא וכן במקום שאין לבעלים כ"א טובת הנאה מהני נמי קנין דרבנן. שם

ד) כמה ראשונים סברי דחזקה תלוי בקנין, ודבר שאין מועיל לקנות על ידו, לא מיקרי גם מוחזק, והרא"ש וסייעתו דאפי' בכה"ג מוחזק מיהא מיקרי. סעיף יג

**סימן רג**

א) אע"ג דאין מטבע עושה ולא נקנה בחליפין, היינו דוקא שארי מטבעות של כסף או נחשת אבל מטבע של זהב עושית ונקנית בחליפין כשי' רה"ג. סעיף ג

ב) הא דהלואה אינה נקנית באגב היינו דוקא היכי שההלואה אינה תו בעין דכבר הוציאה בהוצאה אבל כשהוא עדיין בעין ביד הלוה מהני אגב. סעיף ט

**סימן רד**

א) מי שחוזר מחמת שהוזל אין מקבל מי שפרע לשיטת ר"ת ולרש"י כשלקח צ"מ ליטול לאחר זמן והוזל בינתים נמי אינו מקבל מי שפרע וכ"ש היכי שיש הפסד לגמרי דיכול לחזור לכו"ע. סעיף ב

ב) ריבית קצוצה אין מחויב להחזיר כ"א כשהלה תובעו שיחזיר לו אבל מעצמו אין מחויב להחזיר. סעיף י

**סימן רה**

א) אחד שאנס לחבירו למכור לו שדהו עד שאמר המוכר רוצה אני, אע"ג דהמכירה קיימת כדין תלוהו וזבין. אבל מידי איסור דלא תהמוד אינו ניצול אע"ג דאמר המוכר רוצה אני, והמכירה מיהא קיימת ולא אמרי' בזה כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אעל"מ כיון דנתן דמים הרי זה דומה לגוזל צמר ועשה בגדים דאע"ג שעשה איסור אפ"ה כי איכא שנוי אח"כ קננהו בשינוי וכמ"ש המ"מ, סעיף א

ב) במכר מהני קניית אונס אפי' בלא אמר רוצה אני. שם

**סימן רז**

א) מכר קרקע והתנה המוכר שאם יהי' לו מעות תחזור ותמכור לי נמי אסור הלוקח לאכול פירות ודלא כמ"ש הנו"ב שדוקא באם התנה דאם יהי' לו מעות יחזיר לו בלא קנין. דהיינו שיבוטל המקח למפרע בזה הוא דאסור ללוקח לאכול פירות דבכה"ג כיון דנתבטל המקח למפרע נמצא דהמעות הלואה בידו אבל אם אמר לכשיהי' לי מעות תחזור ותמכור דנמצא שאף בחזרת המעות אין כאן ביטול מקח למפרע ועד עתה מכירה גמורה היתה דשרי.

ב) הלוהו על שדהו וא"ל אם לא תפרעני עד ג' שנים יהי' השדה שלי מעכשיו לא הוה אסמכתא אפי' משכנו שלא בשעת הלואתו, והתנה כן בשעת נתינת המשכון. סעיף ט

ג) הלוהו צל שדהו וא"ל אם לא תפרעני עד ג' שנים יהיה השדה שלי מעכשיו אסורין שניהם לאכול הפירות, המלוה דהוא הלוקח ודאי דאסור דשמא יבוא לפדותו תוך ג"ש ויהי' הלואה למפרע והפירות יאכל בתורת רבית. אלא אפי' המוכר דהוא הלוה נמי אסור אע"ג שאפי' אם לא יביא המעות ותוחלט השדה ביד הלוקח נמי אין כאן רבית כיון שהמוכר לא הלוה כלום ללוקח דנימא דבשכר ההמתנה הוא אוכל, אפ"ה אסור גם הוא לאו משום רבית אלא משום ביטול האסמכתא דאם המוכר יאכל הפירות הדר הו"ל אסמכתא אפי' בדאמר מעכשיו ומטעמים המבוארים בפנים, ודלא כהסמ"ע שכתב דרק הלוקח אסור בפירות, אלא שניהם אסורין ומשלשין את הפירות. שם

ד) אם אמר לו אם לא אפרע לך לא יהא לך פרעון אלא מזו הוה אפותיקו ולא יוכל לסלקו גם במעות, הכי הוא שי' רש"י וחולק על הרא"ש דסובר דדוקא בקרקע אחרת א"י לסלוקי אבל במעות יכול לסלקו. שם

ה) כל היכי דלא קנה השדה משום אסמכתא מנכה כל הפירות שאכל אפי' הפירות שאכל תוך ג' שנים, לשי' רש"י, ודלא כהרא"ש שפירות דתוך ג' אינו מנכה. סעיף י

ו) אסמכתא לא הוי כ"א במקום שהגוזמא שנתחייב זה ליתן אין זה עיקר רצון וחפץ המקנה והקונה שזה רוצה להקנות וזה רוצה לקנות הגוזמא הזאת אלא שהגוזמא הוא רק הבטחה וערבון שע"ז יקוים עיקר חפצם, וכגון בההיא דאם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי דעיקר מטרתם לא הי' כ"א שיעבוד השדה ולא יובירה והגוזסא הוא רק בטחון שיהי' בטוחים על חפצם ומשו"ה אמרי' דבאמת לא נתכוון כלל להיות גמר ומקנה, משא"כ היכי שהגוזמא הוא עיקר מטרתם כגון במשחק בקוביא, דמה שהבטיחו זל"ז אין זה להבטחה בעלמא כ"א זהו עיקר מטרת התנאי, בזה לא שייך לומר דלא גמר ומקנה דאם הוא לא גמר ומקנה, גם מחבירו לא יקבל וא"כ כל עיקר עסק התנאי למה בא. סעיף יא

ז) אפי' תנאי דלא גזים הוה אסמכתא דכל דאי הוה אסמכתא אפי' בלא גזים ואין ללמוד מהש"ס דמחלק התם גזים הכא לא גזים דמשמע לכאורה דבלא גזים לא הוה אסמכתא, דאין ראי' מהתם כמ"ש בפנים. סעיף יד ח) נדר או נשבע ליתן לאחד מתנה ומת המקבל אין צריך ליתן לבניו כיון דשבועה אינו עושה קנין א"כ אינו חיוב אלא למקבל גופי' ולא לבניו ודלא כהקצוה"ח. סעיף יד

**סימן רט**

א) מכר לחבירו ערימה זו בכך וכך, אם המוכר ידע כמה יש בערימה זו או הלוקח ידע כמה מעות יש לו. יש בזה אונאה. אבל אם שניהם לא ידעו, המוכר לא ידע משיעור התבואה והלוקח לא ידעו סכום המעות אין בזה אונאה. סעיף א

ב) אם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם שיקנה כשיהי' בעולם קנה אעפ"י שעכשיו בשעת הקנין אינו בעולם. סעיף ד ג) הא דאמרי' מתנה על מ"ש בתורה תנאו בטל, היינו כשמתנה צד הזה שאין הדין לטובתו וכגון הבעל שהתנה ע"מ שאין לך עלי שאר וכסות דהדין הוא לטובת האשה והמתנה הוא הבעל, בכה"ג תנאו בטל אבל אם האשה היתה מסלקת עצמה משאר וכסות קודם הנשואין מהני דהוה כאומרת אי אפשי בתקנה הזאת, דאפי' דרך תנאי תועיל זה דכל האומר אי אפסי בתקנה אפי' בדאורייתא שומעין. סעיף ו ד) בדבר שבממון אפי' אם אומר ע"מ שאין לך עלי דין אונאה נמי מהני לשי' רש"י וכהקצוה"ח. שם

ה) הא שכתב הרמ"א דבדבר שלב"ל אם רוצה לקנות מקנה, היינו כשהדבר שרוצה לקנות הוה נמי ז' שלב"ל ובזה אמרי' דכיון שרוצה שיחול הקנין על הדבר שלב"ל של חבירו מקנה לו ג"כ את הדשלב"ל שלו, דאי לא מקנה לחבירו את הדבר שלב"ל שלו לא יוכל לקנות את של חבירו דהוה נמי מסוג זה אבל אם הדבר שרוצה לקנות מחבירו הוא דבר הבא לעולם שראוי לחול בו הקנין לא שייך סברא זאת ודלא כהחת"ס שכתב דהיכי דמצד אחד הוה דבר הבא לעולם כ"ש דמהני. שם

**סימן ריא**

א) הא דקיי"ל דאם אמר מה שאירש מאבא מכ"ר לך דלא אמר כלום לאו דוקא היכי שלבסוף יירש דבן דירושה ממילא אתי וליכא אומדן דעת דניחא לו לאוקמי קמי לוקח, אלא אפי' אם זבנה הבן מאביו אמרי' נמי דלא קנה ואע"ג דטרח וזבנה, לא אמרי' דלאוקמי קמי לוקח בעי ומהני ודלא כהרמ"א דפוסק דאע"ג שאין אדם מקנה דבר שלב"ל מ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שצריך לקיים מקחו. סעיף א

ב) אפי' אם פירש ואמר שדה זו לכשאקחנה קנוי' לך נמי לא קני ודלא כהפ"ש שכתב דהא דלא מהני היינו כשאומר שדה סתם אבל שדה זו מהני. שם

