תלמוד בבלי · אחרונים

משפטי שמואל (רבינוביץ)
חלק א

רבי שמואל יעקב רבינוביץ

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

משפטי שמואל (רבינוביץ) חלק א

רבי שמואל יעקב רבינוביץ

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/משפטי-שמואל-רבינוביץ-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611160902 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמה 5

שמעתתא דשליחות 10

פרק א 10

פרק ב 15

פרק ג 24

פרק ד 27

פרק ה 34

פרק ו 35

פרק ז 41

פרק ח 50

פרק ט 54

פרק י 57

פרק יא 60

פרק יב 67

פרק יג 72

פרק יד 77

פרק טו 81

פרק טז 86

פרק יז 94

פרק יח 98

פרק יט 100

פרק כ 104

פרק כא 107

פרק כב 110

פרק כג 114

פרק כד 118

פרק כה 124

פרק כו 129

פרק כז 133

שמעתתא דשליחות ומילי 137

פרק א 137

פרק ב 140

פרק ג 144

פרק ד 145

פרק ה 150

פרק ו 152

פרק ז 155

פרק ח 162

פרק ט 167

פרק י 169

פרק יא 172

פרק יב 175

פרק יג 178

פרק יד 180

פרק טו 181

שמעתתא דזה נהנה וזה לא חסר 185

פרק א 185

פרק ב 190

פרק ג 194

פרק ד 197

פרק ה 199

פרק ו 203

פרק ז 206

פרק ח 207

פרק ט 211

פרק י 214

שמעתתא דתוכוחה 218

פרק א 218

פרק ב 224

פרק ג 228

פרק ד 232

פרק ה 235

פרק ו 236
פרק ז 239
פרק ח 240
שמעתתא דיאוש ומתנות כהונה 242
פרק א 242
פרק ב 246
פרק ג 254
פרק ד 260
פרק ה 263
פרק ו 265
פרק ז 271
פרק ח 273
פרק ט 279
פרק י 287
פרק יא 294
פרק יב 294
פרק יג 296
פרק יד 305
פרק טו 317
פרק טז 322
פרק יז 327
פרק יח 340
פרק יט 343
פרק כ 345
פרק כא 349
פרק כב 350
פרק כג 355
פרק כד 360
פרק כה 366
פרק כו 367
פרק כז 368
פרק כח 372
פרק כט 378
פרק ל 383
פרק לא 385
פרק לב 388
פרק לג 390
פרק לד 394
פרק לה 395
פרק לו 396

הקדמה

ברוך אלהינו שבראנו לכבודו ונתן לנו תורת אמת תורה תמימה אשר מצד פשטותה היא גלויה ומובנת לכל אשר גם אנשים פשוטים וגם תינוקות של בית רבן יודעים ומבינים אותה ומוצאים בה טעם ומצד השני היא ארוכה מארץ מדה ורחבה מני ים, וים אמר אין בי ותהום אמר אין עמדי והיא נעלמה מעיני כל חי ומעוף השמים נסתרה ולא ידע אנוש ערכה. ונפש עמל בתורה התורה עומלת לו במקומה ומגלית לו מסתורין שלה עד שיש לכל מי שעוסק בתורה איזה חלק קטן או גדול לחדש חידושים ולגלות מסתרי' כדכתיב (משלי ט"ז) נפש עמל עמל עמלה לו כי אכף עליו פיהו ודרשו על זה חז"ל (סנהדרין ד' צ"ט) מ"ל הוא עמל במקום זה ותורה עומלת לו במקום אחר עכ"ל הגמ' ופירש"י תורה עומלת לו שמחזרת עליו ומבקשת מאת קונה למסור לו טעמי תורה וסדרי' וכל כך למה מפני שאכף שכפף פיהו על דברי תורה עכ"ל רש"י.

והנני נותן שבח והודאה לה' נורא עלילה, ולו דומיה תהלה, אשר לו החכמה והגדולה, ברום שמים ובארץ הודו, ואין עוד מלבדו, אשר לא עזב חסדו ואמתו מעמדי, ושם חלקי מיושבי בית המדרש מנעורי ומעודי, וחסדו הגדול הוא בעזרתי, ויגעתי להבין דברי רבותי, פעם עם תלמידי, פעם ביחידי, עוד זאת הגדיל חסדו עלי להעיר רוחי ולבבי לרשום בכתב וספר את אשר ילדו עשתונותי תמיד ותדיר הן ביגיעתי לבדי הן עם תלמידי **והנה** כאשר הסכימה דעתי לגשת אל המלאכה חבר מחברת לקטתי מהחד"ת שיש בע"ה אצל, בכתובים איזה ענינים וסדרתי אותם לשמעתות וקראתי שם הספר "משפטי שמואל" על שמין שמואל ואקוה לה' שהעוסקים בתורה ימצאו רוב נחת ועונג בספר זה, והרבה סוגיות חמורות שבש"ס נתבארו בע"ה בטוב טעם ודעת, וגם יש בהם הרכה חידושים להלכה בס"ד.

והנה שמעתי מפי אנשים שאומרים מה לנו לספרים החדשים די והותר לט הספרים שיש לנו מכבר ואיזה תועלת יש לנו ולכל העולם מספרים החדשים אשר יפיעו בכל יום? ואף אם ניח כי להמחבר בעצמו יש לו תועלת מחיבוריו כדאיתא ביבמות ד' צ"ו וצ"ז על הפסוק אגורה באהלך עולמים שת"ח כיון שאומרים דבר שמועה מפיו בעוה"ז שפתותיו דובבות בקבר, או אולי יש לו להמחבר תועלת מחיבוריו גם בעניני ממון או שאר תועליות אבל סוף סוף איזה תועלת מגיע לנו ולהעולם מהחיבורים החדשים שיוצאים לאור תמיד ותדיר בכל יום, הלא רבת שבעה לה נפשנו בספרים ישנים אשר נמצאו בעולם ומה יחט ומה יוסיפו לנו המחברים החדשים שעושים ספרים הרבה אין קץ כן שמעתי שהעולם שואלים

אך באמת אין זו שאלה כלל ותועלת גדולה יש להעולם מהחיבורים החדשים והישנים הן בעניני הפוסקים הנוגע לפסק ההלכה הן במפרשים הנוגע לפרש את הגמ' והתוס', כי בעת אשר יבוא לפני הרב שאלה חדשה אשר לא הוזכרה בשו"ע ויצטרך לחפש אחריה בספרים שונים אזי ישמח הרב הנשאל כמוצא שלל רב אם ימצא שאלה זו או כיוצא בזו נשאל כבר ונפתר כך או כך ויאירו עיניו, ואף אם הרב הנשאל לא ירצה לסמוך על דברי השו"ת האלה בכל זאת יש לו כר נרחב להתעסק בזה כרוחב בינתו להסכים או שלא להסכים עמו ברוכב על גבי ענק. וכן הספרים שנתחברו לפרש את הגמ' יש מהם תועלת גדולה לכל מי שלומד גפ"ת בעיון בעצמו או שלומד גפ"ת עם תלמידים בחורים או אברכים או בע"ב מופלגי תורה אזי נחשב לו כמציאה גדולה אם יש לו מפרשים על המסכת שהוא עוסק בה שיפתרו לו את הדברים הקשים לו.

וכשם שהספרים שנתחברו מעת חתימת התלמוד עד ימי השו"ע בודאי לא יאמר שום אדם ח"ו שאין בהם **תועלת** כי בודאי יש בהם תועלת גדולה ונפלאה מאוד לאין **חקר** והם האירו פני תבל בספריהם הק' והעשירו את עוסקי התורה עושר גדול, ואלמלא כ הספרים האלה היה עולם התורה שמם ח"ו וכל מי שרצה להורות דין והלכה היה מוכרח להוציא הפסק מתוך הגמ' אשר זהו בלתי אפשר בשום אופן בזמנינו מחמת קוצר המשיג ועומק המושג כידוע לכל הוגי תורה, כך הם הספרים שנתחברו מימי השו"ע עד היום יש בהם תועלת גדולה ונפלאה מאוד ושום אדם בעולם לא יכול לומר עליהם ח"ו שאין בהם תועלת כי גם הם האירו עיני הגולה כי כל מחבר בספרו מגלה חלק ממסתרי התורה ויוציא לאור תעלומה.

והראב"ד בסוף סדר הקבלה כתב ח"ל ועוד סימן וכו' יהיה בידך שהמינים לעולם לא עשו שום טובה לישראל ולא ספר שיש בו חיזוק תורה או דבר חכמה ואפילו שירה אחת ונחמה אחת כי כולם כלבים אלמים לא יוכלו לנבוח וכאשר נמצא בהם אחד שחיבר ספר חירף וגידף והטיח דברים כלפי מעלה כאשר עשה זקן אשמאי אבראלפראג שתחלת ספרו פירש אוזלת וכו' בכל סדר בראשית דבר בו על ה' יתברך תועבות גדולות מעידות על סכלותו וחסרון דעתו, ובסדר אלה מסעי בדא מלבו דיני ממונות, ודיני נחלות בלא שום קבלה ולא שום ראיה וכו' ואני כתבתי תשובת ספרו והראיתי לתלמידים סכלותו, ואילו ברבנים אתה מוצא שלשלת הקדושה וחוצה לה אלפי אלפים כי לא הזכרנו אלא בעלי ישיבות בלבד ועוד מבחרי ספרים **כגון** וכו' ורבים אחרים וחכמים שכתבו לנו ספרים וכו' עכ"ל.

היוצא מזה כי ע"י ריבוי הספרים שנתרבו ונתחברו מאת חכמי התורה נג מזה הוא אות ומופת שהחורה הכתובה והתורה המסורה הם מאת ה' מן השמים כי תורה אלקית שנתנה ה' אשר אין חקר לתבונתו רק היא לבדה תוכל להכיל בקרבה ספרים רבים ונכבדים כאלה ולא תורה אנושית כי כמה אלפי אלפים ורבבות חיבורים נתחכרו לבאר את התורה וכל אחד ואחד מחדש חידושים בתורה ומגלה מסתורין שלה, כל אחד ואחד לפי ערך שכלו ותבונתו ובכל זאת עדיין לא באו עד חכונתה ולא הגיעו למרום קצה ועדיין התורה היא נעלמה מעיני כל חי ושום אנוש לא ידע ערכה, וזהו אות ומופת גדול על אמיתת התורה שבכתב ושבעל פה שהם מאת ד' מן השמים, הרי לך עוד תועלת מחיבורי המחברים לבאר את דברי התורה כי כל מה שנתרבו חיבורים על התורה ניכר מהם גדלות ורוממות תוה"ק שהיא ארוכה מארץ מדה ורחבה מני ים, ובספרנו "מבצרי הדת" הארכנו בע"ה לבאר ולהוכיח אמיתת תוה"ק בראיות והוכחות ברורות

והס' הכרית במאמר דרך אמונה כתב וז"ל וכלם; עדים למשה מזרזים על תורתו וכו' ומאז היתה הכנסיה הגדולה ומאז תלמידיהם ותלמידי תלמידיהם מעתיקי השמועה שקבלו מהם והם הזוגות והתנאים העוסקים בפירושי מצות משה ומאז האמוראים בעלי ההופעה ומהם בעלי רוח הקדש המדקדקים בדברי התנאים ומאז הגאונים ומאז בעלי אסופות בעלי החיבורים על התורה ועל העבודה ועל המצות ועל החקים המשפטים אשר צוה ד' אלהינו אותנו בחורב ביד משה וגם אחרי כן אין דור יתום ממחברים סופרים ספרי התורות ספרי מצות יראים וכלם מכריזים ומזרזים על תורת משה וכל דבריהם וספריהם כולם נעתקים ונמסרים מדור לדור, וכן יהיה הדבר וכו' שחכמי כל דור ודור מן הדורות הבאים יחברו ספרים על תורת משה ישראל איש איש כפי השגתו זה בפשט וזה בדרוש וזה ברמז וזה בסוד. כי לא תשכח מפי זרעו קודש וכלם עדים נאמנים על החרות שקדמו להם מדור ודור עד דור המדבר, לכן מלבד הטעם האמור בזהר (פי' תזריע) ובספר חסידים (סי' תק"ל) שחייב כל איש אשר חנן אותו אלהים בחורה או חכמה או מו ושכל לחדש אמרי בינה ודברי אמת לכתבם על הספר ולחבר בהם מהכרח כאשר זכרנו בהקדמה ראשונה ראוי ונכון הדבר מאוד מטעם זה ג"כ לקשר החרות זה בזה להיות לאות אמת על קבלת דתנו והעתקת תורתנו מדור דור עד הדור אשר עמד רגליהם על הר האלהים זה סיני עכ"ל הספר הברית שם. הרי לך עוד תועלת מהספרים החדשים לקשר את שלשלת הקבלה והעתקת תוה"ק מדור דחר עד הדור שעמדו רגלינו על הר סיני.

והנה מרן המחבר בשו"ע או"ח בהלכות חוה"מ סימן תקס"ה סע' ט' כתב וז"ל אם שמע דבר חידוש מותר לכותבו (בחוה"מ) כדי שלא ישכח עכ"ל ע"ש בט"ז ומ"א, וכתב על

זה בספר שערי תשובה וז"ל כתב בתשובה כת"י מהר"י הלוי ממרוש שהיה קדמון וכו' ושאל אם מותר לכתוב פירוש פסוק הלכה בחוה"מ והשיבו לו אוהב ה' שערי עיון המצוינים בהלכה ומעמידים אותם על בוריים אותם שערים נאהבים יוחר מכל משכנות יעקב וכל אותם החושבים מחשבות וסברות בהלכה המורה ובפוסקים החמורים אהוב נחמד לפני המלך העליון ב"ה ואם על אבידת כסף הותרה מלאכה בחוה"מ כ"ש וכ"ש שיש לחוש על אבידת המרגליות היקרות שהם סברות ומחשבות התורה היקרה שיש לכותבם שלא ישתכחו ויאבדו עכ"ל השע"ת שם.

ובאמת כל מי שזכהו ה' שמחדש חידושי תורה מחויב הוא לגלותו וללמד לאחרים אם בפיו לתלמידיו או בכתב ולהדפיסם ומחוייב ללמד ולגלות חידושיו בכתב ובדפוס אם רק אפשר לו להדפיס חידושיו כי מה לי בכתב או בעל פה, אידי ואידי מצות לימוד לאחרים איכא כאן, וז"ל הספר חסידים (סימן תק"ל) הקב"ה גוזר על האדם כמה ספרים יעשה יש שגזר עליו ספר אחד ויש ב' או ג' וכל מי שגלה לו הקב"ה דבר בתורה ואינו כותבו ויכול לכתוב הרי זה גוזל מי שגלה לו כי לא גלה לו אלא לכתוב זה שכתוב האלהים יביא במשפט על כל נעלם (קהלת י"ב) כלומר שגורם לעלם הדבר ההוא עכ"ל וכן הוא בזוהר פ' תזריע כמה דעונשא דבר נש בגין מלה בישא כך עושיה בגין מלה טבא דאתי לידו ויכול למלל ולא מליל, לכן אין תימה כי מי שחננו ה' בחידושים וטעמי תורה אם מעט ואם הרבה שירצה להדפיסם ולהפיצם ברבים שיראו רבים ויהנו לאורו כי כל דרך איש ישר בעיניו והמעיין הישר בעצמו מישרים ישפוט.

לזכר עולם יהי' צדיק ה"ה אבי מורי הגאון החסיד וכו' מהו"ר ישכר בער זצ"ל שהי' אב"ד בעיר פאפילאן מחוז שאוויל פלך קאוונא ואח"כ נתקבל לרב ואב"ד בעיר שוועקשנא מחוז ראסיין פלך קאוונא, הנה לתאר בפרטות את פרשת גדולתו של אבי מורי זצ"ל אין פה המקום בהקדמה הזאת, אך את זה אוכל להגיד כי גודל גאונותו וחסידותו ומעשיו הטובים ושקידתו בחורה הי' עד להפליא, ובימיו הי' מפורסם בגאונותו וחסידותו וככל מעשיו כאחד הגאונים וחסידים הגדולים אשר בארץ, והנה זה כחמשים שנה מעת שאבי מורי זצ"ל הלך לעולמו ואני נשארתי אחריו קטן מאוד וידוע כי לפני חמשים שנה לא הי' הדור יתום מגאונים וצדיקים ואנשי מעשה ושקדנים גדולים בחורה וביראה ובכל זאת הצטיין אבי מורי זצ"ל ונתפרסם מאוד בימיו בגאונתו וצדקתו וחסידותו ובכל מעשיו, ה' יחונן עפרו ויצרור בצרור החיים את נשמתו וינוח בשלום על משכבו, אכי"ר.

והנני נותן חורה וברכה לאמי תחי' הצנועה והצדקנית מרת ר ח ל בת הגביר המפורסם מהו"ר אלכסנדר מגארזר אשר מלבד צדקותיה ומעשיה הטובים עוד עמלה ויגעה

להחזיקני לתורת ד' וגם עזרה את אבי מורי זצ"ל ותמכה אותו בכל עניניו שיוכל לשקוד על דלתי התורה בשקידה נפלאה, ודבר אחד מצדקותיה הנני להזכיר פה בפרטות ומזה נוכל לדון על השאר, הנה ידוע כי בליל שבת קודש אין קורין ואין לומדין לאור הנר מחשש שמא יטה כדאיתא בשו"ע או"ח סימן רע"ה, ובאשר כי אבי מורי' זצ"ל קיים את דברי חז"ל כמאמרם בלי לחפש צדדים וקולות לזאת לא מצא היתר ללמוד בש"ק רק אם יש אחר עמו ואומר לו תן דעתך עלי שלא אטה כדאיתא בשו"ע שם ס"ג לכן ישבה אמי תחי' אצל אבי זצ"ל ועזרה אותו שלא יטה וגם בלילי טבת הארוכים ישבה ג"כ אמי תחי' אצל אבי זצ"ל ועזרה אותו שלא יתבטל מלימודיו בש"ק וכן עזרה אותי ואת אחי לתוה"ק, ה' יאריך ימיה ושנותיה וישלם לה כפעלה ותהא משכורתה שלימה מעם ה'.

והנני נותן חודה וברכה אל כבוד חמי הרב הגאון הגדול וכו' מהו"ר אברהם אבא זאק שליט"א אבד"ק אלשאד, אשר מדותיו התרומיות ומזגו הטוב יראתו את ה' נפלאים מאוד, והוא גאון מצויין בבקיאות וחריפות בש"ס ופוסקים כידוע לכל יודעיו ומכיריו, **יברך** ה' אותו ואת חמותי הצנועה מרת לאה תחי' ואת בל ב"ב בכל מילי דמיטב ויעלו ויצליחו כאות נפשם.

והנני נותן תודה וברכה לגיסתי הגבירה העדינה המפורסמת בצד קתה ונדבת לבה מרת ליבא מרים גאווארענסקי תחי' בת הגביר הנדיב הידוע ומפורסם מהו"ר קלמן זאב וויסאצקי ממאסקווא, אשת אחי הרב הצדיק הגדול בתורה ויראה נגיד ונדיב וכו' מהו"ר ברוך בימדעט זצ"ל, אשר תקצר היריעה מהכיל לכתוב את טוב לבבה ונדבת רוחה וחסדה שהיא עושה עם כל משפחתנו ובכללם גם עמדי ועם עוד כמה וכמה משפחות בישראל שהיא מטיבה להם בכספה ובמעשיה שהיא עוסקת לטובתם, ואחת מצדקת פזרונה אכתוב בפרטות היא יסדה קיבוץ של לומדי תורה אברכים ובחורים בעיר פאניוועז והיא שולחת להם יתר מששת אלפים רו"כ לשנה. וה' אשר שמים בזרת תכן (עיין סנהדרין ד' ק') הוא יפתח את ידו במרה טובה המרובה ויתן מלא טובות וברכות לה ולזרעה וזרע זרעה עד עולם אכי"ר.

ומחזיקנא טיבותא לקהל עדתי יעלאק אשר כמה שנים אשר אני יושב בתוכם ותמכו אותי כראוי שיהא צילותא דעתאי להגות בתורה במנוחה, יברכם ה' בבני חיי ומזוני ובכל טוב סלה כאות נפשם ונפש המברכם מקירות לבו.

ואשא כפי לשוכן שמים ובקול רנה ותודה, אליו אשירה ואודה, אשר הביאני עד הלום ועזרני להוציא מחשבתי מכח אל הפועל והנני נותן הודאה על שעבר ומתפלל על העתיד לבוא שיעזרני ה' בכל עניני ויעזרני גם לסדר ולהדפיס את כל החד"ת אשר אתי בכתובים

ויצילני משגיאות ויושיעני להדפיסם ולהוציאם לאור עולם ויאיר עיני ועיני כל ישראל בתורתו וישים בלבנו אהבתו ויראתו ולא ימוש התורה מפינו ומפי זרעינו וזרע זרעינו עד עולם ומציון יתן ה' ישועת ישראל ונזכה לראות בבנין ירושלם ונדחי ישראל יכנס במהרה אמן,

שמואל יעקב ראבינאוויץ בהגאון החסיד ר' ישכר בער זצ"ל.

יעלאק יום ב' י"ג טבת שנת תרע"ג.

שמעתתא דשליחות

פרק א

א) **כתב** מרן המחבר בשו"ע או"ח סימן רס"ג סע' י"ז וז"ל יש אומרים שמי שקבל עליו שבת קודם חשכה מותר לומר לישראל חבירו לעשות לו מלאכה עכ"ל וכתב שם בס' שערי תשובה וז"ל ובשו"ת פני יהושע הנדפס חלק יו"ד סימן ג' בסופו כתב שזה תלוי במחלוקת הפוסקים לענין שליח לדבר עבירה אם בעינן שליח בר חיובא עכ"ל פירוש דלשיטת הפוסקים דס"ל דכל היכא דשליח לאו בר חיובא הוא מחייב שולחו א"כ כאן נמי אין השליח רשאי לעשות מלאכה בשביל מי שכבר קבל שבת כיון שהשליח עדיין לא קבל שבת ואין השליח בר חיובא לכן מיחייב שולחו, ודברי המחבר לא אתיין רק לשיטת הפוסקים דס"ל אם השליח הוא אי בעי עביד אי בעי לא עביד אע"פ שאינו בר חיובא לא מיחייב שולחו עיין שו"ע חו"מ סימן קפ"ב בראש הסימן ובש"ך שם שהביא מחלוקת הפוסקים בזה אי הלכה כרבינא או כר' סמא בב"מ ד' יוד ע"ש.

ב) ויש להקשות על דברי הפ"י הנ"ל דא"כ איש טמא שאמר לטהור בוא למקדש בשבילי להביא לי חפץ משם יש לנו ג"כ לומר שהמשלח יהא מחויב כרת משום ביאת מקדש כיון שהשליח לאו בר חיובא הוא הרי מיחייב שולחו, וכן כהן שאמר לישראל לך לבית הקברות בשבילי להביא לי חפץ משם יש לנו לומר ג"כ שהכהן יתחייב במלקות משום טומאת בית הקברות כיון שהשליח לאו בר חיובא הוא שהרי טומאת בית הקברות לאיש שאינו כהן וכן ביאת מקדש לאיש טהור היתר גמור הוא כמו עשיית מלאכה בערב שבת למי שלא קבל עליו את השבת, ולדברי הפ"י הנ"ל שהמשלח חייב משום שהוא כבר קבל עליו את השבת ואסור לעשות מלאכה לכן כיון שהשליח לאו בר חיובא מיחייב שולחו א"כ כאן נמי כיון שהמשלח אסור לבוא לבית הקברות או למקדש יתחייב שולחו כיון שהשליח אינו בר חיובא וכן בהרבה ענינים כיוצא בהם יש להקשות כן לדברי הפ"י הנ"ל,

ג) **ונראה** לתרץ כל הקושיות הנ"ל וכן קושית הפ"י תהא מתורצת בזה ודברי מרן המחבר אתיא אפי' לשיטת הפוסקים דס"ל דכל היכא דהשליח לאו בר חיובא מחייב שולחו ודלא כדברי הפ"י הנ"ל.

דהנה העולם מפרשים דהא דאמרינן שלוחו של אדם כמותו פירושו הוא דהמעשה שהשליח עושה נחשב כאלו המשלח עשאו, כגון ראובן שאמר לשמעון שלוחו לך וחזק בקרקע פלוני בשבילי והלך שמעון והחזיק בה בחזקה דנעל גדר ופרץ הרי המעשים האלה בעצמם אנו מחשבינן כאלו ראובן המשלח עשאם ולכן קנה המשלח כיון שהוא בעצמו עשה את מעשה החזקה דנעל גדר ופרץ דהא קי"ל שלוחו של אדם כמותו, וכן גבי קידושין כשעשה ראובן לשמעון שליח לקדש את האשה אנו מחשבינן מסירת הטבעת שמסר שמעון השליח ליד האשה כאלו ראובן המשלח מסרה להאשה וכן גבי מעילה וטביחה דאיתרבי דיש שליח לד"ע ג"כ הפירוש הכי דעצם מעשה הטביחה של השליח נחשב כאלו ראובן המשלח עשאו ולכן חייב המשלח דו"ה כן מפרשים העולם הא מילתא דקי"ל שלוחו של אדם כמותו

ד) **אכן** נראה שבאמת אין הפירוש כן שיהא נחשב מעשה השליח כאלו המשלח עשאו דהנה אמרינן בב"ק ד' ע"א ובפ' אלו נערות ד' ל"ג דהשוחט בשבת חייב דו"ה ומסיק הגמ' דאיירי ששחט ע"י שליח והשליח חייב מיתה משום שבת והמשלח חייב דו"ה משום שהבהמה גנובה היתה, א"כ תקשה על מעשה השחיטה הזאת שהבהמה הגנובה נשחטה בשבת מי שחטה השליח או המשלח אם תאמר שהמשלח שחטה אמאי חייב השליח מיתה משום שבת כיון שהמשלח שחטה הרי לא עשה השליח מאומה ואמאי חייב מיתה משום שבת, ואם תאמר שהשליח שחטה לכן הוא מחויב מיתה משום שבת א"כ תימה אמאי חייב המשלח דו"ה כיון שהמשלח לא עשה ול"כ, דנהי דמרבינן מאו ותחת לרבות את השליח שהשליח שליח חייב דו"ה ע"י מעשיו של השליח מ"מ לא מרבינן רק שיהא דינו של דו"ה כמו בכל התורה כולה דקי"ל שלוחו של אדם כמותו, ואע"ג דאיכא עבירה בטביחת בהמה גנובה וקי"ל אין שליח לד"ע מ"מ רבי קרא מאו ותחת לרבות את השליח דאמרינן כאן שלוחו של אדם כמותו כמו בכל התורה כולה, וכיון דפירוסה של הא דקי"ל שלוחו של אדם כמותו הוא דמחשבינן את מעשיו של השליח כאלו המשלח עשאם וכיון שהשליח מחויב מיתה משום שבת הרי אנו רואין שמעשה הטביחה לא נחשב כאלו המשלח עשאה א"כ אמאי חייב המשלח דו"ה כיון שלא עשה מאומה, סוף דבר כיון דכאן ליכא רק חד מעשה השחיטה ולא שני מעשים, א"כ איכא לאקשויי ממה נפשך אין לחייב רק את אחד מהם ולא את שניהם יחד השליח

והמשלח, דאם נחשוב את המעשה על השליח יש לפטור את המשלח ואם נחשוב את מעשה הטביחה על המשלח יש לפטור את השליח, ואיך מחייבינן לשני בני אדם בשביל מעשה אחד.

ה) **אלא** נראה לפרש דהא דקי"ל שלוחו של אדם כמותו אין הפירוש דהמעשה בעצמו שהשליח עושה זה נחשב שהמשלח עשאו כגון גבי קנין שדה כשהשליח חופר את הקרקע לקנותה לא אמרינן שנחשב כאלו המשלח חפרה רק הפעולה הרוחנית שפעלה החפירה זאת נחשבה על המשלח, והיינו דהנה למדנו מקרא דכשבא אדם לקנות שדה צריך לחפור בה וכשבא לקנות אשה צריך למסור לידה כסף קידושין ואח"כ למדנו מקרא דשלוחו של אדם כמותו והיינו כשהשליח חופר את הקרקע אזי קנה המשלח כאלו הוא חפר בה ואע"ג שהמשלח לא עשה מאומה ולא חפר בה כלל וגם מעשיו של השליח לא נחשבו כאלו המשלח עשאם מ"מ קנה המשלח כאלו חפר בה דשלוחו של אדם כמותו וכן כשהשליח מוסר הכסף ליד האשה אזי האשה מקודשת לראובן כאלו הוא מסר הכסף לידה כי זהו הדין שלמדנו מקרא דשלוחו של אדם כמותו, וכן גבי טביחה דרבי קרא דשלוחו של אדם כמותו והיינו שהמשלח חייב דו"ה ע"י טביחתו של השליח ג"כ לא אמרינן שנחשוב מעשה הטביחה בעצמה על המשלח שהוא טבחה רק הפעולה שפעלה הטביחה דהיינו החיוב של דו"ה זהו מחשבינן על המשלח ומחייבינן ליה לשלם אף שלא עשה שום מעשה כלל רק ע"י מעשיו של השליח מחייבינן ליה להמשלח דזהו הדין דקי"ל שלוחו של אדם כמותו.

ו) **א"כ** אתי שפיר ההיא דפרק אלו נערות הנ"ל שהשליח שעשה המעשה ושחט בשבת חייב מיתה משום שבת והמשלח חייב דו"ה, אע"ג שהמשלח לא עשה כלום והוא לא טבחה מ"מ פעולה הרוחנית שפעלה הטביחה דהיינו החיוב של דו"ה זהו נחשב על המשלח כמו בכל התורה דמחשבינן המעשה על השליח והפעולה על המשלח, ואע"ג דכאן פעלה מעשה השחיטה של השליח שתי פעולות א) חיוב מיתה משום שבת ב) חיוב דו"ה משוה שהבהמה גנובה היתה מ"מ החיוב מיתה אי אפשר לחשבו על המשלח דהרי אין שליח לד"ע ולא אמרינן בדבר עבירה שלוחי של אדם כמותו, רק הפעולה שפעלה הטביחה לחייבו בדו"ה בזה אמרינן שלוחו של אדם כמותו כמו בכל התורה משום דאיתרבי מאו ותחת לרבות את השליח לכן חייב המשלח

ז) **ודע** שיש שני מיני עבירות, הראשון שהענין מצד עצמו הוא ג"כ עבירה אפי' אם לא יעשנו אדם בן דעת רק חש"ו ג"כ עבירה נעשתה כגון רציחה דאפילו אם האדם נהרג ע"י חש"ו אע"ג דלא שייך שם לומר שנעשתה עבירה מחמת שהשוטה עבר אמימרא

דרחמנא דכתיב לא תרצח שהרי התורה לא הזהירה רק לאנשים בני דעת ולא לשוטים ותינוקות, מ"מ מקרי שנעשתה עבירה שהרי עכ"פ נהרג אדם וזה היה עיקר הקפידה מה שהזהירה התורה על לא תרצח מפני שרצתה שלא יהרג אדם, ודאי אם אדם בן דעת יהרוג את האדם אזי נעשתה העבירה בכפילות חדא מצד המעשה בעצמה שנהרג אדם, ועוד מה שאדם בן דעת עבר על מימרא דרחמנא שהזהירו בלאו דלא תרצח, אבל אם חש"ו עברו והרגו את האדם לא נעשתה העבירה בכפילות רק מצד הענין בעצמו מה שנהרג אדם אבל עבירה אמימרא דרחמנא אין כאן כיון שאינם בני דעת, מ"מ עבירה מקרי מצד הענין בעצמו כדלעיל.

ח) **ויש** עוד מין עברה שניה שאין שום קפידא מצד הענין בעצמו רק מצד העושה כגון איסור מלאכה בשבת ויום טוב שלא הקפידה התורה על המלאכה בעצמה כגון על השדה שלא תהא קצורה ועל הנר שלא יהא דלוק רק עלינו בני ישראל הקפידה התורה שאנחנו לא נקצור את השדה בשבת ויו"ט ואנחנו לא נדליק את הנר על זאת הקפידה התורה ולא על הענין בעצמו, ומובן מזה שאם חש"ו עשו מלאכה בשבת ויו"ט לא נעשתה שום עבירה כלל לא מצד הענין בעצמו ולא מצד העושה כיון שאינם בני דעת ולהם לא הזהירה התורה כלל הרי לא עברו אמימרא דרחמנא וגם עבירה מצד הענין בעצמו אין שם כיון שלא הקפידה התורה על השדה שלא תהא קצורה ועל הנר שלא יהא דלוק ואם אדם בן דעת עבר וחלל שבת או יו"ט אזי לא נעשתה העבירה בכפילות, דמיקרי עבירה רק מצד העושה מה שאדם בן דעת עבר אמימרא דרחמנא ולא מצד הענין בעצמו.

ט) **ודע** שאם כהן נשא גרושה ג"כ נעשתה עבירה בכפילות, ראשונה מה שעבר הכהן אמימרא דרחמנא מה שהזהירו התורה גרושה לא יקח, ושנית מה שהתורה לא רצתה שנשי כהנים תהיינה גרושות שעיקר קפידת התורה מה שהזהירה את הכהנים שלא יקחו גרושות הוא מפני שהתורה לא רצתה שנשי כהנים תהיינה גרושות ובודאי אפילו אם יש לו לכהן אשה גרושה באופן שלא עבר בשעת הנשואין אמימרא דרחמנא כגון שהיה אונס וכדומה לזה מ"מ כיון דעכ"פ יש לו לכהן אשה גרושה מקרי שנעשתה עבירה, וכן בהקפת הראש כיון דמלא תקיפו דרשינן אחד המקיף ואחד הניקף במשמע, הרי אנו רואין שיש גם שם העבירה בכפילות האחת מצד העושה והשנית מצד שהתורה לא רצתה שבני ישראל יהיו מוקפי ראש.

י) **ובזה** יש לתרץ קושית הפני יהושע הנ"ל שהקשה אמאי שרי לראובן שקבל שבת לומר לשמעון שלא קבל שבת עשה מלאכה בשבילי והלא כיון שאין השליח בר חיובא אית לן למימר שיתחייב שולחו, ובדברינו ניחא דודאי אם היה פירושו של מה דאמרינן שלוחו

של אדם כמותו היינו שהמעשה בעצמו שהשליח עושה זהו נחשב שהמשלח עשאו שפיר יש להקשות שיתחייב המשלח שהרי עשה מלאכה לאחר קבלת שבת, אבל לפי דברינו שהוכחנו דהמעשה בעצמו לא מחשבינן בשום מקום על המשלח, ומה דאמרינן שלוחו של אדם כמותו פירושו הוא שהפעולה היוצאת מהמעשה זהו מחשבינן על המשלח כגון אם יוצא מהמעשה קנין או חיוב וכדומה לזה מחשבינן להו על המשלח, א"כ צריכין אנו לראות מקודם אם מעשה השליח פעלה איזה חיוב ופעולה ואז נחשבהו על המשלח, והנה בזה אנו רואים כי מעשה השליח לא פעלה שום חיוב כלל שהרי עשיית המלאכה בחול היתה כי השליח לא קבל שבת עדיין וכיון שמעשיו של השליח לא פעלו שום חיוב כלל אין לנו מה לחשב על המשלח.

יא) דדוקא אם אדם יעשה שליח לחלל את עצם יום השבת שפעל מעשה השליח לחייב מיתה את מי שהוא משום חילול שבת אזי יש מקום לומר שפעולת המעשה נחשבת על המשלח אי הוה ס"ל יש שליח לדבר עבירה, וכן כשעושה שליח להרוג את הנפש או כהן שעושה שליח לקדש לו אשה גרושה או העושה שליח להקיף את האדם, אפילו באופן שאין השליח בר חיובא מ"מ כיון שנעשית פעולת העבירה ממעשיו שהרי נהרג אדם והרי יש לו לכהן אשה גרושה והרי הישראל מוקף ראש שהתורה לא רצתה בכל זה היינו שהתורה רצתה שבני ישראל לא יהיו נרצחים ונשי כהנים לא יהיו גרושות ובני ישראל לא יהיו מוקפי ראש א"כ נעשתה עבירה ע"י מעשיו של השליח לכן יש מקום לדון על מי לחשוב את העבירה אם על השליח או על המשלח כיון דעכ"פ נעשתה עבירה אפילו כשאין השליח בר חיובא שהרי בהענין בעצמו יש עבירה מה שנהרג אדם ומה שיש לו לכהן אשה גרושה ומה שישראל הוא מוקף ראש, אבל כשאיש טמא עושה שליח לאיש טהור שיכנס עבורו בעזרה ויביא לו חפץ בשבילו וכן כשכהן עשה שליח לישראל שיכנס עבורו לבית הקברות ויביא לו איזה חפץ או כשאדם שכבר קבל עליו את השבת עושה שליח לאיש אחר שלא קבל עליו עדיין את השבת שיעשה מלאכה בשבילו שבכל אלה לא נעשית שום עבירה כלל וכלל שהרי איש טהור נכנס לעזרה וישראל נכנס לבית הקברות והמלאכה נעשתה בחול. א"כ אמאי יתחייב המשלח כיון שכבר הוכחנו שהמעשה של השליח לא נחשב על המשלח רק פעולת המעשה זאת נחשבה על המשלח וכאן אין שום פעולת המעשה שהרי המעשה היתר גמור הוא ואין מה לחשוב על המשלח, ועיין בנו"ב חלק אה"ע מהדו"ק סוף סימן ע"ה וסימן פ' אות י"ח וסימן פ"ב אות י"ג דמשמע מדבריו שאם ישראל אמר לכהן אכול תרומה כיון שהשליח לאו בר חיובא הוא שהרי כהן מותר בתרומה היה מתחייב שולחו אי לאו טעמא דזה

נהנה וזה מתחייב לא אמרינן וכן אם איש טמא אומר לאיש טהור אכול קדש או בוא למקדש בשבילי היה מתחייב שלוחו אי לאו טעם הנ"ל ע"ש והוא כסברת הפ"י הנ"ל ולדברינו אין זה שום שייכות לשליח לדבר עבירה כיון שהוא היתר גמור ולא נעשתה שום פעולת איסור ע"י.

פרק ב

א) **כתב** התוס' רי"ד בקידושין ד' מ"ב וז"ל יש מקשים א"כ לכל דבר מצוה יועילו מעשה השליח ויאמר אדם לחבירו שב בסוכה עבורי הנח תפלין עבורי ולאו מילתא היא שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו היאך יפטר הוא ע"י שלוחו והוא לא יעשה כלום בודאי בגירושין וקידושין מהני כי הוא המגרש ולא השליח שכותב בגט אנא פלוני פטרית פלונית וכן נמי באשה למי היא מקודשת כי אם לו והיא אשתו וכן בתרומה הוא נותן התרומה מפירותיו וכן בפסח הוא אוכלו ועל שמו ישחט ויזרק הדם אבל בסוכה ה"נ יכול לומר לשלוחו עשה לי סוכה והוא יושב בה אבל אם ישב בה חבירו לא קיים הוא כלום וכן לולב וציצית וכל המצות עכ"ל התוס' רי"ד. והקצוה"ק סימן קפ"ב ס"ק א' הקשה על דברי התוס' רי"ד הנ"ל וז"ל וקשיא לי דהא בשליחות לד"ע אי לאו דגלי לן קרא דאין שליח לד"ע הוי ליה בדין שליחות ואע"ג דאין המשלח עושה כלום ולשמאי הזקן ס"ל דעושה שליח להרוג את הנפש דשליח של אדם כמותו כדאיתא רפ"ב דקידושין ואין המשלח עושה כלום עכ"ל הקצוה"ק שם, ובאמת קושיית הקצוה"ח על דברי תוס' רי"ד קושיא עצומה היא, וכן מצינו גבי מעילה שנתרבה מקראי שהמשלח מעל אע"פ שאין המשלח עושה כלום, וכן אמרינן בקידושין ד' מ"ג שהאומר לשלוחו אכול את החלב ובעול את הערוה שהשליח חייב והמשלח פטור אפי' לשמאי הזקן משום שלא מצינו בכל התורה זה נהנה וזה מתחייב, משמע דוקא משום האי טעמא שהשליח נהנה לכן אין המשלח חייב אבל אם לא נהנה השליח היה המשלח חייב אע"ג שהמשלח לא עשה כלל בזה אלמא שיש דיני שליחות אפי' במקום שהמשלח אינו עושה מאומה.

ב) **ועוד** יש להקשות לדברי התוס' רי"ד אמאי לא יכול אדם לעשות שליח בכל ברכת הנהנין שחבירו יברך בעדו בשליחותו ויצא בזה המשלח ידי חובתו ויהא מותר לאכול אפילו אם המשלח לא שמע את הברכה ג"כ יש לנו לומר שיצא בו שהרי אסור ליהנות מן העולם הזה בלא ברכה והברכה מתירתו באכילה, א"כ הרי יש לו גם להמשלח מה לעשות בזה כמו בשחיטת הפסח וזריקתו כי מפני זה ששוחטין את הפסח וזורקין את הדם לשם ראובן לכן שרי ראובן לאכול את הפסח ומקרי בשביל זה שיש לו להמשלח מה לעשות א"כ כאן נמי כיון שהמשלח הותר לאכול ע"י ברכתו של שלוחו אמאי לא

יוכל לעשות שליח שהרי יש לו להמשלח מה לעשות כמו גיטין וקידושין ושאר קנינים ואכילת פסח ואפי' הכי קי"ל שאין עושין ע"י שליח דלא כתוס' רי"ד.

ג) **והקצוה"ח** סימן קפ"ב ס"ק א' תירץ על קושית תוס' רי"ד הנ"ל דאע"ג דאמרינן שלוחו של אדם כמותו מ"מ אין הגוף של השליח כגופו של המשלח דדוקא מעשיו של השליח נחשבו כאלו המשלח עשאם אבל הגוף של השליח אינו כגופו של המשלח וסיים וז"ל אבל בתפלין כשהשליח מניח תפלין הנחה זו שהוא עשיה חשוב כאלו המשלח עשה הנחה זו אבל אכתי לא הניח התפלין על ראשו אלא על ראש שלוחו דאין גוף השליח כגוף המשלח, ומשו"ה בציצית ותפלין וסוכה נהי דהוה ליה עשיית השליח כעשיית המשלח כיון דגוף שלוחו לא הוי כגופו לא עשה המעשה בגופו אלא בגוף שלוחו, אבל בפסח וקידושין וגירושין שחיטת הפסח ומעשה קידושין וגירושין הוה ליה כאלו עשה הוא הרי הוא נגמר המעשה עכ"ל הקצוה"ח שם.

ד) **ולפענ"ד** גם תירוצו של הקצוה"ח אינו עולה יפה דהרי גבי גט כתיב ונתן בידה וקי"ל דהאשה עושה שליח לקבלה ובודאי אם היה כתוב בקרא תקח הגט שפיר יש לומר דהאשה יכולה לעשות שליח לקבלה דמעשה הקיחה של השליח נחשב כאלו האשה לקחה אע"פ שלא לקחה בידה שהרי ידי השליח אינן כידי המשלח רק מעשה השליח לבד זהו נחשב שהמשלח עשה, מ"מ מהני משום שלא כתיב תקח בידה רק תקח הגט וכמו גבי שחיטת הפסח דכתיב ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל ויכול לעשות שליח אע"פ שאין ידי השליח כידי המשלח מ"מ מהני שחיטתו שהרי לא כתיב ושחטו בידיהם רק ושחטו סתמא וכיון שמעשיו של השליח הם כמעשיו של המשלח שפיר מהני, אבל השתא דכתיב גבי גט ונתן בידה או ברשותה, ולפי דברי הקצוה"ח שהיד עצמו של השליח לא נעשית כידו של המשלח תקשה אמאי מתגרשת כשבא הגט ליד שלוחה לקבלה, והלא לא בא הגט לא בידה ולא ברשותה וקרא כתיב ונתן בידה ומה מועיל מה שמעשיו של השליח לקבלה הוא כמעשיה מ"מ כיון דעכ"פ לא בא הגט לידה או לרשותה אית לן לומר שלא תתגרש בו.

ה) **עוד** תימא שהרי כתוב בכל נוסחי סדרי גיטין של שליחות להולכה שהבעל אומר לשליח שיהא ידך כידי ופיך כפי ודבורך כדבורי ועשייתך כעשייתי ונתינתך כנתינתי עיין סדר הגט בשו"ע אה"ע סימן קנ"ד סכ"ח ובסדר גט שני של מהר"ם סימן כ' שכתבו כן וכן הוא בשאר סדרי גיטין, ולפי דברי הקצוה"ח תימא והלא לא נעשה ידו של השליח כידו של המשלח ולא פיו של השליח כפיו של המשלח רק עשייתו של השליח נעשית כעשייתו של המשלח וכן נתינתו של השליח נעשית כנתינתו של המשלח א"כ

למה ידבר המשלח דברי רוח שאין להם שחר אין לו לומר רק שיהא עשייתך כעשייתי ונתינתך כנתינתי ואין לו להזכיר בדבריו ידך כידי ופיך כפי דברים אשר לא כן המה, ועוד כי דבריו הנ"ל של הבעל יוכלו להיות למחסור ולגרעון להגט כי ע"י זה שנתבטלה שליחותיו לענין ידו ופיו שע"כ אינן נעשין ידו כידו ופיו כפיו מטעם הנ"ל אולי נתבטל ע"י זה גם מינויו שאמר עשייתך כעשייתך ונתינתך כנתינתי אליבא דמ"ד קני את וחמור דלא קני, וכן כתב הרמ"א בחו"מ סימן ר"ג ס"י לענין שאם החליף בקנין חליפין מעות ומטלטלין או מעות וקרקעות ביחד דיש אומרים הואיל שהקנין נתבטל אצל המעות נתבטל ג"כ אצל המטלטלין והקרקעות, אלא ודאי משמע דס"ל ש"ד השליח נעשה כיד המשלח ופי השליח נעשה כפי המשלח דלא כדברי הקצוה"ק.

ו) **עוד** תימא על דבריו אמאי לא יכול אדם לעשות שליח שיקח לולב בשבילו שהרי בלולב כתיב ולקחתם לכם ביום הראשון, הרי לא נכתב בקרא רק מעשה הקיחה ולא הוזכרו הידים, והוי כמו בקידושין דכתיב כי יקח איש אשה או לענין קנין שדה דכתיב נתתי כסף השדה קח ממני הרי הוזכרה קיחה או בגירושין לענין מעשה הבעל שנאמר וכתב לה ספר כריתות ונתן, ויכול לעשות שליח משום כי מעשה הקיחה שעשה השליח נחשב כאלו המשלח עשה וכן מעשה הכתיבה והנתינה של השליח נחשב כאלו הבעל כתב ונתן דמעשיו של השליח נחשבים על המשלח כמו שכתב הקצוה"ח, א"כ כאן נמי לענין לולב דכתיב נמי האי לישנא כמו בקידושין אמאי לא יכול לעשות שליח, בשלמא בתפלין ניחא משום שנאמר וקשרתם לאות על ידך ולטטפות בין עיניך וכיון שידו של השליח וראשו אינן כשל המשלח משו"ה אינו יכול לעשות שליח לענין תפלין, אבל לענין לולב כיון שלא, הוזכרה היד בתורה רק מעשה הלקיחה הוזכר בתורה, אמאי אינו יכלל לעשות שליח כיון שמעשיו של השליח נחשבים על המשלח כאלו הוא עשאם, כמו בקידושין שהוזכרה הקיחה בתורה וכן במקח וממכר הוזכרה הקיחה בתורה נתתי כסף השדה קח ממני, וכן בגט הוזכרו כתיבת הבעל ונתינתו בתורה וכן בשחיטת הפסח הוזכרה שחיטתו בתורה ויכול לעשות שליח אע"פ שמובן הדבר שכל אלה אי אפשר בלא ידים ובכל זאת כיון שלא הוזכרו הידים בפירוש בתורה יכול לעשות שליח א"כ גבי לולב נמי כיון שלא הוזכרו הידים בתורה אמאי לא יכול לעשות שליח לפי דברי הקצוה"ח.

ז) **עוד** שמעתי מקשים על דברי הקצוה"ח הנ"ל מהא דאמרינן בקידושין ד' מ"ב דאפילו לשמאי דס"ל דיש שליח לד"ע מ"מ מודה שמאי באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב שהשליח חייב ושולחו פטור שלא מצינו בכל התורה זה נהנה וזה

מתחייב ע"ש בגמרא, ולדברי הקצוה"ח דס"ל שהגוף של השליח אינו נחשב כגופו של המשלח, אין שום מקום לחייב את המשלח על החלב שאכל השליח ובלאו האי טעמא דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן פטור המשלח שהרי אין החלב בא בתוך גופו של המשלח כיון שגופו של השליח אינו כגוף המשלח ואיסור מאכלות אסורות ליכא רק אם בא מאכל האיסור בתוך מעיו של האוכל וא"כ למה לן טעמא לפטור את המשלח משום דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן תיפוק ליה שהמשלח לא עשה כלום, אלא ודאי משמע שגופו של השליח ובטנו ובית בליעתו וממיו כולם הם נחשבים כאלו הם של המשלח לכן היה מהראוי שהאומר לחבירו אכול את החלב יתחייב המשלח מפני שנחשב כאלו המשלח אכלו, ומשום זה, צריכא הגמ' למימר הטעם לפוטרו למשלח משום דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן, וכיון שגופו של השליח הוא כגופו של המשלח הדרא קושיא לדוכתיה אמאי לא יוכל אדם לומר, לחבירו שיניח תפלין בעדו וישב בסוכה בעדו כיון שגוף השליח הוא כגוף המשלח וכן ראשו וידו של השליח הם כראשו וידו של המשלח נמצא שהניח התפלין על ראשו וידו של המשלח וגופו של המשלח ישב בסוכה ואמאי לא יצא בו המשלח.

ח) **לכן** נראה לי לבאר דהנה כבר ביארנו לעיל בס"ד שפירוש של הא דקי"ל שלוחו של אדם כמותו היינו אע"פ שהמעשה בעצמו שעשה השליח לא נחשב כאלו המשלח עשאו מ"מ הפעולה הרוחנית שפעל המעשה זהו נחשב על המשלח כגון הקידושין או הגירושין או קנין השדה או החיוב זה נחשב מל המשלח אבל המעשה בעצמו לא מחשבינן על המשלח רק על השליח.

ובזה יש לבאר מה שכתוב בנוסחי סדרי גיטין שהבאנו לעיל שהבעל אומר לשליח שתהא ידך כידי ופיך כפי, היינו הפעולה שתצא מידך תפעול לגרש כמו ידי ופעולת הגירושין שתצא מפיך תפעול לגרש כמו פי שהרי הפעולה הרוחנית שיצאת ממעשה השליח זאת נחשבת על המשלח, וכן כשעושה שליח לאכול חלב או נבילה וטרפה ושאר איסורים חייב המשלח אליבא דשמאי דס"ל יש שליח לדבר עבירה אי לאו טעמא דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן, והוא ג"כ מזה הטעם דכיון דפעלה אכילת השליח פעולת החיוב היינו חיוב כרת משום חלב או חיוב מלקות משום נבילה וטרפה זה מחשבינן ליה על המשלח כדקי"ל בכל מקום שלוחו של אדם כמותו והיינו שפעולת החיוב נחשבת על המשלח.

ט) **וכדי** לתרץ קושית תוס' רי"ד הנ"ל שהקשה מפני מה לא יכול אדם לומר לשליח הנח תפלין בשבילי או שב בסוכה בשבילי צריכין אנו להקדים הקדמה אחת וקצת מזה

כבר כתבנו לעיל, דהנה יש שני מיני עבירות, א) שהענין מצד עצמו הוא עבירה ואפי' אם לא יעשנה אדם בן דעת רק חרש שוטה וקטן ג"כ היא עבירה כגון רציחה דאפי' אם נהרג אדם ע"י חש"ו מ"מ מקרי שנעשתה עבירה שהרי עכ"פ נהרג אדם וזה היה עיקר הקפידה מה שהזהירה התורה על לא תרצח מפני שרצתה שאדם לא יהרג לכן אע"ג דלא שייך לומר שנעשתה עבירה מחמת שהשוטה עבר אמימרא דרחמנא דכתיב לא תרצח שהרי התורה לא הזהירה כלום לשוטים ותינוקות רק נאנשים בני דעת, מ"מ מקרי שנעשתה עבירה שהרי עכ"פ נהרג אדם, והב) אם הענין מצד עצמו אינו עון כלל ואין קפידא במעשה הנעשה מצד עצמו כגון לוא הזהרתנו התורה שלא נזרוק צרור לים שאין קפידא על הענין אם הצרור מונח בים או לא רק הקפידא הוא על האדם שהוא לא יזרוק צרור בים אז אמרינן דדוקא אם אדם בן דעת זרק את הצרור לים נעשתה עבירה בזריקתו כיון שעבר אמימרא דרחמנא שהזהירו שלא יזרוק אבל אם חש"ו עשו את המעשה הנ"ל מקרי לא נעשתה עבירה כלל.

י) **א"כ** אם אדם בן דעת הרג את הנפש הרי נעשתה העבירה בכפיות חדא מצד המעשה בעצמו שהתורה רצתה שתרם לא יהרג וכרוכה וקשורה בה עבירה אפילו אם העושה אינו בר דעת רק חרש שוטה וקטן, ועוד הרי אדם בן דעת עבר אמימרא דרחמנא דכתיב לא תרצח, דאפילו אם לא היה קפידא בהענין בעצמו כמו בזריקות צרור לים שהזכרנו לעיל ג"כ עבירה מקרי משום שעבר על אזהרת הכתוב א"כ אם אדם בן דעת הרג את הנפש נקבצו ובאו שתי העבירות ביחד א) מצד הענין בעצמו, ב) מצד העושה.

יא) **ויש** עבירה שאין בה קפידא על הענין בעצמו כגון חילול שבת ויו"ט שלא הקפידה התורה על השדה שלא תהא חרושה וזרועה ועל הבגד שלא יהא תפור רק עלינו בני ישראל הקפידה התורה שלא נעשה מלאכה בשבתות ויו"ט אבל על הענין בעצמו אין שום קפידא ואם חש"ו עשו מלאכה בשבת ויו"ט לא נעשתה שום עבירה כלל לא מצד הענין בעצמו ולא מצד העושה כיון שאינן בני דעת ולהם לא הזהירה התורה כלל הרי לא עברו אמימרא דרחמנא, לכן אם אדם בן דעת עבר וחילל שבת או יו"ט אוי לא נעשתה העבירה בכפילות רק מצד העושה מה שהאדם בן דעת עבר אמימרא דרחמנא.

יב) **ולפי** מה שכתבנו לעיל שהמעשה בעצמו שעשה השליח לא נחשב כאלו המשלח עשאו רק הפעולה שפעל המעשה זאת מחשבינן על המשלח א"כ אם ראובן עשה שליח לשמעון שיהרוג את הנפש אליבא דשמאי דס"ל יש שליח לדבר עבירה והמשלח חייב משום שפעולת הענין נחשבה עליו, יש לחקור בנידון זה שפעל המעשה שתי פעולות רעות, חדא מה שבהענין בעצמו יש פעולה רעה כי נהרג אדם, ועוד פעולה רעה פעלה

מעשה הרציחה של השליח מה שאדם בן דעת עבר על לאו דלא תרצח, א"כ יש לחקור איזו פעולה רעה מהמעשה מקבל המשלח אם פעולת החיוב שקשורה וכרוכה בתוך המעשה עצמה בלי אמצעיות השליח ומדלגינן ליה להשליח רק הפעולה הרעה מהמעשה בעצמו שנהרג אדם מקבל המשלח, או דילמא המשלח מקבל את הפעולה הרעה שפעלה פעולת הרציחה על השליח שעבר בלאו דלא תרצח מיניה דיליה דשליח ולא מדלגינן ליה לשליח כי אין המשלח מקבל את הפעולה הרעה שכרוכה וקשורה בתוכיות המעשה והענין שנהרג אדם רק הפעולה הרעה שעשה המעשה על השליח שעבר בלאו דלא תרצח זהו קבלה המשלח.

יג) **ונפקא** מינה אליבא דשמאי הזקן דס"ל יש שליח לד"ע אם התרו בו במשלח ולא בשליח דאם נאמר דפירושה של הא דקי"ל שלוחו של אדם כמותו היינו שהמשלח אינו מקבל את פעולת החיוב שיש בתוך הענין בעצמו שנהרג אדם רק הוא מקבל את פעולת החיוב שפעלה על השליח לחייבו מיתה ומיניה דידיה דשליח מקבל המשלח את החיוב מיתה א"כ בעינן דוקא שהתרו בו בשליח דאז גורם עון הרציחה של השליח חיוב מיתה ומיניה דידיה דשליח מקבל המשלח את החיוב מיתה, אבל אם התרו רק במשלח ולא התרו ביה בשליח הנה לא פעל המעשה שום פעולת מיתה על השליח דהרי לא התרו ביה לכן גם המשלח פטור דלא עדיף המשלח מיניה דשליח דאתא מכחו, אולם אם נאמר דפירושה של שלוחו של אדם כמותו הוא שהמשלח מקבל את הפעולה הרעה שפעל מעשה השליח בעצם הענין היינו שנהרג אדם ומדלגינן ליה לשליח א"כ לא איכפת לן מה דלא אתרו ביה בשליח שהרי מ"מ נהרג אדם ונעשתה פעולת החיוב והמשלח חייב מיתה כיון שהתרו ביה במשלח אע"פ שלא התרו ביה בשליח.

יד) **עוד** יש נפקא מינה כגון אם אמר ראובן לשמעון שלוחו צא וקצור שדה בשבילי בשבת דאם נאמר דשלוחו של אדם כמותו פירושו דהפעולה שפעל המעשה על השליח זהו מקבל המשלח מיניה דידיה דשליח, א"כ הכא שפעל המעשה חיוב מיתה על השליח מקבלה המשלח והמשלח חייב מיתה אליבא דשמאי דס"ל יש שליח לדבר עבירה, אבל אם נאמר דשלוחו של אדם כמותו פירושו הוא שהעבירה והחיוב מיתה שכרוכה וקשורה בתוך הענין בעצמו בלא אמצעית השליח זהו מחשבינן על המשלח, א"כ כאן בחילול שבת שבתוך המלאכה בעצמה אינה קשורה שום עבירה שהרי לא הקפידה התורה על השדה שלא תהא קצורה כמו שהקפידה התורה על שפיכות דמים שהאדם לא יהרג רק עיקר הקפידא על האדם שהוא לא יהא קוצר בשבת ורק גוף השליח הקוצר הוא שגורם חיוב מיתה וכיון דאמרינן שהמשלח אינו מקבל מן השליח את חיובו, רק

את החיוב הקשור וכרוך בהענין בעצמו ומדלגינן ליה לשליח וכיון שבחילול שבת אין שום פעולה רעה קשורה וכרוכה בתוכיות הענין בעצמו בלא אמצעית השליח לכן פטור המשלח.

טו) ויש להביא ראיה דמדלגינן ליה לשליח והמשלח מקבל את פעולת החיוב שיש בתוך הענין בעצמו מהא דאמרינן בב"מ ד' יוד היכא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה היכא דשליח בר חיובא אבל בחצר דלאו בר חיובא הוא מיחייב שולחו ומסיק שם הגמ' דכהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה או איש דאמר לאשה אקפי לי קטן כיון דהשליח לאו בר חיובא הוא מיחייב שולחו וא"כ יש ראי' מזה שהמשלח מקבל את פעולת החיוב שקשור וכרוך בתוך הענין בעצמו בלא אמצעית השליח רק מדלגינן ליה לשליח ושפיר יש לחייב את המשלח אע"פ שמעשיו לא גרמו שום חיוב על השליח שהרי השליח לאו בר חיובא הוא מ"מ חייב המשלח שהרי בהענין בעצמו קשור בו חיוב ועבירה שהרי לא רצתה התורה שבני ישראל יהיו מוקפי ראש וכן לא רצתה התורה שנשי כהנים יהיו גרושות כשם שהתורה רצתה שאדם לא יהרג כמו שכתבנו לעיל, אבל אי אמרינן דפירושו של הא דקי"ל שלוחו של אדם כמותו הוא דהפעולה הרעה שפעל מעשה השליח על השליח זאת מקבל המשלח א"כ כאן דהשליח לאו בר חיובא הוא ולא פעל המעשה שום חיוב על השליח אמאי מחייב שולחו.

טז) עוד ראי' שהרי בגיטין וקידושין ליכא למימר שפעולת המעשה שפעלה בשליח זהו נחשב על המשלח, שהרי האשה הזאת המגורשת אשתו של המשלח היא ולא אשתו של השליח ואיך יפעלו הגירושין מתחלה על השליח ואח"כ יקבל המשלח מיניה דידיה דשליח אלא ודאי צריך לומר דפעולת הגירושין שכרוכה וקשורה בעצם נתינת הגט זאת מחשבינן על המשלח ומרלגיק לשליח וכן בקידושין לא נוכל לומר שמתחלה מקודשת האשה לשליח ומיניה דידיה דשליח מקבל המשלח שהרי יוכל היות שהשליח הוא אביה או אחיה של האשה דלא תפסי בה קידושין, אלא ודאי צריך לומר שהמשלח לא את הפעולה שפעל המעשה על השליח הוא מקבל, אלא מקבל הוא את הפעולה שכרוכה וקשורה בתוכיות הענין וקידושין וגירושין שנולדו ממעשה השליח זהו מקבל המשלח ומדלגינן ליה לשליח. ולפי זה יצא לנו דין חדש דאפילו אליבא דשמאי הזקן דס"ל יש שליח לדבר עבירה מ"מ אם ראובן אמר לשמעון לך וקצור שדה בעדי בשבת פטור המשלח דכיון דאמרינן דפירושו של שלוחו של אדם כמותו לאו היינו דמחשבינן הפעולה שפעל המעשה על השליח נחשב על המשלח, רק שפעולת החיוב שכרוכה בעצם המעשה כהריגת הנפש וכדומה זהו מחשבינן על המשלח וכיון דבחלול שבת

ליכא פעולה רעה בתוך עצם המעשה רק שגורם על השליח חיוב מיתה לכן פטור המשלח ובזה יש לתרץ קושית הגאון רע"א בס' דרוש וחידוש על מ"ש רש"י בכתובות ד' ל"ג וכי זה חוטא וזה מתחייב והא קי"ל בקידושין ד' מ"ב דאין שליח לדבר עבירה והקשה הגאון הנ"ל וז"ל וקשה על פירושו דהא מהכא גופא מוכח דאי יש שליח לדבר עבירה מחויב המשלח מיתה והוה קי"ל בדרבה מיניה עכ"ל ובדברינו ניחא דאפילו אם היינו אומרים דיש שליח לדבר עבירה מ"מ אין המשלח חייב מיתה משום שבת, דהרי התם בחלול שבת מיירי דאפילו לשמאי הזקן דס"ל יש שליח לד"ע, מ"מ בחילול שבת מודה שמאי, דאין שליח לד"ע לכן מוכרח רש"י, להביא ממרחק לחמו מהא דקי"ל בקידושין שאין שליח לד"ע.

יז) וכמו שיש שני מיני עבירות כמו שביארנו לעיל כן יש שני מיני מצוות הא' כגון פדיון שבוים ופקוח נפש וכדומה דעיקר קפידת התורה היתה שהשבוי יפדה והמסוכן יחיה ואפי' אם חש"ו פדו את השבוי והחיו את הנפש מקרי ג"כ שנעשתה מצוה במעשיהם, אף דלא שייך לומר שנעשתה מצוה ע"י זה שהשוטה קיים מצות ה' ופקודתו שמרה רוחו שהרי התורה לא הזהירה רק לאנשים בני דעת ולא לשוטים ותינוקות כי מעשיהם של חש"ו לא מעלין ולא מורידין מ"מ מקרי שנעשתה מצוה שהרי עכ"פ נפדה השבוי ונתרפא המסוכן שזה היתה עיקר קפידת התורה שצותה לנו עליהם שרצתה שהשבוי יהא נפדה והמסוכן יתרפא ואם אדם בן דעת קיים מצות התורה אפילו אם צותה התורה שנזרוק צרור לים אף שאין קפידא בעצם הענין אם הצרור מונח בים או לא מ"מ כיון שהתורה צותה לנו לעשות כך בודאי מקרי שנעשתה מצוה בזריקתו לים שהרי נתקימה מצות התורה שצותה לנו על זה.

יח) עוד יש מין מצוה שניה כגון מצות תפלין ומצות לולב וכדומה שלא הקפידה התורה על הלולב שלא יעמוד בלא נטילה או על התפלין שלא יעמדו בלא הנחה רק עיקר קפידת התורה היא על בן ישראל שיניח תפלין ויטול לולב לכן דוקא אם אדם בן דעת הניח תפלין אזי נקרא שנתקיימה מצות ד', אבל אם חש"ו הניחו תפלין או נטלו לולב לא מקרי כלל שנתקיימה מצות ד', שהרי מעשיהם לא מעלין ולא מורידין ולשוטים ותינוקות לא צותה התורה כלל וכלל שום מצוה והנחתם דומה כמי שמניח על עצים ואבנים, וכיון שכן אם אדם בן דעת הניח תפלין או נטל לולב לא נתקיימה רק מצוה אחת היינו מצד העושה מה שאדם בן דעת קיים מצות ד' אבל לא נתקימה שום מצוה מצד הענין בעצמו שהרי בהענין בעצמו אין שום מצוה קשורה בו ואינה דומה המצוה הזאת למצות

פדיון שבוים או פקוח נפש שבתוך הענין בעצמו קשורה בו מצוה מה שנפדה השבוי ונתרפא המסוכן.

יט) **א"כ** בודאי יכול אדם לעשות שליח לפדות את השבוי או לפקח את הנפש כמו בהפרשת תרומה וכדומה והמצוה נקראת על שם המשלח שהרי כבר כתבנו לעיל דפירושו של הא דקי"ל שלוחו של אדם כמותו הוא שאין המעשה בעצמו נחשב על המשלח רק פעולת המעשה הוא דמחשבינן על המשלח ובין אם נאמר שהפעולה שכרוכה וקשורה בהענין בעצמו הוא דמחשבינן על המשלח ובין אם נאמר שפעולת הענין שפעל המעשה על השליח הוא דמחשבינן על המשלח בין כך ובין כך יכול אדם לעשות שליח בפדיון שבוים ופקוח נפשות והפרשת תרומה שהר יש בהם מצות כפולות היינו בהענין בעצמו יש מצוה וגם העושה קיים מצוה ועל כיוצא בזה אמרו חז"ל מצוה בו יותר מבשלוחו א"כ משמע שגם ע"י שלוחו קיים את המצוה רק שמצוה מן המובחר להתעסק בעצמו בהמצוה ולא ע"י שליח דאי נימא דדוקא ע"י עצמו מקיים אדם את המצוה אבל ע"י שלוחו ליכא מצוה כלל א"כ לא שייך לומר מצוה בו יותר מבשלוחו כיון שע"י שלוחו ליכא מצוה כלל, אלא ודאי שגם ע"י שלוחו קיים את המצוה והוא דוקא בפדיון שבוים ופקוח נפש וכדומה שיש מצוה בהענין בעצמו מבלי השקף על עושה מעשה המצוה.

ב) **אבל** אם עשה אדם שליח להניח תפלין בשבילו או ליטול לולב בשבילו אזי תליא בהחקירה שחקרנו לעיל אם המשלח מקבל את הפעולה מן השליח או מן הענין בעצמו דאם נאמר שהמשלח מקבל את הפעולה שפעל המעשה על השליח אזי יוצא המשלח בהנחה זו שהרי פעל המעשה הזה על השליח לקום מצות תפלין ולולב א"כ מיניה דידיה דשליח מקבל המשלח והמשלח יוצא ידי מצות תפלין ולולב, אבל אם נאמר שאין המשלח מקבל מיניה דידיה דשליח רק מן המעשה בעצמו ומדלגינן ליה לשליח, א"כ דוקא פקוח נפש ופדיון שבוים שבתוך המעשה בעצמו קשורה וכרוכה מצוה והרי רצתה התורה בהענין והמצוה בעצמה וחפצה שהשבוי יפדה והמסוכן יתרפא התם שייך לומר שהמצוה שקשורה בתוך המעשה מקבל המשלח, אבל גבי תפלין ולולב וכדומה שבתוך הענין בעצמו אין שום מצוה כלל רק שגורמת מצוה על העושה שהוא השליח, וכיון שהמשלח אינו מקבל את הפעולה מהשליח רק מהמעשה בעצמו לכן לא יצא המשלח ידי מצות תפלין ולולב יען כי בהמעשה בעצמו אין שום מצוה ופעולה טובה.

כא) **וכיון** שכבר הוכחנו וביררנו לעיל בראיות שהמשלח אינו מקבל את פעולת המעשה מהשליח רק מהמעשה בעצמו כמו בקידושין וגירושין או כשאין השליח בר חיובא א"כ

מתורץ בזה קושית תוס' רי"ד הנ"ל שהקשה אמאי אין יכולים לעשות שליח על תפלין ולולב וכדומה, דכיון שהמשלח מקבל את הפעולה מהמעשה ולא מהשליח לכן אינו יכול לעשות שליח על תפלין ולולב וכדומה יען שאין שם פעולת מצוה בהמעשה בעצמו.

פרק ג

א) אך עדיין הדבר צריך ביאור דהרי אמרינן בקידושין ד' מ"ג אליבא דשמאי דס"ל יש שליח לדבר עבירה מודה שמאי באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב שהשליח חייב והמשלח פטור לפי שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב, א"כ משמע דדוקא מהאי טעמא מיפטר המשלח משום דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן אבל אי לאו האי טעמא היה המשלח חייב על אכילת חלב ובעילת ערוה של השליח, ולפי דברינו תימא הוא והלא דין מאכלות אסורות דומה לחילול שבת שלא הקפידה התורה על החלב ועל הנבלה שתהא קיימת ואיש לא יאכלנה רק עלינו בני ישראל הקפידה התורה, שלא נאכל את החלב והנבלה ושאר מאכלות אסורות כמו שלא הקפידה התורה על המלאכה שלא תעשה בשבת רק עלינו בני ישראל הקפידה התורה שלא נעשה מלאכה. וכמו דאמרינן דלענין חילול שבת מודו כולי עלמא שהמשלח פטור על מעשה השליח משום דליכא עברה, בתוך הענין בעצמו א"כ במאכלות אסורות נמי כיון דליכא עברה בהענין בעצמו יש לנו לומר שהמשלח יפטר שהרי המשלח מקבל את פעולת העבירה והחיוב שיש בתוך הענין בעצמו ולא את העבירה והחיוב שגרמו מעשיו על השליח רק מדלגין ליה לשליח, וכיון דליכא במאכלות אסורות עבירה וחיוב בתוך הענין בעצמו אמאי חייב המשלח.

ב) **דבשרמא** לענין עריות איכא למימר ש"ש שם שתי עבירות כמו בשפיכות דמים שרצתה התורה שהענין לא יארע לעולם וגם אנחנו לא נעשה, שהרי קי"ל לענין ע"ז וגילוי עריות וש"ד שיהרג ואל ימכור אלמא דאפילו באונס ג"כ אינו רשאי לעבור על עון דגלוי עריות כמו בשפיכות דם, ואם נאמר שעל הענין בעצמו לא הקפידה התורה כלל אם יארע רק עלינו הקפידה התורה שלא נעשה כמו בחילול שבת, א"כ מהראוי שהתורה לא תקפיד רק אם נעשה ברצון דזה מקרי עובר על דברי תורה אבל באונס לא שייך לומר שעוברים על דברי תורה כיון שהעשיה היתה באונס אלא ודאי צריך לומר שהקפידה התורה גם על הענין שלא יארע לעולם כמו בשפיכות דמים לכן ניחא דאע"ג שבאונס אין כאן איסור מצד העושה מ"מ יהרג ואל יעבור כמו בשפיכות דמים משום שיש בעריות איסור מצד הענין בעצמו אבל ממאכלות אסורות קשיא דהרי שם לא אמרינן יהרג ואל יעבור וליכא איסור מצד הענין בעצמו ואמאי חייב המשלח.

נ) **ונראה** דגם במאכלות אסורות הקפידה התורה על שני דברים כמו שהקפידה התורה על שפיכות דמים על הנהרג שלא יהרג ועל הרוצח שלא ירצח ועיקר הקפידא הוא על הנהרג שלא יהרג, כן עיקר הקפידא במאכלות אסורות הוא שלא יהיו בגוף בן ישראל כדכתיב בסוף פ' שמיני בענינא דמאכלות אסורות ולא תטמאו בהם ונטמתם בם ודרשינן ביומא (ד' לט) אל תקרי ונטמאתם אלא ונטמטם מפני שמטמטם את הלב ואם עכו"ם או חש"ו תחבו מאכלות אסורות לתוך בית הבליעה של ישראל בודאי נעשתה עבירה כיון שהתורה רצתה שהענין לא יארע שיהא מאכל איסור לתוך גופו של ישראל, ואם אדם כן דעת אכל מאכלות אסורות נעשה האיסור בכפילות א) מצד האוכל שעבר אמימרא דרחמנא שהזהירו תורה על זה ב) מה שהמאכל האיסור הוא בתוך גופו של ישראל ואפי' בגופו של ישראל קטן ג"כ לא רצתה התורה שיהיו שם מאכלות אסורות אע"ג שהקטן לא עבר אמימרא דרחמנא שהרי לא הזהירה התורה את הקטנים מ"מ מקרי שנעשתה עבירה מה שהמאכל האסור הוא בתוך גופו של קטן.

ד) **וכן** כתב הרמ"א ביו"ד סימן פ"א ס"ז שהקטן לא יאכל דברים האסורים כי כל זה מזיק לו בזקנותו וכן כתב שם הש"ך ס"ק כ"ו אע"ג דקטן אוכל דברים האסורים מדרבנן אין אביו מצוה להפרישו היינו מדינא אבל מ"מ יפרישו מפני שמזיק לו בזקנותו שמטמטם את הלב וגורם לו טבע רע עכ"ל הש"ך וגדולה מזו כתב שם הרמ"א שאפילו אם המינקת תאכל דברים האסורים או שהיא נכרית ג"כ מזיק לו לתינוק לעת זקנותו, אלמא דאפילו הוא קטן ולא עבר אמימרא דרחמנא מ"מ מקרי שנעשתה עבירה מה שמאכל האיסור בא בגוף הישראל קטן וכיון דאיכא עבירה בהענין בעצמו לכן חייב המשלח כמו בשפיכות דמים שהרי החיוב והעבירה שקשורה בתוך המעשה בעצמו בלא דבקות השליח זה מקבל המשלח.

ה) **ובדברינו** אלה שכתבנו יש לתרץ עוד קושיא אחרת מה שראיתי מקשים לפי מה דקי"ל ביו"ד סימן ב' שחיטת עכו"ם נבילה משום שנאמר וזבחת ואכלת היינו ממי שהוא מוזהר על הזביחה רשאי אתה לאכול משחיטתו לאפוקי עכו"ם שאינו בר זביחה היינו שאינו מוזהר על השחיטה אסור לאכול משחיטתו, והקשו לפי זה אמאי יהא מותר לאכול משחיטת קטן אפילו גדול עומד על גביו כדאיתא ביו"ד סימן א' ס"ה דמותר לאכול משחיטת קטן כשאחרים עומדים על גביו והלא הקטן ג"כ אינו מוזהר על שום איסור ועל שום מצוה ורשאי לאכול נבילות וטרפות כעכו"ם ואין ב"ד מצוין להפרישו א"כ מקרי הקטן אינו בר זביחה כמו עכו"ם ואמאי שרי לאכול משחיטתו כשאחרים עומדין על גביו, ובדברינו ניחא דקטן אוכל נבילות נהי דלא עבר אמימרא דרחמנא מ"מ מקרי

שנעשתה עבירה ע"י מה שהנבילה באה בגוף בן ישראל המטמטמת את הלב ומולידה באוכלה טבע רע כמו שאם חש"ו הרגו את הנפש מקרי שנעשתה עבירה שהרי עכ"פ נהרג אדם והתורה הקפידה על זה שלא רצתה שאדם יהרג, כן מקרי נעשתה עבירה אם הקטן אכל נבילה או תחבו הקטן לתוך בית הבליעה של ישראל גדול שהרי עכ"פ הנבילה בתוך גופו של ישראל והתורה לא רצתה בזה שתהא הנבילה בתוך גופו של ישראל לכן מקרי שפיר הקטן בר זביחה ואינו דומה לעכו"ם שאינו בר זביחה כלל שהרי אם העכו"ם אכל נבילה מקרי שלא נעשתה שום עבירה כלל שהרי אין שום קפידא מה שהנבלה באה בגוף העכו"ם לכן מקרי אינו בר זביחה כלל משא"כ הקטן מקרי בר זביחה שהרי אם אכל נבילה מקרי שנעשתה עבירה מה שהנבילה היא **בגופו** לכן מקרי שפיר בר זביחה ומותר לאכול משחיטתו כשאחרים עומדים על גביו.

ו) **ובזה** יש ליישב מה ששמעתי מקשים דהנה ביבמות ד' קי"ד אמרינן לענין אכילת דם ולענין אכילת שקצים ורמשים שאסור להאכיל את הקטן בידים וכן אמרינן שם לענין טומאה שהגדולים מוזהרים על הקטנים שלא לטמא אותם בידים ומשמע שם שהוא מדאורייתא מדמקשה שם הגמרא ג' קראי ל"ל ומתרץ הגמ' דשלשתן צריכי וכן משמע בב"י באו"ח סימן שמ"ג ובשאר פוסקים שהוא מדאורייתא וכן בכל איסורים שבתורה משמע שם דאין להאכיל את הקטן בידים מדאורייתא א"כ יש להקשות אמאי שרי להאכיל את הקטנים ביום הכפורים בידים כדאיתא בשו"ע או"ח סימן תרט"ז ס"א ומ"ש אכילת יוהכ"פ משאר איסורים ואיך מתירין איסור דאורייתא במקום דליכא סכנתא רק צערא בעלמא. ובדברינו ניחא דלא ילפינן מדם ושקצים ורמשים רק מאכלות אסורות דמיין להם היינו שיש בם איסור בכפלות א) מצד האוכל שעבר אמימרא דרחמנא ב) מצד הענין בעצמו שהתורה לא רצתה שיהא המאכל האסור בגוף ישראל מפני שמטמטם את הלב ומוליד בו טבע רע דוקא התם הוזהרו הגדולים על הקטנים שלא להאכילם בידים אבל אכילת יוהכ"פ שהמאכל מצד עצמו הוא מאכל היתר ואינו מטמטם את הלב ומה שהמאכל הוא בגוף ישראל אין קפידא בזה רק כשהגדול אוכל נעשתה חדא עבירה מצד שהגדול בר דעת עבר אמימרא דרחמנא וכשהקטן אוכל ביוהכ"פ לא נעשתה שום עבירה לכך לא הוזהרו הגדולים על הקטנים וליכא איסור דאורייתא להאכיל את הקטן ביוהכ"פ וא"כ אפילו איסורא דרבנן ליכא דבמקום צערא לא גזרו ביה רבנן.

ז) **והנה** המגן אברהם באו"ח סימן תרט"ז ס"ק ב' כתב לענין חינוך הקטן בתענית יוהכ"פ דלא שייך חיטך אלא באב ולא באיש אחר ומ"מ גם איש אחר אסור להאכיל את הקטן בידים דהוי כמאכילו נבילות בידים ע"ש, ולכאורה ק' דזהו סותר למה שכתבנו אך

לכאורה גם בלא דברינו הנ"ל דברי המ"א תמוהים שהם סותרים למה שכתב הרמ"א בפירוש בסימן תרט"ז ס"א שמותר להאכיל את הקטן בידים גם הם נגד המנהג שנהגו כל העולם להאכיל את הקטנים בידים ביום הכפורים, אך אין זה תימא כלל כי דברי הרמ"א סובבים הולכים במקום שמותר הקטן לאכול ואין בו איסור אפילו מדרבנן לכן שרי להאכילו אפילו בידים אבל המ"א מיירי במקום שהקטן מחויב להתענות מדרבנן לכן אסור להאכילו בידים מדרבנן כמו שאר איסורי דרבנן, ונהי שאיסור דאורייתא אין כאן כמו שכתבנו לעיל דכיון שהמאכל מצד עצמו הוא היתר לכן אינו דומה לשקצים ורמשים או לדם שאסור להאכיל את הקטן בידים, ומותר להאכיל את הקטן בידים ביוהכ"פ מ"מ איסורא דרבנן איכא במקום שהקטן מחויב להתענות מדרבנן אסור להאכיל את הקטן בידים מדרבנן.

פרק ד

א) **כתב** הש"ך בחו"מ סימן שפ"ב וז"ל ומדברי הרא"ש שהבאתי מוכח דמי שהוא מוהל אינו רשאי ליתן את בנו לאחר למולו וחייב הוא בעצמו למולו דומיא דכיסוי הדם דמי ששפך הוא יכסה וכו' וכתבתי זה לפי שראיתי כמה אנשים מכבדים לאחרים למול את בניהם אף שהם בעצמם יכולים למול ולדעתי הם מבטלים מצות עשה ומצוה גדולה של מילה ויש לב"ד לבטל הדבר הזה עכ"ל הש"ך וכן הד"מ ביו"ד סימן רס"ד כתב וז"ל כתב בא"ז אם האב מוהל אסור ליתן למוהל אחר, וצ"ע מ"ש ממצוה אחרת דיכול לעשות שליח במקומו עכ"ל הד"מ וכן התבואות שור סימן כ"ח ס"ק י"ד האריך להשיג על הש"ך וכתב דשפיר יש לעשות שליח למול את הבן ולכסות את הדם ע"ש והקצוה"ח סימן שפ"ב ס"ק ב' האריך לדחות את דברי התב"ש והסכים לדברי הש"ך שאין האב רשאי לעשות שליח למול את בנו וכן אסור לו להשוחט לעשות שליח לכסות את הדם ע"פ דברי התוס' רי"ד הנ"ל שכתב שאי אפשר לומר לשלוחו שב בסוכה עבורי או הנח תפלין עבורי משום שהמצוה שחייבו התורה לעשות בגופו היאך יפטר ע"י שלוחו והוא לא יעשה כלום דדוקא בקידושין ובגירושין מהני כי הוא המגרש ולא השליח דהא כותב בגט אנא פלוני פטרית פלונית וכן נמי בקידושין מהני שליח כי למי האשה מקודשת הלא להמשלח והיא אשתו וכן בפסח המשלח אוכלו ועל שמו ישחט ויזרק הדם אבל אם השליח ישב בסוכה או נטל לולב לא קיים המשלח כלום וכן בכיסוי הדם כיון שהתורה הטילה חיוב עליו מי ששפך יכסה אם השליח יכסה לא קיים המשלח כלום וכן במילה כיון שמוטל על האב למול את בנו הרי זה דומה לתפלין וסוכה וציצית דאינו בשליחות

ע"ש בקצוה"ח ועיין פרי מגדים חיו"ד במשבצות סימן כ"ח ס"ק ח' ובפלתי סימן כ"ח ס"ק ג' וביו"ד סימן רס"ד בפ"ת שם ס"ק א' ע"ש.

ב) **ולי** נראה דלכל הטעמים שכתבנו לעיל יכול אדם לעשות שליח למול את בנו ולכסות את הדם, הנה לדברי התוס' רי"ד הנ"ל יכול לעשות שליח בדברים האלה כמו שיכול אדם לעשות שליח בתרומה שהרי התוס' רי"ד בעצמו כתב הטעם דמשו"ה יכול אדם לעשות שליח בתרומה מפני שהפירות הם של המשלח והיינו דכיון שפירות הטבל עושים חיוב על המשלח להפריש והשליח מפריש את התרומה ועושה מעשה בפירות האלה העושים החיוב לכן נחשב כהמשלח עצמו ונעשה שליח א"כ גבי מילה נמי כיון שהבן עושה חיוב על האב למולו והשליח עושה מעשה בו נחשב כהמשלח עצמו ונעשה שליח וכן לענין כיסוי הדם כיון שהדם ששפך השוחט עושה חיוב על השוחט לכסות והשליח עושה מעשה בהם לכן נחשב כהמשלח עצמו ושפיר יכול השוחט לעשות שליח לכסות, ואינו דומה לציצית ותפלין ולולב וכיוצא בהם דאף אם עשה השליח את המצוה בתפלין ולולבו של המשלח מ"מ לא קיים המשלח את המצוה משום שהתפלין והציצית והלולב הם אינם עושים את החיוב על המשלח רק ממילא חייב המשלח משום מימרא דרחמנא לכן מקרי שהמשלח לא עשה כלום ולא נשאר עליו מאומה מה לעשות אבל בתרומה ובמילה ובכיסוי הדם שחיובו של המשלח בא מחמת תבואתו ומחמת הדם והשליח עושה מעשה בהם לא מקרי שהמשלח אינו עושה מאומה רק מקרי שעדיין נשאר על המשלח מה לעשות ושפיר יכול לעשות שליח כמו בגיטין וקידושין דמשום שנשאר עדיין על המשלח מה לעשות לכן יכול לעשות שליח כן הוא בתרומה ומילה וכיסוי הדם.

ג) **ובקידושין** ד' ע' משמע שיכול אדם לעשות ולקיים מצות מעקה ע"י שליח דאיתא שם אתא אשכחיה דקעביד מעקה אמר ליה לא סבר לה מר להא דאמר רב הונא בר אידי אמר שמואל כיון שנתמנה אדם פרנס על הצבור אסור בעשיית מלאכה בפני שלשה ופירש"י שגנאי הוא ושפלות לדור שכפופים לזה שאין לו מי שיעשה מלאכתו עכ"ל ואם נימא דמצות מעקה אי אפשר לקיימה ע"י שליח א"כ אין זה גנאי ושפלות מה שהוא עושה את המעקה בעצמו אדרבה הרי הוא מחויב לעשות את המעקה בעצמו ואי אפשר ע"י אחר, אלא ודאי מצות מעקה אפשר לקיים ע"י שליח לכן גנאי הוא מה שעושה את המלאכה בעצמו, ואע"ג דקי"ל מצוה בו יותר מבשלוחו מ"מ גברא רבא כרב נחמן שעסק בתורה תמיד לא היה לו לעשות המעקה בעצמו אם היה לו מי שיעשהו מלאכתו כדאיתא בשו"ע יו"ד סימן רמ"ו ס' י"ח שאם היה לפניו עשיית מצות ות"ת אם אפשר לעשות את המצוה

ע"י אחרים לא יפסיק תלמודו ואם לאו יעשה המצוה ויחזור לתורתו עכ"ל אבל אם לא היה באפשרי לקיים ע"י שליח הא אין זה גנאי אלא וראי כי מצות מעקה אפשר לקיים ע"י שליח והוא ג"כ מהאי טעמא כיון שהשליח עושה מעשה בהבית אשר חייב את המשלח לעשות מעקה לכן לא מקרי שהמשלח אינו עושה מאומה א"כ במילה ובכיסוי הדם ג"כ יכול לעשות שליח.

ד) **ולכאורה** היה נראה לחלק ולומר דשאני תרומה דכיון שהתבואה הוא של המשלח וקנוי לו בקנין גמור וממנו יהיב ליה לכהן לכן לא מיקרי שהמשלח אינו עושה מאומה שהרי ממונו יהיב לכהן וטובא עביד המשלח, משא"כ במילה וכיסוי הדם שאין הבן קנוי לו לאב בקנין גמור ואין הבן ממונו של אב רק דרחמנא חייביה למולו א"כ אם האב יעשה שליח לא עשה האב מאומה שהרי לא נתן כלום משלו, וכן בכיסוי הדם אין הדם ממונו של השוחט כמו שהתרומה היא ממונו של המשלח ולכן אין השוחט רשאי לעשות שליח לכסות הדם לדברי התוס' רי"ד.

ה) **אך** זה אינו שהרי למ"ד מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין א"כ התרומה אינה של המשלח גם קודם הפרשה ולאו ממונו דמשלח הוא ולאו מידי יהיב ליה לכהן ואמאי יכול לעשות שליח בתרומה, והלא המשלח לא עשה כלום שהרי לא חסר לו ממון (עיין קידושין ס"פ האיש מקדש ד' נ"ח ובשאר דוכתי בענין מתנות שלא הורמו) ולא מידי יהיב משלו, אלא ודאי כיון שהשליח עושה מעשה בגוף התבואה שעשתה חיוב על המשלח לכן לא מקרי שהמשלח לא עשה מאומה א"כ גבי מילה וכיסוי הדם נמי כיון שהשליח עשה מעשה בבן המשלח ובדם העוף של השוחט אשר בשבילם נתחייבו האב והשוחט למול ולכסות לכן לא מיקרי שהמשלח אינו עושה מאומה אע"ג דלא נקנים להאב והשוחט בקנין גמור.

ו) **וכן** במעקה אין אנו צריכין שיהא המעקה דוקא משל המשלח אלא אפילו אם היה המעקה מעצים של הפקר ולא נתכוין לזכות בהם להמשלח וכן המשלח כיון בפירוש שלא לזכות בהם ואפילו הכי קיים המשלח מצות מעקה אע"פ שלא יהיב המשלח מידי משלו ולא חסר מממונו כלום ואפילו הכי לא מיקרי שלא עשה המשלח מאומה, והוא משום שהבית הוא של המשלח והבית הלא עושה חיוב עליו לעשות מעקה והשליח עושה מעשה בהבית הזה לכן לא מיקרי שהמשלח אינו עושה מאומה, א"כ גבי מילה וכיסוי הדם נמי לא מיקרי שהמשלח אינו עושה מאומה כיון שהשליח עושה מעשה בבנו של המשלח ובדם העוף של השוחט שהם עשו חיוב על המשלח לכן שפיר יש לעשות שליח במילה ובכיסוי הדם לדברי התוס' רי"ד.

ז) **ולכאורה** יש מקום לומר אכתי דלא דמי מילה וכיסוי הדם לתרומה ומעקה, דבתרומה ומעקה נהי שעצם התרומה והמעקה אינן של המשלח למ"ד מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין וכן המעקה לא בעינן שיהא דוקא בהעצים של המשלח מ"מ התבואה הנשארת יש בה לענין שיכול לעשות שליח תרתי לטיבותא חדא שגרמה חיוב על המשלח להפריש תרומה, ועוד שהתבואה קנויה היא בקנין גמור להמשלח וממונו הוא וכן במעקה יש תרתי לטיבותא לענין הנ"ל, משא"כ במילה וכיסוי הדם נהי שהבן והדם עושים חיוב על האב למול את בנו ולכסות הדם מ"מ אין בהם רק חדא לטיבותא מה שהם עושים חיוב על האב והשוחט למול ולכסות, אבל אין הבן קנוי בקנין גמור לאביו ואין בו דין ממון כלל וכן אין הדם קנוי בקנין גמור להשוחט ואין בו דין ממון לכן מקרי שהמשלח לא עשה מאומה בזה ואינו יכול לעשות שליח.

ח) **אכן** לא נראה לחלק בזה דכיון שהאב הוא מחויב למול את בנו, לענין מצות מילה יש לו לאב זכיה גמורה בבנו ודמיא כאלו היה הבן קנוי לאביו לגמרי וכן בכיסוי הדם כיון דזכיא ליה רחמנא לשוחט במצות כיסוי הדם היה שלו לגמרי לענין מצות כיסוי, וכן במעקה אפילו הפקיר את הבית אח"כ אי נימא שהוא מחויב במצות מעקה כמו במפקיר נזקיו למ"ד מפקיר נזקיו חייב עיין ב"ק ד' כ"ט יכולים הבעלים לעשות שליח כי עדיין נקראים הבעלים הראשונים בעלים ביה אע"ג שאין הממון שלהם מ"מ כיון שהם מחויבים לעשות מעקה נקראים בעלים ויכולים לעשות שליח שאינו נקרא שהמשלח אינו עושה מאומה כיון שהשליח עושה מעשה בחפצי הבעלים וכן פסקו מרן המחבר ורמ"א בחושן משפט סימן שפ"ב לענין שאם היה לו לאדם שיר שעומד להריגה מפני שהיא מ"ק את הבריות ואילן העומד לקציצה מפני שהוא מזיק את הרבים או שיש לו בן למול או ששחט חיה ועוף וקדם איש אחר ושחט את השור או קצץ את האילן או מל את הבן או כסה את הדם מחויב לשלם לבעלים שהרי הפקיעם מלעשות מצוה אלמא שיש לו להאב ולהשוחט זכיה גמורה בבנו ובדם, שהרי האחר מחויב לשלם לאב ולשוחט שגזל מצוה שלהם אלמא דאע"ג שאין להאב ולשוחט קנין גמור בבנו ובדם הכיסוי מ"מ בדבר השייך למצות מילה ולמצות כיסוי יש לו קנין גמור משו"ה מחויב לשלם להם מה שגזל מהם לכן בדין הוא שיכול לעשות שליח במילה ובכיסוי הדם כמו בתרומה דכדידיה דמיא.

וכן בההיא דשור העומד להריגה ואילן העומד לקציצה יכול לעשות שליח כמו בתרומה ובמעקה שהרי השליח עושה בשל הבעלים ואפילו אם הבעלים הפקירו אח"כ את השור והאילן ואין הממון שלהם מ"מ אי נימא שעדיין רמיא חיובא עליהם להרוג את השור

ולקוץ את האילן יכולין הבעלים שפיר לעשות שליח דכיון דחיובא רמיא על המשלח לקוץ את האילן ולהרוג את השור הוי כאלו היה שלו לגמרי ונקרא שהשליח עושה בשל המשלח ויכול לעשות שפיר שליח.

ט) ודוגמא לזה מצינו לענין תרומת מעשר שיש להם להבעלים רשות להפריש תרומת מעשר ממעשרו של הלוי אע"ג שאין המעשר שלו כדאיתא בגיטין ד' ל' אבא אלעזר בן גמלא אומר ונחשב לכם תרומתכם בשתי תרומות הכתוב מדבר אחת תרומה גדולה ואחת תרומת מעשר כשם שתרומה גדולה ניטלת באומד ובמחשבה כך תרומת מעשר ניטלת באומד ובמחשבה וכשם שיש לו לבעל הבית רשות לתרום תרומה גדולה כך יש לו רשות לבעל הבית לתרום תרומת מעשר, ומסתמא יכולין הבעלים לעשות שליח להפריש תרומת מעשר כמו שיכולים להפריש בעצמם תרומת מעשר יכולין ג"כ לעשות שליח שהרי איתקושי איתקוש להדדי תרומת מעשר ותרומה גדולה וכן משמע בירושלמי תרומות פ"א ה"א דאיתא התם מכיון שיאמר לו כור מעשר יש לך בידי נעשה שלוחו ע"ז אלמא שיש רשות לבעל הבית לעשות שליח לתרום תרומת מעשר אלמא דאע"ג שהמעשר אינו של ישראל שהרי של הלוי הוא, וגם אין הישראל מחויב להפריש תרומת מעשר ממעשרותיו של הלוי מ"מ כיון דעכ"פ יש לו רשות לישראל לתרום תרומת מעשר לכן נחשב כדידיה ויכול לעשות שליח מכ"ש במילת הבן ובכיסוי הדם דחיובא רמיא על האב למול ועל השוחט לכסות, א"כ בודאי נחשב כדידיה ויכול לעשות שליח לדברי התוס' רי"ד.

י) **וכן** לדברי הקצוה"ח שהבאנו לעיל מסתברא ג"כ דיכול לעשות שליח למול את בנו ולכסות את הדם, שהרי לדברי הקצוה"ח נחשב מעשה השליח כאלו המשלח עשאו רק גופו של השליח אינו נחשב כגופו של המשלח, וכיון שמעשה השליח נחשב כאלו המשלח עשאו א"כ בכיסוי הדם שנאמר וכסהו בעפר נחשב מעשה הכיסוי שהשליח עושה כאלו המשלח עשאו, וכן במילת הבן נחשבה המילה שעושה השליח כאלו המשלח עשאה כמו בשחיטת הפסח וכתיבת הגט ונתינתו ליד האשה מחשבינן מעשה השחיטה של השליח כאלו המשלח שחט ומעשה כתיבת הגט ונתינתו ליד האשה מחשבינן כאלו המשלח כתב ונתן ליד האשה א"כ במילה ובכיסוי הדם נמי מעשה הכיסוי והמילה שעשה השליח יש לנו לחשוב כאלו המשלח עשאם ואינו דומה לתפלין דקי"ל שאינו יכול לעשות שליח דהתם שאני כיון דכתיב וקשרתם לאות על ידך ולטוטפות בין עיניך וכיון שגופו של השליח אינו כגופו של המשלח לכן אינו יכול לעשות שליח שהרי מצות תפלין הוא שיהא על היד ובין העינים של המניח וכיון שטפו

של השליח אינו כגוף המשלח א"כ אין התפלין על ידו ובין העינים של המשלח לכן אינו יכול לעשות שליח, אבל במצוה ובמילתא דלא כתיבא באורייתא אלא המעשה לבדה כגון שחיטת הפסח ומילת בנו וניסוי הדם וכתיבת הגט ונתינתו וקנין שדה וקידושי אשה בהם בודאי יכול לעשות שליח כיון שמעשיו של השליח נחשבו כאלו המשלח עשאם לדברי הקצוה"ח (ועיין מה שכתבנו לעיל בדברי הקצוה"ק, ודברי הקצוה"ח בסימן קפ"ב, סתרי לה להאי דכתב בסימן שפ"ב שהרי בסימן קפ"ב פליג הקצוה"ח על דברי התוס' רי"ד ובסימן שפ"ב מסכים הקצה"ק לדברי התוס' רי"ד).

יא) וכן לפי מה שכתבנו לעיל דמשו"ה אין אדם יכול לעשות שליח להניח תפלין ולולב וציצית משום שפעולת הענין שכרוכה בתוכיות הענין נחשב על המשלח ולא פעולת הענין שמעשה השליח פעל על השליח שקיים מצות ה'. וכיון שבהנחת תפלין ולולב וציצית אין פעולה טובה בעצם המעשה בלא דביקות השליח לכן איננו יכול לעשות שליח בתפלין ולולב וציצית רק בפדיון שבוים ופקוח נפשות שיש מצוה בתוכיות הענין בזה יכול אדם לעשות שליח, א"כ במצות מילה בודאי יכול אדם לעשות שליח שהרי יש מצוה בתוכיות הענין שרצה ה' שבני ישראל לא יהיו ערלים שהרי הערלה היא חרפה לישראל, א"כ יכול אדם לעשות שליח שהרי אם אפילו מדלגינן ליה לשליח ג"כ נוכל לחשוב את פעולת הענין שכרוכה בתוכיות הענין על המשלח כמו פקוח נפש ופדיון שבוים, ואפילו במצות כיסוי הדם ג"כ אנו רואים שיש בזה שני דברים א) מה שרצתה התורה שאנחנו נכסה את הדם ב) שהקפידה התורה ג"כ על הדם שיהא מכוסה כמו שהקפידה התורה על השבוי שיהא נפדה ועל המסוכן שיתרפא וטל בני ישראל שיהיו חתומים באות ברית קדש כן הקפידה התורה על דם חיה ועוף שיהיו מכוסים שהרי אם כסהו הרוח הוא פטור מלכסות, וכן אם השוחט היה קטן מומחה ואחרים עומדין על גביו ג"כ מחויב הקטן לכסות כדדרשינן ושפך וכסה מי ששפך יכסה וכיון שהשוחט הוא קטן הרי הוא מכסה את הדם עיין בזה בתבואת שור סימן כ"ח ס"ק ד' ועיין דרכי תשובה סימן כ"ח ס"ק ס"ב.

יב) **ואי** נימא שלא הקפידה התורה על הדם שיהא מכוסה רק על האדם הקפידה התורה שבני ישראל יכסו את הדם כמו בתפלין וציצית ולולב, א"כ איך יהא הקטן מחויב לכסות והלא התורה לא נתנה רק לבני דעת ולא לשוטים ותינוקות ומעשיהם של חרש שוטה וקטן לא מעלין ולא מורידין ואיך מחויב הקטן בכיסוי הדם אלא ודאי צריך לומר שהקפידה התורה ג"כ על הדם שיהא מכוסה לכן שייך לומר שהקטן יכסנו כמו אם הקטן פדה את השבוי או פקח את הנפש בודאי אמרינן ג"כ שנעשתה מצוה מצד המעשה

בעצמו שהמסוכן נתרפא והשבוי נפדה ונהי שאין בזה קיום המצוה מצד העושה יען שהעושה הוא קטן מ"מ יש בזה קיום המצוה מצד עצם המעשה מה שהדם הוא מכוסה שהרי גם על זה הקפידה התורה שיהא הדם מכוסה לכן אם כסהו הרוח הוא פטור מלכסות כמו שאם נתרפא החולה ממילא או שהשבוי יצא לחפשי ממילא שוב אין על שום ישראל מצות פקוח נפש ומצות פדיון שבוים שהרי אין כאן שבי ואין כאן מסוכן, אבל אי נימא שאין קפידא בהדם אם הוא מכוסה או מגולה אמאי יפטר מלכסות אם כסהו ההוא היה לנו לומר שיגלה את הדם ויקיים מצות כיסוי הדם, כמו אם הרוח יכסה, את התפלין והלולב בודאי הוא מחויב לגלות את התפלין והלולב ולהוציאן מן העפר אשר כסה אותם ולקיים מצות ה' וכיון שיש בכיסוי הדם קיום מצות ד' בתוכיות הענין בלא דביקות השליח שפיר יש עשות שליח, היוצא מזה כי לפי כל שלשת הטעמים הנ"ל שפיר יכול האדם למנות שליח למול את בנו ולכסות את הדם הן לפי טעם התוס' רי"ד הן לפי טעם הקצוה"ק הן לפי הטעם אשר כתבנו לעיל.

יג) **ויוכל** להיות שגם הש"ך בחו"מ סימן שפ"ב והא"ז שמביא הד"מ ביו"ד סימן רס"ד שהבאנו לעיל מודים לזה שכתבנו שיכול לעשות שליח למול את בנו ולכסות את הדם, ומה שכתבו הש"ך והא"ז הנ"ל שאינו רשאי ליתן לאיש אחר לא אמרו רק כשנותן לחבירו בתורת מתנה או בתורת כיבוד אבל כשנותן לו בתורת שליחות בזה מודים כולי עלמא שיכול לעשות שליח, שהרי בודאי חילוק גדול יש בין תורת שליחות לתורת מתנה וכיבוד, שהרי בכל הדברים דקי"ל שלוחו של אדם כמותו שיש בכחו לעשות שליח, מ"מ בעינן שהשליח יתכוין לזכות בעד המשלח אבל אם השליח נתכוין לזכות לעצמו בהחפץ של הפקר או בשאר דברים בודאי לא קנה המשלח כיון שהשליח לא נתכוין לזכות בעדו וכן אפילו במצוות שיכול אדם לעשות שליח מ"מ בעינן שהשליח יתכוין שהוא עושה את המצוה בשביל המשלח, אבל אם השליח לא נתכוין לכך שהמשלח יקיים את המצוה בעשייתו של השליח הרי לא מקרי שלוחו של המשלח רק מקרי שהוא עושה המצוה לעצמו ועקר שליח שליחותיה אבל ע"י שליחות מודים גם הש"ך והא"ז שיכול לעשות שליח במילה ובכסוי, הדם, לכן דייקו הש"ך והא"ז בדבריהם וכתבו שאינו רשאי ליתן את בנו לאחר למולו אלמא דלא מיירי מדין שליחות כלל רק מדין מתנה איירי והש"ך סיים שם וז"ל וכתבתי זה לפי שראיתי כמה אנשים מכבדים לאחרים למול את בניהם אף שהם בעצמם יכולים למול ולדעתי הם מבטלים מצות עשה ומצוה גדולה של מילה עכ"ל הש"ך אלמא דמדין מתנה וכיבוד איירי הש"ך שהשליח נתכוין לזכות לעצמו אבל

מדין שליחות לא איירי הש"ך כלל כי בזה מודים כולי עלמא שיכול אדם לעשות שליח למול את בנו ולכסות את הדם דשלוחו של אדם כמותו.

פרק ה

א) וראיתי בס' חכמת אדם כלל ח' ושם בבינת אדם סימן ד' שהאריך בזה להסכים שאין אדם יכול לעשות שליח למול את בנו ולכסות הדם כיון שהוא חובת הגוף על האב למול את בנו וחובת הגוף על השוחט לכסות הדם לכך אינו יכול לעשות שליח, וז"ל שם ומה שהביאו ראיה מתרומה דמצוה דיליה הוא ואפילו הכי יכול לעשות שליח יש לומר שאני תרומה שאינו חובת הגוף שאם אינו רוצה לאכול מתבואה אין צריך להפריש וכן שחיטת הפסח אע"ג דאם הוא עושה פסח המצוה מוטלת עליו לשוחטו ואפילו הכי יכול לעשות שליח שאני התם שהרי יכול למנות את עצמו עם אחר אבל מילה שהיא חובת הגוף וכן השוחט לאחר ששחט חל עליו חובת הגוף לכסות שפיר יש לומר דאיננו יכול לעשות שליח עכ"ל ובדברי הב"א האלה יש לתרץ בפשיטות קושית התוס' רי"ד הנ"ל שהקשה אמאי אינו יכול לעשות שליח במצות תפלין וסוכה ולומר לשלוחו הנח תפלין או שב בסוכה בעדי או נטול לולב עבורי ובדבריו ניחא דכל מצוה שהיא חובת הגוף על האדם ואי אפשר להפטר ממנו בשום אופן אין אדם יכול לעשות שליח דדוקא במצוות שאפשר לו לאדם להפטר מהם ואינם חובה הגוף על האדם כגון תרומה ושחיטת הפסח וכיוצא בהם שאפשר לו להפטר ממצותן שהרי יכול למכור את תבואתו ויכול למנות עם איש אחר על פסחו שם יכול לעשות שליח אבל בכיסוי הדם ומילה ותפלין ולולב וציצית וסוכה וכיוצא בהם כיון שהם חובת הגוף על האדם ואי אפשר להפטר מהם לכן אינו יכול לעשות שליח.

ב) **וכן** במצות מעקה שכתבנו לעל דמוכח מהגמ' דקידושין הנ"ל שיכול לעשות שליח איכא למימר שהוא ג"כ מהאי טעמא מפני שיכול להקנות את ביתו לאחר ויפטר מלעשות מעקה, וכן ההיא דשורי הרגת דב"ק (ד' צ"א) אפשר ג"כ לבטל את המצוה וליפטר ממנה ע"י זה שימכור שורו ומאור נטיעותיו לכן יכול שפיר לעשות שליח א

ג) **אך** דברי החכמת אדם לא נהירין לי כלל דממה שיש רשות לאדם לעשות, שליח לשחוט את פסחו שפיר יש להביא ראי' שיכול אדם למנות שליח לקיים המצוה כגון תפלין ולולב וסיכה וכיוצא בזה ומה שכתב הח"א דשאני שחיטת הפסח שהרי יכול למנות את עצמו עם אחר ויכל לפטר את עצמו מן מצות שחיטה ומשמע לפי דבריו שאם ישראל נמנה עם אחר על הפסח אז לא רמיא עליה מצות שחיטה כלל והשוחט אח"כ את הפסח על דעת עצמו הוא שוחט ואין דבריו נראין דמגמרא דקידושין ד' מ"ב

לא משמע כן ונעתיק לשון הגמרא הניחא לרבי יהושע בן קרחה דנפקא ליה שלוחו של אדם כמותו, מושחטו אותו] אלא לרבי יונתן דמפיק ליה להאי קרא לדרשא אחרינא מנא לן [דשלוחו של אדם כמותו] דתניא ר' יונתן אומר מניין שכל ישראל יוצאים בפסח אחד שנאמר ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל בין הערבים וכי כל הקהל כולם שוחטים והלא אין שוחט אלא אחד אלא מכאן שכל ישראל יוצאים בפסח אחד שליח בקדשים מנא ליה ומשני הגמ' מיניה ופירש"י מיניה מן המקרא עצמו דמ"מ אחד מהן שוחטו בשליחותם, ומשמע דאם נמנה עם אחרים רמיא על כל אחר ואחד מצות שחיטה אלא שאחד שוחטו בשליחות חבריו וא"כ אין לחלק בין פסח לשאר מצוות דחובת הגוף וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה אמתי לא יכול אדם לעשות שליח להניח תפלין עבורו או ליטול לולב ולישב בסוכה עבורו ולמול את בנו ולכסות את הדם אע"ג שהמצוה הוא חובת הגוף שאי אפשר להפטר ממנה מ"מ יהא רשאי אדם לעשות שליח כמו בשחיטת הפסח שהיא ג"כ חובת הגוף שאי אפשר להפטר ממנה ואפי"ה יכול לעשות שליח.

פרק ו

א) והנה התבואות שור ביו"ד סימן כ"ח ס"ק י"ד הביא ראיו' לדבריו שיכול אדם לעשות שליח למול את בנו ולא מקרי מבטל מצות עשה מהא דאמרינן בשבת ד' קל"ג לענין מילה בצרעת דאתא קרא דימול להורות דאפילו כשאומר אבי הבן לקוץ בהרת דבנו קא מיכוין ופריך בגמ' ואי איכא אחר ליעבד אחר דאמר ריש לקיש כל מקום שאתה מולא עשה ולא תעשה אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב ואם לאו יבא עשה וידחה לא תעשה עכ"ל הגמ' פירוש דכאן מקרי נמי יכול לקיים שניהם שהרי אפשר שימול האיש האחר ולא האב. ואי נימא כדברי הש"ך שאם האב נותן את בנו לאיש אחר למולו מקרי שהאב מבטל מצות עשה א"כ איך מקרי זה אפשר לקיים שניהם והלא לא נתקיים המצוה דרמיא על האב למולו לכן אתי עשה דמצות אביו ודחי לא תעשה דצרעת אלא ע"כ צריך לומר דכיון שהאב עושה שליח למול את בנו מקרי שפיר שהאב מקיים העשה ומקרי אפשר לקיים שניהם ע"ש.

ב) ובחכמת אדם כלל ח' סימן ז' דחה ראי' זו וכתב דגוף המצוה היא שימולו את הבן ויכסו את הדם, ומה דרמיא על האב למול ועל השוחט לכסות אינו אלא ענף מצוה שימול האב ויכסה השוחט וענף מצוה אינו דוחה לא תעשה לכך מקרי זה אפשר, לקיים שניהם ע"ש

ג) **ולא** נהירין דבריו דבכמה דוכתא אשכחן דענף מצוה דוחה לא תעשה כמו המצוה בעצמה, שהרי בגמ' דיבמות ד' ו' ז' משמע דיתורא דבכל מושבותיכם בקרא דלא תבערו

אש בכל מושבותיכם אתי להורות דאין עשה דשרפת בת כהן דחי לא תעשה דלא תבערו אש בשבת ואי לאו דגלי לן קרא הוה אמינא דשריפת בת כהן דחי שבת משום דאתי עשה דכתיב וכי יהיה באיש חטא משפט מות והומת ודחי לא תעשה דשבת אע"ג שאפשר לקיים שניהם היינו שהרי ב"ד יכולין לשורפה בחול לאחר השבת ולא נעקרה העשה אם לא ישרפנה בשבת, ומה שמוטל חיוב. על ב"ד שלא להמתין עד למחר אינו אלא ענף מצוה משום דאסור לענות את הדין ואסור להחמיץ את המצוה אבל עיקר המצוה יכול לקיים אחר השבת ואפילו הכי אי לאו קרא דבכל מושבותיכם היה דוחה שבת דאתי עשה ודחי לא תעשה שיש בו כרת משום דמה לי חומרא רבה ומה לי חומרא זוטא, אלמא דאפילו ענף מצוה ג"כ דוחה לא תעשה לא מקרי אפשר לקיים שניהם רק כשיכול לקיים שניהם בלי שום איסור כלל ובלי שום ביטול איזה ענף מצוה כלל אבל כיון שצריך לבטל ולעבור על האיסור דקי"ל דאסור לענות את הדין אי דאסור להחמיץ את המצוה או דאסור לבטל את החיוב שהטילה התורה על האב למול את בנו לשיטות הש"ך דמקרי מבטל מצות עשה בודאי לא מקרי אפשר לקיים שניהם, וכיון דחזינן מגמ' דשבת הנ"ל דמקרי אפשר למול את הבן ע"י אחר ומקרי בשביל זה אפשר לקיים שניהם, א"כ ראי' ברורה הוא מזה לשיטת התב"ש שיכול לקיים מצות מילה ע"י שליח ומקרי אפשר לקיים שניהם דקיי"ל שלוחו של אדם כמותו וקיים האב מצות מילה.

ד) **ולכאורה** עדיין יש להקשות אכתי אמאי מקרי אפשר לקיים שניהם כשימול איש אחר ולא האב אפילו אי נימא דיכול לעשות שליח ושלוחו של אדם כמותו, והלא כיון דקי"ל מצוה בו יותר מבשלוחו אכתי מיקרי שלא קיים את המצוה כתיקונה אם יעשנה ע"י אחר ואית לן למימר יבא עשה לידחה לא תעשה כיון דעכ"פ מצוה קעביד ומקיים מצות עשה במילת בנו אית לן לומר שידחה לא תעשה דצרעת דכמו דאמרינן דאתי עשה דשרפת בת כהן ודחי לא תעשה דחילול שבת ואין אומרים נמתין עד למחר ויקיימו שניהם משום דאסור לענות את הדין ואסור להחמיץ את המצוה, ואע"ג דזה לחוד לא היה מועיל לדחות לא תעשה דשבת מ"מ מועיל זה הטעם כיון דעכ"פ מקיים מצות עשה בשרפת בת כהן בשבת לכן יכול לקיים כתיקונה בלי שום דחיה כלל ויכול לשורפה בשבת, א"כ כאן נמי אע"ג דזה הטעם לחוד מה דאמרינן מצוה בו יותר מבשלותו לא אלים לדחות את הלא תעשה דצרעת מ"מ כיון דעכ"פ מקיים מצות עשה כשמל את בנו ויכול לקיים את המצוה כתיקונה בלי מגרעת וחסרון אית לן למימר שימול האב בעצמו וידחה את הלא תעשה דצרעת, כי מי יפיס ויבדיל הי מצוה מיניהו עדיפא אי הא דאסור לענות את הדין ואסור להחמיץ את המצוה או הא דמצוה בו יותר מבשלוחו

ה) **ומזה** יש ראי' לדברי התב"ש באידך מילתא שכתב שם סימן כ"ח ס"ק י"ד דלא אמרינן מצוה בו יותר מבשלוחו רק דוקא היכא דקעביד שליח לא בדרך שמכבד לאחר לזכות במצוה רק נראה כאינו רוצה לטרוח בעצמו להכי אין המצוה כ"כ כאלו טרח בעצמו אבל בדרך כבוד שמכבד למי שמהדר אחר המצוה לקיימה על כיוצא בזה אמרינן ביומא ד' ל"ט דדמי למי שמודד אפרסמון שאומרים לו בא ונתבסם אני ואתה שהוא גרם המצוה והאחר עושהו ומתבסמים שניהם עכ"ל ושם בסוף הדבור הנ"ל סיים התב"ש וז"ל וכ"ש אם הוא גדול שיש ג"כ כבוד למצוה על דרך שאמרו רז"ל בסוטה ד' י"ג הניחו לו כבודו בגדולים יותר מבקטנים אבל דרך שליחות לא כמו"ש לעיל דמצוה בו יותר מבשלוחו וכ"ש שלא יטול ממון למכור את המצוה ועל זה נאמר אמת קנה ואל תמכור עכ"ל.

ו) **ובבינת** אדם סוף סימן ז' השיג עליו וכתב וז"ל ואמנם מה שכתב התב"ש דבדרך כיבוד מותר כדי שתעשה המצוה בגדולים דבר זה לא שמענו ולא ראינו בשום פוסק ומה שהביא ראי' מסוטה דבני יוסף הניחו למשה לעסוק בעצמות יוסף דאמרו כבודו בגדולים זה דוקא לענין קבורת מת שהקבורה הוא משום כבודו של מת וכו' אבל בכל המצות כל אחד ואחד מישראל ראוי לכל המצות, ותמה על עצמך אם יהיה לאחד שופר ולולב ואדם חשוב במקום אחר אין לו וש' נאמר כבודו בגדול ויתן השופר והלולב להחשוב והוא יבטל מן המצוה לדעתי ישתקע הדבר ולענ"ד אין חילוק בין זה לשוחט עכ"ל.

ז) **ולדעתי** אלו ואלו דברי אמת וצדק, והיינו שאם ירצו השוחט או האב לכבד לאיש אחר לכסות את הדם ולמול את הבן שלא בתורת שליחות רק בתורת כיבוד במתנה היינו שהם יעשו המצוה לעצמם בודאי בזה צדקו דברי הבינת אדם שאין אומרים לו לאדם חטא והתבטל מקיום מצוה כדי שיזכה חבירך כי מאי אולמיה דהאי מהאי וכי בשביל שהוא גדול וחשוב יותר מהאב והשוחט לכן יזכה הוא במצוה שלא זכתהו התורה והלא כל ישראל ראויין הם לקיים את כל התורה חוקיה ומשפטיה כמו שהקשה הבינת אדם אך אם לא יכבדו את האיש האחר בתורת מתנה ונדבה שיתכוין לזכות בהמצוה לעצמו רק יכבדו אותו בתורת כיבוד דשליחות היינו שהאיש האחר ימול את בנו של ראובן או יכסה את הדם ויכוין לזכות בהמצוה בעד האב והשוחט ולא לעצמו כמו ראובן שעושה שליח לשמעון שיקנה קנין לראובן ולא לעצמו, בזה צדקו דברי התב"ש דדוקא כשהדם עושה שליח לחבירו משום שאין המשלח רוצה לטרוח בעצמו בהמצוה בזה אנו אומרים מצוה בו יותר מבשלוחו שהרי המצוה מחזי עליו כמשא כשעושה שליח להקל מעליו טורח המצוה ואינו נכון לעשות כן לכתחילה, אבל אם ראובן עושה שליח לשמעון למול את בנו או לכסות את הדם לא משום שראובן רוצה להקל מעליו טורח המצוה רק משום

כי שמעון הוא איש נכבד וחשוב וזהו כבודה של המצוה שיתעסק בה נכבד וחשוב בזה לא אמרינן מצוה בו יותר מבשלוחו כיון דראובן עכ"פ לא הפסיד המצוה דקי"ל שלוחו של אדם כמותו והמשלח וכן השליח שניהם נתכוונו ששמעון השליח עושה המצוה לא לעצמו רק בעד ראובן וראובן לא נתכוין להקל מעליו טורח המצוה ואין המצוה מחזי עליו כמשא רק שרוצה לכבד את המצוה שיתעסק בה אדם גדול וחשוב לכן לא אמרינן בזה מצוה בו יותר מבשלוחו וצדקו בזה דברי התב"ש.

ח) **לכן** ניחא ההיא דשבת ד' קל"ז שהבאנו לעיל דכיון שהאב נותן לאיש אחר למול את בנו מחמת איסור קציצת בהרת ולא משום שאינו רוצה לטרוח בהמצוה לכן אין בזה משום מצוה בו יותר מבשלוחו.

ט) עוד יש להביא ראי' לדבריו דגם ענף מצוה אם יעברו מקרי אי אפשר לקיים שניהם ואתי עשה ודחי ל"ת כיון דעכ"פ מצות עשה קא מקיים דאמרינן בפסחים ד' פ"ג לענין שריפת נותר שאין שורפין לא בשבת ולא ביו"ט ופריך הגמ' וניתי עשה דבאש תשרופו ונידחי ל"ת דמלאכת יו"ט ומתרץ הגמ' דגלי קרא דלא דחי או לתנא דבי חזקיה משום דכתיב עד בוקר ליתן בוקר שני לשריפתו או לאביי משום דכתיב עולת שבת בשבתו או לרבא משום דכתיב הוא לבדו וכן הוא בשבת ד' כ"ד ובשאר דוכתי אלמא דאי לאו דגלי קרא דלא דחי היינו אומרים בזה אתי עשה ודחי ל"ת אע"ג שאפשר לקיים שניהם שהרי אפשר להמתין עד למחר וכל מקום שאפשר לקיים שניהם לא אמרינן אתי עשה ודחי לא תעשה אלא ודאי דלא מקרי אפשר לקיים שניהם משום שאסור להחמיץ את המצוה אע"ג שאין זה אלא ענף מצוה ולא עיקר המצוה מ"מ דחי כיון דעכ"פ מצוה קא מקיים בשרפתו, א"כ כאן נמי לענין מילת האב מה שמחויב למול את בנו אף שאין זה רק ענף מצוה מ"מ אי נימא שאם מל איש אחר מקרי שהאב ביטל מצות עשה א"כ בודאי אית לן למימר דמקרי אי אפשר לקיים שניהם וכיון דחזינן מהגמ' שזה נחשב אפשר לקיים שניהם מה שימול את בנו ע"י אחר שמעינן מזה דהאב לא ביטל שום מצוה ושום ענף מצוה כשעושה שליח למול את בנו דלא כס' בינת אדם הנ"ל ועיין תוס' יבמות ד' ה' ד"ה כולה מה שכתבו לענין שרפת קדשים ושריפת בת כהן ועיין תוס' שבועות ד' ג' ד"ה ועל הזקן שכתבו ג"כ לענין עשה דמצורע דדחי ל"ת דשילוח הקן ואין אומרים נמתין עד שימצא אחר ע"ש.

י) **עוד** יש להביא ראי' לדברינו שאפילו אם הוא בענין שיכול להפטר מן המצוה ולא יעבור על גוף המצוה רק על ענף המצוה מ"מ מקרי אי אפשר לקיים שניהם דהא עיקר ילפותא דילפינן בכל התורה דאתי עשה ודחי לא תעשה הוא מכלאים בציצית כדאיתא

ביבמות דף ד' ובשאר דוכתי והתם אפשר לו להפטר מן המצוה ולא יעבור על עיקר המצוה שהרי אפשר לו לעשות קרן אחת עגולה ולא יהא בבגד רק ג' כנפות כדאיתא בשו"ע או"ח סימן יו"ד ס"ט או אפשר לו לעשות שיהא הרוב מתבר ולא יהא לו ד' כנפות ויפטר מן הציצית כדאיתא בשו"ע או"ח סימן יו"ד ס"ז וא"כ לפי מה דקי"ל ציצית חובת טלית לענין זה היינו כשאין לו בגד של ד' כנפות אינו מחויב לעשות ציצית א"כ לא יעבור על מצות ציצית אם יעשה לו בגד שאין לו ד' כנפות וא"כ כשהוא עושה בגד של ד' כנפות ונתחייב בציצית יהא אסור לעשותו מכלאים כיון שאפשר לו שלא לעבור על הלאו וגם שלא לעבור על העשה הרי אפשר לו לקיים שניהם ואמאי אתי עשה דציצית ודחי ל"ת דכלאים, אלא ודאי כיון דעכ"פ יש בזה איסור קל וענף מצה מה שאינו לובש בגד של ד' כנפות כדאיתא במנחות ד' מ"א דבעידנא דריתחא ענשינן אעשה והוא מקיים מצות עשה כשלובש את הציצית לכן דאי עשה דציצית את הל"ת דכלאים, א"כ כאן נמי לענין מילת השב לוא אמרנו שהאב מבטל ענף מצוה כשנותן לאיש אחר למול את בנו בודאי לא היה מקרי אפשר לקיים שניהם וכיון דחזינן בגמ' שבת (ד' קל"ג) שהבאנו לעיל דמקרי אפשר לקיים שניהם שמעינן מזה שיכול אדם לעשות שליח למול את בנו דלא כדברי הבינת אדם וכן לענין כיסוי הדם יכול ג"כ השוחט לעשות שליח דחד טעמא הוא כמו שכתבנו לעיל דפעולת הענין נחשב על המשלח.

יא) ומה שהביא הבינת אדם ראי' לדבריו דענף מצוה אינו דוחה ל"ת, מהא דכתב הרמב"ם בפ"ד מה' ביאת מקדש הלכה י"ד שאם היו כל אנשי המשמר טמאי מת מחזירין על משמר אחר ובהלכה ט"ו כתב שם הרמב"ם ומפני מה מחזירין על הטהור מפני שהטומאה לא הותרה בצבור ואין דוחין כל דבר הנדחה אלא במקום שאי אפשר הרי חזינן דאע"פ שהחיוב הוא על אותו בית אב ועל אותו המשמר להקריב כמו שכתבנו לעיל בשם הרמב"ם ואפילו הכי אינו דוחה הטומאה וכו' והיינו משום דהקרבן הוא טף המצוה ומה שיקריבו אותו אנשי המשמר אינו אלא ענף מצוה ואין דוחין איסור משום ענף מצוה עכ"ד הב"א ע"ש. ולי נראה דמשם אין ראי' כלל דהא שאותו המשמר ואותו, הבית אב הוא קודם להקריב ממשמר אחר או מבית אב אחר אין זה אפילו ענף מצוה רק הוא מדין מכירה והקנאה מה שמכרו האבות כדכתיב (דברים י"ח) לבד ממכריו על האבות היינו מה שמכרו האבות בימי דור ושמואל שנקבעו המשמרות ומכרו זה לזה טול אתה שבתך ואני שבתי כדאיתא שם בספרי ובסוכה ד' נ"ו ועיין פירש"י בתורה ובפירוש הגאון מלבי"ם שם על הפסוק הנ"ל) וכיון דמטעם מכירה אתינן עלה לא היה דעתם למכור רק כשיהיו כהנים טהורים באותו המשמר לא יקרבו כהנים אחרים של

משמר אחר אבל כשאין כהן טהור באותו משמר בודאי יקרבו כהנים טהורים של משמר אחר דאדעתא דהכי לא מכרו המשמר האחר את זכותם לאנשי אותו משמר שיקריבו בטומאה דדוקא אדעתא דטהרה מכרום ולא אדעתא דטומאה וכיון שלא מכרו אנשי המשמר האחר את זכותם לאנשי אותו המשמר שיקריבו בטומאה לכן אפילו ענף מצוה אין כאן שיקריבו אותו משמר וכשמקריבים משמר אחר אינה נדחית אפילו ענף מצוה לכן מקריבים הכהנים של משמר אחר אבל במקום שצריך לדחות אפילו ענף מצוה לא דחינן ליה ולא מקרי אפשר לקיים שניהם כיון שצריך לדחות ענף מצוה כמו שכתבנו לעיל.

יב) **היוצא** לנו מכל זה דלכל השלשה טעמים הנ"ל יכול אדם לעשות שליח למול את בנו ולכסות את הדם ולא מקרי מבטל מצות עשה רק לטעם הרביעי שהוא סברת הב"א אין יכול לעשות שליח וכבר כתבנו שאין דבריו נראים הלכך אין שום ספק שכל אדם יכול לעשות שליח למול את בנו ולכסות את הדם ובפרט לפי הטעם שכתבנו והוכחנו לעיל שהוא העיקר לענ"ד בודאי יכול אדם לעשות שליח למול את בנו ולכסות את הדם, ודוקא בתורת שליחות היינו שהשליח והמשלח שניהם יתכוונו שהמשלח יקיים את המצוה כמו המגביה חפץ לחבירו שחבירו יזכה בו התם שייך לומר שהאב לא ביטל מלות עשה אבל אם נתן ראובן האב לשמעון חבירו למול את בנו או שהשוחט נתן לאיש אחר לכסות את הדם שלא בתורת שליחות רק בתורת מתנה וכיבוד כמו ששמעון מגביה ממך לעצמו בזה בודאי מקרי שהאב והשוחט ביטלו את המצוה כמו"ש הש"ך והאו"ז.

יג) **ואפילו** כשנותנו בתורת שליחות מ"מ אם המשלח רוצה ליפטור את עצמו מן המצוה ומפני זה עושה שליח את חבירו בזה אמרינן מצוה בו יותר מבשלוחו אבל אם המשלח עושה שליח מפני שהשליח הוא אדם חשוב וגדול ורוצה לכבד את המצוה באנשים חשובים או שהשליח הוא איש המדקדק במצות ורוצה לזכות בעשית המצוה בזה לא אמרינן מצוה בו יותר מבשלוחו כיון שאין דעת המשלח ליפטור את עצמו מן המצוה ואינו מוטל עליו כמשא וגם השליח כונתו שהמשלח יקיים את המצוה לכן שפיר יכול לעשות שליח למול את בנו ולכסות את הדם אפילו לכתחילה ואין בו אפילו מצוה בו יותר מבשלוחו כמו שכתבנו לעיל, ומצאתי בח"ם או"ח סימן מ"א שכתב ג"כ, שיכול לעשות שליח למול את אפילו לדברי התו' רי"ד שהרי הח"ס הסכים שם עם רי"ד ואפילו הכי כתב שיכול לעשות שליח למול את בנו הח"ס קיצר שם מאוד ורוב דבריו תמוהים הם שם. שם דבאומר לחבירו אכול את החלב ובטול את הערוה המשלח אליבא דמ"ד שיש שליח לדבר עבירה אי לא דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן והוא תמוה

כיון שהמשלח עשה כלום בזה אמאי חייב המשלח כיון שהסכים לדבריה רי"ד יש לנו לפוטרו כמו שכתבנו לעיל פ"ב אות א' עוד שם הח"ס כמה דברים ולא כתב שם טעם ברור לו ולתרץ ע"ש.

פרק ז

א) **ויש** להקשות לפי מה שכתבנו דלכל התירוצים צר לומר דגופו של השליח לא נעשה כגופו של יש להקשות על זה ממה שכתב הנימוק"י בכתובות בפ' אלמא ד' צ"ח לענין אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום משו דאמרינן לה מאן שם ליך וכתב הנימוקי וז"ל מאן שם לו ממי קבלת מכירה זו לא מב"ד ולא מיתומים לפיכך לא יצא הקרקע מרשות היתומים אבל היכא דשמה לאחרים נפק מרשות היתומים שהרי נתנו לה חכמים רשות למכור וכו' ומזה שמעינן שאין השליח יכול לקנות לעצמו אפילו באותן דמים שהרשוהו הבעלים למוכרו לפי שכיון שהוא שליח הרי הוא כין הבעלים ולפיכך אינו יכול להקנות לעצמו שאין המכר אלו הוצאת דבר מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו שהרי במקום בעלים עומד עכ"ל הנמוק"י וכן כתב מרן בחו"מ סימן קפ"ה ס"ב וז"ל אין השליח יכול לקנות לעצמו אפילו באותן דמים שהרשוהו בעלים למכרו עכ"ל וכ"כ הרשב"א והטור ושאר פוסקים ע"ש בטור וב"י סימן קפ"ה אלמא שהשליח בעצמו נעשה גופו כגופו של המשלח וכן כשהחפץ הוא ביד השליח הוי כאלו הוא ביד המשלח ומטעם זה לא יכול השליח לקנות לעצמו מפני שלא יצא החפץ מרשות הבעלים דאי נימא דידיו של השליח אינן כידי המשלח ממש רק כי מעשיו של השליח המה כמעשה המשלח למו שכתב הקצוה"ח או שפעולת הענין זהו נחשב על המשלח, כמו שכתבנו א"כ אמאי לא יכול השליח לקנות לעצמו והלא, שפיר מקרי שהחפץ יצא מרשות המשלח כיון שידי השליח אינן כידי המשלח הלא יצא החפץ מרשות המשלח ובא לרשות אחר, ואמאי לא יכול השליח לקנות את החפץ לעצמו אלא ודאי כדאמרן שגופו של השליח הוא כגופו של המשלח וכן ידיו של השליח הם ממש כידי המשלח לכן כל זמן שהחפץ הוא ביד השליח הרי הוא כאלו היה בידיו של המשלח ומשום זה לא יכול השליח לקנות לעצמו מפני שלא יצא מרשות הבעלים א"כ הדרא קושית התוס' רי"ד לדוכתה אמאי לא יכול אדם לעשות שליח להניח תפלין וליטול לולב וכיוצא בזה כיון שידיו של השליח וכל גופו של השליח הם ממש כגופו וידיו של המשלח אמאי לא יכול לעשות שליח כא **ונראה** דמשו"ה אין השליח יכול לקנות החפץ לעצמו אפילו באותם דמים שהרשוהו הבעלים הוא מזה הטעם דאע"ג שגופו וידיו של השליח אינם כגופו וידיו של המשלח מ"מ כיון דעכ"פ מעשיו של השליח הם כמעשה המשלח כמו

שכתב הקצוה"ח או שפעולת הענין שהשליח עושה נחשב על המשלח כמו שכתבנו לעיל א"כ כל זמן שהשליח לא יבטל שליחותו לא יכול לקנות כיון שמעשיו ופעולת ידיו בהחפץ הזה עושים ופועלים בעד המשלח א"כ לא עשה השליח מאומה לעצמו ואין לו במה לקנות כיון שלא עשה שום קנין לעצמו רק למשלח הוא עושה א"כ במה יקנה השליח ואם השליח יתכוין בקנינו לקנות לעצמו ולא למשלח א"כ יצטרך השליח לבטל שליחותו שמעשיו ופעולתו הם לעצמו ואינם עוד להמשלח א"כ אין מי שיקנהו לו להשליח כיון שכבר נתבטלה שליחותו דשליח ואינו עומד במקום הבעלים הרי ליכא דעת מקנה שימכור ויקנה להשליח לכן לא קנה השליח לעצמו, דממה נפשך אם מעשיו ופעולתו להמשלח הרי אין קונה ואם מעשה ופעולתו לעצמו הרי אין מקנה משו"ה אין השליח קונה לעצמו, אבל ידיו וגופו של השליח אינם כגופו וידיו של המשלח, עיין רש"י גיטין ד' כ"ד ע"א ד"ה והא לא חזרה וכו' עד ובטלה השליחות קודם שתחזור משמע ג"כ כמו שכתבנו, וכן משמע מרש"י גיטין ד' ס"ג ע"ב ד"ה לא חזרה שליחות וכו' עד ניתק משליחות הראשון ע"ש ברש"י דמשמע מדבריו כמו שכתבנו דכשהשליח נעשה שליח אח"כ באותו החפץ לעצמו או לאיש אחר מוכרח הוא לבטל השליחות הראשונה ובלא הבטול אינו יכול לקנות החפץ הזה לעצמו או לאיש אחר ע"ש.

ג) **ובאמת** יש דעות החולקים בזה וס"ל שהשליח יכול לקנות לעצמו באותם דמים שהרשוהו הבעלים עיין ש"ך סימן קפ"ה ס"ק ג' שכתב וז"ל ועיין בתשובת הגאונים סימן שפ"ד דמשמע שם שפסק דיכול להחזיק לעצמו עכ"ל הש"ך וכן בפ' מחנה אפרים הלכות שלוחין ושותפין סימן כ' שהביא ג"כ בשם הריטב"א והגאונים דס"ל שהשליח יכול להחזיק לעצמו ופירשו הא דאמרינן כתובות ד' צ"ח מאן שם ליך היינו שמא לא דקדקת בשומא יפה אע"פ שבב"ד של הדיוטות לקחה חמשיק שמא כיון דלעצמה הוא לא דקדקה יפה בשומתם א"כ במקום דלא שייך האי טעמא כגון שהשליח לוקח לעצמו באותם דמים שהמשלח הרשהו למכור דלא שייך לומר שלא דקדק בשומא ולקחה בזול כיון שהבעלים הרשוהו למכור במחיר הזה א"כ יכול השליח שפיר ליקח לעצמו והדבר צריך ביאור במאי פליגי הפוסקים הנ"ל.

ד) **ויוכל** היות דבסברא הזאת פליגי, דהנה יש לחקור אם ראובן מינה את שמעון שיהא שליח למכור את החפצים שלו והלך שמעון ופסק דמים עם לוי שיקח את החפצים האלה ואמר לו שמעון השליח ללוי הקונה לך משוך וקני ואחר האמירה הזאת טרם שהלך לוי ומשך ביטל שמעון את שליחותו ואחר כך הלך לוי ומשך א"כ יש לחקור אם מהני משיכתו של לוי או לא מי אמרינן דכיון שכבר אמר שמעון ללוי לך משוך

וקני ושוב אין לו לשמעון השליח מה לעשות עוד בזה **לכן** לא איכפת לן כלל אם ביטל השליח את שליחותו כיון שכבר עשה השליח את כל המוטל עליו לעשות לא מגרע קנינו של לוי בזה אף אם יבטל השליח את שליחותו, ויש מקום לומר איפכא כיון דעכ"פ בשעה שמשך לוי את החפץ כבר כלתה שליחותו של שמעון א"כ הוי כמו שמשך לוי את החפץ בלא דעת מקנה כיון שכבר ביטל שמעון את שליחותו נתבטלה גם הרשאתו ואמירתו מה שאמר ללוי לך חזק וקני כולם נתבטלו לכן אינו מועיל משיכתו של לוי.

ד) **א"כ** תליא בזה דאם נימא שלוי יכול למשוך את החפץ גם אחר שביטל השליח את שליחותו כיון דבשעה שאמר ל השליח לך משוך וקני עדיין שלוחו היה א"כ כאן שפיר יכול כשליח לקנות את החפץ לעצמו דאע"ג דבשעה שהשליח מושך את החפץ לעצמו כבר נתבטלה שליחותו דשליח ואינו שליח עוד ע"ע כיון דבשעה שמטה לעצמו שימשוך ופוסק דמיו עדיין שליח הוא והשליח אומר לו שילך וימשוך ולאחר שנתבטלה שליחותו שליח הרי השליח כאיש אחר דמי וקודם המשיכה הוא שליח לכל דבר לכן מהני משיכתו של האיש האחר שמושך בשליחותו של השליח והשליח יכול שפיר לקנות לעצמו, אבל אם נימא דלאחר שביטל השליח את שליחותו אין הלוקח יכול למשוך אע"ג דבשעה שאמר לו בשליח לך משוך וקני עדיין שלוחו הוא מ"מ כיון דכשעשה שמשך הלוקח כבר נתבטלה שליחותיה דשליח א"כ מהבטלה ג"כ אמירתו שאמר מקודם לך משוך וקני א"כ אין השליח יכול לקנות לעצמו דנהי דבשעת פיסוק דמיו ובשעה שנתמה השליח שיקנה לעצמו עדיין שלוחו היה מ"מ כיון דבשעה שהשך השליח לעצמו כבר ביטל שליחותיה לכן לא קנה השליח כי אין מי אשר ימכר לו ובלא דעת מקנה אינו יכול לקנות.

ו) **והנה** בגיטין ד' ס"ג איתא ההוא גברא דשדר לה גיטא לדביתהו אזל שליחא אשכחה כי יתבא וקא לישא אמר לה הילך גיטך אמרה ליה ליהוי בידך (ותהיה אתה שלוחי לקבלה רש"י) וכו' אמר ליה רבא וכו' הא לא חזרה שליחות אצל הבעל (ופירש"י שליח שחזר ונעשה שליח למי שנשתלח לו ניתק משליחות הראשון עד שלא היה לו שהות לחזור אצל שולחו ולומר עשיתי שליחותך ושליחות שאינה ראויה לחזור ולהגיד אינה שליחות) ומסיק הגמ' דהוי ספיקא דדינא וחולצת, וכן הוא בשו"ע אה"ע סימן קמ"א ס"א דכהאי טנא הוי ספיקא דדינא והנה הש"ך בחו"מ ריש סימן קפ"ה כתב, דכמו דאמרינן לא חזרה שליחות אצל הבעל לענין גיטין כן אמרינן לענין ממון כגון אם ראובן נותן חפץ לשמעון שיהא שליח למוכרו ופסק שמעון עם לוי למוכרו ואמר לו לוי לשמעון שיהא שליח לקבלה בעדו הוי נמי ספיקא דדינא והמוציא מחבירו עליו הראי' ע"ש אבל

הנתיבות חולק על זה וס"ל דלא בעינן חזרת שליחות אצל המשלח אלא בגיטין משום דטלי גיטך מעל גבי קרקע לא מהני אבל בממון דמהני אפילו בטול מעל גבי קרקע לכן לא בעינן חזרת שליחות ומהני שפיר אפילו כשלא חזרה השליחות אצל המשלח, וכ"כ בס' מחנה אפרים הלכות שלוחין ושותפין סימן ד' ד"ה איברא בשם הרא"ה דהא דאמרינן לא חזרה שליחות אינו אלא גבי גט דהוי כטול גיטך מעל גבי קרקע ע"ש.

ז) **ויש** להקשות על זה לשיטת מרן השו"ע בחו"מ סימן קפ"ה ס"ב ושיטת הרבה פוסקים דפסקו דאין השליח יכול לקנות לעצמו מאי שנא דלענין אם השליח רוצה לקנות את החפץ לעצמו אמרינן שאינו יכול אפילו לענין ממון ואפילו ספק אין כאן, והטעם דכיון שהשליח יקנה לעצמו הרי נתבטלה וניתקה שליחותו א"כ אין מי שיקנהו להשליח שהרי ליכא דעת מקנה ומאי שנא אם שליח המוכר ירצה להעשות שליח לקבלה ללוקח או אם שלוחו של הבעל ירצה להעשות שליח לקבלה להאשה הוי ספיקא דדינא אם יכול להעשות שליח לקבלה או לא, ולענין ממון ס"ל להנתיבות והרא"ה ומח"א דאפילו ספק אין כאן ובודאי יכול שלוחו של ראובן להעשות שליח לקבלה ללוי, ותימא הרי גם כאן איכא למימר דכיון שהשליח של ראובן נעשה שליח ללוי א"כ אינו עוד שלוחו של ראובן ונתבטלה שליחותו לנגד ראובן א"כ אינו יכול לקנות ללוי שהרי אין כאן מי שיקנהו ללוי כיון שהשליח אינו עוד שלוחו של ראובן ומ"ש היכא דהשליח חשב לקנות לעצמו שאינו יכול ואין כאן ספק כלל, ומ"ש היכא שהשליח חשב לקנות לאיש אחר דהוי ספיקא אם יכול או לא ולשיטת הרבה פוסקים בודאי יכול ומ"ש זה מזה והלא תרוייהו חדא טעמא, ותרוייהו תליא בזה שכתבנו לעיל כשאמר לו השליח ללוקח לך משוך וקני ואח"כ ביטל השליח שליחותו אם מועיל או לא דמה לי אם ביטל השליח שליחותו בזה שרצה לקנות לעצמו ומה לי אם ביטל שליחותו בזה שרצה לקנות לאיש אחר והלא כיון דסוף סוף ביטל השליח שליחותו קודם שקנה הלוקח בקנין אית לן למימר שלא יקנה מפני שאין לו מי שיקנהו ומה לי אם הביטול בא מחמת שהשליח רצה לזכות לעצמו ומה לי אם הביטול בא מחמת שהשליח רצה לזכות לאיש אחר והלא אין חילוק בין זה לזה.

ח) **ולשיטת** הש"ך יש להקשות איפכא כיון דס"ל להש"ך דגם בממון אמרינן לא חזרה שליחות אצל המשלח כמו בגיטין א"כ איך יתרץ הש"ך את דברי הגאונים דס"ל שהשליח יכול ליקח לעצמו באותן הדמים שהרשהו המשלח הלא יקשה איך יזכה השליח לעצמו והלא לא חזרה שליחות אצל המשלח והי' לנו לומר שיהא ספק והמוציא מחבירו עליו הרא' כמו בעובדא דגמ' דגיטין ד' ס"ג הנ"ל דפסקינן דהוי ספיקא דדינא אי אמרינן לא

חזרה שליחות אצל הבעל או לא א"כ לענין ממון נמי אית לט לומר דהוי ספיקא דדינא וכיון דאם השליח נעשה שליח לאחרים אמרינן לא חזרה שליח אצל המשלח א"כ אם השליח נעשה שליח לזכות לעצמו אית לנו ג"כ לומר לא חזרה שליחות אצל המשלח ואית לן למימר דהוי ספיקא דדינא והמוציא מחבירו עליו הראי' ואמאי פסקו הגאונים דהשליח זכה לעצמו בודאי בלא שום ספק.

ט) ועוד דבגמ' גיטין ד' כ"ד איתא בהדיא דהיכא דהשליח נעשה אח"כ שליח לעצמו אמרינן ג"כ לא חזרה שליחתו אצל הבעל לענין כשאומר אדם לאשתו שתהא שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם הוי שליח לקבלה ופריך הג"מ והא לא חזרה שליחות אצל הבעל אלמא דכשהשליח נעשה אח"כ שליח לזכות לעצמו אמרינן ג"כ לא חזרה שליחות אצל הבעל א"כ תימא איך יתרץ הש"ך את דברי הגאונים דס"ל שהשליח יכול לזכות לעצמו כיון דדיני ממוטת דמיין לגיטין לשיטת הש"ך.

י) **והנה** הרשב"א בפ' התקבל ד' ס"ג ד"ה ולענין וכו' כתב דהא דפריך הגמ' בד' כ"ד בפשיטות והא לא חזרה שליחות אצל הבעל ובד' ס"ג מסיק הגמ' דהוי ספיקא אי אמרינן לא חזרה או לא הטעם הוא דבדף כ"ד איירי שהבעל אמר לה מתחלה הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם הוי שליח לקבלה וכיון דתחלת מינוי השליחות היה באופן זה שלא חזרה שליחות אצל הבעל לכן פשיטא ליה להג"מ שאין כאן שליחות כלל, אבל בד' ס"ג דאיירי שהבעל אמר לו להשליח שיהא שליח להולכה רק שאח"כ עשתה אותו האשה שליח לקבלה ולא חזרה שליחות אצל הבעל, וכיון דתחלת מינוי השליחות היתה באופן דהשליחות תוכל לחזור אצל הבעל רק שאח"כ לא חזרה השליחות אצל הבעל לכן מספקא ליה להגמ' אי מועיל או לא והוי ספיקא דדינא, וכ"כ הב"ש באה"ע סימן קמ"ב ס"ק כ"ג ע"ש.

יא) ונראה דלענין ממון בכהאי גונא כשאמר ראובן לשמעון שלוחו הילך חפץ זה והוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית הוי שליח לקבלה בזה מודים כולי עלמא שהשליח יכול לקנות לעצמו ואין כאן שום חסרון לא משום חזרת השליחות מה שלא חזרה השליחות אצל המשלח ולא החסרון שכתבו הטור והמחבר בסימן קפ"ה והרשב"א והנמק"י בפ' אלמנה לענין קניית השליח כשרוצה לקנות לעצמו שאינו יכול לקנות מפני שידו כיד הבעלים כמו שהבאנו לעיל בשמם, ואפילו לשיטת הש"ך שמשוה ממון לגיטין ואפילו בממון אמרינן דלא מהני היכי דלא חזרה השליחות אצל המשלח כמו בגיטין מ"מ כאן כיון שהמשלח אמר לו בפירוש שיקנה אח"כ לעצמו קונה לכולי עלמא, וטעם החלוק שבין ממון לגיטין הוא בזה דלענין גיטין כיון דבעינן נתינה לידה מידו וטלי

גיטך מעל גבי קרקע אינו מועיל בגיטין לכן כשאומר לה הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם הוי שליח לקבלה כיון שלא חזרה שליחות אצל הבעל בשעת מינוי השליחות ונתבטלה השליחות להולכה שלה לכן אינה מגורשת דהוי טלי גיטך מעל גבי קרקע, אבל לענין ממון כיון דטלי חפצך מעל גבי קרקע מועיל בממון לכן כיון שאומר לו הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם הוי שליח לקבלה לקבל לעצמך נהי דלא חזרה השליחות אצל המשלח ונתבטלה שליחות להולכה של השליח מ"מ לא איכפת לן מאומה שהרי איכא כאן דעת המקנה ודעת קונה כיון שאמר לו המשלח בפירוש שיקנה לעצמו.

יב) **ואין** זה דומה לנידון הש"ך בסימן וקפ"ה דס"ל דגם לענין ממון נתבטלה השליחות. מספק כשלא חזרה השליחות אצל המשלח כמו לענין גיטין דהתם שאני דכיון דאיירי שנתן ראובן חפץ לשמעון למוכרו לשום אדם ואח"כ פסק השליח עם הלוקח שיקנה ממנו ואמר לו הלוקח להשליח שיהא שליח בעדו לקנותו, דכיון שהמשלח אינו יודע מי הוא הלוקח ולא פסק דמים עמו ובלא דעת השליח אין הלוקח יכול לקנותו וכיון שנתבטלה שליחותו של שמעון משום שלא חזרה השליחות אצל המשלח לכן אין הלוקח יכול לקנותו משום דליכא דעת מקנה, משא"כ בנדון דידן כשאמר לו המשלח לשליח הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם תקנה לעצמך כיון שהמשלח יודע מי הוא הקונה ונתרצה להקנותו הרי איכא דעת מקנה אפילו אחר שנתבטלה השליחות להולכה משום הכי קני נמצא דדין ממון הוא להיפך מדין גיטין דבגיטין מגרע גרע היכא שלא חזרה השליחות אצל הבעל מתחלת מינוי השליחות כמו שכתבנו לעיל בשם הרשב"א והב"ש דהיכא שלא חזרה השליחות אצל הבעל בתחלת מינוי השליחות הוי ודאי פסול או בטל הגט והיכא דבתחלת מינוי השליחות חזרה אצל הבעל רק שאח"כ לא חזרה השליחות אצל הבעל לא הוי רק ספק פסול ואלו גבי ממון עדיף טפי היכא שלא חזרה השליחות אצל המשלח מתחלת מינוי השליחות דאז קנה הלוקח קנין גמור בודאי קנין בלא שום מגרעת כלל דכיון שהמשלח יודע מי הוא הקונה ונתרצה להקנותו להשליח אפילו אחר שנתבטלה השליחות איכא דעת מקנה משו"ה קני השליח כדאמרינן לעיל והיכא שתחלת מינוי השליחות היתה באופן שתחזור השליחות אצל המשלח רק אח"כ לא חזרה השליחות אצל המשלח הוי ספיקא דדינא אם מועיל או לא לשיטת הש"ך שמשוה ממון לגיטין דכיון שהמשלח אינו יודע מי הוא הקונה וליכא דעת מקנה לכן לא קנה השליח אחר שנתבטלה השליחות.

יג) **ובזה** ניחא מה שיש להקשות על הש"ך מתוס' ב"מ ד' ע"א ע"ב ד"ה בשלמא וכו' שהקשו אמאי לא הוי רבית גמור כשהעמידו אצל ישראל שהרי נעשה ישראל שני שלוחו של הראשון לקבל חובו מידו של נכרי ע"ש והיינו שהישראל השני נעשה מתחלה שלוחו של ישראל הראשון ואח"כ נעשה שליח לקבלה לזכות לעצמו וא"כ יש להקשות על זה והא לא חזרה שליחות אצל המשלח לשיטת הש"ך דס"ל דגם בממון בעינן חזרת שליחות, ובדברינו ניחא דכיון שהעמידו אצל הישראל הראשון והוא נתרצה לזה שהישראל השני יהא שליח לעצמו לכן מהני לכולי עלמא שהישראל הראשון הוא המקנה לו ולא בעינן נתינה מידו לידו.

יד) **ובזה** יש לתרץ הקושיא שהקשינו לעיל דהנה כשהשליח לוקח לעצמו כתבו הטור והרשב"א ושאר פוסקים שלא קנה אפילו כשלקח לעצמו באותם הדמים שהרשהו המשלח ומ"ש מהא שכשנתן החפץ לשליח למכור ומכרו לאיש ואמר לו הלוקח להשליח שימשוך בעדו קנה הלוקח לשיטת המח"א והרא"ה והנתיבות ובדברינו ניחא דכשנותן ראובן לשמעון חפץ למכור אינו במשמע שיקח השליח לעצמו שהרי למכור אמר לו ולא ליקח, ואעפ"י שאין המשלח מקפיד עליו כלל אף אם יקחהו לעצמו שהרי לוקח באותם הדמים שהרשה לו המשלח ומה איכפת לו להמשלח מי שיקנה ממנו כיון דעכ"פ דמיו ניתנו לו מ"מ כיון דעכ"פ המשלח כשנתן לו את החפץ הזה נתן לו למכור ואינו במשמע מדברי המשלח שיקח את החפץ לעצמו לכן אין השליח יכול לזכות לעצמו כיון דליכא דעת מקנה שהרי הבעלים לא הקנו לו מאומה וכיון דבשעה שימשוך לעצמו מוכרח הוא לבטל שליחותו דאם לא יבטל שליחותו אינו יכול לזכות לעצמו ואם יבטל שליחותו ליכא דעת השליח ולא דעת המשלח אשר יזכהו ויקנהו להשליח לכן לא קנה השליח.

טו) **אבל** אם השליח מוכר לאחרים ואח"כ מושך השליח בשביל הלוקח נהי דגם במשיכה הזאת מוכרח השליח לבטל שליחותו כמו שכתבנו לעיל שאם לא יבטל שליחותו אינו יכול לזכותו לאיש אחר, מ"מ כיון דהמשלח בשעה שמסר לו את החפץ מסר לו שימכור ולא פירש לו באיזה אופן ימכור אם שהלוקח ימשוך בעצמו או שהשליח ימשוך עבורו לכן נהי שנתבטלה שליחותו של השליא מ"מ יוכל הלוקח לקנות שהרי עכ"פ דעת מקנה איכא שהרי המשלח מקנה לו נמצא שיש כאן דעת קונה ודעת מקנה לכן קנה הלוקח שפיר דהוי כמו שפירש לו בהדיא הוי שליח להולכה עד שתפסוק דמיו ולאחר שתפסוק דמיו הוי שליח לקבלה לזכות ללוקח דמועיל בממון ולא בגיטין כמו שכתבנו לעיל.

טז) **אבל** את ניחא דוקא לשיטת המח"א והרא"ה והנתיבות אבל לשיטת הש"ך עדיין אינו מיושב, דלדבריו תקשה ממה נפשך דאם נימא דכשעושהו השליח למכור סתם יכול השליח לקנות בעד הלוקח מפני דהוי כמו שפירש לו בפירוש שהוא מקנה להלוקח אשר יקנה ממנו א"כ אמאי כתב הש"ך דהוי ספק אם קנה הלוקח והלא כיון שהמשלח נותן לו רשות להשליח שיעשה את עצמו שליח בעד הלוקח הרי איכא גם דעת מקנה כמו שכתבנו לעיל, ואם לא ס"ל לש"ך האי סברא שכתבנו לעיל רק ס"ל דאפילו כשנותן המשלח החפץ לשליח למכור סתם אין לו רשות להשליח לעשות את עצמו שליח לקח ואין כאן דעת מקנה, א"כ נשאר הקושיא הנ"ל שהקשינו מאי שנא דכשהשליח קונה את החפץ לעצמו לא קנה כלל להפוסקים הנ"ל, ומ"ש דכשהשליח מוכר לאיש אחר ומושך את החפץ בשביל הלוקח איכא ספק אם קנה הלוקח או לא והלא בשניהם הענין שוה דליכא דעת מקנה.

יז) **ואולי** זהו בעצמו הספק בממון לשיטת הש"ך כיון שלא נתן לו רשות בפירוש להשליח שיעשה את עצמו שלית ללוקח א"כ יש ספק אם יש לו רשות לזה ואיכא דעת מקנה או אולי אין לו רשות להשליח לזה וליכא דעת מקנה ולכן הוי ספק והמוציא מחבירו עליו הראי' ואע"ג דהש"ך מדמה ממון לגיטין ובגיטין אין הספק אם יש לו רשות להשליח לזה או לא שהרי בד' כ"ד חזינן דאע"ג שנתן לו בפירוש רשות להשליח לקנות בעדו מ"מ אינו מועיל והטעם הוא דאע"ג דאיכא דעת הבעל לגרש מ"מ הוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע כיון דליכא שליחות משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל, מ"מ ס"ל להשיך דבדף ס"ג מספקא ליה להגמ' גם בזה אם יש לו רשות להשליח לזה או לא וליכא דעת מקנה ואינו מועיל אפי' בממון

יח) **ולענין** קושיא השניה שהקשינו איך יתרץ הש"ך את דברי הגאונים דכיון דס"ל להש"ך דגיטין וממון **שוין** ואומרים בזה לא חזרה שליחות אצל הבעל א"כ אמאי ס"ל להגאונים שהשליח יכול לקנות לעצמו והלא לא חזרה השליחות אצל המשלח ויש לנו לומר שלא יקנה השליח לעצמו וזו קושיא עצומה מאוד על דברי הש"ך. ונראה לי לתרץ ע"פ מה שכתב המחנה אפרים בה' שלוחין ושותפין סימן כ' דהיכא שדמי החפץ קצבים הם יכול כל אדם ליקח אותו שלא מדעת המוכר כההיא דפ' הספינה דף פ"ח בההוא גברא דאייתי קארי לפום נהרא אתו כולי עלמא שקול קארי קארי אמר להו הרי הן מוקדשים לשמים ומסיק הגמ' דאם היו דמיהם קצובים אינו יכול להקדיש מפני שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו וכבר קנה אותם הלוקח אלמא דאפילו שלא מדעת המוכר יכול הלוקח לקנותם כשהדמים קצובים וע"ש בר"ן בפ' הספינה וכיון שהמשלח אומר

לשליח שימכור בכך וכך מקרי שדמי החפץ קצובים הם ויכול הלוקח לקנותו אפי' בלא דעת המקנה ובלא דעת השליח ע"כ דברי המח"א ע"ש. לכן ניחא דהגאונים איירו שנתן רשות להשליח למוכרו בכך וכך והוי דמיו קצובים לכן אע"ג שנתבטלה השליחות לגמרי משום שלא חזרה השליחות אצל המשלח מ"מ יכול השליח שפיר לקנות משום דבדמיו קצובים לא בעינן לא דעת המקנה ולא דעת השליח דע"כ איירו הגאונים שקצב לו דמים לשליח אמר לו מטר בכך וכך דאם לא קצב לו דמים מודים כולי עלמא שאין השליח יכול ליקח את החפץ לעצמו משום דאמרינן ליה מאן שם לך היינו שמא לא דקדקת בשומא כמו שפירשו הגאונים ההיא דפ' אלמנה ד' צ"ח שהבאנו לעיל דאמרינן אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום דאמרינן לה מאן שם לך היינו שמא לא דקדקת בחשבון ודברי הגאונים שאומרים שהשליח יכול ליקח לעצמו הוא דוקא כשאומר לו מכור החפץ בכך וכך דהוי כמו קצובים ולא בעינן דעת המקנה ולא דעת השליח לכן יכול השליח ליקח החפץ לעצמו, אבל הש"ך לא איירי מזה רק איירי כשנתן לשליח בסתם ולא קצב לו דמים לכן לא יוכל השליח לזכות בעד הלוקח דכיון שהשליחות נתבטלה מספק משום דלא חזרה השליחות אצל המשלח הרי ליכא לא דעת השליח ולא דעת המקנה ובלא דעתם לא יוכל הלוקח לקנות כיון שלא קצב לו דמים, והלוקח קונה רק בספק קנין והמוציא מחבירו עליו הראי' כמו"ש הש"ך.

ים) והנה מרן המחבר באה"ע סימן קמ"א ס"א פסק שאם האשה עשתה שליח לקבלה לשליח של הבעל אשר עשאו שליח להולכה הרי זו מגורשת מספק כיון שלא חזרה השליחות אצל הבעל דהוי ספיקא דדינא כנ"ל מהגמ' דגיטין ד' ס"ג וסיים מרן המחבר שם שהרי זו ספק מגורשת עד שיגיע הגט לידה ומשיגיע לידה תתגרש ודאי וכ"כ הרמב"ם בפ"ו מה' גירושין הלכה י"ג והה"מ כתב שהוא דבר פשוט שאחר שהגיע הגט לידה היא מגורשת ודאי והב"ש שם סימן קמ"א ס"ק ב' כתב דקמ"ל דלא אמרינן דכבר חזר בו משליחות הבעל ונעשה שליח לקבלה בעדה לכן לא תתגרש אפילו אחר שהגיע הגט לידה קמ"ל דמגורשת שפיר ע"ש בב"ש, ולפי מה שכתבנו לעיל דכשנעשה שליח לעצמו או לאחר ביטל שליחותו הראשון צריך עיון גדול אם יועיל הגט להתגרש ודאי אפילו אחר שהגיע הגט לידה עיין רש"י בדף כ"ד ע"א ד"ה והא לא חזרה וכו' דכיון שנעשתה אח"כ שליח לעצמה בטל השליחות וכ"כ רש"י בדף ס"ג ע"ב ד"ה לא חזרה וז"ל שליח שחזר ונעשה שליח למי שנשתלח לו ניתק משליחות הראשון וכו' עכ"ל אלמא דכיון שהשליח להולכה נתרצה להעשות שליח לקבלה נתבטלה השליחות הראשונה וכיון שנתבטלה השליחות הראשונה מובן הדבר שאפילו אם אח"כ נתן הגט ליד האשה

ונתרצה אח"כ להעשות שליח להולכה מ"מ אינו מועיל כיון שכבר נתבטלה שליחותו א"כ תימא אמאי פסקו הרמב"ם ומרן המחבר שאם הגיע הגט לידה מגורשת בודאי והלא כיון שכבר ביטל השליח את שליחותו אית לנו לומר שלא יועיל כלל אפילו כשהגיע הגט לידה.

כ) **ואולי** יש לתרץ דכיון דמה שביטל השליח שליחותו לא היה רק מפני שטעה וסבר שהשליח להולכה יוכל להעשות שליח לקבלה בעד האשה או בעד עצמו, אף על פי שלא חזרה שליחות אצל הבעל טעה שמועיל ובשביל הטעות הזה ביטל השליח להולכה את שליחותו שמינה אותו הבעל לשליח להולכה, וכיון שביטול שליחותו בטעות היה לכן אין ביטולו כלום ושליחותו נשארה קיימת כמו דקיי"ל קנין בטעות חוזר וכן שאר דברים כיוצא בזה דקי"ל חוזר מחמת שהיה בטעות כן ביטול בטעות בטל הוא והשליחות קיים.

כא) **עוד** יש לתרץ דכיון שהשליח ביטל שליחותו שלא בפני המשלח, ודעת המשלח עדיין בתקפה עומדת שהשליח הוא שליח כדין רק שהשליח חזר בו שעתא חדא ולא רצה להיות שליח וביטל שליחותו לכן אח"כ כשהשליח חזר בו מביטולו ורצה בשליחותו ונותן הגט ליד האשה מהני שפיר שהרי יש כאן עכשיו דעת השליח ודעת המשלח ולא איכפת לן כלל מה שהשליח ביטל את שליחותו בינתים זמן מעט דכיון שרצה השליח אח"כ בשליחותו שפיר הוי שליח כדין לכל דבריו וכיוצא בזה נמצא בס' עונג יו"ט ואינו מצוי אצלי כעת לעין בו.

פרק ח

א) **אחרי** אשר ביארנו דגופו של השליח אינו נעשה כגופו של המשלח רק כי פעולה הרוחנית אשר בתוך הענין שפעלו מעשיו של השליח זהו נחשב על המשלח, יש לחקור מעתה איך לדון בממונו של השליח אם נחשב כמו שהוא של המשלח ובכל דבר דבעינן שיהא ממונו של ראובן סגי אם שלוחו נותן ממונו ויכול ראובן לקנות בממון השליח כאלו המשלח נתן ממונו של עצמו כמו דמעשיו של השליח דראובן מהני לקנות לראובן ולקדש ולגרש כאלו ראובן בעצמו היה עושה המעשה הזאת כך ממונו של שלוחו דראובן מועיל לקנות לראובן ולקדש ולגרש כממונו של ראובן המשלח, או דלמא אע"ג דמעשה השליח פועל כמעשה המשלח מ"מ ממונו של השליח יוכל היות שאינו יכול לפעול לקדש ולקנות ולגרש כמו ממונו של המשלח ובכל מקום דבעינן ממונו של ראובן לא סגי במה שהשליח נותן את ממונו רק ממונו של המשלח בעינן ולא של השליח.

ב) **והנה** לענין קידושין ושאר קנינים אין שום נפקא מינה בחקירתנו הנ"ל דאף אם נניח כי ממון של השליח אינם פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח מ"מ אם ראובן

עושה את שמעון שליח שיקדש לו אשה או שיקנה לו שדה והלך שמעון וקידשה או קנה את השדה בממון שלו בודאי קנה ראובן מדין עבד כנעני כדאיתא בקידושין דף ז' אמר רבא וכו' הילך מצה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני עבד כנעני לאו אע"ג דלא קחסר ולא מידי קא קני נפשיה האי גברא נמי אע"ג דלא קחסר ולא מידי קא קני להאי איתתא עכ"ל ופירש"י הילך מנה והתקדשי לפלוני והוא שלוחו אלא שמקדשה משלו מקודשת ואע"ג דממונו לאו של משלח הוא וכ"כ הרא"ש כפירש"י דאיירי שעשאו שליח וסיים הרא"ש וז"ל או כשלא עשאו שליח ואמר המקדש הרי את מקודשת לי במנה שנתן לך פלוני מקודשת עכ"ל הרא"ש וכ"כ הרמב"ם בפ"ה מה' אישות ה' כ"ב דלא איירי שעשאו שליח רק איירי שאמר לה המקדש הרי את מקודשת לי במנה שנתן לך פלוני, ומרן המחבר באה"ע סימן כ"ט ס"ה כתב ג"כ דאיירי כהני תרי גונא או שעשאו שליח או שאמר לו **המקדש** הרי את מקודשת לי במנה שנתן לך פלוני.

ג) **והנה** להמפרשים שפירשו דאיירי שעשאו שליח להנותן יש מקום לומר דמשו"ה מקודשת האשה להמשלח אע"ג דלא חסר מידי הוא מטעם דכיון שהשליח קדשה בממון שלו לכן מקודשת כמו שכתבנו לעיל דכשם דמעשיו של השליח פועלים בעד המשלח כך ממונו של השליח פועל בעד המשלח, וזהו הדין שלמדנו מעבד כנעני, ואין ראי' מזה שדין עבד כנעני הוא לאו מדין שליחות, אך לפי מה שפירשו הרמב"ם והרא"ש ומרן המחבר דאיירי שהנותן לא היה שלוחו של המקדש רק איש מן השוק שאינו שליח כלל נתן מעות לאשה ואמר לה התקדשי לראובן וראובן אמר לה להאשה הרי את מקודשת לי במנה שנתן לך פלוני ואפי' הכי האשה מקודשת מדין עבד כנעני יש ללמוד מזה דאף אם נימא דממונו של השליח אינם פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח עצמו ואפילו הכי היא מקודשת שפיר שהרי אנו רואים דבקידושין אין אנו צריכים שיהא דוקא ממונו של המקדש או של השליח כי גם ממונו של שמעון שנתן מדעתו בלי שליחות ראובן מועיל לראובן לקדש בו אשה מדין עבד כנעני שמועיל לעבד לצאת לחירות בלא ממון שלו רק ממון של הנותן בלא שליחות מצד העבד ואפי' בע"כ של העבד כדאיתא בקידושין דף כ"ג הואיל וקני ליה בע"כ מקני ליה בע"כ ומסקינן שם בגמ' וכן לענין ממונו דהיינו כי גם לענין ממון מהני כמו בקידושין כגון אם ראובן נותן מנה לשמעון ואמר לו שדך קנויה ללוי בממון הזה קנה לוי שפיר אע"ג דלא חסריה ממונא אלמא דלא בעינן בקנינים ובקידושין שיהא הממון דוקא משל הקונה או משל המקדש או של השליח רק סגי גם אם הכסף הוא משל אחרים א"כ בקידושין ובקנין ממון אין מקום לחקירתנו שחקרנו אם ממונו של השליח מהני לפעול לטובת המשלח כמו מעשיו של

השליח, דהרי אם אפילו נימא שאין כאן שליחות לענין ממון מהני דלא גרע מאם לא היה שלוחו כלל שגם כן מהני ממונו של שמעון לפעול לטובת ראובן מדין עבד כנעני.

ד) **ואין** נפקא מינה בחקירתנו רק במקום דלא שייך דין עבד כנעני כגון לענין גיטין דקי"ל דבעינן שיהא הנייר משל הבעל כדאיתא בגיטין ד' כ' וכ"א והתם לא שייך דין עבד כנעני כי בעינן שהנייר יהא משל הבעל ומשמע בגיטין שם דף כ' דכן הוא הדין בכל שטרי מקח ומתנה בעינן בכולם שיהא השטר משל הקונה כדפריך התם הגמ' אמאי והא בעינן ספר המקנה וליכא עיין שם בתוס' ד"ה וכותב בכתב ידו כו' ע"ש ומסתברא דבכל השטרות דבעינן שיהא השטר של הקונה אין שם דין עבד כנעני היינו אם כתבו את הגט או את השטר על נייר של איש אחר שאינו שלוחו של הבעל או המקנה והוא לא הקנה את הנייר להבעל או להמקנה דאינו גט ואינו שטר, א"כ יש לחקור כשעושה אדם שליח למכור שדהו או לכתוב גט לאשתו אם יכול השליח לכתוב על נייר שלו מי אמרינן דממון השליח פועל לטובת המשלח כמו מעשיו של השליח אשר יפעלו לטובת המשלח וא"כ יכול השליח שפיר ליתן הנייר והדיו משלו לכתוב גט או שטר מקנה בעד חבירו או דלמא כי ממון השליח אינם פועלים מאומה לטובת המשלח לכן אין השליח יכול ליתן את הנייר והדיו משלו לכתוב גט או שטר מקנה לחבירו בלא הקנאה למשלח, דנהי כי מעשה הכתיבה והחתימה של השליח פועלים בעד המשלח לגרש את אשתו כאלו הוא היה הכותב והחותם מ"מ כיון דעכ"פ ממונו של המשלח בעינן וכיון דממון השליח אינם כממון המשלח לכן אין הגט מועיל כלום וכן לענין שטרי מקנה אין הקונה לכן לקנות משום דבעינן ממון המקנה וממונו דשליח אינו כממון המקנה.

ה) **וראיתי** כי הדבר הזה במחלוקת שנויה אם ממון השליח פועל לטובת המשלח כממון המשלח **או** לא, דהנה המרדכי בפ' התקבל סימן תי"ח כתב דכשאומר לאחרים לכתוב גט וליתן לאשתו אינו צריך הבעל ליתן להם הקלף והקולמוס משום דהשלוחים במקומו הם עומדים ע"כ תורף דבריו והיינו דהשלוחים יכולים לכתוב את הגט בקלף שלהם דכיון דשלוחים הם ושלוחו של אדם כמותו א"כ הקלף והדיו של השליח יוכלו לפעול בעד המשלח לגרש כמו הקלף והדיו של המשלח וכן משמע מדברי הח"מ באה"ע סימן ק"ב ס"ק א' שכתב על דברי המחבר שכתב שם וז"ל ואף אם שליח כותבו צריך שיהיה משל הבעל לכך נהגו כשהבעל מצוי שנותן לו הסופר הקלף והדיו עכ"ל המחבר וכתב על זה הח"מ וז"ל אבל מי שהיה מושלך בבור או הולך למדינת הים ואמר כתבו ותנו גט לאשתי הם כותבין ונותנין בלא שום הקנאה לבעל דבדיעבד ודאי כשר בלא שום הקנאה דשלוחו כמותו רק לכתחלה צריך שיתן לו הסופר הכל קודם הכתיבה אפילו בעשה

הבעל שליח עכ"ל וכ"כ הפר"ח באה"ע סימן ק"ב ס"ק א' וז"ל דאי משום דכתיב ונתן דבעינן שיהא הגט שלו ה"מ כי מגרש איהו אבל כי עביד שליח למיכתב גיטא ולמיהב לאיתתיה הרי השליח נכנס במקומו דשלוחו של אדם כמותו ולא בעינן תו דלהוי הגט מהבעל אלא כיון דהוי משל שליח סגי בהכי דכי היני דוכתב הוי איהו או שלוחיה אע"ג דלא כתב איהו מידי הכי נמי ונתן הוי איהו או שלוחיה אע"ג דלא קיהיב איהו מדידי' מידי עכ"ל הפר"ח אלמא דס"ל להמרדכי והח"מ והפר"ח דממונו של השליח פועלים לטובת המשלח כמו ממונו של המשלח לטובת עצמו משום דשלוחו של אדם כמותו והשליח וממונו עומדים במקום המשלח וממונו.

ו) **אך** הטור באע"ה סימן ק"ב והרא"ש והסמ"ג וש"פ הביאם מרן הב"י סימן ק"ב ס"ל דאף אם השליח כותב צריך שיהא הקלף והדיו משל הבעל ע"ש בב"י שהביא דעת הרבה פוסקים דס"ל דאפילו בדיעבד פסול אם לא היו הקלף והדיו משל הבעל, עוד הביא שם מרן הב"י דעת פוסקים המכשירים בדיעבד או אפילו לכתחילה אם לא היה הקלף משל הבעל וכתבו הטעם משום שאקנויי אקני ליה רבנן לבעל לכן מקרי של הבעל מתקנת חכמים והב"י הביא שם בשם הרמב"ן שהביא ראי' לזה מההיא דגיטין ד' ס"ה דאומר אדם לשנים כתבו ותנו גט לאשתי והוא הולך למדינת הים וכן הביא הרמב"ן ראי' לדבריו מההיא דגיטין ד' ס"ו דמי שהיה מושלך לבור ואמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי הרי אלו יכתבו ויתנו אפילו בלא שום הקנאה לבעל, והוא משום דכיון דאקנויי אקני ליה רבנן לבעל לכן מקרי של הבעל ע"ש בב"י.

ו) **היוצא** מזה דהטור והרא"ש וסייעתם ס"ל דממון השליח אין יכול לפעול לטובת המשלח כממונו של המשלח לא מיבעיא להפוסקים דס"ל שהגט פסול או בטל אם לא היה הקלף משל הבעל רק משל השליח לדידהו ודאי ממונו של השליח אינו פועל לטובת המשלח כממונו של המשלח דאי לא תימא הכי אמאי ס"ל להפוסקים האלה שהגט פסול או בטל והלא הגט נכתב על הקלף של השליח, ואפי' להפוסקים דס"ל דהגט כשר בדיעבד או אפילו לכתחלה כשנכתב על של השליח מ"מ לא כתבו רק משום דאקנויי אקני ליה רבנן וקני הבעל מתקנתא דרבנן ומשמע דמדינא אין הגט מהני משום שלא נכתב על הקלף של הבעל, א"כ שמעינן מזה דממונו של השליח אין יכול לפעול לטובת משלח כממונו של המשלח ונפקא מינה במקום דליכא תקנת חכמים כגון שאמרה אי אפשי בתקנת חכמים או במגרש בע"כ או בשטרי מקח ומתנה דלא הקנו רבנן את הנייר להמקנה (עיין פ"ת סימן ק"כ ס"ק ב') אין השליח יכול ליתן הנייר

שלו לכתוב עליו גט אשה או שטר מקח ומתנה כי ממונו של השליח אינו יכול לפעול בעד המשלח כממונו לשיטת הפוסקים הנ"ל.

פרק ט

א) **ובזה** יש ליישב מה שיש להקשות על דברי מרן דהנה באהע"ז סימן ק"מ ס' ג' פסק שהאשה שעשתה שליח לקבלה דינו של השליח כדין האשה לכל דבר לענין אם זרק גט לחצרו של השליח או לתוך ד' אמותיו הרי היא מגורשת כאלו בא הגט לחצרה או לד' אמותיה של האשה, ויש להקשות על זה דבסימן קמ"א ס מ"ג הביא מרן המחבר שתי דעות בשליח לקבלה של האשה אם הוא יכול לעשות שליח אחר או לא דיש אומרים שאינו יכול למנות שליח שני משום דהוי מילי ומילי לא מימסרן לשליח ויש מתירין אם נתנה לו רשות למנות שליח א"כ להדעה הראשונה, דס"ל דשליח לקבלה אינו יכול למנות שליח משום דהוי מילי א"כ מהראוי לומר דגם חצירו של שליח לקבלה אינו מועיל דקי"ל חצר דגברא משום שליחות איתרבאי עיין חו"מ סימן רמ"ג ס' כ"ג וסימן רס"ח ס"ה שיש חילוק בין חצר דגברא לחצר דאשה שחצר דגברא משום שליחות הוא לכן קטן אין לו חצר ואין לו ד' אמות אבל חצר דאשה משום ידה איתרבאי לכן קטנה יש לה חצר ויש לה ד' אמות א"כ מהראוי לומר שיש חילוק בין אם השליח לקבלה הוא איש או אשה דאם השליח לקבלה היא אשה כיון דחצרה כידה דמיא אם בא הגט לחצרה של האשה השליח לקבלה שפיר מגורשת, אבל אם השליח לקבלה הוא איש כיון דחצרו אינו מועיל רק מטעם שליחות ואינו דומה לידו לכן אם בא הגט לחצירו של השליח לאו כלום הוא למאן דס"ל דשליח לקבלה אינו יכול לעשות שליח משום דמילי לא מימסרן לשליח אם כן אמאי מועיל כאן חצירו של שליח לקבלה.

ב) **ואין** לומר דאע"ג דהשליח גברא הוא מ"מ כאן שהוא נעשה שליח לקבלה בעד האשה לכן חצרו של השליח כידה דמיא כדין חצר דאשה ולא איתרבאי חצרו משליחות כדין חצר דגברא כיון שהחצר בא לזכות לאשה לכן דינו כידה זהו אין שום סברא כלל דכיון שהחצר של האיש אינו כידו אריכתא רק כשליח בעלמא א"כ איזה סברא הוא לומר שאם האיש נעשה שליח לאשה אזי יעשו שלוחיו של האיש כידיו ממש של האיש והלא לא ילפינן מקרא רק שהחצר של האשה נעשה כיד אריכתא להאשה ואינו כשליח שלה אבל לא למדנו מקרא שהחצר של האיש ישתנה שמו משליח ליד משום האשה אשר עשתה שליח להאיש דהיינו דחצר דגברא דקי"ל דמשום שליחות איתרבאי ישתנה להיות ידו של האיש משום שהאיש נעשה שליח לקבלה לאשה זה לא שמעט בשום

מקום וכיון דקי"ל דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי ולא משום יד א"כ יש לט לומר דחצרו של השליח לא יועיל להאשה משום דהוי מילי.

ג) **והנה** הטור בסימן ק"מ כתב שהוא מסופק בדבר שאם הגיע הגט לחצר או לארבע אמותיו של השליח לקבלה אם היא מגורשת או לא והב"י כתב וז"ל ולא ידענא מהיכא הוה סלקא דעתא לפלוגי ביניהו עכ"ל פירוש שאינו יודע מאיזה סברא יש לחלק בין אם בא הגט לידו של השליח לבין שבא הגט לחצרו של השליח וזהו בודאי תימא על מרן הב"י והלא חלוק גדול יש ביניהם כמו שכתבנו לעיל עיין ט"ז סימן ק"מ ס"ק א' שהרגיש בזה.

ד) **ובדברינו** הנ"ל יש ליישב כל זה שהרי כתבנו לעיל כי דעת המרדכי והח"מ בשם המחבר והפר"ח כי ממונו של השליח פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח א"כ חצרו של השליח ג"כ פועל לטובת המשלח כחצרו של המשלח כמו שאר ממונו של השליח וכל ממונו וחצרו של השליח כולם פועלים לטובת המשלח לכן פשיטא ליה למרן המחבר שהחצר של השליח לקבלה קונה את הגט להאשה דכמו שידי השליח ומעשיו פועלים לטובת האשה שהיא המשלחת כדי שתתגרש כך חצרו של השליח וכל ממונו כלם פועלים לטובת המשלחת שהיא האשה כדי שתתגרש, והחצר של השליח לקבלה אינו דומה לשליח שני של שליח לקבלה דהוי מילי, דהתם שאני דכיון שהשליח הראשון לא נתמנה רק במילי בעלמא דהיינו לקבל הגט מיד הבעל ושום חפץ ומעשה אין ביד השליח לכן אין בכחו למסור הדברים האלה ביד שליח שני דמילי לא מימסרן לשליח, אבל החצר של השליח לקבלה הוא נתמנה תיכף מפי האשה והוי כמו שמינה ב' שלוחים כאחת ולא שייך כאן לומר מילי לא מימסרן לשליח שהרי אין צורך שהשליח לקבלה ימסור מילי אל השליח השני שהוא החצר רק תיכף בהתמנות השליח לקבלה נתמנה כל הונו וממונו וחצרו של השליח להיות שלוחים להמשלח ולפעול לטובת האשה להתגרש לכן מהני שפיר עיין בטור אה"ע סימן קמ"א ובשו"ע אה"ע שם ס' מ"ד לענין האשה שעשתה עשרה שלוחי לקבלה בבת אחת שהשליחות כשר וכיון שהגיע הגט ליד אחד מהם הרי היא מגורשת ע"ש א"כ כאן נמי כעשרה שלוחים בבת אחת דמי לכן מהני שפיר.

ה) **וכיוצא** בקושיא הנ"ל מצאתי בקצוה"ח סימן רמ"ד ס"ק ג' שכתב דמ"ד בסימן קמ"ג דשליח לקבלה אינו עושה שליח שני לקבל גט לאשה הוא ס"ל דגם בממון אמרינן כן שאם ראובן עשה את שמעון לשליח לקבלה לקנות או לקבל מתנה מחבירו אין רשות לשמעון השליח לעשות שליח אחר משום דמילי לא מימסרן לשליח ועל זה הקשה מפ'

הספינה ד' פ"ה ד' מדות במוכרים וכו' ברשות הלה המופקדים אצלו לא קנה עד שיקבל עליו או עד שישכור את מקומו וכו' פירוש שאם פירותיו של ראובן היו מופקדים ברשות שמעון ומכרה ללוי אם קבל עליו שמעון הנפקד ונתרצה לזה שיקנה חצרו ללוי קנה לוי הלוקח וכן הוא בחו"מ סימן ד' ס"ב בהגהת רמ"א והטעם כתבו הפוסקים משום דאם היו הפירות בידו של נפקד ואמר לו המוכר זכה ללוי היה לוי זוכה בו לפי שזכין לאדם א"כ חצרו נמי קונה לו עיין רא"ש פ' הספינה שם ובש"ך סימן ר"י ס"ק ו' והקשה הקצוה"ח והלא כיון דקי"ל דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי א"כ איך יוכל חצרו של שמעון השליח לזכות ללוי הקונה כיון דמילי לא מימסרן לשליח ושליח לקבלה אינו יכול למנות שליח שני א"כ חצרו אמאי קנה לו כיון דחצר נמי משום שליחות איתרבאי ע"ש בקצוה"ח מה שדחק לתרץ הקושיא הנ"ל וכזאת הקשה ג"כ בספר מחנה אפרים בקנין חצר סימן א' ע"ש.

ו) **ובדברינו** ניחא כמו שכתבנו לעיל כי ממונו של השליח פועל לטובת המשלח כממונו של המשלח וחצרו של השליח ג"כ ממונו הוא ופועל לטובת המשלח, ובשעת מינוי השליחות של שמעון נתמנה גם ביתו של שמעון וכל הונו וממונו לפעול ולעשות לטובת המשלח ולא שייך כאן לומר מילי לא מימסרן לשליח שהרי אין צריך כאן שהשליח ימסור מילי לשליח שני כי כבר נתמנה החצר של שמעון השליח תיכף בשעת מינויו של השליח כמו שכתבנו לעיל.

ז) **ובזה** יש לבאר ספקו של הירושלמי בפ' התקבל סוף הלכה ב' שמביא המל"מ פ"ו מה' גירושין הלכה א' ר' אלעזר שאל חצרו של שליח מהו שתעשה כידו עכ"ל הירושלמי עיין מל"מ שם ובקצוה"ח סימן רמ"ד ס"ק ג' מה שדחקו בביאור ספקו של הירושלמי ע"ש. ובדברינו יש לבאר שהספק הוא אם ממונו של השליח יוכל לפעול לטובת המשלח כמו ממונו של המשלח וכמו מעשיו ופעולת ידיו של השליח פועלים לטובת המשלח או דלמא ממונו של השליח אינו כפעולת ידיו של השליח לפעול לטובת המשלח, ומדוקדק בזה הלשון חצרו של שליח מהו שתעשה כידו מה ידיו של השליח פועלים לטובת המשלח אף חצרו וממונו כן הוא או דלמא אין חצרו כפעולת ידיו ואינו יכול לפעול כלל לטובת המשלח ועיין מ"ש הח"ס חלק או"ח סימן קט"ז ד"ה מאי דבענין קנין אגב שהקרקע היא של השליח מטלטלין של המשלח אי קני או לא ע"ש.

ח) **ויוכל** היות כי בסברא הזאת פליגי רש"י והרמב"ם ז"ל דהנה בגמ' קידושין שהבאנו לעיל ד' ז' דאמר רבא הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני וכו' פירש"י שהוא שלוחו אלא שמקדשה משלו מקודשת אע"ג דממונא של משלח הוא,

אבל הרמב"ם פ"ה מה' אישות ה' כ"ב לא פירש כן דאיירי שהוא שליח רק איירי שאיש דעלמא מן השוק ואינו שליח הוא אמר לאשה הילך מנה והתקדשי לפלוני רק שאותו פלוני אמר להאשה הרי את מקודשת לי בזה הרי היא מקודשת, והדבר צריך ביאור מפני מה פירש רש"י ז"ל באופן זה והרמב"ם ז"ל פירש באופן אחר, והלא באמת יש לפרש בשני הפירושים האלה יחד כמו שפירש הרא"ש שם וכמו שפירש מרן המחבר בשו"ע אה"ע סימן כ"ט ס"ה דאיירי בין שעשאו שליח להנותן בין שלא עשאו שליח ואמר התקדשי לי במנה שנתן לך פלוני ומפני מה רש"י והרמב"ם לא תפסו רק חדא מינייהו רש"י פירש דמיירי באופן שעשאו שליח והרמב"ם פירש דמיירי שאמר לה התקדשי לי בזה שנתן לך אדם מן השוק ולא עשאו שליח לזה האחר.

ט) ולפי דברינו הנ"ל יש לומר דבזה פליגי דרש"י פירש שעשאו שליח לקדש ואפילו הכי אי לאו טעמא דדין עבד כנעני לא היתה מקודשת יען כי סובר דממונו של השליח אינם פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח, לכן אינה מקודשת רק מדין עבד כנעני דשמעינן דהעבד קני נפשיה ויוצא לחירות אע"ג דלא חסר מידי אבל בלא זה אינה מקודשת, אבל הרמב"ם ס"ל דממונו של השליח פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח לכן אי אפשר לו להרמב"ם לפרש דאיירי שעשאו שליח לקדש כפירש"י דאם עשאו שליח אין אט צריכין עוד לדין עבד כנעני דבלאו טעמא דעבד כנעני היתה מקודשת שפיר כיון דממונו של השליח פועל לטובת המשלח כממונו של המשלח אפילו בגיטין ושטרי מקנה דלא שייך שם דין דעבד כנעני מ"מ פועל ועושה ממונו של השליח לטובת המשלח א"כ מה שצריכה ליה להגמ' לומר כאן טעמא דדין עבד כנעני הוא על כרחך כשלא עשאו שליח רק שאותו פלוני אמר להאשה התקדשי לי במנה זה שנתן לך פלוני ולא איירי כשעשאו שליח.

פרק י

א) ז"ל הגמ' שם קידושין ד' ז' אמר רבא תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב ערב לאו אף על גב דלא מטי הנאה לידיה קמשעבד נפשיה האי איתתא נמי אע"ג דלא מטי הנאה לידה קא משעבדא ומקניא נפשה, הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני וכו' תן מנה לפלוני ואקדש אני לו מקודשת מדין שניהם וכו' עכ"ל הגמ'. ואח"כ מסיק הגמ' שם וכן לענין ממונא ופירש"י ז"ל וכן לענין ממונא הנך שמעתתא דרבא דילפינן קידושין מדין ערב ומדין עבד כנעני כן לענין ממונא מכר לו שדה ואמר לו תן הכסף לפלוני ושרי מכורה לך בו קנה מדין ערב, הילך מנה ותהא שדך מכורה לפלוני קנה אותו פלוני השדה מדין עבד תן מנה לפלוני ותקנה לו שדי בו קונה מדין

שניהם עכ"ל, אבל הרי"ף השמיט האי מימרא דרבא דאמר וכן לענין ממונא וכן הרא"ש השמיטו עיין בב"י סימן ק"ץ ובב"ח שם ואולי לא היה גירסתם של הרי"ף והרא"ש בגמ' וכן לענין ממונא, אבל הרמב"ם בפ"א מה' מכירה הלכה ו' כתב וז"ל האומר לחבירו תן מנה לפלוני ויקנה ביתי לך כיון שנתן קנה הבית מדין ערב עכ"ל הרמב"ם ושתי השמעתתות דרבא מדין עבד כנעני ומדין שניהם לא הביאם הרמב"ם בדיני ממונות ועליו בודאי יש להקשות ממה נפשך יקשה אם לא גריס לה להא דרבא וכן לענין ממונא א"כ אמאי הביאה לענין דין ערב ואם גריס לה אמאי השמיטה להא דדין עבד כנעני ודין שניהם, עיין בר"ן ובהה"מ ובב"י ובשאר מפרשים מה שכתבו על דברי **הרמב"ם** הנ"ל.

ב) ונראה דס"ל להרמב"ם דלא שייך דין דעבד כנעני רק כשמשלם את כל הכסף אבל כשנותן מקצת הכסף לשם קנין אין שם דין דעבד כנעני כגון ראובן שמכר שדה לשמעון בעד מאה זוז ואמר לו לוי לראובן הילך זוז אחד ויקנה שמעון את השדה ממך לא קנה שמעון רק אם לוי נותן לראובן כל המאה זוז אז קונה שמעון את השדה וטעמא כיון דמדין עבד כנעני ילפינן לה אין לנו למילף יותר מהתם ובעבד כנעני לא אשכחן שיצא לחירות רק כשנותן לרבו בעד העבד כל דמיו של העבד ולא מקצתו, והנה לעיל כתבנו דהרמב"ם מפרש לה למילתא דרבא דדין עבד כנעני לענין קידושין דלא איירי שעשאו שליח לקדש בעדו דאם עשאו שליח לקדש בעדו אין אט צריכין לדין עבד כנעני כיון דס"ל להרמב"ם דממונו של השליח פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח רק איירי כי אדם מן השוק שאינו שליח הוא אמר להאשה הילך מנה והתקדשי לפלוני דכיון שאינו שליח לכן אנו צריכין לדין עבד כנעני, וזה לא שייך רק בקידושין שאינו זכות גמור להאיש שתהא האשה הזאת מקודשת לו כי אולי אינו חפץ בזאת רק באחרת לכן אם לא שוייה שליח לקדש אינו שליח ואנו צריכין לדין עבד כנעני אבל לענין ממון אם אדם מן השוק נותן כל כסף השדה לראובן ואמר לו הילך כסף הזה ותהא שדך קנויה ללוי ממילא הוי האדם מן השוק הזה שלוחו של לוי כיון דזכות גמור הוא לו שמשלם כל דמי השדה עבורו ונותן לו שדה בחנם וזכין לו לאדם שלא בפניו וכל אדם יכול לעשות את עצמו שליח לחבירו לזכות עבורו בזכות גמור וכיון שהאדם מן השוק הוא שלוחו של לוי אין אנו צריכין תו למילף מעבד כנעני דממון של השליח יכול לפעול לטובת המשלח כממונו של המשלח כמו שכתבנו לעיל וכיון שנתן האחד ממונו בעבור השני שיזכה השני בקרקע חבירו זוכה השני בקרקע מטעם דזכין לאדם שלא בפניו ואין אט צריכין לטעם זכיה מדין עבד כנעני לכן מוכרח הרמב"ם לפרש האי מילתא דרבא וכן

לענין ממונא דלא איירי בדין עבד כנעני כלל רק בדין ערב לחוד לכן השמיט הרמב"ם בפ"א מה' מכירה דין עבד כנעני ולא הביא רק לדין ערב לחוד.

ג) **ואם** היינו אומרים שיש דין עבד כנעני אפילו כשלא נתן לו כל המעות רק מקצת מעות לשם קנין לא הוה אתיא שפיר שהרי אכתי יש לפרש מילתא דרבא דאמר וכן לענין ממונא קאי גם אדין דעבד כנעני ובאופן שלא נעשה שלוחו כגון שהאיש מן השוק נתן הכסף לראובן ואמר לו הילך מעות ויקנה שמעון שדך ולא נתן לראובן כל דמי השדה רק זוז אחד וכאן לא הוי זכות גמור לשממון שהרי יצטרך לשלם מותר דמי השדה ולא הוי שלוחו לכן צריך לטעם דדין עבד כנעני משו"ה מוכרחים אנו לומר דס"ל להרמב"ם שאין דין עבד כנעני רק בנותן כל הכסף ולא בנותן מקצת כסף.

ד) **ומדקדוק** לשון הטור חו"מ סימן ק"צ משמע ג"כ שאין דין עבד כנעני רק בנותן כל הכסף ולא בנותן מקצת כסף דזה לשונו שם וכן אם אדם אחד אמר למוכר כסף השדה קח לך ממני ומכור שדך לפלוני וכו' קנה עד כאן לשונו ומלשונו שכתב כסף השדה קח לך ממני משמע דאיירי שנתן לו כל הכסף דמי מחיר כל השדה דזהו המשמעות של כסף השדה וכמו באברהם כפרו דכתיב גם כי האי לישנא וכל דמי מחירו נתן לו ולא מקצתו.

ה) **ועיין** קצוה"ק סימן ק"צ ס"ק ג' שהקשה על הטור והרמ"א שהבאנו לענין דין דעבד כנעני בממון כשאומר ראובן לשמעון הילך מנה ויקנה לוי שדך דבעינן שלוי יעשה שליח לראובן או שיאמר לוי לשמעון שדך **קנויה** לי, בהכסף שנתן לך ראובן והקשה על זה הקצוה"ח למה לן אמירה או שליחות והלא כיון דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו א"כ זוכה לוי בהאי שדה בלא אמירה ובלא שליחות דכאן הוי זכות ללוי שהרי יש לו שדה בחנם בלא כסף ולמה לן שיאמר לוי לשמעון שדך קנויה לי או שלוי יעשה שליח לראובן וכן הקשה בס' מחנה אפרים ה' שלוחים סימן ט"ו ד"ה איברא, וע"ש בקצוה"ח שתירץ דאיירי שאינו זכות ללוי כגון שראובן רוצה שלוי יפרע לו את דמי השדה שקנה לכן צריך שיעשהו שליח או שיאמר שיקנה לו השדה ומשמע ג"כ מדברי הקצוה"ק שאין דין עבד כנעני רק בנותן כל הכסף ולא בנותן מקצת הכסף דאי לאו הכי לא הוי קשה מידי על הטור והרמ"א דכיון שלא נתן כל הכסף לא הוי זכות גמור, ובאמת הנתיבות תירץ כן דאיירי שלא נתן רק מקצת כסף עיין שם בנתיבות סימן ק"צ ס"ק ג' אך דבריו לא נהירין כמו שהוכחנו לעיל שאין דין עבד כנעני רק בנותן כל הכסף ולא בנותן מקצת כסף ובפרט שהנתיבות כתב תירוצו ליישב דעת הטור וזה בודאי אינו מיושב כי הטור בודאי איירי שנתן כל הכסף כמו שכתבנו לעיל.

ו) **ואין** להקשות על הרמב"ם דא"כ מניין לו דהאי וכן לענין ממונא לא איירי בדין עבד כנעני ולכן השמיטה דכיון שזכין לאדם שלא בפניו א"כ הוי שלוחו וממונו של השליח פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח ואין אנו צריכין לדין עבד כנעני כמו שכתבנו לעיל והלא יש לאוקמיה באופן דלא הוי זכות כמי שכתב הקצוה"ח על דברי הטור והרמ"א כגון שראובן רוצה שהלוקח יפרע לו דמי שדהו ויש לומר דס"ל להרמב"ם דגם באופן זה אין אנו צריכין לדין עבד כנעני משום דכמאן דאוזפינהו דמי דכיון שהלוקח מחויב לשלם להנותן הוי כאלו הם ממונו ממש כמו שכתב הרמ"ה הובא דבריו בחו"מ סימן קפ"ג בש"ך ס"ק ב' ועיין שם בקצוה"ק סימן הנ"ל ס"ק ד'.

פרק יא

א) כתב המחבר בחו"מ סימן קצ"ה ס' י"א אין קונין בשבת קנין סודר ואם קנו אע"פ שעשו עבירה קנו עכ"ל והקצוה"ח שם ס"ק ט' כתב וז"ל ואיכא למידק נהי דמקח הנעשה באיסור מהני ועיין ש"ך סימן ר"ח אך בקנין סודר דנהיגין למיכתב וקנינא מיניה וגם בזמניהם נהגו כך וכמו"ש הטור בשם הרא"ש ומשום דעדים נותנים הסודר שלהם והם זוכים להקונה ומהאי טעמא הוא דכותבין וקנינא מיניה וכ"כ התוס' בפ"ק דקידושין ד' כ"ו וכיון דקי"ל אין שליח לדבר עבירה בטל לגמרי וכמו"ש התוס' פ"ק דב"מ גבי כהן דאמר ליה לישראל צא וקדש לי אשה גרושה דנתבטלו הקידושין וא"כ היכא מהני בשבת קנין סודר ע"י שליח והוא העדים וכו' לכן נראה דסודר שנותנין העדים לאו בתורת שליחות מן הקונה הוא דלא שייך שליחות אלא אם הי' הקונה נותן סודר שלו ע"י שלוחו אבל סודר שנותנים העדים מעולם לא זכה בו הקונה אלא הא דזוכה הקונה ע"י סודר העדים היינו מדין עבד כנעני וכדאמרינן פ"ק דקדושין ד' ז' הילך מנה ויהא שדך קנוי לפלוני דקנה אותו ע"ש דאמרו וכן לענין ממונא וכיון שמקבל הרב את הכסף יצא העבד לחירות אפילו בע"כ דעבד א"כ אינו בתורת שליחות אלא קבלת המקנה גורם וגבי קידושין ומתנה דבעינן דעת אינו אלא משום דאין מוכין לאדם בע"כ ואי אמר לא בעינא לא קנה בע"כ אבל כל שאמר הקונה בעינא אינו צריך לדין שליחות וסגי ליה בקבלת מוכר את הכסף אפילו בכסף דאחרים ואין צריך לשליחות כלל והוא הדין בקנין סודר שנותנין העדים משלהם שיקנה אותו פלוני את השרה קנה בלא שליחות כל שנתרצה וכו' וא"כ בשבת נמי קנו אע"פ שעשו עבירה כיון דאין בזה תורת שליחות כלל עכ"ל הקטה"ק.

ב) **הנה** מה שכתב הקצוה"ח דבעבד כנעני ובממון בדין עבד כנעני אין צריך שליחות זהו מוכרח מהגמ' קידושין **ד**' כ"ג שהביא הרצוה"ק דאמרינן שם דעבד קבלת רבו גרמה

לו פירוש ולכן יוצא העבד לחירות אפילו לר' מאיר דס"ל חוב הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות מ"מ יוצא בכסף ע"י אחרים משום דקבלת רבו גרמה לו ואין צריך לדין שליחות וזכיה, אלמא דאין צריך לדין שליחות וזכיה בעבד כנעני דאי נימא שיש שם תורת שליחות וזכיה אמאי יצא העבד לחירות לר"מ דס"ל חוב הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות והלא אין חבין לאדם שלא מדעתו ואין אדם נעשה שליח לחברו שלא ברצון חברו אלא ודאי שאין צריך לדין שליחות וזכיה בדין עבד כנעני כמו"ש הקצוה"ח וכ"כ המחנה אפרים הלכות שלוחין סימן ט"ו דבדין עבד א"צ שליחות ע"ש.

ג) **עוד** יש ראי' דלא בעינן שליחות בדין עבד כנעני מהא שכתב הרא"ש בפ"ק דקידושין ד' ז' ומרן המחבר בשו"ע אה"ע סימן כ"ט ס"ה דהא דאמרינן הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני איירי כגון שעשאו שליח לאותו האיש שיקדש אשה בשבילו או איירי שלא עשאו שליח רק שאח"כ אמר האיש המקדש להאשה הרי את מקודשת לי בכסף הזה שנתן לך פלוני, אלמא דאפילו לא עשאו שליח לקדש אפילו הכי הוי קידושין כי דין עבד כנעני אין צריך שליחות רק בעינן שיתרצה המקדש על הקידושין ויאמר לאשה הרי את מקודשת דאין קידושין בע"כ של אדם ודעת שניהם בעינן לכן בעינן שיאמר לה הרי את מקודשת לי אבל על נתינת הכסף לא בעינן שליחות רק אפילו אם אדם מן השוק שאינו שליח נתן את הכסף להאשה ג"כ הוי קידושין משום דלא בעינן שליחות בדין עבד כנעני.

ד) **אך** מ"ש הקצוה"ח דמה שנוהגין לכתוב וקנינא מיניה בקנין סודר דהיינו שהעדים נותנין את הסודר כמו"ש התוס' בקידושין ד' כ"ו ד"ה ה"ג וכו' ושאר פוסקים הוא מדין עבד כנעני לא נהירא כלל דמשמע מדברי הפוסקים שהוא מדין שליחות וזכיה והיינו דס"ל כמו שכתבנו לעיל לשיטת הרבה פוסקים דממונו של השליח פועל לטובת המשלח כממונו של המשלח לכן כיון שהעדים הם שלוחים של הקונה יכולים ליתן סודר שלהם דאע"ג דבעינן כליו של קונה וכאן ליכא כליו של קונה רק כלו של העדים מ"מ מועיל משום דממונו של השליח פועל לטובת המשלח כממונו של המשלח לכן הסודר של העדים פועל לטובת המשלח כסודרו של המשלח.

ה) **וראי'** לדברינו דמדין שליחות וזכיה הוא זה שכותבין וקנינא מיניה ולא מדין עבד כנעני, מהא שכתבו התוס' בקידושין ד' ג' ד"ה ואשה דר"ת היה רגיל לשלוח הרשאה ע"י עכו"ם משום דס"ל שיש קנין חליפין בעכו"מ וסיים וז"ל מיהו בזה צריך ליזהר שלא לכתוב וקנינא מיניה דאין שליחות וזכיה לעכו"ם כדאמרינן בפ"ה דב"מ ד' ע"א אלא וקנה העכו"ם כתבינן עכ"ל ואם נימא דהא שהעדים נותנים את הסודר בשביל הקונה

הוא מדין עבד כנעני ולכן כותבים וקנינא מיניה היינו שהעדים נותנים הסודר א"כ אמאי לא יוכלו העדים ליתן את הסודר שלהם בשביל העכו"ם ולכתוב גם בעכו"ם וקנינא מיניה כמו בישראל כיון דדין עבד כנעני אין צריך שליחות וזכיה כמו שכתבנו לעיל א"כ למה יגרע כחו של עכו"ם מכחו של ישראל בזה אלא ודאי צריך לומר כמו שכתבנו דהא דכותבין בקנין סודר וקנינא מיניה אינו מדין עבד כנעני כמו"ש הקצוה"ח רק הוא מדין שליחות וזכיה היינו שממונו של השליח פועל לטובת המשלח כממונו של המשלח לכן שפיר כתבו התוס' שאין לכתוב וקנינא מיניה כיון דאין שליחות לעכו"ם א"כ אין ממונם של העדים כממון הקונה שהוא העכו"ם א"כ יש ראי' ברורה מזה דמדין שליחות וזכיה הוא ולא מדין עבד כנעני דלא כהקצוה"ק.

ו) **ודע** כי כדברי התוס' האלה כתבו ג"כ הטור סימן קכ"ג ומרן בשו"ע שם ס' י"ד וכן הסמ"ג והמרדכי בפ' מרובה ג"כ הביא להא דר"ח א"כ מדברי כולם שמענו כי האי שהעדים נותנים את הסודר משלהם אע"ג דבעינן כליו של קונה ולכן כותבין וקנינא מיניה הוא מדין שליחות וזכיה ולא מדין עבד כנעני עיין קצוה"ח סימן קכ"ג ס"ק ה' שהרגיש בקושיא זאת ותירץ בדוחק גדול כי ר"ת לא הקפיד על הנתינה אם העדים, יתנו את הסודר בשביל העכו"ם כיון דמדין עבד כנעני הוא זה ולא בעינן שליחות יכולים העדים ליתן את הסודר בשביל העכו"ם רק ר"ת הקפיד על הלשון וקנינא דמשמע לשון שליחות ודבריו אינן נראין כלל ולא משמע כן מדברי כל הפוסקים, עוד תימא איך משמע וקנינא לשון שליחות כיון דאפילו בישראל הא דכותבין וקנינא מיניה הוא מדין עבד כנעני ולא מדין שליחות א"כ איך יהא משמעותו בעכו"ם לשון שליחות אלא ודאי כמו שכתבנו שהוא מדין שליחות ולא מדין עבד כנעני לכן הקפיד ר"ת ז"ל בעכו"ם על הנתינה מה שהעדים נותנים הסודר ולא על הלשון לחוד הקפיד.

ז) **עוד** יש להביא ראיו' לדברינו דהא שהעדים נותנים את הסודר משלהם וכותבין וקנינא מיניה הוא מדין שליחות וזכיה ולא מדין עבד כנעני דהנה הרמב"ם בפ"א מה' מכירה ה"ו השמיט האי דדין עבר כנעני והמפרשים דחקו לבאר את דברי הרמב"ם וטעמו אשר השמיטו הרמב"ם עיין ר"ן בפ"ק דקידושין ד' ז' וב"י סימן ק"צ וב"ח שם וכ"מ בפ"א מה' מכירה ושאר מפרשים שהאריכו בבאור דברי הרמב"ם מפני מה השמיט לדין ע"כ המוזכר בגמ' קידושין ד' ז' וכולם הסכימו דלא ס"ל להרמב"ם להאי דינא דעבד כנעני לענין ממונא, ולענין קנין חליפין ס"ל להרמב"ם ג"כ שאיש אחר יכול ליתן את הסודר למוכר בשביל הקונה וז"ל הרמב"ם בפ"ה מה' מכירה ה"ז הקנה אחד כלי למוכר, כדי שיקנה הלוקח אותו הממכר זכה הלוקח עכ"ל אלמא דס"ל להרמב"ם ג"כ שאיש אחר

יכול ליתן את הסודר למוכר בשביל הקונה שהוא כמו שנהגו לכתוב וקנינא מיניה ואי נימא דהא שכותבין וקנינא מיניה בקנין חליפין הוא מדין עבד כנעני וכיון דהרמב"ם לא ס"ל להאי דינא דעבד כנעני א"כ ראוי שלא יסבור גם הדין של וקנינא מיניה והיינו שאיש אחר לא יוכל ליתן סודרו בשביל הקונה וכיון דס"ל להרמב"ם שאיש אחר יכול ליתן סודרו בשביל הקונה וכותבין וקנינא מיניה ודין דעבד כנעני לא ס"ל להרמב"ם בממונא א"כ שמעינן מיניה דהא דכותבין וקנינא מיניה בקנין חליפין אין זה מדין עבד כנעני רק מדין שליחות והיינו שממונו של השליח יכול לפעול לטובת המשלח כממונו של המשלח.

ח) **והנה** מהא דאסיקנא לעיל סימן ו' דהא דכותבין וקנינא מיניה הוא מדין שליחות ולא מדין עבד כנעני משמע דבחליפין אין שייך דין עבד כנעני כלל לא בעכו"ם ולא בישראל ולהכי במעשה דר"ת לא כתבינן וקנינא מיניה דמטעם שליחות לא נוכל לכתוב וקנינא מיניה דאין שליחות לעכו"ם ומטעם דין עבד כנעני לא נוכל לכתוב וקנינא מיניה דבחליפין לא אמרינן כלל דין עבד כנעני לא בישראל ולא בעכו"ם.

ט) **ואין** לומר דבישראל מהני מדין ע"כ בין בכסף ובין בחליפין ובעכו"ם לא אהני אפילו בכסף ולהכי לא כתבינן במעשה דר"ת וקנינא מיניה מטעם דין עבד כנעני דהתם איירי בעכו"ם ואין קנין מדין עבד כנעני שייך בעכו"ם אבל בישראל שייך דין עבד כנעני אפילו בחליפין, אך זה אי אפשר לומר כן דאם נימא שדין עבד כנעני נוהג בישראל בקנין בחליפין כמו בקנין כסף רק דעכו"ם שאני שאין בו דין עבד כנעני כלל לא בקנין כסף ולא בקנין חליפין א"כ היה להם לר"ת ולכל שאר הפוסקים הנ"ל שכתבו לענין הרשאה בעכו"ם שאין לכתוב וקנינא מיניה משום שאין שליחות וזכיה לעכו"ם היה להם להוסיף ולומר וגם אין דין עבד כנעני בעכו"ם דהאי טעמא לחוד שאין שליחות לעכו"ם לא סגי דהא מ"מ יכול לכתוב וקנינא מיניה מדין עבד כנעני והנה טעמא דאין שליחות וזכיה לעכו"ם ודאי צריך להו למימר דאם נאמר שיש שליחות וזכיה לעכו"ם היה יכול לכתוב וקנינא מיניה אע"ג שאין דין עבד כנער נוהג בעכו"ם והוא מפני דממונו של השליח פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח לכן היה יכול שפיר לכתוב וקנינא מיניה אם היה דין שליחות וזכיה לעכו"ם וצריך לומר שאין שליחות וזכיה בעכו"ם אבל האי טעמא לחוד לא סגי דאם יש דין עבד כנעני בעכו"ם אכתי יש לכתוב וקנינא מיניה וא"כ היה להם לומר שני הטעמים גם יחד שאין שליחות וזכיה בעכו"ם וגם אין דין עבד כנעני נוהג בעכו"ם, וכיון שלא כתבו הפוסקים האי טעמא דאין דין עבד כנעני נוהג בעכו"ם

משמע דבקנין סודר לא שייך כלל האי טעמא דדין עבד כנעני אפילו בישראל וצריך טעמא מ"ש קנין כסף שיש בו דין עבד כנעני מקנין חליפין שאין בו דין עבד כנעני.

י) **ולכאורה** היה נראה לומר דהטעם הוא כמו שכתבנו לעיל דאין דין עבד כנעני רק בנותן כל הכסף ולא בנותן מקצת כסף וכל מי שמקנה בתורת חליפין מוכר לו את החפץ במחיר כסף אחר כפי הנפסק ביניהם והסודר הוא רק כדי להקנותו וכיון שאינו נותן לו שאר הכסף שפסקו ביניהם לכן אינו קונה מדין עבד כנעני דהוי כנותן מקצת כסף ולא כנותן כל הכסף אך בדברי ר"ת אי אפשר לומר האי טעמא שהרי ר"ת בשולח הרשאה איירי שמקנה לו להמורשה בקנין חליפין והתם אין המורשה צריך ליתן כסף אחר זולת הסודר שהוא נותן לקנות א"כ הוי נותן כל הכסף ולא מקצת כסף ואמאי לא קני בקנין חליפין מדין עבד כנעני.

יא) **אלא** נראה לומר שהטעם הוא כיון דאשכחן שיש חלוק בין קנין כסף לקנין חליפין שהרי אשה נקנית בכסף ולא נקנית בחליפין כדאיתא בגמ' קידושין ד' ב' וד' ג' וכן שם בקידושין ד' ח' איתא לענין עבד עברי בכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים ומסיק הגמ' דהכי קאמר בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתורת תבואה וכלים ומאי נינהו חליפין אלמא דקנין חליפין וקנין כסף תרי מילי נינהו ואין למדים זה מזה וכן יש הרבה דברים שחלוקים בדיניהם דין חליפין מדין כסף לכן אע"ג שמצינו בגמ' שיש קנין דעבר כנעני בממון לענין קנין כסף מ"מ אין ללמוד חליפין מזה, ואם הקונה לא חסר ממונא לא קני לענין חליפין וכשאומר ראובן לשמעון הילך מאה זוז בתורת כסף ויקנה לוי את שדך קנה לוי מדין עבד כנעני אפילו במקום שראובן לא נעשה שלוחו של לוי וליכא למימר דממונו של ראובן יפעל לטובתו של לוי כממונו של לוי כיון שראובן לא נעשה שלוחו של לוי מ"מ קנה לוי מדין עבד כנעני אבל אם ראובן נותן סודרו לשמעון שיקנה לוי בהאי סודר לא קנה לוי רק במקום שראובן נעשה שלוחו של לוי אז קנה לוי משום דממונו של השליח פועל לטובתו של לוי המשלח כמו ממונו אבל במקום שראובן לא נעשה שליח ללוי דשם ליכא למימר דממונו של ראובן יפעל לטובתו של לוי כממונו של לוי לכן לא קנה לוי כמו שכתבנו לעיל שאין דין דעבד כנעני נוהג בחליפין.

יב) **ולפי** זה יצא לט דין חדש דבקנין חליפין אע"ג שנוהגים שהעדים נותנים הסודר וכותבין וקנינא מיניה מ"מ אם העדים נתנו את סודר שלהם להקונה והוא באופן שהקונה לא קנה את הסודר והוא מסר את הסודר להמוכר לא קנה הקונה כיון דבעינן כליו של קונה וכאן כיון שאין הסודר של הקונה לכן לא קנה הקונה דדוקא אם העדים נותנין את הסודר דכיון שהסדר הוא הוא של העדים והם שלוחים של הקונה לכן הוי כאלו

היה הסודר של הקונה וממון השליח פועל לטובת המשלח כממונו של המשלח אבל כאן כיון שאין כאן שליח רק שהקונה בעצמו נתן סודר של העדים ולא שייך כאן לומר דממונו של השליח יפעול כממונו של המשלח לכן אינו מועיל רק אם היה כליו של קונה ממש אבל אם לא היה הסודר שלו והוא באופן שלא קנה את הסודר אינו מועיל החליפין דאין כאן כליו של קונה.

יג) **נמצא** דבעכו"ם כיון דאין שליחות וזכיה לעכו"ם אם היו כותבין וקנינא מיניה יש בזה שתי מגרעות א) מצד מעשה הנתינה דבעינן שהקונה או שלוחו יעשו מעשה הקנין וכאן ליכא מעשה הנתינה מהעכו"ם או משלוחו כיון דאין שליחות וזכיה לעכו"ם ב) יש בזה מגרעת מצד הסודר דקי"ל דבעינן כליו של קונה וכאן ליכא כליו של קונה שהרי הסודר הוא של העדים ולא של העכו"ם, אכן בישראל אם העדים נותנין סודר שלהם וכותבין וקנינא מיניה אין שם מגרעת כלל כי שלוחו של אדם כמותו ומעשה הנתינה של השלוחים העדים נחשב כאלו המשלח הקונה נתן וכן הסודר של העדים השלוחים נחשב כאלו היה סודרו של המשלח כי ממונו של השליח פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח, אך אם הקונה לקח סודר שאינו שלו ונתנו למוכר לקנות בו אינו מועיל לא בישראל ולא בעכו"ם דנהי דמעשה הנתינה יש כאן כיון שהקונה בעצמו נתן הסודר למוכר מ"מ אינו מועיל דבעינן כליו של קונה וכאן אין הסודר של הקונה וגם מדין עבד כנעני אינו מועיל דאין דין עבד כנעני בחליפין וגם שליח הקונה אין כאן לומר דממונו של השליח פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח שהרי הקונה בעצמו נתן ולא שלוחו לכן אינו מועיל הקנין וכן משמע בסמ"ע בחו"מ סימן קכ"ג ס"ק כ"א ע"ש אבל הט"ז כתב שם דיכולין העדים ליתן סודר שלהם לעכו"ם להקנות ואין קפידא בעכו"ם רק על מעשה הנתינה היינו שאם העדים יקנו מידו לצורך העכו"ם אינו מועיל משום דאין שליחות לעכו"ם ומחסרא מעשה הנתינה של הקונה אבל אם העכו"ם בעצמו קנה ונתן הסודר להמקנה מועיל שפיר אפילו אם הסודר היה של העדים, וכבר תמה עליו הגאון חכם צבי וכתב וז"ל אמר המגיה דברי הרב שגבו ממני עכ"ל כי באמת דבריו תמוהים ואפילו בישראל אית לנו לומר שלא יועיל בסודר שאינו של קונה אם הקונה בעצמו נותן מכ"ש בעכו"ם אינו מועיל.

יד) **אך** יש להקשות על זה לפי מה שכתבנו לעיל שנחלקו בזה הפוסקים אם ממונו של השליח יכול לפעול לטובת המשלח כממונו של המשלח ולהפוסקים דס"ל שאינו יכול לפעול ממונו של השליח לטובת המשלח א"כ יש לתמוה אמאי נהגו לכתוב וקנינא מיניה דהיינו שהעדים נותנים הסודר ולא הקונה, אמאי יועיל כיון דממונו של השליח

אינם פועלים לטובת המשלח כממונו של המשלח אית לנו לומר שלא יועיל סודרן של העדים וגם מדין עבד כנעני אין להועיל כמו שכתבנו לעיל שאין דין עבד כנעני בחלופין א"כ מהראוי שנצטרך שיהא הסודר של הקונה דוקא כדקי"ל דבעינן כליו של קונה ולא כליו של איש אחר ואמאי סגי בכליו של העדים.

טו) וצריך לומר כמו שכתב מרן הב"י בסימן קצ"ה בשם בעל העיטור וז"ל וכתב העיטור במאמר ב' אמר רב עמרם השתא תקינו רבנן במתיבתא דקני שליח ב"ד או עדים דעבדי שליחותייהו דקנה ומקנה וכתב גאון כיון דאי תפיס להו מקנה לחליפין לא מפקינן מיניה וחזו ב"ד דאתו לאינצויי תקנו למיקני בכלי שאינו של קונה דלא חציף אינש למיתפס כלי שאינו של קונה ולמיפסקיה וההוא טעמא דניחא ליה לקונה דליהוי מקנה קונה איתא נמי בכלי שאינו של קונה דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו וכל שכן בפניו ואפילו אמר להו מקנה קט מיניה דלאו שלוחו של קונה הוא קנה וכו' ודברי רב עמרם כתבם המרדכי בהגהות והגהת מיימוני בפ"ה מה' מכירה עכ"ל מרן הב"י שם וא"כ יש לתרץ לדבריהם דהא שנהגו שהעדים נותנין סודר שלהם וכותבין וקנינא מיניה הוא מתקנת הגאונים כי היכי דלא ליתא לאינצויי אבל מדינא איכא למימר דבאמת אינו מועיל בסודר של העדים משום דקי"ל דבעינן כליו של קונה וכאן ליכא כליו של קונה דממונו של **השליח** אין יכול לפעול לטובת המשלח כממונו של המשלח

טז) ולדבריהם מיושב גם דברי הט"ז הנ"ל בסימן קכ"ג דס"ל שהקונה יכול ליתן סודר שאינו שלו להמקנה ומועיל אפילו כשהקונה הוא עכו"מ כיון דמעשה הנתינה עשה הקונה בעצמו ולעיל כתבנו דכהאי גונא אינו מועיל אפילו בישראל דדוקא אם השליח נותן סודר שלו מהני דממונו של השליח פועל לטובת המשלח כממונו של המשלח אבל במקום דליכא שליח רק שהקונה בעצמו נתן סודר שאינו שלו לא קנה, אבל לפי מה שכתבנו עכשיו בשם הגאון רב עמרם והעיטור דתקנת חכמים היא שיקנה הקונה בסודר שאינו שלו לכן קונה אפילו היכא דליכא שליחות רק שהקונה בעצמו הוא נותן סודר שאינו שלו מ"מ קני מתקנת חכמים דלא בעינן כליו של קונה לכן מיושב דברי הט"ז שהקונה יכול ליתן סודר שאינו שלו להמקנה דשפיר מועיל מתקנת חז"ל דלא בעינן כליו של קונה.

יז) ולענין קושית הקצוה"ח שהבאנו לעיל שהקשה לענין קנין סודר בשבת שפסק המחבר בסימן קצ"ה סי"א דאע"פ שעשו עבירה מ"מ קט, והקשה הקצוה"ח כיון שנוהגין לכתוב וקנינא מינה היינו שהעדים נותנין הסודר וכיון דקי"ל אין שליח לדבר עבירה שנתבטלה השליחות לגמרי, והקושיא הזאת נשאר לדברינו שכתבנו דהא שכותבין

וקנינא מיניה הוא מדין שליחות וזכיה ולא מדין עבד כנעני, וצריך לומר דדעת מרן המחבר הוא דבאיסור דרבנן אמרינן יש שליח לדבר עבירה עיין משנה למלך פ"ב מה' רוצח שהביא בשם מהרמי"ט שנסתפק בזה ועיין מל"מ פ"ה מה' מלוה ולוה דין י"ד ועיין נו"ב מהדו"ק חלק אה"ע סימן ע"ה ד"ה ואם שייך וסימן ע"ח אות ט"ז ועוד בכמה מקומות שם ועיין קצוה"ח סימן קצ"ה ס"ק ט' ובשאר אחרונים, עוד יש לומר דדעת מרן המחבר הוא דאפילו באיסור דאורייתא אע"ג דאין שליח לדבר עבירה מ"מ לא נתבטלה השליחות וכן הוא דעת התוס' בב"מ ד' יוד ד"ה דאמר לישראל בתירוץ הראשון שלא נתבטלה השליחות אפילו בדבר עבירה דאורייתא ע"ש ועיין בט"ב מסימן ע"ה עד סוף סימן פ"ב ובשאר אחרונים מה שהאריכו בזה ועוד יש לומר דמרן המחבר עיקר דינא אשמעינן דקנין באיסור הוי קנין ואיירי שהקונה בעצמו עשה הקנין ולא איירי ע"י שליח כלל.

פרק יב

א) והנה לפי דברי הקצוה"ח יש ראי' ברורה שיש דין עבד כנעני בעכו"מ כיון דלפי דבריו הא דכותבין וקנינא מינה בקנין חליפין הוא מדין עבד כנעני א"כ מהא דכתבו ר"ת והפוסקים שאין לכתוב וקנינא מיניה בעכו"מ משום דאין שליחות וזכיה לעכו"ם, אבל דין עבד כנעני משמע שיש לעכו"ם כמו בישראל דאי אמרת שאין דין עבד כנעני בעכו"ם היה להם להפוסקים לומר שאין דין עבד כנעני בעכו"ם לכן אין העדים יכולין ליתן הסודר בשביל הקונה ולכתוב וקנינא מיניה דאי משום שאין שליחות וזכיה לעכו"ם אין קפידא רק בלשון ולא בעצם הנתינה כמו"ש הקצוה"ק סימן קכ"ג מוטב היה להם לומר הטעם שאין דין עבד כנעני נוהג בעכו"ם לכן אינו מועיל הסודר של העדים ומדלא כתבו הפוסקים כן שמעינן מזה שיש דין עבד כנעני בעכו"ם אך לפי מה שכתבנו דבחליפין לא מהני כלל דין עבד כנעני ומה שכותבין וקנינא מיניה אינו מדין עבד כנעני רק מדין שליחות וזכיה כמו"ש הפוסקים הנ"ל או משום תקנת חז"ל כמו"ש העיטור בשם הגאונים ולא איירו בדין עבד כנעני כלל א"כ אין אנו יודעים אם יש דין עבד כנעני בעכו"ם או לא יען כי מדברי הפוסקים דאיירי לענין וקנינא מיניה אין שום שייכות לדין עבד כנעני לכן צ"ע אם יש דין עבד כנעני בעכו"ם לענין ממון כגון ראובן שאמר לשמעון הילך מאה זוז ויהא שדך קנויה לעכו"ם צ"ע אי קני העכו"ם או לא.

ב) ויש להביא ראי' שאין דין עבד כנעני נוהג בעכו"ם דזהו נראה לי דבר פשוט דיש דין עבד כנעני לענין חיוב כגון אם ראובן אומר לשמעון הילך מאה זוז ותתחייב ללוי מאה זוז בודאי כיון שקבל שמעון את המאה זוז מראובן להתחייב עצמו ללוי מחויב שמעון

ללוי מאה זוז ואין לו לראובן על שמעון שום חיוב רק ללוי מחויב שמעון לשלם כמו שאם ראובן היה נותן מאה זוז לשמעון ואומר לו שבזה יקנה לוי שדך שקנה לוי מדין עבד כנעני כך יש דין עבד כנעני לענין חיוב ששמעון מחויב לשלם ללוי ולא לראובן כי מ"ש חיוב מקנין גמור ועוד דבגמ' קידושין ד' ז' איתא תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב וכן לענין ממונא אלמא דילפינן קנין מחיוב שהרי הערב הוא מחויב ומשועבד למלוה ומזה יליף הגמ' לענין קידושין וקנין ממון אלמא דדמיין אהדדי קנין וחיוב א"כ כמו שיש דין עבד כנעני לענין קנין כן יש דין עבד כנעני לענין חיוב.

ג) **ומזה** יש ללמוד שאם ראובן אמר לו לשמעון הילך מאה זוז ותחייב את עצמך ללוי מאה זוז מותר לו לראובן ליקח רבית משמעון כיון דשמעון אינו חייב לו כלום לראובן א"כ האי רבית דשקיל ראובן מיניה דשמעון לאו אגר נטל קשקיל רק מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה שמעון לראובן ולאו שכר המתנת מעות יהיב ליה שמעון לראובן כיון ששמעון אינו חייב כלום לראובן ומותר לראובן ליקח רבית משמעון אבל ללוי אסור ליקח רבית משמעון כיון דשמעון מחויב לשלם ליה ללוי א"כ אגר נטר קשקיל לוי משמעון ושכר המתנת מעותיו קיהיב ליה שמעון ללוי ואע"ג דעיקר המעות מתחלה לאו של לוי היה מ"מ כיון דעכ"פ שמעון מחויב לשלם ללוי המאה זוז ולא לראובן לכן אסור לו ללוי ליקח רבית משמעון אבל לראובן שרי ליקח רבית משמעון.

ד) **ואחרי** ההקדמות האלה יש להוכיח מסוגית הגמ' דב"מ ד' עלא שאין דין עבד כנעני נוהג בעכו"ם דהכי איתא שם ישראל שלוה מעות מן הנכרי ברבית ובקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו אסור ואם העמידו אצל עכו"ם מותר וכן נכרי שלוה מעות מישראל ברבית ובקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו מותר ואם העמידו אצל ישראל אסור עכ"ל הברייתא ופריך הגמ' על זה בשלמא סיפא לחומרא אלא רישא כיון דאין שליחות לעכו"ם איהו ניהו דקשקיל מיניה רביתא עד כאן לשונו הגמרא שם.

ה) **היוצא** מזה דבסיפא אינו אסור אלא משום חומרא בעלמא, והיינו דבסיפא דאיירי שהעכו"ם לוה מעות מישראל ברבית ומצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו מותר ואפילו העמידו אצל ישראל המלוה הראשון ואמר לו להעכו"ם שיתן לישראל השני מ"מ מצד הדין אין בזה שום איסור דכיון דאין שליחות לעכו"ם לא הוי העכו"ם שלוחו של ישראל הראשון ואין בזה איסור רק משום חומרא בעלמא, וכיון שכן יש ראי' מזה שאין דין עבד כנעני בעכו"ם דאי לא תימא הכי אמאי קאמר הגמ' בשלמא סיפא לחומרא דאפילו אם העמידו אצל הישראל לא הוי האיסור

אלא משום חומרא כשנותן העכו"ם המעות לישראל השני ואמאי לא יהא רבית גמור כהאי גונא כיון שאמר לו העכו"ם לישראל השני הילך מנה ותהא מחויב לישראל הראשון א"כ מחויב הישראל השני לשלם המעות לישראל הראשון ולא לעכו"ם הנותן מדין עבד כנעני א"כ מהראוי שהישראל הראשון יהא אסור ליקח רבית מישראל השני מצד הדין ולא מחמת חומרא בעלמא שהרי שכר המתנת המעות קשקיל מיניה הישראל הראשון בשלמא כשלא העמידו אצל הישראל הראשון אע"ג שאמר לו העכו"ם לישראל השני הילך מאה זוז ותחייב את עצמך לישראל הראשון ואית לנו לומר שיהא הישראל הראשון אסור ליקח רבית מישראל השני כיון דמדין עבד כנעני נתחייב הישראל השני לשלם המעות לישראל הראשון א"כ אגר נטר קשקיל מיניה הישראל הראשון מהישראל השני מ"מ ניחא שמותר בלא העמידו אצל ישראל שהרי כונת העכו"ם מה שאומר לישראל השני הילך מאה זוז ותחייב את עצמך לישראל הראשון הוא מפני שהעכו"ם רוצה שהוא יפטר מישראל הראשון ויכנס תחתיו הישראל השני שבודאי אין כונת העכו"ם ששניהם יתחייבו להישראל הראשון בין העכו"ם ובין הישראל השני וכיון שהעכו"ם לא נפטר מישראל הראשון שהרי הישראל הראשון לא נתרצה להחליף את חיובו שיש לו על העכו"ם וליקח תחתיו את החיוב מישראל השני ובלא דעתו של הישראל הראשון אין לו כח להעכו"ם לסלק את חיובו ממנו לכן נתבטלה ג"כ החיוב של הישראל השני לישראל הראשון, ואין הישראל השני מחויב מאומה לשלם לישראל הראשון לכן מותר ליקח רבית מישראל השני שהרי הוא מחויב לשלם לעכו"ם ולא לישראל הראשון.

ו) **אבל** בהעמידו אצל ישראל הראשון כיון שהישראל הראשון נתרצה בזה שיתן העכו"ם המעות לישראל השני וישראל הראשון יסלק את חיובו מן העכו"ם היינו שהעכו"ם יפטר מלשלם לישראל הראשון וגם העכו"ם נותן המעות לישראל השני ואומר לו הילך המעות ותחייב את עצמך לישראל הראשון א"כ מה איכפת לן שאין שליחות לעכו"ם ולא זכה הישראל הראשון בעצם המעות, והלא כיון שזכה הישראל הראשון בחיוב של הישראל השני ונתחייב הישראל השני לישראל הראשון א"כ אמאי לא יהא אסור מצד הדין והלא אית לן למימר דמצד הדין אסור לישראל הראשון ליקח רבית מישראל השני כיון שהישראל השני מחויב לו לשלם את הקרן לישראל הראשון א"כ אסור ליקח ממנו רבית מדינא ולא משום חומרא בעלמא א"כ אמאי קאמר הגמ' בשלמא סיפא לחומרא אלא ודאי מוכרח הדבר לומר שאין דין עבד כנעני נוהג בעכו"ם לכן כשאמר העכו"ם לישראל השני הילך מאה זוז ותחייב את עצמך לישראל הראשון אין הישראל השני

מחויב לשלם מאומה לישראל הראשון לכן מדינא מותר להישראל ליקח רבית מישראל השני ואין בזה איסור רק מצד חומרא בעלמא.

ז) **והראי'** הזאת יש להביא גם מרישא דברייתא שם דאיתא ישראל שלוה מעות מן העכו"ם ברבית ובקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו אסור ואם העמידו אצל עכו"ם מותר ובגמ' שם דחק הרבה ליישב את הדבר אמאי יהא מותר כשהעמידו אצל עכו"ם והלא כיון דאין שליחות לעכו"ם נמצא שהישראל הראשון קשקיל רבית מישראל השני, ואם נימא שיש דין עבד כנעני בעכו"ם א"כ כשישראל הראשון נותן המעות לישראל השני ואומר לו הילך המעות האלה ובזה תהא מחויב לשלם לעכו"ם א"כ שרי העכו"ם ליקח רבית מישראל השני דמעתה כבר נסתלק הישראל הראשון מחיובו לעכו"ם והישראל השני נתחייב לו להעכו"ם ואמאי יהא אסור ליקח הרבית מישראל השני אלא ודאי מוכרח לומר שאין דין עבד כנעני נוהג בעכו"ם לכן כשאומר הישראל הראשון להישראל השני הילך המעות ותהא מחויב לשלם לעכו"ם אין אמירתו כלום ואין הישראל השני מחויב לעכו"ם כלום ומטעם זה אסור ליקח הרבית מישראל השני.

ח) **אך** נראה שיש לדחות הראי' הנ"ל ולומר שיש דין ע"כ בעכו"ם והתם שאני דהנה זה נראה פשוט דאע"ג שכתבנו לעיל שאם ראובן נתן מנה לשמעון ואומר לו הילך מאה זוז ותהא מחויב ללוי מאה זוז כתבנו לעיל שראובן מותר ליקח רבית משמעון ולוי אסור ליקח רבית ממנו דכיון דשמעון אינו חייב מאומה לראובן לאו אגר נטר קשקיל מיניה ולוי אסור ליקח רבית משמעון כיון דשמעון חייב לו ללוי א"כ שכר המתנת מעות קשקיל מיניה, מ"מ זהו דוקא אם ראובן לא קצץ עם שמעון שום רבית לכן לא עביד ראובן שום איסור אבל אם ראובן קצץ רבית עם שמעון ואמר לו הילך מאה זוז ויהא בידך שנה ותתן מאה ועשרים ללוי היינו מאה קרן ועשרים רבית בשכר המתנת מעותיו לשנה כולה יתן ללוי בודאי לא עברי לוי על איסור רבית כיון שראובן קצץ עם שמעון מאה ועשרים במאה הרי זה דומה כאלו לקח ראובן את הקרן והרבית מבית שמעון ונתנם ליד לוי דלוי לא עשה שום איסור ביה כי לא עביד מאומה רק ראובן הוא הקוצץ והוא בעושה את האיסור.

ט) **וכ"כ** התוס' בב"מ ד' נ"ז ד"ה לספק סלתות חז"ל אם נתן מאה זוזי לאדם שיחזיר להקדש מאה ועשרים אסור דאפילו מדאורייתא נראה דאסור דחשיב כאלו מקבל מלוה עצמו כמו (קידושין ז') תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ארב דחשוב כאלו קבלה ממנו עכ"ל התוס' שהו ממש אחר שכתבנו הילכך אם עכו"ם נתן מאה זוז לראובן

וקצץ עמו ניביה ואמר לו שיתן הקרן והרבית לישראל אחר אין בזה שום איסור כלל אע"ג דישראל מישראל קשקיל רבית מ"מ כיון שהישראל השני לא קצץ שום רבית עם ישראל הראשון רק העכו"מ הוא הקוצץ עם הישראל הראשון שיתן הקרן והרבית לישראל השני א"כ הוי כאלו קבל העכו"מ הרבית מישראל הראשון ונתנם לישראל השני, וכן איפכא אם ראובן נתן מנה לשמעון וקצץ עמו רבית ואמר לו לשמעון שיתן את הקרן והרבית לעכו"מ יש בזה משום איסור רבית מן התורה דאע"ג דעכו"מ מישראל קשקיל רביתא מ"מ כיון שהעכו"מ מקבל הרבית מחמת קציצת ישראל א"כ הוי כאלו ראובן קבל משמעון ונתן לעכו"מ שאין העכו"מ נוטל הרבית רק ראובן מיניה דשמעון קשקיל רביתא.

י) **וכ"כ** התוס' בפירוש בב"מ ד' ע"א ד"ה מצאו ישראל שכתבו לענין ישראל שלוה מעות מן הנכרי ברבית **מצאו** ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לעכו"מ כדרך שאתה מעלה לו אסור וז"ל כיון דמלוה מעותיו לחבירו כדי שיפרע לנכרי רבית בשבילו פשיטא דהוי רבית וכו' כיון דמשכר הלואה נותן לנכרי הרבית ע"פ המלוה הרי הוא כנותן למלוה עצמו מדין ערב כמו תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב עכ"ל התוס' אלמא בפירוש ממש כדברינו וכן משמע שם דבסיפא דעכו"מ שלוה מעות מישראל ומצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לישראל הראשון כדרך שאתה מעלה לו מותר לישראל הראשון ליקח רבית מישראל השני כיון דע"פ עכו"מ נותן הישראל השני הרבית לישראל הראשון הוי כאלו קבלו העכו"מ בידו ונתנם לישראל הראשון שאין בזה איסור רבית כן משמע שם בתוס' הנ"ל ע"ש והוא ממש כדברינו.

יא) ומתורץ בזה הקושיא שהקשינו לעיל אמאי קאמר הגמ' בשלמא סיפא לחומרא אמאי לא יהא רבית גמור כשהעמידו אצל ישראל כיון שאומר העכו"ם לישראל השני הילך מנה ותחויב את עצמך לישראל הראשון הנה הישראל השני חייב לו להישראל הראשון מדין עבד כנעני נמצא שישראל הראשון לוקח רבית מישראל השני ודמי אגר נטר קשקיל מיניה ובדברינו דהשתא ניחא דבודאי אם העכו"מ הנותן מעות לא קצץ שום רבית עם הישראל השני אלא נתן לו מעות סתם ואמר לו הילך מאה זוז ותחייב את עצמך מאה זוז לישראל הראשון, ואח"כ קצץ רבית הישראל הראשון להישראל השני בודאי היה אסור מן הדין לישראל הראשון ליקח רבית מישראל השני דכיון שישראל השני מחייב לשלם המאה זוז להישראל הראשון נמצא כי דמי אגר נטר קשקיל מיניה.

יב) **אבל** כאן כיון שמצא הישראל השני להעכו"ם ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו הרי קצצו רבית הישראל השני והעכו"ם ביניהם רק שאמר לו העכו"ם

תן הקרן והרבית לישראל הראשון, א"כ הרי זה דומה כאלו קבל העכו"ם הרבית בידו ונתנם לישראל הראשון שאין כאן איסר כלל שהרי העכו"ם מישראל קשקיל רביתא והיה ראוי להיות מותר רק משום חומרא בעלמא אסור וכן ברישא פריך הגמ' שפיר אמאי יהא שרי אפילו כשהעמידו אצל עכו"ם, כיון שהישראל השני קצץ הרבית עם ישראל הראשון ואמר לו שיתן הקרן והרבית לעכו"ם א"כ הוי כאלו הישראל הראשון נטל בידו הרבית ונתן לעכו"ם שזה אסור מדאורייתא מדין ערב כמו שכתבנו לעיל בשם התוספות ד' נ"ז וד' ע"א.

יג) וכיון שאין ראי' משם שאין דין עבד כנעני נוהג בעכו"ם א"כ מסתברא שנוהג בו דין עבד כנעני שהרי התוס' בב"מ ד' ע"א שהבאנו לעיל כתבו שדין ערב נוהג בעכו"ם וכמו שנוהג בו דין ערב מסתמא כך נוהגים דין עבד כנעני כי בגמרא קידושין דף ז' מוכח דבחדא מחתא מחתינהו דין ערב ודין עבד כנעני וכ"כ המחנה אפרים הל' שלוחים סימן ט"ו שיש דין עבד כנעני בעכו"ם.

יד) שוב מצאתי להקצוה"ח סימן קכ"ו ס"ק ט"ו שדייק מהגמ' דב"מ שהעכו"ם לא נפטר מחובו מהישראל הראשון אע"פ שע"פ דבורו נתן להישראל השני וז"ל שם דאם נימא שנפטר העכו"ם יבמה שנותן להישראל השני א"כ היכי אמרינן שם בפ' איזהו נשך וכו' בשלמא סיפא לחומרא והא כיון שנפטר העכו"ם מחובו א"כ תו לא הוי אחריות החוב על העכו"ם רק על הישראל וזה ודאי אסור עכ"ל ולפי דברינו אין מקום לדבריו דאע"פ דרמיא חיובא על הישראל לשלם לישראל הראשון והעכו"ם נפטר מ"מ אין כאן איסור דאורייתא לישראל ליקח רבית מישראל השני כיון שהעכו"ם **קצץ** הרבית הוי כאלו קבלם העכו"ם בידו ונתנם לישראל הראשון וכמו שהוכחנו זה בראיות ברורות.

פרק יג

א) **והנה** לעיל הבאנו דדנו עבד כנעני אין צריך שליחות וזכיה מהא דקידושין ד' כ"ג דאיתא שם דאפילו לר"מ דס"ל חוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות מ"מ יוצא בכסף ע"י אחרים שלא מדעת העבד משום דעבד קבלת רבו גרמה לו, אך הרי"ף שם בקידושין והרמב"ם בפ"ה מה' עבדים ד"ב כתבו דהא שהעבד יוצא לחירות בכסף ע"י אחרים שלא מדעת העבד הוא מטעם דזכות הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות וזכין לאדם שלא בפניו ומשמע אבל אם העבד עומד וצווח שאינו רוצה לצאת לחירות אינו יוצא בכסף ע"י אחרים והוא נגד הגמ' הנ"ל שהרי לר"מ דס"ל חוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות הוי כאלו מוחה העבד בפירוש ועומד וצוח ואומר שאינו רוצה לצאת לחירות ואפילו הכי יוצא לחירות משום האי טעמא דקבלת רבו גרמה לו א"כ

אפילו בעומד וצווח נמי אית לן לומר שיצא העבד לחירות משום דקבלת רבו גרמה לו, ובאמת כן פסקו הרא"ש וש"פ דאפילו בעומד וצווח ג"כ העבד יוצא לחירות בכסף ע"י אחרים משום דקבלת רבו גרמה לו עיין בזה בטור יו"ד סימן רס"ז ובב"י שם ובשו"ע יו"ד סימן רס"ז סע' כ"ו ובש"ך שם ס"ק מ"ג, א"כ תימא למה פסקו הרי"ף והרמב"ם דטעמא דעבד יוצא לחירות בכסף ע"י אחרים הוא משום דזכות הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות אבל בעומד וצווח לא מהני, והלא מהגמ' דקידושין הנ"ל מוכח דאפילו בעומד וצווח ג"כ העבד יוצא בו לחירות.

ב) ונראה דאע"ג שהעבד יוצא לחירות בין בשטר בין בכסף מ"מ יש חלוק ביניהם דבשטר כיון שהגיע השטר ליד העבד יוצא לחירות אפילו עומד וצווח שאינו רוצה להשתחרר מ"מ יוצא לחירות כמו בגט אשה שמתגרשת בעל כרחה אפילו עומדת וצווחת שאינה רוצה להתגרש מ"מ כיון שהגיע הגט לידה הרי זו מגורשת שהרי גט שחרור דמיא לגט אשה גם לענין שאר דיניהם, אך יציאת העבד לחירות ע"י כסף מה שנותנים לרבו והעבד יוצא לחירות כיון שהכסף לא בא לרשות העבד וגם רבו בשעה שמקבל הכסף לעצמו מקבלם ולא בעד העבד נמצא שהכסף לא בא לרשות העבד ולא בידו לכן אע"פ שמהני קבלת רבו מה שמקבל את הכסף מהני להוציא את העבד מרשות רבו שהרי בשביל זאת קבל הרב את הכסף שיצא בו לחירות מ"מ אם העבד עומד וצווח שאינו רוצה לזכות את עצמו לא יצא העבד לחירות רק כל המחזיק זכה בו כמו גר שמת והניח עבדים ולא רצו לזכות בעצמן שכל המחזיק בהם זכה בהם כמו"ש התוס' בקידושין ד' כ"ג בעובדא דיהודא הינדואה יעו"ש בתוס' ד"ה ואיכא דאמרי וכו' בסוף הדבור כתבו שם וז"ל וכיון שהיה משעבד עצמו למר זוטרא לא היה חפץ לזכות בעצמו והוי כמו קטן לאבא שאול עכ"ל פירוש דכיון שהעבד שיעבד עצמו למר זוטרא לכן הוי כמו שאמר העבד שאינו רוצה לזכות בעצמו וכל הקודם בו זכה כמו קטן לאבא שאול שכל המחזיק בו זכה בו, א"כ כאן נמי כיון שהרב קבל כסף שיצא עבדו לחירות והעבד עומד וצווח שאינו רוצה להשתחרר לכן נפקע זכות רבו ממנו ואינו עוד אדון עליו כמו גר שמת אך העבד אינו משוחרר יען שלא רצה להשתחרר לכן כל המחזיק בו זכה בו.

ג) אך כל זה הוא דוקא אם העבד עומד וצווח שאינו רוצה להשתחרר, אבל אם העבד אינו אומר מאומה אזי קנה העבד את עצמו לחירות כמו גר שמת והניח עבדים גדולים ולא אמרו שאינם רוצים לצאת לחירות דאמרינן שקנו עצמן בני חורין דמסתמא ניחא להו להשתחרר שהרי זכות הוא לעבד להשתחרר לכן קנו עצמן בני חורין בכסף ע"י אחרים דמסתמא ניחא להו לצאת לחירות וזכין לאדם שלא בפניו.

ד) **ונראה** פשוט דאע"ג שנחלקו ר"מ ורבנן (בגיטין ד' י"א) לענין האומר תן שטר שחרור זה לעבדי דר"מ ס"ל דחוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות ורבנן ס"ל זכות הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות וקי"ל זכין לאדם שלא בפניו מ"מ בההיא דאבא שאול דקי"ל כוותיה דס"ל לענין גר שמת והניח עבדים גדולים קנו עצמן בני חורין בזה מודה אפילו ר"מ דזכות הוא לו ומסתמא קנו עצמן בני חורין כיון דגדולים הם ויש להם יד ולא אמרינן כיון דר"מ ס"ל דחוב הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות א"כ גם גדולים לא יצאו לחירות במיתת האדון דהוי כעומד וצווח שאינו רוצה לצאת לחירות זה לא אמרינן כן רק אמרינן דאפילו ר"מ מודה בזה דגדולים קנו עצמן בני חורין וכן בההיא דכסף ע"י אחרים שכתבנו לעיל דדמיא לגר שמת מודה ג"כ ר"מ שיוצא העבד לאירות שלא מדעתו משום דאמרינן זכות הוא לעבד בכהאי גונא שיצא לחירות רק בעומד וצווח שאינו רוצה לצאת לחירות התם אין העבד יוצא לחירות בגר שמת והניח עבדים גדולים או בההיא דכסף ע"י אחרים אבל בסתמא כל זמן שאינו אומר דלא ניחא ליה יוצא לחירות אפילו לרבי מאיר.

ה) **תדע** שהרי לא אישתמיט שום תנא או אמורא או פוסק שיאמר דהאי מילתא דאבא שאול ורבנן תליא במחלוקת דר"מ ורבנן ולר"מ דס"ל חוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות אפילו גדולים לא קנו עצמן בני חורין זולת כשאומרים בפירוש דניחא להו לצאת לחירות ולא בסתמא, אלא ודאי כדאמרן דלא תליא זה בזה כלל דאפילו ר"מ ס"ל להא דאבא שאול דאפילו בסתמא קנו עצמן בני חורין וחלוקים רבים יש לחלק בין ההיא דר"מ ורבנן דס"ל לר"מ דחוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות לבין ההיא דאבא שאול ורבנן וגם לבין ההיא דאו בכסף ע"י אחרים דס"ל לכולי עלמא ואפילו לר"מ דזכות הוא לעבד בכהאי גונא לצאת לחירות.

ו) **חלוק א**' דדוקא בההיא דמזכה גט שחרור בעד עבדו ס"ל לר"מ חוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות דהתם העבד מכיר ויודע מי הוא אדונו ומרוצה בו, אבל בההיא דגר שמת או בההיא דבכסף ע"י אחרים שאם העבד לא ירצה לזכות בעצמו אזי יהיה דינו שכל המחזיק בו זכה בו ואין העבד יודע מי יזכה בו ומי יהי' בעליו דיכל היות כי הזוכה בו יהיה רשע ובליעל אשר יתעמר בו בפרך ולא ירפהו עד בלעו רוקו אנן סהדי דניחא ליה להעבד הזה לזכות בעצמו ולצאת לחירות משיהיה כל המחזיק בו זכה בו.

ז) **חלוק ב**' כי בגמ' (גיטין ד' י"ג) איתא דטעמא דר"מ דס"ל דחוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות הוא מפני שאוסרו בשפחה כנענית, א"כ לא שייך האי טעמא רק כשמזכה לו להעבד גט שחרור ע"י אחרים דהתם איכא למימר האי טעמא שהרי כל זמן שהוא

עבד הוא מותר בשפחה כנענית ולאחר שישתחרר הוא אסור בשפחה כנענית אבל בהאי מילתא דאבא שאול ורבנן או בההיא דכסף ע"י אחרים כיון דעכ"פ יצא העבד מתחת יד רבו ואין עליו רשות רבו וכל זמן שלא זכה בו אחר בודאי הוא אסור בין בשפחה בין בבת חורין שהרי אינו עבד גמור ולא בן חורין גמור א"כ לא שייך לומר שהעבד לא יזכה בעצמו משום שחוב הוא לו שיוצא לחירות מפני שאסור בשפחה כנענית כיון דאפילו אם לא יזכה בעצמו ג"כ אסור בשפחה א"כ איזה חוב הוא לו מה שיזכה בעצמו ואדרבה אם יזכה בעצמו יהא מותר בבת חורין ועכשיו קודם הזכיה הוא אסור בשתיהם בשפחה ובבת חורין, מאי אמרת דמשו"ה חוב הוא לו מה שיזכה בעצמו ויצא לחירות דהנה אם לא יזכה בעצמו ויזכה בו אחר לשם עבד יהא מותר בשפחה כנענית כמקדם אולם אם העבד יזכה בעצמו לצאת לחירות לא יבא לעולם לידי היתר בשפחה, אך זה אינו שהרי זה אין ביד העבד שיזכה בו אחר ויכול להיות כי לעולם לא יזכה בו אחר ויהא אסור בשפחה ובבת חורין כל ימיו א"כ נוח לו להעבד שיכה בעצמו ויצא לחפשי ויהא מותר בבת חורין מלהיות אסור בשתיהם.

ח) ועיין רמ"א ביו"ד סימן רס"ז סעי' ס"ה שכתב דבעבד קטן דקי"ל כל הקודם בו זכה אם לא זכה בו עד שהגדיל ולאחר שהגדיל זכה בו בעצמו אותו העבד אין לו תקנה יעו"ש בטור בשם הרמ"ה שכתב וז"ל וכתב הרמ"ה ואם לא זכה בהם שום אדם עד שיגדלו אין להם תקנה שבמיתת הגר לא פקע איסורה מינייהו שהרי כל הקודם בהם זכה וכיון דמיתת הגר לא פקע איסורא מינייהו כי גדלו נמי בתר, הכי אע"ג דפקע ממונא איסורייהו לא פקע דבמאי פקע השתא הא ליכא מיתת האדון דלפקע איסורייהו מינייהו עכ"ל ולדבריהם יוכל להיות שגם בעבד גדול כן הוא שאם מתחלה בשעה שמת הגר אמר שאינו רוצה לזכות בעצמו שהדין הוא שכל הקודם זכה בו אך טרם שזכה בו אחר אמר העבד לאחר שעה או שתים שהוא רוצה לזכות בעצמו יוכל היות שלא יועיל כלום לפי סברת הרמ"ה והטור והרמ"א הנ"ל כיון דבשעת מיתת האדון לא יצא העבד לחירות מפני שלא רצה לזכות בעצמו ובשעה שהעבד נתרצה לזכות בעצמו ליכא מיתת האדון להוציא לחירות כמו"ש לענין עבד קטן כי מה לי אם העבד לא זכה בעצמו בשעת מיתת האדון מחמת שהיה קטן שאין לו יד לזכות בעצמו ומה לי אם העבד לא זכה בעצמו בשעת מיתת האדון מחמת שלא רצה לזכות בעצמו סוף סוף כיון דבשעת מיתת האדון לא יצא לחירות לכן אינם יוצאים לחירות גם אחר כך כי אח"כ ליכא דבר המוציאם לחירות.

ט) ואם נימא שכדברינו כן הוא הנה בההיא דאבא שאול ורבנן ובההיא דכסף ע"י אחרים בודאי אנן סהדי דניחא לעבד בשעת מיתת הגר שיצא לחירות וכן בההיא דכסף ע"י

אחרים בודאי ניחא ליה לעבד בשעת קבלת רבו את הכסף שיצא לחירות תיכף שאם לא יתרצה תיכף יש לו לחוש שמא לא יזכה בו שום אדם ולא יהי' לו תקנה לעולם ויהא אסור בשפחה ובבת חורין לכן אין זה דומה למחלוקת דר"מ ורבנן.

י) **עוד** יש לחלק בין ההיא דר"מ ורבנן להההיא דאבא שאול דעד כאן לא קאמר ר"מ התם דחוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות אלא התם במזכה גט שחרור לעבדו ע"י אחר דאכתי לא יצא העבד מרשות רבו לכן ס"ל לר"מ חוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות אבל בההיא דאבא שאול או בההיא דכסף ע"י אחרים כיון דעכ"פ כבר יצא העבד מרשות רבו רק שאם לא יזכה העבד בעצמו אזי יהא דינו שכל הקודם בו זכה ואם נימא דלר"מ לא קנה העבד את עצמו לחירות הרי נצטרך לחדש ולומר דס"ל לר"מ דניחא ליה לאדם להמכר בעבד וזה לא שמענו משום אדם שיאמר רק זה שמענו לר"מ דס"ל חוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות אבל לומר ניחא ליה לאדם להמכר בעבד לא שמענו דנימא הכי.

יא) **היוצא** מדברינו דבההיא דאבא שאול דס"ל גדולים קנו עצמן בני חורין וכן בההיא דכסף ע"י אחרים אם העבד עומד וצווח ואומר שאין רצונו לצאת לחירות אזי אינו יוצא לחירות לרשות עצמו רק וצא מרשות רבו ראשון כיון שמת הבר או כיון שרבו קבל את הכסף לכן יוצא מרשות רבו ראשון ולרשות עצמו לא בא כיון שאין רצונו לזכות בעצמו וכל הקודם בו זכה וזהו דוקא כשעומד העבד וצווח שאין רצונו לצאת לחירות אבל בסתמא כשהעבד שותק בגר שמת דגדולים קנו עצמן בני חורין וכן בההיא דכסף ע"י אחרים עבד יוצא לחירות לפי שזכות הוא להעבד הזה שיצא לחירות ואפילו לר"מ.

יב) **ומיושב** בזה דברי הרי"ף והרמב"ם שהבאנו לעיל דס"ל דהאי שהעבד יוצא לחירות בכסף ע"י אחרים הוא משום דזכות הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות אבל בעומד וצווח לא יצא לחירות והקשו עליהם המפרשים כהא דאמרינן שם (קדושין כ"ג) דאפילו לר"מ יוצא העבד לחירות כסף ע"י אחרים משום דקבלת רבו גרמה לו אלמא דאפילו לר"ע דס"ל חוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות מ"מ יוצא בכסף ע"י אחרים משום דקבלת רבו גרמה לו אלמא משום זכיה עלה ובדברינו ניחא דהאי טעמא דכסף קבלת רבו גרדה לו מעיל שיצא העבד מרשות רבו כמו גר שמת רק שעדיין מחוסר שהעבד יזכה בעצמו ולזה מהני טעמא דזכות הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות כמו שכתבו הרי"ף והרמב"ם אך זה הטעם מהני אפילו לר"מ דס"ל בכל מקום דחוב הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו לחירות מ"מ בההיא דגר שמת דאבא שאול וההיא דבכסף ע"י אחרים מודה אפי' ר"מ דזכות הוא לו שלא יהא כל הקודם בו זכה כמו שכתבנו לעיל

לכן שפיר מוקי בקידושין ד' כ"ג אהא דאמרינן שהעבד יוצא בכסף ע"י אחרים אפיא אפילו לר"מ משום דכסף קבלת רבו גרמה לו

פרק יד

א) **איתא** בגמ' ב"מ ד' ע"א ת"ר לוה ישראל מעותיו של נכרי מדעת הנכרי אבל לא מדעת הישראל כיצד ישראל שלוה מעות מן הנכרי ברבית וביקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו אסור ואם העמידו אצל נכרי מותר וכן נכרי שלוה מעות מישראל ברבית וביקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו מותר ואם העמידו אצלו ישראל אסור וקפריך הגמ' בשלמא סיפא לחומרא והקשו התוס' על זה וז"ל תימא אמאי לא הוי רבית גמור כשהעמידו אצל ישראל אפילו מקבל הנכרי רבית שהרי נעשה ישראל שני שליח של ראשון לקבל חובו מידו של נכרי, ויש לומר דאפילו שיוכלו לזכות לחבירו במציאה הכא אין קבלתו מן הנכרי זוכה לישראל חבירו דנהי אם היה הנכרי מפקיר מעותיו היה יכול לזכות לחבירו השתא מיהא שהנכרי אינו מפקירן אלא בא לזכות מעותיו למלוה על ידי זה הלוה אין לו כח לזכות שאם כן היה ישראל המקבל שלוחו של נכרי לזכות במעותיו של ישראל ואין שליחות לנכרי והוה ליה להיות מותר אפילו העמידו אצל ישראל אי לאו דלחומרא אמרינן דיש שליחות לנכרי עכ"ל התוס' שם. ב) משמע מדברי התוס' האלו שאם ראובן הבטיח לתת מתנה לשמעון ואח"כ אמר שמעון ללוי לך אצל ראובן שהבטיח לי לתת לי מתנה וקבל ממנו בשליחותי והלך לוי לראובן ונתן לו ראובן את החפץ ואמר לו זכה בחפץ זה בשביל שמעון, תשמע מדבריהם שלוי השליח אינו נעשה שלוחו של שמעון המקבל רק שלוחו של ראובן בעל הממון ואם הוא איש שאינו בר שליחות אינו מועיל זכיתו של לוי לשמעון אע"פ שהשליח והמקבל ב' שליחות הם מ"מ כיון שבעל הממון הוא עכו"ם וכיוצא בהם שאינן בני שליחות משו"ה אינו מועיל כאן מה שהעכו"ם מזכה את הממון לישראל שני בשביל הישראל הראשון, וכן משמע מדברי הנימוקי יוסף ב"מ במשנה ראה אותן רצין אחר המציאה כתב הר"י ח"ל וחצר המשתמרת דלא בעינן שיהא עומד בצד שדהו צריכא טעמא דהא לאו משום יד הוא דמהני כמו בגט דהתם בעינן עומדת בצד חצרה כדלקמן וגם לא מטעם שליחות כדפירש הרנב"ר ז"ל שאי אפשר לזכות לחבירו מתורת שליחות אלא אם כן נפשה שלוחו של בעל הממון ובמציאה ליכא בעל הממון שיהא זה שלוחו עכ"ל אלמא דס"ל להנ"י והרנב"ר ג"כ כסברת התוס' דבעינן שלוחו של בעל הממון וכ"כ האחרונים דבעינן שטחו של בעל הממון עיין מחנה אפרים ה' שלוחין סימן ד' וסימן י"ג וכ"ג ובקצוה"ח סימן קס"ג ס"ק

א' וסימן קפ"ד ס"ק ב' וסימן קכ"ג ס"ק ג' וסימן ק"ה ובנתיבות סימן קפ"ח סוף ס"ק א' וסימן ק"ה ס"ק א' ובשאר אחרונים שכתבו ג"כ דבעינן שליחות של בעל הממון והוכיח כן מדברי התוס' דפ' איזהו השך הנ"ל ומדברי הנ"י והרנב"ר הנ"ל עוד הוכיחו כן מדברי הירושלמי אשר יבואר להלן בס"ד דבעינן שלוחו של בעל הממון.

ג) **ותמיה** לי הדבר מאד ממה נפשך דאי נימא שידי לוי השליח לא נעשו רק כידי ראובן בעל הממון לבד ולא כידי שמעון המקבל א"כ תקשה לן במאי זכה שמעון בהחפץ הזה שנתן לו ראובן כיון ששמעון לא עשה בו שום קנין לא הוא ולא שלוחו א"כ אין לו לשמעון במה לקנות דהלכה רווחת בישראל שאין אדם יכול לקנות שום חפץ עד שיעשה בו קנין הוא או שלוחו וא"כ תמיה היא איך יקנה שמעון בלא קנין כלל, ואם נאמר שכוונת התוס' והנ"י הוא שהשליח נעשה שלוחו של בעל הממון וגם נעשה שלוחו של המקבל א"כ שפיר יוכל שמעון לזכות בהאי חפץ כיון שידי לוי השליח נעשין כידיו הרי עשה שמעון קנין בהחפץ דהרי קי"ל שלוחו של אדם כמותו, אך גם זה לא אתי שפיר דכיון שכבר נעשו ידי לוי השליח כידי שמעון המקבל א"כ אמאי צריך עוד שיהא לוי השליח שלוחו של בעל הממון והלא עשה שמעון המקבל קנין מעליא בחפץ הזה שנתן ראובן לשלוחו כיון שידי לוי הווין כידי שמעון ושלוחו של אדם כמותו ומה צריך עוד שיהא שלוחו של בעל הממון שהרי אם ראובן בעל הממון בעצמו היה נותן ביד שמעון המקבל ואמר לו קנה חפץ זה לעצמך אין אנו צריכין לשום שליחות כלל שהרי הנותן נתן ליד המקבל ומקנה לו ומה צריך יותר, א"כ כאן נמי אע"ג שראובן בעל המון לא נתן ליד שמעון המקבל בעצמו רק נתן ליד לוי שיזכה בו לשמעון מ"מ מצד המקנה הלא אין כאן חסרון שהרי המקנה בעל הממון נתן ליד לוי ואין כאן חסרון רק מצד הקונה היינו מה שהחפץ לא בא ליד שמעון המקבל רק ליד לוי וכיון שאנו מתרצים ואומרים שלוי הוא שלוחו של שמעון וידי לוי הויין כידי שמעון א"כ הוי כאלו בא החפץ ליד שמעון המקבל מיד ראובן הנותן ומה צריך לנו שיהא לוי שלוחו של ראובן הנותן אין אלו אלא דברי תימה.

ד) **והנה אם** ראובן בעל הממון בעצמו לא היה לתן ליד **לוי** שיזכה בו לשמעון רק שראובן בעל הממון היה אומר לזבלון קח את החפץ שלי הזה ותן אותו ליד לוי שיזכה בו לשמעון אז היינו מוכרחים לומר שידיו של זבלון נעשים כידי ראובן דאם לא כן איך זכה לוי בעד שמעון חפץ של ראובן כיון שראובן בעצמו לא נתן לו שיזכה בהחפץ הזה בעד שמעון ועל כרחך טעמו של דבר כיון שידי זבלון נעשין כידי ראובן לכן זכה לוי בהחפץ הזה לשמעון, אבל כאן כיון שראובן בעצמו נתן את החפץ לשמעון ואין כאן שום חסרון מצדו

רק החסרון הוא מצד שמעון המקבל שלא עשה שום קנין בהחפץ א"כ יש לנו לומר רק שידי לוי הם כידי שמעון המקבל וכיון שכן כבר עשה שמעון קנין המועיל לכן קנה שפיר ומה אנו צריכין יותר

ה) **ועוד** הקשו האחרונים על זה דבגיטין ד' ס"ג אמרינן דכשאמר הבעל לשלוחו הולך גט לאשתי וכשהביא השליח הגט להאשה עשתה אותו האשה שליח לקבלה ומסיק הגמ' שם דהוי ספיקא דדינא אם מועיל או לא משום שלא חזרה שליחות אצל הבעל וכן הוא בשו"ע אה"ע סימן קמ"א וכתב הש"ך בחו"מ סימן קפ"ה ס"ק א' דהוא הדין לענין ממון הוי ספיקא דדינא כגון שנתן לפלוני דבר למוכרו ואמר לו אדם אחר תהא שלוחי לקנותו ממנו הוי ספיקא דדינא אם מועיל קנין השליח או לא משום שלא חזרה השליחות אצל המשלח, א"כ כאן נמי איך אפשר לומר שלוי השליח יהא שליח לשניהם היינו לבעל הממון ולשמעון המקבל והלא לא חזרה השליח אצל המשלח.

ו) **ועוד** יש לתמוה על זה דא"כ איך יוכל אדם לעשות שליח לקנות לו קרקע או מטלטלין דקי"ל בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים דאדם יכול לעשות שליח לקנות לו קרקע או מטלטלין עיין חו"מ מסימן קפ"ב עד סוף סימן קפ"ח ותמצא שכחכנו פעמים רבות שאדם יכול לעשות שליח לקנות לו קרקע או מטלטלין ועיין מקורם בגמ' ופוסקים ראשונים, א"כ הא תינח בלוקח מישראל שהוא בר שליחות איכא למימר שהשליח נעשה שלוחו של בעל החפץ גם כן משו"ה קנה הלוקח אבל מה נאמר בלוקח מעכו"ם כיון שבעל החפץ הוא עכו"ם שאינו בר שליחות איך יכול הלוקח לקנות כיון דבעינן שלוחו של בעל הממון וכאן המוכר הוא עכו"ם והוא בעל הממון איך יכול הלוקח לקנות זה החפץ ולא אישתמיט שום פוסק לומר דיש חילוק בין לוקח מישראל ללוקח מעכו"ם דהיינו לומר דבלוקח מישראל מועיל שליחותו לקנות ובלוקח מעכו"ם אין מועיל שליחותו זה בודאי לא הוזכר בשום מקום וא"כ משמע דדא ודא אחת היא היינו דבין לוקח מישראל ובין לוקח מעכו"ם מועיל שליחותו של השליח לקנות בשביל המשלח והנה תימא איך מועיל השליחות כיון דבעינן שלוחו של בעל הממון וכאן בעל הממון הוא עכו"ם שאינו בתורת שליחות הא לא דמיא אלא להא דגמ' דפ' איזהו נשך הנ"ל שכתבו התוס' דכיון שהנותן הוא עכו"ם שאינו בר שליחות לכן לא יכול הישראל השני לקנות בעד הישראל הראשון משום דבעינן שלוחו של בעל הממון.

ז) **ומצאתי** להנתיבות בסימן קפ"ח ס"ק א' שכתב על האי דינא דמהני משיכת שלוחו של הלוקח וז"ל ואין להקשות הא מבואר בירושלמי ר"פ האומר דבמתנה לא מהני שליח לקבלה דבממון בעינן שליחות של בעל הממון דוקא וכ"כ הנ"י בשם הר"ן בב"מ במשנה

דראה אותן רצין ומשמע דלא מהני משיכה של המקבל שעשאו שליח לקבלה ומה"ת יהיה מהני בשליח של הלוקח שמשך ונראה דשאני לוקח שעשאו שליח על ממון שלו והוי כאלו מסר בידו שיהי' שליח בעל הממון וכיון שדעתו לאקנויי לבעל הממון והלוקח עשאו שליח שיהיה הוא הבע"ד כאלו הוא הקונה בעצמו וקונה ע"י משיכתו משא"כ במתנה שעושה אותו שליח על ממון חבירו ומשו"ה בעינן שיאמר לו הנותן כשמוסר בידו שיהיה שלוחו של בעל הממון עכ"ל הנתיבות. ואין דבריו נראין כלל חדא דבכל מקום דקי"ל שהלוקח יכול לעשות שליח לקנות לא שמענו מעולם שיהא חילוק בין שעושהו שליח ליקח בהקפה לבין שעושהו שליח ונותן מעות מזומנים בידו ולפי דבריו חילוק גדול יש דבשלמא כשנותן מעות מזומנים לידו איכא למימר כמו שכתב הנתיבות שעשאו שליח על ממון שלו וכיון שבדעתו לאקנויי לבעל הממון הרי הוא כאלו הוא הקונה בעצמו אבל בלוקח בהקפה מאי איכא למימר ואמאי יכול לעשות שליח הא כיון שהלוקח לא נתן מעות לשליח אמאי יקנה המשלח דהרי כאן ליכא למימר שעשאו שליח על מעות שלו כיון דלא יהיב המשלח זוזי כלל ועיין ש"ך סימן קפ"ג ס"ק ב' שכתב לענין נידון דידיה דהיכא דיהיב השליח זוז מדידיה אמרינן כיון דאוזפיהו דמי אבל בלוקח בהקפה בודאי לח שייך לומר כמאן דאוזפינהו דמי א"כ תקשה איך יש ביד הלוקח לעשות שליח לקנות בעדו כיון דבעינן שלוחו של בעל הממון והלוקח אינו בעל הממון כלל וכ"כ המח"א ה' שלוחים סימן י"ב לענין נידון דידיה דבלוקח בהקפה לא אמרינן כמאן דאוזפינהו דמי ע"ש.

ה) **וגם** עצם החילוק שכתב הנתיבות לחלק בין לוקח לקבל מחנה לא מסתברא כלל דסוף סוף יקשה איך יכול הלוקח לעשות שליח לקנות דבר שאינו שלו כיון שהחפץ הנמכר הוא אינו שלו איך יכול לעשות שליח לקנות דבר שאינו שלו ומה איכפת לן אם הכסף הוא שלו או לא כיון שהקרקע או המטלטלין הנמכרים לאו דידיה הם אית לן לומר שלא יכול לעשות שליח כיון דבעינן שבעל החפץ או בעל הממון הם יעשו שליח על שלהם ואין אדם יכול לעשות שליח על חפיציו של חבירו ומשו"ה אין אדם יכול לעשות שליח לקבל מתנה מחבירו א"כ אית לן לומר שגם בלוקח לא יהא ברשות הלוקח לעשות שליח לקנות אפילו אם ניתן המשלח מעות מזומנים ביד השליח מ"מ לא יכול לעשות שליח דאין אדם עושה שליח על דבר שאינו שלו וכאן נמי החפץ הנמכר הוי דבר שאינו שלו

פרק טו

א) **לכן** נראה לי לבאר את דברי התוס' הנ"ל דפ' איזהו נשך ד' ע"א באופן זה דהנה קי"ל זכין לאדם שלא בפניו עיין חו"מ סימן רמ"ג כמה דינים בזה, והוא בש"ס בכמה דוכתי, וכתבו רש"י ותוס' ושאר מפרשים דזכיה הוא מטעם שליחות עיין תוס' כתובות ד' י"א ד"ה מטבילין ותוס' סנהדרין ד' ס"ח ד"ה קטן ותוס' גיטין ד' ס"ד ד"ה שאני ורש"י פסחים ד' צ"א ד"ה איש זוכה ועיין בדברינו לקמן אות יו"ד, והא דאמרינן דזכיה הוא מטעם שליחות לכאורא יש לפרש כמו שהעולם וכמה אחרונים מפרשים שאם ראובן אמר לשמעון הילך חפץ זה וזכה אותו ללוי נעשה שמעון שלוחו של לוי דכיון דזכות הוא ללוי אנן סהדי שלוי, עשה לשמעון שליח שיזכה בעדו והוי כאלו עשה לוי לשמעון בפירוש שליח שיזכה בעדו דזכיה הוא מדין שליחות כן מפרשים העולם וכ"כ כמה אחרונים, אמנם נראה דאי אפשר לפרש כן, חדא דהקצוה"ח סימן רמ"ג ס"ק ח' הביא בשם התה"ד שהקשה איך מועיל הזכיה שלא בפניו דאמרינן אנן סהדי אלו היה יודע שראובן זיכה חפץ בעדו היה עושה לשמעון שליח לזכות והלא קי"ל דבשליחות בעינן דעת המשלח בפירוש משום מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם היינו דבעינן שהמשלח יעשה אותו שליח בפירוש ולא מהני האומדנא לומר שאם היה יודע היה ניחא ליה השתא נמי ניחא ליה כדאיתא בפ' אלו מציאות (ד' כ"ב) וא"כ אמאי מועיל הזכיה מה שאנו יודעים שזכות הוא ללוי לזכות בהאי חפץ ואלו היה יודע לוי שראובן זיכה חפץ בעדו ליד שמעון היה עושה לוי לשמעון לשליח והלא ליכא דעת משלח בפירוש ובשליחות קי"ל דבעינן דעת משלח בפירוש. ב) **וז"ל** התה"ד כפי שמביאו הקצוה"ח סימן רמ"ג ס"ק א'. וז"ל ואי קשיא לך הא דתניא בפ"ב דב"מ כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה וכו' תרגמא רבא אליבא דאביי דשויה שליח ה"נ מסתברא דאי ס"ד דלא שויה שליח מי הויא תרומתו תרומה והא אתם גם אתם אמר רחמנא לרבות שלוחכם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם אלמא אע"ג דידעינן בתר הכי דניחא ליה במה שתרם אפילו הכי לא הוי שליח כיון דמעיקרא לא לדעת הוי, לא דמי כלל דהתם בשעה שנעשה שליחות לא ידעינן כלל דניחא ליה אלא דאח"כ שמעינן מיניה או דחזינן מיניה דניחא ליה ובעינן למימר דלמפרע הוי שליח הא לא מהני משום דבעינן למידע בשעה שנעשה שליח דזכות הוא לו וניחא ליה וכהני גונא הוי דומיא דאתם דאנן סהדי אי הוי הכא הוי ניחא ליה אבל היכא דבשעה שנעשה שליחות לא ידעינן לא הוי דומיא דאתם עכ"ל התה"ד ולי דבריו תמוהים מ"ש דהיכא דידעינן בשעה שנעשה שליח דזכות הוא לו מועיל שפיר הזכיה משום דהוי דומיא דאתם משום דאנן סהדי דאי הוה הכא הוי ניחא ליה

ג) **דהנה** זה ידוע שהטעות יש בכחו לבטל מעשה או מחשבה ויש בכח הטעות לעשות ממעשה ומחשבה כאלו אינם, אבל אין בכח הטעות לעשות את הענין שהיה מבלי מעשה ומחשבה כאלו היה כאן מעשה ומחשבה, דרך משל קנין בטעות קי"ל דחוזר וכן נדר טעות הוא בטל, הרי אנו רואים שיש בכח הטעות לבטל את מעשה הקנין והנדר ולעשותם כאלו אינם, אבל אין בכח הטעות לעשות את הענין שהיה מבלתי מעשה ומחשבה הצריכה כאלו עשה וחישב, כגון אדם הרואה חפץ של הפקר ורצה לילך ולזכות בו והטעהו חבירו ואמר לו שהחפץ הזה אינו של הפקר ונמנע ולא זכה בו, בודאי לא קנה את החפץ הזה, ולא אמרינן דכיון דמה שלא עשה שום קנין בהחפץ הוא מפני שטעה וסבר שאין זה של הפקר, ואלמלא הטעהו חבירו היה עושה מעשה הקנין בהאי חפץ, וא"כ אית לן למימר שהטעות יעשה את הענין שהיה בלי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב זה בודאי לא אמרינן כן אלא אמרינן דכיון שעכ"פ לא עשה שום קנין בחפץ הזה לכן לא קנה שאין בכח הטעות לעשות את הענין שהיה בלי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב.

ו') **ולא** זו בלבד כשלא עשה שום מעשה לקנותו מחמת שטעה אין בכח הטעות לעשות כאלו עשה מעשה הקנין, אלא אפילו אם עשה מעשה הקנין רק שלא נתכוין לקנותו מחמת טעות שטעה וסבר שאין זה החפץ של הפקר גם כן אין בכח הטעות לעשות כאלו נתכוין לקנות, ביבמות (ד' נ"ב) דהעובד בנכסי הגר וסבור שהוא שלו לא קנה, משום שלא נתכוין לקנותו דאע"ג שעשה מעשה הקנין מ"מ לא קנה כיון שלא נתכוין לקנותו, דאע"ג דמה שלא נתכוין לקנותו בטעות היה יען שטעה וסבר דשלו הוא ואינו של הפקר ואלמלי היה יודע דנכסי הפקר הם היה מתכוין לקנותו מ"מ לא קנה שאין בכח הטעות לעשות את הענין שהיה מבלי כונה ומחשבה כאלו נתכוין לקנות וזהו דבר פשוט מאוד ובמקום אחר הארכנו בכלל הזה שאין בכח הטעות רק לסתור מחשבות ומעשיות ואין בכח הטעות לבנות

ה) **וכיון** שכן יש להקשות על תירוצו של התה"ד הנ"ל שתירץ דמשו"ה מועיל מה שזכין לאדם שלא בפניו אע"ג דבעינן דעתו לענין שליחות כדאמרינן בפ' אלו מציאות (ד' כ"ב) מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם מ"מ יכול לזכות בשבילו משום דאנן סהדי אי הוי הכא הוי ניחא ליה והוי דומיא דאתם ובדברינו ליתא לתירוצו דכיון דעכ"פ אין לוי יודע עכשיו שראובן נתן חפץ לשמעון ואמר לו זכה בחפץ הזה ללוי אית לן לומר שלא יועיל כיון דקי"ל דבשליחות בעינן דעתו בפירוש ואמרינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם וכאן לא חשב לוי בפירוש שהוא עושה לשמעון שליח לזכות בעדו לכן אינו

מועיל מאומה, ונהי דמה שאין לוי עושה לשמעון שליח בפירוש הוא בטעות היינו מפני שאין לוי יודע מאומה ממעשיו דראובן שנתן חפץ לשמעון לזכות בעדו ואלמלי היה לוי יודע שכן הוא המעשה אזי היה לוי עושה לשמעון שליח בפירוש מ"מ כיון דעכ"פ לא ידע לוי מאומה ולא חשב לוי בפירוש ששמעון יהא שלוחו אית לן לומר שאין שמעון שלוחו של לוי מפני שאין בכח הטעות לעשות את הענין מבלי מעשה ומחשבה הצריך לאותו ענין כאלו עשה וחישב דכיון דבשליחות בעינן דעת המשלח בפירוש שיעשהו שליח לכן אין שום סברא לומר שיועיל זכיה שלא בפניו לומר אנן סהדי אי הוה הכא הוי ניחא ליה והיה עושהו שליח כיון שאין בכח הטעות לעשות את הענין מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב לכן כיון דעכ"פ לא חשב בפירוש את ענין השליחות אין זה לדעתכם ואין זה דומיא דאתם.

ו) וז"ל הר"ן בריש פ' האיש מקדש ד' מ"ב גרסינן בגמ' אמר רב מניין ששלוחו של אדם כמותו שנאמר ונשיא אחד נשיא א' ממטה תקחו לנחול את הארץ וכו' ע"ש ואיכא דבעי למילף משמעתין דזכייה לאו מטעם שליחות היא דהא אמרינן מעיקרא ותסברא דהא שליחות היא והא קטנים לאו בני שליחות נינהו אלא כדרבה בר רב הונא א"ר מנין שזכין לאדם כלומר ולא תפשוט מהכא שליחות דזכייה לאו מדין שליחות הוא ומוכחינן מהכא שאע"פ שאין שליחות לקטן אחרים זכין בשבילו מן התורה דלא אשכחן דאימעיט אלא מדין שליחות והיינו דלא אקשינן הכא והא קטנים לאו בני זכייה נינהו כדפרכינן והא קטנים לאו בני שליחות נינהו וליתא מדאמרינן בפ' איזהו נשך (דף ע"א) רבינא אמר דנהי דשליחות לעובד כוכבים לית ליה זכייה מדרבנן אית ליה מידי דהוה אקטן קטן לאו אע"ג דלית ליה שליחות אית ליה זכייה מדרבנן הכא נמי לא שנא ולא היא קטן אתי לידי שליחות עכו"ם לא אתי לידי שליחות וש"מ דאין זכייה לקטן אלא מדבריהם ומשמע נמי מינה דכל מי שאין לו שליחות אין לו זכייה וקטן משום דאתי לכלל שליחות תקט ליה רבנן זכייה ומיהו לא תקיט ליה שליחות דמשום דשליחות מילתא היא דמכי מטי לידיה דשליח לא מצי משלח למיהדר ביה לא אלמוה לזכותיה דקטן כולי האי וכו' וכי תימא אכתי קשיא מדאמרינן בפ' קמא דמכלתין (דף כ"ג) עבד כנעני לר"ש בן אלעזר מהו שיעשה שליח קבל גיטו מיד רבו כיון דגמר לה לה מאשה מה אשה משוי שליח אף עבד נמי משוי שליח או דילמא עבד דאיהו לא מצי מקבל גיטיה שליח נמי לא מצי משוי כלומר דלר"ש בן אלעזר כיון דס"ל שאין העבד יכול לקבל גיטו מיד רבו כדאיתא לעיל שליח נמי לא מצי משוי ואעפ"כ אחרים זוכין בגט בשבילו כדתנן (דף כב) בשטר ע"י אחרים אלמא דזכייה ע"י אחרים לאו מטעם שליחות הוא דהא אפילו למאי דמסקא

שלא תהא שליחות לעבד יש לו זכייה ע"י אחרים יש לי לומר דלא דמי דאין ודאי דכל מי שאין לו יד למנות שליח אף אחרים אין זוכין בשבילו מדאורייתא כהא דקטן אבל עבד מה שאינו יכול לקבל גיטו לר"ש בן אלעזר ומספקינן לדידיה נמי דלא לימצי לשוויי שליח לאו משום שאין לו יד דהא הו"ל גיטו וידו באין כאחד וכו' אלא דטעם דרשב"א משום דגמר לה לה מאשה מה אשה עד שיצא גט לרשות שאינה שלו כלומר של בעל דאשה אין גופה קנוי לבעל אף עבד עד שיצא גט לרשות שאינה שלו כלומר של אדון ועבד גופו קנוי לאדון הלכך בעינן יד אחרים וכיון שמה שאין העבד עושה שליח אינו מטעם שלא תהא לו יד אחרים יכולין לזכות בגט בשבילו שהרי יצא גט לרשות שאינו של אדון אבל קטן שאין לו יד בעצמו כלל אף אחרים אין זוכין לו מן התורה עכ"ל הר"ן.

ז) **ודברי** הר"ן תמוהים כיון דס"ל דזכיה ושליחות חדא מילתא היא סוף סוף יקשה אמאי פשיטא ליה לר' שמעון בן אלעזר דזכיה אית ליה לעבד כנעני ושליחות מספקא לו אם יש לו או לא כיון דזכיה ושליחות חדא מילתא היא ומה תיקן ומה תירץ הר"ן בזה שכתב דהעבד נשתנה דינו מקטן שהעבד יש לו יד בעצמו והקטן אין לו יד כלל, והלא כיון דזכיה ושליחות חדא מילתא היא תקשה לן ממה נפשך אם יש לו זכיה לעבד משום שיש לו יד בעצמו ואינו דומה לקטן א"כ שליחות נמי יהא לו ואמאי מספקא ליה להגמ' אם יש לו שליחות, ואם מספקא לן אם יש לו שליחות או לא משום שהוא בעצמו לא יכול לקבל את גיטו לכן לא יכול למנות שליח א"כ זכיה נמי לא יהא לו, סוף דבר כיון דשליחות וזכיה חדא מילתא היא אין שום טעם לומר דזכיה פשיטא לן שיש לו לעבד ושליחות מספקא לן.

ח) **ועוד** דאם נפרש הא דאמרינן זכיה מטעם שליחות הוא כמו שהעולם מפרשין היינו דאנן סהדי כי אילו היה יודע **לוי** שראובן נתן חפץ ביד שמעון לזכות ללוי היה לוי עושה שליח לשמעון א"כ הוי שמעון שלוחו של לוי לזכות בשבילו אם נפרש כן יש להקשות על זה שהרי שיטת התוס' היא בכל מקום דזכיה מטעם שליחות כ"כ התוס' בכתובות ד' י"א דיה מטבילין אותו וכ"כ התוס' במס' סנהדרין בריש פ' בן סורר ובמס' גיטין ובשאר דוכתי א"כ בודאי אית לן למימר שאין זכיה לקטן מדאורייתא כיון שאין שליחות לקטן ובכל זאת כתבו התוס' בכתובות ד' י"א הנ"ל ובמס' סנהדרין ד' ס"ח ד"ה קטן שיוכל היות שיש זכיה לקטן מדאורייתא והדבר תימה כיון שאין שליחות לקטן מדאורייתא מהיכן יהא לו זכיה לקטן מדאורייתא כיון דזכיה הוא מטעם שליחות היינו דאנן סהדי כי אילו היה יודע הקטן שראובן נותן חפץ ביד שמעון לזות בשבילו היה עושה הקטן לשמעון שליח שיזכה בעדו, והלא גם אם הקטן היה עושה לשמעון שליח בפירוש שיזכה בעדו

לא היה מועיל שאין הקטן עושה שליח ואיך יועיל האומדנא של שליחות הקטן היינו מה שאנו אומדין דעתו של הקטן שאם היה יודע שכן הוא היה עושהו שליח איך מועילה האומדנא הזאת יותר מאלו עשהו הקטן בפירוש שליח לשמעון שלא היה מועיל ואמאי איסתפקא להו לתוס' שיהא זכיה לקטן מדאורייתא.

ט) וז"ל התוס' בכתובת ד' י"א ד"ה מטבילין אותו, ולפי הספרים דגרסינן בב"מ (ד' פא:) זכיה מיהא אית ליה ולא גרס מדרבנן ניחא דמצי למימר דאית ליה זכיה מן התורה וכו' ואע"ג דזכיה הוי מטעם שליחות ואין לו שליחות מן התורה הני מילי בדבר שיש בו קצת חובה כגון להפריש תרומתו דשמא היה רוצה לפוטרה בחטה אחת או שמא היה רוצה להעדיף אבל הכא שזכות גמור הוא יש לו שליחות עכ"ל התוס' הנה מה שסיימו התוס' דבזכות גמור יש לו לקטן שליחות, ע"כ מוכרחין אנו לומר דזכיה קאמרי התוס' והאי דקרי התוס' לזכיה שליחות הוא משום דזכיה היא מטעם שליחות כמו"ש התוס' שם אבל שליחות אין לו לקטן אפילו בזכות גמור כגון שאמר הקטן לאיש אחר שהוא עושה אותו שליח לקבל מתנה מראובן וראובן נתן את החפץ ליד השליח ואמר לו שהוא נותן אותו בתורת שליחות הקטן אבל הוא אינו מזכה לקטן מאומה בתורת זכיה (וכמו שפירשו התוס' בקידושין דף כ"ג ע"ב ד"ה מהו לענין בעיא דגמ' בעבד מהו שיעשה שליח לקבל גיטו מיד רבו ואע"ג דמטעם זכיה ודאי מועיל אבל כיון שעשהו שליח מגרע גרע ע"ש בקידושין) בודאי בקטן אינו מועיל שליחות אפילו בזכות גמור שהרי התוס' אזלי לפרש את הגמ' דב"מ ד' ע"א דיש ספרים דלא גרסי זכיה מדרבנן רק זכיה איתליה לקטן והיינו מדאורייתא ולפירוש התוס' מיירי הגמ' התם בזכות גמור והתם איתא בהדיא שאין לו שליחות לקטן ע"ש בגמ' דז"ל רבינא אמר נהי דשליחות לנכרי לית ליה זכיה אית ליה מידי דהוה אקטן קטן לאו אע"ג דלית ליה שליחות אית ליה זכיה הכא נמי לא שנא ולא היא ישראל אתי לכלל שליחות עכו"ם לא אתי לכלל שליחות אלמא דאפילו בזכות גמור אין לו לקטן שליחות רק זכיה וא"כ הדבר צריך ביאור כיון דזכיה היא מטעם שליחות אמאי יש לקטן זכיה מדאורייתא בזכות גמור ושליחות אין לו לקטן אפילו בזכות גמור כיון דכל כחו ואלמותו של קטן לענין זכיה אינו אלא משום שעשה שליח את הזוכה בשבילו וכיון שאם עשהו שליח בהדיא לא מהני איך יועיל האומדנא של השליחות יותר ממה שעשהו הקטן בפירוש שליח.

י) וכן משמע מרש"י פסחים ד' צ"א דזכיה הוא מטעם שליחות שכתב על הא דאמרינן שם איש זוכה ואין קטן זוכה כתב רש"י וז"ל איש זוכה לאחרים בלקיחתו אם לקח מקח לצורך אחרים או קבל מתנה לצורך אחרים כדכתיב ויקחו להם איש שה לבית אבות

ואין קטן זוכה דאין נעשה שליח אלמא דס"ל לרש"י דזכיה הוא מטעם שליחות לכן אין הקטן זוכה בשביל אחרים יען שאין הקטן עושה שליח ובמס' קידושין ד' מ"ב משמע דס"ל שיש זכיה לקטן מדאורייתא ע"ש דז"ל רש"י שם אלא ההוא לאו לאתרי שליח אתא אלא לזכין לאדם שלא בפניו אתא דקטנים שלא בפניו דמי וכיון דנחלת הארץ זכות הוא להם היתה חלוקתם חלוקה אלמא דס"ל לרש"י דמקרא דנשיא אחד נשיא אחד למטה ילפינן דזכין לאדם שלא בפניו אפילו לקטנים נמי אלמא דס"ל לרש"י שיש זכיה לקטן מדאורייתא וכ"כ השיטה מקובצת בב"מ ד' ע"א בשם הרשב"א דס"ל לרש"י כן שיש זכיה לקטן מדאוריתא וא"כ יש לתמוה על רש"י כיון דס"ל דזכיה הוא מטעם שליחות איך יקנה הקטן ע"י זכיה מדאורייתא כיון שאין לו שליחות לקטן כמו שהקשינו לעיל על דברי התוס'.

יא) ואפילו להפוסקים דס"ל שאין זכיה לקטן מדאורייתא רק מדרבנן כיון דס"ל דזכיה היא מטעם שליחות היינו דאנן סהדי שהקטן עשהו שליח לזוכה שיזכה בעדו ג"כ יש לתמוה עליהם מ"ש שליחות שאין לו לקטן אפילו מדרבנן כדאיתא בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי עיין חו"מ סימן קפ"ח ומ"ש זכיה שיש לו לקטן מדרבנן כיון שכל עיקר הזכיה הוא מדין שליחות היינו דאנן סהדי שהמקבל עשאו שליח והרי כיון שהמקבל הוא קטן ואפילו אם עשאו שליח בפירוש נמי אינו מועיל אפילו מדרבנן א"כ במה יפה כחו של זה שלא עשאו שליח בהדיא רק דאיכא אומדנא דמוכח שאלו היה יודע היה עושהו שליח ואמאי תיקנו רבנן שיועיל האומדנא של השליחות יותר מאלו עשהו בפירוש.

פרק טז

א) **לכן** נראה דפירושה של זכיה אינו כמו שמפרשים העולם כמו שכתבנו לעיל רק פירוש אחר יש לה, היינו שאם נשאל מי יש בכחו לעשות ידי שמעון כידי לוי היינו שכל מה שיעשה שמעון בחביל לוי יהיו קיימים, אז נאמר שאין לשום אדם הכח הזה רק ללוי לבדו כי לוי יכול למנות שליח ברצונו שיהא ידי שמעין השליח כידיו, אבל לאדם אחר אין שום כח וזכות למנות שליח ללוי שיהו מעשיו קיימים וזהו דין השליחות שלמדנו מקרא שאדם יכול למנות שליח בשבילו שיהו מעשיו קיימים כמעשה המשלח אבל אדם אחר אינו יכול למנות שליח בשביל חבירו.

ב) **ואח"כ** למדנו מקראי דין הזכיה, היינו לומר דהא דקי"ל דדוקא לוי מוכרח למנות שליח בעדו אבל איש אחר לא יכול למצות שליח ללוי שיהו ידי השליח כידי לוי זהו דוקא בדבר שהוא חובה ללוי כגון למכור או ליתן את נכסי לוי זהו אין בכח שום אדם

למנות שליח לאיש אחר רק המשלח לבדו הוא יכול למנות שליח בשבילו למכור או ליתן נכסיו, אבל במידי דזכות הוא ללוי יכול גם אדם אחר לעשות ידי שמעון כידי לוי ואין אנו צריכין להתמנות לוי כי בודאי ניחא ליה ללוי בזה לכן יכול ראובן ליתן חפץ ביד שמעון ואומר לו זכה בחפץ זה ללוי, ולוי קנה שפיר משום דאמרינן דשמעון נעשה שלוחו של לוי לזכות בעדו ולא משום דאנן סהדי שלוי עשהו לשמעון שליח כי זהו בודאי ליתא כי בשליחות בעינן דעת המשלח בפירוש וכאן ליכא דעתו בפירוש, רק משום שהתורה נתנה רשות לראובן שהוא בעל הממון שהוא ימנה שליח ללוי וראובן עושה את ידי שמעון כידי לוי ושפיר איכא דעת שהרי השליח בדעת ראובן בעל הממון נתמנה.

ג) **וכן** בדבר הפקר או מציאה דליכא בעל הממון למאן דס"ל התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה או משום מיגו דאי בעי זכי לנפשיה זכי נמי לחבריה כדאיתא בב"מ (ד' יוד) אם שמעון רואה דבר הפקר או מציאה יכול להגביה את המציאה בעד לוי וקנה לוי את המציאה משום דזכין לו לאדם שלא בפניו והמגביה הוא שלוחו של לוי, וגם שם אין פירושו כמו שהעולם מפרשים דאנן סהדי שלוי עשה לשמעון שליח שיזכה בעדו אלא פירושו הוא ששמעון יש בכחו לעשות את עצמו שליח לזכות בעד לוי דבמידי דזכות יש בכחו לעשות את ידיו כידי לוי דזכין לאדם שלא בפניו ואין צריך שלוי ימנה אותו לשליח רק הזוכה בעצמו הוא יכול לעשות את עצמו לשליח של לוי כי זהו הדין שלמדנו מקראי דזכין לאדם שלא בפניו, נמצא כי בדבר מציאה והפקר יכול המגביה לעשות את עצמו לשליח בעד לוי ובדבר שאינו של הפקר רק יש לו בעלים צריך שבעל הממון הוא יעשה את שמעון שיהא הוא שליח ללוי לזכות בעד לוי וכל זה הוא לענין זכיה כשלוי בעצמו לא עשה את שמעון לשליח לזכות בשבילו לכן בעינן שבעל הממון הוא יעשה את שמעון לשליח לזכות ללוי שאם בעל הממון לא יעשה לשמעון שליח לזכות בעד לוי לא היה לוי יכל לקנות דבשליחות בעינן דעת המשלח בפירוש מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם כדאיתא בגמ' ב"מ ד' כ"ב לכן אם ראובן בעל הממון לא היה עושה את שמעון שליח לזכות בעד לוי לא היה לוי יכול לקנות דהרי ליכא דעת המשלח בפירוש לכן בעינן שראובן בעל הממון הוא יעשה את שמעון שליח לזכות בעד לוי משו"ה קנה לוי שפיר דהרי איכא דעת המשלח שהוא המזכה שהוא בעל הממון אבל בשליחות כגון אם לוי עשה לשמעון שליח לקבל מתנה מראובן שראובן הבטיח לחת מתנה ללוי לכן עשה לוי לשמעון שליח לקבלה לקבל את המתנה מראובן ובא שמעון אצל ראובן וספר לו כי לוי עשה אותו שליח לקבלה לקבל את החפץ ממנו שהבטיח לו ואמר לו ראובן שהוא אינו מוחה בהשליחות אשר עשהו לוי אך הוא אינו עושה לשמעון שליח

ועל פי הדברים האלה נתן ראובן את החפץ ביד שמעון שהוא שליח ללוי בודאי קנה לוי שפיר אע"ג דשמעון השליח אינו נעשה שלוחו של ראובן בעל הממון מ"מ קנה לוי שפיר דדוקא בזכיה כשלוי לא עשהו לשמעון שליח כפירוש התם בעינן שלוחו של בעל הממון היינו שראובן בעל הממון יעשה את ידי שמעון כידי לוי, אבל בשליחות שלוי עשה לשמעון שליח בפירוש אין אנו צריכין עוד שראובן בעל הממון הוא יעשה לשמעון שיהא ידו כיד לוי דכיון דשמעון השליח נתמנה לשליח בדעת לוי כדין שליחות דבעינן דעת מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם ונעשו ידי שמעון כידי לוי, א"כ אין אנו צריכין עוד להתמנות דראובן היינו שראובן בעל הממון ימנה לשמעון שליח שיהיו ידיו כידי לוי.

ד) **ולפי** זה אם הנותן הוא עכו"ם יש חילוק בין זכיה לשליחות, היינו שאם לוי המקבל אמר לשמעון הריני עושה אותך שליח לקבל מתנה מעכו"ם שהבטיח לי לתת לי מתנה ובא שמעון אצל העכו"ם והגיד לו כי לוי עשהו שליח לקבל מתנה ממנו ונתרצה העכו"ם להשליחות הזאת ונתן את החפץ לשמעון שיקנה אותו בשליחותו ללוי שפיר קנה לוי את החפץ הזה דנהי דנותן עכו"ם הוא ואין שליחות לעכו"ם מ"מ קנה לוי את החפץ דבשליחות לא בעינן שלוחי של בעל הממון וכיון שלוי עשה לשמעון שליח לקנות בעדו וידי שמעון נעשו כידי לוי הרי עשה לו קנין המועיל בהחפץ הזה.

ה) **אך** אם לוי לא עשה לשמעון שליח לקנות בעדו מהעכו"ם רק שהעכו"ם נתן את החפץ לשמעון ואמר לו שיזכה בו ללוי לא זכה לוי דכיון שלוי לא עשה לשמעון שליח שיקנה בעוז רק מדין זכיה אתינן עלה היינו שצריך שבעל הממון הוא יעשה את ידי שמעון כידי לוי וכיון שבעל הממון הוא עכו"ם שאינו בר שליחות לכן אין בכחו לעשות את שמעון שיהא שליח ללוי ויהיו ידי שמעון כידי לוי.

ו) **ודע** דשליחות שהוזכרה בכל הש"ס והפוסקים איירי שהמשלח מינה את השליח בפירוש בפני השליח או אפילו שלא בפניו עיין שו"ע חו"מ מסימן קפ"ב עד סימן קפ"ח ובשו"ע אה"ע סימן ק"מ וקמ"א ועיין סוגיא דגיטין דף ס"ו וס"ז ועיין בר"ן ובשאר מפרשים שם ועיין רא"ש בסוף פ"ב דגיטין סימן כ"ז לענין הממנה שליח שלא בפניו שנחלקו הגאונים בזה ועיין שו"ע אה"ע סימן קמ"א ס' י"ד וס' ל"ה שמרן המחבר פסק דבין שליח לקבלה בין שליח להולכה אינם צריכים שישמעו מפי משלחם שממנים אותם שליח אבל הרמ"א שם וס' ל"ה הביא שיש חולקין בזה ע"ש ואיך שיהיה השליחות בפני השליח או שלא בפניו מ"מ בעינן מינוי בפירוש כגון בקידושין וגירושין בעינן שהאיש יאמר לשליח תן גט לאשתי או קדש לי אשה וכן כשהאשה עושה שליח בעינן

שתאמר לשליח התקבל לי גיטי או קבל קידושין בעדי וכן כשעושין שליח שלא בפניו בעינן גם כן שיאמרו בפירוש שעושין את פלוני לשליח ויוליך את הגט לאשתו או יקבל את הגט או יקדש את האשה או יקנה או ימכור אבל אם האשה אמרה לבעלה שלח לי גיטי ע"י איש פלוני ולא אמרה בפירוש שהיא ממנה את האיש פלוני לשליח לקבלה ונתן הבעל את הגט ליד השליח בתורת השליחות שאמרה אשתו ונאבד הגט או נשרף לאחר שבא הגט לד השליח אינה מגורשת כי אין דינו של השליח הזה כשליח לקבלה שתהא האשה מגורשת תיכף כשבא ליד השליח רק דינו כשליח להולכה ואינה מגורשת קודם שבא הגט לידי האשה דכיון שהאשה לא אמרה בפירוש שיהא שליח לקבלה לקבל את הגט בעדה רק אל בעלה אמרה שהוא ישלח לה הגט ע"י איש פלוני לכן אין דינו כשליח לקבלה רק כשליח להולכה.

ז) **ואל** תתמה על זה שהרי מסוגיא דגמ' דפ' השואל לא משמע כן לענין שואל ומשאיל דאיתא שם (ד' צ"ח) דכשאמר לו השואל למשאיל שלחה לי ביד בני ביד עבדי ביד שלוחי או ביד בנך ביד עבדך ביד שלוחך ומתה חייב השואל דקיימא ברשות השואל במשיכת השליח, אלמא דאע"ג שלא דבר כלום השואל עם שלוחו ולא עשאו שליח בפירוש רק השואל אמר אל המשלח שלחה לי ביד איש פלוני מ"מ הוי שלוחו לקבלה וקנה השואל את הפרה השאולה במשיכת השליח א"כ כאן נמי כשאמרה האשה לבעלה שלח לי גיטי ע"י איש פלוני אית לנו לומר דהוי שלוחה לקבלה ותתגרש תיכף כשבא הגט ביד השליח אעפ"י שלא דברה מאומה עם השליח ולא עשתה אותו שליח בפירוש מ"מ אית לן לומר דהוי שלוחה לקבלה.

ח) **וכן** יש להקשות מההיא דב"ק ד' ק"ד לענין שליח שעשאו בעדים דמשמע התם איפכא דכשאמר המלוה ללוה שלח לי מעותי ע"י פלוני לכולי עלמא הוי שליח ונפטר הלוה תיכף כשבאו המעות ליד השליח כמו שכתבו התוס' שם ד"ה שליח שעשאו ואם הלוה לא דבר עם המלוה כלום רק אמר המלוה לשלותו לך וקבל מעותי מיד הלוה איכא למ"ד דלא הוי שליח אפי' עשאו בעדים ולא נפטר הלוה מאחריות המלוה משום שלא דבר המלוה עם הלוה כלום ועיין חו"מ סימן קכ"א וקכ"ב אלמא דשליחות מקרי דוקא כשדבר המלוה עם הלוה ולא דברו המשלח עם השליח כלום אבל כשדבר המשלח עם השליח לבד לא הוי שליחות והוי הדבר בהיפוך ממה שכתבנו והוכחנו דשליחות בכל מקום מקרי או כשדבר המשלח עם השליח לבד או שמינה את השליח שלא בפניו ועשאו שליח בפירוש.

ט) **ונראה** דההיא דב"ק לא דמי לשאר שליחות דעלמא דבשאר שליחות שצריך שהמשלח יקנה את גוף החפץ ויהא ידו של השליח כידו של המשלח לכן צריך שהמשלח ידבר עם השליח או יעשהו שלא בפניו שליח בפירוש ואז מהני משיכת השליח לקנות את החפץ כמשיכת המשלח, אבל אם לא דבר כלום המשלח עס השליח ולא עשאו שליח בפירוש לא מהני משיכת השליח לקנות בעד המשלח שהרי לא נעשה שלוחו כיון שלא דברו המשלח עם השליח מאומה ולא עשאו שליח בפירוש רק במקום דהוי זכות גמור קונה השליח בעד המשלח אע"פ שלא דברו המשלח עם השליח ולא עשאו שליח בפירוש דנהי דשליחות אין כאן אבל זכיה אית כאן דזכין לאדם שלא בפניו, אבל ההיא דב"ק לא איירי כלום לענין לקנות את גוף החפץ רק לענין לפטור את הלוה מחיוב האחריות לכן לא תליא מודי בשליחות רק בריצוי המלוה תליא מילתא, לכן כשאמר המלוה ללוה שלח לי מעותי ע"י איש פלוני אע"ג דלא הוי שלוחו כיון שלא דבר המלוה כלום עם השליח ולא עשאו שליח בפירוש מ"מ נפטר הלוה מאחריות המעות ואם נאבדו או נשרפו בדרך פסידא דמלוה שהרי נתרצה המלוה לזה שישלח המעות ע"י איש פלוני, אבל אם לא אמר המלוה ללוה שישלח לו מעותיו ע"י איש פלוני רק שהמלוה עשה שליח בעדים שיביא לו מעותיו אע"ג דהוי שלוחו כיון שדבר המלוה עם השליח מ"מ לא נפטר הלוה מאחריות המעות אליבא דרבה דס"ל דהכי קאמר אינש מהימנא הוא אי סמכת סמוך אי בעית לשדוריה שדר בידיה כדאיתא בב"ק שם דף ק"ד והיינו דס"ל לרבה דכיון שלא אמר ליה המלוה ללוה בפירוש שישלח את המעות ע"י איש פלוני לא נתכוין לפוטרו מאחריות לכן לא נפטר הלוה מאחריות.

י) **תדע** שכן הוא דההיא דב"ק ד' ק"ד לא מדין שליחות הוא רק מדין סלוק אחריות נגעו בה, שהרי פסקו הטור ומרן בשו"ע סימן קכ"א סע' א' שאם אמר לו המלוה ללוה שלח לי ע"י איש פלוני ושלח נפטר הלוה אע"פ ששלחו ע"י עכו"ם או חרש שוטה וקטן שאינן בני שליחות מ"מ נפטר הלוה כיון שאמר לו שלח לי על ידו אלמא דלאו משום שליחות נגעו בה האי דפטרינן ליה ללוה כשנתן לאיש אשר המלוה צוהו שהרי עכו"ם וחשו"ק לאו בני שליחות הם אלא האי דפטרינן ליה ללוה הוא משום דכיון שנתן לאיש אשר צוהו המלוה מה לו יותר ונפטר הלוה בזה לכן מועיל שם אע"פ שלא דבר המלוה עם השליח כלום דכאן לא בעינן שליחות אבל במקום שצריך לקנות את גוף החפץ מטעם שליחות או בגיטין וקידושין וכל הקנינים ובכל דבר שצריך שליחות צריך שהמשלח ודבר עם השליח ויעשהו שליח. יא) **ונראה** דכיון כשאמר לו המלוה ללוה שלח לי מעותי ע"י איש פלוני ושלחו על ידו יש חלוק בין אם השליח הוא עכו"ם או ישראל שאם השליח

הוא ישראל אזי אם בא הלוה לחזור בו אינו חוזר דנהי שאין על השליח דין שליחות משום שלא דבר המלוה עמו ולא עשהו שליח מ"מ אין הלוה יכול לחזור בו מטעם זכיה דזכין לאדם שלא בפניו וכאן הוי זכות גמור למלוה כיון דאפילו אם השליח לא יזכה בגוף המעות בעד המלוה מ"מ יפטר הלוה מאחריות כיון שע"ס המלוה נתן ליד השליח א"כ זכות הוא למלוה שיזכה בגוף המעות שהרי לא ניתוסף למלוה שום פסידא בזכיית גוף המעות וזכין לאדם שלא בפניו לכן אם בא הלוה לחזור אינו חוזר בו עיין חו"מ סימן קכ"ה אבל אם השליח הוא עכו"ם או חשו"ק שאינן בני שליחות אז אם בא הלוה לחזור בו יכול לחזור בו כיון שלא זכה המלוה בגוף המעות לכן יכול הלוה לחזור בו, ונהי שאם לא חזר בו הלוה נפטר מאחריות המלוה. כיון שע"פ דברי המלוה נתן לעכו"ם או לחשו"ק מ"מ אם בא הלוה לחזור חוזר כיון שאין שליחות וזכיה לעכו"ם.

יב) **והחיא** דפ' השואל (ב"מ ד' צ"ח) דאמרינן דכשאמר לו השואל שלח לי ע"י איש פלוני נתחייב השואל במשיכת השליח, והקשינו לעיל אמאי יתחייב השואל והלא לא דבר המשלח אל השליח כלל ואין כאן שליחות, יש לתרץ דהנה יש פוסקים דס"ל דמיד שנסתלקו הבעלים משמירתם חייב השומר בשמירתם (עיין חו"מ סימן רצ"א סע' ה' וסימן ש"ז סע' ב' וסימן ש"מ סעי' ד') ולדידהו יש לתרץ בפשיטות דאע"ג שלא דבר השואל כלום עם השליח ולא הוי שלוחו מ"מ חייב השואל דכיון שעל פי דברי השואל נתן המשאיל את פרתו ליד איש פלוני ונסתלקו הבעלים משמירתם לכן חייב השואל באחריות הפרה דאע"ג שאין דין שליחות על האיש הזה מפני שלא דבר המשלח עמו מ"מ חייב השואל באחריות הפרה, ולדידהו אם שלח ע"י עכו"ם או חשו"ק אע"פ שאינן בני שליחות מ"מ חייב השואל שהרי נסתלקו הבעלים משמירתם דלא גרע מאם אמר לו השואל למשאיל הכישה במקל והיא תבוא מאליה שחייב השואל לדעת הפוסקים הנ"ל דמהני סילוק בשומרים כמו"ש הסמ"ע והש"ך בחו"מ סימן ש"מ סע' ז.

יג) **אך** לשיטת הפוסקים דס"ל דסלוק הבעלים לא מהני לחייב את השואל צריך לומר דמשו"ה חייב השואל במשיכת האיש הזה אע"פ שלא דבר השואל עמו מאומה ואין עליו דין שליחות מ"מ חייב השואל מדין זכיה דזכין לארם שלא בפניו אע"ג שאין זה זכות גמור שהרי אם יזכה השליח בעדו את הפרה יתחייב באחריות ואם לא יזכה הפרה בעדו לא יתחייב באחריותו מ"מ מקרי זכות גמור כיון שהשואל ביקש מהמשאיל שישאל לו וגלי השואל את דעתו דניחא ליה בהשאלתו וניחא ליה שישלח ע"י איש פלוני לכן הוה זכות גמור כיון דניחא ליה לשואל בזה וזכין לו לאדם שלא בפניו לכן חייב השואל במשיכת האיש מטעם זכיה ולא מטעם שליחות, ולפי שיטת הפוסקים האלה דוקא אם שלח לו

ע"י איש שהוא בר שליחות אז חייב השואל אבל אם שלחו ע"י עכו"ם או חשו"ק שאינן בני שליחות אין השואל חייב באחריות הפרה דהוי כמו שאמר לו הכישה במקל והיא תבוא שאין השואל חייב. באחריות הפרה לשיטות הפוסקים האלה כדאיתא בחו"מ סימן ש"מ סע' ז'. היוצא מזה דשליחות לא הוי רק אם המשלח דבר עם השליח ועשהו שליח או שעשה אותו שליח בפירוש אפילו שלא בפניו אבל אם אמר הקונה להמקנה שלח לי ע"י איש פלוני ושלחו על ידו לא הוי שליח רק במקום דהוי זכות גמור מועיל מדין זכיה אם בר שליחות הוא אבל במקום שהוא חוב או שהוא עכו"ם וחשו"ק אינו מועיל כלל לא מדין שליחות ולא מדין זכיה ועיין חו"מ סימן כ"א בש"ך סק"ה ובסמ"ע סק"ב ובחתם סופר חלק או"ח סימן ר"א מדין מנהג העולם בשליחות.

יד) **והנה** ההיא סוגיא דפ' איזהו נשך (ב"מ ד' ע"א) איירי שהמשלח לא דבר עם השליח מאומה דז"ל הגמ' שם ישראל שלוה מעות מן הנכרי. ברבית וביקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו אסור ואם העמידו אצל נכרי מותר, וכן נכרי שלוה מעות מישראל ברבית וביקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר וא"ל חנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו מותר ואם העמידו אצל ישראל אסור עכ"ל הגמ' אלמא דבסיפא לא איירי שהישראל הראשון דבר עם הישראל השני ועשה אותו שליח לקבל את המעות מיד העכו"ם רק איירי שהישראל השני דבר עם העכו"ם במעמד הישראל הראשון והישראל נתרצה לזה אך לא דבר מאומה לישראל השני לא עשה אותו שליח לכן לא הוי הישראל השני שלוחו של הישראל הראשון כיון שלא דבר עמו מאומה, רק מדין זכיה אתינן עלה היינו שישראל השני זוכה את המעות מיד הנכרי בשביל הישראל הראשון דזכין לו לאדם שלא בפניו וכ"ש בפניו וזכות הוא לו להישראל הראשון שהישראל השני יזכה בעדו את המעות מיד הנכרי שהרי הוא עומד שם ושומע את דברי הישראל השני שמדבר עם העכו"ם ומבקש ממנו שיתן לו מעותיו בשביל הישראל הראשון ונתרצה לזה לכן שפיר כתבו התוס' שם דמשו"ה אינו אלא חומרא בעלמא וליכא איסורא מדאורייתא משום דבעינן שלוחו של בעל הממון וכיון שבעל הממון הוא עכו"ם שאינו בר שליחות לכן ליכא איסורא דאורייתא, והוא כמו שכתבנו לעיל דבזכיה בעינן שבעל הממון הוא יעשה את ידי שמעון הזכה כידי לוי וכיון שבעל הממון הוא עכו"ם שאין לו שליחות וזכיה לכן אין בכחו לעשות את יד שמעון כידי לוי ואע"ג דבשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון כמו שכתבנו לעיל ואלו דבר הישראל הראשון עם הישראל השני ועשהו שליח בפירוש אזי לא היינו צריכים שהעכו"ם בעל הממון יעשה שליח לישראל השני לזכות לישראל הראשון כיון

שהישראל הראשון כבר עשה שליח לישראל השני שיהא ידו כידו לקבל המעות בעדו מהעכו"ם אך יען דאיירי כאן שהישראל הראשון לא דבר מאומה עם הישראל השני ולא עשהו שליח בפירוש לכן צריך שהעכו"ם יעשה את הישראל השני שיהא הוא שלוחו של הישראל הראשון וכיון שאין שליחות זכיה לעכו"ם לכן מדאורייתא ליכא איסורא רק חומרא בעלמא לכן קאמרה הגמ' בשלמא סיפא לחומרא.

טו) **וכן** משמע סוף הסוגיא דרישא דברייתא מדין זכיה איירי ולא מדין שליחות דהכי איתא שם בסוף הסוגיא רבינא אמר נהי דשליחות לנכרי לית ליה זכיה מדרבנן אית ליה מידי דהוה אקטן, קטן אע"ג דלית ליה שליחת אית ליה זכיה מדרבנן ה"נ לא שנא ע"כ לשון הגמרא אלמא דסוגיא דכאן בזכיה איירי ולא בשליחות ובפרט לפי גירסת הספרים דלא גרסי זכיה מדרבנן אית ליה אלא הכי גרסי רבינא אמר נהי דשליחות לנכרי לית ליה זכיה אית ליה מידי דהוה אקטן, קטן אע"ג דלית ליה שליחות אית ליה זכיה (עיין תוס' כתובות ד' י"א ד"ה מטבילין ותוס' סנהדרין ד' ס"ח ד"ה קטן) אלמא דההיא סוגיא לא איירי בשליחות רק בזכיה שהרי שליחות לית ליה לנכרי ולקטן וזכיה אית להו דאיירי בזכיה ולא בשליחות לכן בעינן שיהא שלוחו של בעל הממון כמו שכתבנו לעיל.

טז) **וכן** משמע מפירש"י דהאי דקתני ואם העמידו אצל ישראל היינו שהישראל הראשון אמר להעכו"ם שיתן את הכסף לישראל השני ולא איירי שהישראל הראשון עשה שליח להישראל השני שיקבל המעות מן העכו"ם דז"ל רש"י שם בשלמא סיפא דקתני אם העמידו אצל ישראל אסור דמשמע שנכרי זה חשוב שלוחו של ישראל עכ"ל רש"י אלמא דאיירי שהישראל דבר עם הנכרי והוא שלוחו ולא איירי שהישראל השני הוא שלוחו של ישראל הראשון וז"ל הטור ביו"ד סימן קס"ט ואם העמידו אצל ישראל ואמר הישראל הראשון לעכו"ם ליתנם לשני עכ"ל אלמא שפירש ג"כ דאיירי שהישראל הראשון לא דבר עם הישראל השני ולא עשאו שליח לקבל רק שהישראל הראשון אמר לעכו"ם שיתן להישראל השני וכל כהאי לא נעשה הישראל השני שלוחו של הראשון והוי כאשה האומרת לבעלה שלח לי גט ע"י איש פלוני דלא נעשה שליח לקבלה בזה א"כ כאן נמי כשאמר הישראל הראשון לעכו"ם שלח לי מעותי ע"י הישראל השני לא נעשה הישראל השני שלוחו של הישראל הראשון ואם היה העכו"ם בר שליחות וזכיה היה יכול העכו"ם לזכות להישראל השני דזכין לאדם שלא בפניו ומכ"ש בפניו אבל כיון שבעל הממון עכו"ם אין בכחו לעשות את ידי הישראל השני כידי הישראל הראשון לזכות בעדו לכן אינו אלא חומרא בעלמא.

פרק יז

א) **ובזה** שכתבנו יתורצו כל הקושיות הנ"ל:
הקושיא הראשונה שהקשינו לעיל (פרק י"ד אות ב' ג' ד') דכיון דבע"כ בעינן שיהא יד שמעון השליח כיד לוי המקבל מתנה א"כ למאי אנו צריכין שיהא שמעון שלוחו של ראובן בעל הממון כיון שבעל הממון בעצמו היה שם, ובדברינו ניחא דודאי בשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון כיון שלוי עשה לשמעון שליח שיקבל מתנה מראובן תו אין אנו צריכין שראובן בעל הממון יעשה את שמעון לשליח ואין הדברים אמורים אלא בזכיה שלוי לא עשאו לשמעון בפירוש שיהא שלוחו ולענין שליחות בעינן דעת בפירוש כדאמרינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם לכן בעינן שראובן בעל הממון הוא יעשה לשמעון שליח בעד לוי שיהא יד שמעון כיד לוי וממילא אם בעל הממון הוא עכו"ם אין בכחו למנות את שמעון שליח בעד לוי ולענין זכיה אינו מועיל שאם העכו"ם נתן חפץ לשמעון שיזכה בו ללוי לא קנה לוי, אבל אם לוי מינה את שמעון לשליח בפירוש לקבל מתנה מעכו"ם בעדו יוכל שמעון לקנות בעד לוי דדוקא בזכיה בעינן שלוחו של בעל הממון ולא בשליחות

ב) **וכן** הקושיא השניה שהקשינו לעיל (פרק הנ"ל את ה') כיון דהשליח נעשה שלוחו של בעל הממון איך נעשה גם שלוחו של הזוכה והא לא חזרה השליחות אצל המשלח, וכדברינו יתורץ גם זה שהשליח הזוכה אינו נעשה שליח לשניהם לבעל הממון ולהמקבל כמו דמשמע מדברי האחרונים רק שהשליח הזוכה הוא נעשה שליח ללוי המקבל לבד אבל לבעל הממון אינו נעשה שליח כלל רק הבעל הממון הוא ממנה את שמעון שיהא שלית בעד לוי ויהא יד שמעון כיד לוי זהו מעשיו של בעל הממון אבל השליח אינו נעשה שלוחו של בעל הממון ואינן נעשין ידי השליח כידי בעל הממון רק ידי השליח נעשין כידי לוי המקבל.

ג) **וכן** הקושיא השלישית שהקשינו לעיל (בפרק הנ"ל אות ו') איך יכול אדם לעשות שליח לקנות לו קרקע או מטלטלין מן העכו"מ כיון דבעינן שלוחו של בעל הממון, שהוא המוכר או הנותן שהוא בעל החפץ וכיון שאין שליחות לעכו"מ איך יקנה המשלח את החפץ שקנו מעכו"מ ובדברינו יתורץ גם זאת דבשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון כיון שהמשלח עושהו בפירוש לשליח רק בזכיה לבד בעינן שלוחו של בעל הממון ובזכיה בודאי אינו יכול לזכות מעכו"ם לישראל דאין שליחות וזכיה לעכו"מ.

ד) **כן** הקושיא שהקשינו לעיל פרק ט"ו מאות א' עד אות ו' איך תועיל זכיה למאן דס"ל דזכיה הוא מטעם שליחות והלא בשליחות בעינן דעת המשלח בפירוש מה אתם

לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם ובזכיה ליכא דעת המשלח בפירוש יתורץ ג"כ בדברינו דודאי אם נפרש זכיה מטעם שליחות דאנן סהדי שלוי המקבל עשהו שליח לשמעון שיזכה בעדו בודאי יש להקשות כמו שהקשינו לעיל דמה מועיל האומדנא הזאת דאמדינן דעתו של לוי כי אלמלי ידע שכן הוא שראובן זיכה חפץ על ידי שמעון בעדו היה עושה לוי לשמעון שליח שיזכה בעדו כיון דעכ"פ השתא לא ידע לוי מאומה מזה הרי לא נעשה שמעון שלוחו של לוי דבשליחות בעינן דעת בפירוש, אבל לפי שהוכחנו אין הפירוש כן רק הפירוש דזכיה מטעם שליחות הוא שיש כח ביד ראובן בעל הממון שהוא ימנה את שמעון שיהא שליח ללוי ויהיו ידי שמעון כידי לוי וכיון שכן הרי יש כאן דעת בפירוש מה שבעל הממון עושה את שמעון שליח ללוי ובדעת ראובן נתמנה שמעון כדין שליחות מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם.

ה) **כן** הקושיא החמישית שהקשינו (בפרק הנ"ל אות ו') על דברי הר"ן דר"פ האיש מקדש דכיון דזכיה היא מטעם שליחות א"כ מאי שנא שהעבד יש לו זכיה ואין לו שליחות ומה תיקן ומה תירץ הר"ן בזה שכתב שהעבד אינו דומה לקטן שהקטן אין לו יד כלל והעבד יש לו יד בעצמו רק שלא יצא הגט מיד רבו, ובדברינו יתורץ דהנה אם אפילו נימא דזכיה הוא מטעם שליחות מ"מ חלוק קל יש ביניהם דשליחות עושה העבד שליח לקבל את גיטו מיד רבו, והעבד הוא העושה את ידי השליח כידיו אבל בזכיה אע"פ שהזוכה את הגט לעבד הוא שלוחו של העבד דזכיה הוא מטעם שליחות מ"מ מי עושה את ידי הזוכה כידי העבד הוא האדון הוא עושה את ידי הזוכה כידי העבד, שהרי האדון הוא הבעל הממון בזה כמו שכתבנו לעיל דבזכיה הבעל הממון הוא עושה את ידי שמעון השליח כידי המקבל, אבל בשליחות המקבל הוא העושה את ידי השליח כידיו.

ו) **ועל** זה חילק הר"ן בין עבד לקטן וכתב דמה שאין לו שליחות לעבד לאו היינו משום שאין לו יד כלל כקטן פירוש דגבי קטן ס"ל להר"ן כיון שאין לו שליחות אין לו נמי זכיה מדאורייתא דזכיה הוא מטעם שליחות וכמו שאין לו שליחות לקטן כך אין לו זכיה לקטן מדאורייתא, ואע"ג שכתבנו דהא דאמרינן זכיה מטעם שליחות אין הפירוש שהמקבל עושה את הזכה לשליח בעדו רק שבעל הממון יש בכחו למנות שליח בעד המקבל, א"פ יש לתמוה לכאורה אמאי אין זכיה לקטן מדאורייתא, והלא כיון שבעל הממון הוא איש גדול ובר שליחות יש לן לומר שיהא בכחו למנות שליח בעד הקטן, ומה איכפת לן מה שהמקבל הוא קטן ואין בכחו למנות שליח והלא כיון שבעל הממון שעושה את השליח הוא גדול יש לנו לומר שיהא בכחו למנות שליח בעד הקטן, מ"מ אין זה תימא דאע"פ שהקטן אינו עושה את השליח בזכיה מ"מ בעינן שיהא המקבל

בר שליחות, דהכי קאמרינן שבשביל מי יש בכחו של בעל הממון למנות שליח לחבירו המקבל דוקא אם המקבל הוא בר שליחות, ואם המקבל היה רוצה למנות שליח בעדו לקבל היה יכול כי הוא בר שליחות לאיש כזה יש גם בכחו של בעל הממון למנות שליח בעדו אבל במקום שהמקבל הוא קטן או עכו"ם ואלו רצה המקבל למנות שליח בעדו לא היה יכול, א"כ גם בעל הממון אין בכחו למנות שליח בעדו.

ז) **וזהו** שכתב הר"ן דמה שאין שליחות לעבד לאו היינו שאין לו יד כקטן אלא יש לו יד לעבד מצד עצמו אך מה שאין יכול להשתחרר ע"י עצמו הוא מטעם שלא יצא השחרור מיד רבו דגמר לה לה מאשה דבעינן שיצא הגט מיד בעלה ולית ליה לר"ש ב"א גיטו וידו באין כאחד, הלכך אע"ג דלכאורא יש לומר דכשהעבד עושה שליח יש להועיל כיון שהעבד יש לו יד בעצמו לקבל גיטו מיד רבו ואינו דומה לקטן ואין כאן גריעותא כשהעבד מקבל את גיטו מיד רבו רק כיון שידי העבד קנויים הם לרבו כחצרו ושורו וחמורו א"כ לא יצא הגט מרשות רבו, א"כ לא שייך זה רק אם העבד בעצמו מקבל את הגט בידיו איכא למימר שלא יצא הגט מרשות רבו אבל אם העבד עושה שליח לקבל גיטו מיד רבו כיון שידי השליח אינן קנויין לרבו כשורו וחמורו א"כ הרי יצא הגט מרשות רבו, מ"מ מספקא ליה להגמ' שלא יועיל מה שהעבד עושה שליח לקבל גיטו מיד רבו, כיון שכל כחו ואלמותו של השליח לא באה רק מכח העבד שעשאו שליח א"כ לא עדיף השליח ממשלחו וכשם שאם בא הגט ליד העבד לא היה מועיל מפני שלא יצא הגט מרשות רבו כך כשבא הגט ליד שלוחו של העבד ג"כ אינו מועיל דלא עדיף השליח מכח דאתא מיניה שהוא העבד, וכל זה לא שייך רק בשליחות אבל בזכיה נהי דזכיה הוא מטעם שליחות מ"מ מי הוא העושה את השליח שיהא שלוחו של העבד לא העבד בעצמו הוא העושה את ידי השליח כידו שנאמר שהשליח מושך כחו של משלחו העבד ולא עדיף השליח מהעבד ואין לו זכות יותר ממנו, רק השליח הוא בא מכח האדון וא"כ כיון שיצא השחרור מרשותו של האדון וגם העבד בר שליחות הוא מצד עצמו משום הכי מועיל שפיר, דבשלמא אם היינו אומרים דמה שאין העבד יכול לעשות שליח הוא מטעם שאין לו יד לעבד אז בודאי לא היה יכול גם אחר לעשות שליח עבורו כמו שבארנו לעיל גבי קטן דמשום שאין לו יד לקטן ואינו יכול למנות לעצמו שליח לכן גם אחרים אינם זוכים בעדו, אבל כאן שהעבד יש לו יד לעצמו אך הטעם הוא מה שאין העבד יכול לעשות שליח הוא מפני כיון שהשליח הוא בא מכח העבד א"כ מקבל השליח את כחו של העבד ולא עדיף השליח ממשלחו דאתא מכחו אבל גבי זכיה לא בא הזוכה מכח העבד רק מכח האדון לכן מהני שפיר א"כ מתורצת הקושיא החמישית הנ"ל.

ח) **וכן** הקושיא הששית שהקשינו לשיטת התוס' ורש"י ושאר מפרשים דס"ל דזכיה הוא מטעם שליחות א"כ אמאי מספקא להו להתוס' אם יש זכיה לקטן מדאורייתא או לא כיון דשליחות אין לו לקטן והיינו אם היה הקטן עושה שליח בפירוש לא הים מועיל ואיך מועיל הזכיה מדאורייתא, ובדברינו מתורצת גם זאת דנהי דזכיה היא מטעם שליחות מ"מ חילוק יש ביניהם דשליחות המקבל עושה וזכיה בעל הממון עושה לכן ניחא דשליחות אין לו לקטן כיון שאין לו דעת וכל מעשה קטן אינם לא מעלים ולא מורידים לכן אם הקטן עושה שליח ג"כ לאו כלום היא, אבל אם אדם בן דעת זוכה חפץ בעד הקטן קנה הקטן שפיר דבזכיה בעל הממון שהוא בן דעת הוא עושה שליח לקטן לכן מהני שפיר לשיטת התוס' דס"ל שיש זכיה לקטן מדאורייתא דחילוק גדול יש בין מעשה קטן דלאו כלום הוא למעשיו של גדול שמעשיו קיימים, ולא ס"ל לרש"י ותוס' כסברת הר"ן שהבאנו לעיל דס"ל שאין זכיה לקטן מדאורייתא דאע"ג שבעל הממון הוא העושה שליח ולא הקטן מ"מ ס"ל שאין זכיה לקטן מדאורייתא כיון שאין הקטן יכול למנות שליח בעדו לכן גם הגדול אינו יכול למנות שליח בשביל הקטן לזכות בעדו לכן ס"ל להר"ן שאין זכיה לקטן מדאורייתא, אבל רש"י ותוס' לא ס"ל כן רק ס"ל כיון דבזכיה בעל הממון הוא עושה שליח בעד הקטן לכן מהני שפיר מדאורייתא ואינו דומה לשליחות שאינו מועיל מדאורייתא דהתם הקטן עושה ובזכיה בעל הממון הגדול הוא העושה את השליחות.

ט) **וכן** הקושיא השביעית שהקשינו להסוברין שאין זכיה לקטן מדאורייתא וסברי נמי דזכיה היא מטעם שליחות, מ"ש שאין שליחות לקטן אפילו מדרבנן ומ"ש שיש זכיה לקטן מדרבנן כיון דזכיה ושליחות חדא מילתא היא, אמאי לא תיקנו רבנן שליחות לקטן כמו שתיקנו זכיה לקטן, ובדברינו יתורץ גם זאת דודאי חילוק גדול יש בין מעשיהם של חרש שוטה וקטן למעשיהם של אנשים גדולים ובני דעת דבשליחות כשהקטן עושה שליח לאו כלום הוא לכן אין שליחות לקטן אפילו מדרבנן אבל בזכיה כיון שהגדול בעל הממון הוא עושה שליח בעד הקטן לכן מהני שפיר מתקנתא דרבנן, ונהי דס"ל דמדאורייתא אין לו לקטן זכיה משום שהוא בעצמו אינו יכול למנות שליח בשבילו לכן גם אחרים אינם יכולים למנות שליח בעד הקטן, אבל מדרבנן מיהת תקינו רבנן זכיה לקטן כיון שאין כאן מעשה קטן רק מעשה גדול ובן דעת שהוא בעל הממון לכן מהני שפיר מדרבנן, דוגמא לדבר מצינו גבי קטנה יתומה כשקבלו אמה או אחיה קידושין בעדה תקינו לה רבנן דהוי קידושין אבל כשהקטנה בעצמה קבלה קידושין בעדה לא

מהני אפילו מדרבנן עיין יבמות ד' ק"ז ובאה"ע סימן קנ"ה ס"ב אלמא שלא חששו רבנן כלל למעשיהן של חש"ו ואפילו מדרבנן לא אלמוהו למעשיהם.

פרק יח

א) **ויש** להביא ראיה לדברינו דבשליחות לא בעינן דנהוי השליח שלוחו של בעל הממון רק בזכיה לבד בעינן שלוחו של בעל הממון דבב"ק ד' ק"ב איתא הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטים ולקח מהם שעורים שעורים ולקח מהם חטים תנא חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו ותני חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע, אמר ר' יוחנן לא קשיא וכו' הא ר' מאיר דאמר שיטי קונה והא ר' יהודא דאמר שינוי אינו קונה וכו' מחכו עלה במערבא לר' יוחנן אליבא דר' יהודא וכי מי הודיע לבעל חטים שיקנה חטים לבעל המעות, מתקיף לה רב שמואל בר ססרטי אי הכי אפילו חטים וחטים נמי לא אמר רבי אבוהו שאני חטים וחטים דשליחותיה קעביד וכי בעל הבית דמי עכ"ל הגמ' אלמא חזינן דאף שאין בעל הממון יודע למי להקנות אפילו הכי קני המשלח משום שידי השליח הם כידי המשלח, ואי נימא דאפילו בשליחות בעינן שלוחו של בעל הממון, א"כ תקשה אמאי קנה המשלח כיון שאין בעל הממון יודע למי להקנות, אלא מוכח מכאן דגבי שליחות לא בעינן שבעל הממון יעשהו שליח לכן קנה המשלח שפיר כיון שהשליח לא עקר שליחותו ועדיין ידי השליח כידי המשלח לכן קנה המשלח שפיר ולא איכפת לו מאומה אם בעל הממון יודע למי להקנות או לא.

ב) **אבל** בזכיה בעינן שיהא שלוחו של בעל הממון לכן לענין היכא ששינה השליח את שליחותו שאמר לו לקנות שעורים וקנה חטים שעקר השליח את שליחותו פריך הגמ' וכי מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטים לבעל המעות דבשלמא אם בעל החטים היה יודע למי להקנות והיה מקנה את החטים לבעל המעות היה מועיל שפיר והיה קונה בעל המעות את החטים מטעם זכי' דנהי שעקר השליח את שליחותו של בעל המעות שהרי בעל המעות אמר לו ליקח שעורים והוא לקח חטים נמצא שאינו שלוחו עוד וכאיניש דעלמא דמי, מ"מ מהני מטעם זכיה היינו שבעל החטים הוא עושה את השליח שיהא שלוחו של המשלח כדין זכיה בכל מקום שיש ביד בעל הממון למנות שליח לחבירו ולעשות את ידי שמעון כידי לוי וכאן בעל החטים מקרי בעל הממון כיון שהחטים שלו הם, וכל זה היה מועיל מטעם זכיה אם בעל החטים היה יודע למי להקנות אבל כיון שאין בעל החטים יודע למי להקנות, א"כ בעל החטים לא עשה שום שליח בעד המשלח וגם דברי המשלח שעשאו שליח כבר נעקרו כיון ששינה השליח את שליחותו לכן פריך הגמ' שפיר וכי מי הודיע לבעל חטים שיקנה חטים לבעל המעות א"כ יש ראי' ברורה

מהגמ' דב"ק הנ"ל שיש חילוק בין זכיה לשליחות דבזכיה בעינן שלוחו של בעל הממון ובשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון כמו שכתבנו לעיל.

ג) **וראיתי** בס' מחנה אפרים ה' שלוחים סימן ט"ו שכתב דמה דאמרינן כאן שאם הודיעו לבעל החטים שיקנה החטים היה קונה המשלח אע"ג דעקר השליח את שליחותו הוא מדין עבד כנעני דכשאומר ראובן לשמעון הילך מנה ויקנה לוי את שדך קנה לוי את שדהו מדין עבד כנעני כדאיתא במס' קידושין דף ז' והבאנו לעיל ע"ש. א"כ כאן נמי כשנותן השליח את מעותיו להמוכר והודיעו ואומר לו שבמעות האלו יקנה פלוני המשלח את חטיך קנה המשלח מדין עבד כנעני ע"ש בס' מח"א. ולי דבריו תמוהים מאד דאיך יקנה מטלטלין בכסף והלא מעות אינן קונות ודין עבד כנעני שהלוקח אינו נותן כלום ממעותיו לא עדיף משאר לוקחים דעלמא שאינן קונין בכסף את החטים ואת המטלטלין ואיך יקנה המשלח את החטים במעותיו של השליח ועד כאן לא מצינו דין עבד כנעני רק בקרקעות או בעבדים או בקידושי אשה שכל אלה נקנים בכסף לכן כשם שהיה מועיל כספו של הלוקח והמקדש לקנות ולקדש את האשה כך מועיל כספו של איש אחר שנותן בעד הלוקח והמקדש והעבד אבל במטלטלין שגם כספו של הלוקח אינו מועיל כלום איך יועיל כספו של האיש האחר שנותן בעד הלוקח, ועוד דלפי דברי המח"א קונה המשלח תיכף כשנתן השליח את המעות למוכר אפילו אם עדיין לא משך כיון דמדין עבד כנעני, והאמת אינו כן כדאיתא בחו"מ סימן קפ"ג ס"ד דמשמע התם בפירוש שהקנין לא נגמר משעת נתינת הכסף רק משעת משיכת השליח ולדבריו שכתבנו ניחא דמשום זכיה הוא זה דכיון שהודיעו לבעל החטים שהוא קונה את החטים למשלחו לכן בעל החטים עשה את ידי השליח כידי המשלח כדין זכיה בכל מקום שיש כח ביד בעל הממון לעשות את ידי שמעון כידי לוי לכן קונה המשלח במשיכת השליח ולא במעותיו של השליח כי מעות אינן קונות.

ד) **ובדברינו** שכתבנו יש לתרץ עוד קושיא אחת שראיתי בגליון שו"ע חו"מ של הרב הגאון רבי אליעזר גארדאן ז"ל אב"ד דק' טעלז דהנה מרן המחבר בחו"מ סימן קנ"ו סע' כ' פסק דבמעמד שלשתן אין הנותן יכול לעשות שליח אבל אם הנותן בעצמו אמר לנפקד במעמד שליח המקבל יש מי שאומר דמהני והוא שעשאו המקבל שליח בפירוש אבל אם לא עשאו המקבל שליח בפירוש אלא שאמר ראובן לשמעון בפני לוי מנה שיש לי בידך תנהו ללוי שיזכה בו ליהודא יכול לחזור בו יעו"ש בחו"מ ובגליון הנ"ל הקשה כיון שהנותן אינו יכול לעשות שליח א"כ אמאי מועיל מה שהמקבל עושה שליח כיון דבעינן שלוחו של בעל הממון ובמעמד שלשתן הבעל הממון שהוא הנותן אינו בדין שליחות

אמאי יועיל שליחות המקבל ובדברינו יש לתרץ זאת דבשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון ורק בזכיה בעינן שלוחו של בעל הממון ובמעמד שלשתן פסק המחבר דבעינן שהמקבל יעשה שליח בפירוש אבל זכיה אינה מועילה במעמד שלשתן כגון אם ראובן אמר לשמעון בפני לוי מנה שיש לי בידך תנהו ללוי שיזכה בי ליהודא אינו מועיל כמו שפסק המחבר שם וכיון שהמקבל עשהו שליח בפירוש לכן מועיל מעמד שלשתן בפני שליח המקבל אע"פ שהנותן אינו יכול לעשות שליח דבשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון רק בזכיה וכאן שליחות היא ולא זכיה לכן מועיל שפיר.

פרק יט

א) **הנה** הרא"ש בתשובה כלל ס"ב סימן ה' כתב וז"ל ילמדנו רבינו ראובן שהיה לו שטר על כותי ונתנו לשמעון לגבותו וגבאו מיד ואמר לראובן שנתן לכותי זמן שני חדשים אמנם אם ירצה יתן לו שטר אחר משלו בפרעון שטרו וכן עשה, עתה אמר ראובן ששמעון נתן לו שטרו על תנאי שאם יגבו בתוך ב' חדשים ואם לאו שלא היה רוצה בחליפין ושמעון אומר שנתנו לו בלא תנאי יורנו אם יש שבועה ביניהם. תשובה השטר שנתן שמעון לראובן צריך היה שיקנה לו בכתיבה ובמסירה דאין אותיות נקנות במסירה עד שיכתוב וימסור והעדים שהיו בקנין המסירה אם הם אינן מעידים על תנאי אז חליפין גמורים הן בלי תנאי כיון שלא נעשה התנאי בפני עדים ואם לא היו עדים בקנין היאך יכול ראובן לגבות השטר יאמר הלוה לאו בעל דברים דידי את ואם יש עסק שבועה ביניהם גם על השטרות נשבעין מדרבנן מידי דהוה אקרקעות עכ"ל תשובת הרא"ש שם ומרן הב"י בטור חו"מ סימן ס"ו תמה על זה וכתב ויש לתמוה עליו דכיון ששמעון גבאו מיד כבר זכה ראובן באותן המעות ושלו הם ובשביל ששמעון הטעהו לא הפסיד זכותו והקצוה"ק סימן קכ"ג ס"ק ג' תירץ דמשו"ה לא קנה באותן המעות שגבה שמעון בשבילו מהעכו"ם דכיון שהנותן המעות הוא עכו"ם שאינו בר שליחות לכן לא יוכל הישראל לזכות בעד ישראל חבירו במעותיו של עכו"ם דבעינן שיהא שלוחו של בעל הממון כמו"ש התוס' בפ' איזהו נשך ד' ע"א דבעינן שלוחו של בעל הממון לכן לא יכול הישראל השני לקנות המעות של העכו"ם בעד הישראל הראשון ע"ש בקצוה"ח. ולפי מה שכתבנו והוכחנו דבשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון רק בזכיה לבד בעינן שלוחו של בעל הממון אינו מיושב תירוצו של הקצוה"ח דכאן כיון שאמר לו ראובן לשמעון ונתן לו שטרותיו שיגבה חובו מהעכו"ם א"כ הוי שמעון שלוחו של ראובן ובשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון א"כ נשאר קושית מרן הב"י על הרא"ש.

ב) **ונראה** לי לתרץ את דברי הרא"ש דלפי הענין משמע שכך היה המעשה שנתן לו שמעון לראובן שטרותיו שיש לו על לוי בפרעון שטרותיו שיש לו על העכו"מ וטען ראובן שהיה תנאי ביניהם שאם יגבו מלוי בתוך ב' חדשים אז חליפיהם קיימים ואם לא יגבו מלוי בתוך שני חדשים אזי יתבטלו החליפין ויחזיר ראובן לשמעון את שטרותיו של לוי ושמעון יחזיר לו שטרותיו של העכו"מ ולבסוף לא פרע לוי שטרותיו בתוך ב' חדשים ורוצה ראובן לבטל החליפין ושמעון מכחישו ואומר שלא היה שום תנאי ביניהם לכן החליפין קיימים אע"פ שלא גבו מלוי את שטרותיו. והנה בעת ששאל השואל את השאלה הזאת מהרא"ש כבר ידעו הכל כי שמעון הטעה את ראובן מתחלה ולא אמר לו את האמת שכבר גבה מהעכו"מ מיד, שהרי השואל סיפר את המעשה להרא"ש כי כן היה שגבה שמעון מהעכו"מ מיד, והטעה את ראובן ואמר לו שנתן זמן להעכו"מ שני חדשים, ואפילו הכי לא טען ראובן מאומה מזה ואינו רוצה לבטל את החליפין מפני הטעות הזה, ומסתמא נתרצה ראובן בשטרותיו של לוי אף שיש מעות מזומנים ביד שמעון מ"מ רוצה ראובן למחול לשמעון את המעות שבידו של שמעון וליקח שטרות תחתיהן אם אך יקויים תנאו ויגבה מלוי את שטרותיו בתוך שני חדשים כך, משמע מסגנון טענותיהם של ראובן ושמעון שהציע השואל שלא היה שום טענה והכחשה ביניהם רק בענין התנאי של שני החדשים מפריעת לוי אבל לא היה שום טענה והכחשה שניהם משום הטעות שהטעה שמעון את ראובן וע"פ דברי השואל האלה שהציע טענות התובע והנתבע שפיר פסק הרא"ש שיש ביניהם שבועה אם היה תנאי או לא וכן יש לברר הדבר ע"י עדי המסירה אם היה תנאי או לא, אבל משום הטעות לא דגרע החליפין כי משמע מדברי השואל שגם אח"כ כשידע ראובן את האמת שגבה מעותיו מהעכו"מ מיד מ"מ נתרצה ראובן לחליפין לכן לא טען ראובן מאומה משום הטעות רק משום התנאי לכן לא פסק הרא"ש מאומה לבטל החליפין משום הטעות שהטעה שמעון את ראובן.

ג) **והנה** בבאר הגולה סימן ק"ה הביא בשם רבינו ירוחם וז"ל ראובן שלח שלוחו ליקח יין מהעכו"ם בחובו וכן עשה ומשכו והגביהו על העגלה וכשהביאו לעיר נתנו לשמעון שהיה חייב לו כמו כן וראובן תובע היין משמעון ופסק דאין שליחות, לעכו"ם ועוד דהוה ליה שליח תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ועוד דדילמא קיי"ל כר"ש דישראל במשיכה ולא מיד עכו"ם אלא בכסף עכ"ל וכן הובאו דברי רבינו ירוחם אלה בסמ"ע סימן ק"ה ס"ק ב' ובקצוה"ח ס"ק ה' ובתומים ס"ק ד' ע"ש והנה מה שכתב הטעם הראשון דמשו"ה לא קנה ראובן מיד משום שאין שליחות לעכו"ם בודאי הפירוש הוא משום דבעינן שלוחו של בעל הממון כמו"ש התוס' בב"מ ד' ע"א שהבאנו לעיל דמטעם אחר

ליכא למימר כאן דאין שליחות לעכו"ם שהרי השליח והמשלח ישראלים הם רק שבעל הממון הוא עכו"ם ומוכרח לומר דמשום שלוחו של בעל הממון נגעו בה דכיון דבעל הממון הוא עכו"ם שאינו בר שליחות לכן קאמר רבינו ירוחם שאין שליחות לעכו"ם וכ"כ הקצוה"ח שם ס"ק ה' דמשום דבעינן שלוחו של בעל הממון לכן לא קנה המשלח כיון דבעל הממון הוא עכו"ם וכ"כ הנתיבות ס"ק א' שם (ועיין תומים סימן ק"ה ס"ק ד') ולדברינו לא אתי שפיר מה שכתב שאין שליחות לעכו"ם דכיון שראובן עשה שליח ליקח את היין מעכו"ם א"כ לא בעינן עוד שיהא השליח שלוחו של עכו"ם שהוא בעל הממון דדוקא בזכיה בעינן שלוחו של בעל הממון ולא בשליחות ובודאי אם ראובן לא היה עושה שליח להישראל השני רק שהעכו"ם זיכה ונתן ביד הישראל השני שיקנה בו להישראל הראשון אז היה שייך שפיר לומר שאין שליחות לעכו"ם משום דבעינן שלוחו של בעל הממון אבל כיון שראובן עשה שליח בפירוש להישראל השני שיקח את היין מעכו"ם א"כ אין אנו צריכין עוד שיהא שלוחו של העכו"ם שהוא בעל הממון א"כ דברי רבינו ירוחם צריכין ביאור לדברינו.

ד) **ונראה** לבאר את דברי רבינו ירוחם, דהנה ידוע דבשליחות וזכיה צריך המשלח לומר לשון המועיל לשליחות וזכיה ואם לא אמר לו לשון המספיק לשליחות וזכיה לא מהני מידי וכן אמרינן בב"מ ד' י' דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי לכן לא מהני וכן הוא בחו"מ סימן רס"ט סע' ו' ועיין סימן קכ"ה לענין לשון הולך ותן אי הוי כזכי או לא ועיין בחו"מ סימן קפ"ג סע' ד' שיש חילוק בין שאמר לשלוחו זבין לי אז קנה המשלח תיכף כשמשך השליח אבל אם אמר אייתי לי דאזבין לא זכה המשלח. והנה בנידון דרבינו ירוחם לפי מה שהעתיקו האחרונים את לשונו ראובן ששלח שלוחו ליקח יין מהעכו"ם בחובו משמע שראובן אמר לשלוחו לך וקח לי יין מהעכו"ם בחובי, א"כ יש להסתפק על לשון קיחה אם הוא לשון קנין וזכיה והוי כמו שאמר לשלוחו לך וקנה לי יין מהעכו"ם בחובי דבודאי מועיל וכיון שמשך השליח תיכף זכה ראובן ויוכל היות דלשון קח לי לא הוי לשון קנין רק הוי כמו שאמר לשלוחו לך והבא לי יין מהעכו"ם דכהאי גונא לא הוי שלוחו לקנות במשיכתו של השליח, והנה באמת מצינו לפעמים דלשון קיחה הוא לשון קנין א"כ כשאומר לשלוחו לך וקח לי יין מהעכו"ם בחובי הוי שליחו שפיר, ומצינו ג"כ דלשון קיחה אינו לשון קנין רק הוא לשון שיקח את החפץ בידו וכמו שנאמר ולקחתם לכם ביום הראשון פרי עץ הדר ונאמר בענין אברהם ועתה הנה אשתך קח ולך וכן נאמר ואיש אשר יקח את אחותו (ויקרא כ') וכל אלה אינם לשון קנין רק קיחה ברשותו או בידו ויוליך אל שהרי אין קידושין תופסין באחותו ולשון קיחה בזה אינו אלא שיביאה

אצלו וכן לענין אברהם שכבר היתה אשתו ואין זה לשון קנין רק שיקח אותה עמו וילך עמה וכן כל כיוצא בהם מצינו דלשון קיחה אינו לשון קנין, א"כ כשראובן אמר לשלוחו קח לי יין מהעכו"ם בחובו איכא למימר שאין כונתו שהשליח יקנה את היין במשיכתו רק שיקח את היין מהעכו"ם ויביאם אל ראובן המשלח וראובן הוא ימשוך אותם ויקנה אותם ולא עשאו שליח לקנות, א"כ אם אפילו העכו"ם אמר להשליח זכה ביין זה בשביל ראובן ג"כ לאו כלום דבזכיה קי"ל דבעינן שלוחו של בעל הממון וכיון שבעל הממון הוא עכו"ם שאינו בר שליחות לכן לא מהני מידי, א"כ מיושב בזה דברי רבינו ירוחם שפסק דמשום שאין שליחות לעכו"ם לכן לא קנה המשלח משום דס"ל דלשון קיחה אינו לשון קנין רק לשון הבאה וא"כ לא נעשה שלוחו לקנות ולא אתינן עלה רק מטעם זכיה ובזכיה בעינן שלוחו של בעל הממון ואולי מספקא ליה לרבינו ירוחם בזה אי הוי לשון קנין או לאו לכן צירף בזה עוד טעמים אחרים כמו שהעתקנו דבריו לעיל.

ה) **ואולי** גם דברי תשובת הרא"ש יש ליישב כן בזה כי שם איתא הלשון ראובן שהיה לו שטר על כותי ונתנו לשמעון לגבותו, א"כ משמע שראובן נתן את השטר לשמעון ואמר לו הנני נותן לך השטר לגבותו מהעכ"ם, א"כ יש להסתפק ג"כ אם הוא לשון המועיל בשליחות או לא, ואולי לא עדיף מהאומר לחבירו לך משוך פרה זו לקנותה דלא קני דלא הוי לשון קנין לאלתר רק הוא לשון להבא או לא הוי לשון קנין כלל כדאיתא בב"מ ד' ט' ובחו"מ סימן קצ"ז סע' ו' דלשון לקנות לא הוי לשון קנין א"כ לשון לגבותו לא עדיף מלשון קנותו א"כ לא עשאו שליח שיקנה השליח במשיכתו בעד ראובן רק שראובן עשה שליח לשמעון שיגבה שטרותיו מהעכו"ם ויביא את המעות לראובן המשלח ואז יקנה המשלח וכל זמן שלא משך ראובן את המעות עדיין המעות הם של עכו"ם ואם רוצה השליח יחזיר את המעות להעכו"ם ומחזר את שטרותיו של ראובן לראובן וכיון דשמעון לאו שלוחו של ראובן הוא לכן אפילו אם זיכה העכו"ם את המעות ונתנם ביד שמעון ואמר לו שיזכה בהם לראובן ג"כ אינו מועיל דבזכיה בעינן שלוחו של בעל הממון וכיון שבעל הממון עכו"ם הוא לכן אינו מועיל ושפיר פסק הרא"ש שראובן לא זכה בהמעות שגבה מהעכו"ם, ואולי אם היה ראובן אומר לשמעון גבה מהעכו"ם את חובי היה מודה הרא"ש דשמעון הוי שלוחו של ראובן ולא בעינן שלוחו של בעל הממון והיה השליח זוכה המעות תיכף בשביל ראובן המשלח, ואולי אף באומר גבה אין זה לשון קנין וזכיה ואינו דומה לאומר קנה דהרי יכול להיות שלא עשאו שליח רק לגבות מהעכו"ם וראובן יקנה אח"כ בהמעות כמו האומר אייתי לי דלא הוי לשון שליחות, ואולי בזה פליגי הרא"ש עם מרן הב"י אם לשון גבה הוי כאומר קנה או לא.

פרק כ

א) **ובזה** שכתבנו שיש חלוק בין זכיה לשליחות דבשליחות ל"ב שלוחו של בעל הממון יש לישב דבר הנו"ב מהדו"ק חלק חו"מ סימן ל' אות ט' שכתב לענין נידון דידיה דאירי לענין שליחות כשעשה ישראל לישראל חבירו לקבל מן העכו"ם ורצה השואל לומר דלא קנה המשלח משום שאין שליחות לעכו"ם והשיב לו הנו"ב וז"ל ודברים בטלים הם שאין זכות לישראל לצורך עכו"ם או שעכו"ם יזכה לצורך ישראל אבל שישראל יזכה לצורך ישראל מן העכו"ם ודאי יש שליחות עכ"ל הנו"ב. והקצוה"ח סומן קס"ג ס"ק א' כתב עליו וז"ל וכמה הרחיק הגאון הנזכר את הדבר עד שחשבו לדברים בטלים והלא הוא הדבר מבואר כן בתוס' שזכרנו עכ"ל הקצוה"ח והוא בתוס' ב"מ דף מ"א שכתב דבעינן שלוחו של בעל הממון, ובאמת קושית הקצוה"ח על הנו"ב קושיא חמורה היא וליכא למימר דאשתמיט ליה ושכח הנו"ב את התוס' הנ"ל שהרי השואל רמז וכתב לו בהדיא את התוס' דפ' הרבית ע"ש איך לא יעיין בהם הנו"ב ובדברינו ניחא דהתוס' לא כתבו כן דבעינן שלוחו של בעל הממון רק לענין זכיה ולא לענין שליחות, ושפיר כתב הנו"ב דלענין נידון דידיה דאירי בשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון.

ב) **והנה** הנו"ב מהדו"ק חלק אה"ע סימן ע"ז בנידון גט בע"כ שניתן ע"י שליח והגאון בעל נו"ב כתב שהגט פסול דכיון שעבירה היא לגרש בע"כ וקי"ל אין שליח לדבר עבירה וכיון שאין שליח לדבר עבירה נתבטלה השליחות, והגאון ר' יצחק הלוי הקשה עליו מהא דתנן גיטין דף י"ג תן שטר שחרור זה לעבדי אינו יכול לחזר בו כיון דזכות הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות לכן אינו יכול לחזור בו, ואמאי זכה לו השליח כיון דקיי"ל דזכיה היא מטעם שליחות וקי"ל המשחרר עבדו עובר בעשה א"כ יש לנו לומר שתתבטל השליחות כיון שאין שליח לדבר עבירה והשיב לו הנו"ב דדבר זה מביא לידי גיחוך כי הזוכה אינו שלוחו של המשחרר רק שלוחו של העבד והעבד לא עשה בזה שום עבירה א"כ לא שייך לומר שתתבטל השליחות משום שאין שליח לדבר עבירה, דדוקא אם הזוכה היה שלוחו של האדון אז היה שייך לומר אין שליח לדבר עבירה כיון שהאדון עושה עבירה בזה דהמשחרר עבדו עובר בעשה אבל כיון דהזוכה הוא שלוחו של העבד והעבד אינו עושה שום עבירה בזה לכן לא שייך לומר אין שליח לדבר עבירה, והקצוה"ח סימן קפ"ב ס"ק א' הקשה על דברי הנו"ב הנ"ל מדברי התוס' הנ"ל דפ' איזהו נשך דמוכח שהשליח הוא שלוחו של בעל הממון, א"כ נעשה הזוכה שלוחו של האדון שהוא עושה עבירה דהמשחרר עבדו עובר בעשה א"כ יש לנו לומר שתתבטל השליחות

ג) **עוד** הקשה הרב ר' יצחק הלוי להגאון נו"ב שכתב בכל מקום שיש עבירה דכיון דקי"ל אין שליח לדבר עבירה נתבטלה השליחות והקשה הגאון ר"י הנ"ל מהא דאיתא בקידושין דף נ' מעשה בחמש נשים שנתקדשו בכלכלה של פירות שביעית והאחת מהן נעשתה שליח לקבל הקידושין בעד כולן ואמרו חכמים שכולן מקודשות לבר מהאחיות ואמאי נימא כיון שאסור לקדש את האשה בפירות שביעית א"כ נימא שאין שליח לדבר עבירה ונתבטלה השליחות, והשיב לו הגאון בעל נו"ב כיון שהמקבל אינו נעשה שליח להמקדש רק להאשה המתקדשת נעשה שליח והאשה לא עשתה עבירה מאומה בזה שהיא לוקחת פירות שביעית לאכלה ע"ש בנו"ב, והקצוה"ח סימן קפ"ב ס"ק א' הקשה גם בזה על הנו"ב מדברי התוס' דב"מ הנ"ל דף ע"א דמשמע שאינו נעשה שלוחו של המקבל רק שלוחו של הנותן, ע"ש בדבריהם.