ג) אם מכר נכסים שיירש מאביו בשעה שאביו גוסס מהני המכירה מצד הדין ולא רק מצד תקנת חכמים משים כבוד אביו, מיהו היינו דוקא גוסס שאינו שפוי בדעתו, אבל גוסס השפוי בדעתו לא מהני המכירה כ"א כפני כבוד אביו אבל מן הדין לא מהני. שם
ד) בירור הדין במי שיש לו משכון ביד אחר אם יכול להקדיש ולמכור, ואם שכירות שוה למשכון. סעיף ז

**סימן ריב**

א) המקנה לחבירו אכילת פירות דקל, אם עדיין ליתנהו לפירות בעין לא קנה אבל כשאיתנהו בעין קנה שפיר ולא אמרינן דאכילה אין זה ממש ואין מקום לחול הקנין, וכמו ידור פלוני בבית דלא מהני מה"ט דהכא שאני דכיון דאיתנהו לפירות בעין אמרי' דגוף הפירות הקנה לו. סעיף א
ב) מ"ש הרמב"ם דמקדיש דשלב"ל אע"ג שאינו קדוש אפ"ה חייב לקיים דברו הטעם נדר. אין זה מוכרח, דהראי' שהביא הקצוה"ח דחיתי. סעיף ז

**סימן רטז**

א) מכר לחבירו ארעא וגם דיקלי, ושוב לא נמצאו דיקלי בארעא זאת, אם הלוקח מרוצה לקיים מקח הקרקע ולנכות בעד הדיקלי יכול לכוף למוכר ע"ז, ולא אמרי' כיון דלוקח יכול לחזור אם ירצה, הוה"ד המוכר נסי מצי לחזור כמו באונאה דאמרי' הכי דשאני התם דהאונאה איכא בגוף דבר הנמכר, אבל הכא שבעצם הקרקע אין אונאה, והדקלים הוא מלתא אחריתא שאינם אלא תנאי במכירה, משו"ה יכול הלוקח לכוף למוכר לקיים מקחו אם מה למחול על התנאי, אבל כשמכר לו ארעא בדיקלי. ל שפל הקרקע זאת גופא יהי' דיקלי, ונמצא דכשאין דקלים עליה הוי זה חסרון בגוף הקרקע, בכה"ג יכול גם המוכר לחזור אפי' אם הלוקח מרוצה וכמו באונאה. סעיף ז

**סימן רכ**

א) מכר הצמד לא מכר הבקר ואין הדמים ראיה, מיהו אם הלוקח כבר משך הצמד והבקר ולא נתן עדיין כל הדמים יש לדון דהדמים ראיה דכמו כשרוב מסייע לדמים אמרי' הדמים ראיה הוה"ד נמי דחזקת ממון שהלוקח מוחזק מסייע וכמ"ש התוס' בב"ק דכל שהרוב או חזקת ממון מסייע לדמים אמרי' דמים מודיעין, ולכן לשיטת הטור דסובר דרוב מהני לסייע הוה"ד חזקת ממון נמי ודלא כמ"ש הסמ"ע בשם הטור דאפי' אם הלוקח מוחזק נמי לא אמרינן הדמים ראיה. סעיף ח

**סימן רכב**

א) נאמן בעל המקח כבי תרי לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי בד"א אם בעת המכירה באו שני הלוקחים אצל המוכר ושניהם התחרו לקנות ובכה"ג שהמוכר ראה שניהם

בתחרים עליו לחשוש שמא יפול אח"כ סכסוך ביניהם, בודאי ידייק שפיר ממי יקבל הכסף ומי הוא הלוקח האמיתיי בכדי שלא יעמוד במי שפרע אם לא ימסור להלוקח שקבל מעות ממנו אבל אם בתחלה לא בא אצל המוכר אלא לוקח אחד ומאתו קבל הכסף ואליו מכר החפץ ואח"כ יבוא השני לטעון שהוא היה הלוקח ושזה המוחזק חטף אותו החפץ, בכה"ג לא רמיא כלל על המוכר למידק דכי יכול להעלות צל הדעת שיפול סכסוך בזה, וכיון דלא רמיא עלי' למידק אינו נאמן יותר מעד אחד. סעיף א

**סימן רכג**

א) המחליף פרה בחמור וטוען בעל הפרה שילדה קודם שמשך החמור וברשותו ילדה ובעל החמור אומר אחר משיכת החמור ילדה על הלוקח להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע המוכר שבועה דאורייתא, כדין מודה מקצת והילך לא שייך בזה, כיון דתבע ממנו פרה מעוברת והודה לו ריקנית שאין זה מה שתבע ממנו. אכן במוכר שפחתו וילדה לעולם אין נשבע שבועה דאורייתא אפי' למ"ד נשבעין על העבדים משום דהוה חילך אם לא בשקטע לידע דשפחה אבל בלא קטע הוי זה חילך וטעם החילוק שבין פרה לשפחה עמ"ש בפנים. סעיף א

**סימן רכה**

א) גם בחליפין אמרי' אחריות טעות סופר כמו במכירה ודלא כבעל עבוה"ג וצ"צ דמחלקי בין מכר לחליפין ובחליפין לא אמרי' אחריות ט"ס ודחיתי ראייתם. סעיף א

ב) הנותן מתנה לחבירו ובא בע"ח של הנותן וטרפה ממקבל אין המקבל יכול לתבוע לנותן ואין המקבל יכול לומר הרי פרעתי חובך ומשתרשי לך, ולא דמי לנותן בית לחבירו ואח"כ שרפו דפשיטא דחייב לשלם למקבל בעד הזיקו דהתם כיון דבשעת נתינה הי' הבית של הנותן ולא הי', משועבד לשום אדם והי' לו הרשות לתתה לכל מי שירצה וכי נתן ברשות נתן וזכה בה המקבל בדין ולכן כי חזר הניתן ושרפה ודאי דחייב משא"כ בבא ב"ח ונטלה דמתחלה לא הי' לו רשות לתת המתנה כיון שכבר משועבדת לזה בחובו וכי זכה בה המקבל שלא כדין זכה ומשו"ה אינו חייב לשלם לו. שם

**סימן רכו**

א) המוכר שדה לחבירו ויצאו עליה עוררין יכול הלוקח לחזור ושום אחד מן הקנינים אין מועיל בזה כיון דאדעתא דהכי לא קנה, ורק אם לאחר שנודע ללוקח מהעוררים דייש אמצרי, שזה הוי גלוי דעת דלא קפיד בזה, או א"י שוב לחזור. סעיף ה

## הלכות אונאה ומקח טעות

### סימן רכז

א) כשם שאין לוקין על לאו דגזל משום דניתן להשבון כך אין לוקין על לאו דאונאה אע"ג שלא ניתקו הכתוב בהדיא כמו שניתקה בגזל והשיב וכשיטת הרמב"ם וטור, ודלא כתוס' דס"ל דלוקין. סעיף א

ב) מכר שוה ס' בנ"א או להיפוך שוה נ' בס' פחות מעט דליכא זה אונאת שתות ולגבי אחד הוי מחילה ולשני ביטול מקח אזלינן בתר המקח ודלא כהפוסקים שגם בכה"ג דין אונאה משום דאין סברא דבמכר פחות מס' שיהא ביטול מקח ובס' יהא אונאה. סעיף ד

ג) הא דכתב רש"י דאין אונאה לפרוטות וכיון דאפיקתי' מפרוטה בעי' מטבע כסף ואיסר הוא הפחות שבכסף כוונתו דכל המקח לא יהי' פחות מאיסר אבל אם במקח יש איסר הוי אונאה אפי' במעט יותר מפרוטה, ולא בעינן שאונאה גופא יהא אוסר. סעיף ה

ד) בפרוטה גופה לא רק שאין חיוב להחזיר האונאה,

אלא אפי' איסורא נמי ליכא כיון דדרך מקח וממכר הוא. שם

ה) למאן דסובר דאסור להונות בפחות משתות נמי, היינו דוקא כשהלוקח לא ידע שיש אונאה אבל אם ידע שנתאנה וקבלה אין בזה שום איסור, ואע"ג דבאונאת שתות חייב להחזיר אפי' כשידע הלוקח שנתאנה. היינו דוקא באונאת שתות ולענין להחזר האונאה אבל בפחות משתות לענין איסורא כיון שידע וקבלה ליכא שום איסור. סעיף ו

ו) מי שנתאנה יכול לתבוע אונאת אפי' כשידע מתחלה שיש בזה אונאה אכן היינו דוקא בשיעור אונאה, אבל אם נתאנה באופן שיש ביטול מקח אמרי' דכיון דידע סבור וקביל ולא מצי תו לתבוע, והחילוק שביניהם פשוט דבאונאת שתות כיון שהמקח קיים, עביד אינש לעשות כן אם רצונו להשיג חפץ זה יתן מתחלה יותר מכדי שוויה אדעתא שיתבענו אח"כ, אבל במקום שאם יתבע יובטל המקח לא שייך לומר דאדעתא דלתבוע נתן דא"כ לאיזה צורך קנה כיון דס"ס לא ישאר החפץ תחת ידו. סעיף ז ז) מחלוקת דר' יהודה ורבנן אם יש אונאה לתגר היינו דוקא בתגר שהוא ספסר שמוכר וקונה בכל שעה וי"ל דמכר בזול משום דאיתרמי לי' זבנתא אחריתא, ומשו"ה אמרי' דידע ומחל, אבל תגר שאינו סיפסר דלא עביד לקנות בכל שעה לא אמרי' דמחל, ואע"ג דידע שיש בו אונאה סבור הי' לתבוע אונאתו ואפי' לר' יהודה יש בו אונאה. סעיף יד