ד) **ולפי** דברינו שכתבנו דלענין שליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון, א"כ לענין פירות שביעית בודאי מיושב קושית הקצוה"ח על הגאון נו"ב דכיון דאיירי שהארבע נשים האחרות עשו שליח להאשה שתקבל קידושין בעדן א"כ המקבלת לא נעשית שליח להנותן שהוא הבעל המקדש רק להנשים המתקדשות להן נעשות האשה שליח ולא להנותן וכיון שהנשים המתקדשות לא עשו עבירה בזה כמו"ש הנו"ב לכן לא נתבטלו הקידושין אך מה שהקשה הקצוה"ח על דברי הנו"ב בההיא דתן שחרור זה לעבדי שהשליח הזוכה נעשה שלוחו של האדון שהוא בעל הממון יוכל היות דדברי הקצוה"ח נכונים, שהרי התם בזכיה איירי ולא בשליחות היינו שאדון עושה את ידי השליח שיהיו ידיו כידי העבד, א"כ יש מקום לומר כיון שהאדון הוא העושה את השליח בשביל העבד א"כ צריך שהאדון לא יעשה שום עבירה בזה ואם האדון עושה עבירה בזה נתבטלה שליחותו דקי"ל אין שליח לדבר עבירה ונתבטלה שליחותו כדברי הקצוה"ח, ויש מקום לומר דכיון שהשליח מה שהאדון עושה הוא בשביל העבד א"כ לא נתבטלה שליחות כיון שהעבד אינו עושה בזה שום עבירה לכן לא נתבטלה שליחותו, ואין לנו מה להשגיח מה שהאדון עושה עבירה והוא העושה את השליח בשביל העבד כיון שהאדון אינו עושה שליח לעצמו רק בשביל העבד לכן לא נתבטלה השליחות ואין זה בכלל אין שליח לדבר עבירה.

ה) **ונראה** דבנדון זה כשהאדון המזכה עושה העבירה בודאי מסתברא שתתבטל השליחות כמו אם המזכה הוא עכו"ם או קטן שאינם בני שליחות שאינו מועיל כך אינו מועיל אם המזכה הוא עושה עבירה כיון דחזינן דבעינן משפטי השליחות אצל המזכה, אך אם הוא באופן שהמזכה לא עשה עבירה רק שהזוכה המקבל עובר עבירה

יוכל היות דלמ"ד יש זכיה לקטן מדאורייתא אלמא דס"ל דלא משגחינן מה שהשליח מעשה בשביל אדם שאינו בר שליחות רק אמרינן נהי שהמקבל הזוכה קטן הוא ואינו בר שליחות מ"מ כיון שהמזכה העושה את השליח גדול הוא לכן הוא יכול לעשות שליח א"כ לענין דבר עבירה נמי אמרינן כן דלא איכפת לן כלל מה שהזוכה המקבל עושה עבירה מ"מ כיון שהמזכה לא עשה שום עבירה והוא העושה את השליח לכן מהני שפיר, דכיון דחזינן דלא בעינן דין השליחות בזכיה רק לענין המזכה ולא לענין הזוכה לכן יש זכיה לקטן מדאורייתא א"כ גם לענין דבר עבירה לא בעינן דין שליחות שלא יהא בהם עבירה רק לענין המזכה ולא לענין הזוכה אך למ"ד דס"ל שיש זכיה לקטן דוקא מדרבנן ולא מדאורייתא, וטעמא משום דכשם כשמזכה העושה את השליח בעינן שיהא גדול ובר שליחות כך בעינן שהזוכה יהא גדול ובר שליחות א"כ לענין דבר עבירה נמי בעינן שלא יהא שום עבירה לא בהעזכה ולא בהזוכה דבשניהם בעינן שיהא בהם דין שליחות במזכה ובזוכה ולא יהא בהם שום עבירה.

ו) **ואולי** דבר עבירה גרע מקטן ודמיא לעכו"ם דלא אתי לכלל שליחות ולא מהני זכיה לעכו"ם, כדאיתא בב"מ ד' ע"א דדוקא רבינא ס"ל שיש זכיה לעכו"ם מדאוריתא דס"ל דזוכה המקבל לא בעינן ביה דין שליחות כלל ומהני אפילו בעכו"ם זכיה מדאורייתא (לפי הגירסא דלא גרסינן זכיה מדרבנן עיין תוס' כתובות דף י"א ד"ה מטבילין ובסנהדרין דף ס"ח ד"ה קטן) א"כ מהני אפילו בדבר עבירה כשיש עבירה להזוכה המקבל, אבל לפי מאי דמסיק הגמ' שם דדוקא לקטן יש זכיה מדאורייתא מפני שיבוא לכלל שליחות אבל עכו"ם שלא יבוא לכלל שליחות אין לו זכיה מדאורייתא הרי אנו רואין שגם להזוכה המקבל יש קצת דיני שליחות, אך לא כל דיני שליחות כמו המזכה דבעינן בו כל דיני שליחות וגם קטן לא יוכל להיות מזכה אבל קטן זוכה יכול לזכות ולא עכו"ם וכיון שאצל הזוכה יש דברים דבעינן בו דיני שליחות ויש דברים דלא בעינן ביה דיני שליחות א"כ לענין דבר עבירה לא ידענא מה אידון בו ויוכל היות דלענין זה בעינן דיני שליחות אצל הזוכה היינו דבעינן שלא יהא בו עבירה ואם יש עבירה אצל הזוכה נתבטלה השליחות דקי"ל אין שליח לדבר עבירה, ועכ"פ לפי זה אצל המזכה בודאי בעינן שלא יהא אצלו שום עבירה א"כ בהא דתן שחרור זה לעבדי דאמרינן שהעבד זוכה בשחרורו אע"פ שהאדון המזכה עובר בעשה נדחו דברי הנו"ב שכתב דכיון שהזוכה הוא שלוחו של העבד לא איכפת בהעשה שהאדון עובר דלפי דברינו בודאי אצל האדון המזכה בעינן שלא יהא אצלו שום עבירה ונכונים המה דברי הקצוה"ח בזה שהשיג עליו מדברי התוס' דב"מ ד' ע"א דמשמע דבעינן שלוחו של בעל הממון, אך מ"ש הנו"ב בההיא דחמש נשים

ובנידון עובדא דידיה בחלק חו"מ סימן ל' דלא בעינן שלוחו של בעל הממון, והקצוה"ח סימן קס"ג וסימן קפ"ב השיגו ג"כ מדברי התוס' דב"מ הנ"ל, בזה נכונים דברי הנו"ב דבשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון כמו שכתבנו לעיל.

ז) **והנה** בסימן קס"ג הביאו את דברי מהרי"ק לענין שר שלוה מהקהל ואמר לנכות להם בעניני המסים ואח"כ לא רצה לנכות להם ונתייאשו הקהל מן החוב ואח"כ קם בנו תחתיו וניכה להם ופסקו מהרי"ק והרמ"א שם סימן קס"ג סע' ג' שהקהל הוו כזוכים מן ההפקר ואין צריכים לשלם חלק לאותן שהיו עשירים בזמן ההלואה וירדו מנכסיהם והגאון חכם צבי בהגהות הט"ז השיגם בכמה דברים ואחד מן השגותיו כתב וז"ל ובמה יזכו הקהל בממון היחידים תכף כשפרעה הדוכסית זו הקהל לצורך היחידים והוי ליה הקהל כשלוחי היחידים דישראל נעשה שליח לישראל חבירו לקבל מעותיו מן הנכרי וזהו פשוט עכ"ל החכם צבי שם והקצוה"ח סימן קס"ג כתב עליו וז"ל נפלאתי במה שכתב וזהו פשוט וכו' עיין שם שהביא דברי התוס' מפ' איזהו נשך שמבואר שם להדיא דאין ישראל זוכה לישראל חבירו בקבלתו מן הנכרי ע"ש בקצוה"ח. ולדברינו שכתבנו דבשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון יש לתרץ קושית הקצוה"ח דאיכא למימר דנאמני הקהל שנבחרו מהקהל דין שליחים יש להם ולא אתינן עלה מטעם זכיה רק מטעם שליחות דשלואים גמורים הם ובשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון.

פרק כא

א) **ובדברינו** שכתבנו שיש חילוק בין שליחות לזכיה דבשליחות לא בעינן שלוחו של בעל הממון ובזכיה בעינן שלוחו של בעל הממון יש להסביר דברי רש"י דס"ל בב"מ ד' י' דאפילו למ"ד התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה היינו דוקא אם תופס מעצמו אבל כשעשאו שליח לתפוס קנה שפיר והטעם בזה הוא דלמ"ד דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה לא אתינן עלה שיועיל תפיסתו רק מדין זכיה ולא מטעם שליחות היינו לומר דאף אם לוי לא עשה שליח לשמעון שיהיו ידי שמעון כידי לוי מ"מ שמעון התופס הוא בעצמו יכול לעשות את ידיו כידי לוי כי זהו דינו של הזכיה שהמשלח בעצמו אינו עושה את ידי השליח כידיו רק בעל הממון הוא עושה את ידי שמעון כידי לוי וכאן במציאה דליכא בעל ממון הוי התופס כמו שמעון ומדין זכיה יכול לתפוס לחבירו או להגביה מציאה לחבירו, ולמאן דס"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה טעמו הוא דס"ל דדוקא בזכיה שאינו חוב לשום אדם התם קי"ל שיש כח לראובן לעשות את ידי שמעון כידי לוי או שיש כח ביד שמעון בעצמו לעשות את ידיו כידי לוי אבל במקום שהוא חוב לאדם אחר אין כחו של ראובן לעשות את ידי שמעון כידי

לוי או שיעשה שמעון את ידיו כידי לוי כיון שהוא חוב לאיש אחר, כמו שאם היה חוב ללוי בזה לא היה בכחו של ראובן או שמעון לעשות את ידי שמעון כידי לוי דמאי חזית לילך בתר זכותו של זה ובמידי דזכות קי"ל דזכין לאדם אדרבה ניזל בתר חובתו של זה ובמידי דחוב אין חבין לו לאדם שלא מדעתו, א"כ לא שייך זה הטעם אלא בזכיה שלוי לא עשה לשמעון שליח בפירוש לכן כיון דמדין זכיה אתינן עלה אינו מועיל במקום שהוא חב לאחריני, אבל בשליחות ס"ל לרש"י דאפילו במקום שחב לאחריני ג"כ מועיל תפיסתו דבשליחות לא שמענו שום חלוק בין מידי דזכות למידי דחוב דהרי חבין לאדם ע"י שליחות כיון שעשאו שליח וכשם שאם היה חוב ללוי היה מועיל תפיסתו כיון שלוי בעצמו עשה אותו שליח כך אם הוא חוב לאינש דעלמא מועיל ג"כ תפיסתו לכן ס"ל לרש"י דבשליחות מועיל אפילו היכא שחב לאחרינו.

ב) **ולהפוסקים** החולקים על רש"י ס"ל דגם בשליחות לאו כל כמיניה למנות שליח לחוב לאחרים דכיון שהוא חב לאחרים בתפיסתו לכן לא מהני ולא מידי אפילו בשליחות אע"ג דבשליחות קי"ל דלא בעינן שלוחו של בעל הממון ויכול לוי לעשות לשמעון שליח לקבל מתנה מראובן שהבטיחו או מעכו"ם שאינו בר שליחות וכן יכול לוי לעשות לשמעון שליח לקנות קרקע או מטלטלין מאחרים ולא בעינן שלוחו של בעל הממון התם שאני שאין לוי עושה שום רעה וחובה לשום אדם בשליחותו שהרי אם ירצו הנותן או המוכר לא יתנו ולא ימכרו לו ואינו עושה שליח לתפוס מהם בע"כ משא"כ כשעושה לוי את שמעון שליח להרע ולחוב לשום אדם כגון לתפוס מראובן בעל כרחו או לחוב לבעלי חובותיו בזה ס"ל להפוסקים הנ"ל דלאו כל כמיניה למנות שליחות לחוב לאחרים.

ג) נמצא לפי דברינו דלמאן דס"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה אפילו כשעשאו שליח, לדידיה מצינו גונא שנצטרך לדין דבעינן שלוחו של בעל הממון דוקא אפילו בשליחות והוא דבר אחד וענין אחד עם הא דקיי"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, דאע"ג שכתבנו לעיל כמה פעמים דלא בעינן שלוחו של בעל הממון אלא בזכיה ולא בשליחות מ"מ היינו דוקא כשעשאו לוי שליח לשמעון לקבל מתנה מראובן או לקנות שדה או מטלטלין אזי אמרינן דלא בעינן שלותו של בעל הממון רק בזה אדם עושה שליח בממון שאינו שלו כיון שלא עשאו שליח לתפוס בע"כ רק עשאו שליח שאם בעל הממון יתן לו או ימכר לו אזי יקח את הממון הזה ואם לאו לא יקח לכן כיון שלא עשאו שליח לגרוע את כחו של בעל הממון לכן לא בעינן דעתו של בעל הממון, אבל אם לוי עשה שליח לשמעון לתפוס ממונו של ראובן או לחוב לראובן כיון שעשאו שליח לגרוע כחו של ראובן בזה בעינן דעתו של ראובן שהממון שלו או דעתו

של החב אשר מגיע לו הפסד משליחותו של לוי ובאופן זה בעינן שלוחו של בעל הממון אפילו בשליחות כיון שהוא עושה רעה לבעל הממון בעל כרחו אבל היכא שאינו מגיע שום רעה לבעל הממון כלל לא בעינן שלוחו של בעל הממון רק בזכיה משום שאין שם דעת המשלח ובשליחות בעינן דעת דמה אתם לדעתכם אף שלוחתם לדעתכם לכן בעינן דעתו של בעל הממון אבל שליחות שיש שם דעת המשלח לא בעינן שלוחו של בעל הממון.

ד) **ולפי** זה למ"ד התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה יוכל היות שאם העכו"ם נתן מעות לשמעון שיזכה בעד לוי קנה לוי שפיר דכיון דס"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה והמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו הרי אנו רואים דס"ל דלא בעינן שלוחו של בעל הממון, דכיון דס"ל דשמעון יכול לעשות את עצמו שליח לתפוס ללוי בחוב ובמציאה אע"פ שהוא חב בתפיסתו לבעלי תבות אחרים שהם ג"כ כמו בעלי ממון בדבר זה, א"כ יש לנו לומר שיהא כח ביד שמעון לעשות את עצמו שליח לתפוס מהעכו"ם, אע"פ שאין שליחות לעכו"ם, מ"מ יכול לתפוס ממנו כי מאי שנא אם הוא חב לעכו"ם בתפיסתו בעד לוי ומ"ש אם הוא חב לאנשים אחרים במציאה או לבעלי חובות אחרים, והלא אידי ואידי בעלי ממון מקריין כיון שחב להם בתפיסתו ללוי, ונהי דבגזלה ממש אי אפשר לשמעון לתפוס מעכו"ם בעד לוי כי גזל עכו"ם אסור וגם לא יכול לקנות דבר שאינו שלו, מ"מ בנידון זה שהעכו"ם נתן מעות מדעתו לשמעון שיזכה בעד לוי יש לנו לומר שלוי קנה שפיר דנהי שאין שליחות לעכו"ם והעכו"ם אינו יכול לעשות את ידי שמעון כידי לוי מ"מ שמעון בעצמו יכול לעשות את עצמו שליח כמו דס"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה אע"פ שבעלי הממון והם בעלי חובות האחרים לא עשהו שליח לתפוס מ"מ קנה א"כ יש לנו לומר נמי ששמעון יכול לתפוס מהעכו"ם חפציו של עכו"ם בעד לוי כיון שהעכו"ם נתן לו שיזכה בעד לוי דאע"פ שאין שליחות לעכו"ם מ"מ יש להועיל מטעם תפיסה ששמעון בעצמו עושה את עצמו שליח ללוי לתפוס בעדו מעכו"ם, ואפילו אם יחזור בו העכו"ם אח"כ לא יוכל לחזור בו מפני שכבר זכה לוי בתפיסתו שתפס שמעון בעדו מהעכו"ם.

ה) אך באמת לא דמיא כלל דעד כאן לא ס"ל התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה אלא במציאה או בחוב דכיון שראובן חייב באמת ללוי מעות ואם היה לוי כאן היה יכול לתפוס מראובן כיון שראובן חייב לו ללוי והיה לוי יכול לתפוס מראובן לכן ס"ל שגם שמעון יכול לתפוס מראובן בעד לוי, או במציאה שאם שמעון הגביה מציאה ללוי קנה לוי למאן דס"ל המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, שהרי אם היה לוי כאן היה ג"כ

יכול להגביה מציאה בעדו לכן ס"ל שגם שמעון יכול להגביה בעד לוי, אבל איך יעלה על הדעת לומר דשמעון יהא בכחו לתפוס אפילו של ראובן בעד לו אם ראובן אינו חייב מאומה ללוי, שהרי אם היה לוי כאן והוא היה רוצה לתפוס חפיציו של ראובן בשבילו ג"כ לא היה יכול כיון שראובן איננו חייב לו מאומה איך יוכל לתפוס חפיציו של אדם שלא מדעתו, וכיון שלוי בעצמו לא יכול לתפוס חפציו של ראובן בשבילו א"כ איך יהא בכח שמעון לתפוס חפציו של ראובן בשביל לוי כיון שלוי בעצמו אינו יכול לתפוס לא עדיף השליח ממשלחו לכן בעינן שבעל הממון שהוא ראובן הוא יעשה את שמעון שליח ללוי ואז קנה שמעון בעד לוי, א"כ אם בעל הממון הוא עכו"ם שאינו בר שליחות לא קנה לוי כי אין בכחו של שמעון לקנות ללוי אם בעל הממון לא עשהו שליח, או שאינו מועיל שליחותו מפני שהוא עכו"ם שאין שליחות לעכו"ם ואין שמעון קונה ללוי והעכו"ם יכול לחזור בו כיון שלא זכה לוי עדיין.

ו) **וכל** זה הוא דוקא אליבא דמ"ד דס"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה והמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו לדידיה אנו מוכרחים לחלק בין הני חרי בעלי הממון הנ"ל, היינו דכשהממון הוא של ראובן אז בעינן שלוחו של בעל הממון שהוא ראובן, כיון שלוי לא יכול לתפוס ממונו של ראובן, אבל אם אין הממון בעצם של ראובן רק שהוא חב לראובן שפיר יכול שמעון לתפוס בעד לוי, כיון שלוי בעצמו יכול לתפוס וכל זה הוא למ"ד דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה לכן צריכין אנו לחלק כנ"ל, אבל למאן דס"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה הוא ס"ל באמת שאין שום חלוק בין הני תרי במלי ממון היינו שאין חלוק בין אם הממון הוא ממש של ראובן או שהוא חב לראובן לא יכול שמעון לתפוס ללוי, דכיון דקי"ל דבעינן שלוחו של בעל הממון לכן שוה לנו בין אם הממון הם בעצם של ראובן או שהוא מגיע חובה לראובן או לאדם אחר אין שום אדם יכול למנות שליח בזה לחוב לחבירו רק בעל הממון בעצמו שהממון שלו או הבעלי חובות כולם שמגיע להם הרעה והחובה הם יכולים למנות שליח לחוב את עצמם כיון שאין מגיע שום רעה לאיש אחר רק לבעלי הממון או לבעלי החובות אבל לחוב לאחרים אינם יכולים לעשות שליח.

פרק כב

א) **ובזה** שכתבנו לעיל אות ג' שגם למ"ד דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה אין שום חילוק בין הני תרי בעלי ממון היינו אם הממון הוא בעצם של העכו"ם ושמעון בא לתפוס בעד לוי כיון שלוי בעצמו אינו יכול לתפוס מהעכו"ם אבל אם הוא רק חב לחבירו יכול שפיר שמעון לתפוס בעד לוי אם נימא שאין שום חילוק בין הני תרי בעלי

ממון, נראה לי להסביר בזה דברי הגמ' דגיטין ד' י"א דאיתא שם האומר תן גט זה לאשתי ושטר שיחרור זה לעבדי אם רצה לחזור בשניהם יחזור דברי ר"מ וחכמים אומרים בגיטי נשים אבל לא בשיחרורי עבדים לפי שזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו עכ"ל המשנה ובגמ' שם איתא ש"מ מדרבנן התופס לבע"ח קנה וכו' ואפילו במקום שחב לאחרים ומסיק הגמ' דמשו"ה קנה העבד משום דכל האומר תנו כאומר זכו דמי ע"ש בגמ' ובתוס' ובשאר ראשונים מה שדחקו בפירוש דברי הגמ' איזה שייכות יש לזכיית השיחרור לתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים איך יכול שום אדם לתפוס השטר מהאדון בעל כרחו והלא האדון אינו חייב כלום לעבדו ואיך נחשב כאן חב לאחרים ע"ש מה שדחקו. ולדברינו שכתבנו באות ג' יש לומר דהנה זה אנו רואים דהס"ד של הגמ' היה דמה שאמר תן שטר שחרור זה לעבדי תן לאו כאומר זכה דמי שהרי אח"כ מסיק הגמ' ואומר כל האומר תנו כאומר זכו דמי מכלל דמעיקרא ס"ד דאומר תנו לאו כאומר זכו דמי, ופירוש זכה בשטר שיחרור זה לעבדי היינו שאדון עושה את ידי שמעון השליח כידי העבד כמו דקי"ל בכל מקום דזכין לאדם שלא בפניו היינו שיש כח ביד ראובן הבעל הממון לעשות את ידי שמעון השליח כידי לוי אף כאן שאם האדון אומר זכה בשטר שיחרור זה לעבדי עושה האדון ג"כ את ידי שמעון השליח כידי לוי.

ב) **וכל** זה באומר זכה אבל לפי הס"ד דהשתא דהאומר תנו לאו כאומר זכו דמי א"כ האדון לא עשה את ידי שמעון השליח כידי העבד, א"כ תליא בזה דאם נאמר דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה והוא דכיון שהוא חב לאחרים אין כח ביד השליח שיעשה את עצמו שליח לחוב לאחרים דבעינן שבעל הממון יעשהו שליח לתפוס וכאן נקראים הבעלי חובות אשר מגיע להם היזק מזה נקראים בעלי הממון א"כ כאן נמי השליח בעצמו אין בכחו לעשות את עצמו שליח שיהא ידיו כיד העבד כיון שהוא חב בתפיסתו להאדון שהוא בעל הממון ואנו בעינן שלוחו של בעל הממון אבל אם נימא דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה א"כ אנו רואים דלא בעינן שלוחו של בעל הממון כלל דכאן נקראים בעלי ממון הבעלי חובות האחרים ואפילו הכי ס"ל דיכול לתפוס אלמא דלא בעינן שלוחו של בעל הממון א"ה גם כאן יכול השליח לתפוס תיכף בעד העבד דנהי דתנו לאו כזכו דמי והאדון אינו עושה את ידי השליח כידי העבד מ"מ השליח בעצמו יכול לעשות את עצמו שליח בעד העבד לתפוס כמו במציאה ובתופס חוב בעד לוי כיון דס"ל דלא בעינן שלוחו של בעל הממון, ונהי שאם האדון לא היה אומר תנו שטר שיחרור זה לעבדי לא היה שום אדם יכול לתפוס ממונו שלא מדעתו, מ"מ כיון שהארון נתן את השטר לשליח ואמר תנו לעבדי הרי נתרצה האדון עכשיו

שיתנו השטר לעבדו רק שהאדון לא עשה את ידי השליח כידי העבד ואם נימא דלא בעינן שלוחו של בשל הממון יש בכח השליח לעשות את עצמו שליח לזכות לעבד כפו שכתבנו לעיל לענין עכו"ם שאמר לישראל זכה במעות האלה בעד לוי שהשליח יכול לזכות ללוי מטעם תפיסה אם ס"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה ולא בעינן שליחו של בעל הממון וכמו במציאה ובתפיסת חוב שיש כח לשליח לעשות את עצמו שליח לזכות לאחרים אף כאן נמי ק אבל אם נאמר דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה משום דבעינן שלוחו של בעל הממון לא יכול גם כאן השליח לתפוס בשביל העבד.

ג) **לכן** מהך מתניתין דקתני תן שיחרור זה לעבדי שהאדון אינו יכול לחזור בו מפני שכבר זכה העבד בהשחרור דייק הגמ' שפיר מזה דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה דבשלמא אם נימא דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה אתי שפיר מה שהאדון אינו יכול לחזור בו דאע"פ שהאדון לא אמר רק הנו וכל האומר תנו לאו כאומר זכי דמי ונמצא שהאדון לא עשה את ידי השליח כידי העבד מ"מ ניחא מה שהעבד נשתחרר בקבלת השליח והאדון אינו יכול לחזור בו משום שהשליח בעצמו יש בכחו לעשות את עצמו שליח לזכות להעבד דכיון דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה שמעינן מזה דלא בעינן שלוחו של בעל הממון והשליח יכול לתפוס אע"פ שמפסיד בתפיסתו לבעלי החובות שהם בעלי הממון בדבר זה, א"כ כאן נמי כיון שהאדון מדעתו ומרצונו נתן השטר להשליח שיתן להעבד וכיון דלא בעינן שלוחו של בעל הממון לכן שפיר זכה העבד, מפני שהשליח בעצמו עושה את ידיו כידי העבד.

ד) **אבל** אם נימא דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה והוא משום דבעינן שלוחו של בעל הממון א"כ כיון דכל האומר תנו לאו כאומר זכו והיינו שהאדון לא כשה את ידי השליח כידי העבד, וגם השליח בעצמו אין בכחו לעשות את ידיו כידי העבד כיון דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה משום דבעינן שלוחו של בעל הממון וכיון שהאדון הבעל הממון לא אמר זכו והשליח בעצמו בלאו של אין בכחו לעשות את ידיו כידי העבד אמאי זכה העבד בהשיחרור ואמאי לא יוכל האדון לחזור בו, ומסיק הגמ' דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה ומתניתין היינו טעמא דזכי העבד משום דכל האומר תנו כאומר זכו דמי והיינו דאע"ג דבעינן שלוחו של בעל הממון מ"מ זכי העבד בשיחרורו והאדון אינו יכול לחזור בו משום שהאדון בעצמו עשה את ידי השליח כידי העבד כמו בכל עניני זכיה דעלמא שיש כח ביד בעל הממון למנות שליח לחבירו

ולעשות את ידי שמעון כידי לוי אף כאן נמי עשה האדון את ידי השליח כידי העבד כיון דכל האומר תנו כאומר זכו דמי.

ה) **וכל** זה הוא אם נימא כמי שכתבנו מתחלה שאין שום חלוק בין הני תרי בעלי ממון היינו אם המעות הם בעצמו של העכו"ם או שהמעות בעצם אינם שלו רק שהוא חב לחבירו ואין שום חלוק ביניהם דאע"פ שהממון הם בעצם של העכו"ם ואין שליחות לעכו"ם מ"מ יוכל שמעון לתפוס מהעכו"ם בעד לוי כי שמעון יכול לעשות את עצמו שליח לחוב להעכו"ם למ"ד התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה וכמו ששמעון יכול לתפוס מעותיו של ראובן אע"פ שהוא חב לבעלי החובות דלא בעינן שהבעלי חובות יעשוהו שליח אם נימא כן יש לפרש דברי הגמ' בגיטין הנ"ל כמו שכתבנו אבל אם נימא כמו שכתבנו לעיל באות ד' שיש חילוק בין הני תרי בעלי הממון והיינו דאפילו לכ"ד התופס לבע"ח במקום שחב קנה לא אמר רק התם שהמעות בעצם אינן של הבעלי חובות הנשארים ואם לוי בעצמו ב"ה כאן היה יכול גם לוי לתפוס מראובן לכן שפיר יכול שמשון להפוס מראובן בעד לוי כיון שלוי בעצמו היה יכול לתפוס, אבל כשהעכו"ם נתן מעות לשמעון שיזכה בעד לוי כיון שאין שליחות לעכו"ם לא זכה לוי ושמעון אינו יכול לתפוס מהעכו"ם בעד לוי כיון שעצם המעות הם של העכו"ם ואם היה לוי כאן ג"כ לא היה יכול לתפוס מהעכו"ם לכן גם שמעון אינו יכול לתפוס מהעכו"ם בעד לוי.

ו) **אם** נימא כן אין לפרש דברי הגמ' דגיטין כמו שפירשנו דכיון דעצם העבד והקנין של האדון הוא אי אפשר לשליח לתפוס מהאדון לצורך העבד כמו שאי אפשר כאן לשמעון לתפוס מהעכו"ם לצורך לוי כיון שאם היה העבד כאן ג"כ לא היה יכול לתפוס מהאדון לכן גם השליח אינו יכול לתפוס בשביל העבד מהאדון.

ז) **ונראה** דזה תליא אם תן כזכי דמי או לא דאם נימא דתן לאו כזכי דמי והאדון איננו עושה שליח שיהא יד השליח כיד העבד מוכרח הדבר לומר דתופס לבע"ח כשחב לאחרים קנה וגם מוכרח לומר שאין חילוק בין הני תרי בעלי הממון כלל דאם נימא שיש חלוק ביניהם ואם עצם המעות הוא של האדון או של העכו"ם אינו יכול לתפוס לכו"ע אפילו למ"ד דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה א"כ תשאר הקושיא מפני מה זכה העבד בשיחרורו והאדון אינו יכול לחזור בו כיון דתן לאו כזכי דמי ותופס לבע"ח בכהאי גונא לכולי עלמא לא קנה א"כ אמאי קתני במתניתין דזכה העבד אלא ודאי מוכרח הדבר שאין שום חילוק בין הני תרי בעלי ממון לכן זכה העבד שפיר, אבל למסקנת הגמ' דתן כזכי דמי אדרבה מוכרח הדבר לומר שיש חילוק בין הני תרי בעלי ממון דאי לאו הכי יקשה אמאי קתני במתניתין דדוקא באופן זה קנה העבד והאדון לא יוכל לחזור בו משום

שאמר תן דהוי כזכי אמאי לא קתני במתניתין רבותא טפי דאפילו אם לא אמר בלשון זכי ג"כ קני העבד למ"ד התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה וא"כ יקשה ממתניתין למ"ד דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה, אלא מוכרח הדבר לומר דאפילו למ"ד דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה, היינו דוקא בבעלי חובות שעצם המעות אינו שלהם ואם היה לוי כאן היה גם לוי יכול לתפוס לכן יכול שמעון לתפוס בעד לוי אבל באופן זה שהממון הוא של האדון ואם היה העבד כאן לא היה יכול לתפוס מודים כו"ע דבעינן שלוחו של בעל הממון כמו שכתבנו לעיל שיש חילוק בין הני תרי בעלי ממון לכן לא קנה העבד רק אם אמר זכי ואפילו למ"ד דתופס לבע"ח קנה מ"מ כאן לא קני אם לא אמר זכי משום שיש חילוק בין הני תרי בעלי ממון כנ"ל.

פרק כג

א) **והנה** האחרונים הביאו ראי' מדברי הנימוק"י בפ"ק דב"מ דס"ל ג"כ דבעינן שלוחו של בעל הממון וז"ל הנימוק"י (בב"מ על המשנה דף י"א ראה אותן רצין אחר המציאה) וחצר המשתמרת דלא בעינן שיהא עומד בצדו צריכא טעמא דהא לאו משום יד הוא דמהני כמו בגט דהתם בעינן עומד בצד חצרה וגם לא מטעם שליחות כדפירש הרנב"ר ז"ל שאי אפשר לזכות מתורת שליחות אלא א"כ נעשה שלוחו של בעל הממון ובמציאה ליכא בעל הממון שיהא זה שלוחו ולא שייך לומר בחצר כדאמרינן גבי מגביה מציאה לחבירו מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה עכ"ל הנ"י שם א"כ משמע מדברי הנ"י האלה דאפילו בשליחות נמי בעינן שלוחו של בעל הממון שהרי חצרו של אדם אי אמרינן דמשום שליחות איתרבאי הוו שלוחו ממש שעשאו לחצרו שליח בשעה שקנה את החצר או ירש אותו, ולא אתינן עלה מדין זכיה שהרי בזכיה לא עשה לוי את שמעון לשליח שיזכה בעדו החפץ מראובן משא"כ בשליחות או בחצרו של אדם שהמשלח ובעל החצר עשו בפירוש את השליח והחצר שיהיו שלוחים להם לכן מועיל החצר אפילו לדבר עבירה כדאיתא בב"מ דף י' לענין גניבה כיון דשליח לאו בר חיובא או כיון דבע"כ מותיב בה לכן מיחייב שלוחו וכל זה לא שייך אלא בשליחות כשעשאו שליח בפירוש אבל אם לא עשאו שליח בפירוש לא שייך זכיה בדבר עבירה אלמא דחצר מקרי שליח גמור ולא מדין זכיה מועיל חצרו של אדם רק מדין שליחות ובכל זאת כתב הנ"י דחצרו של אדם אינו יכול לזכות במציאה משום דחצר משום שליחות איתרבאי ובעינן שלוחו של בעל הממון אלמא דאפילו בשליחות ג"כ בעינן שלוחו של בעל הממון ולא בזכיה לחוד וזהו תיובתא לכאורה על דברינו שכתבנו לעיל דלא בעינן שלוחו של בעל הממון אלא בזכיה

ולא בשליחות שהרי מדברי הנ"י האלה שמענו דאפילו בשליחות ג"כ בעינן שלוחו של בעל הממון.

ב) **ונראה** לתרץ דהנה לכאורא משמע שהנ"י פליג על דברי התוס' בב"מ ד' ע"א ד"ה בשלמא סיפא, דמדברי התוס' משמע דלא בעינן שלוחו של בעל הממון אלא בממון שאין של מציאה והפקר אבל בממון של הפקר ומציאה יכול כל אדם לזכות בעד חבירו ולא בעינן שלוחו של בעל הממון במציאה ובהפקר, ואלו מדברי הנ"י הנ"ל משמע דאפילו במציאה והפקר בעינן ג"כ שלוחו של בעל הממון לכן הקשה הנ"י איך יקנה החצר במציאה והלא בעינן שלוחו של בעל הממון ועיין מה שכתב בזה הנתיבות סימן ק"ה ס"ק ב' ודבריו דחוקים מאוד ע"ש.

ג) **עוד** יש לדקדק בלשון התוס' דב"מ ד' ע"א בדבור המתחיל בשלמא שכתבו וז"ל דאפילו שיוכל לזכות לחבירו במציאה הכא אין קבלתו מן הנכרי זוכה לישראל חבירו עכ"ל א"כ משמע מלשון זה דלא ברירא להו להתוס' אם יכול לזכות לחבירו במציאה או לא, דזהו הלשון שכתבו התוס' דאפילו שיוכל לזכות לחבירו במציאה דהיינו דאפילו אם נימא שיוכל לזכות לחבירו במציאה הכא אין קבלתו מן הנכרי זוכה לישראל חבירו דאם נימא דברירא להו להתוס' הך מלתא דבמציאה והפקר יכול אדם לזכות בעד חבירו לא היה להם לומר האי לישנא דאפילו שיוכל לזכות לחבירו במציאה רק היה להם לומר דדוקא במציאה יכול אדם לזכות לחבירו ולא כאן כשהממון הם של בעלים, א"כ צריך ביאור במה נסתפקו התוס' אם יכול לזכות לחבירו או לא ובמה תליין צדדי הספק בזה.

ד) **עוד** יש לדקדק בדברי הנ"י הנ"ל דכיון דקי"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה רק במקום דשייך מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, וכיון דסיים הנ"י וז"ל ולא שייך לומר בחצר כדאמרינן גבי מגביה מציאה לחבירו דמיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, וכיון דפסיקא ליה להנ"י דבחצר לא שייך לומר מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה א"כ היה לו להנ"י לומר בפשיטות דמשו"ה לא יכול אדם לקנות מציאה בחצרו אליבא דמאן דאמר חצר משום שליחות איתרבאי משום דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ולמה לו להנ"י לחפש ולומר טעמים אחרים משום דבעינן שלוחו של בעל הממון שלא הוזכר כלל בגמ' האי טעמא טפי היה לו להנ"י לומר הטעם, משום דהוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים שהוזכר בגמ' בהדיא האי טעמא עיין מה שכתב בזה הנתיבות סימן ק"ה ס"ק ב'.

ה) **ונראה** דמ"ש התוס' בב"מ דף ע"א הלשון דאפילו שיכול אדם לזכות במציאה ולא כתבו הלשון בפשיטות שיוכל אדם לזכות במציאה ומשמע דלא פסיקא להו להתוס'

האי מילתא הוא מפני דבאמת יש פלוגתא בגמ' ב"מ ד' י' אם מגביה מציאה לחבירו קנה חבירו או לא, ואיכא למ"ד דלא קנה חבירו משום דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים דלא קנה, ולדידיה באמת אין שום חלוק בין אם שמעון בא לזכות בממונו של ראובן בעד לוי הבע"ח או אם שמעון בא לזכות בחפצי הפקר או מציאה בשביל לוי דבשניהם לא קנה לוי משום דבעינן שבעל הממון או החב הם יעשו את שמעון שיהא שלוחו של לוי וכיון שהם אינם עושים את שמעון לשליח ללוי לכן לא קנה לוי דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא קנה וכמו שכתבנו לעיל דהא דבעינן שיהא השליח שלוחו של בעל הממון ואם לאו לא קנה ותופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דלא קנה חדא מילתא היא דמי שהממון שלו ממש או שמגיע לו היזק בתפיסות הם נקראים בעלי ממון לענין זה וכל זמן שהם אינם ממנים שליח אין כח ביד איש אחר למנות שליח לתפוס לכן להך שיטתא אין חילוק בין אם שמעון בא לזכות בחפציו של ראובן בשביל לוי בין אם בא שמעון לקנות חפצי הפקר או מציאה לצורך לוי דבשניהם לא קנה לוי משום דבעינן שלוחו של בעל הממון או החב וכיון דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לכן לא קנה לוי, וכל זה הוא אליבא דמ"ד דס"ל המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו והתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, אבל אליבא דמ"ד דס"ל המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו משום דס"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה לדידיה יש חלוק בין אם בא שמעון לזכות בממונו של ראובן בשביל לוי אזי בעינן שלוחו של בעל הממון היינו שבעל הממון יעשהו שליח אבל אם שמעון בא לתפוס דבר הפקר או מציאה בשביל לוי לא בעינן שלוחו של בעלי הממון היינו שכל העולם מקריין בעלי ממון בזה מפני שמגיע להם הפסד בתפיסתו מ"מ לא בעינן שלוחו של בעלי הממון אליבא דידהו כיון דס"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה חבירו.

ו) **לכן** כתבו התוס' לשון המסופק ולא כתבו בהחלט רק כתבו האי לישנא דאפילו שיכול לזכות לחבירו במציאה הכא אין קבלת הנכרי זוכה לישראל חבירו וכוונתם דאפילו למ"ד התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה והמגביה מציאה לחבירו לדידהו קנה חבירו מ"מ הכא שהממון הוא באמת של הנכרי בקנין גמור לכן אין כח לישראל לקבל ולזכות לישראל חבירו מן הנכרי דלדידיה שפיר יש חילוק בין שהממון הוא של ראובן ממש או שהוא חב לראובן, נמצא שדברי התוס' שכתבו דבמציאה והפקר יכול שמעון לזכות בשביל ראובן לא נאמרו רק למ"ד דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה משום שיש כח למנות שליח לחוב לאחרים או אפילו למ"ד דלא קנה וס"ל המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו משום מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה אבל אליבא דמ"ד דס"ל

התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה כלל או אפילו לדידן דקי"ל דבמציאה המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו משום מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה רק שהוא במקום דלא שייך האי מיגו כגון בחצר למ"ד דמשום שליחות איתרבאי או באופן אחר אם לא שייך מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה מודים גם התוס' דשמעון לא יוכל לזכות בעד לוי דבר מציאה והפקר דבזה בעינן שלוחם של בעלי הממון שמגיע להם ההפסד שהם נקראים בעלי ממון בזה וכיון שהם אינם עושים אותו שליח לכן לא קנה חבירו.

ז) **נמצא** לפי זה דהתוס' והנ"י לא פליגי אהדדי שהרי הנ"י בחצר איירי דלא שייך שם לומר מיגו דזכי לנפשיה זכי לחבריה כמו שסיים שם הנ"י בפירוש וכיון דאיירי חצר מודים גם התוס' דבעינן שלוחו של בעל הממון אפילו במציאה והפקר דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה בכהאי גונא דלא שייך מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, ומתורץ בזה ג"כ מה שהקשינו לעיל אמאי נקט הנ"י טעמא משום דבעינן שלוחו של בעל הממון לכן אינו יכול לקנות מציאה ע"י חצירו אמאי לא נקוט הנ"י טעמא משום דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לכן לא קניא ליה חצירו משום דלא שייך כאן מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה. ובדברינו יתורץ זה דחדא טעמא הוא דמשום שהוא חב לאחרים בתפיסתו ואין אדם יכול לתפוס לבע"ח לחוב לאחרים שלא ברשות בעלי הממון אשר מגיע להם היזק בתפיסתו לכן בעינן שלוחו של בעל הממון.

ח) **וממילא** מתורץ בזה הקושיא הנ"ל שהקשינו מדברי הנ"י לדברינו שכתבנו דלא בעינן שלוחו של בעל הממון אלא בזכיה ולא בשליחות והלא מדברי הנ"י משמע דגם בשליחות בעינן שלוחו של בעל הממון שהרי כתב הנ"י דמשו"ה אין אדם קונה מציאה ע"י חצירו משום דחצר משום שליחות איתרבאי ובעינן שלוחו של בעל הממון ובמציאה כיון שאין שם בעל הממון לכן לא קנה אלמא דגם בשליחות בעינן שלוחו של בעל הממון, ובדברינו ניחא כמו שכתבנו לעיל בדוקא אם לוי עשה שליח לשמעון לקנות מראובן או לקבל מתנה ממנו כיון שאינו עושה שליח לחוב לראובן שהרי אם ירצה ראובן לא ימכר לו ולא יתן לו מאומה לכן יכול לוי לבד למנות שליח לזה ואינו צריך לשליחותו של ראובן, אבל אם לוי עושה שליח לשמעון לתפוס מראובן שלא מדעתו לחוב עלי חובותיו או להגביה מציאה למ"ד התופס לבע"ח במקום זב לאחרים דלא קנה ובמקום דלא שייך לומר מיגו דזכי פשיה זכי נמי לחבריה בזה מודים כולי עלמא שאין ביד למנות שליח לחוב לאנשים אחרים עד שבעלי הממון אשר להם הפסד בתפיסתו הם יעשוהו שליח לתפוס וכל זמן הממון לא עשוהו שליח אינו יכול לתפוס, הלכך כיון ה"נ איירי לענין מציאה בחצרו דלא שייך שם לומר מיגו דזכי פשיה זכי נמי לחבריה והוא עושה שליח לחצרו לחוב

לאחרים מודים בזה כולי עלמא דבעינן שלוחו של בעל הממון אפילו בשליחות נמי כיון שעושהו שליח לחוב לאחרים ותופס במקום שחב לאחרים לא קנה, וכמו שכתבנו לעיל פרק כ"א אות ב' ואות ג' ע"ש.

פרק כד

והנה האחרונים הביאו ראיה דבעינן שלוחו של בעל הממון מירושלמי בפ' התקבל הלכה א' ובירושלמי דמעשר שני דז"ל הירושלמי שם רבי עזריה בעי קומי ר' אף לענין מתנה כן אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו אמר ליה תמן התורה זיכתה אותה בגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה אית לך מימר במתנה אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו, ועוד מן הדא דאמר ר' יוסי יעקב בר זבדי ר' אבהו בשם ר' יוחנן אמר ליתן מתנה ובירו וביקש לחזור בו חוזר בו קם ר' יוסי עם ר' יעקב זבדי אמר ליה והיינו הן צדק אמרו בשעה שאמר הן צדק ה עכ"ל הירושלמי שם אלמא שאין אדם עושה שליח לקבל זכה מחבירו משום שאין אדם יכול לעשות שליח לקבל דבר אינו שלו רק בגיטין משום דהתורה זיכתה לה בגיטה והיא שה שליח לקבל דבר שהוא שלה אלמא דבעינן שבעל הממון יעשה את השליח אבל בדבר שאינו שלו לא שייך שליחות שהנותן כבר הבטיח להמקבל שיתן לו את המתנה מ"מ שהנותן יכול לחזור בו אין בכח המקבל למנות שליח, וזה ובתא לדברינו דאמרינן דבשליחות לא בעינן שלוחו של בעל זמון רק בזכיה לבד בעינן שלוחו של בעל הממון שהרי הירושלמי הזה מוכח שגם בשליחות בעינן שלוחו של בעל הממון.

אך המעיין בירושלמי שם יראה שאין זה ענין כלל לשלוחו של בעל הממון דמעיקרא הביא שם ירושלמי מחלוקת דרבי ורבי נתן אי הולך כזכי דמי או לא מחלוקת דרבי ור' נתן שהובא בבבלי במס' גיטין ד' ס"ג כשהאשה אמרה לשליח התקבל לי גיטי והשליח אמר לבעל אשתך אמרה התקבל לי גיטי והבעל אומר לשליח הולך ותן דרבי ס"ל דהולך כזכי דמי ואם רצה לחזור לא יחזור ור' זן ס"ל דהולך לאו כזכי דמי ואם רצה לחזור יחזור, ועל זה אי שאלת הירושלמי ששאל אם לענין מתנה כן היינו אם לוי לשמעון ראובן הבטיחני ליתן לי מתנה לכן לך וקבל מתנה בעדי וכן עשה שמעון כי הלך אצל ראובן וראובן אמר לשמעון הולך המתנה ללוי שאל הירושלמי אם הולך כזכי מי במתנה כהאי גונא או לא כי יוכל היות דתליא ג"כ מחלוקת דרבי ור' נתן כמו שנחלקו לענין גיטין אולי כך נחלקו ג"כ לענין מתנה אם הולך כזכי דמי או לא ואולי מתנה שאני גיטין דבגט כיון שהתורה זכתה לה בגיטה לכן הולך כזכי מי אבל במתנה יען כי הוא דבר שאינו שלו לכן הולך דידיה או נוכי דמי וכן פירש הפני משה בירושלמי דמס' גיטין וכן דורש

הגאון מהרא"ל המפרש בירושלמי דזרעים דספיקו של ירושלמי הוא אם הולך ותן לה במתנה תליא ג"כ במחלוקת רבי ור' נתן אי הולך כזכי דמי או לא א"כ משמע להיפוך דוקא כשאמר הנותן לשלוחו הולך מתנה לפלוני אזי לא קנה המקבל מפני שגילה הנותן את דעתו שאין רצונו בזה שיהא שליחו לקבלה לכן לא קנה המקבל אבל אם לא גילה הנותן את דעתו שאין רצונו שיהא זה שליח לקבלה שפיר קנה המקבל משום שליחותו של זה דיש ביד כל אדם למנות שליח אפילו על דבר שאינו שלו דלא בעינן שלוחו של בעל הממון.

ג) **אך** דברי הירושלמי צריכין ביאור במה שתלה את הדבר אם אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו או לא, כי לפי דברינו צריך לומר דפירוש הירושלמי הוא דבגיטין כיון שהתורה זיכתה לה בגיטה לכן הולך כזכי אליבא דרבי, אבל במתנה לפי שהוא דבר שאינו שלו כלל לכן הולך לאו כזכי דמי, א"כ צריך ביאור איך תליא הולך כזכי בזה, ונראה לבאר את דברי הירושלמי הנ"ל ע"פ מה שכתבו התוס' בגיטין דף י"א וי"ב ד"ה כל האומר שיש חלוק בין מלוה למתנה דלענין מלוה קי"ל דהולך כזכי דמי וכשאומר ראובן לשמעון הולך מנה לפלוני שאני חייב לו אם בא הנותן לחזור אינו חוזר, אבל לענין מתנה כשאומר ראובן לשמעון הולך מתנה זו ללוי קי"ל דהולך לאו כזכי דמי וכ"כ שאר פוסקים וכן הוא בטור ובשו"ע חו"מ סימן קכ"ה סע' א' וסע' ה' *שיש* חלוק בין מלוה למתנה אלמא דלשון הולך פעם משתמע כלשון זכי ופעם משתמע לשון הולך ותן ליד המקבל ולאו כזכי דמי ותליא בין אם יש לו שום זכות וקנין להמקבל בהדבר הנשלח או אם אין לו זכות, ובמלוה כיון שהלוה הוא מחויב לשלם להמלוה לכן אמרינן דבעין יפה נותן לו ודעתו של הנותן לזכות לו תיכף ומיד כשבא החפץ ליד השליח, אבל במתנה כיון שאין שום זכות להמקבל בהאי חפץ לכן אמרינן שאין דעתו של הנותן לזכות לו מיד כשבא החפץ ליד השליח רק דעתו של הנותן הוא שלא יקנה המקבל את החפץ הזה רק כשיבוא החפץ ליד המקבל אז יקנה בו ולא קודם לזה. וז"ל הב"ח סימן קכ"ה ד"ה ודוקא במלוה וטעמו כתב הר"ן והמרדכי פ"ק דגיטין דכיון דבחנם נותן לו ובקושי אין דעתו שיצאו מכחו עד שיגיע ליד המקבל מתנה והתוס' איירי כשהמקבל לא עשה שליח כלל לשום אדם רק שראובן אמר לשמעון הולך חפץ זה ללוי וגם לא איירי התוס' שהבטיח ראובן ללוי ליתן לו את החפץ מעיקרא וכיון שאין לו ללוי שום זכות בהאי חפץ שהרי לא הבטיחו ראובן כלל ליתן לו וגם לא שמע ראובן שלוי עשה שליח לקבלה לזכות מידו אבל הירושלמי איירי כגון שראובן כבר הבטיח ללוי ליתן לו את החפץ שלו וגם שמע ראובן שלוי רוצה לזכות מיד בבואו ליד השליח ועשה לשמעון שליח לקבלה

לזכות בעדו ולהכי מספקא ליה כיון שראובן כבר הבטיח ללוי ליתן לו את החפץ שלו וגם שמע ראובן שלוי רוצה לזכות מיד בבוא ליד השליח שהרי לוי עשה לשמעון שליח לקבלה לזכות בעדו [וכ"כ התוס' בגיטין ד' ס"ג ד"ה רבי אומר ע"ש וכ"כ הר"ן ושאר מפרשים דמחלוקת רבי ור' נתן בגיטין איירי בכהאי גונא] א"כ יש מקום לומר דהולך כזכי דמי בכהאי גונא ויש להסתפק אם דמיא למלוה דהולך כזכי דמי או דמיא לגיטין שנחלקו רבי ורבי נתן אם הולך כזכי דמי או לא, לכן השיב הירושלמי דבמתנה מודים כולי עלמא דהולך לאו כזכי דמי ואפילו בכהאי גונא שהבטיח ראובן ללוי ליתן לו מתנה וגם לוי עשה לשמעון שליח לקבלה לזכות בעדו מ"מ הולך לאו כזכי דמי לכולי עלמא ואינה דומה המתנה לא למלוה ולא לגיטין ואפילו רבי דס"ל דהולך לענין גיטין כזכי דמי מ"מ במתנה מודה דלאו כזכי דמי, משום דשאני גט שהתורה זיכתה לה בגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שלה לכן הוי הולך כזכי דהוי כמו מלוה כיון שהמלוה עושה שליח לקבל דבר שהוא שלו שכבר נתחייב לו הלוה לכן הולך כזכי דמי במלוה וכן בגיטין כיון שהתורה זיכתה לה בגיטה לכן הוי הולך כזכי כמו במלוה, אבל במתנה כיון שהמקבל עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו לכן הוי הולך דידיה לאו כזכי, וסיים הירושלמי דאע"פ שכבר הבטיח ראובן ללוי ליתן לו את המתנה מ"מ הבטחתו זאת אינו עושה את דין המתנה הזאת כדין מלוה לענין הולך כזכי כיון דאמר ר' יוחנן דדברים אין בהם משום מחוסרי אמנה ויכול לחזור בו לכן הולך לאו כזכי דמי כמו"ש התוס' דבמתנה קי"ל דהולך לאו כזכי דמי דהבטחתו לאו כלום היא וכמו שלא הבטיחו דמי, ואם אמר הנותן להשליח הולך דבר זה לפלוני אין השליח זוכה תומ"י לפלוני, אלא א"כ הגיע ליד פלוני ד) **והא** דאמרינן דשליח מתנה אינו דומה לשליח הגט לענין הולך כזכי היינו אליבא דרבי דס"ל דהולך בגט כזכי דמי ואם נימא דבמתנה הולך לאו כזכי דמי לדידיה צריכין אנו לחלק ולומר שיש חלוק בין גיטין למתנה דבגט כיון דהתורה זיכתה לה בגיטה לכן הולך כזכי אבל במתנה כיון דהוי דבר שאינו שלו לכן הולך דידיה לאו כזכי דמי, אבל אליבא דר' נתן דס"ל דאפילו בגיטין נמי הולך לאו כזכי דמי לדידיה אין לנו שום חלוק בין שליח מתנה לשליח הגט כי בין בזה ובין בזה הולך לאו כזכי דמי.

ה) **והנה** בגיטין ד' ל"ב איתא אמר אביי נקטינן שליח מתנה הרי הוא כשליח הגט נפקא מינה להולך לאו כזכי דמי והוא איפכא מדברי הירושלמי הנ"ל דס"ל דשליח מתנה אינו כשליח הגט לענין הולך כזכי דמי ואם נרצה להשוות את הירושלמי עם הגמ' דידן ולא נרצה לומר דפליגי אהדדי נצטרך לומר דאביי כר' נתן ס"ל דהולך לאו כזכי דמי גם לענין גיטין להכי דמיין אהדדי שליח מתנה ושליח הגט דבשניהם הולך לאו כזכי דמי, וכן

משמע מדברי הרי"ף והרא"ש בפ' התקבל שהוכיחו דהלכה כר' נתן דהולך לאו כזכי דמי בגיטין מהא דאמר אביי דשליח מתנה הרי הוא כשליח הגט נפקא מינה להולך לאו כזכי דמי, אלמא דמילתא דאביי אליבא דר' נתן איתמר ולא אליבא דרבי ולר' נתן שניהם שוים שליח מתנה ושליח הגט.

ו) **עוד** נוכל לומר דמילתא דאביי נאמרה אפילו אליבא דרבי דס"ל דהולך בגיטין כזכי דמי והא דאמר אביי כאן דבשליח מתנה ושליח הגט הולך לאו כזכי דמי יש לומר דאביי איירי שהאשה או המקבל מתנה לא אמרו אל השליח כלל שיהא שליח לקבלה ובזה מודה גם רבי דלא אמרינן הולך כזכי דמי דדוקא בנידון הירושלמי דאיירי כשאמרה האשה לשליח התקבל לי גיטי וגם השליח אמר כן לבעל ואשתך אמרה התקבל לי גיטי אזי אמרינן דהולך כזכי דמי דמסתמא היה דעתו לעשותו שליח לקבלה כמו שאמרה היא אבל במילתא דאביי כיון דאיירי שהאשה לא אמרה כלל לשליח התקבל לי גיטי לכן הולך דידיה לאו כזכי דמי וכן כתבו התוס' בגיטין ד' ס"ג במילתא דרבי דס"ל שם דהולך כזכי דמי וז"ל ואע"ג דבסוף פ"ק לעיל ד' י"ד סבר ר' יהודא הנשיא דהיינו רבי דהולך לאו כזכי דמי גבי הולך מנה לפלוני שאני הכא כיון שאמר ליה שליח אשתך אמרה התקבל לי גיטי סתמא דמילתא דאדעתא דהכי יהיב ליה עכ"ל התוס' שם וכ"כ התוס' בפ"ק דגיטין ד' י"ד ד"ה ור' יהודא הנשיא וכ"כ הר"ן ושאר מפרשים.

ו) **וכן** משמע מדברי התוס' דף ל"ב ד"ה להולך דמילתא דאביי דאמר שליח מתנה הרי הוא כשליח הגט נפקא מינה להולך לאו כזכי דמי איירי שלא אמרו כלום האשה והמקבל מתנה להשליח רק איירי שהנותן או הבעל לבד אמרו, לשליח הולך גט זה לאשתי או הולך מתנה לפלוני אבל האשה או המקבל מתנה לא אמרו לשליח כלל דזה לשונם שם בגט לא שייך לומר הולך לאו כזכי דמי דאפילו זכי נמי לא מהני ולא נקטיה אלא לסימנא בעלמא לומר כי היכי דלא מהניא הולך בגט לא מהני נמי במתנה עכ"ל התוס' שם, ואם נימא דהתוס' ס"ל ג"כ כשיטת הרי"ף והרא"ש דדברי אביי איירי שהאשה אמרה לשליח התקבל לי גיטי אין מקום לדברי התוס' האלה דבודאי אם אמר זכי היה זוכה להאשה תיכף כשבא הגט ליד השליח כדאיתא בגיטין דף ס"ג דאפילו ר' נתן דס"ל דאם אמר הולך ותן דלאו כזכי דמי מ"מ אם אמר זכי לה אם רצה לחזור לא יחזור מפני שזכה לה מיד והוא דבר פשוט בכמה דוכתי דכשאומר זכי זכה לה מיד, אלא ע"כ צריך לומר דס"ל להתוס' דמילתא דאביי איירי שלא אמרו כלום האשה והמקבל מתנה אל השליח, וא"כ אין ראי' ממילתא דאביי דהלכה כר' נתן כמו שהביאו הרי"ף והרא"ש דאיכא למימר דדוקא כשלא אמרה האשה התקבל לי גיטי והוא אומר הולך

לה התם הוא דאמר אביי דהולך לאו כזכי דמי אבל בפלוגתא דר"נ ורבי דאיירי שאמרה האשה לשליח התקבל לי גיטי התם יוכל היות דהלכה כרבי דהולך כזכי דמי לענין גיטין ויוכל היות דלענין מתנה ג"כ הולך כזכי דמי באופן זה כשאמר המקבל לשליח לך והתקבל לי מתנה מפלוני אשר הבטיח לי ודלא כהרי"ף והרא"ש שהביאו ראי' ממילתא דאביי דאין הלכה כרבי רק כר' נתן.

ח) **ויש** להביא ראי' לדברי התוס' האלה דהנה במס' גיטי ד' ס"ג איתא התקבל לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי והוא אומר הולך וחן לה אמר ר' אבא אמר רב הונא נעשה שלוחו ושלוחה וחולצת למימרא דמספקא ליה לרב אי הולך כזכי דמיא אי לאו כזכי דמי והא איתמר הולך מנה לפלוני שאני חייב לו אמר רב חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר עכ"ל הגמ' ודברי הגמ' תמוהים מאי מקשה הגמ' מגט לבע"ח והלא התוס' דף י"ב כתבו שיש חלוק בין מתנה לבע"ח לענין הולך כזכי דבמתנה הולך לאו כזכי ובחוב הולך כזכי דמי וכיון דאמר אביי דשליח מתנה ושליח הגט שוים הם לענין הולך דלאו כזכי דמי א"כ ממילא יש חילוק בין גט לבעל חוב דגט הוי כמתנה דלא עדיף כ"כ כח זכותו דשליח כמו בחוב לענין הולך כזכי, א"כ לענין חוב ס"ל לרב דאם בא לחזור אינו חוזר משום דהולך כזכי דמי אבל לענין גט דכמתנה דמיא מספקא ליה לרב אי הולך כזכי דמי או לא ומאי מקשה הגמ' מגט אחוב אלא ע"כ צריך לומר דלא קאמרי התוס' דהולך לאו כזכי דמי במתנה רק היכא שהמקבל לא אמר לשליח התקבל לי מתנה מפלוני וכן מילתא דאביי דאמר דשליח מתנה ושליח הגט הולך לאו כזכי דמי מיירי ג"כ באופן זה שהאשה והמקבל מתנה לא אמרו לשליח שיקבל את הגט והמתנה בעדם דוקא התם הולך לאו כזכי דמיא אבל אם האשה או המקבל מתנה אמרו לשליח שיקבל בעדם את הגט והמתנה אזי גם שליח הגט והמתנה לא גרעי משליח בעלי החוב היכא שלא אמר המלוה לשליח קבל את החוב וכמו דבשליח החוב הולך כזכי דמי אף נמי בשליח מתנה וגט ג"כ הולך כזכי דמי, עכ"פ מוכרח הדבר לומר כפירוש התוס' דמילתא דאביי לא איירי שאמרו האשה והמקבל מתנה לשליח שיקבלו את הגט והמתנה דאם איירי שאמרו האשה והמקבל מתנה לשליח שיקבל את הגט והמתנה בעדם ואפילו הכי הולך לאו כזכי דמי במתנה וגט א"כ מאי מקשה הגמ' מחוב אגט דבחוב בודאי הולך כזכי דמי ובגט לאו כזכי דמי דכמתנה דמיא אלא ודאי מילתא דאביי איירי שלא אמרו האשה והמקבל מתנה להשליח שיקבל את הגט בעדם כפירוש התוס' דלא כשיטת הרי"ף והרא"ש שהוכיחו ממילתא דאביי שהלכה כר' נתן.

ט) **ולשיטת** הרי"ף והרא"ש צריך לומר שהוכיחו דמילתא דאביי איירי שאמרו האשה והמקבל מתנה לשליח שיקבל את המתנה והגט דאי איירי שלא אמרו לשליח שיקבל את המתנה והגט א"כ לא שייך למימר בשליח הגט דהולך לאו כזכי כקושיית התוס' דאפילו אם יאמר זכי לא מהני בגט לכן והוכיחו הרי"ף והרא"ש דמילתא דאביי איירי שאמרו הבעל והאשה להשליח שיקבל את הגט והמתנה בעדם ואפילו הכי הולך לאו כזכי דמי במחנה ובגט אבל בחוב הולך כזכי דמי אפילו אם לא אמר המלוה לקבל את החוב והא דמשמע בגיטין ד' ס"ג דבגט היכא שאמרה האשה לשליח התקבל לי עדיף טפי ודמיא לבעל חוב ומשום זה מקשה הגמ' מחוב אגט צריך לומר להרי"ף והרא"ש דההיא סוגיא דגיטין ד' ס"ג פליגא על אביי דאביי ס"ל בין אם אמרו האשה והמקבל מתנה לשליח שיקבל את הגט והמתנה ובין לא אמרו אמרינן דהולך לאו כזכי דמיא ובחוב הולך כזכי דמיא אפילו אם לא אמר המלוה כלל שיקבלו את הלואתו מן הלוה והסוגיא דדף ס"ג ס"ל דגט היכא שאמרה האשה לשליח לקבל את הגט ג"כ דמיא לחוב ולרב דס"ל בחוב דהולך כזכי דמי ס"ל ג"כ בגט היכא שהאשה אמרה לקבל דכזכי דמיא והרי"ף והרא"ש פסקו כאביי והיינו כר' נתן דהולך בגט לאו כזכי דמיא אפילו אם אמרו האשה והמקבל לשליח שיקבל את הגט והמתנה מיד המשלח.

י) והנה הטור ומרן המחבר בחו"מ סימן קכ"ה כתבו דהולך כזכי דמי לענין חוב אבל לענין מתנה הולך לאו כזכי דמי וסיימו שם סעיף ה' דאפילו עשאו שליח לקבל ואמר לו הנותן הולך לאו כזכי דמי, ובבאר הגולה כתב שם וז"ל הב"י לא כתב מוצא הדין וכו' ע"ש שדחק למצוא מקור לזה דאם עשאו המקבל שליח לקבלה מסתברא שיועיל הולך דכזכי דמי ומנין לנו לומר דלאו כזכי דמי ונראה דלשיטת הרי"ף והרא"ש שפירשו דמילתא דאביי דאמר הולך לאו כזכי דמי במתנה ובגט איירי שהאשה והמקבל מתנה אמרו לשליח שיקבל את הגט או את המתנה והנותן והבעל אמרו הולך, הרי בהדיא מפורש הדין בגמ' דאפילו אם עשאו המקבל שליח לקבלה אעפ"כ אמרינן דהולך לאו כזכי דמי.

יא) **אך** לשיטת הר"ן בפ' התקבל ושאר מפרשים דס"ל דמילתא דאביי לא נאמרה רק אם האשה והמקבל לא עשוהו שליח לקבלה אבל אם האשה והמקבל עשוהו שליח לקבלה בזה לא איירי אביי מאומה א"כ בודאי אין לנו מקור לדברי המחבר שפסק דהולך לאו כזכי דמי היכא שעשאו המקבל שליח, ואדרבה מההיא דגיטין ד' ס"ג משמע דשליח הגט היכא שהאשה עשתהו שליח דמי לשליח החוב ולדברי אביי דאמר דשליח מתנה ושליח הגט שוים הם לענין הולך דלאו כזכי דמי שמעינן מזה דגט ומתנה היכא שהמקבל

והאשה עשוהו שליח לקבלה והבעל או הנותן אמרו הולך דמיא לשליח החוב, וכיון דאנן קי"ל דהולך בחוב כזכי דמי א"כ אית לנו לומר דגם במתנה היכא שהמקבל עשהו לשליח לקבלה ג"כ כזכי דמיא, א"כ תימא על מרן המחבר והרמ"א שפסקו בחו"מ סימן קכ"ה דהולך לאו כזכי דמי במתנה אפילו היכא שהמקבל עשהו שליח לקבלה מ"ש מתנה מגט דבגט משמע דהיכא שהאשה עשתהו שליח לקבלה כזכי דמי אמאי לא נימא ג"כ במתנה שיהא כזכי כיון שהמקבל עשהו שליח, ובאמת על מר"ן המחבר אין להקשות מידי שהרי גם לענין גט הוא פוסק באה"ע סימן ק"מ סעי' ו' דהולך לאו כזכי אפילו אם האשה עשתהו שליח לקבלה והוא מפני שפוסק כשיטת הרי"ף והרא"ש שפסקו כרבי, אך על הרמ"א יש להקשות דמשמע מדבריו באה"ע סימן ק"מ סע' ו' בהגה שכתב וי"א דבתן לה הויא ספק מגורשת ומשמע דבגט הוי ספק אם הולך כזכי דמי או לא וא"כ יש לנו לומר דגם במתנה יהא ספק אם הולך כזכי דמי או לא.

קיב) **ועיין** שם בב"ש סק"י שכתב וז"ל גם הולך לה לחוד נמי הוי ספק, גם להפוסקים האלה דפסקו כרב ע"ש בב"ש והוא כמסקנת הגמ' דרב מספקא ליה במלוה ובגט אם הולך כזכי דמי או לא משום דמפסקא ליה אי הלכה כר' או כר' נתן וא"כ ק' במתנה נמי לימא הכי דספקא היא אם הולך כזכי דמי או לא, וא"כ ק' אמאי לא הגיה הרמ"א בחו"מ סימן קכ"ה מאומה על דברי המחבר ואפשר דסמכו על דברי הירושלמי הנ"ל שמחלק בין גט למתנה דהיינו אפילו למ"ד דהולך כזכי דמי בגט מ"מ במתנה מודה גם רבי דהולך לאו כזכי דמי משום דגט שאני שהתורה זיכתה לה בגיטה לכן הולך כזכי אליבא דרבי אבל במתנה לאו כזכי דמי, לכן אע"פ שלענין גט יש שכתבו דהוי ספק לדידן אם הולך כזכי דמי או לא מ"מ לענין מתנה מודים כולי עלמא דלאו כזכי דמי.

פרק כה

א) **כתב** הקצוה"ח סימן קכ"ו ס"ק ט"ז דשליחות אינה מועילה בדבר שלא בא לעולם והביא ראי' לזה מהא דאמרינן בנזיר דף י"ב שאין אדם יכול לעשות שליח לקדש את האשה לאחר שתתגרש מבעלה משום דבשעת מינוי השליחות אכתי אשת איש היא והמשלח אינו יכול לקדשה אז לכן אין המשלח יכול למנות שליח לקדשה לאחר שתתגרש, א"כ אם ראובן אמר לשמעון שדה זו לאחר שאקנה אותה תהא אתה שלוחי ותתן אותה ללוי אין שליחותו כלום כיון דבשעת מינוי השליחות אין לו שדה לראובן והוי דבר שלא בא לעולם, וכן אם אמר ראובן לשמעון לאחר שתגבה חובי מפלוני תתן ללוי אין בשליחותו כלום דהרי החוב הוי דבר שאינו ברשותו ולא קיימא קמיה אלא לאחר הגביה לכן אינו יכול למנות שליח בדבר שאינו ברשותו ע"ש בקצוה"ח. ב) בא **ואצלי**

תמהין דבריו דא"כ כשלוי אמר לשמעון שיקנה שדה מראובן דקי"ל דמהני שליחותו ולוי קונה שדהו של ראובן בקנין חזקה שעושה השליח ומועיל אפילו כשקונה מעכו"ם דלא שייך שם זכיה או כההיא דב"ק ד' ק"ב כשלא הודיעו להמוכר בשביל מי הוא קונה דלא שייך שם זכיה ואמאי מועיל והלא בשעה שלוי מינה את שמעון לשליח לילך ולהחזיק בשל ראובן עדיין היה דבר שאינו ברשותו לגבי לוי המשלח ואמאי מועיל שליחותו של לוי והלא בדבר שאינו ברשותו ובדבר שלא בא לעולם אין כח לאדם למנות שליח, אלא ודאי צריך לומר דכיון שלוי מינה את השליח שיקנה מראובן אם ימכור לו ואם לא ימכור לו לא יקנה לכן לא מיקרי זה כל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח שהרי אם ראובן יתרצה למכור יכול גם לוי לקנות לכן מיקרי זה מילתא דמצי עביד ומצי משוי גם שליח, דדוקא אם לוי היה ממנה לשמעון שיהא שלוחו לחטוף מראובן בע"כ דראובן אז היה שייך לומר כל מילתא דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוי כיון דלוי לא יכול לחטוף מראובן בע"כ דראובן לכן לא מצי נמי משוי שליח לשמעון, אבל כיון שלוי אינו עושה שליח לשמעון לחטוף מראובן רק למשוך או להחזיק ולקנות מראובן אם ראובן ימכור לו ובאופן זה כשראובן התרצה למטר יכול גם לוי לקנות לכן יכול לוי לעשות שליח דמקרי שפיר מילתא דמצי עביד דמצי משוי נמי שליח ומועיל אפילו אם המוכר לא ידע או שהוא עכו"ם, וא"כ אם ראובן מינה לשליח את שמעון ואמר לו שדה זו אם אקחנה מפלוני תהא אתה שלוחי ליתן ללוי ג"כ קנה לוי שפיר דשמעון הוי שלוחו כדין דנהי דבשעת מינוי השליחות לא היה השדה של ראובן מ"מ לא מקרי זה כל מילתא דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוי כיון דראובן לא מינה שליח לשמעון לחטוף מפלוני וליתן ללוי רק מינה אותו שליח שאם אותו פלוני יתרצה למכור לראובן אזי יתן את השדה ללוי לכן קונה לוי שפיר דשמעון הוי שלוחו כדין וכן יכול אדם לעשות שליח לקדש אשה והאשה עושה שליח לקבל קידושיה וכן העבד עושה שליח לקבל גיטו וכן כמה דברים כאלו מצינו שאדם עושה שליח אע"ג דבשעת מינוי השליחות עדיין לאו דידיה הוא קנין קידושי האשה או הבעל או שחרור העבד וכיוצא בהם ואפי' הכי מצי משוי שליח אלמא דאפילו בדבר שלא קנה עדיין יכול לעשות שליח א"כ בנידון הקצוה"ח דאמר לו שדה זו לכשאקחנה מזבלון תהא שלוחי ליתנה ללוי ג"כ מהני שליחותו שפיר.

ג) **ואין** לחלק ולומר דלא דמיין אהדדי דכשלוי מינה את שמעון שליח לקנות מראובן מיקרי שפיר מ לתא דאיהו מצי עביד שהרי לא מחסרא כאן שום מעשה רק ריצוי בעלמא מחסרא כאן שאם ראובן מתרצה למטר ללוי יכול לוי למשוך ולהחזיק לכן יכול לוי ג"כ

למנות שליח לשמעון למשוך ולהחזיק חפציו של ראובן, משא"כ אם ראובן מינה את שמעון שליח ואמר לו שדה זו כשאקחנה מפלוני תתנה ללוי זה בודאי מקרי דבר שלא בא לעלם ומקרי מילתא דאיהו לא מצי עביד דלא מצי משוי שליח שהרי עדיין מחסרא כאן מעשה הקנין של ראבון וכל זמן שלא קנהו ראובן אינו יכול למכור וליתן ללוי לכן אינו יכול למנות שליח דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוי, וכיוצא בזה כתבו התוס' בנזיר דף י"ב ד"ה מ"ט וכו' לענין הפרשת חלה דהיכא שמחוסר מעשה הלישה והגלגול מקרי מידי דאיהו לא מצי עביד ולא מצי משוי שליח א"כ היכא שמחוסר מעשה הקנין מיקרי נמי מילתא דאיהו לא מצי עביד ולא מצי משוי שליח.

ד) **אך** לא נהירא לי לחלק בזה שהרי גם כשאומר ראובן לשמעון שדה זו לכשאקחנה מזבלון תהא אתה שלוחי ליתנה ללוי, גם בזה אינו מחוסר מעשה הקנין רק רצון לבד מחסרא כאן, שהרי אם ירצו ראובן וזבלון יכולים ליתן את השדה ללוי ותיכף ומיד יכול ראובן להקנות את השדה מזבולון ללוי אם רק ירצה זבלון נמצא שאינו מחוסר כאן רק ריצוי ולא מעשה ומקרי שפיר מילתא דאיהו מצי עביד ומצי משוי נמי שליח ואין זה דומה למ"ש התוס' בנזיר שם דהיכא דמחוסר מעשה הלישה והגילגול מקרי מילתא דאיהו לא מצי עביד דלא מצי משוי שליח דהתם בלא מעשה הלישה והגילגול אי אפשר להפריש חלה אפילו אם ירצו שניהם הכהן והבעל הבית ג"כ אין הפרשת חלה בלא לישה וגלגול וכן ההיא שכתבו התוס' שם לענין יבמה כשכותב לה גט ואומר לה לכשאכנסך אגרשך דמחוסר מעשה לבוא עליה ג"כ אי אפשר לגרשה בשום אופן אם לא יבוא עליה לכן מקרי מחוסר מעשה אבל כאן כיון דאפשר לראובן ולזבלון להקנות ללוי בלא שום מעשה הקנין ואינו מחוסר רק רצון לבד והיכא שאינו מחוסר מעשה כלל רק רצון לבד לא מקרי מילתא דאיהו לא מצי עביד ומצי שפיר לעשות שליח.

ה) ו**א"כ** לא דמיא נמי להההיא דנזיר דף י"ב אשר משם מביא הקצוה"ח ראי' לדבריו דאיתא התם שאם אדם מינה שליח לקדש אשה לאחר שתתגרש מבעלה אין בשליחותו כלום משום דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוי, התם שאני דבשום אופן לא תוכל האשה להתקדש לאיש אחר בלא מעשה הגירושין אפילו אם יתרצו כולם לזה המקדש והאשה והבעל אפילו הכי אין ביד אדם לקדש אשת איש ומחוסר מעשה הגירושין ומקרי שפיר מילתא דאיהו לא מצי עביד ולא מצי משוי נמי שליח, אבל בקנין ממון דאם יתרצו כולם לזה יוכלו להקנותו ללוי בלא שום מעשה בינתים מיקרי שפיר מילתא דמצי עביד ומצי משוי נמי שליח.

ו) **ויש** לי להביא ראי' ברורה לדברי שיכול אדם לעשות שליח בדבר שלא קנה עדיין והשליח יעשה את השליחות לאחר שיקנה דלא כהקצו"ה ממה שכתב מרן הב"י ביו"ד סימן שכ"ז בשם ספר התרומות וז"ל וכתב עוד שהתלמיד הוא כמו אורח יכול לומר לבעלת הבית להפריש חלה מכל עיסה שיהא לו אחר כך אפילו מאותם שיקנה ואינה צריכה ליטול רשות בכל פעם עכ"ל וכן פסק מרן המחבר בשו"ע סימן שכ"ח סע' ג' ע"ש והנה מה שהמשלח יכול לעשות שליח בעוד שהוא קמח ולא נתגלגלה העיסה ולא נילושה עדיין אע"ג דקי"ל שהמפריש חלתו קמח הרי הוא גזל ביד כהן (עיין יו"ד סימן שכ"ז) והמשלח אינו יכול להפריש עכשיו כל זמן שהוא קמח וא"כ אית לנו לומר דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי לעשות שליח כבר תירצו התוס' בנזיר דף י"ב ושאר מפרשים מפני שיכול להביא עיסה מגולגלת ולומר עיסה זו תהא חלה על קמח זה לכשיהא נילוש ועיין בשו"ע סימן שכ"ח סעי' א' שכתב המחבר וז"ל אבל המפריש קמח ואומר כשתעשה עיסה יחול עליה שם חלה דבריו קיימין עכ"ל וא"כ דבר פשוט הוא שיכול למנות שליח בעוד שהוא קמח כיון שגם הוא יכול לעשות ולהפריש במודו קמח א"כ הוי מילתא דמצי עביד ומצי משוי שליח (עיין ביאור הגר"א ריש סימן שכ"ז ובחידושי רעק"א שם סוף סימן שכ"ח מה שכתבו בזה ע"ש)

ז) **אך** זהו תימה לדברי הקצוה"ח איך יכול לעשות שליח בדבר שלא קנה עדיין שהשליח יתרום את החלה לאחר שיקנה והלא כיון שהמשלח אינו יכול לתרום דבר שאינו שלו הוי מילתא דאיהו לא מצי עביד ולא מצי משוי נמי שליח אלא ודאי צריך לומר כמו שכתבנו דכיון שאינו מחוסר רק רצון לבד לא מיקרי מילתא דאיהו לא מצי למיעבד רק מקרי מילתא דאיהו מצי למיעבד ומצי נמי משוי שליח, וכאן נמי אינו מחוסר רק ריצוי לבד שהרי אם ירצה בעל הקמח יתן לו רשות להפריש ואינו צריך שום קנין ומעשה לכן מקרי שפיר מילתא דאיהו מצי למיעבד שיכול ג"כ לעשות שליח והוא דלא כהקצוה"ח, ומצאתי בס' שושנת העמקים סוף כלל כ"ג שתמה על דברי מר"ן הב"י ושו"ע סימן שכ"ח סע' ג' שכתב שהאורח יכול לומר לבע"ה להפריש לו חלה מכל העיסות שיקנה אח"כ תמה שם וכתב וז"ל כיון דעדיין לא קנה הקמח הוי דבר שלא בא לעולם כמו שדה זו קנויה לך לשאקחנה דאינו כלום למ"ד אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עכ"ל ע"ש שהניח בצ"ע, ולדברינו אין זה קושיא כלום כאשר כתבנו דבדבר שאינו מחוסר רק רצון לבד מקרי מילתא דאיהו מצי למיעבד ומצי משוי נמי שליח.

ח) **ולכאורה** יש להקשות מ"ש דלענין דבר שלא בא לעולם קי"ל דהאומר לחברו שדה זו לכשאקחנה קנויה לך דמקרי דבר שלא בא לעולם ואין הלוקח קונה והוי כמו שאומר

לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שתתגרש או לאחר שימות בעליך דלא הוי קידושין משום דהוי דבר שלא בא לעולם אלמא דלענין קנין דבר שלא בא לעולם שניהם שוים ושניהם נקראים דבר שלא בא לעולם, ומ"ש דלענין שליחות חלוקים הם זה מזה דהאומר לשלוחו שדה זו לכשאקחנה תהיה שלוחי להקנות אותה ללוי מצי משוי שליח כמו שהוכחנו והאומר לשלוחו שיקדש אשה לאחר שתתגרש לא מצי משוי שליח כדאיתא בנזיר ד' י"ב שהבאנו לעיל ומ"ש זה מזה.

ט) **ונראה** דהיינו טעמא שיש חילוק בין מכירה לשליחות, דבשליחות אפילו אם החפץ הנמכר הוא בעולם וברשותו מ"מ המשלח והשליח בשעת מינוי השליחות אינם עושים מאומה בהחפץ הנמכר רק שהמשלח עושה את ידי השליח כידיו, א"כ לא איכפת לן כלל אם החפץ הוא בעולם או לא, דאפילו אם אין החפץ בעולם בשעת מינוי השליחות מ"מ יוכל המשלח לעשות את ידי השליח כידיו כיון שהשליח והמשלח ישנם בעולם, ובאמת היה ראוי לומר דאפילו אם ראובן עושה שליח לשמעון לקדש לו אשה לאחר שתתגרש או לאחר שימות בעלה ג"כ חייל השליחות כיון שהשליח והמשלח אינם עושים כעת במעשה הקידושין שום דבר רק שהמשלח עושה את ידי השליח כידיו א"כ מה איכפת לן בזה שהאשה היא עכשיו אשת איש ואינה ראויה לקידושין כיון שהשליח והמשלח אינם עסוקים כעת במעשה הקידושין רק במינוי השליחות, מ"מ קי"ל בנזיר ד' י"ב שאינו יכול לעשות שליח בהאי גונא מפני כי כן הוא ההלכה בשליחות דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח לכן לא יכול ראובן לעשות שליח לקדש לו אשה לאחר שתתגרש או לאחר שימות בעלה.

י) **וכיון** דבאמת ישנה לשליחות על מה לחול כיון שהשליח והמשלח הם בעולם רק כי כן הוא ההלכה בשליחות דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח א"כ הוא דוקא באופן זה שהמשלח אינו יכול בשום אופן לקדש לו אשה קודם גירושין או קודם מיתת בעלה דוקא בהאי גונא באה ההלכה ואמרה כל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא יוכל לעשות שליח, אבל באם ראובן אומר לשלוחו שדה זו לכשאקחנה תהיה שלוחי להקנותו ללוי כיון שראובן יכול לקנות את השדה גם עכשיו אם יתרצה בעל השדה למוכרו קרינן בזה שפיר מילתא דאיהו מצי עביד ויכול לעשות גם שליח וכל זה הוא רק לענין מינוי השליחות

יא) **משא"כ** לענין מכירה כיון שהקנין צריך לחול על החפץ הנמכר לכן שפיר בעינן שהחפץ יהיה ברשותו של המוכר בשעת המכירה ואם אין החפץ ברשות המוכר בשעת המכירה אין לו להקנין על מה לחול ומקרי דבר שלא בא לעולם ולא קנה, לכן כשאומר

ראובן לשמעון שדה זו לכשאקחנה קנויה לך מקרי דבר שלא בא לעולם ואין המכירה חלה כמו באומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שתתגרש או לאחר שימות בעליך שאין הקידושין חלין ושניהם שוים דכמו שאינן יכולים לחול הקידושין על האשה קודם שנתגרשה מבעלה או קודם שימות בעלה כך לא חיילה המכירה מה שראובן מוכר שדהו של זבלון לשמעון, לכן כשאומר ראובן לשמעון, שדה זו לכשאקחנה מזבולון קנויה לך לא קנה שמעון מפני שאין לו להקנין על מה לחול ומקרי דבר שלא בא לעולם, מה שאין כן לענין שליחות דהשליחות אינה חיילה על החפץ הנמכר רק על השליח וכיון שהשליח ישנו בעולם לכן מהני שפיר.

פרק כו

א) עוד יש להביא ראי' לדברינו שיכול אדם למנות שליח אפילו בדבר שלא קנה עדיין ודלא כהקצוה"ח דאמרינן בפסחים דף פ"ח האומר לעבדו צא ושחוט עלי את הפסח שחט גדי יאכל שחט טלה יאכל וכו' שכח מה אמר לו רבו כיצד יעשה שחט טלה וגדי ויאמר אם גדי אמר לי רבי גדי שלו וטלה שלי ואם טלה אמר לי רבי הטלה שלו וגדי שלי עכ"ל המשנה ובגמ' שם פריך שלי מה שקנה עבד קנה רבו אמר אביי הולך אצל רועה הרגיל רבו אצלו, דניחא ליה בתקנתא דרביה ומקני ליה חד מינייהו על מנת שאין לרבו רשות בו עכ"ל הגמ' והיוצא מהגמ' דשם כשאמר לו רבו ועשהו שליח שישחט פסח בעדו ושכח השליח מה אמר רבו אם גדי או טלה אזי מקנה לו הרועה גוי או טלה או שניהם ושוחט את שניהם ואומר אם גדי אמר לי רבי יהא הגדי בעדו אלמא אע"ג דבשעה שמינה את השליח עדיין היה הגדי של אינש דעלמא ואין ביד רבו לשחוט את הגדי לו לפסח והוי דבר שלא בא לעולם נגד המשלח, ואפילו הכי אמרינן שהשליחות חלה שפיר ויוצאין הבעלים ידי חובת פסח והבשר נאכל אלמא דאפילו בדבר שלא בא לעולם יש בו מינוי השליחות, והטעם הוא ג"כ כמו שכתבנו דכיון שלא חסר כאן רק רצון הבעלים ולא מעשה לכן מקרי שפיר מילתא דאיהו מצי למיעבד ומצי משוי שליח וכאן ג"כ אינו מחוסר מעשה רק רצון לבר שהרי אם רצו המשלח והבעלים שהגדי והטלה שלהם היו יכולים לשחוט את הפסח בשביל המשלח בלא שום קנין כלל לכן מיקרי שפיר מילתא דאיהו מצי למיעבד ומצי משוי נמי שליח והוא דלא כהקצה"ח.

ב) ולכאורא יש לדחות ראי' זו האחרונה דיש לומר דעבד שאני דיד עבד כיד רבו דמיא כמו דאמרינן בב"מ ד' צ"ו לענין שאלה בבעלים דאפילו למ"ד דאם אמר לשלוחו צא והשאל עם פרתי לא הוי שאלה בבעלים מ"מ כשאמר לעבדו צא והשאל עם פרתי הוי שפיר שאלה בבעלים משום דיד עבד כיד רבו דמי, אלמא שיש חלוק בין עבד לשליח

ויפה כחו של העבד מכח השליח, א"כ אע"ג שאנו רואים ממשנה זו דפסחים ד' פ"ח שיכול אדם למנות עבדו בדבר שלא קנה עדיין והוי דבר שלא בא לעולם מ"מ אין למדים שליחות מזה כי יוכל היות דשאני שליח דגרע כחו לכן אין אדם יכול למנות שליח בדבר שלא קנה עדיין והוי דבר שלא בא לעולם.

ג) **מ"מ** נראה שאין זו דחיה כלל דדוקא לענין ממון יפה כח העבד מכח השליח דמשום שהוא קנוי לרבו בקנין גמור לכן אמרינן דידו כיד רבו דמיא לענין ממון והוי שאלה בבעלים אבל לענין דבר מצוה וכיוצא בו אדרבה יפה כח השליח מכח העבד משום שהשליח מחויב במצות ולא העבד, וכן אמרינן במנחות דף צ"ג ת"ר ידו ולא יד עבדו ידו ולא יד שלוחו ידו ולא יד אשתו כל הני למה לי צריכא דאי כתב רחמנא חד הוה אמינא למעוטי עבר דלאו בר מצות אבל שליח דבר מצוה הוא ושלוחו של אדם כמותו אימא לסמוך עכ"ל אלמא דיותר מסתבר למעט עבד מלמעט שליח משום שהשליח חייב במצות ולא העבד לכן לענין מצות יפה כח השליח מכח העבד וכיון שאנו רואין דאפילו עבד יוכל להמנות שליח לשחוט את הפסח על דבר שלא קנה עדיין והוי דבר שלא בא לעולם מכ"ש שליח שיפה כחו הוא בודאי יכול להמנות שליח בדבר שלא קנה עדיין וכ"כ בס' חכמת אדם בבינת אדם סימן ז' שיש חלוק בין ממון למצוה דדוקא בממון יפה כח העבד מכח השליח אבל במצוה אדרבה יפה כח השליח מכח העבד, ע"ש.

ד) **וכן** משמע מדברי התוס' קידושין דף מ"ב ד"ה ודילמא שהוכיחו שיש שליחות לענין שחיטת הפסח אפילו היכא דאין לו שותפות בגויה ממשנה דפסחים הנ"ל ד' פ"ח הרי שאמר לו רבו צא ושחוט עלי הפסח ושכח מה אמר לו רבו גדי או טלה יקח גדי וטלה ויאמר אם גדי אמר לי רבי גדי שלו וטלה שלי ואם שלה אמר לי רבי טלה שלו וגדי שלי ומדקאמר טלה שלי וגדי שלו משמע שאין לו שותפות בגדי אפילו הכי שוחט גדי פטור רבו אלמא דמצי לשוייה שליח אפילו היכא דלית ליה שותפות בגויה עכ"ל התוס', ואם נימא דיפה כחו של העבד מכח השליח אפילו לענין מצוה ולענין שחיטת הפסח אין הוכחת התוס' כלום דאכתי איכא למימר דהיכא דאין לו שותפות בגויה לא מצי משוי שליח, והא שיכול העבד לשחוט את הפסח בעד רבו עבד שאני משום דיד עבד כיד רבו דמי אלא ודאי כדאמרן דלענין שחיטת הפסח או לענין שאר מצות אין יתרון לעבד על שאר שליח דעלמא, וכ"כ בס' כסף נבחר כלל שליחות אות י"ג דדוקא לענין ממון אמרינן דיד עבד כיד רבו דמיא ולא לענין מצוה והוכיח כן מדברי התוס' האלו קידושין ד' מ"ב ועיין שער המלך פ"ב מה' ק"פ מ"ש על דברי התוס' האלו.

ה) **ועדיין** יש לדחות לכאורה הראיה הנ"ל אשר הבאנו מפסחים ד' פ"ח שיכול אדם למנות שליח בדבר שלא קנה עדיין שהשליח יעשה לאחר שיקנה, ממה דאמרינן בפסחים ד' פ"ח שיוכל הרב למנות שליח לעבדו לשחוט את הפסח הגדי או הטלה שעדיין לא קנה הרב בשעת מינוי השליחות אלמא דיש כח לאדם למנות שליח בדבר שלא קנה עדיין, יש לדחות הראי' הזאת ולומר דלעולם מינוי השליחות של הרב כמאן דליתא הוא כיון שלא היה הגדי או הטלה להרב בשעת המינוי ומה שמועיל כאן לשחוט את הפסח בשביל רבו אינו בשביל מינוי השליחות שמינה אותו אז בשעה שלא היה לו הגדי והטלה רק עכשיו בשעת שחיטת הפסח זוכה בעדו העבד דקי"ל זכין לו לאדם שלא בפניו ועכשיו בשעת שחיטת הפסח כבר יש לו הגדי והטלה לכן יכול לשחוט את הפסח בעד רבו אבל מינויו שמינה אותו רבו לשליח בשעה שלא היה לו הגדי והטלה כמאן דליתא הוא מפני שאין אדם יכול למנות שליח בדבר שלא קנה עדיין. ו) **אך** גם זה אינו דאי משום זכיה אתינן עלה היה יכול הרב למחות בידו ולחזור בו כשישמע כדין הזכיה כשראובן נותן חפץ ביד שמעון שיזכה בו ללוי יוכל לוי למחות כשישמע את הזכיה ונתבטלה המתנה כדאיתא בב"ב דף קל"ח ובחולין ד' ל"ט דבצווח מעיקרא לא קנה כשזיכה לו ע"י אחר וכן הוא בשו"ע חו"מ סימן רמ"ה סע' י, ובמשנה דפסחים שם משמע שמעשה השליח קיימים ואין המשלח יכול למחות בידו ולחזור בו אלמא דמשום שליחות הוא ולא מדין זכיה אתינן עלה, לכן סיים המשנה שם שאם שכח רבו מה אמר לו שניהם יצאו לבית השרפה ופטורין לעשות פסח שני ואי מדין זכיה הוא היה יכול למחות בו ולהביא פסח כשר הנאכל לבעלים.

ז) **ועוד** דאם נימא דדברי המשלח ושליחותו בטלים הם משום שעדיין לא קנה השליח את הגדי והטלה בשעת מינוי השליחות ולא אתינן עלה רק מדין זכיה היינו דאנן סהדי דניחא ליה להמשלח שלא ישאר בלא קרבן פסח, א"כ אע"ג שהרב גלי דעתיה דניחא ליה בגדי מ"מ יוכל היות שיכול השליח לשחוט טלה בעדו דיותר טוב לו שישחט טלה בעדו משישאר בלא פסח כלל כיון דסוף סוף דברי המשלח נתבטלו ודבריו כמאן דליתנייהו דמיין א"כ אין לו להעבד להביא גדי וטלה ולהתנות כדאיתא במשנה רק היה לו להעבד להביאה איזה מהם שירצה ולשחוט אותו פסח בעד רבו מטעם זכיה דזכין לו לאדם שלא בפניו, אלא ודאי כדאמרן דמטעם שליחות הוא ודברי המשלח לא נתבטלו מאומה לכן צריך גדי וטלה ולהתנות כדאיתא במשנה.

ח) **ועוד** דכל אינך משניות ג"כ משליחות איירו שם בפסחים ולא מדין זכיה כגון ההיא משנה דשם ד' צ"ח חבורה שאבד פסחה ואמרו לאחד צא ובקש ושחוט עלינו והלך

ומצא ושחט וכו' דמזה דייק הגמ' בקידושין דף מ"א דשליחות מהני בשחיטת קדשים אלמא דמדין שליחות מיירי ולא מדין זכיה וז"ל הריטב"א שם בקידושין ד' מ"א על הא דמייתי התם האי משנה דפסחים צ"ח חבורה שאבד פסחה כתב הריטב"א וז"ל וכי תימא למה לי קרא דהא זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו דס"ל להריטב"א דזכיה לאו מטעם שליחות הוא איכא מימר דשאני הכא דהוי מידי דמצוה ודילמא ניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בגופיה וחוב חשוב וכדאמרינן בנדרים מ"א בתורם משלו על של חבירו וכו' ולא עוד אלא דאלו מדין זכיה יכול למחות אחר שחיטה לכי שמע ואנן חזינן דלא מצי הדר ביה דאם שלו נשחט ראשון הוא אוכל משלו והם אוכלים עמו והא לא אפשר אלא מדין שליחות עכ"ל הריטב"א שם ומכל הני טעמי איכא למידק ולהוכיח דגם ההיא משנה דפסחים ד' פ"ח איירי ג"כ מדין שליחות ולא מדין זכיה, אלמא דיש שליחות אפילו בדבר שלא קנה עדיין דלא כהקצוה"ח.

ט) **וכן** מעשים בכל יום שאדם ממנה שליח או אשתו או שותפו הנושא ונותן בביתו ובבית מסחרו וכל מעשיהם קיימים הם קונים והם מוכרים ולא שמעתי ולא ראיתי מעולם פוצה פה ומצפצף מי שמערער על מכירתם, ולדברי הקצוה"ח מקחם מקח אבל אין ממכרם ממכר מפני שבשעה שהמשלח מינה אותם לשלוחים עדיין לא היה החפץ של המשלח ואין בכחו למנות שליח על חפץ שלא קנה עדיין, לכן אין מכירתם כלום ומעולם לא שמענו כזאת, וצריך לומר כמו שכתבנו דבדבר שאינו מחוסר רק רצון יכול אדם שפיר למנות שליח, ואינו דומה להיא דנזיר דף י"ב דכשמינה שליח לקדש אשת איש לאחר שתתגרש או לאחר שתתאלמן שאינו מועיל דהתם אי אפשר בשום אופן לקדש אשת איש אפילו ברצון כולם לכן מקרי מילתא דאיהו לא מצי עביד דלא מצי משוי נמי שליח משא"כ בדבר שאינו מחוסר רק רצון מיקרי מילתא דאיהו מצי עביד ושליח נמי מצי משוי.

[**והקשיתי** אני המסדר אש"ל לפי החלוק שחלק הגאון המחבר בין מידי דתליא ברצון למידי דתליא במעשה דדבר שלבל"ע דתליא ביאתו לעולם במעשה לדברי הכל אין אדם עושה שליח, וא"כ אם בשעה שעשה ראובן את שמעון לשליח לישא וליתן בנכסיו עדיין השדות לא חרושים ולא זרועים ואח"כ כשתצמח תבואה חדשה לא יוכל שמעון למכור את התבואה החדשה דראובן או לקנות את התבואה החדשה דלוי בעד ראובן מטעם דאין אדם עושה שליח בדבר שלבל"ע דמחוסר מעשה ומעשים בכל יום שאין אדם פוצה פה ומצפצף על קנינים כמו אלו ואין מערער ואין מוחה ותירץ לי הגאון המחבר דמ"מ אפילו בכהאי גונא מיקרי מצי עביד דהא יוכל המקנה להקנות מקודם את השדה

לפירותיו לכן שליח נמי מצי משוי, וכללא דהאי מילתא דלענין קנין בעינן שיהא בשעת הקנאה על מה לחול הקנין ולהכי אי הוי דבר הנקנה דבר שלבל"ע הא אין להקנין על מה לחול, אבל לענין שליחות עיקרא דהאי מילתא שעושה את גוף השליח שיהא כמו גוף המשלח עצמו, ולהכי עיקר הקפידה הוא שיוכל המשלח לעשות אותו דבר בכל אופן שיהיה עכשיו, ואם יש אופן שיוכל המשלח לעשות אותו דבר תומ"י בלא עיכוב מקרי מצי המשלח עביד ושליח נמי מצי משוי].

פרק כז

א) **איתא** בכתובות ד' ע"ד שאין תנאי מועיל בחליצה וקמסיק הגמ' שפיר קאמרת מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן מתנאי בני גד ובני ראובן תנאה דאפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם הוי תנאה תנאה דלא אפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם לא הוי תנאה והא ביאה דלא אפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם וקא הוי תנאה התם משום דאיתקיש הויות להדדי עכ"ל הגמ' התם.

ב) **והדבר** צריך טעם מפני מה לא יוכל אדם לעשות שליח בחליצה בשלמא לטעמו של הקצוה"ח דס"ל דדוקא המעשה שהשליח עושה זה נחשב על המשלח אבל גופו של השליח אינו כגופו של המשלח ניחא דכיון שהגוף של השליח אינו כגוף המשלח לכן ליכא שליחות בחליצה דהרי בעינן וחלצה נעלו מעל רגלו וכאן ליכא רגלו וכן בעינן וירקה בפניו וכאן ליכא בפניו כיון שרגליו ופניו של השליח אינן כשל המשלח לכן אינו מועיל, ואפילו לדברי הקצוה"ח גם כן יש לתמוה אמאי לא תוכל היבמה לעשות שליח לחלוץ שהרי אצלה לא הוזכר בקרא רק מעשה ולא גוף שנאמר ואמרה וחלצה ורקקה והוי כמו מעשה של וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה או המעשה של שחיטת הפסח כיון שהגוף לא הוזכר בקרא בהדיא יכול לעשות שליח אע"ג שהדבר מובן מאליו שכותבין ביד ונותנין ביד ושוחט ביד מ"מ יוכל לעשות שליח כיון שהיד לא הוזכר בקרא בפירוש א"כ לענין חליצה דידה נמי אמאי לא תוכל לעשות שליח כיון דלגבי דידה לא הוזכר בתורה שום גוף רק עניני מעשה לבד.

ג) **ולדברי** התו' רי"ד ג"כ יש להקשות הא תינח סוכה לולב ציצית תפלין וכדומה להם יש לומר שלא נשאר, על המשלח לעשות מאומה, אבל מה יאמר בחליצה שאף אם נאמר שיכול לעשות שליח מ"מ נשאר ג"כ על המשלח מה לעשות ואמאי לא תוכל האשה לעשות שליח לקיים מצות חליצה או היבם אמאי לא יכול לעשות שליח לחולצו והלא עדיין נשאר אצל המשלח מה לעשות שהרי האשה משתריא לעלמא ע"י החליצה והרי היא קונה את עצמה ע"י זה והוי כמו גיטין וקידושין שהשליח עושה מעשה בנתינת

הגט או הקידושין וע"י זה היא נקנית לעצמה או לבעלה ובשביל זה מקרי שהשליח הוא המקדש והמגרש או קונה את השדה או מקנה אותה אע"פ שבאמת לא עשה המשלח מאומה גם בקידושין וגירושין וקנינים מ"מ מקרי לדברי התוס' רי"ד שגם המשלח עשה מעשה הקידושין והגירושין והקנינים והוא מפני כי ע"י מעשיו של השליח קנה או הקנה את השדה או את האשה ונתחדש דבר אצל המשלח כי מעיקרא קודם מעשיו של השליח לא היה להמשלח שדה או אשה או האשה היתה אגודה בו ועכשיו לאחר מעשה הקנין יש לו שדה ולאחר מעשה הקידושין יש לו אשה ולאחר הגירושין נתקת האגודה שבינו לאשתו והיא הותרה לעלמא וזה המעשה יש ג"כ בחליצה אצל המשלח שהרי קודם החליצה היתה אגודה בו והיתה אסורה להנשא לשוק ועתה לאחר החליצה הרי היא מותרת לשוק ונתקת האגודה שבינו לבינה א"כ הרי יש מעשה ג"כ על המשלח מה לעשות ואמאי לא יוכלו יבם ויבמה לעשות שליח בחליצה כמו בגיטין וקידושין ושאר קנינים.

ד) **וכן** על דברינו שכתבנו בשמעתתא זו לעיל פרק ג' וד' יש להקשות מדוע לא יוכלו לעשות שליח בחליצה כיון שיש פעולת ענין ההיתר בלא דביקות השליח שהרי היא מותרת לשוק ע"י החליצה ואפילו אי מדלגינן לשליח ג"כ יש פעולת ענין ההיתר בתוכיות הענין בלא דביקות השליח כמו גבי גיטין שמעשה ההיתר שהאשה ניתרת לעלמא זה מחשבינן על המשלח א"כ גבי חליצה נמי דמעשה ההיתר שהיבמה ניתרת לשוק זה יש לחשוב על המשלח ואמאי אין שליחות בחליצה.

ה) **ויש** לתרץ בזה כמה תירוצים, חדא יש לומר דכיון דילפינן בפ' אלו נאמרין (סוטה ד' ל"ב ול"ג) דקריאה דחליצה הוא בלשון הקדש דוקא היינו שצריכין לקרות בחליצה כמו שנאמר בקרא, ואסור לשנות את לשון הקריאה ממה שנאמר בקרא כדאיתא התם או משום דכתיב ככה דהוי עיכובא או מקרא אחר כדאיתא התם א"כ מחויבים לקרות בחליצה כמו שנאמר בקרא לא חפצתי לקחתה ומאן יבמי להקים לאחיו שם בישראל לא אבה יבמי א"כ אם היבם יעשה שליח איך יקרא השליח לא חפצתי לקחתה, שהרי בגיטין וקידושין יש חלוק בין אם מגרש ומקדש ע"י שליח או ע"י עצמו דאם הבעל מגרש אומר הרי את מגורשת ממני ומותרת לכל אדם ואם ראובן עושה את שמעון שליח לגרש אומר שמעון הרי את מגורשת מראובן ואינו אומר מגורשת ממני וכן בקידושין כשראובן עצמו מקדש אומר הרי את מקודשת לי ואם שמעון השליח מקדש אשה לראובן אזי אומר השליח הרי את מקודשת לראובן וכן בכל הקנינים כן הוא וכן בחליצה אלמלא היה רשות לקרות בכל לשון אזי היה ראוי שאם ראובן היבם עושה שליח לחלוץ יקרא

השליח ראובן אינו חפץ לקחתה ואם האשה רחל עושה שליח לחלוץ אזי היה מהראוי שהשליח שלה יקרא מאן יבמתה של רחל להקים לאחיו שם בישראל לא אבה יבמה אבל איך יקרא השליח של ראובן לא חפצתי לקחתה שהרי לאו עליה רמיה לקחתה ואיך יקרא השליח של רחל מאין יבמי שהרי היבם לאו יבם של השליח הוא רק יבם של רחל הוא ואיך יקרא לא אבה יבמי והלא יבמה היה לו לומר שהוא מוסב על רחל ולא יבמי מוסב על השליח וכיון דהשליח אינו יכול לקנות בלשון הזה הכתוב בתורה לכן ליכא חליצה ע"י שליח ואע"ג דקי"ל קריאה לא מעכבה כדאיתא יבמות ד' ק"ד ושו"ע אה"ע סימן קס"ט ס' מ"ג מ"מ ראויה לקריאה בעינן וכיון שאין השליח ראוי לקריאה הוי כמו אולם ואילמת שאינן חולצין כדאיתא בגמ' שם ובשו"ע אה"ע סימן קס"ט ס' מ"ג.

ו) **עוד** יש לתרץ על הקושיא הנ"ל מפני מה אינה מועילה שליחות בחליצה דאיתא בגמ' בכמה דוכתי יבמות ד' כ' וד' ג' ובשאר דוכתי כל העולה ליבום עולה לחליצה וכל שאין עולה ליבום אינו עולה לחליצה וכיון דיבום ליכא ע"י שליח לכן גם חליצה ליתא ע"י שליח דחליצה במקום יבום קאי חדא מילתא היא וגם הקריאה דחליצה מענין יבום היא שהרי היבם קורא לא חפצתי לקחתה שהוא שאינו רוצה ליבמה היבמה קוראה מאן יבמי להקים לאחיו שם בישראל לא אבה יבמי שהוא ג"כ מענין יבום ואח"כ וחלצה נעלו מעל רגלו שהוא חליצה אלמא דחליצה ויבום חדא מילתא היא וחליצה במקום יבום קאי וכיון דיבום ליתא ע"י שליח לכן גם חליצה ליכא ע"י שליח, ועיין יבמות ד' כ' מענין חייבי לאוין.

ז) **עוד** יש לתרץ דמשו"ה אינה מועילה שליחות בחליצה משום דאיתא ביבמות (ד' מ"ד ודף ק"א) וקראו לו זקני ולא שלוחם אלמא שאין שליחות מועילה בחליצה ואע"ג דפשטות הגמ' משמע דלענין ב"ד קאמר שהב"ד אינן יכולים לעשות שלית לקרות לו ולדבר אליו שדרך ב"ד בכל מקום לשלוח שליח ב"ד ולקרוא אל בעלי הדינין לכן מיעט קרא כאן וקראו לו ולא שלוחם היינו שהב"ד בעצמם יקראו אל היבם ולא שלוחם ואין ראיה מכאן שהחולץ והחולצת לא יוכלו לעשות שליח, בכל זאת יש לומר דאכולי מילתא קאי היינו שכל הדין של הענין היינו של הב"ד והיבם והיבמה והחולץ והחולצת ליתא בשליחות, והגאון מלבי"ם בביאורו על התורה דברים כ"ה ביאר דדרשת הגמ' הוא מדהוה ליה למכתב וקראו זקני עירו לו ולמה הפסיק בתיבת

שוב מצאתי בח"ס חלק או"ח סימן קפ"ב בסוף התשובה שכתב לענין חליצה ע"י שליח וז"ל ובגוף ענין החליצה כתובות ע"ד ע"א דלא מהני שליח נראה לי היינו טעמא משום

דיבום אינו אלא בביאה ולא שייך שליחות בביאה משו"ה החליצה שהיא במקום היבום אי אפשר ע"י שליח עכ"ל. והוא כמו שכתבנו לעיל בהתירוץ השני שתירצנו **ע"ש** בתשובה הנ"ל שהאריך לענין אם בעינן לקיחה לכל אחד ואחד בשאר הימים וסיים וז"ל יהיה איך שיהיה לעיקר הדין נלע"ד דבשארי יו"ט נמי בעינן לקיחה לכל אחד ואחד כנ"ל ולפלא בעיני שלא הביא כלל דברי התוס' סוכה דף כ"ט בריש פרק לולב הגזול ד"ה בעינן הדר וליכא שכתבו בפירוש דבשאר הימים בעינן ג"כ לקיחה לכל אחד ואחד.

שלו' בין וקראו לזקני עירו שהרי זקני עירו מוסב על וקראו אלא לכך הסמיך לו' לוקראו שהקריאה יהיה "לו" בעצמם של ב"ד ולא שליח ב"ד, ע"ש בדברי הגאון הנ"ל א"כ יש לומר שיש למעט מזה גם שלוחו של החולץ דאם נימא שהחולץ יש לו רשות להעמיד שליח סוף סוף יהי' מליץ בין ב"ד ובין לו' שהוא החולץ ובקרא נאמר שהקריאה יהי לו בעצמם של ב"ד ולא יהא מליץ בין הקוראים שהם ב"ד ובין החולץ הנקרא לו' א"כ שמעינן מזה שפיר שהחליצה אי אפשר להיות ע"י שליח.

ח) **תלמיד** ותיק אחד שאלני על הגמ' כתובות הנ"ל ד' ע"ד דאיתא התם דקידושי ביאה ליתא ע"י שליח מ"ש דבועל את הערוה חייב המשלח אליבא דשמאי דס"ל יש שליח לד"ע אי לאו טעמא דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן כדאיתא בקידושין ד' מ"ג וכאן ליכא למימר זה נהנה וזה מקנה לא אמרינן או זה נהנה וזה קונה לא אמרינן דבקנינים קי"ל דהאומרת תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת כדאיתא בקידושין ד' ז' ע"ש דין ערב ודין עבד כנעני ודין שניהם, והשבתי לו חדא משום שאין שליח לדבר עבירה דבבעילתו היא מקודשת להמשלח ואסורה להשליח משום אשת איש, שנית אסורה לשליח משום בעילת זנות, ג' דקניני האשה הם כקניני שדה כדאיתא בריש כתובות ד' ב' בגמ' ובתוס' דהאשה היא שדה של הבעל ושדה נקנה בכסף ושטר וחזקה וכסף דאשה הוא כמו כסף דשדה ושטר דאשה הוא כמו שטר דשדה וביאה דאשה הוא במקום חזקה בשדה שמשתמש בשדהו כדרך שאדם משתמש בשלו, והנה בשדה של ראובן יוכל ראובן להשתמש כל ימיו ע"י שליח לכן מועיל קנין חזקה בשדה של ראובן ע"י שליח משא"כ באשה דכשהיא מקודשת לראובן אסורה לשליח משום אשת איש א"כ ביאתו של השליח לא הוי כדרך תשמישו ואין כאן חזקה כלל לכן אינו מועיל.

ושם בתשובה הנ"ל סימן קפ"ב הביא קושיא מס' כפות תמרים שהקשה על הא דאמרינן בברייתא סוכה דף מ"א ודף מ"ג ולקחתם שתהא לקיחה ביד כל אחד ואחד. למה לי קרא תיפוק ליה דכל מצות שבגופו של אדם לא שייך שליחות דמ"ש לולב מהנחת תפילין ושופר וכדומה עכ"ל ע"ש מה שכתב בזה. ונראה דהאי דרשה דולקחתם דאמרינן שתהא

לקיחה ביד כל אחד ואחד לא למעוטי שליחות אתא רק למעוטי ב"ד הגדול אתא היינו שלא נאמר שב"ד הגדול הם לבדם יקחו את הלולב וכן כתבו התוס' במנחות דף ס"ה לענין ספירת העומר שדרשו וספרתם לכם שתהא ספירה לכל אחד ואחד וכתבו התוס' וז"ל גבי יובל כתיב וספרת לך דאבית דין קאמר להו רחמנא ושמא סופרין ומברכין כמו שאנו מברכין על ספירת העומר עכ"ל התוס'.

שמעתתא דשליחות ומילי

פרק א

א) **והנה** הקצוה"ח סימן קפ"ב ס"ק א' כתב וז"ל דשליח של אדם כמותו לא אמרינן אלא במידי דעשיה דאז הוה ליה מעשה שלוחו כמותו אבל במידי דליכא עשיה לא אמרינן שליח של אדם כמותו וכמו"ש הרא"ש בפירושו לנדרים (ד' ע"ב) בהא דעושה שליח להפר נדרי אשתו דפריך בגמ' והא לא שמיע ליה וכתב שם וז"ל ושמיעת אפוטרופוס אינו כשמיעת הבעל ואע"פ שעשאו שליח להפר במידי דממילא לא שייך מינוי שליחות עכ"ל הקצוה"ח שם ומזה דייק הקצוה"ח דהגוף של השליח אינו נעשה כגופו של המשלח דאם נעשה גופו של השליח כגופו של המשלח אמאי לא יכול לעשות שליח על השמיעה דנחשב שמיעתו של השליח כשמיעתו של המשלח אלא ודאי דהגוף של השליח אינו נעשה כגופו של המשלח רק מעשיו של השליח נחשבו כמעשה המשלח לכן אינו יכול לעשות שליח להניח תפילין בעדו וללבוש ציצית ע"ש בקצוה"ח.

אך לדברינו שכתבנו בענין שליחות פרק א' שהגוף וגם המעשה אינו נחשב על המשלח היינו שגופו של השליח אינו נעשה כגופו של המשלח וכן מעשיו של השליח אינן כמעשיו של המשלח רק הפעולה הרוחנית שפעל מעשה השליח זהו נחשב על המשלח וכמו שהארכנו בזה לעיל א"כ יש תימה אמאי לא יכול הבעל למנות שליח על השמיעה היינו שתפעול שמיעת השליח כאלו הבעל בעצמו שמע כמו שפועלים כתיבת הגט ונתינתו וכל מעשיו של השליח כאלו המשלח עשאם א"כ מדוע לא תפעול גם שמיעת השליח כאלו המשלח שמע.

ב) **והנה** באמת אין הדבר מוסכם ששמיעת השליח אינה מועילה וז"ל הר"ן שם בנדרים ד' ע"ב על קושית הגמ' והא לא שמיע ליה כתב על זה הר"ן וז"ל וכי תימה לעולם אימא לך דבעי שמיעה ושאני הכא דאיכא שמיעה דאפוטרופוס וכיון דשלוחו של אדם כמותו הוה ליה כאלו שמע הבעל תירצו בתוס' בשם הרב ר' יוסף ז"ל דליתא דאם איתא דבעיא שמיעה מי איכא מידי דבעל לא מצי מיפר ושליח מצי משוי דהא מהאי טעמא גופיה

אוקים לה להך ברייתא במס' נזיר (ד' י"ב) כר"א דס"ל דאדם מפר נדרי אשתו קודם שתדור דאי לרבנן וכו' מי איכא מידי דאיהו לא מצי מיפר כיון דאכתי לא נדרה אשתו ושליח מצי משוי הלכך שפיר מוכח דלא בעי שמיעה דכי שמע אפוטרופוס מאי הוה כיון דבעל לא מצי מיפר דהא לא שמע שליח נמי לא מצי מיפר עכ"ל הר"ן.

ג) **אלמא** דס"ל להר"ן דשייך דין שליחות לענין שמיעה דדוקא משום טעמא דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח לכן אין הבעל יכול למנות שליח לשמיעה קודם ששמע הבעל משו"ה אינו מועיל הפרת השליח אבל אי היה ס"ל דיכול אדם למנות שליח אפילו במידי דלא מצי עביד מהני שפיר שמיעת השליח אלמא דאפילו בלא מעשה רק מידי דממילא יכול ג"כ למנות שליח והוא או משום דגוף השליח הוה כמו גוף המשלח או משום דהפעולה הרוחניית שפעלה שמיעת השליח פועלת על המשלח א"כ מדברי הר"ן יש תיובתא על דברי הקצוה"ח הנ"ל דהקצוה"ח דייק דגוף השליח אינו כגוף המשלח מזה שאין יכול למנות שליח על השמיעה ומדברי הר"ן שמענו שמועיל שליחות על השמיעה דלא כהקצוה"ח.

ד) **ודברי** הרא"ש שמביא הקצוה"ח בשמו דבמידי דלית בה מעשה ליכא דין שליחות תמוהין וז"ל הרא"ש שם בנדרים (ד' ע"ב) והא לא שמע ליה ושמיעת האפוטרופוס אינה כשמיעת הבעל ואע"פ שעשאו שליח להפר דבמידי דממילא לא שייך מינוי שליחות ובנזיר מוקים לה כר"א דאמר בעל מיפר עד שלא נדרה וכיון דאיהו מצי מיפר מצי נמי משוי שליח להפר נדרים של עתיד וכבר שנינו לעיל דלר"א אין הפרה מועלת עד ששמע הילכך פריך מי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושליח מצי עביד דמכח הך פירכא מוקי לה הש"ס בנזיר כר"א עכ"ל הרא"ש, ודברי הרא"ש סתרי אהדדי דמסוף דבריו משמע דס"ל כהר"ן דפירכת הש"ס והא לא שמיע ליה הוא משום האי טעמא דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח וכיון דהבעל לא שמע ואינו יכול להפר לכן אינו יכול לעשות שליח אבל אי לאו האי טעמא יכול למנות שליח אפילו על השמיעה אע"ג דהוי מידי דממילא ובתחלת דברי הרא"ש משמע דקושית הש"ס היא משום דשמיעה הוי מידי דממילא ואין אדם יכול למנות שליח במידי דממילא אפילו בלאו האי טעמא דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח.

ה) **וז"ל** הרשב"א בנדרים שם ד' ע"ב ואיכא למידק אשמעתין מאי קא קשיא ליה אפוטרופוס ואיצטריך לאוקמיה בדאמר לכי שמענא הפר, והא איכא שמיעת אפוטרופוס דשמיעתו כשמיעת הבעל דשלוחו של אדם כמותו ותירצו בתוס' בשם הקונטרס דלענין שמיעה אינו נעשה שליח, ובשם הרב ר' יוסף תירצו דבנזיר פ"ד מוקי

לה להך פלוגתא כר"א וכו' וכיון דאיהו לא מצי מיפר מהשתא אלא לכשישמע א"כ אף הוא לא משוי שליח להכי דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד השתא לא משוי שליח עליה עכ"ל הרשב"א הרי חזינן שהרשב"א תירץ בזה שני התירוצים חדא כהר"ן משום דכיון שלא שמע הבעל ולא מצי להפר לכן אינו יכול לעשות שליח, עוד תירץ משום דלענין שמיעה אינו יכול למנות שליח והוא כמו"ש הרא"ש בתחלת דבריו, א"כ יש להעמיס ג"כ בהרא"ש שנתכוין לשני התירוצים כהרשב"א חדא משום דהוה מידי דממילא ואינו יכול למנות שליח על השמיעה משום דהוי מידי דממילא ועוד תירץ הרא"ש תירוץ ב' ובנזיר מוקים לה כר"א וכו' והוא כמו שתירצו הרשב"א והר"ן משום דכיון דהבעל לא שמע עדיין ואינו יכול להפר לכן אינו יכול לעשות שליח משום דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד אינו יכול למנות שליח.

ו) **עכ"פ** חזינן דהר"ן וכן הרשב"א בתירוצו השני וכן הרא"ש ס"ל דאדם יכול למנות שליח על השמיעה אע"ג דהוי מידי דממילא א"כ יש תימה על הקצוה"ח שתפס בפשיטות כאלו לא היה שום חולק בזה רק הדבר פשוט שאין אדם יכול למנות שליח על מידי דממילא, ועל זה בנה הקצוה"ח את בנינו דגופו של השליח אינו כגוף המשלח, ובאמת הדבר אינו כן שהרי הר"ן פשיטא ליה שאדם יכול למנות שליח אפילו במידי דממילא וכן הרא"ש והרשב"א בתירוצם השני ס"ל כן דאדם יכול למנות שליח על השמיעה אע"ג דהוי מידי דממילא, ואם מדברי הרא"ש בתירוץ הראשון יש הוכחה דגופו של השליח אינו כגופו של המשלח ולכן אינו מועיל שליח במידי דממילא א"כ יש הוכחה איפכא מדברי הר"ן ומתירוצו השני של הרא"ש וכן מדברי הרשב"א שתירוצו השני דס"ל שאדם יכול למנות שליח אפילו במידי דממילא א"כ מוכח מדבריהם שגופו של השליח הוא כגופו של המשלח ואמאי שבק הקצוה"ח דברי הר"ן ותירוצם השני של הרא"ש והרשב"א שידוע בדברי הפוסקים כי התירוץ השני הוא העיקר ותפס הקצוה"ח לעיקר את תירוץ הראשון של הרא"ש דר"ל שאדם אינו יכול למנות במידי דממילא והוכיח מזה דגופו של השליח אינו כגופו של המשלח והוא תימה על הקצו"ה.

ז) **עכ"פ** חזינן דהר"ן והרשב"א בתירוצו השני והרא"ש בתירוץ השני כולהו ס"ל דאדם יכול למנות שליח כל השמיעה וע"פ דברינו שכתבנו לעיל אין הטעם משום דגופו של השליח הוא כגופו של המשלח רק הטעם הוא משום דהפעולה הרוחנית שפעלה השמיעה זהו נחשבת על המשלח כמו בכל מקום דקי"ל שלוחו של אדם כמותו דהפירוש הוא לדברינו שהפעולה הרוחנית שפעל השליח זה מחשבינן על המשלח וגם השמיעה אע"ג דהוי מידי דממילא לא גרע משאר כל הדברים דקי"ל שלוחו של אדם כמותו.

פרק ב

א) **ונראה** דאפילו לפי תירוץ הרא"ש והרשב"א בתירוצם הראשון שכתבו שאין אדם יכול למנות שליח על השמיעה משום דהוי מידי דממילא אין הטעם כמו שכתב הקצוה"ח משום שהגוף של השליח אינו כגוף של המשלח דזה בודאי לא איכפת לן כלל כמו שכתבנו לעיל דנהי דגופו של כשליח אינו כגוף המשלח מ"מ כיון דהפעולה הרוחנית שפעלה שמיעת השליח זהו נחשב על המשלח כמו שכתבנו לעיל יש לנו לומר שיועיל שפיר שמיעת השליח כשמיעת המשלח.

ב) **אלא** נראה שהטעם הוא דס"ל כמו שכתבו התוס' ושאר מפרשים שאין אדם יכול למנות שליח שישבע בעדו או ידור נדר בעדו או יקבל נזירות בעדו משום דהוי מילי ולא מימסרין לשליח, וס"ל דהא דאמרינן מילי לא מימסרין לשליח אין פירושו דוקא משליח א' לשליח ב' אלא אפילו בשליח א' ג"כ לא מימסרן מילי לשליח עיין תוס' נזיר ד' י"א דיה דהוה מתנה ע"מ שכתוב בתורה שכתבו פשיטות דנזירות אי אפשר לקיים ע"י שליח וכן הביאו האחרונים בשם הרמב"ן בב"ב ד' קכ"ו שאין מועיל נזירות ע"י שליח עיין חתם סופר חלק יו"ד סימן שכ"א וכ"כ מר"ן הב"י בא"ח סימן תל"ד דנדר אינו מועיל ע"י שליח וכתב מר"ן כב"י דזהו טעמו של הר"ן דס"ל דהפקר אינו מועיל ע"י שליח משום דס"ל דהפקר דין נדר יש לו וכמו שאינו מועיל נדר ע"י שליח כך אינו מועיל הפקר ע"י שליח וכ"כ הפני יהושע בכתובות ד' ע"ד ובגיטין ד' ע"ה דנדרים ושבועות אינם מועילים ע"י שליח ועיין בזה בשדי חמד אסיפת דינים מערכת חמץ ומצה סימן ה' אות כ"ז ושם בכללים מערכת ה' אות צ"ג ובפסקי מהרא"י סימן רנ"ד ומביאו הנו"ב חלק יו"ד ס' קמ"ז מהדורא תנינא והכ"נ סוף כלל שליחות אות ל"ה ועיין יד אברהם ביו"ד בהגהות סימן רל"ד ויש מחלוקת בזה אי מהני נזיר ושבועה ונזירות ע"י שליח או לא וטעם האומרים שאין השליחות מועילה בנדרים ושבועות ונזירות כתב החתם סופר חלק יו"ד סימן שכ"א וז"ל וראיתי בלשון הר"ן פרק התקבל בגיטין שכתב מילי לא מימסרן לשליח שאין בדברים כח להיות חוזרים ונמסרים עכ"ל הר"ן וכו' והנה בכל התורה שלוחו של אדם כמותו ושליח עושה שליח ועל כרחך היא דמילי לא מימסרן לשליח משום דלא ילפינן שליחות אלא מקדשים וגירושין ותרומה ובטלו איכא מעשה אבל מילי גרידא לא אשכחן עכ"ל הח"ס ועיין רש"י בגיטין ד' ע"א ע"ב ד"ה דאמר מילי מימסרן לשליח שכתב וז"ל דרך ארץ הוא לעשות שליח דברים והוי נמי בדברים שלוחו של אדם כמותו עכ"ל רש"י אלמא דלמאן דאמר מילי מימסרן משליח א' לשליח שני הוא משום דס"ל שיש תורת שליחות בדברים ושליח הראשון הוא כמו המשלח לכן

יוכל השליח הראשון למסור הדברים לשליח השני א"כ שמעינן ממילא דמאן דס"ל מילי לא מימסרן משליח א' לשליח שני הוא משום דס"ל שאין תורת שליחות בדברים ועל השליח הראשון אין שם שליחות עליו ולא אמרינן גביה שלוחו של אדם כמותו יען שאין בו מעשה רק דברים בעלמא ובדברים בלא מעשה לא אמרינן שלוחו של אדם כמותו כמו שכתב הח"ס דשלוחו של אדם כמותו ילפינן מקדשים וגירושין ותרומה ובכולהו יש בהם מעשה אבל למנות שליח בדברים לבד בלא מעשה לא מצינו לכן אין אדם עושה שליח לישבע בעדו או לקבל נזירות בעדו מפני שאין בהם מעשה ולא הוה רק דברים ובדברים לא אמרינן שלוחו של אדם כמותו.

ג) **וז"ל** הר"ן ס"פ התקבל ד"ה והקשה הרמב"ן שכתב שם דאם איתא דמילי מימסרן לשליח כיון ששלוחו של אדם כמותו כשהסופר והעדים שומעין מפי השליח הרי הן כאלו שומעין מפי הבעל עכ"ל הר"ן אלמא דקאי על שליח ראשון דמילי לא מימסרן מהמשלח לשליח הראשון ולא קאי דוקא משליח ראשון לשליח שני.

ד) **וכיון** דחזינן דלא אמרינן שלוחו של אדם כמותו אלא היכא דאיכא מעשה דהוי דומיא דגירושין וקדשים ותרומה אבל היכא דליכא מעשה רק דברים לבד כגון נדרים ושבועות ונזירות או האומר לשלוחו אמרו לפלוני ופלוני ויכתוב לפלוני ופלוני ויחתום לא אמרינן שלוחו של אדם כמותו, א"כ מכ"ש לענין שמיעה דליכא שם לא שום מעשה ולא דבור א"כ בודאי לא אמרינן שלוחו של אדם כמותו לכן כתבו הרא"ש והרשב"א בתירוצם הראשון שאין לעשות שליח על השמיעה ושמיעתו של השליח אינו כשמיעת הבעל משום שאין שם מעשה כלל דשמיעה גרעה מדבור דבדבור איכא למ"ד דעקימת שפתיו הוי מעשה עיין ב"מ ד' צ' אבל בשמיעה דליכא מעשה כלל בודאי מיגרע גרע ולא שייך שם שליחות, ואין הטעם כמו"ש הקצוה"ח משום שהגוף של השליח אינו כגופו של המשלח דזה לא איכפת לן כלל משום דהפעולה הרוחנית שפעלה שמיעת השליח יש לחשבו ויש להועיל כאלו הבעל שהוא המשלח שמע כמו בכל מקום דקי"ל שלוחו של אדם דהפירוש הוא כך דהפעולה הרוחנית שפעל השליח יש לחשבו על המשלח אלא הטעם הוא דכיון דליכא מעשה לא אמרינן שלוחו של אדם כמותו כמו בשבועות ונדרים ונזירות משום דלא הוי דומיא דגירושין ותרומה וקדשים ואפילו למאן דס"ל דבשבועות ונדרים יכול לעשות שליח היינו משום דעכ"פ דבור איכא ויש לומר דעקימת שפתיו הוי מעשה אבל בשמיעה דהוי מידי דממילא כו"ע מודים דלא מצי משוי שליח.

ה) **ומ"ש** הח"ס דתרומה מקרי מעשה אע"ג דתרומה סגי במחשבה ולכל הפחות בדבור צריך לומר דכיון שעל ידי דבורו או מחשבתו חייל תיכף שם תרומה ושיריים נאכלין

מקרי מעשה וכן הקדש מקרי מעשה כיון דבדבורו חייל הקדש על החפץ והנהנה מעל תיכף א"כ הוה מעשה כדאיתא בתמורה ד' ג' דא"ל ר"י לתנא לא תתני ומימר משום דבדבורו עשה מעשה ופירש"י שעושה מחולין קדשים לכן הוה מעשה ולוקה אפילו למ"ד לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו א"כ הקדש נמי בדבוריה נעשית מעשה לכן משכחת הקדש ע"י שליח כדאיתא בג"מ נדרים ל"ו דמדעת בעלים יוכלו להפריש פסח וחטאת וכן בפסחים ד' פ"ח בסוגיא דהאומר לעבדי משמע ג"כ שיש שליחות בהקדש [וליכא למימר דעבד עדיף דידו כיד רבו כמו שכתבנו לעיל בשם התוס' קידושין ד' מ"ב וס' ב"א דדוקא במידי דממונא עבד עדיף משא"כ במצוה שליח עדיף], אבל הפקר לא מקרי מעשה כמו שכתב הר"ן בפסחים שאינו יכול להפקיר ע"י שליח, אבל כשאדם עושה שליח לישבע בעדו או לקבל נזירות בעדו דכיון שלא נעשית שום מעשה בדבורו של השליח כמו בהקדש ותרומה שנכנסו תיכף ההקדש והתרומה ברשות הכהנים וברשות ההקדש לכן אין שליחות מועיל בשבועות ונזירות משום דהוי דברים לבד בלא שום מעשה כלל, וכן בהפקר, והטעם כיון שלא נכנס החפץ לרשות הבעלים מקרי מילי ולא מעשה ואינו דומה להקדש ותרומה שתיכף בעת אמירת השליח יצא מרשות בעלים ובא לרשות הכהנים וברשות ההקדש לכן מקרי מעשה ולא דבור משא"כ בהפקר דאע"ג שיצא מרשות הבעלים תיכף בדבורו כיון שלא בא לרשות הזוכה תיכף לכן לא הוי רק מילי עיין קצוה"ח סימן רמ"ג ס"ק א' בענין הפקר אם הוא מדין נדר או לא ואם תיכף כשהפקיר יוצא מרשות הבעלים או לא ועיין שדי חמד בכללים מערכת ה' סימן ק' מה שכתב בזה ועיין בדברינו לקחן פרק ו' מה שכתבנו בזה בס"ד.

ו) **ולכאורא** יש להקשות מ"ש דהעושה שליח להפקיר מיקרי מילי ולא מימסרן לשליח משום דע"י דבורו של השליח עדיין לא נכנס החפץ לרשות אחר ולכן מיקרי מילי ומ"ש דהעושה שליח למכור חפציו קרקע או מטלטלין לא מיקרי מילי ויכול שפיר לעשות שליח והלא לכאורא שניהם שוין דהלא על השליח אין לעשות שום מעשה רק לומר להלוקח לך משוך וקני או לך חזק וקני ובדבורו של השליח עדיין לא יצא החפץ מרשות הבעלים ומכ"ש שלא נכנסו לרשות הלוקח בדבורו של השליח נמצא שהשליח לא נתמנה רק על דבור לבד ולא על שום מעשה א"כ יש לנו לומר דהוי מילי ולא מימסרן לשליח כמו בהפקר, מ"מ נראה דלא דמיין להדדי דהעושה שליח למכור נהי שלא נתמנה השליח לעשות שום מעשה בידו מ"מ השליח נתמנה להוציא החפץ מרשות הבעלים ולהכניסו לרשות הלוקח וזה מיקרי מעשה בתרומה והקדש מה שהחפץ יוצא מרשות הבעלים ונכנס לרשות הגבוה ולרשות הכהנים א"כ גם כאן מיקרי מעשה מה

שהחפץ יצא מרשות המוכר לרשות הלוקח אע"ג דלא דמיין אהדדי דבתרומה והקדש יוצא מרשות הבעלים ונכנס לרשות הגבוה ולרשות הכהנים תיכף בדבורו של השליח לכן מיקרי מעשה משא"כ בעושה שליח למכור דנהי שיש רשות להשליח להוציא החפץ מרשות הבעלים ולהכניסו ברשות הלוקח מ"מ לא ע"י דבורו של השליח לבד יצא החפץ מרשות הבעלים לרשות הלוקח רק ע"י מעשיו של הלוקח שמשך והחזיק יוצא החפץ מרשות לרשות, מ"מ כיון דעכ"פ נתמנה השליח להוציא את החפץ מרשות הבעלים ולהכניסו לרשות הלוקח לכן לא מקרי מילי רק מעשה מיקרי מה שהשליח נותן רשות להלוקח לילך ולמשוך ולהחזיק ולהוציא החפץ מרשות הבעלים משא"כ בהפקר שלא נתמנה השליח להכניס את החפץ לרשות אחר והמחזיק והמושך אח החפץ לאו בהרשאת השליח קעביד רק ממילא ומדעת עצמו קעביד אבל השליח לא נתמנה להכניס את החפץ לרשות הקונה רק להוציא את החפץ מרשות הבעלים נתמנה השליח ולא להכניס לרשות הזוכה רק שהזוכה זכי ביה בדעת עצמו ולא בהרשאת השליח לכן הפקר לא מיקרי מעשה ולא נקרא רק מילי ולא מימסרן לשליח.

ז) **ולכאורא** היה נראה לחלק בין הפקר למכירה בזה דהעישה שליח למכור נהי שלא נתמנה השליח לעשות שום מעשה בידיו מ"מ נתמנה השליח ליתן רשות להלוקח לעשות מעשה למשוך או להחזיק א"כ נתמנה השליח על מעשה החזקה או המשיכה של הלוקח משא"כ בהפקר דליכא שם שים מעשה כלל, שהרי הזוכה שעשה מעשה המשיכה או החזקה לאו הרשאת השליח קעביד רק מדעת עצמו קעביד לכן לא מקרי מעשה כלל זה אי אפשר לומר רק אליבא דשמואל (ד' ס"ו בגיטין) דאומר אמרו כשר אבל לדידן דקי"ל כר' יוסי אי אפשר לומר כן דכיון שהשליח בעצמו לא נתמנה לעשות שים מעשה בעצמו לא מיקרי מעשה בזה שנתמנה לצוות ולומר לעשות מעשה והא למה זה דומה לאומר אמרו לסופר ויכתוב ולעדים ויחתמו דקי"ל כר' יוסי בגיטין ד' ס"ו דהוה מילי ולא מימסרן לשליח משום שהשליח הראשון לא נתמנה לעשות מעשה רק על ענין דברים ובדברים לא אמרינן שלוחו של אדם כמותו כמו שכתבנו לעיל בשם רש"י והר"ן אלמא דאע"ג שהשליח ניתן רשות לסופר ולמדים לעשות מעשה היינו לכתוב ולחתום מ"מ מקרי מילי כיון שהשליח בעצמו אינו עושה שום מעשה רק שנותן רשות לאחרים לעשות מעשה א"כ במוכר נמי כיון שהשליח אינו עושה שום מעשה רק שנותן רשות להלוקח לעשות מעשה אית לן לומר שזה מיקרי מילי ולא מימסרן לשליח, אלא ע"כ צריך לומר כדאמרן דמה שהשליח נתמנה להוציא החפץ מרשות הבעלים ולהכניסו לרשות הלוקח זה מיקרי מעשה ולא מילי.

פרק ג

א) **ודע** דמהרי"ט ח"א סימן קכ"ז כתב שאין אדם יכול לעשות שליח להקדיש משום דמילי לא מימסרן לשליח, ובשו"ת נודע ביהודה מהדורא תנינא חלק יו"ד סימן קמ"ז כתב על דברי מהרי"ט האלה וז"ל אלא גוף דברי מהרי"ט במחילת כבודו דברי שגגה הם, ומאוד אני תמה על גדול כמותו איך פלטה קולמוסו דברי שגיאה כזה, דמה דאמרינן ומילי לא מימסרן לשליח היינו שאין השליח יכול לעשות שליח אחר במקומו כן מפורש ברש"י במס' גיטין ד' כ"ט ע"א בד"ה רבא אמר דלא משוי שליח שלא מסר להם אלא דברים ואין בדברים כח להיות חוזרים ונמסרים לאחר עכ"ל ע"ש וכו' אבל מיד המשלח בעצמו יכול למסור דברים לשליח עכ"ל הנו"ב שם וכן בספר מחנה אפרים הביא ג"כ דברי מהרי"ט הנ"ל ותמה עליו ג"כ כמו שתמה בס' נו"ב דהא דמילי לא מימסרן לשליח אינו אלא משליח א' לשליח ב' אבל המשלח בעצמו יכול שפיר לעשות שליח בדברים ע"ש בס' מח"א.

ב) **והנה** מ"ש הנו"ב והמח"א דמילי לא מימסרן לשליח לא אמרינן רק משליח או לשליח שני אבל המשלח יוכל שפיר לעשות שליח בדברים כבר כתבנו לעיל בשם רש"י בגיטין ד' ע"א ע"ב ד"ה דאמר מילי מימסרן לשליח שכתב וז"ל דרך ארץ הוא לעשות שליח דברים והוי נמי בדברים שלוחו של אדם כמותו עכ"ל רש"י וז"ל הר"ן סוף פרק התקבל ד"ה והקשה הרמב"ן וכו' דאם איתא דמילי מימסרן לשליח כיון ששלוחו של אדם כמותו כשהסופר והעדים שומעין מפי השליח הרי הן כאלו שומעין מפי הבעל עכ"ל הר"ן, אלמא דס"ל לרש"י והר"ן דהא דמילי לא מימסרן לשליח היינו גם מהמשלח להשליח הראשון ולא קאי דוקא מהשליח הראשון להשליח השני והוא מבואר היטב לעיל שמעתתא זו פרק א' אות ב' ואות ג' ע"ש.

ג) **והא** דכתב רש"י בגיטין בד' כ"ט ובד' ס"ו דמילי לא מימסרן לשליח היינו משליח א' לשליח שני היינו משום דהגמ' איירי בזה במסירת, הדברים משליח א' לשליח ב' לכן פירש"י לפי הענין משליח א' לשליח ב' אבל באמת תליא זה בזה דאפילו מהמשלח להשליח הראשון ג"כ אינו יכול לעשות שליח דברים ותליא בזה דאם נאמר שיש תורת שליחות בדברים ומילי מימסרן לשליח א"כ השליח הראשון הוא כמו המשלח בעצמו לכן יכול שפיר השליח הראשון למסור להשליח השני ואם נאמר דמילי לא מימסרן מהמשלח להשליח א"כ השליח הראשון לא נעשה כמותי של המשלח לכן לא יכול השליח הראשון למסור לשליח השני, וכ"כ לעיל שדעת התוס' בנזיר י"א והרמב"ן בב"ב ד' קכ"ו והב"י באו"ח סימן תל"ד והפ"י בכתובות ד' ע"ד ובגיטין ד' פ"ה שאין מועיל

שליחות בשבועות ונדרים ונזירות והפקר והיא ג"כ משום דמילי לא מימסרן לשליח וכ"כ הח"ס יעוד הרבה אחרונים דמילי לא מימסרן לשליח הוא אפילו מהמשלח להשליח הראשון ג"כ לא מימסרן מילי ומכ"ש מהשליח הראשון להשליח השני, היוצא מכל זה שדברי מהרי"ט אינן דברי טעות ושגגה כמו שחשבו הנ"ב והמח"א הנ"ל.

ד) **אך** מ"ש מהרי"ט שם שאין אדם יכול לעשות שליח להקדיש משום דמילי לא מימסרן לשליח בזה לא דבריו דהקדש בודאי לא מיקרי מילי כמו שכתבנו לעיל דכיון דע"י דבורו נעשית מעשה שהרי תיכף בשעה שהקדיש יוצא החפץ מרשות הבעלים לרשות הגבוה והנהנה מעל תיכף לכן לא הוי מילי רק הוי מעשה כדאיתא בתמורה ד' ג' וכן בנדרים ד' ל"ו ובפסחים ד' פ"ח כמו שהבאנו לעיל והוי כמו תרומה שמועיל שליחות בתרומה ואף שאחרונים דחקו ליישב דברי מהרי"ט גם בזה בכל זאת דבריהם דחוקים מאוד ולא נהירין דבריו בזה רק כי שפיר יכיל אדם לעשות שליח להקדש כמו שיכול לעשות שליח לתרום תרומתו משום דלא הוי מילי רק מעשה אבל שבועות ונזירות שפיר הוי מילי ואין אדם יכול לעשות שליח לישבע בעדו או לידור נדר בעדו או לקבל נזירות בעדו משום דהוי מילי ולא מימסרן לשליח.

פרק ד

א) **והנה** הטיב שם סימן קמ"ז הקשה על דברי מהרי"ט הנ"ל דפשיטא ליה דמילי לא מימסרן לשליח וז"ל והלא בחו"מ סימן רמ"ד יש פוסקים דאומר אמרו לסופר ויכתוב ולעדים ויחתמו כשר אלמא דלא אמרינן מילי לא מימסרן לשליח אלא היכא שאינו מפרש שעושה שליח למילי אבל אם אמר בפירוש שיהיה שלוחו למילי שפיר הוי שליחות אף למילי וא"כ כשעושה השליח בפירוש שישבע בעבורו לא שייך לומר להני פוסקים דלא חל השליחות עכ"ד.

ב) **אך** המעיין בדברי הפוסקים יראה שאין זה קושיא כלל על דברי מהרי"ט שהרי שיטת המכשירין באומר אמרו בחו"מ סימן רמ"ד הוא דעת הרמב"ן שמביאו הר"ן בגיטין סוף פרק התקבל ע"ש בטור ודעת הרמב"ן הוא דבאומר אמרו לא מיפסל משום מילי דלא מימסרן לשליח שאין זה מילי רק הוי כמו שממנה שלוחים שלא בפניהם דמהני ולא מיבעיא אם המשלח פירש ואמר אמרו לסופר פלוני ויכתוב ולפלוני ופלוני עדים ויחתמו דבודאי זה מקרי שהמשלח הבעל או הנותן ממנים שלוחים את הסופר פלוני והעדים פלוני ופלוני רק שהמינוי הוא שלא בפניהם ואין זה מילי רק שליחות גמור שלא בפניהם אלא אפילו כשאומר הבעל או הנותן סתם אמרו לסופר ויכתוב ולעדים ויחתמו וכן עשו ואמרו לסופר וכתב ולעדים וחתמו לא הוי מילי רק הוי מינוי שליחות שלא בפניהם

והיה לנו לומר שיועיל בין בגיטין בין בשאר שטרות ומ"מ אינו מועיל בגיטין לאו משום דהוי מילי אלא משום גזירת הכתוב וז"ל הרמב"ן דשאני גט דכיון דבעינן לשמה ובעינן נמי וכתב לה כלומר שיכתבנו הבעל אין הסופר והעדים במקום הבעל אלא כששמעו הם מפיו אבל בשאר הדברים עושה אדם שליח שלא בפניו וכו' וההיא דאמרינן מתנה הרי היא כגט לענין מילי לא מימסרן לשליח איתמר אבל באומר אמרו לא שייך אלא בגיטי שים וכו' אפילו באומר אמרו סתם עכ"ל הרמב"ן המובא בר"ן ס"פ התקבל וכ"כ הדרישה והפרי חדש באה"ע סימן ק"ד וכן משמעות הטור אה"ע סימן קמ"א דדעת הרמב"ן הוא דאומר אמרו לא הוי מילי רק הוי מיני שליחות אפילו אומר אמרו סתם נמי הוי מינוי שליחות שלא בפניו לכן מהני בשאר דברים מלבד בכתיבת וחתימת גיטי נשים שאינו מועיל מגזירת הכתוב אע"ג דלא הוי מילי א"כ כשאומר אדם לשלוחו שישבע בעדו או יקבל נזירות בעדו בודאי מיקרי מילי ואינו מועיל אפילו לשיטת הרמב"ן בחו"מ סימן רמ"ד שהוא דעת היש מכשירין באומר אמרו דדוקא התם מהני אומר אמרו דכיון דהוי מינוי שליחות לכתוב ולחתום משו"ה לא הוי מילי רק מעשה גמור מקרי כיון שהבעל והנותן מינה בעצמו את הסופר והעדים לכתוב ולחתום לכן לא הוי מילי דמה לי אם מינה אותם בפניהם או שלא בפניהם משא"כ בשבועות ונזירות כיון דעכ"פ מילי הוי ומילי לא מימסרן לשליח לכן אינו מועיל שליחות בנזירות ושבועות שאין שום חילוק לענין מילי בין אם ממנה אותם ועושה אותם שלוחיה למילי או שאינו מפרש שעושה אותם שליח למילי אין שום חילוק בזה דלא כמו"ש הנו"ב ואין החילוק רק בזה דכיון דדעת הרמב"ן הוא דאומר אמרו הוי מינוי שליחות א"כ לא הוו מילי שהרי מינה אותם לעשות מעשה לכתוב ולחתום משא"כ בשבועות ונזירות דעכ"פ מינה אותם לדברים לבד ומילי לא מימסרן לשליח לכן לא מהני.

ג) **ודעת** הרא"ה והר"ן ס"פ התקבל הוא דבאומר אמרו גם כן הפסול הוא משום דהוה מילי ולא מימסרן לשליח, ולדידהו לא מיבעיא כשאומר סתם אמרו לסופר ויכתוב ולעדים ויחתמו בודאי לא מקרי מינוי שליחות רק הוי מילי ולא מימסרן לשליח אלא אפילו כשאומר הבעל או הנותן אמרו לסופר פלוני ויכתוב ולעדים פלוני ופלוני ויחתמו ג"כ מקרי מילי ולא מקרי מינוי שליחות ולא מימסרן לשליח ופסול בין בגיטין בין בשאר שטרות רק כשאומר בפירוש בלשון מינוי היינו שאומר הנני ממנה את פלוני סופר ויכתוב ולפלוני ופלוני עדים ויחתמו אז מקרי מינוי שליחות ולא מילי וכשר בין בגיטין בין בשאר שטרות דהוי מינוי שליחות שלא בפניהם, וסברא הראשונה בחו"מ סימן רמ"ד דס"ל דאפילו אומר אמרו פסול בשאר שטרות ס"ל ג"כ כדעת הרא"ה והר"ן וסייעתם.

ד) **והנה** לענין אומר אמרו איתא בגמ' ד' ס"ו דלרבי יוסי פסול אפילו באומר אמרו ואיתא שם דשמואל ס"ל כר"י בחדא ופליג עליה בחדא היינו כשאומר לשלשה תנו גט לאשתי ולא אמר אמרו ס"ל לשמואל דפסול משום דמילי לא מימסרן לשליח אבל כשאומר אמרו ס"ל לשמואל דכשר והרי"ף והרא"ש פסקו כר"י דאפילו באומר אמרו ג"כ אינו גט ולא פסקו כשמואל דמכשיר באומר אמרו משום דרב אשי בד' ע"ב ס"ל כן דהרי זה גט בטל עד שישמעו קולו שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתמו וכתב מרן הב"י בשם הר"ן שכן הוא גם דעת בה"ג ור"ח ז"ל אבל פוסקים אחרים ס"ל דאומר אמרו הוה ספק כיון דשמואל מכשיר באומר אמרו ולא חזינן אמורא דפליג עליה בהדיא לכן הוי ספק וכתב מרן הב"י שכן הוא דעת הר"ן והר"י והרמב"ן וכן דעת בעל התרומות והמרדכי, וסמ"ג וסמ"ק והכלבו והרמ"ה דהוה ספק מגורשת באומר אמרו משום שחששו להא דשמואל דמכשיר באומר אמרו.

ה) **ולשיטת** הרמב"ן ניחא דאע"ג דלענין גיטין קי"ל דאומר אמרו הוי ספק מגורשת א"כ לכאורא יש לנו לומר ג"כ לענין שבועות ונזירות דהוי ספק אי מילי מימסרן לשליח או לא, מ"מ אין זה קושיא לשיטת הרמב"ן כמו שכתבנו לעיל דאומר אמרו הוי מינוי שליחות שלא בפניהם ולא הוי מילי שהרי הבעל ממנה לסופר ולעדים לעשות מעשה ול הוי מילי משא"כ בנזירות ושבועות הרי ממנה את השליח לדברים בעלמא לישבע או לנזור בעדו והוי מילי ולא מימסרן לשליח, והספק הוא אם הלכה כר"י דפסול באומר אמרו משום גזירת הכתוב כנ"ל להרמב"ן או הלכה כשמואל דמכשיר באומר אמרו ולית ליה האי קרא למיפסליה אבל עכ"פ מילי לא הוי משו"ה יש להסתפק להכשירו אבל במקום דהוי מילי בודאי לא מימסרן לשליח לכן בשבועות אינו מועיל.

ו) **אך** יש להקשות לשיטת הרא"ה וסיעתו דס"ל דאומר אמרו הוי נמי מילי ומשו"ה ס"ל לר"י דפסול אפילו באומר אמרו משום דהוי מילי ולא מימסרן לשליח ולא ס"ל לר"י דהוי מינוי שליחות שלא בפניהם רק ס"ל לר"י דהוי מילי א"כ לדידן דמספקא לן אם הלכה כר"י או כשמואל דפליג עליה בחדא ומכשיר באומר אמרו ע"כ לכאורא הספק הוא אם מילי מימסרן לשליח או לא, וכיון דמספקא לן אם מילי מימסרן לשליח או לא א"כ לענין נזירות ושבועות נמי אית לנו לומר כן דהוי ספיקא דדינא אם מועיל נזירות ושבועות ע"י שליח או לא, ואמאי משמע מדבריהם דבודאי אינו מועיל נזירות ושבועות ע"י שליח והלא אית לן לומר דהוי ספק.

ז) **ונראה** לתרץ חדא דהפוסקים המחמירין באומר אמרו וס"ל דהוי ספק גירושין יוכל היות שלא החמירו רק לענין גט משום חומרא דאשת איש אבל בעלמא פשיטא להו

דהלכה כר' יוסי שרב אשי דהוא בתרא ס"ל כותיה דמילי לא מימסרן לשליח אפילו באומר אמרו, וכן משמע מדברי הרמב"ם שהרי בפ"ב מה"ל גירושין מספקא ליה להרמב"ם באומר אמרו אם נתבטל הגט או לא כמו"ש בשמו מר"ן הב"י באה"ע סימן ק"כ ואלו בפ"ד מה' זכיה פסיקא ליה להרמב"ם דאומר אמרו לאו כלום הוא לענין מתנה ע"ש ועיין בטור וב"י בחו"מ סימן רמ"ד ומשמע דאפילו אם נתן עבדו במתנה לאחר בהאי שטרא דאומר אמרו ואח"כ תפס המקבל את העבד ג"כ לאו כלום הוא אלמא דפשיטא ליה להרמב"ם דהלכה כר' יוסי דמילי לא מימסרן לשליח אפילו באומר אמרו א"כ ע"כ צריך לומר דמה שהחמיר הרמב"ם בה"ל גירושין לחוש להא דשמואל דמילי מימסרן לשליח באומר אמרו אין זה רק משום חומרת אשת איש ולא בעלמא א"כ לכל הפוסקים הנ"ל שחששו להחמיר כשמואל דמילי מימסרן לשליח באומר אמרו איכא למימר ג"כ דדוקא משום חומרת אשת איש החמירו כן אבל בעלמא מודים כולי עלמא דהלכה כר' יוסי וכרב אשי דמילי לא מימסרן לשליח אפילו באומר אמרו א"כ בנזירות ושבועות שפיר פסקו הפוסקים הנ"ל דמילי לא מימסרן לשליח ולא חששו להא דשמואל.

ח) **עוד** יוכל היות דהרא"ה תלמידו של הרמב"ן לא פליג על רבו הרמב"ן אלא בפירוש דברי ר' יוסי ולא בדברי שמואל, דר' יוסי ס"ל דאומר אמרו אינו גט ובגמ' איתא דר' יוסי ס"ל דמילי לא מימסרן לשליח א"כ ס"ל להרא"ה דמשו"ה פוסל ר' יוסי באומר אמרו משום דהוי מילי וס"ל דלא הוי מינוי שליחות שלא בפניו, ולא ניחא ליה להרא"ה לומר כהרמב"ן רבו דס"ל דאומר אמרו הוי מינוי שליחות שלא בפניו ומה דפסל ר"י באומר אמרו הוא מטעם אחר שכתב הרמב"ן מדעתו דכתיב כתב ונתן כנ"ל כי זה לא נראה לו להרא"ה לחדש טעמים חדשים מדעתנו מה שלא הוזכר בגמ', וכיון דבגמ' הוזכר הטעם דפוסל ר"י משום דמילי לא מימסרן לשליח ור"י פוסל אפילו באומר אמרו לכן אע"ג דדעתו של הרמב"ן רבו הוא דאומר אמרו לא הוי מילי רק הוי מינוי שליחות שלא בפניהם מ"מ ס"ל להרא"ה תלמידו דר"י לא ס"ל כן רק דאומר אמרו ג"כ הוי מילי כדי שלא נצטרך לחדש טעמים מדעתנו רק דאומר אמרו הוי מילי ומשום זה פסל ר' יוסי.

ט) **אבל** בדברי שמואל שמכשיר באומר אמרו וס"ל לשמואל ג"כ דמילי לא מימסרן לשליח בלא אומר אמרו כדאיתא בגיטין דף כ"ט ודף ס"ו יוכל היות שגם הרא"ה מודה לדברי רבו הרמב"ן דטעמא דשמואל דמכשיר באומר אמרו הוא משום דלא הוי מילי רק הוי מינוי שליחות שלא בפניהם, ובזה פליג שמואל על ר"י דר"י ס"ל דאומר אמרו הוי מילי ולא מינוי שליחות ושמואל ס"ל דאומר אמרו הוי מינוי שליחות ולא הוי מילי, ובדברי שמואל דמכשיר באומר אמרו נימא שהטעם הוא משום דהוי מינוי שליחות

לא נצטרך לחדש מדעתנו שום טעמים חדשים, א"כ הפוסקים הנ"ל דמספקא להו אם הלכה כשמואל דמכשיר באומר אמרו או כר"י דפוסל באומר אמרו אין הספק אם מילי מימסרן לשליח או לא דזה בודאי ס"ל גם לשמואל דמילי לא מימסרן לשליח כדאיתא בגמ' ד' כ"ט וד' ס"ו אלא הספק הוא אם אומר אמרו הוי מינוי שליחות שלא בפניו או הוה מילי, אבל בנזירות ושבועות דבודאי הוה מילי לכן לא מימסרן לשליח דדוקא באומר אמרו דיש מקום לומר דהוי מינוי שליחות לעשות מעשה ולאו מילי נינהו אבל נזירות ושבועות בודאי הוה מילי ולא מימסרן לשליח כנ"ל.

ו) **עוד** יוכל היות דאפילו אם נימא דטעמא דשמואל דמכשיר באומר אמרו הוא משום דס"ל דבאופן זה היכא שאמר להם אמרו לסופר ויכתוב ולעדים ויחתמו מילי מימסרן לשליח, דדוקא אם אמר להם סתם תנו גט לאשתי אז דוקא אינם רשאים לומר לסופר לכתוב ולעדים לחתום משום דמילי לא מימסרן לשליח באופן זה שלא אמר להם בפירוש אמרו, וכן הפוסקים דמספקא להו אם הלכה כר"י או כשמואל הוא ג"כ מהאי טעמא דמספקא להו אולי מילי מימסרן לשליח באופן זה שאמר להם בפירוש אמרו, ולאו משום מינוי שליחות שלא בפניו, מ"מ בנזירות ושבועות יוכל היות דמודים כולי עלמא דמילי לא מימסרן לשליח דלא כהנו"ב שהבאנו לעיל שהוכיח מזה לענין נזירות ושבועות דכיון דמהני אומר אמרו אלמא דלא אמרינן מילי לא מימסרן לשליח אלא היכא שאינו מפרש שעושה השליח למילי אבל אם אמר בפירוש שיהא שלוחו למילי שפיר הוה שליחות אף למילי א"כ כשעושה שליח בפירוש שישבע בעבורו לא שייך לומר דלא חל השליחות כן הבאנו לעיל בשם הנו"ב שמוכיח שמועיל שליחות לנזירות ושבועות ממה שמועיל שליחות באומר אמרו, ויוכל היות דלא כדבריו דעד כאן לא ס"ל לשמואל דמועיל שליחות באומר אמרו משום דנהי שלא עשה אותם שלוחים לעשות מעשה בעצמם מ"מ כיון דעכ"פ עשה אותם שלוחים לצוות לאחרים לעשות מעשה לכן מועיל שפיר, והא למה זה דומה לעשה שליח למכור חפציו קרקע ומטלטלין שלו דמועיל השליחות אע"ג שאין על השליח לעשות שום מעשה רק ליתן רשות להלוקח לילך למשוך ולהחזיק לכן מועיל השליחות אלמא אע"ג דהשליח אינו עושה שום מעשה בעצמו מ"מ כיון שמצוה לאחרים לעשות מעשה מהני כיון שהמשלח מינה אותו לשליח על זה לא מיקרי מילי רק מעשה גמור מקרי, א"כ באומר אמרו נמי כיון שהמשלח מינה אותו שליח על זה שיאמר לאחרים לעשות מעשה מקרי מעשה ולא מילי, משא"כ בשבועות ונזירות דליכא שם שום מעשה כלל רק דברים בעלמא לכן אע"ג שמינה אותו בפירוש על זה מ"מ אינו מועיל דהוי מילי ולא מימסרן לשליח.

יא) **עיין** לעיל פ"ב אות ו' ואות ז' שכתבנו טעם אחר להא דאדם יכול לעשות שליח למכור ולא הוי מילי משום שיש רשות להשליח להוציא החפץ מרשות הבעלים לרשות הלוקח ולא משום שנותן רשות להלוקח לעשות מעשה, וזהו למאי דס"ל אומר אמרו הוי מילי אבל לשמואל דס"ל אומר אמרו לא הוי מילי שפיר יש לומר כמו שכתבנו דמשום הנתינת רשות להלוקח לעשות מעשה לכן לא הוי מילי.

יב) **ועיין** טור אה"ע סימן קמ"א שכתב וז"ל דלא אמרינן מילי לא מימסרן לשליח אלא כשמוסר לו דבר לעשותו אינו יכול למוסרו לאחר כגון מי שעשה שליח לחתום גט שאינו יכול לומר לאחר לחותמו אבל כשאמר לו בהדיא לומר לאחר לחותמו יכול לעשותו כדאמרינן לקמן באומר לשנים אמרו לפלוני ויכתוב ולפלוני ולפלוני ויחתמו דלא הוי מילי עכ"ל הטור שם, ולכאורה משמע דס"ל ג"כ כסברת הנו"ב הנ"ל דכשאמר לו בפירוש שיהא שלוחו למילי הוי שלוחו אף למילי, אך המעיין שם בדרישה אות י"א ובפרישה אות פ"ו יראה שהטעם הוא משום דס"ל כהרמב"ן דאומר אמרו הוי מינוי שליחות ולא מילי וכן פירשו המפרשים הפרי חדש ושאר המפרשים בטור סימן ק"כ דמשום מינוי שליחות נגעו בה אבל בנזירות ושבועות דלא שייך האי טעמא כמו שכתבנו לעיל לכן אין יכול לעשות שליח לשבועות ונזירות.

פרק ה

א) **והנה** הנו"ב והמח"א ושאר האחרונים הקשו על דברי מהרי"ט הנ"ל דס"ל דאפילו בשליח א' ג"כ אמרינן מילי לא מימסרן מהמשלח להשליח והקשו האחרונים עליו מהא דאיתא בנזיר ד' י"ב ובב"מ ד' צ"ו מחלוקת דר' יונתן ור' יאשיה אם הבעל יכול לעשות שליח להפרת נדרי אשתו דר' יונתן ס"ל דלא מצי משוי שליח דכתיב אישה יקימנו ואישה יפירנו ור' יאשיה ס"ל שלוחו של אדם כמותו ואם נימא דמילי לא מימסרן לשליח אפילו בשליח א' מן המשלח א"כ אמאי ס"ל לר' יאשיה דמצי לעשות שליח להפרת נדרי אשתו והלא הוי מילי ומילי לא מימסרן לשליח ואפילו ר' יונתן דס"ל שאינו יכל לעשות שליח להפרת נדרי אשתו היינו משום גזירת הכתוב דאישה יקימנו ואישה יפירנו אבל בעלמא יכול לעשות שליח על דברים אלמא דמילי מימסרן לשליח.

ב) **והח"ס** חלק יו"ד סימן שכ"א תירץ על זה דמקצרה עצמה ילפינן דמילי לא מימסרן לשליח אפילו מהמשלח להשליח הראשון ודבריו דחוקים מאוד מחמת כמה טעמים חדא דבגמ' בגיטין ד' ס"ו וע"א וכ"ט שהוזכר האי דינא דמילי לא מימסרן לשליח לא הוזכר שם שום קרא למילף מינה דמילי לא מימסרן לשליח א"כ אין לנו כח לחדש מדעתנו ולפותות מקראי ולומר דמקרא דהפרה ילפינן דמילי לא לא מימסרן לשליח.

ג) **ועוד** לפי דבריו צריך לומר דלר' יונתן דס"ל לענין הפרה דשלוחו של אדם כמותו ס"ל נמי לענין גיטין דמילי מימסרן לשליח וזהו תימה שהרי דעת הרא"ש בנדרים דף ע"ב ובב"מ דף צ"ו דהוי ספיקא דדינא אם הלכה כר' יאשיה או כר' יונתן לענין הפרה ע"י שליח וע"כ הר"ן וכן דעת הרבה פוסקים דהוי ספיקא דדינא ואלו לעני גיטין פסקו כולם שאם אמרו לסופר וכתב ולעדים וחתמו שהגט בטל משום דמילי לא מימסרן לשליח, ואפילו באומר אמרו הסכימו כמעט כל הפוסקים דהוי מילי ואינו גט כלל, ולהרבה פוסקים המכשירים באומר אמרו הוא משום דס"ל דלא הוי מילי רק הוי מינוי שליחות שלא בפניו כמו שהבאנו דבריהם לעיל אבל היכא דהוי מילי ס"ל דלא מימסרן לשליח ואמאי לא נימא דהוי ספיקא דדינא אם מילי מימסרן לשליח לענין גיטין כיון דתליא זה במחלוקת דר' יאשיה ור' יונתן לענין הפרה והתם הוי ספיקא דדינא א"כ יש לנו לומר גם לענין גיטין דהוי ספיקא דדינא.

ד) **עוד** הוא דוחק גדול לומר דר' מאיר ור' יוסי דפליגי בגיטין ד' ס"ו אי מילי מימסרן לשליח או לא נחלקו במחלוקת דר' יאשיה ור' יונתן בנדרים אם יוכל להפר ע"י שליח ה **והנה** לעיל כתבנו כי דברי מהרי"ט שכתב שהקדש נקרא מילי ולא מימסרן לשליח לא נהירין דבריו בזה כי מכמה סוגיות בש"ס מוכח שיכול אדם לעשות שליח להקדיש ולא נשאר לט רק לתרץ דבריו ודברי הראשונים דס"ל שאין אדם יכול לעשות שלית על דברים כגון לישבע בעדו או לקבל נזירות בעדו משום דמילי לא מימסרן לשליח אפילו לשליח א' מהמשלח לשליח ולאו דוקא משליח א' לשליח ב' כמ"ש לעיל בשם הרמב"ן והתוס' ופ"י ושאר מפרשים שאין אדם יכול לעשות שליח לכל אלה א"כ קשיא מהפרת נדרים דס"ל לר' יאשיה דאדם יכול לעשות שליח דברים וכן ר"י ס"ל כן אי לאו גזרת הכתוב אישה יקימנו.

ו) **ונראה** דהנה איתא בגמ' שבועות ד' כ"ב ובנדרים ד' ל"ה מחלוקת התנאים אם יש מעילה בקונמות או לא וכתב שם הר"ן דהלכה דיש מעילה בקונמות וכן פסק הרמב"ם בפ"ד מהל' מעילה הל' ט' דיש מעילה בקונמות אפילו בקונם פרטי נמי ע"ש, א"כ נדרים ג"כ לא מיקרי מילי דהוי לענין זה כמו הקדש דתיכף בשעה שהקדיש קני ליה הקדש והנהנה מעל תיכף לכן לא הוי מילי וכמו תרומה דתיכף בדיבוריה נעשית מעשה שנכנס לרשות הכהנים ולא הוה מילי רק מעשה, א"כ בנדרים נמי כיון דיש מעילה בקונמות ותיכף נכנס החפץ לרשות ההקדש לענין זה שאם עבר על נדרו מעל לכן הוי מעשה ולא מילי וכיון דנדרים מקרי מעשה ולא מילי א"כ הפרת נדרים נמי מקרי מעשה ולא מילי

דכשם שהנדר מקרי מעשה מפני שהכניסו ברשות הגבוה כך ההפרה מקרי מעשה מפני שהוציאו מרשות ההקדש והכניסו לרשות הבעלים.

ז) **ולפי** זה יצא לנו דבר חדש דר' יונתן ור' יאשיה לא פליגי אלא בנדרים ולא בשבועות דדוקא נדרים לא הוי מילי משום דקי"ל יש מעילה בקונמות לכן הוי מעשה ולא מילי אבל בשבועות דליכא מעילה וליכא איסור חפצא כלל רק מילי בעלמא מודים כולי עלמא דאין אדם עושה שליח להפרת שבועות אשתו משום דהוי מילי ולא מימסרן לשליח דכמו דהשבועות בעצמן הוי מילי כן הפרת השבועות הוי מילי ולא מימסרן לשליח לכולי עלמא ובלא שום קרא דאישה יקימנו ואישה יפרנו.

ח) **ומה** שהבאנו לעיל בדברי הפני יהושע דכתב בכתובות ד' ע"ד ובגיטין ד' ע"ה דנדרים ושבועות אינו מועיל ע"י שליח אלמא דגם נדרים מיקרי מילי, צריך לומר דכונתו הוא למאן דאמר אין מעילה בקונמות דאז הוי נדרים ג"כ מילי כמו שבועות אבל למ"ד יש מעילה בקונמות לא הוי נדרים מילי רק מעשה גמור ולא מילי דיקא נמי דנקט נדרים דומיא דשבועות, ומרן הב"י באו"ח סימן תל"ד שכתב בטעמו של הר"ן דמשו"ה אינו מועיל הפקר ע"י שליח משום דהפקר הוא משום נדר ונדר אינו מועיל ע"י שליח אלמא דס"ל ג"כ דנדר הוי מילי צריך לומר גם כן דכונתו הוא למ"ד אין מעילה בקונמות אין מועיל נדר ע"י שליח משום דהוי מילי, ואע"ג דאנן קי"ל כמ"ד יש מעילה בקונמות מ"מ כיון דבהפקר בודאי אין שם מעילה לכו"ע לכן שייך בודאי ליתן טעם בהפקר ולומר דמשו"ה אינו מועיל הפקר ע"י שליח משום דהפקר הוא משום נדר ונדר מיקרי מילי למ"ד אין מעילה בקונמות ואין מועיל נדר ע"י שליח כיון שאין בו מעילה לא מקרי מעשה רק מילי ולא מימסרן לשליח א"כ לענין הפקר נמי כיון דלכולי עלמא אין מעילה בהפקר לכן לא הוי רק מילי ולא מימסרן לשליח אבל לדידן דקי"ל יש מעילה בקונמות בודאי יוכל לעשות שליח לנדור נדר אבל בשבועות ונזירות אינו יכול לעשות שליח לישבע בעדו דהוי מילי ולא ממסרן לשליח.

פרק ו

א) והנה הקצוה"ח סימן רע"ג כתב וז"ל ועיין ב"ח שכתב ז"ל כתב הרמב"ם ההפקר הרי הוא כנדר ואסור לחזור בו פי' שיחזור ויאמר אני חוזר מדיבורי כיון שלא עשיתי קנין אלא הרי הוא כנדר דכתיב ביה לא יחל דברו ואע"פ שהוא עצמו יכול לזכות בו זה מדין הפקר אבל לא מתורת חזרה עכ"ל הב"ח, והנה מסופקני לפי מה שאבאר דהא דאסור לחזור בו אינו אלא משום דהוי כמו נדר שאסור לחזור א"כ נראה דהפקר אינו עושה קנין דאי עושה קנין מאי ענין נדר לכאן הא תיפוק ליה דכבר יצא מרשותו אלא ע"כ

נראה דהפקר אינו עושה קנין אלא הא דאינו יכול לחזור בו היינו מתורת איסור בל יחל, וא"כ הפקיר ומת אפשר דהוא של היורשים כיון דאינו אלא משום נדר והנודר ומת אין היורשים מחויבים לקיים נדרו כמבואר בסימן ר"ט ס"ד ברמ"א עכ"ל הקצוה"ח.

ב) **ודבריו** תמוהין דהפקר בודאי יוצא מרשות המפקיר תיכף כשהפקיר כדאיתא בנדרים דף מ"ג לענין מודר הנאה מחבירו והיו מהלכין בדרך ואין לו מה יאכל נותן לאחר לשום מתנה והלה מותר בה אם אין עמהם אחר מניח על הסלע או על הגדר ואומר הרי הם מופקרים לכל מי שיחפוץ והלה נוטל ואוכל ור' יוסי אוסר עכ"ל המשנה ופסקו כל הפוסקים כת"ק עיין טור ושו"ע יו"ד סימן רכ"א שמתיר להפקיר והלה יאכל ואם נאמר שלא יצא החפץ מרשות המפקיר וליכא עליה רק איסורא בעלמא אמאי יהא מותר לאכול כשהפקיר והלא נהנה מאיש שאסור להנות ממנו, ואפילו ר' יוסי דאוסר לאכול כשהפקיר רצה הגמ' מתחלה לומר דטעמא דר' יוסי הוא דקסבר הפקר כמתנה מה מתנה עד דאתיא מרשות נותן לרשות מקבל אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה פירוש שאינו יוצא החפץ מרשות הבעלים עד שיזכה בו אחר הלכך אם שקיל המודר מעל הסלע הרי נהנה מהמדיר כן רצה הגמ' מתחלה לומר בטעמא דר"י דאוסר בהפקר ודחי הגמ' ומסיק דר' יוסי נמי ס"ל דתיכף כשהפקיר יוצא מרשות המפקיר וטעמיה דר' יוסי דאוסר הוא משום מעשה דבית חורון ע"ש אלמא דכולי עלמא ס"ל דאם לא יצא החפץ ע"י ההפקר מרשות המפקיר שהוא המדיר אז המודר אסור לאכלו ומה דשרינן לאוכלו הוא משום דס"ל דתיכף כשהפקיר יוצא החפץ מרשות המפקיר א"כ ממילא כשהפקיר ומת בודאי ההפקר קיים והיורשים יכולים לזכות בו כמו אדם אחר ואם קדמו אחרים וזכו בהם בודאי זכו כיון שכבר יצא החפץ מרשות המפקיר עיין בקצוו"ה מה שדחק בגמ' דשבת סוף פ"ק דנר גיגית וקדרה אפקורי מפקיר להו וכן בפ' ר"א דמילה לענין ציצית הואיל ובידו להפקירן ופירש"י דנפיק מרשותיה ותו לא רמי חיוביה עליה ע"ש בקצוה"ק שדחק בזה איך יצא החפץ מרשות המפקיר ע"י ההפקר, ובדברינו הנ"ל אין זה שום דוחק כמו שהבאנו מהגמ' דנדרים הנ"ל דר' יוסי ורבנן שניהם ס"ל שיצא החפץ תיכף מרשות המפקיר ע"י ההפקר וכן פסקו כל הפוסקים לכן מותר הפקר במודר הנאה.

ג) **והנה** מה שדחק ליה להקצוה"ח לומר כן שההפקר אינו מוציא לגמרי מרשות הבעלים הוא דכיון שכתבו הרמב"ם ושאר פוסקים דהפקר הוא מטעם נדר ואסור לחזור בו א"כ מסתמא הפירוש הוא דהוי כנודר צדקה לעניים שאין עניים שום קנין תיכף והכסף לא יצא תיכף מרשות הבעלים רק מצוה רמיא עליה לקיים דבריו שנדר לצדקה לכן כשמת אין היורשים מחויבים לשלם נדרו וכן כתב שם הקצוה"ח בפירוש וז"ל דכיון דהפקר

אינו יוצא מרשותו אלא שאסור לחזור בו וא"כ הזוכה בו מיד הבעלים הוא זוכה כמו נודר לעניים דהעניים הזוכים בו מיד הבעלים המה זוכין עכ"ל הקצוה"ח. ד) **אבל** באמת נראה שאין הדבר כן דבירושלמי בפ"ו דמס' פאה ה"א נחלקו ר"י ור"ל בטעמא דהפקר ר' יוחנן יליף לה מפאה דכתיב לעני ולגר תעזוב אותם וס"ל לב"ש יש עזיבה אחרת שהיא כזו לעניים ולא לעשירים וב"ה ס"ל מיעט רחמנא אותם דדוקא פאה היא לעניים ולא לעשירים אבל העזיבה האחרת דהיינו הפקר בעינן שיהא בין לעניים בין לעשירים ור"ל יליף לה משמיטה ע"ש ומסתמא הלכה כר' יוחנן לגבי ר"ל א"כ ילפינן הפקר מפאה לכן שפיר כתב הרמב"ם דהוי כמו נדר ואסור לחזור בו וגם עובר בבל תאחר כדדרשינן (ר"ה ד' ה' וד' ו') כי דרש ידרשנו מעמך מעמך זה לקט שכחה ופאה וכן הוא בנדרים ד' ו' לענין יד מספקא ליה לגמרא אם יש יד לפאה מי אמרינן כיון דאיתקיש לקרבנות מה קרבנות יש להם יד אף פאה יש לה יד וכו' עכ"פ חזינן דלקט שכחה ופאה יש להם דין נדר ואסור לחזור בהם כמו נדר ובכל זאת יוצא תיכף הלקט שכחה ופאה מרשות הבעלים וכשמת בודאי מחויבים היורשים לקיים ליתן להעניים את הלקט שכחה ופאה ואין דינו כשאר צדקה שאין היורשים מחויבים לקיים דברי אביהם דדוקא שאר צדקה אינו יוצא מרשות הבעלים בדבור פיו ואין עליו רק חיוב לכן כשמת האב אין היורשים מחויבים ליתן לעניים משא"כ בלקט שכחה ופאה שכבר יצא מרשות האב תיכף בשעת אמירתו של האב וזכו בו העניים תיכף לכן כשמת זכו בו העניים בשלהם כי לא נכנס ברשות היורשים במיתת האב כיון שכבר יצא מרשותם בחיי האב.

ה) **וראיה** ברורה לזה מהא דאיתא במשנה נדרים ד' פ"ג קונם שאני נהנה לבריות אינו יכול להפר ויכולה היא ליהנות בלקט שכחה ופאה וכן פסקו כל הפוסקים אלמא דאע"ג שאסורה היא להנות מכל אדם שבעולם מ"מ שריא ליהנות מלקט שכחה ופאה דלאו של בריות הן אלא של הפקר הן, ואם נימא שדינו של לקט שכחה ופאה כשאר צדקה בודאי נהנית היא משלהם שאסורה היא מהם, וכיון דהפקר ילפינן מדין פאה לכן דינו כמו פאה דאיכא איסור נדר לחזור בו כמו בלקט שכחה ופאה ובכל זאת יוצא תיכף מרשות המפקיר כמו בלקט שכחה ופאה דתיכף נעשה הפקר.

ו) **א"כ** ההיא דשבת דף י"ח דאמרינן שם דלב"ש דאית ליה שביתת כלים בשבת גיגית נר וקדרה ושפוד אפקורי מפקיר להו ניחא בפשיטות דכיון שיוצא תיכף מרשות הבעלים לכן שרי ואין אנו צריכין לדוחקו של הקצוה"ח שכתב דמשום הפקר ב"ד הוא, ובאמת דבריו תמוהים שהרי התוס' בשבת שם ובנדרים דף מ"ה כתבו בפירוש דמשום הפקר ממש הוא ולא משום הפקר ב"ד הפקר וגם הרשב"א בחדושיו שם שהביא הקצוה"ח

בשמו שכתב דמשום הפקר ב"ד הוא היינו משום שהוקשה לו קושיות אחרות חדא דבעינן הפקר בפני שלשה ועוד דלאו כולי עלמא ידעי להפקיר לכן כתב הרשב"א דמשום דלב ב"ד מתנה עליהם נגעו בה, אבל קושית הקצוה"ח לא הקשה הרשב"א היינו לומר מה מועיל הפקר להצילו מאיסור שביתת כלים והלא הפקר אינו מוציא מרשות הבעלים רק דינו כמתנות עניים בעלמא זה לא הקשה הרשב"א אלמא דגם הרשב"א ס"ל דהפקר מוציא מרשות הבעלים דלא כהקצוה"ח.

ז) **וכן** לענין שביתת בהמתו כתבו ג"כ התוס' בשבת שם י"ח ובנדרים דף מ"ה שיפקירנה וכ"כ הטור או"ח ובשו"ע שם סימן רפ"ו אלמא דהפקר מוציא תיכף מרשות הבעלים דאם לא יצא תיכף מרשות הבעלים ע"י הפקירו לא ינצל בזה מאיסור שביתת בהמתו והוא דלא כהקצוה"ח.

ה) **וכן** הא דאיתא בשבת דף קל"א לענין ציצית הואיל ובידו להפקירן הוא ג"כ מהאי טעמא שכתבנו דכיון שהפקיר יצא תיכף החפץ מרשות הבעלים ופטור מציצית אפילו למ"ד כלי קופסא חייב בציצית.

ט) **והקצוה"ח** תמה שלא מצא מקור לזה דהפקר מדין נדר ותימה על תמיהתו כיון דהפקר ילפינן מלקט ופאה דהוי מתנות עניים ודינן כנדר כנ"ל לכן גם הפקר דינו כנדר.