ח) אע"ג דלוקח יכול לתבוע האונאה אפי' כשידע שיש בו אונאה אכן היינו דוקא כשלקח סתם אבל אם אמר בפירוש שמקבלו במקח זה משום דלדידי' שוה אין יכול תו לתבוע ודמי לכהן שאמר בפירוש לדידי שוה ה' סלעים דבנו פדוי אפי' אם באמת אינו שוה דבתר דידי' אזלינן. סעיף טו

ט) מכר מטבע לחבירו ונמצא רעה אינו מחויב המוכר להחליפה אם אינו מכירה. ואפי' קודם שיעור שיראה לשולחני ודלא כמ"ש בס' מ"ה דתוך שיעור כדי שיראה אפי' אם אינו מכירה מחויב לקבלה. סעיף יז

י) הלוקח בדמים אכסרה שחפן מעות וא"ל מכור לי פרתך באלו, אם הלוקח ידע כמו יש בחפניו ורק המוכר לא ידע, קנה ומחזיר אונאה דבכה"ג לא שייך לומר שהמוכר נתרצה משום הספק שמא ימצא יותר דכיון דהלוקח ידע ודאי הוא שלא יתן יותר, ואם שניהם אינם יודעים כמה יש בחפניו. אינם יכולים לתבוע האונאה דכ"א נתרצה מספק שמא ימצא יותר. סעיף יט

יא) אין לוקין על אונאת קרקע אפי' למ"ד דלא נתמעטו כ"א מהשבה אבל אי אית בהו אפ"ה אין לוקין דכיון דלצאת ידי שמים מחויב להחזיר האונאה כיון דאית בהו איסורא, משו"ה מיקרי זה לאו הניתן לתשלומין שאין לוקין עליו. סעיף כט

יב) הא דאמרי' שליח שנתאנה אפי' בכל שהוא בטל מקח דמצי אמר לו לתקוני שדרתיך כו'. היינו דוקא בשליח אבל פועל ועבד דהוי מטעם יד לא מצי למימר הכי. שם

יג) תלוש ולבסוף חיברו הוי כקרקע לענין אונאה. וגבי בית אין טענת אונאה. סעיף לב

יד) קבלנות יש בו אונאה, ואע"ג דבאונאה ממכר כתיב והא לאו ממכר הוא. ולא מיבעי לשי' הטור דס"ל אומן קונה בשב"כ, הוי זה נמי מכירה, דמתחלה זכה האומן בשבח ואם חוזרו הרי חוזר ומוכרו ואפי' לשי' הרמב"ם דאין אופן קונה בשב"כ. אכן הוא סובר דלענין אונאה לא בעי' ממכר דוקא וכמ"ש בפנים. סעיף לו

**סימן רכח**

א) מותר להחניף לא"י בדברים מפני דרכי שלום ואין בזה משום גניבת דעת הבריות. סעיף ו

ב) בדבר שיכול להבחינו ולנסותו לאלתר ולא הקפיד לעשות כן והמוכר סכר לו סתם אינו חוזר, אבל לכתחלה אסור לערב על סמך זה שיכול לטעום במקום שלא נהגו לסעום, ובסקום שכולם טועמים מותר לערב גם לכתחלה. סעיף יד

**סימן רלב**

א) הא דאמרי' דאם טעה בדבר שבמדה ושבמשקל אפי' פחות מכדי אונאה חוזר. לשיעורין נאמר דין זה, בדבר דיכול הלוקח ליהנות מן זה שקנה כמו שהי' נהנה מכולו. אז אמרי' דרך האונאה חייב להחזיר אבל המקח קיים, אבל אם הלוקח לא מצי לקבל הנאה שלימה ע"י חסרון האונאה וכגון שמכר לו בגד גדול ונמצא קטן ממדה שאמר לו, בזה המקח בטל. ועוד יש חילוק אם בקרקע המקח קיים ואינו חוזר כ"א האונאה ובמטלטלין בטל המקח. סעיף א

ב) אם נמצא מעות יתרים ובא הנותן ואמר טעיתי במנין המעות שנתתי לך, אם נמצא הטופיינא אצל הלוה במעות ההלואה שקבל מן המלוה בזה אמרי' שאם המלוה טוען ברי שטעה מחויב להחזירו דהא גוף ההלואה ודאי דחייב לשלם לו, ועל הטופיינא טוען איני יודע וחייב לשלם כדין מתושאיל"מ, אבל אם הסופיינא נמצא אצל המלוה במעות הפרעון אין מחויב להחזיר כיון דאין בזה דין דמודה מקצת. שם

ג) כל מומין שמשפיעין לרעה על גוף האדם עד שהוא חולה מהם נחשבו למום שבגלוי דאמרי' בהם דראה ונתפייס דאע"ג שעצם המום והחולי הם בפנים מ"מ כיון דמתישין כח הגוף חזותו מוכיח שחולי הוא ומדחזי ולא בדק סבת מחלתו וגם לא קפיד להתנות עם המוכר שאם ימצא מום יבוטל המקח מכלל דסביר וקביל. סעיף י

ד) המוכר בהמה לשחיטה נמצאת טרפה מחזירה למוכר וגם פטור הלוקח לשלם הפחת שפיחת הוא ע"י השחיטה אכן היינו דוקא כשפירש שלוקחה לשחיטה וידע המוכר שעומדת לכך אבל אם לקחה סתם מצי המוכר לומר לחרישה מכרתי ולא הי' לך לשוחטה. ואע"ג שהמקח בטל כיון דטרפה אינה ראוי' למלאכה אבל מחויב הלוקח לשלם מיהא הפחת שפיחת ע"י השחיטה. סעיף יא

## פסקי בעל הבתים

### סימן רמא

הנותן מתנה לחבירו על תנאי שיתן לו מאתים זוז ובאו אחרים ונתנו עבורו המאתים זוז מהני נמי והמתנה קיימת ולא דמי לקדושין וגיטין דבעי' שהאשה בעצמה תקיים התנאי ולא מהני נתינת אחרים, וכן אם הנותן חייב למקבל חוב בסך מעות כזה שמתנה עמו שיתן, סגי בהכי שימחול לו החוב וחשוב כאילו נתקיים התנאי, וכ"ש כשיש למקבל משכון ומחזור לו המשכן דסני בהכי כאילו קיים התנאי סעיף ז'

### סימן רמג

א. מותר ליתן לכהן קטן ה' סלעים של פדיון הבן דקטן זוכה מטעם דעת אחרת מקנה וכהפר"ט סעיף ט"ו ב. בהפקר לא מהני זכייה דקטן שם

### סימן רמה

האומר לחבירו אכול עמי צריך לשלם, ול"ד לקרע כסותי דפטור אם לא אתא לידו בתורת שמירה.

### סימן רנ

דעת רש"י הוא דגם בשכ"מ מהני קנין אגב סעיף י"ז

## סימן רנה
א. בהקדש לא מצי לחזור אפי' תוכ"ד וכרמב"ם ודלא כש"ך כשהשיג ע"ז סעיף ג'
ב. טעם דבהקדש לא מהני שאלה משמסר ליד גזבר שם

## סימן רנז
א. בשדה יובל רשאי לחפור בורות שיחין ומערות וכן בקונה קרקע לזמן קצוב פונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו בקנה קנין עולם. סעיף ה'

## סימן רנח
מחלוקת גדולה הוא אם בכותב לאחר ל' יום אמרי' זמנו של שטר מוכיח כמו בכותב לאחר מיתה סעיף ב'

## סימן רנט
א. עשה דהשב תשיבם אינו מוטל משעת ראי' אלא משעת הגבהה אבל כ"ז שלא הגביה לא נתחייב בעשה דהשב סעיף א'
ב. הוכחה דיאוש קונה בגזילה. שם
ג. אבידה ששטפה נהר ואבודה מכל אדם מותרת אפי' באבידת קטן אע"ג דלאו בר מחילה הוא סעיף ו'
ד. אבידה שאבודה מכל אדם מותרת אפי' בעומד וצווח, ובשארי אבידות מהני צווח מעיקרא אבל צווח אח"כ לא מהני, ודכמה פוסקים גם בשארי אבידות לא מהני צווח אפי' מעיקרא

## סימן רס
א. לא אמרי' חצירו קונה לו שלא מדעתו אלא בהפקר גמור אבל לא אבידה אפי' היכא דאיכא יאוש וכשי' וכשי' רבינו ברוך סעיף א'

## סימן רסב
א. אם מכוון המקום לומר שנפל ממנו החפץ ברה"י ולא ברה"ר הוי זה סימן מקום אע"ג שלא ידע לכוון מקום החפץ ממש סעיף ג' ב. הא דסובר אביי יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש היינו דוקא בדבר שרק מסתמא הוי יאוש, אבל דבר שודאי יתיאש בסוף גם לאביי מהני יאוש של"מ. שם
ג. לא אמרי' מקום סימן כ"א בחביות גדולות דלא מינשתפי וגם אי"א בהם דרך נפילה אבל בכדים קטנים לא הוי מקום סימן דשמא דרך נפילה הם וגם דעבידי דמנשתפי ממקום למקום סעיף ט'

## סימן רסג

מה דאמרי' דאם בשלו אינו מחזיר גם בשל חבירו אינו מחויב להחזיר היינו דוקא אם לפי כבודו באמת אין ראוי להחזיר אבל אם לפי אומדן דעתו במצב כבודו כי ראוי הוא לטפל בכה"ג בשלו ורק הוא רוצה לנהוג סלסול בעצמו להתנהג כמנהג מכובדים ולא לטפל בהשבה בשלו, בכה"ג חייב בהשבה של חבירו, דבשלו רשאי לוותר ולא בשל חבירו סעיף א'