ו) **ומזה** שכתבו מרן הב"י והר"ן דהפקר אינו ע"י שליח משום דהוי מילי יש להוכיח לכאורה דהפרשת פאה ג"כ ליתא ע"י שליח כיון דהפקר יליף לה מפאה וכשם דהפקר הוי מילי כן גם הפרשת פאה הוי מילי ולא מימסרן לשליח ולא עיינתי בזה כעת ויש לחלק כיון דשדהו מחויבת בפאה וממון עניים מעורב בתבואתו לכן זכו העניים תיכף בשעת הפרשה וכיון שזכו בו כל העניים א"כ הוי הפרשתו מעשה גמור שמוציא התבואה מרשות הבעלים ומכניסם לרשות העניים כמו תרומה ומכירה ומתנה דהוי מעשה גמור. משא"כ בהפקר דנהי שבהפקירו מוציא החפץ מרשות הבעלים מ"מ כיון שאינו מכניסם לרשות שום אדם לכן הוי מילי ולא מימסרן לשליח וכמו שכתבנו לעיל

פרק ז

א) **ודברי** הב"י בסימן תל"ד צ"ע במה שכתב דטעמא דהפקר אינו ע"י שליח משום דהפקר הוא משום נדר ונדר אינו מועיל ע"י שליח בשלמא לדברי הקצוה"ח ניחא דכיון דהפקר הוא משום נדר לכן ההפקר אינו מוציא מרשות הבעלים ואינו עליו רק איסורא בעלמא כמו שבועות לכן הוי מילי ולא מימסרן לשליח א"כ שייך שפיר למיתלא טעמא דאינו מועיל הפקר ע"י שלוחו משום שהוא מטעם נדר, אבל לדברינו שהוכחנו וביררנו שההפקר מוציא שפיר מרשות הבעלים מיד כשהפקיר ומה שההפקר נקרא מילי הוא

מפני שלא נכנס החפץ לרשות הזוכה לכן לא הוי מעשה רק מילי א"כ אין שום נפקא מינה אם הפקר הוא מטעם נדר או לא דאם אפילו נימא שההפקר אינו מטעם נדר מ"מ עכ"פ לא נכנס החפץ לרשותו של שום אדם ואם אפילו הפקר מטעם נדר מ"מ יצא החפץ מרשות הבעלים א"כ מאי נפקא מינה אם הפקר הוא מטעם נדר או לא, עיין לעיל פרק ב' אות ה' ו' ז' ע"ש.

ב) והנה מרן הב"י בסימן תל"ד באו"ח הביא דעת הר"ן דיש אומרים שאין אדם יכול לבטל חמצו ע"י שליח דכיון דביטול מתורת הפקר נגעו בה משו"ה השליח לא מצי מבטל שהרי אם יאמר אדם לחבירו הפקר אתה נכסי אינו יכול, ואח"כ כתב מרן הב"י שני טעמים לחלק דאע"ג דביטול מדין הפקר נגעו בה ואינו יכול להפקיר ע"י שליח מ"מ יכול שפיר לבטל ע"י שליח טעם א' כתב דכיון דחמץ אינו ברשותו של אדם אלא שעשאו הכתוב כאלו ברשותו בגלוי דעתא דלא ניחא ליה דליהוי זכותיה בטיה כלל סגי, טעם ב' כתב וז"ל אי נמי טעמא דבהפקר לא מהני שליחות היינו משום דהפקר יש לו דין נדר כדמוכח בפ"ק דנדרים דף ז' וכדכתב הרמב"ם בהלכות נדרים וכיון דדין נדר יש בו משו"ה לא מהני שליחות שהאומר לחבירו קבל עליך נדר זה בשליחותי שאהא אסור בו אינו כלום אבל ביטול שאינו ענין לנדר שפיר מהני ביה שליחות עכ"ל מרן הב"י.

ג) **וטעמו** הראשון הוא פשוט ומובן אבל טעמו השני צריך ביאור לפי מה שהארכנו עד כה וכתבנו שהטעם שאינו מועיל שליחות בנדרים ושבועות ונזירות הוא משום דלא הוי מעשה רק מילי ומילי לא מימסרן לשליח. א"כ סוף סוף יקשה לנו אמאי תועיל שליחות בביטול חמץ והלא אינו אלא מילי ולא מעשה ומילי בלא מעשה לא מימסרן לשליח, ומה הועיל מרן הב"י בחילוק זה שכתב והפקר הוא מטעם נדר ובביטול לא שייך נדר ומאי איכפת לן אם שייך נדר בביטול חמין או לא כיון דעכ"פ מילי הוי ולא מעשה ומילי לא מימסרן לשליח אית לן לומר שלא יועיל שליחות בביטול חמץ כמו שאינו מועיל שליחות בשבועות ונזירות מהאי טעמא דהוי מילי ולא מימסרן לשליח, וכמו שאינו מועיל שליחות בגיטין כשאמרו לטופר וכתב ולעדים וחתמו משום דהוי מילי ולא מימסרן לשליח אלמא אע"ג דלא שייך גם שם ענין נדר מ"מ לא חצי משוי שליח משום דהוי מילי ולא מימסרן לשליח א"כ בביטול חמץ נמי דהוה מילי אית לן לומר שלא יוכל לעשות שליח לבטל.

ד) **ונראה** דס"ל למרן הב"י שיש חילוק בין קיום עליו לביטול ענין והיינו דאע"ג דקי"ל מילי לא מימסרן לשליח היינו לקיים את הענין כגון לישבע בעדו או לידור נדר בעדו או לומר לסופר ולעדים שיכתבו ויחתמו גט לאשתו דכל זה מקרי קיום ענין ואין בכח

השליח לעשותו בשביל המשלח שיהא קיים הענין כאלו המשלח עשה רק כשהשליח עושה מעשה אז אמרינן דשלוחו של אדם כמותו אבל במילי כשהשליח אינו עושה מעשה רק דברים בעלמא אין בכחו של השליח לקיים ענין בשביל המשלח, וכל זה הוא בקיום ענין אבל בביטול ענין יכול גם השליח החלש הזה בלא שום מעשה לבטל את הענין וכן בכמה מקומות מצינו דוגמתם שנקל ביותר לבטל ענין מלקיים ענין כגון קנין בטעות קי"ל דחוזר וכן קנין באונס לאו כלום הוא אלמא שיש בכח הטעות והאונס לבטל את הקנין אבל לעשות קנין ולבנות אין בכחם כגון כשאדם ראה חפץ של הפקר ורצה ליליך ולהחזיק בו והטעהו חבירו ואמר לו שאין זה החפץ של הפקר או שאנסו חבירו ולא הניחו להחזיק בו ולא החזיק בו או אפילו החזיק בו רק שלא נתכוין לזכות מחמת הטעות הזה שסבר שאינו של הפקר ג"כ קי"ל ביבמות דף נ"ב דהעודר בנכסי הגר וכשסבור שהוא שלו לא קנה אלמא שיש בכח הטעות והאונס לעשות ממעשה ומחשבה כמו שאינם אבל אין בכח הטעות והאונס לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחשב אלמא כי לבטל ענין הוא בנקל יותר מלקיים ענין, לכן ס"ל למרן הב"י דהא דאמרינן מילי לא מימסרן לשליח היינו דוקא לקיים ולבנות איזה ענין אבל לסתור ולבטל שפיר אמרינן מילי מימסרן לשליח.

ה) לכן כתב מרן הב"י דטעמא דהפקר לא מהני שליחות היינו משום דהפקר הוא משום נדר וכו' אבל בביטול חמץ דלא שייך נדר שפיר מהני שליחות, פירוש דבריו דטעמא דהפקר לא מהני שליחות הוא משום דהפקר אינו סילוק זכותו בעלמא או מחילה וביטול כחו בעלמא רק דהפקר הוא מטעם נדר כדאיתא בנדרים וברמב"ם, דודאי אם היינו אומרים דהפקר אינו אלא סילוק וביטול זכותו של המפקיר אז בודאי היה מועיל שליחות בהפקר דנהי דהוי מילי ומילי לא מימסרן לשליח מ"מ היה מועיל השליחות דכיון שהשליח בא לבטל ולסלק זכיתו של הבעלים ולבטל ולסלק מועיל אפילו שליח של דברים בעלמא דלבטל ענין קי"ל מילי מימסרן לשליח, אבל כיון דהפקר הוא מטעם נדר והשליח בא לקיים ענין היינו לעשות ולקיים ענין הנדר וכיון דהוי מילי לכן לא מימסרן לשליח דלקיים ענין קי"ל לא מימסרן מילי לשליח ומסיים הב"י אבל בביטול חמץ דלא שייך נדר מהני שפיר שליחות, פירוש דבביטול חמץ ליכא קום מעשה כלל רק ביטול לבד שאין שם שום נדר כלל רק שמבטל את החמץ לכן מהני שליחות דבביטול ענין אמרינן שפיר מילי מימסרן לשליח א"כ מתורץ גם הקושיא הנ"ל שהקשינו מפני מה תלה הב"י אם הפקר הוא מטעם נדר או לא דשפיר תליא בזה דאם היה מטעם סילוק

או מחילה או ביטול זכותו וכחו בודאי היה מועיל ע"י שליח דמילי מימסרן לשליח בהאי גונא כשהוא בביטול ענין כנ"ל.

ו) **ובזה** יש לתרץ מה שהקשו הנו"ב והמח"א ושאר אחרונים על דברי מהרי"ט הנ"ל דס"ל דאפילו בשליח א' ג"כ אמרינן מילי לא מימסרן לשליח והקשו עליו ממחלוקת דר' יונתן ור' יאשיה שנחלקו לענין הפרה אם יכול לעשות ע"י שליח ואי לאו קראי כו"ע ס"ל דמצי משוי שליח להפרה ואמאי הא הוי מילי ולא מימסרן לשליח כמו שהבאנו לעיל הקושיא הנ"ל, ובדברינו דהשתא ניחא דעד כאן לא אמרינן מילי לא מימסרן לשליח אלא לקיים ולבנות איזה ענין אז אמרינן דשליח דברים לאו כלום הוא ואינו בכחו לבנות איזה ענין אבל לסתור ולבטל את הנדר שפיר אמרינן מילי מימסרן לשליח וכיון דב הפרה לבטל בא השליח את הנדר ולא לקיים בא השליח לכן אמרינן שפיר מילי מימסרן לשליח כהאי גונא.

ז) ובזה שכתבנו יש ליישב עוד קושיא אחרת שראיתי בהגהות חידושי רעק"א ביו"ד סימן רל"ד סע' ל' דמרן המחבר פסק שם וז"ל אין יכולים לעשות שליח לא להקמה ולא להפרה וכתב רעק"א שם וז"ל וכן הוא לשון הטור וכתב עלה הב"י פלוגתא דר' יאשיה ור' יונתן פרק נערה ופסק שם הרא"ש הלכה כר' יאשיה דמחמיר עי"ש, ותמוה דהא לענין הקמה הוי ר' יאשיה להקל דע"י שליח לא הוי הקמה גם בנ"י פ"ח דב"מ בסוגיא דשאלה בבעלים כתב בשם הר"ן כיון דליכא הכרע במילתא קי"ל לחומרא וגבי נדרים לא מצי מיפר ע"י שליח וגבי שאלה בבעלים פטור דהממע"ה וכן הביא בשו"ע חו"מ (סימן שמ"ו ס"ו בהגה) א"כ ממילא לענין הקמה יש לפסוק דע"י שליח הוי הקמה וצע"ג וכו' ובאמת התמיה נופלת על הרא"ש דכתב בפשיטות דר' יאשיה הוא המחמיר וביותר על הטור דפסק דאינו יכול לקיים ע"י שליח וצ"ע עכ"ל הגאון רע"א וכן כתב בתשובותיו סימן מ"ז ומביאו הפ"ת שם סימן רל"ד סק"ד.

ח) **היוצא** מזה דס"ל להגאון רעק"א זצ"ל דר' יונתן ור' יאשיה דפליגי לענין הפרה אם יכול לעשות שליח להפר נדרי אשתו פליגי נמי לענין הקמה דלר' יונתן יכול לקיים ע"י שליח כי היכא דיכול להפר ע"י שליח ולר' יאשיה אינו יכול לקיים ע"י שליח כמו שאינו יכול להפר לכן קשיא ליה כיון דמספקא לן אם הלכה כר' יאשיה או כר' יונתן היה לנו לומר שניזל לחומרא הכא והכא ולקיים יכול ע"י שליח אבל להפר אינו יכול ע"י שליח, וכמו לענין שאלה בבעלים דאיתא בגמ' ב"מ ד' ל"ו דתליא נמי במחלוקת דר' יונתן ור' יאשיה הנ"ל אם מיקרי שאלה בבעלים ע"י שליח או לא ופסק הרמ"א בסימן שמ"ו סע' ו' בחו"מ שמועיל שאלה בבעלים ע"י שליח מהאי טעמא כיון דהוי ספק אם הלכה כר'

יונתן או כר' יאשיה לכן אמרינן כל ספיקא דממונא לקולא לנתבע והמוציא מחבירו עליו הראיה א"כ לענין הקמה נמי אית לן לומר דהוי ספק ויכול לקיים ע"י שליח, ובאמת הדבר תמוה כי עינתי בדברי הראשונים ולא מצאתי שם מי שיאמר דמחלוקת ר' יונתן ור' יאשיה הוא גם לענין הקמה כמו לענין הפרה, ובדברינו שכתבנו לעיל ניחא דדוקא לענין הפרה הוא דפליגי ר' יונתן ור' יאשיה וס"ל לר' יונתן דמצי משוי שליח להפר אע"ג דהוי מילי ומילי לא מימסרן לשליח מ"מ כיון דהשליחות הוא לבטל את הנדר ולסתור אותו לכן ס"ל לר' יונתן דמצי משוי שליח אפילו לענין מילי וכן ר' יאשיה אי לאו קרא דאישה יקימנו ואישה יפרנו הוה אמינא דמצי משוי שליח להפרה כיון שהוא לבטל ולסתור, אבל לענין הקמה כו"ע מודים שאינו יכול לעשות שליח על דברים כיון שהוא לבנות ולקיים אמרינן שפיר מילי לא מימסרן לשליח לכן פסקו הטור והמחבר בשו"ע בפשיטות שאין אדם יכול לעשות שליח לא להקמה ולא להפרה אע"ג דהוי ספק אם הלכה כר' יונתן או כר' יאשיה מ"מ לא יכול להקים דבזה כולי עלמא מודים דלענין הקמה אינו יכול לעשות שליח.

ט) וכן ניחא מאי דפשיטא להרא"ש דר' יאשיה לחומרא דלא כהגאון רעק"א דס"ל דאע"ג דלענין הפרה הוא ר' יאשיה לחומרא דס"ל שאינו מפר ע"י שליח ור' יונתן ס"ל דיכול להפר ע"י שליח מ"מ לענין הקמה הוה איפכא דלר' יונתן הוה לחומרא דיכול לקיים ע"י שליח כמו דיכול לבטל ע"י שליח ור' יאשיה לקולא שאינו יכול לקיים ע"י שליח, ובדברינו ניחא כיון דלענין הקמה לא פליגי ר' יאשיה ור' יונתן ותרווייהו ס"ל שאינו יכול לקיים ולא פליגי רק לענין הפרה לכן הוה ר' יאשיה לחומרא.

י) **ולפי** זה יצא לנו דין חדש דבמחילה או בסילוק מודים כו"ע דמצי משוי שליח אע"ג דהוי מילי ולא מימסרן לשליח מ"מ כיון דהוי לבטל ולסתור יכול לעשות שליח, וכן משמע בחו"מ סימן י"ב בסמ"ע שם ס"ק ט"ו ובש"ך שם ס"ק י"א שדחקו בטעם הדבר דפשרה צריכה קנין ובלא קנין יכול אפילו התובע לחזור בו אע"ג שנתרצה למחול ומחילה אינה צריכה קנין מ"ה יכול התובע לחזור בו משום דהוי כמו טעות וכדי שלא יטעון אח"כ הדיינים הטעו אותי בדבריהם לכן בעי קנין, ומשמע אבל בלאו האי טעמא לא צריך קנין במחילת הפשרה אע"ג שהתובע לא מחל בפירוש רק ע"י שליח היינו שהדיינים פוסקים שהתובע ימחול כך וכך והנתבע יתן כך וכך וכיון דמילי לא מימסרן לשליח יש לנו לומר שהמחילה לא תועיל ע"י שליח אלא ודאי כיון דהוי לבטל שיעבודו לכן יכול לעשות שליח דלבטל ולסתור שפיר מצי משוי שליח אפילו לענין מילי נמי מימסרן לשליח כהאי גונא דהוי לבטל ולסתור וכן בחו"מ סימן קכ"ג סע' ד' פסק לענין

הבא בהרשאה שמחל או מכר או שעשה פשרה לא עשה ולא כלום שזה יאמר לו להקיר שדרתיך ולא לעשייתו לפיכך אם התנה עמו בין לתיקון בין לעשות אפילו אם מחל לו מחול וכ"ש אם פירש לו מחילתך כמחילה עכ"ד מרן שם בש"ע אלרא שהשליח יכול למחול אע"ג דילי לא מדמסרן לשליח והוא מטעמא שכתבנו כיון שהוא לסתור ולבטל שעבודו לכן מילי מימסרן לשליח, ואין לומר דהרשאה שאני דעדיף משליח דעלמא משום שכותב לו זיל דון וזכי ואפיק לנפשך לכן מועיל ויכול למחול שהרי שלו הוא מוחל ואינו שליח כלל רק כסף המלוה הוא שלו לכן יכול למחול, אך זה אינו דמסקינן והלכתא שליח שוייה אלמא שדינו כשליח ולא כבעל דבר ואינו מועיל האי מילתא שכותב לו דון וזכי ואפיק לנפשך לקנות לגמרי, ועיין חו"מ סימן קכ"ב וקכ"ג דאיכא כמה גוני דלא שייך שם שום קנין כלל כגון בהלואה במלוה על פה וכיוצא בהם ואינו אלא שליח בעלמא ואפילו הכי מועיל מחילה בשליחות אע"ג דהוי מילי ולא מימסרן לשליח אלא ודאי צריך לומר שהטעם הוא דכיון דהוי לסתור ולבטל שיעבודו לכן מועיל אפילו שליח דברים,

יא) ולכאורה יש לומר דמשו"ה מהני ולא אמרינן בזה מילי לא מימסרן לשליח משום דהוי כעושה שליח למכור דלא הוי מילי משום שנתן לו רשות לשליח להוציא החפץ מרשות מוכר ולהכניסו ברשות לוקח לכן לא הוי מילי רק מעשה גמור א"כ כאן לענין שיעבוד נמי כיון שהמלוה נתן רשות לשלוחו להוציא את השיעבוד מרשותו וליתן ליד הלוה לכן לא הוי מילי רק מעשה גמור דדוקא הפקר מיקרי מילי ולא מעשה משום דהוצאה איכא מרשות בעלים וליכא הכנסה לרשות אחרת לכן הוי מילי משא"כ מתנה ומחילה דאיכא הוצאה גמורה מרשות לרשות לכן הוי מעשה גמור ולא מילי.

יב) **אך** זה אינו דמחילה לא מיקרי דיהיב מידי המלוה ללוה רק מיקרי, מבטל שיעבודו בעלמא דהרי קי"ל בקידושין ו' וד' מ"ז ובאה"ע סימן כ"ח ס"ז דהמקדש במלוה אינה מקודשת משום דלא יהיב לה מידי בשעת קידושין ואם נימא דמחילת השיעבוד מיקרי דיהיב מידי המלוה ללוה אמאי אינה מקודשת והלא יהיב לה מידי שהוא השיעבוד נותן לה המקדש בשעת קידושין ואמאי אינה מקודשת במלוה, ועיין יו"ד סימן רכ"ב לענין מודר הנאה דמותר לפרוע חובו ע"ש ומשמע ג"כ דשיעבוד מיקרי דלא יהיב לו מידי דבודאי אם לוי אסור מלהנות מראובן יהא ראובן בודאי אסור לומר לשמעון הילך מנה ויהא שדך קנויה ללוי דזה בודאי מיקרי שלוי נהנה מראובן שנתן לו המנה ולא אמרינן בזה מפייס הוינא ליה לשמעון והיה נותן לי את שדהו בלא מעותיך ואפילו אם ידעינן בודאי שלוי היה יכול לפייס את שמעון שיתן לו שדהו במתנה מ"מ אסור כיון

דעכ"פ השתא זכי לו בשדה זו משום מעותיו של ראובן בודאי אסור ובפורע חובו שרי ראובן לפרוע לשמעון חובו של לוי ויפטר לו משמעון ע"י הפרעון שפרע ראובן בעדו אע"ג שלוי אסור להנות מראובן אלא ודאי דעיקר הטעם דפריעת חוב מותר במודר הנאה משום דלא יהיב לא מידי ולא זכה לוי בשום דבר חדש ע"י פריעת ראובן, והא דצריך לטעם דמפייס הוינא ליה ומחל לי משום דהיכי דהוי ברי אפילו במבריח ארי חייב ואסור במזיד הנאה כמ"ש בתוס' בב"ק נ"ח ולהכי צרך להאי עשתא דרפ"ם הוינא ליה ולא הוי ברי הזיקא לכן שרי במודר הנאה ועיקר טעם ההיתר הוא משום דלא מטי ליה שום ריוח חדש להלוה ע"י מחילת המלוה וע"י פריעת הנודר לכן שרי.

יג) **וכן** בנדרים ד' ל"ג משמע ג"כ כמו שכתבנו דחשיב ליה פורע חובו כמבריח ארי מנכסי חבירו והיינו כמו שכתבנו דחשיב שלא בא ללוה שום דבר חדש רק שהבריחו ארי מנכסיו היינו שהמלוה הוא הארי הניגשו והדוחקו לשלם שליח לענין מחילה את הארי הזה הבריח הפורע ולא יותר ואם נימא דמחילה חשיב כמו מתנה שיצא החפץ מרשות הנותן לרשות המקבל א"כ אין זה מבריח ארי בעלמא רק הוי כנותן לו מתנה גמורה שאסור במידר הנאה אלא ודאי דמחילה לא הוי רק הכל שיעבידו של מלוה לחוד ולא הר רק ודלי ולא לשליח הכל רק דהר לסתור ולבשל שפיר דשר שליח.

יד) **ובזה** מהא לי מה דהר קשיא לי דהנה פורע חובו קי"ל דמותר במודר הנאה כמו שפסק מרן בשו"ע יו"ד סימן רכ"א ס"ב וכתב הש"ך שם סעי' ז' וכן כתב שם הט"ז משום דמפייס הוינא ליה. והיה מוחל לי והוא מירושלמי פ' אין בין המודר וכן, הביאו הפוסקים ועיין חו"מ סימן קכ"ח לענין פורע חובו של חבירו אם הוא חייב או לא אלמא דמשום הך טעמא דמפייס הוינא ליה שרי במודר הנאה ואלו ביו"ד סימן רכ"א סעיף ה' פסק לענין מודר הנאה ורוחץ עמו באמבטי גדולה אבל לא בקטנה מפני שמהנהו שמגביה עליו את המים, ושם באותו הסעיף אם היו שניהם חופרים בכרם ביחד לא יחפור בשורה הקרובה לו מפני שמהנהו שמרפה הקרקע לפניו אבל ברחוק ממנו מותר, וכן פסקו כל הפוסקים והוא מדברי הגמ' בנדרים ד' והוא לכאורה תמוה דיותר בנקל ימצא איש אשר והנהו בזה שיגביה עליו את המים באמבטי קטנה או ירפה לפניו את הקרקע בכרם ממה שימצא איש שימחול לו חוב של מאה מנה, ואם בפורע חובו קי"ל דשרי במודר הנאה חשום דמצי אמר ליה לא עשית לי שום טובה והנאה בזה שפרעת חובי כי בלא פריעתך הייתי אני מפייס לי ומחל לי א"כ מכ"ש שיכול הרוחץ והחופר לומר לא עשית לי שום טובה והנאה במה שהגבהת את המים או שרפית את הקרקע כי גם בלא מעשיך הייתי מפייס לאנשים אחרים שיגביהו את המים או ירפו את הקרקע, וכן נמצאו כמה

דברים קלי ערך שאסורים במודר הנאה מפני שהם נחשבים להנאה אע"ג שיכול למצוא בנקל אנשים רבים לפייסם שיעשו לו כזה ובכל זה אסור ואלו בפורע חובו שרי מהאי טעמא מפני שיכול לפייס את המלוה וימחול לו לכן לא נחשב הנאה, אלא ודאי כדאמרן דמחילת החוב לא נחשב רק מבריח ארי שנתבטל שיעבודו של המלוה ולאו מידי יהיב הפורע והמוחל להלוה וזהו עיקר ההיתר דשרי במודר הנאה משא"כ בההיא דאגביה עליו את המים או מרפה הקרקע לפניו דמטיא ליה הנאה חדשה למודר לכן אסור במודר הנאה, והאי טעמא דמפייס הוינא ליה לא צריך אלא שלא יהא ברי היזיקא דהיכא דהוי ברי היזיקא חייב אפילו במבריח ארי כמו"ש התוס' ב"ק נ"ח ולכן אסור במודר הנאה אי לאו טעמא דמפייס הוינא ליה ומחל לי.

טו) **היוצא** מזה דמחילה לא מקרי רק ביטול השיעבוד ולא מקרי שנותן לו מידי ואין זה כמו מתנה דמיקרי מעשה כי אין כאן הכנסה לרשות הלוה ולא הוי רק מילי דאית לנו לומר דמילי לא מימסרן לשליח אי לאו טעמא שכתבנו לעיל דלבטל ולסתור דבר שפיר יוכל לעשות שליח אפילו לענין מילי.

טז) **ועיין** משנה למלך פ"ה מהל' מלוה הל' י"ד שחקר במודר הנאה דשרי לפרוע חובו של המודר הנאה אם רשאי המדיר בעצמו למחול חובו של המודר ועיין מזה בהגהות בית לחם יהודא ביו"ד סימן רכ"א מה שכתב בזה.

יז) **ולפי** מה שכתבנו דמחילה אינו אלא ביטול שיעבידו של המלוה ואינה כמו מתנה יש להוכיח מזה דמהני מחילה אפילו בשל כרחו של הלוה דמיד שמחל לו פסק שיעבידו תיכף ואין לו כח ללוה לעכב את מחילתו של המלוה דדוקא אם היינו אומרים דמחילה הוא נתינת השיעבוד שנותן המלוה ללוה שייך לומר דליתא בע"כ כמו כל מתנה דליתא בע"כ של המקבל מתנה אבל כיון דמחילה אינו אלא סילוק וביטול שיעבודו של המלוה לכן מהני אפילו בע"כ של הלוה דתיכף פקם שיעבודו של המלוה עיין מחנה אפרים ה' זכיה והפקר סימן י"א שכתב דמחילה אם מהני בע"כ של לוה במחלוקת שנויה דלדעת הריטב"א בקידושין ט"ו לא מהני מחילה בע"כ אך דברי המח"א לא נהירין לי כי הריטב"א לא כתב דמחילה הוי כמתנה אלא גבי עבד דהוי דבר בעין אבל בחוב בעלמא מודים כולי עלמא דמהני מחילה בע"כ וכן הביא שם המח"א בשם מרן הב"י בחו"מ סימן קצ"ה שכתב בשם הרשב"א בפירוש שמועיל מחילה בע"כ.

פרק ח

א) **והנה** בב"מ ד' צ"ו לענין שאלה בבעלים איתא התם אמר ליה רבינא לרב אשי האומר לשלוחו צא והשאל לי עם פרתי מהו בעליו ממש בעינן וליכא או דילמא שלוחו של אדם

כמותו ואיכא, ומסיק הגמ' שליח פלוגתא דר' יונתן ור' יאשיה פירוש כי היכא דפליגי לענין הפרת נדרים דלר' יונתן כמו דס"ל שלוחו של אדם כמותו לענין הפרה הכי נמי שלוחו של אדם כמותו לענין שאלה בבעלים, ולר' יאשיה כשם שאין השליח יכול להפר כך לענין שאלה בבעלים לא אמרינן שלוחו של אדם כמותו, עיין שם בתוס' שהקשו איך תליא זה בזה שאלה בבעלים בהפרה ע"ש בתוס' מה שתירצו בזה.

ב) ולולי דברי התוס' היה נראה לומר דהטעם דס"ל לר' יאשיה דלא אמרינן לענין הפרה שלוחו של אדם כמותו לאו מיתורא דקראי הוה כמו"ש התוס' אלא ממשמעותא דקרא דכתיב אישה יקימנו ואישה יפרט וס"ל לר' יאשיה דשלוחו של אדם כמותו לא אמרינן לענין מילי אפילו לבטל את הענין נמי לא אמרינן שלוחו כמותו וכיון דכתיב אישה יקימנו ואישה יפרט היינו דבעינן שהבעל יפר והבעל יקיים אבל איש מן השוק אינו יכול לא להפר ולא לקיים לכן אינו יכול לעשות שליח להפר דשליח נמי כאיש זר דמיא וכאדם מן השוק הוא דס"ל דמילי לא מימסרן לשליח כלל אפילו לסתור ולבטל ענין ור' יונתן ס"ל דשלוחו של אדם כמותו משום דס"ל לר' יונתן דלסתור ולבטל ולהפר שפיר אמרינן דשלוחו של אדם כמותו.

כ) **והנה** כשאומר אדם לשלוחו צא והשאל עם פרתי אם נאמר שהשואל פטור משום דשלוחו של אדם כמותו והוה כאלו המשאיל בעצמו השאיל את עצמו עם פרתו יש להקשות על זה איך מועיל השליחות כיון דקי"ל דגופו של השליח אינו כגוף המשלח אית לן לומר שלא יועיל אע"ג דכאן איכא עשה שהשליח עושה וא"כ יש לנו לומר דהוי כמו כל שליחות דעלמא, דמעשה השליח נחשב על המשלח או דהפעולה הרוחנית שפעלה מעשה השליח זהו נחשב על המשלח מ"מ יש לט לומר שלא יועיל ואינו דומה לשאר כל השליחות דעלמא דאמרינן דמעשיו שהשליח עושה נחשב על המשלח או דפעולה הרוחנית שפעלה המעשה זהו מחשבינן על המשלח דדוקא בעלמא אמרינן כן מפני שהשליח בעת שעושה את מעשיו החזקה או המשיכה או נתינת הגט וקידושין עושה הכל כדי שיקנה המשלח ועושה אותם בשביל המשלח לכן נחשב מעשיו על המשלח, אבל כאן באומר לשליח צא והשאל עם פרתי דמעשיו של השליח אינו עושה בשביל המשלח המשאיל אלא בשביל השואל הוא עושה לכן אין לחשוב מעשיו על המשלח שהרי אינו עושה מעשיו בשביל המשלח וכיון שאין שם שום מעשה בשביל המשלח א"כ מה דאמרינן שם שלומו של אדם כמותו הוא משום דגופו של השליח נעשה כמו גופו של המשלח שהוא המשאיל לכן נפטר השואל כיון דגוש של השליח הוא כמו גופו של המשלח א"כ הוה כאלו המשלח בעצמו השאיל עצמו אל השואל, וזה

ליכא למימר כמו שהארכנו בזה לעיל דליכא למימר שגופו של השליח יהא נחשב כגופו של המשלח א"כ תמוה אמאי מיקרי שאלה בבעלים כשאומר אדם לחבירו צא והשאל עם פרתי.

ג) **ואלמלי** היה בשכר עדיין יש מקום לומר דמשו"ה מועיל משום דמעשיו של השליח נחשבו כאלו המשלח עשה היינו שהשואל מחויב לשלם להמשאיל שכר פעולת השליח ומעשיו של השליח נחשבים שפיר על המשלח כאלו עשאם המשלח או דפעולה הרוחנית שיש בתוך מעשיו של השליח היינו שכרו זהו נחשב על המשלח כאלו המשלח עשאם, ואין זה מידי דממילא רק הוי כמו קנין חזקה או משיכה וגיטין וקידושין דאמרינן דמעשה השליח נחשבים על המשלח כיון שהמשלח מקבל שכר ע"י מעשה השליח.

ד) אבל כיון דכל שאלה היא בחנם דמשו"ה מיקרי שואל כל הנאה שלו משום דבחנם משאילו אבל אם היה משלם לו שכר לא היה מיקרי שואל רק שוכר, נמצא דמעשיו של השליח אינם פועלים שום דבר לצורך המשאיל שהוא המשלח א"כ תמוה אמאי תועיל שאילת השליח שתהא שאילה כיון דקי"ל לכולי עלמא דגופו של השליח אינו כגוף המשלח.

ה) **והנה** התוס' בב"מ ד' צ"ט ד"ה באומר הכישה במקל כתבו דהא דאמרינן לענין עבד דהאומר לעבדו צא והשאל עם פרתי דהוי שאילה בבעלים איירי כגון שנשאל הרב עם פרחו ושלח את העבד במקומו לכן הוי שאילה בבעלים כיון שהעבד עומד במקום הבעלים, ומדברי התוס' משמע דלענין שליח דהוי נמי שאילה בבעלים כשאומר לשלוחו צא והשאל עם פרתי איירי נמי בהאי גונא דמתחלה התנו שהבעלים ישאלו עצמן עם פרתן ואח"כ שלח שליח במקומו לכן הוי שאילה בבעלים כיון שהשליח עומד במקום הבעלים, אבל כשלא התנו מתחלה שהבעלים ישאלו עצמן עם פרתם רק שלח שליח עם פרתו לא הוי שאילה בבעלים דאי לאו הכי יקשה ממתניתין דתנן שלח ביד שלוחו של משאיל או ביד עבדו העברי השואל חייב ואמאי חייב יפטור השואל מטעם שאילה בבעלים למ"ד דבשליח נמי שייך דין שאלה בבעלים לכן צריך לומר ע"כ דשאלה בבעלים דשליחות לא הוי רק היכא דהתנו מתחלה שהמשאיל ישאול את עצמו ואח"כ שלח שלוחו אבל כששלח שלוחו מעיקרא לא הוי שאילה בבעלים, ונהי דלענין שליח לא שייך הטעם שכתבו התוס' לענין עבד כששאלו עבדו ופרתו ולא השאיל העבד במקום הבעלים דהוי כשאל שתי פרות דשליח אין גופו קנוי לרבו כעבד וכפרה מ"מ אינו מועיל גם בשליח כששאל פרתו ושלח שלוחו ולא התנה מתחלה שהבעלים ישאלו עצמן, ואדרבה שליח גרע מעבד, דהעבד ידו כיד רבו דמי ואפילו כשלא שאל את הבעלים

מתחלה ושלח העבד עם פרתו ע"כ העבד מכח הבעלים בא וכידם דמי ויש מקום לומר שיועיל ויהא קרוי שאילה בבעלים, לכן הוצרכו התוס' לומר דאפילו הכי אינו מועיל משום דהוי כמו שהשאילו שתי פרות אבל בשליח שאינו כיד הבעלים והוא בר חורין לעצמו פשיטא הוא דהיכא שלא התנו הבעלים מתחלה להשאיל את עצמן רק שלחו שלוחם בודאי לא הוי שאילה בבעלים כיון שאין השליח במקום הבעלים וגם ידו של השליח אינו כיד הבעלים לכן פשיטא דלא הוי שאילה בבעלים.

ו) **וכיון** שהבעלים חייבו את עצמן להשאל עם פרתם וע"י השליח ששלחו נפטרו הבעלים מהבטחתם לכן הוי שפיר שלוחם כמותם דנהי דגופו של השליח אינו כגוף המשלח וגם מעשיו של השליח אינם בשביל המשלח שהרי אינו עושה המעשים בשביל המשלח רק בשביל השואל עושה השליח את מלאכתו מ"מ אמרינן בזה שלוחו של אדם כמותו דבמעשיו של השליח נפטר המשלח מהבטחתו והוי שפיר מעשיו של השליח בשביל המשלח לפוטרו מהבטחתו, אבל אין זה רק מילי בעלמא כיון שהמשלח שהוא המשאיל אינו מקבל שום שכר רק בחנם הוא וגם פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום ואם המשאיל ירצה להפטר מחיובו יכול להפטר בלא מעשיו של השליח, רק בדברים בעלמא שיכול לחזור בו רק מפני שהמשלח אינו רוצה לחזור בו ורוצה לקיים דבריו לכן מעמיד הוא את השליח במקומו נמצא דמעשיו של השליח לא הוי רק מילי בעלמא מה שהשליח פוטר את המשלח מדבריו ומהבטחתו.

ז) **והנה** הש"ך בסימן ס"ו ס"ק קכ"ו כתב וז"ל והיינו טעמא דקרא דכשהבעלים עמו לא הוה ליה שומר עליו כלל אלא הוה ליה כאיניש דעלמא עכ"ל הש"ך אלמא דכח של בעלים עמו לבטל הוא היינו דכשהבעלים עמו במלאכתו נתבטל קנין השאלה והוי כאיניש דעלמא שאינו שומר כלל ונפטר אפילו בפשיעה לכן הוי שאילה בבעלים דומה ממש להפרת נדרים דכמו שהפרה באה לבטל את הנדר כך שאלה בבעלים באה לבטל את חיוב וקנין השאלה לכן ס"ל להגמ' דשאלה בבעלים תליא במחלוקת דר' יונתן ור' יאשיה דפליגי לענין הפרת נדרים דלר' יונתן דס"ל דמצי משוי שליח להפרה והוא משום דס"ל דנהי דמילי לא מימסרן לשליח היינו לקיים ענין ולבנותו הוא דאינו מועיל שליח דברים אבל לסתור את הנדר ולבטלו מועיל שפיר אפילו שליח של מילי כמו שכתבנו לעיל, א"כ לענין שאילה בבעלים נמי ס"ל לר' יונתן שיכול לעשות שליח לבטל את קנין השאלה ע"י שליח אע"ג דהשליח של שאלה בבעלים לא הוי רק מילי כמו שכתבנו לעיל מ"מ כיון שבא לסתור ולבטל את קנין השאלה מהני שפיר שליח של מילי, אבל לר' יאשיה דס"ל לענין הפרת נדרים שאין אדם יכול לעשות שליח להפר נדרי אשתו

אלמא דס"ל דמילי לא מימסרן לשליח כלל אפילו לענין לסתור ולבטל את הנדר א"כ לענין שאילה בבעלים נמי לא מיקרי שאילה בבעלים ע"י שליח כיון דהוי מילי ומילי לא מימסרן לשליח אע"ג דהוי לבטל ענין ולסותרו מ"מ אינו מועיל שליח מילי לר' יאשיה כמו שאינו מועיל שליח דברים לענין הפרה אע"ג דהוי נמי לבטל ולסתור.

ח) **ולפי** זה יכול להיות לענין שאלה בבעלים ושלח שלוחו באופן דלא היה בחנם רק בשכר כגון השולח שליח להשאל עם פרתו והמשלח מקבל שכר מלאכתו של השליח יוכל היות דכולי עלמא מודים דשלוחו של אדם כמותו דעד כאן לא קאמרינן לר' יאשיה דלענין שאלה בבעלים לא אמרינן שלוחו כמותו אלא היכא דבחנם היתה כמו כל שאלה דבחנם הוא דלא הוי רק מילי בעלמא אבל היכא ששכרו של המשלח הוא מודה גם ר' יאשיה דאמרינן שלוחו של אדם כמותו לענין שאלה בבעלים, ויוכל היות דאפילו הכי הוי מילי אע"ג שהמשלח מקבל שכר או שאר ריוח ממלאכתו של השליח אפילו הכי הוי מילי ולא מעשה כיון דעכ"פ מעשיו של השליח לאו בשביל המשלח הם כמו קנין חזקה ומשיכה וגיטין וקידושין דמעשיו של השליח בשביל המשלח הם לכן לא הוי מילי אבל כאן כיון דמעשה השליח לא בשביל המשלח הם לכן הוי מילי אע"ג דהמשלח משתכר ממלאכת השליח ומקבל אגרא מזה מ"מ הוי מילי כיון דעכ"פ מעשה השליח לא בשביל המשלח הם.

ט) **ומצאתי** להח"ס חלק חו"מ סימן קס"ח לענין שותפים שהבנים שלהם נתעסקו בעסק השותפות ואחד מאבותם פשעו בחפץ השותפות ונאבד החפץ וכתב וז"ל ועוד נראה לי דאפילו השליכו כל יהבה על בניהם מ"מ פטורין ואין זה בכלל אומר לשלוחו השאל לי עם פרתי דודאי מי שמשאיל עצמו עם פרתו ושוב שולח שליח במקומו ונתפייס בעה"ב בשלוחו של זה להיות במקומו בזה לא מיבעיא בש"ס אי שליחו כמותו או לא דאפילו אם בעליו עמו ממעט שלוחו דדוקא בעליו ממש קאמר מ"מ הא אישתעבד עצמו להשאל עם פרתו ושוב השתדל להמציא שליח במקומו וזה ההשתדלות להמציא שליח לא גרע מהשקיני מים אך איבעיא דגמ' כשלא נכנס כלל בשיעבוד להשואל אלא השאיל לו פרתו והשאיל אחר עם הפרה וכו' עכ"ל הח"ס. ודבריו תמוהין חדא דפשיטא ליה להח"ס דאיבעיא דהש"ס הוא כשלא נכנסו הבעלים בשיעבוד כלל אלא השאיל לו פרחו והשאיל אחר עם הפרה, והלא התוס' דף צ"ט שהבאנו לעיל כתבו להיפך לענין עבד דדוקא כשנשאל הרב עם פרתו ושלח את העבד במקומו לכן הוי שאילה בבעלים כיון שהעבד עומד במקום הבעלים אבל באופן אחר לא והוא איפכא ממה שכתב הח"ס.

ע) **ואין** לומר דס"ל להח"ס שיש חילוק בין עבד לשליח לענין זה אך זה אינו חדא דהוכחנו לעיל דשליח ג"כ לעבד דמיא לענין זה היינו דבאופן אחד איירו מבד ושליח וכמו דעבד איירי שנשתעבד האדון מתחלה ואח"כ בא העבד במקומו כן איירי בשליח שנשתעבד המשלח מתחלה ואח"כ בא השליח במקומו וכמו שהוכחנו לעיל ממתניתין דשלח ביד עבדו חייב והא הוי שאילה בבעלים, ועוד ממקומו הוא מוכרע דבחד גונא איירי עבד ושליח דהתם בב"מ דף צ"ו איתא אמר ליה רב עיליש לרבא האומר לעבדו צא והשאל עם פרתי מהו וכו' תיבעי למ"ד שליחו של אדם כמותו וכו' הני מילי שליח דבר מצוה הוא אבל עבד דלאו בר מצוה לא או דילמא אפילו למ"ד אין שלוחו של אדם כמותו הני מילי שליח אבל עבד יד עבד כיד רבו דמיא אמר ליה מסתברא יד עבד כיד רבו דמיא עכ"ל הגמ' אלמא דבחד גונא איירי עבד ושליח ואין במשמעות הגמ' לאוקמיה דעבד איירי דוקא כגון שהשאילו הבעלים א"ע מתחלה ונשתעבדו ואח"כ שלח העבד במקומו ובשליח איירי דוקא כגון שלא השאילו הבעלים א"ע מתחלה בודאי ליכא למימר כן בשום ענין ואופן לאוקמיה דאיירי בתרי גונא עבד ושליח, ועוד תימה דפשיטא ליה להח"ס דההשתדלות שמשתדל המשאיל להמציא אחר במקומו זהו לא גרע מהשקיני מים ומדברי התוס' הנ"ל מוכח בהדיא דלא אמרינן כן דאם כן כיון דבעבד איירי בזה שהבעלים נשתעבדו מתחילה והעבד בא במקומו א"כ למה לן לומר דבעבד מיקרי שאלה בבעלים משום דיד עבד כיד רבו דמיא תיפוק ליה משום דההשתדלות בזה לא גרע מהשקיני מים ועכ"פ היה לו להח"ס להביא את דברי התוס' האלה ולחלק אם יש לו לחלק בין עבד לשליח.

יא) **ובדברינו** שכתבנו לעיל יש מקום לקיים דברי הח"ס ולאו מטעמיה רק מטעם שכתבנו לעיל דמחלוקת ר' יאשיה ור' יונתן אינו אלא מטעם דמילי לא מימסרן לשליח וזה לא שייך רק במקום שאין המשלח משתכר במעשיו של השליח אבל במקום שהמשלח המשאיל משתכר במעשה השליח לא הוי מילי רק מעשה גמור ומימסרן לשליח א"כ בנידון הח"ס שהם שותפים והאבות המשלחים משתכרים במעשיהם של בניהם השלוחים א"כ לא הוי מילי רק מעשה גמור הוי כי פעולת המעשה נחשבת על המשלח לכן מהני שליח לענין שאלה בבעלים לכו"ע כיון דהוי מעשה ולא מילי.

פרק ט

א) **אגב** הנני להעיר בהאי ענינא על מרן הב"י ביו"ד לענין פסק הטור שפסק שאין יכולין לעשות שליח לא להקמה ולא להפרה כתב מרן הב"י וז"ל פלוגתא דר' יאשיה ור' יונתן וכו' וטעמא משום דכתיב אישה יקימנו ואישה יפרנו דמשמע הוא עצמו ולא שלוחו,

ומבעל נשמע לאב דהוא עצמו מיפר ולא שלוחו עד כאן לשונו מרן הבית יוסף ומשמע מדברי הב"י דר' יאשיה ור' יונתן לא פליגי בפירוש רק לענין הבעל אם יכול לעשות שליח להפרה או לא רק מהבעל נשמע להאב דהאב מיפר ולא שלוחו והוא תמוה דבפירוש איתא בספרי מחלוקת ר' יאשיה ור' יונתן שתי פעמים חדא לענין אב וחדא לענין בעל וז"ל הספרי בפ' מטות סימן י"ח כי הניא אביה אותה וכו' אמר לאפוטרופוס כל נדרים שתהא בתי נודרת מכאן ועד שאבא ממקום פלוני הפר לה והפר לה יכול יהיו מופרים ת"ל הניא אביה אם הפר אביה מופר ואם לאו אינו מופר דברי ר' יאשיה ר' יונתן אומר מצינו בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו עכ"ל הספרי בפ' מטות סימן י"ח, ושם בספרי סימן כ"ו איתא אמר לאפוטרופוס כל נדרים שתהא אשתי נודרת מכאן ועד שאבוא ממקום פלוני הפר לה והפר לה שומעני יהא מופר ת"ל אישה הפרם אם הפר הבעל מופר ואם לאו אינו מופר דברי ר' יאשיה ר' יונתן אימר מצינו בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו עכ"ל הספרי שם סימן כ"ו אלמא דבפירוש נחלקו ר' יאשיה ור' יונתן בין באב בין בבעל ואין צורך ללמוד אב מבעל.

ב) **ומלשון** הספרי הנ"ל משמע קצת כמו שכתבנו דלאו מיתורא דקרא יליף ר' יאשיה שאין השליח יכול להפר רק ממשמעותא דקרא שהרי בספרי כאן לא הוזכר הלשין כמו דאיתא בגמ' אישה יקימנו ואישה יפרנו רק אישה הפרס וכן לגבי אב לא הוזכר בספרי רק כי הניא אביה אותה ולא הוזכר שום כפל לשון לא בהפרת האב ולא בהפרת הבעל א"כ משמע דלאו מיתורא דקרא קדריש למעט שליח רק ממשמעותא דקרא דמשמע שאיש זר מן השוק אינו יכול להפר רק האב או הבעל ומסברא ידעינן שאין השליח בכלל אב או בכלל בעל ולא אמרינן בזה שלוחו של אדם כמותו משום דמילי לא מימסרן לשליח אע"פ שהוא לבטל ענין ופליג על ר' יונתן דס"ל ואמר דמצינו בכל התורה כולה ששלוחו של אדם כמותו ונמצא שהשליח הוא בכלל אב או בעל ור' יאשיה לית ליה כן מסברא ובסברא הוא דפליגי ר' יאשיה ור' יונתן ולא בקראי דכאן ליכא שום יתור קראי למעט שליח.

ג) **ולכאורה** יש להקשות על דברינו שכתבנו בטעם מרן הב"י שחילק בין הפקר לביטול חמץ דהפקר אינו מועיל ע"י שליח וביטול חמץ מהני ע"י שליח אע"ג דהוי מילי ומילי לא מימסרן לשליח מ"מ מהני ביטול חמץ ע"י שליח משום דדוקא לקיים ענין הוא דאינו מועיל שליח של דברים אבל לבטל ענין ולסתור אותו שפיר מהני שליח של מילי וכתבנו דהפרת נדרים מקרי ג"כ לסתור ענין ולבטלו א"כ תימה אמאי פסק מרן הב"י בשו"ע או"ח סימן תל"ד שיוכל לבטל ע"י שליח וביו"ד סימן רל"ד פסק מרן בשו"ע שאינו יכול

להפר ע"י שליח מאי שנא הפרת נדרים מביטול חמץ דתרווייהו מילי נינהו ותרווייהו לסתור ולבטל נינהו מ"ש דלענין ביטול מצי משוי שליח ולענין הפרת נדרים לא מצי משוי שליח.

ד) **ונראה** דמשו"ה פסק מרן בשו"ע דיש לבטל חמץ ע"י שליח הוא משום שסמך על טעם הראשון שכתב בב"י סימן תל"ד דכיון דחמץ אינו ברשותו של אדם אלא שעשאו הכתוב כאלו הוא ברשותו לכן בגילוי דעתו דלא ניחא דליהוי זכותיה בגוויה כלל סגי, והיינו דס"ל למרן הב"י לדינא דבביטול חמץ לא בעינן שליחות כלל רק בגילוי דעתא סגי וטעם הב' לא כתב מרן הב"י אלא לרווחא דמילתא היינו דאף אם נאמר דבעינן שליחות בביטול חמץ מ"מ מהני ע"י שליח משום דהוי לבטל ולסתור ולר' יונתן מצי משוי שליח להפרת נדרים משום דהוי לבטל ולסתור ויש הרבה פוסקים דמספקא להו אם הלכה כר' יאשיה או כר' יונתן, ועוד דמרן הב"י ס"ל דטעמו של ר' יאשיה דס"ל דלא מצי משוי שליח להפרה הוא משום גזירת הכתוב דכתיב אישה יקימנו ואישה יפרנו אבל בלא קרא כו"ע מודים לר' יונתן דמצי משוי שליח במילי לסתור ענין ולבטלו א"כ בחמץ בפסח דליכא קראי מודים כו"ע שיכול לעשות שליח לבטל חמץ אע"ג דהוי מילי ומילי לא מימסרן לשליח מ"מ כיון דהוי לסתור ולבטל מצי משוי שליח.

פרק י

א) **והנה** על דברי מהרי"ט והמפרשים דס"ל דמילי לא מימסרן לשליח הוא אפילו בשליח א' מהמשלח ולאו דוקא משליח א' לשני הקשו האחרונים על זה מהא דאיתא בשבועות ד' ל"ה לענין שבועת העדות ת"ר שלח ביד עבדו או שאמר הנתבע משביעני עליכם שאם אתם יודעים לו עדות שתבואו ותעידוהו יכול יהו חייבים ת"ל אם לוא יגיד ונשא עונו מאי תלמודא אמר ר"א אם לוא יגיד כתיב אם לו לא יגיד ונשא עונו ואם לאחר לא יגיד פטור עכ"ל הגמ', ואם נימא דמילי לא מימסרן לשליח א' מהמשלח א"כ למאי צריך קרא למעט עבדו כיון דמילי לא מימסרן לשליח ואין לומר דעבד שאני ובעבד הוה אמינא דמהני אפילו במילי והלא בספרא ויקרא ה' אות רצ"ה איתא שלח ביד עבדו ביד בנו ביד שלוחו או שאמר להם הנתבע וכו' יכול יהא חייבים ת"ל ושמעה קול אלה עכ"ל הספרא אלמא דשליח ג"כ ממעטינן מקרא ואמאי צריך קרא למעט שליח כיון דמילי לא מימסרן לשליח א' אפילו מהמשלח.

ב) **ונראה** לתרץ דלא שנוך לומר שנדע מסברא בלא קרא למעט שליח משום מילי אלא היכא דידעינן מתחלה מי שצריך לעשות המעשה כגון גבי הפרה דכתיב אישה יקימנו ואישה יפרט או דכתיב והניא אביה אותה הרי ידעינן מתחלה כי להבעל או להאב ניתנה

כח ורשות של ההקמה וההפרה או גבי כתיבת הגט ונתינת הגט דכתיב וכתב לה וכו' ונתן בידה ועל הבעל קאי לכן אם נבוא לומר שיהא בכחם לעשות שליח אז אמרינן כיון דהפרה והקמה מילי הויין לכן לא מימסרן לשליח דכיון דזה ידעינן מתחלה דדוקא האב והבעל יש בכחם להפר ולקיים ולא איש זר מן השוק א"כ כשנאמר שיש בכחם לעשות שליח הוא מטעם דכיון דשלוחו של אדם כמותו לכן הוה הפרת השליח כמו הפרת הבעל והאב לכן אמרינן כיון דמילי לא מימסרן לשליח א"כ לא הוי השליח כמו הבעל והאב ואינן כמותו.

אבל לענין שבועות העדים כיון דכתיב ושמעה קול אלה והוא עד או ראה או ידע וכו' ואינו מפורש בקרא ממי ישמע העד אם צריך דוקא שישמע מפי התובע או סגי שישמע מאיש אחר מן השוק לכן אשמעינן קרא דבעינן שישמע דוקא מפי התובע וממילא ידעינן דאם שלח ביד שלוחו שאינו מועיל משום דמילי לא מימסרן לשליח.

ג) **תדע** שכן הוא דעיקר קרא לא אשמעינן רק דבעינן שישמעו העדים מפי התובע ולא למעט שליח אתא קרא רק מסברא ידעינן דבזה לא אמרינן שלוחו של אדם כמותו משום דהוי מילי ולא מימסרן לשליח, דאם נימא איפכא דזה ידעינן דבעינן שישמעו מפי התובע אבל אם לא שמעו רק מאיש זר ומאדם מן השוק זהו ידעינן שאין העדים חייבים בשבועת העדות ומה שצריך קרא למעט כששלח ביד עבדו או ביד שלוחו הוא כדי שלא נאמר כיון דשלוחו של אדם כמותו א"כ הוה כאלו שמעו מפי התובע משום דמילי מימסרן לשליח אם נימא כן אמאי תני בברייתא בגמ' ובספרי הנ"ל או שאמר להם הנתבע משביעני עליכם שאם אתם יודעים לו עדות שתבואו ותעידוהו יכול יהו חייבים ת"ל וכו' והלא תימה הוא איך יעלה על הדעת לחייב את העדים ע"י תביעת הנתבע כשלא שלחו התובע כיון דבעינן שישמעו מפי התובע והא תינח בשליח ובעבד של התובע יש מקום לטעות ולומר דאע"ג דבעינן שישמעו העדים מפי התובע מ"מ כיון דשלוחו של אדם כמותו מקרי שפיר מפי התובע אבל איך יעלה על הדעת לחייב את העדים כשלא שמעו לא מפי התובע ולא מפי שלוחו ועבדו רק מפי הנתבע שמעו אמאי יחייבו העדים, אלא ודאי כדאמרן דקרא לא בא למעט רק כשלא שמעו מפי התובע הוא פטור משום דבלאו קרא לא ידעינן דניבעי שומע מפי התובע ויכול להיות דאפילו אם שמעו מאדם מן השוק ג"כ יתחייבו כדכתיב ושמע קול אלה ולא נאמר בקרא ממי ישמע לכן ילפינן מדכתיב אם לוא יגיד ונשא עונו דמשמע אם לו לא יגיד חייבים אבל אם לאחר לא יגיד פטור הרי ידעינן דכששמעו מפי הנתבע פטור וכן כששמעו מפי השליח פטור משום דמילי לא מימסרן לשליח וזה ידעינן מסברא דמילי לא מימסרן לשליח

ד) **נמצא** דמהגמרא דשבועות הנ"ל ראיה ברורה היא דמילי לא מימסרן לשליח אפילו בשליח א' נמי וכשיטת מהרי"ט הנ"ל וסיעתו דאם נימא דמילי לא מימסרן לשליח לא אמרינן רק משליח ראשון לשליח שני אבל מהמשלח להשליח אמרינן שפיר מילי מימסרן לשליח א"כ יקשה מנא לן למעט עבדו ושלוחו כיון דמקרא לא ילפינן רק דבעינן שישמעו מפי התובע א"כ יש לנו לומר שאם שלח ביד שלוחו חייב כמו בכל התורה כולה דקי"ל שלוחו של אדם כמותו א"כ גם כאן יתחייבו העדים כששלח ביד שלוחו דזה מקרי שפיר ששמעו מפי התובע כיון דשלוחו של אדם כמותו אלא ודאי כדאמרן דכיון דמילי לא מימסרן לשליח לכן ידעינן מסברא דשלוחו של התובע לא מיקרי מפי התובע כיון דאין שלוחו כמותו לענין מילי, וכן מההיא דתורת כהנים פרשת מצורע סימן ע"ח יש ג"כ להביא ראיה כנ"ל דמילי לא מימסרן לשליח אפילו בשליח א' מהמשלח דאיתא התם ובא אשר לו הבית שלא ישלח ביד שליח יכול אפילו זקן או חולה ת"ל ובא עכ"ל התו"כ ומשמע דליכא רק חד קרא להודיענו שצריך שיבוא האיש אשר לו הבית ואיש זר מן השוק לא יבא לאמר לכהן כנגע נראה לפלוני בבית א"כ תימה מנלן למעט שליח דילמא השליח הוא כמו הבעל הבית דשלוחו של אדם כמותו ודוקא איש מן השוק שאינו שליח לא יבוא אבל שליח אמאי לא כיון דשלוחו של אדם כמותו אלא ודאי משום דמילי לא מימסרן לשליח לכן ידעינן מסברא דשליח אינו כמותו.

ה) **ראיתי** מקשים על דברי מהרי"ט מהא דאיתא ביבמות ד' מ"ד וד' ק"א וקראו לו זקני עירו ולא שלוחם ודברו אליו מלמד שמשיאין לו עצה ההוגנת לו עכ"ל הגמ' ואם נימא דמילי לא מימסרן לשליח אפילו בשליח א' מהמשלח למה לן קרא למעט שליח לענין קריאה היינו שב"ד בעצמם יקראו לו ולא שלוחם והלא כיון דמילי לא מימסרן לשליח ממילא ידעינן שאי אפשר לקיים הקריאה ע"י שליח רק שהב"ד בעצמם יקראו לא ולא שלוחם.

ו) ונראה לתרץ דהנה במו"ק ד' ט"ז ילפינן שהב"ד שולחים שלוחם לקרות לבעלי דינים ואין ב"ד הולכים בעצמם אצל הבעל דינים לקרות להם דהכי איתא התם במו"ק אמר רבא מנלן דמשדרין שלוחא דבי דינא ומזמנינן ליה לדינא, דכתיב וישלח משה לקרא לדתן ולאבירם בני אליאב וכו' א"כ הוה אמינא דקריאת ב"ד לענין חליצה יהא ככל קריאות ב"ד ע"י שליח ולא ע"י עצמם לכן כתב קרא וקרא לו דבעינן דוקא שיקראו לו בעצמם ולא ע"י שלוחם.

פרק יא

א) והנה מרן המחבר באה"ע סימן קמ"א סע' מ"ג הביא שתי דיעות אם שליח לקבלה יכול למנות שליח שני וז"ל שליח קבלה אינו יכול למנות שליח ואפילו נאנס ואפילו נתנה לו רשות למנות שליח משום דהוה ליה מילי ומילי לא מימסרן לשליח ויש מתירין אם נתנה לו רשות למנות שליח עכ"ל המחבר, ולכאורא יש להקשות על האי דעה דס"ל שהשליח לקבלה וכל לעשות שליח אחר והלא הוה ליה מילי ומילי לא מימסרן לשליח ויש לומר דהאי דעה ס"ל דאומר אמרו הוי מינוי שליחות שלא בפניו והיינו שהשליח השני נתמנה ג"כ מפי האשה שנתנה רשות לשליח א' למנות שליח ב' ולא הוי מילי וכמו שכתבנו לעיל בשם הרמב"ן וסיעתו דס"ל דאפילו אומר אמרו סתם ולא אמר להם אמרו לפלוני ג"כ הוי מינוי שליחות שלא בפניו ולא הוי מילי א"כ כיון שנתנה לו רשות לעשות שליח בפירוש הוי אומר אמרו והאשה מינתה גם השליח השני ולא נתמנה השני מן השליח הראשון רק שניהם נתמנו מפי האשה לכן לא הוי מילי.

ב) **וכן** משמע מדברי הטור כאן סימן קמ"א שכתב וז"ל וגם מה שכתב שאפילו אם נתנה רשות לשליח קבלה לעשות שליח אחר אינו יכול משום דמילי לא מימסרן לשליח לא נהירא דלא אמרינן מילי לא מימסרן לשליח אלא כשמוסר לו דבר לעשותו אינו יכול למוסרו לאחר וכו' אבל כשאמר לו בהדיא לומר לאחר לחותמו יכול לעשותו כדאמרינן לקמן באומר לשנים אמרו לפלוני דכתוב לפלוני ולפלוני ויחתמו דלא הוי מילי עיין בדרישה ובשאר דברי מרן המחבר בסימן קמ"א.

ג) **והדעה** הראשונה שמביא מרן המחבר דס"ל דשליח קבלה אינו יכול לעשות שליח אחר אפילו כשנתנה לו רשות לעשות שליח אחר יוכל היות דס"ל כדעת החולקים על הרמב"ן דלא מיקרי מינוי שליחות שלא בפניו אפילו כשאומר אמרו לפלוני ויכתוב לפלוני יחתום ומכ"ש כשאומר אמרו סתם ולא אמר לפלוני בודאי הר מילי ולא הוי מינוי שליחות שלא בפניו לכן אינו מועיל, ואם נפרש כן את דברי מרן המחבר יצא לנו מזה דכולי עלמא ס"ל דשליח קבלה כשעושה שליח אחר הוה מילי ולא מימסרן דדוקא שליח להולכה יוכל לעשות שליח אחר משום שיש בידו הגט ומוסר אותו ליד השליח השני והוי מעשה ולא מילי אבל שליח קבלה כשעושה שליח אחר שאינו מוסר לידו מאומה ולא הוי מעשה רק מילי לכן לא מימסרן לשליח לכולי עלמא דאפילו הדעה השניה דס"ל דשליח קבלה יוכל לעשות שליח אחר אין הטעם, משום דס"ל דמילי כהאי גונא מימסרן לשליח אלא הטעם הוא משום דהוי מינוי שליחות שלא בפניו ועיין סימן ל"ו ס"ה באה"ע ויש לפרש ג"כ דבריו כמו בסימן קמ"א הנ"ל.

ד) **אך** המעיין בטור סימן קמ"א ד"ה שאלה לגאון אשה עשתה שליח לקבל ובדברי מרן הבית יוסף להלן שמביא שו"ת הרשב"ץ יראה בהדיא דאיכא הרבה פוסקים דס"ל דשליח לקבלה הוא יכול למנות שליח אחר ולאו מטעם מינוי שליחות שלא בפניו דהיינו שהאשה מינתה גם השליח השני שלא בפניו ולא השליח מינה אותו אלא משמע דהשליח קבלה הראשון יוכל למנות שליח ב', וז"ל הרשב"ץ שם שמביאו ב"י ולע"ד אני אומר דלא גרעה אשה שאמרה התקבל לי גיטי מאשה שאמרה התקבלי לי קידושי מיד פלוני וכשם שהיא יכולה למנות שליח לקבל קידושיה והשליח שליח מדרשת ושלח ושלחה כדאיתא בפ"ב דקידושין (מ"א) הכי נמי יכולה למנות שליח לקבל גיטה והשליח שליח דכולהו מדרשת דחד קרא נפקי ואיתקיש הויה ליציאה כדאיתא התם ומאחר שהרמב"ם והעיטור והאחרונים מסכימים להתיר ראוי לסמוך עליהם אפילו לא היתה לנו ראיה כל שכן שראיה מבוארת היא לסמוך עליה עכ"ל הרשב"ץ, אלמא דס"ל בפשיטות דשליח קבלה יכול למנות שליח אחר אפילו בלא אומר אמרו רק מגזרת הכתוב דושלח ושלחה שהשליח עושה שליח, והדבר צריך ביאור מ"ש מגיטין דקי"ל שאינן יכולים לומר לסופר כתוב ולעדים חתמו משום דהוי מילי ולא מימסרן לשליח ולכולי עלמא קי"ל דהגט בטל כדאיתא בשו"ע אה"ע (סימן ק"ך) ומ"ש דשליח קבלה של קידושין וגיטין יכולים לעשות שליח והלא לכאורא שוים הם.

ה) **וז"ל** המרדכי סוף פרק התקבל סימן ת"כ מילי נינהו ומילי לא מימסרן לשליח הקשה הר"ב ז"ל פ"ב דקידושין בספר החכמה והא אמרינן ושלח ושלחה מלמד שהשליח עושה שליח ואין זה כ"א מילי והיכי משוי שליח ויש מפרשים דקבלת גירושין הגט או קידושין הוי מעשה גמור וממורי הכהן קבלתי כל היכא שאין הדבר נגמר ע"פ השליח חשיב מילי ולא מימסר לשליח אבל קבלת הגט זהו גמר דבר אבל הכתיבה שאמר לעדים חשיב מילי משום שאין הדבר נגמר עד נתינת הגט ואע"ג דהם שלוחים על הכל מ"מ שליחות הכתיבה מילי נינהו עכ"ל המרדכי, היוצא מדברי המרדכי הנ"ל דשליח קבלה כשעושה שליח אחר לא מיקרי מילי רק מעשה גמור משום דקבלת הגט והקידושין הוי גמר הדבר שהאשה מתקדשת או מגורשת בו משא"כ כתיבת הגט הוי מילי משום שאין הדבר נגמר בכתיבה עד נתינת הגט לכן הכתיבה הוי מילי.

ו) **ועל** דברי המרדכי יש להקשות כיון דכתיבה לא מיקרי מעשה א"כ יש לנו לומר שלא יוכלו לעשות אפילו שליח א' והבעל לא יוכל לומר לסופר כתוב ולעדם חתומו לפי הקידושין דאע"פ דבשעה שהשליח ראשון עושה שליח שני לא עשה שום מעשה רק דבור לבד מ"מ כיון שהשליח הראשון נתמנה לעשות מעשה היינו קבלת הגט והקידושין

וגם עושה שליח שני לעשות מעשה קבלת הגט והקידושין לכן יכול לעשות שליח אע"ג שהשליח הראשון אינו עושה שום מעשה בזה שממנה שליח שני שהרי בדבורו לבד ממנה אותו מ"מ לא מיקרי מילי כיון שהקבלת הגט והקידושין שהשליח הראשין נתמנה וממנה שליח שני זהו מיקרי מעשה לכן יכול לעשות שליח שני, א"כ בכתיבת הגט נמי נימא הכי כשיש להעדים רשות לכתוב הגט אם נימא האתיבת הגט מיקרי מעשה יהא להם רשות לומר לסופר לכתוב שהרי הם נתמנו לעשות מעשה ואומרים לסופר גם כן שיעשה מעשה, ואם נימא דכתיבת הגט לא מיקרי מעשה לכן לא נתמנו העדים לעשות מעשה וגם כשאומרים לסופר ויכתוב גם כן לא הוי מעשה רק הוה כמו שאומרים שישבע או יקבל נזירות דהוי מילי ולא מימסרן לשליח, א"כ תמוה לשיטת מהרי"ט דס"ל דאפילו שליח אחר ג"כ לא יוכלו למנות במילי איך יכול הבעל לומר לסופר כתוב.

ז) **ויש** לתרץ בזה דהמרדכי לא ס"ל כשיטת מהרי"ט דאפילו בשליח ראשון מהמשלח ג"כ אמרינן מילי לא מימסרן לשליח ויוכל היות דס"ל כשיטת הפוסקים דס"ל שאדם יכול למנות שליח שישבע בעדו ויקבל נזירות בעדו אע"ג דהוי מילי ולא מימסרן לשליח היינו דוקא השליח הראשון אינו יכול למנות שליח ב' אבל המשלח בעצמו יכול שפיר למנות שליח של דברים לכן אע"ג דכתיבת הגט הוי מילי מ"מ הבעל בעצמו יכול לעשות שליח לכתוב הגט דדוקא משליח א' לשליח ב' אמרינן מילי לא מימסרן לשליח אבל מהמשלח לשליח שפיר יכול למנות שליח של מילי לכן בכתיבת הגט הבעל בעצמו יוכל לומר לסופר כתוב אבל העדים לא יוכלו לומר לסופר כתוב משום דהוי משליח א' לשליח ב' ומילי לא מימסרן לשליח. עיין לקמן פ' י"ג שתירצנו בס"ד עוד תירוץ אחר על הקושיא הנ"ל.

ח) **עיין** קצוה"ח סימן רמ"ד דהחתימה ג"כ הוי מילי ע"ש והוא פשוט בדברי הגמ' והפוסקים דכתיבה וחתימה שוים בזה וכשאמר לסופר כתוב או לעדים לחתום הגט בטל. ויש לומר הטעם בזה אע"ג דהחתימה הוי גמר מעשה הגט כי בזה נגמר מעשה הגט והתוס' בפ' השולח רוצים לומר דאפילו אם ביטל בפירוש את הגט אינו מועיל משום דהגט הוי גמר מעשה ולא אתי דבור ומבטל מעשה, וא"כ יש מקום לומר גם לענין מסירה לשליח דחתימת הגט הוה גמר מעשה הגט ולא מיקרי מילי רק כתיבת הגט משום שעדיין לא נגמר מעשה הגט אבל החתימה מיקרי שפיר מעשה ולא מילי ומימסרך לשליח, מ"מ יש לומר דמשו"ה מיקרי החתימה מילי משום דכיון דהחתימה לבדה בלא כתיבה לאו כלום היא רק שניהם ביחד הכתיבה והחתימה נעשו מעשה אחד אבל כל חדא וחדא באפי נפשיה לאו כלום היא לכן לא מיקרי גם החתימה מעשה

רק מילי אע"ג דעשאו שליח על הכתיבה ועל החתימה מ"מ כיון דכל אחד ואחד בפני עצמו לאו מעשה הוא לכן מיקרי גם החתימה מילי ולא מעשה, וכן היא פשטות לשון הברייתא גיטין דף ס"ו הרי זה גט בטל עד שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתומו אלמא דבין בכתיבה ובין בחתימה הגט בטל כשלא שמעו את קולו של הבעל עיין ב"ש סימן קכ"ג ס"ק א' דאתיא כמ"ד בעינן כתיבה לשמה וחתימה לשמה והוא כר' יהודא.

פרק יב

א) **ובדברינו** שכתבנו יש לבאר את דברי העטרת זקנים באו"ח סוף סימן תל"ד שכתב לענין ביטול חמץ ע"י שליח שכתב מרן המחבר שלוחו יכול לבטל וכתב העט"ז על זה וז"ל ויש אומרים שאין השליח יכול לבטל ובכן אין להקל ועכ"פ האשה אין לעשות שליח לבטל החמץ כי אצלה גבי הפרה מיעטה התורה שאין שלוחו כמותו משום דכתיב אישה יקימנו כנ"ל עכ"ל העטרת זקנים שם, ודבריו תמוהים מאוד איזה שייכות יש לה האי מיעוטא דמיעטה התורה גבי הפרה דהשליח אינו יכול להפר להאי מילתא דביטול חמץ ע"י שליח והלא קי"ל בכל מקום שלוחו של אדם כמותו רק לענין הפרה דמיעטה רחמנא אישה יקימנו ואישה יפרנו אבל לא לענין אחר ומאי שייכות יש לביטול חמץ ע"י שליח להפרה ע"י שליח ואם ביטול חמץ ע"י שליח דמיא להפרה ע"י שליח מאי נפקא מינה אם האיש עושה שליח או האשה שכתב העט"ז דאשה בודאי לא תעשה שליח לבטל החמץ דמשמע דמיגרע גרע השליחות דאשה משליחות דאיש והוא תמוה, ועיין שדי חמד אסיפת דינים מערכת חמץ סימן ה' אות כ"ז שהביא בשם כמה אחרונים שתמהו ודחקו מאוד ליישב דברי העט"ז האלה.

ב) ובדברינו הנ"ל יש לפרש דבריו באופן זה דס"ל להעט"ז אם מהני ביטול חמץ ע"י שליח או לא תליא אם מילי מימסרן לשליח א' מהמשלח או לא דלשיטת מהרי"ש וסיעתו דס"ל מילי לא מימסרן לשליח א' מהמשלח לא יכול לעשות שליח גם לענין ביטול חמץ ולשיטת האומרים דמילי לא מימסרן לשליח לא אמרינן רק משליח א' לשני אבל מהמשלח לשליח א' אמרינן שפיר מילי מימסרן לשליח א"כ לענין ביטול חמץ נמי יכול לעשות שליח דביטול חמץ הוי נמי מילי כמו הפקר ושאר דברים הדומים להם דהוי מילי ויש מקום לומר דביטול חמץ וכן הפקר לא הוי מילי כיון דבדבריו נגמר המעשה כמו תרומה והקדש שיכול לעשות שליח משום דבדבורו נעשית מעשה לא הוי מילי ואדרבה כתיבת הגט וחתימתו של הגט הוי מילי אע"ג דמעשה גמור היה שם דהיינו הכתיבה והחתימה מ"מ מיקרי מילי משום שלא נגמר שום דבר ע"י כתיבת הגט וע"י חתימתו כמו שכתבנו לעיל בשם המרדכי.

ג) **ולפי** זה יש מקום לומר דגם שבועות ונזירות לא מיקרי מילי לשיטה זו משום שנגמר הדבר ע"י דבורו הוי מעשה ובאמת יש הרבה פוסקים דס"ל דמצי משוי שליח לענין שבועות ונדרים עיין פסקי מהרא"י סימן רנ"ד ושבילי דוד בקונטרס הכללים סימן כ"א אות י"א ועיין שדי חמד באסיפת דינים מערכת חמץ ומצה סימן ה' אות כ"ז ובשדי חמד בכללים מערכת ה' אות צ"ג ע"ש.

ד) **וכן** לענין הפרה ושאלה בבעלים דמשמע מגמ' ב"מ דף צ"ו דתליא זה בזה והתוס' הקשו איך תליא זה בזה הפרה ושאלה בבעלים והלא בכל התורה קי"ל שלוחו של אדם כמותו רק לענין הפרה דאיכא קרא למעט וגבי שאלה בבעלים דליכא קרא יש לנו לומר דשלוחו של אדם כמותו, יש לומר בזה דגם לענין הפרה למאן דס"ל דלא מצי משוי שליח אינו מטעם גזרת הכתוב רק מסברא ידעינן דלא מצי לעשות שליח להפרה משום דבאמת ההפרה בפני עצמה בלאו הנדר לאו כלום היא רק כשיש עמו נדר ושניהם דבר אחד הם לכן הוי מילי ולא מימסרן לשליח כמו הכלל שכתבנו לעיל בשם המרדכי דכיון שלא נגמר הגט ע"י חתימה לבדה רק בהצטרפות הכתיבה לכן הוי מילי א"כ כאן נמי כיון שההפרה בפני עצמה לאו כלום רק כשיש עמו נדר לכן הוי מילי וכן לענין שאלה בבעלים כיון דשאלה בבעלים אינן מועילים רק כשיש שאלה אז מבטלים מה שהוא בבעלים את השאלה אבל בלא חיוב השאלה בבעלים בפני עצמה לאו כלום היא לכן לא הוי גמר דבר והוי מילי ולא מימסרן לשליח.

ה) **ולפי**"ז יש חילוק בביטול חמץ ובהפקר בין איש שמבטל חמצו או מפקירו לבין אשה שמבטלת החמץ דהאיש כיון שבדעתו תליא מילתא ואינו צריך לדעת אחרים ולהסכמתו לכן לא הוי מילי כיון שבדבורו נעשה מעשה ונתבטל החמץ, משא"כ אשה שיש לה בעל ובלא הסכמת בעלה אינו מועיל מה שהיא מבטלת רק משום דאמרינן דזכות הוא לו לבעלה לכן יכולה לעשות שלית אבל כיון דעכ"פ לא נגמר הדבר ע"י דבורה לכן הוי מילי ולא מימסרן לשליח.

ו) **וזהו** ביאור דברי העט"ז הנ"ל שכתב ויש אומרים שאין השליח יכול לבטל ובכן אין להקל עכ"ל פירוש דיש אומרים שאין השליח יכול לבטל משום דהוה מילי ולא מימסרן לשליח והוא כשיטת המהרי"ט הנ"ל דס"ל דהא דאמרינן מילי לא מימסרן לשליח הוא אפילו מהמשלח לשליח א' נמי והפקר נמי מיקרי מילי כמו"ש הב"י בשם הר"ן, וסיים וז"ל ועכ"פ האשה אין לעשות שליח לבטל החמץ כי אצלה גבי הפרה מיעטה התורה שאין שלוחו כמותו משום דכתיב אישה יקימנו עכ"ל פירוש דאף אם נימא דביטול חמץ לא מיקרי מילי משום דבדבורו נגמר המעשה והוי כמו תרומה והקדש דלא מיקרי מילי

משום דע"י דבורם איתעבדא מעשה התרומה וההקדש, א"כ בביטול חמץ נמי אם נימא דהוי מעשה ולא מילי ויכול לעשות שליח, מ"מ היינו דוקא האיש דע"פ דבורו נעשה מעשה אבל האשה אין עשות שליח לבטל חמץ משום דהחמץ לאו דידה וצריכה לדעת בעלה ולהסכמתו וכיון דע"י דבורה לא עמר הביטול לכן הוי מילי ולא מעשה דדמיא להפרת נדרים שאין שלוחו כמותו משום דהוי מילי מפני שאין בהפרה שום כח בפני עצמו רק יחד עם הנדר לכן הוי מילי ולא מימסרן לשליח, לכן אין האשה יכולה לעשות שליח לבטל חמץ משום דהוי כמו הפרה שאינו יכול לעשות שליח להפר נדרי אשתו.

ז) **ומה** שסיים העט"ז משום דכתיב אשה יקימנו אין הפירוש דמשום האי קרא ילפינן דאינו יכול לעשות שליח להפר נדרי אשתו דהרי לאו מהאי קרא ילפינן דמילי לא מימסרן לשליח רק מדלא כתיב שליחות רק לענין מעשה כמו גיטין וקידושין ותרומה אבל בדברים ליכא שליחות כמו שכתבנו לעיל בשם הח"ס ושאר אחרונים.

אלא הכי פירושה דמשום דכתיב אישה יקימנו ילפינן מזה דדוקא הבעל מצי מיפר אבל איש זר ואדם מן השוק אינן יכולים להפר וכיון דלהבעל לבד זכי רחמנא בהפרת נדרי אשתו מדכתיב אישה יקימנו ולא לאיש זר אתו ממילא אין השליח יכול להפר דמילי לא מימסרן לשליח. ח) **ואין** להקשות על דברינו שאמרנו דמשו"ה מיקרי הפרה מילי ולא מעשה משום דאי לא נדרה לא היה הפרה לכן לא מיקרי ההפרה דבר שלם וחשוב בפני עצמו ולא הוי רק מילי א"כ גבי נתינת הגט נמי נימא הכי דלאו מעשה הוא רק מילי דאי לאו הקידושין לא היה הגט א"כ לא נקרא הגט דבר שלם וחשוב בפני עצמו ואית לן לומר גם בנתינת הגט דמילי לא מימסרן לשליח אפילו בשליח א' מיד הבעל ומכ"ש משליח א' לשליח ב', בכל זאת נראה דלא דמיין אהדדי דבגיטין מקרי שפיר מעשה שהרי לאחר שנתגרשה אסורה וגם אסורה לקרוביו שהרי אסורה באמה ובבתה ובאחותה ובשאר קרובים לאחר הגירושין כמו קודם הגירושין, א"כ הגירושין מיקרי שפיר מעשה ולא מילי אבל בנדרים לאחר שהפר הבעל הרי היא מכאן ולהבא כאלו לא נדרה כלל ולא נקראת אשה מופרת כמו שנקראת אשה מגורשת נמצא שההפרה איננה מעשה ולא באת רק לשעה א' לבטל את הנדר וכיון הבטלה אותו הרי נתבטלו שניהם ביחד ההפרה והנדר ואינם עוד בעולם, משו"ה לא מיקרי מעשה רק מילי בעלמא משא"כ בגירושין שהגירושין לעולם קיימים ואסורה לכהן לכן מיקרי מעשה שלם וחשוב בפני עצמו ולא מילי ומימסרן לשליח.

פרק יג

א) **עוד** יש לתרץ על הקושיא הנ"ל שהקשינו על דברי המרדכי דס"ל דכתיבת הגט מיקרי מילי משום דעדיין בכתיבת הגט לא נגמרו הגירושין עד הנתינה לכן אינם יכולים לומר לסופר לכתוב ולעדים לחתום משא"כ שליח קבלה יכול לעשות שליח אחר משום דבקבלתו נגמרו הגירושין לכן הוי מעשה ולא מילי והקשינו לעיל על זה א"כ אמאי יכול הבעל לומר לסופר כתוב להמהרי"ט דס"ל דאפילו בשליח א' ג"כ אמרינן מילי לא מימסרן מהמשלח להשליח הראשון א"כ יש לנו לומר דאפילו הבעל לא יהא בכחו לומר לסופר כתוב משום דכתיבה הוי מילי ומילי לא מימסרן לשליח, יש לתרץ על זה ע"פ מה שכתבו התוס' בגיטין דף כ"ב ד"ה והא לאו בני דיעה נינהו דכתיבת הגט לא בעי שליחות והא דבעינן שיאמר הבעל לסופר כתוב ולעדים חתומו אין הטעם משום שליחות אלא משום דבעינן לשמה וכשלא שמעו הסופר והעדים מפי הבעל לא מיקרי לשמה אלא מחשיב סתמא ע"ש בתוס' א"כ לא איכפת לן מידי מה דכתיבת הגט מיקרי מילי ומילי לא מימסרן לשליח כיון דבכתיבת הגט לא בעינן שליחות כלל וכיון דעכ"פ שמעו מפי הבעל והוי לשמה לכן מהני דדוקא כשאמרו לסופר כתוב לא מהני משום דכיון שלא שמעו מפי הבעל לא הוי לשמה אבל היכא דשמעו מפי הבעל והוי לשמה אין צריך יותר כיון דלא בעינן שליחות בכתיבה ועיין בטור וב"י סימן קכ"ג ובב"ש שם ובסימן ק"ד ס"ק א' וס"ק ז' שהביאו מחלוקת הפוסקים בזה אם בעינן שליחות בכחיבת הגט או לא.

ב) **והנה** לשיטת הפוסקים האומרים דלא בעינן שליחות בכתיבת הגט והא דקי"ל כר"י שאין העדים יכולים לומר לסופר כתוב ולעדים חתומו הוא משום דבעינן לשמה וכשלא אמר להם הבעל מפיו לא הוי לשמה, א"כ תימה אמאי קאמר בגמ' דף כ"ט ודף ס"ו דטעמא דר' יוסי הוא משום דס"ל מילי לא מימסרן לשליח מאי שייכות יש זה לשליחות אם מילי מימסרן לשליח או לא כיון דכתיבת הגט לא בעי שליחות כלל וכל טעם פסולו הוא משום דבעינן לשמה, א"כ יוכל היות דס"ל לר' יוסי מילי מימסרן לשליח ומאי דס"ל לר' יוסי שאינו יכול לומר לסופר כתוב ולעדים חתומו הוא משום דבעינן לשמה ולא משום דמילי לא מימסרן לשליח.

ג) **ויש** ליישב ע"פ מה שכתב הר"ן בסוף פרק התקבל ליישב את דברי הרמב"ן דס"ל דאומר אמרו הוי מינוי שליחות שלא בפניו היינו שהבעל מינה לשליח את הסופר והעדים ואין פסולו משום מילי דלא הוי מילי כיון דהבעל בעצמו מינה אותם לשלוחים שלא בפניהם, ומה דפוסל ר"י באומר אמרו הוא מטעם גזרת הכתוב דכיון דבעינן לשמה

ובעינן נמי וכתב לה כלומר שיכתבנו לה הבעל אין הסופר והעדים חותמים במקום הבעל אלא כששמעו הם מפיו, והקשה עליו הרא"ה א"כ מנלן דטעמא דר' יוסי הוא משום דמילי לא מימסרן לשליח דילמא טעמא דר"י משום גזרת הכתוב דבעינן שישמעו מפיו ממש ותירץ הר"ן על זה דמשום זה ידעינן דס"ל לר"י דמילי לא מימסרן לשליח דאם איתא דמילי מימסרן לשליח כיון ששלוחו של אדם כמותו כשהסופר והעדים שומעים מפי השליח הרי הם כאלו שומעין מפי הבעל ע"ש בר"ן.

ד) **א"כ** גם הקושיא הנ"ל יש לתרץ כן להפוסקים דס"ל דכתיבת הגט לא בעי שליחות והטעם שאינו מועיל כשאומרים לסופר ועדים לכתוב ולחתום הוא משום דבעינן לשמה מ"מ ידעינן מזה דס"ל לר"י דמילי לא מימסרן לשליח דאם איתא דמילי מימסרן לשליח א"כ כשהסופר והעדים שומעין מפי השליח הוו כאלו שמעו מפי הבעל בעצמו שיכתוב ויחתמו ושפיר הוי לשמה.

ה) **ואם** נפרש כן מוכרח הדבר לומר כשיטת מהרי"ט הנ"ל דמילי לא מימסרן לשליח פירושו הוא אפילו מהמשלח לשליח א' ואין פירושו דוקא משליח א' לשליח ב' לא מימסרן מילי, אלא אפילו מהמשלח להשליח א' ג"כ לא מימסרן מילי ולכן השלוחים הראשונים שאמר להם הבעל אמרו לפלוני סופר ויכתוב ולפלוני ולפלוני עדים ויחתמו אין השלוחים האלה עומדים במקום הבעל וכששמעו הסופר והעדים מפיהם לא הוי כאלו שמעו מפי הבעל לכן אינו מועיל משום דלא הוי לשמה כיון שלא שמעו מפי הבעל דאם נימא כשיטת המח"א והנו"ב וסיעתם דדוקא משליח א' לשליח ב' לא מימסרן מילי אבל לשליח א' מהמשלח שפיר מימסרן מילי א"כ יקשה כמו שהקשינו לעיל כיון דכל הפוסקים הנ"ל ס"ל דכתיבת הגט לא בעינן שליחות וכשאומרים לסופר ולעדים לכתוב ולחתום פסול הגט משום לשמה א"כ מהיכן ידעינן דס"ל לר"י דמילי לא מימסרן לשליח דילמא ס"ל לר"י דמילי מימסרן לשליח ופסולו הוא משום דהוי שלא לשמה ולדידהו ליכא לתרץ כמו שכתבנו דאם איתא דמילי מימסרן לשליח א"כ כששמעו הסופר והעדים מפי השליח הוי כאלו שמעו מפי הבעל דלדידהו יקשה סוף סוף כיון דבשליח א' מהמשלח מילי מימסרן לשליח, א"כ אמאי לא יהא שמיעת הסופר והעדים מפי השליח כאלו שמעו מפי הבעל כיון דמילי מימסרן לשליח א' מהמשלח אלא ודאי מוכרח הדבר לומר כשיטת מהרי"ט הנ"ל דמילי לא מימסרן לשליח הוא אפילו מהמשלח לשליח א'.

ו) **והנה** בב"ש סימן ק"כ ס"ק ז' כתב דהיכא שאמרו לסופר וכתב כיון דכתיבת הגט לא בעי שליחות ואין פסולו אלא משום דלא הוי לשמה לכן אין פסולו אלא מדרבנן ובאמת התו"ג הביא ראיה לדבריו מדברי התוס' בעירובין דף י"ג ד"ה תורה שכתבו כן

וז"ל ומיהו קשיא דלגבי גט אפילו בענין זה פסול ולא חשיב לשמה דהא אפילו כתבו הסופר לשמה בלא צווי הבעל פסול לגרש בו דהא תניא במי שאחזו (ד' ע"ב) כתב סופר לשמה וחתמו עדים לשמה ונתנו לה הרי הוא פסול עד שישמעו קולו וכו' ויש לומר דלעולם חשיב לשמה והתם פסול מדרבנן עכ"ל התוס' אלמא שאין פסולו אלא מדרבנן, אך המעיין בדברי הפוסקים בטור וב"י ובשאר פוסקים ראשונים ואחרונים יראה דכל הפוסקים חולקים על דברי התוס' הנ"ל וס"ל דהגט בטל מדאורייתא רק באומר אמרו נחלקו הפוסקים אם הלכה כשמואל או כר' יוסי, והסכימו בזה דאומר אמרו הוי ספק מגורשת וכמו שכתב הרמ"א באה"ע סימן ק"כ וגם זה הוא מדאורייתא, אבל בלא אומר אמרו רק שאמר לשנים או לשלשה תנו או כשאמר להם כתבו ס"ל לכל הפוסקים הראשונים והאחרונים דהגט בטל מדאורייתא ודלא כהתוס' וב"ש הנ"ל וכן כתב התו"ג דסתימת כל הפוסקים הוא דהוי מדאורייתא. וכ"מ מדברי הב"ש בעצמו סי' ק"ך בריש ס"ק ז' שאם אמרו לסופר וכתב הגט בטל לכו"ע ע"ש אלמא דס"ל ג"כ שהוא מדאורייתא עיין בתורת גיטין מה שכתב על זה ודבריו דחוקים ותמוהים מאוד ע"ש.

פרק יד

א) **עוד** כתב הב"ש שם סימן ק"כ ס"ק ז' דאם כתבו בעצמן אותן ששמעו מפי הבעל ואמרו לעדים וחתמו אין הגט בטל אלא פסול דלא גרע מאם חתמו עדים פסולים דקי"ל דהגט פסול ולא בטל כדאיתא בסימן ק"ל סעיף י"ז ע"ש והיינו דכיון דקי"ל כר"א דס"ל עידי מסירה כרתי ועל החתימה לא איכפת לן מדאורייתא אפילו אם לא חתמו עדים כלל רק דהיכא דחתמו עדים פסולים מודה ר"א דפסול משום דהוי מזויף מתוכו כדאיתא בגמ' ובפוסקים, לכן כשכתבו הם בעצמם את הגט והכתיבה היה בהכשר רק החתימה היתה בפסול יען שאמרו לאחרים לחתום והעדים שחתמו לא שמעו מפי הבעל והוי מזויף מתוכו לכן אין הגט בטל מדאורייתא רק פסול בעלמא מדרבנן.

ב) **והנני** להעיר על דבריו דדוקא אם מסרו בעדי מסירה כשרים דוקא אז כשר הגט אבל בלא עדי מסירה הגט בטל אפילו לר"א דס"ל דלא בעינן עדי חתימה מדאורייתא אבל עדי מסירה בעינן וכיון דכאן ליכא עדי חתימה שהרי לא שמעו מפי הבעל הגט בטל אם לא היו עדי מסירה וכן כתב מרן המחבר סימן קל"א באה"ע ס"ו וז"ל ואפילו אם נכתב לשמו אם לא חתמו העדים לשמו אם נתנו לה בלא עדי מסירה אינו גט עכ"ל.

ג) **עוד** יש להעיר על דבריו דאפילו בהאי גונא שהיו עדי מסירה כשרים מ"מ כיון שהוא מזויף מתוכו מה שחתמו בעדים שלא שמעו מפי הבעל לכן יש פוסקים דס"ל דלר"א במזויף מתוכו הגט בטל מדאורייתא וכמו שכתב מרן המחבר באה"ע סימן קל"א ס"ו

וז"ל ואם נתנו לה בעדי מסירה הרי זה פסול ויש אומרים שגם זה אינו גט עכ"ל מרן המחבר אלמא דיש אומרים דאפילו לדידן דקי"ל כר"א דעדי מסירה כרתי וגם מסר לפני עדי מסירה כשרים מ"מ אינו גט כלל משום דהוי מזויף מתוכו מה שהיתה החתימה שלא לשמו א"כ בנידון דידן נמי כיון שהיה החתימה בפסול דהא העדים לא שמעו מפי הבעל ומילי לא מימסרן לשליח והוי מזויף מתוכו מחמת דהוי שלא לשמו או מחמת דבעינן שליחות גם בחתימה אבל כיון דעכ"פ הוי מזויף מתוכו לכן אינו גט מדאורייתא להאי דעה המחבר סימן קל"א סעיף ו' דיש אומרים שאינו גט א"כ כאן נמי אינו גט כלל.

פרק טו

א) **ולענין** שאר שטרות דקי"ל בסימן רמ"ד שהמתנה כגט דמילי לא מימסרן לשליח וכן הוא בגמ' גיטין ד' כ"ט דמתנה הרי הוא כגט לענין זה דמילי לא מימסרן לשליח, באמת יש לתמוה אמאי אמרינן לענין שאר שטרות דמילי לא מימסרן לשליח כיון דהטעם דאמרינן בגט מילי לא מימסרן לשליח הוא או מטעם דבעינן לשמה או משום דבעינן שליחות בגט וכיון דבשאר שטרות לא בעינן לשמה וגם לא בעינן שליחות בכתיבת השטרות א"כ אמאי אמרינן בשאר שטרות מילי לא מימסרן לשליח, ועיין גיטין דף כ"ו דאיתא שם וז"ל הגמ' שם דאמר רב נחמן אומר היה ר' מאיר אפילו מצאו באשפה חתמו ונתנו לה כשר ואפילו רבנן לא פליגי עליה דר' מאיר אלא בגיטי נשים דבעינן כתיבה לשמה אבל בשאר שטרות לא עכ"ל הגמ' אלמא דבשאר שטרות לא בעינן כתיבה לשמה ולא בעינן שליחות כיון דאפילו מצא באשפה כשר בשאר שטרות שאין שם לא כתיבה לשמה ולא שליחות, וכן פסק מרן המחבר בחו"מ סימן מ"ט שיש רשות לסופר לכתוב טופסי שטרות ויכול לכתוב הכל אפילו שם המלוה והלוה רק שישאר מקום הזמן ע"ש אלמא דלא בעינן שליחות ולא כתיבה לשמה בשאר שטרות שהרי הסופר מדעת עצמו כותב הטופסי שטרות בלא שום שליחות וליכא ג"כ כתיבה לשמה, א"כ כשמוסר הדברים ע"י שליח אמאי יפסלו בשאר שטרות והא לא גרע מכותב טופסי שטרות או שמצא באשפה שכשר ג"כ בשאר שטרות.

ב) והנה הנתיבות בסימן רמ"ד ס"ק ג' כתב וז"ל ולכן נראה דגם במתנה בעינן שליחות בכתיבה דכמו דכתיב בגט וכתב ואמרינן דאבעל קאי ובעינן שליחות כמו כן בשטר מקנה דכתיב וכתוב בספר וחתום בעינן שליחות עכ"ל, ודבריו תמוהים מאד דכיון דקי"ל דאפילו מצאו באשפה כשר הרי דלא בעינן שליחות בכתיבת הגט, וכן מהא דכותב טופסי גיטין דקי"ל שיש רשות לסופר לכתוב טופסי גיטין הרי אנו רואים דלא בעינן שליחות בכתיבת שטרות כמו שכתבנו לעיל.

ג) **והנה** הא דאיתא בגמ' גיטין דף כ"ט דמתנה הרי היא כגט לענין זה דמילי לא מימסרן לשליח איכא למימר דעיקר פסולו משום חתימת השטר הוא ולא משום כתיבה, ולענין חתימה בודאי בעינן שתהא חתימתם כדין היינו שנעשה מדעת המתחייב ולאפוקי אם חתמו שלא מדעת המתחייב לאו כלום הוא, וכן בעינן שתהא חתימתם לשם שטר ולא לזכרון דברים בעלמא עיין חו"מ סימן ס"א ס"ב שכתב מרן המחבר וז"ל טופס השטר שביד הסופר שחתומים עליו עדים ולא הועתק השטר אין דין שטר לאותו טופס וכו' עכ"ל מרן המחבר וסיים הרמ"א וז"ל דכל שלא חתמו בו העדים כדי למוסרו לבעליו רק לזכרון דברים בעלמא לא מקרי שטר עכ"ל, הרמ"א ובסימן ל"ט ס"ג כתב הרמ"א וז"ל וכל שלא אמר כתבו וחתמו אע"פ שכתבו בשטר אינו אלא כפנקס בעלמא עכ"ל וכן כתבו שאר פוסקים דבעינן בשטרות שיחתמו מדעת המתחייב ולא יהא חתימתם לזכרון דברים בעלמא, א"כ יש לומר כשמוסר הדברים ע"י שליח שהעדים יחתמו כיון דמילי לא מימסרן לשליח לכן נחשב כאלו העדים חתמו שלא מדעת המתחייב לכן לא מקרי שטר לקנות במתנה.

ד) **עיין** ש"ך סימן ל"ט ס"ק ט' שהאריך לענין שטר שלא נעשה מדעת המתחייב דהוי מפי כתבם ולא מהני כלל ולא הוי עדות ולא שטר ואפילו לסברת היש אומרים שמביא רמ"א שאם נתקיים דנין על פיו והוי עדות מ"מ מודה דשטר לא הוי לכן לא יוכל לקנות מתנה ע"י שטר כזה שנעשה שלא מדעת המתחייב, וכיוצא בזה אמרינן בגיטין ד' יוד לענין שטרות העולים בערכאות של עכו"ם דכשר לגבות בו משום דלא מרעי נפשייהו וקושטא קאמרי ופסול לקנות בו משום דשטרא חספא בעלמא הוא ע"ש וכיון דכולי עלמא מודים שהשטר שנחתם שלא מדעת המתחייב או שנחתם לזכרון דברים בעלמא לא הוי שטר לכן אמרינן שפיר מילי לא מימסרן לשליח דכיון שהדברים לא יוכל למסור לשליח א"כ מקרי שטר שלא נעשה מדעת המתחייב או נחתם לזכרון דברים בעלמא שהם פסולים לכולי עלמא.

ה) **אך** על דברי מרן המחבר סימן רמ"ד יש לתמוה שכתב וז"ל המתנה כגט שאין אדם יכול למסור דברים לשליח כיצד אמר לשלשה אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני אין זה כלום ואם אמרו לאותם העדים וכתבו ונתנו למקבל לא קנה וכו' וכן אם אמר לשנים כתבו וחתמו בשטר מתנה ותנוהו לפלוני אינם יכולים לומר לסופר לכתוב אלא הם עצמם כותבים עכ"ל מרן המחבר, א"כ משמע מדבריו שגם על הכתיבה אמרינן מילי לא ממסרן לשליח מדכתב ברישא אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו וכו' אין זה כלום דאם נימא דדוקא על החתימה אמרינן מילי לא מימסרן לשליח

אבל הכתיבה לא איכפת לן כלל ואפילו ע"י שליח יכול למסור דלא גרע ממצא באשפה או מכותב טופסי שטרות א"כ אמאי נקיט מרן המחבר שיכתבו ויחתמו דמשמע שעדיין אין השטר כתוב כלל והוא מוסר דברים לכתוב ולחתום היה לו לומר רבותא טפי דאפילו אם שלח שטר כתוב ולא מחסרא רק חתימה והוא אמר אמרו לפלוני ופלוני שיחתמו ג"כ אמרינן בזה מילי לא מימסרן לשליח משום החתימה ואמאי הזכיר מרן המחבר הכתיבה כלל לענין האי מילתא דמילי לא מימסרן לשליח כיון דלענין הכתיבה לא אמרינן כן מילי לא מימסרן לשליח דלא רע ממצא באשפה ולא אמרינן כן מילי לא מימסרן לשליח רק לענין החתימה היה לו להמחבר שלא להזכיר כלל הכתיבה לענין האי מילתא דמילי לא מימסרן לשליח ומדהזכיר מרן המחבר כתיבת השטר בהאי מילתא דאמרינן מילי לא מימסרן לשליח א"כ משמע שגם לענין כתיבת השטר ג"כ אמרינן מילי לא מימסרן לשליח א"כ יש לתמוה מ"ש זה ממצא באשפה שכשר וכן כותב טופסי גיטין כשר אע"ג דליכא שום שליחות כלל.

ו) **ויש** לתרץ חדא איכא למימר דמה שכתב מרן המחבר דכשאומר אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו שהוא פסול עיקר פסולו משום החתימה הוא ולא משום הכתיבה והא דהזכיר מרן המחבר הכתיבה הוא משום דאורחא דמילתא כן הוא וכן הוא לשון הכתוב וכתוב בספר וחתום דאע"ג דבכתיבה לא בעינן שיכתוב הוא או שלוחו דאפילו מצאו באשפה כשר בכתיבה מ"מ הוזכרה הכתיבה וכתוב בספר וחתום משום דהחתימה קאי על הכתיבה ואי אפשר לכתוב בקרא וחתום לבד מבלי שתקדים לו הכתיבה כי אם לא יכתבו שטר על מה יחתמו ונהי שאם היה לו שטר מזומן מקודם ע"י איזה סבה שתהיה אפילו אם הסופר כתבו מתחלה בלא שליחותו או אם מצאו באשפה את השטר היה די אם יחתום את העדים בשליחותו בדעת המתחייב אפילו אם כתיבת השטר לא נכתב מדעת המתחייב ובשליחותו מ"מ היה כשר מ"מ הוזכרה כתיבת השטר בקרא וכתוב בספר וחתום דמשמע שגם כתיבת שטר בעינן דעת המתחייב ושליחותו, והוא משום שאין דרך העולם שיהיה מזומן בידם שטרות כתובים בלא חתימת עדים רק כשהאדם צריך לכתוב שטר הולך אצל סופר ועדים וכותבים תיכף ונותנים ליד הקונה או המלוה וקודם שצריך אדם לשטר אינו כותב כלל לכן כשקנה ירמיה את השדה כתיב וכתוב בספר וחתום וכן הוא לשון הפוסקים בכמה דוכתי לזכור הכתיבה והחתימה ביחד משום שכן הוא דרך העולה לכתוב ולחתום ביחד.

ז) **וז"ל** הרמ"א ס' ל"ט ס"ג וכל שלא אמר כתבו וחתמו אע"פ שכתבו בשטר אינו אלא כפנקס בעלמא עכ"ל הרמ"א ובאמת מ"ש הרמ"א כתבו הוא לאו דוקא דהכתיבה לא

בעינן מדעת המתחייב רק עיקר הפסול משום החתימה ונקיט לה כתבו ג"כ משום הטעם הנ"ל דהחתימה על הכתיבה באה ודרך העולם לכתוב ולחתום בבת אחת לכן נקטו הפוסקים הכתיבה והחתימה בפעם אחת ועיקר הקפידא משום החתימה היא א"כ גם כאן מה שכתב מרן המחבר כשאומר אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו שהוא פסול עיקר הקפידא משום החתימה הוא אבל משום הכתיבה אין קפידא ולא אמרינן בכתיבה מילי לא מימסרן לשליח דלא גרע מאם מצא באשפה וחתמו העדים שהוא כשר ג"כ, וכמו כן כתב מרן המחבר ויתנהו לפלוני שכתב וז"ל אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנהו לפלוני עכ"ל אע"ג דהנתינה בודאי אין לה שייכות להאי דמילי לא מימסרן לשליח שהרי בנתינת הגט קי"ל דשליח עושה שליח שאין זה מילי ובשטר מתנה ג"כ הדין כך ומ"מ נקיט לה מרן המחבר ויתנהו לפלוני והוא מטעם שכתבנו שכך הוא דרך העולם כי בפעם אחת כותבים וחותמים ונותנים לכן נקיט להו כחדא ועיקר הקפידא משום החתימה הוא כי בזה אמרינן מילי לא מימסרן לשליח ולא על הכתיבה והנתינה.

ח) **תדע** שהכתיבה שהזכיר מרן המחבר ברישא אגב החתימה הזכיר שהרי בסוף דברי מרן הזכיר ג"כ כתיבה בשטר והזכיר שם גם הסופר שהוא הכותב שטרות שכתב מרן המחבר וז"ל וכן אם אמר לשנים כתבו וחתמו בשטר מתנה אינם יכולים לומר לסופר לכתוב אלא הם עצמם כותבים עכ"ל וכן הוא בגמ' גיטין ד' ס"ו ובפוסקים לענין גיטין אמר אמרו לסופר ויכתוב לעדים ויחתמו, א"כ גם ברישא היה לו למרן המחבר להזכיר את הסופר אמרו לסופר ויכתוב לפלוני ופלוני ויחתמו כמו שהזכיר את הסופר בסיפא או שהזכירו הגמ' והפוסקים את הסופר לענין גיטין, אלא ודאי כדאמרן דדוקא לענין גיטין דבעינן כתיבה לשמה או שליחות בכתיבה להרבה פוסקים ואמרינן מילי לא מימסרן לשליח וכן בסוף דברי מרן לענין מתנה דאיירי שהקפיד הנותן ואמר לשנים כתבו וחתמו, ופסול גם משום הכתיבה כשאמרו לסופר ויכתוב משום קפידתו של הנותן, לכן הוזכר הסופר שדרכו לכתוב שטרות וגיטין, משא"כ ברישא דאיירי מרן המחבר שלא הקפיד עליהם שיכתבו ויחתמו בעצמם דאיירי שאמר להם אמרו לאחרים שיכתבו ויחתמו וליכא שום פסול על הכתיבה לא משום קפידא ולא משום מילי לא מימסרן לשליח דלא גרע ממצא באשפה ואין פסולו רק משום החתימה ולא הזכיר הכתיבה רק אגב החתימה לכן לא הזכיר את הסופר הכותב שטרות כי אין שייכות להסיפא אל החתימה,

ט) **עוד** יש לתרץ על הקושיא הנ"ל דבמוסר דברים לשליח בשאר שטרות כיון דמילי לא מימסרן לשליח פסול אפילו הכתיבה משום גזירה שטרות אטו גיטין כדאיתא במס' גיטין ד' כ"ו והנה דעת רש"י והרבה פוסקים דכותב טופסי שטרות צריך שיניח מקום התורף משום גזרה שטרות אטו גיטין עיין ש"ך סימן מ"ח ס"ק א' שהכריע להלכה כדברי רש"י שצריך להניח בשטרי מלוה מקום הלוה והמלוה והמעות והזמן וכן בשטרי מקח צריך שיניח מקום הלוקח והמוכר והמעות והשדה והזמן דגזרינן שטרות אטו גיטין א"כ אפילו לשיטת התוס' וסייעתם אשר מרן בשו"ע ס"ל כותייהו שיש רשות לסופר לכתוב טופסי שטרות ויכול לכתוב הכל רק שיניח מקום הזמן יוכל להיות שזהו דוקא בכותב טופסי שטרות או במצאו באשפה שיש להכשיר בשאר שטרות ואין לחוש דילמא אתי לאחלופי בגיטי נשים משום דהכל יודעים דבעינן לשמה או דבעינן שליחות בגט וסתם ספרי דדייני בקיאים הם ויודעים שצריך כתיבה לשמה ומיגמר גמירי בזה אבל במוסר דבריו לשליח אם נכשיר בשטרות בודאי יש לחוש שיטעו לומר מילי מימסרן לשליח שהרי התנאים והאמוראים פליגי אי מילי מימסרן לשליח או לא ובודאי יש לחוש אם נכשיר בשטרות הכתיבה על ידי שליח יבואו להכשיר ג"כ בגיטין לכן תקנו רבנן דמילי לא מימסרן לשליח אפילו בכתיבת שאר שטרות משום האי גזרה דשטרות אטו גיטין, ובזה אתיא דברי מרן המחבר כפשוטם דאפילו בכתיבה אמרינן גם בשאר שטרות דמילי לא מימסרן לשליח.

שמעתתא דזה נהנה וזה לא חסר

פרק א

א) **כתבו** התוס' בב"ק דף כ' ד"ה הא איתהנית וז"ל ואם תאמר ההוא דתחב לו חבירו בבית הבליעה דריש אלו נערות (כתובות דף ל') אמאי חייב האוכל זה נהנה וזה לא חסר הוא שאם היה מחזיר היתה נמאסת ואין שוה כלום וי"ל דלא דמי הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה מתחלה מידי דהוה מהא דתנן מתוך הרחבה משלם מה שנהנית דאלעיסה לא מחייב אע"פ שאם מחזירו אינו שוה כלום עכ"ל התוס', והדבר צריך ביאור מ"ש היכא שנהנה ע"י החסרון שהיה מתחלה דחייב ומ"ש היכא שנהנה בלא חסרון כלל שהוא פטור והלא אידי ואידי ליכא חסרון בשעת הנאתו והוה זה נהנה וזה לא חסר והיה לנו לומר שיפטר כמו זה נהנה וזה לא חסר דעלמא ומה איכפת לן מהחסרון שהיה מתחלה.

ב) **והתוס'** פ' הגוזל עצים (ד' קא) ד"ה או דילמא כתבו דאפילו היכא שהיה חסרון מתחלה וזה נהנה מ"מ אם לא היה החסרון ע"י מעשיו של הנהנה או ע"י מעשה בהמתו ג"כ מיפטר כגון בצמר דחד וסממנים דחד ואתא קוף וצבעינהו אע"ג דבעל הצמר נהנה ע"י החסרון שהיה מתחלה לבעל הצבע בהפסד הצבע מ"מ מיפטר בעל הצמר כיון שהקוף לאו דידיה הוא ולא בא ההפסד לא מ"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו לכן מיפטר בעל הצמר לשלם לו דמי צבעו ע"ש בתוס' וגם זה צריך ביאור מ"ש היכא שבא ע"י מעשיו ומעשה בהמתו שהוא חייב או לא בא החסרון ע"י מעשיו ומעשה בהמתו רק מעלמא שהוא פטור.

ג) **איתא** בב"ק דף צ"ז התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה אמר רב רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל ושמואל אמר אינו נוטל אלא פחתה אמר רב פפא ולא פליגי הא דעבידא לאגרא הא דלא עבידא לאגרא ואי בעית אימא הא והא דעבידא לאגרא הא דנחית אדעתא דאגרא הא דנחית אדעתא דגזלנותא עכ"ל הגמ'. היוצא מזה שאינו מחויב לשלם שכר הספינה רק כשהספינה עומדת להשכיר והוא ירד אדעתא שישלם שכרו אבל אם הוא ירד בה אדעתא דגזלנותא היינו שלא לשלם שכרה אז מיפטר משלשלם שכרה אע"ג שהספינה עומדת להשכיר ואפילו אם הוא ירד בה אדעתא שישלם שכרה מ"מ אם הספינה אינה עומדת להשכיר ג"כ אינו מחויב לשלם שכרה, וכן הוא בחו"מ סימן שס"ג סע' ה' ובטור שם וע"ש בב"י.

ד) **ושמעתי** שיש מקשים מסוגיא הזאת להסוגיא שבפ' כיצד הרגל הנ"ל דמוכח התם דבחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר מודים כולי עלמא דחייב לשלם אפילו נחית אדעתא דגזלנותא היינו שלא לשלם שכרה דבזה איירי כל הסוגיא דפ' כיצד ע"ש ועיין בתוס' שם ד"ה טעמא דניקף אלמא דזה נהנה וזה חסר מחויב לשלם לכולי עלמא וכאן בב"ק דף צ"ז לענין ספינה אמרינן דכשהספינה עומדת להשכיר וגם הוא גברא דעביד למיגר דזה נהנה וזה חסר מ"מ מיפטר כל זמן שלא ירד אדעתא דאגרא.

ה) **עוד** הקשו דבפ' כיצד אמרינן דהיכא דאפסדיה קצת כגון דאיכא שחרוריתא דאשייתא מחויב לשלם לו כל שכרו כמו שכתבו התוס' בב"ק ד' כ"א ד"ה ויהבי ליתמי דבר מועט וכן הוא בחו"מ ס' שס"ג סע' ז' וכאן לענין ספינה דאיירי ג"כ דאפסדיה קצת ואיכא פחת דבזה איירי כל הסוגיא רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל ושמואל אמר איט נוטל אלא פחתה הרי איירי דאיכא פחת ואפילו הכי אינו מחויב לשלם לו שכרו רק פחתו ומ"ש ספינה מבית כן שמעתי, מקשים.

ו) **אך** באמת אין זה בגדר קושיא כלל כי כל מי אשר עיין שם בב"ק דף צ"ו ודף צ"ז ובחו"מ סימן שס"ג יראה כי יש חלוק בין קרקע למטלטלין דקי"ל קרקע אינה נגזלת והארץ לעולם עומדת ברשות הבעלים וכשהוא משתמש בקרקע גזולה בקרקעו של חבירו הוא משתמש ונהנה לכן מחויב הוא לשלם מה שנהנה משל חבירו, אבל במטלטלים קי"ל דנגזלים והגזלנים משלמין כשעת הגזילה אבל מה שהשתמשו ונהנו בהחפץ הגזול אין עליהם שום חיוב לשלם פדאינו נהנה משל חבירו כלום רק מדידיה קמיתהני שהרי קנאו במשיכת הגזלה, לכן מקשה הגמ' בפשיטות שם דף צ"ו סוף סוף גזילה הוא וקהדרא בעינא דתנן כל הגזלנין משלמים כשעת הגזלה ע"ש, וכן שם דף צ"ז דייק הגמ' דס"ל לרב עבדא כמטלטלי דמי דאמר רב התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור ואי אמרת עבדא כמקרקעי דמי ברשותא דמרא קאי ע"ש ועיין חו"מ סימן שס"ג ובסמ"ע שם ס"ק ז' ובש"ך שם סק"ח שהוא פשוט מאוד שיש חלוק בין קרקע למטלטלין לכן בספינה שהיא מטלטלין אינו מחויב לשלם שכרה רק כשאין עליו שם גזלן והיינו בספינה שהיא עומדת להשכיר והוא ירד בה על דעת כן לשלם שכרה, משא"כ כשירד אדעתא דגזלנותא נעשה גזלן ואינו משלם אלא פחתה, וכן אם אפילו ירד בספינה אדעתא דאגרא רק שהספינה אינה עומדת להשכיר ג"כ אינו מחויב לשלם שכרה דקי"ל שלא מדעת גזלן הוא וכשעת הגזלה משלם ואינו משלם שכרה.

ז) **אך** יש מקשים על זה מהא שכתבו התוס' בכתובות דף ל' בסוגיא דתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה ד"ה לא צריכא דאע"ג דאם החזירה ולא בלעה אינה שוה פרוטה מפני שנמאסת מ"מ כיון שבלעה מחויב לשלם כל הנאתו כדאמרינן בב"ק דכיון דאפסדיה קצת היינו שחרוריתא דאשייתא מחויב בכל א"כ כאן נמי כיון דאלו אהדרה ולא בלעה היה שוה מעט למכור לאדם שלא ראה בעיניו את המאכל הזה כשהוא בלוע ולא נמאס עליו, וא"כ גרם לו הפסד קצת במה דבלעיה לכן מחויב לשלם לו כל הנאתו כמו ההיא דשחרוריתא דאשייתא ע"ש בתוס' ועל זה מקשים והלא התם במטלטלין אייריי ולא במקרקעי ובמטלטלין קי"ל גבי ספינה דאע"ג דאיכא הפסד קצת היינו פחתא מ"מ אינו משלם ליה רק פחתא ולא שכרו ודוקא בשחרוריתא דאשייתא דאיירי במקרקעי מחויב לשלם לו את הכל ולא במטלטלין.

ח) **הנה** מתחלה צריך להסביר טעמא דהא מילתא דאמרינן בשחרוריתא דאשייתא דכיון דאפסדיה קצת משו"ה מחויב לשלם לו את כל הנאתו והלא לכאורה תמוה הוא כיון דקי"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור, והוא פטור מלשלם מה שדר בבית חבירו כיון שהבית

לא קיימא לאגרא ולא חסריה מידי, א"כ אם אפסדיה שחרוריתא דאשייתא מהראוי שיהא די שישלם לו מה שהפסידו ומאיזה טעם מחייבינן ליה לשלם שכר כל דירת הבית.

ט) **והנה** מרן המחבר בחו"מ סי' שס"ג סעיף ו' והטור שם פסקו דאע"ג דקי"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור מ"מ אם בעל החצר מיחה בפירוש על הדר שלא יכנס בחצרו או שיצא מחצרו וזה לא האזין אליו ודר בחצרו או בביתו מחויב הדר לשלם כל שכרו, וכן כתבו התוס' שם בב"ק דף כ"א ד"ה להדיוט מדעת דמי שכתבו דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי מפני דדעת שכינה איכא שלא יהנה שום אדא מנכסי הקדש, והוי כמו הדיוט מדעת היינו כמו שמיחה בעל הבית בפירוש שלא יכנס שום אדם בביתו, אלמא דבהדיוט מדעת היינו במחאה מחויב לשלם.

י) **וטעמא** דמהני מחאת בעל החצר הוא משום זה דהא דאמרינן זה נהנה וזה לא חסר פטור הוא מדין הפקר או מדין דבר שאינו מקפיד, היינו דאמרינן כיון שבעל החצר לא חסר כלום מה שחבירו דר בחצרו כיון דלא קיימא לאגרא א"כ מסתמא מפקיר בעל החצר לדירת חצרו ומסתמא ניחא ליה שידורו אחרים בחצרו ואינו מקפיד עליהם לכן לא שייך האי טעמא רק מסתמא כשאין אנו רואין בפירוש שבעל החצר מקפיד אמרינן דמסתמא לא קפיד, אבל אם בעל החצר מוחה בפירוש ועומד וצווח שהוא מקפיד שלא ידורו אחרים בחצירו משו"ה חייב לשלם דהא לא הפקיר לדירתו

יא) **א"כ** מיושב בזה טעמא דשחרוריתא דאשייתא דאמרינן דכיון דאיכא הפסד קצת מחויב לשלם לו כל שכרו, והיינו דאמרינן דהוה כאלו מיחה בו בפירוש שלא יכנס לביתו, דאנן סהדי שאין אדם רוצה שיפסידוהו כלל וכלל אפילו דבר מועט כיון דאיכא הפסד קצת היינו שחרוריתא דאשייתא לכן הוא מחויב לשלם לו כל שכרו, דדוקא כשאין לו שום הפסד כלל וכלל לבעל החצר אז אמרינן דמסתמא אינו מקפיד שידורו בני אדם בחצירו אבל כיון דאיכא היזק מעט היינו שחרוריתא דאשייתא לכן הוא מקפיד שלא ידורו אחרים בחצרו משו"ה הוא חייב לשלם דהוי כאלו מיחה בפירוש.

יב) **ונראה** לחדש דבר מעתה והוא כשיש לראובן חפץ והוא אינו שוה רק פרוטה אחת ובא חבירו ונהנה ממנו במאה זוז, אז תליא בזה דאם גזל את החפץ מתחלה קודם שנהנה מהחפץ במאה זוז כיון דקי"ל כל הגזלנים משלמין כשעת הגזלה לכן אינו מחויב לשלם רק פרוטה אחת דמי שויה של שעת הגזלה ומה שנהנה אח"כ במאה זוז מדידיה קמיתהני שהרי ברשות גזלן קאי, אבל אם לא גזלו מתחלה רק שחברו נהנה ממנו כשהחפץ עדיין ברשות ראובן, אז מחויב לשלם לו מאה זוז כפי מה שנהנה שהרי מהחפץ של ראובן נהנה כל המאה זוז לכן מחויב לשלם לו דמי כל הנאתו שנהנה מחפצו, והאי

דינא דשחרוריתא דאשייתא ג"כ כמעט דומה לדין זה שהרי דירת ביתו אינו שוה לו רק מעט היינו שוה פרוטה דמי שחרוריתא דאשייתא, כי אלמלא שחרוריתא דאשייתא היה מפקיר לגמרי דירת ביתו והיה מתרצה שידורו אחרים בביתו חנם אין כסף רק בשביל שחרוריתא דאשייתא הוא מקפיד על אחרים שלא ידורו בביתו נמצא כי דירת הבית אינו שוה לו רק מעט היינו דמי שחרוריתא דאשייתא ובא חבירו ונהנה ממנו במאה זוז במה שדר בו ואפילו הכי מחוייב הדר לשלם לו מאה זוז כהנאתו ולא כפי חסרונו והוא מחמת הטעם שכתבנו דכיון שקרקע אינה נגזלת וברשות בעליה קיימא לכן הוא מחויב לשלם לו כפי הנאתו ולא כפי חסרונו, משא"כ היכא שגזלן מתחלה דמדידיה נהנה אח"כ אילו משלם כהנאתו רק כשעת הגזילה.

יג) **ולכן** מיושבים בזה דברי התוס' כתובות דף ל' בההיא דתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה אע"ג דאיירי במטלטלין מ"מ יש בזה האי דינא דשחרוריתא דאשייתא דאמרינן דכיון שמפסידו הפסד קצת מחויב לשלם לו כל הנאתו וחילוק גדול יש בין ספינה שהבאנו לעיל דאפילו איכא הפסד מעט מ"מ אינו מחויב לשלם לו רק כפי הזיקו לבין ההיא דתחב לו בבית הבליעה שמחויב לשלם לו כפי כל הנאתו, דבההיא דתחב לו לתוך בית הבליעה איירי שלא קדמה לו משיכת הגזלה שהרי איירי שנתחב לו בעל כרחו וגם מוכרח שם מהסוגיא דאיירי שלא נתכוין לגוזלו ע"ש בתוס' ד"ה אי דלא מצי לאהדורי וכיון דאיירי שלא נתכוין לגוזלו ולא קדמה משיכת הגזלה להנאתו משו"ה מחויב לשלם כפי הנאתו ולא כפי חסרונו שהרי משל חבירו נהנה ולא משלו ודמיא לההיא דשחרוריתא דאשייתא שלא קדמה משיכת הגזלה להנאתו לכן הוא מחויב לשלם כל הנאתו, משא"כ בההוא דספינה שקדמה משיכת גזלה או משיכת שואל שלא מדעת דהוי גזלן קדמה להנאתו משו"ה אינו מחויב לשלם רק פחתו ולא כפי הנאתו.

יד) **ובזה** מיושב הטעם מה שכתבו התוס' בב"ק דף כ' לענין אכלה מתוך הרחבה דאע"ג דזה נהנה וזה לא חסר פטור מ"מ היכא שנהנה ע"י החסרון שהיה מתחלה חייב לשלם והתוס' דף ק"א בד"ה או דילמא הוסיפו עוד דבעינן דוקא שיהא החסרון ע"י מעשיו או מעשה בהמתו התם הוא דחייב אבל אם לא היה החסרון ע"י מעשיו או מעשה בהמתו הוא פטור, והטעם בזה הוא דכיון דהא דקי"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור הוא מטעם הפקר ודבר שאינו מקפיד, אבל היכא שמוחה בפירוש חייב אפילו בזה נהנה וזה לא חסר א"כ היכא שבא החסרון ע"י מעשיו או ע"י מעשה בהמתו הוה כאלו מחי בהדיא שהוא לא יהנה משלו דדמית עלי כאריה ארבא כיון שהוא או בהמתו גרמו לו היזק בודאי לא ניחא ליה שיהנו משלו, לכן בההיא דאכלה מתוך הרחבה מחויב לשלם מה

שנהנית דאע"ג דאלעיסה לא מחייב דהוי שן ברה"ר ואם הבהמה היתה זורקת מאכל הלעיסה מפיה לא היה שוה כלום ואם באה בהמה אחרת ואכלה מאכל הלעוס שזרקה הבהמה הראשונה מפיה הוו שניהם פטורים בעל הבהמה הראשונה מיפטר דאלעיסה אין לחייבו דהוי שן ברה"ר ובעל הבהמה השניה מיפטר משום דהוה זה נהנה וזה לא חסר דהרי לא היה שוה כלום כשבלעה הבהמה השניה ואינו מקפיד על המאכל ומפקירו לכל העולם, מ"מ אם הבהמה הראשונה בלעה ונהנית מחויב הוא לשלם דכיון שבא החסרון ע"י מעשה בהמתו אנן סהדי שבעל הפירות מקפיד על בעל הבהמה שלא תהנה בהמתו משלו כיון שהוא גרם לו היזק מ"י מעשי בהמתו ועל כל העולם אינו מקפיד ועליו הוא מקפיד והוה כמו שמיחה בפירוש ואז כשמיחה קיי"ל דזה נהנה וזה לא חסר חייב.

פרק ב

א) **ובזה** יש לבאר דברי הגמ' בב"ק (דף כ') אשר הם תמוהים מאוד דקמבעיא שם זה נהנה וזה לא חסר אי חייב או לא, ומייתי רמי בר חמא ראי' ממתניתין דחייב דקתני אם נהנית משלמת מה שנהנית, ודחי הגמ' האי זה נהנה וזה חסר הוא ורמי בר חמא מתרץ סתם פירות ברה"ר אפקורי מפקיר להו, וכתבו התוס' שם לא לגמרי מפקיר להו דא"כ אפי' מה שנהנית לא משלם אלא מתייאש מהם שסבור שיתקלקלו מחמת שרבים דורסים עליהם עד שלא יבאו לדמי מה שנהנית עכ"ל התוס', ודבר תמוה דסוף סוף יקשה לרמי בר חמא אמאי משלמת מה שנהנית כיון דלדידיה הבעה"ב שמניח פירותיו ברה"ר מפקירם ומתייאש מהם שסבור שיתקלקלו עד שלא יבואו לדמי מה שנהנית א"כ הוא מפקיר את כל הפירות ואפילו מה שנהנית נמי לא ישלם המזיק כיון שאכל תבואת הפקר ויש ספרים דגרסי בתוס' ומתייאש וכו' עד שלא יבואו אלא לדמי מה שנהנית, א"כ זה בודאי ניחא מה שמשלמת מה שנהנית כיון שאינו מתייאש מדמי הנאתה, אבל הא לדברי הספרים האלה קושית הגמ' תשאר במקומה האי זה נהנה וזה חסר הוא כיון שאינו מתייאש מדמי מה שנהנית הרי איכא חסרון עיין במפרשים שנדחקו מאוד בזה.

ב) **ויותר** יש לתמוה מה דאמר סתם פירות ברה"ר אפקורי מפקיר להו וכי יעלה על הדעת דאדם שהניח פירות ברה"ר יהא רשות לכל אדם ליטלן משום שהבעלים הפקירו אותם בשעת הנחתם בודאי זה לא שמענו בשום מקום ולא יעלה זה על לב איש לומר שאין דין גנבה וגזלה ברה"ר, ועוד דבאותו אופן לדקתני שם במתניתין (דף י"ט) השן מועדת לאכול את הראוי לה וכו' במה דברים אמורים ברשות הניזק אבל ברשות הרבים פטור ואם נהנית משלמת מה שנהנית אשר על זה קאמרה הגמ' סתם פירות ברשות הרבים

אפקורי מפקיר להו, הלא באותו אופן וענין איירי מתניתין דקתני אח"כ ד' כ"ד נגח נגף נשך רבץ בעט ברה"ר משלם חצי נזק ואיירי אפילו אם הזיק פירות בבעיטתו ונגיחתו ואפילו הכי חייב לשלם חצי נזק אלמא דפירות ברה"ר לאו הפקר הם וכן באותו ענין ואופן דאיירי בנזקי שן במתניתין דף י"ט קתני אח"כ במתניתין דף כ"ו אדם מועד לעולם אלמא דלא הוי הפקר ועוד יש להאריך ולדקדק בזה, אך אין צורך להאריך בדקדוקים כי הדבר ידוע ומובן לכל כי כל מי שמביא פירות ברה"ר אינו מביאם להשליכם לאבוד ואינו מפקירן רק מביאן למכור בשוק או בשביל סבה אחרת מביאם ברה"ר ולא בשופטני עסקינן שיאביד מעותיו בידים, ובודאי הוא שומרם ועושה כל טצדקי שלא ידרסם רגל בני אדם ולא יאכלם שן בהמה, לכן כל מי שגוזל ממנו או מזיקו מחויב לשלם כל אחד ואחד כדינו קרן חצי נזק אדם מועד לעולם, ושן ורגל גזרת הכתוב הוא דפטור, א"כ דברי הגמ' תמוהים מה שאמרו סתם פירות ברה"ר אפקורי מפקיר להו.

ג) **ולפי** דברינו ניחא דרמי בר חמא מייתי ראי' ממתניתין דזה נהנה וזה לא חסר חייב מדקתני אם נהנית משלמת מה שנהנית כשאכלה מתוך הרחבה דכאן מקרי לא חסר דאלעיסה אינו חייב לשלם דהוי שן ברה"ר, ואם הבהמה היתה זורקת מפיה לאחר הלעיסה קודם הבליעה לא היה שוה כלום, נמצא דכשבלעה הבהמה ונהנית בבליעתה לאחר הלעיסה הוה זה נהנה וזה לא חסר ואפילו הכי חייב ש"מ דזה נהנה וזה לא חסר בכל מקום חייב, היינו משום דאמרינן דאע"ג דלא חסריה מידי מ"מ לא מפקיר שום אדם את שלו ומקפיד על כל אדם שלא יהנו משלו, ודחי הגמ' האי זה נהנה וזה חסר הוא פירוש דכאן מקרי זה חסר משום החסרון שהיה מתחלה ע"י מעשיו ואיכא אומדנא דמוכח שעל בעל הבהמה הוא מקפיד שלא יהנה משלו ואליו אינו מפקיר את הפירות לאחר הלעיסה קודם הבליעה משום שגרם לו היזק אבל בעלמא שלא בא החסרון ע"י מעשיו או ע"י מעשי בהמתו לעולם אימא לך זה נהנה וזה לא חסר פטור משום דמסתמא הוא מפקיר ואינו מקפיד על שום אדם שלא יהנו משלו כיון שאינו חסר כלום, וכן כאן אם זרקה הבהמה מפיה את הפירות לאחר הלעיסה ובאה בהמה אחרת ואכלה ג"כ מיפטר בעל הבהמה השניה דזה שפיר מקרי לא חסר כיון שלא בא החסרון ע"י מעשיו או ע"י מעשי בהמתו ואפקורי, אפקריה בעל הפירות לפירותיו לגבי בעל הבהמה השניה דזה נהנה וזה לא חסר כלום ופטור אבל כאן כיון שהבהמה הראשונה בלעה את הפירות לאחר הלעיסה כיון שהיא גרמה לו היזק מתחלה לא מפקר אצלה אע"ג דלא חסר כלום דדמיא עליה כאריה ארבא.

ד) **ורמי** בר חמא מתרץ סתם פירות ברה"ר אפקורי מפקר להו, פירוש רמי בר חמא דדייק ממתניתין דזה נהנה וזה לא חסר חייב, הוא ס"ל ג"כ האי סברא דהיכא שבא החסרון מתחלה או ע"י מעשיו או ע"י מעשה בהמתו לא מפקיר שום אדם אצלו שום דבר ואע"ג דלא חסריה מידי ואפילו אם נימא זה נהנה וזה לא חסר פטור מ"מ כיון שגרם לו היזק לכן אינו מפקיר אצלו כלום רק שמקפיד עליו שלא יהנה משלו, מ"מ סבירא ליה לרמי בר חמא דהיינו דוקא במקום שהניזק יש לו תרעומות על המזיק מה שגרם לו ההיזק והניזק יודע היטב בעצמו שלא פשע כלל בהיזיקו רק המזיק פשע וגרם את ההיזק אז אינו מפקיר הניזק למזיק אפילו מידי שאין חסר כלום בהפקירו, אבל סתם פירות ברה"ר אפקורי מפקיר להו הניזק במקום שאינו חסר כלום שאין לו תרעומות על המזיק יותר ממה שיש לו על אדם אחר יען כי נפשו יודעת מאוד שהוא בעצמו גרם לו ההיזק ולא המזיק, לכן דייק רמי בר חמא ממתניתין דזה נהנה וזה לא חסר בכל מקום חייב ואין שום אדם מפקיר אפילו מידי דלא חסריה כלל, מדקתני במתניתין אם נהנית משלמת מה שנהנית ואם נימא דזה נהנה וזה לא חסר פטור משום דמידי דליכא חסרון לאדם מפקיר איניש א"כ אמאי חייב כאן מה שנהנית והלא גם כאן ליכא חסרון דאלעיסה לא מחייב דהוי שן ברה"ר ואם החזירה הבהמה מניה לא היה שוה כלום ואמאי חייב אלא ודאי דזה נהנה וזה לא חסר בכל מקום חייב וכאן לא נחשב שבא החסרון מתחלה ע"י מעשיו דכיון שהניזק פשע מה שהניח ברה"ר לכן אפקורי מפקיר ליה הניזק לאחר הלעיסה קודם הבליעה כמו שהוא מפקיר גם לאיש אחר אם נימא דזה נהנה וזה לא חסר פטור דזה הוה כמו זה נהנה וזה לא חסר דעלמא ואפילו הכי חייב ש"מ זה נהנה וזה לא חסר בעלמא נמי חייב עיין בשמעתתא דיאוש פרק כ"ב שביארנו ג"כ הסוגיא הנ"ל באופן אחר בס"ד.

ה) **ודע** דהתוס' כתובות דף ל' ד"ה לא צריכא שהבאנו לעיל חולקים על התוס' ב"ק דף כ' ד"ה הא איתהנית שהבאנו לעיל וכן חולקים על התוס' ב"ק ד' ק"א ד"ה או דילמא דהתוס' בכתובות כתבו הטעם בההיא דתחב לו חבירו בבית הבליעה דחייב הוא משום דעדיין שוה מעט דנהי דבפניו לא חזיא שלא בפניו מיחזא חזי ע"ש דמסיק ואפילו אי זה נהנה וזה לא חסר פטור מ"מ כאן ששוין כל שהוא אז מחייב בכל כדאמרינן התם (ב"ק כ') משום דא"ל את גרמת לי היקיפא יתירא מחייב בכל הנאה או משום שחרוריתא דאשייתא מחייב לכ"ע בכל, ומשמע מדבריהם שאם לא היה שוה כלום היה פטור ובתוס' ב"ק ד' כ' הקשו וא"ת ההוא דתחב לו חבירו בבית הבליעה דריש אלו נערות אמאי חייב האוכל זה נהנה וזה לא חסר הוא שאם היה מחזיר היתה נמאסת ואין שוה

כלום ותירצו וי"ל דלא דמי הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה מתחלה ולא תירצו כמו שתירצו בכתובות דאיירי שאם החזיר היה שוה מעט ולכן חייב אכולו וע"כ צריכין אנו לומר דפליגי אהדדי ולתוס' דב"ק אפילו לא היה שוה כלום היה ג"כ חייב מחמת החסרון שהיה מתחלה, וכן התוס' דב"ק דף ק"א ד"ה או דילמא ג"כ פליג על תוס' דכתובות הנ"ל דהנה התוס' ב"ק דף ק"א כיילי ללא דהיכא דאין ההנאה באה לא ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו אינו חייב לשלם, והקשו על זה מהא דכתובות אמאי חייב ממון זה שבלע את התרומה והלא לא בא החסרון לא ע"י מעשיו ולא ע"י מעשי בהמתו שהרי איירי שאיש אחר תחב לו לתוך בית הבליעה ותירצו דהיכא דגופו נהנה שאני ע"ש פירוש דכיון דגופו נהנה חייב אפילו בא החסרון שלא ע"י מעשיו ולא ע"י מעשי בהמתו ואי הוה ס"ל לתוס' דהתם בתחב לו חבירו בבית הבליעה מיירי דשוה מעט אם החזירו, א"כ למה להו לתוס' לתרץ דיען דגופו נהנה לכן חייב בתחב לו לימא דהתם שאני דמקרי מעשיו גרמו לו כיון דהוה ליה להחזיר וכיון דלא החזיר הא נהנה במעשהו ובבליעתו מחפץ ששייך לחבירו ומקרי מעשיו גרמו לו כיון דגרם היזק מעט לחבירו במעשיו חייב אכולא היזיקא כדאמרינן בשחרוריתא דאשייתא לא כן באתא קוף וצבעיה דאין מעשיו גרמו כלל ההיזק, וע"כ צריך לומר דהתוס' דב"ק דף ק"א ס"ל דהכא מיירי אפילו אם החזיר אינו שוה כלום וכל חיובו הוא משום החסרון שהיה בתחלה וא"כ קשיא להו להתוס' כיון דאמרינן היכא דאין עשיו ולא מעשה בהמתו גרמו ההיזק לא משגחינן אחסרון שהיה ומיפטר אהנאתו ה"נ בתחב לו חבירו ליפטר אהנאתו ותירצו דשאני הכא שגופו נהנה ולכן חייב אפילו אין מעשיו גרמו לו כלל, וסברת התוס' דכתובות דפליג אסברת התוס' דב"ק דס"ל דלהכי חייב בתחב לו חברו בבית הבליעה משום דנהנה מחמת החסרון שהיה בתחלה י"ל דהתוס' דכתובות ס"ל דאם איתא דטעמו של דבר דהא דתחב לו חבירו חייב משום החסרון שהים בתחלה א"כ קשה אמאי חייב הא אין מעשיו גרמו ההיזק ומב"ק בענין דאתא קוף וצבעיה להההוא צמר בהנך סימנים משמע דהיכא דאין ההיזק בא ע"י מעשיו ומעשה ממונו פטור ואמאי חייב בתחב לו חבירו, והתוס' בכתובות ס"ל שאין שום חלוק בין היכא דגופו נהנה או לא דבאמת הוא דוחק גדול לחלק בזה לכן ס"ל שהטעם כשתחב לו בבית הבליעה דחייב שהוא משום דאם יחזיר עדיין שוה מעט ומטעם שכיון שחייב אמעט ההוא משום שמעשיו גרמו לו לכן חייב על כל ההיזק כמו בשחרוריתא דאשייתא ולא אמרינן הטעם דחייב משום דנהנה ע"י החסרון שהיה בתחלה כיון דבעינן שיבא החסרון ע"י מעשיו או ע"י מעשי בהמתו וכאן

לא בא החסרון לא ע"י מעשיו ולא ע"י מעשי בהמתו וע"כ מוכרחים אנו לומר דחייב מטעמא אחרינא דמיירי ששוה מעט אם יחזיר כנ"ל.

פרק ג

א) **ויש** לדקדק על דברינו דלעיל שכתבנו דטעמא דשחרוריתא דאשייתא דאמרינן דאע"ג דלא חסרו אלא מעט מ"מ מחויב הוא לשלם הכל הוא משום דהוה כאלו מיחה בו בפירוש שלא ידור בביתו, דהנה הסמ"ע בחו"מ סימן שס"ג ס"ק י"ד כתב בפשיטות דמשאמר לו צא מן הבית מחויב הדר בו לשלם אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר אע"ג דהוי זה לא נהנה וזה לא חסר מ"מ מחויב הוא לשלם לו משום שמיחה בו בפירוש, וכן כתב הב"ח כדברי הסמ"ע ע"ש ואלו לענין שחרוריתא דאשייתא כתב הרמ"א שם ומרן המחבר שם דדוקא כשנהנה הדר בו הוא דחייב כגון בגברא דעביד למיגר דוקא חייב אבל בגברא דלא עביד למיגר פטור כיון שלא נהנה, אך מביא הרמ"א שם ויש חולקין היינו היכא דאיכא שחרוריתא דאשייתא מחויב לשלם לו אפילו היכא דלא נהנה כגון בגברא דלא עביד למיגר ומ"מ משמע דס"ל למרן המחבר ורמ"א דהעיקר הוא להלכה שאינו חייב בכל רק היכא שנהנה כגון בגברא דעביד למיגר שהרי הביאו הדעה הראשונה בסתם ושניה בשם ויש חולקין, ועכ"פ תקשה מ"ש היכא שמיחה בפירוש שלא שמענו שום מחלוקת וכו"ע ס"ל דחייב לשלם אפילו בגברא דלא עביד למיגר שלא נהנה ומ"ש בשחרוריתא דאשייתא דאתינן עלה ג"כ מטעם מחאה ואפילו הכי יש מחלוקת בזה ויש דס"ל שאינו חייב בכל רק בגברא דעביד למיגר שנהנה אבל בגברא דלא עביד למיגר לא כיון דאידי ואידי מדין מחאה אתינן עלה מ"ש זה מזה.

ב) **ואין** לומר דלא דמי למיחה בפירוש דהתם מקפיד עליו שלא ידור בביתו לכן מחויב הוא לשלם לו אפילו כשלא נהנה משא"כ כאן שאינו מקפיד על דירתו רק שמקפיד על הפסד כותליו וזה לבד אינו מפקיר לכן קילא טפי ואינו מחויב לשלם רק כשנהנה, אך זה אינו דא"כ אף כשנהנה מדירתו ג"כ יפטור כיון שאינו מקפיד על דירתו של חבירו רק מקפיד על הפסד כותליו א"כ דיו שישלם לו שכר שחרורית כותליו ולא יותר כיון דדירת ביתו כבר הפקיר ככל אדם שיש לו בית דלא עביד להשכירה דחשבינן ליה שהפקיר לדירת ביתו ומ"ש היכא דנהנה או לא, וממה נפשך אי חשבינן ליה כמוחה על דירת ביתו כיון שיש לו הפסד שחרוריתא דאשייתא ונחשב כאלו אמר לו אל תכנס לביתי או צא מן הבית א"כ אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר נמי יתחייב בכל כמו שכתבו הסמ"ע והב"ח לענין מוחה בפירוש, ואם לא חשבינן ליה כמוחה על דירת ביתו

רק נחשב כאלו מוחה ואמר אל תגרמו לי הפסד משחרוריתא דאשייתא וכיון שמשלם לו שכר שחרוריתא דאשייתא דיו ויפטור מלשלם לו הכל אפילו כשנהנה נמי וצ"ע.

ג) **ולולי** דברי הכמ"ע והב"ח הייתי אומר דבמוחה בפירוש מודים כו"ע שאינו חייב לשלם לו שכרו רק כשנהנה היינו כשהוא גברא דעביד למיגר אבל כשלא נהנה מדירתו כגון בגברא דלא עביד למיגר מודים כו"ע שאינו מחויב לשלם לו שכר, ואפי' היש חולקין שמביאם רמ"א דס"ל דבהיזק שחרוריתא דאשייתא מחויב לשלם כל שכרו אפילו בגברא דלא עביד למיגר וחצר דלא קיימא לאגרא מ"מ במוחה בפירוש ובמקום שאין שום הפסד כלל לבעל החצר דהיינו בחצר דלא קיימא לאגרא אינו חייב לשלם רק בגברא דעביד למיגר אבל בגברא דלא עביד למיגר ובחצר דלא קיימא לאגרא פטור, דהנה התוס' שם בב"ק ד' כ' ד"ה זה לא נהנה וזה לא חסר הוא כתבו דאפילו בחצר דקיימא לאגרא אם הוא גברא דלא עביד למיגר דהוי זה לא נהנה וזה חסר הוא פטור כיון שלא נהנה אע"פ שגרם הפסד לחבירו דאפילו גירשו חבירו מביתו נעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ופטור ע"ש בתוס' ולפי דבריהם אפילו בזה נהנה וזה חסר ג"כ אינו משלם לפי חסרונו דאינה אלא גרמא בעלמא רק כפי הנאתו משלם רק מה שזה חסר מועיל להודיענו שלא הפקיר דירתו כי אלמלי היה חצר דלא קיימא לאגרא היה פטור משום דאפקריה לדירתו אבל חצר דקיימא לאגרא לא הפקיר לדירתו כיון שחסריה ממונא אבל הדר אינו מחויב לשלם לו כפי חסרונו משום שאינה אלא גרמא בעלמא רק כפי הנאתו משלם, וכל זה הוא לשיטת התוס' אבל הרי"ף ושאר פוסקים פליגי על התוס' וס"ל דזה לא נהנה וזה חסר כגון גברא דלא עביד למיגר וחצר דקיימא לאגרא חייב וכן הוא בשו"ע חו"מ סימן שס"ג והטעם בזה כתבו דלא מקרי גרמא בעלמא משום שאכל חסרונו של חבירו עיין טור וב"י והרא"ש שם, א"כ לא שייך זה הטעם רק בחצר דקיימא לאגרא דחסריה ממונא שייך לומר שאכל חסרונו של חבירו, אבל בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר אין שום טעם לחייבו אפילו כשמוחה בעל החצר בהדר שיצא מן החצר, דאי משום הנאתו בעית לחייבו הרי לא נהנה מידי כיון שהוא גברא דלא עביד למיגר ואי משום חסרונו שהפסיד את חבירו בעית לחיובי' הרי לא חסריה מידי ולא שייך לומר שאכל חסרונו של חבירו אלא מוכרחין אנו לומר דהפוסקים המחייבין את הדר בחצר חבירו שלא מדעתו ומיחה בו בע"ה איירי בגברא דעביד למיגר דמחייבינן ליה משום הנאתו כשמיחה בו בע"ה שלא ידור בבית.

ד) **ועוד** כיון דלפי דברי התוס' בודאי פטור בגברא דלא עביד למיגר אפילו כשמיחה בו דהרי כתבו דאפילו גירש מביתו ואין לך מחאה גדולה מזו עיין רמ"א סימן שס"ג ס"ו

שמוכח מדבריו שגירש מביתו משכחת בלא מחאה ע"ש, ומדברי הרי"ף ושאר פוסקים לא שמענו שיחלקו על דברי התוס' רק בחצר דקיימא לאגרא אבל בחצר דלא קיימא לאגרא לא שמענו שיחלוק מי על דברי התוס' מנא לן לעשות מחלוקות חדשות ולומר דהרי"ף וסייעתו חולקים על התוס' אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא אלא ודאי בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר מודים כולי עלמא שהוא פטור מלשם שכרו אפילו כשמיחה בו בפירוש שלא יכנס לביתו או שיצא מן הבית ולא שייך כאן לומר שאכל חסרונו של חבירו דהרי לא חסריה מידי כיון שהחצר לא קיימא לאגרא.

ה) **אך** בשחרוריתא דאשייתא שפיר יש מקום לומר כדברי החולקין שהביא הרמ"א דאפילו בגברא דלא עביד למיגר ג"כ מחויב לשלם כל שכרו דהרי כאן שייך ג"כ קצת לומר דאכל חסרונו של חבירו דהרי חסריה שחרוריתא דאשייתא ונהי דשחרוריתא דאשייתא אינם שוים אלא מעט מכל מקום כיון שהוא אכל הרבה מחסרון מעט שלו מחויב לשלם לו כל מה שאכל היינו שדר בו וכמו שכתבנו לעיל שהנהנה מאה זוז מחפץ של חבירו שאינו שוה אלא פרוטה אחת מחויב לשלם לו מאה זוז אי לא קדמה משיכת הגזלה להנאתו שהרי משל חבירו אכל ונהנה, א"כ כאן נמי כיון שזה אכל הרבה מחסרון המעט של חבירו מחויב לשלם לו כל מה שאכל משל חבירו, וכל זה הוא ההיפך ממה שמשמע מדברי הסמ"ע והב"ח דמדבריהם משמע דאפילו למאן דס"ל בשחרוריתא דאשייתא דבעינן שהדר יהנה מהבית היינו שיהא גברא דעביד למיגר מ"מ במוחה בפירוש חייב אפילו בגברא דלא עביד למיגר, ולדברינו הוא איפכא דאפילו למאן דס"ל בשחרוריתא דאשייתא דחייב אפילו בגברא דלא עביד למיגר היינו משום שאכל חסרונו של חבירו מ"מ במוחה בפירוש בענין שאין בו משום שחרוריתא דאשייתא בעינן שיהא גברא דעביד למיגר, דאי בגברא דלא עביד למיגר פטור דהא אי אתה יכול לחייביה לא משום הנאתו ולא משום דחסריה ממונא וכדלעיל.

ו) **ולפי** מה שכתבנו נתבאר דלא שייך האי דינא דשחרוריתא דאשייתא רק באופן כזה דאיירי הגמ' שהבית ודירתו שייכים לבעל הבית ושלו הם או כההיא דתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה דהפירות הם של בעל הפירות ולא של הנהנה אבל בנידון שהחפץ הוא של הנהנה ומגיע הפסד לחבירו בהנאתו של בעל החפץ בהאי חפץ בודאי לא שייך לחייבו על כל הנאתו משום ההפסד מעט כיון דמדידיה קמיתהני דהא מדינא הנהנה פטור מטעם דבעל החפץ מפקיר את הנאת החפץ לכל אדם כדאמרינן לעיל כיון שאין מגיע לו הפסד מהנאתו של פלוני הנהנה מנכסיו רק במקום שמגיע לו קצת הפסד שוב אינו מפקיר את ההנאה וא"כ הי' נהנה מחפץ של אחר שלא ברצונו ולכן חייב לשלם את

כל הנאתו לפלוני בעל החפץ וזה שייך דוקא אם נהנה בחפצו של אחר לא כן אם ראובן נהנה בחפץ של עצמו ומגיע מזה הפסד לשמעון בודאי אינו משלם בעד כל ההנאה לשמעון כיון שהחפץ שלו הוא.

ז) **וכתבתי** זאת יען שראיתי בט"ב מהדורא תנינא סימן כ"ד שנשאל בענין כי ראובן חיבר פירוש על סדר נזיקין וקדשים והלך אצל שמעון המדפיס ונתפשר עמו בסך ידוע בעד כל דף ודף שידפיס לו אלו השני סדרים עם פירש"י ותוס' ופירושו של המחבר למטה, ואחר שגמר המדפיס את מלאכת המחבר הסיר מלמטה את הפירוש החדש של המחבר והדפיס לעצמו שני הסדרים הנ"ל ע"ש בט"ב שהאריך ובסוף מסיק שהמדפיס מחויב לשלם להמחבר חלקו, שהרי גם בדר במצר חבירו שלא מדעתו אפילו לא קיימא לאגרא מ"מ אם חסרו מעט כגון בשחרוריתא דאשייתא מחויב לשלם לו כל השכר כפי שנהנה, וגם כאן מחסרו הרבה כי אלמלא לא היה שמעון מדפיס הספרים שלו הוו שכיחו וקפצי זביני על ספרו של ראובן ועכשיו ששמעון מדפיסם יהיו הספרים בזול, וכיון שמחסרו מעט מחויב לשלם לו כל שכרו כפי חלקו כמו בשחרוריתא דאשייתא ע"ש בנו"ב, ונראה לי דאין זה שום שייכות להההיא דשחרוריתא דאשייתא דכיון שהמדפיס עשה וגמר את מלאכת המחבר שוב אין לו להמחבר שום שייכות אל האותיות של המדפיס ואם יש לו להמדפיס אותיות רבות אינו מחויב לעולם לסתור את האותיות שסידר וכיון שהמדפיס משלו נהנה ולא משל המחבר לכן אין נידון זה שום שייכות לההיא דשחרוריתא דאשייתא דאמרינן דכיון שהפסידו מעט מחויב לשלם לו כל שכרו דדוקא התם שהבית הוא של בעל הבית ואפילו אי לא קיימא לאגרא מ"מ דירתו וביתו שלו הם רק כיון דלא קיימא לאגרא ולא חסריה מידי לכן אמרינן שהפקיר דירת ביתו אבל אם בעל הבית מיחה בפירוש שלא יכנסו לביתו או דאיכא הפסד קצת דהוי נמי כאלו מיחה בפירוש ולא הפקיר לכן מחויב לשלם כל שכרו שנהנה אבל בנידון הנו"ב שהמדפיס משלו נהנה ולא משל המחבר אמאי ישלם לו כל שכרו.

ח) **ולפענ"ד** נראה בכל הדין כולו דלא כהנוב"י דלא זו בלבד שכל שכרו אינו מחויב לשלם לו אלא ההפסד הזה אשר מפסידו דלא קפצו זביני על ספרו גם ההפסד הזה אינו מחויב לשלם לו שאין זה אלא גרמא ומניעת הריוח בלבד ואין בזה דין ממון כלל

פרק ד

א) **ויש** להקשות על דברינו דהנה הנ"י בפרק כיצד הרגל כתב בשם הרמ"ה וז"ל דמכאן שמענו דהא דאין צריך להעלות לו שכר בחצר דלא קיימא לאגרא לאו דוקא בגדול דבר מחילה הוא אלא אפילו ביתומים דלאו בני מחילה אמרינן הכי, דהא הכא לא היה חייב

בעל האפדנא אלא משום דקרמונאי הוי יתבי התם הא לאו הכי דיינינן ליה כחצר דלא קיימא לאגרא וטעמא משום דזה נהנה וזה לא חסר אינו תלוי במחילה דאפילו בגברא קפדנא דידעינן ודאי דלא מחיל לא היו מעלין לו שכר וה"ה גבי יתמי דשייך טעמא דזה נהנה וזה לא חסר עכ"ל הנימוק"י שם, ולכאורא נסתר בזה כל דברינו דלעיל שכתבנו שהטעם דזה נהנה וזה לא חסר פטור הוא משום שמפקיר לדירת ביתו או שאינו מקפיד, ולכן מחויב לשלם כשמיחה או בדאיכא שחרוריתא דאשייתא דהוי כמו שמיחה, שהרי הנימוק"י בשם הרמ"ה כתב בהדיא דזה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו ביתומים קטנים דלאו בני דעה נינהו ולאו בני מחילה והפקר הם, ועוד שהרי כתב בהדיא דאפילו אי ידעינן ודאי דלא מחיל אין צריך להעלות שכר בזה נהנה וזה לא חסר אלמא שאין הטעם משום מחילתו והפקרו של בעל החצר וזה דלא כמו שהארכנו עד כה.

ב) **ונראה** דהרמ"ה ס"ל כשיטת האומרים דהא דאמרינן זה נהנה וזה לא חסר פטור הוא מטעם דכיון שהוא לא חסר כלום כופין על מדת סדום ואין כאן דין ממון ואין צריך למחילתו ולהפקירו של בעל החצר, ולדבריהם אפילו אם בעל החצר מיחה בפירוש בהדר בחצירו שיצא או לא יכנס מ"מ הוא פטור מלשלם כיון שאין דין ממון במקום שאינו חסר כלום וכופין על מדת סדום ומקרי דירת ביתו אינו שלו כיון שב"ד כופין אותו ומוציאין מידו א"כ הוי אינו שלו ואין צריך למחילתו או להפקירו וכן כתב המרדכי בשם ראבי"ה בריש פ' כיצד הרגל דבחצר דלא קיימא לאגרא כיון דלא חסר כלום לכן כופין על מדת סדום שיניח את אחרים שידורו בחצרו לכן שפיר כתב הרמ"ה דזה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו ביתומים קטנים כיון שאין צריך למחילתם ולהפקרם.

ג) **אבל** דברינו סובב הולך ע"פ שיטת רוב הפוסקים דקי"ל כוותייהו דס"ל דהיכא שבעל החצר מוחה בפירוש שלא יכנסו בחצרו מחויב לשלם לו ומכ"ש שאין כופין את בעל החצר לכתחלה שיניח את אחרים שידורו בחצר, אלמא דדירות החצר שייכים לבעל החצר ושלו הם ויש דין ממון בזה נהנה וזה לא חסר ולדבריהם צריך לומר דהא דקי"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור הוא מדין מחילה או הפקר או דבר שאינו מקפיד, והיינו דכיון שלא חסר כלום אנן סהדי שהפקיר לדירת ביתו וחצרו, ולפי זה יוכל היות דביתומים קטנים זה נהנה וזה לא חסר חייב כיון דדירת הבית שלהם היא ולאו בני דעה נינהו ולא בני הפקר ומחילה הם לכן מחויב הדר בביתם או בחצרם לשלם להם אפילו בזה נהנה וזה לא חסר, וההוא עובדא דמייתי התם בב"ק (ד' כ"א) בההוא גברא דבנה אפדנא אקילקלתא דיתמי ומסקינן דמשו"ה חייב לשלם משום דהוה זה נהנה וזה חסר ומשמע אבל זה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו ביתומים איכא למימר דאיירי ביתומים גדולים

דבני מחילה והפקר נינהו אבל ביתומים קטנים חייב לשלם אפילו בזה נהנה וזה לא חסר, ומה שמשמע שם ד"ה מאי הוה עלה בנימוק"י בשם הרמ"ה שאין כופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר נראה דאזיל לפרש דברי האומרים דזה נהנה וזה לא חסר חייב, שהרי שם תיכף בד"ה אמר רב כהנא כתב הנימוק"י והכי קי"ל דאין צריך להעלות לו שכר דזה נהנה וזה לא חסר כופין אותו עכ"ל אלמא דס"ל להנימוק"י דכופין למאן דס"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור.

ד) **ודע** דשיטת הרמ"ה הוא (הובא בנימוק"י שם) דהיכא דאיכא שחרוריתא דאשייתא אינו מחויב לשלם לו כל שכרו רק שכר שחרוריתא דאשייתא ויוכל היות דלשיטתו אזיל משום דס"ל דבחצר דלא קיימא לאגרא כיון דלא חסריה מידי כופין על מדת סדום שיניח את אחרים בחצרו ונמצא דדירת חצר לאו של בעל החצר הם ואפילו היכא שמוחה בפירוש ג"כ אין מחויב לשלם לו, לכן אפילו היכא דאיכא שחרוריתא דאשייתא והוי כמו שמוחה בפירוש מ"מ פטור מלשלם לו כמו שביארנו לעיל כמה פעמים דפסידא דשחרוריתא דאשייתא הוי כמו שמיחה בפירוש לכן כיון דמיחה בפירוש פטור לשיטת הרמ"ה כן הוא בדאיכא שחרוריתא דאשייתא, דדוקא לדידן דס"ל דזה נהנה וזה לא חסר פטור מטעם מחילה והפקר והיכא שמיחה בפירוש חייב לכן היכא דאיכא שחרוריתא דאשייתא נמי חייב דהוי כאלו מיחה בפירוש משא"כ לשיטת הרמ"ה.

ה) **ויש** מקום לקיים דברי הרמ"ה שכתב דזה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו ביתומים קטנים ודבריו נכונים אפילו לדידן, אך לא מטעמיה, דלדברי הרמ"ה מועיל ביתומים קטנים משום דלאו מטעם מחילה והפקר אתינן עלה ולדידן יש לומר דמהני ביתומים קטנים משום דזכות הוא להם משום ושאיה יוכת שער או משום דביתא מיתבא יתיב או משום דניחא להו דלא נסתרי עבדיהם ובמידי דזכות זכין אפילו לקטן בן יום אחד כדאיתא בחו"מ סימן רמ"ג ס"ב י"ח דזכין לקטן אפילו בן יום אחד כיון דזכות הוא לו, ובזה ניחא דברי מרן הב"י שפסק בסימן שס"ג דזה נהנה וזה לא חסר חייב כשמיחה ובכל זאת פסק בב"י שם כהרמ"ה דזה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו ביתומים קטנים דלאו בני מחילה נינהו א"כ צריך לומר כמו שכתבתי שהוא מטעם זכות וזכין להם שלא בפניהם ומזה יש ראי' דאפילו זכין מאדם נמי אמרינן ולאו דוקא זכין לאדם.

פרק ה

א) **כתבו** התוס' שם ד' כ' ד"ה טעמא דניקף וכו' וז"ל וא"ת ואי זה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו עמד ניקף נמי וי"ל שאני עמד ניקף דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה ולא דמי לדר בחצר חבירו דלא גלי דעתיה אלא בחנם עכ"ל התוס' ושם דף כ"א איתא בגמ' הדר בחצר

חבירו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר והשוכר בית מראובן מעלה שכר לשמעון שמעון מאי עבידתיה הכי קאמר נמצא הבית של שמעון מעלה שכר לשמעון תרתי הא דקיימא לאגרא הא דלא קיימא לאגרא עכ"ל הגמ', ופירש"י תרתי בתמיה כלומר תרתי מילי קאמר דסתרן אהדדי דהאי דשכר בית שמעון מראובן הוי ליה דר בחצר שמעון שלא מדעת שמעון ומתרץ הגמ' הא דקיימא לאגרא מעלה שכר לשמעון דהוה ליה זה נהנה וזה חסר ע"ש בגמ' וזהו לכאורא תימא לדברי התוס' שכתבו דהיכא דגלי דעתיה מחויב לשלם אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא א"כ מאי מקשה הגמ' תרתי הלא כיון ששכר את הבית מראובן הרי גלי דעתיה דניחא ליה בשכר משו"ה צריך לשלם, וכתבו המפרשים (עיין טור וב"י) דדוקא היכא דגלי דעתיה לשלם להבעלים התם הוא דמחויב לשלם אבל בשוכר בית מראובן כיון שנמצא טעות בשכירותו הוי כמו שלא שכר כלל והרי חזר דינו לדין זה נהנה וזה לא חסר דעלמא. עיין בטור סימן שס"ג ובב"י שם ועיין חו"מ סימן שס"ג סע' ח' וסע' ט' ובהמ"ע שם ס"ק כ"ב והדבר צריך ביאור מ"ש היכא דגלי דעתיה להבעלים עצמם דחייב ומ"ש היכא דגלי דעתיה לאיש אחר שהוא פטור, ועוד צריך ביאור אמאי יועיל גילוי דעתו של הדר בו כיון שהטעם דאמרינן זה נהנה וזה לא חסר פטור משום הפקר הוא דאמרינן שבעל החצר הפקיר דירת חצרו, א"כ איך נחייב את הדר בו משום גילוי דעתו כיון שבעל החצר כבר הפקירו ודירת חצרו לאו דידיה היא אמאי יועיל לחייב את הדר בו משום גילוי דעתו.

ב) **ונראה** דשני מיני גילוי דעת ישנן בדברי התוס' בב"ק שהבאנו לעיל בסמוך חדא משום התחייבות וחדא משום שליחות, האי דמשום התחייבות אינו חייב רק כפי הסכום שגלה דעתו ולא יותר, אבל הגילוי דעת שהוא מטעם שליחות מחויב הוא לשלם יותר ממה שראינו שגלה דעתו, ועתה אפרש דברי' דמדברי התוס' שכתבו בסיום דבריהם ולא דמי לד בחצר חבירו דלא גלי דעתיה אלא בחנם, מוכח דאם היה מגלה דעתו שרוצה לדור בשכר היה מחויב לשלם שכר חצרו והטעם הוא משום התחייבות, והיינו דאע"ג שבעל החצר כבר הפקיר לדירת חצרו ואינו מקפיד על שום אדם שידור בחצרו, מ"מ כיון שהוא גלה דעתו שרוצה לשלם שכרו הרי התחייב ונשתעבד לשלם לו לבעל החצר ואע"ג שלא עשה שום קנין חליפין או כסף מ"מ בההיא הנאה דקמשתמש בביתא דחבריה גמר ומשעבד נפשו וכ"כ הנימוק"י ומביאם ב"י שם בחו"מ שם סעיף ו' דמשום שיעבוד והתחייבות נגעו בה וכיון דמשום התחייבות אתינן עלה לכן אינו מחויב לשלם רק כפי הסכום שגלה דעתו להתחייב עצמו ולא יותר, ואולי הוא גם משום קנין שכירות היינו כיון שגילה דעתו לשלם שכר בעד החצר ועל אופן זה נכנס בחצר של חבירו יש לו להדר

בו קנין שכירות בחצרו של חבירו אע"ג דלא קיימא לאגרא מ"מ זכות הוא לו לכן נתחייב ונשתעבד הדר בו לשלם שכירות חצרו זהו הגילוי דעת דמהני מדין התחייבות שאמרנו שמחויב לשלם כסכום שגלה דעתו ולא יותר.

ג) **ויש** עוד מין גלוי דעת מוזכר בדברי התוס' הנ"ל שהוא מדין שליחות, דהיינו מה שכתבו התוס' בראש דבריהם, וא"ת ואי זה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו עמד ניקף נמי וי"ל שאני עמד ניקף דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה עכ"ל והאי גילוי דעת אשר גילה הניקף את דעתו ליכא למימר שהוא מטעם התחייבות שהרי לא נתרצה הניקף לשלם לו למקיף מאומה ולא דמי לדר בחצר חבירו ונחית אדעתא דאגרא דהתם רוצה לשלם שכרו משא"כ כאן שאין הניקף רוצה לשלם מאומה למקיף ועדיין עומד הניקף וצווח שאין רצונו לשלם להמקיף מאומה, רק הגילוי דעת דניקף הוא מדין שליחות היינו דכיון שאנו רואין עכשיו שגילה הניקף דעתו כי רצונו עכשיו בהקיפו של זה הוי כאלו אמר לו הניקף למקיף מתחלה עשה גדר כזה ואני אשלם לך חלקי דבהאי גונא ודאי מחויב הניקף לשלם חלקו להמקיף שהרי על פיו עשה והוציא הוצאות, לכן אע"ג שלא אמר הניקף מאומה להמקיף מתחלה רק אח"כ גילה הנוקף דעתו דניחא ליה במה שהקיף חבירו הוי הגילוי דעת של אח"כ כמו האמירה מתחלה וכיוצא בזה איתא בגמ' ב"מ דף ק"א דהיורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, בשרה העשויה ליטע שמין אותו וידו על העליונה היינו כיורד ברשות ובשדה שאינה עשויה ליטע שמין אותו וידו על התחתונה, ומייתי שם עובדא באחד שנטע שדה שאינה עשויה ליטע של חבירו ואתא לקמיה דרב אמר ליה זיל שלם ליה וידו על התחתונה א"ל לא בעינא לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה אמר ליה גלית אדעתך דניחא לך זיל שלם ליה וידו על העליונה עכ"ל הגמ' הרי אנו רואין שהגילוי דעת מה דחזינן השתא דניחא ליה הוי כאלו עשאו שליח מתחלה ליטע ולגדור לכן שמין אותו כיורד ברשות, א"כ כאן נמי במה שעמד ניקף וגדר את הרביעית גלה דעתו שנתרצה במה שגדר חבריה והוי כאלו עשאו שליח מתחלה לגדור לכן מחויב לשלם הכל והוא יותר ממה שגלה דעתו שהגילוי דעת לא הוי רק ברוח הרביעית וגם לא גלה דעתו לשלם מאומה והוא מחויב לשלם כל שכרו בכל ד' רוחות שגדר חבירו, ובדר בחצר חבירו שלא מדעתו שם לא שייך הגילוי דעת של שליחות דליכא למימר דנעשה שלוחו בבנין ביתו או חצרו שהרי אין הדר בו קונה חלק בביתו ובחצרו רק הגילוי דעת דהתם הוא מדין התחייבות כמו שכתבנו לעיל.

ד) **לכן** ניחא דבשוכר בית מראובן אינו מטלה שכר לשמעון אם נמצא הבית של שמעון אע"ג דהשוכר גלה דעתו דניחא ליה לשלם שכרו והתחייב את עצמו לשלם לראובן מ"מ

אינו מחויב לשלם לשמעון מידי שהרי אליו לא התחייב עצמו לשלם מאומה, ולראובן פשיטא שאין לו מה לשלם כלום כיון שאין הבית של ראובן והקנין והתחייבות אשר עשה הדר בו עם ראובן כבר נתבטל כיון שאין לו בית לראובן ולשמעון לא התחייב עצמו מאומה לכן הוא פטור מלשלם כמו בדר בחצר חבירו דעלמא היכא דלא גלי דעתיה כלל.

ה) **אכן** נראה דבעמד ניקף וגדר את הרביעית דמגלגלין עליו את הכל אם הניקף טעה וסבר כי ראובן היה המקיף משלש רוחותיו ונמצא כי שמעון גדר משלש רוחותיו אע"ג שגלה הניקף דעתו לאיש דעלמא היינו ראובן שדעתו לשלם לו, ולראובן הא אינו מחויב לשלם מ"מ נראה דמהני הגילוי דעת הזה ומחייב הניקף לשלם לשמעון המקיף דכיון שהגילוי דעת דמקיף וניקף לאו מדין קנין והתחייבות אתינן עלה רק, מדין שליחות היינו דאמרינן דכיון דגלה דעתו עכשיו דניחא ליה במה שגדר חבריה הוי כאלו אמר לו מתחלה לך וגדור ואני אשלם לך חלקי וכאן כשנמצא הגדר של שמעון לא שייך לומר שנתבטל הגילוי דעת שהרי הגילוי דעת לא יוכל להתבטל לעולם דדוקא קנין והתחייבות ושיעבוד זהו נתבטל כשחייב עצמו לראובן ונמצא בטל הרי נתבטל הקנין אבל הגילוי דעת לעולם עומד וקיים ואף עכשיו שנמצא הגדר ששמעון גדרו מג' רוחותיו והגילוי דעת היה בשעה שסבר שראובן גדרו מ"מ הרי הגילוי דעת קיים שהרי אנו רואים דניחא ליה שיהא שדהו גדורה מארבע רוחותיו או בשדה שאינה עשויה ליטע ובא שמעון ונטעה ובעל השדה סבר וטעה כי ראובן נטעה מ"מ אם ראובן גלה דעתו דניחא ליה במה שנטעה מחויב לשלם לו כיורד ברשות דהגילוי דעת לעולם עומד וקיים דניחא ליה שתהא שדהו נטועה וזה לא יתבטל לעולם דדוקא הקנין והתחייבות נתבטלו ע"י טעות אבל גילוי דעת אין לה בטלה עולמית. ו) **ומכל** מה שביארנו נתבאר לך דלא שייך לומר שהגילוי דעת יועיל רק אם ראובן משתמש בשל שמעון כגון בדר בחצר חבירו שלא מדעתו וראובן שדר בבית גלה דעתו דניחא ליה לשלם מחויב ראובן לשלם שהרי נתחייב גופו לשלם וגם קנין לא מחסרה כאן כמו שכתבנו לעיל דכיון דקמשתמש בביתא דחבריה ונהנה ממנו הוי כמו כסף או חליפין כדאיתא בכמה דוכתי בש"ס דבההיא הנאה הוי כמו כסף או חליפין או כמו שכתבנו לעיל שהדר בבית יש לו קנין שכירות בביתו של חבירו היכא דנחית בה אדעתא דאגרא, אבל אם ראובן דר בבית שלו אדעתא לשלם אגרא לשמעון לא מהני גילוי דמתא דראובן דאכתי מיחסרא קנין שיתחייב ראובן לשמעון דכאן לא שייך לומר בההיא הנאה או שכירות כיון דראובן דר בבית שלו.

ז) **וכן** הגילוי דעת השני דהוי מטעם שליחות כמו במקיף וניקף ג"כ לא שייך אלא כשראובן הניקף משתמש בהגדר שגדר שמעון המקיף אז אמרינן כיון דגלי הניקף דעתו

דניחא ליה במה שגדר חבריה משו"ה מחויב לשלם לו אבל אם ראובן משתמש בגדר שגדר הוא בעצמו ממעותיו אין שייך לחייבו ליתן לאחרים ממעותיו כי למי יתן והוא פשוט מאוד.

ח) **ולא** הוצרכתי לכתוב זאת רק יען שראיתי בט"ב מהדורא תנינא חלק חו"מ סימן כ"ד לענין נידון המדפיס והמחבר שהבאנו לעיל רצה הנ"ב לחייב את המדפיס לשלם חלקו להמחבר במה שידפיס אח"כ מטעם גילוי דעת היינו לפי שהמדפיס מוציא אח"כ הוצאות בנייר ושאר הוצאות הרי גילה דעתו דניחא ליה בסידור האותיות שסידר המחבר, ולפי מה שכתבנו לא שייך כאן שום אחת משתי מיני גילוי דעת אשר כתבנו לעיל, דכיון שלאחר שהמדפיס עשה את מלאכת המחבר שוב אין לו להמחבר שום זכות וקנין בהאותיות של המדפיס ואם ירצה המדפיס לא יסתור אותיותיו לעולם והם של המדפיס א"כ לא שייך כאן שום גילוי דעת לחייב את המדפיס, דהגילוי דעת אשר מטעם התחייבות לא שייך כאן לא מיבעיא בנידון דהט"ב שהמדפיס לא נחת אדעתא דאגרא היינו לשלם להמחבר כי הרי אנו רואין שלא רצה לשלם לו מאומה א"כ בודאי לא שייך גילוי דעת מטעם התחייבות שהרי המדפיס לא התחייב עצמו במאומה, אלא אפילו אם המדפיס נחית אדעתא לשלם להמחבר מ"מ אינו מחויב לשלם דהרי מחסרא קנין לחייב עצמו והא למה זה דומה לראובן שדר בביתו אדעתא לשלם לשמעון את שכרו שאינו מחויב לשלם לו מאומה כמו שכתבנו לעיל.

ט) **וכן** הגילוי דעת אשר מטעם שליחות כמו במקיף וניקף לא שייך כאן כיון שהמדפיס בשלו קמשתמש ואין להמחבר חלק בהאותיות לאחר שעשה וגמר מלאכתו לא מהני גילוי דעת לחייבו כי למי ישלם כיון שמשתמש ונהנה משלו ולא משל חבירו, כמו אם הניקף היה מקיף משלו ממעותיו למי ישלם אם גלה דעתו כיון דבשלו משתמש וכן הוא דין המדפיס דבשלו קמשתמש ואין בזה דין גילוי דעת

פרק ו

א) **איתא** בב"ב דף ה' כותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנותו עד ד' אמות וכו' מד' אמות ולמעלה אין מחייבין אותו סמך לו כותל אחר אע"פ שלא סמך עליו את התקרה מגלגלין עליו את הכל, וכתבו התוס' אע"ג דזה נהנה וזה לא חסר פטור מ"מ כיון דגלי דעתיה דניחא ליה בהגבהה חייב וכן משמע נמי בכיצד הרגל וכו' אי נמי זה חסר הוא שגורם לו שהגביה הכותל למעלה מד' אמות כדי שלא יהיה לו היזק ראיה בשום אופן ממנו עכ"ל התוס' הרי אנו רואין שכתבו התוס' שני תירוצים בזה אם לחייבו משום גילוי דעת או לא ומשמע דלא פסיקא להו להתוס' לחייבו משום גילוי דעת וצריך ביאור מ"ש גילוי דעת

הזה מהגילוי דעת שכתבו התוס' בב"ק לדבר פשוט דהיכא דגלה הניקף את דעתו חייב, ויותר יש לתמוה על דברי הנימוק"י שכתב כאן בב"ב על המשנה, הנ"ל וז"ל אבל אם בנה כותל כנגד כותל זה וכו' מגלגלין עליו את הכל שהרי גילה דעתו דניחא ליה במאי דבנה חבריה, ואם תאמר במאי קנאו דמחייבים ליה יש לומר דכיון דחצי כותל עומד הוא על חצרו קנתה לו חצרו ואע"פ שלא אמר לו אידך תקנה לך חצרך ברור לן שעל דעת כן בנאו שיהיה שלו כל זמן שירצה עכ"ל הנימוק"י, היוצא לן מדברי הנימוק"י כי משום הגילוי דעת לחוד עדיין לא רמיא חיובא על זה שסמך לו כותל אחר רק משום דזכתה לו חצרו בחצי הכותל לכן הוא מחויב לשלם להמגביה, והדבר תימא דלענין מקיף וניקף מחויב הניקף לשלם חלקו משום הגילוי דעת לחוד אע"ג דלא זכתה לו חצרו שהרי התוס' בב"ק דף כ' ד"ה את גרמת פירשו דאיירי שהקיף מבחוץ ולא הקיף בו לבין הניקף וכן כתב הנימוק"י בב"י דאיירי בהכי וכיון אכן אין הגדר עומד על קרקעו של הניקף שיזכה לו חצרו, ואפילו הכי מחויב הניקף לשלם להמקיף בשביל הגילוי דעת לחוד דגלי דעתיה דניחא ליה ומ"ש כאן דאמרינן שאע"פ דגלי דעתיה דליתא ליה במאי שהגביה חברו את כותלו בכל זאת אינו חייב לשלם לו עד שיזכה לו חצרו במחצית כותלו של חברו

ב) **ונראה** לתרץ ע"פ מה שכתבנו לעיל דמשום גילוי דעת יש לחייבו על שני אופנים. א) כשדר בחצר חבירו שלא מדעתו על דעת לשלם שכרו אז הוא מחויב לשלם שכרו משום שנשתעבד גופו ונתחייב לשלם משום שעבוד והתחייבות ב כשעמד ניקף וגדר את הרביעית אע"ג דלא שייך שם שיעבוד הגוף שהרי הניקף אינו רוצה לשלם כלום ולא התחייב א"ע בשום חיוב ממון מ"מ חייב הוא לשלם מטעם שליחות היינו דאמרינן דכיון דגלי הניקף דעתו דניחא ליה בהקפה הוי כאלו עשה שליח להמקיף למפרע שיקיפו בשותפות, והנה ענין התחייבות בודאי לא שייך בנידון זה כשסמך לו כותל אחר שהרי כשסמך הכותל לא סמך אדעתא לשלם שכרו שהוא אינו רוצה בזה רק שאנו כופין אותו לשלם אבל הוא רוצה להשתמש בכותל חבירו בחנם, אך הגילוי דעת של שליחות שייך כאן כמו במקיף וניקף, שהרי גם כאן יש לומר דבזה שסמך כותל אחר גלה דעתו דניחא ליה במה שהגביה חבריה והוי כאלו עשאו שליח להגביה את הכותל למפרע ושלוחו הוא כמו במקיף וניקף.