## סימן רסד

א. אם האב חכם קצת, אז דוקא לרב מובהק יש דין קדימה נגדו, אבל רב שאינו מובהק אין לו דין קדימה, ואם אביו אינו חכם כלל אפי' לרב שאינו מובהק יש לו קדימה נגד אביו סעיף א'

ב. בשדכן מחויב לתת לו כל שכרו שהתנה עמו אע"פ שהתנה עמו לתת הרבה וכשיטת הרש"ל שחולק על הרמ"א סעיף ז' סימן רס"ז

א. הא דמחלקינן לומר דבבעלי חיים לעולם חייב משום דאנקטא ניגרא ברייתא היינו דוקא לענין אבידה שבזה נגרא ברייתא גרמו לה להאבד אבל לענין גניבה פטור שאין גורמין לה ליגנב, ולא אמרי' תחלתה בפשיעה לענין אבידה וסופו באונס גבי גניבה סעיף א'

ב. אפי' למ"ד סימנין דאורייתא ומהני לדידי' גם סימן שאינו מובהק אפ"ה אם אחד נותן סימן שאינו מובהק והשני נותן סימן מובהק ניתנין למובהק דמובהק כעדים דמי, וסימנין ועדים ינתן לעדים, ואמנם לשי' רש"י דנם סימן מובהק לא חשיב כעדים אין נ"מ בין מובהק לאינו מובהק למ"ד סימנין דאורייתא סעיף ט'

ג. אם מחויב להחזיר שבח דאבידת שנשבח לאחר יאוש תלוי בפלוגתא, לטעם הרמב"ן דבבא לידו האבידה קודם יאוש גם גוף הפרה הוי דבעלים, וממילא השבח שהשביח הוי נמי דבעלים אע"ג דהשבח בא לאחר יאוש מ"מ ס פרתו של בעלים הוא דאשבח, אכן לטעם התוס' דגוף הפרה הוי למוצא ורק דמים הוא דחייב אין שייך לחייבו כ"א הקרן שהי' בעת מציאה שנתחייב בהשבה אבל שבח הבא לאח"כ ולא נתחייב כלל בהשבה הוי של מוצא ד. הא דקיי"ל דאסור להשתמש באבידה אפי' לצורכו ולצרכה היינו דוקא היכי שעיקר התשמיש מתכוון הוא לצורכו אלא שממילא יגיע הנאה גם לצורכה וכדמשמע לשון הש"ס לצורכו ולצורכה, דעיקר הלקיחה הי' לצורכו ולצורכה ממילא אתי אבל אם נטל מתחלה לצורכה רק שממילא יקבל גם הוא הנאה פשיטא דשרי מטעם זה נהנה וזה לא חסר סעיף י"ח

ה. דבר שאינו עושה ואוכל ימכר מיד ולא ימתין כלל סעיף כ"ו

## סימן רסח

א. הא דד' אמות קונות לאו דוקא בהולך ברגליו אלא אפי' כשרוכב על החמור נמי קנה סעיף ב'

ב. חצירו של אדם קונה שלא מדעתו, הכוונה שלא בכוונתו, שלא נתכוון לקנין אבל עכ"פ בעינן שיודע במציאה סעיף ג'

ג. אם בעל החצר מעמיד שליח תחתיו אם מהני כעומד בעצמו, תלוי בפלוגתא, דלשי' רש"י דמשו"ה מהני כשעומד בצדו דאז הוי משתמר הוה"ד אם עומד שליח לשמור נמי מהני, ולתו"ח דבעומד בצדו אלים קניית השדה טפי דהוי כגופו וידו, לטעם זה י"ל דלא מהני שליח דבשליח לא שייך לומר דהחצר הוי כגופו שם

## סימן רסט

במגביה מציאה לחבירו בעינן דוקא שיאמר בשעה שמגביה דמגביה לצורך פלוני סעיף א'

## סימן רע

א. מצי לזכות העירוב ע"י בנו גדול אפי' כשסמוך על שולחנו אע"ג דלגבי מציאה דגדול וסמוך מציאתו לאב היינו משום איבה אבל בעירוב דלא שייך איבה כיון דלא זכי לנפשו מהני אפי' בסמוך סעיף א' ב. אם אחד נותן מתנה לבן גדול שסמוך על שולחן אביו ואפי' האב גופא שנתן לו מתנה לא זכה הבן, דאין לו יש לזכות לעצמו דמשום איבה לא ניתן כלל דין יד לבן הסמוך ולא בא עוד לרשותו שיהי לו זכייה בפ"ע שם

## סימן רעא

אם אחד הגביה מציאה שהיתה מונחת חציו ע"נ קרקע וחצי' ע"ג העמוד, והגביה חצי' שע"ג קרקע מהני דכיון שיוכל לנתק גם השני הוי כהגביה כולו. ובשנים שהגביהו לא אמרי' דיכול לנתק מילתא הוא סעיף א'

## סימן רעב

א. מצוות פריקה נוהגת גם באדם הטעון משא, אלא דבבהמה הטוענת משא איכא עשה ול"ת ובאדם ליכא מ"ע א"ל חיוב יש מדאורייתא ודלא כהשמ"ק שכתב דבאדם אינו כ"א מדרבנן סעיף א' ב. הא דפריקה הוי בחנם היינו באדם שהוא בטל ממלאכתו ואין לו הפסד מזה שעוסק לפרוק אבל אם הוא פועל שצריך לבטל ממלאכתו נוטל שכר כפועל בטל סעיף ו'

ג. איכא נ"מ בין מצוות פריקה לצב"ח, דבצב"ח שרי ליטול שכר, ופריקה אין רשאי ליטול שכר. שם

## סימן רעג

א. הא דאמרי' דהפקיר לעניים לחוד לא הוי הפקר היינו דוקא כשהפקירו לכל העניים אבל במפקיר הזכות נגד אחד או שנים לנוכח והפקיר בפני אותן שמפקיר להם מהני שיכולים לזכות בה. סעיף ד'

ב. הא דהפקר לא חשיב כדעת אחרת היינו בהפקר דעלמא שהבעה"ב לא בא להקנות החפץ לשום אדם, אלא שמסלק נפשו ממנו, אבל אם מכוון להקנות נמי חשיב שפיר דעת אחרת, וגם הקטן רשאי לזכות דבמקום דאיכא דעת אחרת יש יד גם לקטן סעיף ו'

ג. המפקיר צריך שיאמר בפיו שמפקיר ואם לא אמר לא הוי הפקר. סעיף ז'

ד. הלוקח דגים ממצודה של חבירו אינו אסור כ"א מדברי סופרים ולא כקצוה"ח דהוי גזל גמור משום דדגים מגביהין מכחו וקני בהגבהה, דז"א כיון דליכא הגבהת נ' טפחים. סעיף ז'

ה. טעם דחצר מהלך לא קנה אין זה משום דמהלך מהונה, אלא משום דהחצר גופא נייד. סעיף ט"ו

## סימן רעו

טובת הנאה אינה ממון, הכוונה דלא חשוב כאילו יש לו זכות בגוף החפץ להיות נתפס בקנין אלא דהוי כזכות צדדיי ואינה נתפס בקנין משיכה או חליפין דזכות אין בה ממש להיות נתפס בקנין, ודוקא במקום שצריך קנין גמור כגון במכירה ונתינה, אבל קנין הנתפס בדבור בעלמא כמו הקדש והפקר, מנהיגם בטוה"נ וכו' בירושה דגם זכות יורש, יכול לירש גם טובת הנאה סעיף ו'

## סימן רעח

הא דאמרי' דלידה לא חשוב שינוי, היינו לגבי גוף הפרה, אי חשוב שינוי לענין שיקנה גם לגוף הפרה ע"י שינוי דלידה אבל לגבי ולד גופא פשיטא דחוי שינוי מעליא, ודוקא לענין היתר למזבח לא חשיב שינוי אפי' לולד גופא משא"כ לגבי קנין, וכ"ש דלגבי בכור.

## סימן רפה

שבוי שנשבה אפי' כששמעו בו שמת אין מורידין לכתחלה ליורשיו לנחלה, רק אם ירדו מעצמם אין מוציאין מידם וכרמב"ם סעיף א'

## סימן רצ

א. למצוות ערבה אין חובטין בערבה שכבר נתחבטה ע"י אחר סעיף ט"ו

ב. אם אין כ"א יתום אחד ולקח לו האפטרופס לולב, אינו רשאי שוב בהו"ר ליקח לו ערבה, דיכול להתיר את הלולב וליקח הערבה שבלולב, וכשיש שנים ויותר לוקח להנשארים ערבה, דבמה שבלולב אינם יכולים להוציא כולם דכיון שכבר חבט בה אחד אינו רשאי השני שוב לחבוט. שם

ג. מי שנשתטה ב"ד פוסקין עליו צדקה אע"ג דתכשיט אין פוסקין שם

## סימן רצא

א. גם שומר פטור על היזק שאינו ניכר. סעיף א'

ב. שומר צריך קנין מן התורה כשהדבר הוא בבית בעלים לכו"ע, ולענין חזרה תליא בפלוגתא, לתוס' מועיל משיכה דלא מצו תו לחזור ולרמב"ם י"ל דגם משיכה לא מהני לענין חזרה. סעיף ה'

ג. שאילה בבעלים לא שייך כ"א במקום שהשעבוד של הבעלים בא מרצונו כגון שתלא ואומנא שמרצונם נשתעבדו לעשות מלאכות אנשי העיר, וכן ברב לתלמידו שמרצונו הכניס עצמו בכלל השעבוד ללמוד עמו, ובאשה לבעלה נמי הוי ברצון מה שנתרצית להנשא ולהכניס עצמו לשעבוד אבל בבן לגבי אב שלא הכניס עצמו מרצונו ורק התורה הטילה עליו חיוב ושעבוד לא שייך לומר בכה"ג שאילה בבעלים. סעיף כ"ג

ד. אשה נשואה לבעל אם פשעה בשל בנה אינה נפטרת מטעם שאילה בבעלים דכל זמן שהאב חי אינו משעובד לעשות לה תמיד דשמא בעת שצותה לעשות דבר עבורה יצוה אז האב שיעשה עבורו ומחויב להניחה כבוד אמו ולעסוק בכבוד אב וא"כ אינו משועבד לו תדיר, אבל אב שפשע בשל בן איה"נ דפטור מטעם ש"ב. שם

ה. מה ששומר שכר מחויב בגניבה ואבידה עושהו לדין שמירה בבעלים אע"ג דטרחות הגוף אין מוטל עליו שם

ו. שש"ל ואיכא עדים שנאנסה אפי' בכה"ג אינו פטור כ"א באונס דלא בא מחמת הפשיעה אבל בבא מחמת הפשיעה חייב אפי' בכה"ג דאיכא עדים ולא שייך טעם דאנת מהימנת בשבועה כיון דאיכא עדים ולא צריך שבועה סעיף כ"ו

ז. שומר ש"ל והשומר השני מיעט בשמירתו חייב אפי' ברגיל להקפיד אצלו דלא שייך אנת מהימנת היאך לא מהימן. שם ח. היכי שאינו יודע השוכר אם מתה כדרכה פטור שם ט. שוכר פרה והשאילה לאחר והשואל שלח בה יד לא מחייב השוכר כיון שלא עפ"י דבורו נעשה דדוקא היכי שלא שמרה כראוי החיוב על השוכר כאילו הי' אצלו ולא שמרה אהל אם השמירה היתה כראוי אלא ששלח בו יד מה שייך זה לשוכר שם י.

בשמירה בבעלים אינו חייב גם על שבועת השומרים דבבעלים לא הוי שומר כלל אלא כאינש דעלמא סעיף כ"ח

## סימן רצב

א. הנ"מ בין גזילה לשליחות יד דהיכי שמכוון לשלם דמים בעד מה שרוצה לחסר הוי שולח יד וכשרוצה ליטול בלא דמים גזילה מיקרי סעיף א.

ב. אם הי' שוה בשעת שליחות יד דינר ובשעה שנאנס ב' דינרין משלם שתים כשעת האונס דאע"ג דשולח יד הוי כגזלן אפ"ה לענין זה לא חשיב כגזלן שישלם כשעת הגזילה. שם ג. אם שלח יד בשמן לרי"ף ורא"ש חייב אפי' בכולו כשנטל מקצת ולרש"י ורמב"ם אין חייב כ"א במקצת שנטל, וביין הוי נמי פלוגתא ולרמב"ם דהחיוב הוא מדין שואל אינו חייב כ"א דוקא כשלא נטל המקצת תיכף רק מתחלה שלח בה יד ע"מ לטול לאח"ז המקצת אבל כשנטל המקצת תיכף איז חייב בכולו ולרי"ף גם באופן זה יתחייב סעיף ב' ד. אם בעל הפקדון ביקש מהנפקד להחזיר לו פקדונו והלה מעכב אם מברר שהי' לו ריוח ברור שהי, יכול להרויח חייב הנפקד להחזיר ההפסד דבמברר שיש לו ריוח ברור אין זה דומה למבטל כיסו של חבירו דפטור סעיף ז' ה. המפקיד פירות והנפקד לא ערבם עם פירותיו מותר לו למכור אפי, בכוי חסרונן כרשב"ג דלית לי' אדם רוצה בקב שלו, ואפי' למאן דחולק היינו דוקא בפירות משדה שלו גופא אבל בלקוחין לכו"ע מותר למכור דבלקוחין לכ"ע לא שייך טעם דאדם רוצה בקב שלו סעיף ט"ו

## סימן רצג

אם הפקיד אצל חבירו לזמן אינו יכול להכריחו לקבל תוך הזמן, ולא דמי לפועל שיכול לחזור בחצי היום, דשומר אינו עושה מלאכה בגופו רק משים עין השגחתו לא הוי זה בנדר עבודת עבד, ולא שייך ולא עבד לעבדים ועוד דשומר שאינו נוטל שכר ומשמר בחנם דרך חסד, לא הוי עבד לעבדים אלא עבד ד' הוא דמקרי, ומלאכת שמים שרי סעיף א'

## סימן רצד

כופר בפקדון נעשה עליו גזלן ופסול לעדות אפי' בדלא אתו עדים שבשעה שכפר הי' ברשותו ודלא כמחבר סעיף א'

## סימן רצה

א. אם השומר שילם לבעל הפרה שייך הכפל לשומר אפי', הי שיש עדים שנגנבה בפשיעה דבטוח הוא בקרן אפ"ה כיון דלא אטרחי' לב"ד מקנה לו סעיף ב' ב. אפי' בשומר אבידה דלא הי' בזה שום מסירה לידו מבעל אבידה אלא דמעצמו נעשה שומר,

אפ"ה אם שילם בעד הגניבה ושוב נמצא הגנב הכפל שלו, דלאו דוקא שעת מסירה גרם להקנאת הכפל אלא השעה שנעשה שימר גרם אע"ג דלא הי' מסירה. שם ג. שם דמגופה הבא לאחר ששילם השומר הוי נמי שלו שם ד. כששילם השומר לבד שקנה הכפל וכל שבח דממילא אלא אפי' גוף הפרה אינה חוזרת לבעלי, ודלא כמו שהבינו בדעת רמב"ם דגוף הפרה חוזרת. שם

## סימן רצו

אם התנה עם האשה שיקדשה ע"מ שלא יהא לה עונה ולאחר זמן קידשה על תנאי הזה הוי מתנה עמשכ"ב אע"ג דהתנאי הי' קודם קדושין, ולא דמי לשומר דמתנה שלא יתחייב, דבשומר לא שייך אין שומר לחצאין כיון דבלא"ה דיני השמירה חלוקין, אבל בקדושי אשה דדינה שוה בכל הנשים משו"ה אפי' כשהתנאי קודם לקדושין נמי לא מהני ודלא כמו שהבינו הראשונים דבכה"ג מהני ולמדו זה מלשון רש"י סעיף ה'

## סימן שג

א. אדם ששולח שום דבר לחבירו להוליכו ובתוך כך שלח לו דדרין לא הוי ש"ש כיון דמתחלה לא ירד אדעתא דשכירות סעיף א'

ב. אפי' תקפתו תנומה וניים באונס ונגנב חייב ש"ש בגניבת חייב אפי' כשהגניבה היתה ע"י אונס. סעיף ב'

ג. רועה שטען הצלתו ע"י רעים בשכר צריך לישבע שלא הי' יכול להשיג כ"א בשכר וכמה הוציא עליהם. סעיף ט'

## סימן שד

א. אדם שהוא שומר לא שייך בו אדם המזיק כיון שעליו מוטל להתעסק בזה לטובת הניזק לאו אדם המזיק הוא ואין לו כ א דין שומר.

## סימן שו

א. אומן שהקדימו לו שכרו ולא שייך תו טעם דתפיס לי' אאברי' אפ"ה הוי ש"ש מטעם ההנאה דמשתכר לדוד סעיף א'

ב. הנותן טבלא לאומן לצייר בה ציורים ואסרה על בעלים לאחר שציירה קודם שפרע לו שכרו אין כח בידו לאוסרה אפי' למ"ד אומן קונה בשב"כ היינו היכי שיש ממשות בשבחה אבל הכא דלא ציירה אלא בסממנין ואין בה ממש סעיף ב'

ג. אם שילם בעה"ב לאומן השכר קודם שעשה האומן את השבח לא קנה תו האומן את השבח שם

ד. בנותן לטבח אומן וניבלה אם לא הקדים לו המעות אני חייב כ"א בהיזק ניכר כגון קלקול שחיטה אבל בהיזק שאינו ניכר כגון טבח שנותק הסרכא או אפי' בשחיטה גופא כשעשה היזק שאינו רק חומרא אינו חייב, ובהקדים לו מעות חייב בכל אופן מיהא מטעם שעבוד סעיף ד'

ה. המראה דינר לשולחני ונמצא רע אפי' רק שנמחה צורתו והוא אומר טוב חייב ודלא כמרדכי שפוטר בכה"ג סעיף ו'

ו. להה"א אפי' מומחה חייב כשא"ל חזי דעלך סמיכנא שם

## סימן שז

א. שו"ח שמסר לשוכר וגנבה אח"כ, לרבנן דר' יוסי משלם השוכר לשו"ח ולא לבעלים ראשונים ודלא כהפנ"י שהעלה דדוקא במקום שמתה הבהמה וכבר נפקע שם בעלים ממנה כחך דמתני' אבל בשנגנבה דהבהמה בעין ואם יוכר הגנב תחזור לבעלים א"כ השתא נמי שמשלם השוכר חליפי הפרה חוזרים המעות לבעלים ראשונים סעיף ה'