ג) **ונראה** דס"ל להנימוק"י ולהתוס' בתירוץ השני דלא שייך לומר איגלאי מילתא למפרע מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה והוי שלוחו, רק היכא שלא נתחדש ענין חדש כגון בההיא דעמד ניקף וגדר את הרביעית או בההיא דב"מ דף ק"א ביורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות דאמרינן דכיון דגלי דעתיה דהשתא ניחא ליה מעיקרא

נמי ניחא ליה והוי שלוחו למפרע, והוא יען שאין שום טעם לחלק ולומר דדוקא השתא ניחא ליה ולא מעיקרא כיון שלא נתחדש עתה שום ענין חדש ממה שהיה מתחלה, דהא מעיקרא נצרכת היתה השדה להקיפה מד' רוחות ומה שעמד ניקף וגדר את הרביעית אין זה ענין חדש, משא"כ בההיא דסמך לו כותל אחר שאנו רואים בפירוש ענין חדש היינו הכותל שסמך א"כ בודאי איכא למימר דדוקא עכשיו ניחא ליה במה שהגביה חברו אבל מעיקרא לא היה ניחא ליה, וכיון דלא ידעינן ניחותא דידיה רק מכאן ולהבא ולא למפרע לכן שפיר הקשה הנימוק"י במאי נתחייב לשלם לו חלקו מה שהגביה כותלו דדוקא במקיף וניקף דלא נתחדש עכשיו דבר חדש ממה שהיה בתחלה דהא השדה נצרכת היתה להקיפה בכולו ועמדה השדה להכי, אמרינן איגלאי מילתא למפרע דבשעה שהקיף המקיף שלוחו של הניקף היה לכן נתחייב הניקף לשלם חלקו בלא שום קנין וזכיה משא"כ בההיא דסמך לו כותל אחר דלא ידעינן דניחא ליה מעיקרא בשעה שהגביה הכותל ולא נעשה שלוחו למפרע רק עכשיו ניחא ליה א"כ צריך קנין לחייבו ובלא קנין אינו מתחייב כלל, ותירץ הנימוק"י משום דזכתה לו חצרו במחצית כותלו לכן נתחייב לשלם לו חלקו משעה שסמך כותלו וגלי דעתיה דניחא ליה השתא ולא למפרע, ומטעם הזה דאמרינן דביותר מד' אמות נתחדש ענין חדש לכן תירצו התוס' בתירוץ השני דמשו"ה חייב משום דהוי זה נהנה וזה חסר וחייב אפילו בלא גילוי דעתא כמו דקי"ל באמת דאפילו עמד הקיף חייב הניקף לשלם הכל משום דגרם לה הקיפה יתירה כדאיתא בב"ק ד' כ' אך התוס' בתירוץ הראשון ס"ל דאפילו כשנשתנה הענין אפילו הכי אמרינן איגלאי מילתא למפרע והוי שלוחו למפרע ואין צורך שיעשה עכשיו שום קנין ואין צריך שיהא חסר.

ד) **ולכאורה** יש להקשות על דברינו מפ' אלו מציאות דף כ"א ודף כ"ב בסוגיא דיאוש שלא מדעת דמשמע התם דקי"ל כאביי דלא אמרינן מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה כגון ביאוש ובהכשר זרעים וכדומה, ועוד משמע מסוגיא דשם דלענין שליחות מודים כולי עלמא דלא אמרינן מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה משום דכתיב אתם גם אתם, ואיך אמרינן כאן שיועיל הגילוי דעת של הניקף לומר מדהשתא ניחא ליה איגלאי מילתא למפרע דמעיקרא נמי ניחא ליה והמקיף הוא שלוחו של הניקף לכן מחויב הניקף לשלם להמקיף תיכף בלא שום קנין רק משום שליחותו של המקיף, והלא לענין שליחות כולי עלמא מודים דלא אמרינן כן.

ה) **אך** אין זה תימה כלל דהא טעמא דלא אמרינן בשליחות איגלאי מילתא למפרע מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה הוא משום דכתיב אתם גם אתם מה אתם

לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, פירוש ולאפוקי היכא דליכא דעת בעליו בפירוש אז לא הוי שליחות, כגון היורד לתוך שדה חבירו ותרם שלא ברשות ובא בעליו ואמר לו כלך אצל יפות אז אין תרומתו תרומה אף שנמצאו יפות מהן וידעינן דהשתא ניחא ליה מ"מ לא מהני כלום לעשותו תרומה משום דגבי שליחות בעינן דעתו היינו שיעשה אותו שליח בפירוש משום דכתיב אתם גם אתם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם וכאן ליכא דעת המשלח שהרי לא ידע כלל שזה ירד לתוך שדהו לתרום משו"ה אינו מועיל משא"כ כאן לענין מקיף וניקף שהניקף יודע שחבירו מקיפו רק שהוא אומר שאינו רוצה בזה, לכן קודם שראינו שעמד ניקף וגדר את הרביעית מהימנינן ליה מה שאומר שאינו עושה שליח להמקיף שאינו רוצה בהקיפו, אך אחרי שראינו שעמד ניקף וגדר את הרביעית תו אינו נאמן כלל במה שאומר שאינו רוצה בהקיפו ומתחלה עשה שליח להמקיף שיקיפהו רק שלא הודה את האמת במה שאמר עד עכשיו שלא עשאו שליח להמקיף, וכיון דאיכא דעת הניקף בפירוש לכן מועיל שפיר דהרי הוי לדעתו כריבויא דקרא דאתם גם אתם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, וצריך ביאור ועיון בכמה מקומות בש"ס במאי אמרי' איגלאי מילתא למפרע כי כמה סוגיות סותרות לכאורה בענין זה ואין כאן מקומו.

פרק ז

א) **והנה** הרמ"א בחו"מ סימן רס"ד סוף סעיף ד' לענין שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות ויצאו מן המאסר שאם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשביל חבירו דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל ההוצאות האלה אינו חייב ליתן לו כלום דזה נהנה ולא חסר הוא, לכן מי שמציל ספריו וספרי חבירו אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חבירו אין חבירו חייב לשלם לו כלום ומסיים הרמ"א שם וז"ל ונ"ל דוקא שירד תחלה להציל שלו אלא שהציל ג"כ של חבירו אבל אם ירד על דעת שניהם חייב ליתן לו מה שנהנה מאחר שהציל של חבירו עכ"ל הרמ"א שם, מדברי הרמ"א האלה למדנו דבר חדש בדיני גילוי דעת והיינו דאפילו אם הניקף גלה דעתו דניחא ליה במה שהקיפו חברו מ"מ בעינן נמי שהמקיף יקיפם על דעת שניהם אבל אם המקיף לא היה כונתו רק בשביל עצמו לא מקרי גילוי דעת לכן במקום דלא שייך לומר גרמת לי הקיפא יתירתא ואין לנו טעם לחייב את הניקף רק משום גילוי דעת של הניקף לכן כיון שלא הקיף על דעת שניהם לא שייך גילוי דעת

ב) **שהרי** כאן בנידון הרמ"א בודאי גלה בעל הספרים שניחא ליה במה שהשתדל חברו להציל ספריו שהרי מקבל את ספריו מיד התופסו, וכן כשהיה נתפס במאסר וחברו

השתדל ויצא לחפשי ג"כ גלה דעתו דניחא ליה בחפשיותו שהרי יצא ובא לביתו בשמחה וא"כ אית לנו לומר שיתחייב לשלם חלקו מטעם שליחות דאנן סהדי שעשה שליח את המשתדל כמו במקיף וניקף, ונהי שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשביל חברו מ"מ מטעם שליחות אית לן לחייבו משום דגלה דעתו דניחא ליה במה שהשתדל חבירו, ואפילו הכי פטרינן ליה מטעם דכיון שלא השתדל על דעת שניהם רק בשביל עצמו הוי זה נהנה וזה לא חסר ופטור, א"כ המקיף וניקף נמי אין לחייבו מטעם גילוי דעת רק היכא שהקיף על דעת שניהם אבל אם הקיף אדעתא דנפשיה לא מקרי גילוי דעת ולא מחייב בניקף רק משום שגרם לו הקיפא יתירתא ולא משום גילוי דעת

ג) **וטעמא** דהאי מילתא דכיון דלא מהני גילוי דעת רק מטעם שליחות כמו שכתבנו כמה פעמים דאנן סהדי שהניקף עשה שליח להמקיף להקיפו א"כ בעינן דעת השליח ודעת המשלח כמו בכל השליחות שבעולם לכן אם אנו יודעים שהמקיף לא עשה על דעת שניהם רק בשביל עצמו לבד, או שהמשתדל אשר השתדל להוציא מן המאסר לא השתדל רק לצורך עצמו הרי עקר השליח את שליחותו ואינו שליח כלל לכן אין הניקף מחויב לשלם לו כלום משום גילוי דעת רק אם גרם לו הקיפא יתירתא אז חייב.

פרק ח

א) **והנה** באמת צריך ביאור מפני מה אין כופין על מדת סדום בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, והלא הוי זה נהנה וזה לא חסר דקי"ל בכל מקום כופין על מדת סדום, עיין חו"מ סימן שי"ח דכופין את השוכר ליתן דמים לענין השוכר רחיים מחבירו שיטחן להמשכיר עשרים סאה בכל חדש ואח"כ העשיר המשכיר וקנה רחים לעצמו אם יש לו לשוכר חטים שצריך לטחון לעצמו או לאחרים כופין להשוכר שיתן להמשכיר דמי טחינת החטים משום דהוי זה נהנה וזה לא חסר והוא בגמ' דכתובות דף קי"ג וכן כתב הרמ"א סימן קנ"ג סעיף ח' דכופין על מדת סדום לענין צנור שאם אין קפידה יכול להטות את הצנור לרוח אחרת ולשנותו ולקצרו משום דהוי זה נהנה וזה לא חסר, וכן הוא בחו"מ סימן קנ"ד סעיף ג' לענין שבאו לעשות בבת אחת פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון שאם האחד אינו חסר אם יטה הצדה אזי כופין אותו משום דהוי זה נהנה וזה לא חסר, כן כתב מרן המחבר שם סימן קנ"ד סעיף ג' ובסמ"ע שם ס"ק כ"ט דכופין את בעל החלונות שיגביה את חלונותיו ויניח לחבירו לסמוך כותלו סמוך לכותלו אם לא חסר כלום משום דהוי זה נהנה וזה לא חסר והוא בגמ' דב"ב דף ז' וכן כתב מרן המחבר שם סימן קנ"ד סעי' ט"ז דלדעת הרא"ש יש רשות לכל אדם לפתוח חלונותיו לרשות חבירו כשאינו מזיקו עכשיו אע"פ שהוא מזיקו לאחר זמן משום דהוי זה נהנה

וזה לא חסר, ואפילו לדעת החולקים על הרא"ש וס"ל שאינו רשאי לפתוח הוא משום דס"ל דהוי זה נהנה וזה חסר דהא בעי למיקם בהדיה בדינא ודייני אבל כשזה לא חסר כלום כולי עלמא מודים דכופין על מדת סדום משום דהוי זה נהנה וזה לא חסר ומ"ש דבחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דהוי נמי זה נהנה וזה לא חסר ואפילו הכי אין כופין על מדת סדום.

ב) והנה התוס' בב"ק דף כ' ד"ה הא איתהנית כתבו וז"ל אפילו למ"ד בפ"ק דב"ב (דף י"ב) כופין אותו על מדת סדום ויהבינן ליה אחד מיצרא שאני הכא שהיה יכול למונעו מתחלה מלדור בביתו עכ"ל ודברי התוס' תמוהים דאכתי תקשה מ"ש כאן שיכול למונעו לכתחלה מלדור בביתו ואין כופין על מדת סדום ומ"ש דבשאר דוכתי כופין על מדת סדום ואין יכול למונעו לכתחלה והרמ"א בסימן שס"ג סעיף ו' כתב וז"ל ודוקא שכבר דר בו אבל לא יוכל לכופו לכתחלה שיניחנו לדור בו אע"פ דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה לא חסר ה"מ בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות אבל בכי האי גונא דאיבעי בעל החצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצרו היה יכול אלא שאינו רוצה אין כופין אותו לעשות בחנם עכ"ל. ג) **ועיין** בפ"ת שם סימן שס"ג שכתב וז"ל משמע שדבר שאינו יכול להרויח בו יכול זה לכופו אף לכתחלה ועיין מה שכתבתי לעיל סימן ק"ע סע' א' בד"ה כולם בשם תשובת נו"ב תניינא סימן נ"ד שכתב דפשוט שזה רק להרמב"ם בר"ס קע"ד אבל לדעת הרא"ש וכו' ע"ש גם בתשובת בית אפרים חלק חו"מ סימן מ"ט כתב וז"ל צ"ע על הרמ"א בסימן שס"ג שכתב טעמא כיון דהוי מצי לארווחי אלא דלא בעי והוא מדברי המרדכי אבל מדברי הפוסקים לא משמע כן אלא דאפילו היכא דלא שייך האי טעמא לא מצי לכופו לכתחלה עיין בנימוק"י ב"ק בשם הרא"ה וכן מוכח להדיא מדברי התוס' ב"ב ד' י"ב ע"ב בשם הריצב"א והר' ישעיה הובא בש"מ ב"ק ד' כ' שתירצו דהא דאיצטריך קרא בבכור דפלגינן ליה אמצרא משום דבעלמא אין כופין על מדת סדום אם הוא מוחה ומונע ע"ש עכ"ל הפ"ת.

ד) **והנימוק"י** בב"ק בפ' כיצד הרגל על הסוגיא דשם ד' כ' כתב וז"ל מאי הוי עלה כתב הר"א ז"ל אע"ג דקי"ל בעלמא דזה נהנה וזה אינו חסר כופין אותו על מדת סדום הני מילי בקרקע של שניהם שאין משתמש בשלו כלל אלא שיכול לכופו ממדת הדין שלא לעשותו וכגון השונה כנגד חלונו של חבירו והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו והלה רוצה לעשות לו חלונות במקום אחר שלא יפסיד מן האורה כלל כגון זה אמרינן כופין אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו שאם אי אתה אימר כן אין לך אדם שלא יכוף

את חבירו על כרחו ע"כ וכן דעת הרא"ש ז"ל והריטב"א ז"ל דכהאי גונא לא אמרינן כופין על מדת סדום עכ"ל הנימוק"י.

ה) **ונראה** לבאר דברי התוס' שהבאנו לעיל אות ב' דזה כולי עלמא מודים דלא אמרינן כופין על מדת סדום אלא בהנאות בעלמא כמו שכתב הנימוק"י הנ"ל אבל אין כופין לאדם שימכור או יתן חפץ שלו לחבירו, אפילו אם יש לו חפץ לראובן שאין לו שום צורך בו ואפי' דבר שאינו מקפיד עליו כלל ואם בא שמעון ואכלו יפטר מלשלם לראובן כמו שכתב הרמב"ם בכל זאת היינו דוקא בדיעבד שכבר אכלו שמעון, אבל לכתחלה בודאי אין כופין לכולי עלמא שיתן חפציו לאחרים אע"ג שאין הבעלים צריכין להם כלל, והתוס' ס"ל דדירת הבית מקרי ג"כ חפץ בעין דכיון שהקרקע ברשות בעליה עומדת ובשל חברו משתמש הוי כמו שנוטל ממנו חפץ בעין וכמו שאין כופין לראובן שיתן חפציו לשמעון אע"ג שאין צריך להם כך אין כופין לראובן שיניח את שמעון לדור בביתו לכתחלה דזהו הוי נמי כמו חפץ בעין וכמו שכתב הנימוק"י הנ"ל (אף שאין זה לשונו אבל זהו כונתו) לכן לא הקשו התוס' מ"ש כאן דבחצר דלא קיימא לאגרא אין כופין ובכתובות דקי"ג בסוגיא דטחינא ורחיא כופין כדאיתא בחו"מ סימן שי"ח שהבאנו לעיל או מ"ש דב"ב ד' ז' דכופין כדאיתא בחו"מ סימן קנ"ד סע' ג' שהבאנו לעיל או בשאר סוגיות הש"ס דמשמע שכופין על מדת סדום וכאן בחצר דלא קיימא לאגרא אין כופין, זה לא קשיא להו לתוס' משום דפשיטא להו שיש לחלק בין חפץ בעין לשאר הנאות דעלמא וכיון דדירת הבית נחשבה כמו חפץ בעין לכן אין כופין אבל בשאר הנאות כגון בההיא דכתובות ד' קי"ג וב"ב ד' ז' ובשאר דוכתי כופין על מדת סדום.

ו) **לכן** לא הקשו התוס' בב"ק הנ"ל רק מב"ב ד' י"ב דאיירי שם ג"כ לענין חפץ בעין דאיירי התם לענין שני אחים או שני שותפים שיש להם שתי שדות בשותפות ושותף א' מהם יש לו שדה שהיא סמוכה להשדות המשותפות וביקש שיתנו לו חלקו שתהא סמוכה לשדה שלו, ואיכא למ"ד דכופין על מדת סדום ומחויב השותף השני לוותר חלקו שיש לו בהשדה הסמוכה הזאת וליתן לחבירו, לכן שפיר הקשו התוס' מ"ש דבחצר דלא קיימא לאגרא אין כופין שיתן חפץ בעין לחבירו ומ"ש דב"ב ד' י"ב דכופין את השותף שיתן חלקו לחבירו, והלא אידי ואידי חפץ בעין הוא.

ז) **לכן** תירצו התוס' וז"ל שאני הכא שהיה יכול למונעו מתחלה מלדור בביתו עכ"ל פירוש שאינו דומה החפץ בעין שיש לו לראובן בחצרו להחפץ בעין שיש לו להשותף בשתי השדות, דכאן כיון שהחצר והבית הם של ראובן לבד ויש לו לראובן קנין גמור בחצרו ובביתו ולשמעון הדר בו אין שום כח וזכות בחצרו של ראובן, ויש לו רשות

למנוע מתחלה לכל אדם מלדור בביתו ובחצרו לכן אי אפשר לכוף את ראובן שיניח את שמעון לדור בביתו שהרי אם נכוף אותו הרי אנו מוציאין מראובן החפץ בעין שיש לו בקנין גמור שיכול למנוע לכל מי שירצה מלדור בביתו, ואנו נותנים אותו לשמעון שאין לו זכות בו, ובאופן כזה קי"ל דאין כופין לשום אדם שיתן החפץ בעין שלו לחבירו, משא"כ בשותפין שיש להם שתי שדות בשותפות נוכל שפיר לכוף לאחד מן השותפין שיסלק את כחו וזכותו משדה אחת ויתנה לחבירו שהשדה הזאת סמוכה למצר שלו, דכיון שאין השדה שלו לגמרי רק הם בשותפות, ומתחלה קודם שעלה הגורל שהשדה הזאת היא שלו אין בכחו למנוע את חבירו מלהשתמש בשדה זו המשותפת לשניהם רק אחר שיעלה הגורל שהשדה היא שלו לגמרי אז תהיה שלו בקנין גמור ולא מקודם לזה לכן אם אנו כופין לראובן שיתן את הזכות משדה זאת לשמעון לא מקרי הפקעה והוצאה חפץ בעין ע"י כפיה כיון שגם קודם לזה לא היה לראובן קנין גמור למנוע את שמעון מן השדה ולשמעון היה קנין קצת שראובן לא היה יכול למונעו לכן לא מקרי זה הוצאת דבר הבעין מראובן לשמעון לכן ס"ל להאי מ"ד דכופין על מדת סדום ויהבינן ליה אחד מיצרא, וזה דוקא אליבא דרבה דס"ל כופין על מדת סדום בשני אחים או שותפים שהרי אליבא דרבה הקשו התוס' בב"ק קושיתם ותירצו תירוצם, אבל אליבא דרב יוסף דפליג עליה דרבה שם בב"ב ד' י"ב וס"ל שאין כופין משום דאמרי אחי מעלינן ליה עלויא כנכסי דבי בר מריון ע"ש בתוס' שהוא מהאי טעמא שכתבנו שאין כופין על מדת סדום רק בהנאה בעלמא אבל לכוף אדם שימכור אי יתן חפציו דבעין אין אנו כופין, א"ל דס"ל לרב יוסף דאע"ג שאין זה הפקעה גמורה שהרי אין לו לראובן כח למנוע את שמעון ולשמעון יש לו מחצית השדות האלה מ"מ ס"ל לרב יוסף דמקרי הפקעה ואין כופין לראובן שימכור זכותו לשמעון דלענין דבר הבעין אין כופין על מדת סדום למכור או ליתן.

ח) **ודע** שנחלקו הפוסקים בההיא דרבה ורב יוסף הנ"ל הלכה כדברי מי דעת הרא"ש שם בב"ב ד' י"ב והובא בטור וב"י שהלכה כרב יוסף שאין כופין כהאי גונא וכן הוא הגירסא בגמ' שלפנינו והלכתא כרב יוסף אך הרמב"ם פסק שכופין ליתן לו אחד מיצרא וכתב בב"י סימן קע"ד שגירסת הרמב"ם לא היה והלכתא כרב יוסף לכן פסק כרבה שכופין אם שתי השדות שוות, ומרן בשו"ע פסק ג"כ כהרמב"ם שכופין, אך הרמ"א שם סע' א' הביא דעת הרא"ש והטור שאין כופין וכן הביא שם דעת המרדכי דהוי ספיקא דדינא וכל דאלים גבר.

ט) **ודוקא** בהאי גונא דאחים או שותפים הוא דנחלקו אם כופין או לא אבל אם יש לו לראובן שדה אחת בין שתי שדותיו של שמעון ורצה שמעון שראובן יחליפו על שדהו בזה מודים כולי עלמא שאין כופין את ראובן להחליף שדהו כדי שיהיו שדותיו של שמעון סמוכות יחד על מצר אחד דכלל הוא בידינו שאין כופין על מדת סדום למכור או להחליף או ליתן, ודוקא בפלוגתא דרבה ורב יוסף שאין זה הפקעה גמורה מפני שיש לשני השותפים חלק בשתי השדות וכמו שכתבנו לעיל התם ס"ל לרבה דכופין משא"כ כשאינן שותפין כלל אין כופין אותם להחליף.

פרק ט

א) **ונראה** דאפילו לדברי הרמ"א בסימן שס"ג סע' ו' שכתב בשם המרדכי דמשו"ה אין כופין בחצר דלא קיימא לאגרא משום דאי בעי בעל החצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצרו היה יכול אלא שאינו רוצה לכן אין כופין אותו לעשות בחנם, א"כ לכאורא משמע דסבירא ליה דאפילו ליתן דבר הבעין נמי כפינן היכא שאינו יכול ליהנות ולהרויח, שהרי דירת הבית מקרי דבר דבעין כמו שכתבנו לעיל בשם התוס' ואפילו הכי כתב הטעם דמשו"ה אין כופין את בעל הבית שיניח את אחרים שידורו בביתו משום דאי בעי בעל הבית ליהנות ולהרויח היה יכול, א"כ משמע דבמקום דלא שייך האי טעמא כופין על מדת סדום שיתן את שלו לאחרים.

ב) **מ"מ** נראה שאי אפשר בשום אופן להעלות על הדעת לומר כן שיכופו לבני שיתנו או שימכרו את שלהם ולא שמענו ולא ראינו בשום מקום שנאמר כופין על מדת סדום בהאי גונא אלא נראה דס"ל להמרדכי ולהרמ"א דדירת הבית לא מקרי חפץ בעין לענין זה, דהרי יש אומרים דבאמת כופין על מדת סדום בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר משום דהוי זה נהנה וזה לא חסר, ובדבר הבעין כו"ע מודים שאין כופין על מדת סדום למכור או ליתן או להחליף וכיון דס"ל דלא הוי דבר בעין לכן צריכין לומר דמשו"ה אין כופין משום דאי בעי ליהנות ולהרויח היה יכול

ג) **ואולי** גם התוס' ס"ל באמת דדירת הבית לא מקרי דבר בעין והא דמשמע מדבריהם דדירת הבית מקרי דבר בעין, משום דהתוס' אזלי אליבא דמ"ד דזה נהנה וזה לא חסר חייב משום דמצי למימר הא איתהנית לכן אליבא דידיה ס"ל להתוס' דדירת הבית מקרי דבר בעין שהרי מחויב לשלם, אבל לדידן דקי"ל שהוא פטור מלשלם יוכל היות דדירת הבית לא מקרי דבר בעין כלל לענין זה ושפיר יש לנו לכופו על מד סדום שיניח את חבירו בביתו אי לאו טעמא שכתבו המרדכי והרמ"א דמשום הכי אין כופין משום דאי בעי ליהנות ולהרויח היה יכול ליהנות ולהרויח.

ד) **והנימוק"י** בשם הרמ"ה שכתב הטעם דמשו"ה אין כופין על מדת סדום משום דלהשתמש בשל חברו לא אמרינן כופין משמע דלא ס"ל ג"כ כהא דהרמ"א ודעת המרדכי שהטעם שאין כופין משום דאי בעי ליהנות ולהרויח היה יכול, בכל זאת אפשר דגם הוא לא אמר אלא אליבא דמה דס"ל להגמ' עכשיו דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ודירת הבית הוי דבר בעין, אבל לפי האמת דקי"ל הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אינו צריך להעלות לו שכר יוכל היות דדירת הבית לא מקרי דבר בעין לכן צריכין לומר הטעם דאי בעי ליהנות ולהרויח היה יכול, וכן כתבנו לעיל דהרמ"ה לפי האמת סובר דכופין על מדת סדום גם בחצר דלא קיימא לאגרא ודברי הרמ"ה שכתב כאן דאין כופין הוא אליבא דמ"ד שצריך להעלות לו שכר אך אנן לא קי"ל כהרמ"ה בזה רק קי"ל בחצר דלא קיימא לאגרא שאין כופין, ובב"ב ד' קמ"ז משמע דדירת הבית מקרי דבר שאינו בעין שאין קנין חל עליה ע"ש לענין האומר ידור פלוני בביתי לא אמר כלום אפילו כשהוא שכיב מרע ע"ש ואע"פ שאין ראי' גמורה משם לענין כפית דזה נהנה וזה לא חסר שהרי כשאמר יאכל פלוני פירות דקל זה ג"כ לא מהני לענין קנין ולענין כפיה מסתמא אין כופין מ"מ זכר לדבר יש דדירה מקרי דבר שאינו בעין.

ה) **היוצא** מכל מה שכתבנו דבדבר הבעין אין כופין על מדת סדום למכור או ליתן או להחליף ובזה כולי עלמא מודים, ולענין שדות השותפין אם יש לשותף אחד שדה אחת אצל השדות המשותפות ורוצה שיתנו לו חלקו סמוך לשדהו בזה נחלקו רבה ורב יוסף והרמב"ם והרא"ש ומרן המחבר והרמ"א, דרבה ודכוותיה פוסקים הרמב"ם ומרן המחבר ז"ל וסבירא להן שכופין את שותפו שיתן לו אחד מיצרא ורב יוסף ס"ל שאין כופין וכן פסק הרא"ש, אבל אם יש לו לראובן שדה אחת בין שתי שדותיו של שמעון אין כופין לראובן שיחליף שדהו עם שמעון כדי שיהא לשמעון שתי שדות סמוכות זו לזו דקי"ל שאין כופין למכור ולהחליף ולענין דירת הבית קי"ל ג"כ דאפילו בחצר דלא קיימא לאגרא אין כופין את בעל החצר שיניח את אחרים שידורו בביתו והטעם שאין כופין מדברי התוס' והנימוק"י משמע משום דדירת הבית הוי כמו דבר שבעין שאין כופין, אך מדברי הרמ"א והמרדכי משמע דדירת הבית לא הוי כמו דבר בעין, והטעם שאין כופין הוא משום דאי בעי ליהנות ולהרויח בה היה יכול לכן אין כופין, ואפשר להעמיס בדברי התוס' והנימוק"י כדברי הרמ"א והמרדכי, ויוכל היות כי לענין דינא אין שום חילוק בין טעם הרמ"א והמרדכי שכתבו דמשו"ה אין כופין משום דאי בעי ליהנות ולהרויח היה יכול לבין טעם התוס' והנימוק"י משום דהוי דבר בעין דלעולם בחצרו וביתו יש שני הטעמים האלה דאי בעי ליהנות ולהרויח הוי מצי וגם הוי דבר בעין, ואם יצויר חצר או

בית שלא יהא רשות לבעליו להשכירו וליהנות ולהרויח יוכל היות דלא מקרי תו דבר בעין לענין הבעלים כיון שאין להם רשות להשכיר וליהנות ולהרויח.

ו) **ולפי** דברינו נדחו דברי הנו"ב מהדו"ת סימן כ"ד שהבאנו לעיל פרק ח' סימן ג' בשם הפ"ת שכתב שאין דברי הרמ"א אמורים רק לשיטת הרמב"ם בסימן קע"ד אבל לדברי הרא"ש דס"ל באחין ושותפין שאין כופין על מדת סדום א"כ אפילו היכא דאי בעי ליהנות ולהרויח לא היה יכול ג"כ אין כופין, ולפי דברינו נדחו דברי הנו"ב דז דוקא באחין ושותפין יען שיש לו להשותף השני קנין גמור בגוף השדה לכו אין לכופו למכור ולהחליף דבדבר הבעין אין כופין על מדת סדום אבל בנידון הרמ"א שאין שם רק דירת הבית ואין שם דבר בעין כלל שהרי הבית נשאר ביד בעליו לכן צריך לטעמא שכתב הרמ"א דאי בעי ליהנות ולהרויח היה יכול ואפילו הרא"ש נ"כ יודה לדברי הרמ"א, וגם יתר דברי הפ"ת שהביא בשם ספר בית אפרים שהקשה על הרמ"א מדברי התוס' והנימוק"י ג"כ לא קשה מידי, דיוכל היות שגם הם ס"ל כטעם המרדכי והרמ"א כמו שכתבנו לעיל ואם אפילו אינם סוברין כהמרדכי מ"מ נקט הרמ"א טעמו של המרדכי משום דלענין דינא אין שום נ"מ ביניהם ונקט הרמ"א טעמו של המרדכי שדבריו מפורשים בטעמם משא"כ דברי התוס' והנימוק"י שדבריהם סתומים ואפשר להעמיס בדבריהם גם טעמים אחרים לכן לא הביאם הרמ"א מאחר שאין נפקותא לענין דינא

ו) **ובזה** מיושב עוד דהנה קי"ל בסימן שט"ז דהמשכיר בית לחברו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר יכול להשכיר אם אין בני ביתו מרובין וכן כתב מרן המחבר בסוף סימן שט"ז לענין ספינה שאם פרקה בחצי הדרך ומצא השוכר מי שישכור אותה עד המקום שפסק יכול להשכירה לאחר ואין לו עליו אלא תרעומות וכן כתבו הפוסקים בסימן שי"א לענין יין זה שיוכל להחליף ביין אחר עיין לקמן מ"ש בזה ואלו לענין הבעלים המשכירם או את החמור או את הבית כתבו הש"ך בסימן שי"א ס"ק י"א והקצוה"ח שם והמל"מ פ"ה מה שכירות הל' ג' שבעל הספינה ובעל החמור אינן יכולין להחליפו בספינה אחרת או בחמור אחר כשאמר חמור זה או ספינה זו, והדבר צריך ביאור מ"ש דהשוכר יכול לשטת ממשא למשא ומאדם לאדם דאע"ג שהשכירו ליין זה או לאדם זה מ"מ יכיל השוכר להשכיר לאדם אחר אם אין בני ביתו מרובין או להחליף ליין אחר ומ"ש שהמשכיר אינו יכול לשטת מספינה או מחמור לחמור או מבית לבית.

ח) **ובדברינו** ניחא דבכל מקום קי"ל כופין מל מדת סדום, אך בדבר הבעין אין כופין לאדם שימכור או יתן או יחליף את שלו וכיון שיש לו להשוכר קנין שכירות בספינתו של חברו או בחמורו הוי כאלו יש לו חפץ בעין ואין כופין לאדם שיחליף חפציו בחפץ

אחר, משא"כ ביין ובמשא שאין קנין לבעל הספינה בהיין ובהמשא ואין קנין להמשכיר בהאדם השוכר לכן כופין אותו על מדת סדום שיוליך משא אחרת או יניח לדור לאחרים אם אין ב"ב מרובין ועיין בקצוה"ח בזה, ועיין בפ"ת שכתב שהגאון רעק"א חולק על זה ואינו מצוי אצלי כעת לעיין בו.

פרק י

א) **אמרינן** בפ' האומנין ד' ע"ט השוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך וכו' יעו"ש בגמ' דאסיק דהיכא דאמר לו ספינה סתם ויין זה אין בעל היין יכול להכריח את בעל הספינה להוליך לו יין אחר כיון שלא שיעבד עצמו רק ליין זה לכן מחויב בעל היין לשלם לבעל הספינה את כל שכרו אפי' חצי הדרך שלא הלך וכתבו הרא"ש והטור והה"מ בשם הרמב"ן והרשב"א דבעלמא היכא שלא נטבעו היין והספינה יש רשות ביד בעל היין לשנות מיין זה ליין אחר כיון שאין לו הפסד כופין על מדת סדום, רק כאן כיון שנטבע היין ואם יקפיד בעל הספינה שיתן לו דוקא היין הזה שהתנה עמו יש לו ריוח בהקפדה כיון שאין בעל היין יכול להביא היין ויפטר בעל הספינה לכן יכול להקפיד ואין זה מדת סדום, משא"כ בעלמא כשאין לו לבעל הספינה ריוח בהקפדה אינו יכול להקפיד יעו"ש בחו"מ סימן שי"א ובסמ"ע ובש"ך ובקצוה"ח שם דלא כהרמ"ה דס"ל דמי ששוכר חמור או ספינה למשא ידועה אינו יכול לדחותו למשא אחרת אפילו אינה כבדה ממנה וכתב הקצוה"ח שם וז"ל וקשיא מהא דאמרינן פ' האומנין ד' ע"ז האי מאן דאוגיר אגירא לעבידתא ושלים עבידתא בפלגא דיומא אי אית ליה עבידתא דניחא מינה יהיב להו אי נמי דכותה מפקיד להו דקשה מינה לא מפקיד להו ונותן להם שכרם משלם והתם נמי ריוח יש להו כיון דליתא לעבידתא דאוגיר להו, ואמאי כופין אותו לדכוותה כיון דמצא קפידא לנוח וכו' לכן לפענ"ד עיקר כדברי הש"ך דכתב דתרתי בעינן, דכיון שנטבע ספינתו ואין היין הזה לפניו הוא דיכול להקפיד דיכול לומר הואיל ונטבע ספינתו למה לו להשתדל ספינה אחרת כיון שאין לך יין זה אבל אם הספינה לא נטבעה רק היין יכול לטען עליו יין אחר אע"פ שאמר יין זה, ומשו"ה ניחא בהאי דאוגיר אגירי כיון שהפועל קיים אע"פ דשלים עבידתא שהתנה יכול להטיל מלאכה עליו כיון דהיא נמי דכוותה עכ"ל הקצוה"ח. היוצא מזה שהשוכר חמור או ספינה או פועל למשא ידועה או למלאכה ידועה ורוצה בעל המשא לשנות במשא אחרת יש לו רשות לשנות וכופין על מדת סדום כיון שאין לו ריוח בהקפדה, ואפילו אם נטבע המשא או נשרפה מ"מ אינו יכול לעכבו להחליפה במשא אחרת רק היכא שנטבעה גם הספינה אז יכול להקפיד ולומר לו שיביא לו דוקא המשא הידועה שהתנה עמו ואמר לו "זה" והדבר

צריך ביאור איזה חילוק יש בין שנטבעו הספינה והיין או לא נטבע רק היין לבד ממה נפשך אם תיבת "זה" דאמר לאו דוקא הוא ונשתעבד גם ליין אחר א"כ אם אפילו נטבע הספינה והיין ויש לו לבעל הספינה ריוח בהקפדה, מ"מ אמאי יכול להקפיד ולומר לי תן לי יין "זה" כיון דתיבת "זה", לאו דוקא הוא והוי כאומר יין סתם שמחויב להוליך בעבורו כל יין שירצה, ואם תיבת "זה", הוא דוקא ולא נשתעבד ליין אחר רק ליין זה בלבד א"כ בודאי אינו מחויב להוליך יין אחר אפילו לא נטבע כלל רק משים טעמא דכופין על מדת סדום כיון שאין לו ריוח בהקפדה אבל בלאו טעמא דכופין על מדת סדום בודאי אינו מחויב להוליך יין אחר כיון שלא נשתעבד רק ליין זה, וכיון דמשום כפיית מדת סדום אתינן עליה לכופו, א"כ בודאי לא שייך מדת סדום רק במקום שאין לו שום ריוח אם יקפיד ואין לו שום הפסד אם לא יקפיד, אבל במקום שיש לו לאדם ריוח אם יקפיד ויש לו הפסד אם לא יקפיד בודאי אין זה מדת סדום רק מדת כל אדם לפקח על הריוח ולהקפיד על ההפסד וא"כ בנדון של הש"ך אמאי צריך שיטבע גם ספינתו ואז לא נכוף אותו אמאי לא סגי לן במה שנטבע היין לבד והלא יש לו לבעל הספינה ריוח בהקפדתו שלא יצטרך להוליך יינו של חבירו וכיון שיש לו ריוח בהקפדה הלא אין קפידתו מדת סדום ולמה נכוף אותו, וכן בההיא דשלים עבידתיה בפלגא דיומא אמאי כופין את הפועל לעשות מלאכה אחרת כיון שיש לו ריוח בהקפדתו ואין מדתו מדת סדום רק מדת כל אדם ולמה נכוף אותו.

ב) **הנה** התוס' בפ' האומנין ד' ע"ט ד"ה אלא בספינה הקשו מ"ש דבספינה סתם ויין זה מחויב ליתן לו שכר של כל הדרך אף מחצי הדרך שלא הלך והלא כיון שאירעו אונס הא אמרינן לעיל ד' ע"ז היכא דהשוכר אונס דאתא מיטרא דאין צריך להשקותה דהוי פסידא דפועלים ומשמע לעיל דכל אונס שאירע לבעל הבית שלא היה לו לידע יותר מן הפועלים הוי פסידא דפועלים ותירץ ריב"ן וז"ל דלעיל שהפועלים לא אבד כלום רק שנתבטלו אין נותן להם כלום, אבל הכא שמשכיר הפסיד ספינתו כפועל בטל מיהא אית ליה כיון שמזומן לקיים תנאו עכ"ל התוס' הרי אנו רואין שגם התוס' חילקו בין היכא שנאבדה גם הספינה או לא, אך גם דברי התוס' צריכין ביאור איזה חילוק יש בזה דכשהפועלים נתבטלו ממלאכתן ולא אבדו כלום הוי פסידא דפועלים וכשאבדו גם ספינתם הוי פסידא דבעל הבית.

ג) **זה** ידוע דקי"ל בכל מקום דאומדנא דמוכח מבטל את הקנין כמו תנאי גמור כדאיתא בכתובות ד' מ"ז וד' צ"ז ובשאר דוכתי בש"ס ופוסקים, והנה התוס' כתובות דף מ"ז הקשו על הכלל הזה דאמרינן דאומדנא דמוכח מבטל את הקנין וז"ל ואם תאמר אם כן כל אדם

הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אנן סהדי שלא על מנת כן לקחה וי"ל וכו' ע"ש והיוצא מתירוץ התוס' דשם הוא, דבמקח וממכר דאיכא נמי דעת מוכר לומר דאדעתא דהכי לא מכר לו שיחזור בו הלוקח ממקחו כשתמות הבהמה וא"כ איכא אומדנא לנגד אומדנא לכן נשאר הדבר כאלו לא היה שם שום אומדנא כלל דכשם שיש אומדנא ללוקח לומר אדעתא דהכי לא קנה כך יש אומדנא למוכר לומר אדעתא דהכי לא מכר א"כ הוי כאלו אין שם שום אומדנא כלל ולא נתבטל הקנין, ולכאורא יש להקשות על זה מהא דאמרינן בפ' האומנין דף ע"ז האי מאן דאוגיר אגירי לדוולא ואתא מיטרא או פסק נהרא בפלגא דיומא הוי פסידא דפועלים, והתם איכא ג"כ אומדנא לנגד אומדנא שהרי לבעל השוכר יש אומדנא דמוכח לבטל את הקנין וההתחייבות אשר נתחייב לשלם להפועלים ע"י התחלת מלאכתן או ע"י הליכתן כי אלמלא היה יודע שיופסק נהרא או יבוא מטר לא התחייב את עצמו לשלם לפועלו בחנם וגם להפועלים יש אומדנא דמוכח כי אלמלי ידעו שיבוא מיטרא או נהרא לא היו משכירין עצמן לבעל הבית השוכרן ואית לן לומר שנעמיד אומדנא לנגד אומדנא וישאר הדבר כאלו לא היה שם שום אומדנא כלל לבטל את הקנין וההתחייבות אשר הבעל הבית השוכר התחייב עצמו נגד פועליו ואמאי פטרינן ליה לבעל הבית השוכר היה לן לחייבו, ונראה דדוקא לבעל הבית איכא אומדנא דמוכח לבטל את הקנין של התחלת המלאכה מפני שמפסיד מעות מביתו לכן אמרינן אנן סהדי שאין אדם משליך מעותיו לאיבוד ואלמלי היה יודע שיבוא מיטרא או נהרא לא היה מחייב את עצמו בהתחלת מלאכת פועליו, אבל לענין הפועלים אין כאן אומדנא דמוכח לומר כי אלמלי היו יודעים שיבוא מטר או יופסק נהרא לא היו משכירין עצמן דכיון שאינם מפסידים ממון מביתם רק מניעת הריוח לבד הוא דאיכא לכן לא הוי אומדנא דמוכח ואין כאן אומדנא לנגד אומדנא רק אומדנא חד הוא דאיכא לבעל הבית לבטל את חיובו שנתחייב לשלם לפועליו ע"י התחלת מלאכתם לכן נפטר בעל הבית השוכר מלשלם לפועליו היכא דאתא מיטרא או פסיק נהרא, משא"כ בספינה כיון דבעל הספינה הפסיד ספינתו לכן יש אומדנא לנגד אומדנא כי אילו היה בעל הספינה יודע שיארע אונס בספינתו ולא ישלם לו שכרו משלם לא היה משכיר ספינתו כיון שיש לו הפסד, וכיון דאיכא אומדנא לנגד אומדנא נשאר הדבר כמו שהיה מעיקרא היינו שבעל הבית השוכר מחויב לשלם שכר כל הספינה אפילו מחצי הדרך שלא הלך כיון שיש ביד בעל הספינה לקיים תנאו שהרי אמר ספינה סתם, אבל כשאין ביד בעל הספינה לקיים תנאו כגון שאמר ספינה זו אזי אין בעל היין מחויב לשלם לו שכרו דנהי שהדבר נשאר כמו שהיה שנתחייב השוכר לשלם שכרו, מ"מ אומר לו לבעל הספינה קיים

תנאך וקבל זוזי, לכן שפיר חילקו התוס' הנ"ל בפ' האומנין שיש חילוק בין אתא מיטרא ופסק נהרא דהוי פסידא דפועלים ולענין ספינה הוי פסידא דבעל הבית משום דבספינה הפסיד ספינתו והפועלים לא הפסידו ממון רק שנתבטלו ממלאכתם והוא דהפועלים כיון שלא הפסידו ממון אין כאן אומדנא לפועלים רק לבעל הבית השוכר איכא אומדנא ונפטר מחיובו אבל בספינה דאיכא הפסד ממון ואיכא אומדנא לנגד אומדנא לכן נשאר הדבר כמו שהיה שנתחייב השוכר במשיכת הספינה לשלם את השכירות. ד) **ובזה** ניחא דברי הש"ך והע"ש והקצוה"ח שכתבו דדוקא היכא שנטבעו היין והספינה אינו מחויב להוליך יין אחר כשאמר יין זה וספינה סתם אבל אם לא נטבע רק היין לבד מחויב להוליך לו יין אחר אף שיש לו לבעל הספינה ריוח בהקפדתו והקשינו לעיל מה בין זה לזה, ובדברינו דהשתא ניחא דשלשה חילוקים יש בזה, א) היכא שלא נטבע לא היין ולא הספינה ורוצה בעל היין ליתן לו יין אחר הדין עמו ואין בעל הספינה יכול לעכב עליו דאע"ג שאמר לו יין זה ולא שיעבד את ספינתו ליין אחר והיה מהראוי שיעכב בידו מ"מ אינו יכול לעכב בידו דהרי קי"ל כופין על מדת סדום וכיון שאין לבעל הספינה שום ריוח בהקפדתו לכן כופין אותו על מדת סדום שיקבל יין אחר, ב) היכא שנטבע היין ולא נטבע הספינה ושם הדין ג"כ שבעל הספינה מחויב להוליך יין אחר ולאו מטעם כפיית מדת סדום אתינן עליה, שהרי כיון שיש לו לבעל הספינה ריוח בהקפדה לא שייך מדת סדום וכיון שהוא לא התחייב עצמו רק ליין זה ולא ליין אחר והיין הזה נטבע הרי יש לו ריוח בהקפדה ולא שייך מדת סדום אלא הטעם שהוא מחויב להוליך יין אחר משום דלבעל היין איכא אומדנא דמוכח שלא התחייב את עצמו לשלם שכר הספינה רק כשיוליך את יינו ואלו היה יודע בעל היין שיטבע יינו אזי לא היה מחייב את עצמו לשלם שכר הספינה, אך לבעל הספינה אין כאן אומדנא לומר אלו היה יודע שיטבע יינו לא היה משכיר ספינתו דכיון דספינתו לא נטבעה ואין לו הפסד ממון רק ביטול מלאכה לבד לא הוי אומדנא והוי כמו אתא מיטרא או פסק נהרא דלהפועלים אין אומדנא ולהשוכר יש אומדנא לבטל את חיובו לכן נפטר בעל היין מלשלם שכרו אם לא יוליך יינו דקי"ל אומדנא דמוכח מבטל את הקנין והחיוב, ג) היכא שנטבע היין והספינה התם. פטור בעל הספינה מלהוליך יינו כיון שאמר יין זה שאין לנו שום טעם לכופו להוליך יין אחר דאי משום כפיית מדת סדום, הרי קי"ל דבכל מקום שיש לו ריוח בהקפדה אין כופין על מדת סדום וכאן יש לו לבעל הספינה ריוח בהקפדה שלא יצטרך להוליך יין אחר, ואי משום אומדנא דמוכח שיש לו לבעל היין לבטל את חיובו כי אילו היה יודע שיטבע יינו לא היה מחייב עצמו לבעל הספינה, גם משום זה אי אפשר לפוטרו דכיון שבעל

הספינה הפסיד ספינתו ואיכא אומדנא דמוכח גם לבעל הספינה ואיכא אומדנא לנגד אומדנא לכן נשאר הדבר כמו שהיה ומחויב בעל היין לשלם לבעל הספינה את כל שכרו והוא אינו מחויב להוליך את היין כלל כיון שבעל הספינה יכול לקיים תנאו שהרי אמר ספינה סתם אבל אי הוה אמר ספינה זו אינו מחויב לשלם לו שכר ספינתו דמצי אמר ליה בעל היין קיים תנאך וקבל זוזי

א' וכן בההיא דאוגיר אגירא ושלים עבידתיה בפלגא דיומא מחויב הפועל לעשות מלאכה אחרת אע"ג שיש לו ריוח בהקפדה, מ"מ כיון דלבעל הבית השוכר איכא אומדנא דמוכח לבטל חיובו ולהפועל ליכא אומדנא דמוכח לכן הוי כמו יין זה ונטבע היין לבד או היכא דאתא מיטרא או נהרא שבעל הבית פטור מלשלם לו משום דאומדנא דמוכח מבטל חיובו.

שמעתתא דתוכוחה

פרק א

א) **איתא** ביבמות (דף ס"ה) ואמר ר' אילעא משום ר"א ב"ר שמעון כשם שמצוה על אדם לומר דבר הנשמע כך מצוה על אדם שלא לומר דבר שאינו נשמע, ר' אבא אמר חובה שנאמר אל תוכת לץ פן ישנאך הוכח לחכם ויאהבך עכ"ל הגמ', ויש להקשות על זה מהא דאמרינן בב"מ (דף ל"א) הוכח אפילו מאה פעמים משמע, וכן הוא בערכין דף ט"ז מנין לרואה בחבירו דבר מגונה שחייב להוכיחו שנאמר הוכח תוכיח, הוכיחו ולא קבל מנין שיחזור ויוכיחנו תלמוד לומר תוכיח מ"מ עכ"ל הגמ', וכן כתב החינוך מצוה רל"ט בשם הספרא וז"ל ואמרו בספרא מנין שאם הוכחתו ארבע וחמש פעמים ולא חזר שאתה חייב לחזור ולהוכיחו ת"ל הוכח תוכיח עכ"ל, וזהו תימא כיון שכבר הוכיחו הרבה פעמים ולא קבל ממנו אין לך דבר שאינו נשמע גדול מזה שהרי כבר הוכיחו חמשים או ששים פעמים ולא קבל ממנו, ואמאי חייב להוכיחו עוד יותר, והלא אמרינן כשם שמצוה לומר דבר הנשמע כך מצוה או חובה שלא לומר דבר שאינו נשמע.

ב) **והנה** הר"ן בסוף פרק הבא על יבמתו הקשה על מלתא דר"א דאמר כשם שמצוה לומר דבר הנשמע כך מצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע וכו' כתב הר"ן וז"ל והקשו ז"ל מהא דאמרינן במס' ערכין שחייב להוכיח עד שיכנו או יקללנו, התם ביחיד אבל לרבים לא, והא דאמרינן במס' שבת דף נ"ה לוכחינהו מר להני דבי ריש גלותא ואמר לא מקבלי מינאי, ואמרינן אפילו הכי לוכחינהו מר התם הוא שלא הוכיחם כלל אלא

שהיה מכיר בהם שלא ישמעו ומשום דאולי ישמעו או משום שלא יהיה להם פתחון פה חייב להוכיח לפחות פעם אחת עכ"ל הר"ן שם.

ג) **היוצא** לנו מדברי הר"ן שיש חילוק בין יחיד לרבים דביחיד מחויב להוכיחו אפילו מאה פעמים ויותר עד הכאה או קללה או נזיפה, וברבים אינו מחויב להוכיחם בדבר שאינו נשמע רק פעם אחת ולא יותר וזה שאמרו שמצוה או חובה שלא לומר דבר שאינו נשמע היינו ברבים ומפעם ראשון ואילך.

ד) וע"פ דברי הר"ן האלה סתם מרן הרמ"א את ההלכה בשו"ע או"ח סימן תר"ח וז"ל ואם יודע שאין דבריו נשמעין לא יאמר ברבים להוכיחן רק פעם אחת, אבל לא ירבה בתוכחות מאחר שיודע שלא ישמעו אליו אבל ביחיד חייב להוכיחו עד שיכנו או יקללנו עכ"ל מרן הרמ"א, ובדברי הר"ן והרמ"א מתורץ גם קושיתנו דהא דאמרינן הוכח אפילו מאה פעמים משמע היינו ביחיד והא דאמרינן שמצוה וחובה שלא לומר דבר שאינו נשמע היינו ברבים ומפעם ראשון ואילך.

ה) **ויש** להקשות על הר"ן דמוקי לה להאי מילתא דר' אילעא ור' אבא דברבים איירו, והלא יליף לה מדכתיב אל תוכח לץ ולץ יחיד הוא, אלמא דאפילו ביחיד ג"כ חובה שלא להוכיחו בדבר שאינו נשמע, ועל מילתא דר' אילעא פירש"י וז"ל דכתיב הוכח תוכיח, להוכיח מי שמקבל הימנו עכ"ל משמע דס"ל לרש"י דמקרא יליף לה ר' אילעא שמצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע מדכתיב הוכח תוכיח, והיינו הוכח למי שמקבל תוכחה, והתם נמי ביחיד איירי דהרי כתיב הוכח תוכיח את עמיתך ועמיתך יחיד הוא, אלמא דביחיד ג"כ מצוה שלא להוכיחו אם אינו מקבל תוכחה, ועיין שם במהרש"א.

ו) **ועוד** דמהאי קרח דהוכח תוכיח ילפינן דמחויב להוכיח אפילו מאה פעמים א"כ יש להקשות ממה נפשך במאי איירי האי קרא אי ביחיד או ברבים אם תאמר דביחיד איירי קשיא להר"ן אמאי אינו מחויב להוכיחו כשאינו מקבל תוכחה, והלא ביחיד מחויב להוכיחו עד הכאה או קללה, ואם תאמר דברבים איירי האי קרא דהוכח תוכיח א"כ אמאי מחייבו קרא להוכיחו אפילו מאה פעמים והלא ברבים אינו מחויב להוכיחם יותר מפעם אחת כשאין דבריו נשמעין כמו שכתב הר"ן.

ז) **ועוד** דלישנא דגמ' ומשמעות הכתוב לא דייקא כהר"ן דלישנא דגמ' הוא כשם שמצוה לומר וכו' כך מצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע משמע שהמצוה הוא שלא לומר כלל אפילו פעם אחת, וכן לשון הכתוב דכתיב אל תוכח לץ משמע שלא יוכיחנו כלל מדלא כתיב אל תרבה להוכח לץ, ואלו הר"ן מוקי לה דמיירי לרבים ומחויב להוכיחם עכ"פ פעם אחת וצ"ע.

ח) **והפשתי** בשאר ספרים ופוסקים לידע דעת רבותינו מה הם אומרים בדבר זה, ובדבריהם לא מצאתי שום רמז לחלק בין יחיד לרבים כן מדברי המר תנחומא תזריע פ"ט משמע ג"כ דאפילו לרבים מחויב להוכיח עד הכאה דאיתא התם אמרה לו מדת הדין [להקב"ה] היה בידם [של הצדיקים לפני החורבן] למחות [ברשעים] ולא מיחו, א"ל גלוי וידוע לפני שאם מיחו לא היו מקבלים מהם אמרה לפניו רבש"ע אם גלוי וידוע לפניך לפניהם מי גלוי ולפיכך היה להם למחות בידם ולהתבזות על קדושת שמך ולקבל על עצמן ולסבול הכאות מישראל כמו שהיו הנביאים סובלים מישראל, שהרי ירמיה סבל כמה צרות מישראל וישעיה כמו כן דכתיב גוי נתתי למכים ולחיי למורטים ושאר הנביאים מיד חזר הקב"ה ואמר למלאכי חבלה זקן בחור וגו' עכ"ל המדרש שם, אלמא דאפילו כתוכחת ישעיה וירמיה ושאר הנביאים מחויבים ג"כ להוכיח עד הכאה.

ט) וז"ל הרמב"ם פ"ו מהלכות דעות הל' ז' הרואה חבירו שחטא או שהלך בדרך לא טובה מצוה להחזירו למוטב וכו' שנאמר הוכח תוכיח וכו' אם קבל ממנו מוטב ואם לאו יוכיחנו פעם שניה ושלישית וכן תמיד חייב אדם להוכיחו עד שיכהו החוטא ויאמר לו איני שומע עכ"ל הרמב"ם, ויש לתמוה עליו דמדבריו משמע דעד הכאה מצוה להוכיחו, ומהכאה ואילך נפטר מלהוכיחו, אבל עכ"פ איסורא ליכא, והלא ר' אילעא ס"ל דמצוה שלא להוכיחו בדבר שאינו נשמע, ור' אבא ס"ל דחובה נמי איכא שלא להוכיחו משום אל תוכח לץ ובודאי לאחר ההכאה מקרי דבר שאינו נשמע, כיון שהחוטא מכהו ואומר לו איני שומע לך אין לך דבר שאינו נשמע גדול מזה.

י) **ובאמת** מסוגיא דערכין דף ט"ז משמע כדברי הרמב"ם הנ"ל דאם רוצה להוכיח יותר מכדי חיובו ליכא איסורא אע"ג שכבר הכהו החוטא או קללו או נזף בו למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה מ"מ ליכא משום אל תוכח לץ, כי שם בערכין נחלקו רב ושמואל ור' יוחנן עד היכן תוכחה רב אמר עד הכאה ושמואל אמר עד קללה ור' יוחנן אמר עד נזיפה וכו' ושלשתן מקרא אחד דרשו ויחר אף שאול ביונתן ויאמר לו בן נעות המרדות וכתיב ויטל שאול את החנית עליו להכותו וכו' וקפריך הגמ' ולמ"ד נזיפה הכתיב הכאה וקללה שאני התם דאגב חביבותא יתירא דהוה ליה ליונתן בדוד מסר נפשיה טפי עכ"ל הגמ' ואם נימא דלאחר שעשה את חיובו לכל מר כדאית ליה, היינו למ"ד עד נזיפה או עד קללה או עד הכאה, איכא איסורא מלהוכיחו אח"כ משום אל תוכח לץ או מטעם אחר, א"כ תימא איך עשה יונתן איסורא משום חביבותא דדוד, אלא ודאי משמע כדברי הרמב"ם דאף לאחר שעשה והוכיח כחיובו מ"מ עדיין רשות בידו להוכיחו ומשו"ה הוכיח יונתן את אביו יותר מחיובו כיון דליכא איסורא ועכ"פ תימה במאי מוקים לה

הרמב"ם האי מילתא דר' אילעא ור' אבא ביבמות דף ס"ה דאמרי דמצוה וחובה איכא שלא לומר דבר שאינו נשמע, כיון דס"ל להרמב"ם דאפילו לאחר שהגיע אל גבול התוכחה ג"כ רשות בידו להוכיח יותר.

יא) ונראה דהרמב"ם ס"ל כפירש"י דטעמא דר' אילעא דס"ל דמצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע הוא דיליף ליה מקרא מדכתיב הוכח תוכיח היינו הוכח למי שמקבל תוכחה וא"כ הסוגיות הנ"ל דב"מ וערכין ד' ט"ז והספרא דדרשי מהוכח תוכיח אפילו מאה פעמים, או דרשו אפילו תלמיד לרב מהוכיח תוכיח א"כ לא ס"ל להאי דרשה דר' אילעא דדריש הוכח למי שמקבל תוכחה א"כ אין לנו מקרא לפוטרו מלהוכיח בדבר שאינו נשמע.

יב) **ובלאו** האי דרשא דהוכיח תוכיח איכא ג"כ למימר דהרמב"ם דחה מהלכה האי מילתא דר' אילעא ור' אבא דיבמות משום הרבה סוגיות הש"ס דפליגי עליהם, כמו שכתבנו לעיל אות א' כיון דס"ל דמחויב להוכיח אפילו מאה פעמים א"כ חזינן דאיכא מצוה אפילו בדבר שאינו נשמע דכיון שכבר הוכיחו ששים או שבעים פעמים דרך משל ולא שמע אליו אין לך דבר שאינו נשמע גדול מזה, א"כ הסוגיא דב"מ דף ל' הסוגיא דערכין דף ט"ז והספרא דמחייבין לאדם להוכיח אפילו מאה פעמים פליגי על ר' אילעא ור' אבא, כן מסוגיא דערכין שהבאנו בסמוך ממה שיונתן הוכיח את אביו לאחר הנזיפה וקללה משמע ג"כ דליכא איסורא להוכיח בדבר שאינו נשמע דלא כר' אילעא ור' אבא, כן ממה דפליגי אמוראי רב ושמואל ור' יוחנן ותנאי ר' אליעזר ור"י ובן עזאי עד היכן תוכחה עד הכאה או קללה או נזיפה משמע ג"כ דאפילו בדבר שאינו נשמע מחויב להוכיחו כל זמן שלא הכהו או קללו או נזפו, משו"ה דחה לה הרמב"ם האי מילתא דר' אילעא ור' אבא משום כל הסוגיות האלה כי כן הוא דרכו של הרמב"ם בכמה דוכתי לדחות סוגיא מהלכה מפני סוגיות אחרות.

יג) וז"ל החינוך מצוה רל"ט מדיני המצוה מה שאמרו רז"ל שחיוב מצוה זו עד הכאה וכו' ומ"מ אמרו רז"ל שאם יראה המוכיח שאין בדברי תוכחותיו שום תועלת נמצא מתוך גודל רשעת החוטא איש אלם ורשע ביותר ומתירא ממנו שמא יעמוד עליו ויהרגנו שאינו חייב במצוה זו באיש כזה, וזהו אמרם ז"ל כשם שמצוה לומר דבר הנשמע כך מצוה לשתוק במקום שאין הדבר נשמע לפי שיהיה בענין קלון למוכיח ולא תועלת לאשר הוכח עכ"ל החינוך שם.

יד) **ומדבריו** למדנו ג"כ שלאחר הכאה וקללה ליכא איסורא להוכיחו דדוקא במקום דאיכא חשש סכנת נפשות שירא שמא יהרגוהו על זה אמרו חז"ל שמצוה שלא לומר

דבר שאינו נשמע ויש לומר שעל זה נאמר אל תוכח לץ פן ישנאך והיינו פן ישנאך ויהרגך, ומעתה אין אנו צריכין לומר דס"ל להרמב"ם דלית הלכתא כר' אילעא ור' אבא דיש לומר דגם הרמב"ם ס"ל כר' אילעא ור' אבא דאיכא איסורא לומר דבר שאינו נשמע, רק שמפרש למילתיה דר' אילעא ור' אבא כהחינוך דדוקא במקום סכנת נפשות איכא איסורא להוכיח משום דאז מקרי דבר שאינו נשמע אבל לאחר הכאה וקללה עדיין ליכא איסורא להוכיח רק שנפטר מחיובו כפסק הרמב"ם הנ"ל בפ"ו מהלכות דעות, והא שהשמיט הרמב"ם ולא כתב דבמקום סכנת נפשות אסור להוכיחו כשמעתתא דר' אילעא ור' אבא, הוא משום שהוא מילתא דפשיטא דכיון דאיכא סכנת נפשות איכא איסורא להוכיחו וכבר כתבה הרמב"ם בפ"ה מהל' יסוה"ת שעל כל עבירות שבתורה חוץ משלשה הידועין יעבור ואל יהרג ואם מת ולא עבר הרי זה מתחייב בנפשו אלמא דאיכא איסורא למסור עצמו לסכנת נפשות במקום שאמרו יעבור ואל יהרג ומשו"ה השמיטו הרמב"ם.

טו) **וז"ל** המ"א באו"ח סימן תר"ח אבל אם החוטא מזיד נהי דמי שאינו מוכיחו אינו נענש כמותו, מ"מ עובר על מ"ע דהוכיח תוכיח וחייב להוכיח עד שינזוף בו החוטא מכאן ואילך אסור להוכיחו שנאמר אל תוכח לץ וכו' סמ"ג סימן קי"ב פסק כמ"ד עד נזיפה עכ"ל המ"א, וכפי המשמעות לקוחים דברי המ"א מדברי הסמ"ג, והנה אין הסמ"ג תחת ידי לעיין בו, אך מדבריו שהובא במ"א ניכר היטב כי דעת הסמ"ג הוא לאחד ולאגד דברי ר' אילעא ור' אבא דס"ל דאסור לומר דבר שאינו נשמע עם דברי רב ושמואל ור' יוחנן דס"ל שמחויב להוכיח עד הכאה או קללה או לר' יוחנן עד נזיפה, והסמ"ג פסק כר' יוחנן דעד נזיפה מחויב להוכיחו ולא יותר, וס"ל להסמ"ג דכל קודם נזיפה לר"י או קודם הכאה וקללה לרב ושמואל עדיין אינו נקרא דבר שאינו נשמע, ומחויב להוכיחו אפילו מאה פעמים רק לאחר הנזיפה לר"י או לאחר הכאה וקללה לרב ושמואל, אז נקרא דבר שאינו נשמע ואסור להוכיחו משום אל תוכח לץ, ומשום זה דייק הסמ"ג וכתב וחייב להוכיחו עד שינזוף בו (והיינו משום דפסק כר' יוחנן עד נזיפה) וסיים מכאן ואילך אסור להוכיחו שנאמר אל תוכח לץ אלמא דס"ל להסמ"ג דמילתא דר' אבא קאי על בתר נזיפה לר"י וה"ה לאחר הכאה או קללה לרב ושמואל.

טז) **ומצאתי** להג"מ בפ"ו מהל' דעות שכתב ג"כ בשם הרא"ם דאפילו בדבר שאינו נשמע מחויב להוכיחו משום מ"ע דהוכיח, שכתב וז"ל אמנם אם ודאי לו שלא יקבלו אז נראה דפטור וכו' ורא"ם כתב דמעונש פטור אבל מעשה דהוכח הוכיח לא איפטר עכ"ל.

יז) **היוצא** לנו מזה דדעת הרמב"ם והחינוך והסמ"ג והרא"ם דכשם דאיכא מ"ע דהוכח תוכיח אפילו מאה פעמים עד הכאה או קללה בדבר הנשמע, כך איכא מ"ע דהוכח תוכיח אפילו מאה פעמים עד הכאה או קללה בדבר שאינו נשמע ואין שום חילוק בין יחיד לרבים דלא כהר"ן, ואלא מה אני מקיים מה שאמרו חז"ל כשם שמצוה לומר דבר הנשמע כך מצוה או חובה שלא לומר דבר שאינו נשמע, החינוך מוקי לה ביראו שמא יהרגנו, והסמ"ג מוקי לה לאחר הכאה או קללה, ותירצנו בדעת הרמב"ם דיוכל היות דס"ל כהחינוך, עוד תירצנו דהרמב"ם ס"ל דלית הילכתא כר' אילעא ור' אבא דס"ל דמצוה או חובה שלא לומר דבר שאינו נשמע, כי נדחו דבריהם מתוך הרבה סוגיות שבש"ס דמוכח דאפילו בדבר שאינו נשמע ג"כ מחויב להוכיח עד הכאה או קללה, כמו שכתבנו לעיל אות א' ואות י'.

יח) **והרי"ף** בפ' אלו מציאות הביא סוגית הגמ' דיבמות ד' סה) דמצוה וחובה שלא לומר דבר שאינו נשמע, ותיכף אח"כ הביא מחלוקת דרב ושמואל ור"י עד היכן תוכחה עד הכאה או קללה או נזיפה ומסמיכות דבריו משמע דס"ל להרי"ף כדעת הסמ"ג דעד הכאה או קללה או נזיפה לכל מר כדאית ליה מקרי דבר הנשמע ומהכאה או קללה או נזיפה ואילך מקרי שאינו נשמע, ופירושא קמפרש לה הרי"ף מה שאמר מתחלה שמצוה או חובה שלא לומר דבר שאינו נשמע, מה נקרא דבר הנשמע ומה נקרא דבר שאינו נשמע לפוטרו ממ"ע דתוכחה לזה מסמיך לה הרי"ף האי מילתא רב ושמואל ור"י עד היכן תוכחה עד הכאה או קללה או נזיפה, להודיענו בא דמהכאה או קללה או נזיפה ואילך מקרי דבר שאינו נשמע ומצוה וחובה שלא להוכיחו כדעת הסמ"ג ואולי ס"ל להרי"ף כדעת החינוך דדוקא כשמתירא שמא יהרגנו אסיר להוכיחו אבל בדבר שאינו נשמע דעלמא דליכא סכנת נפשות חייב להוכיחו עד הכאה או קללה או נזיפה, ומשו"ה מסמיך לה הרי"ף מילתא דר' אילעא ור' אבא למילתא דרב ושמואל ור"י להודיענו בא דאיכא מצות תוכחה אפילו בדבר שאינו נשמע עד הכאה או קללה או נזיפה ולא עד שיגיע לסכנת נפשות כדעת החינוך.

יט) **אבל** בודאי אין דעת הרי"ף לדחות מהלכה האי סוגיא דיבמות דמצוה וחובה שלא לומר דבר שאינו נשמע, דא"כ לא היה הרי"ף מביאה כלל, כן אין דעת הרי"ף כהר"ן דס"ל שיש חילוק בין יחיד לרבים, דא"כ לא הוה מניחו בלא שום רמז כלל לחלק בין יחיד לרבים, כי היה לו להרי"ף לרמז שיש חילוק בין יחיד לרבים אם היה דעת הרי"ף כהר"ן.

ב) **ומצאתי** למרן החח"ס בספר שדי חמד באסיפת דינים מערכה ה' אות ב' ס"ק ג' שהביא בשם הריטב"א בש"מ בביצה פ' המביא ד' ל' וז"ל דדוקא במידי דקים לן דעבדי בשוגג

דבכי הא אין אנו נתפסין בעון משום דלא מהני בהו מחאה, אבל במילתא דקים לן דידעי דאיסורא הוא ועבדי במזיד ליתא להאי טעמא דמוטב שיהיו שוגגין ואי לא מחינן בהו מתפסינן עלייהו דהא ישראל ערבים זה לזה עכ"ל הרי חזינן דס"ל להריטב"א דאפילו בדבר שאינו נשמע ולא מהני בהו מחאה, מ"מ אי עברי במזיד מחויב למחות, והתם אפילו ברבים איירי דהרי קאי על סוגית הגמ' דביצה פ' המביא דאיירי ברבים ואפילו הכי מחויב למחות אפילו בדבר שאינו נשמע, אלמא שאין שום חילוק בין רבים ליחיד דלא כהר"ן

כא) **ומרן** החת"מ בספר שדי חמד מביא כמו כן בשם הסמ"ק דבדידעינן דלא מקבלי אם החוטא שוגג אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' ואם הוא מזיד חייב להוכיחו אלא שאינו נענש כדמוכח מסוגיא דשבת ד' נ"ה דאם היה גלוי לפניהם היו פטורין והיינו מעונש אבל עשה דהוכחה איכא וכו' עכ"ל והתם נמי איירי ברבים דהאי סוגיא דשבת ד' נ"ה בחטא הרבים איירי, ואפילו הכי אי עברי במזיד מחויב להוכיחן אפילו בדבר שאינו נשמע, הרי חזינן שגם הסמ"ק לא חילק בין רבים ליחיד ודלא כהר"ן, וכן מדברי הרשב"א בביצה ד' ל' משמע ג"כ שאין חילוק בין רבים ליחיד דלא כהר"ן, ולקמן (אות כ"ח וכ"ט) יובא דברי הרשב"א באריכות קצת בס"ד, ע"ש.

היוצא לנו מזה דהרמב"ם והחינוך והסמ"ג והרא"ם והריטב"א והסמ"ק והרשב"א כולהו ס"ל דאפילו בדבר שאינו נשמע ג"כ מחויב להוכיח עד הכאה או קללה או נזיפה כשעוברים במזיד, ואין שום חילוק בין יחיד לרבים דלא כהר"ן שמחלק בכך.

פרק ב

א) **גרסינן** בביצה פ' המביא דף ל' אמר ליה רבא בר רב חנן לאביי תנן אין מטפחין ואין מספקין ואין מרקדין והאידנא דקא חזינן דעבדי הכי ולא אמרינן להו ולא מידי, אמר ליה ולטעמיך הא דאמר רבא לא ליתב אינש אפומא דלחיא דילמא מיגנדר ליה חפץ ואתי לאתויי והא הני נשי דשקלן חצבייהו ואזלן ויתבן אפומא דמבואה ולא אמרינן להו ולא מידי אלא הנח להם לישראל מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין, הכא נמי הנח להם לישראל מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין, והני מילי בדרבנן אבל בדאורייתא לא, ולא היא ל"ש בדאורייתא ול"ש בדרבנן לא אמרינן להו ולא מידי, דהא תוספות יוה"כ דאורייתא היא ואכלו ושתו עד שחשכה ולא אמרינן להו ולא מידי עכ"ל הגמ' שם.

ב) וכתב העיטור בהלכות יו"ט מחלוקת י"ג וז"ל ומסתברא דוקא בדאורייתא כגון תוספת עינוי אבל מידי דאורייתא ולא מדרשא לא עכ"ל וכן כתב הרא"ש בביצה דף ל' וז"ל כתב בעל העיטור דוקא במידי דאתא מדרשא כגון תוספות עינוי דיוהכ"פ, אבל במידי

דכתיבא באורייתא בהדיא מחינן בהו וענשינן להו עד דפרשי עכ"ל וכן כתב הר"ן שם בבילה וז"ל מיהו איכא מאן דאמר דדוקא מידי דלא כתיב בהדיא כתוספות עוני אבל במידי דכתיב בהדיא בדאורייתא מחינן בהו עכ"ל, וכן כתב מרן הרמ"א באו"ח סימן תר"ח ס"ב וז"ל וה"ה בכל דבר איסור אמרינן מוטב שיהיו שוגגין ולא יהיו מזידין ודוקא שאינו מפורש בתורה אע"פ שהוא דאורייתא, אבל אם מפורש בתורה מוחין בידם ר"ן פ"ד דביצה והרא"ש בשם העיטור עכ"ל.

ג) **ויש** לתמוה על החילוק הזה שחילקו הפוסקים בין דבר המפורש בתורה בין דבר שאינו מפורש בתורה, ממה נפשך במאי מיירי אי איירי באופן שיש כח ביד ב"ד למחות בידם שלא יעברו את האיסור לא בשוגג ולא במזיד, א"כ אמאי יעלימו ב"ד את עיניהם וישתקו מלמחות בידם שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במזיד אפילו באיסור דרבנן ומכ"ש באיסור דאורייתא אפילו אינו מפורש בתורה, והלא מצינו כמה פעמים בש"ס שהכו מכת מרדות, ונידו ושמתו אפילו על איסורין דרבנן, א"כ היה להם להכותם ולהעניש אותם גם כאן בנידוים ובשמתות וחרמות שלא יעברו לא בשוגג ולא במזיד כיון דאיירי שיש כח ביד ב"ד מאת הממשלה לעשות כראות עיניהם, ואמאי העלימו ב"ד את עיניהם ושתקו ולא מיחו ואמרו מוטב שיהיו שוגגין ולא יהיו מזידין.

ד) **ואי** איירי באופן שאין כח ביד ב"ד למחות בידם שלא יעברו כלל, ומשו"ה אמרו טוב הוא שיעברו שוגגין ולא יעברו מזידין, א"כ תימא אמאי חילקו הפוסקים וכתבו דבדבר המפורש בתורה לא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' והלא כיון דאיירי שאין כח ביד ב"ד להפריש אותם מן האיסור שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במזיד, א"כ מה יעשו ב"ד בדבר המפורש בתורה ובמה יכריחו ב"ד את העוברין שלא יעברו כיון דאיירי שאין בכח יד ב"ד לעשות מאומה, וכיון דעכ"פ יעברו את האיסור המפורש בתורה, א"כ אמאי לא נימא ג"כ טוב שיעברו בשוגג משיעברו במזיד אטו משום דחמיר איסורו שמפורש בתורה נימא שטוב הדבר שיעברו מזידין משיעברו שוגגין אין אלו אלא דברי תימה.

ה) **הנה** נידון הספק אשר נסתפקנו במאי מיירי, יש להביא ראיה מדברי הפוסקים דאיירי שאין כח ב"ד למחות בידם שלא יעברו כלל, הנה הרא"ש בביצה פ' המביא בהאי דאמרינן מוטב שיהיו שוגגין כתב הרא"ש וז"ל והני מילי במידי דידעינן בודאי דלא מקבלי מינן אבל במידי דלא ידעינן מחייבינן למחות בידם עכ"ל וכן כתב הרא"ש בתשובה כלל ו' סימן ג' וז"ל אם ברור לו שלא יקבלו ממנו לא יזהירם כדאמרינן (ביצה ל'), והא תוספות יוהכ"פ דאורייתא והני נשי אכלי ושתו עד שחשיכה ולא מחינן בהו, אבל אם מסופק יזהירם להציל נפשו עכ"ל.

ו) **וכן** כתבו התוספות שבת דף נ"ה ד"ה ואע"ג דלא מקבלי נוכחינהו, היינו היכא דספק אי מקבלי כדאמר בסמוך לפניהם מי גלוי, אבל היכא דודאי לא מקבלי הנח להם מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין כדאמרינן בהמביא כדי יין (ביצה ל) ובפ' שואל (קמ"ח) גבי תוספות יוהכ"פ עכ"ל התוס' שם וכן כתבו התוס' בב"ב ד' ס' ד"ה מוטב, וכן בתוס' ע"ז דף ד' כתבו ג"כ דהא דאמרינן מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין איירי בדבר שידוע דלא מקבלי ע"ש, וכן כתב הש"מ בפ' (המביא דף ל') דאיירי באופן דידעינן דלא מהני בהו מחאה התם אמרינן מוטב שיהיו שוגגין. ומרן החת"מ בספר שדי חמד אסיפות דינים מערכת ה' אות ע' ס"ק ג' הביא גם כן בשם הסמ"ק דבדידעינן דלא מקבלי אם החוטא שוגג אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' עכ"פ מדברי כולם למדנו דלא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין רק באופן שיודע בודאי שלא יקבלו תוכחתו, א"כ נשארה קויתינו במקומה כיון שקצרה יד ב"ד להושיע ולהצילם שלא יעברו כלל, אמאי לא נימא אפילו באיסור המפורש בתורה טוב שיעברו בשוגג משיעברו במזיד.

ו) **ומדברי** הרשב"א דביצה ד' ל' למדתי תירוץ לזה, כי ז"ל שם וקא אכלי ושתו עד שחשכה גרסינן ולא גרסינן משחשכה וכו' ועוד דבכי האי ודאי אמרינן להו ומתין בידייהו, דע"כ לא אמרו אלא במה שאינו מבואר בתורה אלא אתי מדרשא כי הכא דדרשינן תוספות יוה"כ מבערב עד ערב תענו את נפשותיכם והא לא משמע להו לאינשי וקיל להו ושוגגין ולא מזידין אבל אלו אכלן משחשכה אמרינן ומחינן עכ"ל הרשב"א שם.

ח) **מדבריו** שמענו כי זהו החילוק בין דבר המפורש בתורה בין דבר שאינו מפורש בתורה, דבדבר שאינו פורש בתורה אמרינן דמסתמא שוגגין הם ומוטב שיהיו שוגגין ולא יהיו מזידין, ומשו"ה אין מוחין בידם שלא לעשותם מזידים, כיון דאיירי בדבר אשר בודאי לא יקבלו ממנו ולא ישמעו לנו כמו שכתבתי לעיל אות ה' ו' בשם הפוסקים א"כ למה נוסיף על חטאם לשיתם מזידים חנם, אבל בדבר המפורש בתורה אמרינן דמסתמא מזידים הם דדבר המפורש בתורה כולי עלמא ידעי בהון, וכיון דסוף סוף מזידים הם ולא יוסיפו בחטאם משום המחאה משו"ה מחינן בהו אע"ג דהוי דבר שאינו נשמע, דס"ל להרשב"א כדעת הרמב"ם והחינוך והסמ"ג והרא"ם והריטב"א והסמ"ק שכתבנו לעיל דס"ל דאפילו בדבר שאינו נשמע מחויב להוכיח עד הכאה או קללה אי עברי במזיד ושמעינן מזה דהרשב"א חולק ג"כ על הר"ן שחילק בין רבים ליחיד, דהרי בסוגיא דביצה ברבים איירי ואפילו הכי ס"ל להרשב"א שמחויב להוכיחם כשעוברים במזיד, או בדבר המפורש בתורה דחזקתן מזידים הם.

ט) **ומעתה** נוכל לומר דזהו טעמם של העיטור והרא"ש שחילקו בין דבר המפורש בתורה בין דבר שאינו מפורש בתורה הוא ג"כ מהאי טעמא שכתב הרשב"א דבדבר המפורש בתורה מסתמא מזידים הם ובדבר שאינו מפורש בתורה מסתמא שוגגים הם, וכן מצאתי בדברי מרן החת"מ בשדי חמד באסיפת דינים מערכת ה' אות ב' ס"ק ג', שכתב וז"ל וכתב הרב דברי מנחם בסימן תר"ח הגב"י אות א' (ד"ה ואיך שיהיה) בשם הרב פאת ים בד' ט"ל ע"ב דהרב העיטור והריטב"א שניהם לדבר אחד נתכוונו דדוקא במידי דאיכא למיתלי דשוגגין הם היא דאמרינן מוטב שיהיו שוגגין אבל כשהם מזידים מחינן בהו ומטעם זה הוא שחילק הרב העיטור דדוקא במידי דאתא מדרשא הוא דאמרינן מוטב שיהיו שוגגין דלאו כולי עלמא דיני גמירי ואיכא למימר דשוגגין הם אבל במידי דכתיבה בהדיא בדאורייתא דכולי עלמא ידעי לה ודאי מזידים הם ומחינן בהו עכ"ל מרן החת"מ והוא ממש כמו שכתבנו בדברי הרשב"א.

י) **ובזה** שכתבנו בטעם העיטור והפוסקים שחילקו בין דבר המפורש בתורה בין דבר שאינו מפורש בתורה, יתורץ ג"כ קושיא אחרת מה שיש להקשות עליהם דביבמות (ד' מ"ט) בעובדא דישעיה ומנשה איתא אמר ישעיה ידענא ביה דלא מקבל מה דאימא ליה ואי אימא ליה אישוייה מזיד עכ"ל הגמ', א"כ תימה והא רציחה הוא דבר המפורש בתורה "לא תרצח" ובדבר המפורש בתורה מחויב להוכיח לשיטת העיטור והפוסקים הנ"ל אפילו כשיודע בודאי שלח יקבלו ממנו, ואמאי לא הוכיחו ישעיה למנשה, ואין לתרץ דמשום הכי לא הוכיחו ישעיה משום דחשב לברוח ולהמלט על נפשו כדאיתא התם אמר שם איבלע בארזא, דא"כ למה לי האי טעמא דאישוייה מזיד תיפוק ליה דכיון שיש לו המלטה והצלה שלא יהרג אין לו להניח שיהרגוהו אלא ודאי משמע דבשעה שחשב ישעיה להוכיח את מנשה משום טעמא שלא לעשותו מזיד החליט אז שאין לו הצלה והמלטה מידו כמו שהוכיח סופו על תחלתו שהרי הרגו מנשה הרי דבאמת לא היה בכח ידו של ישעיה לברוח ולהמלט מידו של מנשה, ובכל זאת לא הוכיח ישעיה את מנשה, ולא הצדיק את עצמו והוא משום טעמא כדי שלא לעשותו מזיד, א"כ תימה הוא דכיון שהוא דבר המפורש בתורה לא תרצח היה לו לישעיה להוכיח את מנשה אפילו כשיודע בודאי שלא יקבלו ממנו כמו שכתבנו לעיל בשיטת העיטור והפוסקים.

יא) **ובדברי** הרשב"א הנ"ל ניחא דכיון דכל טעם החילוק של דבר המפורש בתורה אינו אלא דמסתמא מזיד הוא, א"כ בהאי עובדת דישעיה ומנשה כיון דעכ"פ שוגג היה מנשה כדמוכח מהסוגיא, וגם מדקאמר ואי אימא ליה אישוייה מזיד מכלל דאם לא יאמר לו ישאר שוגג, וכיון דעכ"פ שוגג הוא משום הכי לא הוכיחו ישעיה דהרי שייך טעמא

דמוטב שיהא שוגגין וכו' אפילו באיסור לא תרצח המפורש בתורה וכיוצא בו אפילו לשיטת העיטור וסייעתו.

פרק ג

א) **ועדיין** הדבר צריך ביאור לפי מה שכתבנו בשם הפוסקים דהא דאמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' איירי שאין בידינו למחות שלא יעברו כלל, והחילוק בין דבר המפורש בתורה בין דבר שאינו מפורש בתורה אינו אלא דבדבר המפורש בתורה אמרינן דמסתמא מזידין הם ובדבר שאינו מפורש בתורה אמרינן דמסתמא שוגגין הם, אבל כשיש בידנו למחות מחויבים למחות אפילו כשעושה בשוגג אפילו באיסור דרבנן, ומכ"ש באיסור דאורייתא אפילו כשאינו מפורש בתורה, דכיון שיש בידינו למחות שלא יעברו לא בשוגג ולא במזיד לא אמרינן בכי הא מוטב שיהיו שוגגין ולא יהיו מזידים כן כתבנו בשם הפוסקים, א"כ תימה אמאי סיים הרא"ש שם בביצה בדברי העיטור מחינן בהו וענשינן להו עד דפרשי, כי ז"ל הרא"ש שם כתב בעל העיטור דוקא במידי דאתא מדרשא כגון תוספות עינוי דיוהכ"פ, אבל במידי דכתיבא באורייתא בהדיא מחינן בהו וענשינן להו דפרשי עכ"ל הרא"ש, והלא תימה הוא דכיון שיש כח ביד ב"ד למחות ולענוש עד דפרשי, אמאי ישתקו ב"ד ויניחום לעבור איסורי דרבנן ואיסורי דאורייתא דלא מפרשי בהדיא בתורה, והלא מצינו כמה פעמים בש"ס שהכו מכת מרדות וכפו בנידויין ובשמתות שלא יעברו אפילו איסורי דרבנן ומכ"ש שיש להם למחות ולענוש שלא יעברו אפילו איסורי דרבנן ומכ"ש שיש להם למחות ולענוש שלא יעברו איסורי דאורייתא אפילו אינן מפורשים בתורה בהדיא.

ב) **ובלא** דברי הרא"ש ג"כ תימא הוא שהרי האמת ידעינן כי בימי חכמי הגמ' היה התוקף והכח ביד ב"ד של ישראל לכוף בשוטים ועקרבים להעמיד משפטי הדת על תלה, א"כ סוף סוף יקשה אמאי הניחו חכמי הגמ' לעבור איסורין בזמניהם ואמרו מוטב שיהיו שוגגין וכו', והלא כיון שיש כח ביד ב"ד שבזמניהם לכוף ולענוש שלא יעברו לא בשוגג ולא במזיד היה להם למחות ולענוש עד דפרשי, ומה הועילו הרא"ש ושאר פוסקים שהבאנו לעיל שכתבו דאיירי באופן דידעינן בודאי שלא יקבלו דברינו ולא ישמעו לנו, והלא כיון שהיה כח ביד ב"ד בזמניהם לכוף ולענוש שלא יעברו לא בשוגג ולא במזיד אמאי אמרו מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין,

ג) **וז"ל** מרן החת"מ בס' שדי חמד באסיפות דינים מערכת ה' אות ב' ס"ק ה' ז"ל כתב מרן חיד"א במחזיק ברכה סימן תר"ח אות ב' בשם שיטה מקובצת לביצה על ד' ל' וז"ל הריטב"א בשם רב גדול אשכנזי שהעיד בשם רבותיו הצרפתים ובכללם ר"י והרב

מרוטנברג שלא נאמרו דברים אלו אלא לדורותם, אבל בדור הזה שמקילין בכמה דברים ראוי לעשות סייג לתורה אפילו מדרבנן מחינן וקנסינן להו עד דלא ליעבדו לא בשוגג ולא במזיד ושכן הוא במדרש ירושלמי עכ"ל, מדבריהם משמע ג"כ דאיירי באופן שיש עדיין עצה ותחבולה לקנוס ולמחות שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במזיד, א"כ הדרא קושיא לדוכתה אמאי ישתקו ב"ד בדורותם ויעלימו עיניהם ויניחום עבור עבירות בשוגג איסורי דרבנן ואיסורי דאורייתא דלא מפרשי בקרא בהדיא, כיון שיש ביד ב"ד למחות שלא יעברו לא בשוגג ולא במזיד היה להם לעשות כל טצדקי שיש בידם לעשות.

ד) **וז"ל** הרמב"ם פ"א מהל' שביתת עשור הל' ז' נשים שאוכלות ושותות עד שחשכה והן אינן יודעות שמצוה להוסיף מחול על הקדש אין ממחין בידן שלא יבאו לעשות בזדון שהרי אי אפשר שיהיה שוטר בבית כל אחד ואחד להזהיר נשיו, והנח להם שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין וכן כל הדומה לזה עכ"ל, וכתב הה"מ וז"ל וכתב רבינו וכן כל הדומה לזה וכו' והכוונה בכל דבר שאינו מפורש בכתוב ונהגו בו היתר ומסור לכל עכ"ל משמע מדברי הה"מ שמשוה דעת הרמב"ם עם דעת העיטור וסייעתו שיש חילוק בין דבר המפורש בתורה בין דבר שאינו מפורש בתורה דבדבר המפורש בתורה לא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין.

ה) **ובדברי** הרמב"ם האלה יש לישב הכל, דהנה לעיל פ"ב אות ה' ו' כתבנו בשם הסכמת הפוסקים כולם דהא דאמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' איירי דוקא באופן שברור לנו שלא ישמעו לקול המוכיחים אז אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' אבל באופן שיש ספק אם ישמעו או לא אז לא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו', כן הוכחנו לעיל פרק זה אות א' ב' ג' מדברי הפוסקים דאפילו אם יש עדיין עצות ותחבולות ע"י הכאות ועונשין וקנסות להפרישן מן האיסור שלא יעברו לא בשוגג ולא במזיד מ"מ כיון שלא ישמעו בתוכחה בדבור בעלמא אפילו הכי אמרינן מוטב שיהיו שוגגין ולא יהיו מזידין עיין לעיל פרק זה אות א' ב' ג' ע"ש.

ו) **הילכך** זהו טעם החילוק בין דבר המפורש בתורה בין מצוה שאינה מפורשת בתורה כמו תוספות יוהכ"ה וכדומה או מילתא דרבנן, דבדבר שאינו מפורש בתורה לא מחינן בהו מכמה טעמים, א) דכיון דלא מפרשי איסורין בתורה בהדיא לא ידעו בהו אינשי וחזקתן שוגגין הם כמו שכתבנו לעיל בשם הרשב"א משו"ה לא מחינן בהו כדי שלא לגרע אותם להוסיף על חטאם משוגג למזיד, ב) כיון דלא מפרשי איסורן בתורה ולא משמע להו לאינשי קרוב הדבר שלא ישמעו לקול מוכיחם בדבורא בעלמא כיון שהורגלו בכך, ג) כיון דבאמת איסורו קיל כיון שאינו אלא מדרבנן או אפילו מצוה דאורייתא

כתוספות יוהכ"פ ג"כ איסורו קיל מאיסור דאורייתא המפורש בתורה, ואי אפשר שיהיו שוטרים בביתו של כל אחד ואחד להכות להפריש את כולם ע"י קנסות ועונשין כמו שכתב הרמב"ם אע"ג דאפשר להעמיד שוטרים בשנים או שלשה בתים ולמנוע אותם שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במזיד מ"מ שקלו חכמים בפלס ומאזני דעתם הרחבה שהמחאה והעונש הזה יגרום הפסד יותר משכר, כי עכשיו עושין כלם בשוגג, ואם ימחו בידם ויענשו אותם אף שע"י זה יצילו לשנים או לשלשה אנשים שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במזיד מ"מ לעמת זה יגרמו הפסד גדול, מה שעל ידי מחאתם ועונשם יעברו כל שאר העם במזיד חוץ מב' או ג' אנשים האלה משו"ה החליטו חז"ל ואמרו מוטב שיעשו כלם בשוגג, משיעשו כל שאר העם במזיד חוץ משנים או שלשה שלא יעברו כלל ז) וכל זה הוא בדבר שאינו מפורש בתורה או במילתא דרבנן אבל בדבר המפורש בתורה יתהפכו בהם כל הטעמים הללו לגריעות ולהחמיר, ומשו"ה לא אמרינן בהו מוטב שיהיו שוגגין וכו' הטעם הראשון יתהפך להחמיר בהם דכיון דמפרשי איסורן בתורה בהדיא כולי עלמא ידעי בהם וחזקתן מזידים הם, ומשו"ה אין לחוש למחות בהם אולי יתוסף משוגג למזיד כיון דבלאו הכי מזידים הם, הטעם הב' לא שייך בהם כיון דאיסורן מפורש בתורה משמע להו שפיר לאינשי וחמירא בעיניהם וקרוב הדבר שישמעו לקול מוכיחים, הטעם הג' נתהפך בהם, כיון דאיסורן מפורש בתורה איסור חמור הוא משו"ה עדיף לן הצלת שנים או שלשה אנשים שנגרום להם שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במזיד, מחששא שנחוש שמא יבואו שאר העם לעשות במזיד, משו"ה מחינן וענשינן ע"י קנסות ועונשין שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במזיד, אע"ג שאין בידינו להעמיד שוטרים רק בשנים או שלשה מקומות ולכל שאר העם יוכל היות שנגרום להם שיתוסף חטאם משוגג למזיד, מ"מ ההצלה עדיפא כיון דאיסור חמור הוא, משו"ה מחינן בהו שפיר להציל את האנשים מאיסור חמור אע"ג דכל שאר העם יבואו לעשות במזיד ע"י מחאתנו.

ח) **אך** צ"ע אם באמת דבר שאינו מפורש בתורה הוא קיל מדבר המפורש בתורה שהרי כל מילתא דאורייתא דילפינן בי"ג מדות או אתיין מדרשא דאורייתא ממש הן, ויש אריכות דברים בזה, וצ"ע, ואולי תוספות יוה"כ קיל משום שאינו אלא מצות עשה שאינו מפורשת בתורה דהרי ילפינן לה (ביומא ד' פ"א) מדכתיב ועניתם את נפשותיכם בתשעה לחרש בערב או מדכתיב מערב עד ערב והקרא מיעטה בהדיא מעונש ומאזהרה כדאיתא ביומא שם משו"ה קיל משא"כ באיסור ל"ת אפילו אינו מפורש בתורה ג"כ לא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וצ"ע.

ט) **ואפילו** אם נניח שאין שום קולא בדבר שאינו מפורש בתורה מדבר המפורש בתורה וחומרתן שוה, מ"מ יש ליישב ג"כ קושייתנו הנ"ל ע"פ דברי הרמב"ם שהבאנו לעיל אות ד' שכתב דאי אפשר להעמיד שוטרים בביתו של כל אחד ואחד, והחילוק בין דבר המפורש בתורה בין דבר שאינו מפורש בתורה הוא בזה, דבדבר שאינו מפורש בתורה כיון דלאו כולי עלמא ידעי בהון וחזקתן שוגגים הם, ואי אפשר להעמיד שוטרים בכל בית ובית משו"ה שתקינן ולא מחינן בידייהו כלל, אע"ג שיש כח ביד ב"ד להכות ולענוש ויצילו לשנים או לשלשה אנשים שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במזיד מ"מ יגרמו הפסד גדול ע"י זה שכל שאר העם יעברו במזיד מלבד ב' או ג' אלה, משו"ה החליטו חז"ל ואמרו מוטב שיעשו כולם בשוגג משיעשו כולם במזיד לבד ב' או ג' שלא יעברו כלל.

י) **וכל** זה הוא דוקא בדבר שאינו מפורש בתורה שחזקתן שוגגים הם משא"כ בדבר המפורש בתורה שחזקתן מזידין הם כמו שכתב הרשב"א ושאר מפרשים שהבאנו לעיל פ"ב אות ז' וט' ואין שום הפסד יוצא מן המחאה והעונש שהרי לא נתוסף החטא כיון דבלאו הכי מזידין הם, משו"ה מוטל עלינו למחות ולהכות ולענוש שלא יעברו כלל, אע"ג שאין בידינו להציל רק לשנים או לשלשה מהם כיון שאין בידינו להעמיד שוטרים בכל בית ובית, בכל זאת עבדינן כל מה שיש בכחנו לעשות כיון שאין שום היזק וחטא מגיע מזה כיון דסוף סוף מזידין הם, ובזה ג"כ מיושב הכל ואין אנו צריכין לטעמא דדבר שאינו מפורש בתורה קיל באמת מדבר המפורש בתורה ודו"ק.

יא) **ולכאורא** יש ליישב בזה גם הקושיא הראשונה שהקשינו לעיל אות א' על מילתא דר' אילעא דאמר כשם שמצוה לומר דבר הנשמע כך מצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע ור' אבא אומר חובה וכו' והקשינו לעיל מכמה סוגיות שבש"ס ובזה יש לתרץ ולומר דר' אילעא ור' אבא איירו שהחוטא הוא שוגג ומשום מוטב שיהיו שוגגין וכו' נגעו בה ומשו"ה מצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע כדי שלא לעשותו מזיד, אבל אם החוטא הוא מזיד אז מצוה להוכיחו אפילו מאה פעמים עד הכאה או קללה כיון שאין שום היזק מגיע מן התוכחה כיון דבלאו הכי הוא מזיד, ומשו"ה השמיטו הרמב"ם בפ"ו מהל' דעות משום דסמך עצמו על מה שכתב בפ"א מה"ל שביתת עשור דמוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין, אך כל זה הוא לכאורא אבל באמת ליכא לאוקמה למילתא דר' אילעא ור' אבא כשהחוטא הוא שוגג, שהרי ר' אבא יליף לה מדכתיב אל תוכח לץ פן ישנאך ובשוגג לא שייך לקרותו לץ כיון דלפי דעתו היתירא הוא, וכן נאמר זד יהיר לץ שמו עושה בעברת זדון אלמא דלץ מקרי מי שעושה בזדון ולא העושה בשוגג א"כ ליכא לתרץ כנ"ל.

פרק ד

א) **היוצא** לנו מכל זה דהא דאמרינן מוטב שיהיו שוגגין ולא יהיו מזידין איירי באופן שאנו יודעים בודאי שלא ישמעו לקול המוכיחים אשר יוכיחו אותם כמו שכתבנו לעיל בשם הרא"ש דביצה ובשם הרא"ש בתשובה ובשם התוס' דשבת ד' נ"ה והתוס' דב"ב ד' ס' והתוס' דע"ז ובשם הסמ"ק ובש"מ בביצה עיין לעיל אות וכן מדויק לשון הרמב"ם שהבאנו לעיל בתוכחת דברים לבד לא ישמעו אם לא יעמדו שוטרים בכל בית ובית, והיינו להכותם ולענשם כי זהו מעשה השוטרים לקנוס ולענוש למי שלא יציית למשפטי השופטים, ואפילו כשיש כח ביד ב"ד למחות בידם ע"י הכאות ועונשין וקנסות מ"מ אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' כמו שכתבנו לעיל בשם הרא"ש ובשם הרמב"ם ובשם מרן חיד"א שכתב בשם הש"מ והריטב"א ובשם חכמי הצרפתים והר"י והרב מרוטנברג, ומכל שכן כשאין שום עצה ותחבולה לעצור בידם שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במיזד בודאי אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו', אבל אם יש ספק אולי אם ישמעו לקול המוכיחים בלא הכאות ועונשים לא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין אפילו באיסור דרבנן ומכ"ש כשברור הדבר שישמעו לקול המוכיחים בדבורא בעלמא בודאי מוטל להוכיח ולא אמרינן בזה טוב שיהיו שוגגין וכו'.

ב) **והא** דאמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' איירי דוקא בדבר שאינו מפורש בתורה אלא אתיא מדרשא כתוספות יוהכ"פ וכדומה או במילתא דרבנן אבל בדבר המפורש בתורה לא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' כן כתבנו לעיל בשם בעל העיטור ובשם הרא"ש ובשם הר"ן בביצה ובשם הריטב"א ובשם הרשב"א ובשם הה"מ שכתב כן לדעת הרמב"ם ובשם הרמ"א באו"ח סימן תר"ח.

ג) **והא** דאמרינן דאפילו כשיש עדיין עצה ותחבולה שלא יעברו כלל אפילו הכי אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' איירי דוקא בדבר המסור לכל כמו תוספות יוה"כ וכדומה ודוקא כשרבים עוברים העברה אז אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' משום דאי אפשר להעמיד שוטרים בכל בית ובית לעצרם שלא יעברו, אבל בדבר שאינו מסור לכל, או אם העוברין אינן רק שנים או שלשה אנשים ואפשר למחות בידם ע"י הכאות ועונשין שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במזיד לא אמרינן בהו מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין אע"ג דאי אפשר למצרן שלא יעברו ע"י תוכחת דברים, מ"מ כיון דע"י הכאות ועונשין אפשר לעצרך שלא יעברו כלל לא אמרינן בהו מוטב שיהיו שוגגין וכו' כן כתבנו לעיל ממשמעות דברי הרמב"ם וההמ"מ.

ד) **והחילוק** הזה שחלקו בין דבר המפורש בתורה לבין דבר שאינו מפורש בתורה, הוא הן בדבר ובאופן שיש עדיין עצה ותחבולה להפרישם מן האיסור ע"י הכאות ועונשין וקנסות, הן בדבר ובאופן שאין שום עלה ותחבולה להפרישם מן האיסור אפילו ע"י הכאות ועונשין, כיון דעכ"פ מיירי שלא ישמעו לקול מוכיחים בתוכחת דברים, ובאופן שאין שום עצה ותחבולה להפרישן מן האיסור אפילו ע"י הכאות ועונשין, טעם החילוק בין דבר המפורש בתורה בין דבר שאינו מפורש בתורה הוא בזה, דבדבר המפורש בתורה אמרינן דמסתמא שוגגין הם שאין מפורש בתורה ולאו כולי עלמא ידעי בהון, ומשו"ה לא מחינן בהו כדי שלא להוסיף עון על חטאם, היינו שלא לעשותם מזידין ועד עכשיו שוגגין הם, וכיון דאין שום עצה ותחבולה להפרישם מן האיסור שלא יעשו כלל, א"כ למה נגרום אותם חנם שיחטאו במזיד מה שעד עכשיו חטאו בשוגג, אבל בדבר המפורש בתורה דכיון דאיסורן גלויין וידועין לכל אמרינן דמסתמא מזידין הם, וכיון דאין שום חשש הפסד יצא מן המחאה לחוש שמא נגרום להם שיעברו במזיד מה שעברו עד עכשיו בשוגג, דהרי בלאו הכי אמרינן כי מזידין הם כיון דאיסורן גלוי ומפורש בתורה, משו"ה מחינן בהו כדין מחאה עד הכאה או קללה או נזיפה, אע"ג דידעינן בודאי שהוא דבר שאינו נשמע ואין שום עצה ותחבולה להפרישן מן האיסור מ"מ מחינן בהו כדקי"ל דאפילו בדבר שאינו נשמע ג"כ איכא מצות תוכחה כשהחוטא הוא מזיד כמו שכתבנו לעיל בשם הפוסקים רק במקום כשהחוטא הוא שוגג אין להוכיחו שלא לגרוע אותו להוסיף פשע על חטא.

ה) **ובאופן** שיש עצה ותחבולה לעצרם שלא יחטאו כלל לא בשוגג ולא במזיד ע"י הכאות ועונשין טעם החילוק בין דבר המפורש בתורה בין דבר שאינו מפורש בתורה הוא בזה כיון דאיירי שהעוברים הם רבים והוא דבר המסור לכל שאי אפשר להעמיד שוטרים בכל בית ובית כמו שכתבו לעיל, הלכך דוקא בדבר שאינו מפורש בתורה אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' דכיון שהוא דבר שאינו מפורש בתורה ומסתמא שוגגין הם, ואי אפשר להעמיד שוטרים בכל בית ובית משו"ה לא מחינן בהו מפני שההפסד הוא יותר מההצלה, דעד עכשיו עברי כולם בשוגג ואם נתחיל למחות בהם ע"י הכאות ועונשין וקנסות להו דע"י זה נציל לשנים או לשלשה מהם שלא יעברו כלל לא בשוגג ולא במזיד, אבל לעומתם נגרום הפסד מה ששאר העם יחטאו במזיד משו"ה אמרו מוטב שיעשו כולם בשוגג משיעשו כלם במזיד לבד שנים או שלשה, מצורף לזה יוכל היות דכיון שאין איסורו מפורש בתורה וקיל איסוריה לכן אין ההצלה של ב' או ג' אנשים חשובה כמו ההפסד מה שיעשו משוגגין למזידין, משא"כ בדבר המפורש בתורה כיון שהדבר גלוי

ומפורסם לכל אמרינן דמסתמא מזידין הם ומשו"ה מחינן בהו כיון שאין שום הפסד יגיע מן מחאתנו דבלאו הכי מזידין הם, אע"ג שהוא דבר שאינו נשמע בתוכחת דברים רק ע"י, קנסות ועונשין ואי אפשר להעמיד שוטרים בכל בית ובית מ"מ עבדינן מה שיש בידנו לעשות ולהפריש מן האיסור כיון שאין שום הפסד יגיע מהמחאה דבלאו הכי מזידין הם, וגם איכא למימר כמו שכתבנו לעיל כיון דאיסורו חמור מפני שמפורש בתורה משו"ה ההצלה עדיפא מן החשש שמא יחטאו במזיד, משו"ה מחינן וקנסינן כפי מה שיש בידנו למחות ולענוש כדי להפרישם מן האיסור החמור אף שלא יעלה בידנו להציל רק לשנים או לשלשה מהם מ"מ ההצלה הזאת חשובה אצלנו יותר מההפסד שנגרום להם שיעשו במזיד כיון דאיסורו חמור שמפורש בתורה.

ו) **ולפי** זה אפילו בדבר המפורש בתורה נמצא ג"כ גונא אשר נאמר בהם מוטב שיהיו שוגגין וכו' וכן אפילו בדבר שאינו מפורש בתורה ואפילו במילתא דרבנן ג"כ נמצא כמה אופנים שלא נאמר בהם מוטב שיהיו שוגגין וכו' דאפילו בדבר המפורש בתורה אם יודע בודאי שהחוטא הוא שוגג, וגם יודע בודאי שאין לו שום עצה ותחבולה לעצרו שלא יחטא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' אפילו בדבר המפורש בתורה, ובזה ניחא עובדא דישעי' ומנשה דיבמות דף מ"ט שהבאנו לעיל פ"ב י' אע"ג שהוא דבר המפורש בתורה בהדיא ולא תרצח מ"מ לא הוכיחו ישעיה למנשה מהאי טעמא דכיון דישעיה ידע שמנשה עובר בשוגג כמו שכתבנו לעיל וגם ידע ישעיה שאין לו שום עצה ותחבולה לעצור את מנשה שלא יעבור, אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' אפילו בדבר המפורש בתורה, וכן להיפך נמצאו כמה גוני שלא נאמר מוטב שיהיו שוגגין אפילו באיסור שאינו מפורש בתורה או אפילו באיסור דרבנן.

ז) א) **אם** הוא באופן שאינו יודע בברור אם ישמעו לו בתוכחת דברים או לא, אז לא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' אפילו באיסור דרבנן ובאיסור שאינו מפורש בתורה, ומכ"ש אם ברור לו שישמעו לו לקולו בתוכחת דברים בודאי מחויב למחות ואין אומרים בזה מוטב שיהיו שוגגין וכו'. ב) אם יודע שהחוטא הוא מזיד אז אפילו אם ברור לו שלא ישמעו לקולו בתוכחת דברים מ"מ מחויב הוא להוכיחו אפילו בדבר שאינו נשמע בברור ואפילו באיסור דרבנן או באיסור שאינו מפורש בתורה. ג) אפילו באיסור שהחוטא הוא שוגג בודאי וגם יודע בודאי שלא ישמע לקולו בתוכחת דברים, מ"מ אם יש בידן למחות ע"י הכאות ועונשין וקנסות מחויבים למחות ולעשות כל טצדקי להפרישן מן האיסור אפילו באיסור דרבנן או באיסור שאינו מפורש בתורה, ודוקא בחטא של אדם פרטי או בחטא שאינו מסור לכל אבל בחטא הרבים ומסור לכל כגון תוספות יוהכ"פ וכיוצא

בהם אין ב"ד מוחין בהם כיון שהחוטאים הם בשוגג ולא ישמעו בתוכחת דברים לבד, אף שישמעו ע"י הכאות ועונשין מ"מ אין מוחין בהם דההפסד הוא יותר מן ההצלה כיון דהאיסור הוא מסור לכל ואי אפשר להעמיד שוטרים בכל בית ובית, אם נתחיל לענשם נגרום להם שיעשו כלם במזיד חוץ משנים או שלשה אנשים ועד עכשיו עושין כולם בשוגג, משו"ה לא מחינן בהו ואמרינן מוטב שיעשו כולם בשוגג משיעשו כולם במזיד לבד שנים או שלשה שלא יעשו כלל.

פרק ה

א) **ובדברינו** נוכל לתרץ ג"כ קושיא אחרת שהקשו האחרונים על העיטור וסיעתו דס"ל דבדבר דמפורש בתורה לא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' והקשו עליהם מהא דאיתא בשבת דף נ"ה שאמר הקב"ה לגבריאל לרשום על מצחן של הצדיקים תיו של דיו וכו' ואמרה מדת הדין היה להם למחות ולא מיחו, אמר הקב"ה גלוי וידוע לפני שאם מיחו בידם לא קבלו מהם ואמרה לפניו מדה"ד אם לפניך גלוי לפניהם מי גלוי, ומשמע שאם היה גלוי לפניהם היה הדין נותן שישתקו ולא ימחו בידם, וזהו תימה רבתי לכל הפוסקים שהבאנו לעיל דס"ל דכשהחוטא הוא מזיד מ"מ מחויב להוכיחו אפילו בדבר שאינו נשמע עיין לעיל פרק א' מאות ח' והלאה ואי אייריי שהחוטאים הם שוגגין ומשו"ה אם היה גלוי לפניהם שלא ישמעו היה הדין נותן שישתקו ולא ימחו מטעם מוטב שיהיו שוגגין וכו' א"כ תימה על בעל העיטור וסיעתו דהרי בבית ראשון היו בהם ג' עבירות החמורות ע"ז וג"ע וש"ד דמפרשן איסורן בתורה ולא אמרינן בהם מוטב שיהיו שוגגין וכו' והסמ"ק וכן האחרונים תירצו דלעולם אייריי שהחוטאים מזידים היו כדמשמע פשטא דמילתא ומ"מ יש חילוק בין דבר הנשמע בין דבר שאינו נשמע דבדבר הנשמע נתפס האדם שיש בידו למחות ולא מיחה כאלו הוא עשה את העברה מטעם ערבות דכל ישראל ערבין זה בזה, משא"כ בדבר שאינו נשמע נהי דעובר על עשה דהוכיח תוכיח אם לא מיחה בהם מ"מ מיתה אינן חייבין ושפיר עביד קוב"ה שצוה לרשום תיו של דיו שיחיו, עיין בדבריהם דזהו הקיצור העולה מדבריהם אף שאין זה לשונם.

ב) **ובדברינו** נוכל לומר דבאמת שוגגין היו כדמשמע מתוס' שבת ד' נ"ה ד"ה ואע"ג ע"ש, וכאן אפילו בעל העיטור וסיעתו מודים דאמרינן מוטב שיהא שוגגין וכו' אפילו בדבר המפורש בתורה כיון שלא היה ביד הצדיקים למחות בידם ולעצרם מלחטוא ע"י קנסות ועונשין שהרי יד השרים והסגנים היה במעל הזה ראשונה, וגם ידעו בודאי שבאמת שוגגין היו לשיטת התוס' משו"ה אפילו בדבר המפורש בתורה אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' ואפילו עשה דתוכחה ליכא כמו שביארנו לעיל בעובדא דישעי' ומנשה שלא

הוכיחו ג"כ מזה הטעם שלא לגרע אותו משוגג למזיד כיון דידע בודאי דשוגג הוא וגם אין בידו לעצרו מלחטוא אמרינן אפילו בדבר המפורש בתורה מוטב שיהיו שוגגין וכו' ג) **ולכאורה** היה אפשר לומר דזהו ג"כ סברת הר"ן שמחלק בין יחיד לרבים, והיינו כמו שכתבנו בדברי הרמב"ם משום דאי אפשר להעמיד שוטרים בכל בית ובית לכן אמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' וכתבנו לעיל דזה הטעם לא שייך אלא במקום שהרבים הם החוטאים ובדבר המסור לכל אבל בחטא של שנים או שלשה אנשים פרטיים או בדבר שאינו מסור לכל לא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין משום דלא שייך שם האי טעמא דאי אפשר להעמיד שוטרים וכו' א"כ יש לכאורה מקום לומר דזהו ג"כ טעמו של הר"ן, אך אי אפשר לומר כן מכמה טעמים, חדא דהרי הר"ן קאי על מילתא דר' אילעא ור' אבא והם איירו במזיד ולא בשוגג כמו שכתבנו לעיל דהרי יליף לה מדכתיב אל תוכח לץ, ולץ מזיד הוא, ב) כיון דהר"ן מחייבו עכ"פ להוכיחו ברבים פעם, אחת א"כ עשה אותם מזידין א"כ איזו הפסד יגיע אם ימחה בהם יותר, ואין זה דומה למה שכתבנו בדברי הרמב"ם, דהתם כיון דאמרינן מוטב שיהיו שוגגין וכו' אינו מתחיל להוכיחן כדי שלא לעשותן מזידין משא"כ כאן כיון דסוף סוף מוכיחן פעם אחת עושה אותן מזידין אמאי לא ימחה בהם עד שיפרשו כיון דאיירי שיש כח להפרישן מן האיסור ע"י הכאות ועונשין, ג) זה בעצמו דוחק גדול לפרש כן דברי ר' אילעא ור' אבא ורב שמואל ור"י שנחלקו עד היכן תוכחה עד הכאה או קללה או נזיפה ועל דבריהם קאי הר"ן, וא"כ נצטרך לומר דאיירי שיש עצה ותחבולה להפרישן מן האיסור ע"י עונשין והכאות וקנסות וזה לא משמע כן אלא משמע דאיירו בדבר שאינו נשמע כלל ואין שם מצה ותחבולה להפרישן מן האיסור.

פרק ו

א) **ומצאתי** למרן החח"מ בספר שדי חמד באסיפת דינים מערכה ה' אות ב' ס"ק ו' שכתב וז"ל כשם שאמרו מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין שאין להרבות ענשן משוגג למזיד כך הנח להם מוטב שיהיו חוטאין בלא התראה ממה שיעיזו פניהם ויחטאו בהתראה ויענשו ביותר, ואין להרבות ענשם משאינו מתרה למותרה כן כתב הרא"מ בספר היראים סימן ל"ז והסמ"ג בעשין סוף סימן י"א כתב דמוכח בשבת ד' נ"ה ע"א דאף אם ספק לו אם יקבלו דבריו חייב למחות, ואם ברור למוכיח שלא יקבלו והעברים שוגגין טוב לו לשתוק כדאמרינן בביצה ד' ל' מוטב שיהיו שוגגין וכו' אבל אם העוברין מזידים וברור לו שלא יקבלו אע"פ שפטור מעונש מיתה כדמוכח במס' שבת (ד' נ"ה) מ"מ מעשה דהוכיח תוכיח לא מפטרי ואע"פ שמוסיף על ענשו שלא יקבלו הלעיטהו לרשע וימות,

לכך צוה התלמוד השתיקה בשוגגין דוקא, ואני אומר שאין זו אלא עצה טובה כי אף במזידים צריך לשתוק כדאמרינן בפ' הבע"י ד' ס"ה שחובה על האדם שלא לומר דבר שאינו נשמע שנאמר אל תוכח לץ פן ישנאך, עכ"ל.

ב) **ושמעינן** מזה דאע"ג שהמ"א באו"ח סימן תר"ח הביא מדברי הסמ"ג דכשהחוטא הוא מזיד מחויב הוא להוכיח אפילו אם ברור לו שלא ישמע ופסק כן להלכה, מ"מ מסקנת הסמ"ג אינו כן ומסקנתו של הסמ"ג הוא דהיכא שידוע בודאי ובבירור שלא ישמע לו פטור הוא להוכיחו אף שהחוטא הוא מזיד, רק שהמ"א פסק כתחלת דברי הסמ"ג ולא כמסקנתו, משום שכן הוא שיטת רוב פוסקים כמו שהבאנו לעיל.

ג) **עוד** שמעינן מזה שדעת הרא"ם בספר יראים הוא ג"כ כדעת מסקנת הסמ"ג דאפילו כשהחוטא הוא מזיד מ"מ אין להוכיחו אם הדבר ברור שלא ישמע, כדי שלא להוסיף ענשו דעד עכשיו עבר בלא התראה ועכשיו יעבור בהתראה ולפי זה צ"ל מה שכתבנו לעיל בשם הג"מ שהביא שדעת הרא"ם הוא דכשהחוטא מדד מחייב להוכיחו אפילו בברור לו שלא ישמע, צריך לומר שהרא"ם שהביא הג"מ הוא רא"ם אחר ולא בעל המחבר ספר היראים, וכן כתב מרן החח"מ שם שהרא"ם שהביא בהג"מ אינו בעל ספר היראים.

ד) **עכ"פ** חזינן דסברת היראים ומסקנת הסמ"ג הוא דהא דאמרינן כשם שמצוה לומר דבר הנשמע כך מצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע אירי אפילו כשהחוטא הוא מזיד ואפילו ליכא סכנת נפשות, ותימא במאי יתורץ הקושיא שהקשה הר"ן דהרי אמרינן בערכין עד היכן תוכחה עד הכאה או קללה או נזיפה אלמא דאפילו בדבר שאינו נשמע מחויב ג"כ להוכיחו, כן ישאר קושייתנו דלעיל מהא דאמרינן בכמה דוכתי הוכח תוכיח אפילו מא פעמים, והלא כיון שכבר הוכיחו כמה וכמה פעמים ולא שמע לקול המוכיח אמאי מחויב להוכיחו יותר והלא אין לך דבר שאינו נשמע גדול מזה כיון שכבר הוכיחו דרך משל ששים, קו שבעים פעמים ולא שמע אליו נפטר מלהוכיחו יותר אפילו כשהחוטא הוא מזיד.

ה) **ונראה** לתרץ דכיון שהטעם מה שאינו מחויב להוכיח בדבר שאינו נשמע אפילו כשהחוטא הוא מזיד הוא משום דמוטב שיעברו במזיד בלא התראה משיעברו מזיד בהתראה כמו שכתבנו לעיל לשיטת מסקנת הסמ"ג והיראים, א"כ לא שייך הטעם הזה אלא במקום דידע בבירור קודם שהתחיל להוכיחם שבודאי לא ישמעו אז אמרינן שלא יתחיל להוכיחם כלל כי מוטב שיעברו מזידין בלא התראה משיעברו מזידין בהתראה, אבל אם מתחלה שלא ידע בבירור שלא ישמעו לו והתחיל להוכיחם, מחויב להוכיחם

אח"כ אפילו מאה פעמים עד הכאה או קללה או נזיפה כיון שאין שום הפסד יוצא ע"י מחאתו דהרי התרו בהם ועברו במזיד בהתראה, כן נראה לי לתרץ דברי הרא"ם ומסקנת הסמ"ג.

ו) **ולענין** הלכה נראה דלית הלכתא כוותייהו דהיראים והסמ"ג שהרי כל הפוסקים חולקים עליהם הראשון הרמב"ם שהבאנו לעיל אות ט' שפסק שמחויב להוכיח עד הכאה ומסתם לה סתומי ולא חילק בין דבר הנשמע או לא וכן החינוך שהבאנו לעיל אות י"ג וכן המ"א סימן תר"ח שהבאנו לעיל אות ט"ו פסק ג"כ דכשהחוטא הוא מזיד מחויב להוכיח אפילו בדבר שאינו נשמע, ואם לא הוכיחו עובר על מ"ע דהוכח תוכיח, וכן הוא דעת הר"א שהביא הג"מ בפ"ו מהל' דמות והבאנו דבריו לעיל אות ט"ז וכן דעת הריטב"א בש"מ בביצה ד' ל' שהבאנו לעיל אות כ' וכן הוא דעת הסמ"ק שהבאנו דבריו לעיל אות כ"א וכן הוא דעת הרשב"א שהבאנו דבריו לעיל פרק ב' אות ז'. ז) **ונראה** שגם העיטור וסיעתו שחילקו בין דבר המפורש בתורה לבין דבר שאינו מפורש בתורה פליגי ג"כ על היראים והסמ"ג, לפי מה שהוכחנו לעיל בשם הפוסקים דאיירו בדבר שאינו נשמע ואפילו הכי בדבר המפורש בתורה מחויב להוכיחם מטעם דכיון שהדבר גלוי לכל מסתמא מזידין הם משו"ה מחויב להוכיחם אפילו בדבר שאינו נשמע יען כי אין הפסד והיזק בא מן המחאה הזאת אלמא דלא ס"ל כהסמ"ג והיראים דס"ל דאפילו כשהחוטא הוא מזיד פטור מלהוכיחו, מטעם דמוטב שיעברו במזיד בלא התראה משיעברו במזיד בהתראה, וכיון שכל הפוסקים הרבים האלה חולקים על הסמ"ג והיראים בודאי לא נקטינן כוותייהו, ונראה כי גם כותיה דהר"ן לא נקטינן שחילק בין יחיד לרבים, אע"ג דמרן הרמ"א באו"ח סימן תר"ח סתם כוותיה דהר"ן שחילק בין רבים ליחיד מ"מ לא נקטינן כוותייהו כמו שהארכנו לעיל אות ה' ו' ז' ח' בשם הפוסקים ובשם המדרש דכולם ס"ל שאין שום חילוק בין יחיד לרבים ודלא כהר"ן.

ח) **היוצא** לנן מכל הנ"ל להלכה דהרואה את חבירו בדרך לא טובה מצוה להוכיחו שנאמר הוכיח תוכיח, אם קבל ממנו מוטב ואם לאו יוכיחנו פעם שניה או שלישית וכן עד אלפי פעמים מחויב להוכיחו עד שיכנו או יקללנו ויאמר לו איני שומע לך.

ט) **וכל** זה אין שום חילוק בין שיודע שהחוטא ישמע לו או שיודע בבירור שהחוטא לא ישמע לו מ"מ חייב להוכיחו, ואם עבר ולא הוכיחו בדבר הנשמע נתפס באותו עון כמו שאמרו חז"ל בשבת ד' נ"ה מי שאפשר למחות באנשי ביתו ולא מיחה נתפס על אנשי ביתו באנשי עירו נתפס על אנשי עירו בכל העולם נתפס על כל העולם ע"ש בגמ', והוא

מדין ערבות דכל ישראל ערבין זה בזה, אבל בדבר שאינו נשמע נהי דמי שאינו מוכיחו אינו נענש כמותו מ"מ עובר על מ"ע דהוכח תוכיח.

י) **וכל** זה אין שום חילוק בין יחיד לרבים דבכולם הדין שוה שמחויב להוכיח אפילו אלפי פעמים עד הכאה או קללה אפילו בדבר שאינו נשמע.

יא) הא דאמרינן דאפילו בדבר שאינו נשמע מחויב להוכיחו עד הכאה או קללה, וגם לא מחלקינן בין חטא הרבים לחטא היחיד, היינו דוקא כשיודע שהחוטא הוא מזיד או בדבר המפורש בתורה דחזקתו מזיד הוא כיון שהדבר גלוי ומפורש בתורה וגם חמירא איסורו כיון שמפורש בתורה, אבל אם הדבר אינו מפורש בתורה או במילתא דרבנן דמסתמא שוגגין הם, או אפילו בדבר המפורש בתורה ויודע בבירור שהחוטא שוגג הוא וגם יודע בבירור שלא ישמעו לו בתוכחת דברים, וגם אין לו עצה ותחבולה לעצרם שלא יחטאו ע"י קנסות ועונשין כעובדא דישעיה ומנשה שהבאנו לעיל אות מ"ט בזה אמרינן מוטב שיהיו שוגגין ובזה יש חילוק בין חטא הרבים לחטא היחיד עיין לעיל פרק ב' מאות ז' והלאה ואין צורך לכפול הדברים.

פרק ז

א) **ונראה** דלענין מחאת רבים ולאו כולי עלמא שוגגין הם ולאו כולי עלמא מזידין הם ולאו כולי עלמא ישמעו לתוכחתו ולאו כולי עלמא לא ישמעו לתוכחתו רק זה ישמע לו וזה לא ישמע לו זה עביד בשוגג וזה עביד במזיד, וכל כיוצא בזה אזלינן בתר רובא אי רובא שוגגין הרי דינם כשוגגין ואי רובא מזידין הרי דינם כמזידין ואי רובא ישמעו דינו כדין דבר הנשמע ואי רובא לא ישמעו נידון כדבר שאינו נשמע דאי לא נימא הכי לא שייך לומר בחטא הרבים מוטב שיהיו שוגגין, דהרי אי אפשר דליכא בהו חד דגמיר ועביד בלאו הכי במזיד ואי אפשר שלא ימצא בהם אחד שישמע לדברי חכמים ולתוכחתם כמו שאמרו חז"ל איכא צנועות ופרוצות אלא ודאי לא משגחינן על המיעוט רק בתר רובא אזלינן.

ב) ובפרט לפי מה שכתבנו לעיל בשם הרמב"ם שכתב דאי אפשר להעמיד שוטרים בכל בית ובית, ואי אזלינן בתר מיעוט אמאי לא נעמיד שוטרים בהבתים אשר יש בידנו כדי להצילם מן החטא, אלא ודאי בתר רובא אזלינן וכיון דאיכא מכשול והיזק מהשוטרים לשאר העם מה שיבאו לעשות במזיד ועד עכשיו שוגגין היו משו"ה לא משגחינן להציל את מיעוט העם מן החטא כמו שביארנו כל זה לעיל.

ג) **ומצאתי** למרן החח"מ בספר שדי חמד באסיפת דינים מערכת ה' אות ב' ס"ק ח' שכתב וז"ל הרשב"ץ בח"ב סימן מ"ז הביא דבריו הרב מקנה אברהם סימן קע"ה כתב

דלא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין אלא בדבר שכולם שוגגין כי ההיא דסוף פרק חזקת הבתים רבו פרושים וכו' אבל בדבר שמימוטם שוגגים מצוה למחות בידם אף אם יבאו להיות מזידים כדי להזהיר לאחרים שלא יבאו לידי מכשול דילפי מקלקלתא ולא ילפי מתקנתא עכ"ל, והנה אין הספרים האלה רשב"ץ ומקנה אברהם ת"י לעיין בהם.

ד) **ולכאורא** דבריו סתרי אהדדי דמתחלה קאמר דכולם שוגגין בעינן ומשמע דברובן שוגגין לא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין, ולבסוף סיים דבמיעוטם שוגגין מצוה למחות והוא משום דלא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין כשהמיעוט שוגגין א"כ משמע דדוקא במיעוט שוגגין הוא דלא אמרינן מוטב שיהיו שוגגין אבל ברוב שוגגין שפיר אמרינן מוטב שיהיו שוגגין לא בעינן דוקא שיהיו הכל שוגגין.

ד) **אך** באמת אין זה תימה דהרי קי"ל בכל התורה דרובא ככולה דמיא, א"כ מה דאמר מתחלה דבעינן כולה שוגגין, אין כוונתו על כולה ממש אלא רובא קאמר דככולה דמי, ועוד דהרי סיים וכתב דבעינן שיהיו כולם שוגגין כההיא דחזקת הבתים והתם נמי לאו כולם שוגגין היו, שהרי החכמים בעצמם דידעי להאי מילתא ואמרו בדין הוא שנגזור על עצמינו גם כן לא פירשו מנשותיהם, אלמא דלא בעינן כולם שוגגין רק ברובא סגי משו"ה סיים אבל בדבר שמיעוטם שוגגין מצוה להוכיחם, והוא כמו שכתבנו דבתר רובא אזלינן ומה דאכתי יש לדקדק על דבריו דסתרי אהדדי לענין מחצה על מחצה, איכא למימר דבאמת ספוקי מספקא ליה להרשב"ץ אי מחצה כרוב דמיא אי לא ודוק.

פרק ח

א) **כתב** מרן הרמ"א ביו"ד סוף סימן של"ד וז"ל אע"פ שחייב אדם למחות בעוברי עברה וכל מי שאינו מוחה ובידו למחות נתפס באותו עון, מ"מ אין אדם חייב להוציא ממונו על זה ולכן נהגו להקל מלמחות בעוברי עבירה שיש לחוש שיהיו עומדין על גופנו ומאודנו עכ"ל ובחו"מ סימן י"ב ס"א כתב מרי"ן הרמ"א וז"ל ויש מי שכתב דמ"מ נוהגין עכשיו שלא למחות בעוברי עברה משום שיש סכנה בדבר שלא ימסרנו למלכות עכ"ל, וכן כתב מרי"ן הרמ"א ביו"ד סימן קנ"ז ס"א וז"ל ובמקום שאמרו כל מי שיש בידו למחות ואינו מוחה הוא נתפס באותו עון מכל מקום בדבר שיש חשש סכנה אין צריך להוציא ממונו טל זה עכ"ל.

ב) **וכתב** הפ"ת ביו"ד סוף סימן של"ד וז"ל עיין בספר בכור שור בחידושיו למס' סוטה (ד' מ"ז) שכתב דמזה דשו רבים וכהתירא דמי להם לחטוף לאשר לו יד ושם קצת אצל שום שררה או שאר תקיפות אע"ג דלא ברי הזיקה ע"כ תפוג תורה ואין כופין אם איש את רעהו חיים בלעו ובאמת טעות גמור הוא דדברי מהרי"ו לא נאמרו כ"א בברי היזיקא

ואי לא תימא הכי בטלת לא תגורו מעיקרא דודאי לא נאמר לא תגורו כ"א בדאיכא מקום לירא והאריך בזה עכ"ל הפ"ת שם,

ג) **והמ"א** בסימן תר"ח ס"ק ג' כתב וז"ל ובס"ח סימן תי"ג כתב דוקא איש את אחיו שלבו גס בו, אבל אם היה איש אחר שאם יוכיחנו ישנאנו וינקום ממנו אין להוכיחו עכ"ל, וצריך לומר דכוונתו היא שינקום ממנו יותר מכפי חיוב המוכיח כגון למ"ד עד נזיפה, אם יעשה לו יותר מנזיפה, וכן למ"ד עד הכאה או קללה והוא ינקום ממנו יותר מהכאה או קללה, כגון שיהרגנו או ימסרנו לאנסין ויאבדו את כל ממונו, וכיוצא בזה הוא פטור מלהוכיח, דאלו עד הכאה או קללה או נזיפה לכל מר כדאית ליה הרי הוא מחויב להוכיח, ולא שייך לומר שמא ישנאנו וינקום ממנו.

ד) **ומדבריהם** למדנו דאע"ג שמחויב להוכיח עד הכאה קללה או נזיפה לכל מר כדאית ליה, וקודם שהכהו או קללו או נזפו מחויב עדיין להוכיח מ"מ היינו דוקא אם ישער בנפשו שלא יעשו לו יותר מכמו שהוא מחויב לסבול מחמת תוכחתו. אבל אם ישער בנפשו וברי היזיקא שיעשו לו יותר מכפי שהוא מחויב לסבול, אז הוא פטור מלהוכיח אפילו קודם הכאה או קללה או נזיפה, וזהו שאמר הכתוב אל תוכח לץ פן ישנאך, היינו פן ישנאך וינקום ממך ותסבול יותר מכפי חיובך לסבול ע"י התוכחה.

ה) **וכן** משמע מגמ' ערכין ד' ט"ז דפליגי שם תנאי ואמוראי עד היכן תוכחה חד אמר עד הכאה וחד אמר עד קללה וחד אמר עד נזיפה ומסיק הגמ' ושלשתן מקרא אחד דרשו ויחר אף שאול ביהונתן (היינו נזיפה) ויאמר לו בן נעות המרדות (היינו קללה), וכתיב ויטל שאול את החנית עליו להכותו (היינו הכאה) ופריך הגמ' ולמ"ד עד נזיפה הא כתיב הכאה וקללה וכו' ואם נימא שאין המוכיח נפטר מלהוכיחו רק אם נעשתה לו עד קצה חיובו, וכל זמן שלא נעשתה לו ולא סבל עדיין כחיובו, עדיין מוטל עליו להוכיח, אף אם יהא ברי לו בודאי שאם יוכיחנו יעשה לו יותר מחיובו, מ"מ כל זמן שלא סבל כחיובו מוטל עליו להוכיח, א"כ אמאי מקשה הגמ' למ"ד עד נזיפה הא כתיב הכאה וקללה, והלא הנזיפה והקללה בפעם אחת עשה לו שאול ליהונתן, רק אח"כ השיב לו יהונתן למה יומת מה עשה ואח"כ ויטל שאול את החנית עליו להכותו, וכן היה להגמ' להקשות ולמ"ד עד נזיפה וקללה והכתיב הכאה, וזה בודאי קושיא גדולה היא כיון שיכבר נזף בו שאול וקללו, למה הוסיף יהונתן להוכיחו ואמר לו למה יומת מה עשה, עד שבא ע"י זה לידי הכאה כיון שכבר נזפו וקללו כחיובו, אבל קושי הגמ' דדייק להקשות למ"ד עד נזיפה דוקא מהא דכתיב הכאה וקללה תימה היא דקודם שנזף בו שאול מחויב היה יהונתן להוכיחו, וכשנזף בו היה אז נזיפה וקללה ביחד ולא עשה יונתן שום מעשה בין

הנזיפה להקללה, א"כ אין קושיא למ"ד עד נזיפה מדכתיב קללה, רק מדכתיב הכאה זה יש להקשות הן למ"ד עד נזיפה הן למ"ד עד קללה.

ו) **אלא** ודאי כדאמרן דכיון שאינו מחויב להוכיחו עד קללם רק עד נזיפה ולא יותר, א"כ אף קודם נזיפה אם ישער בנפשו שיבוא מתוכחותיו לידי קללה או הכאה אינו מחויב להוכיחו כלל אפילו קודם נזיפה, ומשו"ה מקשה הגמ' למ"ד נזיפה הא כתיב קללה פירוש כיון דחזינן שבא שאול מתוכחת יונתן ליד קללה, א"כ אמאי הוכיח יונתן את אביו כלל דאע"ג דקודם לכן אף נזיפה לא היה, מ"מ לא רמיא חיובא עליה דיונתן הוכיח את אביו כלל, כיון שבא מזה לידי קללה ופטור מלהוכיחו ולריב עמו. השי"ת יתן בלב בנ"י לקיים פקודיו ולשמור מצוותיו ורב שלום יהא על ישראל.

שמעתתא דיאוש ומתנות כהונה

פרק א

א) **איתא** בקידושין דף נ"ב ההוא סרסיא דקדיש בפרומא דשכרא אתא מריה וכו' אמר ליה אמאי לא תיתב מהאי חריפא אתא לקמיה דרבא אמר לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד דמצוה היא וניחא ליה אבל הכא מחמת כיסופא הוא דעבד עכ"ל הגמרא בקיצור לשון קצת, וכתבו התוס' וז"ל התם בב"מ (דף כ"ב) מוקי לה דשוייה שליח וכו' וא"כ צריך לומר גבי פרומא דשוייה שליח דאי לאו הכי מאי מייתי עכ"ל התוס' פירוש דבריהם דמשמע גבי פרומא דשיכרא דמשו"ה אינה מקודשת משום דליכא מצוה, הא אם היה מצוה גבי פרומא כמו גבי תרומה היתה מקודשת, והלא גבי תרומה איכא נמי מצוה ואפילו הכי אין תרומתו תרומה אם לא עשאו שליח, א"כ צ"ל גבי פרומא דאיירי ג"כ דשוייה שליח, והיינו דאיירי שבעל השכרא נתן לו רשות לקדש משלו ולא אמר לו שיקדש מבינונית או מעדית או מזבורית וסתמא דבעל הבית כונתו על הבינונית והלך הוא וקדשה מן היפות לכן אם גם כאן היה מצוה כמו בתרומה היתה מקודשת רק משום דליכא מצוה ומשום כיסיפא הוא דאמר לכן אינה מקודשת ועיין במהרש"א מ"ש בזה, אך המעיין בגמ' דב"מ ד' כ"ב יראה דדברי התוס' תמוהים דז"ל הגמ' שם ת"ש כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה וכו' הרי שבא בעל הבית ומצאו (כשהוא כבר תרם) ואמר לו כלך אצל יפות אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה וכו' אמאי בעידנא דתרם הא לא הוה ידע תרגמא רבא אליביה דאביי דשוייה שליח הכי נמי מסתברא דאי ס"ד דלא שוייה שליח מי הוי תרומתו תרומה והא אתם גם אתם אמר רחמנא לרבות שלוחכם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם עכ"ל הגמ' א"כ מוכח שאין אנו צריכין

לאוקמיה דשוייה שליח אלא או לאביי בכל מקום משום דס"ל להאי כללא בכל מקום דלא אמרינן איגלאי מילתא מדהשתא ניחא מעיקרא נמי ניחא ליה או לרבא בתרומה משום גזרת הכתוב דאתם גם אתם צריך לאוקמיה דשוייה שליח ומסתמא שליחות דכל התורה דילפינן ג"כ מתרומה צריך ג"כ לאוקמיה דשוייה שליח משום גזרת הכתוב דאתם גם אתם דכתיב בתרומה, אבל בכל התורה ואליבא דרבא דס"ל דאמרינן איגלאי מילתא למפרע מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה אין צריך לאוקמיה דשוייה שליח כיון דליכא גזרת הכתוב דאתם גם אתם, א"כ כיון דאיירי במתנה דהשליח לעצמו קידש בפרומא דבע"ה והכא אליבא דרבא קיימינן כדגרסינן אתא לקמיה דרבא א"כ שפיר איכא למימר הכא דאיירי דלא שוייה שליח ואפילו הכי צריך רבא לומר טעמא דאינה מקודשת משום דליכא מצוה אבל אם היה מצוה היתה מקודשת שפיר אפילו אי לא שוייה שליח ואע"ג דגבי תרומה איכא מצוה ואינה מקודשת אם לא עשה שליח שאני תרומה דגזירת הכתוב הוא דכתיב אתם גם אתם אבל גבי מקח ומתנה שפיר אמרינן מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה דזהו סברת רבא בכל מקום עיין בהגהות הרש"ש שם במס' קידושין שהרגיש קצת בזה.

ב) **והנה** דברי רבא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש צריכין ביאור והלא כיון שראובן לא ידע שנפל ממנו החפץ הזה ולא עשה שום דבר או דבור או מחשבה אשר יגרום לו שיצא החפץ מרשותו א"כ תימה במאי יצא החפץ מרשותו כיון שאינו יודע כלל שנאבד ממנו ולא הפקירו ולא נתייאש ממנו ולא מכרו ולא נתנו לשום אדם א"כ החפץ הרי הוא שלו כמו שהיה, ומאי סברא היא זו לומר כיון דלכי ידע דנפיל מיניה מתייאש מיניה מהשתא נמי הוי יאוש א"כ אם ראובן יש לו חפץ ואלו היה יודע ששמעון רוצה ליתן בעדו מאה זוז היה מוכר לו וכי יעלה על הדעת לומר דהוי מכירה מהשתא והלא הדבר אינו כן דכיון דעכ"פ לא ידע ראובן ששמעון רוצה לקנותו בדמים עקרים ולא מכרו לשמעון א"כ לא יצא עדיין החפץ מרשותו של ראובן והחפץ עדיין הוא שלו כמו שהיה א"כ כאן נמי תימה במאי יצא החפץ מרשות ראובן כיון שלא ידע דנפיל מינה ולא נתייאש הימנו ולא הפקירו.

ג) ויותר יש לתמוה על דברי התוס' שם בב"מ דף כ"ב ד"ה דלאו בני מחילה נינהו מאי, שכתבו לענין יתומים קטנים וז"ל בשלמא לרבא כיון דלכי גדלי מיאשו השתא נמי מקרי יאוש וזה בודאי תימה דבשלמא גבי גדולים איכא למימר ולייישב קצת כיון שאם היו יודעים שנפל היו מתיאשים מקרי יאוש מהשתא אבל גבי קטן כיון דאפילו אם היה מתיאש בפירוש ג"כ לאו כלום הוא כיון שאין דעתו כלום איך יועיל האומדנא במקום

שאינן יודעים שנפל לומר כיון דלכי גדלי מיאשי מהשתא נמי הוי יאוש והלא האומדנא לא עדיפא מאלו נתייאש הקטן בפירוש שאינו מועיל כלום.

ד) **ונראה** דאביי ורבא פליגי בפירושא דיאוש, דהנה בגמ' דף כ"ג אמר רב זביד משמיה דרבא כללא דאבידתא כיון דאמר ווי לחסרון כיס מייאש לה מינה א"כ משמע מכאן דיאוש מיקרי דוקא אם חשב או אמר בפירוש שהוא מתיאש ממנו אבל אם לא חשב לא מחשבת היאוש ולא מחשבת הקפידא לא מקרי יאוש כיון שלא נתייאש בפירוש, ולקמן דף כ"ז איתא במשנה מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנים ויש לה תובעים חייב להכריז, אף כל שיש לו סימנים ויש לו תובעים חייב להכריז ופירש"י למעוטי מידי דידעינן ביה דמייאש עכ"ל, והיינו דכיון שנתייאשו הבעלים מקרי שאין לה תובעים ואינו חייב להכריז, וכיון דיאוש ילפינן משמלה דבעינן תובעים דוקא א"כ שמעינן מינה דדוקא בחפץ שיש מחשבת התביעה והקפידא זהו מקרי שלא נתיאשו הבעלים ממנו וחייב להכריז כמו שמלה וכמו כל החפצים שיש לו לאדם שהוא מקפיד עליהם ששום אדם לא יטלם לעצמו זהו מקרי שלא נתייאש מריה מיניה חייב להכריז אבל אי ליכא לא מחשבת היאוש ולא מחשבת הקפידא והתביעה זהו מקרי יאוש.

ה) **הנה** זה ידוע שהטעות יש בכחו לבטל את המעשה והענין ולעשותו כאלו אינו אבל אין בכח הטעות לעשות מדבר בלתי מעשה ומחשבה כאלו נעשה המעשה או כאלו חשב המחשבה, דרך משל קנין בטעות חוזר הרי אנו רואים כי הטעות מבטל את הקנין ועושהו כאלו אינו, אבל אין בכח הטעות לעשות מדבר בלתי מעשה ומחשבה כאילו עשה וחישב, כגון אם אדם עומד אצל בהמה של הפקר ורצה לילך למשוך אותה כדי לקנותה ואחר כך לא משכה מחמת טעות שטעה כי הבהמה אינה ש הפקר, בודאי לא קנה אותה ולא אמרינן כיון דמניעת משיכתו מחמת טעות היה כי אלו היה יודע שהיא של הפקר היה מושכה השתא שלא משכה נמי יקנה זהו בודאי לא אמרינן וכיון דבין כך ובין כך לא משך אין בכח הטעות לעשות מענין בלתי מעשה כאלו עשה, וגדולה מזו אמרינן ביבמות ד' נ"ב דהעודר בנכסי הגר וכסבור שהיא שלו לא קנה אע"ג דעשה מעשה החזקה ולא מחסרא ליה רק כונה לקנין ומה שלא נתכוין לקנותה בטעות היה יען כסבור שהיא שלו ואעפ"כ לא קנה אותה, יען שאין בכח הטעות לעשות את החזקה והעדירה מבלתי מחשבת הכונה לקנין כאלו נתכוין לקנותה.

ו) **והנה** כשנאבד חפץ מראובן ואינ' יודע שנפל ממנו א"כ יש יש על החפץ מחשבת התביעה והקפידא כיון שלא ידע דנפיל מיניה הרי דעת בעליו עליו וקפידתו כמו על כל החפצים שיש לו, וכל זה הוא בטעות כי אלו ידע שנפל מיניה היה מסלק את מחשבת

הקפידה והתביעה שהוא חושב עכשיו ועוד היה חושב בפירוש מחשבת היאוש כיון שהחפץ הוא דבר שאין בו סימן ועומד להתייאש הימנו, אך יען כי אין בכח הטעות רק לבטל דבר ולעשות ממעשה ומחשבה כאלו לא עשה וחשב, לכן מחשבת הקפידא והתביעה שהוא מקפיד על חפיציו הרי נתבטל שהטעות מבטלו ועושהו כאלו אינו כי אלו היה יודע שהחפץ נאבד ממנו היה מסלק את מחשבת הקפידה והתביעה אך אין בכח הטעות לעשות כאלו חשב בפירוש מחשבת היאוש, יען שאין בכח הטעות לעשות את הדבר שאין בו מעשה ומחשבה כאלו עשה וחשב.

ז) והשתא תליא בזה דרבא ס"ל דפירושא דיאוש הוא שיסלק מהחפץ את מחשבת הקפידא והתביעה אע"ג שלא חשב בפירוש מחשבת היאוש מ"מ הוי יאוש, לכן בהאי מילתא שנאבד החפץ ממנו ולא ידע דנפל מיניה, אף שחשב מחשבת הקפידא והתביעה מ"מ הוי כמו שלא חשב מחשבת הקפידא והתביעה כיון שבטעות היה דאם היה יודע שנפל מיניה היה מיאש, ואע"ג שאין בכח הטעות לעשות כאלו חשב בהדיא מחשבת היאוש כמו שכתבנו לעיל שאין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחשב מ"מ ס"ל לרבא דהוי יאוש כיון דלרבא לא בעינן שיחשוב בפירוש מחשבת היאוש רק כיון שלא חשב מחשבת הקפידא מקרי ג"כ יאוש.

ואביי ס"ל דפירושא דיאוש הוא דבעינן שיחשוב בפירוש מחשבת היאוש ולא סגי ליה במה שאינו מחשב מחשבת הקפידא והתביעה, לכן בהאי מילתא נמי שנפל החפץ ממנו ולא ידע שנפל מיניה, אע"פ כי אלו ידע שנפל מיניה היה מחשב בפירוש מחשבת היאוש ומה שאינו מחשב מחשבת היאוש בטעות הוא מ"מ כיון דעכ"פ אינו מחשב מחשבת היאוש אינו מקרי שחשב מחשבת היאוש שאין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחשב לכן ס"ל לאביי דלא הוי יאוש, והגמ' ס"ל דלאו דוקא ביאוש פליגי אביי ורבא אלא גם בתרומה ובהכשר זרעים נמי פליגי בהאי סברא הנ"ל אי בעינן דעתו בפירוש או לא, עד שהגמ' מתרץ שאני תרומה דכתיב אתם גם אתם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם לכן גם רבא מודה דבעינן שיחשוב בפירוש מחשבת השליחות משום הכי צריך לאוקמיה דשוייה שליח בפירוש דאי לא שוייה שליח בפירוש אע"ג דאלו ידע דתרם היה חושב בהדיא מחשבת השליחות וניחותא מ"מ כיון דעכ"פ השתא לא חשב מחשבת השליחות לכן אין תרומתו תרומה כי אין בכח הטעות לעשות מדבר בלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחשב, וכן בהכשר זרעים דכתיב בהדיא יתן ובעינן יותן דומיא דיתן היינו שיהא לו דעת בפירוש לכן אפילו רבא מודה דהיכא שירד הטל ולא ידע לא הוכשרו הזרעים אע"ג דאלו ידע שירד הטל היה ניחא

ליה מ"מ כיון דבעינן דעתו בפירוש מגזרת הכתוב ואין בכח הטעות לעשות מדבר בלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחשב לא הוכשרו הזרעים.

ח) **ולפי** זה צריך לומר דהא דאמר רב זביד משמיה דרבא כללא דאבידתא כיון דאמר ווי לחסרון כיס קא מייאש לה מינה אין פירושו דבעינן דוקא שיאמר בפירוש שהוא מייאש דהרי כבר כתבנו דרבא ס"ל דלא בעינן שיאמר או שיחשוב בפירוש מחשבת היאוש אלא רבא איירי בדבר שיש בו סימן דסתמא עומד שלא להתיאש ומ"מ אם אמר ווי לחסרון כיס הוי יאוש, וכן כתב הרמב"ם פי"ד מהל' גזילה ואבידה הל' ג' וז"ל וכל דבר שיש בו סימן כגון שמלה ובהמה הרי זה בחזקת שלא נתיאשו ממנו בעליו וכו' אלא אם כן ידע שנתיאשו הבעלים כגון ששמע אומרים ווי לחסרון כים וכיוצא בדברים אלו שמראין שנתיאשו הרי אותה האבידה של מוצאה עכ"ל הרמב"ם שם, אלמא דרב זביד משמיה דרבא איירי בדבר שיש בו סימן וכדי שנדע שנתיאשו הבעלים לכן צריך שיאמר בפירוש ווי לחסרון כיס אבל בעלמא ס"ל לרבא דפירושא הוא דיאוש הוא דבעינן שהבעלים לא יחשבו מחשבת הקפידה והתביעה לכן ס"ל לרבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש כמו שהארכנו בזה.

ט) **ובזה** מתורצים דברי התוס' דקידושין שהבאנו לעיל שכתבו דלרבא צריך לאוקמא ההיא דפרומא דשוייה שליח אע"ג דהתם איירי במקח וממכר ומסוגיא דב"מ לא שמעט שיהא צריך לאוקמיה דשוייה שליח רק בתרומה אליבא דאביי ואפילו אליבא דרבא ג"כ צריך לאוקמיה דשוייה שליח משום גזירת הכתוב דאתם גם אתם כמו שפירשנו לעיל, מ"מ ס"ל להתוס' שגם במקח וממכר דוקא היכא שעשה שליח מועיל, והטעם הוא כיון דבמקח ומתנה בעינן ג"כ שיחשוב בפירוש מחשבת המתנה והמכר כמו דבעינן דעת בפירוש בשליחות, לכן אפילו לרבא צריכין לאוקמא דשוייה שליח משום דאין בכח הטעות לעשות מדבר בלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב כמו בתרומה.

י) ובזה מתורץ ג"כ קושיתנו שהקשינו על התוס' שכתבו דגבי יתמי מועיל היאוש שלהם אליבא דרבא אע"ג שאינן בני דעת, והטעם הוא דאע"ג שאין דעתם כלום מ"מ היאוש שלהם מועיל לרבא כיון דס"ל דלא בעינן שיחשוב בפירוש מחשבת היחוש לכן מועיל אפילו ביתמי דלא מיגרע היאוש בזה כיון דס"ל לרבא דלא בעינן דעת ביאוש רק כיון שלא חשב מחשבת הקפידא והתביעה הוי יאוש לרבא.

פרק ב

א) **אך** יש להקשות על דברינו מדברי התוס' שם דף כ"ב ד"ה מר זוטרא גבי אמימר ורב אשי אכלי ומר זוטרא לא אכיל שכתבו דליכא למימר דמשו"ה אכלו אמימר ורב אשי

מפני שסמכו שיתרצה מרי בר איסק כשידע דהלא קי"ל כאביי דאמר יאוש שלא מדעת ל"ה יאוש יעו"ש בתוס' וא"כ משמע מתוס' שם דדוקא משום דקי"ל כאביי לכן לא היו יכולין לסמוך על זה דלכי מתודע ליה למרי בר איסק יהא ניחא ליה, אבל לרבא דס"ל דהוי יאוש משמע דשפיר יש לסמוך על זה כיון דלכי מתודע הוה ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה, ותקשה על דברינו הנ"ל שאמרנו דבמתנה גם רבא מודה דלא אמרינן מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה כיון דבעינן דעת ואין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחשב.

ב) **ונראה** שיש חילוק בין היכא שצריך שהקונה יקנה את החפץ בקנין גמור ויהא החפץ שלו לגמרי שיכול לקדש בו את האשה כההיא דפרזומא דקידושין, או שצריך שיהא שלו לענין לצאת בו ידי חובתו כמו חובת אתרוג וכדומה, ובין היכא שאין אנו צריכין שיהא שלו לגמרי רק אנו דנין אם יש בו איסור דלא תגזול אתרוג, דהיכא דבעינן שיהא החפץ שלו לגמרי כגון היכא שרוצה אח"כ לקדש בו את האשה או לצאת בו יד"ח בודאי אינו נקרא שלו רק היכא שהנותן נתן לו במתנה גמורה או שמכר לו במכירה גמורה, ואינו נקראת מתנה או מכירה גמורה רק היכא שהיה בפירוש דעתו של המוכר או הנותן ליתן או למכור, אבל היכא שאין אנו צריכין שיהא שלו לגמרי רק אנו דנין אם יש בו איסור דלא תגזול או לא, בזה יוכל היות שאין צריכין דעתו של הנותן שיתן בפירוש רק אדרבה בעינן שבעל החפץ יקפיד על חפציו שלא יקחנו אחר שם איכא איסורא דלא תגזול אבל אם בעל החפץ אינו חושב לא מחשבת הקפידא ולא מחשבת הנתינה, נהי שאין אחר יכול לזכות בו שיהא שלו לגמרי שיכול לקדש בו אשה ולצאת בו ידי חובת אתרוג מ"מ יכול אחר ליקח אותו ולאכלו וליהנות ממנו ואינו עובר בלא תגזול כיון שאין הבעלים מקפידין עליו והוי דבר שאינו מקפיד, והוי כמו גזל עכו"ם שכתב המ"א באו"ח סימן תרל"ז בשם ס' יראים דאפילו למאן דס"ל גזל עכו"ם שרי מ"מ לא מקרי לכם ועיין בזה בדברי הנו"ב חלק אה"ע מהדורא תנינא סימן ע"ז ד"ה ומה שנסתפקתם שכתב ג"כ לחלק בין מתנה לדבר שאינו מקפיד ע"ש ועיין בזה בדברי הנו"ב מהדורא קמא חלק אה"ע סימן נ"ט, וס"ל להתוס' דהרשאת בעל החפץ לסלק את קפידתו שיהא החפץ נקרא דבר שאינו מקפיד עליו והלוקחו לא יעבור בלא תגזול תליא במחלוקת דאביי ורבא, דלאביי דס"ל דיאוש לא מקרי רק כשמחשב בפירוש מחשבת היאוש אבל כשאינו מחשב לא מחשבת היאוש ולא מחשבת הקפידא ל"ה יאוש, א"כ כאן לענין דבר שאינו מקפיד לא מקרי דבר שאינו מקפיד רק כשחושב בפירוש שאינו מקפיד אבל כשאינו חושב כלל לא מחשבת הקפידא ולא מחשבת שאינו מקפיד לא הוי דבר שאינו מקפיד,

אבל רבא דס"ל לענין יאוש דלא בעינן שיחשוב בפירוש מחשבת היאוש אלא כיון שלא חשב לא מחשבת היאוש ולא מחשבת הקפידא הוי נמי יאוש א"כ כאן נמי לענין דבר שאינו מקפיד לא בעינן לרבא שיחשוב בפירוש במחשבתו שאינו מקפיד רק כיון שלא חשב שהוא מקפיד מיקרי ג"כ דבר שאינו מקפיד, הלכך ניחא דהתוס' בקידושין בסוגיא דפרזומא דאיירי לענין קידושין דבעינן שיהא החפץ שלו בקנין גמור ובעינן שיתן לו במתנה גמורה וחלוטה בדעתו ולא מהני סילוק ההקפדה לכן כתבו התוס' דאפילו לרבא נמי צריך לאוקמא דשוויה שליח כנ"ל, אבל בב"מ בסוגיא דאמימר ומר זוטרא דלא איירי התם לענין קנין שיהא שלו רק לענין לסלק את האיסור דלא תגזול שאין צריך שם רק לסלק את קפידתו שהחפץ יהא נקרא דבר שאינו מקפיד עליו כתבו התוס' שפיר דאליבא דרבא היו יכולים אמימר ורב אשי לאכול דכיון שאין אנו צריכים דעתו בפירוש, דאע"ג דהשתא שלא ידע מרי בר איסק בודאי הוא מקפיד מ"מ כיון שקפידתו בטעות הוא הרי הטעות מסלק ועוקר את ההקפדה ועושה אותו כאלו אינו משו"ה שרי לאכול לכן הוצרכו התוס' לומר דמשום שהלכה כאביי לכן לא היו יכולין לאכול.

ג) **ומכאן** שמעינן דבר חדש דאע"ג דלענין הפקר קי"ל דלא הוי הפקר עד שיפקיר לכל העולם מ"מ לענין דבר שאינו מקפיד אינו כן דאפילו אינו מקפיד רק לאנשים פרטיים ולכל שאר העולם הוא מקפיד מ"מ מקרי דבר שאינו מקפיד ואותן האנשים שאינו מקפיד להם הם מותרים ליקח את החפץ לעצמם ואין בהם משום גזל שהרי בעובדא דמרי בר איסק אינו משמע שלא הקפיד לכל העולם רק לחכמים לבד לא הקפיד וכן משמע הלשון דאמר אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא אלמא דדוקא לרבנן לא הקפיד אבל לשאר כל אדם בודאי הקפיד כי מרי בר איסק בודאי לא הפקיר כל פירותיו ליתן רשות לכל אדם לאכול רק לחכמים כאמימר ומר זוטרח ורב אשי ודומיהם עליהם לא הקפיד מרי בר איסק אם יאכלו מפירותיו ואפילו הכי שריא לאכול אי לאו טעמא דקי"ל כאביי או טעמא דמחמת כיסופא הוא דעבד, והטעם בזה דדוקא בדין הפקר דבעינן שיצא החפץ לגמרי מרשות המפקיר והזוכה יזכה בו בקנין גמור לכן בעינן שיפקיר לעניים ולעשירים כשמטה, אבל בדבר שאינו מקפיד שאין לו להזוכה קנין גמור רק שיש לו רשות לאכלו או ליהנות ממנו לכן לא בעינן דוקא שלא יקפיד כל העולם רק כיון שאינו מקפיד לאנשים ידועים מקרי דבר שאינו מקפיד ואינו עובר בלא תגזול.

ד) **ויש** להקשות על זה מעובדא דר' ישמעאל בר' יוסי בפרק אלו מציאות ד' ל' שקנה העצים מההוא גברא והפקירו וחזר ההוא גברא וזכה בהן עד שאמר ליה לכולי עלמא אפקרינהו ולך לא אפקרינהו, ופריך הגמ' ומי הוי הפקר כי האי גונא והתנן ב"ש

אומרים הפקר לעניים הפקר וב"ה אומרים אינו הפקר עד שיהא הפקר לעניים ולעשירים כשמטה ומשני אלא ר' ישמעאל בר' יוסי לכולי עלמא אפקרינהו ובמילתא הוא דאוקמיה וכתבו שם התוס' דמשום הכי הפקיר כדי שלא יכשלו בני אדם באיסור לאו דלא תגזול, ואם נימא כדברינו דבדבר שאינו מקפיד ליכא איסור דלא תגזול וגם לא בעינן שיסלק קפידתו מכל העולם, א"כ היה לו לר' ישמעאל בר' יוסי שלא להפקיר כלל רק היה לו לומר שאינו מקפיד לכל העולם רק להאיש הזה הוא מקפיד ובזה היה מתקן הכל כי העולם לא היו נכשלים באיסור לא תגזול יען שהוא דבר שאינו מקפיד וגם היה מתקן שהאיש הזה לא יכול לוקח את העצים יען כי לדידיה הוא מקפיד ואז לא היה צריך לאוקמיה במילתא בעלמא שאין האמת כן שאמר ליה לכולי עלמא אפקרינהו ולך לא אפקרינהו, וכדאמרינן דבמילתא בעלמא הוא דאוקמיה.

ה) **ונראה** דמה שכתבו התוס' דמשו"ה הפקיר כדי שלא יכשלו בני אדם באיסור לא תגזול, אין הכונה דוקא שחשש שלא יעברו בלאו דלא תגזול אלא הכונה הוא שלא יכשלו בני אדם בלקיחת העצים בכל הדברים הנגררים אחר הלאו דלא תגזול כי הם יטעו ויסברו כי כדין לקחו והעצים הם שלהם לכל דבר ובאמת אין העצים שלהם ועוברים בלאו דלא תגזול, ואם כן אם ר' ישמעאל בר' יוסי לא יקפיד לכל העולם נהי דכל העולם לא יעברו בלאו דלא תגזול מ"מ כיון שלא הפקיר את העצים והזוכה בו אין לו קנין גמור אכתי יש לחוש שמא יקחנו איש אחר ויקדש בו את האשה כי הוא יטעה ויאמר שכדין לקח בהיתר גמור ושלו הוא ואין בו איסור לא תגזול, ובאמת יש בו איסורא דלא תגזול ולאו דידיה הוא ואינה מקודשת או נפקא מינה לענין כמה דברים כיוצא בזה דבעינן שלו והלוקח יטעה שהעצים שלו הם ובאמת אינם שלו.

ו) **ולעניין** כשהפקיר לעניים ולא לעשירים דקי"ל דלא הוי הפקר משום דבעינן שיפקיר לכל צ"ע אם העניים רשאים ליקח או לא מי אמרינן כיון שלא הפקיר כדין לאו כלום הוא ואפילו עניים אינם רשאים ליקח אותו או דילמא עניים שרו לליקחו דלא גרע מדבר שאינו מקפיד וכיון דלעניים לא קפיד רשאין העניים ליקח ונהי שהעניים אינן יכולין לזכות בו שיהא שלהם כיון שההפקר היה שלא כדין ולאו הפקר הוא מ"מ יכולים העניים ליקח החפצים לעצמם ואין בהם איסור לא תגזול כדין דבר שאינו מפקיד או יוכל היות דזה גרע מדבר שאינו מקפיד דעלמא כיון דנחית אדעתא דההפקר וההפקר לאו כלום הוא א"כ הוי כאלו לא הפקיר כלל לשום אדם ויש בזה איסור דלא תגזול, וקרוב לזה כתבו התוס' בקידושין ד' כ"ג ד"ה מהו שיעשה שליח לענין עבד דכשלא אמר לו לך וקבל גט בעדי פשיטא לן דמהני מדין זכיה אבל כיון שהעבד אמר לשליח לך וקבל גט

בעדי מיגרע גרע ולא יועיל כיון שהוא מטעם שליחות ולא מטעם זכיה, א"כ כאן נמי כיון שאמר מדין הפקר ולא מדין דבר שאינו מקפיד אינו מועיל כלום ויש בזה איסור לא תגזול.

ז) **ומדברי** הנו"ב בחלק אה"ע סימן נ"ט משמע בהדיא דבהאי גונא יש בו איסור לא תגזול כיון שלא הפקיר לכל העולם ע"ש אך אין דבריו מוכרחים כי הוא הביא ראי' לדבריו מהך מילתא דר' ישמעאל בר' יוסי כיון שהגמ' מקשה עליו ומי הוי הפקר כהאי גונא והתנן וכו' וב"ה אומרים עד שיפקיר לעניים ולעשירים כשמיטה והתוס' כתבו שעשה כן כדי שלא יכשלו בני אדם באיסור לא תגזול א"כ מוכח מזה דכשהפקיר בהפקר כזה לעניים ולא לעשירים לא הוי הפקר כלל ואיכא איסור לא תגזול, אך לפי מה שכתבנו לעיל אין ראי' מהגמ' שיש איסור לא תגזול כי ר' ישמעאל בר' יוסי חשש שלא יכשלו אחרים על ידו בשום איסור שבעולם והיינו שחשש אולי ימצאם אחר ויקדש בו את האשה וכמו שכתבנו בזה לעיל לכן מסתברא דאין העניים עוברים בלאו דלא תגזול דיש בכלל מאתים מנה ואין זה דומה להההיא דקידושין כ"ג דהתם זכיה ושליחות תרי מילי נינהו יעו"ש בר"ן ובשאר מפרשים אבל כאן כיון שהפקיר לעניים מכ"ש שאינו מקפיד לכן אין בהם איסור לא תגזול וגם אינן קונין קנין גמור כיון שלא הפקיר כדין

*) א) ול"נ די"ל דר"י בר' יוסי חשש שלא יכשלו בני אדם באיסור לא תגזול ממש והיינו את כי הוא לא יקפיד ובחייו מותר לכל אדם ליהנות מן העצים אבל היה ירא אם לא יפקיר ואם העצים ישארו ברשותו שמא לאחר מיתתו יורשיו יקפידו על הנאת העצים הנ"ל ואם יקחם או יהנה בהם אחר. יעבור על לאו דלא תגזול וע"כ עליו היה להפקורוס בהפקר גמור שיצאו מרשותו. המסדר א. שללעזינגער.

ח) **וקרוב** לדברינו כתב הש"ך בחו"מ סימן שנ"ח דפליג על דברי התוס' הנ"ל וס"ל דאמימר ורב אשי שאכלו הוא מפני שסמכו שיתרצה שרי בר איסק ובזה אפילו אביי מודה ואינו דומה ליאוש שבע"כ הוא מתיאש כי באמת הוא מקפיד אבל כאן כיון שידוע שיתרצה א"כ מסתמא אינו מקפיד על זה וסיים הש"ך וז"ל ואע"ג דהש"ס שם מדמי תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת טעמא אחרינא איכא התם דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן עכ"ל, פירוש אבל לענין דבר שאינו מקפיד לא בעינן דעת בפירוש רק בעינן שיסלק קפידתו ותו לא, ויוכל היות דלענין מתנה היכא דבעינן שיהא שלו ממש מודה גם הש"ך לדברי התוס' דקידושין בסוגיא דפרזומא דלא אמרינן איגלאי מילתא מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה דכיון דבעינן דעתו בפירוש אינו מועיל מה שיהא ניחא ליה אם ידע כיון שאין הטעות יכול לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו

עשה וחשב ודמיא לתרומה וטומאה, רק בדבר שאינו מקפיד יען שאין אנו צריכין דעת בפירוש לסלק איסור לא תגזול רק לסלק קפידתו בעינן ותו לא לכן מועיל הניחותא דאמרינן כיון דלכי יתודע ניחא ליה מהשתא נמי הוי ריצוי.

ט) **ודע** דלענין דבר שאינו מקפיד אע"ג דאמרינן שאינו פועל רק לסלק מעליו את האיסור דלא תגזול אבל אין הזוכה יכול לזכות בו בקנין גמור שיהא שלו לגמרי היינו דוקא במקום שאין שייך לומר שע"י זה שאינו מקפיד נעשה החפץ הפקר גמור כגון בההיא עובדא דמרי בר איסק שאין שם דעת בפירוש שאין מקפיד כיון שאינו יודע שאמימר ורב אשי באו לבוסתינא, ואפילו אם היה שם דעת בפירוש שאינו מקפיד לכל החכמים מ"מ אין דינו כהפקר גמור יען כי הפקר בעינן שיפקיר לכל העולם כשמיטה וכאן לא הפקיר כרמו לכל העולם, אבל אם בעל החפץ יודע מהחפץ שלו וחושב בפירוש שאינו מקפיד לכל העולם כולו הוי זה הפקר גמור וכל מי שזוכה בו הרי הוא שלו וזוכה בו בקנין גמור ויכול לקדש בו את האשה כיון שחשב בפירוש שאינו מקפיד לכל העולם אין לך הפקר גדול מזה, לכן כתבו הרמב"ם ומרן המחבר בשו"ע אה"ע סימן כ"ח סע' י"ז הנכנס לבית חבירו וכו' ואם קדשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הרי זו מקודשת מספק עכ"ל וכתב שם הב"ש ס"ק מ"ה דשמא מ"מ מקפיד וכ"כ ב"ח וט"ז עכ"ל אלמא דאי הוה ידעינן בבירור דלא קפיד היתה מקודשת בודאי, אע"ג שאין כאן הפקר בבירור אלא דבר שאינו מקפידא והטעם הוא כיון דלא קפיד על כל העולם וחשב בפירוש שאינו מקפיד לכן דינו כהפקר גמור והזוכה בו הוי שלו והאשה מקודשת שפיר כיון ששייך בו קנין גמור ועיין נו"ב מהדו"ק סימן נ"ט שכתב ג"כ דהרמב"ם והשו"ע איירו שאינו מקפיד לשום אגם שבעולם התם יש לו זכיה גמורה לקדש בו את האשה אבל אם הוא מקפיד לשום אדם שבעולם כגון לשונאו או לעכו"ם *) לא הוי הפקר משום שאינו כשמיטה ע"ש.

י) **והנו"ב** מהדורא תנינא סימן ע"ז כתב שם בד"ה ומה שנסתפקתם וז"ל והנה בגליון שו"ע שלי בחו"מ סימן שנ"ט סע' א' שכתב המחבר ואם הוא דבר דליכא מאן דקפיד ביה שרי וכתבתי דאף דשרי ליטלו ואין בו משום גזל דמסתמא אין בעה"ב מקפיד אבל מ"מ לא זכה הנוטלו להיות חשוב שלו דכל זמן שלא הפקירו בעליו בפירוש אי אפשר לזכות בו וכמ"ש המג"א סימן תרל"ז ס"ק ג' בשם ספר יראים דאפילו למ"ד גזל כותי שרי מ"מ לא מקרי לכם ע"ש עכ"ל.

והנה בחו"מ איירי שם שאינו מקפיד לשום אדם וגם חשב מתחלה מחשבתו שאינו מקפיד דהרי איירי בדבר דליכא מאן דקפיד ביה ואפילו הכי כתב הנו"ב שאין אדם יכול

לזכות בו להיות שלו לקדש בו את האשה ולדבריו יקשה מדברי הרמב"ם ומרן המחבר שהבאנו דס"ל דהאשה מקודשת שפיר בדבר שאינו מקפיד ע"ש מה שדחק לתרץ, ולדברינו ניחא הכל כמו שכתבנו דכיון שהוא חושב בפירוש במחשבתו שאינו מקפיד וגם אינו מקפיד לכל העולם לכן הוי כהפקר גמור וכל מי שזוכה בו קונה בקנין גמור.

יא) **ע"ש** עוד בדברי הנו"ב שכתב דאפילו בדבר שאינו מקפיד ואין הקונה אותו יכול לקנות בו קנין גמור, מ"מ אם הזוכה בו נתן לאדם אחר אותו האחר קנה אותו החפץ דכמו דמהני שינוי רשות אחר יאוש לקנות קנין גמור כן מועיל שינוי רשות בדבר שאינו מקפיד שיקנה קנין גמור, ואם לא ידע שלקחה הוי יאוש שלא מדעת ותליא בפלוגתא דאביי ורבא לשיטת התוס' ולשיטת הש"ך סימן שנ"ח אף אביי מודה דמהני ע"ש בדברי הנו"ב, אך מדברי התוס' קידושין דף נ"ב בסוגיא דפרזומא לא משמע כן דא"כ כיון דהתם אליבא דרבא קיימינן דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש למה היה להו להתוס' לאוקמיה דאיירי

*) ע"ש בנו"ב הימן נ"ט שהביא מחלוקת דר"י ור"ל בזה בירושלמי פ"ו דפאה בהפקיר לישראל ולא לעכו"ם אי הוי הפקר או לא דר' יוחנן ס"ל דהוה הפקר ור"ל ס"ל דלא הוה הפקר, ובזה אמרתי ליישב דברי הש"ך בחו"מ סימן ס"ו ס"ק כ"ה דהנה מרן המחבר פסק שם לענין מכירת שטרות דכיון דבעינן כתיבה ומסירה לפיכך הזוכה בשטר הפקר שחבירו הפקיר שטרו אינו זוכה על ידו מלוה הכתובה בו לפי דבעינן כתיבה ומסירה וכאן לא היו כתיבה ומסירה לפי שהשטר היה של הפקר, והקשה הש"ך ל"ל האי טעמא תיפוק ליה דבלאו הכי לא קני השטר שהפקיר דהא הלוה שחייב בשטר זה קודם בו ומיד שהפקיר השטר זכה הלוה במה שבידו כדמוכח בש"ס (ב"ק פרק הפרה דף מ"ט) לענין משכונו של ישראל ביד גר דכין דמת הגר פקע ליה שיעבודיה, וא"כ אפילו לא היה צריך כתיבה ומסירה ג"כ אין הלוה זוכה בו, ותירץ הש"ך דמיירי שהלוה הוא עכו"מ, והקשו האחרונים ומאי איכפת לן שהלוה הוא עכו"מ וכי עכו"מ אינו יכול לזכות מהפקר וכן הוא בהדיא בגיטין ד' מ"ז דאיתא שם אילימא דישראל ולקטינהו עכו"מ אלא א"כ הפקיר הא מיפקרי וקיימי ע"ש אלמא שגם הטכו"ם קונה מהפקר, א"כ מה הועיל הש"ך בתירוץ שתירץ דאיירי בעכו"ם, ונראה דלכאורא יש לתרץ דאיירי שפירש המלוה ואמר שהלוה לא יזכה בו לכן צריך לטעמא לומר דמשו"ה לא יכול שום אדם לזכות בו משום דליכא כתיבה ומסירה, אבל אין לומר הטעם משום שהלוה קודם וזכה בה כיון דלדידיה לא הפקיר, אבל זה אי אפשר דהא קי"ל דבעינן שיפקיר לכל כבית הלל, לכן קאמר הש"ך דאיירי שהלוה הוא עכו"ם דאליבא דר"י בירושלמי הוה הפקר דהלכה כר' יוחנן לגבי דריש לקיש לכן מצי איירי שפיר שהפקיר לכל העולם חוץ מהלוה כיון דהלוה הוא

עכו"מ הוה הפקר ואף שזהו דוחק לפרש כן בדברי הש"ך דקי"ל אמורא צריך לפרש דבריו מכ"ש פוסק אחרון בודאי לא היה לו לסתום דבריו והיה לו להש"ך לפרש דאיירי שפירש שהלוה לא יזכה בכל זאת אף אם לא יהא כן כונתו של הש"ך אך תירוץ מספיק ונכון הוא זה ליישב את דברי מרן המחבר ולהצילו מן הקושיא החמורה אשר הש"ך הקשה עליו. אך באמת אי אפשר בשום אופן להעמיס דברי בדברי הש"ך שהרי הש"ך סיים שם בדבריו דכשהמלוה היה גר ומת הגר בלא יורשים והלוה עכו"ם הוא לא זכה הלוה העכו"ם מן ההפקר ע"י מיתת הגר והתם לא שייך לתרץ ולומר כמו שכתבנו דאיירי שפירש הגר ואמר קודם מיתתו שהלוה העכו"ם לא יזכה בו דכיון שההפקר ממילא בא ולא ע"י שום דבור בודאי נעשה הפקר לכל כשמת הגר אלמא דסברת הש"ך הוא בפשיטות שהעכו"ם אינו יכול לזכות מן ההפקר א"כ אי אפשר להעמיס דברינו בדברי הש"ך וצ"ע מהגמ' דגיטין הנ"ל דמוכח שם שהעכו"ם גם כן יכול לזכות מן ההפקר, ואולי כמו דאמרינן שם בגיטין דף מ"ז לענין לקט שכחה ופאה דאדעתיה דישראל אפקריה ואדעתא דעכו"ם לא אפקריה כן אמרינן לענין ירושת הגר דאע"ג דאפקרינהו רחמנא לנכסי הגר שמת מ"מ לא אפקרינהו רחמנא רק אדעתא דישראל שיהא בכחו לזכות אבל אדעתא דעכו"ם לא אפקרינהו רחמנא לכן אין בכחו לזכות בנכסי הגר, ואולי בכל עניני הפקר אמרינן כן דאדעתא דישראל אפקריה אדעתא דעכו"ם לא אפקריה, כמו דאמרינן בגיטין שם לענין לקט שכחה ופאה שהרי שכחה הוא ממילא בלא דעת כלל דאפקרה רחמנא שלא ישוב ויקחה ודמיא לנכסי הגר דממילא, ופאה היא מדעת בעלים כמו כל שאר הפקר דעלמא כן ובשניהם אמרינן בגיטין שם דף מ"ז לענין לקט שכחה ופאה דאדעתא דישראל אפקריה אדעתא דעכו"ם לא אפקריה, אלמא כי הן ההפקר שהתורה הפקירה והן ההפקר שאדם מפקיר מדעתו אמרינן בהם שלא הפקירם אדעתא דעכו"ם רק אדעתא דישראל ומועיל ההפקר אליבא דר"י בירושלמי שהבאנו לעיל דס"ל דההפקר לעכו"ם ולא לישראל הוה הפקר, ומעתה יש להעמיס תירוצנו בדברי הש"ך כי אפילו בגר ג"כ אין הלוה יכול לזכות בו מפני שלא הפקיר אדעתא דעכו"ם וכיון שהלוה הוא עכו"ם משו"ה אינו יכול לזכות בו, ומתורץ ג"כ מה שהקשינו דהש"ך היה לו לפרש דבריו דאיירי שפירש ואמר שהלוה העכו"ם לא יזכה בו, כיון דמסתמא אמרינן ג"כ דאדעתא שיזכה בו עכו"ם לא הפקיר פ"כ אין צורך לפרש מידי. דוקא דשוייה שליח והלא מטעם דבר שאינו מקפיד אית לנו לומר שתהא מקודשת כמו שכתב הנו"ב בנידון דידיה לתרץ את דברי הרמב"ם דמשו"ה ס"ל שהנוטל דבר שאינו מקפיד ומקדשה היא מקודשת משום דכיון שהוא נתן לה את החפץ לכן קנתה בשינוי רשות א"כ בההיא דפרזומא

איכא ג"כ למימר הכי דמשו"ה היא מקודשת אי לאו טעמא דמשום כיסופא הוא דאמר משום דהוי שינוי רשות דמועיל בתר יאוש כיון דאליבא דרבא קיימינן אלא מוכח דבדבר שאינו מקפיד אינו מועיל שינוי רשות לקנותן קנין גמור דדוקא יאוש מועיל שם שינוי רשות דהרי איכא למ"ד דיאוש לחוד קני ואפילו למ"ד דיאוש לחוד לא קני מ"מ בהדי שינוי רשות קני, אבל דבר שאינו מקפיד כיון שהראשון לא קנה כלל משום שלא יצא החפץ מרשות בעליו א"כ כמו שהראשון לא קנה כך גם השני לא קנה כלל דכיון דסילוק קפידתו דהאי לא מהני כלל לנתק את החפץ מרשות בעל החפץ כשם שאינו מועיל אצל הראשון כך אינו מועיל אצל השני כי מה לי ראשון ומה לי שני.

פרק ג

א) **והנה** הרמב"ם בפ"ד מה' תרומות ה"ג כתב וז"ל התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם אם בא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות אם היו שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד, ואם לא היו שם יפות אין תרומתו תרומה, ואם בא בעל הבית וליקט והוסיף בין יש לו יפות מהן בין אין לו תרומתו תרומה עכ"ל הרמב"ם וכן פסק מרן בשו"ע יו"ד סימן של"א סע' ל"א ועיין בדברי המפרשים ראשונים ואחרונים מה שהאריכו בביאור דברי הרמב"ם האלה כי דבריו סותרים את דברי הגמ' ב"מ (ד' כב) דמוקי לה דאירי דשוייה שליח דוקא אבל אי לא שוייה שליח אין תרומתו תרומה אע"ג שנמצאו יפות מהן, ומדברי הרמב"ם משמע דאע"ג דלא שוייה שליח מ"מ הוי תרומתו תרומה, והוא תמוה, ובפרט לפי מה שכתבנו לעיל שאין בכח הטעות אלא לבטל מעשה ומחשבה היינו לעשות ממעשה ומחשבה כאילו לא עשה וחישב אבל אין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה חישב, וכיון דבתרומה בעינן דניתו בפירוש כמו דאמרינן שם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם הרי בעינן שהמשלח יחשוב בפירוש שהוא עושה שליח לתרום, וכיון דכאן לא היה דעת המשלח בשעת הפרשה שהרי לא ידע שהוא תורם א"כ אמאי מועיל בתרומה כיון דבעינן דעתו בפירוש וכאן לא היה דעתו בפירוש, ונהי כי אלו היה יודע המשלח שהשליח תורם משלו היה חושב בפירוש מחשבת הניחותא, מ"מ כיון דעכ"פ עכשיו אין המשלח יודע שהוא תורם משלו ואינו חושב מחשבת הניחותא אית לנו לומר שלא יועיל שהרי אין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחשב, עיין במפרשים שהאריכו בביאור דברי הרמב"ם האלה.