## סימן שט

כל היכי דפשע השומר נחשב משעת פשיעה כאילו נתחייב ודאי ואם ידוע לנו שגמר ההיזק בא ע"י אחר נפטר מחיובו, אבל אם ספק מי עשה גמר ההיזק חייב הפושע מדין א"י אם פרעתיך דכיון דפשע מתחלה נחשב כבר חיוב וכל ספק שיפול בו שוב דייניגן בי' דין א"י אם פרעתיך סעיף ד'

## סימן שי

א. מי ששכר חמור ומת החמור ואם אין המשכיר מוצא לשכור אחר כ"א ביוקר גדול וירצה המשכיר לחזור מן השכירות ולהחזיר לו שכרו רשאי לעשות כן, מיהו היינו דוקא כשהחמור הי' עוד בבית בעלים וקנין גמור לא עשה בו השוכר, ורק נקנה אליו מצד סמיכות דעת, בזה אמרי' דגם השוכר גופא לא סמיך צל המשכיר כ"א כל זמן שהחמור עצמו חי או אפי' כשמת ויכול לשכור אחר במקח השוה אבל שיתרצה גם להוסיף ולשכור חמור אחר ביוקר ע"ז לא סמיך השוכר דעתו מתחלה ולהכי שפיר יכול המשכיר לחזור אבל אם החמור מת בחצי הדרך שכבר התחיל במלאכה ונקנה הקנין גמור אין המשכיר יכול שוב לחזור. סעיף א'

## סימן שיב

א. דעת רש"י הוא שאפי' בקבעו זמן להשכירות אין המשכיר יכול להוציאו עד שיודיעו ל' יום קודם, ונ"ל דגם רש"י לא קאמר כזה כ"א כשהקביעות זמן בא מצד השוכר שהשוכר הקפיד לקבוע זמן ומצד המשכיר לא ראינו קפידא להכי מצי אמר השוכר

סבור הייתי דלכשארצה להרחיב הזמן ודאי לא יקפיד המשכיר כמו שלא קפיד עתה, אבל כשמשכיר הקפיד לקבוע זמן אין סברא להצריך הודעה אחרת כיון שכבר הודיעו מקודם שעל זמן יותר מאוחר לא ירצה ואין הודעה גדולה מזו סעיף ח'

ב. הזכיר לו לשוכר חדשים ושנה ונתעברה השנה, בקרקע הוי חדש עיבור למשכיר דקרקע בחז"ב עומדת אבל במטלטלין כגון שהשכיר לו סוס באופן כזה ונתעברה השנה והמשכיר בא בסוף חודש לערער כולו לשוכר משום דמוחזק הוא בגוף הדבר והוי תפיסה קודם שנולד הספק ודלא כשמ"ק החולק בזה. סעיף ט"ו

ג. השכיר לו בית זה ונשרף או נפל הוי פסידא דשוכר וצריך לשלם כל השכירות ואפי' לא נתן צריך ליתן, דמזלו גרם, אכן היינו דוקא כשהבית נשרף והופסד לגמרי ואין בדמי הבנין לשכור בית אחר אבל כשיש בדמי בנין המוצל מאש כדי לשכור דירה אחרת מנכה לו משכרו, וגם בחמור דינא הכי ודלא כנתיבות שמחלק בין בית לחמור סעיף י"ז

## סימן שיג

א. חצירו של אדם קונה לו אע"פ שהוא שכור ביד אחרים דהוי כאילו פירש לו המשכיר שלא השכיר לו החצר כ"א לתשמישין הנצרכים אבל זכות הקנייה שייר לנפשי', ולכן כשהשכיר לו החצר בפירוש לצורך קנייה על ידו קונה השוכר על ידו, וכההיא דגיטין שהאשה קונה הגט ע"י החצר שהשאיל לה הבעל כיון דעיקר שאילת החצר הי' לצורך קנייה, שפיר קנתה האשה סעיף א'

ב. הא דאמרי' דהחציר קונה למשכיר, היינו דוקא כשהמשכיר השכיר לו מדעתו בזה אמרי' דהוי כשייר זכות הקני' לנפשי' אבל זכות שנתנו חכמים בחצר כגון זכות לבעל בנכסי אשתו דלאו מכח זכות אשתו בא לו אלא חכמים נתנו לו זכות זה אמרי' דנתנו לו כל זכות שיש לה בחצר ואפי' זכות הקנייה נמי שם

ג. אפי' כשמשכיר השכיר מרצונו לא אמרי' דהקנייה למשכיר כ"א כשהשכיר לו חצר, שאין אדם משתמש עיקר תשמישו בחצר לפיכך לא קנה כ"א תשמישיו לבד אבל במשכיר לו בית שעיקר תשמישו בה הקנה לו לגמרי, וגם הקנייה שלו שם

## סימן שכח

המקבל לחרוש שדה חבירו והובירה ולא חרשה חייב אפי' לא התנה עמו שאם יובירה ישלם ואפי' במקומות שלא נהגו לכתוב כזה בשטר שאם יוביר ישלם אפ"ה חייב מטעם ערבות דכיון שזה סמך על דבריו חייב, או שהחיוב הוא מטעם מזיק סעיף א

## סימן שלא

שכר פועל ופסק לו עשרה זהובים לילך למקום פלוני והשליח אמר שדעתו שיתן לו הוצאה לדרך חוץ מן השכירות והמשלח טוען שלכך פסק עמו שכר הרבה שלא הי' ראוי ליתן אפי' שבעה זהובים רק מפני שלא יתן לו ההוצאות, הדין עם המשכיר, ולא דמי להא דאמרי' גבי פועלים דאפי' הוסיף על שכרן לא מצי בעה"ב לומר אדעתא דלהשכים הוסיף, דהיינו דוקא התם משום דפועלים טוענין אדעתא דעבדינן עבידתא שפירתא הוספת וגם לדבריהם יש במה לתלות שהיתרון הוא לצורך אחר אבל בנ"ד דלא שייך לתלות בעבידתא שפירתא כיון דלא למלאכה נשכר לו ומשו"ה אמרי' דלשם הוצאות הדרך ניתן דלתלות שנתן לו מתנה בעלמא לא אמרי' וגם דמים מודיעים לא שייך כאן, דלא שייך זה כ"א היכי שרוצה לעיולי בזבינא מידי אחרינא שלא מכר לו בפירוש כגון גבי צמד שהמוכר לא אמר כ"א צמד והלוקח רוצה לעייל גם בקר אבל בנ"ד שבעצם השכירות לא זה בא להוסיף ולא זה לגרוע רק שמסופקים אנו על אם למתנה או לצורך הוצאה ניתן היתרון פשיטא דכל היכא דאיכא למיתלי לא לשם מתנה תלינן סעיף א

## סימן שלג

א. הא דאמרי' גבי עבד שחלה שלש ועבד שלש אינו חייב להשלים היינו דוקא כשחלה שלש ואח"כ עבד שלש דכיון שאחר חליו קבלו בעה"ב למלאכתו ולא אמר לנכות מה שחלה מסתמא מחל לו אבל היכי דהחולי בא בסוף זמנו אין הוכחה שמחל וצריך להשלים וכמו בפועל דאמרי' דכל אונס ששניהם אינם יודעים הוי פסידא דפועל וכהרא"ש ולא כהש"ך שדוחה לחלוקו של הרא"ש. סעיף ח' ב. הא דאמרי' דמכי משך בעה"ב כלי אומנות של פועלים לא מצו תו לחזור היינו כשמשכו אדעת לקנות הפועלים ע"י משיכה זאת, אבל במקום שבדרך מקרה בא לידו כלי אומנתם אבל לא הפועל ולא בצה"ב נתכוונו לשם קנין לא קנה אותם סעיף ו

## סימן שלד

שכר שליח להוליך דבר מה וקרהו אסון בדרך, אם הרויח מידי לבעלים אין מפסיד שכר השליחות ואם לא הרויחו מידי מפסיד שכרו אפי' באונס. סעיף ב

## סימן שלז

א. אפילו כוסמין ושעורין שנטחנו ונעשו מהם קמח והן ראויין מעתה לחלה פועל אוכל בהן עד שיוגמר חיובן בחולה, ודלא כהסמ"ע שמחלק שדוקא בחטין דרגילות לעשות מהן פת אמרי' הכי אבל לא בכוסמין ושעורין. סעיף ג'

ב. אם הפועל נתן גם לאחרים אפי' לא לקח יתר מכדי אכילתו אלא שקימץ מכדי אכילתו ונתן לאחרים עובר נמי בלאו דואל כליך לא תתן ובלאו דלא תגזול אינו עובר שם
ג. הי' עושה הוא ובניו יכול לקצוץ עבור בניו הגדולים שלא יאכלו משום דבני מחילה הם ומחלו, ואע"ג דמחילה לא שייך כ"א אחר שזכה והכא הפועל אינו זוכה כ"א משיתן לפיו אפ"ה מהני אכילתן דהכוונה הוא שמתנה שימחלו אח"כ כשיגיע החיוב וכה"ג מהני אפי' קודם שזכה סעיף י"ז
ד. לאו דואל כליך לא תתן היינו כשלא נטל יתר מכדי אכילתו אלא שאותו השיעור שנצרך לאכילתו רוצה הוא להביא לביתו או ליתן לבניו, אבל היכי שכבר אכל כדי שביעתו הרי הוא כשאר אדם בעלמא דאסור לו ליטול עוד ואם נטל הוי גזל ממש ועובר בלא תגזול סעיף י"ח