ב) **ונראה** דהפרשת התרומה אינו דומה להקדש או למקח ומתנה, דקי"ל שאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו שלו משום דכתיב איש כי יקדיש את ביתו קודש ואמרינן מה ביתו

שלו אף כל שלו וכן לענין מקח ומתנה אין אדם יכול למכור או ליתן דבר שאינו שלו ואפילו אם היה לראובן איזה חפץ אשר אינו מקפיד על שמעון אם יאכל את החפץ הזה, ואם שמעון אכלו לא היה מחויב לשלם לראובן כלום כיון שאינו מקפיד עליו מ"מ עדיין אין לו לשמעון רשות להקדיש את החפץ הזה או ליתנו במתנה או למכור אותו לאחר כיון שאין החפץ שלו כמו שכתבנו לעיל לענין הדברים שאין האדם מקפיד עליהם כן הדין לענין הקדש ומתנה ומקח וממכר אבל לענין הפרשת תרומה נראה שאין הדבר כן אלא אם יש לו לראובן כרי של תבואה שאינו מקפיד על שמעון שיאכלנו יש לו רשות לשמעון לפרוש תרומה מן הכרי הזה, לכן קי"ל ביו"ד סימן של"א ס"מ הבן והשכיר והעבד והאשה תורמין על מה שהם אוכלין. אבל לא על השאר, ולא משמע שם שנצטרך שהבן והשכיר יעשו מתחלה קנין במה שלפניהם לאכול ואח"כ יפרשו את תרומתן וגם לא משמע שנצטרך שליחות בפירוש לתרום, אלא משמע שאפילו בלא קנין כלל ובלא שליחות בפירוש ג"כ יכולים להפריש על מה שהם אוכלים, וטעמא דהאי מילתא כיון דבתרומה אינו נותן לכהן דבר חדש שהרי התורה זכתה לו לכהן בתבואות ישראל, וא"כ לכאורה היה מהראוי שלא נצטרך כלל דעת בעל הבית לתרום תבואתו כיון שאינו תורם משלו כלום רק משל הכהנים הם, ובכל זאת אמרה תורה שאין רשות לאחרים לתרום שלא ברשות בעל הבית מפני כמה טעמים א) דנהי שיש להכהן חלק בתבואת בעל הבית מ"מ עדיין אינו מבורר מה שייך לכהן ומה שייך לבעליו והבירור הזה אין כח באיש נכרי לברר רק ביד בעל התבואה, ב) דנהי שיש לכהן חלק בתבואת בעל הבית מ"מ עדיין אינו מבורר כמה מהם שייך לכהן וכמה לבעליו דקי"ל חטה אחת פוטרת את הכרי ועין יפה אחד מארבעים ויכול אדם לעשות כל תבואתו תרומה ובלבד שישייר כל שהוא, וא"כ מי יוכל לברר הבירור הזה אם בעין יפה או בעין רעה רק לבעליו נתנה התורה רשות לתרום ולברר ולפחות ולהוסיף כרצונו ואין רשות ביד איש נכרי לעשות זאת, ג) דנהי שיש לכהן חלק בתבואת בעל הבית מ"מ אין רשות ביד אדם לתרום ולעשות את המצוה שלא מדעת בעליו כדאמרינן בנדרים ד' ל"ו מצוה דיליה היא וניחא ליה למיעבדה וכיון דמשום השלשה טעמים האלה אין רשות לאדם לתרום מכריו של חבירו שמעינן ממילא דבמקום דלא שייכי הני טעמי יכול כל אדם לתרום את כריו של חבירו, וא"כ כשיש לו לראובן כרי תבואה אשר אינו מקפיד על שמעון אם יאכלנה לגמרי בודאי לא שייכי כל הני טעמי שאין שום נפקא מינה לראובן איזו מהם יבורר לחלקו של כהן וכמה מהם יבורר לכהן כיון דלא איכפת ליה מכריו אם יאכלנה השני או לא, וכן לא איכפת ליה לראובן אם יקיים מצות הפרשה או לא כיון שלא איכפת ליה כלל מכריו

מה תהא עליה ויכול שמעון לאוכלה או לשורפה ואינו מקפיד עליו הרי לא יקיים ראובן את מצות הפרשה ולא איכפת ליה כן יכול שמעון לתרום את תבואת ראובן כיון שראובן אינו מקפיד עליו, לכן יכולין הבן והשכיר והעבד והאשה לתרום על מה שהם אוכלים דכיון שאינו מקפיד על אכילתם אינו מקפיד גם על הפרשתם ויכולין לתרום ולא מטעם שליחות הוא דבשליחות בעינן דעת בפירוש וכאן ליכא דעת בפירוש דהרי איירי ג"כ שבעל הבית אינו שם ואינו יודע ואינו חושב מאומה מזה ואפילו הכי יכולים להפריש והוא מטעמא דאמרן דבתרומה לא בעינן שיהא שלו ממש רק כי גם בדבר שאינו מקפיד יכולין להפריש תרומה כיון שאינו דבר חדש כמו בהקדש ומקח ומתנה, רק שהוא מברר חלקו של כהן לכן יכול להפריש אפילו של אחרים שלא בשליחותם אם אין בעל הבית מקפיד על תבואתם.

ג) **וכן** מדויק לשון התוספתא דתרומות הובא בב"מ ד' כ"ב כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה הרי שירד לתוך שדה חבירו וליקט ותרם שלא ברשות אם חושש משום גזל אין תרומתו תרומה ואם לאו תרומתו תרומה הרי חזינן בהדיא כמו שכתבנו דבתורם תרומה אין צריך שיהא שלו כמו בהקדש רק בעינן שיחולק ממנו איסור דלא תגזול וכמו שכתבנו לעיל דבדבר שאינו מקפיד מסתלק איסור דלא תגזול, אלמא דבתורה של חבירו ואין חבירו מקפיד על תבואתו הוי תרומתו תרומה אע"פ שאינו שלו דאי אמרינן דבתורם של חבירו אע"ג דהוי דבר שאינו מקפיד מ"מ לא הוי תרומתו תרומה מאי זה דקאמר אם חושש משום גזל אין תרומתו תרומה ואם לאו תרומתו תרומה והלא בדבר שאינו מקפיד אינו חושש משום גזל ואפילו הכי אין תרומתו תרומה, אלא ודאי כדאמרן דבתורם של חבירו שאינו מקפיד עליו תרומתו תרומה, וס"ל להגמ' דאמירת כלך אצל יפות זהו הוכחה גמורה שנתקרבה דעתו של בעל הבית אל התורם ואינו מקפיד עליו מאומה לכן הוי דבר שאינו מקפיד בעליו אצל זה לכן תרומתו תרומה כדין כל דבר שאין הבעלים מקפידין שיש רשות לכל אדם להפריש לזה סיימה הגמרא ומניין הוא יודע אם חושש משום גזל ואם לאו הרי שבא בעל הבית ומצאו ואמר לו כלך אצל יפות אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה, הרי אנו רואין דאמירת כלך אצל יפות לא הוי הוכחה לשליחות היינו שעשאו שליח להתורם רק דהוי הוכחה שאין כאן איסור לא תגזול והוא משום דהוי דבר שאינו מקפיד כמו שכתבנו כי בדבר שאינו מקפיד ליכא איסורא דלא תגזול.

ד) **וכן** מדויק לשון הרמב"ם פ"ד מה' תרומות הל' ג' וז"ל אם בא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות אם היו שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד עכ"ל

הרמב"ם, הרי אנו רואים דלאו משום שליחות אתינן עלה כמו שפירשו המפרשים דטעמא של הרמב"ם הוא מטעם שליחות דכיון דמצוה היא אנן סהדי שעשאו שליח דאי כדבריהם היה לו להרמב"ם לומר דמשו"ה תרומתן תרומה משום דהוי שלוחו כשנמצא יפות מהן ואמאי קאמר הרמב"ם "שהרי אינו מקפיד" אלא ודאי כדאמרן דמשו"ה תרומתו תרומה כשנמצאו יפות מהן משום דהוי דבר שאינו מקפיד ובדבר שאין בעל הבית מקפיד יש רשות לכל אדם לתרום ואם הוא מקפיד נגד כל העולם רק נגד אדם אחד אינו מקפיד אין רשות לכל אדם לתרום רק אותו האיש אשר אין בעל הבית מקפיד נגדו הוא לבדו יכול לתרום ולא איש אחר, ולקמן בסמוך יבורר עוד בס"ד הדבר הזה כי בהפרשת תרומות ומעשרות יכולין שלשה לתרום הראשון) הבעל הבית משום דהוי שלו, השני) שלוחו משום דמרבינן מאתם גם אתם דשלוחו של אדם כמותו, השלישי) האיש אשר אין בכל הבית מקפיד נגדו הוא יכול גם כן להפריש תרומות ומעשרות של בעל הבית אע"ג שאין התבואה שלו וגם אינו שלוחו מ"מ יכול להפריש משום שאין בעל הבית מקפיד נגדו.

ה) **והנה** לעיל כתבנו שהתוס' והש"ך סימן שנ"ח חולקים אהדדי דשיטת התוס' הוא בב"מ ד' כ"ב דאמימר ורב אשי שאכלו מהאי דאייתי אריסא דמרי בר איסק לא היה משום שסמכו שיתרצה מרי בר איסק לזה דכיון דקי"ל כאביי דלא אמרינן אגלאי מילתא למפרע מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה לא היה להם לאכול אלמא דסברת התוס' הוא דלענין דבר שאינו מקפיד לסלק איסורא דלא תגזול בעינן נמי שיחשוב בהדיא שאינו מקפיד אז מסולק איסורא דלא תגזול לאביי, אבל אם לא חשב בפירוש שאינו מקפיד אף שלא חשב ג"כ מחשבת הקפידה אינו מועיל לאביי לסלק איסורא דלא תגזול כמו שכתבנו בזה לעיל והא דאמימר ורב אשי אכלי הוא משום דאריסא מדנפשוה קא יהיב, ודעת הש"ך בסימן שנ"ח הוא דלענין דבר שאינו מקפיד מודה גם אביי דשרי לאכול אם ידע בבירור שאם יתודע הדבר לבעליו ויתרצה בנתינת חבירו אע"ג דהשתא לא ידע מ"מ שרי לאכול ואינו דומה ליאוש שלא מדעת יעו"ש בש"ך, אלמא דסברת הש"ך הוא דלענין דבר שאינו מקפיד אין אנו צריכין שיחשוב בפירוש שאינו מקפיד רק כיון שמסלק קפידתו מקרי דבר שאינו מקפיד ואפילו אביי מודה לזה.

ו**נראה** דהרמב"ם ס"ל לאביי דסבר יאוש שלא מדעת ל"ה יאוש ולא אמרינן איגלאי מילתא למפרע מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה ס"ל דגם לענין דבר שאינו מקפיד לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע מדהשתא לא קפיד מעיקרא נמי לא קפיד א"כ איכא איסורא דלא תגזול לכן אסור לשום אדם לאכול על סמך זה שאם יתודע לבעליו

יהא ניחא ליה וכן אסור לשום אדם להפריש תרומה מכריו של חבירו אע"ג דקי"ל דבדבר שאין הבעלים מקפידין עליהם יש רשות גם לאחרים להפריש תרומתו של חבירו מ"מ ס"ל לאביי דכיון שעכשיו לא ידע מזה ואינו חושב בפירוש שאינו מקפיד לכן לא הוי דבר שאינו מקפיד ואין תרומתו תרומה, ואע"ג שאם היה יודע שחבירו מפריש תרומה מכריו היה חושב בפירוש שאינו מקפיד עליו מ"מ כיון שעכשיו אינו יודע מזה ואינו חושב מאומה מזה לכן אין בכח הטעות לעשות כאלו חשב בפירוש שאינו מקפיד כמו שכתבנו לעיל שאין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב, לכן מקשה הגמ' שפיר עליה דאביי מהא דתניא שאם חושש משום גזל אין תרומתו תרומה וכשאינו חושש משום גזל דהיינו שאינו מקפיד אז תרומתו תרומה כמו שכתבנו כמה פעמים דאיסורא דלא תגזול בקפידא תליא מילתא, וכשאמר לו הולך אצל יפות ונמצאו יפות מהם תרומתו תרומה משום דאז מקרי שאין הבעלים מקפידין עליו ואמאי בעידנא דתרם הא לא הוה ידע וא"כ לאביי הוי דבר המקפיד כיון שלא חשב בפירוש שאינו מקפיד תרגמא רבא אליביה דאביי דשוייה שליח פירוש ולא אתינן עלה שיהא תרומתו תרומה מטעם דבר שאינו מקפיד רק מטעם שליחות דקי"ל שלוחו של אדם כמותו, ופריך על זה ותסברא והא אתם גם אתם אמר רחמנא מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם וכן כתב מרן הב"י וכן כתב הגר"א ז"ל שגירסת הרמב"ם היה ותסברא ולא כמו שכתבו התוס' דלא גרסינן ותסברא, והרמב"ם גריס לה ופירושו הוא והא אתם גם אתם אמר רחמנא לרבות שלוחכם מה אתם לדעתכם וכיון שכן אפילו לא נמצאו יפות מהם אמאי אין תרומתו תרומה כיון דשוייה שליח לתרום ומשני הגמ' דאיירי דשוייה שליח ואמר ליה זיל תרום ולא אמר ליה תרום מהני וסתמיה דבעל הבית כי תרים מבינונית הוא תרם ואזל איהו ותרם מיפות, לכן דוקא אם נמצאו יפות מהם תרומתו תרומה ואם לא אין תרומתו תרומה וכל זה הוא לתירוץ רבא אליבא דאביי דס"ל דדבר שאינו מקפיד לא הוי רק אם ידע בשעת הפרשה או בשעת נתינה לכן אייתי הגמ' תיכף בסמוך עובדא דאמימר ומר זוטרא ורב אשי איקלעו לבוסתניה דמרי בר איסק אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמייהו אמימר ורב אשי אכלי ומר זוטרא לא אכיל וכו' וס"ל להרמב"ם דטעמא שאכלו אמימר ומר זוטרא הוא משום שסמכו שיתרצה מרי בר איסק, כשיתודע לו כמו שכתב הש"ך ודלא כמו שכתבו התוס' נמצא דאמימר ורב אשי פליגי על אביי בדבר שאינו מקפיד דלאביי לא אמרי לן מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה ולאמימר ורב אשי אמרינן מדהשתא אינו קפיד מעיקרא נמי מקרי דבר שאינו מקפיד

משים דס"ל דלא בעינן שיחשוב בפירוש שאינו מקפיד אלא כיון שלא חשב מחשבת הקפידא מקרי דבר שאינו מקפיד.

ז) **נמצא** כי לפי דברי אמימר ורב אשי אין אנו צריכין לאוקמיה דשוייה שליח אלא איירי דלא שוייה שליח ואפילו הכי תרומתו תרומה כשנמצאו יפות מהם משום דהוי דבר שאינו מקפיד ואין כאן חשש גזל וכשאינו חושש משום גזל שפיר הוי תרומתו תרומה בלא שום שליחות כלל, וס"ל להרמב"ם דמשום זה מייתי הגמ' האי עובדא דאמימר ומר זוטרא ורב אשי להודיענו שאע"פ דקי"ל הלכה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואביי ס"ל דגם לענין דבר שאינו מקפיד נמי אמרינן כן דלא אמרינן איגלאי מילתא למפרע מדהשתא נתיאש מעיקרא נמי הוי יאוש ולא אמרינן איגלאי מילתא למפרע מדהשתא לא קפיד מעיקרא נמי לא קפיד, מ"מ לענין הלכה לא קי"ל כאביי רק לענין יאוש התם הוא דלא אמרינן איגלאי מילתא למפרע, אבל לענין דבר שאינו מקפיד לא קי"ל כאביי בזה רק קי"ל כאמימר ורב אשי דאמרינן שפיר איגלאי מילתא למפרע מדהשתא לא קפיד מעיקרא נמי לא קפיד לכן שרי לאכול על סמך שיתרצו בעליו כשידעו כמו שאכלו אמימר ורב אשי כמו שכתב הש"ך ז"ל וכן יש רשות גם לאדם אחר להפריש תרומה מתבואתו של חבירו על סמך שיתרצה כשיתודע לו משום דהוי דבר שאינו מקפיד ואינו צריך שיעשהו שליח.

ה) **נמצא** שהרמב"ם בחדא ס"ל כדברי התוס' והש"ך ובחדא פליג עלייהו, שהרי התוס' ס"ל דבין אביי ובין אמימר ורב אשי ס"ל דלא אמרינן לענין דבר שאינו מקפיד מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה, והש"ך ס"ל דבין אביי ובין אמימר ורב אשי ס"ל דאמרינן לענין דבר שאינו מקפיד מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה, אבל הרמב"ם ס"ל אליבא דאביי כסברת התוס' דלא אמרינן איגלאי מילתא מדהשתא לא קפיד וניחא ליה מעיקרא נמי לא קפיד וניחא ליה, אבל בסברת אמימר ורב אשי ס"ל להרמב"ם כסברת הש"ך דלענין דבר שאינו מקפיד אמרינן שפיר איגלאי מילתא למפרע מדהשתא לא קפיד וניחא ליה מעיקרא נמי קפיד וניחא ליה ופליגי אמימר ורב אשי על אביי בדבר שאינו מקפיד וס"ל להרמב"ם דהלכה כאמימר ורב אשי, לכן פסק הרמב"ם דאפילו לא עשאו שליח לתרום נמי הוי תרומתו תרומה משום דבדבר שאינו מקפיד יש רשות לכל אדם להפריש תרומה מתבואתו של חבירו כמו שכתבנו לעיל.

ט) **ובדברינו** ניחא עוד ויש ליישב עוד קושיא בסוגיא דגיטין ונדרים דהנה בנדרים דף ל"ו אמרינן לענין מודר הנאה דאע"ג שאסור להפריש תרומותיו ע"י שליחות היינו אם יעשהו שליח בפירוש אינו רשאי לפרוש תרומתו משום דמהני ליה במה שעושה שליחותו מ"מ

רשאי לומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום, ולענין גיטין כתבו התוס' בגיטין דף ס"ו ד"ה כל השומע קולו בתירוץ השני דלענין גיטין אינו מועיל האי לישנא כל הרוצה לכתוב גט לאשתי יבוא ויכתוב וכן כתב הב"ש באה"ע סימן קמ"א סעיף י"ט בשם המרדכי ובשם הר"ן בשם הרמב"ן, ולכאורא הדבר תמוה מאי שנא גיטין מתרומה כיון דאידי ואידי שליחות בעינן מ"ש דלענין גיטין אינו מועיל האי לישנא ולענין תרומה מועיל והלא איכא לאקשויי אם זה הוא לישנא דשליחות מה שאמר כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום א"כ אמאי אינו מועיל לענין גיטין ואם אין זה לשון שליחות כיון שלא יחדם בפירוש כמו"ש התוס' שם א"כ אמאי מועיל לענין תרומה אלא ודאי כדאמרן דבדבר שאינו מקפיד אין צריך שליחות וכיון שאמר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום הרי גלה דעתיה שאינו מקפיד כלום לכן יכולין הכל להפריש משא"כ בגיטין כיון דבעינן שליחות לכן אינו מועיל אם יאמר כל הרוצה לכתוב גט יבא ויכתוב כיון דבעינן שליחות בגיטין ואין זה לשון שליחות.

פרק ד

א) **ובזה** שכתבנו דבדבר שאינו מקפיד יש רשות לכל אדם להפריש תרומתו ומעשרו של חבירו יש ליישב בזה הא דאמרינן בב"מ דף מ"ט ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר ודייק הגמ' מזה דדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה דאי לאו הכי אמאי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר, והקצוה"ח סימן ר"ד ס"ק ג' הקשה וז"ל וקשה נהי שמובטח לו שבודאי יתננה לו אכתי במאי קנה לעשותו עכשיו תרומת מעשר כיון דעכשיו עדיין אינו שלו ולא זכה בו וראיתי בשיטה מקובצת שהרגיש בזה עכ"ל הקצוה"ח, ובדברינו ניחא דלענין להפריש תרומות ומעשרות אין אנו צריכין שיהא שלו לגמרי רק בהקדש ובמכירה וכיוצא בהם אנו צריכים שיהא שלו לגמרי אבל להפריש תרומות ומעשרות יכול גם איש אחר להפריש רק אם אין הבעלים מקפידין עליו לכן כיון שאמר לו הישראל לבן לוי כור מעשר יש לך בידי מעתה אין הישראל מקפיד עוד על הכור הזה אם הבן לוי יאכלנו או יעשה בו ענין אחר וכיון שאין הישראל מקפיד עליו לכן רשאי לעשותו תרומת מעשר והגמ' דייק מזה דדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה מהא שרשאי הבן לוי לסמוך על זה ולאכול פירותיו דאם דברים אין בהם משום מחוסרי אמנה יש לחוש שמא כבר חזר בו הישראל ונתן ללוי אחר ואכל טבלים. ועוד יש לפרש דבשלמא אי אמרינן דדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה שייך לומר דבאמירתו שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי מוכחא מילתא שפיר שאינו מקפיד עוד על תבואתו כיון שאינו רשאי לחזור בו עוד, אבל

אי אמרינן דדברים אין בהם משום מחוסרי אמנה ורשאי לחזור בו א"כ עדיין אינו נחשב כדבר שאינו מקפיד ע"י אמירת הישראל לבן לוי כור מעשר לך יש לך בידי כיון שאין אמירתו נחשב כלום הוי כמו שלא אמר כלל והוי דבר המקפיד ואינו רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר. ונראה דזהו כונת השיטה מקובצת שהביא הקצוה"ח שם שתירץ על הקושיא הנ"ל וז"ל דלא גרע מנותן רשות לחבירו שיתרום מכריו על תבואה שלו עכ"ל דאין לומר שכונתו מטעם שליחות היינו דהוי כמו שעשהו שליח לתרום, דאי משום שליחות הוא איך דייק מזה דדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה דאי אין בהם משום מחוסרי אמנה אמאי לא חיישינן לשמא יבטל השליחות וקאכיל טבלים, והלא בשליחות דכל התורה קי"ל דלא חיישינן שמא יבטל השליחות, כגון השולח גט לאשתו מותרת האשה להנשא ולא חיישינן שמא ביטל הבעל שליחותו ובריש פ' השולח משמע דאפילו קודם תקנת רבן גמליאל שתיקן שאסור לבטל שלא בפניו ג"כ מותרת להנשא ואין אנו חוששין שמא ביטל הבעל שליחותו ובודאי אפילו למ"ד דברים אין בהם משום מחוסרי אמנה אפילו הכי לא חיישינן בשליחות שמא ביטל שליחותו, א"כ לא תליא כלל בזה ואיך דייק הגמ' מזה דדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה אלא ודאי כדאמרן משום דהוי דבר שאינו מקפיד ויכול גם איש אחר להפריש תרומה ומעשר מכריו של חבירו, ודוקא אי דברים יש בהם משום מחוסרי אמנה נקרא הכור מעשר דבר שאינו מקפיד עליו ויכול הבן לוי להפרישו תרומת מעשר על מקום אחר אבל אי דברים אין בהם משום מחוסרי אמנה ויכול הישראל לחזור בו א"כ אין אמירתו כלום ועדיין נקרא הכור מעשר דבר שמקפיד עליו. הישראל והלוי אין יכול להפריש ממנו תרומת מעשר.

ב) **והנה** הקצוה"ח שם סימן ר"ד ס"ק ג' הקשה על זה מה יועיל נתינת רשות שנותן הישראל והלא אין המעשר שלו ואין לו בהן רק טובת הנאה יעו"ש בקצוה"ח ודבריו תמוהין והלא גמ' ערוכה היא בגיטין דף ל' דפריך הגמ' וכי יש לו רשות לבעל הבית לתרום תרומת מעשר ומשני הגמ' אין אבא אלעזר בן גמלא היא דתניא ונחשב לכם תרומתכם בשתי תרומות הכתוב מדבר אחת תרומה גדולה ואחת תרומת מעשר וכו' וכשם שיש לו רשות לבעל הבית לתרום תרומה גדולה כך יש לו רשות לבעל הבית לתרום תרומת מעשר עכ"ל הגמ' שם אלמא שיש רשות להישראל לתרום תרומת מעשר לכן שפיר יכול ליתן רשות לבן לוי להפריש תרומת מעשר או משום שליחות או משום דהוי דבר שאינו מקפיד, וא"כ דברי הקצוה"ח תמוהים, ואפשר שאין רשות להישראל לתרום רק לפי חלקו היינו חלק עשירי של המעשר זהו יש ביד הישראל ליתן לכהן אבל אין לו רשות להישראל ליתן את כל מעשרו לכהן לעשותו תרומת מעשר על המעשר

שיש ביד הלוי ובברייתא קתני ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותו תרומת מעשר וכו' דמשמע שיש רשות ביד הבן לוי לעשות תרומת מעשר את כל הכור מעשר, אך אין דברי הקצוה"ח מוכרחים דאיכא למימר שיש כח ביד הישראל להפריש תרומת מעשר גם על המעשר שביד הבן לוי ברשותו של הבן לוי עיין לקמן אות ד' פרק זה.

ג) **והנה** איתא בגמ' שאם חזר בו הישראל ונתן הכור מעשר ללוי אחר מה שעשה עשוי ואין לו עליו אלא תרעומות, ולפי דברינו דאמרינן דמשו"ה יכול לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר משום דהוי דבר שאינו מקפיד צריך לומר דדוקא אם חזר בו הישראל קודם שעשה הבן לוי תרומת מעשר אז יכול לחזור בו אבל לאחר שעשה הבן לוי תרומת מעשר על מקום אחר שוב אין הישראל יכול לחזור בו ולבטל את תרומתו כיון שהיה לו רשות לתרום בשעת הפרשה הוי כמו שליח שתרם שאחר שתרם השליח אין לו רשות להמשלח לבטל את מעשה השליח, ומה דדייק הגמ' אלא אי אמרת מצי למיהדר ביה אמאי רשאי אשתכח דקאכיל טבלים אין פירושו שאם יחזור בו נמצא שנתבטלה הפרשתו וקאכיל טבלים למפרע, אלא פירושו הוא שאם נאמר שיכול לחזור בו יש לחוש שמא כבר חזר בו הישראל קודם שעשה הבן לוי תרומת מעשר אבל לאחר שעשה הבן לוי תרומת מעשר בודאי שוב לא יכול הישראל לחזור בו.

ד) **שוב** מצאתי להירושלמי פ"א דתרומות הל' א' בפירוש כמו שכתבו וז"ל שם ישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידי והלך אותו בן לוי ועשאן תרומת מעשר על מקום אחר והלך ישראל ונתן לבן לוי אחר אין לו עליו אלא תרעומות הדא דתימא בשנותו זה עד שלא משאו זה אבל אם עשאו זה עד שלא נתנו זה לא כהדא מתניתין ביטל אם עד שלא תרם ביטל אין תרומתו תרומה ואם משתרם ביטל תרומתו תרומה עכ"ל הירושלמי אלמא כי כדברינו כן הוא שאין ביד הישראל לחזור בו רק קודם שתרם הבן לוי אבל משתרם הבן לוי אין בידו לבטלו, עוד איתא שם בירושלמי בפירושא דמילתא דר' יוחנן הנ"ל דאמר ישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לי בידך רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר אתיא כר' יוסי דאמר שיש רשות ביד בעל הבית להפריש תרומת מעשר יעו"ש והוא כמו שכתבנו מגמ' דגיטין הנ"ל ד' ל' אלמא שהרשות שנתנה תורה לבעל הבית לתרום תרומת מעשר אין הכונה דוקא בחלק העשירי של המעשר יש בכחו להפריש תרומה, אלא גם כל מעשרו יכול לעשות תרומה על המעשר שיש ביד הבן לוי, ודלא כמו שכתבנו לעיל בשם הקצוה"ח שהקשה והלא אין לישראל רק טובת הנאה ואיך יכול ליתן רשות להפריש תרומה ממעשרו, ואולי דוקא ברשות הבן לוי יוכל לעשות ממעשרו

כולו תרומת מעשר אבל שלא ברשות הבן לוי אין לו להישראל רשות לעשות תרומת מעשר את כל מעשרו, מ"מ קושית הקצוה"ח הנ"ל מתורץ שפיר בדברי הירושלמי האלה, שהרי כאן הבן לוי מפריש ברשות הישראל ואין לך רשות הבן לוי גדול מזה כיון שהוא בעצמו מפריש.

ה) **עוד** איתא שם בירושלמי פ"א דתרומות הלכה א' וז"ל בא אביו ואימן על ידו למפרע נעשית תרומה או מכאן ולבא אמר רב שימי נשמענה מן הדא הרי שבא בעל הבית ומצאו עומד בתוך שלו א"ל לקוט לך מן היפים האלו אם היו יפים אינו חושש משום גזל ואם לאו חושש משום גזל וכו' אית למימר למפרע נעשית תרומה לא מכאן ולבא ואוף הכא מכאן ולבא נעשית תרומה עכ"ל הירושלמי, וכן כתב המ"ל בפ"ד מתרומות הלכה ג' בשם הירושלמי הזה דמכאן ולהבא נעשית תרומה וכן פירש את דברי הרמב"ם דבאמירת כלך אצל יפות לא נעשית תרומה למפרע רק מכאן ולהבא, אך מדברי הגמ' דידן לא משמע כן רק משמע דכלן אצל יפות מהני לעשותו תרומה למפרע וכמו שפירשו כל המפרשים את דברי הרמב"ם דלמפרע נעשית תרומה ולאו דוקא מכאן ולהבא.

פרק ה

א) **עוד** שם בירושלמי פ"א דתרומות הלכה א' מספקא ליה בהפקיר כריו ומירחו וחזר וזכה בו אין תעבדינה כתורם את שאינו שלו אין תרומתו תרומה ואין תעבדיניה כתורם את של חבירו תרומתו תרומה עכ"ל הירושלמי ופירש המפרש וכן משמע שם מהירושלמי דהכי פירושו שמספקא ליה כשהפקיר כריו ומירחו ותרם את תרומתו ואחר כך חזר וזכה בו אם תרומתו תרומה מה שתרם כשהיה הכרי הפקר מי נימא דבעינן לו דוקא ואם אינו שלו אינו יכול להפריש אע"ג שאינו של חבירו רק של הפקר, או דילמא מה דאמרינן אתם ולא התורם את שאינו שלו פירושו הוא מפני שהוא של חבירו לכן אינו יכול להפריש של חבירו שלא מדעתו אבל בשל הפקר שפיר יכול לתרום כיון שאינו של חבירו אע"ג שהוא אינו שלו ע"ש שנשאר הדבר בספק, והוא כמו שכתבנו לעיל דבדבר שאינו מקפיד יכול אדם לתרום אפילו של חבירו אפילו בלא שליחות רק כיון שראובן מסלק את קפידתו מתבואתו או משמעון יכול שמעון שפיר לתרום שלא ברשות ראובן ואין צריך שליחות כלל.

ב) **ויוכל** היות דבדבר שאינו מקפיד לא מספקא ליה להירושלמי ופשיטא שיכול לתרום דבר שאינו מקפיד שלא ברשות בעליו, אע"ג דלעניין הפקר מספקא ליה להירושלמי אם יכול להפריש תרומה מדבר ההפקר מ"מ יוכל היות דדבר שאינו מקפיד עדיף וטעם החילוק דאיכא למימר דבהפקר יש קצת זכיה לכל העולם שהרי אמרינן המגביה מציאה

לחבירו לא קנה חבירו בשביל דהוי תופס לבעל חוב במקום, שחב לאחרים אלמא דמקרי חב לאחרים ואם נימא שאין לכל אד שום זכיה בהפקר המונח על גבי קרקע א"כ לא מקרי זה חב לאחרים ואין זה רק מניעת הריוח לבד ולא חב לשום אדם בתפיסתו אלא משמע דהפקר מקרי שהוא של כל העולם, ואולי מזה הטעם איכא למ"ד הבטה בהפקר קנה אשר לכאורא הוא תמוה מאי שנא קנין ההפקר משאר הקנינים שאינו מועיל בהם הבטה. ובזה מיושב שפיר דכיון שיש לכל העולם כולו קנין בכל חפצי הפקר לכן נוח הדבר לקנות בקנין קל שהרי גם קודם שעשה הזוכה בו את הקנין הזה היה בו קצת קנין בחפצי הפקר לכן די לו בקנין הבטה שהוא קנין קל משא"כ בשאר כל הקנינים שלא היה בו להזוכה שום קנין קודם שזכה לכן צריכין קנין גמור להוציא מרשות לרשות, וכיון שיש לכל העולם קצת קנין בכל חפצי הפקר, א"כ בודאי יש מקום להסתפק ולומר שלא יהא לו רשות לתרום תרומה מחפצי הפקר, דאע"ג שאין התבואה של חבירו ואין איש מיוחד שהתבואה יהא שלו מ"מ כיון שיש לכל העולם קצת קנין וכל העולם לא נתנו לו רשות לתרום עדיין מקרי תורם את שאינו שלו, משא"כ בדבר שאין הבעלים מקפידין כיון שאין לשום אדם קנין בהחפץ הזה רק הבעלים לבד והם אינם מקפידים עליו לכן אין שום ספק שיש רשות לכל אדם להפריש תרומה מכריו של חבירו כשאין הבעלים מקפידים עליו.

ג) **וכן** משמע מדברי הירושלמי דשם פ"א דתרומות הלכה א' שרצה לפשוט הספק הזה שיש כח בידו לתרום תרומה מהפקר, מהא שיש כח ביד הגזבר לתרום תרומה מטבל של ההקדש אע"ג שאין התבואה של הגזבר ואפילו הכי יכול להפריש תרומה כיון שאינו של חבירו יכול לתרום כך יכול המפקיר לתרום תרומה מטבל של הפקר אע"ג שאין הטבל שלו כיון שאינו של חבירו יכול להפריש עיין שם בירושלמי והתם בגזבר והקדש בודאי אין הטבל בלא בעלים כלל שהרי בי מא דרחמנא הם ורשות הגבוה עליהם רק שאין להם איש אשר יהא הטבל שלו ולא מקרי של חבירו ורוצה הירושלמי לפשוט מזה גם לענין הפקר, א"כ שמעינן מזה דהפקר יש עליהם ג"כ בעלים דהיינו כל העולם כולו רק שאין עליהם בעלים מיוחדים ולא מקרי של חבירו אבל בעלים יש להם כמו בהקדש שהרי הירושלמי מדמה הפקר להקדש לענין זה, א"כ דוקא התם מספקא לה להירושלמי אם יכול לתרום תבואת הפקר אבל בדבר שאינו מקפיד לא מספקא ליה להירושלמי כלל כי בודאי יכול להפריש תבואתו של חבירו אם אין הבעלים מקפידים עליהם כי אין שום אדם ורשות אשר יעכב את הפרשתו.

פרק ו

א) **ובזה** שכתבנו נראה ליישב את דברי הרמב"ם פ"ד מהלכות תרומות הלכה ט' שכתב וז"ל האומר לשותפו או לבן ביתו או לעבדו או לשפחתו לתרום והלכו לתרום וביטל שליחותו קודם שיתרומו אם לא שינה השליח תרומתו תרומה ואם שינה כגון שאמר לו תרום מן הצפון ותרם מן הדרום הואיל וביטל שליחותו מקודם אינה תרומה עכ"ל והטור בסימן של"א כתב עליו וז"ל ואיני מבין דבריו כיון שביטל השליחות קודם שתרם למה לי שינה אפילו בלא שינוי אין תרומתו תרומה, ואם שינה אפילו לא ביטל השליחות אינה תרומה עכ"ל הטור ובאמת דברי הרמב"ם תמוהים ודברי הטור נכונים מאד, ומרן בשו"ע יו"ד סימן של"א סע' ל"ו פסק כהרמב"ם והרמ"א כתב שם ויש חולקין והוא דעת הטור, ועיין במפרשים מה שדחקו ליישב את דברי הרמב"ם וכן הראב"ד השיגו ועיין בביאורי הגר"א

ב) **והנה** במס' קידושין ד' נ"ט נחלקו ר' יוחנן ור"ל לענין שאם האשה עשתה שליח לקבל קידושיה וביטלה את השליח ר' יוחנן אמר חוזרת אתי דבור ומבטל דבור ר"ל אמר אינה חוזרת לא אתי דבור ומבטל דבור ובגמ' מקשה על ר"ל מהא דקתני ביטל אם עד שלא תרם ביטל אין תרומתו תרומה, ומתרץ רבא הכא במאי עסקינן כגון שקדם בעל הבית ותרם את כריו דהוה ליה מעשה, ובירושלמי פ"ג דתרומות הקשה ג"כ על ר"ל מהאי מתניתא דקתני אם הרשה את בן ביתו או את עבדו או שפחתו לתרום אם עד שלא תרם ביטל אין תרומתו תרומה ואם משתרם ביטל תרומתו תרומה וז"ל הירושלמי שם ולית הדא פליגי על דריש לקיש דר"ל אמר אין אדם מבטל שליחותו בדברים תפתר כגון שאמר ליה לך וקבע בצפון וקבע בדרום עכ"ל הירושלמי, נמצא שהתירוץ הזה מה דבעינן תרתי היינו שיבטל שליחתו וגם שישנה שליחותו אינו אלא לר"ל דס"ל דלא אתי דבור ומבטל דבור, אבל לר' יוחנן דקי"ל כוותיה לגבי ר"ל ועוד דבפירוש איפסקא בגמ' בקידושין נ"ט דהלכתא כוותיה דר"י דאתי דבור ומבטל דבור א"כ אין אנו צריכין שישנה את שליחותו רק כיון שביטל המשלח את שליחותו אין תרומתו תרומה כן השיגו על הרמב"ם, עיין בהראב"ד ובביאורי הגר"א ז"ל.

ג) **ונראה** דהרמב"ם לא קאמר רק באומר לשותפו או לבן ביתו או לעבדו ושפחתו שיתרומו אשר עליהם אינו מקפיד כמו שפסק הרמב"ם שם הל' ח' וז"ל והשותפין אינן צריכין ליטול רשות זה מזה עכ"ל רק שאם ימחו זה על זה אז אין תרומתן תרומה ע"ש וכן לענין בן בית ועבד ושפחה פסיק שם הרמב"ם וז"ל הבן והשכיר והעבד והאשה תורמין על מה שהן אוכלין אבל לא יתרומו על הכל עכ"ל וכיון שנתן להם רשות לתרום הרי

גלי דעתיה שאינו מקפיד עליהם כלל, והרמב"ם איירי שביטל שליחותו שלא בפניהם כמו שמדויק הלשון האומר לשותפו וכו' לתרום והלכו לתרום וביטל השליחות קודם שיתרומו א"כ משמע שהלכו לתרום במקום אחר וביטל השליחות קודם שיתרומו שלא בפניהם שהרי איירי שהלכו למקום אחר לתרום שלא במקום המשלח, וכיון שלא ביטל בפניהם עדיין מקרי דבר שאינו מקפיד ואין כאן חשש גזל במעשיהם, והוי כאומר לחבירו לך ואכול מפירות שיש לי במקום פלוני והלך לאכול ואח"כ ביטל בעל הבית את הרשאתו בודאי אין האוכל עובר בלא תגזול כיון שלא שמע את ביטולו מה שביטל בעל הבית את הרשאתו א"כ יש לו רשות לאכול פירותיו ואינו חושש משום גזל, וכלל הוא בידי דכל דבר שאינו מקפיד בעל הבית שאינו חושש משום גזל תרומתו תרומה, לכן כשביטל בעל הבית את שליחותו אין כאן רק ביטול השליחות ולא הוי ביטול לענין דבר שאינו מקפיד כיון שלא ביטל בפניהם לכן הוי תרומתו תרומה, דדוקא לענין גיטין וקידושין וכדומה דבעינן שליחות לכן כל שביטל המשלח את שליחותו אין כאן קידושין וגיטין, אבל כאן בתרומה אף שביטל שליחותו של שותפו ועבדו ולא הוי עוד שלוחו, מ"מ כיון דשלא בפניהם ביטל לכן הוי דבר שאינו מקפיד דתרומתו תרומה ואפילו אם ביטל את השליחות בפניו מ"מ כיון שלא הזכיר בביטולו רק ביטול השליחות ולא הזכיר בפירוש שהוא מוחה בו שלא יתרום לכן לא הוי ביטולו רק ביטול השליחות לבד ומ"מ נשאר עליו הכח שיש לשאר שותף ולבן בית ולעבד דעלמא שיכולים לתרום בלא רשות הבעלים משום שנקרא אצלם דבר שאינו מקפיד כנ"ל ולפי זה יש לומר שאין חילוק אם ביטל בפניו או שלא בפניו. ד) **וכל** זה הוא כשנותן רשות לשותפו או לעבדו ולשפחתו דגם בלא שום שליחות כלל אין הבעלים מקפידין עליהם כלל כמו שותפין או אינם מקפידים במקצת כמו בן ביתו ועבדו ושפחתו לכן אמרינן שפיר דאע"ג שביטל הבעל הבית את שליחותו מ"מ נשאר דבר שאינו מקפיד אבל כשעושה שליח לאינש דעלמא וביטל שליחותו אפילו שלא בפניו מ"מ אין תרומתו תרומה, כיון דסתמא קפיד עליה רק משום שליחות אתינן עליה לכן כיון שביטל המשלח את שליחותו אין תרומתו תרומה, לכן דקדק הרמב"ם וכתב שם פ"ד הל' ט' האומר לשותפו או לבן ביתו או לעבדו או לשפחתו לתרום וכו' וביטל שליחותו וכו' משום דדוקא הני אינו מועיל ביטול השליחות אבל דעלמא דקפיד עליה בודאי מועיל ביטול השליחות דידיה ואין תרומתו תרומה.

ה) **ואין** לומר דאפילו בשליח דעלמא ג"כ יהא תרומתו תרומה לדברינו דאמרינן דבדבר שאינו מקפיד תרומתו תרומה, וכאן כיון שעשאו שליח לתרום הרי לא קפיד המשלח על השליח וכיון שביטל שליחותו שלא בפני השליח לעולם מקרי דבר שאינו מקפיד

כיון שלא ביטל בפניו כמו שכתבנו לעיל בדברי הרמב"ם דמשו"ה מקרי השותף והעבד והשפחה שאין בעליהם מקפידין עליהם אע"ג שביטלו שליחותם כיון שביטלו שלא בפניהם א"כ כאן לענין שליח נמי כיון שנתן לו רשות לתרום ועשאו שליח לזה, הרי יש בכלל מאתים מנה היינו דבמה שעשאו שליח לתרום נכלל בזה סילוק קפידתו והרי אין הבעלים מקפידין עליו ונהי שחזר המשלח וביטל שליחותו מ"מ עדיין נשאר דבר שאינו מקפיד כיון שביטל שליחותו שלא בפניו כמו שכתבנו לענין השותף והעבד והשפחה שגם לאחר הביטול מקרי דבר שאינו מקפיד משום שביטל שליחותם שלא בפניהם א"כ לענין שליח דעלמא נמי נימא הכי ואמאי נקט הרמב"ם דוקא הני השותף ובן בית והעבד והשפחה ולא נקיט סתמא האומר לחברו או האומר לשלוחו.

ו) **ונראה** דדבר שאינו מקפיד שאמרנו שאין צריך שליחות הוא דוקא באחד משני האופנים א) כשאין הבעלים מקפידים על תבואתם כלל ב) אם אפי' הבעלים מקפידים על תבואתם עד כל העולם מ"מ אם אין הבעלים מקפידים לענין אחד ולא איכפת להם כלל מה שיעשה איש פלוני בתבואתם זה נמי מקרי דבר שאינו מקפיד, ובעינן שהבעלים לא יקפידו נגד התורם גם בשאר דברים כגון אם יאכל את תבואתו וכיוצא בזה אז מקרי דבר שאינו מקפיד ויש רשות לאיש פלוני לתרום תרומת חבירו שלא ברשות חבירו כיון שאין הבעלים מקפידין כלום על התורם בכל דבר שיעשה בתבואותיהם, אבל אם בכל הדברים הבעלים מקפידים על התורם שלא יעשה מאומה בתבואתם רק בענין הפרשה אינן מקפידים זהו לא מקרי עדיין דבר שאינו מקפיד רק מטעם שליחות אתינן עליה ובמקום שנתבטלה השליחות אין תרומתו תרומה, דאי לא תימא הכי נתבטלו כל דיני שליחות לענין תרומה ולא נצטרך שום שליחות בתרומה ואנן קי"ל דשליחות דעלמא מתרומה ילפינן, אלמא דבעינן שליחות בתרומה, ואמאי צריך לדיני שליחות בתרומה תיפוק ליה שיועיל מטעם דבר שאינו מקפיד, ולא נצטרך תו שליחות בתרומה, אלא ודאי כדאמרן דבעשייתו שליח לתרום בזה לבד עדיין לא נקרא דבר שאינו מקפיד רק בעינן שלא יקפיד עליהם גם לענין שאר דברים, כמו השותף ובן בית ועבדו ושפחתו או כשאמר לו כלך אצל יפות כמו שכתבנו לעיל דאמירת כלך אצל יפות הוי הוכחה שאינו מקפיד עליו מאומה כיון שנמצאו יפות מהם אבל במה שעשאו שליח לתרום תרומתו בזה לבד עדיין לא הוי דבר שאינו מקפיד, ובפרט לפי מה שכתבנו לעיל סוף אות ג' שאין חילוק כלל בין אם ביטל בפניו או שלא בפניו רק הטעם הוא משום דכיון שלא הזכיר בביטולו רק שמבטל את השליחות אבל לא הזכיר שהוא מוחה בו שלא לתרום לכן נשאר עליו הכח שיש לשותף או לבן בית ולעבד בעלמא א"כ בשליח דעלמא

שאינו שותפו ובין ביתו ועבדו כיון שביטל שליחותו אפילו שלא בפניו אין לו עוד שום כח לתרום.

ז) **ואולי** גם במנין הפרשת תרומה אם יתן לו כח יפה משאר שלוחים כגון אם יתן לו רשות לתרום כרצונו אפילו מן היפה ויותר מארבעים נמי מקרי דבר שאינו מקפיד ואינו צריך לדין שליחות, לכן בההיא דנדרים ד' ל"ו כשאמר כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום כיון שתלה את הדבר ברצון התורם לתרום כרצונו לכן הוי דבר שאינו מקפיד ואין אנו צריכין לדין שליחות אבל היכא שלא נתן לו כח יפה יותר משאר שלוחים שם בעינן לדין שליחות וליכא התם טעמא דדבר שאינו מקפיד.

ח) **ואולי** מזה הטעם קי"ל במס' גיטין ד' נ"ב יתומים שסמכו אצל בעל הבית וכו' חייב לעשר פירותיהם, ותניא אפוטרופסין תורמין ומעשרין להאכיל ולא להניח והוא לכאורא תימא איך הכהנים והלוים רשאים לאכול התרומה והמעשר והלא אין שליחות לקטן וזכיה נמי אין לקטן מדאורייתא לשיטת רוב הפוסקים עיין מפרשים שתירצו שהוא מדרבנן ויש כח בידם לתקן כן משום דהפקר ב"ד הפקר, ולפי דברינו אין אנו צריכין לזה אלא אליבא דאביי דס"ל דלענין דבר שאינו מקפיד בעינן שיחשוב בפירוש שאינו מקפיד וכיון שהם יתומים קטנים ואין דעתם ומחשבתם כלום לכן אין תורמין פירותיהם מדאורייתא לא מטעם שליחות ולא מטעם שאינו מקפיד שאינן ביתומים קטנים, אבל אליבא דאמימר ורב אשי דס"ל דאמרינן לענין דבר שאינו מקפיד איגלאי מילתא למפרע מדהשתא לא קפיד וניחא ליה מעיקרא נמי לא קפיד וניחא ליה משום דלא בעינן דעתו בפירוש שיחשוב שאינו מקפיד, א"כ איכא למימר נמי לענין יתומים אע"ג שאין להם דעת מ"מ הוי הפירות דבר שאינו מקפיד כמו שכתבנו אליבא דרבא שמועיל יאוש שלא מדעת בקטנים כמו שכתבו התוס' כיון דלכי גדלי מיאשי מהשתא נמי הוי יאוש משום דלא בעינן דעתו בפירוש אליבא דרבא כן איכא למימר לענין תרומה כיון דלכי גדלי לא יקפידו ויתרצו בהפרשת האפוטרופסין שהרי אם יקפידו לא יוכלו לאכול פירותיהם א"כ אנן סהדי דלכי גדלי היתומים לא יקפידו בדבר בענין ההפרשה לכן מהשתא הוו הפירות דבר שאינו מקפיד לכן יוכלו האפוטרופסין להפריש תרומה דהוי דבר שאינו מקפיד ואין אט צריכין בזה לדינא דהפקר ב"ד הפקר.

ט) **היוצא** מזה דאם אדם עושה שליח לשותפו או לבן ביתו או לעבדו לתרום תרומתו כיון דאם אפילו לא עשה להם שליח לתרום הא ג"כ יכולים לתרום לכן בזה שעשה להם שלוחים לתרום הרי יש להם שתי כחות א' מה שיש בכחם לתרום מפני שהם שותפו ועבדו ובן ביתו, ב' מה שעשה אותם שלוחים לתרום. לכן גם לבטל את שתי הכחות

האלה בעינן ג"כ שני דברים א' שיבטל את שליחותיהם ב' בעינן שישנה את דברי בעה"ב כגון שאמר לו לתרום מן הצפון והלך ותרם מן הדרום אז דוקא נתבטלה לגמרי שליחותו ואין תרומתו תרומה אבל בחדא מינייהו לא סגי ותרומתו תרומה.

י) **ונהי** דבשאר שלוחים דעלמא מתבטלת שליחותם לגמרי בחדא מילתא או אם ביטל המשלח שליחותו או אם שינה השליח את שליחותו ואין תרומתו תרומה, שאני התם שאין להם להשלוחים רק כח אחד היינו כח השליחות לבד לכן אם ביטל המשלח שליחותו או ששינה השליח שליחותו נתבטלה השליחות. אבל כאן כיון שיש לו שתי כחות וארכביה אתרי ריכשי, לא מיבעיא דבבטול שליחותיה לחוד לא סגי דכיון שלא מיחה בו בפירוש שלא יתרום יש לנו לומר שלא ביטל רק שליחותיה לבד ועדיין נשאר עליו הכח שיש לשאר שותף או בן בית או עבד דעלמא ובפרט כיון שביטל שליחותו שלא בפניו כמו שכתבנו לעיל בודאי יש לט לומר שעדיין נשאר עליו הכח של עבד או שותף או בן בית.

יא) **אלא** אפילו בשינוי השליחות לבד ג"כ אינו מועיל לבטל מעשיהם, דנהי דבשאר שלוחים דעלמא אם שינה שליחותו נתבטלה השליחות. מ"מ לגבי שותפו ועבדו ובן ביתו דלא קפיד עליהם כ"כ לא נתבטלה שליחותם בשינוי לחוד לכן בעינן תרתי ביטול השליחות ושינוי שישנה שליחותו ומשום זה כתב הרמב"ם האומר לשותפו או לבן ביתו או לעבדו ושפחתו לתרום והלכו לתרום וביטל שליחותו קודם שיתרומו אם לא שינה השליח תרומתו תרומה ואם שינה כגון שאמר לו תרום מן הצפון ותרם מן הדרום הואיל וביטל שליחותו מקודם אינה תרומה עכ"ל הרמב"ם פ"ד מה' תרומות הל' ט' וכמו שהבאנו דבריו לעיל אות א' והוא משום דכיון שיש לו להשותף ולבן ביתו ועבדו שתי כחות לכן בעינן שיבטל אותם בשני דברים כנ"ל.

יב) **ומקורו** של הרמב"ם הוא מדברי הירושלמי פ"ג דתרומות שהביאנו לעיל אות ב' דהך מתניתין דקתני אם הרשה את בן ביתו או את עבדו ושפחתו לתרום אם עד שלא תרם ביטל אין תרומתו תרומה ואם משתרם ביטל תרומתו תרומה מוקים לה בירושלמי דאיירי כגון שאמר לו לך וקבע בצפון וקבע בדרום. אלמא דס"ל להירושלמי דבשותף ועבד ובן בית לא נתבטלה שליחותם בחדא מילתא רק תרתי מילי בעינן חדא בביטול השליחות והשנית בעינן שישנה השליח את שליחותו שאמר לו לתרום מן הצפון ותרם מן הדרום אבל בחדא מילתא לא נתבטלה השליחות בבן ביתו ועבדו ושותפו.

יג) **אע"ג** דקושיית הירושלמי והאוקימתא הנ"ל אליבא דר"ל הם, אבל לר' יוחנן משמע שאין אנו צריכים לתרץ ולומר כגון ששינה השליח את שליחותו וכמו שכתבנו לעיל אות

ב' דהמפרשים הקשו כן על הרמב"ם. מ"מ יש לומר דס"ל שגם ר' יוחנן לא פליג בזה על ר"ל שהרי לא שממנו שר' יוחנן ור"ל יחלוקו בדבר זה. רק בזה נחלקו ר"י ור"ל כשאדם עושה שליח ואח"כ ביטל שליחותו דר"י ס"ל דיכול לבטל דאתי דבור ומבטל דבור ור"ל ס"ל שאינו יכול לבטל דלא אתי דבור ומבטל דבור כדאיתא בקידושין דף נ"ט אבל אם השליח שינה שליחותו בזה לא שמענו שיחלוקו ר"י ור"ל דבזה מודים כו"ע שאם השליח שינה מדעת המשלח נתבטלה השליחות כדאיתא במס' מעילה ד' כ' וכ"א ובמס' גיטין ד' ס"ה ובכמה דוכתי ובכל זאת אמרינן כאן לר"ל לענין בן ביתו ועבדו ושותפו דאפילו אם שינו שליחותם ג"כ הוי תרומתם תרומה אם המשלח לא ביטל שליחותם, א"כ ע"כ צריך לומר דבן ביתו ועבדו ושותפו עדיפי משאר שלוחים לר"ל לכן אם אפילו שינו שליחותם ג"כ הוי תרומתם תרומה בשותף ועבד ובן בית משא"כ בשאר שלוחים דעלמא נתבטלה שליחותם אם שינו מדעת המשלח וכיון דחזינן לר"ל דשותף ובן בית ועבד עדיפי משאר שלוחים דעלמא בודאי מסתברא לומר שגם ר"י ס"ל כן כיון דלא חזינן שום פלוגתא בזה בין ר"י לר"ל אם בן ביתו ועבדו עדיפי משאר שלוחים דעלמא או לא לענין אם שינו מדעת הבעה"ב, א"כ כמו דלר"ל הוי תרומה אפילו אם שינו מדעת בעה"ב משום דבן בית ועבד עדיפי משאר שלוחים דעלמא א"כ גם לר"י הוי תרומה מהאי טעמא משום דעבד ובן בית עדיפי משאר שלוחים דעלמא שהרי בזה לא פליגי ר"י ור"ל

יד) וס"ל להרמב"ם דכמו שמודה ר"י לר"ל דשינוי השליחות לבד אינו מועיל לבטל מעשיהם של העבד ובין בית ושותף משום דשותפו ועבדו ובן ביתו עדיפי משאר שלוחים דעלמא, כן ביטול השליחות לבד ג"כ אינו מועיל בבן ביתו ועבדו ושותפו, שהרי אם מיחה בפירוש בבן ביתו ועבדו ושותפו שלא יתרומו מודה גם ר"ל שאין תרומתן תרומה דנהי דס"ל לר"ל דלא אתי דבור ומבטל דבור היינו דוקא אם המשלח מינה בפירוש את השליח אז אמרינן לא אתי דבור ומבטל דבור אבל בבן ביתו ועבדו ושותפו כיון שלא עשה אותם בפירוש לשלוחים לתרום בודאי יכול למחות בידם שלא יתרמו אפילו לר"ל. א"כ כשעשה שליח לבן ביתו ועבדו ושותפו שילכו ויתרמו תרומתו ואח"כ ביטל המשלח את שליחותם בפניהם או שלא בפניהם דס"ל לר"ל דתרומתן תרומה צריך לומר ע"כ דס"ל לר"ל שאין מחאה בכלל הביטול כי רק ביטול השליחות יש בביטולו ומאי דעביד שקלה אבל אין בכלל הביטול לומר שהוא מוחה בו שלא יתרום כלל אפילו כשאר שותף ובן ביתו נמי, וכיון שאין מחאה בכלל הביטול לכן נשאר כשאר שותף ובן בית ועבד דעלמא שיכולים לתרום, וכיון דס"ל לר"ל דאין מחאה בכלל הביטול ולא מצינו לר"י שיחלוק על ר"ל בזה לכן פסק הרמב"ם כהירושלמי הזה דבביטול לחוד או בשינוי לחוד

עדיין תרומתו תרומה בבן ביתו או עבדו או שותפו רק אם היו שניהם ביחד ביטולו של המשלח והשינוי של השליח אז דוקא אין תרומתו תרומה.

פרק ז

א) **כל** מה שאמרנו עד עכשיו אליבא דאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דס"ל דלענין יאוש בעינן שיחשוב בפירוש מחשבת היאוש וכיון שלא ידע דנפל מיניה אינו חושב בפירוש מחשבת היאוש, ואין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב, לכן נהי כי אלו היה יודע שנפל מיניה היה חושב בפירוש מחשבת היאוש אך כיון שאינו יודע דנפל מיניה ואינו חושב מחשבת היאוש לכן לא הוי יאוש אליביה דאביי, כל זה לא שייך רק ליתן טעם שלא יהא יאוש תיכף שבא החפץ ליד המוצא טרם שנתיאשו הבעלים בפירוש, אבל עדיין צריך טעם אמאי לא יועיל היאוש אליבא דאביי אח"כ דהיינו אחרי ששמעו הבעלים וידעו שנאבד החפץ מידם ונתיאשו הבעלים בפירוש אמאי ס"ל לאביי שגם היאוש של אח"כ אינו מועיל, והלא כיון שנתיאשו הבעלים יש לנו לומר שיועיל היאוש שלהם אע"ג שבא ליד המוצא קודם יאוש, וכן הוא בב"ק דף ס"ו מוצא אבדה לאו כיון דמיאש מריה מיניה מקמי דתיתי לידיה קני ליה עכ"ל אלמא דדוקא כשנתיאשו הבעלים קודם שבא ליד המוצא קני אבל היאוש של אח"כ אינו מועיל כלום וכן כתבו כל המפרשים עיין בדבריהם והדבר צריך ביאור כמו שכתבנו אמאי לא יועיל היאוש של אח"כ.

ב) **והנה** בגמ' דב"מ שם דף כ"ב איתא לענין פלוגתא דאביי ורבא ח"ל בדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש ואע"ג דשמעיניה דמיאש לסוף לא הוי יאוש דכי אתא לידיה באיסורא אתא לידיה עכ"ל א"כ אותו הטעם דאמרינן אליבא דכולי עלמא דמשו"ה אינו מועיל היאוש בדבר שיש בו סימן מה שנתיאשו הבעלים אחר שבא ליד המוצא משום דמעיקרא באיסורא אתא לידיה זה הטעם שייך אליבא דאביי אפילו בדבר שאין בו סימן דכיון דס"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש א"כ לדידיה הוי דבר שאין בו סימן באיסורא אתא לידיה כמו אליבא דרבא בדבר שיש בו סימן, וכן פירשו המפרשים דבין בדבר שיש בו סימן ובין בדבר שאין בו סימן כיון שבא ליד המוצא קודם יאוש מחויב להחזיר אע"ג שנתיאשו הבעלים אח"כ משום דמעיקרא באיסורא אתא לידיה.

ג) **אך** נחלקו המפרשים בפירושא דהאי מילתא דבאיסורא אתא לידיה דבודאי הדבר צריך ביאור וכי איזה איסור עשה בזה במה שהגביה את האבידה, והלא מוזהר ועומד הוא מן התורה בלאו דלא תוכל להתעלם ובמצות השב תשיבם לאחיך ואיך אפשר לומר שהגבהת המציאה יהא קרוי דבר איסור עד שנאמר באיסורא אתא לידיה, לכן פירשו

התוס' בב"ק דף ס"ו ד"ה הכא נמי וכו' דמשו"ה לא מהני היאוש אחר שבא ליד המוצא משום שכבר נתחייב בהשבה ע"ש בתוס'. ונראה לי להסביר את דברי התוס' הנ"ל דהנה כשהאדם גוזל משל חבירו או כשאדם מוצא מציאה קודם יאוש בעלים יש כאן שני דברים, האחד מה שקנינם של הבעלים אגוד וקשור בהחפץ שלהם שהרי אפילו אחר שגזל ראובן את חפצו של שמעון או אחר שמצא ראובן חפצו של שמעון עדיין החפץ של שמעון הוא ולא יצא החפץ מרשות שמעון כיון שלא נתייאשו הבעלים ממנו הרי החפץ הוא שלהם כמו שהיה מקודם הא חדא, והשני שהגזלן או המוצא את האבידה רמיא עליהם מצות השבה כדכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל ובאבידה נאמר השב תשיבם לאחיך, והנה הקנין שיש להבעלים בהחפץ שלהם לא שייך רק כל זמן שהחפץ הוא בעין והוא קודם יאוש אז שייך לומר שהקנין של הבעלים הוא קשור ואגוד בהחפץ שלהם אבל אם אין החפץ בעין רק שנשרף או שהבעלים נתייאשו ממנו לא שייך עוד לומר שהקנין של הבעלים קשור ואגוד בהחפץ שלהם כיון שהחפץ נשרף תו אין שום קשר ואגודה ביניהם לבין החפץ שלהם או כשנתייאשו הבעלים ג"כ היאוש מנתק וכורת את הקשר והאגודה שהיה בין הבעלים להחפץ שלהם ותו אין החפץ אגוד וקשור בבעליו כיון שנתייאשו הבעלים מהם, אך מצות השבה שהיה מוטל על הגזלן ועל המוצא את המציאה זה נשאר לעולם אקרקפתא דגברי ואפילו אם החפץ נשרף ונאבד מ"מ מחויב במצות השבה לשלם דמים וכן אפילו לאחר יאוש ג"כ אין היאוש מועיל רק לנתק את הקנין שהיה לשמעון בחפציו אבל אין היאוש מועיל לפטור את ראובן מלקיים מצות השבה שהרי מצות השבה היא ככל המצוות כסוכה ולולב ותפלין וכיוצא בהם ולא שמענו מעולם שיהא כח ביד היאוש לפטור את האדם מאיזה מצוה מן המצוות דבודאי אין בכח היאוש לפטור את האדם מן המצוה רק לנתק קנין שיש לו לאדם בחפציו זהו כח היאוש ולא לפטור ממצוה לכן כיון שבא החפץ ליד המוצא קודם שידעו הבעלים שנאבד החפץ מהם וכבר נתחייב בהשבה אליבא דאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, לכן אע"ג שאחר כך נתודע להבעלים שנאבד החפץ מהם ונתייאשו הבעלים מ"מ אין בכחו של היאוש לפטור את המוצא ממצות השבה כמו שכתבנו שאין בכח היאוש לפטור שום אדם מאיזה מצוה מן המצות רק לנתק את קנין האדם מחפציו זה לבד יש בכח היאוש ולא יותר.

ד) **ולכן** חידשו שם התוס' בב"ק דף ס"ו חידוש גדול דאפילו לאביי דס"ל דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, מ"מ אם אח"כ נתודע להבעלים שאבדו ונתייאשו ביאוש גמור נהי שאין היאוש מועיל לענין זה שלא יצטרך להשיב כלל ויפטר לגמרי הואיל וכבר נתחייב

בהשבה מ"מ מועיל היאוש לענין זה שלא יתחייב לשלם כי אם דמים ואינו מחויב להחזיר גוף החפץ הואיל שנתייאשו הבעלים מהם אחר שבא החפץ ליד המוצא אותו ה) **והנה** נחלקו הפוסקים לענין יאוש בחוב אי מועיל או עיין בשו"ע סימן צ"ח סעיף א' שכתב המחבר בפשיטות וז"ל ואפילו שמענו שנתייאש מהחוב לגמרי ואמר וויי לחסרון כיס אינו יאוש עכ"ל והרמ"א סימן רס"ב סעיף ה' כתב דלא הוה יאוש בחוב משום דלא גמר ומייאש ומשמע אבל אי מייאש באמת הוי יאוש ועיין בסימן קס"ג ברמ"א ובט"ז ובקצוה"ח שהאריכו בזה ועיין תומים סימן ס"ה ס"ק י"ג ובשאר מפרשים בזה, ונראה דלפי דברי התוס' האלה בב"ק דף ס"ו שהבאנו לעיל אין שום ספק שאין יאוש מועיל בחוב ואפילו ידענו שנתייאש בודאי דכיון שלפי דבריהם אין היאוש מועיל רק לנתק את קנין חפץ האדם ממנו ולא יותר ואין היאוש מועיל לפטור את האדם מלקיים את המצוה שהיה מחויב מקודם היאוש א"כ לענין פריעת החוב נמי כיון דקי"ל פריעת ב"ח מצוה וכופין על זה ומכין אותו עד שתצא נפשו כמו באומרים לו עשה סוכה ואינו עושה עשה לולב ואינו עושה שמכין אותו עד שתצא נפשו כדאיתא בכתובות דף פ"ו א"כ בודאי אין היאוש מועיל לפוטרו ממצות פריעת החוב כמו שאין היאוש מועיל לפוטרו ממצות השבה דמ"ש האי מצוה מהאי מצוה אך לשיטת החולקים על התוס' יתבאר בל"נ בס"ד.

פרק ח

א) **והנה** הרמב"ם פ"ה מהל' גנבה הלכה ג' כתב וז"ל נתייאשו הבעלים מן הגנבה בין שנתייאשו ואח"כ מכר הגנב בין שנתייאשו אחר שמכר קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות עכ"ל וכן פסק מרן בשו"ע סימן שנ"ג סעיף ב' והש"ך שם ס"ק ד' תמה על זה דהלא קי"ל כאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דבאיסורא אתא לידיה דכיון שבא ליד המוצא קודם יאוש לא קנה ואע"ג שנתייאשו הבעלים אח"כ מ"מ לא הוי יאוש משום דמעיקרא באיסורא אתא לידיה א"כ כאן נמי כיון שבא ליד הלוקח קודם יאוש אמאי קנה הלוקח והלא בא לידו באיסורא, ועוד הקשה הש"ך שם מפ' אלו מציאות דף כ' דלאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מקשה הגמ' שם מהא דתניא הגנב והגזלן שנטל מזה ונתן לזה מה שנטל נטל ומה שנתן נתן בשלמא גזלן דקא חזי ליה ומייאש אלא גנב מי קא חזי ליה דמייאש עכ"ל הרי חזינן דבגנב כיון דלא קא חזי ליה דמיאש ובא ליד הלוקח או ליד המקבל מתנה קודם שידעו הבעלים ונתייאשו לכן לא הוי יאוש, אלמא דהיכא שבא ליד הלוקח קודם יאוש מקרי באיסורא אתא לידיה ולא מהני היאוש של אחר כך כמו באבדה היכא שבא לידו באיסורא קודם יאוש, א"כ אמאי פסק הרמב"ם דשינוי רשות ואח"כ יאוש קנה אע"ג שבא לידו באיסורא, ע"ש בש"ך,

והנה הקושיא הזאת של הש"ך יש להקשות גם על דברי הגמ' דב"ק דף קט"ו דרב זביד מוקי לה לפלוגתא דרב ור' יוחנן שנחלקו בגנב ומכר ואח"כ הוכר הגנב דרב משמיה דר' חייא אמר הדין עם הראשון ור' יוחנן משמיה דר' ינאי אמר הדין עם השני ומוקי לה רב זביד דאיירי כגון שנתייאשו הבעלים ביד הלוקח ולא נתייאשו ביד הגנב דר"י ס"ל דדוקא בעינן שיהא היאוש קודם השינוי רשות וכאן כיון שקדם השינוי רשות ליאוש לכן לא קנה, ורב ס"ל לא שנא קדם השינוי רשות ליאוש לא שנא קדם היאוש לשינוי רשות קנה א"כ יש להקשות קושיית הש"ך אליבא דרב דס"ל דאפילו קדם השינוי רשות ליאוש נמי קנה והלא בא ליד הלוקח באיסורא וקי"ל דהיכא דבא ליד המוצא באיסורא לא קנה דהלכתא כאביי וא"כ היכא דבא ליד הלוקח באיסורא נמי לא קנה ודוחק גדול לומר שיפלוג רב עליה דאביי ויסבור דיאוש שלא מדעת הוי יאוש. ב) **ונראה** לתרץ ולהשוות דעת רב אל סברת אביי ולא נצטרך לומר שיחלקו אהדדי, דהנה הרמ"א סימן ל"ד סעיף ז' פסק בשם הריב"ש דהחולק עם גנב אינו נפסל לעדות ועיין קצוה"ח שם ס"ק ג' שהביא לשון הריב"ש דמוכח מדבריו דאיירי אפילו קודם יאוש והתומים תמה על זה כיון דאיירי לפני יאוש אמאי לא יפסל לעדות והא הוי השני כמו שנטל מרשות הגזלן דקי"ל גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה עיין שם בקצוה"ח שחידש דבדבר שאינו ברשותו אינו עובר בלא תגזול לכן כיון שהראשון גנב מרשות הבעלים ומעתה אין החפץ ברשותם להקדיש ולהפקיר אין הגנב עובר בלא תגזול דעל דבר שאינו ברשותו אין עוברים בלא תגזול, ובמקום אחר הארכנו בזה והוכחנו דגם אבידה מקרי דבר שאינו ברשותו וכיון שאבד אדם את האבידה אין ברשותו להקדישה ולהפקירה כל זמן שהיא מונחת על גבי קרקע ואבודה ממנו, ובכל זאת אמרינן בב"מ דף כ"ו אמר רבא ראה סלע שנפלה נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עובר בכולן משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להתעלם*) וכו' עכ"ל הגמ' אלמא שגם הגוזל דבר שאינו ברשותן של הבעלים מקרי ג"כ גזלן ועובר בלא תגזול, א"כ תמוה אמאי פסקו הרמ"א והריב"ש שהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות, וכן יש לתמוה על מה שפסק מרן המחבר באו"ח סימן תרמ"ט סעיף א' וז"ל:

ויש מי שאומר שלא נפסל גזול וגנוב אלא לגנב וגזלן עצמו אבל לאחרים כשר בשאר הימים חוץ מיום ראשון עכ"ל והתם איירי פני יאוש כמו שכתב המ"א שם ס"ק ג' וז"ל וצריך לומר דמיירי לפני יאוש דלאחר יאוש הא קנייה ביאוש ושינוי רשות ושלכם קרינא ביה עכ"ל פירוש ואמאי יפסל ביום הראשון אלא ע"כ איירי קודם יאוש לכן ביום הראשון הוא פסול אפילו לאחרים משום דבעינן לכם רק בשאר הימים דלא בעינן לכם ואין פסולו

רק משום מצוה הבאה בעבירה לכן לגנב וגזלן עצמם שהם גזלו להם הוי מצוה הבאה בעבירה אבל אחרים שלא גזלו מאומה להם לא הוי מצוה הבאה בעבירה הרי אנו רואין ג"כ דאפילו לפני יאוש ג"כ אין השני עובר בלא תגזול לכן לא הוי מצוה הבאה בעבירה ובודאי הדבר צריך ביאור כמו שהקשה התומים כיון דקי"ל כרב חסדא גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה הרי אנו רואין שהגזלן השני הוי כגוזל מבית הבעלים א"כ אמאי לא יעבור השני בלא תגזול כמו הראשון וכמו באבדה שהנוטלו לפני יאוש עובר בלא תגזול אע"ג דהוי נמי אינו ברשותו.

ג) **ונראה** דס"ל שיש חילוק בין אבדה לגזלה, דבגזלה כיון שהגזלן הראשון מחויב לשלם דמי הגזלה לבעלים נמצא שהלוקח מן הגזלן לא גזל מן הבעלים רק גוף החפץ ולא השיווי דידיה ואנו לא מצינו שהגזלן יעבור על לא תגזול רק כשנוטל מרשות הבעלים ממון שוה פרוטה, וכאן כיון שהגזלן הראשון מחויב לשלם השיווי של החפץ לבעלים לכן אין הלוקח עובר בלא תגזול לכן פסקו הרמ"א והריב"ש שהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות משום שהגזלן משלם דמיה לבעלים ולכן פסק המחבר באו"ח סימן תרמ"ט דדוקא לגנב ולגזלן בעצמם הוי מצוה הבאה בעבירה ולא לאחרים, מה שאין כן באבידה כשנטלה מן הארץ על מנת לגוזלה שפיר עובר בלא תגזול שהרי אין שים אדם מחויב לשלם השיווי דידיה נמצא שגזל מרשות הבעלים ממון גמור החפץ ושיוויו וכיון שגזל שוה פרוטה לכן עובר בלא הגזול, אבל אם חרש שוטה וקטן גזלו שאין עליהם שום חיוב תשלומי ממון ובא פקח וקנה מהם בודאי הלוקח עובר בלא תגזול כיון שאין הגזלן הראשון מחויב לשלם דמיה שהרי חשו"ק לאו בני חיובא נינהו נמצא שהלוקח מהם גזל מרשות הבעלים חפץ השוה ממון לכן עובר השני בלא תגזול, אע"ג דהוי דבר שאינו ברשותו כמו אבדה המונחת על גבי קרקע מ"מ עובר בלא תגזול דלא כהקצוה"ח דלפי דבריו אינו עובר בלא תגזול כיון דהוי דבר שאינו ברשותו.

ד) **א"כ** ניחא בזה ליישב הקושיא הנ"ל על הגמ' דב"ק ד' קט"ו דמשמע התם דשינוי רשות ואמר כך יאוש קני בגזלה אע"ג שבא ליד הלוקח קודם יאוש ולענין אבדה קי"ל כאביי דהיכא שבא ליד המוצא לפני יאוש לא קנה משום דבאיסורא אתא לידיה, ובדברינו ניחא דהרי אט רואין דבגזלה אין השני עובר בלא תגזול משום שהגזלן הראשון מחויב לשלם דמיה לבכלים כמו שפסקו מרן הרמ"א והריב"ש ומרן המחבר באו"ת סימן תרמ"ט ולענין אבידה עובר הנוטלו לפני יאוש על מנת לגוזלו יען כי אין שום אדם מחויב לשלם דמיה לכן הנוטלו לפני יאוש עובר בלא תגזול כי גזל חפץ ושיוויו והוא ממון גמור וכשם שיש חלוק בין גזלה לאבידה לענין איסור לא תגזול כך יש חלוק ביניהם לענין מצות השבה

דבלוקח מגזלן לפני יאוש כשם שאין הלוקח עובר בלא תגזול משום דלא גזל את השיווי כך אין הלוקח מחויב במצות השבה שהרי נאמר לא תגזול והשיב את הגזלה ומי שלא גזל כלום מה ישיב והשבה מנין לכן אינו מחויב בהשבה, אבל הנוטל את האבדה לפני יאוש מעל גבי קרקע כשם שהנוטלה עובר בלא תגזול כך מחויב במצות השבה דכיון שגזל יש לו מה להשיב ולעיל כתבנו בשם התוס' דפירושה של באיסורא אתא לידיה הוא מפני שכבר נתחייב בהשבה, וכמו שכתבנו לעיל שאין בכחו של היאוש רק לנתק את קנין האדם מחפציו ואין בכחו של היאוש לפטור את האדם ממצות השבה לכן כשבא החפץ ליד המוצא קודם יאוש נתחייב תיכף במצות השבה, לכן אחר שנתיאשו הבעלים אין היאוש מועיל לפוטרו ממצות השבה, א"כ ניחא בזה הקושיא הנ"ל שהקשינו מ"ש בין גזילה לאבדה דבאבדה ס"ל לאביי דהיכא שבא ליד המוצא קודם יאוש לא קנה משום דבאיסורא אתא לידיה ובגזלה ס"ל לרב דאפילו אתא ליד הלוקח מגזלן קודם יאוש נמי קנה ואין סברא לומר דפליגי אהדדי, ובזה ניחא דדוקא אבידה אשר אין אדם אחר מחויב לשלם שויה לכן המוצאה ונוטלה נטל חפץ שיש בה שיווי של ממון ומחויב במצות השבה משום ממון שבה, לכן שפיר אמרינן דאפילו נתייאשו הבעלים אח"כ מקרי באיסורא אתא לידיה שכבר נתחייב במצות השבה ואין בכחו של היאוש לפטור את אדם ממצוה, משא"כ בלוקח מגזלן קודם יאוש בעלים כיון שהגזלן נתחייב לשלם דמיה והלוקח ממנו לא נטל רק חפץ שאין בה שיווי ולא עבר בלא תגזול וגם אינו מחויב במצות השבה לכן שפיר מועיל היאוש שנתיאשו הבעלים אחרי כן דלא שייך כאן לומר באיסורא אתא לידיה אליבא דאביי דכיון שאין כאן מצות השבה כלל ולא שייך כאן לומר שכבר נתחייב בהשבה לכן מועיל היאוש שפיר לאביי.

ה) והש"ך בסימן שנ"ג הקשה מגמ' דב"מ דאמרינן שם פ"ש הגנב שנטל מזה ונתן לזה וכן גזלן שנטל מזה ונתן לזה וכן ירדן וכו' מה שנטל נטל בשלמא גזלן וירדן דקא חזי להו ומיאש אלא גנב מי קא חזי ליה דמיאש עכ"ל אלמא שהגמ' מדמה יאוש שלא מדעת דגניבה ליאוש שלא מדעת דאבידה ולאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש באבדה בגניבה נמי לא הוי יאוש והוא לכאורא קושיא על דברינו שחלקנו בין יאוש שלא מדעת דגניבה ליאוש שלא מדעת דאבדה.

ונראה דגם זה לאו קושיא היא כלל, דהגמ' לא מקשה ממה שיועיל אחר שנתודע להבעלים ונתייאשו אלא הגמ' מקשה ממה שיועיל מתחלה קודם שנתודע להם להבעלים וקודם שנתיאשו, דהרי מה שאנו מחלקין בין יאוש שלא מדעת דגזלה לבין יאוש שלא מדעת דאבדה אין אנו מחלקין רק לענין זה דבאבדה כיון שכבר נתחייב

בהשבה לכן אינו מועיל היאוש לפוטרו משום דאתא לידיה באיסורא ולענין גזלה כיון שלא

*) וגם משם משמע דאבידה מקרי דבר שאינו ברשותו דאם לא כן אמאי לא קאמר שם נטלה לפני יאוש עובר בלא תגנוב ומחויב לשלם כפל אלא ודאי דאבידה מקרי דבר שאינו ברשותו לכן ליכא כפל כדאיתא בב"ק ד' ס"ט ר' יוחנן סתמא אחריני אשכח ובתוס' שם ד' ע' ד"ה לא כתבינן ע"ש דתליא כפל בדבר שאינו ברשותו. נתחייב בהשבה לכן אפילו בא לידו קודם יאוש מ"מ מועיל היאוש כיון שלא נתחייב בהשבה, וכל זה דוקא לאחר יאוש הוא דקני ולא מיגרע כחו במה שבא לידו קודם יאוש אבל אם באמת לא נתייאשו הבעלים בזה אין שום חילוק בין גזלה לאבדה דכיון שהחפץ הוא בעין ביד הלוקח מגזלן בודאי הוא מחויב להחזיר כיון שהוא עדיין קודם יאוש לכן מקשה הגמ' שפיר אמאי אמרינן דגנב וגזלן שנטל מזה ונתן לזה מה שנטל נטל ומה שנתן נתן ואמאי בשלמא גזלן קא חזי ליה ומיאש אלא גנב הא לא חזי ליה וא"כ עדיין הוא קודם יאוש ואמאי מה שנטל נטל ומה שנתן נתן תיכף ומיד קודם יאוש כיון דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש שלמא לרבא ניחא כיון דס"ל דלכי ידע דנפל מיניה מיאש מהשתא נמי הוי יאוש א"כ ניחא דכאן הוי יאוש תיכף אבל לאביי דס"ל דלא אמרינן דלכי ידע מיאש מהשתא נמי הוי יאוש א"ק תיכף כשנטלו עדיין לא נתייאשו הבעלים ובלא יאוש כלל לא קנה.

ו) **ולפי** דברינו יש לכאורא להקשות אמאי ס"ל לרב חסדא בב"ק בריש הגוזל ומאכיל ובד' קט"ו גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ולפי דברינו דאמרינן כיון שיש גזלן ראשון שמחויב לשלם לבעלים מקרי הלוקח ממנו כמו שגזל חפץ בלא שיווי וא"כ תימה אמאי אמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה כיון שהלוקח אין לו רק חפץ בלא שיווי ואמאי ישלם שיווי של החפץ לבעלים הראשונים שלא לקח מהם שום דמים וממון, ונראה לומר דכיון שאכל השני קודם יאוש ונהנה מחפציו של ראובן לכן מחויב לשלם שהרי אכל ונהנה והוי כאלו עדיין החפץ בעין ביד הלוקח קודם יאוש דבודאי מחויב הלוקח להחזיר לבעלים לכולי עלמא כיון שיש ביד שמעון חפץ של ראובן שודאי אין לו רשות לשום אדם לעכב את חפצי חברו בידו כן הדבר הזה אע"ג שאכלו הלוקח ואין החפץ בעין בידו מ"מ כיון שאכלו קודם יאוש ונהנה ממנו הוי כאלו עדיין החפץ בעין בידו לכן מחויב השני לשלם לבעלים אבל אם לא אכלו השני רק שרפו היה פטור מלשלם לבעלים שהרי שרף חפץ שלהם שאינו שוה כלום וכל המזיקים אינם משלמין יותר מכמו ששוה בשעת הנזק אבל אם נהנה משל חבירו צריך

לשלם כפי הנאתו אף שלא חסרו כלום ובשמעתא דזה נהנה וזה לא חסר הארכנו בזה וכמו שכתבו התוס' בב"ק ד' כ' ד"ה הא איתהנית דכיון שנהנה על ידי החסרון שהיה מתחלה חייב לשלם לו אע"ג דלא חסריה מידי עכשיו.

ז) **וכל** זה הוא למאן דאמר שינוי רשות ואח"כ יאוש נמי מהני אבל אליבא דר' יוחנן דס"ל דלענין יאוש ושינוי רשות בעינן דוקא שיהא היאוש קודם להשינר רשות אבל אם קדם השינוי רשות ליאוש לא קנה משום דבאיסורא אתא לידיה הוא לא ס"ל כמו שכתבנו רק ס"ל דאע"ג שהגזלן הראשון מחויב בהשבה מ"מ כיון שהוא קודם יאוש ועדיין לא שילם הגזלן הראשון לבעלים לכן מחויב הלוקח בהשבה ומקרי ג"כ באיסורא אתא לידיה ומחויב לשלם לבעלים ואולי ס"ל לדידיה שהלוקח עובר בלא תגזול ג"כ דלא כשיטת הרמ"א והריב"ש והאו"ח הנ"ל דכיון דס"ל לר"י שהלוקח מקרי שגזל מהבעלים חפץ שיש בה ממון א"כ אמאי לא יעבור הלוקח בלא תגזול, ויוכל היות דכולי למא מודים לדברי הרמ"א והריב"ש הנ"ל שהחולק עם הגנב לא נפסל לעדי אע"ג דס"ל לר"י שגם הלוקח מהגזלן חייב בהשבה לכן לא מהני היאוש של אח"כ מ"מ מודה שאין הלוקח עובר בלא תגזול אע"ג שלקח מהגזלן קודם יאוש מ"מ כיון שהגזלן מדעתו מכר לו והגזלן מחויב לשלם דמיה לבעלים לכן אין הלוקח עובר בלא תגזול שהרי לא גזל שום ממון לא מהבעלים ולא מהגזלן כיון שהגזלן מדעתו נתן לו להלוקח והגזלן מחויב לשלם דמיה לבעלים נמצא שהלוקח לקח מבעלים חפץ בלא שיווי א"כ אמאי יעבור הלוקח בלא תגזול וכמו שכתבנו לעיל אליבא דרב, ונהי שאם אח"כ לא שילם הגזלן לבעלים יכלו הבעלים לחזור ולגבות ממונם מיד הלוקח אפילו אחר יאוש כיון שבא ליד הלוקח לפני יאוש כי כן ס"ל לר"י דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קנה, מ"מ בשעת לקיחתם מהגזלן לא עבר הלוקח בלא תגזול כיון שהחיוב תשלומין על הגזלן רמיא והחיוב ממון בא על הלוקח מכאן ולהבא היינו אחר שלא שילם הגזלן לבעלים ולפי זה אתיא דברי הרמ"א והריב"ש אליבא דכולי עלמא, וכן מסתברא שלא נצטרך לומר דדברי הרמ"א והריב"ש הם דוקא אליבא דרב ולא אליבא דר' יוחנן, וגם יוכל היות דר' יוחנן ס"ל דדוקא מדרבנן מחויב הוקח בהשבה כשבא לידו קודם יאוש אבל מדאורייתא מודה ר"י לסברת רב שאין הלוקח עובר בלא תגזול כמו"ש הרמ"א וכן אין הלוקח מחויב בהשבה מדאורייתא אפילו בא לידו קודם יאוש לכן ס"ל ג"כ כדעת הריב"ש והרמ"א והאו"ח סימן תרמ"ט דהחולק עם הגנב אינו פסול לעדות כנ"ל.

ח) **ולכאורא** היה נראה לתרץ הקושיא הנ"ל שהקשינו מהא דרב חסדא דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים בא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה והקשינו לעיל על דברינו

שאמרנו דכיון שהגזלן הראשון מחויב לשלם דמיה לבעלים לכן מקרי הלוקח ממנו שגזל מהבעלים גוף החפץ בלא שיוויו א"כ אמאי יכלו הבעלים לגבות מהשני שבא ואכל, לכאורא יש לתרץ על זה דאיירי שהשני בא ואכלו שלא ברשות הגזלן נמצא שגזל גוף החפץ ושיוויו לכן יכולים הבעלים לגבות מהשני אבל אם בא השני וקנה מהגזלן ולא גזל רק חפץ בלא שיוויו לכן אין הבעלים יכולין לגבות מהשני, אך המעיין בגמ' ב"ק ד' ק"ט יראה שאין שום חילוק במילתא דרב חסדא בין שלקח השני מהגזלן בין שגזל השני מהגזלן בשניהם אמר רב חסדא, רצה מזה גובה רצה מזה גובה, לכן אנו צריכין לתרץ אכלו שאני, כמו שכתבנו לעיל דהוי כאלו החפץ הוא בעין ביד השני עיין חו"מ סימן שס"א סע' ה' שיש חילוק בין שלקח הלוקח מרצון הגזלן או שלא ברצונו ע"ש.

פרק ט

א) **ולפי** מה שכתבו נראה לחדש דבר מעתה אע"ג דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מ"מ אם ראובן גזל חפץ משמעון ונאבד מיד הגזלן ואח"כ נתייאש ראובן הגזלן ומצאה לוי אחר יאושו של הגזלן וקודם יאושו של הבעלים מ"מ קנה לו המציאה אם נתייאשו הבעלים אח"כ אע"ג שבא לידו קודם יאוש בעלים וקי"ל כאביי מ"מ כיון שהגזלן מחויב לשלם דמי הגזלה לבעלים והגזלן כבר נתיאש קודם שבא ליד לוי לכן נמצא שהמוצאה לא נתחייב במצות השבה שהרי מצא חפץ שאין בו שיווי של ממון רק חפץ לבד וגרע מחפץ שאין בה שוה פרוטה שאינו מחויב במצוות השבה, אך אם הבעלים לא נתיאשו כלל מחויב להחזיר להם את חפצם נהי דלא שוה כלום מ"מ כיון שהבעלים לא נתיאשו כלל והרי זכותם אגוד וקשור בחפץ שלהם א"כ במאי יצא החפץ מרשותם, דדוקא לענין מצות השבה דמי האי חפץ לחפץ שאין בו שוה פרוטה, אבל לענין לקנות גוף החפץ לא דמי לחפץ שאין בו שוה פרוטה שהרי קרינן ביה אשר תאבד ומצאתה שהרי החפץ שוה פרוטה באמת ולא איתמעט מאשר תאבד או מומצאתה עיין ב"מ ד' כ"ז לכן מחויב הוא להחזיר כשלא נתייאשו הבעלים כלל עיין לקמן פ' ל"ה מאות ד' והלאה ותמצא חילוק נכון בין לוקח מגזלן ובין גזילה פחות משוה פרוטה ע"ש.

ב) **אם** שמעון הפקיד חפץ ביד ראובן וקבל עליו אחריות כדרך כל השומרים ואח"כ אמר הנפקד ללוי שילך וימשוך את החפץ הזה של שמעון כי הוא הנפקד נותן לו במתנה החפץ הזה, והלך לוי ומשך את החפץ הזה של שמעון אשר הופקד ביד ראובן נראה פשוט כי לוי עובר בלא תגזול אם ידע שהחפץ הזה הוא פקדון בידו וגם לוי מחויב בהשבה וכל דיני גזלן על לוי ולא אמרינן כיון שראובן הנפקד מחויב בהשבה לשלם הקרן לבעלים נמצא שלוי לא גזל משמעון רק חפץ בלא שיווי כמו בלוקח מגזלן, זה לא

אמרינן כן דדוקא בגזלן שתיכף כשגזל יש עליו חיוב אונסים לכן שפיר אמרינן שהלוקח לא גזל מהבעלים שום ממון רק חפץ לבד, משא"כ בשומרים דבשעת משיכת השומר אין עליו שום חיוב ממון רק החפץ הוא של הבעלים כח קודם ואפילו למ"ד בכתובות (ד' לד) דמשעת משיכה מחויב השואל באונסיה מ"מ עיקר חיובא הוא משעת אונסים רק דשיעבודו מתחיל למפרע לכן כל הגזלנים משלמין כשעת הגזלה אפילו אי הוקר או הוזל אח"כ וכל השומרין משלמין כשעת הוצאה מן העולם עיין חו"מ סימן רצ"א בטור ובקצוה"ח שם לכן המקבל מתנה מהשומר מקרי גזלן גמור ועובר בלא תגזול ומחויב בהשבה כאלו גזל מבית הבעלים, משא"כ בגנב וגזלן כי תיכף משעת הגזלה מחויב באונסיה לכן הלוקח מגזלן אינו עובר בלא תגזול ואינו מחויב בהשבה כי לא לקח מ"ד הבעלים רק חפץ בלא שיווי כן בריש פרק המקפיד כשנגנבה מבית הנפקד אמרינן שם שאם שילם השומר ולא רצה לישבע שייך הכפל לשומר משום דהבעלים מקני להו הכפל לשומרים ומשמע אבל בלאו האי טעמא שייך הכפל לבעלים ואם נימא שזה נקרא גוף בלא שיווי היינו שהגנב גנב גוף החפץ מהבעלים ושיוויו של החפץ מן השומר א"כ היה מהראוי שלא יגיע הכפל לבעלים כיון שמהם לא נגנב שום ממון רק חפץ לבד בלא שיווי ואמאי משלם הכפל לבעלים והלא להשומר היה מהראוי לשלם כפל שהרי ממונו לבד נגנב ולא ממון הבעלים אלא ודאי כדאמרן דלענין שומרים מקרי שכל החפץ כולו הגוף והשיווי הוא של הבעלים לכן מדינא היה ראוי לשלם כפל לבעלים שהרי מהם נגנב הממון והחפץ רק מפני שהבעלים מקנים הכפל וארבעה וחמשה להשומר, א"כ לענין שאם השומר נתן במתנה לאדם אחר המקבל מתנה נקרא גזלן גמור אם ירע שהחפץ אינו של הנפקד ומעבר בלא תגזול וכל דיני גזלן עליו.

ג' **ונראה** שאם שמעון הפקיד חפץ ביד ראובן שהיה שומר שכר ונאבד החפץ מבית ראובן הנפקד ומצאה לוי אחר יאוש השומר וקודם שנתייאשו הבעלים ואח"כ נתייאשו הבעלים אע"ג דקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מ"מ כאן קנה המוצאה אע"פ שבא לידו קודם יאוש דכיון שהשומר נתחייב לשלם דמיה לבעלים כיון שהוא שומר שכר שנתחייב בגנבה ואבדה, נמצא שהמוצאה לא נתחייב בהשבה כיון שכבר נתייאש השומר מהם אע"ג שהבעלים לא נתיאשו מ"מ לגבי הבעלים מקרי שמצא חפץ שלהם בלא שיווי כמו שכתבנו לעיל לענין שאם נאבד מיד ראובן חפץ הגזול, אע"ג שחלקנו לעיל בין גזלן לשומר לענין לוקח משומר שעובר בלא תגזול ומחויב בהשבה משא"כ בלוקח מגזלן מ"מ כאן אין לחלק בזה דדוקא התם כיון שעדיין לא נאבד החפץ מרשות השומר הרי אין השומר חייב כלום לבעלים ונמצא כי בהחפץ של הבעלים יש גוף ושיווי

משא"כ כאן כיון שכבר נאבד החפץ מן השומר שכר נמצא שכבר נתחייב השומר שכר לשלם דמיה לבעלים והחפץ המונח ע"ג קרקע אין שוה עוד להבעלים שום ממון והוי חפץ בלא שיווי כי הממון של החפץ המה של השומר וכיון שהשומר כבר נתייאש קודם שבא ליד המוצאה שוב לא נתחייב המוצאה בהשבה ולא מקרי באיסורא אתא לידיה וכיון דאח"כ נתייאשו הבעלים בתר שבא ליד המוצאה לכן קנאה המוצא אבל אם הבעלים לא נתייאשו כלל בודאי מחויב להחזיר החפץ לבעלים, דנהי שאין להבעלים בהחפץ שום דין ממון כיון שהשומר מחייב לשלם דמיה מ"מ כיון שלא נתייאשו הבעלים ממנו והרי החפץ עדיין אגוד וקשור בהם כמו שהיה א"כ מחויב המוצאה להחזיר החפץ להבעלים, כיון דעכ"פ החפץ שוה פרוטה באמת לא נתמעט מקרא דאשר תאבד ומצאתה לקנות בגוף החפץ בלא יאוש כלל, משא"כ כשנתייאשו הבעלים אח"כ רק שלא נתייאשו קודם שבא ליד המוצא כיון דעכ"פ אין החפץ של הבעלים כיון שנתיאשו ואין אנו דנין רק על הממון של חיוב ההשבה לכן שפיר אמרינן שאין כאן מצות השבת ממון כיון שהשומר מחויב לשלם דמיה.

ד) **ואם** נתייאשו הבעלים קודם שבא ליד המוצאה והשומר הגזלן לא נתיאשו צ"ע אי מקרי באיסורא אתא לידיה ואפילו אם אח"כ נתיאשו השומר או הגזלן אינו מועיל כיון שבא ליד המוצא קודם יאוש השומר והגזלן, או דלמא לא מקרי באיסורא אתא לידיה ומהני יאוש השומר או הגזלן אפילו אם נתיאשו אח"כ או דלמא אין אט צריכין כלל ליאוש השומר או הגזלן כיון שאין החפץ שלהם וכיון שבא ליד המוצא אחר יאוש בעלים שפיר הוי יאוש.

ולכאורה היה נראה לומר דזה תליא במחלוקת דר' שמעון ורבנן אי דבר הגורם לממון כממון דמי או לא לר' שמעון דאמר [ב"ק ד' ע"א וע"ד ובשאר דוכתי] דבר הגורם לממון כממון דמי ומחויב הגנב לשלם כפל כשגונב קדשים שחייב באחריותן מפני שגרם לבעלים שישלמו ממון, לכן כאן נמי הוי כממון והשומר והגזלן נקראים בעלי דבר וכיון שבא ליד המוצא קודם יתיש השומר והגזלן מקרי באיסורא אתא לידיה ואפילו אי מיאשי השומר והגזלן אח"כ לא מהניא מידי, אבל לרבנן דסברי דבר הגורם לממון לאו כממון דמי לא נחשבו השומר והגזלן כבעלים ואין אנו צריכים ליאוש דידהו.

ה) **אך** התוס' בפ' מרובה ד' ס"ט ד"ה כל שלקטו כתבו וז"ל ואפילו אם תמצא לומר דלא קני אלא א"כ הגזלה ברשות הגזלן אבל אם היא ברשות הרבים בשעת יאוש כל המחזיק בה זכה בה, מ"מ אין זה יאוש פוטר מן המעשר, דנהי דנגזל אין יכול לתבוע מן המחזיק בה אחר יאוש כדאמרינן בהגוזל בתרא (ד' קי"א) וכו' מ"מ כיון שכל אדם

אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזלן ליפטר מן הנגזל ואם כבר זכה בה אחר לכל הפחות חייב לשלם דמים לגזלן כדאמר לעיל דאפילו למאן דאמר יאוש לא קנה חייב גנב שני לשלם קרן לגנב ראשון לא חשיב כהפקר לפטור מן המעשר דטעמא דהפקר פטור מן המעשר משום דכתיב ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך יצא לקט שכחה ופאה שיש לו חלק ונחלה עמך והיינו טעמא דהפקר והכא אין לו חלק בה שאסור לזכות בה ואם זכה חייב לשלם לכל הפחות דמים עכ"ל התוס', היוצא לנו מדברי התוס' האלו דאפילו אם נימא שאין לו לגזלן שום כח וזכות בהחפץ לאחר יאוש וכל המחזיק בהן זכה בהן מ"מ אסור לכל אדם לזכות בהחפץ הזה וכל המחזיק בהן מחויב לשלם דמים להגזלן יען כי הגזלן צריך להחפץ הזה לפטור את עצמו מן הנגזל לכן מחויב המחזיק בהן לשלם דמים להגזלן, אלמא דלא תליא זה בדבר הגורם לממון כי התוס' מדמי לה לגונב אחר הגנב שהגנב השני מחויב לשלם קרן לגנב ראשון אפילו למ"ד יאוש לא קנה והחפץ בעצם אינו של הגנב הראשון מ"מ מחויב הגנב השני לשלם הקרן לגנב הראשון.

ו) **וצ"ל** דס"ל להתוס' שאין זה דומה למחלוקת דר"ש ורבנן שנחלקו אי דבר הגורם לממון כממון דמי או לא, דדוקא בגונב חמץ שעבר עליו הפסח או שור הנסקל שאין גופו ממון ואינם ראוים לשום אדם רק להשומר הזה או להגנב הזה שיפטרו את עצמן מהבעלים שם ס"ל לרבנן דלאו כממון דמי, משא"כ כאן שהחפץ הזה הוא ממון גמור וראוי לכל העולם להשתמש בו ואין כאן חסרון רק מצד הקנין מה שאין להשומר או להגזלן קנין גמור בהחפץ וכיון שעיקרו ממון וראוי לכל העולם לכן מודים כולי עלמא דהוי כממון **וגדולה** מזו כתבו התוס' ב"ק דף ע"א דאפילו בשורף שטרותיו של חבירו דלא הוי עיקרו ממון כלל דאמר ליה ניירא בעלמא קלאי מינך, מ"מ כיון שראוי לכל העולם לכן מודים גם רבנן שחייב לשלם א"כ מכ"ש בנידון זה שעיקרו ממון וגם גופו ממון וראוי לכל העולם בודאי כממון דמי אפילו לרבנן.

ז) **ועוד** מטעם אחר יש להסביר את דברי התוס' הנ"ל ב"ק דף ס"ט שכתבו שהזוכה בחפץ הגזול לאחר יאוש מחויב לשלם דמיו לגזלן מפני שהגזלן צריך להחפץ לפטור את עצמו מן הנגזל ולא תליא מידי בדבר הגורם לממון כי אפילו לרבנן מחויב לשלם להגזלן, וטעמא דכיון שאמרנו שהלוקח מגזלן לא נפסל לעדות ולא מקרי באיסורא אתא לידיה משום שהגזלן מחויב לשלם דמיו לבעלים נמצא שהלוקח מן הגזלן לא לקח מיד הבעלים רק גוף החפץ ולא שיוויו של החפץ, א"כ מוכרח לומר כי הגזלן תיכף שגזל את החפץ קנה את השיווי של החפץ והרי השיווי של הגזלן הוא ואפילו קודם יאוש כיון שהגזלן מחויב תיכף באונסי החפץ ונהי שגוף החפץ לא קנה הגזלן ומחויב הגזלן

להחדר לבעלים אבל מ"מ שיווי דידיה קנה הגזלן תיכף בשעה שגזל, לכן הלוקח מן הגזלן לא נפסל לעדות וגם לא מקרי באיסורא אתא לידיה מפני שכבר קנה הגזלן את השיווי דידיה, א"כ אין שום סברא לומר שיהא קרוי זה גורם לממון כשבא אחד וזכה בהחפץ אחר יאוש כיון שגוף השיווי של הגזלן הוא איך יהא בכחו של אחד מן השוק לזכות בשל אחרים לכן הוא מחויב לשלם דמיו להגזלן, וכן לענין שומר איכא ג"כ למימר הכי כיון שנאבד החפץ מיד השומר והוא מחויב לשלם דמיו לבעלים תיכף זכה השומר בשיוויו של החפץ לכן המוצא את החפץ הזה לאחר שנתיאשו הבעלים הימנו אך השומר או הגזלן לא נתיאשו ממנו בודאי מקרי באיסורא אתא לידיה ומחויב בהשבה מדאורייתא אפילו לרבנן דר"ש דס"ל דבר הגורם לממון לאו כממון דמי, מ"מ מחויב בהשבה מדאורייתא שהרי אין כאן גורם לממון רק ממון גמור הוא שכבר קנאו הגזלן והשומר את השיוי של החפץ, ואין זה דומה לשור הנסקל או לחמץ בפסח שאין להשומר והגזלן בהם ממון גמור שהרי אסורים בהנאה וליכא למימר שהשומר והגזלן קנאו בקנין גמור את השיווי של השור והחמץ שהרי אין כאן שיווי כלום כיון שאסורים בהנאה רק אנו באים לחייבו משום גורם לממון שהרי השומר והגזלן היו יכולין לפטור את עצמן מן הבעלים לכן ס"ל לרבנן גורם לממון לאו כממון דמי, משא"כ בנידון של התוס' הזוכה מן ההפקר לאחר יאוש של הבעלים קודם יאוש הגזלן או בנידון דידן במוצא את האבידה לאחר יאוש הבעלים וקודם יאוש השומר והגזלן בזה מודים כולי עלמא שהמוצא מחויב בהשבה שהרי יש בידו ממון גמור של השומר והגזלן ולא גורם הוא לכן מקרי באיסורא אתא לידיה, ואפילו אם אח"כ נתייאשו גם השומר והגזלן מ"מ אינו מועיל כיון שבא ליד המוצא לפני יאוש דקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש.

ח) **ומצאתי** בחידושי רעק"א למס' ב"מ דף כ"ב ע"ב ומביאו הפ"ת בחו"מ סימן רס"ו שנסתפק לענין ראובן שהיה שומר של נכרי וקבל עליו אחריות שמירה נאבד ממנו החפץ אם יש על המוצאו חיוב השבה נהי דגוף החפץ הוא של עכו"ם מ"מ כיון שהישראל הוא מחויב באחריות לכן מחויב להשיב כמו אבידת ישראל או דלמא כיון דרבנן דר"ש ס"ל דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי לכן הוא פטור מלהשיב דאין כאן אלא גורם ע"ש שהניח בצע"ג לדינא, ולפי דעתי אין שום ספק בזה כמו שהוכחנו מדברי התוס' ב"ק דף ס"ט דבכהאי גונא לכו"ע חייב לשלם להגזלן משום שהוא צריך לפטור עצמו מהנגזל ואפילו רבנן דר"ש מודים ג"כ שמחויב לשלם דמים א"כ בנידון דרעק"א נמי נהי שהחפץ הוא של העכו"ם מ"מ כיון שהישראל מחויב לשלם דמיו לעכו"ם לכן הוי כמו חפצו של ישראל ומחויב בהשבה אפילו לרבנן דר"ש ואין שום ספק בזה כלל וכלל.

ט) **ואין** לחלק ולומר שיש חילוק בין גזלן לשומר דדוקא גזלן שיש לו קצת קנין בהחפץ הגזול שהרי משיכת הגזלה מועיל לו שאם יתיאשו הבעלים אח"כ יקנה החפץ בשינוי מעשה עם משיכת הגזלה אבל בלא משיכת הגזלה אינו מועיל שינוי מעשה כי אינו רק כשאר מזיק דעלמא, ומשום הכי עוברין בלא תגזול ומחויב בהשבה מי שזכה בה אחר שנתייאש הנגזל משום קנין הגזלן שלא נתיאש שהרי יש לו לגזלן קנין קצת אבל גבי שומר כיון שאין לו שום קנין בהחפץ רק גורם לממון יש כאן מה שיתחייב השומר לשלם להנכרי כנידון דרעק"א או לשלם לבעלים הישראלים שכבר נתיאשו כנידון חקירתנו אולי אין המוצא מחויב להשיב להשומר שלא נתיאש לרבנן דס"ל גורם לממון לאו כממון, אך זה אינו דהתוס' אזלי השתא לפי סברתם שאחר יאוש אין לו להגזלן שום זכות וקנין יותר מאינש דעלמא, וכל המחזיק בהחפץ הזה לאחר יאוש הבעלים זכה בו, ולא קאמרי התוס' שום טעם אחר בזה שהאחרים חייבים לשלם להגזלן את דמיו רק משום שהגזלן צריך להחפץ להפטר מן הנגזל משום זה הטעם לחוד מחויב הזוכה בו לשלם דמיו לגזלן ולא משום שיש לו לגזלן איזה קנין או זכות בהחפץ הזה, וכיון שמשום זה הטעם לחוד אתינן עליה על הזוכה בו שישלם דמיו לגזלן, א"כ גבי שומר שייך נמי האי טעמא שהרי השומר צריך ג"כ להאי חפץ לפטור נפשיה מן הבעלים לכן המוצאו הוא מחויב בהשבה ועובר בלא תגזול מדאורייתא אם נטלו על מנת לגוזלו והוי כשאר אבדות ישראל דכשבא ליד המוצא לפני יאוש מחויב בהשבה ואפילו נתיאשו השומר או הגזלן אחר כך ג"כ אינו מועיל דקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש.

י) **והר'** הג' ר' ברוך דוב אמר לי כי שמע מרב אחד שהביא ראי' לפשוט ספקו של רעק"א לאידך גיסא דקבלת אחריות לאו כלום הוא מהא דאיתא ב"מ דף כ"ו ראה סלע שנפל משלשה אינו חייב להחזיר ואמר רבא לא אמרן אלא דלית ביה שוה פרוטה לכל חד וחד אבל אית ביה שוה פרוטה לכל חד וחד חייב להחזיר מאי טעמא אימור שותפי נינהו ולא מיאשי, ואם נימא, דבשביל קבלת אחריות מחויב המוצא בהשבה א"כ אפילו ליכא שוה פרוטה לכל חד וחד נמי יתחייב בהשבה, דכיון שאין כאן אלא חפץ אחד הרי לא נפל החפץ אלא מאחד שהיה בידו והוא חייב באחריות החפץ דקי"ל שותפין שומרי שכר הם, נמצא שהשותף אשר נאבד החפץ מידו מחצה החפץ הוא שלו בעצם וחצי השני הוא שלו מטעם קבלת אחריות ואמאי אין המוצא מחויב בהשבה והלא יש כאן אבדה של שוה פרוטה לאיש אחד שנאבד החפץ מידו אלא ודאי מוכרחין אנו לומר דקבלת אחריות לאו מילתא היא, א"כ בנידון של רעק"א שהישראל קבל עליו אחריות על

חפצו של עכו"ם, אין המוצא מחויב בהשבה דקבלת אחריות לאו כלום היא וכן בנידון חקירתנו שהשומר או הגזלן לא נתייאשו אינו מחויב בהשבה כיון שהבעלים נתייאשו.

יא) ואני אומר שאין זה ראי' כלל דהא דאמרינן שותפין שומרי שכר הם מוקמינן בגמ' ב"ב דף מ"ג דוקא כשאמר לו שמור לי היום ואשמור לך למחר הוי שומר שכר אבל שותפין שלא אמרו זה לזה כלום אינן שומרי שכר ופטורין על הגנבה ועל האבדה וכאן כיון שנאבד מהם הרי השומר חנם פטור על האבדה ועיין חו"מ סימן קע"ו ברמ"א ובש"ך שם כי הש"ך האריך לחלוק על הרמ"א והביא הרבה ראיות מוכרחות דכשלא אמר לו שמור לי היום ואשמור לך למחר לא הוי אפילו שומר חנם ופטור אפילו מפשיעה א"כ בודאי אין מקום לראייתו הנ"ל ואפילו לדברי הרמ"א דס"ל דהוי שומר חנם מ"מ כיון דלא הוי שומר שכר הרי פטור כשנאבד ממנו.

יב) ועוד דכיון דקי"ל דפחות משוה פרוטה לאו ממון הוא כלל, א"כ מה שקבל השותף אחריות השמירה מחצי פרוטה לאו כלום הוא, לכן אם אפילו אמר לו בפירוש שמור לי היום ואשמור לך למחר ג"כ אין השותף מחויב לשלם לו כיון שלא היה רק חצי פרוטה לכן אין המוצא מחויב בהשבה דכאן ליכא אבדה שוה פרוטה, ועיין חו"מ סימן פ"ח ס"ה די"א דשבועת השומרים בעינן שתי כסף אבל במקום דאיכא קבלת אחריות שוה פרוטה בודאי מחויב המוצאו בהשבה אפילו אם החפץ הוא של עכו"ם או שכבר נתייאשו הבעלים ממנו מ"מ אזלינן בתר קבלת האחריות שהוא של ישראל ועדיין לא נתייאשו השומרים מהם לכן הוא מחויב בהשבה כמו שהארכנו בזה לעיל.

יג) **אך** אם נתייאשו השומר או הגזלן נראה פשוט שמהני יאוש שלהם כיון שבא ליד המוצא אחר יאוש השומר והגזלן, אע"ג שלא מצינו בהדיא בגמ' שיועיל יאוש רק לענין חפץ בעין לנתק מראובן את קנינו שיש לו בחפציו אבל כאן כיון דאפילו בלא יאוש ג"כ לא היה החפץ של השומר והגזלן רק של הבעלים, והשומר והגזלן נתחייבו רק באחריות החפץ א"כ יש מקום לומר דבהאי גונא לא מהני יאושם של השומר והגזלן כיון שאין היאוש מנתק שום קנין מהאדם בכל זאת נראה פשוט דשפיר מהני יאושה של השומר והגזלן דכיון שאם היה להם קנין גמור בהחפץ היה מועיל יאושם מכ"ש שהיאוש מועיל לנתק את הזכות הגרוע והפחות שיש לו לאדם בהחפץ הזה, כגון זכות השומר והגזלן שאין להם קנין גמור בהחפץ רק קנין בשיווי של החפץ ולא בגופו של החפץ או שאין להם שום קנין כלל בהחפץ רק אגודים וקשורים הם בחיוב התשלומין שיש להם על החפץ א"כ איך אפשר לומר כן כי לנתק קנין גמור מאדם זה יש בכח היאוש לנתק אבל לנתק מאדם קנין קלוש וגרוע זה אין בכח היאוש לנתק, והלא אי

אפשר לומר כן דכיון שיש בכח היאוש לנתק אפילו קנין גמור מכ"ש קנין קלוש וגרוע לכן אין שום ספק שהיאוש של השומר והגזלן שנתיאשו קודם שבא ליד המוצא זה מהני ומועיל שפיר לפטור את המוצאו ממצות השבה, וכיוצא בק"ו הזה דן אותו מהרי"ק סימן ג' לענין יאוש בחוב וז"ל והלא דברים ק"ו ומה ממון שהוא מוחזק ביד בעליו בעין אפילו הכי מועיל בו יאוש כדמוכח בכמה משניות בפרק אלו מציאות ובכולי פרקין חוב בעלמא שאינו בעין וספק אתי ספק לא אתי כ"ש דמהני ביה יאוש עכ"ל מהרי"ק. אף שמהרי"ק כתב את הדברים האלה לענין יאוש בחוב וכבר כתבו האחרונים דק"ו פריכא הוא עיין ט"ז סימן קס"ג היינו דוקא לפטור את הלוה מתשלומין בשביל היאוש זה אינו מועיל מפני שכבר נתחייב במצות פריעת חוב, אבל לענין יאוש בחיוב אשר אנו דנין עליה שהשומר או הגזלן מתיאשים מן החפץ שאינו שלהם ואגודים הם בהחפץ בחיוב תשלומין, יאוש בחוב כזה שפיר מועיל והק"ו הזה ק"ו אמיתי שאין מה להשיב עליו שמועיל יאוש השומר והגזלן אם הבעלים נתיאשו ג"כ אפילו אח"כ עיין לעיל פ"ט א' שצריך ליאוש הבעלים ג"כ ולא סגי ביאוש השומר או הגזלן לחוד ע"ש, ועכ"פ יאוש השומר או הגזלן מילתא היא לנתק מהחפץ את זכות החיוב שהיה אגוד וקשור בהשומר או בהגזלן ואולי באיזה מהמפרשים ששמענו דס"ל דיאוש בחוב מהני יוכל היות כי יש להעמיס הכונה דבכהאי גונא מועיל היאוש אף שאין החפץ בעצם שלו רק שאגוד וקשור בו בקנין חיוב תשלומין, אבל יאוש בחוב לפטור את הלוה מלשלם בזה יש לומר שאינו מועיל יען כי כבר נתחייב הלוה במצות פריעת חוב ואין היאוש מועיל לפטור את האדם מן המצוה, ואף כי בדברי מהרי"ק אי אפשר להעמיס הכונה הזאת וכן יש מפרשים אשר אי אפשר להעמיס בדבריהם הכונה הזאת, מ"מ אולי בדברי איזה מפרשים יש להעמיס הכונה הנ"ל.

יד) **ויש** להביא ראי' דמועיל יאוש השומר מב"מ ד' י"א בשדה שכוח מעיקרא הוי שכחה זכור ולבסוף שכוח לא הוי שכחה דכיון דקאי גביה זכתה לו חצרו אבל בעיר אפילו זכור ולבסוף שכוח הוי שכחה מאי טעמא דליתיה גביה דלזכי ליה, ע"ש בתוס' דזכור ולבסוף שכוח מקרי שבעל השדה זכור בשעה שהפועלים שכחוהו ע"ש בתוס', והדבר פלא ממה נפשך איך נדון שכחת הפועלים אם שכחה מקרי א"כ מאי שנא דבשכחת בעל השדה לא זכתה ליה חצרו דאל"כ לא תמצא שכחה לעולם ומאי שנא דבשכחת פועלים זכתה ליה חצרו, ואם נימא דשכחת פועלים לאו כלום הוא ודינו כזכירה א"כ מאי זכי ליה חצרו הלא גם בזכירה לא זכי ליה חצרו כמו"ש התוס' שם ע"ש.

טו) **ובדברינו** יש לומר דהפועלים שומרי שכר הם כשאר אומנין וכששכחו הפועלים הוי שכחה כשאר שומר ומחויבים הפועלים לשלם לבעלים, לכן מועיל זכיית החצר לבעל השדה שהרי הוא כשאר אדם שהרי לא נעשה כהפקר ע"י שכחתו רק ע"י שכחת הפועלים, משא"כ כשנעשה הפקר ע"י שכחת הבעלים לא זכו להם שדיהם דאל"כ לא נמצא שכחה לעולם הלכך בשדה שכוח מעיקרא הוי שכחה היינו ע"י שכחת הבעלים הוי שכחה דלא זכתה להם שדיהם אבל זכור ולבסוף שכוח לא הוי שכחה משום דכיון שהבעלים זוכרים בשעה שהפועלים שכחו ויצתה התבואה מרשות הבעלים ע"י שכחת הפועלים שהם השומרים לכן זכתה להם השדה לבעלים, אבל בעיר שאין הבעלים עומדים בצדם לכן לא זכה החצר לבעלים וכיון דאח"כ שוכחים גם הבעלים לכן הוי שכחה.

פרק י

א) **וכל** הדברים שאמרנו בענין באיסורא אתא לידיה דמשו"ה אינו מועיל היאוש שנתיאשו הבעלים אחר שבא ליד מוצא האבדה ומועיל היאוש שנתיאש הבעלים לאחר שבא ליד הלוקח מגזלן משום דבאבדה איכא גוף החפץ ושיווי ונתחייב בהשבה משא"כ בגזלה ליכא גבי לוקח רק גוף החפץ בלא שיווי כל זה לא נוכל לתרץ רק לדברי התוס' ולשיטתם דס"ל דכל היכא שקנה ביאוש ושינוי רשות אין הלוקח מחויב לשלם דמים כלל, עיין חו"מ סימן שנ"ג סע' ג' ובטור ובש"ך שם אך את דברי הרמב"ם אי אפשר לתרץ בדברינו שהרי הוא כתב בפירוש שלוקח מגזלן אפילו כשקנאה הלוקח ביאוש ושינוי רשות מ"מ מחויב לשלם דמים לבעלים אם קנאה מגנב מפורסם, רק כשקנאה מגנב שאינו מפורסם אז אין הלוקח מחויב לשלם דמים לבעלים מדרבנן משום תקנת השוק, אלמא דלגבי לוקח נשאר עדיין גם ממון שיוויו של החפץ אע"פ שהגזלן מחויב לשלם הממון לבעלים וגם הקנין שהיה להבעלים בהחפץ כבר ניתקו היאוש ובכל זאת מחויב הלוקח לשלם ממון לבעלים א"כ אינו מועיל דברינו לתרץ את קושית הש"ך על הרמב"ם שהקשה בסימן שנ"ג מ"ש דלעניין בדה קי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מפני שבא ליד המוצא באיסורא קודם יאוש ומ"ש דלענין גזלה פסק הרמב"ם דאפילו בא ליד הלוקח קודם יאוש ג"כ מועיל היאוש, ואין תירוצנו מועיל לתרץ רק לדברי התוס' ולהשוות דעת רב דס"ל שינוי רשות ואח"כ יאוש קנה ואין צריך לשלם דמים כלל להשוותו עם סברת אביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש.

אבל להרמב"ם דס"ל דהלוקח צריך לשלם דמים א"כ משמע דגם בגמל איכא קודם יאוש אצל הלוקח בין גוף החפץ כדאמרינן לעיל ובין שיוויו של החפץ, והא ראי' דהא אח"כ

כשקנה הלוקח אפילו ביאוש ושינוי רשות משלם דמים וא"כ קשה מ"ש גזלה מאבידה דבאבדה לא קנה המוצא ביאוש היכא דנתיאש לאחר שבאה לידו, ובלוקח מגזלן קנה היכא דנתיאש לאחר שבא ליד הלוקח.

ב) **והנני** לבאר קצת בל"נ בס"ד את דברי הרמב"ם בזה, איתא בגמ' ב"מ ד' כ"ו ואמר רבא ראה סלע נפלה נטלה לפני יאוש על מנת לגוזלה עובר בכולן משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להתעלם ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה הוא דיהיב ליה ואיסורא דעבד עבד עכ"ל הגמ' והתוס' שם ד"ה מתנה הקשו וז"ל וא"ת והלא לאו דלא תגזול מקרי ניתק לעשה בפ' שילוח הקן א"כ כיון דלענין גזלה לא מקרי מתנה גם השב תשיבם למה לא תיקן וי"ל דלא קאי אלא על לאו דלא תוכל להתעלם שעבר שלא החזיר קודם יאוש עכ"ל התוס', היוצא מזה דס"ל להתוס' דכשהחזיר לאחר יאוש את האבדה שנטל לפני יאוש על מנת לגוזלה תיקן בחזירתו את הלאו דלא תגזול ואת העשה דהשב תשיבם רק את הלאו דלא תוכל להתעלם זה לבד לא תיקן, וכן פסק מרן בשו"ע חו"מ סימן נ"ט כהתוס' דדוקא הלאו דלא תוכל להתעלם לא תיקן, אך הרמב"ם פ' י"ד מה' גזלה ואבדה הל' ל' פסק שכבר עבר על כל האיסורים וחזרתו לאחר יאוש אינו מועיל לו לתקן שום דבר, וז"ל הש"ך ר"ס רנ"ט וז"ל והרמב"ם וכו' והסמ"ג לאוין קנ"ט כתבו ואע"פ שהחזירה לאחר יאוש מתנה היא זו וכבר עבר על כל האיסורים וכן העלה הרמב"ן בס' המלחמות פ' אלו מציאות דאע"פ שהחזירה עובר בכולן וכן משמע פשט לשון הלכות גדולות והרי"ף ונסחא ש"ס דילן עכ"ל הש"ך וזה לשון הרמב"ן במלחמות הכי הוא סברא דגאון ז"ל דגזלה ואבדה היא זו ואבדה נקנית ביאוש היכא שלא נטלה, וגזילה אינה נקנית ביאוש מדאורייתא לעולם ואם תמצא לומר נקנית דמים מיהא משלם וזו כיון שנטלה לגוזלה ולא להשיבה הרי הוא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבדה דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבידה ולא על מנת לגוזלה קודם יאוש דא"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים אבל בזו שעל מנת לגוזלה נטלה הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזלה שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה הלכך אע"פ שהחזירה עובר בכולן וזה הפירוש ברור ונכון עכ"ל הרמב"ן במלחמות. ג) **היוצא** מזה שיש מחלוקת הראשונים בענין חיוב מצות השבת האבידה דלשיטת התוס' וסייעתם חיוב מצות השבת האבידה דומה כמו חיוב מצות השבה דגזילה דכמו דלענין גזילה רמיא עליה חיובא להשיב הן על גוף הגזילה כשהיא עדיין בעין והן על חיוב דמים כשאין

הגזילה בעין או כשנתיאשו הבעלים למאן דס"ל יאוש קונה דהוי כמו שאין הגזלה בעין אז מחויב לשלם דמים כן הדין במצות השבה דאבדה יש עליו חיוב השיב את גוף האבדה כשהיא בעין קודם יאוש ויש עליו חיוב לשלם דמים כשאין האבדה בעין או כשנתיאשו הבעלים דהוי נמי כמו שאין האבדה בעין אז מחויב הוא לשלם דמים לכן ס"ל להתוס' בב"ק ד' ס"ו ד"ה הכא נמי שהבאנו לעיל דלאחר יאוש דבעלים יכול לשלם דמים אפילו כשבא ליד המוצא לפני יאוש וקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מ"מ אם הבעלים נתיאשו אח"כ מועיל היאוש שהמוצא קנה גוף החפץ ואינו צריך להחזיר רק דמיו משום שכבר נתחייב במצות השבה לכן מחויב לשלם דמים אלמא דס"ל להתוס' דמצות השבה של האבדה הוא ג"כ על חיוב ממון כמו בגזלה, ולכן ס"ל להתוס' כאן ב"מ ד' כ"ו שאם נטל את האבידה על מנת לגוזלה קודם יאוש והחזירה לבעלים אחר יאוש מהני לה חזרתו לתקן את הלאו דלא תגזול ולקיים את העשה דהשב תשיבם, אע"ג שהבעלים כבר נתיאשו והוי כמו שאין הגזלה בעין מ"מ כיון דעדיין נשאר עליו חיוב ממון כמו בגזלה לכן יכול לתקן הלאו ולקיים העשה בחזרתו אפילו לאחר יאוש.

ד) **אך** דעת הרמב"ן והרמב"ם וסייעתם אינו כן אלא ס"ל דדוקא במצות השבה של גזילה יש חיוב השבה של ממון משא"כ במצות השבה של אבדה אין שם חיוב ממון כלל רק כל זמן שהאבדה היא בעין והיא קודם יאוש מחויב להשיבה לבעליה אבל אם אין האבדה בעין או שנתיאשו הבעלים ממנה דהוי נמי כמו שאין האבדה בעין אין על הבעלים שום חיוב ממון לכן ס"ל שאם החזיר את האבדה אחר יאוש הבעלים לא תיקן בזה את הלאו דלא תגזול ולא תיקן גם העשה של השב תשיבם דכיון שכבר נתיאשו הבעלים שוב אין על המוצא שום מצות השבה ומתנה בעלמא הוא דיהיב ליה, והא דאמרינן בסוגיא דיאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש משום שבא ליד המוצא קודם יאוש לכן אפילו אם נתיאשו הבעלים אח"כ לא מהני התם שאני כיון שבא ליד המוצאו בתורת אבידה ולא בתורת גזילה לכן נעשית ידו כיד הבעלים והוא שומר שכר שלהם וגם גוף החפץ מחויב הוא להחזיר לבעלים כיון שאין היאוש מועיל כלום לנתק את קנין הבעלים, אבל היכא שבא ליד המוצא בתורת גזלה כיון שלא נעשה שומר של הבעלים ולא נעשית ידו כיד הבעלים לכן כל זמן שלא נתיאשו הבעלים הוא מחויב להשיב גוף החפץ שהוא שלהם אבל כיון שנתיאשו הבעלים וניתק קנין הבעלים מהחפץ לכן אינו מחויב בהשבה כלל לא גוף החפץ שכבר קנאו ביאוש ולא דמי החפץ שהרי אין חיוב דמים במצות ההשבה של אבידה ועיין שיטה מקובצת דב"מ שהביא ג"כ את דברי הרמב"ן האלה ע"ש.

ה) **וחילוקים** רבים יש בין דברי הרמב"ן וסייעתו שהוא גם כן שיטת הרי"ף והרמב"ם לבין דברי התוס' הנ"ל, א) דלדברי התוס' אע"ג דקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מ"מ אם אח"כ נתיאשו מהם אינו מחויב לשלם רק דמים ולא להחזיר גוף החפץ ולשיטת הרמב"ם והרמב"ן וסייעתם מחויב להחזיר גוף החפץ לבעלים כיון שהמוצא נעשה שומר של הבעלים וידו כיד הבעלים ואין היאוש מועיל כלום כשהוא ברשות הבעלים לכן מחויב הוא להחזיר גוף החפץ לבעלים כאלו לא נתייאשו כלל, ב) עוד חלוק יש בין שיטת הרמב"ן וסיעתו לשיטת התוס' דלהרמב"ן וסיעתו יש הכרח לומר דיאוש ברשותו של הבעלים אינו מועיל ולשיטת התוס' אין הכרח לומר דיאוש ברשותו אינו מועיל ומצי סברי שמועיל יאוש ברשותו של הבעלים, ואדרבה עוד יש הכרח לומר לשיטת התוס' דיאוש ברשותו מהני דאי לא מהני אמאי קנה את גוף החפץ ואין צריך להחזיר אלא דמים היה לט לומר שגם גוף החפץ לא יקנה כיון דהוי היאוש ברשות הבעלים שהוא נעשה שומר לבעלים ויאוש ברשותו לא כלום הוא אלא מוכרחים אנו לומר דס"ל להתוס' דיאוש ברשותו מהני, וכן משמע בתוס' ב"מ ד' כ"ו ד"ה וניזיל בתר בתרא שכתבו דאין בעל הבית מתיאש על מה שמפסיד בביתו כסבור שימצאנו היום או למחר אלמא משמע דוקא משום שאינו מתיאש אבל אי מתיאש שפיר מועיל היאוש אע"פ שהוא ברשותו, אלמא דס"ל להתוס' דיאוש ברשותו מהני לכן קנה את גוף החפץ אפילו כשבא ליד המוצא לפני יאוש רק דמים משלם לשיטת התוס' דס"ל שיש חיוב דמים מצות השבת האבדה כמו במצות השבת הגזילה.

ו) **עוד** חלוק יש בין שיטת התוס' לשיטת הרמב"ן וסיעתו דלשיטת התוס' לעולם מחויב האדם בהשבת האבדה כשמצאה לפני יאוש אפילו כשנטלה ע"מ לגוזלה ולא כמעט לפי שיטת התוס' שיהא שום חלוק באבדה בין היכא שנטלה ע"מ לגוזלה בין שנטלה לנהוג בה כדין אבדה לעולם דין מוצא אבדה יש עליו, ולדברי הרמב"ן וסייעתו חלוק גדול יש במוצא אבדה בין נטלה ע"מ לגוזלה בין שנטלה לנהוג בה כדין אבדה כי כשנטלה לנהוג בה כדין אבידה כיון שמצאה קודם יאוש תיכף נעשה שומר שכר של הבעלים ונעשה ידו כיד הבעלים ואין היאוש מועיל לעולם, ואם נאבדה האבדה מידו מחויב לשלם כדין שומר שכר, אבל אם נטלה ע"מ לגוזלה לא נעשה שומר שכר של הבעלים וידו לא נעשתה כיד הבעלים לכן כשהחפץ הוא בעין והוא קודם יאוש מחויב להשיב החפץ לבעלים אבל אם נתיאשו הבעלים או כשנשרף החפץ אפילו בפשיעתו של המוצא מ"מ אין לבעלים שום תביעה עליו כי הוא לבעלים כאלו מונח על גבי קרקע, לכן אם נתייאשו הבעלים קנה המוצא ביאוש שהוא קונה באבדה לדברי הכל, וכן אם נשרף החפץ או נאבד מידו

אין לבעלים שום תביעה עליו, כי לא נעשה שומר שלהם ואינו מחויב בשמירתו כי לא נטלו על מנת לשומרו רק לעצמו נטלו על מנת לגוזלו.

ז) **עוד** יש חלוק ביניהם כי מדברי התוס' שמעינן שאין יאוש מועיל לפטור את האדם ממצוה אפילו באבידה שבאה ליד המוצא בהתירא והיאוש מועיל לנתק את קנין הבעלים ממנו מ"מ אין היאוש מועיל לפוטרו ממצות השבה, וכיון שאין יאוש מועיל לפטור את האדם מן המצות א"כ שמעינן מזה שאין יאוש מועיל בחוב כי מה לי מצות השבת האבדה ומה לי מצות פריעת בעל חוב כמו שכתבנו לעיל, אך לדברי הרמב"ן וסייעתו יש להסתפק אם יאוש מועיל בחוב או לא כי יוכל היות דמה שכתב הרמב"ן דבאבידה ליכא חיוב דמים לאחר יאוש הוא מפני שהיאוש מנתק לגמרי הן את גוף החפץ שהיה מתחלה נקנה לראובן היאוש מנתק את קנינו ממנו והן חיוב מצות השבה שהיה מתחלה על המוצא לשלם את החפץ או דמיו כל זה היאוש מנתק ממנו, וא"כ שמעינן מזה שהיאוש מועיל לפטור את האדם ממצות השבה וכיון שמועיל לפוטרו ממצות השבה יש לומר דכמו כן מועיל לפוטרו ממצות פריעת חוב כי מה לי האי מצוה מהאי מצוה, ודוקא בגזלה שגזל מבית הבעלים אין היאוש מועיל לפוטרו ממצות השבה ומחויב לשלם דמים אפילו לאחר יאוש ואפילו אין החפץ בעין משום דבאיסורא אתא לידיה, אבל בחוב דבהיתירא אתא לידיה וכן באבידה כיון שלא גזל מבית הבעלים לכן מועיל היאוש לפוטרו לגמרי אפילו מלשלם דמיו היכא שלא נעשה שומר מתחלה.

אך יוכל היות דמה שכתב הרמב"ן דבאבדה ליכא חיוב דמים לאחר יאוש הוא משום דדוקא בגזלה דכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל ודרשינן אשר גזל כעין שגזל כמו שכתבו התוס' בב"ק ד' י"א בשם הירושלמי מנין שאין שמין לא לגנב ולא לגזלן אמר רבי אבא בר ממל חיים שנים ישלם ולא מתים עד כדון גניבה גזלה מנין אמר רב אבא בר ממל והשיב את הגזלה אשר גזל כאשר גזל עכ"ל התוס' א"כ הרי למדנו מקרא שיש חיוב תשלומין בגנב וגזלן כשאין הגזלה בעין או כשנתיאשו הבעלים, אבל באבדה לא נאמר רק השב תשיבם לאחיך ולא שמעינן מזה שיהא שום חיוב תשלומי ממון כשאין האבדה בעין רק כשהאבידה בעין ולא נתיאשו הבעלים אז מחויב להשיב את האבדה בעצמה ולא רמים, לכן ס"ל להרמב"ן דכשנטלו לפני יאוש והחזירו לאחר יאוש לא תיקן בזה מצות השבה ולא תעשה דלא תגזול יען כי האבדה בעצמה קנאה ביאוש ודמים אין בחיוב השבת האבדה לכן לא תיקן מאומה ומתנה בעלמא יהיב, א"כ לא שמעינן מזה שיועיל יאוש בחוב דאיכא למימר דדוקא באבידה דמעולם לא היה חיוב מצות השבה בדמים רק גוף החפץ שהיה של הבעלים זה לבד מחויב להשיב לבעליו לכן כיון שהבעלים נתיאשו

מהחפץ שלהם ונכרת וניתק קנין שלהם לכן פטור הוא לגמרי מלשלם לבעלים לא גוף החפץ ולא דמים, מגוף החפץ הוא פטור יען שהבעלים נתיאשו מהם, ומלשלם דמים הוא פטור יען כי במצות השבת האבדה ליכא שום חיוב ממון אבל בחוב דאיכא על הלוה מצות פריעת חוב זה לא שמענו שיועיל היאוש לפטור את האדם מן המצוה.

ח) **ולפי** זה יש לבאר דעת הרמב"ם ולתרץ קושית הש"ך שהקשה מ"ש דלענין גזילה פסק הרמב"ם דאפילו שינוי רשות ואח"כ יאוש נמי קנה ומ"ש דלענין אבידה לא קנה כשבא ליד המוצא לפני יאוש והלא במקום שקדם השינוי רשות ליאוש בא ליד הלוקח לפני יאוש ואמאי קנה, ולפי דברינו ניחא דהא דאמרינן לענין אבדה דכשבא ליד המוצא לפני יאוש לא קנה הוא דוקא כשהגביה על מנת להשיבה כדין אבידה משום דאז נעשה שומר שטר של הבעלים וידו כיד הבעלים אבל כשהגביה על מנת לגוזלה קני נמי אפילו באבדה א"כ כאן נמי שהלוקח לא קנאה להשיבה לבעליה רק בשביל עצמו קנאה ואינו נעשה שומר שכר של הבעלים וידו אינה כיד הבעלים לכן קנאה הלוקח אפילו כשבא לידו קודם יאוש.

ט) **ואין** להקשות אכתי מ"ש גזילה מאבדה דבגזלה ס"ל להרמב"ם דאפילו אם בא ליד הלוקח לאחר יאוש מ"מ צריך לשלם דמים ומכ"ש כשבא ליד הלוקח קודם יאוש ואח"כ נתיאשו הבעלים שצריך לשלם דמים אע"ג שהלוקח לא נתכוין לעשות א"ע שומר רק לעצמו קנה מ"מ משלם דמים ומ"ש דבאבידה אין צריך לשלם דמים אפילו כשבא ליד המוצא לפני יאוש אם המוצא נתכוין ליטלה לעצמה ולא להיות שומר.

אך זה לא קשה מידי דבאבדה קי"ל שנקנית ביאוש בקנין גמור לכולי עלמא ואין חיוב דמים כשמוצא אבדה לאחר יאוש או כשמתכוין לגוזלה דאז אפילו כשמצאה קודם יאוש הוי כמו שמונחת על גבי קרקע כמו שכתב הרמב"ן לכן אינו משלם אפילו דמים משא"כ בגזלה דס"ל להרמב"ם דיאוש לחוד בלא שיטי רשות לא קני א"כ כשלקח הלוקח מיד הגזלן עדיין החפץ הוא של הבעלים לכן מחויב הלוקח לשלם דמים לבעלים, דאע"ג דהחפץ בעצמו קנה הלוקח מגזלן ביאוש ושינוי רשות אך את שיווי של החפץ ס"ל להרמב"ם דלא קני אפילו ביאוש ושינוי רשות כמו שכתבנו לעיל לדעת התוס' אליבא דרבה דס"ל יאוש לחוד קני מ"מ אין היאוש מועיל אלא לענין לקנות את גוף החפץ ולא לקנות שיווי דידיה כן ס"ל להרמב"ם לדידן דקי"ל יאוש ושינוי רשות קני לא קני רק גוף החפץ ולא שיווי דידיה לכן מחויב הלוקח לשלם לבעלים את דמיהם ולא ס"ל להרמב"ם כמו שכתבנו לעיל לשיטת התוס' דס"ל אליבא דרב דכיון שהגזלן מחויב לשלם לבעלים את דמיהם לכן מקרי הלוקח מהגזלן כמו שלקח מיד הבעלים חפץ בלא שיווי דאם היה

הרמב"ם סובר כן אמאי מחויב הלוקח מגזלן לשלם דמים לבעלים כיון שהלוקח לא לקח מהבעלים שום שיווי של ממון רק חפץ לבד בלא שיווי כלל, אלא ס"ל להרמב"ם כמו שכתבנו לעיל אליבא דר' יוחנן דס"ל דכיון שעדיין לא שילם הגזלן להנגזל לכן נקרא שהלוקח לקח מיד הבעלים חפץ בעין שיש בו שיווי של ממון לכן מחויב הלוקח לשלם להבעלים דמים דמי החפץ אפילו לאחר יאוש כיון דיאוש עם שינוי רשות לא קני רק גוף החפץ ולא שיווי דידיה והשיווי הוא של הבעלים כיון שהגזלן לא שילם להם עדיין.

י) **ולפי** זה היה מהראוי שאפילו אכל אחר יאוש ג"כ ישלם דמים לבעלים כיון דס"ל דאפילו יאוש ושינוי רשות לא קנה רק גוף החפץ ולא שיווי דידיה א"כ אמאי יפטר השני כשאכלה כמו שהקשו התוס' בריש פ' הגוזל ומאכיל, רק מטע גזרת הכתוב נפטר השני מלשלם דמים לבעלים אם אכל כמו שתירצו התוס' שם, לכן ס"ל לרב חסדא דדוקא גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה אבל אם אכל לאחר יאוש אינו משלם דמים אע"ג שאילו לא אכלה היה מחויב לשלם דמים לבעלים מ"מ כשאכלה פטור מלשלם, וכן בברייתא שם בריש פ' הגוזל ומאכיל דקתני הגוזל ומאכיל את בניו פטורין מלשלם הניח לפניהם גזלה קיימת חייבים הקשו ג"כ התוס' שם כיון שאם הגזלה קיימת חייבים לשלם אמאי פטורים כשאכלו ע"ש שתירצו התוס' דמשום גזרת הכתוב פטורין כשאכלו כדדרשינן שם ד' קי"ב ת"ר והשיב את הגזלה מה תלמוד לומר אשר גזל יחזיר כעין שגזל מכאן אמרו הגוזל ומאכיל את בניו פטורין מלשלם הניח לפניהם בין גדולים בין קטנים חייבים עכ"ל הגמ' ואף שהתוס' ס"ל דאסמכתא בעלמא היא מ"מ יוכל היות דהרמב"ם ס"ל דהוי דרשא גמורה כמו שתירצו התוס' בתירוץ הראשון דשם.

י"א) וגם מה שכתבנו לעיל אליבא דרב ואביי ורב חסדא לשיטת התוס' דס"ל דכיון שהגזלן הראשון מחויב לשלם דמים לבעלים לכן מקרי גבי שני שלא לקח מיד הבעלים רק חפץ לבד בלא שיווי, והא דאמר רב חסדא גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה תירצנו לעיל דאע"ג שהשני לא לקח מהבעלים שום שיווי של ממון מ"מ גובין הבעלים ממנו משום דכיון שאכלו ונהנה מהחפץ הוי כאלו החפץ בעין, א"כ תימה אם אכלו לאחר יאוש נמי יתחייב השני לשלם דמים לבעלים כיון דהוי כאלו עדיין החפץ בידו בעין ואמאי אמר רב חסדא דוקא גזל ולא נתיאשו הבעלים אז אמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה, אבל אם נתיאשו הבעלים אינו גובה מן השני וכן בריש פ' הגוזל ומאכיל אמרינן שאם גזל והאכיל לבניו פטורין מלשלם משום דאיירי לאחר יאוש כדאוקימנן שם אליבא דרב חסדא אבל אם אכלו הבנים קודם יאוש חייבים

לשלם, א"כ איכא לאקשויי ממה נפשך אם נחשבה הנאת האכילה כאלו החפץ בעין א"כ אפילו אם אכלו לאחר יאוש נמי יתחייבו שהרי אם הגזלה היא בעין מחויבים הם להחזיר אפילו לאחר יאוש דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי וכדקתני בברייתא הניח לפניהם חייבים להחזיר, א"כ כיון דהנאת האכילה נחשבה כאילו החפץ בעין אמאי יפטרו מלשלם כשאכלו לאחר יאוש, ואם נימא דהנאת האכילה לא נחשבה כאילו החפץ הוא בעין, א"כ אפילו אם אכלו קודם יאוש נמי יפטרו מלשלם דמים כיון שלא נטלו מרשות הבעלים רק חפץ לבד בלא שום שיווי של ממון ואמאי ישלמו ממון, וצריך לומר נמי כמו שתירצו התוס' שם בריש פ' הגוזל ומאכיל שהפטור של השני כשאכלה לאחר יאוש מגזרת הכתוב הוא מוהשיב את הגזלה אשר גזל כמו שהבאנו לעיל או צריכין אנו לתרץ על הקושיא הזאת כמו שתירצו התוס' בתירוץ השני ע"ש.

פרק יא

א) **ולענין** אם שייך יאוש שלא מדעת כשנפל לחצרו ולא בא לידו עיין בזה מ"ש הש"ך בחו"מ סימן רס"ב ס"ק א' וסימן רס"ח ס"ק ב' ועיין בזה בספר מחנה אפרים בקנין חצר סימן ה' שכתב דבחצר לא שייך לומר שכבר נתחייב בהשבה וכן לא שייך לומר שנעשה שומר כיון שלא בא לידו הרי לא נתחייב בהשבה ולא נעשה שומר לבעלים, ומאי דס"ל להראב"ד והרשב"א דבחצר ג"כ אמרינן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש היינו לקנות בחצרו דאמרינן לא עדיף חצרו מידו וכיון דידו לא קניא ליה כשבא לידו קודם יאוש אפילו אם אח"כ נתיאשו הבעלים כך חצרו לא קניא ליה כשבא לחצרו קודם יאוש, אבל אם הגביה אח"כ את האבדה לאחר יאוש בודאי קנה אע"ג שבא לחצרו קודם יאוש, ועיין חכמת שלמה בחו"מ סימן רס"ח ס"ג מ"ש בזה מסוגיא דפ' השואל דף ק"ב ומחולין דף קמ"א דאמרינן כל היכא דאיהו מצי זכי ליה חצרו זכי ליה וכל היכא דאיהו לא זכי ליה חצרו נמי לא זכי ליה ע"ש.

פרק יב

א) **איתא** במשנה ב"ק דף קי"ד נטלו מוכסים את חמורו ונתנו לו חמור אחר נטלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשים מהם, ושם בגמ' תנא אם נטל מחזיר לבעלים הראשונים קסבר יאוש כדי לא קני ומעיקרא באיסורא אתא לידיה ואיכא דאמרי אם בא להחזיר יחזיר לבעלים הראשונים מאי טעמא יאוש כדי קני מיהו אם אמר אי אפשי בממון שאינו שלי מחזיר לבעלים הראשונים עכ"ל הגמ'. היוצא מזה דמה שנטלו המוכסים או הליסטים את כסותו של אחד ונותנים לאדם אחר אע"ג דליכאורא יש מקום לחשבו שיש גם שינוי רשות עם היאוש שנתיאש הבעלים מ"מ אין

זה נחשב רק ליאוש כדי היינו יאוש לחוד ולא נחשב זה לשינוי רשות, והתוס' דף ס"ז ד"ה אמר עולא כתבו טעם בזה וז"ל וטעמא נראה דלא חשיב שיטי רשות דעל כרחך נותנים לו עכ"ל התוס'.

ב) **ועיין** לחם משנה פ"ב מה' גזלה הלכה א' שהקשה על הרמב"ם שפסק דיאוש לחוד לא קני א"כ אמאי פסק בפ' ה' מהל' גזלה הל' י' לענין מוכסים ולסטים דכשנתנו לו חמור אחר אינו חייב להחזיר לבעלים רק שאם היה חסיד ומחמיר על עצמו יחזיר לבעלים הראשונים, והלא כיון דיאוש כדי לא קני מחויב הוא להחזיר לבעלים מדינא ולא ממדת חסידות יעו"ש בלח"מ מה שתירץ בזה.

ג) **והנה** רש"י פירש במתניתין דמשו"ה הרי אלו שלו מפני דמסתמא נתיאשו הבעלים מיד וקנה היאך ביאוש ושינוי רשות, והגאון ר' עקיבא איגר זצ"ל בגליון הש"ס הקשה ג"כ על רש"י והלא בגמ' משמע שאין זה נחשב רק ליאוש כדי ולא נחשב זה לשינוי רשות ואמאי פירש רש"י דהוי יאוש ושינוי רשות, ונראה לי לתרץ דהנה יש לדקדק לפירוש התוס' דס"ל שאין זה נחשב לשינוי רשות אלא ליאוש לחוד א"כ הוי ליה למימר דסבר יאוש כדי לא קנה ותו לא ומפני מה הוסיפה הגמ' התיבות האלה ומעיקרא באיסורא אתא לידיה והלא כמה סוגיות ואמוראים ס"ל יאוש כדי לא קני ולא נתנו שום טעם לדבריהם אמאי אין היאוש קונה רק בפ' מרובה דבעי הגמ' לדמות יאוש דגזלה ליאוש דאבדה דחיא הגמ' דלא דמיא לאבדה משום דבאיסורא אתא לידיה אבל שאר סוגיות ואמוראים דס"ל יאוש לא קני לא נתנו שום טעם לדבריהם אמאי אין היאוש קונה ומ"ש כאן שפירשה הגמ' טעם הדבר דמשו"ה אין היאוש קונה משום דמעיקרא באיסורא אתא לידיה, ועוד אם הגמ' באה לתת טעם מפני מה אין היאוש קונה היה לו לומר דמעיקרא באיסורא אתא לידיה ואז היה שפיר נתינת טעם בדבר, דמשו"ה לא קני ביאוש דמשום דבאיסורא אתא לידיה, אבל השתא דקאמר ומעיקרא משמע דמילתא באפי נפשה היא ולא נתינת טעם היא לומר מפני מה אין היאוש קונה אלא נתינת טעם היא דמשו"ה ס"ל להאי תנא דברייתא שאם נטל מחזיר לבעלים הראשונים ועל זה נתנה הגמ' שני טעמים א) קסבר יאוש לחוד לא קנה. ב) ומעיקרא באיסורא אתא לידיה וכן יש לדקדק על פירוש רש"י דבודאי מאי דאמרינן בכל מקום יאוש כדי פירושו הוא יאוש לחוד בלא שינוי רשות ובלא שינוי מעשה וכאן פירש"י יאוש כדי בלא שיטי מעשה ובלא נתינת דמים ואלו בלא שינוי רשות שייריה והוא תמוה, ונראה דהא דקי"ל, דיאוש עם שינוי רשות קני מוכרחין אנו לומר דגם היאוש עושה קנין קצת והשינוי רשות גומר את קנינו דאי הוה ס"ל דיאוש לא קני כלל בודאי לא היה מועיל גם השינוי רשות לקנותו, שהרי

שינוי רשות בלא יאוש ליכא למ"ד דקני א"כ צריך לומר דמאן דס"ל דיאוש ושינוי רשות קני הוא סובר דמקצת הקנין עושה היאוש ומקצת הקנין עושה השינוי רשות, וא"כ אי הוה ס"ל דיאוש לא קני כלל וכלל גם השינוי רשות לא היה מועיל כלל, והנה בההיא דנטלו מוכסין או לסטים את חמורו ונתנו לו חמור אחר, ס"ל לרש"י והרמב"ם דהוי יאוש ושינוי רשות ולא ס"ל כמו שכתבו התוס' דמשום דבע"כ נותנים לו לכן לא הוי שינוי רשות, רק ס"ל כפשטות הדברים דהוי יאוש ושינוי רשות א"כ הברייתא דס"ל שאם נטל מחזיר לבעלים הראשונים מוכרחין אנו לומר דסבירא לה שגם יאוש ושינוי רשות לא קנה לכן נותנת הגמ' טעם לזה משום דס"ל יאוש כדי לא קנה כלל פירוש שאין היאוש עושה שום קנין כלל לכן גם השינוי רשות אינו מועיל כלום משום דבאיסורא אתא לידיה פירוש דהוי כאלו אין שם יאוש כלל רק שינוי רשות לחוך לכן אינו מועיל כיון שהיאוש כדי לא קנה כלל וכמאן דליתיה דמי ושינוי רשות בלא יאוש ליכא למאן דאמר דקני לכן ס"ל לתנא דברייתא שיחזיר לבעלים הראשונים אבל תנא דמתניתין סבר דיאוש כדי קנה קצת לכן מועיל השינוי רשות לגמור את קנינו משו"ה ס"ל שהרי אלו שלו א"כ מיושב בזה קושית הלח"מ על הרמב"ם וקושית הגאון רעק"א על פירש"י כיון דבההיא דמוכסין ולסטים איכא באמת יאוש ושינוי רשות רק שהתנא דברייתא ס"ל דאפילו יאוש ושינוי רשות לא קנה משום שהיאוש כדי לא קנה כלל לכן אין בכח השינוי רשות לגמור את קנינו.

פרק יג

א) **וכבר** כתבנו לעיל פרק יוד אות ב' וה' שדעת הרמב"ן וסיעתו הוא שיאוש ברשותו לא מהני ודעת התוס' בפ' אלו מציאות הוא דמהני שפיר יאוש ברשותו, והנה הקצוה"ח סימן רנ"ט והנתיבות שם נחלקו בפירושו של יאוש ברשותו, דעת הקצוה"ח הוא שכל חצר של אדם או ביתו מקרי רשותו לעניין זה אע"ג שאין החפץ משתמר בו כגון המיחד ביתו לבית הכנסת ובית המדרש ונאבד לו איזה חפץ אין יאוש מועיל לו יען כי החפץ מונח ברשותו אע"ג שרבים מצוין שם בביהכ"נ ובביה"מ מ"מ מקרי ברשותו לכן הקשה הקצוה"ח על דברי הרמב"ן הנ"ל מהא דאמרינן בפ' אלו מציאות לענין תאנה הנוטה לדרך ומצא תאנים תחתיה שמועיל היאוש אע"ג שהתאנה עומדת ברשותו, וכן הקשה הקצוה"ח מהא דאמרינן בפ' אלו מציאות דף כ"ד המוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשים מהם כדס"ד דהגמ' שם ע"ש ובפ' ה' בנדרים דף מ"ח אמרינן דביהכנ"ס מקרי חצר השותפים אלמא דיאוש ברשותו מהני שפיר, וכן הקשה הקצוה"ח מהא דאמרינן בפ' השולח דף ל"ט נתיאשתי מפלוני עבדי

מועיל היאוש אע"ג דעבד מקרי לעולם ברשות רבו דיד עבד כיד רבו דמיא אלמא דיאוש ברשותו מהני שפיר ובכל אלו הדברים אין החפץ משתמר ברשותם שהרי בתאנה היא עומדת בצד הדרך שרבים מצוין שם וכן בבתי כנסיות ובתי מדרשות גם כן אין החפץ משתמר שם ואפילו הכי הקשה הקצוה"ח שלא יועיל היאוש למאן דס"ל יאוש ברשותו לא מהני.

ב) **אך** דעת הנתיבות שם בריש סימן רנ"ט ובסימן שע"א אינו כן רק דענין יאוש ברשותו ואינו ברשותו הוא כמו דקי"ל בגזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו לכן כל מה שנקרא אינו ברשותו לענין זה שאין הנגזל יכול להקדישו או למוכרו מקרי ג"כ אינו ברשותו לענין זה שהיאוש מועיל, וכל מה שנקרא ברשותו לענין זה שהנגזל יכול להקדישו או למוכרו מקרי נמי ברשותו לענין זה ואין היאוש מועיל לכן הוצרך הנתיבות שם לחדש דאבדה מקרי אינה ברשותו, ואין הבעלים יכולים להקדישה כשהאבדה מונחת על גבי קרקע כיון שהיא מונחת במקום שאינה משתמרת, וכן בכל מקום שהחפץ מונח במקום שאינו משתמר שהחפץ הוא אינו ברשותו ואין הבעלים יכולים להקדישו כמו בגזלה לכן מועיל היאוש, ובזה תירץ הנתיבות את קושיות הקצוה"ח הנ"ל דכיון שהתאנה מונחת במקום שאינה משתמרת לכן מקרי אינה ברשותו ואין בעל, התאנה יכול להקדישה ומקרי זה שאין החפץ ברשותו ומהני היאוש שפיר וכן בההיא דהמוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות כיון שהחפץ הוא במקום שאינו משתמר לכן מקרי אינו ברשותו והיאוש מועיל וכן בההיא דעבד כאשר נתיאשתי מפלוני עבדי מועיל ג"כ היאוש דאיירי בעבד שברח ואין העבד מקרי ברשותו וכן בסימן שע"א כתב ג"כ הנתיבות דיאוש ברשותו תליא ג"כ אי מקרי רשותו לענין להקדישו ולהפקירו או לא.

ג) **ולא** נהירין לי דברי הנתיבות דהנה נחלקו המפרשים בענין גזל בטעות אי מקרי דבר שאינו ברשותו או לא עיין קצוה"ח סימן שנ"ד ס"ק ד' שהביא מחלוקת הראשונים בזה, דעת התוס' רי"ד בקידושין פ' האיש מקדש דף נ"ה דגזל בטעות מקרי דבר שברשותו והבעלים יכולים להקדיש ולהפקיר דכיון שהגזלן בטעות גזל, ואלו היה יודע שאין החפץ שלו היה מחזירו לבעלים ולא היה מעכב בידו ממון שאינו שלו אע"ג דהשתא אינו יודע שהחפץ הוא גזול בידו ומעכב ממון אחרים בידו מ"מ כיון שאם היה יודע היה מחזירו לבעלים לכן מקרי החפץ ברשות הבעלים ויכולין להקדיש ולהפקיר, ובזה תירצו התוס' רי"ד קושית התוס' שהקשו בב"ק ובקידושין על הא דאמרינן שם לקח עבדים ובהמה טמאה במעות מעשר שני יאכל כנגדן בירושלים והקשו התוס' בב"ק דף

ס"ח בסוגיא דצנועין ובקידושין דף נ"ה איך יכול הלוקח לחלל המעות שביד המוכר והא הוי דבר שאינו ברשותו ותירצו דאתיא כההיא דצנועין דס"ל שאדם יכול לחלל דבר שאינו ברשותו והתוס' רי"ד תירץ כיון דמוקמינן שם בעם הארץ דלא ידע שאין מעות מעשר מתחללין על עבדים ובהמה טמאה ואלו הוה ידע המוכר שהמקח בטל היה מהדר המעות ללוקח לכן הוי גזל בטעות דמקרי דבר שברשות הבעלים להקדיש ולהפקיר כמו פקדון, ומזה שמעינן שהתוס' בב"ק ובקידושין שהקשו ג"כ על ההיא דעבדים ובהמה דהוי דבר שאינו ברשותו ותירצו דאתיא כההיא דצנועין ע"כ סבירא להו דאפילו גזל בטעות ג"כ הוי דבר שאינו ברשותו, ע"ש בקצוה"ח שהוכיח מדברי רש"י דב"ק דף ס"ט דס"ל ג"כ כדברי התוס' דגזל בטעות הוי ג"כ דבר שאינו ברשותו ממה שכתב רש"י לענין לקט קציר קמיירי שאין כל העניים בקיאין בהלכה ע"ש.

ד) **ובמקום** אחר הארכנו בזה בס"ד וכתבנו כי מחלוקת התוס' עם תוס' רי"ד תליא בפירושו של דבר שאינו ברשותו דהנה הא דקי"ל אין אדם יכול להקדיש ולהפקיר דבר שאינו ברשותו, וקי"ל דגזל מקרי דבר שאינו ברשותו ופקדון מקרי דבר שברשותו, נוכל לפרש שטעם החלוק הוא מפני דכיון שהחפץ הוא ביד הגזלן והוא ימנע את הבעלים מלעשות כרצונם לכן אינן יכולין להקדיש דילפינן מהא דכתיב איש כי יקדיש את ביתו קדש מה ביתו ברשותו היינו שיש ביד הבעלים לעשות כרצונם בביתם אף כל ברשותו לאפוקי גזל ולא נתייאשו הבעלים שאין ביד הבעלים לעשות בהחפץ שלהם כרצונם לכן אינן יכולים להקדיש, אבל פקדון יען שהנפקד לא ימנע להמפקיד מלעשות כרצונו וחפצו בהחפץ שלו לכן יכולים הבעלים שפיר להקדיש ולהפקיר, וגם יש לפרש שהטעם הוא דגזלה מקרי דבר שאינו ברשותו הוא מפני שיש לו להגזלן קנין קצת בהחפץ הגזול שהרי אם יתיאשו הבעלים יקנה ביאוש ושינוי רשות או יקנה אותה אם יעשה בה שינוי מעשה וכל זה הוא משום משיכת הגזילה כי אלו לא גזל לא היה קונה בשינוי מעשה רק דינו כשאר מזיק אם הזיקו בידים, וגם לא שייך שום יאוש ושינוי רשות בלא משיכת הגזלה, נמצא שהגזלן יש לו קנין קצת בהגזלה אשר גזל א"כ הקנין שיש להגזלן מגרע בזה את קנין הבעלים לכן אין הבעלים יכולים להקדיש משום דבעינן שיהא להבעלים קנין גמור אז יכולים להקדיש ולהפקיר אבל כיון שגזל ויש גם להגזלן קנין קצת לכן נגרע בזה קנין הבעלים ואינן יכולים להקדיש ולהפקיר

ה) א"כ תליא בזה דהתוס' רי"ד ס"ל דהא דקי"ל שאין אדם יכול להקדיש ולהפקיר דבר שאינו ברשותו הוא מפני קנין הגזלן שמגרע את קנין הבעלים לכן ס"ל דדוקא בגזלן דעלמא שאינו בטעות יש לו כח לגרע את קנין הבעלים מפני קנין הגזלן אבל בגזלן בטעות

אין לו כח לגרע את קנין הבעלים מפני שאין לו לגזלן שום קנין דקי"ל כל קנין שנעשה ע"י טעות נתבטל וכמאן דליתא דמי לכן ס"ל שהבעלים יכולים להקדיש אבל התוס' ס"ל דהא דקי"ל אין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו אין הטעם משום קנין הגזלן רק הטעם הוא מפני שאין הבעלים יכולים לעשות כרצונם בהחפץ שלהם לכן אע"ג שהגזלן הוא בטעות ואלו ידע שהחפץ הוא גזול בידו היה ציית דינא והיה מחזיר לבעלים מ"מ כיון דעכ"פ השתא לא ידע הגזלן שהחפץ הוא גזול בידו והנגזל אינו יודע את מקום הגזלן לבוא ולהגיד לו את מקומו והלכתו ובין כך ובין כך החפץ אינו ברשות הבעלים ואינן יכולים לעשות מאומה בהחפץ שלהם לכן מקרי דבר שאינו ברשותו, אע"ג שאין שום קנין להגזלן שהרי קנין בטעות חוזר ולא מיגרע קנין הבעלים מ"מ מקרי דבר שאינו ברשותו מפני שאין הבעלים יכולין לעשות מאומה בהחפץ הגזול בטעות.

ו) **א"כ** דברי הנתיבות הנ"ל מה שתלה יאוש ברשותו ואינו ברשותו להקדש והפקר ומה שנקרא דבר שאינו ברשותו לענין הקדש זהו מקרי ג"כ לפי דבריו דבר שאינו ברשותו לענין יאוש ומועיל היאוש, ומה שנקרא דבר שברשותו והבעלים יכולין להקדיש מקרי ג"כ לפי דבריו דבר שברשותו לענין יאוש ואין היאוש מועיל אין דבריו נראים דממה נפשך אליבא דמאן אמרה לשמעתיה אי אליבא דהתוס' רי"ד דס"ל דגזלן בטעות מקרי דבר שברשותו מפני שאין להגזלן שום קנין ולא מגרע את כח הבעלים א"כ לדידיה גם אבדה המונחת על גבי קרקע מקרי דבר שברשותו והבעלים יכולין להקדיש שהרי אין לשום אדם קנין בה כיון שלא זכה בה אדם ואמאי מועיל יאוש באבדה בכל מקום והלא הוי יאוש ברשותו, ובאמת כתב הנתיבות דאין הבעלים יכולים להקדיש את האבדה המונחת על גבי קרקע משום דהוי דבר שאינו ברשותו לכן מועיל היאוש אלמא שאין דבריו מכוונים אליבא דהתוס' רי"ד.

ז) **וכן** לשיטת התוס' ג"כ אין דברי הנתיבות נכונים שהרי לשיטת התוס' דס"ל שהטעם של דבר שאינו ברשותו הוא מפני שאין הבעלים יכולים לעשות מאומה בהחפץ שלהם מפני שהגזלן ימניע אותם ולא משום קנינו של הגזלן ולכן ס"ל להתוס' דגזל בטעות מקרי ג"כ דבר שאינו ברשותו, א"כ זה אתי שפיר דאבידה המונחת על גבי קרקע מקרי דבר שאינו ברשותו יען שאין הבעלים יכולים לעשות מאומה בהחפץ שלהם האבוד מהם ואינם יודעים מקומו איו לכן מועיל היאוש דלא מקרי יאוש ברשותו יען שאין ברשות הבעלים להקדיש ולהפקיר, אך זה עדיין לא אתי שפיר לדברי הנתיבות דא"כ אמאי ס"ל להרמב"ן דכשמצא אבידה שאין בה סימן לפני יאוש ואח"כ נתיאשו הבעלים אין היאוש מועיל משום שהמוצא נעשה שומר לבעלים וידו כיד הבעלים והוי יאוש ברשותו

שאינו מועיל, והלא כיון שאין הבעלים יודעים מי הוא המוצא את החפץ הזה ואינם יכולים לעשות מאומה בהחפץ האבוד א"כ יש לנו לומר שאין זה מקרי יאוש ברשותו רק יאוש שלא ברשותו מקרי, שהרי אין הבעלים יכולים להקדיש את החפץ הזה שהוא ביד המוצא ואין הבעלים יודעים מי הוא המוצא כמו שאין הבעלים יכולים להקדיש את החפץ כל זמן שהוא מונח על הארץ כי אין שום חלוק ביניהם כי קנין הבעלים בהחפץ לא מיגרע לא בזה ולא בזה היינו דבין כשמונח החפץ על גבי קרקע ובין כשמצא אחר ואין הבעלים יודעים מי מצא לא מיגרע קנין הבעלים, ואין הבעלים יכולים לעשות מאומה לא בזה ולא בזה, נמצא כי לפי שיטת התוס' רי"ד אידי ואידי מקרי דבר שברשותו והבעלים יכולים להקדישו, ולשיטת התוס' אידי ואידי מקרי דבר שאינו ברשותו ואין הבעלים יכולים להקדישו ובכל זאת לענין יאוש יש חלוק ביניהם כי באבדה המונחת על גבי קרקע מועיל היאוש ואבידה המונחת ביד המוצא אין יאוש מועיל לשיטת הרמב"ן אלמא דלא דמיין להדדי ודבר שאינו ברשותו ודבר שברשותו האמורים לענין הקדש והפקר לא דמיין לדבר שברשותו ואינו ברשותו האמורים לענין יאוש דלא כהנתיבות שהשוה אותם להדדי.

ח) **ולכאורא** יש להקשות על דברינו שכתבנו דלשיטת התוס' מקרי אבדה דבר שאינו ברשותו הן כשמונחת על גבי קרקע הן כשהיא ביד המוצאה יען, שאין הבעלים יכולים לעשות מאומה בהחפץ שלהם, א"כ אמאי אמרינן בפ' מרובה דף ס"ג הטוען טענת גנב באבדה משלם תשלומי ככל והלא קי"ל דבגונב דבר שאינו ברשותו להקדיש ולהפקיר ליכא כפל כדאיתא ב"ק דף ס"ט ר' יוחנן סתמא אחרינא אשכח דתנן אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל אמאי בשלמא לגנב ראשון לא משלם וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב אלא לבעלים נשלם אלא לאו ש"מ זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו עכ"ל הגמ' אלמא דבגונב דבר שאינו ברשותו ליכא ככל, וא"כ אמאי איכא כפל בטוען טענת גנב באבדה כיון דאבדה מקרי דבר שאינו ברשותו ואין הבעלים יכולים להקדיש ולהפקיר.

ט) **אך** באמת אין זה קושיא כלל דדוקא אבדה שאין הבעלים יודעים מי הוא המוצאה זה מקרי דבר שאינו ברשותו כיון שאין הבעלים יכולים לעשות מאומה בהחפץ שלהם האבד לכן אין הבעלים יכולים להקדיש ולהפקיר, אבל כשטוען טענת גנב באבדה מסתמא יש מי שיתבענו את האבדה, א"כ יודעים הבעלים התובעים מי הוא המוצאה וגם הוא מודה שמצאה רק שטוען שגנבה ממנו לכן לא הוי דבר שאינו ברשותו רק מקרי דבר שברשותו שהרי יש ביד הבעלים לעשות כרצונם בהחפץ האביד כיון שיודעים מי

מצאם לכן הוי דבר שברשותו והבעלים יכולים להקדישו לכן איכא כפל בטוען טענת גנב, ונהי דעכשיו כיון שטוען טענת גנב הרי אין ביד הבעלים לעשות מאומה בהחפץ שלהם ויש לנו לומר לכאורא דהוי דבר שאינו ברשותו מ"מ גם זה אין תימה שבאמת היה זה ברשותו אך שהגנב בעצמו עושה בגנבתו שהחפץ יהיה דבר שאינו ברשות הבעלים וכן מצינו בכופר בפקדון דמקרי אינו ברשותו כדאיתא ב"ק דף ע' דלא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפריה ואפילו הכי מחויב כפל בטוען טענת גנב בפקדון, אלא צריך לומר שצריך שהגנב יגנוב דבר שהוא ברשות הבעלים להקדיש על זה מחויב לשלם כפל אע"ג שאח"כ נעשה החפץ דבר שאינו ברשותו מ"מ הגנב גנב דבר שברשותו וכן הכופר בפקדון ובאבדה בעינן שיכפור דבר שהוא ברשות הבעלים להקדיש אע"ג שאח"כ נעשה הפקדון או האבדה דבר שאינו ברשותו מ"מ הכופר הרי כפר דיבר שברשות הבעלים לכן מחויב לשלם כפל.

י) **היוצא** מכל זה שכתבנו דדברי הנתיבות אינם נכונים כלל מה שתלה ענין יאוש ברשותו ואינו ברשותו ההיא דקי"ל אין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו אלא נראה דרשותו דבעינן לענין יאוש שלא יועיל לא תליא כלל ברשותו דבעינן לענין להקדישו, לכן אם אפילו נימא דדוקא גזל מקרי אינו ברשותו יען שיש להגזלן בהגזלה קנין קצת לקנותו בשינוי מעשה או ביאוש ושינוי רשות אבל אבדה כל זמן שהיא מונחת על גבי קרקע כיון שאין לשום אדם בה שום קנין שפיר מקרי דבר שברשותו לענין זה שהבעלים יכולים להקדישו ולהפקירו מ"מ מועיל יאוש באבדה ואם החפץ נעול בתיבתו ואינו יודע ממנו אף אם נימא דלענין הקדש מקרי אינו ברשותו מ"מ לענין יאוש מקרי ברשותו דלענין יאוש תליא אם היא אבודה ממנו או לא דהיינו אם החפץ הוא אבוד ממנו מקרי אינו ברשותו לענין זה ומועיל היאוש אע"ג שיוכל להקדישו, ואם החפץ אינו אבוד ממנו מקרי שהוא ברשותו ואין היאוש מועיל, ומיושב ג"כ קושיות הקצוה"ח מההיא דתאנה הנוטה לר"ה ומההיא דהמוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות כיון שהחפץ הוא במקום שאינו משתמר והוא אבוד ממנו אף אם נימא שיש ביד הבעלים עדיין להקדישו ולהפקירו מ"מ כיון שהחפץ הוא אבוד ממנו מקרי שפיר דבר שאינו ברשותו ומועיל היאוש, וכן כשהחפץ הוא נעול בתיבתו במקום המשתמר והבעלים שכחוהו ונתיאשו ממנו אף אם נימא שאין הבעלים יכולין להקדישו משום דהוי דבר שאיני ברשותו מ"מ לענין יאוש מקרי דבר שברשותו יען שהחפץ הוא במקום המשתמר ואינו אבוד ממנו.

יא) **ונראה** להסביר את דברינו שכתבנו דרשותו דבעינן לענין יאוש לא תליא רק באם החפץ אבוד ממנו או לא ולא תליא אם החפץ מונח בחצרו או לא כדברי הקצוה"ח וגם לא תליא אם יכול להקדישו או לא כדברי הנתיבות רק תליא אם הוא אבוד ממנו או לא, ומתחלה צריך להסביר את דברי הרמב"ן וסברתו דס"ל יאוש ברשותו לא מהני דבודאי הדבר צריך ביאור מ"ש דהפקר מהני אפילו ברשותו ויאוש אינו מועיל כשהוא ברשותו מ"ש יאוש מהפקר.

יב) **הנה** ידוע שיש חלוק בין יאוש להפקר, דהפקר ענינו הוא שהאדם מפקיר את חפציו מדעתו ומרצונו שאינו רוצה שנכסיו יהיו שלו וכן אמרינן אי אפשי הוי לשון הפקר, אבל היאוש הוא כהא דאמרינן בפ' אלו מציאות דף כ"ג דכשאמר ווי לחסרון כיס זהו לשון יאוש שמועיל באבדה, וענינו הוא אף על גב שהוא מיצר ודואג על אבדן ממונו שהרי כיון שהוא צועק ווי לחסרון כיס הרי גלי דעתיה דלאו מרצונו מתיאש רק בע"כ, מ"מ כיון שכבר הסכים בדעתו שלא לחפש עוד אחר חפציו ולא לדרוש עליהם יען שלא יועיל לו כל תחבלותיו כי זה פירושו של ווי לחסרון כיס היינו שלא יועילו לו כל התחבולות והחיפושים כי בודאי לא ימצאנו ונחה ושקטה רוחו ולבו מלחפש אחריו ולבקשו כיון שלא ימלאנו זהו ענין היאוש המועיל באבידה.

יג) **ולכאורה** הדבר תמוה אמאי יצא החפץ מרשות הבעלים כשאומרים ויי לחסרון כיס ואמאי יהיו כל ישראל מותרים ללוקחו אחר יאוש בשלמא בהפקר ניחא כיון שבעל החפץ אומר שאינו רוצה בחפץ שלו הדעת נותנת שכל ישראל יהיו מותרים בו כיון שבעל החפץ מדעתו ומרצונו מפקירו, אבל גבי יאוש כיון שבעל האבדה מצטער מאוד על איבוד ממונו רק שהסכים בדעתו שלא לחפש אחריו משום שלפי דעתו לא יועיל לו החיפוש א"כ תמוה במה יצא החפץ מרשות הבעלים ואמאי יהיו כל ישראל מותרים ללוקחו לעצמן.

יד) **ונראה** דהנה אמרינן בפ' אלו מציאות מנין לאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת שנאמר אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה הימנו ומצויה אצל כל אדם יצאה זו שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם מכאן אמרו המציל מן הארי ומן הדוב וכו' הרי אלו שלו הרי חזינן שאבדה ששטפה נהר או המציל מפי הארי התירה התורה לכל אדם ליקח לעצמו, שלא הזהירה התורה לישראל מליקח ממון שאינו שלהם רק כשהבעלים עדיין יכולים ליהנות ממנו ואין הממון אבוד מבעליו אבל כשהממון הוא אבוד מבעליו ואין הבעלים יכולים להשתמש בו כאבידה ששטפה נהר וכמציל מפי הארי דאם הוא

לא היה מציל גם כן היה הממון הולך לאיבוד והבעלים לא היו נהנים עוד מממונם ממון כזה התירה התורה לכל ישראל ליקח לעצמם אפילו אם הבעלים אינם מפקירים אותם.

טו) **וא"כ** כשנאבד חפץ מאדם יש מקום לומר תיכף שיהיו כל ישראל מותרים ליקח אותו לעצמם כי שמא לא היה בא החפץ ליד בעליו כיון שנאבד ממנו שמא ימצאנה אינש דלא מעלי או שמא לא ידע המוצאו למי להחזירו או שמא לא ימצאנה שום אדם רק יופסד ע"י גשמים ורגלי בהמה וכיוצא בהם ולסוף לא היה בא החפץ ליד הבעלים ודמיא לאבדה ששטפה נהר שהתורתה התורה, וגם יש מקום לומר דלא דמיא לאבדה ששטפה נהר שהרי יוכל להיות שימצאנה אינש מעלי וישיבנה לבעליו כדין אבדה אבל אבדה ששטפה נהר היא אבודה ממנו ומכל אדם כיון שנפלה במעלות ים ובודאי לא יבוא החפץ עוד ליד הבעלים, משא"כ באבדה סתם אפשר שהיה בא עדיין ליד הבעלים, לכן פסקה התורה דינה באופן זה שאם הבעלים לא נתיאשו עדיין היינו שלא החליטו בלבבם שהיה להם חסרון כיס רק לבם הומה וחושבים שעדיין ימצאו אבדתם ומשתדלים ומתעסקים לחפש ולדרוש אחרי חפציהם, החזיקה התורה כי מסתמא ימצאו את שלהם ואינה דומה לאבדה ששטפה נהר כי הממון בודאי יבוא לידם אחרי החיפוש והדרישה, משא"כ אם נתיאשו הבעלים היינו שהחליטו בדעתם שהיה להם חסרון כיס ואין להם עוד מה לחפש ולחקור אחרי החפץ שלהם החזיקה התורה שבודאי לא ימצאו הבעלים את החפץ שלהם כיון שלא יחפשו עוד ולא ישתדלו למצא אותם, ובודאי לא יבא החפץ לידם והרי זה דומה לאבדה ששטפה נהר שהתורה התירתה כיון שלא יבא עוד הממון ליד הבעלים ובאבדה נאמר והיה עמך עד דרוש אחיך אותו א"כ ממילא שמעינן כשאין דורש ומבקש לא יבוא הממון ליד בעליו, נמצא לפי זה שהיאוש מצד עצמו אין לו כח לנתק ממון הבעלים מידם כיון שהיאוש הוא בעל כרחם ואינו דומה להפקר שהוא מדעת הבעלים ומרצונם, רק שהיאוש מועיל לגמור את האבדה שתהא אבודה ממנו לגמרי כאבדה ששטפה נהר, כי בלא היאוש לא נגמרה עדיין האבדה ואינה אבודה ממנו לגמרי אבל היאוש בעצם אינו מועיל כלום.

טז) **ולכן** מה מאוד צדקו דברי הרמב"ן דס"ל יאוש ברשותו אינו מועיל כלום, כיון דהיאוש מצד עצמו אינו מועיל כלום להוציא מרשות הבעלים כיון שבעל החפץ עומד ומצטער על אבדן חפיציו ואומר וויי לה לחסרון כיס איך יצא מרשותו רק טעמא דיאוש הוא דכיון שנתיאש מלחפש אחר חפציו נעשית האבדה כאבדה ששטפה נהר, א"כ לא שייך לומר כן רק בהחפצים שנאבדו ממנו באמת אז מועיל היאוש לגומרו לעשותו כאבדה ששטפה נהר, אבל החפצים אשר מעולם לא נאבדו ממנו כלל רק הם מונחים

בביתו וברשותו במקום המשתמר אין היאוש מועיל כלל לגמור את אבידתו ולעשותו כאבידה ששטפה נהר, שהרי אם אפילו לא יחפש אחריהם כלל ג"כ לא ילכו לאיבוד כיון שהם מונחים בביתו וברשותו נעולים בתיבתו, א"כ אמאי יועיל היאוש.

יז) **א"כ** שמעינן מזה דהא שכתב הרמב"ן דיאוש ברשותו הני היינו דוקא כשהחפץ מונח ברשותו בטח כגון נעולה בתיבתו שאין יד שום אדם שולטת בו ללוקחו לעצמו זה מקרי יאוש ברשותו יען כי אז אין החפץ אבוד ממנו אפילו אם יתיאש לחפש אחריו יהא החפץ מונח במקומו עד שיבוא בעל החפץ ויטול את שלו, לכן אין היאוש מועיל אע"ג שאם נימא שאם הקדישה אינה מקודשת משום שאין בעל החפץ יכול לעשות בו כל חפצו ומקרי אינה ברשותו לענין להקדישה ולהפקירה מ"מ לענין יאוש מקרי זה ברשותו כיון שאין אבוד ממנו כלל דלא כהנתיבות דס"ל דאינו ברשותו של הרמב"ן לענין יאוש הוא כמו אינו ברשותו של ענין להקדישה ולהפקירה.

יח) **אבל** המיחד ביתו לביהכנ"ס ולבית המדרש ואבד שם חפץ אע"ג שהבית הכנסת וביהמ"ד רשותו הם, מ"מ מועיל היאוש שם כיון שאם לא יחפש אחריו ילך לאיבוד, והיאוש הוא הסכמתו שמסכים וגומר בלבו שלא לחפש עוד אחרי חפציו, לכן שפיר היי יאוש שהרי ע"י היאוש גומר את איבודו של האבדה ועושהו כאבידה ששטפה נהר לכן ניחא ומתורץ קושית הקצוה"ח מהא דהמוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות ומההיא דתאנה דכיון שהחפצים מונחים במקום שאינם משתמרים ואם נתיאשו הבעלים ילכו לאיבוד לכן מועיל היאוש כנ"ל ואפילו אם נימא דיכול להקדיש ולהפקיר כל זמן שהחפץ מונח על גבי קרקע ומקרי לענין זה דבר שברשותו מ"מ לענין יאוש מקרי זה דבר שאינו ברשותו ומועיל היאוש שפיר.