## סימן שלח

א. החוסם פרתו כשדשה בטבל אינה עובר ומותר לחסמה דלאו דישו הוא. סעיף ב'
ב. אע"ג שאין מלקות נוהג בזה"ז היינו לכפותו ולהלקותו דב"ד שאינם סמוכים אינם יכולים לכפות אבל בבא מעצמו ומבקש להלקותו מלקות מלקינן סעיף ד'

## סימן שלט

א. על שכירות בתים עובר משום בל תלין לכו"ע סעיף א'
ב. אם לא הי' יכול ליתן בזמנו משום איסור שבת שוב אינו עובר כיון דאידחי שם
ג. מי שצוה לסופר שיכתוב לו נט והסופר כתב עובר בבל תלין דלא שייך בזה אומן קונה בשבח כלי והוי כמכירה דאטו גוף הנייר נשבח ע"י כתיבת הגט אדרבה עוד נתקלקל עי"ז דמעיקרא כשהי' חלק הי' ראוי לכתוב כל הצריך ועתה לא יוצלח עוד למלאכה ולא שייך לומר שהאומן קונה שב"כ כיון שאין בזה שום שבח ודלא כמהרא"ן ששון שסובר שאינו עובר סעיף ו'
ד. הא דאיתא בברייתא האומר לחבירו שכור פועלים אין אחד מהם עובר בבל תלין היינו דוקא באומר לחבירו, שלא שלחו מתחלה לשם כך אלא אם יזדמן לו במקרה להיות דרך אצלם ישכרם, דהכי מדויק לשון "לחבירו" ולא נקיט האומר "לשלוחו" דשלוחו משמע ששלחו לשם כך, אבל חבירו משמע שלא שלחו לשם כך וכיון שכן לא סמכא דעת בעה"ב שודאי ישכור ולא ידע לצמצם מעותיו שיהיו פנוים לתשלומי הפועלים ומשו"ה אינו עובר אבל שלח שלוחו ממש דסמכא דעתו איה"נ דבעה"ב עובר בב"ת ולשון המחבר ששינה מלשון ברייתא וכתב האומר לשלוחו אינו עובר אין מדוקדק סעיף ז'

## סימן שמ

א. השואל בית ונשרף מחמת השואל חייב דגם בבית איכא דין שומרים דלא חשיבי כקרקע לענין זה סעיף א'

ב. אם השואל שינה ועשה בה מלאכה אחרת אם יש ענין לתלות שמתה הבהמה מחמת השינוי הזה חייב השואל אבל אם אין שום שייכות לתלות המיתה בשינוי זה פטור ודלא כט"ז דמחייב נמי בכה"ג שם

ג. אם גם המשאיל נהנה בשאילה הזאת אפי' פחות מפרוטה תו לא חל בו דין שואל כיון שאין כל הנאה שלו סעיף ד'

## סימן שמג

שומר שכר לזמן כיון שכלתה זמנו כלתה שמירתו ואפי' עדיין החפץ בביתו אינו עליו אלא שו"ח, והיינו אף בתחלה לקח החפץ מבית בעלים לשמרו בבית שומר אבל כשהשמירה הי' בבית בעלים משכלה הזמן אפי' שו"ח לא הוי. סעיף ב'

## סימן שמה

א. אם יש חזקה המצטרפת למעלת הברי אמרי' ברי עדיף ורק חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו אינה מצטרפת למעלת הברי משום דשני מעלות הללו הכל ענין אחד דע"י חזקה דאין אדם תובע תתעדף טענת הברי דאי לאו הך חזקה לא הי' מעלת הברי מעלה טובה כי מה לנו לטענתו אחרי שיש לומר שיטעון מה שאין לו, ורק חזקה זאת עושה טענת הברי טענה מעליא ואין כאן כ"א הברי לחוד סעיף א'

ב. לא חשיב שאילה בבעלים כ"א בעידן עבידתייהו או כשמזמין ומכין עצמו ללכת אבל באמירה בעלמא לא הוי שאילה דבעלים סעיף ג'

ג. אשה ששאלה פרה לצורך נכסי מלוג שלה ונשאל בעל הפרה לאשה זאת לנכסים אחרים שאין לבעל רשות אאם כיון דהוי חד גופא שפרה ובעלים שאולים לגוף אחד הוי בבעלים, וגם אם הבעל שאל פרה לצורך עצמו ונשאלו בעלים לצורך נכסי מלוג גמי הוי בבעלים כיון דחד גופא הוא סעיף ט'

ד. אפי' בשאל לעשות מלאכה פחות מפרוטה נמי חשוב שואל דחיוב דשואל אינו מטעם הנאה אלא כיון שכל הנאה שלו נחשבת הבהמה כשלו משך זמן השאילה סעיף י'

ה. הא דאמרי' פשיעה בבעלים פטור היינו כשפשע רק בשמירה, אבל כשפשע בגוף החפץ כגון שאינו יודע אנה הניחם או שמסר לשומר אחר ומיעט בשמירתה חייב דמזיק גמור הוא שם

ו. שכר חמור לרכוב ונתנה לשלוחו ואינו יודע אם מתה מחמת מלאכה חייב כיון שמסר לשליח פשע וחיובו ברור והוה אח"כ א"י אם פרעתיך שם

## סימן שמח

א. הא דאמרי' דגונב ע"מ למיקט עובר בל"ת היינו שבדעתו לעכב הגניבה בידו אלא שאינו גונב בשביל שום הנאה רק כדי לצערו אבל אם אינו רוצה כלל לעכב הגניבה אלא גונב כדי לצערו ולהחזירו אח"כ אינו עובר סעיף א' ב. הגונב דבר מחבירו שאותו דבר היה שאול ביד הנגנב ונתפשר הנגנב עם השואל לו בדבר מועט אם הגנב נהנה מן החפץ או שישנו אכתי בעין מחויב לשלם כמה שהי' שוה אע"ג שהנגנב השוה עם הבעלים, וכן בגונב מחבירו שור שהפרישו לעולה, אם הגנב נהנה מן השור או שישנו בעין צריך הגנב לשלם שור אע"ג דמצי פטר נפשי' ובכבש, ודוקא כשאבד ממנו הוא דא"צ לשלם כ"א כבש סעיף ה'

ג. אפי' כשהשליח שוגג ולא ידע שהעבירה הוא דלא שייך דברי הרב כו' נמי אין שליח לד"ע שם

## סימן שנ

אין שליח לד"ע היינו כשעשאו שליח על עבירה ביחוד וכגון שא"ל לשחוט בשבת אבל כשנתן לו רשות לעשות כמו שירצה הן בחול בשבת יש שליח. סעיף א סעיף א'

## סימן שנא

א. זורק חץ מתחלת ארבע לסוף ד' ברה"ר וקרע שיראין בהליכתו פטור דאיסור שבת כבר הותחל תיכף משזרק אלא שלא נגמר שיעורו לסקילה עד שיגיע לסוף ד' אבל פשיטא שגם קודם שיגיע לשיעור יש בו איסור דאורייתא כדין חצי שיעור ונמצא שקרע השיראין לאחר שהותחל האיסור וכל ממון שנתחייב משעה שהותחל האיסור נידון כמתחייב בנפשו, משא"כ מי שעוקר חפץ מן הבית ע"מ להוציא לרה"ר וקרע שיראין לאחר עקירה חייב דנהי דכשמוציאו אח"כ גרמה לו עקירה ראשונה להתחייב אבל כ"ז שלא הוציאו ואוחזו בבית לא הותחל עוד איסור שבת סעיף א'

ב. אפי' כשחיוב מיתה קדים לחיוב תשלומין לא אמרינן קלב"מ ' שם

## סימן שנד

א. גזל פרה מעוברת בתחלה עבורה ורחל מעונה בעוד שהגיזה היתה קטנה, והולד והגיזה נתגדל אצל הגזלן ואח"כ ילדה וגזזה באופן דמשעת גזילה עד שבא השינוי דהיינו הלידה והגיזה נתגדל הולד והגיזה גופא, צריך לשלם כמו שהי' שוה בשעת הלידה

והגיזה דהלידה והגיזה הוי השניי וכל העודף שמשעת גזילה עד השנוי של נגזל הם סעיף א'

## סימן שנח

מותר ליקח משל חבירו דבר כזה שהבעה"ב לא יקפיד כשיתוודע, ואין בו משום גזל אפי' קודם שנודע ואין זה ענין ליאוש של"ם, התם היאוש בא מצד הנפילה וכ"ז שלא ידע שנפל הרי הוא מקפיד ע"ז ובשעה שמצאו היה ממון מעליא, אבל הכא איגלאי השתא שגם למפרע לא הי' בו דין ממון וא"כ בהיתר גמור בא לידו. סעיף ב'

## סימן שנט

מלוה שחוטף בעצמו משכון מיד הלוה שלא ברשות ב"ד נעשה גזלן ופסול לעדות ולשבועה וכהסמ"ע ודלא בהש"ך. סעיף א'

## סימן שס

א. בגזילה משום תקנת השבים הקילו לומר דגם ליבון הוי שינוי אע"ג דלענין ראשית הגז לא הוי ליבון שינוי סעיף א'

ב. גזל צמר טווי ועשה ממנו בגדים קנה דלא הוי שינוי חוזר אע"ג שאפשר לסותרו ולהיות חוטין כבתחלה, דכבר נפסד צורת החוטים כשהיו בבגד ופנים חדשות באו כשיוסתר שם

## סימן שסא

א. אם הגזלן לא עשה הקנין קודם יאוש רק שהטיל אימה ופחד צל הבעלים עד שנתייאשו ואחר היאוש עשה קנין באופן שבא לידו דגזלן אחר יאוש רק שהוא הי' הגורם ליאוש, לשיטת התוס' קונה בכה"ג ולרמב"ם לא קנה דכיון דהוא גרם ליאוש מקרי באיסורא אתא לידו סעיף א'