יט) **ודע** שהקצוה"ח ריש סימן רנ"ט יען שהקשה על דברי הרמב"ן דס"ל יאוש ברשותו לא מהני מההיא דתאנה הנוטה לרה"ר ומההיא דהמוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות ומההיא דנתיאשתי מפלוני עבדי לכן רצה הקצוה"ח להעמיס כונה אחרת בדברי הרמב"ן ולומר דיאוש ברשותו מהני לדברי הרמב"ן ומה שכתב הרמב"ן שאי אפשר לקנותו ביאוש משום שידו כיד הבעלים היינו דכיון שהשומר אינו מתיאש שהרי היא תחת ידו וידו כיד הבעלים א"כ יאוש דבעלים לא מהני עכ"ל ע"ש. וזהו דברים שאין להם טעם כלל דאף שכתבנו לעיל לענין כשעכו"ם הפקיד חפציו אצל, ישראל ונאבד ממנו ומצאו ישראל אחר מחויב בהשבה משום אחריות הישראל וכן אם ראובן הפקיד חפץ אצל שמעון ונאבד מידו וראובן נתיאש ושמעון הנפקד לא נתיאש וכתבנו לעיל שאין יאוש הבעלים מועיל כלום משום אחריותו של שומר, היינו דוקא התם כשמצאה

ישראל אחר אבל בנידון דידן שהשומר מצאה והבעלים נתיאשו אמאי אין היאוש מועיל אם נימא דיאוש ברשותו מהני ואיזה מגרעת היא זאת מה שכתב הקצוה"ח שהשומר לא נתיאש והלא אין אנו דנין שיקנה אדם מן השוק רק אנו דנין שהשומר בעצמו יקנה וכיון שהשומר בעצמו לא נתיאש כ"ש וכ"ש שיש לנו לומר שהשומר יקנם דבודאי אם היינו דנין שאדם מן השוק יקנה בשביל שנתיאשו הבעלים אז היה מקום לומר דכיון שהשומר אינו מתיאש א"כ יאוש דבעלים לא מהני אבל כיון שאנו דנין על השומר שהוא יקנה א"כ לגבי דידיה ליכא מגרעת מה שהוא לא נתיאש וידו כיד הבעלים, אלא נראה עיקר כדברי כל המפרשים שפירשו את דברי הרמב"ן כפשוטו דס"ל דיאוש ברשותו לא מהני.

כ) **כבר** כתבנו לעיל שדעת התוס' דב"מ דף כ"ו שיאוש ברשותו מהני ממה שכתבו שם ד"ה וניזיל בתר בתרא דאין בעל הבית מתיאש מה שמפסיד בביתו כסבור שימצאנו היום או למחר, דמשמע דוקא משום שאינו מתיאש אבל אי מתיאש שפיר מהני היאוש אע"פ שהוא ברשותו והנה הנתיבות סימן רנ"ט כתב וז"ל ולפי זה אין ראיה ג"כ מדברי התוס' הנ"ל דשם ג"כ האבדה בחצר שאינה משתמרת דלא מיבעיא בג' נכרים ודאי דמקרי אינו משתמר אלא אפי' בג' ישראלים מכל מקום מקרי אינה משתמרת עכ"ל הנתיבות, אך המעיין שם בגמ' יראה שדברי הנתיבות תמוהים הם דדוקא לפי המסקנא מוקמינן כן שעשה פונדק לשלשה ישראל או לשלשה עכו"ם אבל התוס' אזלי השתא לפי ס"ד של הגמ' דמקשה וניזל בתר בתרא ופירשו התוס' שהוא הבעל הבית שנשאר בבית באחרונה לאחר שיצאו השוכרים מן הבית ונשאר הוא לבדו בבית וכיון דאירי שאין אחר דר עמו א"כ בודאי מקרי החצר חצר המשתמרת דאין לך משתמר גדול מזה מה שהוא לבדו בביתו, ובכל זאת הוצרכו התוס' לומר דמשום הכי האבדה הוי של בעל הבית משום שאינו מתיאש דסבור ימצאנו היום או מחר, אלמא דס"ל להתוס' דיאוש ברשותו נמי מהני דלא כהנתיבות רק כדברי השאר מפרשים דס"ל שדעת התוס' הוא דיאוש ברשותו מהני.

פרק יד

א) **כתב** בתרומות הדשן סימן ש"י ומביאו הרמ"א סימן רס"ח סעיף ג' ואם סוחר אחד מביא סחורה בזול לחצרו של שמעון ובא שמעון ואמר תקנה לי חצרי ובא ראובן אח"כ ולקחה י"א דזכה ראובן דמאחר שאינה מציאה גמורה כי בעל החצר צריך לקנותה לא זכתה לו חצרו וי"א דזכה בעל החצר, ואם אח"כ בא סחורה לחצרו של ראובן ואמר תקנה לי חצרי וקנאה שמעון וראובן אינו רוצה ליתן הסחורה לשמעון כי אמר שחצרו קנה לו ושמעון טוען ממה נפשך תתן לי הסחורה הראשונה או השניה אם כבר נפסק

הדין במעשה הראשון א"כ הוי המעשה השני לחוד והמוציא מחבירו עליו הראיה אבל אם לא נפסק הדין בראשונה עד שאירע מעשה שני צריך ראובן ליתן לשמעון סחורה אחת ממה נפשך עכ"ל הרמ"א שם והתרומת הדשן יליף לה האי מילתא מפ' החולץ דף ל"ז לענין ספק ויבם שבאו לדון בנכסי מיתנא דהוי ממון המוטל בספק וחולקין, ואם אחר כך באו הספק ובני יבם לחלוק בנכסי יבם וטען הספק ממה נפשך אי בר יבם אנא תנו לי חלק עמכם כי אחי אתם ואם בר מיתנא אנא תנו לי המחצית שנטל היבם מנכסי אבי מחמת שטען שאין אני בר מיתנא רק בנו שהוא בן היבם, ואיתא שם ר' אבא אמר רב קם דינא ר' ירמיה אמר הדר דינא ופסקו הפוסקים כר' אבא דקם דינא וכתבו התוס' שם וז"ל אמר ר' אבא קם דינא דוקא בתר דפלג אבל מקמי דפלג לא עכ"ל התוס' וכן כתב רש"י וז"ל קם דינא אחר שנעשה דין בנכסי המת אין זה יכול לחזור ולערער עליהם עכ"ל אלמא דלאחר שנפסק הדין אין לטעון טענת ממה נפשך, אלא אמרינן קם דינא, והטעם לזה כתב התדה"ד מביאו הט"ז סימן רס"ח וז"ל ונראה הטעם דודאי הסברא היא לעולם דשקיל הספק ממה נפשך אלא היכא דכבר פליג ע"פ הדין אסח דעתיה מיניה ומתיאש מאותו חלק דשקיל יבם ונעשה כממונו אם כבר נפסק דזה אותו א' שלקח בחצר חברו מההיא שעתא אסח בעל החצר דעתו מזה עכ"ל, וכן כתבו הקצוה"ח סימן ל"ג ס"ק ב' והנתיבות סימן שע"א בשם התה"ד דמשום יאוש בעלים נגעו בה מה דאמרינן קם דינא יעו"ש.

ב) **והנה** הנתיבות סימן שע"א הקשה על זה והלא קי"ל שאין יאוש מועיל בקרקע א"כ אמאי נימא קם דינא בקרקע כיון שהוא מטעם יאוש לדעת התה"ד ע"ש בנתיבות שתירץ שהטעם דאמרינן שאין יאוש מועיל לקרקע הוא משום דיאוש ברשותו לא מהני שהקרקע למולם עומדת ברשות הבעלים וז"ל שם ואבידת קרקע לא משכחת דהארץ לעולם עומדת ולפי"ז בחד דאתי מכח ארבעה [בדין מי שהלך למדינת הים ונאבדה דרך שדהו דאמרינן בכתובות דף ק"ט יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר ואוקמינן בגמ' דמיירי בחד דאתי מכח ארבעה] שפיר כתב התה"ד דקנאו מטעם יאוש דבב"מ גבי מסותא אמרו דכל דליכא עדים בקרקע גזולה דאינו יכול להקדישה דחשיב שאינו ברשותו משום דהוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים וכיון דחד דאתי מכח ארבעה כשהיתה הקרקע עומדת תחת הארבעה לא היה יכול להוציאו בדיינין מהני יאוש עכ"ל הנתיבות שם, ודבריו לא נהירין מכמה טעמים א) מה שתלה הנתיבות הטעם דקי"ל יאוש בקרקע אינו מועיל הוא משום דקי"ל יאוש ברשותו לא מהני, אין דבריו נראין שהרי רש"י ותוס' כתבו בסוכה דף ל' דמקראי נפקא לן שאין יאוש מועיל בקרקע, אלמא

שהוא מטעם גזרת הכתוב ולא מסברא שמעינן ליה משום דיאוש ברשותו לא מהני, וכן כתב הרשב"ם בב"ב דף מ"ד וז"ל דאין יאוש ושינוי רשות מועיל בקרקע דקרקע אינה נגזלת והוא ג"כ כפירוש רש"י ותוס' דסוכה הנ"ל דמקראי דילפינן שהקרקע אינה נגזלת משם ידעינן ג"כ שאין היאוש מועיל בקרקע ולא כדברי הנתיבות דמשום דלא מהני יאוש ברשותו לכן לא מהני יאוש בקרקע רק דמגזרת הכתוב שידעינן שהקרקע אינה נגזלת משם למדנו שאין יאוש מועיל בקרקע.

ג) **ותדע** שכן הוא שהרי התוס' בב"מ ד' כ"ו ד"ה וניזל בתר בתרא ס"ל דיאוש ברשותו מהני כמו כתבנו לעיל ובסוכה ד' ל' כתבו התוס' בהדיא שאין יאוש מועיל בקרקע וכן בב"ב ד' מ"ד איסתפקא להו להתוס' אי מועיל יאוש בקרקע אי לא אלמא דלא תליין הא בהא ויאוש ברשותו אינו ענין ליאוש בקרקע ואפשר ליסבור דיאוש ברשותו מהני ויאוש בקרקע לא מהני דלא כהנתיבות דס"ל דדין יאוש בקרקע תלוי בדין יאוש ברשותו.

ובעציץ נקוב אי מהני בו יאוש אי לא יהא תלוי בזה דלפי דברי רש"י ותוס' והרשב"ם שכתבו דטעמא דיאוש בקרקע לא מהני הוא מטעם גזרת הכתוב דמקרא דילפינן שהקרקע אינה נגזלת ילפינן ג"כ שאין יאוש מועיל בקרקע א"כ לדידהו אינו מועיל היאוש גם לענין עציץ נקוב כיון שדינו כקרקע לכל דבר ואימעט מקרא שאינה נגזלת לכן גם היאוש אינו מועיל לו כלום, אבל לדברי הנתיבות שכתב הטעם שאין יאוש מועיל לקרקע הוא משום דיאוש ברשותו לא מהני, א"כ לא שייך יאוש ברשותו אלא בקרקע עולם דאי אפשר להזיזה ממקומה ולעולם הארץ ברשות הבעלים עומדת מה שאין כן בעציץ נקוב שאפשר להזיזו מרשות הבעלים ולהעתיקו אל מקום אחר לכן מועיל שפיר היאוש שהרי אינו עוד ברשות הבעלים, ונהי שדינו כקרקע לכל דבריו לענין אונאה ושבועה וכיוצא בהם מ"מ לענין יאוש לא הוי כקרקע כיון שאינה ברשות הבעלים והיאוש אשר הוא שלא ברשות הבעלים שפיר הוי יאוש.

ד) **ועוד** לא נהירין דברי הנתיבות במה שכתב דמשו"ה כתב התה"ד שמועיל היאוש בקרקע בההיא דק דינא דפ' החולץ ד' ל"ז וההיא דאדמון ורבנן בכתובות ד' ק"ט משום דכיון שאינו יכול להקדישו משום שאינו יכול להוציאו בדיינים לכן הוי כדבר שאינו ברשותו לכן מועיל היאוש כיון דלא הוי יאוש ברשותו, גם בזה לא נראין דבריו כמו שכתבנו לעיל דהרשות דבעינן לענין יאוש לא תליא מידי בהרשות דבעינן לענין שיכול להקדיש ולהפקיר, כי הרשות דבעינן לענין יאוש לא תליא רק אם החפץ הוא אבוד מן הבעלים אז מקרי שאינו ברשות הבעלים ומועיל היאוש שפיר אפילו אם נימא דלענין להקדיש ולהפקיר מקרי רשותו ויכול להקדיש ולהפקיר לפי שאבדה אינה דימה לגזלה

שהנגזל אינו יכול להקדיש ולהפקיר לפי שיש לו להגזלן קנין קצת בהחפץ משא"כ באבדה המונחת על גבי קרקע שאין לשום אדם קנין בה לכן יכולים הבעלים להקדיש ולהפקיר דמקרי רשותם מ"מ לענין יאוש מקרי זה אינו רשותו ומועיל היאוש שפיר ואם החפץ אינו אבוד מן הבעלים מקרי שהחפץ הוא ברשות הבעלים ואין היאוש מועיל לו אף אם נימא שאין כח ביד הבעלים להקדישו ולהפקירו מפני שאינם יכולים לעשות מאומה בהחפץ האבוד ומקרי לענין זה אינו ברשות הבעלים מ"מ לענין יאוש מקרי שפיר רשות הבעלים והוי יאוש ברשותו ולא מהני מידי כמו שהארכנו בזה לעיל לענין יאוש ברשות במטלטלין.

ונחזי אנן אם שייך אבדה בקרקעות או לא דיש מקום לומר דלא שייך אבדה בקרקעות שהרי הקרקע עומדת לעולם ברשות הבעלים מפני שאי אפשר להזיזן ממקומם כמו שכתב הנתיבות ואע"פ שאפשר להזיז הבעלים מאדמתם ולגרשם לארץ אחרת מ"מ כיון שאי אפשר להזיז הקרקע ממקומה לכן לא שייך אבדה בקרקעות ולא איכפת לן כלל מה שהבעלים נוזזים מקרקעותיהם א"כ קשה אמאי מועיל היאוש גם בההיא דפרק החולץ ובההיא דאדמון ורבנן דאמרינן קם דינא שהרי כיון דיאוש ברשותו לא מהני גם שם מקרי ברשותו דנהי שאין הבעלים יכולים להקדישו משום שהוא דבר שאינו יכול להוציאו בדיינים מ"מ כיון דעכ"פ לא הזיזו הקרקע ממקומה עדיין הוי ברשותו, ולא איכפת לן כלום מה שהזיזו את הבעלים מקרקעם כיון דכלל הוא בידינו שכל זמן שאין מזיזין את הקרקע ממקומה נקראת הקרקע עומדת ברשות הבעלים אע"פ שהזיזו את הבעלים מנחלתם מ"מ מקרי ברשות הבעלים, א"כ מאי נפקא מינה מאיזה סבה הזיזו את הבעלים מנחלתם אם הוא ע"י אנסים ולסטים או אם הוא ע"י שהבעלים והמוחזק בו בנחלתם אינם יודעים של מי הוא הקרקע, ומחמת הספק אי אפשר להוציאו מידו, ואיזה סברא היא לחלק ביניהם ולומר שהמגורש מנחלתו ע"י אנסים ולסטים מקרי שהקרקע היא ברשותו והמגורש מנחלתו מחמת שאינו ידוע מי הוא המשתמש בקרקע שלו וגם המוחזק אינו יודע של מי הוא הקרקע מקרי שהקרקע היא אינה ברשותו, והלא לענין מטלטלים כשמזיזים את החפץ מיד הבעלים ג"כ מקרי אינו ברשותו בכל ענין אפילו אם הזיזו אנסין ולסטים.

ואם נאמר דמשו"ה מועיל היאוש בההיא דתה"ד, משום דגם לענין קרקע שייך אבדה דכיון שהוא מזיז את הבעלים מנחלתם הרי הקרקע אבודה ממנו, א"כ יועיל היאוש גם באנסים ולסטים דכיון שהקרקע היא אבודה ממנו לא מקרי יאוש ברשותו ויש להועיל היאוש בקרקע ואמאי כתבו הפוסקים שאין יאוש מועיל בקרקע היכא שגזלו ממנו

אנסיה ולסטים, סוף דבר דלפי מה שהוכחנו לעיל לא תליא בדבר אם יכול להקדישו או לא רק תליא אם הוא אבוד ממנו או לא.

ה) **עוד** לא נהירין דברי הנתיבות מה שכתב שהקרקע שאינו יכול להוציאו בדיינים אינו יכול להקדישו דהוי כמו דבר שאינו ברשותו במטלטלין שאין הנגזל יכול להקדישו, לא נראו דבריו דחלוק גדול יש ביניהם דבדבר שאינו ברשותו מותרים כל ישראל ליהנות מן החפץ הזה שהקדישו נגזל ביד הגזלן ואין בהחפץ דין מעילה כלל ואפילו הגזלן בעצמו שיודע שהחפץ הוא של הנגזל מ"מ רשאי ליהנות מן החפץ הזה יען שהנגזל לא היה בידו להקדיש את החפץ כל זמן שהיה ביד הגזלן מפני שהוא דבר שאינו ברשותו משא"כ דבר שאינו יכול להוציאו בדיינים מה שאין ההקדש חל הוא מפני דהוי שאינו שלו ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, אבל הגזלן בעצמו שיודע שהחפץ הוא של המקדיש הוא אינו רשאי ליהנות מהחפץ הזה, אע"ג דבשעה שהקדישו הבעלים לא יכלו להוציאו בדיינים מ"מ כיון דבאמת החפץ הוא של המקדיש לכן הוי הקדש וכן אם הודה הגזלן אח"כ שהחפץ הוא של המקדיש חייל ההקדש למפרע יען כי המגרעת של הא דאינו יכול להוציאו בדיינים אינו מגרעת מצד עצמו כמו דבר שאינו ברשותו רק הוא חסרון מצד שאינו שלו לכן כיון שנתברר הדבר אח"כ שהחפץ הוא של המקדיש חייל ההקדש למפרע וכל ישראל אסורים ליהנות עוד מהחפץ הזה עיין לשון הרמב"ם פ"ו מהל' ערכין הלכה כ"ב וכ"ג ובשו"ע יו"ד סימן רנ"ח ס"ז ותראה כי כדברי כן הוא דהמגרעת והחסרון של הא דאינו יכול להוציאו בדיינים אינו חסרון בפני עצמו רק שאם אינו יכול להוציאו בדיינים אין ההקדש חל משום דהוי דבר שאינו שלי, ודוק היטב הגהה ונראה דזהו כוונתו של הגאון המחבר דבגמ' איתא כל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש והרמב"ם והשו"ע שינו לשון הגמ' וכתבו בזה הלשון דאם יכול להוציאו בדיינים הקדישו קדוש ואם איתא דזהו דין ומילתא באפי נפשיה דאם אינו יכול להוציאו בדיינים והקדישו ואח"כ הודה הגזלן אינו קדוש היה להם להפוסקים לכתוב הדין בפירוש דאם אינו יכול להוציאו בדיינים דאינו קדוש דליהוי משמע בכל גונא. המסדר אש"ל].

ו) **וכיון** דמצד עצמו יכול אדם להקדיש דבר שאינו יכול להוציאו בדיינים ואסור החפץ על הגזלן ולכל מי שמאמין לו להנגזל שהוא שלו ואולי גם לשאר בני אדם אסור מספק ליהנות א"כ אף אם נניח כדברי הנתיבות דדבר שאינו ברשותו לענין יאוש תליא בדבר שאינו ברשותו דהקדש וכל מה שנקרא דבר שאינו ברשותו ואין הבעלים יכולים להקדישו מקרי גם כן דבר שאינו ברשותו לענין יאוש ומועיל היאוש שפיר מכל מקום

בההיא דתה"ד לענין קרקעות יש לנו לומר שלא יועיל היאוש כיון דהוי דבר שברשותו לענין להקדישו דנהי שהבעלים לא היו יכולים להקדישו משום שלא היו יכולים להוציאו בדיינים מ"מ כיון שאין זה חסרון מצד עצמו רק מצד דהוי דבר שאינו שלו לכן כיון דאח"כ מתברר הדבר דשלו הוא שפיר חייל ההקדש ומקרי למפרע דבר שברשותו שיכלו הבעלים להקדיש ולהפקיר לכן בדין הוא שלא יועיל היאוש משום דהוי יאוש ברשותו ואפילו לדעת הנתיבות ג"כ בדין הוא שלא יועיל היאוש.

ז) **עוד** יש להקשות על דברי התה"ד והנתיבות שכתבו דההיא דאדמון ורבנן הוא משום יאוש והלא הוי יאוש שלא מדעת דתנן כתובות דף ק"ט ויבמות דף ל"ז מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו אדמון אומר ילך בקצרה, וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר, ומוקמינן לה בחד דאתא מכח ארבעה היינו שמתחלה החזיקו ארבעה אנשים בארבע רוחותיו ואח"כ מכרום הארבעה האנשים האלה לאדם אחד ומשמעות הדברים הוא דבשעה שבא ממדינת הים כבר מצא הארבעה השדות ביד אדם אחד דמצי למימר ליה ממה נפשך דרכי גבך הוא ואין לו עכשיו מה להתייאש, והיאוש לא היה רק מתחלה כשהיו הארבעה השדות ביד ארבעה בני אדם אשר כל אחד היה בידו לדחותו ואז היה בכל הדרך במדינת הים ולא ידע מאומה אם אבדה דרך שדהו או לא, רק דאנן סהדי כי אלו היה יודע שדרכו הוא ביד ארבעה בני אדם היה מתיאש וא"כ זהו יאוש שלא מדעת שנחלקו בו אביי ורבא וקי"ל דלא הוי יאוש, עיין בפוסקים ובחו"מ סימן רמ"ח דלא אישתמיט ליה לשום פוסק לומר דאיירי דוקא כשידע בעל הדרך שנאבדה דרכו בשעה שנאבדה ביד ארבעה בני אדם, רק כל הפוסקים סתמו את דבריהם ואמרו דבחד דאתא מכח ארבעה לא יכול לומר ממה נפשך דרכי גבך הוא, א"כ משמע שאפילו אם לא ידע בעל הדרך שנאבדה דרכו עד שבא ממדינת הים ג"כ דינא הכי ואמאי הלא הוי יאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש,

ח) **ועוד** הקשה התומים בסוף קיצור תקפו כהן וז"ל הטעם דנתן תה"ד לכך קם דינא משום יאוש בעלים הוא בעיני דחוק ביתום קטן דלאו בני מחילה נינהו וכדומה מאי איכא למימר עכ"ל התומים שם והיא ג"כ קושיא עצומה על דברי תה"ד דאתי עלה מכח יאוש והלא אין מועיל בקטן.

ט) **והנה** אף שאין ספר תה"ד מצוי אצלי כעת לעיין בו בכל זאת כפי שראיתי בדברי האחרונים שהביאוהו נוכחתי לדעת כי דברי הנתיבות בזה מה שכתב בשם תה"ד כי האי מילתא דאדמון ורבנן הוא מטעה יאוש בעלים נגעו בה, לאו בפירוש אמרה התה"ד אלא מכללא איתמר היינו כי התה"ד כתב בנידון דידיה (שהביאו הרמ"א סימן רס"ח

שהעתקנו לעיל) בראובן ושמעון שהיה ביניהם דין בעסק מקח בזול שהוא ספיקא דדינא ומתחלה זכה בה ראובן מחמת ספק שהיה מוחזק ואח"כ אירע המעשה להיפוך ובא שמעון לטעון טענת ממה נפשך תן לי הסחורה הראשונה או השניה, ופסק שם התה"ד שאם כבר נפסק הדין במעשה הראשון הוי מעשה השני לחוד מפני שכבר אסחו הבעלים דעתייהו מינייהו ומתיאשי והמוציא מחבירו עליו הראיה ומביא התה"ד ראי' לזה מההיא דפ' החולץ דף ל"ז, דאמרינן קם דינא והמוציא מחברו עליו הראיה משום דכיון שכבר חלקו הנכסים ע"פ הדין אסח דעתיה מיניה ומתיאש מאותו החלק דשקיל ובם ונעשה כממונו ע"כ דברי התה"ד, והנה ביבמות בפ' החולץ רצה הגמ' לדמות האי מחלוקת דר' אבא ור' ירמי' דפליגי בספק ויבם וכו' אם קם דינא או לא למחלוקת אדמון ורבנן דפליגי במי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו אם אין לו דרך ויפרח באויר או יקח לו דרך במאה מנה, או יש לו דרך וילך לו בקצרה והגמ' דחי להא אוקימתא ע"ש וסבר הנתיבות כי כמו במחלוקת דר' אבא ור' ירמיה הוא משום יאוש בעלים כ"כ מחלוקת דאדמון ורבנן בההיא דאבדה דרך שדהו איירי ג"כ באופן זה ומשום יאוש בעלים נגעו בה שהרי הגמ' מדמה להו אהדדי אך באמת אין הדבר כן כאשר יבואר לפנינו בס"ד.

י) **והנה** הש"ך בסוף ספרו תקפו כהן הקשה על התה"ד דס"ל דלא אמרינן קם דינא רק היכא שנפסק דינו מתחלה ע"פ ב"ד והלא בגמ' מדמה ליה לפלוגתא דאדמון ורבנן ומשמעות המשנה והגמ' הוא דכשבא זה ממדינת הים כבר מצא שהארבעה השדות מן ארבעה האנשים כבר היו נמכרים לאדם אחד ומעולם לא ירד לדין עם ארבעה המוכרים א"כ אמאי נימא קם דינא ע"ש בש"ך דמשום הקושיא הזאת חולק על התה"ד.

ובאמת הרשב"א הקשה ג"כ על פירש רש"י דס"ל דלא אמרינן קם דינא רק היכא שחלקו את הנכסים מתחלה ע"פ ב"ד והלא בההיא עובדא דאדמון ורבנן לא היה שום חלוקה ושום ד"ת עם ארבעה המוכרים ולא זכו המוכרים בהדרך ע"פ הדין א"כ אמאי מדמי לה להאי מילתא דר' אבא ור' ירמיה שנחלקו אי אמרינן קם דינא או לא, והלא היכא שלא זכה ע"פ הדין כולי עלמא ס"ל דלא אמרינן קם דינא, ע"ש בדברי הרשב"א דמשום קושיא זאת רוצה לחלוק על דברי רש"י ותוס' ורוצה לומר דאפילו לא היה דין ביניהם כלל אמרינן ג"כ קם דינא.

יא) **ולי** תימה עוד על דברי הגמ' מאי מדמי הגמ' האי פלוגתא דאדמון ורבנן לפלוגתא דר' אבא ור' ירמיה, היינו דמאן דסובר דאמרינן קם דינא בהאי מילתא דר' אבא ור' ירמיה גבי ספק ויבם יסבור ג"כ דאמרינן קם דינא בהאי מילתא דאדמון ורבנן גבי אבדה דרך

שדהו, והלא חלוק גדול יש ביניהם דודאי בההיא דספק ויבם יש מקום לומר שנתייאש ואסח דעתיה מלתבוע החצי השני כיון שהוא ספק בן תשעה לראשון או בן ז' לאחרון והספק הוא לכל העולם ואינו יושב ומצפה שיביא עדים שהוא בר מיתנא ויזכה בכל הנכסים וכיון שנפסק הדין שיחלוקו הוא מתיאש ושייך לומר קם דינא, אבל בההיא דאבדה דרך שדהו דאיירי בחד שבא מכח ארבעה אפילו אם איירי שבעל הדרך עמד בדין עם המוכרים ונפסק הדין שהמוציא מחברו עליו הראיה מ"מ אין לו לבעל הדרך מה להתיאש דקי"ל בסנהדרין דף ל"א ובחו"מ סימן כ' כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין ויוכל היות שבעל הדרך ימצא עדים לברר את דרכו ולהוציא מיד המוחזק ואינו מתיאש, לכן אם אח"כ מכרו ארבעה המוכרים לאיש אחד הרי אין לך ראיה גדולה מזו שדרכו הוא אצל הלוקח ואמאי יהא קם דינא כיון שמעולם לא נתיאשו הבעלים מיניה והרי זה כמו כל הדינים שלא מצא ראיה ועדים בשעת מעשה ואח"כ מצא עדים וראיה שיוכל לסתור את הדין בכל עת ושעה שיביא עדים וראיה לסתור כדאיתא בחו"מ סימן כ' ולא אמרינן שתיכף שלא מצאו עדים וראיה נתיאשו תיכף ולא יועיל לו הראיה של אחר כך, אלא אמרינן שיושב ומצפה שיביא עדים וראיה ולא נתיאש א"כ הכא נמי נימא הכי שלא נתיאש בעל הדרך מהדרך שלו.

יב) **עוד** יש לדקדק בהסוגיא הזאת דקאמר שם ביבמות דף ל"ז לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי דתנן מי שהלך למדינת הים וכו' עד דמסיק ורבנן סברי דאמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו, אלמא שהגמ' ידע כי טעמייהו דרבנן הוא משום דאמר ליה אי שתקת שתקת ולכן לא יוכל לבא עליו בטענת ממה נפשך א"כ שמעינן ממילא דבההיא דספק ויבם דלא שייך שם טעמא דאי שתקת שתקת יוכל לבא עליו בטענת ממה נפשך א"כ איך קאמרה הגמ' שנחלקו בפלוגתא דאדמון ורבנן ואף שבאמת דחי לה הגמ' כן וז"ל הגמ' שם ור' ירמיה אמר לך אנא דאמרי אפילו לרבנן עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא משום דא"ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו וכו' אבל הכא מי איכא למימר הכי עכ"ל מ"מ יש להבין סברת הגמ' מאי היה דעתם מעיקרא כיון שידעו מתחלה דטעמייהו דרבנן הוא משום דמצי למימר אי שתקת שתקת, ועוד דהפוסקים פסקו כר' אבא דקם דינא משום דאמרינן דר' אבא ס"ל כרבנן אע"ג שהגמ' דחי לה שגם ר' ירמיה ס"ל כרבנן כנ"ל מ"מ אין זה אלא דחיה בעלמא, והוא תמוה איך מקרי זה דחיה בעלמא כיון דטעם אחר ליכא במילתייהו דרבנן אלא משום דאי שתקת שתקת, והאי טעמא ליכא כלל וכלל במילתא דר' אבא ור' ירמיה א"כ לא שייך לומר דחיה בעלמא, עיין תומים שהרגיש קצת בקושיא זאת.

יג) **ועוד** יש לדקדק דאיתא שם בסוגיא אמר לך ר' אבא אנא דאמרי אפילו כאדמון עד כאן לא קאמר אדמון התם אלא משום דאמר ליה ממה נפשך דרכי חד גבך הוא אבל הכא מי איכא למימר הכי עכ"ל הגמ' והוא תמוה אמאי לא מצי למימר ליה גם בההיא מילתא דר' אבא בספק ויבם ממה נפשך חד מנתא אית לי גבך או פלגא בנכסי מיתנא או מנתא בנכסי יבם ע"ש ברש"י וגם דבריו אינם מובנים.

יד) **לכן** נראה שיש שלשה חלוקי דינים בזה:

א) כשבין שני בני אדם יש איזה ספק בממון של מי הוא ומתפשרים ביניהם וחולקים את הממון בשוה או באופן אחר בזה מודים כולי עלמא דאמרינן קם דינא כיון שנתפשרו ביניהם ומחמת הספק וחלק המעות שקבלו ברצונם הטוב בלא דין ב"ד מוחלים זה לזה בלב שלם לכן אם לאחר מן אירע הדבר בהיפך לא יכול חבירו לטעון ממה נפשך כיון שבמעשה הראשונה כבר נתפשרו ביניהם מחלו זה לזה, כגון בההיא עובדא דספק ויבם אם מתחלה נתפשרו ביניהם וחלקו את הנכסים היבם והספק מרצונם הטוב באופן הזה גם ר' ירמיה מודה דאמרינן קם דינא וכן בההיא עובדא דתה"ד אלו נתפשרו ביניהם ראובן ושמעון ברצונם הטוב שלא בב"ד ונתן לו המוחזק להתובע חלק מהסחורה הנקחת בזול מחציתה או שליש או רביע וכדומה כיון שעכ"פ נתפשרו ביניהם מרצונם הטוב לכן אמרינן קם דינא לכולי עלמא, לזאת אם אח"כ אירע המעשה להיפך שחברו קנה המקח בזול לא יוכל לבא עליו בטענת ממה נפשך כיון שכבר נתפשרו ומחלו זה לזה בלב שלם.

טו) **אופן** ב' אם לא נתפשרו ביניהם מרצונם כלל רק שבא לפני ב"ד והם פסקו את הדין שיחלוקו את הנכסים כההיא דספק ויבם, או שב"ד פסקו את הדין המוציא מחברו עליו הראיה כנידון של התה"ד בזה נחלקו ר' ירמיה ור' אבא, דר' אבא ס"ל דאמרינן קם דינא דכיון שהתובע תבע את חבירו לפני ב"ד הרי נתרצה למחול וליתן ולהתיאש ככל אשר יפסקו ב"ד וכיון שהב"ד פסקו יחלוקו כההיא דספק ויבם גמר ומחל אידך פלגא בלב שם כפסק ב"ד וכן אם ב"ד פסקו שהתובע לא יזכה כלל ויצא חייב בדינו מ"מ גמר התובע ומחל ונתיאש וס"ל לר' אבא דהוי כאלו נתפשרו ביניהם שלא בב"ד דאמרינן קם דינא, אבל ר' ירמיה פליג עליו וס"ל דלא אמרינן קם דינא כיון שמרצונו הטוב לא נתרצה למחול ולוותר רק משום פסק ב"ד לכן כיון שאח"כ יכול לבוא עליו בטענת ממה נפשך הדר דינא

טו) **וממילא** שמעינן שאם לא היה זאת ולא זאת היינו שלא נתפשרו מתחלה הבעלי דינים כלל ולא נתן האחד להשני מאומה בשביל טענתו טענת הספק וגם לא היה דין

ביניהם לפני ב"ד בזה מודים כולי עלמא דלא שייך לומר קם דינא ויכול לבא אח"כ בטענת ממה נפשך לכולי עלמא אם אירע מעשה אח"כ שיוכל לטעון טענת ממה נפשך כההיא דספק ויבם או כההיא דנידון התה"ד אם לא נפסק הדין ביניהם וגם לא נתפשרו ביניהם יוכל לטעון אח"כ טענת ממה נפשך לכולי עלמא ולא אמרינן בזה קם דינא אפילו לר' אבא כמו שכתבו רש"י ותוס' שם.

יז) **אופן** ג' במקום דשייך לומר אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו בזה גם כן נחלקו אדמון ורבנן אי שייך לבוא עליו בטענת ממה נפשך ורבנן ס"ל שאינו יכול לבוא בטענת ממה נפשך אע"ג דכאן לא היה פסק דין ביד ארבעה המוכרים וגם מי שאבדה לו הדרך לא נתפשר מעולם עם המוכרים ואמרינן לעיל דהיכא שלא היה לא פסק דין ולא פשרת הבעלי דינים מודים כולי עלמא שיכול לבא בטענת ממה נפשך, היינו דוקא בספק ויבם או בנידון התה"ד דלא שייך שם לומר אי שתקת שתקת אבל במקום דשייך לומר אי שתקת שתקת בזה ס"ל לרבנן שאינו יכול לבוא בטענת ממה נפשך, אע"פ שלא היה לא פסק דין ולא פשרת הבעלי דינים

יח) **נמצא** כי במחלוקת דר' אבא ור' ירמיה בספק ויבם איכא מעלה וחסרון ובפלוגתא דאדמון ורבנן איכא ג"כ מעלה וחסרון היינו דבמחלוקת ר' אבא ור' ירמיה איכא מעלה שנפסק הדין בב"ד ואיכא חסרון דלא שייך שם לומר אי שתקת שתקת, ובפלוגתא דאדמון ורבנן איכא מעלה מה דשייך לומר אי שתקת שתקת ואיכא חסרון דלימא פסק ב"ד לכן מדמי להו הגמ' אהדדי פלוגתא דר' אבא ור' ירמיה לפלוגתא דאדמון ורבנן משום שבכל חד וחד יש בהם צד מעלה וצד חסרון לכן ס"ל להגמ' דדמיין אהדדי, ודחי לה הגמ' אמר לך ר' אבא אנא דאמרי אפילו כאדמון עד כאן לא קאמר אדמון התם אלא משום דא"ל ממה נפשך דרכי חד גבך הוא אבל הכא מי איכא למימר הכי, והקשינו לעיל אמאי ליכא למימר גם בההיא מילתא דר' אבא ור' ירמיה ממה נפשך, ובדברינו ניחא דהגמ' דחי לה דלא דמי דהתם במילתא דאדמון ורבנן כיון שלא היה שום פסק דין בינו ובין המוכרים ולא מחל ולא נתן מאומה לכן שייך לומר ממה נפשך חד דרכי גבך הוא משא"כ במילתא דר' אבא ור' ירמיה כיון שכבר היה פסק דין ביניהם ונתרצו ברצונם לקיים מה שיצא הפס"ד מב"ד לכן לא שייך לומר ממה נפשך כיון שכבר מחלו ונתיאשו משא"כ במילתא דאדמון ורבנן שלא היה שום פסק דין ביניהם לכן שייך לומר ממה נפשך, ור' ירמיה אמר לך אנא דאמרי אפילו לרבנן עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא משום דאמר ליה אי שתקת שתקת וכו' אבל הכא מי איכא למימר הכי, היינו שהגמ' דחי דר' אבא ור' ירמיה לא ס"ל כסברת המקשן דשקולים הם סברת אי שתקת שתקת

לסברת יאוש ומחילה שאחר פסק דין רק שנחלקו דלמר אלים ליה מחילת הפסק דין מסברת דאי שתקת ולמר אלים ליה סברת אי שתקת ממחילת הפסק דין, וכן הוא סוגית הגמ' בכמה דוכתי לדמות שני דברים שיש בכל אחד מהם צד מעלה וחסרון והגמ' מדחי דמר ס"ל שהמעלה הזאת עדיף ממעלה השניה ומר ס"ל דמעלה השניה עדיף ממעלה הקודמת עיין כתובות דף י"ד דאיתא התם הלכך לר"ג דסברת המקשן היה דדמיין להדדי סברת ברי לסברת ספק ספקא והמתרץ דחי ליה דלא דמיין להדדי רק למר אלים ליה ספק ספיקא ולמר אלים ליה ברי וכן נמצא בכמה דוכתי בגמ'.

יט) **נמצא** כי בההיא דאבדה דרך שדהו אין הטעם כלל משום יאוש והיסח הדעת כיון שלא היה שם שום פסק ב"ד וגם הוי יאוש שלא מדעת וגם יש לו תקוה להביא ראיה רק הטעם הוא משום דאי שתקת שתקת ואם לאו מהדרנא שטרא למרייהו ובזה מתורצים כל הקושיות הנ"ל וגם קושית הנתיבות ליתא מה שהקשה דאין יאוש לקרקע כיון שאין הטעם משום יאוש והיסח הדעת רק משום דאי שתקת שתקת, ובההיא דספק ויבם אע"ג דאירי נמי בקרקע מ"מ כיון שהתובע מדעתו ומרצונו בא לפני ב"ד ונתרצה על הפס"ד שיצא מהם, א"כ גמר ומחל ונתן בלב שלם את מחציתו השני ומדעתו ורצונו אסח דעתיה ולא שייך זה ליאוש כלל לכן קי"ל קם דינא אפילו במקרקעי ומתורצים כל הקושיות הנ"ל בס"ד. כ) **עיין** ש"ך סימן רס"ח ס"ק ז' ובספר תקפו כהן בסופו שחולק על התה"ד בזה וס"ל דאע"פ שנפסק הדין צריך ליתן לו סחורה אחת ממה נפשך ודוקא כשאירעו שני המעשים באיש אחד אבל מי שבא מכח איש אחר כיון דב' גברי נינהו אין אומרים ממה נפשך על הנכסים ואין חלוק בין נפסק הדין או לא עכ"ל, ואין דברי הש"ך נראים בדין שחולק על תה"ד וכבר האריך התומים בסוף ספר קצור תקפו כהן להשיג על הש"ך ודברי התה"ד נכונים מאוד וכמו שפסק מרן הרמ"א כותיה ואין לזוז מדבריהם.

כא) **עיין** ט"ז סימן ר"פ שהקשה על דברי התה"ד ורמ"א מהא דאיתא בגמ' בב"ב ד' קל"ד האומר זה אחי אינו נאמן ויטול עמו בחלקו מת יחזרו נכסים למקומן נפלו לו נכסים ממקום אחר ירשו אחין עמו עכ"ל המשנה אלמא דאמרינן כשמת יחזרו נכסים למקומן דהיינו דוקא האח הזה אשר אמר זה אחי ונתן לו מחלקו הוא נוטל את חלקי שנתן לו אבל שאר אחיו אינם יורשים כלום עמו בחלק הזה מפני שיכול לומר להם כבר נטלתם חלק ירושתו במה שהחזקתם חלקו בידכם מתחלה ולא נתתם לו, א"כ אמאי לא נימא קם דינא דהיינו שהחלקים אשר ביד אתנו כבר זכו בהם אחיו מטעם מחילה ויאוש כיון שכבר נפסק הדין ביניהם והחלק הזה שהניח האח יחלקו אותם כל האחים בשוה כיון שאינם מכחישים אותם רק שטוענים איני יודע והוי כמו שנפלו לו נכסים ממקום אחר

שהאחים יורשים עמו (עיין שם בט"ז שיש טעות סופר שציין שם קושיתו על ס"ד ובאמת קושיתו על ס"ב כי בס"ד איירי שהאחים מכחישים אותו ולא שייך לומר קם דינא) ולי נראה כמו שכתבנו לעיל דלא שייך לומר קם דינא רק בדבר שאינו עומד להתברר כגון בההיא דספק אי בן תשעה לראשון או בן ז' לאחרון או בההיא דנידון התה"ד שיש ספיקא דדינא אם זכה או לא דאז שייך לומר שמוחל ומתיאש בלב שלם וקם דינא כיון שאינו יושב ומצפה לברר את הדבר, וכן ההיא דכשכשה בזנבה דמספקא לן אם הוא קרן או רגל שכתב הטור בסימן ש"ץ דאפילו אם הזיקה לאדם א' ב' פעמים פעם אחת ברשות הרבים ופעם אחת ברשות הניזק ג"כ לא יוכל לומר ממה נפשך עיין סמ"ע וב"ח שתמהו על זה ועיין תומים בסוף ספר קיצור תקפו כהן שכתב שהוא משום דקי"ל קם דינא דאיירי שנפסק הדין בינתים ועיין בטור חו"מ סימן ר' דכתב בשם הרמ"ה לענין כליו של מוכר ברשות לוקח כיון דתרווייהו ספיקי נינהו אי מתרמי תרוייהו גבי חד לוקח וחד מוכר חד כליו של לוקח ברשות מוכר וחד כליו של מוכר ברשות לוקח דינא הוא דאתי לוקח עליו ממנ"פ ומפיק מיניה חד מינייהו נראה דמיירי שלא נפסק הדין, כל הני שמעתתא איירי שיש ספיקא דדינא ואין הספק עומד להתברר לכן שייך לומר קם דינא היינו שמי שנתחייב בדין מוחל בלב שלם ומתיאש כיון שאינו מצפה עוד לזכות בדין, משא"כ בנידון זה אם הוא אחיו או לא זה הדבר עומד להתברר טובא ואין אדם מתיאש ומוחל בזה דסבר שימצא עדים לברר שהוא בנו של פלוני והוא אחיהם של האחים האלה לכן לא שייך לומר בזה קם דינא.

כב) **והט**"ז סימן רס"ח הקשה עוד על דברי התה"ד הנ"ל מהא שכתב הסמ"ע סימן ל"א בענין שתי כתי עדים המכחישים זה את זה דאם יש למלוה א' שני שטרות על לוה אחד וכת אחת מאלו חתומים על שטר זה וכת אחת מאלו חתומים על שטר השני דמצי לגבות בשטר אחד בפני ב"ד אחד ובשטר השני בפני ב"ד אחר, א"כ תימה אמאי לא יוכל לגבות בב"ד אחד בשני השטרות כיון דקם דינא ע"ש בט"ז מה שתירץ, ולי נראה דזה אין שום שייכות כלל להההיא מחלוקת דר' אבא ור' ירמיה, והנה יש כאן סברא להעדיף כחו של המלוה דכאן לא שייך לטעון טענת ממה נפשך שהרי יוכל היות דשניהם קושטא קאמרי ובאמת לוה את המעות הכתובים בשני השטרות דכיון דקי"ל דמוקמינן כל כת וכת אחזקתה וזו באה בפנה עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה הרי יש על כל מלוה ומלוה שטר כשר ועדים כשרים ואף אם יגבה שני השטרות בכל זאת ליכא טענת ממה נפשך שהרי יוכל היות אע"ג שהעדים פסולים הם מ"מ עכ"פ לוה את המעות הכתובים בשני השטרות, משא"כ בנידון דר' אבא ור' ירמיה ונידון התה"ד דאיכא טענת

ממה נפשך, וגם יוכל היות איפכא שלא שייך שם לומר קם דינא בנידון של הסמ"ע בשני שטרות לדברי הכל בין לר' אבא בין לר' ירמיה שהרי אפשר לברר הדבר ע"י הזמה אינו מתיאש ואינו מוחל כלל כי הוא יושב ומצפה שיברר ע"י הזמה כת מי היא כשרה וכת מי היא פסולה ואינו מתיאש ואינו מוחל כלל, והעולה מדברינו דאין כאן שייכות כלל להא דר' ירמיה ור' אבא, והסמ"ע שכתב דינו מטעם אחר כתב דלכן יגבה שטר השני בב"ד אחר, דנהי שכל אחת מהכיתות מוקמינן על חזקתה מ"מ אין ראוי שב"ד אחד יגבה שני השטרות אשר ע"י גביותם נתברר הדבר לכל שהוציאו ממון בעדים פסולים שלא כדין דוגמא לדבר כתב מרן המחבר סימן ק"ט לענין איסור שנתבטל בהיתר חד בתרי שאין לאדם אחד לאכל את כלם וכן כתב הרמ"א סימן ק"י ס"ח ע"ש והוא משום דממה נפשך איסורא קאכיל א"כ כאן נמי אין לב"ד אחד לגבות בשני השטרות משום דממה נפשך איסורא קעבדי לגבות ממון בעדים הפסולים מדאורייתא.

כג) **ועיין** רמ"א סימן ל"ג סעיף י"ב שאם נפסק הדין כשהיה קרוב לא יוכל לחזור ולתובעו אח"כ בעדות זה שנתרחק דהואיל ונפסק הדין נפסק עכ"ל והש"ך כתב שהטעם הוא הואיל ועביד אינש לאחזוקי דבוריה והקצוה"ח כתב שהוא מטעם דקם דינא כהאי דהתה"ד ע"ש, ולפי מה שכתבנו לא שייך כאן קם דינא שהוא מטעם יאוש ומחילה כיון שהוא יושב ומצפה למצוא עדים אחרים הרי אינו מתיאש ממעותיו לכן לא שייך לומר קם דינא שהוא מטעם יאוש ומחילה ונהי שמתיאש מזכות העדים שהרי אינו יודע שיתרחקו אח"כ מ"מ כיון שאינו מתיאש מעיקר הממון ותביעתו לא שייך יאוש בדברי העדים לבד ועיין קצוה"ח סימן ל"ד סק"ב ע"ש.

פרק טו

א) **כתבו** התוס', בסוכה ד' ל' ד"ה וקרקע וז"ל וקרקע אינה נגזלת כלומר אינה קנויה לגזלן בשום יאוש דלעולם היא בחזקת בעלים דמקראי נפקא לן בהגוזל בתרא (ב"ק ד' קי"ז) כדפירש בקונטרס והדין עמו דאי יאוש מועיל בקרקע מאי נפקא ליה מינה במאי דאינה נגזלת אי קודם יאוש אפילו היתה נגזלת לא קני ואי לאחר יאוש הרי קונה ביאוש עכ"ל התוס' ודבריהם תמוהים איך כתבו התוס' שאם יאוש מועיל בקרקע אין שום נפקא מינה מה שלמד מקרא להא דאין קרקע נגזלת ולא צריך קרא להכי והלא חלוק גדול יש בזה אפילו קודם יאוש כגון אם עשה שינוי מעשה דבמטלטלין קנאה הגזלן בשינוי מעשה וכאן בקרקע כיון שאינה נגזלת אינו אלא כשאר מזיק בעלמא שמשלם מה שהזיק ואינו קונה וכן אם גזל קרקע ושטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך כדאיתא בב"ק ד' קי"ז משום שאינה נגזלת וברשות הבעלים עומדת משא"כ במטלטלין דחייב באונסין משום

שנגזלים אלמא שיש נפקותות הרבה אף בלא יאוש וא"כ איכא למימר דיאוש קני וקרא שלמדנו שהקרקע אינה נגזלת איירי לפני יאוש ועיין בספר פ"י בסוכה שם שהקשה ג"כ קושיא זאת וע"ש מה שתירץ הפ"י.

ב) **ולי** נראה דפירוש התוס' כן הוא דהנה אמרינן בב"ק ד' ע"ט היה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים פטור הגביהו או הוציאו מרשות הבעלים ומת חייב אלמא דלא מקרי גזלן עד שיוציאנה מרשות הבעלים וכשלא הוציא מרשות הבעלים לא מקרי גזלן אפילו במטלטלים לכן הקשו התוס' שפיר מאי נפקא מינה במאי דאינה נגזלת דאפילו היתה נגזלת לא קני פירוש דאם אפילו הקרקע נגזלת כמו מטלטלין אפילו הכי לא שייך גזלה כיון שלא עשה שום משיכה או הגבהה ולא הוציא את הקרקע מרשות הבעלים וא"כ למה לי קרא למעט קרקע מדין מלה כיון שאין שם שום קנין גזלה ולא משיכה או הגבהה, וס"ל להתוס' דקנין נעל גדר ופרץ לא שייך רק במקח או במתנה או בהפקר דקניא ליה גופא דארעא אבל לקנותו להיות בו קנין הגנב והגזלן שאינו קנין גמור זהו ליכא בנעל גדר ופרץ ובגזילה וגנבה לא קניא ליה להיות גנב או גזלן רק בהגבהה או משיכה שהוציא מרשות הבעלים או בקנין חצר דרבינהו קרא המצא תמצא אבל קנין דנעל גדר ופרץ ליכא בגזלה וגנבה, ומה שכתבו התוס' ואי לאחר יאוש הא קנה ביאוש אין לומר דעת התוס' דקנה את גוף הגזלה ביאוש לבד דאיך יקנה כיון דהגזלה עדיין אינה ברשותו אלא כונת התוס' דקנה לאחר יאוש אם ג"כ עשה מעשה דנעל גדר ופרץ וס"ל להתוס' שאם נימא דיאוש קנה בגזלת קרקעות צריך לומר דקנה שפיר בקנין דנעל גדר ופרץ, וטעמא דכיון דקניא ליה לגופא דארעא בקנין גמור לכן הוי כמו הפקר ומתנה שמועיל הקנין של נעל גדר ופרץ דדוקא קודם יאוש שאין לו קנין גמור רק קנין גזלה וגנבה לכן אינו מועיל אבל לקנות גופא דארעא שפיר מועיל הקנין דנעל גדר ופרץ כמו בהפקר דאם לא מהניא הקנין דנעל גדר ופרץ אפילו כשנתיאשו הבעלים א"כ לא משכחת כלל שיקנה יאוש בגזלה לפי הס"ד דיאוש קונה כי במה יקנה אם לא בקנין דנעל גדר ופרץ.

ג) **לכן** דייקו התוס' שפיר דאם נימא שיאוש מועיל בקרקע והוא מחמת האי טעמא שכתבנו דכיון שהוא קונה את גוף הקרקע לאחר יאוש כמו בהפקר לכן מהניא ליה שפיר הקנין דנעל גדר ופרץ, א"כ מאי נפקא לן מינה מקרא שלמדנו שהקרקע נתמעט מדין גזל ממה נפשך אי קודם יאוש אפילו אם היה דין הקרקע כמטלטלין שנגזלים אפילו הכי לא קני משום דליכא קנין גזלה ולא הוצא מרשות הבעלים דהרי ליכא הגבהה או משיכה מרשות הבעלים בקרקע וקנין אחר ס"ל להתוס' שאין מועיל בגזלה, ואי לאחר יאוש הרי קונה ביאוש היינו בקנין דנעל גדר ופרץ, דבאופן אחר לא משכחת שיקנה

הגזלן ביאוש, ולפי זה צריך לומר דלר' אליעזר דס"ל קרקע נגזלת בב"ק ד' קי"ז איירי שכבר נתיאשו הבעלים דאז קונה הגזלן בקנין דנעל גדר ופרץ אבל קודם יאוש לא קני אפילו לר' אליעזר דנהי דלית ליה קרא למעט קרקעות מדין גזלה מ"מ אינה נגזלת משום שלא יצא מרשות הבעלים דאם נימא דלר' אליעזר מהני גזלה בקרקעות אפילו קודם יאוש מנא להו להתוס' דרבנן לא ס"ל כר"א בהא.

ד) **ובזה** שכתבתי יש לבאר דברי התוס' בב"מ דף ס"א ד"ה אלא לאו שכתבו דהא דקרקע אינה נגזלת אינה מן המקרא אלא משום דאי אפשר להזיזה ממקומה אבל עבדי דניידי אע"ג דהוקשו לקרקעות יעבור בלא תגזול עכ"ל התוס' ודבריהם תמוהים חדא מה שכתבו דהא דקרקע אינה נגזלת אינה מן המקרא רק מסברא דאי אפשר להזיזה ממקומה והלא בב"ק דף קי"ז דרשינן לה מכללא ופרטא שהקרקע אינה נגזלת אלמא דמקרא ידעינן שהקרקע אינה נגזלת ולא מסברא עיין במהרש"א שהקשה קושיא זאת, ועוד תמוה דבריהם שסיימו אבל עבדי דניידי אע"ג שהוקשו לקרקעות יעבור בלא תגזול, והלא שם בב"ק דף קי"ז מהקרא דממעטיק קרקעות שאינן נגזלים ממעטינן ג"כ עבדים ושטרות מדין גזלה ואמאי חלקו התוס' בין קרקעות לעבדים, ובדברינו ניחא דס"ל להתוס' דהאי כללא ופרטא דממעטינן קרקעות ועבדים ושטרות מדין גזלה לא בא ללמדנו שלא יהיו נגזלים כלל ולא יהיו עוברים עליהם בלא תגזול דהרי ס"ל להתוס' דבקרקעות אין צריך קרא לזה מפני שאי אפשר להזיזם ממקומם ולהוציאם מרשות הבעלים וקרא לא אתא אלא ללמדנו לענין יאוש היינו שאין יאוש מועיל בקרקעות ועבדים ושטרות, דזה בודאי אין סברא לחלק ולומר דלענין קרקעות בא הכתוב ללמדנו שאין יאוש מועיל ולענין עבדים ושטרות בא הכתוב ללמדנו שאין בהם דין גזל ואינן נגזלים ואין עוברים עליהם בלא תגזול שהרי מחד קרא ילפינן קרקעות ועבדים ושטרות א"כ משמע דלענין דבר אחד בא הכתוב ללמדנו בעבדים ושטרות כמו בקרקעות והיינו ללמדנו שאין יאוש מועיל בגזלת קרקעות וגזלת עבדים ושטרות אבל לענין דין גזלה ולעבור בלא תגזול לא שמעינן שום דבר מקרא בזה וממילא חלוקים הם עבדים ושטרות מקרקעות כי קרקעות יען שאי אפשר להזיז?ם ממקומם, ואי אפשר להוציאם מרשות הבעלים לכן אין בהם דין גזל ואינן עוברים בלא תגזול דלא עדיפי קרקעות ממטלטלין שלא הוציאם מרשות הבעלים דאין בהם דין גזל ואינן עוברים בלא תגזול משא"כ בעבדים ושטרות יען שאפשר להזיזה ממקומם לכן שפיר יש בהם דין גזל ועוברים בלא תגזול כיון שאין לנו קרא למעט שטרות ועבדים מדין גזל.

ה) **והנה** השיך בסימן שפ"ו ס"ק יג הביא בשם מהרש"ל דהא דאמר רבה בב"ק דף צ"א השורף שטרותיו של חבירו פטור משום דלא דאין דינא דגרמי ולמאן דדאין דינא דגרמי אינו חייב אלא מטעם גרמי דהוא קנס דרבנן להרבה פוסקים אבל מדינא הוא פטור אירי דוקא דלא שקליה בידיה דלא הוי גזלן או שהיה בידו כבר בפקדון אבל אי שקליה בידיה ואגביה הוי גזלן לכולי עלמא והשבה בעי למיעבד, וכן כתבו התוס' בשבועות דף ל"ז ד"ה מיעט שטרות וז"ל אפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי ופטר שורף שטרותיו של חבירו וכו' מה שייך למעוטי שטרות הא אפילו שרפן פטור כ"ש נשתנו וכו' אי נמי כי פטרינן היינו כי קלינהו באתרייהו אבל נטלן ושרפן חייב עכ"ל התוס' שם וכן הוא שם בפסקי תוס' וז"ל נטל שטרות חברו בידו ושרפן לכולי עלמא חייב עכ"ל והש"ך שם האריך לחלוק על זה וטענתו הוא דכיון שנתמעטו עבדים ושטרות וקרקעות מדין גזל, הלכך הוי דין העבדים והשטרות כדין הקרקעות מה קרקעות אינן נגזלים כלל לכן כששטפה נהר או נשרפו פטור כך דין השטרות והעבדים אין בהם דין גזל כלל ואינו מחויב בהשבה כלל לכן אפילו אם לקח שטרותיו של חבירו בידיה ושרפן ג"כ פטור וכן הוא בעבדים דכיון שנתמעטו מדין גזלה לכן אינו מחויב בהשבה כלל וכשגוזל עבדים ונשרפו או מתו הוא פטור מלשלם וכן האריך הש"ך בסימן שס"ג ס"ק ג' לחלוק על הראב"ד ע"ש וכן הקצוה"ח סימן שפ"ו ס"ק ו' הסכים לדברי הש"ך דשטרות אינם נגזלים כלל ע"ש שהקשה על דברי הרשב"א בתשובה שכתב שבשטרות נשבע שבועה שלא שלחתי בה יד והקשה כיון דשטרות נתמעטו מדין גזלה א"כ אם שלח בהם יד מאי הוי כיון דשטרות אינם נגזלים.

ו) **ולפי** מה שכתבנו בשם התוס' דב"מ ודסוכה הנ"ל אין זה תימה כלל דאדרבה ס"ל להתוס' דעיקר קרא לא אתא למעטם אלא מדין יאוש היינו שלא יועיל היאוש בקרקעות ועבדים ושטרות אבל למעטם מדין גזלה אין לט שום קרא, רק שהקרקעות יען שאי אפשר להזיזם ממקומם ואין יכול להוציאם מרשות בעליהם לכן אין להם דין גזל אבל עבדים ושטרות שאפשר להזיזם ממקומם שפיר יש להם דין גזל ועובר בלא תגזול כמו שכתבו התוס' בפירוש בב"מ דף ס"א הנ"ל לענין עבדים, א"כ בשטרות ג"כ כשנטלם בידו ושרפם שפיר יש לחייב מדין גזל לכולי עלמא אפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי כמו שכתבו התוס' בשבועות דף ל"ז שהבאנו לעיל וכמו שכתב מהרש"ל שהביאם הש"ך לכן שפיר כתב הרשב"א שמחויב לישבע בשטרות שלא שלח בהם יד הא אם שלח בהם חייב לשלם דלא איתמעטו מדין גזלה רק מדין יאוש.

ז) **ונראה** דאע"ג שכתבנו לעיל שגם דעת הרשב"ם בב"ב ד' מ"ד כפירוש רש"י ותוס' דהא דאמרינן שאין יאוש מועיל בקרקע הוא מדאורייתא מדכתב הטעם שאין יאוש מועיל לקרקע משום שאינה נגזלת [ואם איתא דלא מקרא ילפינן לה להאי דינא אלא מסברא כיון דלא נפקא הקרקע מרשות בעלים לכן לא מהני יאוש דהוי כדין יאוש ברשות בעלים דלא מהני כפי שהבאנו לעיל דברי הנתיבות בפרק י"ד אות ב' וע"ש טעמא דמילתא הו"ל להרשב"ם למימר הטעם משום דקרקע ברשות בעלים עומדת ומדקאמר דקרקע אינה נגזלת משמע דגזרת הכתוב הוא] מ"מ נראה דלא ס"ל לגמרי כשיטת התוס' דס"ל דכל המקרא לא בא ללמדנו רק לענין יאוש לחוד ולא לענין גזלה כלל, רק ס"ל להרשב"ם שהמקרא בא ללמדנו שקרקע אינה נגזלת וממילא איתמעטה קרקע מכל דיני גזלה האמורים בפרשה לענין מטלטלים דהיינו שהמטלטלים שנגזלים מועיל בהו שינוי מעשה ויאוש ושינוי רשות משא"כ קרקמות דכיון שנתמעטו מדין גזלה נתמעטו נמי מכל הדינים השייכים לדיני גזלה דהיינו יאוש ושינוי רשות ושינוי מעשה לכן כתב הרשב"ם שם וז"ל דאין יאוש ושינוי רשות מועיל בקרקע דקרקע אינה נגזלת ובמטלטלין מעיד דקנה לה לוקח ביאוש ושינוי רשות עכ"ל דמפשטות לשונו משמע שדין היאוש ושינוי רשות נכללים בדין הגזל דהיינו דכיון שנתמעטה הקרקע מדין גזל לכן נתמעטה נמי מדין יאוש ושינוי רשות שהיאוש ושינוי רשות הם ג"כ מהלכות גזלה אשר הקרקע נתמעטה מהם, וכן משמע ברש"י שבועות ד' ל"ז דלרבנן איתמעטה קרקע מכלל ופרט לענין מצות השבה היינו שאין הקרקע בחיוב מצות והשיב את הגזלה משום שאינן נגזלים ע"ש, אלמא דס"ל ג"כ כמו שכתבנו לפירוש הרשב"ם היינו דעיקר קרא בא ללמדנו שהקרקע אינה בדין גזלה ובדין השבה וממילא שמעינן שאין היאוש ושינוי רשות מועיל לקרקע משום שהקרקע נתמעטה מכל דיני גזלה היינו מדין גזלה והשבה ומדין יאוש ושינוי רשות ושינוי מעשה, ולפי זה נתמעטו גם עבדים ושטרות מדין גזלה והשבה ומדין יאוש והוא כמו שכתב הש"ך בסימן שס"ג ס"ק ג' ובסימן שפ"ו ס"ק י"ג שעבדים ושטרות אין בהם דין גזלה כלל וכן הסכים הקצוה"ח לדברי הש"ך שאין דין גזלה כלל בקרקעות ועבדים ושטרות והוא משום דס"ל כמו שכתבנו לפירוש רש"י דשבועות והרשב"ם דמכל מילי דגזלה איתמעטו קרקעות ועבדים ושטרות הן מדין גזלה והשבה הן מדין יאוש כמו שהסכים הש"ך בסימן שע"א ולא ס"ל כמו שכתבנו לעיל לשיטת התוס' דסוכה וב"מ וסיעתם דס"ל שלא נתמעטו קרקעות ועבדים ושטרות רק מדין יאוש ועיקר קרא ליאוש אתא אבל מדין גזלה לא נתמעטו לכן דוקא בקרקע ליכא גזל לפי שאי אפשר להזיזה ממקומה אבל בעבדים ושטרות כיון שאפשר להזיזם

ממקומם שפיר יש להם דין גזל אבל שיטת הש"ך וסיעתם הוא דמכל מילי נתמעטו עבדים ושטרות וקרקעות הן מדין גזל הן מדין יאוש לכן ס"ל שאין דין גזל גם בשטרות ועבדים כמו בקרקעות.

ח) **ודע** שהתוס' בפ' חזקת הבתים ד' מ"ד והרא"ש שם ס"ל שיאוש מועיל לקרקע וכן הוא בפירוש בירושלמי דפריך וכי יש קרקע נגזלת ומתרץ אעפ"כ יש להם יאוש ולדבריהם צריך לומר שקרקעות ועבדים ושטרות לא נתמעטו רק מדין מל ולא מדין יאוש, לכן ס"ל דיאוש מועיל בקרקעות ומובן ממילא שהיאוש מועיל גם בעבדים ושטרות דדמיין לקרקע, נמצא לפי זה כי שלש מחלוקות בדבר א) דעת התוס' בסוכה דף ל' ובב"מ ד' ס"א שקרקעות ועבדים ושטרות לא נתמעטו כלל מדין גזלה רק מדין יאוש לבד לכן ס"ל שיש גזלה והשבה בעבדים ושטרות שאפשר להזיזם ממקומם משא"כ בקרקעות דאי אפשר להזיזם ממקומם אין בהם דין גזלה, וכתבנו שכן הוא מתישב דעת מהרש"ל ודעת התוס' בשבועות דף ל"ז ודעת הפסקי תוס' ודעת הרשב"א. ב) דעת הרשב"ם ורש"י ושאר מפרשים דס"ל דמכל דיני גזל נתמעטו הקרקעות והעבדים והשטרות הן מדין גזל הן מיאוש ושינוי רשות ושינוי מעשה לכן ס"ל שאין דין גזל גם בעבדים ושטרות ג) דעת התוס' והרא"ש בב"ב ד' מ"ד דס"ל שהקרקעות ועבדים ושטרות לא נתמעטו רק מדין גזלה ולא מדין יאוש, לכן ס"ל שהיאוש מועיל בקרקעות וממילא מועיל היאוש גם בעבדים ושטרות

פרק טז

א) **והקצוה"ח** סימן שע"א הקשה על זה דאמרינן ששטרות נתמעטו מדין יאוש מב"ב פ' הספינה ד' ע"ו שכתבו התוס' שם ד"ה קני לך דמכירת שטרות לאו דאורייתא והא דאיצטריך קרא למעט שטרות מאונאה היינו שמצא שטר לאחר יאוש ומוכרו לבעליו ביוקר אלמא דיאוש מהני בשטרות ותירץ הקצוה"ח וז"ל מיהו נראה דהא יאוש תליא בגזלה וכו' אבל יאוש דאבדה שפיר מהני בעבדים וה"ה בשטרות ובתוס' פ' הספינה מיירי ביאוש דאבדה עכ"ל, ולפי דברינו יש לתרץ בפשיטות דהתוס' דב"ב אזלי לשיטתייהו בב"ב ד' מ"ד שהיאוש מועיל לקרקעות שלא נתמעטו קרקעות רק מדין גזילה ולא מדין יאוש וכיון שהיאוש מועיל לקרקעות מועיל היאוש גם לשטרות, וכמו שהקשה הקצוה"ח על דברי התוס' כן יש להקשות ג"כ על דברי הרא"ש שכתב בב"מ פרק א' ד' כ' שכתב וז"ל ותכריך ואגודה היינו כדי שיוכל ליתן סימן במנין דאי לא הכי שמא לא נפיל אהדדי ומתיאש כי לא יוכל ליתן סימן במנין עכ"ל הרא"ש שם סימן נ"ב אלמא דס"ל להרא"ש שיאוש מועיל בשטרות, והוא ג"כ לשיטתו אזיל בב"ב ד' מ"ד

דס"ל שיאוש מועיל בקרקעות וכמו שהיאוש מועיל בקרקעות כך מועיל היאוש בעבדים ושטרות דשלשתן מקרא אחד אתיין.

ב) **והנה** תירוצו של הקצוה"ח שכתב לחלק בין יאוש דאבדה ליאוש דגזלה היינו שבקרקעות ועבדים ושטרות יאוש דגזלה אין בהם כיון שנתמעטו מדין גזלה נתמעטו ג"כ מדין יאוש דגזלה אבל יאוש דאבדה יש בהם כיון שלא נתמעטו קרקעות ושטרות ועבדים מדין אבדה לכן יש בהם כל דיני אבדה ומועיל בהו יאוש דאבדה כמו כל שאר מטלטלין שמועיל בהו יאוש דאבידה, דברי הקצוה"ח אלו צריכים עיון דכיון שקרקעות ועבדים ושטרות נתמעטו מדין גזל א"כ לעולם לא שייך בהם יאוש של גזל כיון שאינם נגזלים כלל רק יאוש של אבדה שייך בהם ולא של גזלה ובפרט בקרקעות שמלבד שנתמעטו מקרא שאינן נגזלים אף גם זאת יש בהם שאי אפשר להזיזם ממקומם ואינן נגזלים כלל שאינן יוצאים מרשות הבעלים א"כ לא שייך, כלל ענין הגזל בקרקעות ובעבדים ושטרות ואינם רק כאבדה בעלמא שנאבדו מרשות הבעלים א"כ אם אח"כ נתיאשו הבעלים יש לומר שיועיל היאוש שפיר מטעם יאוש דאבדה לדברי הקצוה"ח דס"ל דיאוש דאבדה מהני שפיר בקרקעות ועבדים ושטרות ולא משכחת כלל יאוש דגזלה בקרקעות ועבדים ושטרות כיון שאינם נגזלים כלל, דבשלמא בשאר מטלטלין הנגזלים שייך שפיר לחלק בין גזלה לאבדה יען שהגזלן קונה את החפץ הגזול להתחייב באונסין ולהתחייב בכל דיני גזלה משא"כ אבדה שלא גזל אותו אדם ושום אדם אין לו שום קנין בהחפץ האבוד ואינו מחויב באחריותו, משא"כ בעבדים ושטרות וקרקעות כיון שאינם נגזלים ואין אדם מחויב באחריותן ואין לשום אדם קנין בהם רק שהם נאבדים מרשות בעליהם, א"כ אין להם רק דין אבדה ולא דין גזל וגזלה ואבדה שוין הם בזה א"כ מה שייך לומר לענין עבדים ושטרות וקרקעות שאין בהם יאוש דגזלה ויש בהם יאוש דאבדה כיון דשניהם שוין בהם אבדה וגזלה ואין חלוק ביניהם ובין יאוש דגזלה ובין יאוש דאבדה יאוש דאבדה מקרי וליהוי בשניהם יאוש.

נ) **אך** נראה כי דברי הקצוה"ח נכונים מאוד, כי מלבד שמוכח כדברי הקצוה"ח מדברי התוס' דב"ב ד' ע"ו דס"ל שיאוש מועיל בשטרות דאבדה וגם מדברי הרא"ש שהבאנו לעיל שמוכח מדבריו דיאוש מועיל בשטרות דאבדה מלבד כל אלו מסתברא ג"כ מאוד כדברי הקצוה"ח שיאוש מועיל בעבדים ושטרות וקרקעות של אבדה דכיון שהעבדים והשטרות והקרקעות לא נתמעטו מדין אבדה א"כ הם בכלל כל אבדת אחיך ודינם בכל פרטיהם וסעיפיהם כמו שאר מטלטלין, וכשם שבכל מטלטלין רבינהו רחמנא למצות השבה, ולדין יאוש כך הדין בעבדים ושטרות וקרקעות דינם כמו כל שאר מטלטלין לכל

משפטי וחוקי האבדה כי מהיכי תיתי לחלק בין שאר מטלטלין לבין עבדים ושטרות וקרקעות וא"כ בודאי היאוש מועיל בקרקעות ועבדים ושטרות כמו כל אבידת אחיך, ואם יעלה על הדעת כי גזלה ואבידה שוים הם בקרקעות ועבדים ושטרות יען שאינן נגזלות יש לנו לומר שיועיל היאוש גם בגזילה של עבדים ושטרות וקרקעות כיון דרבי רחמנא שהיאוש מועיל בעבדים ושטרות וקרקעות של אבידה וכיון שהגזלה שלהם אבדה היא ולא גזלה יש לנו לומר שיועיל שפיר היאוש אפילו בגזלה, ומה חזית לומר איפכא היינו כיון שמיעטה רחמנא לקרקעות ועבדים ושטרות מדין גזלה לכן נתמעטו ג"כ מדין יאוש דידהו וכיון שנתמעטו מדין יאוש דגזלה לכן נתמעטו ג"כ מדין יאוש דאבדה, כיון דגזלה ואבדה שוין הם אדרבה אית לנו לומר כיון דרבי רחמנא לקרקעות ועבדים ושטרות בדין יאוש דאבדה נתרבו ג"כ בדין יאוש דגזלה כיון דזה וזה שוין הם.

ד) **אלא** על כרחך צריך לומר דבאמת שני דברים הם יאוש דאבדה ויאוש דגזלה ולענין גזלה נתמעטו העבדים והשטרות והקרקעות מדין גזלה ומדין יאושו של גזלה, ולענין אבדה נתרבו העבדים והשטרות והקרקעות לכל דיני האבדה ולענין יאוש של האבדה וא"כ נשארה קושיתנו והלא שוין, הם גזלה ואבדה לענין עבדים ושטרות וקרקעות כיון שאינן נגזלים והכל אבידה היא ואין כאן גזלה כלל וא"כ ליהני יאוש גם בגזלה שלהן.

ה) **לכן** נראה דאע"ג שקרקעות ועבדים ושטרות אינן נגזלים ואין בהם דין גזל כלל לכל דבר בכל זאת לענין דבר זה חלוקים הם גזל מאבדה כי כל דבר אשר בא יאושו ע"י אדם היינו שבני אדם לקחו ממנו את עבדיו ושטרותיו זהו מקרי גזל ואין היאוש מועיל בהם, וכל דבר אשר בא יאושו בלא גרמא דאדם זהו יאוש של אבדה אשר היאוש מועיל בהם, וטעמו של דבר זה נראה ע"פ מה שכתבנו לעיל שהיאוש אינו דומה לגמרי להפקר כי בהפקר הוא מפקיר את חפציו מדעתו ומרצונו לכן יוצא החפץ מרשותו, משא"כ היאוש הוא בע"כ של האדם שהרי הוא צועק ווי לחסרון כיס והרי אנו רואין שהוא מיצר ודואג על אבודו של חפציו רק דרחמנא שרייה בע"כ של האדם, א"כ לא התירה התורה רק היכא שגם האובד פשע קצת שלא שמר חפציו כמו דקי"ל דאבדה היא קרובה לפשיעה לכן התורה התירתה אבל בגנבה וגזלה שהיא קרובה לאונס כדקי"ל דגנבה היא קרובה לאונס ומכ"ש גזלה שהיא אונס גמור לכן לא התירה התורה מה שמתיאש מחפציו ע"י אונס גמור או ע"י קרוב לאונס, עוד יש לומר טעם אחר בזה כדאמרינן בב"ב ד' מ"ז שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני דהיינו כי ע"י אונסא של אחרים אשר אונסים אותו לא גמר ומקני משא"כ באונסא דנפשיה גמר ומקני, לכן כשמתיאש ע"י זה שנאבד החפץ ממנו כיון שזהו אונסא דנפשיה היינו שאין אדם מכריחו להתיאש

לכן גמר בלבו ובדעתו להסיח דעתו מחפציו, ואע"פ שהוא בע"כ דהיינו שאינו מתיאש רק מפני שנאבד ממנו מ"מ התירתה התורה יען שאינו אונס גמור רק אונסא דנפשיה וזהו יאוש דאבדה שמועיל אפילו בעבדים ושטרות וקרקעות משא"כ יאוש דגניבה וגזלה אע"פ שאינן נגזלים ואין בהם דין גזל כלל, מ"מ כיון שאינו מתיאש רק מפני שהגזלן גזל ממנו לכן הוי אונסא דאחריני ואין היאוש מועיל כי אונסא דאחריני לא התירתה התורה וזהו יאוש של גזלה שמיעטה רחמנא את העבדים והשטרות והקרקעות מהם, ומיושבים שפיר דברי הקצוה"ח כי יאוש של גזלה ליכא בעבדים ושטרות וקרקעות ויאוש דאבידה יש בהם, ואע"ג דבאמת הכל מקרי יאוש דאבדה כיון שאינן נגזלין ואע"ג שבא ע"י אדם מ"מ יאוש דאבדה הוא כדאמרינן לעיל ולא יאוש דגזלה מ"מ עכ"פ חלוקים בדיניהם בין היכא שהיאוש בא ע"י אדם שגזל גנב או שבא ע"י עצמו שאבד ממנו.

ו) **נמצא** לפי זה דבעבדים ושטרות דשייך בהו גזלה ואבדה שהרי אפשר להזיזם ממקומם ולגזול אותם וגם אפשר לאבד אותם כבר כתבנו שיש בהם יאוש של אבדה ואין בהם יאוש של גזלה, אך בקרקעות שאי אפשר להזיזם ממקומם צריד ביאור ענין גזלתם ואבדתם, ונראה שיאוש דגזלה שייך בקרקעות רק שאין היאוש מועיל בהם שהרי מיעט הכתוב את הקרקעות מדין יאוש אבל יאוש דאבדה לא שייך בקרקעות מפני שלא שייך אבדה בקרקעות כלל, ביאור הדברים כי ביאוש של גזלת קרקעות ועבדים ושטרות לא בעינן שיהא הגזלן גזלן גמור שיהיו כל דיני גזלה עליו שהרי כיון שנתמעטו מדין גזלה הרי אין עליהם שום דין גזל כמו שכתבנו לעיל רק דיאוש גזלתם מקרי מה שהוא מתיאש מקרקעותיו ועבדיו ושטרותיו ע"י אדם דהוי אונסא דאחריני ושלא פשע הנגזל כלל כמו שכתבנו לעיל וזהו שייך ג"כ ביאושו של גזרת קרקעות דנהי שאי אפשר להזיזם ממקומו ואינן נגזלים מ"מ עכ"פ יאושו בא לו ע"י אדם שהוא גרם לו להתיאש דזהו יאוש דגזלה שמיעטה קרא, אך יאוש של אבדה ליכא בקרקעות אפילו למאן דס"ל יאוש ברשותו מועיל מ"מ בעינן עכ"פ שהחפץ יהא נאבד ונעלם מעיני הבעלים ואינן יודעים מקומו איה לכן אע"פ שהחפץ נעול בתיבה ברשות הבעלים מ"מ כיון שהבעלים לא ידעו את מקומו איפה הוא לכן ס"ל דמקרי אבדה ומועיל היאוש, משא"כ בקרקעות לא שייך כל זה דבודאי יודעים הבעלים איו איפה הם קרקעותיהם ולא נאבד מהם ולא נעלמו מעיני הבעלים וזה כו"ע מודים דבעינן שיהא החפץ מתחלה אבוד מהבעלים ובזה מהני יאוש אבל כשאין החפץ אבוד כלל לא שייך יאוש לכולי עלמא אפילו למאן דס"ל דיאוש ברשותו מהני וכיון דבקרקעות לא שייך אבדה לא שייך יאוש דאבדת קרקעות, וגם בההיא דאבדה לו דרך שדהו אע"ג שאבדה לו קרקעו מ"מ אין זה אבדת קרקעות רק גזלה

מקרי שהרי יאוש בא לו ע"י גרמת בני האדם שהחזיקו בדרכו כי אלמלא לא החזיק שום אדם בדרכו לא היה נאבד ממנו שהרי היה יכול לברור לו דרך לאיזה צד שירצה נמצא כי היאוש בא לו משום שבני אדם החזיקו בדרכו וזהו יאוש דגזלה ולא יאוש דאבדה ואינו מועיל כלום שהרי נתמעטו הקרקעות מדין יאוש דגזלה.

ז) **והיכא** שנשתקעו שם הבעלים פליגי בזה הפוסקים אי מהני יאוש בקרקעות או לא דעת התוס' בסוכה דף ל' דהיכא שנשתקעו שם הבעלים מהני יאוש בקרקעות ודעת מרן בשו"ע סימן שע"א וכן הוא דעת הרבה פוסקים שאין חלוק בין נשתקעו או לא ובשום אופן אין מועיל יאוש בקרקעות, והדבר צריך ביאור איזה חלוק בין נשתקעו או לא כיון שהקרקעות נתמעטו מדין גזלה ומדין יאוש של גזלה אף שלא נתמעטו מדין יאוש דאבדה מ"מ יש לנו לומר שלא יועיל היאוש כיון שאין אבידה בקרקעות כמו שכתבנו.

ח) **ונראה** דהנה לפי מה שכתבנו לעיל דיאוש דאבדה מקרי היכא שלא בא היאוש ע"י אדם אחר רק ע"י הבעלים בעצמם ע"י פשיעתם או ממילא בא היאוש שלא ע"י אדם כלל, ויאוש דגזלה מקרי היכא שבא היאוש ע"י אדם אחר, א"כ בההיא דנשתקעו שם הבעלים יש מקום לחקור איך לידון בה אם לדונו כמו יאוש דגזלה או לדונו כיאוש דאבדה, שהרי תחלת היאוש בא ע"י אדם אחר שהוא הגזלן שגזל קרקעו של זה והוי יאוש דגזלה אך לבסוף פשעו הבעלים מה שלא מיחו והניחו את הדבר שישתקעו שם הבעלים ולא בא היאוש ע"י גזלת הגזלן לבד רק היאוש דהשתא הוא גם שלא ע"י הגזלן רק ע"י שלא מיחו הבעלים ונשתקעו שם הבעלים מהם, ועוד יוכל היות כי נשתקעו שם הבעלים מקרי שהבעלים הראשונים אשר הגזלן גזל מהם כבר מתו ורק בניהם ובני בני הבעלים הראשונים הם בחיים עודנה ונוכל למצוא אצלם אבידת קרקעות כמו אבדת מטלטלין יען כי בניהם ובני בניהם אינם יודעים עכשיו איו איפה מקומם של קרקעות אבותם ואפילו אם הגזלנים יזניחו עכשיו את גזלתם ויעזבו את הקרקעות הגזולות אשר בידם בכל זאת לא תבוא הקרקע ליד בני הבעלים הראשונים כי אינם יודעים מאומה שהיה הקרקע של אבות אבותיהם, נמצא כי עכשיו הוי הקרקעות האלה אבדה גמורה כמו כל מטלטלין ואין היאוש קיים ע"י גרמת אדם כלל, רק שמתחלה בעת שגזלו את הקרקע מאבותם בא היאוש ע"י גרמא של אדם לכן יש מקום לחקור אי אזלינן בתר מעיקרא היינו שבא היאוש מתחלה ע"י גזלה וגרמת אדם והוי יאוש דגזלה שהתורה מיעטה את הקרקעות מדין גזלה או דילמא בתר בסוף אזלינן היינו מה שעכשיו נשתקעו שם הבעלים ואין היאוש קיים ע"י גרמת אדם רק ממילא עומד היאוש ע"י זה שנשתקעו שם הבעלים ממנה

ט) **ויוכל** היות שבזה נחלקו הפוסקים כי התוס' דסוכה דף ל' ד"ס דהיכא שנשתקעו שם הבעלים מועיל יאוש בקרקע מדאורייתא הוא משום ד"ס דבתר בסוף אזלינן וכיון שעכשיו אין היאוש עומד ע"י גרמת הגזלן לכן מקרי יאוש דאבדה והוי יאוש אפילו בקרקעות ודעת הרמב"ם ומרן המחבר בסימן שע"א ד"ס דאפילו היכא שנשתקעו שם הבעלים ג"כ אין יאוש מועיל בקרקעות הוא משום ד"ס דבתר מעיקרא אזלינן וכיון דמעיקרא בא היאוש ע"י גזלת הגזלן וע"י גרמת אדם לכן הוי יאוש דגזלה ואינו מועיל היאוש לעולם אפילו אם נשתקעו שם הבעלים לגמרי ובני הבעלים אינם יודעים מאומה אם היה קרקע שלהם והיאוש קיים היום שלא ע"י אדם שהרי גם אם יעזבו הגזלנים את קרקעותיהם בכל זאת לא יבואו בני הבעלים אל נחלת אבותיהם, והיאוש קיים שלא ע"י בני אדם, מ"מ כיון דמעיקרא בא היאוש ע"י גרמת אדם לכן הוי יאוש דגזלה שאין היאוש מועיל בהם.

פרק יז

א) **והנה** התוס' בב"ב דף מ"ד ד"ה דוקא והרא"ש שם הוכיחו מסוגיא דפרק השולח (דף ל"ט) דמשמע שיאוש מועיל בעבדים אע"ג שהוקשו לקרקעות וכן מסוגית הגמ' דגיטין דף נ"ח משמעתתא דסיקריקון הוכיחו ג"כ התוס' והרא"ש שיאוש מועיל בקרקעות וא"כ לדידן דקי"ל שאין יאוש מועיל בקרקעות ועבדים ושטרות נשארו קושיות התוס' מבלי ישוב וצריך עיון וישוב לתרץ קושיות תוס' הנ"ל, וכן לפי מה שכתבנו לעיל שיש חלוק בין יאוש דגזלה ליאוש דאבדה, היינו שיאוש דגזלה אינו מועיל בעבדים ושטרות וקרקעות ויאוש דאבדה מועיל בהם יקשה ג"כ והלא בסוגיא דפ' השולח דף הנ"ל לענין עבדים וסוגיא דסיקריקון לענין קרקעות איירי ביאוש דגזלה ואמאי מועיל היאוש בהם שהרי היאוש הוא ע"י גרמת אדם מה שבני אדם השובים לקחו בשביה את עבדו של זה וע"י זה שגזלו הסיקריקון את קרקעו של פלוני וכיון שבא היאוש ע"י גרמת אדם הוי יאוש דגזלה שאין היאוש מועיל ולא הוי יאוש דאבדה, שהיאוש מועיל בהם.

ב) **והנני** להעתיק הסוגיא דפ' השולח (דף ל"ז) לענין עבדים וז"ל המשנה שם עבד שנשבה ופדאוהו אם לשום עבד ישתעבד אם לשם בן חורין לא ישתעבד רשב"ג אומר בין כך ובין כך ישתעבד עכ"ל המשנה ובגמ' שם במאי עסקינן וכו' רבא אמר לעולם לאחר יאוש ולשום עבד ישתעבד לרבו שני לשום בן חורין לא ישתעבד לא לרבו ראשון ולא לרבו שני לרבו שני לא דהא לשם בן חורין פרקיה לרבו ראשון נמי לא דהא לאחר יאוש הוה וכו' ולרבא דאמר לאחר יאוש ולרבו שני רבו שני ממאן קני ליה משבאי שבאי גופיה מי קני ליה אין קני ליה למעשה ידיו וכו' ואימא הני מילי בכספא אבל בחזקה לא

אמר רב פפא עמון ומואב טיהרו בסיחון וכו' עכו"ם ישראל מנא לן דכתיב וישב ממנו שבי עכ"ל הגמ'.

ג) **וכתב** הרשב"א בחידושיו למס' גיטין שם וז"ל כתב הראב"ד ז"ל קשיא לי טובא היכא קני ליה למעשה ידיו ואי קאי בהדיה בדינא מי לא מפיק ליה מתותיה ידיה ומי מצי אמר ליה הא קניתי ליה בחזקה ואי עריק מיניה מי מצי לאהדורי בדינא ואגב אונסא הוא דמשתעבד ביה מעתה האי ישראל דזבנא מיניה לשם עבדות אמאי ישתעבד בו דמשמע דמדינא קאמר לוקים בהדיה בדינא (ליפוק דהאי ישראל לאו אנס הוא מדינא ליכא ולא מידי ולא העלה תירוץ לקושיא זו כלל, אבל הרמב"ן תירץ דמשום יאוש בעלים נגעו בה דכיון דנתיאשו בעלים ממנו זכה נכרי בגופו למעשה ידיו דעבד עצמו לא זכה במעשה ידי עצמו ביאוש בעלים לפי שלא פקע ממנו אלא קנין פירות וכו' ולפי פירוש זה קרא דכתיב וישב ממנו שבי לאו בישראל גמור משתעי קרא אלא כנעני וכו' והיינו דכתיב שבי כלומר ששבה מהם מי שנשבה בידן של ישראל וכן אמרו ז"ל ששפחה כנענית היתה וכו' ותמיהה לי דאדרבה משמע לכאורה דלרבא דאמר דשבאי קני ליה משעת שביה הוא דקני ליה ואפילו לפני יאוש ותדע לך דהא אתי לדמויי חזקה לכספא וכשם דבכספא קני ליה לאלתר הכי נמי קני ליה בחזקה לאלתר וכו' ותדע לך דהא מעמון ומואב טיהרו בסיחון ילפינן לה וההיא בקרקע היא וקרקע בעלמא אינה נגזלת ולא שייך בה יאוש ואם כן חזקה דגופו דמייתי מינה אפילו קודם יאוש היא דרחמנא אמר דליקני בחזקת מלחמה וכו' ומעתה מה שהקשה הראב"ד ז"ל אינו קשה כלל דודאי אם לקחו במלחמה קנאו וכו' דכל שלקחו בחזקת מלחמה בין גופו בין ממונו קנאו שהתורה זכתה לו עכ"ל הרשב"א שם בגיטין.

ד) **והעולה** מדבריו שאיירי שלקחו את העבד בכבוש מלחמה ואפילו קודם יאוש נמי דלא כמו שמשמע מפשטות הגמ' דאיירי דוקא לאחר יאוש אלא אפילו קודם יאוש איירי רק דכבוש מלחמה שאני כדגמרינן מקרא דכתיב וישב ממנו שבי וכן מהני כבוש מלחמה אפילו בקרקע כדאמרינן עמון ומואב טהרו בסיחון היינו כי סיחון כבש במלחמה את ארץ בני עמון וארץ מואב לכן הותרו ישראל ליקח להם את ארץ עמון ומואב עיין שם ברשב"א שהאריך בזה, וכן הסכימו עמו הקצוה"ח סי' שע"א והש"ך סימן שס"ג שיש חלוק בין חזקה דכבוש מלחמה או לא, אך מדברי רש"י ותוס' והרמב"ן ושאר מפרשים לא משמע כן רק משמע דאיירי לאחר יאוש ומשום יאוש הוא דקני וצריך ביאור.

ה) **והנה** אף שאין מהראוי להכניס ראשי בין ההרים הגבוהים בדבר שכבר קשו ביה קמאי דקמאי בכל זאת אמרתי להסביר דברי רבותינו ולהשוות דבריהם במה אפשר, הנה

קי"ל אבדה ששטפה נהר התורה התירתה כדאיתא בב"מ דף כ"ב מנין לאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת שנאמר וכן תעשה לחמורו וגו' אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאתה זו שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם, ונראה דהאי דינא איתא גם בעבדים ושטרות וקרקעות דכיון שהתורה לא מיעטה אותם מדין אבדה נמצא שהעבדים והשטרות והקרקעות ישנן בכל דיני אבדה לכל פרטיה ודקדוקיה וכמו שבשאר חפצים ומטלטלין אמרה תורה דדוקא אבודים ממנו ומצוין אצל כל אדם ישנן בדיני אבדה אבל אבדה ששטפה נהר התירתה התורה כן הדין בעבדים ושטרות וקרקעות כששטפם נהר התירתם התורה ורשאין כל אדם להציל לעצמן מן הנהר ומן הדליקה ומן הארי ומן זוטו של ים את המבדים והשטרות והקרקעות כשילכו לאיבוד אם הוא לא היה מציל והרי אלו שלו כמו כל מטלטלים שהתורה התירה כשהצילם אדם ממקום האבוד.

ו) וז"ל הרמב"ם פי"א מהל' גזלה ואבדה הל' י' המוצא אבדה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק הרי זו של מוצאה שנאמר אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתייאש ממנה עכ"ל הרמב"ם הרי א"ר כי אבדה ששטפה נהר שהתורה התירתה הוא מפני שנתיאשו הבעלים אבל אם ידעינן בודאי שלא נתיאשו הבעלים רק דעתם מדיין לחפש ולתור ולבקש על אבידתו ששטפה נהר אזי לא התירתה התורה, וכן כתב הרמב"ם בפ"ו מהל' גזלה ואבדה הל' א' וז"ל קורות ואבנים ועצים וכיוצא בהם ששטפה הנהר אם נתיאשו הבעלים מהן הרי אלו מותרין והן של מצילן וכו' לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר ומן העכו"ם ומן הדליקה ממן הארי ומן הדוב ומן הברדלס אם ידע בודאי שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו עכ"ל שם הה"מ וז"ל וסובר דזוטו של ים ושלוליתו של נהר דוקא בשנתיאשו וכפשטא דברייתא דר' שמעון בן אלעזר (בב"מ דף כ"ד שמסיים מפני שהבעלים מתיאשים מהם) ומיהו עיקר הדין דא"י להציל אע"פ שלא נתיאשו הרי אלו של מוצאן וכי בעינן נתיאשו דוקא ביכולים להציל ע"י הדחק ואצ"ל ביכולים להציל בהדיא אבל בשאין יכולים להציל רק על צד הזרות והפלא ודאי אפילו לא נתיאשו, ואפשר שהרב סובר דבכל כהאי גונא היינו נתיאשו וכ"כ למטה פי"א כזו דזוטו של ים שזה ודאי נתיאשו ממנה עכ"ל הה"מ היוצא מדבריו דזוטו של ים כשהבעלים אינם יכולים להציל אפילו ע"י הדחק אזי הרי הוא של מוצאן אפילו אם הבעלים עומדים וצווחים רק אם יכולים להציל ע"י הדחק אזי בעינן יאוש בעלים וכ"כ הכ"מ ע"ש וכן פסק מרן בשו"ע סימן רנ"ט סעיף ז' שהמציל מן הארי ומן הדוב וכו' הרי

אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח והוא מפני דאיירי ג"כ שלא היה ביד הבעלים להציל כלל אפילו ע"י הדחק.

ז) **ובדברינו** שכתבנו לעיל מיושבים ג"כ דברי הרמב"ם דתלה הדבר באם נתיאשו ולא נתיאשו אשר לכאורא הוא תמוה שהיה לו לתלות באם יכולים להציל או לא כמו שכתבו הה"מ והכ"מ ומרן בשו"ע והראב"ד שם, ובדברינו ניחא שהרי כתבנו לעיל שכל הטעם שהיאוש מועיל באבדה אינו מפני שהוא מוציא בעצם את החפץ מרשות הבעלים רק הטעם הוא מפני שהיאוש עושה את החפץ כאבדה ששטפה נהר ועושהו שיהא אבוד ממנו לחלוטין ותהא ענינה של האבדה כענין כאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם, א"כ אם הבעלים אינם יכולים להציל כלל לא שייך לומר שלא נתייאשו הבעלים ממנו כי מה להם לעשות עוד ולא שייך לומר נתיאשו ולא נתיאשו רק בדבר שהבעלים יכולים להציל ע"י הדחק, או שייך לחלק בין נתיאשו הבעלים או לא אבל בדבר שאין הבעלים יכולים להציל כלל בשום אופן אין לך יאוש גדול מזה אפילו אם הבעלים עומדין וצווחין או אם הבעלים אינם יודעים מאומה שנאבד החפץ מהם מ"מ כיון שהם אינם יכולים להציל כלל מקרי שנתיאשו הבעלים שהרי פעולת היאוש אינה אלא לעשותה שתהא ענינה כאבודה ממנו ומכל אדם וא"כ מכ"ש כשאין יכולים להציל כלל אין לך אבודה ממנו ומכל אדם גדול מזה ואין לך יאוש גדול מזה ומקרי נתיאשו הבעלים וא"כ בכלל דברי הרמב"ם שכתב אם נתיאשו נכלל ג"כ זה האופן דאינו יכול להציל כלל דענינם הוא אחד ומדויק היטיב לשון הרמב"ם.

ה) **ודע** דהא דאמרינן אבידה ששטפה נהר היא מותרת וכן המציל מן הארי ומן הדוב הרי אלו שלו לאו דוקא ארי ודוב ושטיפת נהר ודליקה אלא גם באנסין ולסטים שייך לומר האי טעמא אם היא אבודה ממנו לגמרי ואין הבעלים יכולים להציל ולתבוע אותם לדין לגבות מהם את גוף החפץ או דמיו הוי כמו דליקה ונהר וארי ודוב וכל המציל מן האנסים האלה הרי אלו שלו אפילו אם הבעלים לא נתיאשו מהם אם אין הבעלים יכולים להציל כי מה לי אם החפץ הוא אבוד מהבעלים ע"י דליקה ונהר או ע"י ארי ודוב או ע"י אנסים ולסטים סוף סוף החפץ הוא אבוד מיד הבעלים וכל המציל מהם יכול לומר מהפקירא קזכינא והרי אלו שלו, והא דקי"ל בכל מקום שהקונה מן הגזלן קודם יאוש מחויב להחזיר לבעלים וכן הקונה ממנו אחר יאוש מחויב לשלם דמים לבעלים לדעת הרמב"ם כמו שהארכנו בזה לעיל היינו בגנב וגזלן דעלמא דשייך לומר למחר תבענא ליה בדינא ואגבה ממנו את גוף החפץ ואם לאו ישלם לי את דמיו א"כ לא הוי כאבדה ששטפה נהר שאין שם תשלומי ממון ואינו תלוי רק באם יכול להציל או לא

אבל כאן אינה אבודה ממנו לגמרי כיון ששייך לומר שיתבענו לדין ויכלם דמיו אבל בני אדם ההולכים במדבר ועמד עליהם גייס ובזז את רכושם דלא שייך לומר שיתבעם לדין שיחזירו להם את ממונם שהרי אינם יודעים מי המה הבוזזים שאינם מכירים אותם אז הוי המציל מידם כמציל מפי הארי והרי אלו שלו אפילו קודם יאוש ואפילו לא ידעו הבעלים כלל שהגייס בזזם מ"מ הרי אלו של המציל מידם כאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת (ועיין לקמן מן אות י"ח ולהלן ביאורו של דבר זה באריכות) וכן מלך שנלחם עם מדינה אחרת ושלל ובזז את בני המדינה שנלחם עליה וכבש במלחמה עבדים ושטרות וקרקעות וכסף וזהב ובא איש אחד והציל מהם הרי אלו שלו מפני דהוי כמציל מפי הארי ומן הדליקה שהרי אלו שלו כיון דלא שייך לומר שיתבעם לדין הוי כאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת אפילו אם הבעל עומד וצווח אם הבעלים אינם יכולים להציל. כללו של דבר דכל גנב וגזלן דשייך בו תשלום דמים אם לא יהא החפץ בעין זהו גנב וגזלן שצריך יאוש ושינוי רשות ותשלומי דמים [מן הלוקח] כמבואר בשו"ע ורמב"ם אבל הגזלנים העושים ביד רמה זר מעשיהם ושוללים ובוזזין שאין שם תשלומי ממון שאין הבעלים מצפים שישלמו דמיהם אם אין הגזלה בעין אזי דינם כמו ארי ודוב ודליקה שתליא אם יכול להציל ע"י הדחק צריך יאוש בעלים ואם אינם יכולין להציל כלל אזי אין צריך אפילו יאוש בעלים והקודם וחטף מהם זכה כמו במציל מן הארי והדוב וכדומה עיין לקמן אות י"ח י"ט כ' ע"ש.

ט) **וראיה** לזה מהא דאמרינן בב"ק ד' קט"ז ת"ר שיירה שהיתה מהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה ועמד אחד והציל הציל לאמצע וכו' ופריך הגמ' היכי דמי וכו' ואי דלא יכול להציל אפילו רישא נמי לעצמו וכו' רב אשי אמר כשיכול להציל ע"י הדחק גלי דעתיה לעצמו לא גלי דעתיה לאמצע עכ"ל הגמ' הרי אנו רואין כי דין הגייס כדין הדליקה ושטיפת נהר מה התם כשיכול להציל ע"י הדחק אינו לעצמו עד שנתיאשו הבעלים וכשאין הבעלים יכולים להציל כלל אז הרי אלו שלו אף המציל מן הגייס ג"כ הדין כן דדוקא כשיכול להציל ע"י הדחק התם צריך שיאמר שמציל לעצמו וכמו שפירש"י דכיון שאמר שהוא מציל לעצמו ושמעו הבעלים ושתקו גלו אדעתייהו שנתיאשו אבל כשאין הבעלים יכולים להציל כלל אזי הרי אלו שלו אפילו לא אמר כלל ולא נתיאשו הבעלים ג"כ הרי אלו שלו דהוי כמו אבדה ששטפה נהר שהתורה התירתה, וכן פסק הרמב"ם פ' י"ב מהל' אבידה וכן פסקו בטור ושו"ע חו"מ סימן קפ"א אלמא שדין הגייס אינו כדין גזלן וגנב דעלמא דבעינן יאוש ונתינת דמים רק הוי כאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת וטעמא הוא כדאמרן מפני שלא שייך כאן למחר תבענא ליה בדינא כמו ששייך בגזלן

וגנב דעלמא כדאיתא בגמ' ב"ק ד' קי"ד שהרי הגייס עושה ביד רמה ולא שייך גביה שישלם לו דמיו כשלא יהא החפץ בעין רק שייך כאן לומר אם יכול להציל מן הגייס או לא כמו הארי והדליקה ושטיפת הנהר שפעמים יוכלו הבעלים להציל מידם גוף החפץ לבד אבל תשלום דמים אין שם לכן כשיכולין להציל ע"י הדחק ונתיאשו הבעלים מהם אפילו הכי אין דינו כמו יאוש דעלמא דגזלה ואבדה רק דינם כיאוש של אבדה ששטפה נהר, ובפרט אם הבעלים אינם יכולים להציל כלל אז בודאי דינם כמו אבדה ששטפה נהר א"כ אף הגייס הזה כיון דליכא אצלו תשלום דמים אף כשהבעלים יכולים להציל ע"י הדחק וצריך יאוש מ"מ אין דינו כשאר גזלן אחר שנתיאשו הבעלים רק דינו כמו אבידה ששטפה נהר שהיא מותרת.

י) **וכן** כתב הנתיבות סימן קפ"א סק"א וז"ל ונראה דגייס שאני דהוי כמציל מן הנהר שהיא אבודה מכל אדם וכהפקר גמור הוא עכ"ל אלמא שכתב ג"כ כמו שכתבנו דגם בגייס הוי כאבדה ששטפה נהר אם היא אבודה ממנו ומכל אדם,

יא) **וכן** אמרינן בסנהדרין ד' צ"ד אמר להם נביא לישראל אספו שללכם אמרו לו לבזוז או לחלוק אמר להם אוסף החסיל מה אוסף החסיל כל א' וא' לעצמו אף שללכם כל אחד ואחד לעצמו אמרו לו והלא ממון עשרת השבטים מעורב בו אמר להם כמשק גבים שוקק בו מה גבים הללו מעלין אפ האדם מטומאה לטהרה אף ממונם של ישראל כיון שנפל ביד עכו"ם מיד טיהר כדרב פפא דאמר רב פפא עמון ומואב טיהרו בסיחון עכ"ל הגמ' אלמא שהממון של עשרת השבטים אשר שלל סנחרב הותר לכל ישראל ליקח השלל לעצמה, והוא ג"כ מהאי טעמא שכתבנו דכיון דלא שייך לומר גבי שלל של סנחרב למחר אוקמיה בדינא ותבענא ליה מיניה לכן הוי כזוטו של ים ושלוליתו של נהר שהמציל מהם הרי אלו שלו אף כאן הרי אלו שלו, וזה ג"כ הטעם מה דאמרינן עמון ומואב טיהרו בסיחון הוא ג"כ מהאי טעמא דכיון שהקרקעות לא נתמעטו מדין אבדה לכן יש בהם גם דין של אבדה ששטפה נהר שהמציל מידו הרי אלו שלו וכיון דסיחון לקח את ארץ בני עמון וארץ מואב הוי קרקעותיהם כאבדה ששטפה נהר שכבר יצאו מרשות הבעלים ומותר לכל אדם ליקח אותם לעצמם לכן לא מקרי תו הארץ היא של עמון ומואב לכן הותרו ישראל ליקח את ארץ עמון ומואב מיד סיחון דהוי כאבדה ששטפה נהר לכן מייתי הגמ' מילתא דרב פפי דעמון ומואב טיהרו בסיחון להאי מילתא שהותרו ממונם של עשרת השבטים אשר שלל סנחרב שהוא ג"כ מהאי טעמא דהוי כאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת לכל אדם, ואין הטעם כמו שמשמע לכאורא ברשב"א דכיבוש מלחמה דין אחר יש לה וכהיתר גמור הוא ליקח במלחמה וגם באנשים בני חורין יש לו קנין ע"י

כיבוש מלחמה, וגם משמע מדבריו שאין חלוק בין יכול להציל או לא משום דכיבוש מלחמה דין אחר יש לה וכמקח וממכר דמי, אלא אין הדבר כן דכל ההיתר של כיבוש מלחמה מה שאחרים מותרים ליקח מהם אינו אלא משום דהוי כאבדה ששטפה נהר וכמציל מן הדליקה ומן הארי שהרי אלו שלו, כן כל גדודי עכו"ם שעושים ביד רמה ושוללים ובוזזים נכסי ישראל ג"כ דינם כן כיון שלא שייך לומר כשיתבע אותם לדין ויוציא מהם או גוף החפץ או דמים לכן הוי כאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת ואפילו אם יכולים להציל ע"י הדחק דאז לא אמרינן שיהא של המציל רק כשנתיאשו הבעלים מ"מ אם אח"כ נתיאשו הבעלים לא הוי כשאר גזלן או גנב לאחר יאוש שצריך נתינת דמים רק הוי כאבדה ששטפה נהר וכמציל מפי הארי היכא שהבעלים היו יכולים להציל ע"י הדחק ואח"כ נתיאשו הבעלים דאז דינן ממש כאבידה ששטפה נהר שאין הבעלים יכולין להציל כלל וכן הוא ג"כ דין האנסין והגייסות וכובשי מלחמה היכא שאין תקוה לבעלים שישלמו את דמי החפץ כשאין החפץ בעין דינם שוה לאבדה ששטפה נהר וכמציל מפי הארי ומן הדליקה וכן כתב מהרי"ק שורש ג' לענין נידון דידיה שהמציל מן האדון המושל המקשיב על דבר שקר הוי כאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת וכמציל מפי הארי דמי.

יב) היוצא מכל הנ"ל דאע"ג שהעבדים והשטרות והקרקעות נתמעטו מדין גזילה ומדין יאוש דגזילה מ"מ כיון שלא נתמעטו מדין אבדה ומדין יאוש דאבדה לכן יש גם בעבדים ושטרות וקרקעות הדין דאמרינן דאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת והמציל את הקרקעות והעבדים והשטרות מן הדליקה ומן המים ומכל דבר האבוד הרי אלו שלו כמו כל שאר מטלטלין דעלמא שהתירה התורה אבדה שמטפה נהר.

יג) **עוד** יצא לנו דבדבר שאין הבעלים יכולים להציל כלל אזי הרי אלו של המציל אפילו אם הבעלים עומדין וטוחין שאינם מתיאשים מ"מ הרי אלו שלו ומכ"ש אם הבעלים אינם יודעים מאומה שנאבד להם הרי אלו שלו אך אם הבעלים יכולים להציל ע"י הדחק אזי צריך שיתיאשו הבעלים מהם בפירוש ולאחר שהבעלים נתיאשו אז דינם כאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת.

יד) **עוד** יצא לנו מדברינו דלאו דוקא דליקה וארי ודוב ושטיפת נהר הוי אבוד ממנו והמציל ממנו הרי אלו שלו אלא גם כל גדודי שוללים ובוזזים העושים מעשיהם ביד רמה ואי אפשר לתובעם בדין להוציא מהם לא גוף החפץ ולא דמיו אז ג"כ דינם שוה לארי ודוב ואם הבעלים יכולים להציל מהם גוף החפץ ע"י הדחק אזי צריך שיתיאשו הבעלים מהם וכשנתיאשו הבעלים מהם אין דינם כשאר גזלן וגנב שהבעלים נתיאשו

מהם שצריך נתינת דמים רק דינם כאבדה ששטפה נהר כיון שדמי החפץ היה אבוד מהם מתחלה ואם הבעלים אינם יכולים להציל כלל אזי אין צריך יאוש כלל ואפילו אם לא נתיאשו הבעלים ג"כ כל החוטף מיד האנסין הרי אלו שלו כאבדה ששטפה נהר שהרי אלו שלו, והגנב והגזלן דעלמא מקרי כשאין אבוד כלל לא גוף החפץ ולא דמיו והיינו כשיכול לתובעו לדין לגבות ממנו גוף החפץ או שיווי של החפץ זהו גנב וגזלן שדברו חכמים בכל מקום שצריך יאוש ושינוי רשות ונתינת דמים ונתמעטו מהם העבדים והשטרות והקרקעות

טו) **א"כ** נוכל לתרץ בזה קושית התוס' דב"ב והרא"ש שם שהקשו מסוגיא דגיטין דף ל"ז דמשמע שיאוש מועיל בעבדים אע"ג שהוקשו לקרקעות והרשב"א והש"ך כתבו דאיירי בכיבוש מלחמה משום דהוי כאבדה ששטפה נהר וכמציל מפי הארי ומן הדליקה שהרי אלו שלו ולאו דוקא בכיבוש מלחמה של מלך איירי מתניתין כדמשמע לכאורא בהרשב"א אלא מתניתין איירי בעבד שנשבה ע"י גדוד שבאים אנשי רשע העושים מעשיהם ביד רמה כדמשמע פשטא דמתניתין דקתני עבד שנשבה ולא קתני שכבשו במלחמה דוקא א"כ משמע שגם בעבד הנשבה ע"י גדוד רשעים העושים מעשיהם ביד רמה לשלול שלל אנשים ועבדים ונכסיהם איירי מתניתין ולא איירי דוקא שנשבה ע"י כבוש מלחמה וכן ברש"י ותוס' ושאר מפרשים ראשונים ואחרונים משמע נ"כ דלא איירי דוקא בעבד שנשבה ע"י כיבוש מלחמה אלא לאו דוקא הוא כיבוש מלחמה ואיירי בעבד שנשבה ע"י גדוד שבאים העושים מעשיהם ביד רמה אשר כל הבא בידם הוא כמו אבדה ששטפה נהר וכל המציל מהם הרי הוא כמציל מפי הארי ומן הדליקה לכן קתני במתניתין שהפודה אותו מיד השבאים יכול לקנותו לעצמו לשם עבד או לשם בן חורין כמו המציל מן הדליקה שהרי אלו שלו.

טז) **ומה** שמשמע מדברי הגמ' ורש"י ותוס' ושאר כל המפרשים דאיירי דוקא לאחר יאוש אבל קודם יאוש לא. והרשב"א דחק מאוד בזה לפי שיטתו דבכיבוש מלחמה אין צריך יאוש אלא אפילו בלא יאוש נמי קנה לפי מה שכתבנו ניחא דתרי גוני איכא במציל מיד הארי ומיד האנסין וכיבוש מלחמה דכשאין הבעלים יכולים להציל כלל בזה אין צריך יאוש כלל אלא אפילו הבעל עומד וצווח ג"כ הרי אלו של המציל וכשהבעלים יכולים להציל את גוף החפץ ע"י הדחק אבל דמי החפץ לא יוכלו הבעלים להציל כלל אם יאבד ויופסד החפץ, במציל מפי הארי ומיד אנסין כזה צריך יאוש בעלים וכשנתיאשו הבעלים אזי הוי כאבדה ששטפה נהר ומהני היאוש אפילו בעבדים ושטרות וקרקעות ואין זה דומה לגזלן וגנב דעלמא שנתיאשו הבעלים לפי שבגנב וגזלן דעלמא לא היה אבוד כלום

לא גוף החפץ ולא דמיו אם יאבד החפץ לכן לא הוי כאבדה ששטפה נהר משא"כ כאן בגדוד וגייס העושים ביד רמה שדמי החפץ היו אבודים מתחלה אפילו קודם יאוש רק שהבעלים יכולים להציל ע"י הדחק את גוף החפץ ולא דמיו לכן כשנתיאשו הבעלים הוי כאבדה ששטפה נהר כמו שאין הבעלים יכולים להציל כלל כאשר כתבנו בזה לעיל, לכן אלו ואלו דברי אמת וצדק היינו דברי הרשב"א שכתב דאיירי אפילו לפני יאוש ודברי שאר כל המפרשים שכתבו דאיירי דוקא לאחר יאוש, והיינו מפני שהרשב"א כתב דאיירי בכיבוש מלחמה וסתם כיבוש מלחמה איירי שאין הבעלים יכולים להציל כלל לכן כתב דאפילו קודם יאוש גמי יכולים לפדותו מיד השבאים ולהשתעבד בו לרב שני או לשם בן חורין מפני שפקע קנינו של רבו ראשון כיון דהוי כאבדה ששטפה נהר שהתורה התירתה אפילו קודם יאוש, אבל שאר כל המפרשים שלא כתבו בהדיא דאיירי בכיבוש מלחמה וא"כ משמע דאיירי בשאר כל הגדודים והגייסות שיוכל היות שיקבצו עליהם גדוד גדול מהם ויכום ויכניעום ויצילו את כל אשר שבו ויבוזו הגדודים האלה ונהי דאם לא ימצאו את החפצים בעין לא יוכלו להעמידם בדין ולתבוע מהם את דמי החפץ מ"מ לענין העבד בעצמו יוכל היות שהבעלים יכולים להציל ע"י הדחק לכן צריך יאוש בעלים היינו שהבעלים יתיאשו מהם ואז לאחר יאוש הוי כמו אבדה ששטפה נהר שהתורה התירתה אבל קודם יאוש לא הוי כאבדה ששטפה נהר, ואף שיוכל היות שהרשב"א והשאר מפרשים לא כונו למה שכתבתי מ"מ נראה לענ"ד לדינא נכון מה שכתבתי.

יז) **וכן** קושית התוס' והרא"ש משמעתא דסיקריקון ג"כ לאו קושיא היא דקושיתם היא מסתמא מהא דאמרינן שם בגיטין דף נ"ה ג' גזרות גזרו גזירתא קמייתא מאן דלא קטיל ליקטלוהו מציעתא כל דקטיל לייתי ארבע זוזי בתרייתא כל דקטיל ליקטלוהו הלכך קמייתא ומציעתא כיון דקטלי אגב, אונסא גמר ומקני בתרייתא אמרי האידנא לשקול למחר תבענא ליה בדינא עכ"ל הגמ' אלמא שהיאוש מועיל גם בגזלת קרקעות דהרי התם ג"כ גזלה היא ואפילו הכי מועיל היאוש ואמרינן דגמר ומקני, ולפי מה שכתבנו איכא למימר כאן נמי דדמי לאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת דבודאי אי אפשר לו לתובעם בדין ואבדה ששטפה נהר מועיל גם בקרקעות כנ"ל, ועוד איכא למימר דדמיא לתליוהו וזבין כיון שהוא מסור בידו להרגו ועיין מזה בקצה"ח סימן שע"א ובשאר מפרשים.

יח) **והנני** לפרש שיחתי שכתבתי שהחלוק בין גנב וגזלן סתמא שדברו חכמים בכל מקום לגנב וגזלן דדמיא לאבדה ששטפה נהר הוא בזה דגנב וגזלן סתמא אינו אבוד לא גוף החפץ ולא שיווי דידיה היינו דמי החפץ כשאין החפץ בעין מפני שיכול להוציא ממנו בדין גוף החפץ או דמיו, אבל גנב וגזלן דדמי לאבדה ששטפה נהר איירי בגנב וגזלן

שעושה ברמה וביד חזקה שדמי החפץ הם בודאי אבודים וכשאין החפץ בעין בודאי לא יכול להוציא בדין את דמיו רק גוף החפץ תליא אם אינו יכול להציל אפילו ע"י הדחק אזי אין אנו צריכין ליאוש כלל ואפילו עומד וצווח ג"כ מותר לכל אדם ליטול לעצמו אבל אם יכול להציל ע"י הדחק אזי דוקא אם נתיאשו הבעלים הוי כאבדה ששטפה נהר והרי אלו של המציל ואם לא נתיאשו הבעלים הרי אלו של הבעלים ולא של המציל כן כתבנו לעיל, ולכאורא לא היה צריך להזכיר החלוק בין גוף החפץ ובין דמי החפץ, רק ראוי לומר שהחלוק בין גנב וגזלן סתמא לגנב וגזלן של אבידה ששטפה נהר הוא בזה דגנב וגזלן סתמא הוא כשיש לומר למחר נקטינא ליה ותבענא ליה בדינא זהו גנב וגזלן סתמא וגנב וגזלן דדמי לאבדה ששטפה נהר הוא כשאי אפשר לומר למחר נקטינא ליה בדינא מפני שעושה מעשיו ברמה ומה הכריתנו לחלק בין גוף החפץ לדמי החפץ.

יט) **אך** זה הדבר הכריחנו לחלק בין גוף החפץ ובין דמיו, ימן כי אנו רואים כי הגייס הדומה לזוטו של ים יש בהם שני מינים א) כשאין הבעלים יכולים להציל כלל כי אז אין אנו צריכים ליאוש בעלים כלל ב) כשהבעלים יכולים להציל ע"י הדחק אשר אז צריך ליאוש בעלים וקודם יאוש אין אדם יכול ליקח את החפץ לעצמו, אך לאחר יאוש אין דינו כסתם גנבה או גזלה לאחר יאוש אשר צריך שינוי רשות מדעת הגנב ונתינת דמים ועוד שאר דינים אשר יש בגנב וגזלן סתמא, רק דינו כאבדה ששטפה נהר שכל המציל הרי אלו שלו כדאיתא בגמ' דב"ק דף קט"ז שהבאנו לעיל לעניין גייס וא"כ צריך ביאור איזה נבול וחלוק יש בין שני הגזלנים האלה היינו גזלן סתמא לגזלן הנזכר בב"ק דף קט"ז אשר הבעלים יכולים להציל ע"י הדחק, אשר מנינו שהם חלוקים בדיניהם כי גזלן סתם צריך שינוי רשות מדעת הגזלן ונתינת דמים והגזלן שיכולים להציל ממנו ע"י הדחק אינו צריך לא נתינת דמים ולא שינוי רשות והלא בשניהם יש להם תקוה להציל את החפץ שלהם קודם יאוש ולאחר יאוש בשניהם נתיאשו ואין להם להבעלים עוד תקוה להוציא את החפצים שלהם מיד הגזלנים האלה ובמה ניכר ונבדל הגזלן הזה שאנו קוראים לו גזלן סתם, מהגזלן האחר שאנו קוראים לו גזלן דדור לפי הארי ולזוטו של ים הלא מעשיהם שוים זה לזה כי קודם יאוש הבעלים מצפים להוציא את החפץ מידם ולאחר יאוש אבדה תקות הבעלים מלהוציא את החפץ מהם ולפי הנראה מעשיהם שוים הם ומדוע דיניהם חלוקים זה מזה, א"כ הדבר צריך ביאור באיזה מעשים יוכרו הגזלנים זה מזה ומה יבדיל ביניהם, וזה בודאי דוחק גדול הוא לחלק כי בגזלן הזה דדמי לאבדה ששטפה נהר אין להם תקוה להבעלים להוציא את שלהם מיד הגזלן ע"י דינא ודיינא רק ע"י אנרוף אשר ידו יגבר על הגזלן הזה, משא"כ בגזלן סתמא יש להם להבעלים תקוה

להוציא את שלהם מתחת יד הגזלן ע"י שיתבעם לדין, כי בודאי אין שום סברא לחלק ביניהם כי איזה חלוק ואיזה נפקא מינה הוא אם הבעלים יכולים להציל ע"י דינא ודיינא או ע"י כח ידם סוף סוף הרי הבעלים יכולים להציל את שלהם וראוי להיות דיניהם שוה, וגם זה אין לחלק כי בגנב וגזלן סתמא יכולים הבעלים להציל גם בלא דחק אבל כאן אין הבעלים יכולים להציל רק ע"י הדחק כי זה בודאי ליתא שהרי בגנב סתמא בודאי אין הבעלים יכולים להציל רק ע"י דחק שהרי אינם יודעים מי גנב מהם ואין לך דחק גדול מזה, ועוד שהרי גם בגנב וגזלן סתמא הוכיח סופו שלא יכלו הבעלים להציל בלא דחק שהרי נתיאשו הבעלים מהם ובודאי אלו היה בידם להציל בלא דחק בודאי לא היו מתיאשים מחפציהם, אלא ודאי גם בגנב וגזלן סתמא אין הבעלים יכולים להציל רק ע"י הדחק ואפילו הכי אמרינן שאם נתיאשו הבעלים אח"כ אין דינו כאבדה ששטפה נהר רק דינו כגנב וגזלן סתמא א"כ הדבר צריך ביאור במה נכר ונבדל הגנב והגזלן הזה מגנב וגזלן דדמי לשטפה נהר אחר יאוש בעלים אשר גם בזה היו הבעלים יכולים להציל ע"י הדחק ובמה נשתנו מעשיהם זה מזה.

כ) **והנה** באבידה ששטפה נהר והמציל מן הארי והדוב ובמציל מן הדליקה וכיוצא בהם גם שם יש שני הענינים הנ"ל היינו דכשאין הבעלים יכולים להציל כלל אזי אין צריך יאוש בעלים ואפילו אם הבעלים עומדין צווחין ג"כ הרי אלו של המציל, וכשהבעלים יכולים להציל ע"י הדחק אזי צריך יאוש בעלים ולאחר שנתיאשו הבעלים אז דינם כאבדה ששטפה נהר ולא קודם לכן, ושם בכל הנך ליכא תשלומי דמים כי מי ישלם לו באבדה ששטפה נהר ובזוטו של ים או אם יאכלנו הארי והדוב, והא דאמרינן יכול להציל ע"י הדחק היינו שיכול להציל את גוף החפץ ע"י הדחק אבל דמים אין שם ואם יאבד החפץ במים או באש או יאכלנו הארי והדוב אין כאן תשלום דמים כי מי ישלם לו דמיו ואפילו ע"י הדחק אינו יכול להציל את דמיו, א"כ מובן הדבר כי גם גייס ואנסין אשר דינם שוה לאבידה ששטפה נהר איירי ג"כ באופן זה שאין שם תשלום דמים כלל יען שעושים זר מעשיהם ברמה לשלול ולבזוז ואין ביד הבעלים להעמידם בדין לגבות מהם את דמי החפץ אם החפץ יאבד מן העולם ואפילו ע"י הדחק אינם יכולים להציל את דמי החפץ כמו בדליקה ובאכלו ארי ודוב רק את גוף החפץ לבד זהו יכולים הבעלים להציל ע"י הדחק, לכן קודם שנתיאשו הבעלים אין שום אדם רשאי ליקח את החפץ לעצמו אף שדמי החפץ הוא אבוד תיכף מן הבעלים מ"מ כיון שגוף החפץ אינו אבוד מן הבעלים לגמרי יען שיכולים להציל ע"י הדחק לכן קודם יאוש אין שום אדם רשאי ליקח את החפץ לעצמו, אבל לאחר דיאוש דינו כאבדה ששכעפה נהר יען שדמי החפץ

היה אבוד מן הבעלים תיכף, וזה החלוק בין גנב וגזלן סתם לגנב וגזלן הזה דדמי לאחר יאוש לאבדה ששטפה נהר, כי הגנב והגזלן סתם שדברו חכמים בכל מקום הם הגזלנים והגנבים אשר אפשר לתובעם לדין להוציא מהם את גוף החפץ אם הוא בעין או דמי החפץ כשאין החפץ בעין וא"כ אינו דומה לאבדה ששטפה נהר שהרי החפץ וגם דמיו אינן אבודים מיד הבעלים משוז"כ בגייס ואנסים אשר דמי החפץ בודאי אבודים הם מן הבעלים לפי שאי אפשר לתבוע מהם את דמי החפץ רק הגוף יכולים הם להציל ע"י הדחק הן ע"י כחם וגבורתם של הבעלים הן ע"י דינא ודיינא אבל כיון שגוף החפץ יכולים הבעלים להציל ע"י הדחק לכן צריך יאוש בעלים, ולאחר שנתיאשו הבעלים אין דינם כסתם גנב וגזלן לאחר יאוש רק דינו כאבדה ששטפה נהר שאין צריך לא שיטי רשות ולא נתינת דמים יען שהבעלים נתיאשו מדמי החפץ מקודם לכן הוכרחתי לחלק בין גוף החפץ לדמי החפץ כנ"ל, ולאחר יאוש בגזלן סתמא אף אם יתיאשו הבעלים גם מן הדמים אין היאוש מועיל לענין הדמים וגרע מיאוש בחוב שהרי הוה שם חיוב דמים מעיקרא וגם באיסורא אתא לידיה וכן לענין החפץ צריך שינוי רשות מהאי טעמא כיון דמעיקרא היה ביד הגזלן חפץ עם השיווי שלו משא"כ בגייס שהוא גנב וגזלן דדמיין לאבדה ששטפה נהר דכיון שלא היה שם שום דמים מעיקרא דאפילו קודם יאוש בעלים ג"כ שיווי של החפץ כשרוף דמי רק לענין החפץ בעצמו עדיין לא נתיאשו אולי יוכלו להציל את גוף החפץ אבל דמיו של החפץ מתחלתו בשעה שהגייס נטלו כשרוף דמי לכן תיכף כשנתיאשו הבעלים אין צריך לא שינוי רשות ולא נתינת דמים.

כא) **ובזה** נראה לי לתרץ מה שיש להקשות על דברי הרמב"ם פי"א מה' נזקי ממון הל' י"ג וז"ל שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו עכ"ל וכן הוא במס' כריתות ד' כ"ד ויש להקשות על זה מאי שנא משאר עדים זוממים דקי"ל דאם העידו העדים בעניני ממון והוציא ב"ר את הממון מראובן ונתנו לשמעון ע"פ עדים, אם אח"כ נמצאו העדים זוממין מוציאין ב"ד את הממון משמעון ונותנים לראובן, ומלבד זאת מחויבים העדים לשלם לראובן דמי שורו או שדהו שרצו לחייבו, וא"כ תימה אמאי לא נימא שכל הקודם וזכה בו בשורו של ראובן או בשדהו או בממונו זכה בו לפי שכבר נתיאש ראובן ממנו, ונהי שהעדים מוחייבים לשלם לראובן דמי שורו כפי שרצו להפסידו אבל בגוף השור או בגוף השדה או בגוף הממון אשר זיכו ב"ד את שמעון בעדי שקר זה ראוי לומר כל הקודם בו זכה כמו שור הנסקל שהוזמו עדיו שהבעלים מתיאשים ממנו ומפקירים אותו כי מה לו לראובן אם ב"ד לוקחין את שורו וסוקלין אותו דאמרינן שכבר נתיאשו הבעלים ממנו ואפילו אם הוזמו העדים אח"כ ומה לי אם ב"ד לוקחים

שורו של ראובן ונותנים לשמעון סוף סוף לקחו ב"ד שורו של ראובן ממנו ויש לנו לומר שהבעלים נתיאשו מהם.

כב) **ובדברינו** ניחא דשור הנסקל כיון לוקחים לסוקלו וגומרין את דינו לכן הוי כאבדה ששטפה נהר, שהרי גם שם אין תשלום דמים כי מי ישלם לו דמי השור אם הב"ד יסקלוהו אפילו אם העדים ימצאו זוממין, ואע"ג שהעדים זוממין מחויבים לשלם לו דמי הזמה מכאשר זמם, מ"מ אין זה שייכות לדמי שויו של שור שהרי תיכף לאחר גמר דין יש תשלום הזמה על העדים אם ימצאו זוממין ואע"פ נשאר גם שורו לפניו מ"מ מחויבים העדים לשלם לו מכאשר זמם, נמצא שדמי שויו של שור הוא אבוד כאבידה ששטפה נהר רק מפני שנקרא אפשר להציל ע"י הדחק דהיינו ע"י הזמה לכן צריך שיתיאשו הבעלים ג"כ לכן פסק הרמב"ם שם שאם העידו שבעליו רבע שורו ונמצאו זוממין אין השור הפקר והקודם וזכה בו לא זכה מפני שהבעל יודע בעצמו שלא חטא ועדי שקר הם הרי זה מיחל ומצפה להזימם ולכן לא הפקיר, והוא מפני שבדבר שהבעלים יכולין להציל ע"י הדחק צריך יאוש בעלים אפילו באבידה ששטפה נהר, א"כ לא שייך לדמותו לאבידה ששטפה נהר אלא כאן שדמי השור הוא בודאי אבוד ע"י זה שהב"ד יסקלו אותו, אבל אם ב"ד דנו ע"פ עדי שקר על שורו או שדהו של ראובן שהוא של שמעון שאין שם דבר האבד כלל לא גוף החפץ ולא דמים שהרי בכל עת ושעה שיתברר הדבר ע"י הזמה שעדי שקר הם יוכלו ב"ד להשיב את השור או את השדה מיד שמעון וליתן לראובן, ואפילו אם השור יהא כבר נאכל ונשרף ואינו בעולם מ"מ יוכלו ב"ד לגבות את דמי השור וליתן לבעלים, וכל מקום דאיכא תשלום דמים לא שייך לדמותו לאבדה ששטפה נהר כמו שכתבנו לעיל רק דמי לשאר גזלה דעלמא שאין הגזלן קונה ביאוש לחוד רק צריך גם שינוי רשות ושינוי רשות לא הוי עד שיהא מדעת הזוכה בדין ע"פ עדי שקר שהוא הגזלן בדבר זה (ואפילו אם ימכור או יתן לאיש אחר יוכל היות שלא יועיל גם יאוש ושינוי רשות מפני שגזל בטעות הוא כי אלו היה יודע שהעדים הם עדי שקר לא היה מחזיק חפץ חבירו בידו) לכן לא שייך לומר כל הקודם וזכה בו זכה כיון שיש כאן חיוב תשלומי ממון ולא דמי לאבדה ששטפה נהר.

כג) **ואולי** גם בההיא דתרומת הדשן הנ"ל לענין קם דינא בההיא דבן תשעה לראשון ובן ז' לאחרון יש לומר גם כן היאוש מהני בקרקעות משום דדמיא לאבדה ששטפה נהר, אך בההיא דאבדה לו דרך שדהו ליכא לדמותו לאבידה ששטפה נהר שהרי הוא מצפה ומיחל שימצא עדים שהדרך הוא שלו, משא"כ בההיא דבן תשעה לראשון ובן ז' לאחרון

שאינו מצפה לברר את הדבר אם הוא בן תשעה לראשון או בן ז' לאחרון ואין הדבר עומד להתברר לעולם לכן הוי אבודה ממנו לגמרי כאבידה ששטפה נהר אפילו בקרקעות.

פרק יח

א) **ובזה** נראה לי ליישב את דברי הרמב"ם והמחבר דהנה מרן המחבר בחו"מ סימן שס"א פסק לענין גזלה דיאוש כדי לא קנה רק יאוש עם שינוי רשות קנה, ופסק שם ס"ג בד"א בידוע שנתיאשו הבעלים אבל סתם גזלה לא הוי יאוש בעלים ושם ס"ד כתב יאוש עם שינוי רשות קנה ונתבארו משפטיו בסימן שנ"ג, ובסימן שנ"ג כתב המחבר לענין גנב דהיכא שקנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות מחויב הלוקח לשלם דמים לבעלים אם לקח מגנב מפורסם ואם לא היה גנב מפורסם אין הלוקח צריך לשלם דמים משום תקנת השוק א"כ שמעינן מדברי המחבר שגם לענין גזלה הדין כן כמו בגנבה שהלוקח מחויב לשלם דמים אע"פ שהיה יאוש ושינוי רשות, ועוד פסק מרן המחבר בסימן שס"א ס"ה דלא הוי שינוי רשות אלא א"כ מכרו או נתנו לאחר אבל אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן שלא מרצונו לא הוי שיטי רשות, ואם ירצה הנגזל גובה מהראשון או מהשני, ובסימן שס"ח פסק מרן המחבר וז"ל המציל מיד לסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתיאשו הבעלים ואם ידע שלא נתיאשו חייב להחזיר אבל המציל מיד לסטים עכו"ם או מוכס עכו"ם חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים ואם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו ומפני מה אמרו סתם לסטים ישראל נתיאשו הבעלים וסתם עכו"ם לא נתיאשו מפני שהבעלים יודעים שעכו"ם מחזירים מיד הגזלן אע"פ שאין שם עדים שגזלן אלא בראיות רעועות ובאומד הדעת עכ"ל המחבר וכן פסק הרמב"ם בפ"י מהל' גזלה ע"ש.

ב) **ועיין** באחרונים שהקשו כמה קושיות על דברי הרמב"ם והמחבר א) דבסימן שס"א פסק דסתם גזלה לא הוי יאוש בעלים ולא חילק בין שהגזלן היה עכו"ם או ישראל וכן אמרינן בקידושין ד' נ"ב לית דחש להא דר' שמעון דאמר סתם גזלה יאוש בעלים אלמא שהדבר הוא פשוט להלכה למעשה דסתם גזלה לא הוי יאוש בעלים ובסימן שס"ח פסק דסתם גזלה הוי יאוש בעלים אם הלסטים הם לסטים ישראל, ב) דבסימן שס"א פסק דיאוש כדי לא קני רק עם שינוי רשות, והחוטף מיד הגזלן לא מקרי שינוי רשות רק אם הגזלן בעצמו מוכר לו אי נותן לו, ובסימן שס"ח פסק שהמציל מיד הלסטים אחר שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו, והמציל מידם מקרי שחטף מידם ואמאי יהא שלו והלא לא הוי כאן רק יאוש לחוד בלא שינוי רשות כיון שהגזלן מדעתו ומרצונו לא נתן מאומה א"כ אין כאן שינוי רשות ג) דמשמע שהחוטף הרי אלו שלו ואין צריך לשלם

דמים לבעלים והלא בסימן שס"א ובסימן שנ"ג פסק דאע"פ שקנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות מ"מ צריך לשלם לבעלים את דמי החפץ עיין באחרונים מה שדברו בזה.

ג) **והנה** מקור דברי מרן המחבר בסימן שס"ח הוא מדברי הרמב"ם ריש פרק ו' מהל' גזלה ואבדה וז"ל שם קורות ואבנים ועצים ששטפם הנהר אם נתיאשו הבעלים מהם הרי אלו מותרין והן של מצילן ואם אינו יודע אם נתיאשו או לא נתיאשו חייב להחזיר ואין צריך לומר אם היו הבעלים מרדפין אחריהם, לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר ומן העכו"ם ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס אם ידע בודאי שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו ואם לא ידע יחזיר, המציל מיד לסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתיאשו הבעלים ואם ידע שלא נתיאשו חייב להחזיר אבל המציל מיד לסטים עכו"ם או מוכס עכו"ם חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים ואם ידע בודאי שנתיאשו הרי אלו שלו, ומפני מה סתם לסטים ישראל נתיאשו הבעלים וסתם עכו"ם לא נתיאשו מפני שהבעלים יודעים שהעכו"ם מחזירין מיד הגזלן אע"פ שאין שם עדים שגזל אלא בראיות רעועות ובאומד הדעת עכ"ל הרמב"ם שם ומקורו של דבר זה עיין בהה"מ ולי נראה שמקורו הוא מהא דאיתא בב"ק ד' קי"ד במשנה המציל מן הנהר או מן הגייס או מן הלסטים אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו ע"ש דמוקי ליה בגמ' דאיירי בלסטים עכו"ם אבל בלסטים ישראל בסתמא נמי הוי יאוש

ד) **ודברי** המשנה והגמ' ודברי הרמב"ם ודברי מרן בשו"ע חש סימן שס"ח איירי בחד גונא וכולם איירו שהבעלים יכולים להציל ע"י הדחק כמו שכתב הה"מ דאי כשאין הבעלים יכולים להציל כלל אין אנו צריכין ליאוש הבעלים וגם לא שייך לומר שלא נתיאשו הבעלים כמו שכתבנו לעיל וכולם איירו בחד גונא דומיא דנהר ודומיא דארי ודוב ודומיא דכל הנך דאיירי שדמי החפץ אין הבעלים יכולים להציל אפילו ע"י הדחק כמו בנהר וזוטו של ים וארי ודוב שאין שם ממי לגבות דמי החפץ רק גוף החפץ יכולים להציל ע"י הדחק, נמצא כי הלסטים דקתני במשנה דב"ק וברמב"ם פ"י מהל' גזלה ומרן המחבר סימן שס"ח כולהו איירו בחד גונא בלסטים דומיא דנהר וזוטו של ים אשר דמי החפץ הוא אבוד מן הבעלים לגמרי ואין הבעלים יכולים להציל דמי החפץ אפילו ע"י הדחק רק את גוף החפץ יכולים הבעלים להציל ע"י הדחק לכן כשנתיאשו הבעלים הרי החפץ של המציל משום דדמיא לאבידה ששטפה נהר לכן אין צריך שינוי רשות ונתינת דמים כמו שאר גנב וגזלן דעלמא רק סגי ביאוש לחוד וכיון שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו דהוי כאבדה ששטפה נהר, וכן הקושיא שהקשינו והלא בסימן שס"א פסק מרן דסתם גזלה לא הוי יאוש בעלים ומשמע שאין חלוק בין גזלן ישראל לגזלן

עכו"ם ג"כ מתורץ בזה משום דדוקא בסתם גזלן קי"ל דלא הוי יאוש בעלים משום דסבר למחר נקיטנא ליה בדינא אבל הליסטים דאיירו בהם המשנה דב"ק והגמ' שם והרמב"ם ומרן בשו"ע סימן שס"ח איירו בגדודי גייסות שהתקשרו לשלול שלל ולבוז בז דלא שייך שם לומר שיתבעם לדין לכן מסתמא הוי יאוש בעלים, ומה שאמרו החלוק בין לסטים ישראל ללסטים עכו"ם משום שהעכו"ם מחזירין מיד הגזלן בראיות רעועות שלא בעדים משא"כ בישראל א"כ משמע לכאורא שבא דיניהם לפני הדיינים ויד הדיינים תקיפה עליהם להוציא מהם אם ימצא הנגזל עדים, וא"כ הוי לכאורא תיובתא לדברינו דאירי באופן שלא שייך לומר שיתבעם לדין משום שעושים מעשיהם ברמה וביד חזקה.

ה) **אך** כאשר תידוק שפיר בהאי מילתא תראה כי דברי נכונים כי לכאורא דברי הגמ' תמוהים מאוד איך שייך לומר שיתיאש בגזלן ישראל משום שדייני ישראל מבקשים עדים כשרים, והלא כל הגזלנים והגנבים שדברו חכמים בכל מקום איירי דאיכא עדים שגזל וגנב דאי ליכא עדים מהיכן ידעינן שגזל ממנו ואי אדם מתייאש בדבר שצריך עדים איך גובין כל ההלואות והניזקין וכל הדמים בדבר שמועיל היאוש אלא על כרחך כיון שיש לו עדים אינו מתיאש וכיון דאיכא עדים שגזל ממנו אמאי מתיאש בלסטים ישראל ואם איירי דליכא עדים שהלסטים גזלו את החפץ מן הנגזל איך שייך לדון ולהסתפק אם המציל מידו הרי אלו שלו או לא כיון שאין אט יודעים של מי הוא החפץ ואפילו בלסטים עכו"ם דאמרינן שהמציל מיד הלסטים מחויב להחזיר לבעלים הראשונים מ"מ איירי דוקא שהבעלים הראשונים הביאו עדים שהחפץ הוא שלהם והליסטים גזלו מהם דאי לאו הכי איך נוציא ממון מן המציל אלא ע"כ כי הן בליסטים ישראל והן בליסטים עכו"ם איירי דאיכא עדים שהליסטים גזלו מהם א"כ אמאי מתיאש בליסטים ישראל כיון שיש לו עדים שהחפץ הוא שלו ולסטים גזלו ממנו.

ו) **אלא** ודאי כדאמרן דאיירי בגדודי גייסות ולסטים דלא צייתי דינא ואין יד הדיינים שולטת עליהם שיקיימו את גזר דינם לכן אע"ג דאיכא עדים שגזלו אפילו הכי לא יועילו לו כלום לא בדייני ישראל ולא בדייני עכו"ם ומה שאינו מתיאש בלסטים עכו"ם הוא משום שיש לו תקוה שיקבץ גדוד גדול משלהם ויכו ויכניעו את הלסטים ויוציאו מידם את אשר שללו ובזזו הן ולא דמיהם והחלוק שבין לסטים ישראל ללסטים עכו"ם הוא בזה דבלסטים ישראל לא יוכל לקבץ עליהם המון רב להכותם ולהכניעם רק ברשות ב"ד*), וב"ד לא יתנו לו רשות לרדוף אחרי הגדוד ולהכותם וליקח מידם את החפצים שלהם, אע"פ שיש לו עדים מ"מ לא ימהרו ב"ד לקבל עדים שלא בפני בע"ד וליתן לו רשות ועיין חו"מ סימן כ"ח סעיף ט"ז שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד אלא אם

כן שלחו לו ולא בא ע"ש שאם היה הנתבע חולה אין מקבלין עדים שלא בפניו ועיין חו"מ סימן ד' אע"ג שיכול אדם לעשות דין לעצמו מ"מ אסור לעשות ע"י עכו"ם וכיון שיצטרך לעשות ע"י ישראל בודאי לא יוכל לעשות בלא רשות ב"ד וב"ד לא ימהרו לקבל עדים שלא בפני בע"ד ובין כך ובין כך ינוסו השוללים וילכו לדרכם לכן קא מתיאש שפיר ואכל בלסטים עכו"ם שאין צריך רשות מב"ד ישראל, והעכו"ם ישמעו לו לרדוף אחרי הגדוד שלא בראיות ברורות רק בראיות רעועות לכן לא מיאש תיכף מן גוף החפץ אבל מן דמי החפץ בודאי קא מתיאש תיכף כיון דלא צייתי דינא ודמי החפץ הוא אבוד מן הבעלים לכן הוי כאבדה ששטפה נהר אם נתיאשו הבעלים אח"כ לכן סגי ביאוש לחוד ואין צריך שינוי רשות ומתורץ בזה כל הקושיות הנ"ל, אבל בשאר גנבים וגזלנים דצייתי דינא ויד ב"ד תקיפה עליהם בודאי אינו מתיאש לא מגוף החפץ ולא מדמיו כי ב"ד יכריחום לבא לפניהם ולדון ויוציאו מהם את גוף החפץ כשיהא בעין אי דמי החפץ כשאין החפץ בעין.

פרק יט

א) **ודע** דהלסטים והאנסים האלה דמיין לאבידה ששטפה נהר וכמציל מפי הארי לאו דוקא לאחר שבא ליד האנסין אלא אפילו קודם שבא ליד האנסין ג"כ המציל מהם הוי כמציל מן הדליקה אם היה ברי היזיקא היינו שאם לא קדם והציל לא היה ביד הבעלים להציל והיה החפץ נאבד בדליקה או בידי האנסין הרי החפץ של המציל כאלו בא כבר החפץ ביד האנסין שהרי אלו של המציל, לכן אמרינן בב"ק דף קט"ו מי שבא בדרך ומעות בידו ואנס כנגדו לא יאמר הרי הפירות שיש לי בתוך ביתי מחוללים על מעות הללו ואם אמר דבריו קימין אם יכול להציל ע"י הדחק, אבל אם לא יכול להציל כלל אזי אם אמר לא אמר כלום והוא משום דדמיא לאבדה ששטפה נהר, אבל בסתם גנב וגזלן אין הדבר כן רק הוי יאוש ברשותו ולא מהני היאוש מה שנתיאשו הבעלים בשעה שהחפץ עדיין בידם כיון שאין החפץ אבוד וגם דמי החפץ אינם אבודים כלל, לכן לא מהני היאוש רק אחר שנגנב או נגזל החפץ מידם אבל כשעדיין החפץ ברשות הבעלים לא מהני היאוש, ועיין בנתיבות סימן שס"א דמשמע מדבריו שבכל הגנבים והגזלנים מהני היאוש גם קודם שנגנב או נגזל מיד הבעלים מטעם יאוש דאבדה, ודבריו תמוהים דאי משום יאוש דאבדה אתינן עלה הרי הנתיבות בסימן רנ"ט ס"ק א' הסכים דיאוש ברשותו לא מהני באבידה ואיך כתב דיאוש מהני בגזלן קודם שגזלו מיד הבעלים, אלא נראה כמו שכתבתי דיאוש דאבדה וכן היאוש של סתם גנב וגזלן אינו מועיל כל זמן שהחפץ הוא ברשות הבעלים רק באנס ולסטים דדמיין לאבדה ששטפה נהר שם מהני

אפילו כשהחפץ עדיין ברשות הבעלים כמו בדליקה וארי ודוב ושטף מים דליכא שם משיכת הגזלה ואפילו הכי המציל מידם הרי אלו שלו

ב) **עוד** כתב הנתיבות סימן שס"א ס"ק ב' דבאנסין שגרמו להבעלים שיתיאשו מן החפץ רשאים אח"כ ליקח את החפץ לעצמם ואין עליהם מצות השבה כלל וגם מזה שגרמו להבעלים שיתיאשו אין זה רק גרמא בעלמא עיין בדבריו, ובודאי שתקעו הדברים האלה ואסור להעלות על הדעת דברים כאלה להתיר את הרצועה לאנסין לשלול ולבוז, אלא ודאי הדבר פשוט דאע"ג אם אדם אחר יקח את החפץ לעצמו אד יפטרו מלהחזיר לבעלים ואין חיוב השבה לא על האנסין ולא על האיש המציל מידם כי על האנסין אין חיוב השבה יען שלא עשו מעשה בידים ואינה אלא גרמא בעלמא, וכן המציל מידם הרי אלו שלו ואין עליו שום חיוב השבה דהוי כמציל מפי הארי מ"מ אם האנסין בעצמם לקחו את החפץ בודאי מוטל עליהם חיוב השבה ועד כאן לא אמרינן דאבדה ששטפה נהר התירתה התורה אלא לאחרים אבל לאותו האיש שפתח את שטף המים או שהדליק את האש לא התירה התורה אליו ודוגמא לזה כתבו התוס' בב"ק דף כ' ד"ה הא איתהנית לענין אכלה מתוך הרחבה אע"ג דאלעיסה לא מיחייב משום דהוי שן בר"ה ואלו החזירה הבהמה לא היה שוה כלום מ"מ כיון שנהנית הבהמה ע"י החסרון שהיה מתחלה לכן חייב לשלם, ובשמעתתא דזה נהנה וזה לא חסר הארכנו בזה וכתבנו שהטעם הוא דלכולי עלמא הפקיר ואינו מקפיד על שום אדם אם יקחו לעצמם כיון שלא חסר כלום רק על האדם זה שגרם לו את החסרון עליו הוא מקפיד יותר, כן הדבר הזה שלא התירה התורה לאבדה ששטפה נהר רק לאחרים שלא גרמו לו ההפסד והשטיפה אבל לאותו האיש שגרם לו שיהא

*) זה היה בזמן הבית בהיות הסנהדרין, ועתה דינא דמלכותא [יר"ה] דינא החפץ. אבוד אליו לא התירתה התורה וא"כ האנסים מחויבים בהשבה כל מה ששללו ובזזו ודבר פשוט הוא דלא כהנתיבות

ג) **וכן** אמרינן במשנה (ב"ק דף ט"ו) הזאב והארי והדוב והנמר והברדלס והנחש הרי אלו מועדין אלמא שהוא חייב לשלם ולדברי הנתיבות אין על הבעלים שום חיוב תשלומין שהרי מקודם שבא הטרף בפי הארי נעשה כהפקר וכל הקודם בו זכה ואח"כ כשאכל לאו של הבעלים אכל ומה שגרם לעשות הפקר אינו אלא גרמא בעלמא לדברי הנתיבות אלא ודאי כדאמרן שהאנסין בעצמם הם בודאי מחויבים לשלם לבעלים ומחויבים בהשבה על מה שאכלו משל הבעלים לכן גם בעל הבהמה ובעל החיה ובעל הארי והדוב הם מחויבים לשלם לבעלים ועיין מה שכתבנו לקמן פרק כ' לחלק בין זוכה למזיק, ולפי

מה שכתבנו דהיכא שיש על הבעלים חיוב תשלומין אין דינו כאבידה ששטפה נהר א"כ מוכרח לומר דהא דאמרינן דהמציל מן הארי והדוב והנמר וכו' הרי אלו שלו משום דהוי כאבידה ששטפה נהר איירי שהארי והדוב של הפקר הם שאין להם בעלים שישלמו את הנזק שהזיקו אבל אם יש להם בעלים כיון שיש חיוב תשלומין על הבעלים לא הוי כאבידה ששטפה נהר א"כ אין ראיה מההיא דב"ק דף ט"ו שהרי הארי והדוב יש להם בעלים אשר מוטל עליהם לשלם, אך על דברי הנתיבות ישאר הקושיא מדוע חייבים לשלם שהרי הוא לא חילק בכך דלדבריו כשנתיאשו הבעלים קודם שבא ליד הגזלן אע"ג שיש ממי לגבות ואין הדמים אבודים מ"מ הוי כאבדה ששטפה נהר וכבר כתבתי כי דבריו אין להם שחר כלל וכלל והם דברים שאין ראוים לשומעם.

פרק כ

א) **כתבו** התוס' בב"ק דף י"ז ד"ה זרק כלי וז"ל נראה דאם זרק אבן או חץ על הכלי ובא אחר וקדם ושברו דפשיטא דחייב ולא שייך כאן מנא תבירא תבר וכו' וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עצמו עכ"ל התוס' פירוש דבזורק כלי עצמו אמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור דאמרינן מנא תבירא תבר, והיינו שהכלי נחשבת כאלו כבר נשברה ואפילו לענין דיני נפשות אמרה הגמ' כן לקמן (בב"ק דף כ"ו) זרק תינוק מראש הגג ובא אחר וקבלו בסייף פטור לרבנן משום דגברא קטילא קטל ואינו חייב אלא לריב"ב דס"ל דאפילו במקצת נפש נמי חייב משים שקירב את מיתתו אבל לרבנן פטור משום שהתינוק נחשב כאלו כבר נהרג בעת שזרקו מראש הגג וכן הכלי נחשבת כאלו היא כבר נשברה משעת זריקתו לכן כתבו התוס' דהיינו דוקא בזורק כלי אבל כשזרק חץ אל הכלי ובא אחר ושברו במקל השני חייב דלא שייך כאן מנא תבירא תבר וכן כתב הש"ך בחו"מ סימן שפ"ו ס"ק כ"ח בשם התוס' ובשם הנימוק"י שכתב בשם הרא"ש וכ"כ בהגהת מיימוני פ"ז מהל' חובל וכן פסקו הב"ח ומהרש"ל ע"ש בש"ך.

ב) **ויש** לתמוה על דבריהם והלא והלא קי"ל בחושן משפט סימן רנ"ט שהמציל מן הארי ומן הדוב ומן הדליקה ומן המים ומכל דבר האבוד הרי אלו שלו אפילו אם הבעלים עומדים וטוחין שלא נתיאשו מהם מ"מ הרי אלו שלו כיון שלא היה ביד הבעלים להציל, ולא מצינו שום חלוק בין שבא החפץ בפי הארי או לא ומשמע שבכולם הרי אלו שלו, וא"כ אמאי לא נימא ג"כ במציל מן החץ שיהא שלו כי מ"ש מציל מן הדליקה או מציל מן החץ והלא גם בחץ הכלי היא אבידה כמו בארי ודוב ודליקה, וכיון שאם היה רוצה

ליקח את החפץ לעצמו היה יכול והרי אלו שלו, א"כ כששברה אמאי יהא חייב לשלם והלא את שלו שבר ולא של הבעלים.

ג) **וגם** על הגמ' יש לתמוה כן למה לן טעמא בזורק כלי מראש הגג לפטור את המשברו משום דמנא תבירא תבר והוי כאלו הכלי כבר נשברה ומינה פשטינן דבתר מעיקרא אזלינן תיפוק ליה דבלאו האי טעמא יש לנו לפטור את המשבר משום דקי"ל שהמציל מן הדליקה ומכל דבר האבוד הרי אלו שלו וכיון דאם היה רוצה ליקח לעצמו היה רשאי מכ"ש שאם שברו היה פטור מלשלם.

ד) **לכאורא** היה נראה לתרץ ע"פ מה שכתבנו לעיל דהאי דינא דאבידה ששטפה נהר ליכא אלא במקום שגם דמי החפץ אבודים ממנו לגמרי כגון בנהר וגייס וכדומה אבל במקום שדמי החפץ אינן אבודים לגמרי אינה דומה לאבדה ששטפה נהר הלכך כאן בזורק כלי מראש הגג או בזורק חץ אל הכלי שדמי החפץ אינן אבודים ממנו שהרי הזורק מחויב לשלם לו דמי כליו לכן לא הוי כרבידה ששטפה נהר, לכן בזורק חץ אל הכלי ובא אחר ושברו חייב המשבר, ובזורק כלי מראש גג לא פטרינן ליה רק מטעם דמנא תבירא תבר ולא פטרינן ליה מטעם אבדה ששטפה נהר משום דכיון שהזורק מחויב לשלם דמיה אין לו דין אבדה ששטפה נהר שהרי אין דמי החפץ אבודים.

ה) **אך** אי אפשר לפרש כן שהרי רבה סתמא קאמר הזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור מאי טעמא מנא תבירא תבר ומדלא קאמר רבה מי היה הזורק אדם בר דעת או חרש שוטה וקטן, וכן התוס' וכל הפוסקים שכתבו דבזורק חץ אל הכלי ובא אחר ושברו במקל חייב לא הזכירו ג"כ מי היה הזורק ומשמע שאפילו אם הזורק היה חרש שוטה וקטן ג"כ המשבר חייב אע"ג דליכא ממי לגבות דמי החפץ ואפילו הכי חייב המשבר אלמא חזינן דאפילו כשדמי החפץ הוא אבוד מן הבעלים שהרי כששברה חרש ושוטה וקטן בודאי דמי החפץ הם אבודים מן הבעלים כמו אבידה ששטפה נהר וכמציל מן הדליקה ואפילו הכי המשבר חייב לשלם והדבר תמוה כנ"ל השתא מישקל לנפשיה רשאי איפטורי מלשלם לא כל שכן, ועוד שהרי רש"י כתב בפירוש (בב"ק דף כ"ו) במילתא דרבה דאמר זרק כלי מראש הגג וכתב רש"י וז"ל זרק בעל הכלי כלי מראש הגג אלמא דקאי על בעל הכלי שהוא זרק את הכלי ובודאי ליכא מי שישלם לו את דמיו, ואם נימא דאיירי שבעל הכלי זרק את כליו מראש הגג במזיד ומתכוין להפילו כ"ש וכ"ש שיקשה טפי אמאי יתחייב המשברו, מלבד דדמיא לאבדה ששטפה נהר כמו שכתבנו עוד דמיא להפקר שהרי מדעתו הפילו ורוצה לשברו כמו"ש הרמ"א סימן רס"א סעיף ד' וז"ל וי"א דאבדה מדעת הוי הפקר וכל הקודם זכה עכ"ל, ובודאי צריך לומר דאיירי

שבעל הכלי זרק כליו מראש הגג בשוגג ושלא במתכוין א"כ לא הוי הפקר ואין זה אבדה מדעת אלא דמי לאבדה ששטפה נהר כיון שאין להם להבעלים מי שישלם להם את דמיהם והוי כמו שהודלק דליקה ע"י הבעלים בשוגג ושלא במתכין, דאז בודאי הוי כל חפצי הבעלים כאבדה ששטפה נהר אם אין הבעלים יכולין להציל והמציל מן הדליקה הרי אלו שלו כמציל מזוטו של ים ומפי הארי דקי"ל הרי אלו שלו.

ו) **והנה** בחו"מ סימן ש"ג ס"ג כתב הרמ"א וז"ל אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיה שומר שכר עליהם הוי אונס אם לא יכול להציל בעצמו ולא ע"י אחרים ודוקא שיודע בודאי שנשרפו אבל אם אינו יודע בבירור רק שהיו בבית שנשרף אינו יכול לישבע שנשרפו דדלמא עכו"ם נכנסו וגנבו אותו ולכן חייב לשלם, וכתב שם הנתיבות ס"ק ג' וז"ל הרבה הוא תמוה דכיון דמיירי דלא היה יכול להציל אפילו ע"י אחרים הפקר הוא וכל הדוחק עצמו ומציל זכה בו כדין מציל מן הדליקה ולא גנבים הם וכדין זכו ועוד הא בלאו גנבים היה שרף ומהיכי תיתי יתחייב עכ"ל הנתיבות ופירוש דכיון שהגנבים רשאים ללוקחו לכתחלה כדין ואין גנבים שמם א"כ לא מקרי גנבת אונס לחייב את השומר שכר רק מקרי אונס הדליקה שהשומר שכר פטור מאונסים.

ז) **והנה** הקצוה"ח סימן ת"ו בסוף הסימן חידש שם דבר גדול דיאוש אינו יוצא מרשות הבעלים מד שבא ליד הזוכה אבל קודם שבא ליד הזוכה אינו יוצא מרשות הבעלים ע"ש שהביא ראיה לזה בפ' מרובה ד' ס"ו דאמרינן זה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות והיינו דכיון שהגזלן אינו רוצה לקנותו לכן יכול לומר לו הרי שלך לפניך משום דאכתי של הבעלים הוא, ואם נימא דיאוש לחוד מוציא מרשות הבעלים אפילו קודם שבא ליד זוכה א"כ אמאי יכול לומר לו הרי שלך לפניך שהרי לאו דמריה הוא, ע"ש בקצוה"ח שתירץ בזה גם ההוא דשור הנסקל שהוזמו עדיו שכל הקודם זכה ע"ש בדבריו ולפי מה שכתבנו לעיל דההיא דשור הנסקל כל הקודם בו זכה הוא מדין אבדה ששטפה נהר א"כ מוכרח לומר לדברינו שגם באבדה ששטפה נהר ובפי הארי אע"ג שהתורה התירתה לכל אדם ליקח לעצמו מ"מ לא נפיק החפץ מרשות הבעלים עד דאתא לרשות זוכה אבל לא קודם לכן, דתי לאו הכי ישאר קושית הקצוה"ח שם שהקשה על הגמ' דב"ק ד' צ' מועד שהמית והזיק דנין אותו דיני ממונות ואח"כ חוזרין ודנין אותו דיני נפשות קדמו ודנוהו דיני נפשות אין חוזרין ודנין אותו דיני ממונות ופריך הגמ' וכי קדמו ודנוהו דיני נפשות מאי הוי ליהדר ולידייניה דיני ממונות ע"ש בקצוה"ח שהקשה מאי פריך הגמ' הא אמרינן בכריתות שור הנסקל שהזמו עדיו כל הקודם וזכה בו זכה משום דאפקורי אפקריה וכיון שקדמו ודנו אותו דיני נפשות הרי נעשה הפקר ואיך אפשר לידייניה דיני ממונות כיין

שהפקירו קודם שהעמידו בדין וקי"ל נגח אח"כ הפקירו הבעלים את השור הרי הבעלים פטורין מלשלם כדאיתא בחו"מ סימן ת"ו ס"ג אך אם נימא כדברי שגם באבדה ששטפה נהר אינה יוצאה מרשות הבעלים קודם שבאה ליד הזוכה ניחא, דאע"ג דשור הנסקל שנגמר דינו לסקילה דומה לאבדה ששטפה נהר והתורה התירתו מ"מ לא נפיק מרשות הבעלים טרם שבא ליד הזוכה לכן יוכלו ב"ד שפיר לדונו דיני ממונות אחרי שדנוהו דיני נפשות כי בזה לא נעשה השור עדיין הפקר ולא יצא כלל מרשות הבעלים ואינו דומה לנגח ואח"כ הפקיר שהוא פטור דשאני התם שהפקר מוציא מרשות הבעלים גם קודם שזכה בה אחר.

ח) **ובזה** יש לתרץ גם הקשיות הנ"ל דההיא דזורק חץ אל הכלי ובא אחר ושברו שהמשבר חייב אע"ג שאם המשברו הוה קדם וזכה בו היה יכול לזכות בו כדין המציל מן הדליקה ומפי הארי מ"מ אם לא קדם וזכה בו רק שברו הוא חייב לשלם, וטעמו של דבר שהרי הוא כמו יאוש שאינו מוציא רשות הבעלים עד דאתא לרשות זוכה, הלכך כשזכה בדין זכה בו ובשלו זכה דכיון שכבר נתיאשו הבעלים מקודם רק שהיאוש לבד אין בכחו להוציא את החפץ מרשות הבעלים עד דאתא לרשות זוכה, אבל לאחר שבא החפץ לרשות זוכה שפיר הועיל היאוש להוציאו מרשות הבעלים לכן הרי אלו שלו אבל כששבר ולא זכה בו נמצא שבשעת השבירה עדיין החפץ של הבעלים היה ושלהם שיבר ולא שלו לכן מחויב לשלם מה שהזיק.

ט) **וכן** קושית הנתיבות על הרמ"א יש לתרץ בזה דכיון דקודם שלקחו הגנבים עדיין היה החפץ של הבעלים כדין אבדה ששטפה נהר וכדין אבדה לאחר יאוש רק שהגנבים הם הוציאו את החפץ מרשות הבעלים והם נתקו את קנינן לכן מקרי גנבת אונס ואין זה מקרי אונס אחר, דדוקא אם היה בכחו של הדליקה להוציא לגמרי מרשות הבעלים ולעשותו הפקר גמור נמצא שהגנבים לא עשו שום דבר חדש ולא הוציאו מרשות הבעלים כלום ואין זה מקרי גנבת אונס רק כי זה מקרי אונסה של הדליקה אבל כיון שהדליקה לא היתה בכחה להוציא את החפץ מרשות הבעלים רק שהגנבים הוציאו את החפץ מרשות הבעלים לכן מקרי זה גנבת אונס שהשומר שכר חייב עליהם.

י) **וכן** בההיא דשור הנסקל שהוזמו עדיו דקי"ל שכל הקודם בו זכה, דוקא אם קדם אחד וזכה אז אמרינן שיוכל לזכות בו אבל אם קדם אחד והרג את השור אזי הוא מחויב לשלם דמי השור מפני שהרג שורו של חבירו אשר עדיין לא יצא מרשותו, משא"כ אם זכה בו אזי בשלו זכה ולא בשל חבירו שהיאוש עם הזכיה מוציאין את השור מרשות הבעלים לכן הרי אלו שלו.

פרק כא

א) **ועדיין** הדבר צריך ביאור אמאי יתחייב המשבר לשלם דמי הכלי אפילו בזורק חץ אל הכלי והלא בעל הכלי לא חסר מידי בשבירתו זה דאפילו לא שיברו זה היה הכלי נשברת ע"י החץ ואנן קי"ל דכל היכא שלא חסר פטור אפילו היכא שנהנה ומכ"ש היכא שלא נהנה כלום בודאי פטור א"כ אמאי יתחייב המשבר והלא לא גרע זה מזה נהנה וזה לא חסר דקי"ל שהוא פטור, ונראה לתרץ ע"פ מה שכתבנו בשמעתתא דזה נהנה וזה לא חסר דלא אמרינן זה נהנה וזה לא חסר פטור רק בהנאה בעלמא כגון ההיא דדר בחצר חבירו שלא מדעתו או בההיא דכתובות דף ק"ג בסוגיא דטחינא וריחיא וכיוצא בהם אבל כשיש לו לאדם חפץ בעין ובא אדם אחר ונטל את החפץ הזה מחויב הנוטל לשלם לו דמי החפץ אע"ג שבעל החפץ לא השתמש בו ואינו צריך לו מ"מ כיון שזה נטל חפץ בעין של חבירו מחויב לשלם לו דמיה ומכ"ש שאין כופין לכתחלה את האדם שיתן חפץ שלו לחבירו מטעם דזה נהנה וזה לא חסר ליכא בחפץ בעין ע"ש בשמעתתא הנ"ל כי הארכנו בזה בס"ד א"כ איכא למימר גם כאן בזורק חץ אל הכלי דכיון שהכלי היא עומדת במקומה ולא עשו בה עדיין שום מעשה נזק לכן מקרי שהכלי הוא דבר בעין ואין כאן טעם לפוטרו משום זה נהנה וזה לא חסר דבדבר בעין לא שייך האי טעמא לכן מחויב המשבר לשלם דמי הכלי וכמו שכתבנו לעיל שהכלי מקרי עדיין של הבעלים הראשונים כדין יאוש דקי"ל דעד דאתא לרשות זוכה לא נפק מרשות הבעלים.

ב) **ויוכל** היות שזה הוא החלוק בין זורק חץ אל הכלי או זורק הכלי מראש הגג ולכאורא צריך ביאור מאי חלוק יש ביניהם והלא בין כך ובין כך הכלי היא אבודה והולכת להשבר ואמאי אמרינן דבזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו פטור המשבר משום דמנא תבירא תבר ומ"ש דבזורק חץ אל הכלי דחייב המשבר, ולפי דברינו נוכל להסביר דבזורק כלי מראש הגג מקרי שאין לו לבעל הכלי חפץ בעין כיון שנעשה מעשה הזריקה בגוף הכלי הוי כמו שאין לו לבעל הכלי חפץ בעין וכמו דאמרינן שם לענין זרק תינוק מראש הגג ובא אחר וקבלו בסייף תליא במחלוקת דר' יהודא בן בתירא ורבנן לענין הכוהו עשרה בני אדם בעשר מקלות דלרבנן כולם פטורין ולר' יהודא בן בתירה האחרון חייב מפני שקירב את מיתתו כדאיתא ב"ק דף כ"ו ובסנהדרין דף ע"ח אמרינן דמחלוקת דריב"ב ורבנן הוא בזה דרבנן ס"ל דגוסס בידי אדם דמי לטרפה שההורגו פטור וריב"ב ס"ל דגוסס בידי אדם דמי לגוסס בידי שמים, עכ"פ חזינן שהתינוק הזה הנזרק מראש הגג דמי בידי אדם אשר עוד מעט יגוע וימות ולא מקרי אדם שלם רק מקצת נפש מקרי ודוקא לריב"ב דס"ל דאפילו כשיכה מקצת נפש נמי חייב מיתה לדידיה דוקא מחויב מיתה

השני המקבלו בסייף דעכ"פ מקצת נפש איכא אבל לרבנן פטור המקבלו בסייף מפני שלא הרג כל נפש אדם רק מקצת נפש דכיון שזרקו מראש הגג מקרי גברא קטילא כגוסס בידי אדם שאין לו רק מקצת נפש ולרבנן פטורין ממיתה ברציחת מקצת נפש עיין בזה ב"ק דף כ"ו וסנהדרין דף ע"ח אלמא דכיון שנעשה מעשה הזריקה מהגג בגוף התינוק אע"ג שהוא עדיין שלם בשלימות בכל אבריו ובכל גופו ונפשו מ"מ הרי הוא דומה לגוסס בידי אדם והרי הוא נחשב שאין לו אלא מקצת נפש, א"כ לענין זורק כלי מראש הגג נמי אין הכלי מקרי שהיא חפץ בשלימות ובעין אלא היא חשובה כשבורה אשר עוד מעט תשבר לגמרי לכן מיפטר המשבר דדוקא לענין חפץ בעין קי"ל דזה נהנה וזה לא חסר חייב ואפילו אם זה לא נהנה וזה לא חסר ג"כ חייב בחפץ הבעין מפני שבחפץ הבעין כל לא חסר כמי שחסר דמי וחייב, אבל בזורק כלי מראש הגג כיון דמשעת הזריקה מקרי הכלי מנא תבירא כגוסס בידי אדם לכן לא מקרי עוד חפץ בעין ופטור המשבר, דעד כאן לא נחלקו לענין זה נהנה וזה לא חסר אי חייב או לא אלא כשנהנה אבל אם זה לא נהנה ולא חסר ליכא למ"ד לחייבו לכן פטור המשבר דדוקא כשזרה חץ אל הכלי שהכלי הוא דבר הבעין ובחפץ הבעין ליכא למיפטריה משום שלא חסר אבל כשזורק כלי מראש הגג שהכלי מקרי אינו בעין לכן פטור המשבר דנהי שהכלי עדיין של בעלים הראשונים הוא כיון שלא בא לרשות אחר ולא נפיק מרשות הבעלים עד דאתא לרשות זוכה מ"מ מיפטר המשבר משים דהוי זה לא נהנה וזה לא חסר דלכולי עלמא פטור בחפץ שאינו בעין.

פרק כב

א) **ולפי** דברינו שכתבנו לעיל דבכל דבר שדמי החפץ הם האבודים ג"כ כמו החפץ בעצמו זה דמיא לאבידה ששטפה נהר שהתורה התירתה נראה לפי זה דשן ברשות הרבים שהתורה פטרתה אם בהמת ראובן לקחה בפיה תבואתו של שמעון ברשות הרבים ובא לוי והציל לעצמו הרי הוא שלו כמו במציל מפי הארי דקי"ל שהרי אלו שלו, אע"ג שהבהמה יש לה בעלים מי שישלמו את דמיה מ"מ כיון שהתורה פטרה שן ברשות הרבים הוי כמו שאין לה בעלים להבהמה לכן הרי אלו של המציל כמו במציל מפי הארי ומן הדליקה ומן זוטו של ים שהרי אלו שלו.

ב) **ואם** בא לוי והזיק את התבואה של שמעון בשעה שהיא בפי בהמת ראובן נראה ג"כ שהוא פטור מלשלם, ואע"ג דאכתי התבואה כל שמעון היא שהרי קודם שבא לרשות זוכה לא יצא מרשות בעלים הראשונים נמצא שלוי הזיק לתבואתו של שמעון ואית לן לומר שיתחייב לשלם מ"מ נראה שלוי פטור מלשלם מטעם דהוי זה נהנה וזה לא חסר דהרי כאן לא מקרי חפץ בעין דכיון שהתבואה היא בפי הפרה הרי זה כזורק כלי מראש

הגג שנעשתה מעשה בגוף הכלי ולא מקרי עוד חפץ בעין דכמו בזורק כלי אמרינן מנא תבירא תבר אף כאן שייך לומר חטין מעוכלים קלקל והזיק לכן שפיר מיפטר לוי מטעם דהוי זה נהנה וזה לא חסר.

ג) **אך** יש מקום לחקור הן בבא לוי וזכה הן בבא לוי והזיק דפטרינן ליה מלשלם לשמעון דמי תבואתו יש לחקור אם הוא פטור לגמרי ואפילו בדמי מה שנהנית ג"כ יוכל לזכות בה ופטור מלשלם או דלמא אינו פטור מלשלם כשהזיק ואינו יכול לזכות רק את העודף על דמי מה שנהנית אבל בדמי מה שנהנית אינו יכול לזכות בו ואינו פטור מלשלם כשהזיק, ולכאורא הדבר פשוט שאין לוי יכול לזכות בדמי מה שנהנית ואינו פטור מלשלם בדמי מה שנהנית דכיון דמה שלוי בא לזכות בתבואתו של שמעון כשהיא בפי בבמת ראובן לא בא לזכות אלא מטעם דכיון שהתורה פטרה שן ברשות הרבים הוי כאבדה ששטפה נהר שהיא אבודה ממנו וכן דמיה אבודים ממנו והוי כמציל מפי הארי ומזוטו של ים שהרי אלו שלו, וכיון שמחויב לשלם דמי מה שנהנית א"כ לנגד דמי הנאתה אין זה אבוד, ואינו דומה לאבדה ששטפה נהר כיון שמחויב לשלם דמי מה שנהנית לכן לא יכול לוי לזכות בה בתבואת שמעון נגד דמי מה שנהנית כיון שאינו דומה לאבדה ששטפה נהר, וכן אם בא לוי והזיק דפטרינן ליה נמי משום דדמי לזורק כלי מראש הגג דמנא תבירא תבר וכן כאן תבואה מעוכלת ומקולקלת הזיק לוי לכן הוא פטור מלשלם משום דהוי זה לא נהנה וזה לא חסר א"כ לא שייך האי טעמא רק כנגד ההיזק ולא נגד דמי הנאתה דכיון שבעל הבהמה מחויב לשלם דמי מה שנהנית א"כ הרי חסרו הרבה בזה שהזיק והוי זה חסר טובא א"כ מחויב לשלם לו נגד דמי הנאתו וכן מסתברא ואין להסתפק לכאורא.

ד) **ומ"מ** יש מקום לומר שלוי אשר קדם וחטף מפי בהמתו של ראובן את תבואתו של שמעון וזכה בו לגמרי ואפילו דמי מה שנהנית אינו מחויב לוי להחזיר דאיכא למימר דדוקא אם הבהמה אכלה ונהנית אזי מחויב בעל הבהמה לשלם דמי מה שנהנית שהרי אט רואין שנהנה ויש לאמוד הנאתה וכזה ישלם, אבל אם קדם לוי וחטף תבואתו של שמעון מפי בהמתו של ראובן אשר באמת לא נהנית בהמתו של ראובן מאומה רק באנו לחייב את לוי בדמי הנאתה היינו לומר שאלמלא לא קדם וחטף את התבואה מפי הבהמה של ראובן אזי היתה הבהמה נהנית והיה בעל הבהמה מחויב לשלם דמי הנאתה, א"כ נגד דמי הנאתה אינו דומה לאבדה ששטפה נהר, בודאי יש מקום לפטור את לוי לגמרי כי לוי יוכל לומר מי יאמר שהבהמה היתה נהנית באכילת תבואתו אולי כבר אכלה די שבעה והתבואה הזאת מזיק לה ולא הביא לה שום תועלת, ואפילו אם אנו

יודעים שהבהמה היא רעבה ולא אכלה היום מאומה בכל זאת לא ברירא לן הנאתה כי אולי תוסיף על אכילתה עד שתחלה או תמות כמו הנהו עובדי דמייתא הגמ' בב"ק דף מ"ח ההיא איתתא דעלתה למיפא בההוא ביתא אתא ברחא דמרי דביתא אכלה ללישה חביל ומית חייבה רבא לשלומי דמי ברחא וכן שם בכולי סוגיא משמע דזהו מילתא דשכיחא טובא שחוזק הבהמה ע"י אכילתה דאם היה מילתא דלא שכיחא כלל היה השומר פטור מלשלם, וכיון דזהו מילתא דשכיחא אין לנו כח להוציא מיד לוי שחטף מפי בהמתו של ראובן בטענה שאלמלא לא חטף מפיה היתה הבהמה נהנית ונמצא שנגד דמי הנאתה אינו דומה לאבדה ששטפה נהר דכיון שאין הנאתה ברורה לנו לכן אכתי הוי כאבדה ששטפה נהר, וכן כשבא לוי והזיק את המאכל שהיה בפי בהמתו של ראובן ג"כ יש לט לפוטרו לגמרי מהאי טעמא ואפילו נגד דמי הנאתה ג"כ אינו מחויב לשלם דנהי שאם הבהמה היתה נהנית היה בעל הבהמה מחויב לשלם לו מ"מ לא מקרי זה חסר רק מקרי זה לא נהנה וזה לא חסר שהוא פטור כיון דלא ברירא מילתא שהבהמה היתה נהנית אם לא בא לוי והזיק את התבואה שבפיה לכן אין לנו כח להוציא מיד המוחזק הזוכה או מיד המזיק, ויש מקום לומר איפכא דכיון שכל הטעם שהוא פטור אינו אלא משום דדמיא לאבידה ששטפה נהר שהיא אבודה ממנו או מרני שלא חסר כלום לכן בעינן שיהא בודאי אבודה ממנו כזוטו של ים וכדומה ובעינן שיהא בודאי לא חסר כלום וכל זמן שאין אנו יודעים בודאי שהחפץ ודמיו הם אבדים אינן בכלל אבדה ששטפה נהר, וכל זמן שאין אנו יודעים בודאי שהבעלים לא חסרו כלום אין זה בכלל לא חסר רק מקרי זה חסר וחייב לשלם נגד דמי הנאתו.

ה) **ונראה** דבזה יש לבאר מה דאיתא בסוגיא דף כ' דקא מיבעי התם הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אי צריך להעלות לו שכר או לא ומפרש הגמ' דהאיבעיא הוא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דהוי זה נהנה וזה לא חסר ומיבעיא ליה אי חייב לשלם או לא ופשיט רמי בר חמא ממתניתין דקתני לענין שן בר"ה שאם נהנית משלמת מה שנהנית אלמא דזה נהנה וזה לא חסר חייב ופריך רבא והא זה חסר הוא ומשני ורמי בר חמא ס"ל לסתם פירות בר"ה אפקורי מפקר להו ע"ש בתוס' שכתבו וז"ל לא לגמרי (מפקיר להו) דא"כ אפילו מה שנהנית לא ישלם אלא מתיאש מהם שסבור שיתקלקלו מחמת שרבים דורסים עליהם עד שלא יבאו לדמי מה שנהנית עכ"ל התוס', והוא תמוה דכיון שמתיאש שלא יבואו אפילו לדמי מה שנהנית א"כ הדרא קושיא לדוכתה אמאי משלם מה שנהנית ויש גורסים בתוס' שמתיאש שלא יבואו אלא לדמי מה שנהנית א"כ מתורץ בזה הקושיא הנ"ל דכיון שאינו מתיאש מדמי הנאתו משו"ה מחויב לשלם מה

שנהנית אבל קושית הגמ' ישאר והא זה נהנה וזה חסר הוא כיון שאינו מתיאש מדמי הנאתו ואיך מייתי ראיה מזה על זה נהנה וזה לא חסר, עוד יש להקשות דלפי זה יהא הדין שהמניח פירות בר"ה יש רשות לכל אדם לזכות בו כיון דס"ל סתם פירות בר"ה אפקורי מפקר להו עוד רבו הדקדוקים בסוגיא זו עיין במפרשים ועיין בשמעתתא דזה נהנה וזה לא חסר שהארכנו בזה.

ו) **ונראה** דרמי בר חמא ורבא תרווייהו ס"ל ככל מה שכתבנו ולא נחלקו אלא בהספק אשר חקרנו לעיל א) ס"ל לתרווייהו דשן בר"ה כיון שהתורה פטרה לשן בר"ה לכן הוי כמו אבדה ששטפה נהר וכזוטו של ים וכפי הארי שהתורה התירתו לכל אדם ליקח לעצמו. ב) ס"ל לתרווייהו דאע"ג שהתורה התירה לאבדה ששטפה נהר ליקח לעצמו מ"מ עדיין לא יצא החפץ מרשות בעלים הראשונים עד דאתא לרשות זוכה אבל קודם שבא החפץ לרשות הזוכה עדיין החפץ הוא של הבעלים, א"כ אם בא אדם והזיק את החפץ ושברו קודם שבא לרשות זוכה מחויב המשבר לשלם לבעלים הראשונים כמו שכתבנו לעיל לענין זורק חץ אל הכלי דאע"ג שהכלי הוא כמו אבדה ששטפה נהר מ"מ מחויב המשבר לשלם דשל מרא קמא שיבר, וכן אם בא אדם ונהנה מן החפץ כשהוא בזוטו של ים או אצל הדליקה אך לא נתכוין לזכות בה מחויב הוא לשלם מה שנהנה, ג) ותרווייהו ס"ל שיש חלוק בין זורק חץ אל הכלי בין זורק כלי מראש הגג דבזורק חץ אל הכלי מקרי דבר וחפץ בעין וליכא למיפטריה משום זה לא נהנה וזה לא חסר דמקרי חסר כיון שהוא חפץ בעין אבל בזורק כלי מראש הגג מקרי שאין החפץ בעין ושפיר יש לנו לפטור את המשבר משום דהוי זה לא נהנה וזה לא חסר, ד) ותרווייהו ס"ל דכיון שהבהמה לקחה את התבואה בתוך פיה הוי כמו זורק כלי מראש הגג כיון שנעשה מעשה בגוף התבואה והבהמה אכלה בר"ה אשר התורה פטרה שן בר"ה, ואינו דומה לזורק חץ אל הכלי דבזורק חץ לא נעשה שום מעשה בגוף הכלי משא"כ כשלקחה הבהמה את האוכלין לתוך פיה שנעשתה מעשה בגוף התבואה כמו בזורק כלי מראש הגג, ולא נחלקו אלא בהא אי דמיא לאבדה ששטפה נהר כל התבואה אפילו כנגד הנאתה נמי או אינו דומה לאבדה ששטפה נהר רק שיווי התבואה העודפת על דמי הנאתה אבל כנגד הנאתה כיון שבעל הבהמה מחויב לשלם אינו דומה לאבדה ששטפה נהר כמו שכתבנו לעיל.

ז) **לכן** מייתי רמי בר חמא סייעתא ממתניתין דזה נהנה וזה לא חסר חייב מדקתני שאם אכלה מתוך הרחבה ונהנית משלמת מה שנהנית וס"ל לרמי בר חמא סתם פירות בר"ה אפקורי מפקיר להו כמו שמסיק הגמ' ואין פירושו כי מיד שמניח אדם פירות בר"ה

תיכף מפקיר להו כי זהו בודאי ליתא ומעולם לא שמענו כזאת שיהיו כל אדם מותרין ליקח את הפירות שהניח חבירו בר"ה אלא פירושו הוא סתם פירות בר"ה אפקורי מפקיר להו היינו כיון שבאו הפירות לפיה של הבהמה מיד הוי כמו אבדה ששטפה נהר שהיא מותרת דכיון שהתורה פטרה שן בר"ה לכן הוי כמו אבדה ששטפה נהר שהיא מותרת לכל אדם ליקח כמו הפקר, ודוקא בר"ה הוי כאבדה ששטפה נהר יען שהתורה פטרה שן ברה"ר אבל פירות ברשות הניזק לא הוי כאבדה ששטפה נהר שהרי אין דמיהם אבודים שהרי הבעלים מחויבים לשלם לכן אע"ג שהפירות המה בפי הבהמה מ"מ לא הוי כהפקר ולא הוי כאבדה ששטפה נהר.

ח) **ורמי** בר חמא ס"ל שכל הפירות המה כאבדה ששטפה נהר אפילו הפירות שהמה נגד הנאת הבהמה, לכן מייתי רמי בר חמא ראיה דזה נהנה וזה לא חסר חייב ממתניתין דקתני שאם אכלה מתוך הרחבה משלמת מה שנהנית דבשלמא אם נימא דזה נהנה וזה לא חסר חייב שפיר יש לחייב את בעל הבהמה שישלם דמי מה שנהנית דאע"ג שבעל הפירות לא חסר כלום דכיון שבאת התבואה לפיה של בהמת חבירו הרי היא כאבדה ששטפה נהר שהיא אבודה ממנו לגמרי, וגם מקרי שאין התבואה בעין כמו בזורק כלי מראש הגג דכיון שנעשה מעשה בגוף הכלי מקרי מנא תבירא ולכן אם בא איש אחר ושברה פטור, ואם בא איש אחר והזיק את התבואה של שמעון אשר היא בפי בהמת ראובן היה פטור משום דתבואה מקולקלת הזיק שהרי נעשה מעשה בגוף התבואה כמו בזורק כלי מראש הגג כשבא אחר ושברו פטור המשבר, מ"מ דוקא אם הזיק את התבואה הוא פטור אבל אם נהנה ממנה הוא מחויב לשלם דכיון דאכתי התבואה היא של הבעלים הראשונים דעד שלא אתא לרשות זוכה לא יצאה התבואה מרשות בעלים הראשונים ומשל בעלים הראשונים קמיתהני לכן מחויב הוא לשלם דמי מה שנהנית דכיון דזה נהנה וזה לא חסר חייב במקום שנהנה משל חבירו אע"ג שלא חסר כלום א"כ כאן נמי דכיון שנהנה משל בעלים הראשונים לכן הוא מחויב לשלם דמי מה שנהנית.

ט) **אבל** אם נימא דזה נהנה וזה לא חסר פטור א"כ תמיה אמאי יתחייב בעל הבהמה לשלם דמי מה שנהנית דנהי שהבהמה נהנית משל חבירו דעד שלא אתא לרשות זוכה לא נפיק מרשות הבעלים מ"מ אין טעם לחייב את בעל הבהמה לשלם מה שנהנית דכיון דזה נהנה וזה לא חסר פטור א"כ הנאתה לאו כלום היא לחייב אותה והוי דינה כמו שלא נהנית כלל והיכא שלא נהנה פטור מלשלם דהוי זה לא נהנה וזה לא חסר דפטור בדבר שאינו בעין וכאן מקרי דבר שאינו בעין שהרי נעשה מעשה בגוף התבואה ופטור

המזיק כמו בזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו שהוא פטור משום דהוי זה לא נהנה וזה לא חסר שהוא פטור בדבר שאינו בעין.

י) **ורבא** פליג על רמי בר חמא בזה לבד מה דס"ל לרמי בר חמא סתם פירות בר"ה אפקורי מפקיר לה היינו שכל הפירות נחשבים כאבדה ששטפה נהר אפילו הפירות שהם נגד הנאתה נמי, רק ס"ל לרבא דדוקא דמי הפירות היותר על דמי הנאתה זה לבד נחשב כאבדה ששטפה נהר לפי שהתורה פטרה שן בר"ה אבל הפירות שהם נגד דמי הנאתה זה לא מקרי אבודים ממנו שהרי הבעלים מחויבים לשלם דמיה א"כ אין אלו אבודים ממנו והוי זה נהנה וזה חסר כי הפירות שה נגד דמי הנאתה אינן דומים לאבידה ששטפה נהר והוי זה נהנה וזה חסר דחייב לכולי עלמא. עיין שמעתתא דזה נהנה וזה חסר פ"ב שבארנו הסוגיא הנ"ל באופן אחר בס"ד.

פרק כג

א) **ויש** להקשות על דברינו דאמרינן דאבדה ששטפה נהר אינה יוצאה מרשותן של הבעלים עד דאתא לרשות זוכה יש להקשות על זה מהא דאיתא בב"ק דף קט"ו לענין שאם היה טעון כדי יין או שמן וראה שהן משתברות לא יאמר הרי זה תרומה ומעשר על פירות שיש לי בתוך ביתי ואם אמר לא אמר כלום וכן מי שבא בדרך ומעות בידו ואנס כנגדו לא יאמר הפירות שיש לי בתוך ביתי מחוללים על המעות הללו ואם אמר לא אמר כלום כשאין יכול להציל כלל, וא"כ כיון דאמרינן שלא יצאו מרשות הבעלים עד דאתא לרשות זוכה אמאי אין דבריו קיימין אפילו בדיעבד בשלמא אי אמרינן דאבידה ששטפה נהר כיון שהיא אבודה ממנו לכן יצאה תיכף מרשות הבעלים אפילו קודם שבאה לרשות זוכה ניחא דכיון שהיין והשמן והמעות הם אבודים ויצאו מרשות הבעלים לכן אין בידם להפריש ולחלל שאין אדם מפריש ומחלל דבר שאינו שלו אבל כיון שאמרנו דקודם שבא לרשות הזוכה עדיין החפץ ברשות הבעלים עומד א"כ אמאי אין הבעלים יכולים להפריש תרומות ומעשרות ולחלל על המעות ההולכים לאבוד כאבדה ששטפה נהר ע"י האנס וע"י זה שנשתברו כדי היין והשמן כיון שעדיין של הבעלים הם היה ראוי שיחללו ויפרשו תרומות ומעשרות.

ב) **ונראה** ליישב ע"פ מה שכתבנו לקמן בענין דמכירי כהונה שהכהנים יש להם קנין גמור במתנות כהונה תיכף שהפרישו הבעלים דכל דבר הבעין שהתורה מזכה לאדם אינו צריך קנין דנתינת התורה מה שהתורה נתנה זו זהו קנינו כדאיתא ב"ק דף ל"ג דלמ"ד וחצו את כספו לניזק ומזיק קמזהר רחמנא אין הניזק צריך שום קנין ואם הקדישו הניזק קדוש לכן אין הבעלים יכולים להפריש תרומות ומעשרות ולחלל מעשר שני על

דבר שאבוד ממנו כאבדת ששטפה נהר, דנהי שעדיין לא יצאו הפירות והמעות מרשות הבעלים עד דאתא לרשות זוכה מ"מ אם נימא שחייל התרומה והמעשר הרי אתא לרשות זוכה ונפיק מרשות הבעלים ואין אדם יכול להפריש דבר שאינו שלו לכן לא חייל התרומה והמעשר.

ג) **ואע"ג** דאיכא למימר נמי איפכא שאם התרומה והמעשר לא חלו הרי לא באו לרשות זוכה ולא נפיק מרשות הבעלים וכיון דלא נפיק מרשות הבעלים יש לנו לומר שיועיל ההפרשה שהרי מדבר שהיא שלו שפיר יש ביד האדם להפריש ולחלל מ"מ איכא למימר נמי איפכא כיון שאם יחול ההפרשה יתברר הדבר שאין התבואה של הבעלים לכן לא חייל ההפרשה שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו.

ד) וראיה לזה ממה שפסק הרמב"ם בפ"ח מהל' גירושין הל' י"ב שאם אמר לאשה הרי זה גיטך ע"מ שלא תנשאי לפלוני עד חמשים שנה הרי זה גט ולא תנשא לו כל זמן שהתנה ואם נשאת בטל הגט למפרע עכ"ל הרמב"ם שם ע"ש בהה"מ וכן פסק מרן המחבר באה"ע סימן קמ"ג סעי' ט"ז וכתב שם הב"ש ס"ק ל"א וז"ל משמע אפילו אם נשאת לו בחיי המגרש קאמר וקשה דהא לפי תנאי שלו נמצא שהיא אשת איש ולא הוי הנשואים נשואים א"כ לא עברה על תנאי שלו שלא תנשא לפלוני וכו' צריך לומר דס"ל כאן יש לומר ממה נפשך אם לא הוי נשואים ע"כ צריך לומר הגט בטל והיא אשת איש דאם לא כן הא הוי נשואים ועברה התנאי א"כ לעולם אתה מוכרח לומר הגט בטל עכ"ל הב"ש שם, והתם נמי איכא מימר איפכא היינו שאם יהא הגט גט א"כ יהיו הנשואים נשואים גמורים שהרי אינה אשת איש וכשיהיו הנשואים נשואים גמורים הרי נתבטל הגט שהרי נתן לה הגט על מנת שלא תנשא לפלוני ועברה על התנאי וכשנתבטל הגט נתבטלו הנשואים משום איסור אשת איש וכשנתבטלו הנשואים הרי לא עברה על התנאי והגט גט סוף דבר כי לא ידענא מה אידון ביה אם לומר שיתקיים הגט ויתבטלו הנשואים או לומר איפכא שיתקיימו הנשואים ויתבטל הגט, ושמעינן מדברי הרמב"ם ומרן המחבר וסיעתם שנתבטלו שניהם הנשואים והגט ונשאר הדבר כמו שהיה מעיקרא בלא גט ובלא נשואים.

ה) **א"כ** כאן נמי כיון שאם תחול הפרשת התרומה ממילא יצאה התבואה מרשות הבעלים שהרי אתא לרשות זוכה ונפקא מרשות הבעלים ואין להם כח להפריש תרומה מתבואה שאינה שלהם לכן נתבטלה לגמרי ההפרשה וההפקעה מרשות הבעלים ונשאר הדבר כמו מעיקרא ולא אמרינן איפכא כיון שאם תתבטל ההפקעה מרשות הבעלים

ממילא תחול ההפרשה שהרי משלו הוא מפריש אלא אמרינן שאינו חייל לא זה ולא זה ונשאר הדבר כמו מעיקרא בלא הפרשה ובלא הפקעה.

ו) **והנה** במס' גיטין דף פ"ג בהסוגיא הנ"ל דאיתא התם לענין הנותן גט לאשתו ואמר לה על מנת שלא תנשאי לפלוני ואח"כ נשאת לאחד מן השוק והיו לה בנים ונתארמלה או נתגרשה ואח"כ נשאת לזה שנאסרה עליו נמצא גט בטל ובניה ממזרים והקשו התוס' שם וז"ל וא"ת והלא אין נשואין חלין שהרי אסורה עליו משום איסור אשת איש ומאי שנא מדתניא בתוספתא על מנת שלא תנשאי לאבא ולאביך הרי זה גט על מנת שלא תבעלי לאבא ולאביך אינו גט חיישינן שמא תבעל להם משמע דבעל מצת שלא תנשאי להם אפילו נשאת הרי זה גט והכא אמאי הגט בטל וי"ל דהכא עמדה ונישאת לאחר מיתת המגרש קאמר עכ"ל התוס'.

ז) הרי חזינן מדברי התוס' דס"ל לדבר פשוט שהתנאי לא נתבטל והגט גט גמור והתוס' מדמי לה להאומר על מנת שלא תנשאי לאבא ולאביך. ודבריהם תמוהים דבאבא ואביך כיון שאין קידושין ונשואים תופסין בחייבי כריתות וחייבי מיתות ב"ד א"כ לא עברה על התנאי שהתנה עמה על מנת שלא תנשאי לאבא ולאביך שהרי לא נשאת להם וכיון שלא עברה על התנאי לכן הוי גט, משא"כ כאן כיון דמצד עצמו תפסי קידושין ונשואים בהאיש פלוני שהתנה עמה שלא תנשא לו, ואין כאן טעם לומר שלא יחולו הנשואים רק אם נאמר שיתבטל הגט לכן לא יחולו הנשואים משום איסור איש וכיון דס"ל להתוס' שהגט קיים א"כ גם הנשואים קיימים ואע"ג שאם יתקיימו הנשואים יתבטל הגט שהרי עברה על התנאי מ"מ תימה מאי חזית לבטל את הנשואים ולקיים את הגט אדרבה יתקיימו הנשואים ויתבטל הגט ולא ידענא מה אידון ביה כמו שכתבנו לעיל לדברי הרמב"ם.

ח) **וצ"ל** דס"ל להתוס' דכיון שהגט נתן לה בודאי ובבירור לא יוכל הגט להתבטל רק אם תעבור על התנאי ג"כ בודאי ובבירור לכן כיון שאי אפשר לה לעבור טל התנאי בודאי ובבירור לכן הגט נשאר בתקפו וגבורתו שהרי אם נרצה לומר שעברה על התנאי משום שנשאת לו נצטרך תיכף לומר שנתבטל הגט ונתבטלו הנשואים ולא עברה על התנאי בודאי ובבירור לכן הגט גט, ואע"ג דאיכא למימר ג"כ איפכא שאם הגט גט הרי הנשואים נשואים ועברה על התנאי מ"מ כיון שהגט נתן לה בודאי ובבירור והתנאי לא תוכל לומר שעברה בודאי ובבירור לכן הגט גט שהתנאי לא מברה.

ט) **ויש** להביא ראיה לדברי התוס' הנ"ל מב"ב דף קל"ז וכן היא בשו"ע חו"מ סימן רמ"א ס"ז שאם נתן אדם מתנה לחבירו ואמר לו על מנת שתחדדהו לי אמרינן שם דכיון שאמר

תיבת לי לכן אם הקדישו והחזירו אין ההקדש חל דדוקא אם אמר מ"מ שתחזירהו ולא חמר תיבת לי אז אמרינן שאם הקדישו והחזירו הרי זה מוקדש ומוחזר אבל כשאמר לו ע"מ שתחזירהו לי אינו קדוש ומשמע מדברי הגמ' והפוסקים שם שהמתנה לא נתבטלה אע"פ שהקדיש ועבר על תנאו שהרי הנותן נתן לו במתנה ואמר ע"מ שתחזירהו לי מידי דחזי לי ואל תקדישנה וא"כ אם הקדישו יש לנו לומר שהמתנה נתבטלה ואם אתרוג הוא לא יצא ידי חובת אתרוג ואעפ"כ אמרינן שההקדש נתבטל והמתנה קיימת, ואע"ג שאם תתבטל המתנה ממילא יתבטל ההקדש שהרי אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו ואם יתבטל ההקדש יש לט לומר שהמתנה תתקיים שהרי לא עבר על תנאו שהוא מחזיר לו מידי דחזי לה ואם תתקיים המתנה יתקיים ההקדש ולא ידענא מה אידון ביה כמו בסוגיא הנ"ל דגיטין דף פ"ג וחזינן מהגמ' הנ"ל דב"ב והפוסקים שם שהמתנה קיימת וההקדש בטל.

י) **וצריך** לומר שהטעם בזה הוא כמו שכתבנו דכיון שהמתנה היא מבוררת בודאי ואם נתבטל התנאי או לא אינו מבורר לנו שהרי אם נרצה לומר שנתבטל התנאי משום שחייל ההקדש הרי תיכף נצטרך לומר שנתבטלה המתנה וכיון שנתבטלה המתנה נתבטל ג"כ ההקדש שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו והרי לא עבר על תנאו כיון שנתבטל ההקדש נמצא שביטול התנאי אינו מבורר לכן המתנה קיימת שהמתנה המבוררת בודאי אינה יכולה להתבטל רק כשעבר על התנאי בודאי ובברור משא"כ בהאי גונא שביטול התנאי אינו בודאי ובבירור

יא) **ובנידון** דידן כשהפריש תרומה מדבר האבוד יוכל היות שגם התוס' מודים דלא הוי תרומה כמו שכתבנו לעיל דאם נימא שחייל התרומה והמעשר הרי אתא לרשות זוכה ונפיק מרשות הבעלים ואין אדם יכול להפריש דבר שאינו שלו דכאן לא אתינן עלה משום קיום התנאי או משום ביטול התנאי רק משום דבר שאינו שלו אתינן עלה לכן אע"ג דאיכא למימר איפכא שאם התרומה והמעשר לא יחולו הרי לא באו לרשות זוכה ולא נפיק מרשות הבעלים ותרומתו תרומה מ"מ לא אמרינן כן דכיון דלהפריש תרומה ומעשר בעינן שיהא שלו לכן בעינן שיהא שלו לגמרי בלא שום פקפוק וגמגום וכיון דלאחר הפרשה יש לנו לומר דאיגלאי מילתא למפרע שלא היה שלו בשעת הפרשה לכן אין תרומתו תרומה שהרי יש גמגום ופקפוק בקנינו אם היה שלו בשעת הפרשה ואנן בעינן שלא יהא שום גמגום ופקפוק בקנינו, משא"כ לענין תנאי דכיון שהגט או המתנה מבוררים בעינן שיעברו על התנאי ג"כ בבירור ולא בהאי גונא דכיון שיש גמגום ופקפוק ויוכל היות שלא עברה על התנאי לכן נתבטלו הגט והמתנה.

יב) **והנה** בכתובות בריש פ' המדיר איתא המדיר את אשתו מליהנות לו עד שלשים יום יעמיד פרנס יתר מכאן יוציא ויתן כתובה ופריך הגמ' שם וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה וכו' כיון דמשועבד לה לאו כל כמיניה דמפקע לה לשיעבודה ומסיק הגמ' דאיירי באומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך אי הכי פרנס למה בדלא ספקה אי בדלא ספקה הדר קושיין לדוכתיה אמר רב אשי במספקת לדברים גדולים ואינה ספקת לדברים קטנים וכו' דאמרה ליה עד האידנא דלא אדרתן גלגילנא בהדך השתא דאדרתן לא מצינא דאיגלגל בהדך עכ"ל הגמ' וכתבו התוס' וז"ל ואדעתא דהכי לא מחלה שידירנה הלכך משועבד לה ומ"מ חל הנדר דבשעת הנדר אכתי לא היה משועבד עכ"ל התוס' שם, והנה מ"ש התוס' דאדעתא דהכי לא מחלה שידירנה משמע משום דהוי אומדנא דמוכח ומבטל את המעשה כמו תנאי גמור כמו"ש התוס' כתובות דף נ"ז ושאר פוסקים דאומדנא דמוכח הוי כמו תנאי גמור והיוצא לנו מהסוגיא דשם דאיירי שהיא מחלה לו לשיעבודה לענין דברים הקטנים רק שהיא מחלה לו על תנאי שלא ידירנה הנאה מנכסיו שאומדנא דמוכח הוי כמו תנאי גמור, לכן אם הדירה הנאה נפקעה מחילתה ומחויב ומשועבד לה לדברים הקטנים ואפילו הכי חייל הנדר כיון דבשעת הנדר אכתי לא היה משועבד לה, לכן יעמיד פרנס.

יג) **ומהסוגיא** הזאת יקשה הן לדעת הרמב"ם הן לדעת התוס' הנ"ל דהרי כאן כיון שהיא מחלה לו על תנאי שלא ידירנה הנאה מנכסיו א"כ אם הדירה הנאה מנכסיו יש לנו לומר שתתבטל מחילתה וכיון שנתבטלה מחילתה יש לנו לומר שהוא משועבד לה גם לדברים הקטנים וכיון שהוא משועבד לה יש לנו לומר שיתבטל הנדר דלאו כל כמיניה דמפקע לשיעבודה וכיון שהנדר נתבטל הרי לא עבר על תנאו ומחילתה מחילה וכיון דמחילתה מחילה הרי אינו משועבד לה וחייל הנדר ונתבטלה המחילה ולא ידענא מה אידון ביה אם לקיים את המחילה ולבטל את הנדר או לקיים את הנדר ולבטל את המחילה ולדעת הרמב"ם יש לנו לומר שנתבטלו שניהם המחילה והנדר כמו התם שנתבטלו הנשואים והגט, וכיון שגם הנדר נתבטל אמאי יעמיד פרנס היה לט לומר שבעלה יפרנסה כמו קודם כיון שהנדר נתבטל ולדעת התוס' יש לנו לומר שהמחילה תתקיים כמו המתנה והגט והנדר יתבטל כמו שם שנתבטלו הנשואים וההקדש, וא"כ יש לנו לומר לשיטת התוס' שאינו מחויב לפרנס כלל בדברים קטנים לא ע"י עצמו ולא ע"י פרנס כיון שמחלה לו, והמחילה קיימת ואם ירצה יוכל לפרנסה גם ע"י עצמו כיון שהנדר נתבטל.

יד) **ונראה** לתרץ דמ"ש התוס' דאדעתא דהכי לא מחלה שידירנה לא אתינן עלה מטעם אומדנא דמוכח דהוי כתנאי גמור אלא פירושו שלא מחלה לו במחילה דלעולם רק שאם ידירנה לא תהא מחילתה מחילה רק עד שעת הנדר ולא יותר לכן אם הדירה הרי זה משועבד לה משעת הנדר ולהבא גם לדברים קטנים כמו קודם מחילתה אבל הנדר שפיר חייל כיון דבשעת הנדר עדיין לא היה משועבד לה משום מחילתה וגם לאחר הנדר לא נפקעה מחילתה למפרע רק מכאן ולהבא וכיון דמחילתה קיימת עד לאחר שחייל הנדר לכן הנדר שפיר חייל דכיון דמחילתה קיימת הרי אינו משועבד לה וחייל הנדר.

טו) **ותדע** דמכאן ולהבא נפקע מחילתה ולא למפרע דאם נאמר דמטעם אומדנא דמוכח אתינן עלה כמו במתנת שכיב מרע ועמד מחליו דאמרינן בב"ב דף קמ"ו ודף קמ"ז דאדעתא דהכי לא נתן ונתבטלה המתנה למפרע אף כאן נמי נתבטלה מחילתה למפרע משום דאדעתא דהכי שידירנה לא מחלה, א"כ אם הדירה אמאי לא תוכל לגבות ממנו את דברים הקטנים שלא נתן לה משעת מחילה עד שעת הנדר כיון שמחילתה נתבטלה למפרע היה לנו לומר שתגבה הכל, ומהגמ' ומהפוסקים משמע שאינה גובה ממנו דברים הקטנים ע"י פרנס אלא מכאן ולהבא משעת הנדר ולא למפרע משעת מחילה ואפילו ע"י פרנס ג"כ אינה גובה למפרע משעת מחילה אלא ודאי כדאמרן שמחילתה לא נתבטלה למפרע רק מכאן ולהבא ואין זה אומדנא ותנאי רק קביעות זמן הוי לכן אין זה שייכות לדברי הרמב"ם ולדברי התוס' דהתם תנאי הוי וכאן לא הוי אומדנא ותנאי רק קביעות זמן הוי שאינה מוחלת לו רק עד שידירנה ולא לאחר שידירנה)

פרק כד

א) **ולענין** יאוש בשטרות כתבנו לעיל שיש יאוש בשטרות לכו"ע דכיון דחזינן שהשטרות לא נתמעטו מדין אבידה כדאיתא בכמה משניות וסוגיות בש"ס עיין ב"מ מן דף י"ב במשנה מצא שטרי חוב עד סוף הפרק דף כ"א המדברים בענין אבדת שטרות וכיון שהשערות הם בכלל כל אבדת אחיך א"כ נכללים השטרות בכל משפטי וחוקי האבדה וכמו שמועיל יאוש בכל מטלטלין כמו כן מהני היאוש בשטרות, וכן כתבו התוס' בב"ב דף ע"ו ד"ה קני לך וכן כתב הרא"ש בפ' שנים אוחזין סימן נ"ב בסוגיא דמצא תכריך של שטרות וכ"כ הסמ"ע בסימן ס"ה בשם הרא"ש והנ"י והד"מ, והאחרונים כתבו בשם הסמ"ג שגם הוא כתב כן ואף שאין ספר הסמ"ג ת"י בכל זאת כפי שמביאים דבריו ז"ל הסמ"ג הא דאיצטריך למעוטי שטרות מאונאה היינו במוצא שטרות לאחר יאוש שזכה בהן המוצאן וחזר ומכרן לבעלים הראשונים דהמכירה היא דאורייתא כיון שהשטר נכתב על שמו עכ"ל, והקצוה"ח סימן ס"ו ס"ק א' כתב על זה וצריך להבין במה זכה

המוצא אם בגוף החוב הכתוב בשטר א"כ הא טפי זכה בהן הלוה עצמו ואי נימא דלא מהני יאוש בחוב כמו שהעלה החכם צבי סימן קכ"ג א"כ גם המוצא איך זוכה בו הא החוב של המלוה ואי נימא לענין גוף הנייר וכמו שפירש הגאון חכם צבי את דברי התוס' אבל דברי הסמ"ג לא משמע כפירושו מדכתב ומכרו לבעליו דהמכירה היא דאורייתא כיון שהשטר נכתב על שמו ע"ש ואי נימא דבגוף החוב לא שייך יאוש ואין המוצא זוכה אלא בנייר ודאי כשחזר ומכרו לבעליו הוי דאורייתא כיון דהוא שלו רק שחסר לו הראיה, והראיה אינה במכירה דממילא שלו היא ולמה צריך לומר כיון שהשטר נכתב על שמו, ועוד קשה דהא הנייר של הלוה הוא לפי דעת כמה פוסקים כמבואר בסעיף כ"ג סימן ס"ו וא"כ מאי מהני יאוש דמלוה לנייר של לוה, ולכן נראה דהמוצא זוכה בגוף החוב כיון דהבעלים נתיאשו והלוה לא מצי זכי בחוב משום דבאיסורא אתא לידיה וכבר נתחייב בהשבה אבל המוצא בהיתירא אתא לידיה שפיר זוכה בחוב מדין יאוש ומוכרו לבעליו הראשונים דהוי דאורייתא כיון שהשטר נכתב על שמו עכ"ל הקצוה"ח שכ' לחלק בין המוצא את השטר ללוקח שהלוקח לא מצי קני מדאורייתא משום שהחוב הוי דבר שאינו ברשותו אבל יאוש שפיר מועיל על דבר שאינו ברשותו, מ"ש בקצוה"ח.

ב) **והנתיבות** שם סימן ס"ו ס"ק א' הקשה על הקצוה"ח וז"ל דנהי שהיאוש מועיל לדבר שאינו ברשותו מ"מ הא אין המוצא יכול לזכות בדבר שאינו ברשותו עכ"ל, ולי תמוהים עוד דברי הקצוה"ח התינח הפקר או מכירה איכא למימר ולחלק דדוקא הפקר או מכירה ליתא בשטרות מדאורייתא משום שאין אדם יכול לזכות ולהפקיר דבר שאינו ברשותו אבל יאוש שמועיל גם בדבר שאינו ברשותו לכן שפיר יכול המוצא לזכות בו, אבל מה נאמר ומה נחלק בין יאוש לנכסי הגר כי גם בנכסי הגר כתבו הפוסקים והסמ"ג עמהם שאין אדם יכול לזכות בשטרותיו של הגר שמת משום דבעינן מסירה מיד ליד והתם בודאי יצא השטר מרשות הגר כמו ביאוש אע"ג שאין הפקר מועיל בדבר שאנו ברשותו מ"מ הפקר של נכסי הגר ע"כ מועיל גם בדבר שאינו ברשותו שהרי מת הגר ופקע קנינו אפילו הכי כתבו הסמ"ג ושאר פוסקים והש"ך סימן ס"ו ס"ק א' וס"ק כ"ה שאין שום אדם יכול לזכות בשטרותיו אלמא דאפילו לאחר שיצא השטר מרשות הלוה אפילו הכ' אין שום אדם יכול לזכות בו א"כ תימה אמאי יוכל המוצא לזכות בשטר שמצא לאחר יאוש כיון שלא היה מסירה מיד ליד.

ג) **עוד** יש להקשות על דברי הקצוה"ח שכתב לחלק בין הלוה לאיש אחר ולאחר יאוש והוא שהלוה כיון שכבר נתחייב בהשבה לכן אין היאוש מועיל לו שיזכה בו הוא אבל איש אחר בהתירא אתא לידיה ולא נתחייב בהשבה מעולם, גם זה תימה הלא הלוה לא

נתחייב בהשבה רק נגד המלוה אשר נתן לו את מעותיו אליו מחויב הלוה לפרוע חובו ומצוה רמיא עליה אבל נגד איש אחר לא נתחייב הלוה מעולם לפרוע לו שהרי לא לקח ממנו שום מעות בעולם. א"כ איכא לאקשויי ממה נפשך אם יש בכח היאוש לפטור את האדם מן המצוה אשר כבר נתחייב בה א"כ תיכף זכה בה הלוה והוא קודם לכל אדם ואיך יהיו בכח המוצא לזכות בהחוב אשר כבר זכה בה הלוה, ואם נימא שאין שכח היאוש לפטור את האדם מן המצוה דרמיא עליה שאין בכח היאוש רק לנתק את קנין חפץ של האדם ממנו אבל אין בכחו של היאוש לפטור את האדם מן המצוות א"כ הרי הלוה מחויב עדיין לשלם למלוה את מעותיו אחר היאוש כמו מקודם

*) א) על התירוץ הזה יש לגמגם ולומר דלא מקרי גמר יאוש כלבא לרשות הזוכה רק אם זכה מחמת יאוש וכן באבידה ששטפה נהר רק אם הזוכה מהפקירא זכה אבל במתנות כהונה אם נחשוב ההפרשה דהוי כמו שכבר זכו כהה הכהנים מ"מ אין זכיותם גומר היאוש וההפקר כיון שזכו מעשה נתינת הבעלים ולא מהפקירא והקושיא הנ"ל יש לתרץ בפשיטות דמשו"ה אינו יכול לעשות תרומה או לחלל כשהם אבודים משום דהוי דבר שאינו ברשותו וכן משמש מדברי הרמב"ם פ"ד מה' מעשר שני ה' י"א וי"ב ע"ש **המחבר**, היאוש א"כ איך יזכה בו המוצא כיון שהיאוש לא עקר את חיובו של הלוה מיניה.

ד) **עוד** הקשה הקצוה"ח עצמו על דבריו מסוגית הגמ' דב"מ דף י"ב במצא שטר חוב שאם יש בהם אחריות נכסים לא יחזיר ואם אין בהם אחריות נכסים יחזיר ואם כן יקשה ממה נפשך אם יש בהם סימן הרי גובה בו ויחזיר אפילו כשיש בו אחריות נכסים כדאיתא בחו"מ סימן ס"ה ס"ט וס"י לענין תכריך ואגודה של שטרות ואם אין בהם סימן אמאי אמרינן כשאין בהם אחריות נכסים יחזיר אמאי יחזיר ליהוי של מוצאו דכיון שאין בו סימן הרי נתיאשו הבעלים ע"ש ועיין קצוה"ח סימן ס"ה ס"ק יוד מה שדחק לתרץ את הדבר הזה.

ה) **והנתיבות** בסימן ס"ו ס"ק א' ובסימן ס"ה ס"ק י"ח חולק על הקצוה"ח וס"ל שאין המוצאו יכול לזכות בחוב הכתוב בשטר ובשיעבוד ואינו זוכה רק בגוף הנייר ובכל זאת יוכל המוצא לאחר יאוש לעכב את השטר בידו עד שהמלוה יתן לו דמים רבים שהרי המלוה צריך להשטר לזכות בו ע"ש.

ו) **וגם** דבריו לא נהירין חדא שהרי הנייר הוא של הלוה לפי דעת רוב פוסקים כמו שהאריך הש"ך בסימן ס"ו סעי' כ"ג ואיך יועיל יאושו של המלוה להוציא מרשות הלוה את החפץ כיון שהלוה לא נתיאש משטרו כמו שהקשה התומים בסימן ס"ה ס"ק י"ג והקצוה"ח סימן ס"ו ס"ק א', ועוד דלשון הסמ"ג מוכיח שלא כדברי הנתיבות שהרי כתב

הסמ"ג דהא דאיצטריך למעט שטרות מאונאה היינו במוצא שטרות לאחר יאוש שזכה בהן המוצאן וחזר ומכרן לבעלים הראשונים דהמכירה היא דאורייתא כיון שהשטר נכתב על שמו, א"כ משמע שזכה המוצאן בשיעבוד הכתוב בשטר ולא בנייר לחוד והשיעבוד הזה יכול למכור לבעלים הראשונים מדאורייתא משום שהשטר נכתב על שמם, אבל אם נימא שמעולם לא זכה המוצא בשיעבוד הכתוב בשטר רק בנייר לחוד וא"כ אין צורך שימכרו את השיעבוד לבעלים הראשונים כי מעולם היה השיעבוד שלהם גם אחר זכית המוצא כמו קודם זכיתו רק שהמוצא עכב את זכות חבירו בידו ולא רצה להראותו לבד א"כ לא שייך על זה מכירה ואין צריך להטעם משום שהשטר נכתב על שמם של הבעלים לכן הוי מכירתו דאורייתא כיון שאין כאן שום מכירה כלל בהשיעבוד הכתוב בשטר רק בגוף הנייר אלא ודאי משמע שגם בהשיעבוד הכתוב בשטר שייך זכות המוצא ושייך מכירה דלא כהנתיבות, ועיין עוד בדברי התומים סימן ס"ה י"ג ובנתיבות שם ס"ק י"ח ובקצוה"ח סימן ס"ה ס"ק יוד שדחקו מאוד לישב איך יהיו כח ביד המוצא לעכב בידו זכות אחרים ושלא להראות לב"ד והלא מחויב הוא להראותו לב"ד כדאיתא בחו"מ סימן ט"ז ס"ד וז"ל האומר לחבירו שטר שבידך זכות יש לי בו אם הלה מודה שיש לזה בו זכות חייב להוציאו בב"ד וב"ד יעתיקו מה שכתוב בו מזכותו עכ"ל ואם נימא שאין לו להמוצא שום זכות וקנין בהשיעבוד רק בגוף הניר בודאי אינו רשאי לעכב את זכות חבירו בידו רק מחויב להראותו לב"ד א"כ משמע ג"כ דלא כהנתיבות.

ז) **לכן** נראה לתרץ כל הקושיות הנ"ל בע"ה, והוא דבגוף החוב לא מהני יאוש כמו שהסכימו האחרונים וכמו שכתבנו לעיל מפני שכבר נתחייב בהשבה, לכן לא שייך גם כן זכיית המוצא כיון שלא נפקעה זכותו של המלוה מגוף החוב איך יזכה בו המוצא, בכל זאת שייך יאוש בשיעבודו של השטר וגם זכית המוצא שייך בו דהיינו בכחו של השטר מה שהמלוה היא מלוה בשטר ולא מלוה ע"פ בזה מהני יאושו של המלוה ושייך בזה גם כן זכיתו של המוצא, שהרי השטר הזה לא גרע משאר חפצים ומכונות אשר יש בהם כח לפעול ולמשוך אבירים בכחם, כן יש בכח השטר הזה לטרוף ממשועבדים ואין הלוה נאמן לומר פרעתי זהו חפץ כמו שאר חפצים ומועיל בהם יאושו של המלוה וגם זכיתו של המוצא ומשיכתו מועיל בזה ואין צריך כתיבה ומסירה דדוקא במכירת שטרות שהקונה רוצה לגבות מן הלוה וזכותו ושיעבורו של השטר נתרוקן מיד המלוה ליד הלוקח לכן צריך כתיבה ומסירה אבל כאן שהלוה נשאר חייב למלוה כמו קודם רק שמקודם היה למלוה על הלוה מלוה בשטר ועכשיו שנאבד שטרו ונתיאש ממנו המלוה והמוצא מצא את השטר הזה זכה המוצא בהשטר ויש בידו של המוצא זכותו

של שטר לבד ולא זכותו של כל החוב לכן אין צריך כתיבה ומסירה רק במשיכה לבד קני המוצא ושיימינן הכי מלוה בשטר כמה שוה ומלוה בעל פה כמה שוה ונותן לו המלוה להמוצא את השטר אחר יאוש דביני וביני, וכן אמרינן בב"מ דף ז' לענין שנים אדוקין בשטר שאם אחד מהם אדוק בטופס ואחד אדוק בתורף זה נוטל טופס וזה נוטל תורף דשיימינן הכי שטר שיש בו זמן כמה שוה ודלית ביה זמן כמה שוה בשטרא דאית ביה זמן גובה ממשעבדי ודלית ביה זמן אינו גובה ממשעבדי יהיב ליה היאך דביני ביני וכן הוא בחו"מ סימן ס"ה סעיף ע"ז אלמא שהשטר הוא כמו שאר חפץ דעלמא דזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת.

ח) **ובזה** מתורצים כל הקושיות, הקושיא הראשונה איך יכול לזכות בדבר שאינו ברשותו לא קשה כאן דדוקא כשרוצה המוצא לזכות בגוף החוב התם אינו יכול משום דהוי דבר שאינו ברשותו אבל כאן אין המוצא זוכה בגוף החוב רק שהוא זוכה בהשטר ובכחו של השטר וזהו דבר שברשותו, הקושיא הב' דבשטר בעינן כתיבה ומסירה מיד ליד ג"כ מתורץ בזה דדוקא כשהלוקח רוצה לזכות בגוף החוב התם בעינן כתיבה ומסירה אבל כאן כיון שהמוצא אינו זוכה בגוף החוב כי הלוה מחויב לשלם למלוה את מעותיו כמו קודם רק כל זכיתו של המוצא אינו אלא בגוף השטר שיש בידו לכן לא בעינן כתיבה ומסירה רק זוכה במשיכה כמו שכתבנו לעיל, וכן קושיא השלישית מתורצת בזה דבאמת אין היאוש מועיל לפטור את הלוה מן המצוה מפני שכבר נתחייב בהשבה ואין אדם יכול לזכות בגוף החוב רק בשטר זוכה המוצא מפני דזה תליא בשטרו ולא תליא במצות השבה דלענין לגבות ממשעבדי או לא ואם יכול לטעון פרעתי א"ל לא תליא בחיוב מצות פריעת חוב של הלוה רק תליא בשטרא לכן מועיל היאוש.

ט) **וכן** מתורץ בזה הקושיא שהקשה הקצוה"ח על דבריו מהא דאמרינן מצא שטר חוב שאם יש בהם אחריות נכסים לא יחזיר ואם אין בהם אחריות נכסים יחזיר, ועל זה הקשה הקצוה"ח ממה נפשך במאי איירי אם איירי שיש בהם סימן הרי גובה בו ויחזיר אפילו כשיש בהם אחריות נכסים כדאיתא בחו"מ סימן ס"ה לענין תכריך ואגודה של שטרות ואם אין בהם סימן אמאי אמרינן כשאין בהם אחריות נכסים יחזיר אמאי יחזיר ליהוי של מוצאו דכיון שאין בהם סימן הרי נתיאשו הבעלים כן הקשה הקצוה"ח ובדברינו ניחא דלעולם איירי שאין בו סימן ואיירי אפילו כשנתיאשו הבעלים בפירוש מ"מ לא שייך לומר שיהא של המוצא דכיון שאין יאוש מועיל בחוב א"כ אין המוצא יכול לזכות בגוף החוב, וגם לזכות בשטר לא שייך כאן דכיון דסוף סוף אינו גובה בו ממשעבדי כיון שאין בו אחריות נכסים, א"ש שטרא מאי מהני ליה ואין כאן אלא מלוה על פה, מאי

אמרת שמהני ליה שטרא לענין שלא יכול לטעון פרעתי, אך גם זה אינו דכיון שהלוה מודה בשטרו אם ירצה הלוה יכתוב לו שטרא מהשתא כיון דממשעבדי לא טריף המלוה ואינו מפסיד כלום במה שמתאחר זמן שטרו עד עכשיו א"כ אין לו להמוצא שום שטר שיזכה בו לכן יחזיר למלוה ואפילו בגוף הנייר אין המוצא זוכה בו משום שאין הנייר של המלוה רק של הלוה ואין היאוש של המלוה מועיל כלום לכן יחזירו את השטר למלוה כציוויו של הלוה אשר הוא מודה ומצוה שיתנו את השטר למלוה, דדוקא בשאר שטרות שיש בהם אחריות נכסים לגבות ממשעבדי, ואין הלוה יכול לכתוב לו שטר מוקדם לכן שייך לומר שיש להמוצא במה לזכות בו כיון שגובין בו ממשעבדי משא"כ בשטר שאין בו אחריות נכסים.

י) **אך** לשיטת הפוסקים דס"ל דיאוש מהני בחוב וכן לשיטת הפוסקים דס"ל שהנייר הוא של המלוה צריך לומר במתניתין דמצא שטר חוב דאע"ג דאיירי שאין בו סימן בהשטר מ"מ אין הבעלים מתיאשים מהם כמו שכתבו התומים והנתיבות סימן ס"ה וסימן ס"ו שאין הבעלים מתיאשים דסברי שהלוה אינו גזלן ויודה על האמת שהשטר נפל מיד המלוה כמו במצא אבדה ברוב ישראל שאין הבעלים מתיאשים מהם דסברי שימצא ישראל ויחזיר להם, א"כ מכ"ש במלוה ולוה אשר שם המלוה והלוה כתובים בשטר ואין היאוש רק לענין הלוה שמא לא יודה שמהמלוה לכן אינו מתיאש ומשום הכי יחזירו למלוה ואין הלוה זוכה בו בגוף החוב למ"ד יאוש מועיל בחוב ואין המוצא זכה בהנייר למאן דס"ל שהנייר הוא של המלוה לפי שהמלוה לא נתיאש מעולם אבל אם המלוה היה מתיאש בו אז היה הלוה זוכה בחובו והמוצא זוכה בנייר.

יא) **כן** הקושיא החמישית שהקשינו והלא הנייר הוא של הלוה ואיך יועיל יאושו של המלוה להוציא מרשות הלוה את הנייר שלו, גם זה ניחא לדברינו, דבאמת גוף הנייר ישאר ללוה לאחר שיפרע חובו למלוה, אך כל זמן שלא פרע הלוה למלוה את חובו אזי יש לו להמוצא קנין בשטרו של זה כמו שהיה השטר ביד המלוה שהיה לו למלוה תועלת משטרו שהמלוה נעשית מלוה בשטר הזכות הזה והקנין הזה יש לו למוצא בהשטר הזה אבל אין לו להמוצא בגוף הנייר קנין וזכות יותר ממה שהיה לו למלוה בהשטר הזה כשהיה בידו, אך לדברי הנתיבות ליכא לתרץ כן שהרי לדבריו אין לו להמוצא שום קנין וזכות במה שכתוב בשטר ואם נימא שגם בגוף הנייר אין לו להמוצא שום קנין בו א"כ מאיזה טעם יוכל לעכב ממון חבירו בידיו כיון שאין לו שום זכות לא בהנייר ולא במה שכתוב בו א"כ ע"כ מוכרח לומר לדבריו שגוף הנייר זוכה בו המוצאו.

יב) **גם** הקושיא הששית מלשון הסמ"ג מיושב ג"כ לדברינו דבאמת זוכה המוצא במה שכתוב בשטר רק מפני שהשטר נכתב על שם הבעלים הראשונים לכן יוכל למוכרו ואין כאן חזרת משכון או התרת עכוב בעלמא רק כי מכירה גמורה וחלוטה יש כאן אשר זה מחדש מוכר המוצא לבעלים הראשונים. יג) **וגם** הקושיא שהקשו התומים והנתיבות והקצוה"ח איך יש כח ביד המוצא לעכב בידו זכותו של אחרים שלא להראותו לשום אדם והלא מחויב להראות לב"ד, ג"כ מתורץ בזה שהרי אין זה זכות אחרים רק זהו זכותו של המוצא שכבר זכה בו המוצא בהאי שטרא ביאושן של הבעלים מדין אבדה כמו שזוכין שאר אבידות שבעולם ודבר שהוא שלו בודאי יכול לעכב שלא ליתנו לאדם אחר.

פרק כה

א) **וראה** דבר חדש בספר רביד הזהב (הוא ספר קדמון ולא של הגאב"ד דמאזייק) שכתב בשם הסמ"ג שמצות השבת אבדה גבי שטרות אינה אלא מדרבנן, וכתב ולפי זה הא דתנן כמה משניות שהמוצא שטרות חייב להכריז אינן אלא מדרבנן עכ"ד, וצריך לומר לדבריו דלאו דוקא ממצות השבת אבדה דלא תוכל להתעלם נתמעטו השטרות אלא אפילו לאחר שבא ליד המוצא ג"כ הרי אלו שלו מדאורייתא כמו אבדת עכו"ם דאמרינן ומצאתה דאתי לידיה משמע, והיינו שאבדת העכו"ם לא מיבעיא שאינו מחויב לטפל בה ולאספה לתוך ביתו ואינו עובר בלא תוכל להתעלם אלא אפילו לאחר שבאת האבדה ליד ישראל ג"כ אינו מחויב להחזירה להעכו"ם כן הוא הדבר באבדת שטרות שאינו מחויב להשיבם לבעלים כלל אפילו לאחר שבא ליד המוצא, לכן הקשה מהא דאיתא בכמה משניות ששנינו שהמוצא שטרות חייב להכריז לכן הוצרך לתרץ שאינן אלא מדרבנן, דאי הוה ס"ל דדוקא לכתחלה אינו מחויב לטפל בשטרותיו של חבירו אבל לאחר שבא לידו רמיא חיובא עליה להשיבם לבעלים א"כ איכא למימר דכל הני משניות ששנינו שהמוצא שטרות חייב להכריז הוא מדאורייתא דכיון שכבר בא השטר ליד המוצא לכן מחייב להכריז אלא ודאי ס"ל דמדאורייתא אין שום חיוב מצות השבה באבידת שטרות לא מתחלה ולא לאחר שבא ליד המוצא וטעם לזה שמעתי מהרב הגאב"ד דט' דהנה התוס' כתבו בב"ק דף ס"ג ד"ה חד למעוטי קרקעות דשטרות מסתברין יותר למעוטי מקרקעות, וכיון דחזינן בגמ' דמרבינן קרקע מדכתיב כל אבידת אחיך לרבות אבדת קרקע, א"כ מסתמא איכא כלל ופרט וכלל למעט קרקעות ועבדים ושטרות מאבדה, הלכך אע"ג שריבה הכתוב לקרקעות בדין אבדה מ"מ בשטרות דליכא ריבוי אין בהם דין אבדה שהרי שטרות מסתברין טפי למעוטי מקרקעות וקרא לרבות ליכא אלא בקרקעות ולא בשטרות לכן אין השטרות בדין אבדה מדאורייתא רק מדרבנן.

ב) ולכאורא יש להקשות על הסמ"ג דס"ל דיאוש דאבדה מועיל אפילו בשטרות וס"ל דאבידת שטרות לא כתיבי באורייתא כי מדאורייתא אינו מחויב במצות השבה כלל א"כ מנין דיאוש מועיל בשטרות בשלמא לדידן דס"ל דגם שטרות הם בכלל כל אבדת אחיך א"כ שמעינן ממילא שדין השטרות הוא כדין המטלטלין לכל פרטיהן וסעיפיהן כיון שהשטרות הם בכלל כל אבידת אחיך א"כ כמו שמועיל יאוש בכל המטלטלין כן מועיל יאוש גם בשטרות, אבל לדעת הסמ"ג דס"ל שהשטרות אינם בכלל כל אבדת אחיך א"כ מנין שיאוש מועיל בשטרות והסמ"ג בעצמו כתב שיאוש מועיל בשטרות ומנין לו זה.

ג) **ונראה** דלא קשה כלל דכיון דס"ל להסמ"ג שהשטרות אין בהם דין השבה מדאורייתא ואפילו לאחר שבא ליד המוצא אינו מחויב להחזיר ולהכריז אלא מדרבנן כמו אבדת עכו"ם שאין בהם דין השבה כלל אפילו לאחר שבא ליד המוצא, ומה שמחויב להחזיר את השטרות האבודים אינו אלא מדרבנן א"כ בודאי אין מקום לומר שיחמירו רבנן שיחזיר את השטרות אפילו לאחר שנתיאשו הבעלים, כי איך יחמירו רבנן בהשבת שטרות אשר עיקר השבתם אינן אלא מדרבנן יותר משאר מטלטלין אשר יש בהם מצות השבה מדאורייתא ואפילו הכי אין בהם מצות השבה רק קודם יאוש אבל לאחר יאוש אין בהם מצות השבה ואיך יחמירו רבנן בשטרות שיהא בהם חיוב השבה אפילו לאחר יאוש לכן ס"ל להסמ"ג שהיאוש מועיל בשטרות.

פרק כו

א) **והנה** הקצוה"ח סימן קס"ג הביא ראיה דיאוש מועיל בחוב מפ' כל הגט דף ל' לענין המלוה מעות את הכהן ואת הלוי להיות מפריש עליהן מחלקן אמרינן שם נתיאשו הבעלים אינו מפריש עליהם אלמא שהיאוש מועיל בחוב וכן הביא בשם הפ"י שהקשה ג"כ על הסוגיא דשם אמאי מועיל היאוש והלא אין יאוש מועיל בחוב ולי נראה דלא קשה מידי דהא הטעם דאמרינן שאין יאוש מועיל בחוב הוא משום שכבר נתחייב בהשבה ואין היאוש מועיל רק לנתק את קנין האדם וחפציו ממנו אבל אין היאוש מועיל לפטור את האדם מן המצות, א"כ לא שייך זה הטעם אלא בשאר הלואות דעלמא אשר מוטל על הלוה חיוב תשלומי ממון התם איכא למימר דכיון דפריעת בע"ח היא מצוה, אין בכח היאוש לפטור את האדם מן המצוות אבל כאן בגיטין אינו מוטל על הכהנים והלויים שום חיוב תשלומי ממון שהרי לא הלוה להם שישלמו מביתם רק להפריש עליהם מחלקם הלוה להם ואם נשדפו השדות בשנה הזאת הרי מעותיו אבודים, וכיון שאין על הלוה שום חיוב ומצוה לפרוע לכן שפיר מהני היאוש שהרי לא נתחייבו בהשבה מעולם.

ב) **ושמעתי** שיש מביאין ראיה שאין יאוש מועיל בחוב מהא דתנן בב"ק דף פ"ז העבד והאשה פגיעתן רעה החובל בהם חייב והם שחבלו באחרים פטורים נתגרשה האשה נשתחרר העבד חייבים לשלם והרי שם בודאי נתיאשו הבעלים מהם שהרי העבד בודאי אינו עומד להשתחרר ועוד שהרי המשחרר עבדו עובר בעשה א"כ בודאי נתיאשו הבעלים ממנו, וכן האשה לאו לגירושין קיימא בדאיתא בזבחים דף ב' ובודאי מתיאש ואפילו הכי חייבין לשלם כשנתגרשה האשה ונשתחרר העבד אלמא שאין יאוש מועיל בחוב כן שמעתי מביאים ראיה והיא באמת ראיה נכונה, והסכמת האחרונים הוא שאין יאוש מועיל בחוב ודבריהם עיקר להלכה שאין יאוש מועיל בחוב.

פרק כז

א) **איתא** בגיטין דף ל' המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני להיות מפריש עליהם מחלקם מפריש עליהם בחזקת שהן קיימין ופריך בגמ' והא לא אתא לידיה של כהן ואיך יצאו הבעלים ידי נתינה, ומתרץ רב דאיירי במכירי כהונה ולויה לכן יצאו הבעלים ידי נתינה וכן פסק הרמב"ם פ"ז מהל' מעשר הל' ו' שאם היו רגילים ליטול ממון והוא רגיל שלא ליתן אלא להם אינו צריך לזכות ע"י אחר, היוצא מזה דבמכירי כהונה נחשב כאלו כבר באה התבואה ליד הבעלים, וכן אמרינן בב"ב דף קכ"ג דמכירי כהונה נחשבים מוחזקים לענין בכור, והבכור נוטל פי שנים כשנשחטה הבהמה בחיי האב ואע"ג שעדיין לא בא ליד האב בחייו ולכן יש לנו לומר שלא יטול הבכור פי שנים משום דהוי ראוי ואין הבכור נוטל פי שנים בראוי רק במוחזק מ"מ אמרינן שהבכור נועל פי שנים משום דכיון שנשחטה הבהמה בחיי האב והאב הזה הוא מכירו של השוחט הזה לכן מקרי מוחזק והבכור נוטל בו פי שנים וכן הוא בשו"ע חו"מ סימן רע"ח סעיף ה' ז"ל שחט א' ממכירי אביו בהמה ואח"כ מת אביו נוטל פי שנים במתנות של אותה בהמה עכ"ל וכן אמרינן בחולין דף קל"ג שיש כח לכהן להקנות ולמכור את מתנותיו אפילו קודם שבא לידו אם הוא מכירו ורגיל ליתן לו וע"ש מימרא דרב יוסף האי כהנא דאית ליה צורבא מרבנן בשיבבותיה וכו' וכן הוא בשו"ע יו"ד סימן ס"א סעי' י"ד, היוצא מכל זה דמכירי כהונה נחשב כשלו לכל דבר הן לענין שהכהן יכול ליתן מתנותיו לאיש אחר אפילו קודם שבא לידו הן לענין זה שמתנות כהונה נחשבים מוחזקים אפילו קודם שבאו ליד כהן והבכור נוטל בהם פי שנים, הן לענין שהבעלים יוצאין ידי נתינה אפילו קודם שבא ליד כהן, כדאמרינן במלוה מעות את הכהן וכו' וצריך להבין טעמו של הדבר דבודאי צריך ביאור כי הוא תמוה דבמאי זכה הכהן שהמתנות יהיו קרויין שלו ממש, וכי בשביל שרגילים הבעלים ליתן לו לזה יהא קרוי שלו אפילו קודם שבא לידו וכי

היכן מצינו דוגמת זה שהרגילות יהא קנין גמור למי שרגיל לקבל שיוכל להקנותו לאיש אחר וכל הדברים שאמרנו לעיל היינו שהבעלים יוצאין בזה ידי נתינה וגם יהא נחשב מוחזק לענין בכור והנה התוס' בב"ב דף קכ"ג ד"ה הכא במכירי כהונה כתבו וז"ל והיינו טעמא שזהו מתנה מועטת ואסור לחזור בו ואפילו בדברים בעלמא עכ"ל וגם זה אינו מובן דסוף סוף יקשה איך קנה הכהן בקנין גמור ע"י זה שאסור לחזור בהם, ועוד שהרי התוס' סיימו לענין מכירי כהונה וז"ל ואע"פ שאם רצה יכול לחזור בו מכל מקום כל כמה דלא הדר הוי כמוחזק עכ"ל הרי דס"ל להתוס' דאע"ג שאין הבעלים רשאין לחזור בהם מ"מ אי חזרו בהם הוי חזרה ולא הוי קנין גמור א"כ יקשה איך יצאו הבעלים ידי נתינה ואיך יכול הכהן ליתן לאיש אחר קודם שבא לידו כיון שאין הכהן קונה בקנין גמור ועיין ב"י יו"ד סימן רס"ד ד"ה כתב המרדכי שהביא ג"כ בשם המרדכי ובשם שאר מפרשים שהטעם של מכירי כהונה הוא משום דהוי כמו מתנה מועטת שאסור לחזור בו ודבריהם צריכין ביאור כמו שכתבנו לעיל דאכתי תקשה במה קנה הכהן והלא לא עשה שום קנין וזכיה במתנותיו

ב) **והנה** לעיל הבאנו קושית הקצוה"ח שהקשה על הא דאמרינן ב"מ דף מ"ט ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר והקשה הקצוה"ח סימן ר"ד ס"ק ג' וז"ל וקשה נהי שמובטח לו שבודאי יתננה לו אכתי במאי קנה לעשותו עכשיו תרומת מעשר כיון דעכשיו עדיין אינו שלו ולא זכה בו עכ"ל ותרצו לעיל דכיון שיש ביד הישראל להפריש תרומת מעשר כדאיתא בגיטין דף ל' אבא אלעזר בן גמלא היא דתניא וכו' לכן שפיר יכול ליתן רשות לבן לוי להפריש תרומת מעשר או משום שליחות או משום דהוי דבר שאינו מקפיד וכמו שהארכנו בזה לעיל בשם הירושלמי, אבל כאן לא שייך לתרץ זאת שהרי אין כח ביד הבעלים למכור את התרומה לאיש אחר שהרי אין להבעלים בהם רק טובת הנאה לבד וכיון שאין ביד הבעלים למכור את התרומה מאי מהני מה שדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה ואין הבעלים רשאים לחזור ממה שהם רגילים ליתן לכהן זה מ"מ כיון דעכ"פ לא קנה הכהן בקנין גמור איך יכול ליתן לאיש אחר ולא שייך כאן לומר שהבעלים נתנים רשות לכהן למכור כיון דדברים יש בהם מחוסרי אמנה, דסוף סוף יקשה כיון שגם הבעלים אינם יכולים למכור הלא אינם יכולים ליתן רשות לכהן שימכור ויתן הוא לאחרים א"כ נשאר הקושיא מאיזה טעם אמרינן דבמכירי כהונה מקרי שהתרומה הוא של הכהן שיכול ליתן תרומתו לאחרים קודם שבא לידו והבעלים יוצאין ידי נתינה ומקרי מוחזק והבכור נוטל פי שנים.

ג) **והנה** רש"י בגיטין דף ל' כתב וז"ל במכירי כהונה כמו איש מאת מכרו (מ"ב י"ב) שהם מכיריו ואוהביו דאינו רגיל לתת תרומות ומעשרות אלא לכהן זה הלכך כיון דמילתא דפשיטא היא דלדידהו יהיב להו אסחי להו שאר כהנים דעתייהו והוי כמאן דמפי לידייהו דהני עכ"ל רש"י היוצא מזה דטעם של מכירי כהונה לפירש"י הוא משום דשאר כל הכהנים נתיאשו מזה ואסחו דעתייהו, אבל גם דברי רש"י צריכין ביאור דמה מועיל מה ששאר כל הכהנים נתיאשו מזה ואסחו דעתייהו כיון שהכהן הזה המכירו לא עשה שום קנין א"כ נשארה הקושיא במקומה במה זכה הכהן הזה ובמה יצאו הבעלים ידי נתינה, ואיך יכול הכהן הזה המכירו ליתן המתנות לכהן אחר קודם שבא לידו ואמאי הבכור נוטל פי שנים והלא יאוש של הבעלים לא שמענו בשום מקום שיועיל רק להוציא מרשות הבעלים אבל לא שמעט מעולם שהיאוש וההפקר יועילו להכניס את החפץ ברשות אדם שלא זכה בה ולא עשה בה שום קנין, א"כ תימה אמאי מועיל היאוש של שאר כל הכהנים להכניס את המתנות לרשות הכהן הזה המכירו והלא היאוש וההפקר אינם מועילים רק להוציא ולא להכניס.

ד) **ובפרט** לפי מה שכתבנו לעיל שהיאוש אינו מוציא מרשות הבעלים עד דאתא לרשות זוכה, א"כ כיון שהכהן המכירו לא עשה שום קנין ולא באו המתנות לרשות זוכה יש לנו לומר שהיאוש הזה מה שנתיאשו שאר כל הכהנים ממנו לא יועיל כלל אפילו להוציא מרשות כל הכהנים וישאר א"כ התרומה ברשותם של כל הכהנים כמו מעיקרא דכיון שלא בא לרשות זוכה ולא נפיק מרשות הבעלים.

ה) **ונראה** שאין האדם צריך קנין לקנות רק כשהתורה נותנת לו דבר שאינו בעין כגון נזקין וערכין ופדיון הבן וכיוצא בהם שלא ביררה התורה לומר שהחמש סלעים האלו הם של הכהן רק שהתורה הטילה חיוב על האב לפדות את בנו לכן שייך שפיר לומר שכל זמן שלא באו החמש סלעים ליד הכהן אין לו בהם קנין רק החיוב הוא על הבעלים כמעיקרא, וכן בנזקין וערכין אין דבר בעין אשר עליו תאמר התורה שיהא של הניזק רק חיובא רמיא עליה לשלם לכן קודם שקבל הניזק את דמי נזקו עדיין רמיא על המזיק לשלם לו ואין הניזק קונה כלום, כן בערכין וכיוצא בהם, אבל כשהתורה נותנת לאדם דבר הבעין אין המקבל צריך לעשות שום קנין בזה כגון אם התורה תתן לאדם בית ותאמר שהבית הזה יהא של ראובן בודאי מסתברא שראובן המקבל אין צריך לעשות שום קנין רק ממילא הבית הוא שלו משום דזכיא ליה במימריה דרחמנא, ובודאי הדעת נותנת כן כי כל הקנינים בקרקעות ובמטלטלין ובשאר דברים לא ידעינן שיועיל אלא ממימרא דרחמנא וכשראובן קנה בית משמעון והלך ראובן והחזיק בה אין אנו יודעין שיועיל

חזקתו של ראובן להוציא את הבית משמעון ויכניסנה לרשות ראובן אלא מפני שהתורה לימדה אותנו שהחזקה יש בכחה להוציא את ביתו של שמעון מרשותו ולהכניסו ברשות ראובן, א"כ מכ"ש אם יכתב בקרא בפירוש שהבית הזה הוא של ראובן בדאי אין לך קנין גדול מזה וקנה ראובן את הבית הזה בקנין גמור.

ו) **וראיה** לדבר דבב"ק דף ל"ג נחלקו ר' ישמעאל ור' עקיבא פירושא דקרא שנאמר גבי שור תם וחצו את כספו דר' עקיבא ס"ל לניזק ומזיק קמזה רחמנא לכן נחשבין כשותפין גמורין ואין הניזק צריך שום קנין שיהא שלו לגמרי להקדיש ולהפקיר, רק גם בלא שום קנין כלל יש ביד הניזק להקדיש ולהפקיר כדאמרינן שם הקדישו ניזק איכא בינייהו, והטעם הוא כדאמרינן דכיון שהתורה נתנה בפירוש את מחצית השור לניזק אין לך קנין גדול מזה לכן אין הניזק צריך שום קנין וכן משמע בב"ק דף קט"ו בסוגיא דאמר לו מכור לי בני מעיה של פרה והיו בהן מתנות וכן משמע בסוגיא דריש פרק הגוזל עצים לא הספיק וכו' פטור משום דקני ליה בשינוי מעשה ולא קרינן והשיב את הגזלה אשר גזל שהרי כבר נשתנה א"כ משמע שהכהן קנאו משעת הגזיזה לכן נעשה גזלן כשנטלו וצבעו אבל אם הכהן לא קנאו כלל לא שייך ביה דין גזלה ושינוי מעשה, וכן אמרינן לענין פאה שם מצות פאה להפריש מן הקמה וכו' אבל אינו מפריש מן העיסה אלמא דשייך במתנות כהונה דין גזילה ושינוי מעשה ומשמע שהכהנים קנו בקנין גמור קודם שבא לידם.

ז) **א"כ** גבי מתנות כהונה נמי כיון שהתורה נתנה לכהנים דבר בעין אין הכהנים צריכים שום קנין רק שלהם הם כל מתנות כהונה בלא שום קנין כלל ומשעת הפרשת תרומות ומעשרות מקרי דבר בעין וכן הזרוע והלחיים והקיבה מקרי דבר בעין עיין תוס' ב"ב דף קכ"ג ד"ה הכא במכירי וכו' וכיון שכתוב בפירוש בקרא שהמתנות הם של הכהנים לכן כל הכהנים בכלל אינם צריכים שום קנין שאין לך קנין גדול ממימרא דרחמנא, ואלו לא היה ח"ו רק כהן אחד בודאי לא היה צריך לא שום קנין ולא שום יאוש כלל רק דממילא היו כל המתנות של כל העולם לכהן הזה דזכיא ליה רחמנא דבר הבעין, רק מפני שיש הרבה כהנים והקנין הבעין יש לכל הכהנים בכלל, לכן צריך שיתיאשו שאר כהנים ממנו וכיון שהוא מכירו ואוהבו ורגיל ליתן לו מתנותיו לכן נתיאשו שאר כל הכהנים מכל המתנות כמו שפירש"י ונשאר ממילא לכהן זה המכירו והוא יכול תיכף ליתן לאיש אחר כדאיתא בחולין והבעלים יוצאין ידי נתינה כדאיתא בגיטין ובבכור נוטל פי שנים כדאיתא בב"ב והכל הוא מטעם הזה דכיון שהתורה נותנת לאדם דבר בעין אין צריך

שום קנין רק צריך יאוש לסלק את זכותם של שאר כל הכהנים וכיון שנתיאשו הכהנים הנשארים ממילא נשאר לכהן זה המכירו ואין צריך שום קנין אחר.

ח) **ויוכל** היות שגם התוס' בב"ב שהבאנו לעיל ושאר מפרשים שהביאם מרן הב"י ביו"ד סימן רס"ד שכתבו הטעם דמכירי כהונה הוא משום דהוי כמו מתנה מועטת שאסור לחזור בו יוכל היות שאינם חולקים על פירש"י דגיטין הנ"ל שכתב שהטעם של מכירי כהונה מטעם יאוש שאר כהנים מינה כי שני הטעמים צריכים כי יען שדברים יש בעם משום מחוסרי אמנה ואסור לחזור בו מה שהוא רגיל ליתן לכהן הזה לכן נתיאשו שאר כהנים מיניה דבודאי אם היה הדין שמותר לחזור וליתן לכהן אחר בודאי לא היו מתיאשים שאר הכהנים מיניה, ובזה הטעם לחוד שכתבו התוס' בודאי לא סגי לעשותו כשלו, דנהי דאסור לחזור בו מ"מ קנין לא הוי ובלא יאוש לא ניתקו זכותם של שאר כהנים מיניה ולא הוי שלו לגמרי לכן צריך שני הטעמים דאסור לחזור בו ומשום יאוש ולא פליגי אהדדי רש"י ותוס' ושאר מפרשים.

פרק כח

א) ויש לעיין ולחקור איזה זכות וקנין יש להכהנים בתרומה ובשאר מתנות קודם שבא לידם, לדברינו שאמרנו דכשהתורה נותנת דבר בעין לאדם אינו צריך לשום קנין והתרומה ושאר מתנות מקרי דבר בעין כמו שאמרנו לעיל א"כ יש לעיין בהזכות שיש להם להכהנים במתנות כהונה איזה זכות יש להם, ולכאורה יש לומר שכל הכהנים הם שותפין גמורים בכל התרומות שכל ישראל תורמין אותם, כיון שאמרה תורה שכל התרומות אשר כל ישראל תורמין הם של כל הכהנים שבכל העולם א"כ כל הכהנים הם שותפים גמורים לפי דברינו דאמרינן דכשהתורה נותנת דבר בעין לאדם אחד אין צריך שום קנין א"כ כשהתורה נותנת חפץ הבעין למאה אנשים הרי כולם שותפין גמורים הם כמו מאה אנשים שקנו חפץ בשותפות אשר יש לכל אחד מהשותפים קנין גמור בהחפץ כן יש קנין גמור לכל הכהנים בכל התרומות ובשאר מתנות כהונה אפילו קודם שבא לידם רק תיכף משעת הפרשה הם שותפים גמורים כשאר שותפין דעלמא.

ב) **אך** לא אפשר לומר כן דאם כן שכל הכהנים הם שותפים משעת הרמה א"כ כשיש לו לאדם כור תבואה של תרומה יהא צריך לחלקו לכל הכהנים שבכל העולם כיון שכל הכהנים שותפין גמורים הם משעת הפרשה כמו שאר שותפין דעלמא, ואמאי קי"ל שיש כח ורשות ביד הישראל ליתן תרומתו ומעשרו ושאר מתנותיו לכל כהן שירצה אלמא שאין הכהנים נחשבים כשותפים גמורים משעת הפרשה רק שהישראל יכול ליתן לכל כהן שירצה.

ג) **ועוד** דאם נימא שכל הכהנים נחשבים כשותפים גמורים, א"כ אם כהן אחד מתיאש או מפקיר חלקו קודם שהגיע לידו יש לנו לומר שהישראל אשר מונחת התרומה בידו הוא יזכה בחלקו של הכהן הזה המתיאש או המפקיר, או ראוי לומר כי כל הקודם בו זכה אם התרומה מונחת במקום אחר, אבל אין מהראוי שיהא מחויב ליתן לכהן אחר את תרומתו ומעשרו של הכהן הזה שמתיאש *) כמו בשאר שותפים דעלמא אם אחד מהשותפים מתיאש מחלקו או מפקיר את חלקו בודאי

*) א) וראיתי בספר שער המשפט סי' הע"ר שנסתפק לענין שותפים שהפקיר אחד מהם את חלקו כי היה גר ומת ונכסיו נשארו הפקר אם זכה השותף השני או כל המחזיק בו זכה בו ע"ש שמביא ראיה מב"ק דף מ"ט מסוגית הגמ' דאמרינן לענין שבת ולדות כיון דגם בחיי הגר היה לה פלגא לכן כשמת הגר זכתה בכולה אלמא שהשותף זוכה בחציו של המפקיר ולא אמרינן כל הקודם בו זכה ע"ש שהניח הדבר בצ"ע, ואם נימא שהשותף זוכה ולא כל המחזיק בו זכה יש ליישב קצת הקושיא הנ"ל שהקשינו על מכירי כהונה מפני מה מחויב ליתן לכהן המכירו ואין הישראל יכול לזכות בו דהוי כמו שאר שותפין דעלמא דאם אחד מהם מתיאש או מפקיר חלקו זכה השותף השני ולא יכול לזכות כל הקודם בו, אך דברי שער המשפט צ"ע כמו שכתב הוא בעצמו וכן מהגמ' דעירובין דף מ' ושו"ע או"ח סימן שע"א סעיף ה' בענין ישראל וגר שדרים בחצר אחד ומת הגר וכו' משמע ג"כ שכל הקודם בו לזכות זכה בו ואין הישראל שותפו יכול לזכות בו ע"ש ודו"ק.

ב) ונראה דכל זה הוא דוקא בדבר הבעין כגון בעירובין ובנידון השער המשפט, אבל כשיש שני שותפים שאין להם דבר בעין לכל אחד ואחד רק מגרמתה בא דבר אחר בזה צדקו דברי שער המשפט שאם שותף אחד מפקיר או מתיאש מחלקו חבירו השותף אינו צריך שום קנין כיון שלא היה לו להמפקיר דבר בעין ואדם מן השוק לא יוכל לזכות בו בדבר שאין בו ממש כגון בההיא דסוף ב"מ בענין שתי גנות זו על גב זו והירק בינתים דקי"ל בחו"מ סימן קס"ז כר"ש דאמר כל שהעליון יכול לפשוט את ידו וליטול הרי הוא שלו והשאר של תחתיו ופירש"י וז"ל והשאר של תחתון והעליון הוא גופיה אפקורי מפקיר להו לגביה שגנאי הוא לו ליטול רשות ליכנס לתוך שדה חבירו וללקוט עכ"ל, עיין בנתיבות סימן קס"ז שהביא בשם ספר יערת דבש שהקשה במה זכה בעל התחתון נהי שהעליון הפקירו מ"מ הרי התחתון לא עשה שום קנין כי לא בא הירק רק באויר חצרו וקי"ל בחו"מ סימן רמ"ג סכ"ד כ"ה דאויר שאין סופו לנוח הוי ספיקא דדינא או כמונח דמי או לא א"כ כל זמן שלא עשה התחתון קנין אחר יכול העליון לחזור בו ע"ש מה שתירץ, ולפי דברינו ניחא דבאמת הם שותפים בהירק, העליון נותן בו יניקת קרקעו

והתחתון נותן בו אוירו כי מאיוריו גדלי, וכן אמרינן בב"ב דף כ"ו ובב"ק דף פ"ב כי אחד מהתנאים שהתנה יהושע הוא שאחד אילן הסמוך למצר חבירו ואחד אילן הדין הוא שכל הקודם בו זכה א"כ ראוי לומר ג"כ בתרומה ומעשרות שיהא כל הקודם בו לזכות בחלק הכהן המתיאש זכה א"כ במכירי כהונה שכתב רש"י שנתיאשו שאר הכהנים מיניה אמאי מחויב ליתן לכהן הזה המכירו והלא כיון שכל הכהנים נתיאשו מזה יש לנו לומר שיזכה בו הישראל אשר ישנו בידו וברשותו את חלקם של כל הכהנים ולא יהא צריך ליתן להכהן הזה המכירו אלא לפי חלקו המגיע לו, א"כ מוכח מזה שאין כל הכהנים נחשבין כשותפין גמורים דעלמא, ויש לבאר איזה קנין יש להכהנים בתרומה קודם שבא לידם.

ד) **ולכן** נראה דהענין של מתנות כהונה דמיא להא לעשרה אנשים שקנו מאה כורין תבואה בשותפות ופירשו בשעת הקנין שלא יהא חלוקתם כשאר שותפין דעלמא שכל אחד ואחד נוטל חלק השוה לחבירו רק התנו שיהא חלוקתם כרצון ראובן שהוא איש מן השוק ואינו שותף בהתבואה הזאת וברצונו תליא מילתא שאם ירצה יוכל ליתן את כל המאה כורין לאיש אחד מהשותפין ואם ירצה יוכל ליתן צ"ט לאחד מהם והכור האחד יחלוק ויתן לתשעה השותפים הנשארים וכן בכל אופן וענין שירצה ראובן לחלוק ביניהם תליא הכל בחפצו של ראובן ורצונו, ובמעשה הזה אם נשאל מה שיש להם להעשרה שותפים בכלל בהמאה כורים האלה אז נאמר שיש להם קנין גמור שהרי קנו העשרה שותפין הנ"ל את התבואה הזאת בקנין גמור, אך אם נשאל על השותפים האלה בפרטות מה יש לשותף זה בהתבואה הנ"ל ומה יש לשותף זה בהתבואה הנ"ל אז נאמר שיש לכל אחד ואחד מהם קנין על תנאי היינו שאם ראובן המחלק יתן לו אז נאמר איגלאי מילתא למפרע דשלו היה משעת הקנין ואם ראובן לא יתן לו אז נאמר איגלאי מילתא למפרע שלא היה שלו שהרי אדעתא דחלוקת ראובן קנו מתחלה נמצא כי להעשרה השותפים בכלל יש להם קנין גמר ובפרט יש להם קנין על תנאי.

ה) **וכדין** השותפים האלה כך דין מתנות הכהונה דכיון שבארנו לעיל דכשהתורה נותנת לאדם דבר בעין אינו צריך שום קנין אחר כי זהו קנינו נמצא שכל הכהנים שבכל העולם יש להם קנין גמור בכל מתנות הכהונה משעת הפרשה, אך כיון שנתנה התורה טובת הנאה לבעלים שיוכלו ליתן לכל כהן שירצו ואין הבעלים מחויבים לחלק את מתנותיהם לחלקם לכל הכהנים שבעולם שיהא לכל כהן וכהן חלק שוה רק ביד הבעלים תליא מילתא נמצא דדמיא הא מילתא דמתנות כהונה לנידון העשרה שותפים שכתבנו לעיל שאין לכל כהן בפרט רק קנין על תנאי היינו שאם הבעלים יתנו לו לכהן את מתנותיו

נאמר איגלאי מילתא למפרע דשלו היו משעת הפרשה, ואם הבעלים לא יתנו לו אז נאמר איגלאי מילתא למפרע דמעולם לא היה שלו, נמצא שכל הכהנים בכלל יש קנין גמור בכל מתנות כהונה שיש לכל ישראל אך לכל כהן וכהן בפרט אין לו רק קנין על תנאי היינו שאם הבעלים יתנום לו הוי שלו למפרע ואי לא לא כמו בהעשרה שותפין הנ"ל.

ו) **ולעניין** העשרה שותפין הנ"ל אם ראובן המחלק רוצה ליתן לאחד מהם אך הוא אינו רוצה לקבל ממנו בודאי מקרי שלא נתקיים התנאי כיון דסוף סוף לא קבל אותו ולא

*) הנוטה לשדה חבירו מביא וקורא שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ אלמא כי מצד הדין הוא שאילן הנוטה לשדה חבירו לא יביא בכורים משום שלא יכול לומר מן האדמה אשר נתתה לי משום שהאילן גדל מארעא דלאו דידיה הוא, עיין חו"מ סימן קנ"ה סעיף כ"ט וסימן קס"ז ס"ב, אלמא דאוירא מילתא היא לכן היה ראוי שיחלוקו את הירק שבין שתי הגנות כי שניהם שותפין הם ומה שאין חולקין בשוה את הירק הוא או משום תקנת יהושע שבני אדם לא יקפידו על האויר, או הוא מטעם זה נהנה וזה לא חסר כי התחתון לא חסר כלום מחמת אוירו אבל העליון חסר טובא מה שיונק מן הארץ שהרי מכחשי בארעיה לכן התחתון אינו מקפיד ושייך לעליון ואין העליון צריך שום קנין שהרי הוא שותף בהירק מחמת יניקת קרקעו ולהתחתון אין לו בהירק דבר בעין רק דבר שאינו בעין יש לו והוא האויר של גנתו כי האויר דבר שאינו בעין הוא לכן כיון שאין התחתון מקפיד באוירא ממילא זכי בה שותף השני והוא העליון שהוא שותף בהירק מחמת היניקה, וכן בהיפוך היינו הירקות הגדלים לצד התחתון שאין העליון יכול לפשוט את ידו וליטלם שייכים הם להתחתון ממילא בלא שום קנין כלל דכיון שגם התחתון הוא שותף בהירקות האלה מחמת האויר ולעליון אין לו דבר בעין בהירקות האלה שנוכל לומר שיבוא איש מן השוק ויזכה בהם שהרי אין לו רק היניקה מהירקות ולא האויר וזה מקרי דבר שאינו בעין דלא תפסי ביה קנין לכן כיון שהפקיר העליון את חלק יניקתו נשאר ממילא של התחתון, כי כן הדין בשני שותפים שיש להם דבר שאינו בעין שאם אחד מהם מפקיר את חלקו או שמתיאש שהשני קונה ממילא ואין צריך שום קנין כלל יען כי איש אחר אינו יכול לזכות בדבר שאינו בעין לכן זוכה שותף השני. אבל שני שותפים שיש לכל אחד מהם דבר בעין בשותפות כגון חצר או בית או מטלטלין כיון שיש לכל אחד מהם דבר בעין אשר יכול איש אחר לזכות בו דשייך בו קנין בדבר הבעין לכן כל המחזיק בו זכה בו ואין השותף השני זוכה בו ממילא בלא קנין כההיא דעירובין דף ע' ושו"ע או"ח סימן שע"ח ס"ה שהבאנו לעיל.

ג) ובזה ניחא ג"כ ההיא דב"ק דף מ"ט לענין שבח ולדות שמביא השער המשפט דאמרינן דכיון שבחיי הגר יש לה מחצה לכן כשמת הגר זכתה בכולה והוא ג"כ מזה הטעם דכיון דשבח ולדות הוי דבר שאינו בעין ולא שייך לומר שיזכה בו איש אחר מן השוק לכן כיון שהוא שותף בזה זכתה בכולה משא"כ בדמי ולדות אע"ג דהוי נמי דבר שאינו בעין ולא שייך לומר שיבוא אחר מן השוק לזכות בה מ"מ כיון שדמי ולדות הכל לבעל ואיננה שותף בה לכן לא זכתה בה היא דתרווייהו בעינן היינו א) שיהא דבר שאינו בעין ב) בעינן שיהא שותף בהחפץ הזה, אבל בדבר בעין אע"ג שהם שותפים בהם או בדבר שאינו בעין רק שאינו שותף לא אמרינן כן.

ד) ולמה הדבר דומה לאדם שיש לו שדה רחוקה מביתו ואיננה משתמרת לדעתו וגדלו צמחים ירקות ועשבים ובא איש אחר והחזיק בהצמחים והירקות ההם קודם שידע מהם בעל השדה, בודאי אין חזקתו כלום ומחויב הוא להחזיר הכל לבעל השדה יען כי גדלו הצמחים והירקות בשדהו, ואם נימא דבדבר שאינו בעין נמי אין השותף השני זוכה בה ממילא כי גם השותף צריך קנין כקושית היערת דבש הנ"ל שמביאו הנתיבות סימן קס"ז, א"כ תימה והלא הצמחים שגדלו בשדה ראובן אין לו לראובן בהם רק מה שינקו מקרקעו אבל המטר והחמה לאו דיליה הם, א"כ ראובן בעל השדה הוא שותף עם ההפקר ואמאי יהא הזוכה צריך להחזיר לו הכלי, הלא מהראוי שלא יחזיר לו רק מקצת הירקות או מחציתן כנגד יניקת קרקעו אבל כנגד המטר והחמה דלאו דראובן הם במאי זכה בהם ראובן, ואין לומר דזכתה לו חצרו לראובן בהמטר והוי הכל שלו והלא הוי חצר שאינה משתמרת לדעתו ולא ידע בהם כלל ואלו נפל חפץ בעין בתוך שדהו של ראובן בולאי לא היה זוכה בו, דחצר שאינה משתמרת לא קניא ליה א"כ צריך לומר כמו שכתבנו דכיון שראובן הוא שותף בהירקות הוא וההפקר ואין להם לכל אחד ואחד מהם רק דבר שאינו בעין ובדבר שאינו בעין כהאי גונא כשהם שותפים זוכה השותף מן ההפקר ממילא בלא שום קנין כלל וכלל, אבל בדבר הבעין אין השותף זוכה ממילא מן ההפקר רק כל המחזיק בהם זכה בהם.

ה) וכן כל כיוצא בזה כגון ראובן שיש לו בהמה קטנה עגל או טלה ונתגדלו כל ימיהם בשדה הפקר והטלה נעשה איל והעגל נעשה שור גדול משדה הפקר ונמצא כי ראובן וההפקר הם שותפים בהאיל והשור מ"מ אין שום ספק שהשור והאיל הם של זכה בו בודאי אמרינן איגלאי מילתא למפרע שמעולם לא היה שלו, כי מה לי אם לא זכה בו מחמת שראובן לא נתן לו או א"ל זכה בו מחמת שאין רצונו לקבל ממנו והלא סוף סוף לא זכה בו ולא קיים את התנאי ואמרינן איגלאי מילתא למפרע שמעולם לא היה שלו.

ז) **ונראה** לחדש דבר מעתה לענין העשרה שותפין הנ"ל שאם אחד מהם הפקיר את חלקו או שנתיאש ממנו אין דינו כשאר הפקר ויאוש שכל הקודם וזכה בו זכה דדוקא כשיש לו לאדם חפץ אשר הוא שלו בקנין גמור בזה דוקא אמרינן שאם הבעלים הפקירוהו או שנתיאשו ממנו יצא החפץ מרשותם לגמרי וכל הקודם בו זכה, אבל כאן לענין העשרה שותפין הנ"ל שאין להם קנין גמור רק בכלל היינו כי לכל העשרה שותפים הנ"ל יש להם קנין גמור אבל לכל שותף ושותף בפרט אין להם רק קנין על תנאי והתנאי הוא שאם יבואו אח"כ לידי זכיה היינו שראובן המחלק יתן לו וגם הוא ירצה לקבל אזי נימא איגלאי מילתא למפרע שמעולם היה שלו, ואם לא יבואו לידי זכיה היינו או שראובן המחלק לא נתן לו או שהוא אינו רוצה לקבל אזי אמרינן איגלאי מילתא למפרע שמעולם לא היה שלו ונשאר להשותפים האחרים א"כ אם הפקיר אחד מהם או שנתיאש ממנו הרי אנו יודעים בודאי שלא יבא עוד לעולם לידי זכיה ולעולם לא יהא שלו, א"כ נשאר ממילא להשותפים האחרים אבל איש אחר מן השוק לא יוכל לזכות בו כשאר הפקר דעלמא וההפקר של אחד מהשותפין הנ"ל אינו עושה רק בירור לברר את הדבר שמעולם לא היה שלו, משא"כ בשאר הפקר דעלמא שההפקר מנתק את זכות הבעלים מהחפץ שלהם.

ח) **ומובן** מזה שאם תשעה שותפים מהעשרה שותפים הנ"ל הפקירו את חלקם נשאר ממילא כל התבואה להשותף העשירי בלא שום קנין כלל, דכיון שכל העשרה שותפים הנ"ל יש להם קנין גמור רק בכלל אבל בפרט אין להם רק קנין על תנאי והתנאי שאם יבוא לידי זכיה בסוף נאמר איגלאי מילתא למפרע שהיה שלו ואם לא יבוא לידי זכיה בסוף, נאמר איגלאי מילתא למפרע שמעולם לא היה שלו, וכיון שתשעה מהם נתיאשו איגלאי מילתא למפרע שלא היה שלהם מעולם, א"כ נשאר ממילא להשותף העשירי שלא נתיאש בלא שום קנין כלל, דכיון דכולם בכלל יש להם קנין גמור ואין צריך קנין אלא לברר של מי הוא וכאן אין לך בירור גדול מזה שכל התבואה של השותף העשירי הוא כיון דתשעה מהם נתיאשו, זאת חקרנוה כן הוא לענין העשרה שותפים הנ"ל ועתה שמענה

ט) **ודע** לך כי כדין השותפין הנ"ל כך דינו של מתנת כהונה שכל הכהנים בכלל יש להם קנין גמור ולכל כהן וכהן בפרט יש להם קנין על תנאי, ואם אחד מן הכהנים מפקיר או מתיאש מחלקו אין דינו כשאר הפקר או יאוש שכל הקודם בו זכה רק דינו כדין ההפקר והיאוש של אחד מהשותפים הנ"ל שנשאר ממילא לכל שאר השותפים הנ"ל, וכן אם כל הכהנים מפקירים או מתיאשים מחלקם ולא נשאר רק אחד מהם שלא הפקיר ולא נתיאש מחלקו נשאר ממילא להכהן הזה שלא נתיאש ולא הפקיר ואינו צריך שום קנין

ולא אמרינן כל הקודם בו זכה כדין השותפין הנ"ל כאשר ביארנו דכיון שלכל הכהנים בכלל יש להם קנין גמור ממילא בלא שום קנין רק כיון שיש הרבה כהנים אשר יש לכל אחד מהם בפרט קנין על תנאי לכן צריך קנין לברר של מי היא התרומה וכל מי אשר יברר כי התרומה שלו היא נאמר איגלאי מילתא למפרע דשלו היתה מעיקרא וכיון שנתיאשו כל הכהנים מהתרומה חוץ מאחד מהם הרי נתברר הדבר שכל שאר הכהנים לא יקיימו עוד את התנאי א"כ נשאר ממילא להכהן הזה שלא נתיאש ממנה כמו שכתבנו לענין השותפין הנ"ל.

י) **ובזה** יובן היטיב דברי רש"י בגיטין ד' ל' שהבאנו לעיל שכתב דטעמא דמכירי כהונה הוא דבשביל שרגיל ליתן לכהן הזה המכירו לכן נתיאשו כל שאר הכהנים מזה ובזה קיימו הבעלים מצות נתינה אע"ג שלא בא ליד כהן והוא דכיון שדין התרומה כדין השותפים הנ"ל שיש לכל הכהנים בכלל קנין גמור ולכל כהן וכהן בפרט קנין על תנאי, וכיון שרגיל ליתן תרומתו לכהן המכירו וכל שאר הכהנים נתיאשו מזה לכן נשאר ממילא כל תרומותיו לכהן זה המכירו ואע"ג שלא עשה שום קנין מ"מ יצאו הבעלים ידי נתינה שהרי נשאר שלו ממילא בקנין גמור.

פרק כט

א) **ובזה** שכתבנו יש לתרץ קושית הקצוה"ח סימן ר"ד שהבאנו לעיל שהקשה על ההיא דב"מ דף מ"ט ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר ודייק בגמ' מזה דדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה ע"ש, והקשה הקצוה"ח וז"ל וקשה נהי שמובטח לו שבודאי יתננה לו אכתי במאי קנה לעשותו עכשיו תרומת מעשר כיון דעכשיו עדיין אינו שלו ולא זכה בו עכ"ל עיין לעיל פרק ד' מה שכתבנו בזה, ובדברינו שכתבנו כאן יש ליישב ג"כ הקושיא הזאת דכיון שדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה לכן נתיאשו *) ראובן לבד ושום אדם אינו יכול לזכות בהם והוא ג"כ מהאי טעמא שכתבנו דכיון שחלקו של ההפקר בהשור והאיל הזה הוא דבר שאינו בעין לכן זוכה בו השותף ממילא ואינו צריך קנין כלל.

ו) ויש להביא ראיה לדברינו דבדבר הבעין אם הפקירם אחד מן השותפים לא קנה השני ממילא רק כל המחזיק בהם זכה בהם מהא דאמרינן ב"ק דף מ"ט משכונו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בה זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה את השאר, והנה הש"ך בחו"מ סימן ע"ב ס"ק ט' האריך בראיות ברורות לברר דמלוה על המשכון היכא דקני ליה מדר' יצחק יש לו להמלוה קנין גמור בהמשכון והוי שלו לכל דבר ואם נימא דבשותפים בדבר הבעין שאם הפקיר אחד את חלקו זכה השותף השני ולא השני

אמרינן שיהא כל המחזיק בהם זכה, א"כ תימה אמאי זוכה בו בהמשכון הישראל האחר ביתרון שכנגד מעותיו היה לנו לומר שהמלוה יזכה בכל שהרי הוא וההפקר שותפים בו וזוכה השותף השני ממילא אפילו בדבר הבעין אלא ודאי כדאמרן דבדבר הבעין אין השותף השני זוכה ממילא רק כל המחזיק בהם זכה בהם.

ז) ואין לדחות ולומר דשיעבוד משכון שאני מקנין גמור אפילו לדעת הש"ך שהרי משכונו של ישראל ביד הגר ומת הגר אמרינן שם בב"ק דכיון שמת הגר פקע ליה שיעבודיה ואין הלוה צריך שום קנין רק ממילא זכי ליה, ואלו בקנין גמור כהאי גונא לא אמרינן כן אלמא דאלים קנין גמור מקנין משכון, אך זה אינו דבודאי לדעת הש"ך קנין המלוה במשכון מקרי קנין גמור לכל דבר רק שאם פרע לו מעותיו או מחל לו בודאי נפקע קנין המשכון שיש לו בו והמשכון נשאר ממילא להלוה א"כ כאן נמי כיון שמת הגר פקע ליה שיעבודיה כאלו פרע לו מעותיו או כאלו מחל לו, אבל כל זמן שלא פרע לו חובו ולא מחל לו ולא נפקע שיעבודו ע"י מיתת הגר הרי המשכון בקנין גמור להמלוה ושלו הוא לכל דבר, וכשמת הגר ומשכונו נשאר ביד ישראל והמשכון שוה יותר מכדי מעותיו נמצא שהמלוה וההפקר שותפים גמורים הם בהחפץ, וכיון דאמרינן שכל הקודם זכה בו ביתרון ששוה יותר מהחוב א"כ שמעינן מזה שהשותף השני לא זכה בו ממילא מן ההפקר רק כל הקודם בו זכה שמעינן מזה דבדבר הבעין אין השותף זוכה רק כל הקודם בו זכה. שאר הכהנים מזה כמו במכירי כהונה שכתבו התוס' בב"ב דף קכ"ג שהטעם הוא ג"כ משום דהוי כמו מתנה מועטת שאסור לחזור בהם דהוי מחוסר אמנה, והטעם הוא משום יאוש שאר הכהנים מיניה כמו שפירש"י בגיטין כמו שכתבנו לעיל, לכן דייק הגמ' מזה דדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה, דבשלמא אי אמרינן דברים יש בהם משום מחוסרי אמנה לכן רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר שכבר נתיאשו שאר כל הכהנים מיניה ונשאר של הבן לוי אשר הבטיחו כמו במכירי כהונה אבל אי אמרינן דדברים אין בהם משום מחוסרי אמנה א"כ אף שהבטיח ליתן את המעשר לבן לוי זה, מ"מ כיון שהוא רשאי לכתחלה לשנות דבריו וליתן ללוי אחר א"כ לא נתיאשו כל שאר הלוים מינה, ונשאר המעשר אינו מבורר של מי הוא כמו אם לא הבטיחו כלל, א"כ אמאי יכול לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר, אלא ודאי דברים יש בהם משום מחוסרי אמנה ומשו"ה רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר משום שנתיאשו כל הלוים מזה כמו במכירי כהונה כמו שכתבנו לעיל.

ב) **והנה** על דברינו שכתבנו לתרץ ההיא דב"מ דף מ"ט לענין ישראל שאמר לבן לוי שהוא משום יאוש של שאר הלוים, יש להקשות מאי מועיל היאוש והא הוי יאוש שלא

מדעת שהרי כל שאר הלוים דעלמא לא ידעי מזה שהישראל הבטיח ליתן מעשרותיו לבן לוי זה, דמסתמא איירי שהבטיח לו ליתן בינו לבין עצמו ואין הדבר מפורסם וגלוי לעין כל א"כ לא ידעו שאר כל הלוים להתיאש מזה, ונהי שאם ידעו שאר כל הלוים מזה היו מתיאשים ממעשרו של הישראל הזה כיון שכבר הבטיח ליתן לבן לוי זה מ"מ השתא עכ"פ שאינן יודעים מאומה מהבטחתו של הישראל לבן לוי א"כ הוי יאוש שלא מדעת ולא הוי יאוש.

ג) **בשלמא** לענין מכירי כהונה שכתב רש"י שהטעם הוא משום יאוש של שאר כהנים אין להקשות והא הוי יאוש שלא מדעת ולא הוי יאוש, דאיכא למימר שהכהנים של המקומות האחרים מעיקרא מתיאשים דאמרי שיתן להכהנים של העיר הזאת, והכהנים של העיר הזאת נמי מתיאשים ביאוש גמור שהרי הם יודעים שהכהן הזה הוא מכירו אשר הוא רגיל ליתן לו תמיד, אך בההיא דב"מ דף מ"ט דאיירי אפילו כשהבטיחו בינו לבין עצמו דהא לא איירי במכירי לויה דוקא ולא שמעו מזה שאר כל הכהנים ולא ידעו מאומה, א"כ תקשה איך יועיל היאוש והא הוי יאוש שלא מדעת.

ד) **ואפילו** על מכירי כהונה יש להקשות והא איכא קטנים שאין היאוש שלהם מועיל אליבא דידן דקיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, בשלמא לרבא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש יש לתרץ כמו שכתבו התוס' בב"מ דף כ"ב ד"ה דלאו בני מחילה נינהו דאמרינן כיון דלכי גדלי מיאשי מהשתא נמי הוי יאוש, אבל לאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש שאינו מועיל לדידיה יאוש הקטנים כדאיתא בגמ' ב"מ דף כ"ב א"כ תקשה אמאי מועיל יאוש גבי מכירי כהונה מה שנתיאשו שאר כל הכהנים כיון דהוי יאוש שלא מדעת.

ה) **ונראה** לתרץ ע"פ מה שכתבנו לעיל בטעמא דאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דסבר דפירושא דיאוש הוא דבעינן שיחשוב בפירוש מחשבת היאוש וכיון שלא ידע דנפל מיניה הרי בודאי אינו חושב בפירוש מחשבת היאוש, ואע"ג שאם היה יודע שנאבד ממנו היה מתיאש והיה חושב מחשבת היאוש ומה שלא חשב בטעות הוא שלא ידע דנפל מיניה, מ"מ כיון שעכ"פ לא ידע דנפל מיניה ואינו חושב מחשבת היאוש לכן לא הוי יאוש שאין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחשב כן כתבנו לעיל פרק א' ע"ש שהארכנו בזה בס"ד א"כ איכא למימר דדוקא כשיש לו לאדם קנין גמור בהחפץ הזה שנאבד ממנו אזי אמרינן דדוקא מחשבת היאוש יש בכחו לנתק את קנין החפץ מהבעלים, אבל כשאינו מחשב בפירוש מחשבת היאוש אע"ג שלא

חשב גם את הפכו מ"מ לא הוי יאוש כיון שיש להבעלים קנין גמור בהחפץ והיאוש צריך לנתק את הקנין הגמור

ו) **אבל** במתנות כהונה כיון שאין לכל הכהנים בהם קנין גמור רק קנין על תנאי היינו שאם תבוא התרומה ליד הכהן הזה אזי אמרינן איגלאי מילתא למפרע שהיה שלו ואם לא יבא לידו אזי נאמר שמעולם לא היה שלו כיון שלא קיים את התנאי, והיאוש אין אנו צריכין לנתק את קנין שאר כהנים מהתרומה הזאת רק אנו צריכין לברר הדבר ולגלות הענין שמעולם לא היה לשאר כל הכהנים שום קנין בהתרומה הזאת וכיון שהיאוש אינו מנתק שום קנין של שום אדם רק לגלוי מילתא לבד בזה יוכל להיות שגם אביי מודה ליה לרבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, שהרי כאן אין אנו צריכין ליאוש שאר כהנים אלא כדי שנדע בבירור שבודאי לא יקיימו עוד את התנאי, וכיון שהישראל הבטיח לבן לוי ליתן לו את הכור מעשר ודברים יש בהם משום מחוסרי אמנה וא"כ אנו יודעין בבירור שהישראל יקיים את הבטחתו ולא יתן ללוי אחר זולתו, ואלמלי ידעו מזאת שאר כל הלוים היו מתיאשים א"כ עכשיו אף שהלוים האחרים לא ידעו מהבטחתו ואינם חושבים בפירוש מחשבת היאוש מ"מ מועיל היאוש שפיר כיון שאין אנו צריכין שהיאוש ינתק שום קנין גמור של שום אדם רק לגלות מילתא לבד שמעולם לא היה שלהם, שהרי עכ"פ אנו יודעים ברור שלוי אחר, לא יקיים עוד את התנאי ולא יזכה לעולם בהמעשר וממילא ישאר המעשר לבן לוי זה אשר הבטיחו, סוף דבר בכל מקום שאנו צריכין שהיאוש ינתק את קנין הבעלים מהחפץ בזה בעינן שיחשוב בפירוש מחשבת היאוש ומשו"ה יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש שאין שם מחשבת יאוש בפירוש, אבל במקום שאין חנו צריכים להיאוש אלא כדי שנדע שלעולם לא יקיימו שאר כהנים את התנאי ולא יבואו לידי זכיה בזה מהני אפילו יאוש שלא מדעת שאין שם מחשבת יאוש בפירוש מ"מ מועיל שהרי עכ"פ אנו יודעים ששאר כל הכהנים לא יקיימו את התנאי ונשאר לזה שהבטיחו או למכורו

ז) **ומתורץ** בזה הקושיא שהקשינו לענין מכירי כהונה איך מועיל יאוש שאר הכהנים והלא איכא קטנים שאין יאוש שלהם כלום, ובזה שאמרנו למעלה ניחא דדוקא בעלמא היכא דבעינן שהיאוש ינתק את קנין הבעלים מהם התם דוקא הוא דאמרינן שאין יאוש הקטן כלום מפני שאין לו לקטן דעת ומחשבה כלל אבל כאן במכירי כהונה שאין אנו צריכים שהיאוש ינתק את קנין הבעלים מהם ואין אנו צריכין להיאוש רק כדי שנדע בבירור שלעולם לא יקיימו שאר כהנים את התנאי וממילא נשאר התרומה לכהן זה המכירו א"כ מאי איכפת לן שאין לו דעת ומחשבה לקטן כיון דעכ"פ ידעינן שלעולם

לא יקיימו שאר כל הכהנים את התנאי כיון שהוא רגיל ליתן לכהן זה המכירו ואלמלי ידעו שאר כל הכהנים היו מתיאשים מהם לכן שפיר מהני יאוש הקטן וכן משמע בתוס' דב"ב דף קכ"ג שהיאוש של מכירי כהונה אינו יאוש גמור כמו שאר יאוש דעלמא שהרי כתבו התוס' שם דאם חזרו הבעלים המכירים ונתנו לכהן אחר ולא למכיריו הוי חזרתם חזרה וקנה הכהן האחר דאע"ג שאין הבעלים רשאים לעשות כן לכתחלה מ"מ בדיעבד אם חזרו בהם מהני חזרתם ע"ש, ואם נימא שהיאוש של שאר הכהנים מקרי יאוש גמור לנתק קנין שאר כהנים מיניה וזכה בה הכהן הזה המכירו מן ההפקר כשאר כל החפצים שאדם זוכה בו מן היאוש ומן ההפקר ומשו"ה יכול הכהן המכירו למכור לכל מי שירצה דהרי הוא שלו לגמרי ובא לרשות זוכה, א"כ אמאי יועיל חזרת הבעלים מה שהם חוזרים ונותנים לכהן אחר כיון שכבר זכה בהן הכהן הזה המכירו, והיכן מצינו דוגמתם שאחרי שאדם זוכה את החפץ מן ההפקר והיאוש יהא בכחו של איזה איש לבטל את ההפקר והיאוש מעיקרא וליקח מן הזוכה בו מההפקר כמו במכירי כהונה שאחר שזכה בו הכהן המכירו מן ההפקר והיאוש עדיין יש כח ביד הבעלים לחזור בהם וליתן לכהן אחר.

ח) **אלא** ודאי כדאמרן שהיאוש של מכירי כהונה אינו מנתק את קנין הבעלים מהם רק שהיאוש מועיל לגלות לנו ולהודיענו ששאר כל הכהנים דעלמא לא יקיימו את התנאי לעולם ונשארה התרומה ממילא להכהן הזה המכירו, והיינו דוקא בסתמא אמרינן כן דכיון שהוא רגיל ליתן לכהן זה המכירו מסתמא לא יתן לכהן אחר ולא יקיימו שאר כהנים את התנאי וא"כ ממילא נשאר לכהן זה המכירו כיון דידעינן ששאר כל הכהנים לא יקיימו את התנאי לעולם, אבל בדיעבד אם חזרו בהם הבעלים ונתנו מתנותיהם לכהן אחר הרי איגלאי מילתא למפרע שמעולם לא היה התרומה של הכהן מכירו רק של הכהן הזה אשר ניתן לו עכשיו שלו היתה למפרע משו"ה מועיל חזרת הבעלים בדיעבד וזוכה בו הכהן האחר.

ט) **ולמה** הדבר דומה לאדם הנותן גט לאשתו ואמר לה מעכשיו אם לא באתי בתוך י"ב חדש יהא גט ומת בתוך י"ב חדש דקי"ל דהוי גט כיון שאמר לה מעכשיו והיא מותרת להנשא מיד מדין תורה דכיון שמת הרי אנו יודעין בבירור שלא יבוא עוד ולא יקיים עוד את התנאי ובכל זאת אם על דרך הפלא ודרך נס בא בתוך י"ב חדש כגון רב כהנא שר"י הקימו והחייהו (ב"ק דף קי"ז) וכגון ר' זירא שרבה (במגילה ז') הקימו והחייהו בודאי כיון שעכ"פ בא בתוך י"ב חדש וקיים את התנאי הרי זה גט בטל ובניה ממזרים, כן הדבר הזה, דאף דאמרינן לענין מכירי כהונה שנחשב שהתרומה הוא של הכהן הזה המכירו משום שבודאי יתן לו להכהן הזה ולא יקיימו שאר כהנים את התנאי לכן התרומה הוא

של כהן המכירו להיות שלו לכל דבר למכור ולהקדיש ולעשותו תרומת מעשר על מקום אחר מ"מ אם נזדמן הדבר אח"כ שהכהנים אחרים קיימו את התנאי זכו הם ואמרינן איגלאי מילתא למפרע דשלהם היתה ולא של הכהן המכירו.

י) **עיין** ע"ז דף ל"ז דמספקא ליה להגמ' בההיא דאם לא באתי מעכשיו ועד י"ב חדש ומת בתוך י"ב חדש דקי"ל דהוי גט וקמיבעיא ליה להגמ' אם היא מותרת להנשא מיד בתוך י"ב חדש או צריכה להמתין י"ב חדש והתוס' שם כתבו שמדין תורה פשיטא שהיא מותרת מיד והספק אינו אלא משום גזירה אי גזרינן מת אטו לא מת וכ"כ הרא"ש בפ' מי שאחזו סימן י"ג שטעם הספק הוא משום גזרה מת אטו לא מת אבל מדין תורה משמע שהיא מותרת להנשא מיד ועיין בזה בשו"ע אה"ע סימן קמ"ג ס"ג ובסימן קמ"ד ס"ג ובב"ש ובח"מ שם.

פרק ל

א) **אך** יש להקשות על דברינו הנ"ל מהא דמקשה הגמ' בב"מ דף כ"א לאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מקשה הגמ' מהא דתנן מאימתי כל אדם מותרין בלקט משילכו בה הנמושות ואמאי יהיו מותרים בלקט נהי דעניים דהכא מייאשי איכא עניים בדוכתי אחריתי דלא מיאשי, ולפי דברינו לאו קושיא היא כלל לאביי דעד כאן לא קאמר אביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אלא היכי שיש לו להאדם קנין גמור בהחפץ ואנו צריכים שהיאוש ינתק את קנין האדם מחפציו התם דוקא ס"ל לאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש דכיון שלא חשב בפירוש מחשבת היאוש במה יצא החפץ מרשות הבעלים, אבל גבי לקט כיון שמעולם לא זכו העניים בהלקט ואין אנו צריכים את היאוש שינתק את קנין הבעלים מהם, רק אנו צריכים את היאוש לידע ולגלות שלעולם לא יזכו בו העניים ולא יקיימו את התנאי ולזה מהני אף שאין חושבים בפירוש מחשבת היאוש דהוי יאוש שלא מדעת מ"מ מהני כמו שכתבנו לענין תרומה.

ב) **אך** באמת אין זה קושיא כלל דדוקא כשהכהנים מתיאשים מן התרומה בשביל כהן אחר מכירו של בע"ה או אם העני מתיאש מן הלקט בשביל עניים אחרים התם שייך לומר שלא נצטרך יאוש גמור רק סגי ביאוש שלא מדעת שהרי אין עושים ביאוש שלהם רק בירור לברר שמעולם לא היתה שלהם התרומה והלקט ואינן מנתקים שום קנין מן היאוש שלהם לכן סגי גם ביאוש שלא מדעת, אבל אם בעו כל הכהנים ליאש את עצמן מן התרומה שיהא רשות וכח להישראל ליתן למי שירצה אפילו לישראל או אם באו כל העניים ליאש את עצמן מן הלקט להתיר את הלקט לכל אדם ואפילו להעשירים הלא מנתקים כל עניי העולם את קנינם הגמור שהיה לסם להעניים בהלקט ומשאירים אותם

לאחרים היינו להעשירים אשר להם לא היה חלק כלל בהלקט אפילו על תנאי בודאי אז בעינן יאוש גמור ולא סגי ביאוש שלא מדעת, לכן מקשה הגמ' שפיר כיון דקתני מאימתי כל אדם מותרין בלקט דמשמע דאפילו העשירים מותרים משום שהעניים מתיאשים ואמאי יהיו מותרים והלא הוי יאוש שלא מדעת דבשלמא אם העניים היו מתייאשים לעניים אחרים בודאי היה סגי גם ביאוש שלא מדעת כיון שאינן עושין ביאוש שלהם רק בירור לברר שמעולם לא היה שלהם כנ"ל, אבל כיון שהיאוש מועיל כאן לנתק את הקנין שיש לכל העניים בכלל ומתיר את הלקט גם לעשירים בודאי בזה בעינן יאוש גמור כמו כל יאוש דעלמא שבא לנתק את הקנין שיש להבעלים בהחפץ ובעינן מחשבת היאוש בפירוש ולא סגי ביאוש שלא מדעת.

ג) **ויש** לחקור לענין העשרה שותפים הנ"ל וכן לענין מתנות כהונה ולקט דאמרינן דאם מקצתן מתיאשים סגי גם ביאוש גרוע היינו יאוש שלא מדעת, אבל אם כולם מתיאשים בעינן יאוש גמור, א"כ יש להסתפק אם נתיאשו כלם ברגע אחד אך מקצתן נתיאשו ביאוש שלא מדעת ומקצתן או אחד מהם נתיאש ביאוש גמור אי מהני או לא, מי אמרינן כיון שברגע הזה מתנתק הקנין לגמרי מכל הכהנים או מכל העניים והשותפין לכן בעינן יאוש גמור אצל כולם ולא סגי ביאוש שלא מדעת כדין יאוש דעלמא שבא לנתק את קנין הבעלים מהם, או דלמא כיון שאחד מהם התיאש ביאוש גמור מהני היאוש אף שכולם התיאשו ביאוש שלא מדעת כיון דעכ"פ אחד מהם התיאש ביאוש גמור מהני משום דחשבינן את כולם שהתיאשו ביאוש שלא מדעת שהם מבררים שמעולם לא היה שלהם כי לא יקיימו עוד את את התנאי שאמרנו לעיל לעולם ומהני היאוש שלהם לברר כאלו התיאשו מקודם וכיון שעכ"פ אחד מהם התיאש ביאוש גמור לכן מהני היאוש שלו לנתק את הקנין שיש לכולם בכלל.

ד) **ואם** נאמר כן שאין אנו צריכים ליאוש גמור אצל כולם רק סגי ביאוש גמור אצל אחד מהם או אצל מקצתן והשאר דיו שיתיאשו ביאוש שלא מדעת, נוכל לתרץ בזה קושית הגאון ר"ע איגר זצ"ל (בגליון הש"ס ב"מ דף כ"א) על הא דמתרץ הגמ' שם הנך מעיקרא איאושי מיאשי ואמרי עניים דהתם מלקטי ליה והקשה הגאון הנ"ל וז"ל ק"ל הא גם לעניים קטנים יש חלק ומקרי יאוש שלא מדעת כדלקמן דף כ"ב ע"ב עכ"ל, ובדברינו ניחא דהרי יש כאן ארבעה מיני בני אדם עניים:

א) עניים גדולים של עיירות אחרות, ב) עניים קטנים של עיירות אחרות דמיאשי מעיקרא, ג) עניים גדולים של העיר הזאת שראו שהלכו בה הנמושות, ד) קטנים של העיר הזאת שהלכו בו הנמושות, והנה הגדולים של העיר הזאת ושל עיירות אחרות המה

מתיאשים ביאוש גמור ובודאי מועיל היאוש שלהם, והקטנים של עיירות אחרות אע"ג שהם מתיאשים ביאוש שלא מדעת מ"מ מועיל היאוש שלהם דכיון שהם מתיאשים מעיקרא היינו קודם שהלכו בו הנמושות וסברי עניים דהתם מלקטי ליה, א"כ היאוש שלהם לא באו לנתק את הקנין של כל העניים שהרי הם מתיאשים מעיקרא להעיר הזאת של הלקט והיאוש שלהם אינו עושה רק בירור לברר שמעולם לא היה שלהם ובזה סגי ביאוש גרוע היינו ביאוש שלא מדעת ולא בעינן יאוש גמור כמו שכתבנו ולא נשאר קושיתו רק על הקטנים של העיר הזאת של הלקט דכיון שהיאוש שלהם בא משהלכו בו הנמושות ואז ניתר הלקט לכל אדם אפילו לעשירים נמצא כי היאוש שלהם הועיל לנתק את קנינם של כל העניים והותר הלקט גם לעשירים ובמקום שהיאוש בא לנתק את הקנין ולא לברר בעינן יאוש גמור ולא סגי ביאוש שלא מדעת, אך אם נימא שאין אנו צריכים ליאוש גמור אצל כולם רק סגי אם אחד מהם מתיאש ביאוש גמור ומועיל אפילו אם הנשארים כולם מתיאשים ביאוש שלא מדעת יש לתרץ גם הקושיא הזאת לענין הקטנים של העיר הזאת שהלכו בה הנמושות דכיון שבאותו הרגע שהתיאשו הקטנים ביאוש גרוע אז באותו הרגע בעצמו התיאשו הגדולים ביאוש גמור לכן מהני, שהרי היאוש של הקטנים והגדולים ברגע אחד באו מעת שהלכו בו הנמושות ובאותו הרגע יש שם יאוש גמור ויאוש גרוע היינו יאוש שלא מדעת לכן מהני היאוש דלא בעינן יאוש גמור אצל כולם רק סגי ביאוש גמור אצל מקצתן והשאר סגי ביאוש שלא מדעת.

פרק לא

א) **ולפי** זה יש לומר שהתוס' בב"ב דף קכ"ג שכתבו דטעמא דמכירי כהונה הוא משום דכיון דאסור לחזור בו דהוי כמו מתנה מועטת שיש בו משום מחוסרי אמנה וכן כתבנו לעיל בשם המרדכי ושאר מפרשים שמביאים מרן הב"י בשו"ע יו"ד שכתבו ג"כ הטעם הזה לענין מכירי כהונה משום שאסור לחזור בו, יוכל היות דלא ס"ל כפירש"י דגיטין דף ל' שהבאנו לעיל דס"ל דטעמא דמכירי כהונה הוא משום יאוש שאר כהנים מיניה כי באמת אין צריך להיאוש של שאר הכהנים, דכיון שיש לכל הכהנים בכלל קנין גמור במתנות כהונה ולכל כהן בפרט יש קנין על תנאי, והתנאי הוא שאם הכהן יזכה בהם אזי נימא איגלאי מילתא למפרע דשלו היו משעת הפרשה ואם לא יקיים את התנאי ולא יזכה בהם הכהן אזי נאמר איגלאי מילתא נמפרע דמעולם לא היו שלו, וכיון דבמכירי כהונה אין הבעלים רשאים לחזור בהם וליתן לכהן אחר, הרי אנו יודעים בבירור ששאר כל הכהנים לא יקיימו עוד את התנאי ולא יזכו לעולם במתנות כהונה, א"כ נשאר ממילא להכהן הזה המכירו ואין צריך שום קנין, ולמה לן הטעם שכתב רש"י שכבר נתיאשו

שאר הכהנים מינה, ובאמת דברי רש"י תמוהים למה לנו לטעמא שנתיאשו שאר כל הכהנים מינה, והלא היאוש הזה אינו מנתק שום קנין רק שמברר שמעולם לא יזכו בו הבעלים ולא יקיימו לעולם את התנאי ולזה אין צריך שום יאוש רק די לנו כמו שכתבו התוס' דכיון שהוא אסור לחזור בו הרי אנו יודעים שמעולם לא יזכו הכהנים ואין לך בירור גדול מזה שהתרומה הוא של הכהן הזה המכירו ולמה לן לטעמא דיאוש.

ב) **ואולי** ס"ל לרש"י דבמכירי כהונה ליכא איסורא לחזור בו דאע"ג שהוא רגיל ליתן לכהן זה מ"מ כיון שלא הבטיחו בפיו אין בזה משום מחוסרי אמנה ומותר לחזור בו וליתן לכהן אחר ואם לאו הטעם דאמרינן ששאר הכהנים נתיאשו מחמת שרגיל ליתן לכהן זה המכירו אין שום מקום לומר שאנו יודעים בודאי ששאר הכהנים לא יקיימו עוד את התנאי וישאר התרומה לכהן זה המכירו כי מהיכן אנו יודעים ששאר הכהנים לא יבואו לידי זכיה ולא יקיימו עוד את התנאי כיון שהוא רשאי לחזור בו לכן צריך רש"י לומר דכיון שהוא רגיל ליתן לכהן זה המכירו לכן נתיאשו שאר כל הכהנים מינה וע"י היאוש הזה נתברר לט הדבר שכהן אחר לא יבא לעולם לידי זכיה ולא יקיים עוד את התנאי אבל התוס' ס"ל דבמכירי כהונה אסור לחזור בו וא"כ ע"י זה ידעינן בודאי ששאר כל הכהנים לא יזכו בו ולא יבאו לידי זכיה ולא יקיימו עוד את התנאי לכן אין צריך לטעמא דיאוש שאר כהנים.

ג) **עוד** יש לומר דרש"י בגיטין דף ל' קאי שם לפרש את דברי רב ורב לטעמיה ס"ל דברים אין בהם משום מחוסרי אמנה לכן מוכרח רש"י לפרש שם שהטעם הוא משום יאוש שאר כהנים מינה, דאין לפרש משום איסור חזרה שהרי רב ס"ל דברים אין בהם משום מחוסרי אמנה ומותר לחזור בו, וא"כ אם אפילו נימא שהרגילות הזאת מה שהוא רגיל ליתן מתנותיו לכהן המכירו הוי כאלו הבטיחו בפיו מ"מ הרי גם הבטחה בפה אינו עושה איסור לחזור בו לכן צריכין לטעמא דיאוש, ולדברי התוס' צ"ל דס"ל דהרגילות הזה מה שהוא רגיל ליתן לכהן זה המכירו עדיף מדבור פיו ובזה מודה גם רב דיש בהם משום מחוסרי אמנה, עיין בנדרים דף ט"י דלא משמע כן אלא משמע דבשינוי המנהג אין כאן אלא משום בל יחל מדרבנן אבל כשנדר בפיו איכא בל יחל דאורייתא אלמא דדבור פיו חמיר טפי לעבור דהרי איכא איסורא דאורייתא ואלו לשטת דבר שרגיל לעשות ליכא איסורא אלא מדרבנן.

ד) **עוד** יש לומר דמחלוקת רש"י ותוס' תליא בזה שכתבנו לעיל פרק כ"ט אות י' דהתוס' בע"ז דף ל"ז בסוגיא דאם נתן לה גט מעכשיו אם לא באתי עד י"ב חדש ומת בתוך י"ב חדש דמספקא ליה להגמ' אי לאלתר שרינן ליה או לאחר י"ב חדש וכתבו שה התוס'

בד"ה לאלתר והרא"ש בפ' מי שאאזו סימן י"ג דמדאורייתא אין שום ספק שמתירין אותה להנשא מיד רק מדרבנן מספקא ליה להגמ' משום דגזרינן מת אטו לא מת אלמא דס"ל להתוס' והרא"ש דבכל מקום דידעינן שבודאי לא יקיימו את התנאי הוה כאלו עברו על התנאי בפועל לכן שריא להנשא לאלתר תוך י"ב חדש משום שידעינן שבודאי לא יבא בתוך י"ב חדש ולא יקיים את התנאי אע"ג שעדיין לא עבר על התנאי בפועל מ"מ הוי כאלו עבר, א"כ כאן במכירי כהונה נמי כיון דידעינן ששאר כל הכהנים לא יקיימו עוד את התנאי משום שהבעלים אסורים לחזור בהם לכן הוי כאלו כבר עברו כל הכהנים על התנאי שלהם לכן נשאר התרומה להכהן המכירו דכל שידעינן שלא יקיימו את התנאי הוה כאלו עברו בפועל, לכן אין צריך לטעמא דיאוש.

ה) אבל הרמב"ם פליג על זה וס"ל דכל זמן שלא עברו על התנאי בפועל לא עמר הגט לכן אסורה להנשא בתוך י"ב חדש אע"ג דידעינן שבודאי לא יקיים עוד את התנאי שהרי מת בתוך י"ב חדש ובודאי לא יבוא לאחר י"ב חדש מ"מ כיון דעכ"פ לא עבר על תנאי בפועל לא הוי גט גמור, עיין אה"ע סימן קמ"ג סעיף ג' ובב"ש שם א"כ כאן נמי איכא למימר הכי דאע"ג דאנו יודעים ששאר הכהנים לא יזכו עוד בהתרומה ולא יקיימו עוד את התנאי משום דדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה מ"מ לא סגי בזה כיון דעכ"פ לא עברו הכהנים את התנאי בפועל לא הוי כאלו עברו א"כ אין לו לכהן הזה המכירו במה לזכות במתנות כהונה יותר משאר כהנים, דאיסורא דרמיא על הבעלים ליתן לכהן אחר בודאי לא עדיף ממיתת הבעל דאע"ג שבודאי לא יבוא עוד מ"מ כל זמן שלא עבר על התנאי בפועל לא מקרי עבר על התנאי א"כ כאן נמי אינו מועיל מה שאנו יודעים שלא יתן לכהן אחר כיון ששאר כל הכהנים לא עברו על התנאי, לכן צריך שיתיאשו שאר כל הכהנים מיניה ובזה מקרי שעברו כל הכהנים על התנאי בפועל ממש ואע"ג דהוי יאוש שלא מדעת ולא מהני לאביי שהרי איכא קטנים שאין יאושם יאוש, מ"מ כיון דעכ"פ אפילו ביאוש שלא מדעת מהני היאוש לסלק את מחשבת קפידתם ומחשבת תביעתם כמו שכתבנו לעיל שהטעות יש בכחו לבטל מעשה ומחשבה ולעשותם כאלו אינם וכיון דלכי גדלי מתיאשי מהשתא נמי מקרי יאוש אליבא דרבא, ונהי דאליבא דאביי דקי"ל כוותיה לא סגי לן בסלוק מחשבת הקפידה לבד לשיטת התוס' שם וכל זמן שלא חשב בפירוש שמתיאש או שאינו מקפיד אכתי איכא איסורא דלא תגזול ולא הוי יאוש, מ"מ לענין זה דאמרינן דבעינן שיעברו הכהנים על תנאם בפועל סגי במה שכל שאר הכהנים מסלקים מהתרומה מחשבת הקפידה א"כ עברו מעתה על תנאם כי מעתה אנו יודעים ברור שלא יזכו עוד בהתרומה ולא יבאו לידי זכיה לעולם דכיון שאינן מקפידים מאומה

מהתרומה ולא איכפת להו כלל מהתרומה א"כ לא יזכו עוד לעולם בהאי תרומה ולא יקיימו שאר כל הכהנים את תנאם, נמצא כי דוקא ע"י זה ששאר כל הכהנים מתיאשים מקרי שכל הכהנים עברו על תנאם בפועל אבל בלא יאוש לא מקרי שהכהנים עברו על תנאם בפועל אלא מקרי שידעינן בודאי שהכהנים לא יקיימו עוד את תנאם וזה אינו מועיל רק לשיטת התוס' והרא"ש אבל לדעת הרמב"ם אינו מועיל, א"כ יוכל היות דרש"י כהרמב"ם ס"ל לכן צריך לומר הטעם משום יאוש שאר כהנים ואינו מפרש כפירוש התוס' ב"ב קכ"ג ושאר המפרשים שהבאנו לעיל שהטעם הוא משום דאסור לחזור בו.

ו) **ובזה** ניחא עוד מה דקשיא לי מה מועיל היאוש של שאר כל הכהנים לענין מכירי כהונה והלא קי"ל דיאוש אינו מועיל אלא היכא שהוא אבוד מרשות הבעלים אבל אם החפץ הוא ברשות הבעלים או ברשות הנפקד אין היאוש מועיל עיין בזה לעיל פרק יוד ופרק י"ג מה שכתבנו בזה וא"כ תימה איך יועיל היאוש של שאר כל הכהנים כיון שהתרומה אינה במקום האבוד רק היא ברשות הישראל שהוא הנפקד לגבי הכהן, וקי"ל דאין יאוש מועיל ברשות הנפקד, ובדברינו ניחא דדוקא היכא דבעינן שהיאוש ינתק את קנין הבעלים מהחפץ שלהם, התם הוא דאמרינן דבעינן שמתחלה יהא החפץ אבוד מרשות הבעלים, ואח"כ מועיל היאוש לנתק לגמרי את קנין הבעלים אבל כשאין החפץ אבוד מרשות הבעלים אין בכח היאוש לנתק את קנין הבעלים מהם, אבל כאן אין צריך היאוש לנתק את קנין הכהנים מהתרומה רק היאוש מועיל לסלק את קפידת הכהנים מהתרומה כדי שנדע ברור שהכהנים עברו על תנאם בפועל או שלא יקיימו עוד את התנאי לעולם וכיון שאין היאוש בא לנתק את קנין הבעלים מהם לכן גם ביאוש ברשות הבעלים סגי ולא בעינן שיהא אבוד מתחלה.

ז) **היוצא** מזה כי בדברינו שכתבנו מתורצים כל הקושיות הנ"ל שהקשינו על פירש"י איך מועיל היאוש במכירי כהונה א) והא היאוש אינו מועיל רק להוציא מרשות הבעלים ואיך מועיל היאוש כאן להכניס לרשות המכירו ב) והלא ביאוש לא נפיק מרשות הבעלים עד דאתא לרשות זוכה וכאן לא עשה המכירו שום קנין ג) והא הוי יאוש שלא מדעת בההיא דב"מ דף מ"ט ד) והאיכא קטנים שאין יאוש שלהם מועיל כלום, ה) והא יאוש אינו מועיל רק כשהוא אבוד ולא כשהוא ברשות הבעלים ובדברינו מתורץ הכל בס"ד בעזה"י.

פרק לב

א) **אמרינן** ביבמות דף צ"ט ת"ר עשרה אין חולקים להם תרומה בבית הגרנות ואלו הן חרש שוטה וקטן וכו' וכולן משגרים להם לבתיהם חוץ מטמא וכו' ושם בגמרא מקשה

בשלמא חרש שוטה וקטן לאו בני דיעה נינהו ופרש"י דלאו בני דיעה נינהו וזילותא דתרומה לחלק להם בגורן לעין כל עכ"ל, והנה הקצוה"ח סימן רמ"ג ס"ק ד' הקשה על זה והלא אין זכיה לשוטה אפילו מדרבנן כדאיתא בחו"מ סימן רל"ה סעיף כ' ובסימן רמ"ג סעיף ע"ז, א"כ אמאי משגרין להם לבתיהם והלא הבעלים לא יצאו ידי נתינה כיון שהכהן השוטה אינו זוכה, וכן אמאי צריך רש"י לומר הטעם דמשו"ה אין חולקין להם תרומה בבית הגרנות משום דאיכא זילותא דתרומה לחלק להם תרומה בפהרסיא לעין כל, תיפוק ליה שאין זכיה לשוטה כלל אפילו מדרבנן וכיון שאין לו זכיה אין הבעלים יוצאים ידי נתינה, ועוד הקשה הקצוה"ח מקטן והלא הקטן אין לו זכיה אלא היכא דאיכא דעת אחרת מקנה וכאן בתרומה לא מקרי דעת אחרת מקנה שהרי אין לבעלים בהם רק טובא הנאה ליתן לכל מי שירצה ואמאי משגרים להם לבתיהם ואמאי צריך לומר הטעם שאין חולקים לקטן משום זילותא דתרומה תיפוק ליה שהבעלים אינן יוצאין ידי נתינה ע"ש בקצוה"ח ובנתיבות מה שתרצו בזה.

ב) **ובדברינו** ניחא כמו שכתבנו לעיל דמתנות כהונה אין צריך שום קנין דבכל מקום שהתורה ניתנת חפץ מבורר ודבר בעין אין צריך שום קנין כמו בשור תם למאן דס"ל שותפין נינהו אין הניזק צריך שום קנין כלל כמו שכתבנו לעיל ואינו מחוסר רק בירור לברר של איזה כהן הוא יען כי לכל כהן וכהן בפרט ליכא אלא קנין על תנאי, וכששאר הכהנים מתיאשים נשאר ממילא לכהן הזה המכירו או אשר הבטיחו, לכן מועיל ג"כ הנתינה כשנותן לחרש שוטה וקטן דאע"ג שאין להם זכיה מ"מ מהני דלא גרע ממכירי כהונה שלא עשו שום קנין כלל ואפילו הכי מועיל משום שנתיאשו שאר כל הכהנים ומועיל בלא שום קנין כלל, אף כאן מועיל בחשו"ק היאוש של שאר הכהנים דלא גרע מהיכא שלא עשה קנין כלל.

ג) **ומובן** מזה דלא שייך לומר כן אלא גבי תרומות ומעשרות וכיוצא בהם שהוא דבר בעין וחפץ מבורר אבל גבי פדיון הבן אם נותן לכהן שהוא חרש שוטה וקטן אין בנו פדוי דכאן ליכא דבר מבורר וחפץ בעין שיקנה בלא קנין שהרי לא כתיב באורייתא כי החמש סלעים האלה של הכהן הם רק חיובא רמיא על האב לפדות את בנו בחמש סלעים והחיוב הוא כמו נזקין וערכין ושאר החיובים שהטילה התורה על האדם, אשר בלא קנין בגוף הכסף אי אפשר לקנות שיהא שלו לגמרי, לכן הנותן חמש סלעים של פדיון הבן ביד כהן חרש שוטה וקטן לאו כלום הוא והבעלים לא קיימו בזה מצות פדיה, משא"כ תרומות ומעשרות ושאר מתנות כהונה שהמה דבר בעין שהרי המתנות הם בתוך התבואה ולא מצי להפריש ממקום אחר מן הפטור על החיוב ומכ"ש לאחר הפרשה

דבודאי מקריין דבר בעין שהטבל יצא מטבלו על ידם והם יש להם דין תרומה ומעשר ואין הבעלים חייבים באחריותם אם אבדו משא"כ בפדיון הבן שאפילו הפריש חמש סלעים אין הפרשתו כלום, וכן אמרינן בבכורות דף נ"א המפריש פדיון בנו ואבד חייב באחריותו שנאמר יהיה לך ופדה תפדה עכ"ל המשנה ופירש"י כשיהיה לך הפדיון אז יהיה פדוי והאי קרא לאהרן אמר ליה רחמנא עכ"ל רש"י וכן פסקו הפוסקים עיין יו"ד סימן ש"ה אלמא דבפדיון הבן מקרי דבר שאינו בעין שהרי חייב באחריותו, ואלמא שאין הפדיון חל רק משעה שזכה בו הכהן אבל כשאין הכהן זוכה בו לא חל הפדיה, אע"ג שהפריש פדיונו מ"מ לאו כלום הוא, א"כ כשנותן לכהן חרש שוטה וקטן דלאו בני זכיה נינהו אין פדיונו כלום שהרי אין הכסף של הכהן ולא קרינן ביה יהיה לך ופדה תפדה שהרי בעינן כשיהיה הכסף של הכהן אז דוקא יהיה הבן פדוי ולא באופן אחר והיינו כשאין הכהן זוכה בו ואין הכסף שלו יען שהוא חרש שוטה וקטן שאינו בר זכיה לכן אין בנו פדוי, כן נראה פשוט לדעתי.

פרק לג

א) **אך** הקצוה"ח שם סימן רמ"ג כתב דאפילו בפדיון הבן נמי בנו פדוי כשנותן לכהן קטן וז"ל הקצוה"ח שם ס"ק ד' ולכן נראה לענ"ד בטעמא דהך מילתא דחש"ו יש להם זכיה במתנות כהונה היינו משום דממון כהנים וכבר זכתה בהן התורה לכהנים א"כ אפילו כהן קטן נמי כמו בירושה דאית להו וכי קזכי מדידהו קזכי וכן בחמש סלעים דבן כיון דחוב הוא לכהנים א"כ קטן נמי אית ליה זכיה, ועיין תוס' ריש פ' בן סורר ד"ה קטן אי אתה צריך לחזור אחריו שהקשו מנא ליה להאי קטן ממון וע"ש שכתבו במעשה ידיו דמלאכתו ושכר טירחא שלו מדאורייתא ע"ש ומבואר מזה דכל שמגיע לו עבור שכירות הוי שלו וזכה במה שנתן לו הבעל הבית כיון דמגיע לו, א"כ ה"ה חוב דפדיון הבן זוכה הקטן במה שניתן לו עבור חוב דגבי פדיון הבן נמי שיעבודא דאורייתא כמו בשאר חובות וכו' ומשו"ה שוטה נמי זוכה בדבר שיש לו ומתנות כהונה כעין שכירות לכהנים חלף עבודה ואפילו כהנים שמשולים לעבודה נמי יש להם זכיה וכבר כתבו התוס' דיש לקטן זכיה עבור שכירות ולא אמרינן נהי דיש לו חוב אבל אכתי היכי זוכה במה שנותן לו בעל הבית אלא צריך לומר דכיון דמגיע לו עבור החוב זוכה במה שנתן לו הבעל הבית והכי נמי זוכה חרש שוטה וקטן במתנות כהנים שלהם עכ"ל הקצוה"ח שם.

ב) **והנה** מה שחידש הקצוה"ח שאם אדם מקנה חפץ לחרש שוטה וקטן עבור חובם קנו קנין גמור ומשו"ה רשאי ליתן החמש סלעים של פדיון הבן לכהן חרש שוטה וקטן משום שמתנות כהונה הם כעין שכירות לכהנים חלף עבודתם והוי כמו שמקנה לחרש

שוטה וקטן עבור חובו שהוא קונה, אין דברי הקצוה"ח נראים שהרי הרא"ש כתב בפ' ה' דעכו"ם סימן ב' בסוגיא דהתם לענין אתנן דאמרינן בא עליה ואח"כ נתן לה אתננה מותר משום דמחסרא משיכה אם לא דקיימו בחצרה כתב שם הרא"ש וז"ל קשה לן הא שכר פעולה לא בעי קנין דפועל העושה עם בעל הבית קנה שכרו וכו' מכאן נ"ל לדקדק דהאומר לפועל עשה עמי מלאכה זו ואתן לך חפץ זה בשכרך יכול ליתן לו דמי החפץ בשכרו ודאי נתחייב לו החפץ או הדמים אבל בגוף החפץ אי אפשר לו לקנות אלא במשיכה עכ"ל הרא"ש, וכ"כ הר"ן שם וכן פסק מרן הרמ"א בחו"מ סימן של"ב ס"ד דאע"פ שהתנה עם הפועל ליתן לו חפץ פלוני בשכרו מ"מ אינו מחויב ליתן לו את החפץ רק יכול ליתן לו את דמי החפץ כל זמן שלא משך את החפץ ע"ש ברמ"א ובקצוה"ח ובשאר אחרונים, היוצא מזה דאע"פ שהוא מחויב ליתן לפועל את שכרו חלף עבודתו, מ"מ כל זמן שלא משך הפועל את שכרו אינו קונה בקנין גמור רק חיובא רמיא על הבעלים לשלם להם שכרם, וא"כ מה אהני לן האי טעמא שכתב הקצוה"ח דמתנות כהונה הוא כעין שכירות חלף העבודה והלא סוף סוף יקשה איך מועלת הפדיה שנותן החמש סלעים לכהן שהוא חרש שוטה וקטן כיון שהשוטה וקטן לאו בני קנין הם איך זכו בהחמש סלעים של הפדיה, כיון דאפילו בשכירות פועלים צריכים קנין לקנות את דמי שכירותם ובלא קנין לא קנה הפועל בגוף של דמי השכירות, א"כ לא עדיף כהן של הכהנים האלה משאר פועלים שאינן קונין את דמי שכירותם בלא קנין וכיון דחרש שוטה וקטן לאו בני קנין הם הרי לא קנו הכהנים בחמש סלעים של הפדיון ונשאר הדבר כמו בהיה ואין בנו פדוי ועדיין חיובא רמיא על אביו לפדותו כמו בשאר פועלים דעלמא כשלא עשה הפועל שום קנין בהשכירות שלו שנשאר החיוב על הבעלים לשלם להם שכרם.

ג) **עוד** יש לתמוה על דבריו שכתב דכיון שהוא מקנה לחרש שוטה וקטן עבור חובם לכן קנו, ובאמת אדרבה גרע יותר כשהוא מקנה לו עבור חובו ממה שהוא נותן לו במתנה שכשהוא מקנה לו עבור חובו הרי הוא רוצה שיפטר מחיובו שנתחייב לו וכיון שאין לו דעת לקטן לפוטרו מחיובו לכן גם הכסף שהוא נותן לו אין הקטן קונה שהרי לא נתן לו אלא על דעת זה שיפטר מחיובו וכיון שלא נפטר מחיובו לכן גם נתינתו אינה נתינה, משא"כ כשנותן לקטן במתנה כיון שהקטן אינו צריך להקנותו מאומה ואין תולה הקנאתו בשום תנאי לכן קונה הקטן

ד) **וכ"כ** הרא"ש בפ' ב' דכתובות סימן י"ד לענין נכסי דבר שטיא וז"ל כתב הרב ר' מאיר הלוי ז"ל נכסים שנתנו לו במתנה הויין ברשותו וכו' אבל קנה נכסים אפילו זיכן לי ע"י

אחר לא זכה בהם זכיה גמורה דזכיית המקח אינה באה מכח המוכר בלבד עד שיהא הלוקח בר דעת וראוי להקנאה כי צריך גם הלוקח להתחייב לו בדמים ואדעתא דהכי קמקני ליה ואם אין בו דעת להתחייב בדמים וכו' לא גמר ומקני ליה אבל מתנה זכין לאדם שלא בפניו ואית ליה זכיה לשוטה מידי דהוה אקטן דאית ליה זכיה הואיל ואתי לכלל דעת גם זה היה עתים חלים עכ"ל הרא"ש שם אלמא דהסברא היא להיפך ממה שכתב הקצוה"ח, שהרי הקצוה"ח כתב דאפילו שוטה שאין לו שום זכיה ע"י עצמו כדאיתא בחו"מ סימן רל"ה סעי' כ' ובסימן רמ"ג סט"ז וכן הקטן היכא דליכא דעת אחרת מקנה ובאופן שאין לו זכיה במתנה מ"מ בפרעון חובו יש לו זכיה מדאורייתא וזכו השוטה והקטן ומהחוב נפטר הלוה אע"ג שאינו נותן לו החפץ במתנה רק שהוא מקבל מהשוטה והקטן דמי החפץ דהיינו החוב שנתחייב להקטן מ"מ קונה הקטן והשוטה, ואלו הרא"ש כתב איפכא דאפילו במקום שיש זכיה לקטן ושוטה, מ"מ היינו דוקא מתנה שאין צריך דעתם של השוטה והקטן שהרי אינם נותנים מאומה ואין צריך דעתם כלל אבל במקח וממכר לא יוכלו השוטה והקטן הזה לקנות יען כי צריך גם דעת הקונה להתחייב בדמים וכיון שאין השוטה והקטן יכולים להתחייב בדמי החפץ לכן אינן קונין את החפץ, ולדבריו מה לי אם צריך דעת השוטה והקטן לחייב את עצמם בדמי החפץ ומה לי אם צריך דעת השוטה הקטן לפטור את הפקח מחובו סוף סוף אין הנותן נותן לו במתנה בחנם רק רוצה לקבל מהשוטה והקטן חליפי החפץ והיינו מחילת החוב וזהו מיגרע גרע מנותן מתנה בחנם כמו שכתב הרא"ש.

ה) **ומזה** הטעם קי"ל בחו"מ סימן רל"ה ס"א שהקטן משהגיע לעונת הפעוטות מקחו מקח במטלטלין מתקנת חכמים ולא מדאורייתא ודוקא כשאין לו אפוטרופוס אבל כשיש לו אפוטרופוס אין מקחו מקח אפילו מדרבנן כדאיתא שם סימן רל"ה ס"ב, וזהו דוקא לענין מקח וממכר אבל לענין מתנה כשנותנין מתנה לקטן יש לו זכיה לקטן מדאורייתא וכ"כ התוס' ברישׁ פ' בן סורר שהוא מדאורייתא אם דעת אחרת משנה אותו כ"כ שאר מפרשים, עיין ש"ך סימן רמ"ג ס"ק ו' שכתב דהן במציאה הן במתנה קונה הקטן מדאורייתא כשהגיע לכלל צרוד וזורקו אגוז ונוטלו וטעם החילוק הוא ג"כ כמו שכתבנו לעי בשם הרא"ש דבמקח כיון שהמוכר לא מכר לו להקטן אלא בשביל מעות וכיון שאין המוכר יכול לזכות במעותיו של הקטן מפני שאין לו דעת לקטן א"כ היה מהראוי שלא יזכה גם הקטן במקחו רק מדרבנן זכי מתקנת חכמים שתיקנו לו משום כדי חייו כשאין לו אפוטרפוס, אבל במתנה ומציאה זוכה הקטן מדאורייתא כיון שאין

תנאי בזכייתו שהרי הנותן נותן לו במתנה בלא שום תנאי ולכן זכי מדאורייתא והוא איפכא מסברת הקצוה"ח הנ"ל.

ו) **ולסברת** הקצוה"ח יקשה באמת אמאי קי"ל דפעוטות אין מקחו מקח אלא מדרבנן ומשמע אפילו אם הקטן נתן מעות בשביל המקח והמוכר כבר הוציא את המעות, מ"מ אין מקחו מקח אלא מדרבנן, ואמאי לא יקנה הקטן מדאורייתא והלא כיון שהקטן נתן מעות והמוכר הוציא את מעותיו הרי נתחייב המוכר לקטן חוב גמור מדאורייתא מטעם גזל או מטעם מלוה א"כ היה ראוי שיקנה הקטן חפץ מדאורייתא דברי הקצוה"ח שכתב דהמזכה לחרש שוטה וקטן בשביל החוב זוכים מדאורייתא.

ז) **אלא** בודאי אין הדבר כן והמזכה לשוטה וקטן כשאין הם זכיה במתנה בודאי אין להם זכיה במקח וממכר ובמפרעון חובם, אלא אפילו בשוטה אשר עתים חלים ועתים שוטה שכתב הרא"ש שדינו כקטן וכן הקטן שהגיע לצרור וזורקו אגוז ונוטלו שיש להם זכיה מדאורייתא ע"י עצמם, מ"מ היינו דוקא במתנה ולשיטת שאר פוסקים אפילו במציאה נמי כמו שכתב הש"ך סימן רמ"ג ס"ק ו', אבל במקח וממכר ובפרעון חובם אין להם זכיה כלל וכשהגיעו לעונת הפעוטות אז יש להם זכיה מתקנת חכמים ולא מדאורייתא.

ח) **ומדאורייתא** כל מי שמחויב לשלם מעות לקטן בין ע"י חוב אביו בין שחבל את הקטן בין שלוה מעות מהקטן אסור לו לפרוע לו להקטן וכשפרע לו מחייב לו לפרוע פעם שנית לאחר שהגדיל יען שהקטן לא זכה בדמי הפרעון וא"כ נשאר חיובו עליו כמעיקרא, וכן אמרינן בב"ק בפ' החובל דף פ"ז החובל בבנין גדולים יתן להם מיד קטנים יעשה להם סגולה וזהו דקלא או ס"ת כדאיתא התם אבל אסור ליתן להם את חובם, וכן הוא בשו"ע חו"מ סימן תכ"ד, וכן איתא בב"ב דף נ"ב שאם קבל פקדון מהקטן אסור להחזיר להם רק יעשה סגולה, וז"ל הרשב"ם שם בב"ב דף נ"ב קבל מן הקטן לא יחזיר לו שהרי אינו יודע לשמור וכמשליך לאיבוד דמי מי שהחזיר לו אלא יעשה לו סגולה אוצר עד שיגדיל ויחזיר לו וכ"כ הג"א שם וכן הוא באה"ע סימן פ"ו עיין בטור ובב"י שם, וכ"כ שאר מפרשים ועיין בנמוקי שכתב שם בפ' חזקת הבתים בשם הרשב"א וז"ל דדוקא בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות, דאלו הגיע יחזיר לו שהרי מקחן מקח וממכרן מכר במטלטלין עכ"ל.

ט) **היוצא** מכל זה שכל מי שנתחייב חוב לקטן אפילו ע"י פקדון אסור להחזיר לו מדאורייתא רק כשהגיע לעונת הפעוטות יכול לפרוע לו חובו מדרבנן ונפטר זה מחובו מדרבנן אבל מדאורייתא אין לו קנין להקטן בקבלת המעות שמקבל בחובו ולא נפטר

זה מחיובו וכל זה היא דלא כהקצוה"ח שכתב דבפריעת חוב קונה הקטן מדאורייתא פרק לד

פרק לד

א) ומה שהביא הקצוה"ח ראיה לדבריו שיש זכיה לקטן מדאורייתא כשפרע לו בחובו, ממה שכתבו התוס' בריש פ' בן סורר שהקשו שם מנא ליה להאי קטן ממונא ותירצו ע"ש וסיימו וז"ל אי נמי במעשה ידיו דמלאכתו ושכר טרחו שלו מדאורייתא עכ"ל התוס' יש לדחות הראיה דאיכא למימר דמה שכתבו התוס' דמלאכתו ושכר טרחו איירי באומן כגון שנתן לו לקטן בגד לתפור או לארוג בשכר לא מיבעיא למאן דאמר אומן קונה בשבח כלי דאז בודאי יש להקטן ממון בתוך הכלי שהרי מלאכתו ושכר טרחו הם בתוך הבגד ומחויב הבעה"ב קרבן שבועה אם כפר ונשבע והודה דהוי ממונו של הקטן ממש ואפילו למאן דס"ל דאינו מחויב קרבן שטעה אלא כשיחד לו כלי מ"מ זה מקרי יחוד כלי כיון דאומן קינה בשבח כלי והוי חפץ בעין ממש, ואפילו למאן דאמר אין אומן קונה בשבח כלי מ"מ כיון שנחשב למשכון ביד האומן ואם קידש בה אשה שפיר היא מקודשת כמו שכתב הרמ"א באה"ע סימן כ"ח סט"ו לכן נחשב שפיר ליחוד כלי, ואם הבעלים כפרו את דמי אומנתם או אם בא איש אחר וגזל את החפץ מיד האומן הקטן והפסיד דמי אומנתו והגזלן כפר ונשבע לשקר הוא מחויב קרבן שבועה.

ב) **וכן** אם הקטן הגביה חפץ של הפקר וטרח בו והשביחו ובא איש אחר וגזל ממנו או אם הפקידו ביד איש אחר וכפר בו ונשבע לשקר מחויב קרבן שבועה, דנהי שאין לו זכיה לקטן בחפץ ההפקר שהגביה, מ"מ השבח אשר השביח בהחפץ ע"י טרחו ומלאכת ידיו בזה קונה הקטן מדאורייתא לכו"ע אפילו למאן דאמר אין אומן קונה בשבח כלי, דדוקא היכא דאיכא בעלים שיחול עליהם החיוב תשלומין של המלאכה התם איכא למימר אין אומן קונה בשבח כלי היינו שאין לו לאומן שום קנין בתוך הכלי רק אכתפיה דבעלים רמא חיוביה, וממילא כיון שהבעלים מחויבים לשלם לו להאומן לכן אי אפשר לו להאומן לקנות בשבח הכלי מאומה, דא"כ יהא שכרו כפול אכתפיה דגברא ובתוך הכלי, אבל בחפץ של הפקר מוכרח לומר דהשבח מונח בתוך הכלי כיון שאין שם בעלים לחייב אותם לשלם להאומן את שכר טרחו, אם נימא שגם בתוך החפץ שהשביח אין שם שבחו של האומן וגם בעלים אין כאן לחייבם א"כ יקשה לן וכי לריק יגע האומן הזה שהשביח את הכלי של הפקר, אלא ודאי דבכלי של הפקר מודים כולי עלמא שהשבח מונח בתוך הכלי ואם הקטן השביח חפצי הפקר ובא איש אחר וגזל ממנו בודאי מחויב הוא קרבן שבועה אבל אם הקטן עשה מלאכה בקבלנות אצל בעל הבית ושלם לו שכר

טרחו ומלאכתו אין הכסף הזה של הקטן מדאורייתא והגוזל ממנו אין זה גוזל את הקטן כלום שהרי הבעלים מחויבים לשלם להקטן כשיגדיל והקטן לא זכה כלל בהפרעון הזה ולא נתחייב הגזלן בקרבן שבועה כמו שכתבנו לעיל דלא כהקצוה"ח.

ג) **וכן** בפדיון הבן אין בנו פדוי כשנותן לכהן קטן או שוטה רק במתנות כהונה כגון תרומות ומעשרות והזרוע והלחיים והקיבה יען שהוא דבר בעין וכל דבר בעין כשהתורה נותנת לאדם אין צריך קנין יכול ליתן גם לכהן קטן שאין צריך קנין רק יאוש שאר כהנים מינה וכאן איכא יאוש כמו שהארכטו לעיל לענין מכירי כהונה.

פרק לה

א) **ויש** להקשות על דברינו שאמרנו דכשהתורה נותנת לאדם דבר בעין אין צריך קנין מהא דאמרינן בפ"ק דב"מ דף י"ב לענין לקט דתניא השוכר את הפועל אפילו למחצה לשליש ולרביע ילקט בנו אחריו אליבא דר' יוסי ושמואל פסק כוותיה ופריך הגמ' שם אי אמרת בשלמא קטן אית ליה זכיה לנפשיה כי מלקט לנפשיה קא מלקט ואבוה מיניה קא זכי אלא אי אמרת קטן לית ליה זכיה לנפשיה כי קא מלקט לאביו קא מלקט ואביו עשיר הוא אמאי אשתו ובניו מלקטים אחריו, ולדברינו אין כאן קושיא כלל דאע"ג שהקטן לית ליה זכיה לנפשיה היינו בשאר דברים שצריך קנין אבל לענין לקט שאין צריך קנין כמו שכתבנו לעיל כי דין הלקט הוא כדין מתנות כהונה לענין זה עיין לעיל פרק ל' ובדבר הבעין כגון מתנות כהונה קי"ל שיש זכיה אפילו לשוטה וקטן נמי דמשו"ה משגרין להם לבתיהם כמו שכתבנו לעיל לכן ילקט בנו אחריו משום דמעיקרא זכי הקטן ואח"כ זכי אביו מיניה דכאן אין צריך קנין רק יאוש של שאר עניים מיניה וזה מועיל אפילו בחרש שוטה וקטן נמי, עיין קצוה"ח מה שכתב בזה.

ב) **אך** באמת נראה שאין כאן קושיא כלל שהרי כל מתנות עניים מותרים גם הקטנים ליקח אותם כמו שנאמר לגר ליתום ולאלמנה יהיה, וכמו דאמרינן לענין מתנות כהונה שמותר לשגר להם לבתיהם לחרש שוטה וקטן כן הוא במתנות העניים כגון לקט שכחה ופאה מותרים ג"כ העניים שהם חרש שוטה וקטן ליקח אותם ואין שום חילוק ביניהם דלא כמו שכתב שם הקצוה"ח לחלק בין מתנות כהונה למתנות העניים, אך אין שם הבדל ביניהם, והטעם הוא כמו שכתבנו דכשהתורה נותנת דבר הבעין לאדם אין צריך שום קנין והבעלים יוצאים ידי נתינה במתנות כהונה כשנותנים לחרש שוטה וקטן והבעלים קיימו מצות עזיבה לעניים כשלוקח העני החרש שוטה וקטן את הלקט שכחה ופאה שלהם כמו שכתבנו לעיל, וההיא דפ' שנים אוחזין ב"מ דף י"ב שהבאנו לעיל דמשמע שצריך שהעני יזכה בו וכשהעני הוא קטן ואליבא דמ"ד שאין זכיה לקטן

מדאורייתא לא קנה, התם טעמא אחרינא אית ביה כיון דמציאת הקטן הוא לאביו, א"כ אין זכיה לקטן נמצא שהיאוש של שאר העניים לא פעל שיקנה הקטן העני רק פעל שיקנה אביו העשיר ואליו מתיאשים העניים כולם, דודאי כשלוקט עני קטן שאין לו אב כלל או שיש לו אב עני רשאי ללקט והבעלים יוצאים בזה מצות עזיבה לעניים שהרי יש לכל העניים בכלל קנין גמור ולכל עני בפרט קנין על תנאי והתנאי הוה שאם יזכה בזה אז נימא איגלאי מילתא למפרע דשלו היה מעיקרא וכיון שאנו יודעים דבודאי לא יקיימו עוד שאר העניים את התנאי לכן נשאר ממילא הלקט להעני הקטן הזה היתום שאין לו אב כלל שהרי בשבילו נתיאשו כל העניים מהלקט, וכן אם יש לו אב להקטן הזה והאב ג"כ עני הוא אע"ג שהלקט זכי בו האב כמו כל מציאות הבן שמציאתו לאביי, ובשביל אביו נתיאשו כל העניים ולא בשביל הבן הקטן בכל זאת כיון שהאב ג"כ הוא עני לא איכפת לן בזה שנתיאשו כל העניים לאביו של הקטן ונשאר הלקט לאביו כיון שהאב הוא עני ורשאי ליקח לקט, משא"כ אם האב הוא עשיר או בעל השדה ובשבילו נתיאשו כל העניים בודאי לא ילקט בנו אחריו דבודאי אם היה זכיה לקטן לא איכפת לן כלל מה שאביו עשיר שכבר זכה הבן הקטן וקיים את התנאי ואביו מיניה קזכי כדאיתא בגמ' אבל אם אין זכיה לקטן קשיא כמו שהקשה בגמ' אמאי ילקט בנו אחריו.

פרק לו

א) **ודע** דאע"ג דאמרינן שהמתנות כהונה הם של כל הכהנים וכל הכהנים בכלל יש להם קנין גמור בכל המתנות של כל העולם מ"מ אם בא אדם וגזל את המתנות ומכרן לאחר ועדיין המתנות הם בעין ברשות הלוקח, אין הלוקח מחויב להחזיר להכהנים רק רשאי לאוכלם לשיטת הרמב"ם פ"ט מהל' בכורים הי"ד ומרן בשו"ע יו"ד סימן ס"א סעיף ל"א ול"ב ע"ש אך דעת רש"י ותוס' אינו כן רק כל זמן שהגזילה היא בעין מחויב הלוקח להחזיר לכהנים כמו בשאר גזילה אם לא קנאה ביאוש ושינוי רשות שהלוקח מחויב להחזיר את הגזלה להבעלים עיין רש"י ותוס' ב"ק דף קט"ו וחולין דף קל"ד בתוס' ד"ה דמר אית ליה דר"ח וברש"י שם, ובאמת תמוהים דברי הרמב"ם הנ"ל פ"ט מהל' בכורים הי"ד ודברי מרן בשו"ע שם והלא מתנות כהונה לעולם נחשב קודם יאוש כדאיתא בב"ק דף קע"ו וז"ל הגמ' שם הא מתנות כהונה כלפני יאוש דמי עכ"ל הגמ' ופירש"י דכהן לא מייאש מינייהו עכ"ל וכיון שהמתנות הם בעין ביד הלוקח אמאי לא יתן להכהנים, ובאמת התוס' בחולין דף קל"ד הקשו הקושיא הזאת ע"ש ד"ה דמר אית ליה דר"ח וז"ל ואם הם בעין היכי קאמר דברב חסדא קמיפלגי הא משמע בריש הגוזל בתרא דהיכא

דהם בעין ליכא מאן דפליג אדרב חסדא אלא דוקא כשאכלן וכו' אבל בגזילה קיימת חייבים לשלם וצ"ע עכ"ל התוס' שם.

ב) ונראה לתרץ בס"ד דהנה לעיל פרק ט' סוף אות א' דתקנו ליישב ולחלק בין גזל פחות משוה פרוטה שאין הגזלן צריך להשיב כלל לבעלים כיון שאין בו שיווי של פרוטה ואפילו אם החפץ הוא בעין ואפילו קודם יאוש בעלים נמי אין הגזלן מחויב במצות השבה כיון שאין בו שיווי של ממון, ומאי שנא שהלוקח מן הגזלן מחויב להחזיר להבעלים את החפץ שלהם אם לא נתייאשו הבעלים והחפץ הוא בעין בידו והלא יש לתמוה דלפי דברינו שכתבנו בפ' ח' וט' דא ודא אחת היא כיון שהגזלן מחויב לשלם להבעלים את דמי החפץ נמצא שיש ביד הלוקח גוף החפץ בלא שיווי א"כ הרי זה דומה לגוזל חפץ שאין בו שוה פרוטה שיש ג"כ ביד הגזלן גוף החפץ בלא שיווי ואין הגזלן מחויב להשיב לבעלים כלל אפילו אם החפץ הוא בעין והוא קודם יאוש מפני שאין בזה שיווי של פרוטה א"כ בלוקח מגזלן נמי נימא הכי לפי דברינו הנ"ל פרק ח' וט' דכיון שהגזלן מחויב לשלם להבעלים נמצא שיש ביד הלוקח גוף החפץ בלא שיווי כלל והוי כמו שאין בו שוה פרוטה ואמאי מחויב הלוקח להחזיר לבעלים והלא כיון שאין בו שיווי הוי כמו גזל פחות משוה פרוטה.

ג) **ויש** ליישב הקושיא הזאת ע"פ מה שכתבנו בכמה דוכתי, וכן כתבנו לעיל פרק ט' אות ז' דהגזלן כיון שהוא מחויב לשלם להנגזל את דמי הגזלה לכן אמרינן שיש לו להגזלן קנין בשיווי של החפץ והרי השיווי של הגזלן הוא תיכף משעה שגזל אפילו קודם יאוש נמי א"כ יש לחלק בזה ולומר דנהי דס"ל להריב"ש והרמ"א דהלוקח מן הגנב לא נפסל לעדות וכתבנו ג"כ דס"ל למרן המחבר שלא נקרא מצוה הבאה בעבירה לענין אתרוג וכתבנו ג"כ דלא מקרי באיסורא אתא לידיה הכל הוא מטעם דכיון שכבר קנה הגזלן את השינוי של החפץ הרי השיווי של הגזלן הוא לכן הגזלן כשמוכר להלוקח אפילו קודם יאוש אין ביד הלוקח דבר גזול רק גוף החפץ אבל השיווי של החפץ אין ביד הלוקח בתורת גזלה רק בתורת לקיחה דכיון שהגזלן קנה את השיווי תיכף בשעה שגזל הרי שלו מכר ולאו גזלה היא ביד הגזלן וביד הלוקח מן הגזלן לכן הלוקח מגזלן לא נפסל לעדות ולא מקרי מצוה הבאה בעבירה וגם מקרי בהיתירא אתא לידיה כיון דהשיווי של החפץ כבר קנו הגזלן והלוקח ממנו

ד) **אבל** מ"מ כיון דבאמת יש בחפץ שוה פרוטה גוף ושיווי לכן אם הבעלים לא נתייאשו כלל מחויב הלוקח להחזיר להם את החפץ שלהם כיון שהחפץ הוא בעין ביד הלוקח והבעלים לא נתייאשו כלל והרי זכיתם אגוד וקשור בחפץ שלהם א"כ במה יצא החפץ

מרשותם כיון שהחפץ הוא שוה פרוטה ולא יצא החפץ מעולם מרשות הבעלים לכן מחויב הלוקח להחזיר לבעלים את החפץ שלהם, דנהי שהלוקח קנה מהגזלן את השיווי של החפץ שהוא של הגזלן מ"מ כיון שגוף החפץ אינו יכול לקנות מהגזלן כיון שהוא קודם יאוש וזכות הבעלים קשורה ואגודה בחפץ שלהם לכן מחויב הלוקח להחזיר להם כיון דבאמת החפץ שוה פרוטה, משא"כ בחפץ שאין בו ש"פ שגם הגוף וגם השיווי אינם נחשבים למאומה כיון שאין בו שוה פרוטה לכן אין הגזלן חייב להחזיר אפילו אם החפץ הוא בעין ואפילו קודם יאוש כיון שאין בו ש"פ אין כאן לא גוף החפץ ולא שיווי משא"כ בחפץ גמור ששוה פרוטה נהי שהשיווי שלה כבר קנו אותם הגזלן והלוקח מ"מ כיון שלא קנו את גוף החפץ לכן מחויב הלוקח להחזיר לבעלים אם החפץ בעין והוא קודם יאוש, דגופו של החפץ גם בלא שיווי הוא דבר חשוב ונחשב חפץ בעין כיון שהחפץ הוא שוה פרועה.

ה) **דודאי** אם היינו מפרשים טעמם של הריב"ש והרמ"א ומרן המחבר דס"ל שהקונה מן הגזלן אינו פסול לעדות ולא הוי מצוה הבאה בעבירה ולא מקרי באיסורא אתא לידיה הכל הוא מטעם זה לחוד דכיון שהגזלן הראשון מחויב לשלם ממון לבעלים מקרי שהלוקח מן הגזלן יש לו גוף החפץ בלא שיווי אם לא נצרף עם זה גם הטעם שכתבנו דמשום שכבר קנה הגזלן והלוקח את השיווי נגעו בה רק משום חיוב התשלומין לבד שהגזלן משלם נגעו בה אם נימא כן בודאי יש לדמותו לגזל פחות מש"פ שגם שם יש לו להגזלן חפץ בלא שיווי וגם כאן יש לו להלוקח חפץ בלא שיווי דכיון שהגזלן משלם לבעלים את השיווי של החפץ לכן יש לו להלוקח חפץ בלא שיווי ודמיא לפחות מש"פ, אך לפי מה שכתבנו עכשיו שטעמם של הריב"ש והרמ"א והמחבר הוא דאע"ג שהחפץ הוא חפץ גמור ביד הלוקח מ"מ לא מיפסיל לעדות ולא מקרי מצוה הבאה בעבירה משום דכיון שכבר קנה הגזלן את השיווי לכן הלוקח ממנו לא מקרי גזלן שהרי השיווי שלו הוא ודידיה מכר הגזלן להלוקח א"כ שפיר יש לחלק בין החפץ הזה לבין חפץ שאין בו ש"פ אין בו כלל לא גוף החפץ ולא שיווי כיון שאין בו ש"פ לכן אין הגזלן חייב להחזיר כלום אפילו אם החפץ הוא בעין ואפילו קודם יאוש כיון שאין שוה פרוטה אין בו גוף ולא שיווי משא"כ בחפץ גמור ששוה פרוטה אז גופו של החפץ נחשב דבר בעין ודבר חשוב אפילו בלא שיוויו, לכן נהי שהשיווי שלה כבר קנו אותם הגזלן והלוקח מ"מ כיון שלא קנו את גוף החפץ לכן מחויב הלוקח להחזיר את החפץ לבעלים אם החפץ הוא בעין והוא לפני יאוש.

ו) **ונראה** דכל זה הוא בחפץ כהאי גונא שיש בו גוף ושיווי רק שהלוקח כבר קנה השיווי מהגזלן דוקא באופן זה אמרינן שאם החפץ הוא בעין ביד הלוקח והוא קודם יאוש בעלים מחויב הלוקח להחזיר את החפץ לבעלים אבל במתנות כהונה אע"ג שיש להכהנים בהם קנין גמור כמו שנתבאר בס"ד לעיל מ"מ הגוזל מתנות כהונה ומכרן אין הלוקח מחויב להחזיר לכהנים אע"ג שהחפץ היינו המתנות הם עדיין בעין ולא נתייאשו הכהנים מהם מ"מ פטור הלוקח מלהחזיר המתנות לכהנים דכיון דקי"ל דהמזיק מתנות כהונה או אכלן פטור כדאיתא בחולין דף ק"ל משום דכתיב זה ומשום דהוי ממון שאין לו תובעים וכן הוא בשו"ע יו"ד סימן ס"א לכן דינו כדין גזלה פחות משוה פרוטה דכיון שאין בו ש"פ אין בו לא גוף החפץ ולא שיווי שגם גוף החפץ לא נחשב למאומה כיון שאין בו שיווי של פרוטה.

ז) **א"כ** במתנות כהונה נמי כיון שאין בו שום חיוב תשלומי ממון אם הזיק או אכלן לכן גם גוף החפץ לא נחשב למאומה כיון שאין בו שיווי של פרוטה, ונהי שכל זמן שלא מכר את המתנות כהונה מחויב הוא ליתן לכהן כל זמן שהמתנות הם בעין מ"מ אם גזל ומכרן לאחר אין הלוקח מחויב להחזיר המתנות לכהן אפילו אם המתנות הם בעין והוא קודם יאוש משום דהוי כמו גזל פחות משוה פרוטה, לכן ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל ודברי מרן בשו"ע יו"ד סימן ס"א שפסקו דאפילו אם המתנות הם בעין ביד הלוקח אינו מחויב להחזיר להכהנים ומתורץ בזה קושיית התוס' בחולין דף קל"ד שהבאנו לעיל.

ח) **והנה** שם פ"ט מהל' בכורים הל' ט"ו וכן מרן המחבר ביו"ד סימן ס"א סעיף ל"ב כתבו אמר לטבח מכור לי בני מעיים של פרה והיו בה מתנות נותנם לכהן ואינו מנכה לו מן הדמים לקחם ממנו במשקל נותנם לכהן ומנכה לטבח מן הדמים עכ"ל ע"ש בכ"מ שהקשה אמאי לא חילק הרמב"ם בין ששקל לו הטבח בין ששקל לו הלוקח לעצמו כדאיתא בגמ' ע"ש בכ"מ ובפרט לפי מה שפסקו הרמב"ם ומרן דאפילו אם המתנות הם בעין ביד הלוקח מגזלן ג"כ פטור מלהחזיר א"כ בודאי יש לתמוה שאם שקל לו הטבח אמאי יהא הלוקח מחויב להחזיר לכהן והלא הטבח גזלן הוא והלוקח שלקח ממנו אמאי יתחייב ליתן לכהן ע"ש בכ"מ שתירץ וכתב וז"ל ויש לומר משים דאמרינן בגמ' איכא דמתני לה באפי נפשה רב אמר מתנות כהונה נגזלות ורב אסי אמר אינן נגזלות ולההוא לישנא לא מפלגינן בין שקל לעצמו ללא שקל לעצמו ופסק כההוא לישנא משום דלישנא בתרא הוא וגם משום דלההוא לישנא אתיא מתניתין כפשטיה עכ"ל הכ"מ.

ט) ותירוצו אינו מובן דסוף סוף יקשה כיון שהטבח גזל את המתנות ומכרן במשקל ללוקח אמאי יתחייב הלוקח להחזיר לכהן כיון שפסק דהלוקח מגזלן מותר לאכלן מפני

שמתנות כהונה נגזלות א"כ אם שקל לו הטבח אמאי מחויב הלוקח להחזיר לכהן עיין ט"ז יו"ד סימן ס"א ס"ק ל"א שהעמיס בדברי השו"ע שיש חילוק בין אם שקל הלוקח או שקל הטבח ודבריו תמוהים כי לדברי הרמב"ם ומרן השו"ע אין שום חילוק בין אם שקל הלוקח או הטבח כמו"ש הב"י שהבאנו בסמוך.

י) **ונראה** דס"ל דהטבח לא מקרי גזלן כי יוכל היות שטעה או שכח ומשו"ה מכר המתנות וגזלן לא מקרי לענין זה רק אם ידעינן שנתכוין לגזול אזי מקרי גזלן והלוקח ממנו אינו מחויב להחזיר לכהן מפני שמתנות כהונה נגזלות אבל הטבח לא מקרי גזלן כיון שלא ידעינן בודאי שנתכוין לגזול ותלינן לומר ששכח או טעה לכן הלוקח ממנו לא מקרי לוקח מגזלן.

יא) **ואע"פ** שכתבנו לעיל דגזל בטעות מקרי ג"כ גזל לענין שהבעלים אינם יכולים להקדיש התם שאני דאע"ג שבטעות היה ואין לו להגזלן בהחפץ שום קנין גזלה לענין לקנות ביאוש ושינוי רשות וכל שאר דיני גזלה ליכא על הגזלן כיון דבטעות היה מ"מ כיון שברח הגזלן בטעות ואין החפץ ברשות הבעלים לעשות בהם כחפצם מקרי שפיר דבר שאינו ברשותו ולא הוי דומיא דביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו משא"כ לענין שאר דיני גזלה כגון לענין לקנות ביאוש ושינוי רשות וכיוצא בו או לענין לפטור את הלוקח מלהחזיר את המתנות לכהן אמרינן כיון שבטעות היה לא מקרי גזלה כמו בכל מקום שהטעות יש בכחו לבטל את המעשה ואת הקנין כן ג"כ נתבטלה גזלתו לכן מחויב הלוקח להחזיר לכהן.

וכדי שלא להוציא הנייר חלק אמרתי לכתוב פה שאלה אחת שנשאלתי מאחי הרב הגאון הגדול ר' אבא משה ראבינאוויץ זצ"ל אבד"ק פאפילאן.

וז"ל שלשה אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי וזה אומר שליש שלי היכי ליידיינוה דייני להאי דינא ואיך תעשה בשבועתם ואיך נחלקם באמת אשר לדעתי לא אוכל לתווך איך לעשות בכזה ואולי מה בפיך תודיעני עכ"ל וזאת היתה תשובתי אליו בס"ד.

ע"ד שאלתך בענין ראובן ושמעון ולוי אוחזין בטלית ראובן אומר כולה שלי ושמעון אומר חציה שלי ולוי אומר שליש נראה דכך הוא סדר חלוקתם מתחלה נוטלים ראובן ושמעון שני שלישי הטלית שהרי לוי שאמר שליש שלי מודה להם לראובן ושמעון ששני שלישי הטלית הוא שלהם, וראובן ושמעון חולקים ביניהם השני שלישי באופן זה מתחלה נוטל ראובן רביע הטלית שהרי שמעון טוען חציה שלי ובזה מודה שמעון לראובן וללוי שחציה השניה הוא שלהם היינו רביע לראובן ורביע ללוי לכן נוטל ראובן

מתחלה רביע הטלית מהשני שלישי הנ"ל שהרי שמעון הודה לו, והמותר מרביע הטלית עד שני שלישי הטלית על זה דנים ומכחישים עצמם ראובן ושמעון ראובן טוען שהוא שלו שהרי אומר כולה שלי ושמעון אומר שהוא שלו שהרי טוען חציה שלי ואין להם לראובן וללוי רק רביע לכל אחד ואחד ומה שראובן רוצה ליקח יותר מרביע הטלית עומד שמעון לנגדו ומכחישו ואומר שהוא שלו לכן חולקים ביניהם ראובן ושמעון אותו המותר מרביע עד שני שלישי הטלית, והיתרון מרביע הטלית עד שני שליש הוא חמשה חלקים אשר כל חלק הוא אחד מי"ב שבטלית, שהרי אם נחלק את הטלית לי"ב חלקים נמצא שהשני שליש שלקחו ראובן ושמעון הוא שמונה חלקים, ושלשה חלקים נטל ראובן שהוא רביע הטלית, נמצא יתרון חמשה חלקים שעל זה דנין ומכחישים זה את זה ראובן ושמעון לכן חולקים ראובן ושמעון החמשה חלקים האלה זה נוטל שני חלקים וחצי וזה נוטל שני חלקים וחצי, השני חלקים ביחד הם חלק ששית שבטלית ומחצית החלק הוא חלק אחד מכ"ד שבטלית

ועל דבר השליש השלישי שעדיין לא נתחלק ביניהם, מהשליש הזה כבר סילק שמעון את עצמו משלשה חלקיו שהוא רביע הטלית שהשליש הוא ארבעה חלקים אשר כל חלק הוא אחד מי"ב שבטלית ושמעון סלק את עצמו משלשה חלקיו שהוא רביע הטלית שהרי שמעון טוען חציה שלי וחציה השניה רביע לראובן ורביע ללוי א"כ יש לו ללוי ליטול רביע הטלית שהרי עדיין לא נטל לוי כלום, אך ראובן אינו מודה לו, ללוי בזה שהרי טוען כולה שלי לכן חולקין ביניהם ראובן ולוי את הרביע הזה דהטלית ונוטל ראובן חלק שמיני שבטלית ולוי נוטל חלק שמיני שבטלית, ונשאר עדיין חלק א' מי"ב שבטלית שלא חלקו עדיין והוא הנותר מרביע הטלית עד שליש הטלית שהשליש הוא ארבעה חלקים אשר כל חלק הוא א' מי"ב שבטלית והרביע שנטלו ראובן ולוי הוא שלשה חלקים ונשאר חלק א' מי"ב שבטלית שלא חלקו עדיין על החלק הזה כולם ראובן ושמעון ולוי טוענים כולה שלי כי ראובן טען בפירוש כולה שלי, ושמעון שטוען חציה שלי א"כ הודה להם לראובן ולוי לכל א' וא' ברביע א"כ לאחר שנטל ראובן את הרביע שלו ולוי את הרביע א) שלו הרי הנשאר של שמעון הוא לפי דברי שמעון וכן לוי טוען כולה שלי על החלק הזה שהרי לא הודה להם אלא בשני שליש, ושליש הזה טוען לוי שהוא כולה שלו נמצא דשלשתן ראובן ושמעון ולוי טוענים כולה שלי בהחלק הזה שהוא חלק א' מי"ב שבטלית לכן חולקים ביניהם החלק הזה ומגיע לכל אחד ואחד חלק שליש מהחלק הזה שהוא חלק ל"ו שבטלית, היוצא מכל זה שראובן שטוען כולה שלי נוטל חלק רביע שבטלית וששית וחלק כ"ד ושמינית וחלק ל"ו, ושמעון שטען חציה

נוטל ששית שבטלית וחלק כ"ד ול"ו, ולוי שטוען שליש שלי נוטל חלק שמינית שבטלית וחלק אחד מל"ו שבטלית ואם נרצה לחבר את התשבורות האלה צריכים אנו לחלק את הטלית הזה לשבעים ושנים חלקים או למכור את הטלית ולחלק את הכסף לשבעים ושנים חלקים ומגיע לראובן בעד רביע שלו ח"י חלקים ובעד הששית י"ב חלקים ובעד החלק הכ"ד ג' חלקים ובעד השמינית ט' חלקים ובעד חלק הל"ו ב' חלקים ולשמעון מגיע בעד הששית י"ב חלקים ובעד החלק הכ"ד ג' חלקים ובעד החלק הל"ו ב' חלקים, וללוי מגיע בעד השמינית ט' חלקים ובעד החלק הל"ו ב' חלקים

ס"ה מגיע לחלקו של ראובן ח"י וי"ב וג' וט' וב' שהם ס"ה. מ"ד חלקים אשר כל חלק הוא חלק ע"ב מהטלית, וחלקו של שמעון י"ב וג' וב' חלקים ס"ה הם י"ז חלקים, חלקו של לוי הוא ט' וב' חלקים ס"ה י"א חלקים.

ונשבע ראובן שבועה שיש לי בה ואין לי בה פחות מארבעי' וארבעה חלקים אשר כל חלק הוא א' מע"ב שבטלית, ושמעון נשבע כזאת על שבעה עשר חלקים ולוי נשבע על אחד עשר חלקים.

*) אף שבאמת לא נטל לוי רק חלק שמיני שבטלית והשמינית השניה נטל ראובן א"כ עדיין לא נטל לוי רביע הטלית, א"כ יש מקום לומר שכל זמן שאין רביע בשלימות ביד לוי מקרי הודאה מצד שמעון שהרי שמעון הודה ללוי ברביע מ"מ נראה שאין הדבר כן דכיון ששמעון סלק את עצמו לגמרי מהרביע הזה שנתן ללוי וכן מהרביע שנתן לראובן דשמעון מצדו נתן מחצה לראובן וללוי לכל אחד ואחד רביע כפי הודאתו שהודה להם, ולפי דברי שמעון בא ראובן בטענת שקר וגזל שמינית שבטלית בזה שטען כולה שלי וכיון דשמעון מצדו נתן ללוי את הרביע שהודה לו א"כ כל מה שלוי רוצה ליטול יותר מזה עומד שמעון נגדו ומכחישו ואומר שהוא שלו, וכן בהודאתו של לוי כיון שלוי סלק את עצמו מהשני שלישי הטלית ונותן אותם לראובן ושמעון את שלהם אף שלפי הודאתו של לוי מגיע לו לשמעון שליש הטלית ובאמת אין שמעון נוטל שליש שהרי ראובן דן עמו ומכחישו וחולק עמו מ"מ אין שמעון יכול לערער על לוי שישלם לו את המותר כיון דמצדו אין שום מניעה ועכוב רק כי ראובן גזלן הוא בטענת שקר ואין זה שייכות ללוי.