ב. יאוש אינו מטעם הפקר, רק היכי שאומר בפיו לשון נתיאשתי זהו גופא הפקר דלשון נתיאשתי הוי נמי לשון הפקר דיכול להפקיר באיזה לשון שיהי' בו משמעות הפקר שם

ג. אי מיקרי שנוי רשות כשנטלו בע"כ מחלוקת תנאים הוא סעיף ה

## סימן שסג

א. איסור דלא תגזול איכא גם בגוזל עבדים דלענין איסור לא דמי לקרקע אבל לענין קנין דמו לקרקע וכמו דקרקע אין מועיל בהם קנין של גזלן ה"נ בעבדים. סעיף א'

ב. הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר אפי' כשמיחה בעה"ב וא"ל צא מן הבית סעיף ו'

ג. אפי' גברא דלא עביד למיגר אם החצר קיימא לאגרא חייב לשלם שכר דירה שם

ד. הדר בחצר חבירו שלא מדעתו פטור להעלות שכר אפי' אם אין שום הנאה לבעל החצר, לא הנאה דביתא מיתבא ולא הנאה דשאיה יוסת כו' סעיף ז'
ה. הא דא"צ להעלות שכר היינו כשלא גילה חדר את דעתו שרצונו ליתן שכר אבל אם גילה דעתו שניחא לו צריך ליתן סעיף ח'
ו. חצר דלא קיימא לאנרא לא מיקרי אלא היכי דלא הי' פזה שום אות על שכידות לא מצד המשכיר, שהמשכיר נסע מן העיר ולא הניח שליח או משתדל להשכירו, וגם לא מצד השוכר דנכנס לדור בתוכו ולא שכרו פשום אדם אבל אם הדר נכנס לחצר זה בשכירות ששכרו משום אדם אפי' אם המשכיר לא הי' בא כח של בעל החצר קיימא לאגר מיקרי ומחלוק לשלם ודלא כרמ"א שפוסק דאם אין בעה"ב בעיר ולא הניח משתדל להשכיר פטור לשלם אפי' אם השוכר אדעתא דשכירות ירד. סעיף י'

## סימן שסז

א אם לא נשבע הגזלן אם מחויב לרדוף אחר הבעלים להביא הגזילה למקום שהוא מחלוקת הוא בש"ס סעיף א'
ב. אם גזל פחת משו"פ היום ולמחר עוד פחות משו"פ מצטרף ואפי' לזמן מרובה דשיעור דצירוף בכדי אכילת פרס אינו אלא במידי דאכילה אבל בגזילת אפי' לזמן מרובה הוי צירוף. סעיף ג'
ג. גזל פחות משו"פ ונתייקר ועמד על פרוטה חייב להשיב אע"ג דבשעת גזילה לא הי' שו"פ אפ"ה לא אמרי' דמחל מיד, דכל דבר שעומד להתייקר לא מחל אינש ודוקא דבר שאינו יכול להתייקר מחל אינש בפחות בפרוטה. שם

## סימן שעא

אע"ג דקרקע אין נגזלת, אפ"ה דבר המחובר לקרקע כגון בתים ואילנות שפיר נגזלים וכ"ש אילן דעומד לסתרו ולקוצצו דדומה למטלטלין לענין זה, ואפי' מאן דחולק בבית באילן מודה סעיף א סימן שע"כ
אפי' כשגזל שדה עם פירות גמורים דהוי תו דבר קצוב אפ"ה אין גובה הנגזל הפירות מלקוחות ודלא כמהרש"א דבכה"ג גובה. סעיף א'

## סימן שעג

א אם אמרי' אחריות ט"ס גם על השבח מחלוקת ראשונים הוא, וראב"ד ורש"י סוברים דלא הוי ט"ס סעיף א'
ב. אם יש לגזלן קרקע רשאוי לשלם השבח גם במעות ולא הוי תו כרבית ולא כהסמ"ע שסובר דוקא במגבהו קרקע אבל במשלם במעות מיחזי כרבית. שם סימן שע"ח

הא דאמרי' רץ בצ"ש בין השמשות והזיק פטור מפני שרץ ברשות, לאו דוקא ברץ בין השמשות שזמנו קצר להכין צורכי שבת אלא דלרבותא אמר בין השמשות אע"ג דכל המלאכות כבר עשויות אפ"ה פטור די"ל דרץ לצורך מצות קבלת שבת וכ"ש כשרץ קודם בשעה שמותר להכין, ולאו דוקא רץ לצורך עסק שבת אלא דהוה"ד אם רץ לצורך מצוה אחרת דפטור סעיף ה'

## סימן שפו

א. השף מטבע של חבירו אפי' אגבהיה בידים פטור ודלא כש"ך וקצוה"ח שכתבו דבאגבהה מוגזל גזלה והשבה בעי למיעבד ואם נפחתה לאו השבה היא סעיף א'

ב. מזיק שעבודו של חבירו חייב אפי' באפותיקי סתם ולא כש"ך דוקא באפותיקו מפורש חייב

ג. הזורק כלי של חבירו מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחד וסילקן הזורק והמסלק משלמין דמי הכלי יחד כ"א חצי נזק. סעיף ג'

ד. הזורק מטבע של חבירו לים פטור אפי' למאן דד"ג אע"ג דצריך ליתן שכר להעלותה פן הים דדמי למכה בהמת חבירו דמשלם נזק ואם רפאה אינו משלם לו אע"ג דגורם ליתן שכר לרופא, מיהו היינו דוקא כשעצם הדבר לא הוזק ולא נפחת פחת דלא הדר אלא שצריך להוציא הוצאה עד שתשוב לקדמותה אבל ע"י ההוצאה תשוב לבראשונה ודלא יהא ניכר בה שום היזק, בכה"ג דוקא פטור דכיון שעצם הדבר לא נשתנה והוצאה הוא דחשיב כגרסא אבל היכי שעצם הדבר הוזק בפחת דלא הדר, אז חייב גם על ההוצאה. שם

ה. זרק כלי מראש הגג ובא אחר שיברו במקל הזורק חייב והמשבר פטור ובזורק תינוק ובא אחר והוא האחרון חייב מפני שקירב מיתתו והחילוק ביניהם מבואר דחיוב מיתה לא בא בכדי לשלם ההפסד אלא לכפרה באה וכל זמן שאדם חי אסור לקרב מיתתו והמקרב ראוי לכפרה משא"כ תשלומי נזקין באים לשלם שווי הפסד ובאם שיבר כלי העומד בלא"ה לא' הפסידו מידי. סעיף ד'

## סימן שפח

במקום אונס רשאי להציל עצמו בממון חבירו אלא שחייב לשלם אבל איסורא ליתא סעיף ב'

## סימן שפט

א. הא דנשיכה הוי תולדה דקרן היינו דוקא בבהמה שאין לה ארס ואין טבעה לנשוך משא"כ באותן חיות שיש להן ארס ואורחייהו לנשוך הוי גם נשיכה תולדה דשן ואע"ג

שאין הנאה להיזיקה כיון דאורחה בכך דבשן לא בפי' שיהי' לה הנאה אלא דבר שאורחה סעיף א'
ב. על ארוך מקצה ברה"ר ומקצתו ברשות הניזק ודרסה עליו ברה"ר ושוברה ברשות הניזק פטור, ודוקא בהתיזה בכח ברה"ר חייב שם
ג. אבות נזיקין הם לאו דוקא הכתובים בתורה להדיא אלא מה שאפשר בקו"ח ומה מצינו ככתובים להדיא דמי סעיף י"ח
ד. רביצה הוי תולדה דקרן דוקא כשרבצה עליהן כדי לשברן אבל כשרבצה להנאתה וממילא שברתן לא הוה תולדה דקרן. סעיף י"ט

## סימן שצ

א. אבנו סכינו ומשאו דחייב ע"ז משום אש היינו דוקא כשכובד האבן או חדוד הסכין פעלו להזיק גם בלי כח של ההתזה ואילו נתקרב האבן אל הכלי גם בלי כח של ההתזה נמי הי' ניזוק שבכה"ג עצם האבן והסכין הם המזיקים ושפיר דמי לאש משא"כ במקום דהסכין והאבן בלי כח ההתזה לא הי' מזיקין וההיזק בא ע"י ההתזה לא דמי לאש כיון דתקלה שלו לא להזיק כלל ורק הכח שבר בפעולת הרוח ועל פעולת הרוח אין לחייב לבעל התקלה סעיף י'
ב. כל היזק שנעשה מתחלה לשם הנאה אע"ג שלבסוף לא נהנית הוי תולדה דשן, וכל היזק שנעשה מתחלה לכוונה להזיק אע"ג שממילא קיבלה הנאה הוי קרן. שם

## סימן שצא

א. בהמה שקפצה על השולחן ואכלה פת הוי משונה ואין להוציא ממון לחייבו בנזק שלם סעיף ג'
ב. הא דאמרי' כלב שאכל אימרא רברבי לא מגבינן בבבל וח"נ משלם, לאו דוקא פחת המיתה אלא על האכילה נמי ח"נ משלם ודלא כהרא"ש שסובר דוקא על פחת שפחתו מיתה הוא דאינו משלם כ"א ח"נ אבל על האכילה משלם נ"ש משום דדרכה לאכול נבילות ולא משונה היא סעיף ד'